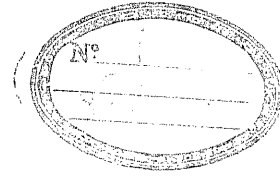


16a3.5



7 400 40 **Stalpa** MADE IN SPAIN

M. Jo. La Fontaine & Co. Paris. P. 1325

ANTONII FABRICI.

SEBVSIANI, SER^{mi}
SABAVDIAE DVCIS
CONSILIARII AB INTIMIS,
ET IN SVPREMO SABAVDIAE
Senatu Praefidis Primarij

RATIONALIA
IN TERTIAM PARTEM
PANDECTARVM,

In tres Tomos diuisam:

Cum INDICIBVS Rerum & Verborum locupletissimis.

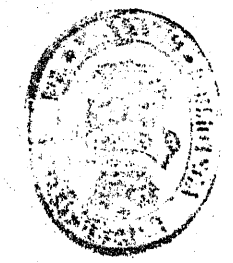
Universitätsbibliothek
Göttingen
Cat: A
No: 2
115

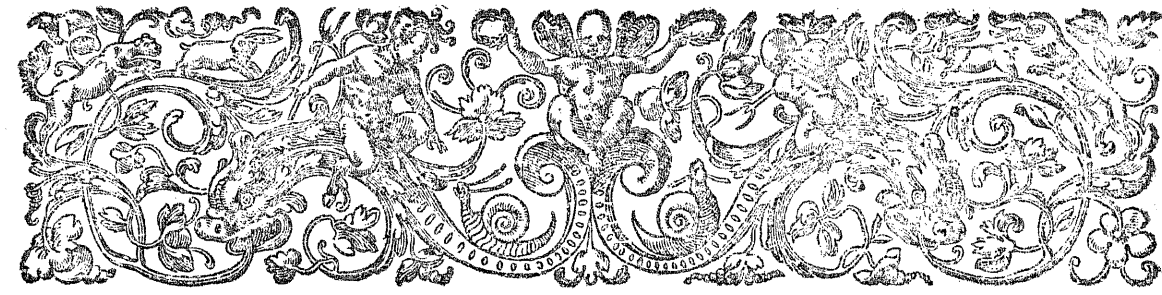


LVGDVNI,
Sumptibus Haeredum Petri de la Rouiere.

M. DC. XXVI.

Cum Privilegio Christianissimi Regis Galliarum.





CAROLO EMANVELLI
SERENISSIMO ET INVICTISSIMO
SABAVDIÆ DVCI, ET PEDEMONTII PRINCIPI
DOMINO SVO CLEMENTISSIMO

ANTONIUS FABER S. ET F. P.



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

etas, Rationalia scribere. Crescit tamē operis dignitas, fitque opus multo gratius & illustrius, cum ab eo proficiscitur, cuius ingenium & industriam tantus Princeps agnouerit, quem gradatim ad summa quaque dignitatum fastigia, quasi manu perduxerit, denique quem hoc ipso, tot honoribus dignum vel iudicauerit, vel (quod non minoris esset gloriae) effecerit. Neque tamē cum primam huius operis partem Cæsareæ Maiestati dicauimus, secundam autē Serenissimo Principi Cardinali nostro, in eo verò quicquam à proposito mei ratione alienum videri factū debet: vtrumque enim ita peractum est, te non modò sciente, sed etiam imperante; cum diceas, vel solam operis inscriptionem dignam tibi videri, quæ facere deberet, vt Cæsari totum opus probaretur, eiusque, si non penitus absoluedi, saltem inchoandi tentandique cura, (si nemo eam vtrò susciperet) ei, cui nec ingenium, nec diligentia ad tantam rem prestandam deesset, propositis etiam tanto labori præmiis, liberalitatem Cæsaream arguentibus, iniungeretur. Cuius enim magis, quam Cæsaris intererat, vt ius Romanū, tot Legibus, Senatuscōsultis, Plebiscitis, & Principum Cōstitutionibus constitutum, totque vigiliis & lucubrationibus auctum, ad eam vsque excreceret & dignitatis & pulchritudinis magnitudinem, vt nihil ei adici posse videretur? Nec sanè tantus Imperator, quantus Rudolphus fuit erga literas & literatos omnes (vt audio) propensissimus, aliter facturum fuisse credendus est; nisi pessimo meo fato accidisset, vt sub idem tempus, quo Celsitudinis Tuæ Orator Illustriss. ad Aulam Cæsaream missus est, & primam illam Rationalium partem exhibere iussus, magnus Imperij Cancellarius, ad quem scripseram, vt dedicationis huius meæ intercessorem se præberet, ab Aula recedere coactus, explendi officij facultatem, prius quam voluntatem amississet: ita effectū est, vt ne illud quidem scire vnquam potuerim, an vel ipsum Rationalium, ne dicam Antonij Fabri nomen, ad tanti Imperatoris aures peruenerit: adeo infeliciter successit mihi tam præclarus conatus, & quod magis doleo, toti etiam Iurisprudentiæ, cui Imperatoris approbatio ac beneuolentia, non minus ornamenti allatura erat, quam mihi, honoris & gratiæ, si res feliciter cessisset. Quòd autem secundam Rationalium partem Serenissimo Principi Cardinali tuo dicatā volui, non solum te imperante factum est, sed etiam propria quadam ratione, cum eo tempore constitutum iam apud te esset ad Christianissimū Galliarum Regem, eum mittere, tractandi eius Matrimonij gratia, quod inter Sereniss. Pedemontanorum Principem, & Sereniss. Christianam à Francia, Regis sororem amantissimam, postea felicissimè contractum est, & cuius me, non modò testem, sed etiam ministrum iam tum elegeras vt in eam potissimum rem, Cardinalis Amplissimus, (quamuis virtutibus & subsidiis propriis suffultus, nulliusque externæ operæ indigus) & Reuerendiss. Francisci de Salles, Episcopi Gebennensis industriā & gratiā

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

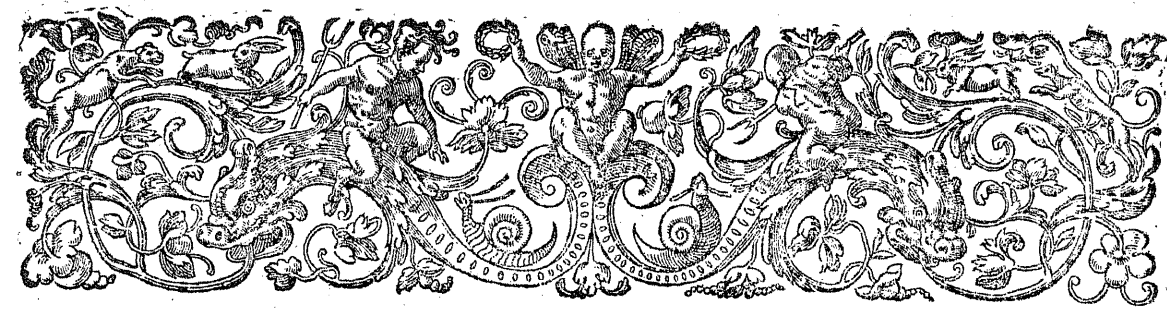
Vairos, Ianinos, & alios tam multos taceo, qui inter Regios Cōsiliarios præcipui, Aulam illam Regiam, tum maximè illustrabant, quibus nihil erat gratius, quàm vt me, & laudibus & officiis quibus possēt omnibus, etiam apud Regem prosequerentur; nec ornandi & amandi mei finem vllum facere sibi posse viderentur;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

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

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

Celsitudini Tuæ addictissimus

ANT. FABER.



ANTONII FABRI

I. C. SEBVSIANI, SERE-

NISS. SABAVDIÆ DVCIS CONSILIARII

AB INTIMIS, ET IN SVPREMO

SABAVDIÆ SENATV

Præsidis Primarij

RATIONALIA

IN TERTIAM PARTEM PANDECTARVM

Ad libr. XII. Tit. I.

De reb. credit. si cert. petat.

VLPIANVS libro vicenimo sexto ad Edictum.



RE est, prius quàm ad verborum interpretationem perueniamus, pauca de significatione ipsius tituli referre. Quoniam igitur multa ad contractus varios pertinentia iura sub hoc titulo prætor inseruit, ideo rerum creditarum titulum præmisit. omnes enim contractus, quos alienam fidem secuti instituiimus, complectitur: nam ut libro primo quæstionum Celsus ait, credendi generalis appellatio est. ideo sub hoc titulo prætor, & de composito & de pignore edixit. nam cuiusque rei assentiamur, alienam fidem secuti, mox recepturi quid ex hoc contractu, credere dici mur.

¶ Rei quoque verbum ut generale prætor elegit.

Ad l. i. E re est.



REFATUR VLPIANVS è re esse, id est, ad huius edicti quod Prætor proposuit *De rebus creditis*, interpretationem maxime pertinere, ut antequam ad verba edicti specialiora illa *si certum petatur* explicanda accedamus, pauca de significatione ipsius tituli qui est *De rebus creditis* præmittantur. Fuit enim hic titulus edicti Prætoris. Primum verò caput *Si certum petatur*, id est de certi conditione illa generali de qua dicemus in

l. certi conditio 9. infr. hoc titul. quæ ex omni contractu & negotio ciuili siue certo siue incerto nascitur, dummodò per eam certum petatur, id est effectu ipso pecunia numerata *l. i. infr. De condit. tritic.* Rectè verò Florentina lectio, *E re est*, non ut vulgata *benè aut ferè est*: aut quomodo apud Accursium *herè* pro *herile*: ut nugatur ipse, quasi ad dominum & doctorem spectet de verborum significatione dicere. Est igitur hic titulus edicti generalis *De rebus creditis*: quoniam ut idem Vlpianus noster subiicit, multa & ad varios contractus pertinentia iura sub hoc titulo prætor inseruit, de quibus dicemus in libris & titulis sequentibus ad quarum vsque partem Pandectarum, quæ potissimum est de pignoribus, & de dotibus. Quamquam de pignoribus quoque tractabimus in *Tit. de pignor. act.* Denique omnes omnino contractus siue nominatos siue innominatos, quos alienam fidem secuti instituiimus, Titulus hic complectitur id est

Tom. III.

A

vt bene Accursius explicat, tractatus hic De reb. creditis, in octo libros distributus l. 2. §. in *tertia C. de veter. iur. emul.* Ideoque prudenter prætor de rebus creditis locutus est: quia vt Celsus dicebat, *Credendi* appellatio generalis est. Nam cuiuscunque rei assentiamur alienam fidem secuti, deinde postea quodcumque recepturi aliquid ex hoc contractu, credere dicimur. Vnde & creditorum appellatio generalis quoque est, & omnes complectitur quibus ex quacunque causa debetur l. *creditores* 10. & *seqq. infr. de verb. signif.* quamuis strictè sumpta appellatio ad *Crediti* mutui causam restringatur, vt in l. *prox. §. 1. inf. l. 1. C. si aduers. credit. l. quia 4. ad S. C. Maced. & Nouell. 13. de his qui mut. dant agricol.* Rei quoque verbum generale

2. PAVLVS libro 28. ad Edictum.

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

Ad l. *Mutuam damus* 2.

Hæc lex est de contractu mutui, & de speciali conditione ex mutuo, vt & totus ferè hic Titulus. RAT. DVV. Mutui datio non consistit in specie sed in genere, & in iis rebus quæ pondere, numero, vel mensura constant §. *prox. infr.* Frustra ergo, imò malè Paulus hîc scribit mutuum nos dare recepturos non eandem speciem quam dedimus, sed idem genus. DEC. Nostris prudentibus species dicitur id quod apparet, quod Philosophi indiuiduum appellant: Quemadmodum & quod philosophis est species, id est, quod vniuersale plura sub se indiuidua continens, non species dicitur, sed genus in libris nostris. Sensus igitur huius loci est, Mutuum ita contrahi, vt non idem ipsum reddatur, quod datum est, sed vt tantundem. Cum enim mutuum re contrahatur, & traditione §. 1. *Instit. quib. mod. re contr. oblig. l. 1. §. re contrahitur infr. de oblig. & act.* certum est genus tanquam quid vniuersale, quod neque videtur neque tangitur, tradi nullo modo posse: vt neq; aliam rem quamlibet incorporalem l. 1. §. *vti. supr. de ver. diuis. l. seruis 43. §. incorporales infr. de acquir. rer. domini.* Rursum id quod traditur cum tale sit vt nullum vsum præbere queat citra abusum, id est, quin vsum conuatur [est enim hoc commune eorum omnium, quæ in pondere vel numero, vel mensura consistunt, vt diximus ad Tit. *supr. de vsu. ear. rer. qua vsu. consum.*] fieri certè nequit vt reddendum sit illud ipsum quod datum & acceptum est: Alioqui nullam accipienti vtilitatem præberet. Cum tamen & mutuum & ceteri contractus omnes non nisi ad vtilitatem hominum & commerciorum comparati sint l. *ex hoc iure. supr. de iustit. & iur. l. actionum 25. §. 1. infr. de oblig. & action.* Sed & cum mutuum ex eo dictum sit quod de meo fiat tuum §. *appellata infr.* ideoque necesse sit ex causa mutui dominium in accipientem transferri, fatendum est non ad id obligari posse illum, qui mutuum accepit, vt idiplum quod accepit reddat, sed tantum vt tantundem; alioqui nec dominium transferretur, si restituendum id ipsum esset l. *qui sic soluit. infr. de solut.* Itaque in mutuo vt sunt singularia pleraque l. *sin-*

est vt & pecuniam & speciem omnem, & facta quoque comprehendat l. *rei §. & seq. infr. de verb. signif.* licet cum de actione in rem loquimur, non genus sed certam & indiuiduam speciem significet l. *si in rem §. supr. de rei vindic.* Fuit enim vtendum verbis generalibus ad concipiendum Titulum generalem. Vt mirer virum doctissimum Iacobum Cuiacium in perpetua illa fuisse hæresi, vt crediderit nullos esse in libris nostris Titulos generales: sunt enim certè permulti & hic præcipuè, vt & ille *De recept. Qui arbit. receper.* quemadmodum ad illum Titulum iam scripsimus. Cæterum nulla ad hanc Vlpiani præfationem dubitandi ratio occurrit.

gularia 15. *infr. hoc tit. ita & hoc maxime vt in specie non in genere traditionem fieri oporteat, quia nec aliter possit, obligatio tamè ad restitutionem non speciei sed generis contrahatur. Proinde pecunia numerata & ex causa mutui tradita, quia in specie non in genere consistit, perire facile potest, at pecunia restituenda non potest, quia consistit in genere, genus autem perire nunquam potest l. *incerdium 11 C. si cert. petat.**

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

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

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

c *Nam si aliud genus.* RAT. DVV. Etiam si conueniat vt aliud genus, veluti vinum pro tritico recipiamus, non eo minus sit de meo tuum. Dominium enim rei meæ transfertur in te, quamuis alterius generis, & qualitatis rem a te hinc accepturus, cuius dominium æquè in me transferretur. Ergo non eo minus est mutuum. DEC. Non ex eo solo æstimatur mutuum quod de meo tuum fiat, sed

etiam ac potissimum ex eo, quod qui mutuum dedit, tantundem recepturus sit quod eiusdem generis sit & qualitatis, nec valet argumentum ab etymologia affirmatiuè sed tantum negatiuè, vt dicemus ad §. *appellata infr.* Cum ergo triticum damus vinum, recepturi, mutuum esse non potest, sed contractus innominatus, ex quo nascitur actio præscriptis verbis, vt notat Accursius ex l. *naturalis §. 1. infr. de præscript. verb.* qui tamen locus probat optimè, non alium esse hunc contractum quam permutationis. Sed an contractus permutationis nominatus dicendus sit an innominatus, alia quæstio est de qua dicendum erit ad illum locum, & ad Tit. *de rer. permut.* Nec ad rem pertinet, quod tunc quoque, cum datur triticum, vt vinum reddatur, potest fieri facile vt tantundem reddatur. Puta si & triticum æstimatum sit & conuenit, vt ex vino æquè æstimato soluat creditor ad concurrentem vsque tritici quantitatem. Nam cum dicimus, ex causa mutui tantundem reddi debere, intelligimus tantundem, non in valore & æstimatione, sed in eodem rei genere.

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

Ad §. 1. *Mutui datio.*

RAT. DVV. Creditum consistit etiam extra eas res, quæ pondere numero mensuræ continentur §. *creditum infr.* Ergo non est bona ratio quam hîc adfert Paulus, vt probet mutui dationem in his tantum rebus consistere quæ pondere numero mensuræ constant. Quod, inquit, earum duntaxat rerum non etiam cæterarum ratione in creditum ire possumus. DEC. Crediti appellatio ambigua est: Aliquando enim largè sumitur, Aliquando strictè, vt diximus ad legem præcedentem. Largè sumptum creditum omnes omnino contractus complectitur, quos instituimus alienam fidem secuti d. l. *prox. supr.* Et hoc sensu creditum eo differt à mutuo quo genus à specie d. §. *creditum:* At strictè sumptum vt in hoc §. nihil aliud significat quàm mutuum vt & in l. *C. si aduers. credit. l. quia 4. infr. de S. C. Maced.* Hoc verò genus crediti quod specialiore magisq; proprio nomine mutuū appellamus, non potest in aliis rebus consistere, quàm quæ pondere numero mensuræ continentur, ideo quia hæ solæ res sunt huiusmodi, vt si quando debeantur & soluendæ sicut, solui possint in aliis rebus eiusdem generis, quandoquidem in suo genere functionem recipiunt per solutionem magis quàm specie. Species enim, id est, res ipsa data mutua perit & confutitur statim atque ea vultis qui accepit, ideoque nec solui & reddi amplius potest, licet illa ipsa sit quæ debetur. Nec cū alia species redditur, quæ tamen sit eiusdem generis & qualitatis, aliud pro alio solui intelligitur, sed illud ipsum, quod debetur. Ad eò recipiunt inuicè res iste functionem in suo genere. At in cæteris rebus ideo mutuum contrahi non potest quoniam aliud pro alio inuito creditore solui non

potest: Nec enim recipiunt functionem in sua specie propter specificas & indiuiduales, quas habent differentias, licet sub eodem genere contineantur, vt puta si quis pro Stichio vellet dare Pamphilum, vel profundo Corneliano Libonianum. Et ideo non potest debitor Stichio soluere Pamphilum, nec debitor fundi Corneliani soluere Libonianum nisi creditor consentiat l. *eum qui mutuum 16. & seq. C. de solut.* Volenti siquidem & consentienti non fit iniuria l. *in diem 9. §. 1. infr. de aqua & aquæ plu. arcend.* Alioqui non potest liberatio contingere nisi solutione eius ipsius speciei quæ debetur. l. *si mulier 59. §. ex ass. infr. de iur. dot.* Itaque probò, quod ait Accursius, si tibi librum certi ponderis dederò vt alium librum tanti ponderis mihi reddas, aut centum oues, aut etiam panes, vt totidem reddas, non esse mutuum. Nam & libri, & oues & panes in specie consistunt non in genere, non in pondere, nec in numero, licet ponderare quis has res velit aut numerare: quia non ex earum natura est vt ponderentur aut numerentur; sed per accidens ex hominum arbitrio & voluntate. Sola pecunia in id comparata est vt numeretur: ideoque quasi vno nomine dicitur pecunia numerata. Vnde est quod idem Accursius noster addit, nec malè, si pecuniam non numeratam, sed in sacculo tibi dederò, vt tantundem mihi reddas, mutuum non esse sed contractum innominatum: quoniam hoc casu per modum speciei non generis pecunia data sit l. *plane 34. §. sed hoc ita infr. de legat. 1.* Neque aliud erit si accipero pecuniam ad numerum & conuenierit vt reddam tibi frumentum ad mensuram. Etsi enim consistat vtrumque in genere nec minus quod reddendum quàm quod datum est, aliud tamen genus est quod in numero, aliud quod in mensura

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

^a Quia aliud pro alio. RAT. DVB. Proniores esse debemus ad liberationem quàm ad obligationem *l. Arienus 47. infr. de oblig. & act.* Debitor enim quodammodo seruus est sui creditoris, ideoque diffinitur obligatio iuris vinculum quo necessitate adstringimur, vt Iustinianus ait in *instr. Tit. de obligat.* Proinde obligatio inducit speciè quandam seruitutis: Econtrario autem liberatio speciè quandam libertatis. Permittendum ergo fuit debitori cui-

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

Ad §. 2. Appellata.

RAT. DVB. Fallax est argumentum ab etymologia nominis. Alioqui si quoties de meo tuum fit mutuum esset, consequens fieret vt permutatio, donatio, dotis datio, venditio, à domino facta, contractus do vs des, & do vs facias, aliq; huiusmodi contractus ex quibus dominium transfertur quod genes dantem fuit, mutui nomine ac iure conferretur. Quod euidenter falsum, & absurdum est. DEC. Fuerunt prudentes nostri studiosissimi & diligentissimi obseruatores etymologiarum ad cuiusque rei proprietatem certis assequendam, vt

bet vt aliud pro alio possit soluere ad se liberandum, puta in pecunia iustam æstimationem speciei debita, cum res omnes valore suo & pecunia æstimari possint *d. l. si ita fideiussorem 42. infr. de fideiuss.* Est enim pecunia mensura rerum omnium præterquam sui ipsius, vt Aristoteles dicebat. Alioquin eueniet facile vt vel ad impossibile redigatur debitor, quod nunquam ferendum est *l. impossibilium 85. de regul. iur. vel aliquid iniqui emergat, si non liceat misero debitori aliud pro alio soluere saltem pecuniam pro specie, vt euenit in plerisque casibus quos Accursius noster hæc congerit, ex *l. si domus 71. §. qui constituitur delegat. 1. l. miles 6. §. 1. de re iudic. Nouell. 4. de fideiuss. §. quod autem vnde sumpta est auct. hoc nisi debitor C. de solut. l. non dubium 14. §. vlt. de legat. 3. l. qui restituere 68. supr. de rei vindic. l. qui autem 24. §. sed est quis infr. de pecun. constit. l. si quis argentum 35. §. si autem donator C. de donat. l. fideicommissa 11. §. si seruo alieno delegat. 3. DEC. Obligatio est iuris vinculum quo necessitate adstringimur, alicuius rei soluendæ, non cuiuslibet sed eius ipsius quæ debetur. Nam & actio quæ ex obligatione nascitur, nihil aliud est quàm ius persequendi in iudicio quod sibi debetur *l. nihil aliud 51. de oblig. & action.* Ergo nõ aliter potest liberatio contingere quàm si soluat illud ipsum quod est in obligatione. Nec sanè aliter constitui ius possit sine manifesta creditoris iniuria. *l. Paulus 99. aliis l. creditorem infr. de solut.* Nisi creditor consentiat vt aliud pro alio soluat, quo casu nulla volenti & contentienti facta videri potest iniuria *l. in diem 9. §. 1. de aqua & aquaplui. arcend.* Sed addenda alia quoque exceptio est ad supradictas omnes leges pertinens, quas ex Accursio cumulumus. Nisi aliqua causa vel necessaria, vel saltem iusta quid aliud suadeat. Non enim potest non esse iusta causa quæ est necessaria. Quoties autem iusta aliqua causa intercedit, nihil prohibet etiam inuito creditori aliud solui pro alio, sed in contrarium est regula *l. eum qui mutuum 26. & §. q. C. de solut. l. promissor 21. §. vlt. infr. de pecun. constit. l. item liberatur 6. §. qui paratus est infr. quib. mod. pign. vel hypoth. soluit. l. 4. §. ait Praetor infr. de re iudic.* Obseruandum tamen est etiam si aliud pro alio solui non possit, nihilominus aliud pro alio deduci in condemnationem, quia per sententiam lis semper æstimanda est ac proinde in pecunia, quamuis species peteretur & deberetur, nempe propter nouationem quæ fit per contestationem & vt iudicati executioni fieri possit, vt dicemus ad *l. vinum 22. infr. hoc tit.***

ex actiua verborum significatione, passiuua quoque rerum significatio facilius perciperetur. Est enim actiua significatio verborum, quia significant, passiuua rerum, quæ significantur. Et ita accipi debet *tit. de verb. & rer. signific.* Esti verò non est bonum argumentum ab etymologia affirmatiuè, vt cui conuenit etymologia nominis conueniat etiam nomen, optimum tamen est negatiuè & vix vnquam fallit, vt cui non conuenit etymologia nec nomen conueniat, vt diximus in nostra Iurisprudencia Papi- nianæ scientia ad *princip. r. tit. de instr. & iur.* Ergo bona est consecutio & illatio, quæ hæc à Paulo fit, vt quia mutuum ex eo dictum est quod de meo fiat

fiat tuum, si de meo non fiat tuum, nec fit mutuum, nec vlla mutui nascatur obligatio. Quod Accursius noster bene intelligit de mutuo, vt vocant, naturali, quòd per numerationem ac traditio- nem contrahitur. Nam in ciuili quod per confes- sionem nudam acceptæ pecuniæ contrahi dicitur post elapsam biennium, intra quod excipi potuit de non numerata pecunia, aliud est *l. in contractibus 14. & pass. C. de non numer. pecun.* Nihil enim est eo casu quod de meo tuum fieri poterit. Quemadmo- dum tamen elapso tempore post quod opponi am- plius non potest exceptio non numeratæ pecuniæ, pecunia numerata fuisse creditur, ita vt negari id amplius non possit, ita & de mea tua facta fuisse di- cenda est. Quid ergo si pecuniam meam sine mea voluntate alij credideris? Non erit mutuum, neque conditio certi ex mutuo aut tibi aut mihi acqui- reretur: Non tibi, quia pecuniam meam credidisti non tuam, nec fecisti accipientis. Non mihi, quia non ego contraxi *l. quæcumque 11. infr. de obligat. & action.* Si tamen eam pecuniam tibi reddi stipulatus sis, competet tibi actio non ex numeratione sed ex stipulatione. At quam mihi præstare teneberis si ratam numerationem facere velim *l. 2. C. si cert. pe- rat.* Ita fit quod Accursius ait, vt ex post facto con- uilietur, & conualescat mutuum, quòd ab initio

non valuit: sed multo magis conualescet consum- ptione, id est si aliena pecunia, quam quis mutuum dederit, consumpta sit penes accipientem *l. nam et si sur 12. in principium legib. præcl. infr. hoc tit.* Non quia consumptio sit modus acquirendi dominij, sed quia modus est amittendi, ita vt dominus qui fue- rat nummorum eos vindicare amplius non possit. Ideòque ad conditionem necessariò recurrèn- dum est, quæ porò non alij competere potest, quàm ei qui contraxit, & pecuniam numerauit. Nisi cum idem est qui contraxit & dominus fuit, sed ex aliqua causa dominium pecuniæ suæ trans- ferre in alium non potuit, vt pupillus & furiosus & alij de quibus in *l. rogasti 11. §. vlt. l. si à furioso 12. & l. sequen. infr. l. si quis pro eo 56. §. si nummos infr. de fi- deiuss.* Idem est si aliena pecunia vsucapta sit. Nam & vsucapione mutuum conciliabitur *ar- gum. l. Proculus 67. infr. de iur. dot. & l. si alienam rem 13. in princip. infr. de mort. caus. donat.* Denique si pecunia numerata sit ea lege, vt non prius fieret ac- cipientis quàm conditio aliqua exitisset, vel defe- cisset, mutuum interim pendebit, quoniam & do- minij translatio pender, sed ex euentu aut defectu conditionis confirmabitur aut infirmabitur, vt in *l. proinde 8. infr. hoc tit.*

3 ¶ Creditum ergo à mutuo differt, quæ genus à specie. nam creditum con- sistit extra eas res, quæ ponderè, numero, mensurà continentur: sicut si eandem rem recepturi sumus, creditum est. Item mutuum non potest esse, nisi profici- scatur pecunia: creditum autem interdum, etiam si nihil proficiatur: veluti si post nuptias dos promittatur.

Ad §. 3. Creditum ergo.

RAT. DVB. In creditum ire non possumus alia- rum rerum nomine quàm quæ in pondere vel nu- mero vel mensura consistunt & quæ functionem recipiunt in suo genere *§. mutui datio supr.* Ergo fal- sum est quod hic Paulus scribit tanquam secum pugnans, creditum consistere extra eas res quæ pon- dere numero, mensuræve continentur. Illud verò multo magis quod subiicit si eandem rem receptu- ri sumus, creditum esse. Pugnat enim hoc quoque cum eo quod scriptum est in principio huius legis, mutuum non posse dici si speciem aliquam dederim eandem postea recepturi, sed vel depositum esse vel commodatum, vel denique alium quemli- bet contractum innominatum vt ibi diximus. DEC. Crediti nomen equitocum est. Habet enim duas si- gnificationes: generalem vnam, quæ omnia contra- ctuum genera complectitur, in quibus alienam fi- dem sequimur *l. 1. supr. specialem alteram per quam ad mutuum restringitur, vt in d. §. mutui datio supr.* In generali significatione eo differt creditum à mu- tuo, quo genus à specie, vt scriptum est in hoc §. Et ideo bona consecutio est: mutuum est. Ergo & cre- ditum, sed non è contrario, creditum est ergo & mu- tuum est. Valeret enim argumentum à specie ad ge- nus affirmatiuè non à genere ad speciem. Negati- uè autem valet à genere ad speciem non è conuer- so. Iungel. 4. litem si 7. alius §. mutui datio infr. de S. C. Maced. l. si ventri 24. §. in bonis de reb. aucthor. indic. possid. aliis l. 9. de priuileg. crediti. Denique quoties nomen crediti opponitur alteri contractui, semper accipi-

tur in sensu speciali, pro mutuo vt in *d. §. in bonis l. quod si minor 24. §. restitutio supr. de minor.*

^a Item mutuum non potest esse. Alia differentia est crediti, & mutui sumpta non à materia vt superior, sed ab effectu: quia mutuum non est nisi à dante proficiatur dominium in accipientem. Aliter enim non fieret de meo tuum vt diximus ad §. præ- cedentem. Intellige autem non de pecunia tantum, de qua sola hæc Paulus loquitur, exempli scilicet gratia aut vt Accursius loquitur, largè sumpto pecuniæ vocabulo pro omni eo quod consistit in pondere numero & mensura, vt in *l. talis 30. in prin. delegat. 1.* non strictè pro pecunia numerata vt in *l. 1. infr. de S. C. Maced. aut largè sumpto pro re qualibet vt in l. 2. in fin. C. de constit. pecun. l. pecunia 178. de verb. signific.* At creditum potest interdum esse etiam si nihil proficiatur, id est non solum si dominium in accipientem nõ transeat, sed & si nec possessio: veluti, inquit Paulus, si post nuptias dos promittatur: Post nuptias, inquam, non solitas, vt post Ioannem perperam interpretatur Accursius, sed contractas, quæ prior & aliorum apud Accursium interpretatio est. Non enim ob id minus promitti & dari dos potest, quod iam contractas sine nuptiis *l. cum mul- ta 20. C. de donat. ant. nupt.* Nec quod dotes etiam donationum nomine comprehenduntur olim, vt in ea lege scriptum est, donationum autem inter vi- rum & uxorem constante matrimonio interdicitæ sint, ad rem facit. Non enim possunt videri dotes in numero earum donationum esse, cum quòd ad maritum pertinet causam habeat onerosam non lucratiuam *l. vlt. §. 1. infr. quæ in fraud. crediti l. vlt.*

promissione 19. *infr. de oblig. & act. vt scilicet inferuit oneribus matrimonij l. pro oneribus 20. C. de iur. Planè si cum donare viro vxor vellet constare matrimonio, dotis colorè quaerit, certum est non valituram donationem l. 2. C. de dot. caut. non numer. l. si diuortio 21. *infr. de verb. oblig.* Non enim magis dotis causa quam alterius contractus prætextu donatio inter coniuges fieri potest l. 3. §. sciendum l. 5. §. circa venditionem *infr. de donat. int. vir. & vxor.* Cæterum soluto matrimonio non potest dos marito promitti, quia nec dos esse potest vbi matrimonium amplius nullum est l. 3. *de iur. dot.* sicut nec ante nuptias, si nuptiæ nullæ sequantur l. stipulationem 21. *infr. de iur. dot.* quamuis possit vir etiam post diuortium promittere vxori dotem quam ipse nunquam habuerit & eo nomine obligari d. l. si diuortio. Cùm falsa demonstratio non magis perimat stipulationem quam legatum l. si se legatum 75. §. si mihi delegat. 1. Cùm ergo hic locus intelligendus sit de dote per mulierem promissa viri. Apparet de ea dote Paulum sentire non quæ post solutas, sed quæ post contractas nuptias promissa sit. Ideo autem post contractas nuptias non ante, quia omnis stipulatio quæ dotis causa fiat conditionem illam tacitam habere intelligitur si nuptiæ sequatur d. l. stipulationem 21. & seq. *de iur. dot.* Quam-*

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

Ad §. 4. In mutui.

R A T. D V B. Etiam tutor pupilli & curator iuuenis adeoque procurator militis si pecuniam pupilli, vel minoris vel militis mutuam dederint, non suo sed alterutrius eorum nomine contrahitur mutuum, & ex eo nascitur conditio certi danda pupillo vel minori vel militi l. si pecuniam 26. *infr. hoc tit.* Et tamen certum est neque tutorem neque curatorem neque militis procuratorem esse dominos. Non igitur necesse est in mutui datione dominum eum esse qui dat. Nam & filiusfamilias & seruus dantes peculiare nummos mutuos obligant accipientem ex mutuo: Et tamen non sunt domini cum sint ipsi in patria & dominica potestate l. si eueniet 21. *ad leg. Iul. de adult.* D E C. Non potest esse mutuum nisi de meo fiat tuum §. appellata *supr.* Non potest autem fieri de meo tuum nisi quod eo tempore meum fuit. Non enim potest traditio quicquam transferre in accipientem nisi quod penes tradentem fuit l. traditio 20. *infr. de acquir. rer. domin.* Ergo in mutui datione oportet eum qui dat esse dominum. Nec obest quod & tutor, & curator, & procurator militis, & filiusfamilias, & seruus, mutuum ex aliena pecunia contrahunt. Nam quod ad tutorem & curatorem pertinet licet non sint domini, attamen dominorum loco habentur, cum bene administrant l. qui fundum 7. §. tutor *infr. pro emptor l. qui in puteum 11. §. an ignoscitur infr. Quod vi. aut clam.* Et privilegium pupilli, & minoris est vt si eorum pecunia credita sit à tutore vel curatore, qui eam sibi dari stipulati sint suo nomine, ipsis tamen acquiritur actio saltem vtilis l. 2. *infr. quand. ex fact. tutor.* quemadmodum & si ex eorum pecunia res empta esset, licet tutoris vel curatoris nomine,

uis enim creditor condicionalis etiam pendente conditione sit creditor l. 1. cui 4. *de oblig. & action.* ita tamen est creditor vt deficiente quandocumque conditione nunquam creditor fuisse videatur l. pecuniam 36. *infr. l. vnic. §. sin autem sub conditione C. de caduc. tollend.* Euanescit enim stipulatio d. l. stipulationem *in fin.* Ratio igitur dubitandi ad hunc versiculum illa esse potest, quam iam attigimus, quod dotes quoque appellatione donationum continentur d. l. cum multa. Post nuptias verò & constante iam matrimonio donationes omnes prohibita sunt quæ sunt inter virum, & vxorem d. l. 3. §. sciendum & tot. tit. *de donat. int. vir. & vxor.* Sed decidit illa est, quod vt diximus non sit dos ex numero donationum prohibitarum, tanquam quæ causam habeat necessariam & vtilem reipublicæ l. solut. *matrim.* Aded vt nec proprie dici possit donatio. Non ob id solum quod causam habeat onerosam magis quam lucrativam ex parte mariti sed etiam quia nec videtur pauperior facta mulier quæ dotem dedit, cum ob hoc ipsum dotem habeat & maritum obligatum ad eam dotem quandoque restituendam. Porro non aliæ donationes inter virum & vxorem prohibita sunt quam quæ donantem faciunt pauperiorē & donatarium locupletiorē l. si sponsus 5. §. concessa *infr. de donat. int. vir. & vxor.*

ipsi tamen pupillo vel minori & dominum & vindicatio saltem vtilis acquiratur l. pen. & vlt. C. eod. tit. l. 3. C. arbit. *tut. l. cum qui 5. §. pen. infr. de pecun. constit.* quod privilegium etiam militi datum est l. si vt proponis 8. C. de rei vindic. d. l. si pecunia 26. *infr. hoc tit.* Quod autem diximus filiumfamilias & seruum dantes peculiarem pecuniam obligare accipientem, non pugnat cum eo quod volumus dantem esse dominum oportere: Id enim tale est quale si voluntate mea tu mutuam des tuam pecuniam. Nam mihi actio acquiritur licet nummi mei non fuerint, quia non eo minus dominium in accipientem transfertur, cum à te qui dominus es, fiat traditio meo nomine, nec quicquam sit quod impediat quo minus & dominium quod tuum fuerat transferatur à me in alium ex tua voluntate, & ex eadem voluntate mihi actio acquiratur. Nam & in filiofamilias & in seruo idem contingit vt quamuis peculiarium nummorum domini non sint, quippe quorum hic nihil proprium habere potest ne quidem volente domino. Ille verò nihil quodque nisi volente patre: Attamen credendo & tradendo peculiare nummos dominium transferunt quod non habent, quia ex voluntate patris vel domini id facere intelliguntur à quibus concessam habent liberam peculijs administrationem. In quam certè illud venit vt de peculiaribus nummis possint credere, aliter vt pro arbitrio contrahere citra donationem l. filiusfamilias 7. §. 1. *infr. de donat.* Aded vt ex contractibus filiofamilias & serui etiam inuiti pater & dominus de peculio teneantur l. 1. l. si quis cum filiofamilias 44. *in fin. l. si quis seruum 29. in fin. & tot. tit. infr. de pecul.* Nec tantum si voluntate mea pecuniam tuam meo nomine credideris

dideris acquiritur mihi conditio, quasi mutuo per me contracto, sed etiam si absente me & ignorante id acciderit, dummodò sciam postea & raram habeam vt bene Accursius hic notat ex l. certè

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

Ad §. vlt. Verbis quoque credimus.

R A T. D V B. Mutuum est ex numero eorum contractuum qui re ac traditione non verbis perficiuntur l. 1. §. 1. *infr. de oblig. & action.* & apud Iustin. tit. quib. mod. re contrah. obligat. Cùmque non possit esse mutuum nisi fiat de meo tuum §. appellata *supr.* Certum est non magis stipulationibus quam nudis patris, & alii conventionibus quæ nudæ sint & traditione destitutæ dominia rerum transferri posse sed traditionibus tantum, & vscapionibus Quæ sententia est l. traditionibus 20. C. de pact. Ergo fieri nequit vt verbis quoque credamus etiam quodam actu ad contrahendam, & comparandam obligationem interposito, veluti stipulatione. Cùm non alio quam traditionis actu fieri id possit. D E C. Hic § non de mutuo est, sed de credito generaliter sumpto, cuius appellatio contractibus omnibus conuenit in quibus alienam sequimur fidem l. 1. *versu credendi. & hac ipsa lege §. creditum supr.* in quo numero maxime sunt stipulationes, quæ nec aliam ob causam interponi solent quam firmandarum aliarum obligationum & conventionum gratia l. §. vlt. *infr. de verb. obligat.* Aut si vis de mutuo hunc locum intelligere, non de mutuo hic locus intelli-

ditio 9. §. si nummos vbi dicimus *infr. hoc tit.* Rationabilis enim facit meum negotium quod meo nomine ab alio gestum est l. si pupilli 6. §. item quaritur l. Pomponius 9. *supr. de negot. gest.*

gi debet naturali. vt vocat Accursius, quod sola traditione contrahitur, sed de mutuo ciuili mixto, id est, cui etiam natura cooperatur, quod incipit quidem à numeratione sed tamen perficitur stipulatione cum pecuniam quam tibi mutuam dedi & numerari stipulor postea mihi reddi: Quo tamen casu contractus non tam mutui contractus dicitur est quam stipulationis, quam mutuum præcesserit duntaxat vt impleteretur stipulatio, nec sine causa interposita videretur, vt eleganter ratiocinatur Pomponius in l. cum enim 7. *infr. de nouat. unct. §. vlt. legi præcedenti.* Addens nullam hoc casu actionem ex numeratione nasci, quæ postea per stipulationem nouetur, sed id agi, vt sola stipulatio teneat: Quæ portò si non teneret, sanè conditio ex numeratione nasceretur l. certi conditio 9. §. quoniam *infr. hoc tit.* Cæterum interueniente stipulatione eaque valida, cum non mutuum sit sed stipulatio, difficile est vt de eo mutuo intelligendus sit Paulus in hoc loco, Non magis quam de mutuo merè ciuili quod per solam confessionem & lapsum biennij sine vlla numeratione contrahitur l. in contractibus 14. C. de non numer. pecun. Prior itaque nostra interpretatio quæ Accursij etiam fuit probabilior est.

3. P O M P O N I V S libro vicenimo septimo ad Sabinum.

C Vm quid mutuuum dederimus, & si non eauimus, vt æque bonum nobis reddere: veluti vinum nouum pro vetere: nam in contrahendo quod agitur, pro cauto habendum est: id autem agi intelligitur, vt eiusdem generis, & eadem bonitate soluat, qua datum sit.

Ad l. Cum quid 3.

R A T. D V B. Quicquid adstringendæ obligationis est, id nisi palam verbis exprimat pro omissio habendum est l. quicquid adstringenda 99. *de verb. oblig.* Ergo & qui mutuum aliquid dedit ex iis quæ consistunt in pondere numero vel mensura si non cauerit sibi creditor vt æque bonum reddatur, dicendum est liberari debitorem si modo rem reddat quæ sit eiusdem generis licet deterior proponatur, vt vinu nouu pro vetere. Nec enim aliud requirit videtur ad essentiam mutui contrahendi, quam vt idem genus reddatur l. prox. in princip. *supr.* Imputet enim sibi creditor qui in contrahendo mutuo non dixit legem apertius. Ex reg. l. veteribus 39. *supr. de pact.* maxime cum in dubio & obscuro magis fauendum sit debitori quam creditori vulg. l. Arianus 47. *infr. de oblig. & action.* D E C. In stipulationibus cæterisque contractibus semper sequimur id quod actum est l. semper in stipulationibus 34. *de regul. iur.* ac proinde in contrahendo quod agitur pro cauto habendum est, vt hic Pomponius scribit, iunge l. si cui 9. *supr. de seruis. l. quamquam 62. de rit. nupt. l. res qua 54. de iur. dot.* Id autem agi intelligitur inter eos qui mutuum contrahunt vt eiusdem generis & in eadem bonitate soluat, quod

datum est. In eadem, inquam, bonitate intrinseca, licet valor sit diminutus, vt bene Accursius noster explicat ex l. vinum 22. *infr. hoc tit.* Non est autem eiusdem bonitatis vinum nouum cuius est verus, licet sit eiusdem generis. At neque sufficit vt sit eiusdem bonitatis, si non sit etiam eiusdem qualitatis. Itaque si quis vinum vetus vellet reddere pro nouo, quamuis verus sit melius, & quod melius est, sit etiam per se bonum leg. vbi autem 75. §. vsque aded *infr. de verb. obligat.* non esset tamen audiendus si Accursio nostro & Ioanni credimus, quia vinum vetus non sit eiusdem qualitatis cuius est nouum. Ego verò non illibenter quidem admitto non valituram conuentionem in mutuo si ita contraheretur, vt pro nouo vino quod mutuum daretur reddendum esset verus. Non enim esset id tantundem sed plus reddere, quod à natura mutui alienum est l. rogasti 11. §. si tibi *infr. hoc tit. l. cum vlt. 9. C. de non numer. pecun.* Sed non ideo consequens est vt audiri non debeat is qui vinum verus reddere vult pro nouo. Cùm plus etiam præter quam debeat quod nunquam prohibetur est l. est forte 6. §. vlt. *supr. si seruit. vindic.* Nam in eo quod plus est continetur tantundem quod est minus l. in eo 110. *de regul. iur. l. cum qui 15. aliàs l. Iauolenus infr. de ann. legat.* Idque non obscure Pompo-

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

a Nam & qui rem vendendam accepit. Argumentum est à simili. Etsi enim hic casus diuersus est à superiore, similem tamen habet rationem. *RAT. DVB.* Qui rem vendendam accepit ut precio vteretur numquam dominus rei fuit. Nec enim mandatum vendendi transfert dominium rei vendendæ in mandatarium sed potestatem duntaxat transferendi dominij. Atqui casus fortuiti pertinent ad dominum *l. que fortuita 6. l. pignus 9. C. de pignorat. act.* Non debet igitur hæc res periculo eius

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

Ad §. I. Res pignori data.

RAT. DVB. Nemo rem suam condicit nisi à fure *l. vlt. supr. vj. infr. quem caueat. l. 1. §. vlt. infr. de cond. tritic. §. sic itaque Instit. de action.* Atqui res à debi-

esse qui rem vendendam accepit. Præsertim cum non accepit, ut re ipsa, sed ut ipsius precio vteretur, siue res æstimata sit certo precio vendenda, siue æstimatio nulla interuenerit. Nihil enim refert nisi quod facta æstimatio inducit æstimatorem actionem de qua *in l. 1. infr. de æstimat. act.* *DE C.* Ad eum debet pertinere periculum, qui rogauit, non qui rogatus est *l. rogasti 19. infr. de præscript. verb.* ne ex beneficio suo & liberalitate is qui rogatus fuit periclitetur *l. ne ex liberalitate 50. infr. de re iudic.* Semper enim inspiciendum est, cuius gratia negotium gestum sit quoties de periculo quaeritur *l. apud Labeonem 20. §. vlt. infr. de præscript. verb.* in hac posteriore specie cum rogasti me ut tibi pecuniam crederem, & ego cum non haberem, lanceam tibi dedi vel massam auri, ut eam venderes & nummis vtereris, etsi non potest pecunia dici facta mutua prius quam vendideris, perinde acti sub illa conditione, *si venderes mutuum contractum esset,* quamuis non fuerit hic expressa condicio ut in specie præcedente. Verum tamen est dedisse me tibi rem vendendam quia me rogasti & ad tuam utilitatem ut eam pecunia quæ ex venditione redacta esset, vtereris. Æquum igitur est tuum periculum interrim esse debere si casu fortuito, & sine culpa tua res amittatur, ut quod à me beneficium habeo periculo tuo habeas, non meo. Addidi *sine culpa tua* cum Vlpiano *in l. rogasti. 11. infr. hoc tit.* ut omnem culpam excludam etiam leuissimam contra Azonem, qui putabat non debere te in hac specie teneri de casu fortuito, sed ita demum si culpa aliqua saltem leuissima interuenerit. Multo magis si lata vel leuis, quod supradicta Vlpiani verba *in d. l. rogasti,* certè non patiuntur. Sensus enim est, de casu fortuito te omnimodo teneri, etiam nulla penitus culpa tua interueniente, licet Azonis sententiam æquiorum dicere audeat Accursius quasi sit ille melior æquitatis arbiter, & magister quam Vlpianus. Dicemus *ad d. l. rogasti:* Ex qua tamen hic locus supplendus est, ut adhibeatur distinctio, vtrum hanc lanceam, vel massam venalem habuerit is, qui vendendam tibi dedit an non, ut si venalem habuerit, perinde ad illum rei periculum pertineat, non ad te, ac si alij cuiilibet vendendam dedisset, quia hoc casu non rogatu tuo, nec tua gratia, sed sua potius vendendam dederit: Si verò venalem non habuerit, nec proinde eo proposito fuerit ut venderet, sed hæc causa fuit vendendi ut tu precio vtereris tibi res pereat, non ipsi, qui vendendam non dedisset, nisi tu rogasses, & quidem ut ex hoc negotio utilitatem tibi comparares. Quod autem Accursius adducit *ex l. si quis inficiatus 13. infr. de deposit.* non possum videre quid ad rem faciat, siue pro tuenda illa Azonis sententia, quam reprobamus, siue ad legis huius interpretationem illustrandam.

tore data pignori remanet in bonis & dominio debitoris etiam durante pignore *l. pignus 9. C. de pignorat. act.* Multo magis autem eo soluto quod sit soluta creditori pecunia quæ debebatur *l. si rem 9. §. omnis pecunia infr. eod. ill. tit. l. Paulus 12. §. 1. & pass. infr. quib. mod.*

quib. mod. pign. vel hypoth. soluit. Non ergo fieri potest ut res data pignori soluta pecunia condicatur per debitorem. Ob eamque nimium causam Accursius ut hanc obiectionem effugiat, intelligit hanc legem de re mobili, cuius futurum facile fieri potest ut ita condictio furtiua inducatur, cum rei immobilis furtum fieri non possit *§. quod autem 1. §. vlt. de vj. cap. d. l. 1. §. vlt. de cond. tritic. l. quam rem 38. infr. de vj. cap.* Est enim hoc ius proprium & singulare conditionis furtiue ut soli domino competat *l. 1. infr. de cond. tritic. furt.* Ac quoniam videt Accursius tractari in hac lege etiam de fundo & fundi fructibus, ait posse hanc legem intelligi etiam de re immobilis quæ à prædone occupata sit, contra quem ex hac causa possit etiam competere condictio sine causa, ut non melior sit condicio prædonis qui dominum vi deiecit, quam furis. Quæ sententia esse videtur *l. 2. infr. de cond. tritic.* quamuis lex illa non de condicione sine causa loquatur, sed de condicione triticaria, ut ostendit condictio eius legis *cum §. vlt. legis præcedentis.* Extra furem & prædonem non patitur Accursius, ut condictio deur domino pignoris etiam post solutam pecuniam, nisi forte inquit ad condicendam possessionem ut *in d. l. 2. infr. de cond. tritic.* Sed hic agit Vlpianus, inquit ille, de condicione rei non possessionis. Ego verò non inficio equidem pignus esse propriè rei mobilis cum à pugno dictum sit *d. l. si rem 9. §. propriè de pignorat. act.* ac proinde cuius futurum fieri facile possit *l. si pignore 34. infr. de furt.* Et quemadmodum qui denegat restitutionem depositi quod non nisi in re mobili potest consistere, hoc ipso futurum facere intelligitur, & ab instanti denegationis se condicione obligat *l. si quis inficiatus 13. §. 1. infr. de deposit.* Ita & qui solam rem mobilem sibi datam pignori etiam soluto debito retinet nec vult restituere, futurum certè ex eo die facere incipit, ut proinde condicione furtiua teneri possit. Sed tamen cum in eo differat pignus à deposito, quod etiam rei immobilis & fundi pignus dari potest, cuius tamen depositum nullum esse possit, non possum ferre ut hic §. ad rei mobilis pignus restringatur, qui video cetera quæ sequuntur omnia de fundo esse non de re mobili, cuius nec fructus ferè vlli esse possunt, si pecora & le mouentia excipias. De quibus tamen fructibus condicendis etiam in hoc §. agitur. Non igitur potest hic §. ad conditionem furtiuam restringi. An ergo de triticaria condicione intelligi debet? Ne hoc quidem. Nam quod scriptum est *in d. l. 2. de cond. tritic.* non ad quemlibet malæ fidei possessorem aut prædonem pertinet, sed ad eum duntaxat, qui dominum per vim deiecit, cuius longè odiosior causa est, quemadmodum & eius qui rem mobilem vi rapuit: qui si improbius dicitur *in l. 2. §. ceterum infr. vi bonor. rapt. l. item si cum 14. §. qui vim intulit supr. Quod met. caus. l. vlt. in fin. C. de compensat.* Porro is, qui fundum pignori accepit à debitore, licet soluto debito nobilitatem reddere, non ideo tamen videri potest eum per vim occupasse, ut pro violento inuatore haberi debeat, quamuis nullo iure ac iniuste eum detineat: cum ex voluntate ac quodammodo per manus debitoris eum acceperit, solèturque in his causis inspicere magis quomodo quis possessionem nactus sit quam quomodo & quo iure eam retineat. Nec iam vnquam mihi persuaderebo aduersus malæ fidei possessorem furti si non etiam

prædo sit adeoque violentus, dandam esse conditionem triticariam, sicuti nec furtiua aduersus alium, quam aduersus furem pro re mobili daretur. Etsi enim condictio triticaria hoc habet diffinibile à furtiua quòd exemplo cæterarum omnium datur non domino, quia per eam intenditur dare aduersarium oportere, Qui autem iam dominus est, magis dominus fieri non potest *d. §. sic itaque Instit. de action.* Cum tamen datur ad exemplum conditionis furtiue siue contra furem, siue contra raptozem siue denique contra violentum prædonem & spoliatozem non datur illa nisi domino *d. l. 1. §. vlt. & l. 2. de cond. tritic.* Cum ergo creditor pignoratitius non possit dici violentus spoliator, Ne tunc quidem cum soluto debito pignus retinet, debitor autem sit dominus, consequens est ut contra creditorem debitori condictio triticaria dari non possit. An ergo cum Accursius dicemus intelligendum esse Vlpianum de condicione sine causa? Sed non memini vllò iuris loco legere me condicione sine causa dari domino: cum & per condicione illam non minus quam per ceteras intendat actio sibi dari, hoc est dominium in se transferri oportere. *Tot. tit. de cond. sin. caus.* An potius dicendum est cum Lothario quem Accursius refert, Condici quidem hoc casu pignus, sed ad hoc tantum, ut possessio restituatur quæ sola debitori abest propter dationem pignoris non autem dominium, quod semper mansit penes debitorem, *ut in l. indebiti 15. §. sed est nummi infr. de cond. indebit. iunct. d. l. si rem 9. §. propriè & l. cum sortis 34. §. 1. infr. de pignorat. act.* Est enim dominium aliquod etiam possessionis, & quamquam rem ipsam condicere, & possessionem rei condicere diuersa sunt, sicut & aliud est res ipsa, aliud possessio rei *l. 3. §. vlt. infr. vi possid.* Non est tamen nouum ut res ipsa condicatur ob hoc solum ut possessio restituatur, *ut in d. §. sed est nummi,* vbi duo casus proponuntur. Vnus quo nummi ipsi condicantur ut eorum possessio restituatur, alius quo possessio ipsa sola condicatur, ut eo solo casu impediatur quis & prohibeatur rem suam condicere quo dominium condicere velit & intendere dari sibi rem oportere: quæ tamen propria condictionum diffinitio, & natura est. *§. appellamus Instit. de action.* licet generalius ac minus propriè sumptum condictionis nomen ad omnes in personam actiones pertineat per quas intendimus aduersarium non quidem dare nobis, sed aliquid facere ut puta possessionem restituere oportere *l. actionum 25. infr. de oblig. & act.* Eòque sensu condicione hic accipi necessariò fatendum videtur, cum debitor qui rem suam dedit pignori, quia remanet dominus, non possit intendere contra creditorem dari sibi rem suam debere, nisi eo solo casu quo res illa inciperet furtiua esse per denegationem creditoris & adprehensionem possessionis ad inducendam condicione furtiuam non minus in odium creditoris pignoratitij furtum tam improbum committentis, si rei mobilis pignus fuit, quam in odium depositarij *in d. l. si quis inficiatus 13. §. 1. infr. de deposit. iunct. l. inficiando 67. in princip. infr. de furt.* Nisi quis malit hunc locum intelligere de condicione illa generali quæ est ex iure gentium potius quam ex iure ciuili, hoc est quæ rationem & æquitatem naturalem habet magis quam ciuilem, per quam possunt condici res omnes ab his qui non ex iusta causa possi-

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

a Et fructus ex iniusta causa percepti. RAT. DV B. Fructus acquiruntur non iure feminis sed iure soli l. qui sit 25. §. 1. de vsur. Atqui fructus a creditore percepti ex re pignoratam sunt percepti ex re debitoris, quippe qui dominus maneat rei pignoratam vt proximè diximus ex l. pignus 9. C. de pignor. act. l. cum & fortis 35. §. 1. infr. eod. ill. tit. Ergo ad debitorem pertinent non ad creditorem & consequenter vindicandi sunt, non condicendi scilicet si extant, nam si consumpti sint aliud est l. 3. C. de condit. ex leg. & sin. caus. Vindicatio enim competit domino, Condicio non domino. D. R. C. Creditor qui fructus percipit ex re pignoratam facit eos suos, quia percipit eos ex domini voluntate licet non ideò illos lucretur, quia in sorte eos imputare cogitur l. 1. C. de pignor. act. iunct. l. si seruus 61. §. locati infr. de furt. Proinde vindicare debitor eos non potest, nec si extant, sed condicere debet tanquam alienos, si ante solutum debitum percepti sint & creditori aliunde plenè ac sine fructuum imputatione satisfactum fuerit. Quod si iam soluto debito percepti sint cum non possint dici percepti ex voluntate debitoris; sed potius contra eius voluntatem, consequens est vt creditoris fieri non possint, ac proinde vt eos vindicare debitor pro suo iure possit tanquam dominus, Neque hoc tantum sed etiam condicere sed condicione illa quæ non datur nisi domino, id est condicione furtiua, quoniam in furtiuam causam incidit hoc ipso quod & nullo iure percepti sunt, & contra domini voluntatem dict. §. locati. Nec distinguimus an extantes sint an cõsumpti, vt in d. l. 3. C. de condit. & in l. certum 22. C. de rei vindic. quia condicio furtiua, & pro extante re furtiua competit, & pro consumpta l. si pro fure 7. §. vlt. & l. seq. infr. de condit. furt. Quamquam nec dubitandum est quin condi-

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

Ad §. vlt. Ea quæ.

RAT. DV B. & dec. eadem ferè est quæ ad vericulum vltimum §. præcedentis. Nam quæ vi fluminum ex meo fundo in tuum importata sunt, si eadem manserunt vindicari non condici debent, quoniam adhuc mea sunt: si verò coaluerint, & vnitatem cum tua terra fecerint, iam tua sunt, ideòque nec vindicari nec condici possunt l. hoc

etio illa generalis, quàm proximè diximus dari iure gentium aduersus eos omnes qui a iquid ex iniusta causa possident ex l. rerum quidem 25. infr. rer. amot. & l. perpetuo 6. infr. de condit. sin. caus. etiam hoc casu competat, nec minùs pro fructibus rei pignoratam, quàm pro re ipsa pignoratam post solutum omne debitum, cum non possint fructus esse penes creditorem nisi sine causa adeòque ex iniusta causa, cum percepti sunt a creditore cui plenissime satisfactum sit & fortis & vsurarum nomine aliarumque omnium accessionum.

b Nam etsi colonus. RAT. DV B. Cum colonus post lustrum completum id est, post quinquennium, in quod tempus solebant olim locari prædia, fructus percipit, vel percipit eos ex debitoris cuiusdemque domini voluntate, vel non ex voluntate. Priore casu nec possunt vindicari fructus, nec condici, tanquam qui pleno iure facti sint conductoris nimirum, ex tacita reconductione siue locatoris voluntate expressa fuit, siue tacita l. item queritur 13. §. qui impleto infr. locat. Sed hoc casu reconductionis mercedem de qua in priore locatione conuenerat, prællare debet, quoniam iisdem legibus & condicionibus facta reconductio intelligitur d. §. qui impleto. Posteriori autem casu, cum incidant fructus in causam furtiuam, condici eorum possunt & condicione furtiua l. insiciando 67. §. vlt. infr. de furt. Sed non eo minùs vindicari etiam possunt, quia condicio furtiua nunquam excludit vindicationem, quomodo excludit ea condicio de qua in hoc titulo agitur, quia nemo rem suam condici nisi a fure l. vlt. in fin. supr. vsur. quem caueat. §. sic itaque Inst. de action. Non ergo debuit adhiberi distinctio, quæ hic ponitur cum queritur, an vindicandi sint fructus, an condicendi. D. R. C. Condicio certi de qua in hoc tit. agitur, concurret etiam cum condicione furtiua, quoniam illa quoque certi condicio est l. cert. conditio 9. vers. sed & ex causa furtiua infr. hoc tit. Nec quod vindicatio quoque fructuum furtiuorum possit competere inutilem facit quæstionem de condicione, Nempè quia fructuum consumptorum vindicatio nulla potest superesse, Condicio autem potest d. l. insiciando 67. §. vlt. de furt. l. si pro fure 7. §. vlt. infr. de condit. furt. Bene autem Accursius notat, videri in dubio durare voluntatem, quæ semel interuenit vt scilicet reconductio tacite facta videatur d. §. qui impleto & l. legem 16. C. eod. tit. de locat. quamuis aliàs videatur dominus vetare qui non consentit cum de furto queritur l. qui vas 48. §. quod si dominus vers. vetare infr. de furt. Sed & animum non repetendi oportet interuenire in domino, ex cuius voluntate fructus percepti sunt, vt neque vindicare illos possit, neque condicere vt idem Accursius notat ex l. etsi quis 14. §. potest tamen supr. de religio. & sumptib. funer.

amplius 9. §. Alfenus infr. de damn. infect. Flumina enim censitorum vice funguntur vt ex vnius fundo in alium transferant l. ergo 30. §. alluio infr. de acquir. rer. domin. Nullas ergo casus esse videtur in quo ea quæ vi fluminum in alienum prædium importata sunt condici possint. Sed cum importata ea demum dicantur, quæ eadem manserunt, nec dominum mutauerunt. Apparet nihil ob stare quominus & vindicari possint, & præterea condici, scilicet si a

si a possessoribus aut dominis prædiorum in quæ importata sunt detineantur mala fide, quomodo bene hinc noster explicat Accursius. Et quidem condicione furtiua si talia sint quorum furtum fieri possit: quemadmodum fieri potest eorum quæ importantur. Cum non alia importari possint, quàm quæ sunt mobilia. Nam si quid de fundi mei terra vi fluminis ita importatum sit in tuum vt cum tua terra coaluerit, sicuti iam immobile illud est, ita neque condici potest, nec magis condicio-

ne triticaria quàm furtiua, tamen si possit quis etiam rem suam immobilem condicere per triticariam eo casu quo possit rem mobilè condicere per condicionem furtiuam l. 1. §. vlt. & l. 1. infr. de condit. tritic. Nec enim mala fide ac iniuste possessum videri potest quod iure possideatur l. si quis cum sciret 8. infr. pro emptor. Furem autem vel malæ fidei possessorem esse quem oportet, vt condicione furtiua, vel, ad exemplum furtiua, triticaria teneatur,

5. POMPONIUS lib. 22. ad Sabinum.

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

Ad l. Quod te §.

RAT. DV B. Vnaquæque res perit domino, si casu fortuito pereat l. qui fortuitis 6. C. de pignor. act. l. contractus 23. de regul. iur. Atqui mora debitoris qui speciem certam debet cuius alius est dominus, non mutat dominium nec ideo facit debitorem dominum: neque enim mora legitimus modus est acquirendi vel amittendi dominij. Ergo neque periculum transferre potest in debitorem, neque facere, vt præitari res possit, quæ in rerum natura extante desit, cum impossibile nulla sit obligatio vt habet iuris regula l. si homo mortuus 85. de verb. oblig. l. impossibile 85. de regul. iur. Proinde dicendum est obligationem intercidere tanquam quæ peruenerit ad eum casum a quo incipere non potuit l. existimo 98. in princip. l. pen. §. vlt. de verb. oblig. DEC. Neminis mora sua, & frustratio prodellè debet l. hominem 37. infr. mandat. sed potius nocere l. in condemnatione 173. §. pen. de regul. iur. cum vix sit vt mora contrahatur sine culpa l. mora 32. & l. sciendum 21. cum seq. infr. de vsur. Non autem meliùs & conuenientiùs puniri mora potest, quam si res quæ post moram perit, habeatur pro adhuc extante l. si ex legati 23. & seq. l. si seruus 91. §. sequitur & §. vlt. de verb. oblig. Potuisset enim creditor eam vendere si moram passus non fuisset, atque ita periculum in emptorem transferre l. item si verberatum 15. §. vlt. vbi dixi supr. de rei vindic. l. cum res 47. §. vlt. infr. de legat. 1. l. item si cum 14. §. quid si homo in fin. supr. quod met. caus. Meritò igitur constitutum est, vt moræ effectus præcipuus ille esse debeat, vt periculum transferat in eum qui moram contraxit, ne interitu rei liberetur. Proinde quod te mihi dare oportet, si id postea perierit, quàm per te factum erit quominus id mihi dares, tuum id detrimentum & damnum esse debet, vt non idcirco intercidat obligatio siue tu eius rei dominus sis, siue alius, dum ne ego. Nec enim re, mea mihi deberi aut dari potest, cum non possit magis fieri mea l. nemo rem suam 82. de verb. oblig. §. sic itaque Inst. de action. & cum perit, mihi eam perire necesse est tanquam domino non propter moram tuam, quæ nec vlla interuenire potest, cum non sis debitor nec mora vlla ibi esse intelligatur, vbi nulla petitio est l. si pupillus 127. de verb. oblig. l. nulla 88. de regul. iur. Bene autem Accursius noster distinguit eorum quæ debentur, tria genera. Vel enim consistunt in quantitate, vel in genere, vel in specie. Quæ sunt prio-

rum duorum generum, perire non possunt l. incertum 11. C. si cert. petat. l. in ratione 30. §. verum est & §. incerta infr. ad leg. falcid. nisi oblatio aliqua facta sit, & creditor fuerit in mora accipiendi vt in l. qui decem 72. infr. de solut. nempe quia oblatio eius quod in genere debetur, non nisi in specie fieri potest. Species autem oblata perire iam potest nec alterius periculo quàm eius qui moram fecit. Ideòque ad huius generis debita hæc lex non pertinet quantum ad debitorem, sed quantum ad creditorem si is moram contraxerit. Non quasi in his quoque debitis moram contrahere non possit debitor perinde ac creditor, [quid enim si congruo loco & tempore interpellatus debitor solutionem recusat dicit. l. mora 32. de vsur.] sed quia moræ effectus nullus esse potest ad transferendum periculum in motorem in ius rebus quæ eius naturæ & conditionis sunt vt perire non possint, nec priùs de effectù moræ, quàm de periculo tractari vniquam potest. Quæ autem in specie debentur, ea demum sunt, de quibus hæc lex tractat, quia species & perire possunt, & omnes tandem pereunt. Species enim appellant prudentes nostri, quæ apparent, ac proinde quæ philosophi indiuidua appellant: Genera autem quæ illi species vt monuimus, quæ cum sint ex vniuersalibus & incorporalibus, sicut neque videri neque villo corporis sensu percipi, ita nec perire possunt. Ex quo apparet etiam debita, quæ in quantitate consistunt, posse dici in genere quoque consistere ideòque nec perire, quia non magis tangi potest quantitas quàm homo, nisi cum quantitas reducitur ad speciem per numerationem, velut homo ad Stichum aut Pamphilum per oblationem vel solutionem, vt proinde possint omnia referri ad duorum genera, ad ea quæ consistunt in genere & quæ in specie. At cum debetur Stichus aut Pamphilus, tum verò effectus moræ de quo hic agitur, aliquis esse potest, quoniam facile pereunt, & sui natura vnoquoque instanti perire possunt l. cum filius familias 49. de verb. oblig. l. si mihi alienum 92. de solut. An autem & quando mora contracta sit facti magis quàm iuris quæstio est, vt scribit Marcianus in d. l. mora 32. de vsur. Etsi enim requiratur, vt debitor congruo loco & congruo tempore interpellatus sit d. l. mora & consequenter vt sciat se debere, adeòque vt rei dandæ facultatem habeat, quemadmodum in hac lege scriptum est & in l. si in Asia 12. §. vlt. infr. de posit. l. Titia textores 39. §. vlt. de legat. 1. d. l. si ex legati 23.

d.l. nemo rem suam 82. §. 1. *de verb. oblig.* Non tamen hoc sufficit vt mora omnimodo & cum effectu contracta videatur. Quid enim si omiſſa ſit debiti repetendi iſtantia: vt in *d.l. mora ad fin.* Quid ſi iuſta aliqua cauſa fuerit vel differendæ ſolutionis ex parte debitoris, vel reculandæ ex parte creditoris? vt in *d.l. ſciendum* 21. & ſeqq. *ead. tit. de uſur.* Denique etiam qui ad iudicium prouocat, ſi modò ſine dolo malo id faciat, moram facere non videtur *l. qui ſine dolo* 63. *de regul. iur.* Nempe ſi careat etiam culpa. Nec enim mora dolum requirit ſi modo habeat culpam *d.l. ſciendum* & ſeqq. Planè interdum nec interpellatio nec ſcientia debiti neceſſaria eſt. Nempe cum mora ipſo iure aut ipſo etiam facto contrahitur: Ipſo iure fauore minoris ætatis *l. Titia* 87. §. *uſuras de legat.* 2. *l. in minorum* 3. *C. in quib. cauſ. non eſt neceſſ. in integr. reſtit.* Aut cum uſuræ debentur inuicem fructuum rei venditæ vt in *l. curabit* 5. *C. de action. empt. l. Iulianus* 13. §. *ueniunt* 20. *infr. eod. ill. tit. aut pro oneribus matrimonij ſecundum diſtinctionem* *l. vlt. §. præterea C. de iur. dot.* Ipſo autem facto ſi forſè debitor hominem debitum occiderit. Non enim hîc requirimus vt ſciuerit ſe debere cum facto ſuo liberationem ſibi acquirere non potuerit, idè que perpetuauerit ſuam obligationem *d.l. ſi ſeruum* 91. *in princip. & ſ. nunc videamus d.l. ſi ex legat* 23. *infr. de verb. oblig. l. ſi fideiuſſor* 19. *ſupr. de dolo.* Nec ruſus occiſo per promiſſorem homine qui debebatur, diſtinctione locus vllus relinquatur an fuerit æquè periturus apud creditorem [apparet enim ſatis non fuiſſe illum æquè periturum, cum non ſuo facto ſed debitoris facto perierit] Cui tamen diſtinctione locum eſſe plerique putant cum res debita naturaliter perierit, & an creditor aut petitor æquè diſtracturus illam rem fuiſſet, de quo hîc latè poſt Ioannem & Martinum tractat Accuſius. Nos iam tractauimus ad *d.l. item ſi verberatum* 15. §. *vlt. ſupr. de rei vindic. & ad l. illud* 40. *ſupr. de hered. petiit.* Eſt etiam alius more effectus præcipuus circa fructus & uſuras. Nam in bonæ fidei iudiciis ex mora debentur & fructus

6. PAVLVS lib. 28. ad Ediſtum.

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

Ad l. Certum eſt 6.

Quoniam Prætor in verbis ediſti quod propoſuit de conditione certi ſic locutus eſt, *ſi certum petatur* conueniens fuit, vt Paulus qui interpretatione ſcripſit ad ediſtum perinde ac Vlpianus explicaret, quod Vlpianus facturum ſe receperat in *l. 1. ſupr.* quid certi appellatione contineatur. Ait autem certum eſſe cuius ſpecies vel quantitas quæ in obligatione verſatur, aut nomine ſuo, aut ea demonstratione quæ nominis vice fungatur, qualis quantitate ſit oſtenditur. Qualitas enim & quantitas accidentia præcipua ſunt, ex quibus ipſa etiam rei ſubſtantia ſic deſignatur, vt non poſſit incertum manere id de quo agitur, ſi modò tale ſit vt in quantitate conſiſtat, vt puta ſi de tritico aut vino tractetur. Qui enim promitteret triticum Africanum aut

vinum Campanum niſi etiam quantitatem adieceret, puta tritici Africi modios ceterum aut vini Campani amphoras centum, nihil certum promitteret quia æquè triticum eſſet Africanum & vinum Campanum quod ſiue maiore ſiue minore quantitate contineretur: At neque certum erit quod ita promiſſum fuerit, niſi addatur tritici Africi optimi vel vini Campani optimi, nec ſi adiectum ſit boni, quia bono melius inuenitur, vt eleganter Vlpianus ratiocinatur in *l. vbi autem* 75. §. 1. *infr. de verb. oblig.* Id demum autem certum eſt quod ita ſignificatur & exprimitur, vt alteri rei aptari non poſſit, alioqui dicendum eſt incertum, quod ita expreſſum eſt vt neſciri poſſit quid præciſè eo nomine ſignificetur. *d.l. vbi autem in princip. & Inſtit. tit. de verb. obligat.* Cum enim nomina non ad alium finem, quam ad res ſignificandas comparata ſint *l. Labo* 7. §. 1. *infr. de ſupell. l.*

& uſuræ: *d.l. mora* §. *in bona fidei l. uſura* 34. *l. videamus* 38. §. *pen. infr. de uſur. d. l. in minorum.* In ſtriſtis verò fructus quidem ex die litis conteſtatae *l. 2. d. l. videamus* §. *ſi actionem de uſur.* itemque in arbitratibus vt in rei vindicatione *l. præterea* 20. & *paſſ. ſupr. de rei vindic.* ſed uſuræ, nūquam niſi per ſtipulationem promiſſæ *l. 3. C. eod. l. Titius* 24. *infr. de præſcript. verb.* quamuis ſi ante litem conteſtatam debitæ fuerint ex ſtipulatione non deſinant lite conteſtata currere. Qui ſenſus eſt *l. lite conteſtata* 35. *de uſur.* vt explicauimus in *error. 1. decad. 1. de error. pragmatic.*

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

pell. legat. nomina certa eſſe oportet ac eius rei propria cuius nomina ſunt vt rem certam ſignificent. At cum agitur de re quæ conſiſtat in ſpecie, puta de Stichō, aut Pamphilo, qualitas ſola exprimens eſt ſi forſè plures ſint eiufdem nominis, nec quantitatis adiectio vlla neceſſaria eſt. Nam & homo ipſe in genere promiſſus certa ſpecie continetur, inquit Paulus in *l. inter ſtipulantem* 83. §. *ſacram infr. de verb. oblig.* R A T. D V B. Qui mutuos dedit centum modios frumētī, aut mutuas centum amphoras vini, etiam ſi neque adiecerit tritici Africi aut vini Campani, neque optimi, habet tamen certi conditionem ex mutuo quia verè mutuum eſt ex quo datur ſemper conditio certi *l. 2. §. 1. ſupr.* Ergo ſufficit expreſſam eſſe quantitatem etiam ſi qualitas expreſſa non ſit. D E C. Certa ſit qualitas per relationem ad eam quantitatem quæ mutua data fuit, cum in mutuo id actum videri debeat vt eiufdem bonitatis & qualitatis res redderetur *l. cum quid* 3. *ſupr.* Et ita benè Accuſius explicat. Nihil autem intereſt an quid certum ſit per ſe an per relationem ad rem certam *l. aut prætor* 5. §. 1. *infr. de rei iudic. d. l. vbi autem* §. *ſed qui vinum & ſeq. de verb. oblig.* Sicut nec quicquam referre ſolet an quid ex æquipollentibus fiat vt ſequitur in hac lege, quæ omnium optimè hoc probat. *Ad l. vlt. §. 1. infr. mandat. l. mulier* 22. *verſ. Braſidas infr. ad S. C. Treb.*

a Nam & Pedius. R A T. D V B. Cuiusque rei nomen proprium magis apertum & conueniens eſt ad rem ſignificandam certiffimè, quàm demonſtratio quæ falſa plerumque eſt *l. demonſtratio* 7. *l. falſa* 23. *infr. de condic. & dem.* Habent enim ſpecies ſingulæ ferè omnes duos nomina, vnum naturale, id eſt ipſius generis cuius naturam ea ſpecies habet, alterum proprium & impoſitum quod ex arbitrio

7. VLP IANVS libro 26. ad Ediſtum.

Omnia quæ inferi ſtipulationibus poſſunt, eadem poſſunt etiam numerationi pecuniæ, & idè & condiciones.

Ad l. Omnia 7.

R A T. D V B. Traditio nihil aliud ſignificat, quàm actum ipſum naturalem tradendi per quem tranſfertur poſſeſſio, & factum tradentis. Eſt enim traditio tota facta *l. conſilio* 7. §. *vlt. de curat. furioſ.* At qui natura facta omnia realia ſunt, & conſequenter pura & præſentia, nec quicquam eſt quod natura faciat in diem, vel ſub conditione. Ergo abſurdum videtur, quod hæc lex ait, omnia quæ inferi ſtipulationibus poſſunt inferi etiam poſſe numerationi, etiam condiciones, quid enim aliud eſt numeratio pecuniæ quàm traditio? quamuis non æquè omnis traditio ſit numeratio. Nec ſanè bona videtur hæc ſtipulationum comparatio cum ſtipulationibus nihil aliud ſint quàm ſoleniū verborum conceptiones quæ pro ſtipulantium arbitrio formantur aliquando purè, aliquando in diem, aliquando etiam ſub conditione §. *omnis ſtipulatio Inſtit. de verb. oblig.* neque in iis natura factum vllum verſatur extra prolationem verborum. D E C. Actus etiam naturales numquam operari poſſunt ultra intentionem agentium *l. non omnia* 19. *infr. hoc tit.* Proinde cum traditio aliqua ſit ſiue numeratæ pecuniæ ſiue alterius rei cuiuſlibet, inſpicendum ſemper eſt qua mente fiat an tranſferendæ tantum poſſeſſionis gratia, an verò tranſferendi etiam dominij & an purè an in diem aut ſub conditione. Nam & rerum

dominia poſſunt eſſe in pendenti *l. de hereditate* 19. §. *quid autem infr. de caſtrens. pecul. l. arboribus* 12. §. *vlt. a. l. ſi ſur. vbi diximus in l. quid ergo* 70. §. 1. *ſupr. de uſufr. & ſi ab hoſtib. Inſtit. quib. mod. ius patr. poteſt. ſoluit.* & poſſeſſio quoque licet magis facti ſit quàm iuris, ſub conditione tranſferri poteſt *l. qui abſenti* 38. §. 1. *infr. de acquir. poſſ. l. taq; actus* quidem ipſe traditionis nõ niſi purè fieri poteſt, ſed effectus ipſe traditionis, & diem recipere poteſt, & conditionem, non minus quàm ſtipulatio: quia tam in traditionibus quàm in ſtipulationibus ſemper ſequi debemus id quod actum eſt *l. in traditionibus* 48. *ſupr. de pact. l. ſemper in ſtipulationibus* 34. *de regul. iur. ſic in l. dotis* 7. §. *vlt. & l. ſeq. l. ſi ego* 9. §. *ſi res infr. de iur. dot.* Sic dicimus ſolutionem quoque facti eſſe *d. l. conſilio* 7. §. *vlt. de curat. furioſ.* nec eo minus tamen fieri poſſe ſub conditione ſiue per traditionem, & realem numerationem fiat, ſiue per acceptilationem *l. ſub conditione* 16. *infr. de ſolut. in cuius ſpecie hoc amplius eſt, quod in ea dominium numeratæ pecuniæ tranſfertur purè nec tamen credit in ſolutum niſi ſub conditione. Aliud enim eſt dominium tranſferri, aliud verò in ſolutum dari. Siquidem licet datio omnis in ſolutum dominij tranſlatio ſit, non tamen perinde omnis dominij tranſlatio in ſolutum datio eſt. Senamque habent tanquam genus & ſpecies, & poſita quidem ſpecie ponitur genus, ſed non contra.*

B 2

Proinde mutui datio interdum pendet, vt ex postfacto confirmetur: veluti si dem tibi mutuos nummos, vt, si condicio aliqua extiterit, tui fiant, sique mihi obligatus. Item si legatam a pecuniam heres crediderit, deinde legatarius eam noluit ad se pertinere: quia heredis ex die adita hereditatis videntur nummi fuisse, vt credita pecunia peti possit. Nam Iulianus b ait, & traditiones ab herede factas ad id tempus redigi, quo hereditas adita fuerit, cum repudiatum sit legatum, aut adpositum.

Ad l. Proinde 8.

RA T. D. V. S. Mutuum ex eo appellatum est, quod de meo tuum fiat l. 2. §. appellata supr. hoc tit. Necessesse igitur est de meo tuum fieri vel eo instanti quo mutuum contrahitur vel numquam: Alioqui traditione & contractu duplici opus erit si per primam traditionem factum non sit de meo tuum. Proinde non potest mutui datio pendere vt ex postfacto confirmetur. D. E. C. Etiam numerationi pecuniarum licet condicionalis etiam prius quam condicio existat l. si filiusfamilias 78. infr. de verb. obligat. l. qui balneum 9. l. potior 11. §. 1. infr. qui potior. in pignori. hab. sed vim potestatem & effectum contractus vt ex eo neque dominium neque possessio transferatur ante condicionem existentem adeoque nec vlla ex eiusmodi contractu prius nascatur obligatio l. pecuniam 36. infr. hoc tit. l. cadere diem 213. de verb. signific. Cum igitur dare nihil aliud sit quam dominium transferre l. vbi autem 75. §. 1. vt. infr. de verb. oblig. Consequens est vt mutui dationem pendere necesse sit & ex postfacto confirmari si mutuos sibi dederim nummos, & lege vt non prius tui fiant nec prius mihi sis obligatus ex mutuo quam aliqua condicio extiterit. Nam neque mutuum prius esse potest, quia de meo tuum factum sit neque de meo tuum prius fieri quam euenerit condicio sub qua mutuum contractum est. Ita fit vt queadmodum ante condicionis euentum nulla obligatio contracta dici potest. Ita condicione existente mutuum confirmetur, & quae simplex fuerat traditio numerate pecuniae, euadat in mutui dationem nec alio nouo contractu, nouaque traditione vlla opus sit, non quia condicio semel existens retrorahatur ad tempus praeteritum vt vulgo male nostri autumant (cum enim condicio nihil aliud sit quam praetatio, vt ita dixerim puritatis, certe nihil est, ideoque nec retrorahi potest, siquidem non entis nullae possunt esse qualitates) sed quia euentus condicionis facit vt contractus habeatur pro puro, quandoquidem sola condicio faciebat me purus esse d. l. potior §. 1. sicut & eiusdem conditionis defectus efficit vt contractus qui antea erat aliquis & condicionalis habeatur exinde pro nullo.

a Item si legatum. R. A. T. D. V. S. Nemo inuitus legatum agnoscere compellitur quamvis lucrosam, quia omne legatum donatio est l. legatum est 36. de leg. 2. & consequenter beneficium, inuito autem beneficium non datur vt habet iuris regula l. inuito 69. de regul. iur. l. nec emere 16. C. de iur. delib. Itaque agnitione legati secuta esse necesse est, vt legatario legatum acquiratur l. ei qui 1. infr. de condic. inst. Ergo si heres pecuniam per modum speciei legatam, puta centum quae in arca testator habebat, alicui crediderit antequam legatum a legatario agniti sit, dicendum est, mutuum statim contrahi, si quis nummos accipientis, cum interim dominium

fuerit heredis qui credidit, non legatarij, nec proinde expectandum ut heres nolit legatum ad se pertinere. Igitur non pendet hoc casu datio mutui nec translatio dominij pecuniae creditae. D. E. C. Legatum speciei, aut quod idem est generis relicti per modum speciei vt in exemplo proposito tam cito facit re legatum legatarij atque hereditas heredis res singulas ceteras hereditarias, ita vt dominium recta via transeat a testatore in legatarium, quasi nunc factum heredis l. legatum 80. de legat. 2. l. a Titio 64. ad fin. infr. de furt. Nempe si agnitione legati postea sequatur adita quandoque hereditas, nam si legatarius legatum repudiaret nunquam eius fuisse videretur, sed ab initio fuisse heredis l. seruus filij 44. §. 1. l. si tibi homo 86. §. cum seruus de legat. 1. Proinde necesse est pendere hoc casu dominium, est enim hic casus ex eorum numero in quibus ex postfacto apparet quid ante fuerit l. quaedam 15. infr. de reb. dub. l. qui res 98. in princip. & §. 1. infr. de solut. Duplex siquidem est acquisitio legati, vna reuocabilis secundum quam acquiritur legatum ignorati & dormienti legatario l. cum pater 77. §. surdo de legat. 2. l. filiusfamilias 16. §. 1. infr. qui testam. facer. poss. vt saluum sit legatario ius repudiandi d. l. 44. §. 1. & l. 56. §. cum seruus de legat. 1. Alia vero irreuocabilis per quam non acquiritur legatum nisi volenti, sed ita vt post agnitionem libera non sit repudiandi potestas, adeo vt nec agnosci pro parte possit, & pro parte repudiari l. legatarius 38. in princip. & §. 1. eod. tit. l. Titia cum testamento 34. §. Lucia Titia de legat. 2. Quod enim semel acquisitum est repudiari amplius non potest l. 1. §. decretalis infr. de successio. Verum igitur est, quod in hac lege scribit Pomponius si legatum pecuniam heres crediderit, deinde legatarius eam noluerit ad se pertinere, heredem posse illam pecuniam quasi creditam petere quia videntur nummi eius fuisse ex die adita hereditatis d. §. cum seruus. i. ex die mortis. Nam hereditas adita quandoque, ex die mortis adita fuisse retrofingitur l. heres quandoque 54. de acqu. hered. l. omnis hereditas 1. §. l. omnia sunt 193. de regul. iur.

b Nam & Iulianus ait. Ratio dubitandi & decidendi est eadem, quae ad sententiam proximam praecedentem. Nam & cum mutui datur nummi, qui per modum speciei fuerat legati traditione interuenire necesse est, cum mutuum non nisi re & traditione contrahatur l. 1. §. re contrahitur infr. de oblig. & action. & Inst. quib. mod. re contr. oblig. in princip. Debet igitur hic versiculus vt differat a superiore intelligi de traditione rei quidem legatam, & ab herede traditam antequam legatum vel repudiatum sit vel acquisitum, sed de traditione facta rei legatam extra causam mutui, puta si fundus Titio legatus sit, & eum fundus heres ante agnitionem vel repudiationem legati vendiderit aut donauerit Sempronio. Nam si Titius legatum postea agnoscat, videbitur a non domino facta traditio quae ab herede facta est, ideoque nec quicquam proderit Sempronio: si autem Titius repudiauerit, valebit traditio, ex eaque dominij translatio secuta videbitur ac si nec legatum fuisset d. l. legatarius 38. §. 1. & d. l. seruus filij 44. §. 1. de legat. 1. l. similes Titio 31. infr. de testam. milit. Rediguntur ergo

ergo traditiones ab herede factae ad id tempus, quo hereditas adita fuerit, siue repudiatum sit legatum, siue adquisitum quomodo scribere solet librarius Florentinus pro adquisitum vt bene docuit Cuias. lib. 2. obseruat. cap. 7. non vt habet vulgata lectio adpositum quae nullius hic sensus lectio est, licet eam suo more interpretari conetur Accursius. Caue autem ne hanc legem intelligas de re legata sub conditione. Et si enim legatum sub conditione pendet quandiu pendet condicio sub qua relictum est, dominium tamen rei sub conditione legatam non pendet quia interim pleno iure est heredis licet existente quandocumque condicione legati postmodum agniti, sicut retrofingitur legatum fuisse ab initio purum, ita & dominium retrofingitur le-

gatario acquisitum ex die adita hereditatis, l. & post litem 12. §. res qua supr. famul. erisc. l. generaliter 29. §. 1. infr. qui & a quib. manum. At cum legatum purum est, dici nequit, cuius interim sit pleno iure an heredis an legatarij quousque legatarius vel agniti fuerit legatum, vel repudiauerit. Ergo tota haec lex intelligenda est de legato puro, de quo etiam in l. Titio & Seio 34. cum duab. seqq. supr. ad leg. Aquil. Ideo autem tam in hac lege quam in aliis plerisque si mentio adita hereditatis, quoniam aditio heredis est condicio sine qua non posset valere legatum. Cum non adita hereditate legata corruiere necesse sit, & cetera omnia quae testamento continentur l. ea quam 14. C. de fideic. l. si nemo infr. de testam. euel. l. sine mo 181. de regul. iur.

9. VLPNIANVS libro 26. ad Edictum.

Certi conditio competit ex omni causa a, ex omni obligatione, ex qua certum petitur b: siue ex certo contractu petatur c, siue ex incerto d, licet enim nobis ex omni contractu certum condicere, dummodo praesens sit obligatio: ceterum si in diem e fit, vel sub conditionem obligatio: ante diem, vel conditionem non potero agere.

Ad l. Certe conditio 9.

Putant nostri esse hanc legem de certi condicione generali, quae differat a conditionibus certi specialibus ex mutuo, aut ex stipulatione vel aliis similibus. Sed hanc sententiam refutauimus in error. 3. decad. 83. de error. pragmat. vnde peti volumus quae alioquin hic tractanda essent. Vnica enim certi conditio est per quam semper certum petitur siue ex certo siue ex incerto contractu, vt haec lex ait, sed ex causa aliqua speciali, siue mutui siue stipulationis, siue alia huiusmodi qualibet. Eoque sensu potest dici conditio certi generalis, quia specialibus causis singulari conuenit non quasi sit aliqua conditio certi specialis quae differat a certi condicione generali aut quasi haec certi conditio generalis separati, & per se exerceri possit nulla speciali causa adiecta, aut denique, quasi etiam triticaria contineat, & conditionem sine causa, quoties per eas actiones certum petitur puta fundus aut Stichus leg. cum fundus 31. in princip. infr. hoc tit. Nam et si triticaria datur ad rem certam, ita tamen datur ne pecunia petatur, infr. de condic. tritico. Conditio autem certi datur quidem etiam pro fundo vel Sticho, sed ita vt per eam non tam fundus vel Stichus quam pecunia certaque speciei petita aestimatio petatur, itaque nunquam possunt triticaria & conditio certi concurrere vt a nobis pluribus comprobatum est dict. error. 3. in fin. decad. 83. & seqq.

a Ex omni causa & ex omni obligatione. Non sunt ista synonyma & quae inculcationem verborum contineant, vt quidam apud Accursium crediderunt sed ita distinguenda vt causam dixerit Vlpianus pro contractu vel quasi, aut maleficio vel quasi aut alia re qualibet ex qua nascatur obligatio. Obligationem vero pro effectu illius causae, quomodo bene ac melius quam alij idem noster interpretatur Accursius. Nascuntur enim obligationes omnes ex supradictis causis aliisque variis causarum figuris l. 1. in princip. infr. de oblig. & act. sicut ex obligationibus, ipsae nascuntur actiones personales l. licet 42. §. ea obligatio supr. de procurat. & Inst. de verb. oblig. in princip. Valde autem torquet se Accursius, ac post eum ceteri in quaerenda ratione,

Tom. III.

Cur haec certi conditio generalis inducitur sit cum speciales sufficiant. Nimirum supponunt esse quaedam certi condictiones speciales, quae rei ipsa & numero differant a generali, quod nos iam refutauimus, Et certe vel ob hoc maxime credere interpretes debuerunt, aut nullam esse certi conditionem generalem, aut nullas esse speciales, cum non sine causa & necessitate multiplicandae sint actiones, vt neque apud philosophos entia. Respondet tamen Accursius aliquos esse casus in quibus certi conditio specialis nulla competere potest. Tres autem adfert. Primum illum si stipuler decem aut quid aliud certum. Secundum si stipuler factum aliquod & petam id quod interest quod non sum stipulatus. Tertium si specialis conditio sic famosa, nolim tamen ego aduersarium puta fratrem meum infamare & pecuniam nihilominus velim petere sed male in omnibus. Nam qui certum stipulatur perinde habet conditionem certi ex stipulatione, atque is qui mutuum pecuniam dedit habet conditionem certi ex mutuo l. si quis certum 24. infr. hoc tit. & Inst. de verbor. oblig. in princip. Qui vero factum aliquod stipulatur, vtique incertum stipulatur l. vbi autem 75. §. qui id quod infr. de verb. obligat. proinde certi condicione agere non potest per quam nihil nisi certum petitur. Multo minus ad id quod interest quod semper aequum incertum est l. vlt. infr. de prator. stipul. iunct. l. si quis ab alio 13. §. vlt. infra de re iudic. l. quatenus 24. de regul. iur. de quo egimus pluribus in error. 4. decad. 83. de error. pragmat. Denique specialis conditio certi famosa nulla est, quae generale facere possit necessarium: si qua enim esset famosa, ea maxime esset quae ex famosa causa penderet cuiusmodi est conditio furtiua: qua tamen constat famosam non esse l. cessat 36. de oblig. & action. Idem Accursius quaerit, vtrum haec certi conditio pereat tanto tempore quanto perit actio in cuius locum datur puta redhibitoria. Et ait perire tanquam quae eius actionis in cuius vicem subrogatur naturam induat & repraesentet argum. leg. si eum 10. §. qui iniuriarum supr. si quis caution. leg. in duobus 28. §. exceptio infr. tit. prox. Sed non puto. Datur enim redhibitoria ad factum, id est ad redhibendum l. redhibere 21. in princip. ac proinde vt modò diximus ad rem incertam d. §. qui id quod ideoque cum incerti condicione

B 3

non potest concurrere. Et certe absurdum est dicere certi conditionem aliquam esse quæ tempore pereat cum sit actio civilis, vt & cæteræ conditiones omnes siue certi sint siue incerti, actiones autem omnes civiles sunt perpetuæ *Instit. de perpet. & tempor. action.* Sanè quoties conditio hæc competit & exercetur, concurrentem aliam actionem, quæcumque illa sit consumit d. §. *exceptio*. Idem Accursius quærit an hæc certi conditio, si competat ex qua alia causa quæ per infirmitatem crescat, puta ex causa legis Aquiliæ, vt subiicitur in hac lege, an detur illa etiam in duplum: Et respondet rectè, non dari: quia in hanc actionem alia veniunt, si modo per eas certum petatur, sed cum sua natura, non etiam cum suo incremento, vt loquitur *Vlp. in litem veniunt* 20. §. *cum prædiximus* *supr. de hered. petit.* aut quomodo Accursius, in ea forma & statu quem habet actio primordialiter, non ex superveniente casu l. vt tantum 14. in princip. vbi dixi *supr. de seru. corrupte*.

b Ex qua certum petitur. RAT. DV B. Petitionis nomine actio in rem & vindicatio significatur l. actio 2 §. iunct. l. actionis 25. *infr. de oblig. & act. l. pecunia* 178. §. actionis de verb. signific. Atqui nemo potest rem suam condicere, nisi à iure l. vt. *supr. vsufr. quem caueat*. Ergo conditio certi non potest illa esse per quam certum petitur. DE C. Peti dicitur etiam quod per actionem personalem petitur l. amplius 15. *infr. rat. rem habet. l. vinum* 22. *infr. hoc tit.* De personali autem obligatione Vlpianum hic tractare ex eo apparet quod subiicit,

c Siue ex certo contractu petatur, siue ex incerto. Ex contractibus enim siue certi siue incerti sint, non nisi personales obligationes nasci possunt, non etiam reales quæ ex præsentis tantum possessione nascuntur l. non aliàs 24. §. sed est postulator *supr. de iudic. §. 1. Instit. de action.* Neque tamen existimandum est ex quocumque contractu siue certo siue incerto competere hanc conditionem, nisi etiam illud concurrat vt agatur ad rem dandam quæ sit certa. Conditiones enim omnes ita dantur, vt per eas intendat actor sibi dari oportere rem aliquam, id est eius dominium in se transferri §. appellamus 15. *iunct. §. preced. Instit. de action. l. vbi autem* 75. §. vt. *infr. de verb. oblig.* Ideoque nec Accursius negat conditionem non esse si quis vel depositi vel commodati, vel pignoratitia, vel alia huiusmodi actione experiatur ad rem suam reposcendam, nisi dolus eius qui conuenitur furtum facientis inducat conditionem furtivam, l. si quis inficiatus 13. §. 1. *depos. que sola datur etiam domino* l. 1. *infr. de condic. furt.* Proinde si agam contra te ad rem aliquam tradendam, quam mihi venderis, licet certam, puta Stichum aut fundum Cornelianum non agam hac conditione certi, quia licet res certa sit, quam debes tradere, hoc ipsum tamen vt debeas tradere, facti est, l. consilio 7. §. vt. *infr. de curat. furios. facti* verò omnia incerta sunt quatenus facienda. quamuis vbi facta sunt certa sint d. l. vbi autem 75. §. qui id quod de verb. oblig. Nempe quia ex futuro pendente euentu, qui semper incertus est l. quod debetur. 51. *infr. de pecul.* In eoque noster errat Accursius qui hunc locum sic intelligit quasi competat certi conditio quoties ex contractu aliquo certum petitur, dari, inquit, vel tradi, vel in actione ex empto leg. ex empto 11. *infr. de action. empt.* Quasi verò cum agitur ad faciendum, petatur quid certum: ac non potius incertum, scilicet id quod

interest vt supra diximus ex leg. si quis ab alio 13. in fin. *infr. de re iudic. l. vltim. infr. de prator. stipular. iunct. leg. 2. §. incertam eod. §. vltim. Instit. de verb. oblig.* Aut quasi separanda sit obligatio puri facti, vt *fissam facere* & similia ab obligatione tradendi, quomodo idem Accursius loquitur & distinguit. Tam enim facti est tradere quam fodere, & in vtraque obligatione si non fiat id, quod conuenit, succedit obligatio, & præstatio eius quod interest dicit. leg. si quis l. l. stipulationes non diuiduntur 72. leg. quoties §. 1. de verb. oblig. Accursium fecellit, quod certum peti dicitur, cum agitur ad tradendam rem certam, itemque locum esse conditionem certi tum quoque cum agitur ad id quod interest. Quod vtrumque iam refutaui, & pluribus in error. 4. *decad. 33. de error. pragmat. ex l. vltim. supr. si quis in ius vocat. non ier. l. liber homo* 118. §. vltim. *infr. de verb. oblig.* Quamuis Accursius tentet id quod interest prima quidem facie incertum esse, sed per subtilitatem iudicis in sententia fieri postea certum ex l. vnic. *Cod. de sentent. qua pro eo quod inter. profer.* Non animaduertens, quicquid per hanc certi conditionem petitur, certum esse oportere ab initio, & eo tempore quo petitur, nec sufficere quod per iudicem inferenda sententia certificari postea possit, quasi hoc ipsum ab initio certum sit ratione spei infallibilis, vt Accursius noster loquitur: quod certe ridiculum est, vt constat ex d. l. liber homo 118. §. vltim. de verb. oblig. in cuius specie nec quicquam est quod per sententiam certificari possit aut debeat, cum certa quantitas in stipulationem deducta esset: sed præstanda tamen alij quam ipsi stipulatori, propter quod non poterat stipulator ad aliud quam ad factum agere, vt ea ipsa pecunia per promissorem alij præstaretur. Nec sanè taxatio facienda per iudicem efficere potest, quominus id quod taxandum est, sit ab initio incertum dicit. leg. vltim. *infr. de prator. stipulat. l. si quando* 6. *infr. vt legat. caus. caueat. l. si traditio* 4. *Cod. de action. empt. l. pen. §. 1. supr. de iurisid.*

d Siue ex incerto. RAT. DV B. Ex contractibus nascuntur obligationes, sicut ex obligationibus actiones. Non ergo videtur fieri posse, vt ex contractu incerto nascatur obligatio, & conditio certi. DE C. Conditionem certi parit non forma & substantia contractus, sed materia, nec ad eam aliud requiritur, quam vt res quæ ex contractu debetur, sit certa, potest autem esse certa, quamuis debita sit ex contractu incerto, id est qui certum nomen non habeat sed qui sit innominatus, sic enim explico quod hic dicitur de contractu incerto. Alioqui non posset contractus dici incertus, ex quo certum deberetur, sicut nec certus ex quo incertum, quomodo stipulationes certas ab incertis ex diuersitate materiae distinguit Caius in l. stipulationum 74. *iunct. l. seq. infr. de verb. oblig.* Aliud igitur est de conditione certi tractare: aliud verò de contractu certo: quemadmodum nec quicquam vetat ex contractu etiam certo & nominato nasci conditionem incerti, si fortè ex eo, vel factum vel quid incorporale quod in iure consistat, vel id quod interest vel denique aliud quid incertum debeat.

e Caterum si in diem. RAT. DV B. Quod in diem debetur, iam debetur prius etiam quam dies venerit, si modò dies sit certa, id est, quam venturam esse certum sit. Cedit enim dies statim licet

cert nondum venerit l. cedere diem 213. de verb. signific. Ideoque potest debitor interim soluere, inuito etiam creditore, & soluendo liberari, quia totum medium tempus liberum ei ad solvendum esse intelligitur l. quod certa die 70. *infr. de solut.* quod secus est in debito conditionali, quippe cuius dies neque cessit neque venit antequam existat conditio d. l. cedere diem l. stipulatio ista 38. §. inter incerta *infr. de verb. obligat.* Debit ergo Vlp. distinguere hic debitum in diem à debito sub conditione, non eandem vtriusque rationem facere. DE C. Est quidem differentia inter debitum in diem & conditionale quantum ad naturam obligationis, vt modò diximus, sed non quantum ad petitionem debiti bene & cum effectu instituendam. Non enim magis exigi potest quod deberur in diem certam quæ nondum venerit, quam quod sub conditione d. l. cedere diem l. qui hoc anno 42. l. liber homo 118. §. 1. de verb. obligat. quamuis quod in diem deberur possit interim solui, vt diximus, non etiam quod sub conditione, cum non possit contingere liberatio nisi solutione eius quod debetur, priusque sit natura & tempore, vt quid debitum sit quam vt solui possit. Quæ ratio & sententia est d. §. inter incerta ubi cum agitur de incerta die, hoc ipso agitur de conditione, si quidem dies incertus facit conditionem non tantum in testamentis l. dies incertus 75. de condic. & demonstr. sed etiam in contractibus. l. sub conditione 16. §. 1. cum duab. *leg. infr. de condic. indeb. sed & dif-*

i Competit hæc actio etiam ex legati causa: & ex lege Aquilia^a, sed & ex causa furtiva^b per hanc actionem condicatur. sed & si ex senatusconsulto^c agatur, competit hæc actio: veluti si is, cui fiduciaria hereditas restituta est, agere volet.

Ad §. 1. Competit.

RAT. DV B. Legati dominium transit recta via à testatore in legatarium quasi numquam factum heredis l. legatum ita 80. *de legat. 2. l. à Titio* 64. *infr. de furt.* Nempe cum legatum erat olim per vindicationem, non etiam si per damnationem, vt & Vlp. & Caius in *Instit. scribit.* hodie verò post sublatas legatorum formulas antiquas & differentias quocumque modo legatum sit, cum pro legatis omnibus dederit Iustinianus vindicationem, quæ non alij quam domino datur l. 1. & 2. *C. commun. de legat. iunct. l. in rem* 23. *supr. de rei vindic.* sicut & in cæteris omnibus dedit Iustinianus omni generi legatorum eam naturam, quæ olim erat optima, nisi quod legatum voluit semper accipi per manus heredis, vt constat ex legati diffinitione posita in §. 1. *Instit. de legat.* alioqui locum esse interdicto, *Quod legatorum* l. 1. §. qui verò ex causa *infr. quod legator.* Atqui nemo potest rem suam condicere nisi à iure leg. vt. in fin. *supr. vsufr. quem caueat. §. sic itaque Instit. de action.* Ergo non potest ex causa legati conditio certi competere, non magis quam eum vindicatione concurrere, DE C. Necessariò hic locus intelligendus est secundum iuris veteris rationem de legato speciei per damnationem relicto. Aut vt interpretatur Accursius, de rei alienæ legato. Non enim res legata eo minus dari potest, eiusque dominium in legatarium transferri, quod sit aliena, cum ad hoc sit obligatus heres vt eam redimat à domino si modò velit ille iusto precio eam vendere leg. non dubium 14. §. vt. *de legat. 3. l. seruum filij* 44. §. vt. *de legat. leg. alienus* 6. in fin. *ad leg. Falc.* Aut denique de lega-

ferentia in eo est inter debitum in diem certam & conditionale, quod creditor in diem certam potest statim agere ipso iure, quamuis malè agat & non rectè, aded vt olim causa caderet tanquam plus petens tempore §. plus autem *Instit. de action.* creditor autem conditionalis licet sit interim creditor ita vt possit transmittere ius ad heredem l. in cui 42. de oblig. & act. §. ex conditionali *Instit. de verb. obl. agere* tamen nullo modo interim potest, cum actio omnis personalis præsupponat obligationem §. 1. *Instit. de action. l. licet* 42. §. ea obligatio *supra de procurat.* Itaque si agat, non tam malè agere dicendus est quam nihil agere vt in l. vnic. in fin. *supr. quand dies vsufr. legat. ced.* Proinde nec causa cadebat olim quasi plus petens, nec actionem nondum competentem, sed ex conditionis duntaxat euentu competituram, consumebat. Præsentem igitur obligationem esse oportet, id est, neque die neque conditione suspensam, vt certi conditio locum habere cum effectu possit. Idemque in quali bet alia actione iuris est, quamuis aliàs præsens obligatio dicatur etiam cuius exactio per diei adiectionem differtur leg. centesimus 46. de verb. obligat. Non enim pendet dies qui non potest non venire licet nondum venerit: Conditionis est pendere & suspendere leg. pecuniam 36. in fin. *infr. hoc tit.* Quod autem pendet, non pro eo habendum est acti iam sit l. is damnatum dat 169. §. 1. de regul. iur.

to quantitatis, vt addit idem Accursius, quia cum in genere consistat, non potest vllum dominium in legatarium transferri ante solutionem, quam semper in specie fieri necesse est, quo demum tempore dominium transfertur l. si quis seruum 8. §. vt. & l. seq. *de legat. 2.* Cui consequens est, vt cum hodie pro quocumque legati genere comperat legatario vindicatio speciei legatæ, si modò testator rem suam legauerit, non possit iam competere certi conditio pro specie legatæ quæ fuerit testatoris, non magis si per damnationem aut per sinendum legata sint quam si per vindicationem, ne alioqui concurrat conditio cum vindicatione aduersus iuris regulam. Erit ergo huius §. sententia hodie restringenda ad legatum rei alienæ, vel quantitatis certæ, quamuis in genere relicta, cum perinde sit certa quantitas, quæ per modum generis relicta est quam quæ per modum speciei. Non enim vt certi conditio locum habere possit, necesse est rem quæ petitur, fuisse aliquando meam, sed sufficit vt mea non sit, fieri verò mea possit & debeat l. videamus 38. §. si actionem *infr. de vsufr. iunct. l. si quis certum* 24. *infr. hoc tit.* Vlpiani temporibus nõ erat bona hæc restrictio, cum pro legato speciei etiã quæ fuisset testatoris, competere posset certi conditio si modò ea species per damnationem legata fuisset. In eoque noster errauit Accursius ignoratione iuris veteris circa differentias legatorum quas Caij & Vlpiani Institutionibus debemus. Illud sanè ex hoc §. bene inferit idem Accursius, posse conditionem certi competere ex quasi contractu: cum non nisi ex quasi contractu heres obligetur legatarius, quod ad eundem hereditatem quasi cumis

contrahat. si quis 5. §. heres quoque in fr. de oblig. & ad. §. in l. 3. §. ult. & l. seq. quib. ex caus. in poss. eat.

a *Ex lege Aquilia.* R. A. T. D. V. B. Ex lege Aquilia datur actio in occisorē quanti plurimi res fuit eo anno rertorsum computato l. ait lex 21. *supr. ad l. Aquil.* propter quam causam dicitur actio illa pœnalis §. his autem verbis *Instit. eod. tit. vbi ex hoc inferitur non dari eam contra heredem.* Atqui conditio certi nullo modo pœnalis est sed merè rei persecutoria, vt sunt ceteræ cōditiones omnes quæ ideo dantur semper in heredem in solidum, ad eū vt nec furtiua conditio excipiat ab hac regula quamuis detur ex delicto id est ex furto l. in condicione 9. *infr. de condit. fur.* Ergo ex causa legis Aquiliæ competere certi cōditio non potest. D. E. C. Conditio certi competit ex quacunque causa nec minùs ex maleficio vel quasi quam ex contractu vel quasi, dummodò certum sit id quod petitur, vt in ius huius legis scriptum est. Atqui etiam ex lege Aquilia certum petitur, siue occisus homo petatur à debitor ipso qui occiderit perinde enim peti potest, & debet ac si adhuc viueret l. si seruum 9. 1. in princip. & §. ult. *infr. de verb. oblig.* siue ad veram æstimationem agatur, quæ fuit mortis tempore, sumpto mortis nomine *de m. d. v. vt loquitur Vlp. in l. 3. infr. de condit. triticar.* Semper enim certum precium est, quod est verum, quòdque ad certum tempus referatur l. in lege Falcidia 62. in fi. *infr. ad leg. Falcid.* Ergo etiam ex causa legis Aquiliæ certi conditio potest competere: sed longè aliter quam actio ipsa legis Aquiliæ. Illa enim pœnalis est, quia persequitur quanti plurimi res fuit eo anno rertorsum computato, & præterea crescit per inficiationem leg. 4. *Cod. de leg. Aquil.* Hæc autem certi conditio nunquam pœnalis est nec per inficiationem crescit, vt iam supra diximus ex l. item veniunt 20. §. cum pradi- cimus *supr. de hered. pet.* scripsi latius in *Error. 3. Decad. 84. de error. pragmat.* Accursius non satis clarè hoc explicat. Illud certè malè addit, conditio nem hanc esse temporalem cum reddatur loco ædilitiarum, idque nos iam supra refutauimus.

b *Sed & ex causa furtiua.* R. A. T. D. V. B. Conditio furtiua nunquam concurret cum alia vlla condicione. Habet enim propriam & separatam naturam à ceteris omnibus. In eo præsertim quod datur soli domino aduersus non dominum. Ceteræ autem omnes non domino aduersus dominum l. 1. *infr. de condit. fur. d. l. vltim. supr. vsufr. quemadm. caueat.* Ergo non potest certi conditio ex causa furtiua competere. D. E. C. Conditio nem certi ex causa furtiua cum dicimus, non duplicem conditio-

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

Ad §. 2. Siue autem.

R. A. T. D. V. B. Quisquis agit cōditione certi, aut etiam alia condicione qualibet, intendit aduersarium ipsum dare sibi oportere §. appellamus *Instit. de action.* Ergo non alius hac condicione potest conueniri quam qui ipse dare debet id est dominium transferre §. si itaque ead. l. vbi autem 75. §. ult. *de verb. oblig.* Non potest enim fieri vt duo eandem rem dare eiuſque dominium transferre possint aut debeant, vnus suo nomine, alius alieno, non magis quam vt duo sint eiuſdem rei domini in solidum

nem intelligimus, vnā quæ sit conditio certi, aliā teram quæ sit conditio furtiua: Sed vnā duntaxat quæ & certi est si per eam certum petatur, & furtiua cum ex causa furtiua detur. Quemadmodum & conditio triticaria esset etiam conditio furtiua, si quis rem furtiuam ipsam cōdiceret non ipsius æstimationem l. 1. §. vltim. & l. seq. *infr. de condit. tritic.* Ex quo intelligimus tanto magis verum esse quod in præcedentibus docuimus conditio nem certi generalem nullam esse quæ re vera sit distincta à specialibus, sed quæ tamen non aliter in iudicium deduci potest quam si singulis & specialibus suis causis applicetur, à quibus propriam ac specialem naturam accipiat, propter quam incipiat dici conditio certi furtiua, vel ex mutuo, vel ex stipulatione, vel ex legato, vel ex lege Aquilia, vel ex alia denique qualibet causa. Idque probatur etiam optimè ex §. quoniam autem *infr. hac lege.*

c *Sed et si ex senatusconsulto.* R. A. T. D. V. B. R. c. l. i. t. a. hereditate fideicommissaria ex S. C. Trebelliano, nihilominus heres manet is qui restituit §. restituitur *Instit. de fideic. hered.* Quisquis enim semel heres fuit semper heres perseuerat leg. ait Prætor 7. §. sed quod Papinianus *supr. de minor. l. ei qui soluendo 68. infr. de hered. inst.* Heres autem quatenus heres est, succedit iniura defuncti omnia, & in eum transeunt omnes hereditariae actiones tam actiue quam passiuæ leg. vlt. & tot. tit. C. de heredit. act. Ergo certi conditio quæ defuncto competit, & post eum heredi non alij quam heredi ipsi competere potest etiam post factam hereditatis restitutionem. D. E. C. Post restitutam hereditatem ex S. C. Trebelliano, actiones omnes quæ defuncto & in defunctum competeabant, & quæ ex lege 12. tabul. trāsſata fuerant à defuncto in heredem, transeunt potestate Senatusconsulti ab herede in fideicommissarium, siue ciuilem illæ fuerint siue prætorie siue ædilitiæ, non quidem directæ, quippe quæ ab heredis persona separari non possunt, sed vtilis l. 1. & 2. l. ita tamen 27. §. qui ex Trebelliano *infr. ad S. C. Trebell.* Quæ res facit vt si heres post restitutionem hereditatis directis actionibus experiri volet, repellendus sit exceptione restitutionis hereditatis d. §. qui ex Trebelliano. Neque enim eundem debitorem eadem actione duobus cum effectu teneri æquum esset, vni directæ, alij verò vtili leg. si pecunia 77. de legat. 1. Circa restitutionem nullæ actiones hereditariæ competunt fideicommissario, nisi, inquit Accursius in tribus illis casibus, de quibus in leg. penult. C. ad S. C. Trebell.

l. 5. §. si duobus vehiculum *infr. Commod.* D. E. C. Tam potest dare, ac dominium trāsferre is qui alieno nomine obligatus est ad dandum, quam qui suo, cum si non sit dominus, possit tamen dominium sibi à domino acquirere, vt in l. non dubium 14. §. ult. *de legat. 3.* aut aliter facere, vt dominium quoquomodo efficiatur stipulatoris d. l. vbi autem §. vlt. Nihil ergo interest an suo nomine quis dare debeat, an alieno puta fideiusſorio vt in l. 4. *infr. de solut.* Sic enim malo hūc locum intelligere quam cum Accursio de eo, qui ex contractu defuncti conueniatur. Hic enim proprio nomine debet, quod defunctus debuit non alieno

alieno licet debitum non ab ipſius, sed à defuncti persona caperit. Interdum tamen etiam alieno nomine conueniri dicitur, qui tanquam heres ex de-

functi facto conuenitur. Vt in exemplo quod adfert Accursius ex l. furti 6. §. si quis alieno *supr. de his qui non tam infam.*

3 ¶ Quoniam igitur ex omnibus contractibus hæc certi conditio competit, siue re fuerit contractus factus, siue verbis, siue coniunctim referendæ sunt nobis quædam species, quæ dignum habent tractatum, an hæc actio ad petitionem eorum sufficiat?

Ad §. 3. Quoniam igitur.

Incipit Vlpianus species quasdam tractare & persequi De condicione certi, An in iis speciebus competat. Quæ quæſtiones ex eo nascuntur quod initio huius legis dictum est Certi condicione m competere ex omni causa & obligatione & ex omni contractu, siue certo siue incerto: Adde nunc siue re fuerit contractus factus siue verbis, siue coniunctim, id est, re pariter & verbis vt Modestinus loquitur in l. obligamur 52. *infr. de verb. obligat.* vbi hoc ipsum sic explicat cum res interrogatori intercedit ita tamen vt non duo contractus sint, sed vnus. Nihil enim vetat cōtractum vnum & re & verbis fieri, licet contra sentire Accursius videatur, quamuis alterutrum sufficiat ad contrahendam obligationem d. l. obligamur & l. 4. in princip. *infr. Pro socio.* vbi non coniunctim, sed diuisim accipienda sunt verba illa societatem contra re & verbis non autem de societate verbis contra-

cta, re interueniente quomodo interpretatur Accursius.

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

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

Ad §. 4. Numeravi.

R. A. T. D. V. B. Cum quis mutuum dat pecuniam & stipulatur, siue ante siue post numerationem stipuletur non est existimandum nasci aliquam ex numeratione actionem, quæ deinde per stipulationem nouetur, quia id agitur inter contrahentes, vt sola stipulatio teneat. Et magis implendæ stipulationis gratia numeratio intelligenda est siert ne videatur interposita stipulatio sine causa vt in l. 2. §. circa *infr. de doli mal. except.* quam vt ex numeratione nascatur conditio l. cum enim 7. *infr. de leg. præced. infr. De nouat.* Ergo etiam si stipulatio inutiliter interposita sit puta quod is qui mutuum pecuniam dedit stipulatus sit eam alij reddi cum nihil ipsius stipulantis interesset, idque contra iuris regulam de qua in l. stipulatio ista 38 §. alteri *infr. De verb. oblig.* dicendum tamen est non eo magis ex numeratione nasci posse & competere condicione m certi ne actus operetur vltra intentionem agentis. Nec enim omnis numeratio parit hanc condicione m, sed ea tantum quæ sit eo animo vt accipiens obligetur l. non omnis 19. *infr. hoc tit.* Quemadmodum nec omnis traditio transferit dominium sed ea tantum quæ sit animo transferendi dominij l. vlt. *supr. vsufr. quem caueat.* D. E. C. Vnus quidem contractus esse intelligitur, sique non mutui, sed stipulationis si modò stipulatio interponatur incontinenti ante vel post numerationem: Sed hoc ita demum si stipulatio valeat & teneat. Non enim stipulationis

nomen meretur ea stipulatio quæ non valet quæ nulla est vt in hoc §. Vlpianus scribit. Nec iuris interpretatio illa sumi potest, vt implendæ tantum stipulationis gratia intelligatur facta numeratio, cum non ideo magis valeat stipulatio quam si impleta non esset. Et verò quomodo impleri obsecro potest stipulatio quæ nulla est? Siquidem verissimum & perpetuum est quod vulgo iactatur non entis nullas esse qualitates l. si partem 19. in princip. *supr. quem. seruit. amitt. l. penul. vers. quare si nulla infr. hoc tit.* Consequens igitur est vt numeratio quæ professe non potest ad implendam stipulationem proficit ad certi condicione m quasi ex mutuo inducendam: Vt duo contractus esse videantur. Vnus mutui, sique vtilis, alius verò stipulationis sed inutilis quorum alterum qui vtilis est vitari per inutilem non oportet l. placuit 29. *infr. De vsur. l. 1. §. pen. infr. De verb. obligat.* Alio qui lucraretur debitor ex aliena iactura, & imputè pecuniam sibi creditam retineret si creditor non magis possit eam reposcere per condicione m certi quam per inuolidam stipulationem. Quod non tantum à naturali æquitate abhorreret, sed etiam à mente & voluntate contrahentium quæ illa proculdubio fit vt mutuum accipiens pecuniam obligaretur omnimodo ad eam reddendam siue ex mutuo siue ex stipulatione. Et ex stipulatione quidem maximè si fieri posset id est si valeret stipulatio si minùs, ex mutuo: Ex stipulatione ciuilitè §. de constituta *Instit. de action.* Ex mutuo verò, quod per numerationem contrahitur,

naturaliter. Est enim numeratio naturalis modus contrahendi mutui, quod eam ob causam naturale appellatur à nostris interpretibus, ad differentiam mutui civilis quod per solam confessionem contrahitur si modo præterierit tempus intra quod potuit excipi de non numerata pecunia, De quo diximus ad l. 2. §. appellata & §. vlt. supr. Quomodo etiam solemus dicere solutionem esse modum naturalem tollendæ obligationis, ad differentiam acceptilationis quæ non nisi civilis & imaginaria solutio est. *L. prout 80. Instit. De solut. §. 1. Instit. quib. mod. re contrah. obligat.* Eoque respicere videtur Paulus in l. si ita stipulatus 126. §. Chryfogonus *infr. De verbor. obligat.* vbi eandem questionem tractans quam hic Vlpianus, an ex numeratione is qui contraxit pecuniam creditam petere possit, At, quoties mutuum pecuniam dantes eandem stipulamur, non e quidem duas obligationes nasci, sed vnam tantum verborum. Si tamen præcedat numeratio & sequatur stipulatio non esse dicendum recessum esse à naturali obligatione. Naturalem enim obligationem intelligit non eam quæ ita dicatur ad differentiam obligationis civilis, & quæ retentionem & exceptio-em tantum pariat non etiam actionem. *L. naturales 10. infr. de obligat. & action. nec rursus eam quæ sit naturalis simul & civilis (nam & eius nodi est ea quæ nascitur ex stipulatione cum stipulatio omnis habeat in se pactum ex quo licet nudo nasceretur naturalis obligatio. *L. Stichum aut Pamphilum 95. §. naturalis de solut.*) sed quæ ex naturali actu, id est ex numeratione nascitur, ad differentiam obligationis quam parit stipulatio: Nascitur enim illa ex actu civili. Sensus ergo est, cum numeratur pecunia credita, nasci ex ea numeratione conditionem, quæ per stipulationem postea interpositam inutiliter, non potest tolli, quia nec nouaretur si nouationi aliquis in hac specie locus esse posset, quandoquidem non potest nouare stipulatio, quæ non tenet saltem naturaliter. *L. 1. infr. de nouat.* Cum autem alteri quis stipulatur, ad eum inuultus est stipulatio, vt neque naturalem pariat obligationem, *d. l. stipulatio ista 38. §. alteri & d. §. Chryfogonus.* Non solum quod inutilis stipulatio non valeat in vim pacti. *L. an inutilis 8. de acceptil.* Sed etiam quia nec alteri pacisci quisquam potest non magis quam stipulari. *L. si tibi 17. §. si pactus l. si vnus 27. §. ante omnia supr. de pact.* Ad eum autem verum est non tolli conditionem quæ ex numeratione quaesita fuit, per stipulationem in fauorem alterius inutiliter interpositam vt etiam si vtiliter interposita sit, præualere tamen stipulatio debeat numerationi. Vt puta si seruus communis meus & tuus ex peculio quod ad te solum pertinebat mutuum pecuniam dederit. Obligationem enim tibi solum acquirere ex numeratione. Quod si eandem mihi solum nominatim stipulatus fuerit, valebit quidem stipulatio, quia non extraneo stipulatus est, sed domino in cuius erat potestate: sed tamen non id eum debitorem à te liberabit, sed vterque nostrum habebit actionem: ego ex stipulatu quia mihi solum nominatim stipulatus est, tu vero ex numeratione quod pecunia tua non mea numerata sit, sed debitor tamen me doli mali exceptione summouere poterit. Quia cum non sit æquum vt eiusdem pecuniæ nomine tenetur in solidum duobus qui non sunt correi credendi, æquius est præferri eum cuius fuit pecunia quam cui seruus ex alterius pecunia nomina-*

tim stipulatus est, ne in serui potestate sit deterior rem facere condicionem domini & ei adimere actionem quam ex numeratione ipsi quaesierat. Quæ sententia & ratio est *L. 1. §. si seruus communis infr. De stipulat. seruar. iunct. l. melior centesimo trigesimo tertio. De regul. iur.* Non ergo in hac questione illa tantum distinctio adhibenda est, An stipulatio valeat necne, sed illa etiam, vtrum illi ipsi, cuius pecunia est, quaeri possit actio ex stipulatu, an alij: Vt si illi ipsi cuius fuit pecunia, nulla quaeratur ex numeratione conditio, si modo incontinenti stipulatio interposita sit siue ante siue post numerationem. Si vero alij, quamuis vtiliter, nec iure reluctante, præualeat numeratio ad pariendam conditionem siue incontinenti, siue ex interuallo stipulatio interposita proponatur. Nam quod in specie dict. §. Chryfogonus *vers. planè* proponit Paulus præcellisse numerationem, & secutam esse stipulationem, non eum pertinet quasi aliud dicendum putauerit: si stipulatio præcederet & numeratio sequeretur: sed quoniam eo casu multo minus dubitari posset, quin per stipulationem etiam vtilem recessum esset ab obligatione & conditione non nisi postea quaesita per naturalem actum numerationis. Prius enim quaesitam esse obligationem oportet quam vt ab ea recedi possit. Ex numeratione autem facienda nulla quaeritur obligatio sed ex ea tantum quæ iam facta sit. Planè cum valet stipulatio et si nihil interest an præcedat an sequatur numerationem. Interest tamen si sequatur, an incontinenti sequatur, an ex interuallo. Non enim potest videri vnicus contractus obligationis verborum, si stipulatio sequatur ex interuallo, sed stipulationem eo casu vel inutiliter interponi necesse est, vel animo nouandæ conditionis: cui tamen distinctio locus nullus est si præcedat stipulatio quamuis ex interuallo. Secuta enim quocumque numeratio, semper sit vtiliter etiam citra nouationem, scilicet implendæ stipulationis gratia quæ alioqui maneret facta sine causa, nec proinde actionem parere posset nisi inutilem & inefficacem ac doli mali exceptionis summouendam, vt in casu *L. contra 6. De senatusconsult. Maced.* vbi scriptum est quod ad rem maxime nostram pertinet, Si à patrefamilias stipulatus sis, credas autem filiofamilias factio, senatusconsulti Macedoniani potestatem exercendam, quia inquit Scæuola, expleta est numeratione substantia obligationis. Interest sanè cum valet stipulatio an interposita sit in eius ipsius vtilitatem cuius fuit pecunia vt in dict. *L. cum enim septima de nouat. an in alterius vt in dict. l. prima. §. si seruus communis. De stipulatione seruorum.* Priore casu distinguendum est an stipulatio secuta sit in continenti an ex interuallo vt in dict. *L. cum enim.* Posteriore vero nihil interest. Omni enim casu stipulatione in alterius fauorem interposita, duo contractus sunt ambo quidem vtiliter ad producendam actionem, sed quorum alter, obligationis scilicet verborum, neque nouare conditionem potest aut quasi nouare vt in specie *l. obligationem ferè quadragesima quarta §. vltimo infr. De verborum obligationib.* neque facere quin potior in agendo causa esse debeat illius cuius pecunia fuit, & exceptione repelli is debeat qui agit ex stipulatione siue præcedat stipulatio siue sequatur: Et siue ex continenti sequatur siue ex interuallo. Quod enim non

non transfertur in causam nouationis iure pristino peti semper potest lege quarta paragrapho vltimo infra De usuris.

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

Ad §. 5. Idem erit si à pupillo.

RAT. DVB. Pupillus qui alij stipulanti promittit aliquid sine tutoris auctoritate, licet non obligetur civiliter, obligatur tamen naturaliter, id eoque fideiussores suæ obligationis dare potest *l. si pupillus trigessim. quint. supr. De recept. Qui arbit. recep. l. Marcellus vigesim. quint. infr. De fideiuss. l. Stichum aut Pamphilum nonagesima quint. §. naturalis infr. De solut.* Hoc vero sufficit, vt prioris obligationis etiam civilis qua pupillus tenebatur, fiat nouatio, & consequenter prior obligatio tollatur lege prima in fine *De nouat. §. præterea Instituit. quibus modis tollit. obligation. vbi hoc amplius dicitur, idem probandum esse si posterior obligatio nulla sit: Quod tamen intelligendum est de obligatione quæ nulla quidem sit civiliter, sed nihilominus tenet naturaliter. Ne alioqui obster dict. *l. prima in fine. De nouat.* quo loco eadem omnino species tractatur de pupillo qui sine tutoris auctoritate promiserit aliquid per stipulationem. Nisi quod obseruandum est subesse mendum in illis verbis *veluti si id quod tu Titio debes.* Legendum enim est id quod tibi Titius debeat quemadmodum initio eius §. scriptum est quod tibi Seius debebat. Neque enim potes nouando tuam obligationem tollere, stipulando ab alio id quod tu ipse debeas. Ea namque ratione acquiris quidem tibi creditorem, sed non liberaris, qui tamen liberaris facta nouatione dicto §. præterea in illis verbis *Nam & prior debitor liberatur* in tertiam personam, non in primam conceptis. Porro si tenet stipulatio naturaliter etiam cum quis à pupillo sine auctoritate tutoris stipulatus est, quod alius debet, multo magis tenere illa debet, quam quis interposuit stipulando sine tutoris auctoritate à pupillo quod ipse pupillus tutore auctore debeat, vt eo modo pupillus à civili obligatione liberetur, & naturaliter duntaxat obligatus esse incipiat. Est enim id longe vtilius pupillo, cum ita futurum sit, vt ex posteriore obligatione conueniri non possit, quomodo poterat ex priore conueniri. Et si videro Accursium in ea esse opinione, vt putet pupillum etiam civiliter obligari, & ex promissione sua conueniri posse, quam sine tutoris auctoritate fecerit si modo illam causam habuerit promittendi, puta si fortè pecuniam debebat ei pro quo sponderit: Exemplo eius, quod de domino scriptum est ex contractu serui obligato in lege in personam trigesima §. qui pecuniam supr. De pact. Quod tamen non probat, & ex hoc ipso §. quem interpretamur, manifestè refellitur. Quando enim iustiorum causam habere potest pupillus promittendi per stipulationem sine tutoris auctoritate etiam animo nouandi, quam cum id promittit quod ille*

ipse debebat antea civiliter eidem stipulatori? An fortè minus fauorabilis est is qui à pupillo stipulatur id ipsum quod ei pupillus debet civiliter & naturaliter, quam qui stipulatur, quod alij debeat pupillus? Nec bona comparatio est domini qui conuenitur ex serui sui contractu, & pupilli qui ex propria sua promissione facta sine auctoritate tutoris. Nam contra iuris civilis regulas facit, qui à pupillo sine tutoris auctoritate stipulatur, aliterve cum eo paciscitur lege contra vigesima octaua. *supr. eodem titul. De pact.* Non etiam seruus qui pro domino à quo pecuniam habebat & ex causa peculiari aliquid promissit sine domini sui voluntate: Quæ species est dict. §. qui pecuniam. DEC. Non omnis stipulatio post aliam obligationem interposita facit nouationem, sed ea demum, quæ vel animo nouandi sit, quod Vlpianus hic non ponit, nec ponendum est: Vel noua aliqua persona interueniente, vt in dict. §. præterea Instituit. quibus modis tollit. obligat. quod in hac specie non contingit. Mirum igitur non est durare conditionem, quæ ex numeratione pecuniæ pupillo ex auctoritate tutoris creditæ nata fuerat: quia quod in causam nouationis non transfertur iure pristino peti potest vt diximus ad §. præcedentem ex l. quarta in fin. *infr. De usur.* Non nego fieri posse nouationem à pupillo etiam in hac specie sine tutoris auctoritate, multo magis quam si pupillus promitteret sine tutore id quod alius debet. Fit enim hoc casu pupillus locupletior cum obligationem civilem perimit, ex qua poterat conueniri, eamque perferit in naturalem tantum, quæ actionem parere nullam potest. Estque hic casus vnus extra quem vix alius reperiri possit, in quo pupillus promittendo fiat locupletior vt docui ad dict. *l. contra vigesima octaua supr. De pact.* Sed dico non tractari casum hunc ab Vlpiano sed illum potius, in quo nec si inter alios ageretur, nouatio tamen vlla fieret, id est cum incontinenti ante aut post creditam pecuniam stipulatio interponitur aliter quam in §. sequent. quæ si teneret civiliter ad producendam actionem, non alium effectum haberet numeratio, quam vt stipulationis implendæ gratia videretur facta esse, quasi ab initio non nisi vno contractu negotioque gesto, vt in *l. cum enim septim. iunct. §. vltimo legis præceden. infr. De nouat. l. si ita stipulatus centesima vigesim. sext. §. Chryfogonus versicul. superest infr. De verborum obligation.* At cum stipulatio non valet civiliter, sicuti non potest dici vnus esse contractus stipulationis, ne alioqui nullus omnino sit, & pecunia pupillo bene credita penes eum remaneat, nec eius nomine conueniri ipse vnquam possit, ita fatendum est non facere stipulationem quominus ex numeratione

mafcatur civilis obligatio, & ex civili obligatione conditio, perinde ac si nulla effet interposita stipulatio, quæ nec naturaliter hoc casu tenet: quia cum pupillus accipiendo mutuum pecuniam tutore auctore iam obligatus fuerit & naturaliter & civiliter non potuit subiecta stipulatio aliam obligationem naturalem priori naturali: quod nec nisi frustra fieret ac sine effectu. Frustra verò multiplicandæ non sunt obligationes eiusdem naturæ, & generis, quarum posterior nihil omnino addat priori. Nihil autem addere posset naturalis obligatio, si qua per stipulationem contraheretur, et quam pupillus iam contraxisset, mutuum accipiendo sine tutoris autoritate pecuniam, quia licet nec mutuum accipiendo pupillus sine tutore obligetur iure naturali lege pe-

Idem quæri potest, & si, quod tibi numeravi, sub impossibili conditione stipuler, cum enim nulla sit stipulatio, manebit conditio.

Ad §. 6. Idem quæri potest.

RAT. DVV. Imputare sibi debet is, qui pecuniam suam dedit mutuum & numeravit, cur stipulationem adiecit voluerit, & quidem nullam ac inutilem id est sub impossibili conditione conceptam. Scire enim debuit interposita stipulatione incontinenti ante vel post numerationem, non duas contrahi obligationes sed unam verborum, quæ si non valeat, consequens videtur, ut nulla nasci debeat obligatio: Neque verò auctum est ut debiti sui iacturam faciat creditor, quoties aliquid est, quod ei possit imputari, ut puta si quis id quod ei debet Titius, stipuletur novandi animo à pupillo sine tutoris autoritate. Nam & Titius qui prior fuit debitor liberatur, & pupillus non obligatur, quia nulla stipulatio est §. *præterea* *insti-* *tur. quibus modis tollit. obligat.* Non enim videtur quis damnus sentire quod ex culpa sua sentiat vulg. l. *quod quis centesima tertia. De regul. iur.* An non autem in culpa est creditor, qui pecuniam quam credit, stipulatur sibi reddi sub impossibili conditione? cum sciat impossibilis conditionis adiectione vitiat stipulationem l. *non solum* *trigesima prima* *infr. De obligation. & action. l. impossibilis septim. De verbor. obligat.* quasi nec animus sit acquirendæ hoc casu & contrahendæ vilius obligationis l. *quarta §. primo* *infr. De statu lib.* Dicendum igitur hoc casu nullam creditori ex numeratione actionem competere, neque conditionem, quia non id actum est l. *cum enim sept. infr. De novat. iunct. l. non omnis decima nona* *hoc tit.* Neque ex stipulatione, quoniam stipulatio nulla est. Voluit enim hoc casu stipu-

7 ¶ Sed & si ei numeravero, cui postea bonis interdictum est, mox ab eo stipuler: puto pupillo eum comparandum: quoniam & stipulando sibi acquirit.

ultima *infr. De obligationib. & action.* non magis quam qui stipulanti promisit, lege quod pupillus *quadragesima prima* *infr. De condit. indeb.* Obligator tamen naturaliter, habetque ea obligatio effectus omnes, quos à iure civili habent obligationes cæteræ naturales ut pariant retentionem, exceptionem, compensationem, deductionem, lege si pupillus *vigesima prima* *infr. ad legem Falcidiam* *lege cum illud vigesima quinta §. heres meus. infr. quand. dies legat. ced. lege Strichum aut Pamphitum nonagesima quinta §. aditio* *infr. De solution.* Nempe quia nihil facit contra iuris civilis regulas qui pupillo sine tutoris autoritate mutuum credit pecuniam. Quomodo facit is qui ab eo stipulatur sine autoritate tutoris ut scripsi pluribus *ad d. l. contra.*

lator quod non potuit, & potuit quod non voluit: quo casu nullum ius quæritur l. *multum interest octau. Codic. si quis alter. vel sibi l. quoties 9. in princip. infr. De hered. institut.* D.E.C. Numquam æquum est locupletari quem cum alterius iactura l. *iure natura ducentesim. sext. De regul. iur. l. non hoc natura 14. De condit. indeb.* Locupletaretur autem cum aliena iactura is, qui mutuum pecuniam accepit si nulla ex numeratione nasceretur conditio prætextu stipulationis perperam interpositæ, ex qua similiter nulla nasci actio possit. Et si enim id inter eos agebatur, ut ex stipulatione potius quam ex numeratione actio nasceretur, non tamen id quoque actum videri potest, ut nullam actionem haberet creditor qui & pecuniam suam numerasset, & eam sibi reddi inutiliter stipulatus esset. Non magis quam ut debitor eam pecuniam lucraretur: Cum si actum illud fuisset, non dari mutua pecunia debuisset sed donari. Longèque alia ratio illius est, qui amisit debitorem novando vilem & efficacem obligationem per stipulationem inutilem. Intercedit enim eo casu legitimus modus tollendæ obligationis. Id est novatio: quæ tamen nec aliter valet quam si posterior stipulatio teneat saltem naturaliter l. *prima in fin. infr. De novat.* Quod non potest contingere cum stipulatio sub impossibili conditione concepta est, eiusmodi namque stipulatio ad eum est inutilis, ut non magis naturaliter, quam civiliter teneat. Cum iuri naturali non minus consentaneum sit quam civili, ut impossibilium nulla penitus sit obligatio l. *impossibilium 185. De regul. iur. siue de naturali impossibilitate intelligas siue de civili, lege filius 15. infr. de conditione institut.*

Ad §.

Ad §. 7. sed si ei numeravero.

RAT. DVV. Is cui bonis interdictum est tantum prodigo in hoc differt à pupillo, quod promittendo stipulanti nullomodo obligatur, ne quidem naturaliter, id est: nec fideiussore dare potest: *l. si cui bonis 6. infr. de verb. oblig.* Pupillus verò promittendo etiam sine tutoris autoritate, obligatur tamen naturaliter l. *9. in fin. infr. de novat.* quam is non iure naturali l. *quod pupillus 4. infr. de condit. indeb. id est que fideiussorem dare potest l. si pupillus 35. sup. de recept. qui arbut. recept. l. Strichum aut Pamphitum 95. §. naturalis de solut. l. si pupillus 127. infr. de verb. oblig.* Prodigus enim furioso magis quam pupillo comparandus est, cum similiter pro furioso qui aliquid promiserit, fideiussor accipi non possit l. *si à reo 70. §. si à furioso infr. de fideiuss. vbi ratio redditur* quia non solum stipulatio nulla intercessisse sed nec vllum negotium gestum esse intelligitur. Quibus verbis Caius cuius ea lex est, aliam insinuat differentiam quæ est inter pupillum & furiosum. Pupillus enim omne negotium n gerit vtiliter tutore auctore. Furiosus verò nihil omnino ne quidem auctore curatore, sed curator ipse omnia gerere debet nomine furiosi quia certum est ætatem allaturam esse iudicium pupillo, non item resipiscentiam furioso l. *in negotiis 5. de regul. iur.* Id est: quod curator furiosi non tam bonis datur quam persone, quod in curatore minoris diuersum est, qui bonis datur non persone l. *et tot. tit. de curat. furios. & alius extra minor. danda l. vlt. C. eod. hic similiter & curator datus prodigo cui bonis interdictum est, persone prodigi magis quam bonis datus intelligitur, quia prodigus quantum ad bona exitum facit furiosus l. *hæc qui 12. §. vlt. De tutor. & curat. dat. ab his.* Non igitur bona comparatio est pupilli & prodigi. D.E.C. Bona comparatio est in eo, quod*

8 ¶ Si nummos meos tuo nomine dederò, velut tuos^a absente te & ignorante: Aristo scribit adquiri tibi conditionem. Julianus quoque de hoc interrogatus lib. 10. scribit veram esse Aristonis sententiam: nec dubitari, quin si meam pecuniam, tuo nomine, voluntate tua dederò^b, tibi adquiratur obligatio: cum cottidie credituri pecuniam mutuum, ab alio poscamus, ut nostro nomine creditor (meus &) futuro debitori nostro.

Ad §. 8. si nummos meos.

RAT. DVV. Per liberam personam neque actio neque aliud quicquam alij quæri potest excepta causa possessionis l. *1. C. per quas person. nob. acquir. l. solutum 11. §. per liberam* *infr. de pignor. act.* Obligationes enim omnes ad hoc comparatæ sunt, ut vni quilibet sibi acquirat quod sua interest. Ut autem alij quaeratur actio nihil interest mea l. *stipulatio ista 38. §. alteri* *infr. de verbor. obligat. l. quacunque 11. de oblig. & action.* Ergo si nummos meos Titio mutuo dederò, licet tuo nomine, & velut tuos, non magis tibi potest quæri conditio certi ex hac numeratione, quam si essem tibi stipulatus: quo tamen casu iam supra diximus futurum ut nulla tibi ex mea stipulatione quaeretur §. *numeravi 5. sup.* Imo tanto minus, quanto i firmius est pactum etiam incontinenti appositum quam stipulatio ad producendam civilem obligationem & actionem *ut in l. quod si locus 11. sup. de religio. l. servus ea lege* *infr. de seru. export. l. 3. C. de vsur. l. auia 1. C. de iur. dot.* Quænam enim maior vis esse potest pacti incontinenti apppositi etiam

Tom. III.

hic tractat Vlpianus, ut non magis conveniri possit prodigus ex sua promissione quam pupillus ex stipulatione interposita sine tutoris autoritate imo tanto minus quod ne quidem naturaliter, prodigus ex ea promissione obligatur d. *l. si cui bonis*, cum tamen pupillus ut diximus obligetur naturali obligatione sed quæ inefficax sit ad agendum, Non enim negotium gerere pupillo sine tutore prohibetur sed se obligare l. *pupillus 5. infr. de auctor. tutor. l. contra 20. sup. de pact.* Perinde igitur dicendum est, si prodigo cui ante interdictionem pecunia numerata fuerat, mox post interdictionem stipulanti creditori promiserit, non esse impedimento eam stipulationem quæ nulla est, quominus salva sit creditori conditio, quæ nata fuerat ex numeratione: quam ponimus factâ fuisse ex intervallo ante stipulationem, cum ponat Vlpianus factam esse ante interdictionem, secutam verò stipulationem non nisi post interdictionem. Nam si numeratio quoque post interdictionem facta fuisset, non magis potuisset ex ea nasci conditio, quam ex stipulatione vlla actio.

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

post contractum bonæ fidei, quam ut stipulationis veluti cuiusdam iure censetur: l. *iuri gentium 7. §. quimodò* *sup. de pact. l. quia tantundem 7. sup. de negot. gest. l. lecta 40. versic. dicebam* *infr. hoc tit.* Quamquam in mutuo difficilius est quam in stipulatione ut ei insit pactum etiam incontinenti appositum quia licet vterque contractus stricti iuris sit. Mutuum tamen neque consensu neque verbis contentum est ut stipulatio, sed re potissimum & traditione contractatur l. *rogasti 11. §. si tibi* *infr. hoc tit. l. si tibi 17. sup. de pact. l. cum vltra 9. C. de nov. numer. pec.* Tantum abest ut verum esse possit quod hic notat Accursius plus operari pactum incontinenti adiectum in mutuo quam stipulationem, quod pactum suis & mutui viribus nitatur, stipulatio aurem non nisi suis. Quasi vero non etiam contractus viribus adiuveretur stipulatio iis casibus quibus pactum quoque adiuveretur. An non enim verum est, non aliter contracturum fuisse illum, qui incontinenti post contractum adhibuit stipulationem? Quæ vnica ratio est propter quam pactum incontinenti adiectum in contractibus & traditionibus rerum parit etiam

C

actionem l. in traditionibus 48. sup. de pact. Et verò cum mutuum ex eo dictum sit, quod fiat de meo tuum l. 2. § appellata sup. Nemo dixerit nummos quos credidi: ut tuos & tuo nomine fuisse vna tuos. Cum dominium nec amittatur, nec in alium transferatur, nisi certis & legitimis modis inter quos non est nuda domini voluntas l. si quis vi 17. §. differentia inf. de acquir. poss. Absurdum autem videtur ex mutuo nasci conditionem alij quam ei qui ipse mutuum contraxerit. Augetur vero dubitatio ex eo, quod Vlpianus cum Aristone ponit me meos nummos velut tuos ex tuo nomine numerasse, absente te & ignorante. Est enim multo difficilius ut absente & ignorante per alium quæratur actio extra causam filiorum familias acquirentium parentibus, aut feruorum acquirentium dominis, & extra causam legatorum & fideicommissorum quæ nullo etiam hominis facto interueniente ignorantibus quæ acquiruntur l. cum pater 77. §. fido delegat. 2. l. filiusfamilias 10. §. 1. inf. Qui testam. facer. poss. DE C. Singularia quedam recepta sunt circa pecuniam creditam, & inter cætera ut possit quis obligari ex mutuo etiam ei, cuius nummos non acceperit, si modò per fictionem breuis manu possint videri eius fuisse, cui conditio quæratur l. singularia 15. inf. hoc tit. In proposita verò specie hoc contingit. Nam cum meos nummos do mutuos Titio velut tuos, & tuo nomine, perinde haberi debet ac si eos tibi primò credidisset, tu deinde Titio, quo casu nemo dubitaret quin & tu mihi obligatus esses & Titius tibi. Plerumque enim contingit utilitatis publicæ causa & expediendarum rerum gratia quomodo Caius loquitur in 6. si ad pupillum 1. inf. De author. tutor. ut celeritate coniungendarum actionum vna occultetur l. 1. §. sed si debitorem vtr. de donat. int. vir. & vxor. quod breui manu fieri ait Vlpianus noster in l. licet 43. §. 1. De iur. dot. Maxime autem in mutuo, cuius sicuti frequentissimus maxime que necessarius vltus est in cōmerciis hominū: ita plerisque singularibus istis fuit adiuvandus ut tanto faciliores essent ad contrahendum mutuum hominum voluntates d. l. singularia. Idque est quod Vlpianus hoc loco insinuat, cum subiicit quotidie accidere vt creditori mutuum pecuniam ab alio poscamus vt eam nostro nomine credat futuro debitori nostro. Quod enim sit quotidie licet reluctantem aliquomodo iuris ratione facile tamen permittitur, & transit in ius commune propter utilitatem publicam l. certe 6. §. vlt. inf. de precar. l. & que nondum 15. §. quod dicitur inf. de pignor. iunct. l. vlt. C. que resp. pignor. oblig. poss. l. vlt. C. de fideiuss. Fit igitur hoc tam vt pacti incontinenti post mutuum appofiti, vt malè tenet Accursius, quam vt & potestate ipsius contractus mutui, hoc est numerationis per me factæ tuo nomine. Eadem ratio facit vt si pecuniam meam Titio crediderim tuo nomine, eam que mihi reddi stipuler etiam incontinenti, non possim tamen mihi acquirere efficacem actionem ex stipulatione non magis quam conditionem certi ex mutuo. Nam quod contra scriptum est in l. cum enim 7. inf. de nouat. potiorum esse causam stipulationis quam numerationis, ad eum casum pertinet quo is qui sibi pecuniam reddi stipulatus est suo etiam nomine eam numerauerit. Quid? Nihilne igitur faciet stipulatio: Ita videtur sentire Accursius, Ratione illa quod actionem ei quæsitam cuius nomine pecuniam numeravi, postea illi adimere nõ potuerim ne quidem incontinenti arg. l. mandato 60. l. procurator totorum 63. sup. de procurat. Melius ad rem facit l. Gratius 71. §.

penult. inf. de fideiuss. l. vlt. sup. De pact. Ego tamen contra puto, Ex eiusmodi stipulatione acquiri mihi actionem & conditionem certi ex stipulatione, sed inefficacem, quia doli mali exceptione repelli poterò a debitore, quem non est æquum eiusdem pecuniae nomine duobus in solidum esse obligatum, mihi ex stipulatione, Titio autem cuius nomine pecuniam meam credidi ex mutuo & numeratione. Exemplo eius quod scriptum est in l. 1. §. si feruus communis 2. inf. de stipulat. feruor. de feruo communi meo & tuo, qui pecuniam tuam alij creditam mihi soli reddi stipulatus est de quo scripsi ad §. numeravi sup. Sed si è contrario pecuniam meam & meo nomine creditam stipuler tibi reddi, licet stipulatio incontinenti appofita sit, dicendum tamen est nihil altum ea stipulatione, quoniam alteri stipulari non potui d. §. numeravi. Obseruandum tamen est, etiam si ius vetus ita comparatum esset vt ei cuius nomine suam pecuniam quis alij credidisset, acquirereur conditio etiam sine cessione, si tamen ex ea causa pignus datum esset necessarium fuisse cessionem ad transferenda iura hypothecarum tanquam quæ non tam per numerationem quæ sita fuissent vt conditio, quam vt & potestate conventionis quæ inter alios facta aliis nec prodesse debet nec nocere l. si vnus 27. §. pacta que turpem ver. ante omnia sup. de pact. Quod Iustianus immutauit in l. 2. C. per quas person. nob. acquir. non tamen satis bene obseruata diuersitatis ratione illa, quam attulimus inter conditionem & hypothecariam. Etsi videtur noua hæc Iustinianæ constitutio non pertinere ad eum casum qui in hoc §. tractatur si nummos meos velut tuos crediderim tuo nomine absente te & ignorante, sed ad illum potius quo absentis nummos quis crediderit eiusdem absentis nomine tanquam ipsius procurator, de quo etiam in l. si absentis 4. C. si cert. pet. Nam & de procuratore nominatum Iustianus tractat illis verbis que procuratori data vel supposita sunt & suæ innovationis non aliam rationem adfert quam quod si procuratori necessitas legibus imposita est cedere actionem domino contractus vt in l. possessio 49. §. vlt. inf. de acquir. poss. consequens fit vt quo casu ab initio in personali actione, & conditione superuacua est cessio procuratoris, simili modo contractus dominus etiam sine cessione habere debeat hypothecariam. Nec sanè potest negari quin fauorabilior sit ille, qui & contractus dominus est, & dominus fuit pecuniae creditæ, quam qui solus contractus idè dominus est quod eius nomine pecunia numerata sit à domino pecuniæ. Hic enim vnicum duntaxat ius habet, ille duplex. Quæ admodum & illud exploratum est longè fauorabiliorem eum esse, qui per procuratorem pecuniam suam credidit, quam sit ille cuius nomine ab alio eoque domino pecunia numerata est. Quid enim refert an quis manu sua pecuniam suam numerat, an per manum sui procuratoris? Quare nec vlla mutui ratihabitione hic opus est cum præcesserit mandatum: quæ tamen necessaria est in specie d. l. si absentis, itè que in casu huius §. ne alioqui non modo absentis & ignorati sed etiam inuito per alium conditio acquiratur: quod non nisi in persona domini receptum est, cuius nomine feruus vel stipulatus sit vel mutuum dederit, aliterve contraxerit l. etiam inuitis 32. inf. de acq. rer. domin. l. feruus veterante 62. de verb. oblig. Non quasi conditio quæ nascitur ex numeratione sit in pendenti, quousque absentis & ignoratis cuius nomine facta est, secuta sit ratihabitione sita-

tim

tim namque & ipso iure acquiritur sola numerationis ita factæ potestate] Sed quia si is, cuius nomine facta numeratio est, actionem sibi quæsitam admittere nolit, & exercere, quæ inuito ei vt diximus acquiri non potest, consequens necessario est vt actionem habere debeat is ipse qui pecuniam, adeoque suam numeravit, non quidem directam que ià alij ipso iure quæsitæ est, & quam acquirere sibi noluit cum alterius nomine numerauerit, sed vtilem quæ nec ipsi denegaretur si alterius absentis & ignorantis nec ratum habere volentis pecuniam eiusdem domini nomine credidisset d. l. si absentis. Omnimodo igitur actio directa acquiritur ei cuius nomine pecunia numerata est, si est etiam si contractum suo nomine gestum nolit habere ratum: quamuis eam inuitus exercere non cogatur: Et pure, nõ sub conditione illa affirmatiua si ratihabitione sequatur, adeoque nec sub illa negatiua, nisi ratum habere noluerit, quæ perinde actum suspenderet quasi conditionalem quamuis minus condicionalem l. fidei commissi 11. §. si fideicommissum delegat. 3. aut potius faceret resoluibilem sub conditione vt ita dixerim ex l. 2. inf. de in dem addict. l. de leg. commiss. Planè vtiles nec acquiruntur statim ei qui pecuniam, quamuis suam numerauerit, nec aliter quam sub illa conditione, si is cuius nomine numerata pecunia est, ratam eam habere nolit d. l. si absentis l. 1. C. de oblig. & action.

a Velut tuos. Intellige cum Accursio, dum ne per facti errorem hoc fiat. Nam si nummos meos quos alij numero vt faciam mutuos creda esse tuos cum re vera sint mei, nulla ex eiusmodi numeratione nascetur conditio, neque tibi quamuis tuo nomine crediti sint, quia non sunt facti accipientis, cum nec animus in me fuerit transferendi in alium dominij, nec fuerim fortasse nummos crediturus si meos esse sciuiffem: Neque mihi, quia nec cogitavi de acquirenda mihi actione, non magis quam de transferendo dominio nummorum meorum quos putabam meos nõ esse: Nec quod eos ego ipse tradiderim ad rem facit. Non enim omnis traditio etiam à domino facta transfert dominium, sed ea tantum quæ sit animo transferendi dominij l. vlt. sup. Vlt. quem caueat. nec quisquam errans in facto rem suam amittit vt maxime alij eam tradat l. si procur. meus 35.

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

Ad §. vlt. Deposui.

RAT. DV.B. Absurdum est dicere pecuniam ex quocunque contractu nuda voluntate fieri posse creditam, tametsi pecunia penes eum sit qui illam habere vult: causa mutui. Cum mutuum non nudo consensu sed re & traditione ac numeratione contrahatur l. qui negotia 24. inf. mandat. Ergo si deposuerim apud te decem, postea verò id est ex intervallo permiserim tibi vti, non ideo dicendum est fieri ea mutua priusquam ea de suo loco per te moueantur. Præferim cum priusquam moueantur, non alio iure possint videri esse apud te quam quo ab initio fuerunt, id est ex causa depositi. Ex qua causa certum est non solum dominium non transferri, sed neque possessionem l. licet 17. inf. de poss. Sanè cum parte mouentur, tibi iam vtaris quasi mutuis, non hæc possessio est, que nouam causam habet ni-

Tom. III.

inf. de acq. rer. domin. l. 3. §. subtilius inf. de condic. caus. das. Quid ergo? Anis qui nummos accepit impunè retinebit vt si voler esse perfidus nulla actione contumiri possit? Imò qui eos numeravit nec ideo dominus esse desit vindicare illos poterit tanquam suos si extent. Sed si consumpti sint, tunc demum condicet, sed ea conditione quæ non tam ex numeratione nascatur, quam ex consumptione vt in l. rogasti 11. §. vlt. & legib. seq. inf. hoc tit. & quæ utilis meo iudicio dicenda est potius quam directa, cum ex postfacto & ex accidenti nascatur, non ex contractu. Quamquàm illud etiam non malè dici meo iudicio potest, Vtilem conditionem dandam ei cuius nomine pecunia numerata est, si modò eam numerationem suo nomine factam habere ratam velit, malitque dominus qui pecuniam suam numeravit habere hunc obligatum actione negotiorum gestorum ad restitutionem pecuniæ quam extantes adhuc nummos suos vindicare. Nam si iure domini vindicare eos velit, quomodo potest si extent? dubitandum non est quin præferri debeat non domino condicere volenti.

b Si meam pecuniam tuo nomine voluntate tua dederò. RAT. DV.B. Etiam si absente & ignorante te nummos meos velut tuos alij credidero & numerauero, tibi tamen conditio acquiritur vt proximè dictum est ex Aristone cuius sententiam non minùs probauit Iulianus quam Vlpianus. Frustra ergo Iulianus hic adiecit verba illa voluntate tua. Atque ita nos ter putat Accursius ea abundare & subaudiendum maxime, quasi nihil interfit an dederim volente te & ignorante. Sed mihi probabilius videtur ideo addita esse à Iuliano vt effectum rei potius quam potestatem iuris demonstrarent. Etsi enim vtroque casu siue volente, siue ignorante te nummos credidero tuo nomine conditio tibi quæratur, si tamen ratam habere nolis numerationem, nullius utilitatis est illa conditio, sed mihi qui numeravi danda est non quidem directa sed utilis vt supra docuimus ex d. l. si absentis 4. C. si cert. pet. Voluntatem igitur tuam interuenire semper necesse est aut ab initio, aut ex postfacto non vt conditio tibi acquiratur ipso iure sed vt soli tibi, & quidem cum effectu & utilitate. Alioquin non impediet tua directa quominus acquiratur mihi utilis.

mirum mutui. Neque enim nouum est mutare quem sibi causam possessionis nouo titulo superueniente l. non solum 33. §. quod vulgo inf. de vsucap. Malè igitur Nerua & Proculus dixerunt posse me hæc decem tibi condicere, prius etiam quam moueantur. Neque verò mutua fieri aliter possunt quam si de meis fiant tua l. 2. §. appellata sup. Dominium autem quod meum fuit, non nisi per mediam possessionem transferri in te potest l. per procuratorem 8. C. de acquir. poss. Nec rursum possessio nisi per actum aliquem corporalem siue tactu id fiat siue oculis l. 1. §. pen. l. quod meo 18. §. si venditorem inf. eod. ill. tit. l. eius rei 46. & seq. sup. de rei vindic. Quam ob causam ponit Accursius pecuniam depositam præsentem fuisse, & in cōspectu contrahentium, vt hanc obiectionem, effugiat. Maxime verò, quia, vt ait ille, nemo potest solo animo incipere possidere l. quem admodum 8. inf. de acquir. poss. DE C. Mutuum est quoties pecunia de-

C. 2

mea fit tua dummodo ea mente vt mihi tantundem restitutus id est quod fit eiusdem generis bonitatis & qualitate d. l. 2. in prin. & s. appellata vbi dixi sup. hoc tit. At qui in casu proposito pecunia que fuit mea, quando manſit in causa depositi facta est tua statim atque permisi tibi ea vti: Nec enim poterat ea vti citra furtum quando manebat deposita. Et cum antea esses obligatus, vt eadem ipsa corpora nummorum redderes que fuerant deposita, non enim potest deponi pecunia, nec proinde deberi ex causa depositi nisi per modum speciei iam non teneris nisi vt reddas tantundem: quae res egreditur notissimos depositi terminos, vt Papinianus loquitur in l. Lucius 24. inf. depositi. Quisquis autem obligatus tantum est vt restituat tantundem, hoc ipso fit dominus proprietatis, tum quoque cum in ea re vsum fructum ab initio solum habuit, vt in l. si vini 7. & pass. sup. de usufr. rer. qua vsu consum. Nec ad rem pertinet quod nec nuda voluntate nec sine possessione dominia vel amittantur vel transferantur. Neutrum enim horum contingit in hac specie in qua dominium acquiritur de depositario non quidem per traditionem, que nec est necessaria, cum res tradenda iam penes eum est cui tradi alioquin deberet §. interdum Inst. de rer. diuis. l. qua ratione 9. §. interdum inf. de acq. rer. domin. sed tamen per mediam possessionem, quam tu depositarius cepisti animo tibi acquirere statim atque a me impetrasti, vt ea pecunia tibi liceret vti: quamuis nondum eam contrectaueris vt ea quasi facta tua vtereris. Satis enim est quod patior eam pecuniam esse apud te, vt que tibi liceat eam pro arbitrio & quasi tuam cum voles non solum contrectare [quae res te a furti tantum crimine liberaret] sed etiam expendere. Potest enim quis incipere animo solo eam rem possidere quam penes se iam habeat, licet non sit illa in conspectu dummodo nouus superuenit titulus qui iustam causam praebet nouae possessionis d. l. non solum 33. §. 1. de usufr. cap. In quo certe deceptus est Accursius. Id enim est quod Vlpianus hic scribit, *Animo enim cepit possidere*. Nec tamen dici potest quod idem Accursius tentat speciale ac singulare esse in mutuo, vt quamuis pecunia quae datur mutua non sit in conspectu eius, tamen possessio acquiri possit & per possessionem dominium argum. l. singularia 15. inf. hoc tit. Ratio enim illa quam adfert Vlpianus, quod depositarius cepit animo possidere petita est vt appareret ex iure communi non ex singulari; Quod & Africanus aperte docet in d. l. qui negotia 34. inf. mandat. vbi postquam dixit non esse recipiendum vt ex quolibet contractu mutuum nuda voluntate fiat, subiicit simile non esse, quod si pecuniam apud te depositam conuenerit, vt creditam habeas, fiat credita; Respondet enim ita esse quia tunc nummi qui mei erant, tui fiunt. Ad aliam vero obiectionem quae ex eo sumi poterat, quod si a debitore meo iusserim te pecuniam accipere ea pariter credita fiat. Respondet id benigne receptum esse. Vt intelligamus priore casu non aequè benigne receptum aliquid esse contra iuris communis regulas, sed ex mera iuris ratione. Et certe singularia quaedam recepta sunt circa pecuniam creditam, quo modo Vlpianus loquitur in d. l. singularia, sed non omnia quo modo sentire videntur plerique interpretum, qui vt enoluant se ex omnibus ferè difficultatibus, que non pauca occurrunt in hoc tractatu de mutuo, passim confugiunt ad d. l. singularia, sicut & imperiti plerique ad l.

non omnium 20. sup. de legib.

a Ergo transit periculum. RAT. DVB. & DEC. eadem quae ad sententiam praecedentem. Ideo enim videbatur non transire periculum ad eum, qui mutuum pecuniam rogauit, quia nec videbatur esse mutuum sed depositum. Non solet autem periculum ad depositarium pertinere si non sit in dolo l. 5. §. nunc videndum infr. commod. l. contractus 23. infr. de reg. iur. Idcirco autem pertinet quia post permissionem vtendi datam depositario iam non est depositum sed mutuum & qui erat depositarius factus est proprietarius, vt diximus. Periculum igitur ad eum pertinere consequens est tanquam ad dominum l. qua fortuitis 6. l. pignus 9. C. de pign. act. Praesertim cum sit facilius vt periculum casus fortuiti, quam vt dominium in aliquem transferatur. Sufficit enim vt non nisi per eum stet quominus fiat dominus, quamuis nondum sit: vt cernere est in emptore qui licet non fiat dominus ante traditionem, adeoque nec traditione secuta quousque precium soluerit §. vendita Inst. de rer. diuis. l. quod vendidi 19. l. vt 33. infr. De contr. emp. periculo tamen obstringitur ex die perfectae venditionis, quae nudo consensu perficitur §. cum autem Inst. de empt. & vendit. l. necessario 8. & pass. inf. de peric. & commod. rei vendit. Nempe quia in ipsius potestate est precium quocumque solvere, & soluto precio agere ex empto contra venditorem ad rem tradendam, atque ita vel eum in mora constituere vel adigere illum ad traditionem, atque ita dominium nanasci. Cum tamen non sit in potestate venditoris quamuis maneat dominus vt rem quam vni vendidit rursus vedat alteri, vt se eximat periculo, nec si eam tradat, nisi velit etiam fidem de precio habere quod certe maioris periculi est quam vt imputari possit venditori cur id non fecerit. Similiter igitur & in proposito dicendum est periculum ad depositarium qui mutuum pecuniam rogauit, & cui permittum est ea vti, omnimodo pertinere. Non ob id solum, quod contracto ea ratione mutuo factus sit dominus, ideoque certi conditione ex mutuo non vindicatione aut depositi actione teneatur. Sed etiam quod ita posito iure vt neque possessionem neque dominium pecuniae depositae prius haberet depositarius quam mouisset eam & tetigisset, in ipsius tamen potestate est mouere ac tangere quocumque velit. Non autem perinde est in facultate & arbitrio illius qui depositario permittit vt pecunia, vt eum prohibeat postquam permittit. Contractus enim omnes qui ab initio sunt voluntatis, ex postfacto sunt necessitatis l. sicut 5. C. de obli. & action. sic in l. qui negotia 34. vers. huius argument. inf. mandat. Condi- dicit ei poterit scilicet conditione certi ex mutuo. Noli enim dicere cum Accursio certi conditione generali & speciali quasi sit duplex certi conditio, generalis vna & specialis altera, quod certe non magis verum esse potest, quam vt vna eademque numero & generalis sit & specialis. Vnica enim est quae ideo generalis dicitur quia ad plurimas species accommodatur, sed quae tamen exerceri non potest, quin ad certam speciem restricta sit & accommodata. Scire siquidem actor debet, ex qua causa velit certi condicere, eamque causam in libello exprimere l. & an eadem 14. §. actiones inf. de excep. rei iudic. Nec licere ei debet in tanta actione, id est, tam generali vagari vt circa actionem de dolo Paulus ratiocinatur in l. item exigit 16. sup. De dolo. Nos in superioribus iam saepius diximus.

10. Idem

10. Idem libro 2. ad Edictum.

Quod si ab initio, cum deponerem, vt tibi, si voles permisero: creditam non esse antequam mota sit, quoniam debitu iri non est certum.

Ad l. Quod si ab initio 10.

RAT. DVB. Facilius est ab initio contrahi mutuum, quam vt ex deposito, quod contractum ab initio fuerit fiat postea mutuum. l. qui negotia 34. inf. mandat. Ergo que res potest ex postfacto conuerti in depositum in mutuum multo magis facere potest & debet vt ab initio sit mutuum. At qui si primum deposuerim apud te decem, postea vero ex intervallo permiserim tibi iis vti, sola illa permissio vtendi facit ex deposito mutuum, vt dictum est in §. vlt. legis praecedentis. Ergo si ab initio cum deponerem apud te decem, permisero tibi iis vti si voles, dicendum est mutuum me contraxisse non depositum: vt solent in ceteris ferè omnibus maioris esse momenti ea quae ab initio fiunt quam quae ex postfacto l. iuris gentium 7. §. quoniam l. traditionibus 48. sup. De pact. l. ini. 210. §. C. de pact. int. empt. & vendit. Nec ob stare videntur verba illa permissio addita si voles, siue quod etiam si non essent addita, subintelligi tamè deberent, cum non sit cogendus illo casu depositarius vt ea pecunia si nolit, condiciones autem quae tacite insunt nihil soleant operari l. aliquando 107. inf. de condic. & demonst. siue quod non alius eorum verborum sensus nec maior effectus esse possit, cum ex postfacto addita sunt quam cum ab initio. Atq; ita glossatores nonnulli quos Accursius refert, existimant vt nihil referre, an verba haec si voles, addita sint ab initio ex postfacto, sed tantum esse distinguendum an addita sint, necne. Dec. Initium contractus semper spectandum est, maxime cum de nomine ac natura contractus dubitatur l. si procuratorem 8. in pr. inf. mandat. l. 1. §. si seruus 30. de pos. l. non tantum 12. inf. De SC. Maced. sicuti in delictis solemus dicere propositum & voluntatem distinguere maleficia l. qui iniurio 53. in pr. inf. de furt. At qui ponimus contractum de quo tractamus incipisse a deposito. Contra enim Vlpianus loquitur, *Quod si ab initio cum deponerem: depositum igitur ab initio fuit, non mutuum: nec rursus potuit fieri per rerum naturam vt eodem instanti & depositum esset, & ex deposito fieret mutuum. Id enim ex quo aliud fit, praexistere necesse est, secundum philosophos. Ob eamque causam ponit Vlpianus addita fuisse verba illa si voles, quoniam alioqui sine illa conditione non posset depositum ita contrahi, vt depositarius pecunia deposita vti posset. Esset enim pactio contraria ipsi contractui naturaeque & essentiae depositi, ex quo idem ipsum corpus quod depositum est & in specie reddi oportet, non tantundem in genere l. Lucius 24. inf. depositi sicuti est contratio naturae mutui repugnat vt idem reddatur, sed tantundem reddi oportet l. 2. in pr. sup. hoc tit. Quod cum euenit, vt pactio in alio contractu apponita repugnet contractui, necesse est vel contractum perire & in alium contractum transformari, vt maior pactiois quam contractus ratio habeatur. vt in l. vbi ita donatur 25. inf. de mort. caus. don. vel pactionem reuici, vt contractus retineatur vt in l. cum precario 12. in prin. inf. de precar. De cuius tamen interpretatione & emendatione videnda sunt que scriptus in Error. 3. decad. 77. De error. pragmat. Sic igitur & contracto ita deposito ab initio, vt posset depositarius vt pecunia deposita dicendum esset, vel neutrum contractum valere quasi constitutum ex*

Tom. I II,

pugnantis l. vbi pugnantis 188. de reg. iur. vel ab initio solum esse depositum, vel denique solum mutuum, non autem depositum, postea conuersum in mutuum: quomodo certe conuertitur cum ab initio nudum & simplex depositum fuit postea verò, & ex intervallo permittum est depositario vt pecunia. At cum permissio vtendi pecunia deposita ab initio concessa adiecta est condicio illa si voles, id ipsum contingit quod si depositum simpliciter ab initio contractum esset, deinde ex postfacto permittum depositario vt pecunia deposita vt sc. ab initio nihil nisi merum depositum sit, sed quod tamen ex postfacto conuertatur in mutuum: Tunc nimirum, cum depositarius facto ipso declarauerit velle se vt ea pecunia, quod sicuti non nisi ex intervallo & post contractum iam depositum facere potest, ita nec melius quam mouendo pecuniam vt lex ait, non vt Accursius interpretatur vtendo voluntarie pecunia. Est enim non vtatur statim, sufficit tamen ad conuertendum depositum in mutuum vt pecuniam moueat, quam alioqui mouere, in sacculo nepe signato depositam, & contrectare citra furtum non posset. Plus dico, etiam si depositarius eam pecuniam nondum mouerit, si tamen verbis declarauerit velle se eam mouere & attingere, statim fieri pecuniam mutuum, quae prius fuerat deposita. Ne enim vltus pecuniae depositae ille est qui depositum conuertit in mutuum, sed impetrata potestas & declarata voluntas vtendi, quam vtramque semper praecedere necesse est vt licitus vltus sequi possit d. §. vlt. legis proximè praecedentis. Et verò quid interest an verbis an factis voluntas declaratur? l. non tantum 5. inf. Rat. rem haber. Prima igitur declaratio voluntatis sufficit, vt & in specie l. si ita legatum 65. §. 1. de legat. 1. Nec ad rem pertinet quod obiicit Accursius conditionem illam si voles esse nimis extensiuam, & admittere voluntatis mutationem l. filij 6. §. 1. inf. ad SC. Tertull. quam non admitterent haec verba si volueris l. si stipulatus fuerim 76. l. si quis stipulatus 112. de verb. oblig. Vnde infert Accursius futurum vt mutuum esse sepius inciperet, & sepius desineret, mutata sepius per depositarium voluntate: quod ille absurdum esse ait. Semel enim declarata per depositarium voluntate statim verum est, permittum ei esse vt pecunia, quae permissio illa est cuius solius potestate fit vt depositum conuertatur in mutuum, non etiam voluntas depositaria; licet voluntatem illam interuenire necesse sit tanquam conditionem sine qua non, vt depositum conuertio in mutuum fiat. Permissio autem illa non variatur, quamuis mutata & variata depositarij voluntate: nec rursus nouum est, vt verba illa si voles expressim adiecta multum operentur etiam illo casu, quo alioqui tacite subintelligerentur d. l. si ita legatum 65. §. 1. de legat. 1. l. non tantumquam 52. De condic. & demonst. Illud certe Accursius bene notat differre casum huius legis ab illo de quo in §. vlt. legis praecedentis quod ibi praecessat depositarij voluntas, qui mutuum pecuniam rogauerat post contractum depositum ante quam is qui deposuerat ei permittisset vt pecunia: nec proinde necesse erat aliquam subsequi nouam depositarij voluntatem cum prior alia praecessisset. In specie autem huius legis subsequi voluntate necesse est, quam alia nulla praecessit nec praecedere potuit, cum permissio

C 3

vtendi data sit in deposito ipso contrahendo. Non ergo distinguendum est, an permissio vtendi data sit sub hac conditione *si volēs, an sub illa si volueris*, quomodo Accursius distinguit, nec rursus an condicio illa *si volēs aut si volueris* adiecta sit, an nulla, vt alij distinguēbant: Sed tantum an ab initio an ex postfacto permissum sit depositario vti pecunia, vt primo casu non sit mutuum, nisi adiectis verbis illis *si volēs* & secuta vtendi voluntate in persona depositarij. Posteriore verò casu non sit necesse adici in permissione condicionem illam *si volēs* vt depositum conuertatur in mutuum: sed quæ tamen si adiecta fuerit, voluntatem nouam subsequi necesse est vt condicio impleatur: cum id euidenter actum sit hoc casu vt non nisi sub condicione depositum in mutuum conuertatur. Et ita hæc quaestio tota satis alioquin

II. IDEM LIBRO 16. ad Edictum.

Rogasti me, vt tibi pecuniam crederem, ego cum non haberem, lancem tibi dedi, vel massam auri, vt eam venderes, & nummis vtereris, si videris, puero mutuum pecuniam factam, quod si lancem, vel massam sine tua culpa, perdidideris prius quam venderes: vtrum mihi, an tibi perierit, quaestio est. mihi videtur Neruæ distinctio verissima existimantis, multum interesse, venalem habui hanc lancem vel massam, necne: vt, si venalem habui, mihi perierit, quemadmodum si alij dedissem vendendam: quod si non fui proposito hoc, vt venderem, sed hæc causa fuit vendendi, vt tu vtereris: tibi eam perisse: & maximè si sine vfuris credidi.

Ad l. Rogasti 11.

RAT. DVV. Cum rogasti me vt tibi pecuniam crederem, & ego qui non habebam, lancem tibi dedi vel massam auri vt eam venderes & nummis vtereris, verum est pecuniam illam nunquam fuisse meam, cum ab emptore qui dominus eius erat nunquam fuerit mihi tradita sed tibi. Ergo non potuit de mea fieri tua, & consequenter nec mutua. Valer enim argumentum ab etymologia negatiuè l. 2. §. appellata vbi diximus sup. hoc tit. Et ita concludit Africanus in l. qui negotia 14. ver. huius argumentum inf. mandat. vbi postquã dixit non esse recipiendum vt ex quolibet contractu nuda voluntate fiat mutuum, subiungit, his argumentum esse eum qui cum mutuam pecuniam dare vellet argentum vendendum dedisset, nihil magis enim eum creditam pecuniam petiturum, quamuis pecunia ex argento redacta periculo eius futura sit qui argenti accepisset. Nec admitti potest interpretatio Accursij comminantis in illa specie datum fuisse argentum vendendum ea lege vt pecunia quæ ex venditione redigeretur ad eum cuius argentum fuerat, afferretur, non vt ea vteretur is qui argentum vendendum dederat. Nam præter id quod apud Africanum nulla verba sunt ex quib. tale quiddam conuicti possit, apparet manifestè Africanum de eo loqui, de quo hic Vlpian. qui cum mutuam pecuniam dare vellet argentum vendendum dederat, ac proinde nõ ad alium finem quam vt is qui argentum vendendum acceperat, pecunia ex eo redacta & quidem tanquam credita vteretur. Sed & constat Africanum id agere vt ostendat non posse ex quolibet contractu tam facillè mutuum fieri nuda voluntate: & consequenter non tam respicere ad voluntatem eius qui mutuam pecuniam dare rogatus est, quam ad iurisdictionem non quasi non exigat in eo qui rogatur mutuum dare pecuniam vt voluntatem habeat dandi mutuum, sed quia nõ putat voluntatem

obscura explicanda est.

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

illam sufficere quasi reluctante iuris ratione, nisi etiam illud concurrat vt pecunia de mea fiat tua. DE C. Singularia quædam recepta sunt circa pecuniam creditam & inter cætera si Vlpiano credimus cuius est hæc lex, vt quamuis pecunia quam tibi voluerim credere nunquam fuerit mea, non eo minus tamen fiat credita si modo per fictionem breuis manus possit videri pecunia primum ad me, deinde à me ad te peruenisse l. singularia 15. inf. vbi hæc ipsa extat eiusdem Vlpiani sententia licet in alia specie, in qua sicuti fatendum est, cum Iacobo Cuiacio dissensisse Vlpianum ab Africano vt ad eum locum dicemus. Ita & in specie huius legis idipsum sanè admittendum est, de quo iam scripti aliquid ad l. certi conditio 9. §. si nummos sup. Si enim is qui argentum emit, quod ego tibi vendendum dederam vt pecunia vtereris, precium mihi enumerasset, atque ita precij pecunia mea facta fuisset, deinde tibi ego illam numerassem vt credita fieret, quis dubitaret quin credita eo modo facta fuisset? Quidni ergo utilitatis publicæ & commerciorum gratia pro facto haberi poterit quod ex vtriusque nostrum voluntate, nec reluctante iuris ratione fieri potuit, & debuit: se breui manu vt in l. licet 42. §. 1. inf. de iur. dot. l. 3. §. sed si debitorem de don. int. vir. & vxor. & circuitus vitandi gratia l. dominus 53. inf. de condic. indeb. Illud sanè omnimodo exigimus vt qui mutuam pecuniam à me accepturus argentum vendendum accepit & vendidit, etiam ab emptore pecuniam acceperit. Alioqui mutuum esse non poterit, sed contractus quidam innominatus, ex quo non aliena facti actio potest quam Præscriptis verbis l. rogasti 19. inf. de prescr. verb. quæ eiusdem quoque Vlpiani est. Et in hoc benè Accursius:

a Quod si lancem vel massam auri sine culpa tua perdidideris. RAT. DVV. Periculum casus fortuiti non ad alium pertinere solet, quam ad dominum l. que fortuitis 6. & l. pignus 9. C. de pignor. act. Atqui cum lancem, vel massam auri dedi tibi vendendam vt pecunia quasi

quasi creditã vtereris, & lancem illam vel massam auri perdidisti priusquam eam venderes, verum est me dominum eius mansisse, siue venalem illam habuerim siue non venalem. Nam & dominus manentem etiam iam esset res vendita dum nõ tradita §. vendita Inst. de rer. diuis. adeoque etiam re tradita si modo precium mihi nondum esset numeratum, aut aliter eo nomine satisfactum l. quod videris 19. de contr. emp. Ergo indistinctè dicendum est periculum ad me, non ad te pertinere: Præsertim cum in perdenda te nulla tua culpa interuenerit ne quidem leuissima vt dixi ad l. si quis 4. sup. Aut si moueri quis ex eo velit, quod te rogante vendendam rem dederim, dicendum est indistinctè periculum ad te non ad me pertinere: quæ Labonis & Pomponij sententia fuit ab Vlpiano nostro relata & vt videtur probata in l. si gratuitam 17. §. 1. de prescrip. verb. iunct. d. l. si quis 4. in si. sup. & Africano in d. l. qui negotia vers. his argumentum esse in si. inf. mandat. Non adhibita distinctione illa quam Nerua adhibebat, vtrum rem venalem habuerim, necne. Nec enim quod rem venalem habuerim, facit, vt eo minus verum sit me roganti tibi argentum vendendum dedisse vt pecuniam ex precio redactam mutuam haberes. DE C. Aequum est periculum semper ad eum pertinere qui periculo causam dedit. Vnde est, quod solemus dicere, quoties culpa præcessit casum a quo eum pertinere periculum qui in culpa fuit l. si vendit 11. inf. de peric. & comm. rei vendit. l. 3. §. 1. sup. de offic. prescrip. vigil. l. si ex plagis 52. §. in cliuo Capitolino sup. ad leg. Aquil. Atqui tunc quod cum argentum vel aurum tibi datum vendendum perit sine vlla culpa tua, verum tamè non est, non æquè fuisse perituum si tibi non dedissem vendendum. Nec enim hæc res ex earum numero sunt quæ factis suo perire possunt quomodo homines, & animalia cætera quæ quocunque loco & tempore mori possunt. Cum ergo rogatus tuus periculo causa dederit, æquius est periculum ad te pertinere quamuis dominus nõ sis, quam ad me qui sum dominus, quod conuenit cum Labone Pomponio & Africano in locis supradictis. Si tamen lancem illam argenteam vel massam auri venalem habui, cessat hæc æquitas, quoniam alij perinde ac tibi dedissem vendendam, atque ita æquè apud alium siue eodem siue alio casu perire potuisset. Quid ergo referre potest ad transferendum in te periculum rei meæ an tibi an alij dederim vendendam? Mihi ergo vtroque casu perire debet, non tibi, si vt diximus nulla culpa tua interuenerit. Nisi fortè appareat propter te perisse id est eo casu qui licet citra vllam culpam tuam, ob personam tamen tuam contigerit, nec æquè fuerit euenturus ad alium quisquam similis, si alij rem dedissem vendendam. Non dico propter inimicitias quas alius tecum exerceat [nam & hoc culpe adnumeratur l. si merces 25. §. culpa autem inf. lo-

vat.] sed qua alia de causa. Nec enim hoc casu locum haberet ratio qua mouetur Vlpianus his verbis quemadmodum si alij dedissem vendendam. Sed extra casum huius exceptionis æquissima & verissima est Neruæ distinctio existimantis multum interesse an lancem hæc vel massam venalem habuerim, necne: vt si venalem habui, mihi perierit quasi non minus mea quam tua gratia contractus hic intercesserit vt benè ratiocinatur Accursius ex l. si vt certo 5. §. nunc videndum inf. Commod. Si verò non fuit hoc meum propositum vt venderem, sed hæc causa fuit vendendi vt tu vtereris, tibi perierit non mihi. Et maximè inquit Vlpianus, si sine vfuris credidi quoniam hoc casu negari non potest, quin negotium tua tantum gratia gestum sit non etiam mea. Nec tantum hoc vno casu distingui solet an venalis res fuerit necne sed etiam aliis quibusdam vt in l. C. de rer. perm. l. nisi si venalem 29. sup. de rei vindic. l. quod si heres 10. inf. de impon. in reb. dotal. facto. Planè si ego ipse te rogauerim vt lancem argenteam vel massam auri à me acciperes vendendam, vt vel eandem mihi adferres aut eius precium, dicimus periculum ad me indistinctè pertinere non solum tanquam ad dominum, sed etiam tanquam ad eum, cuius solius negotium gestum fuerit d. l. si gratuitam 17. §. 1. de prescrip. verb. Est igitur adhibenda Neruæ distinctio, an res venalis fuerit necne, illo tantum casu quo tu me rogaueris mutuam pecuniam & ego dederim tibi rem vendendam vt pecunia vtereris. Et secundum hanc distinctionem accipi debent supradictæ leges Vlpiani & Africano quæ indistinctè volunt periculum spectare ad debitorem vt leges aliæ ex aliis solent & debent recipere interpretatione l. vni. C. de inoff. dotib.

b Et maximè si sine vfuris credidi. Huius vericuli euidens ratio est, quia cum sine vfuris credidi, sum ego longè fauorabilior, quia non nisi tua gratia contractus celebratus sit. Alioqui si sub vfuris credidero, non tam erit mutuum quod gratuitum esse debet, quam fœnus cuius causa semper est odiosa, & fœneratores odiosi adeoque infames si improbum & illicitum scenus exerceant, id est si vfutarum vfuras exigant l. improbum 20. C. ex quib. caus. irrog. infam. Nec enim fœnus omne est improbum & illicitum, quamuis omne sit odiosum. Quia tamen omne fœnus mutuum est [nomen enim mutui, nomen generis est, scenus speciei] non distinguemus an mutuum sit gratuitum an vfutarium in hac quaestione, sed omni casu adhibebimus Neruæ distinctionem: An venalis res fuerit necne, vt si venalis fuerit periculum pertineat ad creditorem quantum & rogatus fuerit mutuam dare pecuniam & sine vfuris crediderit: si verò venalis non fuerit periculum pertineat ad debitorem qui mutuam pecuniam rogauit, quamuis creditor sit fœneratitius, nec nisi sub vfuris pecuniam crediderit.

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

Ad §. 1. si tibi dedero.

RAT. DVV. Pacta incontinenti apposta etiam post contractum stricti iuris insunt contractui vt ex his detur actio vel ex stipulatione ipsa si incontinenti post stipulationem adiecta sint vt in l. licet 40. ver.

Tom. II.

dicebam inf. hoc tit. Vel saltè præscriptis verbis in alio quolibet contractu stricto l. si gratuitam 17. §. 1. l. Titius 24. l. vltim. & pass. inf. de prescrip. verb. l. rebus 6. l. vltim. Cod. de rer. perm. l. cum res 22. Cod. de donat. Multo igitur magis si in ipso contractu mutui & in ipsa numeratione pecuniarum. Nam in traditionibus

rerum quodcumque pactum appositum sit id valere certum est in traditionibus 48. *supr. de pact.* Ne alioqui decipiatur creditor, qui non aliter fuerat crediturus. *l. vlt. C. de pact. int. empt. & vendit. l. & fundo 19. supr. de seru. l. venditor 13. supr. Commun. pred.* Ergo quem admodum si tibi credidero decem sic ut nouem tantum debeas non amplius quam decem ipso iure debebis, ut hinc ex Proculo Vlpianus scribit. Ita si e contrario dedero tibi decem sic ut vndecim debeas, dicendum est vndecim te debere & toridem posse me abs te condicere eiusdem pacti potestate quia nec aliter fueram tibi pecuniam crediturus nec licere tibi debere ut accepta mea pecunia me decipias. Pacta enim omnia seruanda sunt, que nec contra leges sunt nec contra bonos mores. *l. iuris gentium 7. §. ait Prator supr. de pact. l. si creditor 7. §. vlt. infr. de distract. pignor.* Tale autem esse pactum hoc de quo tractamus ex eo apparet quod si credidero tibi decem sic ut vndecim debeas, deq; ea re stipulatio interposita sit, nemo dubitat quin vndecim petere conditione certi ex stipulatione possim, quoniam vsura quælibet dñmo dō licitæ si in stipulationem deductæ sint, proculdubio debentur. *d. l. Titius 24. de prescr. verb. l. 1. C. de vsur.* quæ tamen non debentur si stipulatio esset interposita vel cōtra leges vel contra bonos mores. *l. generaliter 20. & seq. l. stipulatio hoc modo concepta 61. de verb. oblig. l. 4. C. de inutil. stipulat.* DEC. Multū interest an pactū etiam q̄ neque contra leges sit neque contra bonos mores, adiciatur incontinenti post contractum bonæ fidei an incontinenti post contractū stricti iuris quire & traditione perficiatur ut mutuū donatio. Et ex contractibus innominatis do ut des, & do ut facias. Nam pacta quæ incontinenti post contractum bonæ fidei interponuntur, non tantum in sunt contractui hæc tenus ut pariant actionem aliquam ad id quod pactō cōprehensum est, sed etiā instant actioni ipsi bonæ fidei, ita ut eam forment, id est hinc illi dent formam ut ad ea cōpetat non tantum quæ ex illius contractus natura præstari debent, sed ad id etiā ut fiat id quod in pactione deductū est. *d. l. iuris gentium 7. §. quinnimò supr. de pact.* quamuis ea re actionē præscriptis verbis non excludat. *l. 1. C. de pact. int. empt. & vendit.* At pacta incontinenti appositā post contractū stricti iuris in sunt quidem contractui hæc tenus, ut pariant actionem, sed non ut informant actionem ex contractu descendente nisi cum de stipulatione agitur ut in *d. l. lecta*, aut pariant actionē nouam præscriptis verbis, manca scilicet vi & potestate actionis strictæ: quæ quoniam stricta est, non potest extendi ad id quod pactō comprehensum est. Ideoque nimirum solemus dicere Pacta incontinenti appositā inesse iudiciis bonæ fidei. *d. §. quinnimò de pact. l. in bonæ fidei 13.*

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

Ad §. vlt. Si fugitiuus.

RAT. DVV. Seruus meus licet pecuniæ meæ dominus non sit, si tamen ei concessa sit peculij administratio & is pecuniā peculiare credat, facit eā mutua. Id enim utilitatis causa receptū est fauore dominorū, ut tātō facilius & cōmodius per seruos con-

trahere & scenus exercere possint. Sicut & quolibet alio contractus genere potest seruus de re peculiari disponere, & domino acquirere ex persona domini. Etia stipulatio *Tot. tit. de stipul. seruo.* quāuis stipulatio sit iuris ciuili §. de constituta infr. de action. cuius tamē omnino sūt incapaces serui. *l. quod atinet 32. de reg. iur.* Atqui seruus licet fugitiuus fiat, nō tamē liberat se à

domi-

dominio & potestate domini, & quamuis furtum sui faciat, quantum potest. *l. 1. C. de seru. fugit.* non tamen suam possessionem magis interuere potest, quam aliarum rerum domini. *l. rem qua nobis 15. in fin. de acquir. vel amit. poss.* Ergo perinde facit mutua pecuniam domini peculiarem quāam credito postquam fugitiuus est, atque si fugitiuus non esset. DEC. Quod seruus peculiarem nummos credendo facit eos mutuos nō ex alio proficiscitur, quāam quia ex domini voluntate eos credere intelligitur, cum ei dominus administrationem peculij concesserit. Neque enim peculij datur sine administrandi peculij potestate. Generaliter enim quicquid ex domini voluntate sit à domino ipso factū videri debet. *l. certi 9. §. si nūmos vbi diximus supr.* Atqui voluntas illa domini finita esse creditur statim atque seruus sit fugitiuus, quia libera peculij administratio non magis permanere potest in seruo fugitiuo quāam in subrepto aut in eo de quo nesciat dominus an viuat an sit mortuus. *l. libera 48. infr. de pecul.* Non ergo potest credendo nūmos domini quāuis peculiare facere illos accipientis, quia eos credere intelligitur non tantum non ex domini voluntate quod sufficeret, sed quod magis est contra domini voluntatem, quandoquidē prior voluntas hoc ipso quod seruus fugit, habetur pro reuocata. Proinde non facit eos mutuos cum mutuū non possit contrahi quin nūmi fiant accipientis, licet nō sit æquè semper necesse ut sint dātis. *d. §. si nūmos & hac lege in princip. & l. singularia 15. infr.* Obsecrè tamē valde videtur quod scriptū est in *l. fugitiu. 9. infr. de fugit.* si fugitiuus seruo meus cum pro libero se gereret nūmos meos mihi subreptos tibi crediderit, obligari te mihi. Quo enim iure potes obligari, quin mei nūmi ex meis tui fiat? Sed dicendū est intelligi debere legem illā de eo casu quo nūmi à fugitiuo crediri sint consumpti: Quo casu Vlpianus quoque hæc fatetur cōditionē cōpetere: quæ cum sit actio personalis præsupponit sine dubio personale obligationem, quasi cōciliato mutuo per consumptionē ut hinc Accursius loquitur. Cæterum si nummi extant, vindicari possunt & debent, tanquam quorum dominium penes me manserit.

12. POMPONIUS libro 6. ex Plautio.

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

Ad l. si à furioso 12.

RAT. DVV. Furiosi nullus consensus esse potest nullaque voluntas. *l. 1. §. furiosum infr. de oblig. & action. l. in negotijs 5. de regul. iur.* ideoque absentis loco esse dicitur in *l. vbi non voce 12. 4. §. furiosus eod.* Nisi quod interdū deterioris cōditionis etiam est, quāam absens: in iis scilicet quæ ratione desiderant, cum in eo animus delit, ut ratū habere nō possit. *l. 2. §. 1. supr. de procurat.* Atqui voluntas tradentis eā quoque rem quæ sit sua, omnino necessaria est ad transferendum dominium. *l. in omnibus rebz 55. infr. de oblig. & action. l. vlt. supr. vlt. quem caueat l. non omnia 19. infr. hoc tit.* dominium porro translaturum esse oportet priusquam

cōditioni locus esse possit, cum nemo se suā condicat nisi à iure. *d. l. vlt. supr. vlt. quem caueat. §. sic itaq; infr. de action.* Nullo igitur modo nullōq; casu fieri potest, ut furioso etiā qui pecuniā suā credidit, detur cōdictio siue eā mentis cōpotē esse putaueris, siue furiosum esse sciueris: quia quod eum mentis suæ cōpotē esse putasti, bonam fidem tibi potest tribuere. *l. 2. §. si à furioso infr. Pro emptor.* sed animā, intellectū & voluntatē furioso dare non potest. Rursum cur distinguam an pecunia furiosi versa sit in rem tuā necne cum siue ex numeratione nascatur cōdictio siue q̄ verius est, ex cōsumptione secuta, æquè verū sit & numeratā & cōsumptā fuisse pecuniam

quam à furioso accepisti. DEC. Sicuti furiosus obligatur non tantum naturaliter sed etiam civiliter, ut possit efficaciter conveniri, quotiescumque re actio venit *l. furiosus 46. infr. de obl. & act.* Ita & multo magis dicendum est conditionem & aliam actionem quamlibet quæ ex re ipsa nascatur furioso acquiri posse: Nempe quoniam eo casu nec scientia nec voluntas requiritur in eo qui ex re ipsa vel obligat vel obligatur. Ex quibus autem causis etiam ignorantibus nobis acquiri possunt actiones, ex iisdem furioso quoque acquiri eas posse certum est: *l. filiusfamilias 16. §. Marcellus infr. qui test. facer. poss. §. sui autem heredes infr. de hered. qua ab intest. deser.* Ne propter furorẽm deterioris conditionis sint furiosi quam ignorantes cum nihil adiciat furor ad ignorantiam, nisi ut furiosus tum quoque cum præsens est pro igno: ante habeatur, ut nec ea quæ videt sciat, quemadmodum de pupillo scriptum est in *l. 1. C. de fals. monet.* quamvis in plerisque melior sit cõdicio pupilli quam furiosi *d. l. 1. §. furiosum & seq. de obl. & action. d. l. 1. de reg. iur.* Atqui cõdicio certi ex mutuo acquiritur etiam ignoranti quoties quis alienam pecuniam credidit, aut suam quidem, sed curas alienandæ potestatem non habuit si is qui mutuam accepit, eam consumpserit *l. prox. l. nõ omnis 19. §. si pupillus infr. hoc tit. l. si quis pro eo 56. §. si nummos infr. de fideiuss. l. pater filio 81. infr. de iur. dot.* Idem ergo etiam in furioso dicendum est. Eiusque sententiæ alia exempla adferuntur ex eodẽ Pomponio cuius hæc lex est, licet ex alio libro sumpta, nempe ex libro singulari regularum in *l. si à furioso 24. vbi eadem quæ hinc sententia & veluti regula proponitur infr. de obl. & act.* Quare nõ possum intelligere cur Ioannes dandam noluerit hoc casu vtilem tantum conditionem ex mutuo non etiam directam, aut cur Azo neque directam, neque vtilem specialem ex mutuo concedat, sed tantum conditionem certi quam vocat generalem aut cõdicionem sine causa ex *l. si & me 31. infr. hoc tit.* Quidni enim detur directa ex mutuo, cum verum sit, & mutuam acceptam esse pecuniam ac proinde pecuniam furiosi consumptam ab eo qui accepit non esse penes eum sine causa cum sit ex causa mutui, quod licet ab initio non valuerit, ex postfacto tamẽ per consumptionem conualuit: Et pecuniam furiosi, quamvis non ex eius cõsensu qui nullus fuit nec esse potuit, tamen factio ipsius ad eum pervenisse qui mutuam pecuniam rogavit? Quam rationem adfert Vlpianus dandæ conditionis pupillo, qui mutuam pecuniam suam credidit sine auctoritate tutoris in *d. l. non omnia §. si pupillus.* In quo differt casus *d. §. si pupillus* & huius legis à specie, quæ proponitur in *d. l. si & me*, vbi errauerat debitor in persona creditoris cuius erat pecunia cum eam stipulatus esset à debitore vnus, tanquam à debitore alterius, ut proinde mutuum nullum contractum dici posset, neque ab initio per numerationem neque ex postfacto per consumptionem. Quoniam ea demum pecunia fit mutua per consumptionem quæ facta fuisset mutua per numerationem si is qui numeravit, alienandæ pecuniæ potestatem habuisset in *l. si filiusfamilias 14. infr.* Vt in exemplis huius legis, & *d. §. si pupillus & l. si à furioso 24. de obl. & action.* Ideoque dicitur nasci hæc cõdicio ex causa numerationis in *d. l. si quis pro eo 56. §. si nummos infr. de fideiuss.* quia nihil prodesset consumptio si non præcederet causa numerationis, & quidem talis ex qua actio esse potuisset si dominium ad accipientem transisset ut loquitur Vlp. in *d. l. si filiusfamilias 14. infr.* Atqui in specie *d. l. si & me*, is cuius in-

telligitur fuisse pecunia quæ ad debitorem per delegationem pervenit, poterat transferre dominium suæ pecuniæ per numerationem, aut quod effectum idem est per delegationem, quæ hinc numerationis loco est si debitor in personam creditoris non errasset, neque fuisset necessaria consumptio ad hoc ut mutuum conualesceret. Et quod mutuum ab initio non valuit, non contigit defectu potestatis aut voluntatis in persona creditoris, sed propter debitoris errorem circa personam sui creditoris cum alij obligari veller quàm ei cuius erat pecunia, quippe quæ alterius esse putabat quàm cuius esset. Nihil igitur hinc facere consumptio potest ad inducendam siue directam, siue vtilem certi cõdicionem ex mutuo, & ideo ad aliam conditionis speciem decurrendum est, quæ generaliore causam habeat quàm habere debeat cõdicio certi ex mutuo, illam nimirum quæ à Celso ibi traditur, quod pecunia mea ad te pervenit, & quidem quod ad me pertinet eo animo ut tu mihi obligareris, licet ex parte tua consensus nullus interuenerit, quia alij obligari voluisti non mihi. Eadem igitur mihi abs te reddi bonum & æquum est. Quibus verbis, cum ratio & æquitas quædam naturalis potius quàm civilis significetur, non aliam puto esse speciem illam conditionis, quàm quæ iuris gentium esse dicitur à Marciano in *l. rerum 25. infr. Res. amot.* vbi ait Iure gentium cõdici nec posse ab his qui non ex iusta causa eas possident. Aliud enim longè est habere quid sine causa, quo casu comparata est cõdicio quæ ob id dicitur sine causa. Aliud verò habere quid ex nõ iusta causa: Causa siquidem non iusta causa tamen est, licet non iusta. Et alia etiam iure civili cõdicio est quæ dicitur sine causa, alia verò quæ ob turpem vel iniustam causam ut ex diuersitate Titulorum apparet, & ex *l. vlt. infr. de cõditi. sine caus.*

a *Item si is qui seruo.* RAT. DVV. Cum numeratio pecuniæ creditæ furorẽm præcessit, non potest furor superueniens impedire ne ex numeratione cõdicio nascatur, sicuti nec furor superueniens dirimit nuptias iam contractas *l. pater furioso 8. supra de his qui sui vel alien. iur. sum.* Præsertim cum ex numeratione translatum sit dominium in accipientem id est in serui accipientis dominum, cui scilicet per seruum & dominium & possessio statim acquiritur, ita ut ne momento quidem temporis acquisitio in persona serui consistat *l. placet 79. infr. de acq. hered.* Cum igitur is qui seruo alieno pecuniam credidit, postea furere cœperit, nihil ob stare videtur, quominus statim nascatur cõdicio, nec expectandum est ut seruus eam pecuniam vtiliter cõsumpserit & in rem domini sui verterit. DEC. Melior cõdicio nostra fieri potest per eos quos in potestate habemus, deterior non potest *l. melior 133. de reg. iur.* Itaque non quemadmodum per seruum obligatio acquiritur ipso iure domino: Ita illud quoque admitti potest, ut per seruum mutuam pecuniam accipientem dominus obligetur, nisi quatenus in peculio serui est si is peculium aliquod habeat aut si quid amplius in rem domini versum fuit *tot. tit. de pecul. & de in rem vers. infr.* Tractamus autem hinc de seruo qui peculium nullum habeat: Alioqui statim ex numeratione nascetur cõdicio de peculio ex mutuo bene contracto, neque vtilis consumptio expectaretur. Ut ergo dominus hoc casu obligetur, necesse est in rem domini versam esse pecuniam quæ seruo numerata est. Quo tempore si creditor furere cœperit qui numerationis tempore non erat furiosus, non tamen faciet furor quominus cõdicio, certi ex mutuo nascatur, quæ-

atur, quatenus in rem domini versum probabitur, id est cum adiectione illa de in rem verso. Est enim non eam propria & separata actio illa, quàm qualitas & adiectio quadam alterius competentis actionis, sicut & actio de peculio. *§. præterea infr. quod cum eo qui in alien. potest.* Et ita bene hinc Accursius explicat. Cõdici ergo furiosi nomine poterit hæc pecunia. Non ait Pomponius furiosum posse condicere, quia neque agere ipse neque aliud negotium vllum facere potest ne quidem auctore curatore, sed ipsius nomine & agere & omnia facere curator debet *l. in negotijs §. De regul. iur.* quia absentis loco habetur furiosus, tum quoque cum præsens est ut supra diximus ex *l. vbi non voce 124. §. 1. eod. titul.*

c *Et si alienam pecuniam.* RAT. DVV. Cum aliena pecunia credita est non potest consumptio facere, ut eo magis videatur fuisse credentis, licet credendi causa & animo fuerit numerata, nec proinde ut dominium pecuniæ creditæ translatum dici possit in accipientem quod numquam fuit penes numerantem *l. traditio 20. infr. De acquir. rer. domin.* Ergo nec potest consumptio facere ut cõdicio certi ex mutuo nascatur ex huiusmodi numeratione, cum mutuum esse nequeat si non fiat de meo tuum *l. 1. §. supr. DEC.* Toties datur cõdicio pecuniæ ex causa mutui numeratæ & postea consumptæ quoties numerata est pecunia ex ea causa ex qua actio esse potuisset, si dominium ad accipientem transisset *l. si filiusfamilias 14. infr.* Atqui nemo dubitat quin si credentis fuisset pecunia, utique nata fuisset certi cõdicio ex mutuo statim ex ipsa numeratione. Fuisset enim pecunia facta accipientis. Ergo etiam si aliena pecunia credita sit, si tamen consumpta fuerit: dicendum est cõdici eam posse, & quidem cõdicionem certi ex mutuo, perinde ac si mutuum ab initio

valuisset, Directa igitur non vtili. Etsi enim consumptio non est legitimus modus acquirendi dominij, est tamen modus amittendi, cum nemo possit se dominum dicere eius pecuniæ, quæ consumpta nec amplius in rerum natura est. Amisso itaque dominio per consumptionem nihil impedit quominus is qui numeravit eo iure censeferi debeat quo censeferetur si pecuniam suam numerasset cum verum sit numeratam ab eo fuisse pecuniam quam nemo iam possit suam dicere: Et quam rursus negari non potest factam fuisse accipientis per consumptionem, cum omnem rei utilitatem habuerit is, qui rem consumpsit. Quid enim aliud habere potuisset etiam si dominium statim & ab initio per numerationem in eum transisset? Aut quis ei iam inuideat dominium hoc quod neque habere, neque sibi acquirere alius quisquam amplius possit? Merito igitur dicendum est nasci hoc casu conditionem siue vtiliter siue inutiliter pecuniam consumpserit is qui accepit. Tunc enim hæc cõdicio adhibenda est, cum agitur de ea persona quæ nec alium obligare potuerit nec seipsam aliter quàm si pecunia in rem aliquam verteretur, ut in seruo illo de quo actum est in *versio. præced.* aut in minore se obligante aut muliere pro alio intercedente *l. doli 17. infr. De nouat. l. vir uxori 17. §. 1. infr. ad SC. Velleian.* Ergo si alienam pecuniam credendi causa quis dederit, deinde furere cœperit & consumpta sit ea pecunia, verum est quod hinc scribit Pomponius & in *l. si à furioso de oblig. & action.* conditionem acquiri furioso. Ex quo apparet tanto manifestius quod supra diximus conditionem hanc immediatè & proximè nasci ex consumptione nõ ex numeratione: quæuis nõ nascatur ei cuius fuerunt numi, sed ei qui numeravit: quoniam & ipsi acquisita ab initio esset si numi eius fuisset, *l. ungel. prox. §. 1. vnde Papinianus infr.*

13. VLP IANVS libro 26. ad Edictum.

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

Ad l. Nam & si fur 13.

RAT. DVV. Nemo ex improbitate sua consequi debet actionem *l. itaque 12. §. 1. infr. de furt.* Ergo si fur nummos quos subripuit credendi animo dederit, cum eos non faciat accipientis, nullam conditionem habere debet, nec si consumpti sint. Nam nec alij potest acquiri actio quàm cuius interest *l. stipulatio ista 58. §. alteri iunct. l. 3. §. 1. de verb. oblig.* Non autem videtur cuiusquam interesse si non interfit ex honesta causa *l. tum 11. furt. l. 1. §. sciendum infr. Ad exhib.* Quæ ratio est propter quam fur furti agere non potest *d. l. itaque §. 1.* Neque enim ex honesta causa interest furis, quippe qui neque actione ad exhibendum neque conditione furtiva tenetur alia de causa quàm quia fur est. DEC. Cõdicio pecuniæ quam fur mutuam dedit non acquiritur furi ex eius improbitate sed ex numeratione quam ipse fecit, propterea quod verum est eum contraxisse cum illo qui mutuam pecuniam rogavit, & factio furis, nõ autem illius qui dominus fuit, pervenisse pecuniam ad accipientem. Vnde illud

etiam fit, ut ea cõdicio dari non possit domino pecuniæ, qui neque cõtraxit, neque pecuniam numeravit. Proinde si ea furi quoque denegaretur, dicendum esset manere pecuniam debere penes eum qui accepisset, atque ita fieret ut is alienam pecuniam sibi creditam impunè retineret, & ex aliena iactura locupletaretur, quod non tantum à civili sed etiam à naturali ratione abhorret *l. nam hoc natura 14. infr. de cõditi. indeb. l. iure natura 206. de reg. iur.* Actionis ad exhibendum aut Furti longè alia ratio est. Competunt enim non ex factio agentis, sed ex sola improbitate illius qui conuenitur, & alienam rem vel subripuit, vel saltem iniuste detinet, Nec alia ratione, quàm quia interfit agentis, & quidem ex honesta causa. Mirum igitur non est huiusmodi actiones furi denegari quas non nisi ex sua improbitate haberet, nec alia de causa quàm quia fur fuisset, si permitteretur ipsi ijs experiri: Quamvis permittatur domino condicere certi etiam contra furem conditione furtiva *l. certi 9. sup. licet nullum quoque domini factum in eo intercedat, Nempe quia ex honesta causa ipsius interest nec æquum est furem ex delicto sua lucrari.*

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

Ad §. 1. Unde Papinianus.

RAT. DVB. & DEC. eadem est quæ ad verfic. vltimum legis præcedentis, vbi diximus conditionem certi ex mutuo licet acquiratur ei qui contraxit & pecuniam numerauit, quamuis alienam potius quàm domino pecuniæ, non tamen acquiri ex numeratione, sed ex consumptione, quoties per numerationem non transit dominium in accipientem. Ex quo apparet quàm otiosa sit quæstio quæ ab Accursio hinc proponitur, & quàm mala ad propositam quæstionem responsio. Quærit enim, si alienam pecuniam quam dedi tibi mutuum re di mihi stipulatus sim, & dominus eam vindicet antequàm sit consumpta, An mihi ex stipulatione tenearis? Respondet autem repelli me posse & debere exceptione doli propterea quòd eam pecuniam vindicanti domino restituere tenearis, vt proinde eum restituis videaris eam amittere sine culpa tua: quæ res dare tibi debet doli mali exceptionem l. 1. §. si seruus communis inf. de stipul. seruo. Quasi verò interposita stipulatio ex causa mutui aliquas vires habere possit, cum mutuum reuera nullum contractum est: quod vt que nemo probabiliter dixerit. Nam si verum est, vt est, quod ait Pomponius in l. cum enim 7. inf. de nouat. & delegat. Cum pecunia mutua data stipulamur non nasci obligationem ex numeratione & eam deinde per stipulationem nonari, quia id agitur vt sola stipulatio teneat, nec nisi implenda stipulationis gratia numerationem intelligendam esse fieri. Quis putet impletam esse stipulationem per mutuum alienæ pecuniæ, quod sit inutile & ex quo non sit translatum dominium pecuniæ in accipientem? Nec certè negari potest, quin id agatur inter contrahentes hoc casu vt vnus tantum sit contractus, & quidem obligationis verborum non duplex, sed ita tamen, vt non alio casu nascatur conditio certi ex stipulatione quàm quo nasceretur certi conditio ex mutuo si stipulatio interposita non fuisset. Tanquam interposita stipulatione in locum conditionis, vt in l. vlt. §. 1. inf. Rat. rem habet. Atqui etiam si non fuisset interposita stipulatio, Nulla tamen certi conditio ex mutuo nasceretur ex huiusmodi numeratione, quia nec valuit mutuum ab initio: Ergo neque actio vlla & conditio certi ex stipulatione nascetur ante consumptionem: quo demum tempore nasceretur conditio certi ex mutuo, si nulla fuisset interposita stipulatio. Proinde nihil est quod de doli exceptione tractari hinc possit, quippe quæ semper & in necessarium antecedens supponit natam ac competentem actionem ex stipulatione. Nec similis est hic casus illi quo interposita sit aliqua stipulatio sine causa. Quo casu dicimus necessariam esse doli exceptionem l. 2. §. circa inf. de doli mal. except. id enim rationem illam habet quia cum stipulatio aliqua simpliciter sine causa interponitur id inter contrahentes agitur vt stipulatio teneat omnimodo ipso iure: Quæ res necessitatè inducit opponendæ exceptionis doli mali, vt & in specie d. l. 1. §. si seruus communis inf. de stipul. ser-

uo. At in proposito, quemadmodum id agitur vt sola stipulatio teneat ex causa mutui, vnusque sit contractus obligationis verborum d. l. cum enim iunct. §. vlt. legis præced. de nouat. l. si ita stipulatus 126. §. Chrysgonus de verb. oblig. Ita & id agitur vt ita demum teneat stipulatio, si valida & efficax fuit numeratio ad inducendam per se conditionem certi ex mutuo quod in proposita specie non contingit cum aliena pecunia credita & numerata est: Sufficit igitur hæc tenus valere stipulationem vt ex ea possit nasci actio eo casu & tempore quo nulla stipulatione interposita nasci possit conditio certi ex mutuo, id est secuta demum consumptione. Alioquin contractus hic qui constat ex numeratione & stipulatione dimittendus esset, vt quamuis numeratio non valeret, stipulatio tamen teneret, quod esset absurdum cum sit vnicus contractus l. tutor vrgentibus 47. §. 1. sup. de minor. l. nam absurdum 7. inf. de bon. liber. l. si ita stipulatio 39. inf. de oper. liber. Idem Accursius quærit, si alienam pecuniam quasi mutuum tibi numerauerim, neque velis eam consumere an aliqua & qua demum actione tenearis. Et postquam tentauit neque teneri te conditione certi ex mutuo, quandiu in pendenti est consumptio l. non omnis 19. vers. & cum pecunia inf. hoc tit. neque conditione sine causa, cum pecunia hæc sit penes te ex causa, quæ nondum est finita; nec detur illa conditione ratione solius possessionis, sed ita demum si coniuncta sit causa dominij. Concludit tamen perinde teneri te debere, ac si pecuniam consumpsisses, quia non nisi per te stet, quominus eam consumas ex regula l. iure civili 24. de condic. & demonstr. Nisi, inquit, hoc facias, bona fide, fortè si denunciatum tibi sit à domino ne consumas. Sed malè. Nam præter id quod is qui mutuum accipit pecuniam non statim cogitur eam consumere, nec idcirco videri potest in mala fide esse, quòd illam tardius consumat. Falsum est sufficere ad inducendam conditionem certi ex mutuo credita pecunia aliena quòd per te stet ne eam consumas. Alioqui dicendum esset ipso numerationis die nasci conditionem nullam etiam secuta consumptione, quia certum est potuisse eo ipso consumi pecuniam, si is qui accipit consumere illam voluisset. Verius igitur est quod generaliter Iulianus scribit in d. l. non omnis, quandiu est in pendenti an id futurum sit, quod conditionem parere potest, cessare obligationem. Ac proinde eo casu quo non tam ex numeratione quàm ex consumptione pecuniæ nasci potest conditio tandiu pendere conditionem, quamdiu pendet consumptione. Nec igitur posse tibi pecuniam condici prius quàm eam consumpseris: siue causam aliquam habeas eius non consumendæ siue nullam. Nec ratio vlla est, cur tibi succurri debeat, darique conditio ante consumptionem, cum pecuniæ dominium in accipientem non transtuleris, quia fuit aliena d. l. traditio 20. de acquir. rer. dom. nec tamen eam vindicare possis quia non est tua. Interim igitur conditio nem pendere necesse est vt & in aliis plerisque casibus de quibus in d. l. non omnis & l. proinde 8. supra quia

quia pendet an pecuniam sis consumpturus an dominus eam prius vindicaturus. Quod autem pendet non pro eo est quasi sit, vt habetur in regula l. is dammum dat 169. §. 1. de regul. iur. Neque verò ideo tenetur is qui alienam pecuniam sibi creditam consumpsit quia consumpserit, sed quia per consumptionem fecit vt verus dominus qui extantem pecuniam quasi suam poterat vindicare, dominium rei suæ amisit, & ita in eum statum rem redigit, vt vel danda sit actio ei qui pecuniam quamuis alienam numerauit, vel relinquenda in perpetuum pecunia penes eum qui accepit, vt ex aliena iactura impunè locupletetur, quod est multo absurdus. Atqui, quod is qui mutuum accepit pecuniam eam consumere poterit, quam tamen non consumpsit, quòdque per eum steterit quominus consumpserit siue scierit siue nescierit esse alienam, non facit vt pecuniæ dominus videri possit dominium eius amisisse quandiu adhuc reuera extat nec proinde vt pecunia quæ consumpta non est haberi debeat pro consumpta: vindicare enim illam potest dominus quandiu extat, quam consumptam vindicare non possit.

¶ Quod si per partes eos consumpseris. RAT. DVB. Contractus omnes sui natura sunt indiuidui, quòd credendum sit eum qui in solidum ita contraxit, non fuisse pro parte contracturum l. tutor vrgentibus 47. §. 1. sup. de minor. l. cum ex causa 139. inf. de verb. oblig. l. si quis aliam 46. de solut. Ergo tum quoque cum quis alienam pecuniam credendi animo numerauit & ea pro parte consumpta est, dicendum est ex ea siue numeratione siue consumptione actionem & conditionem vel nullam penitus nasci debere vel pro tota quantitate. DEC. Quemadmodum cum ex numeratione actio nascitur, quod contingit quoties dominium pecuniæ transit in accipientem, non nascitur conditio nisi quatenus numeratum est l. si tibi 17. sup. de pact. l. cum vltra 9. de non numer. pecun. Ita & cum nascitur conditio ex consumptione, quod evenit in hac specie cum fur subreptos nummos, aut aliàs alienos credidit, nulla potest nasci conditio nisi quatenus pecunia consumpta est, vt effectus causæ suæ respondeat. Nam & cum de in rem verso agitur, non nascitur actio quatenus pecunia credita & numerata est, sed quatenus in rem versa adeoque quatenus durat versa l. si pro patre 10. §. versum & pass. inf. de in rem vers. Ergo si alienos nummos tibi mutuos dederis, sicuti non antè mihi teneris conditione quàm eos

consumpseris, ita si per partes eos consumpseris consequens est, vt si per partes consumpseris, possim ego partem consumptam condicere, si admonitus alienos nummos fuisse ideo per partem condicam, quia nondum totos consumptos compereram. Sic enim legendum est vt Florentiæ, non vt apud Accursium si admonitus fueris addita deinde particula vel ante dictionem ideo quasi Papinianus distinguat an admonitus fuerit is qui mutuum pecuniam accepit, ne eam consumeret, an consumpserit non admonitus, quod ridiculum est. Nihil enim facit admonitio sed sola consumptio, sensus igitur est posse me per partes condicere eo demum casu quo postquam fui admonitus alienos nummos esse, comperi nondum consumptos totos fuisse. Ideo enim de admonitione locutus est Papinianus, quem Vlpianus hinc refert, quia non prius quærendum est de consumptione, id est, an pecunia credita consumpta sit in totum vel pro parte, nec proinde de conditione per partes danda, quàm comperit sit alienos nummos fuisse quòd citra admonitionem & denunciationem alicuius fieri non potest. Non igitur eo sensu quem sibi fingit Accursius de admonito debitor vt pecuniam non consumat, sed de admonito creditore alienam esse pecuniam quam numerauit: quod si aliter rescierit quàm per alicuius admonitionem, idem iuris erit, vt statim sciens ei debeat creditos nummos condicere per partes quatenus scilicet compererit consumptos eos fuisse. Nam quamdiu putat creditor suam se pecuniam non alienam credidisse frustra quærat, an possit pecuniam pro parte condicere, quam totam potest. Qui enim totum petere potest, non est prohibendus quin partè iudicio persequatur si velit, cum humanius sit vt & iniustus partè accipere cogatur si debitor parè duxat debiti offerat, de alia verò litigare velit vt in l. quidam existimauerunt 21. vbi dicemus inf. hoc tit. At cum non tam ex numeratione quàm ex consumptione nascitur conditio, non videatur prius nasci posse quàm tota pecunia consumpta esset, sicuti & cum nascitur ex numeratione non prius nascitur quàm tota quantitas numerata sit, ne alioqui tot inducamus conditiones quot erant nummi crediti si in singulos nummos qui numerantur conditio aliqua nasceretur. Sed non est bona comparatio numerationis & consumptionis, quia numerationis actus indiuiduus est, consumptionis verò diuiduus. Itaque tota Accursij ad hunc vers. glossa delenda est.

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

Ad §. 2. Si seruus communis.

RAT. DVB. Cum seruus communis, cui administratio concessa erat, à dominis, communes nummos credidit, fecit statim mutuum pecuniam quia transtulit dominium in accipientem, quòd ex dominorum voluntate pecuniam numerasse & tradidisse intelligatur l. rogasti 12. §. vltim. sup. hoc tit. Ergo non est expectanda consumptio, nec adhibenda distinctio an sint consumpti nummi nec Tom. III.

ne, Rursus cum nummi fuerint communes, non videtur separatim acquiri posse conditio dominis singulis in quinque sed communiter in decem vt in locum dominij succedat conditio. DEC. Consumptione consumpsit mutuum etiam quod ab initio non valuit, vt diximus in præcedentibus. Ergo si consumpti sint nummi quos seruus communis credidit communes, non est distinguendum an administratio concessa fuerit seruo an non. Quomodo tamen distinguendum esset si consumptio

secuta non fuisset, concessa enim administratione, valeret mutuum ab initio, quod ea concessa non valeret nisi propter secutam consumptionem. E contrario cum administratio concessa est, non distinguimus an secuta sit consumptio necne quomodo distingui oporteret si administratio concessa non esset: Secuta enim consumptione valeret mutuum etiam non concessa administratione quod alioquin non valeret. Ceterum acquiritur conditio dominis non communiter quamvis corpora nummorum communia fuerint sed pro parte, quia & partem quisque dominij in nummis habuit siue communionem in singulis nummis pro indiviso esse quis intelligat siue in pecunia non corpora cogitet sed quantitatem ut Papinianus loquitur in *l. si in cui* 94. §. 1. *infr. de solut.*

a *In quantum competere actionem.* Bene in *quinum* non ut valgo in *quinque*. In *quinum* enim non idem significat quod in *quinque*, sed ut Accursius explicat in *quinque* & *quinque*, id est ita ut singuli domini possint à debitore singula quinque condicere. Vox enim distributiva est non collectiva.

b *Nam est communes tibi nummos credidero.* Malè Accursius noster hanc versiculum intelligit de nummis qui sunt communes mihi & tibi, non autem mihi & alij. Nam cum loquatur Vlpianus de nummis quos tibi credidi certum est si credam tibi centum nummos qui mihi & tibi sunt communes non posse mutuum valere pro ea parte dominij quam habes in his bonis communibus, & aded non valere ut nec consumptione secuta conualeseat, quasi pro tua parte alienis nummis creditis, etiam enim alieni sunt quod ad me pertinet, attamen quod ad te spectat, non sunt alieni, cum sint tui. Itaque cum eos consumis, non tanquam creditos, aut tanquam alienos consumis, sed tanquam tuos: & ided non magis æquum est te obligari ex consumptione tuæ pecuniæ, quam ex numeratione. Intelligi ergo debet Vlpianus de nummis tibi à me creditis, qui erant communes mihi & alij: Quo casu sicuti non aliter potest mihi competere conditio pro alterius parte, cui sunt hi nummi mecum communes quam si pro illa parte consumpti sint, ita pro mea parte frustra consumptionem requiras aut expectes, cum per numerationem dominium translatum statim fuerit in te, idcoque statim ex numeratione qua sita mihi fuerit conditio. Neque verò versiculum hunc subiunxit Vlpianus ut de consumptione loqui pergeret quod malè sensisse videtur Accursius, sed ut ostenderet, non esse novum quod proximè dixerat, creditis nummis communibus licet corpora nummorum fuerint communia, non tamen acquiri communiter omnibus conditionem totius quantitatis.

14. I D E M libro

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

Ad l. Si filiusfamilias i 4.

R. A. T. D. V. B. Non est prohibendus filius etiam

tis, sed unicuique separatim, pro ea parte dominij quam siue in corporibus ipsorum nummorum siue in quantitate pecuniæ habuit. Idem enim contingit, inquit Vlpianus, si nummos mihi & alij communes tibi credidero centum. Nam possum statim quinquaginta condicere, id est, non expectata consumptione, quæ tamen expectanda esset si non nisi totos centum nummos lice et mihi condicere. Certum si quidem est non posse mihi competere conditionem pro ea parte quæ socij mei fuit quotisque sit consumpta. Sed si quinquaginta tantum condicere velim, poterò statim non expectata consumptione. Ratio dubitandi non alia est, quam quæ ab Vlpiano exprimitur, quod singula nummorum corpora communia fuerint. Consequens enim videbatur ut nec vnum nummum nec dum quinquaginta possem ipso iure condicere, nisi pro parte, cum non aliud possem condicere quam id demum quod meum fuit, ergo nec nisi quatenus meum fuit: quomodo circa consumptionem argumentatus sumus ad §. præcedentem, sed decidendi ratio ex eo petenda est, quod earum rerum quæ per corporalem diuisionem corrumpuntur, diuisio non per singula corpora facienda est, sed per numerum. Quemadmodum contingit etiam cum diuisio facienda est non singulorum corporum, sed gregum puta, & armentorum mixtorum ex pecoribus tuis & meis, nempe si eorum discretio sit difficilis ut in specie *leg. usufructuarium* 62. §. 1. *supr. de usufr.* Noli tamen cum Ioanne & Accursio rationem huius versiculi petere ex discretionis difficultate, sed ex diuisionis impossibilitate, quia cum credidi tibi nummos centum communes mihi cum Titio, non sunt corpora nummorum discernenda, cum nullus sit nummus qui totus sit Titij aut totus meus, sed essent singula corpora diuidenda si commodam diuisionem pati possent per quam eorum usus ad eos fines, in quos pecunia comparata est, non corrumpere. Ideo autem facilius diuidi possunt, & debent numeri per numerum, quoniam in iis non tam corpora spectanda sunt quam quantitas. *l. si in cui* 94. §. 1. *infr. de solut.* Vnde est quod etiam numerantur nonnumquam inter res incorporales *l. qui heredis* 47. *infr. de condic. indeb.* Numerus autem vnicus modus est diuidenda quantitatis discretæ. Iunge *l. si pæna* 19. §. *ult. eod. tit. de condic. indeb. l. si Titius* 62. *infr. pro socio.* Addit Accursius *l. cum pater* 77. *in princip. de legat.* 2. Sed nihil ea lex ad rem nostram facit, quia non tractat de diuidenda pecunia, sed de ea quæ vni ex coheredibus per præceptionem legata sit tota ex ipsius hereditaria portione redigenda ut & in *l. deducta* 58. §. *acceptis infr. ad SC. Trebel.*

si contra Senatusconsultum Macedonianum pecuniam mutuatus sit, bonam fidem agnoscere, & quod se debere scit soluere, sicuti dicimus de tutore vitro

vitro solvente debitum pupillare in *l. quoties* 9. §. *si- cut autem infr. de admin. tutor.* Obligatur enim naturaliter filiusfamilias creditori à quo mutuam accipit pecuniam, licet contra Senatusconsulti auctoritatem, idcoque si soluat non repetit, quamuis perpetua tutus exceptione *l. sed si* 9. §. *ult. & l. seq. infr. de SC. Maced. l. qui exceptionem* 40. *de condic. indeb.* Ergo non est permittendum patri, ut eos nummos vindicet à creditore cui filiusfamilias soluerit, non solum si ex pecunia castrensi, vel quasi castrensi soluerit: qui casus nullam recipit dubitationem, cum in ea pecunia filiusfamilias pro patrefamilias habeatur *l. 2. infr. de SC. Maced.* Sed etiam si ex pecunia aduentitia adeoque profectitia, cuius habeat administrationem. Hoc enim necessarid supponendum est, ut quæstioni locus fieri possit, scilicet ex iuris veteris ratione. Nam iure nouo certum est peculij aduentitij proprietatem manere penes filium solo usufructu ad patrem pertinente. *cum oportet & l. ultim. C. de bon. que liber.* quamuis in peculio profectitia nihil sit immutatum. De c. Senatusconsultum Macedonianum prohibet ne filiusfamilias ex mutuo obligetur ob eas causas quæ recenter in *l. 1. ill. tit. de SC. Maced.* Non ita uti ne dominium pecuniæ creditæ transeat in filiumfamilias, sed ut in filiumfamilias nulla creditori actio dari debeat aut ut si agat creditor, exceptione Senatusconsulti repelli possit *d. l. 1. & tot. ill. tit.* Proinde si filiusfamilias ex ea causa soluat, non potest transferre dominium pecuniæ, quia traditio nuda est, & inefficax ad transferendam dominium quoties nuda est, nec habet pro causa iustum titulum id est, iure ac legibus improbatum *l. numquam nuda* 31. *de acquir. rer. domin.* Ergo si soluerit ex nummis quorum dominium ad patrem pertinet, quomodo pertinet omnium, qui non sint castrenses vel quasi castrenses, dicendum est non posse transferri dominium quod patris fuit non filij quamuis filius liberam peculij administrationem habuerit: nec enim videtur ei mandatum à patre ut pecuniam perderet *l. 3. si filiusfamilias; aut potius §. proinde infr. de SC. Maced.* id est, ut id solueret quod neque ab eo neque à patre exigi potuisset, & aduersus cuius petitionem exceptione perpetua se tueri potuisset: quasi nec videatur debere is à quo propter exceptionem nihil peti potest. *l. nihil interest* 112. *l. Marcellus* 66. *de regul. iur.* Vnde est quod nec hi quibus naturaliter tantum debetur, creditorum loco habentur *l. creditores* 10. *de verb. signific.* nempe quia ex naturali obligatione illa nullam habent actionem, nec obstat quod filiusfamilias si soluat non repetit. Hoc enim sit contra communis iuris regulam solo odio exceptionis Macedoniani, quæ licet summa æquitur enitatur, hoc ipso tamen odiosa est, quod eam Senatus introduxit solo creditoris odio, non etiam fauore debitoris, in quo maximè differt ab exceptione Senatusconsulti Velleiani *dict. leg. qui exceptionem* 40. *de condic. indeb. & d. l. sed si* 9. §. *penult. de SC. Macedon.* Neque rursum quod dicimus filiumfamilias si soluat non repetere, ita debet accipi si soluat adhuc filiusfamilias (nec enim naturalis obligatio quæ suos omnes effectus à iure ciuili habet hunc habere potest, ut impediatur repetitionem soluti ex causa iure ciuili improbata) sed ita si iam patrefamilias factus soluat, quo casu ided non repetit, quia ratum habuisse videtur *l. item si* 7. §. *ultim. & dict. l. sed si rem* 20. *l. si alij* 46. *l. qui res* 98. *in princ. & §. 1. de solut.*

Tom. III.

cipij. Bene igitur Vlpianus hic scribit si filiusfamilias contra Senatusconsultum mutuatus soluerit, patri nummos vindicanti, nullam exceptionem obijci posse. Alioquin deterior fieret conditio patris per filium qui meliorem tantum eam facere potest *l. melior* 13. *de regul. iur.* Et certè cum dominium nummorum quod solutionis tempore fuit patris, non transierit in accipientem, consequens est ut vindicare eos pater tanquam dominus possit *d. l. 3. §. proinde versio.* quemadmodum Iulianus *de SC. Macedon.* Nimirum si extant. Nam si consumpti sint, condicendi erunt, quia vindicari iam non possunt. Atque ita accipi debet quod scriptum est in *l. sed si patrefamilias* 9. §. 1. *eod. tit.* conditione patri ex omni euentu competere. Nō quasi Vlpianus putet omni casu conditioni locum esse, sed ut significet ad extremum, & omnimodo conditione competere, cessante scilicet vindicatione, ut bene Cuiacius interpretatur *lib. 14. obser. cap. 35.* Aded autè conditio patri competit si consumpti sint nummi, aut vindicatio si extant, ut dubitatum etiã sit si filiusfamilias contra Senatusconsultum mutuatus soluerit, & patri suo heres effectus vindicare nummos adhuc extantes velit, an possit. Videbatur enim posse iure hereditario & tanquam heres patris qui vindicare hodie posset si viueret, sed tamen magis est ut ab huiusmodi vindicatione nummorū submoueri debeat exceptio doli, cum ipse mutuam pecuniam acceperit & soluendo, debitum bonamque fidem agnouerit, ut Vlpianus concludit in *leg. si non sortem* 26. §. *si filiusfamilias infr. de condic. indeb.* In eoque fauorabiliorem esse causam patris, quam filij mirum non est.

a *Sed si fuerint consumpti à creditore nummi.* R. A. T. D. V. B. Eo casu quo competere vindicatio potest nummorum si extant, solet dari conditio in vicem & locum vindicationis si consumpti sint *leg. rogasti* 11. §. *ultim. & leg. sequent. supr. hoc titul.* Atque in propolita specie competeret patri vindicatio nummorum extantium, quos filiusfamilias suo ex patris, siue ex alterius pecunia etiã filiofamilias donata soluisset dum ne ea mente ab alio donata & credita fuisset ut creditori solueretur *leg. sed si patrefamilias* 9. §. 1. *infr. de SC. Maced.* Extra causam scilicet peculij castrensis & quasi castrensis ut proximè diximus ex *leg. 2. iunct. §. ultim. leg. 1. eod. titul.* Ergo iisdem nummis consumptis debet competere patri conditio. Atque ita Iulianum sensisse Vlpianus noster refert in *dict. leg. sed si patrefamilias §. 1. in fin.* De c. Toties consumptio nummorum parit conditionem, quoties numeratio facta est ex ea causa ex qua nasci potuisset conditio si dominium in accipientem transisset. Atque in proposito si nummorum, quos filiusfamilias soluit, dominium in accipientem creditorem transire potuisset, non ideo tamen habere conditionem filiusfamilias potuisset, quia naturalis obligatio conditionem soluti impediisset *leg. quia naturalis* 10. *iunct. §. ultim. legis præcedentis eod. ill. titul.* quomodo Cuiacius interpretatur *lib. 14. obseruat. cap. 35.* Aut quomodo interpretari malo cum Accursio, quia si per solutionem translatum fuisset dominium in accipientem, ut puta si solutio facta fuisset ex numis castrensis, aut quasi castrensis, nata fuisset ex solutione liberatio non conditio, nec enim aliter nasci potest ex solutione liberatio quã si dominium solutæ pecuniæ trãseat in accipientem, & quidè irreuocabiliter *l. si rem* 20. *l. si alij* 46. *l. qui res* 98. *in princ. & §. 1. de solut.*

D 2

Regula autem iuris est, ex quibus causis solutio liberationem parit non posse ex eadem conditionem *l. cum quis 38. §. 1. & §. quid hominem eod. tit. extra casum l. Neratius 63. de condit. indeb.* Idem autem magis placet interpretatio Accursij quam Cuiacij, quod naturalis obligatio, quæ nihil habet commune cum iure civili, ex quo sunt actiones & conditiones omnes, non potest impedire ne conditio nascatur ipso iure, sed tantum facit ut elidatur ea per exceptionem quæ semper parit retentionem: Marcelli autem argumentum ad eum casum pertinet in quo nulla possit ipso iure nasci ex numeratione conditio, etiam si numerorum dominium translatum sit in accipientem: quod non aliter potest contingere quam si solutio pariat liberationem. Scio interdum contingere ut eadē numeratio proficit in duas causas, pariatque non modo liberationem, sed etiam actionem ut in *l. in numerationib. 44. de solut.* Sed ut eadē numeratio & solutio possit, & liberationem parere, & conditionem præsertim respectu eiusdem personæ, hoc verò est quod fieri posse negotio longèq. facilius est ut neq. liberationem pariat neq. conditionem, ut in casu *d. l. Neratius*: quæquam hoc quoque perarratum est, & dignum, quod à Caio nostro relatū fuerit in librū illū singularè de casib., ex quo sumpta est *d. l. Neratius*, & qui totus fuit de singularib. casib. Bene igitur Marcellus concludebat in proposita specie nullā posse conditionem numerorum competere. In quo certè dissentit Marcellus à Iuliano ut aliàs plerūq. solet. Et in hoc sentio libenter cum Cuiacio, potius quā cum Accursio cæterisq. glossatorib. qui in his legib. conciliatis tātopere ac frustra se torserunt. Nā quod Irnerius dicebat posse quidē patrem condicere ex sua persona sed non ex persona filij, ad Marcelli sensū accommodari non potest, qui cum denegat patri conditionem, utiq. denegat eo ipso casu & modo quo dat patri vindicationem numerorum extantiū. At qui cum nūmi extant datur patri eorum vindicatio ex propria persona ipsius patris, qui ipsorum dominus fuit non ex persona ipsius filij, cui nullo casu competere potest vindicatio cum neq. dominus ille sit neq. vnquam fuerit aut esse potuerit *l. in rē 23. de rei vindic. l. quintus 27. §. argento de aur. & argent. legat. iunct. l. placet 79. infr. de acquir. hered. l. 1. infr. si à parent. quis mansit.* Ergo neq. ex patris persona conditionem ei dari Marcellus patitur. Ioannis autē distinctio licet ab Accursio & Bartolo magis probata æquè improbabilis est. Ait enim numerorum quidē extantiū vindicationem patri indistinctè dari sed si consumpti sint, distinguendum esse an bona fide consumpti sint, an mala fide, ut si bona fide, conditio nulla patri competat, si verò mala fide & tanquam furtiui, possit eos pater condicere: cum tamen neque in hac lege distinctio vlla adhibeatur, neque in *d. l. sed si paterfamilias §. 1.* alia vlla, quam illa: vtrum pecunia quam extraneus filiofamilias donauit, & ex qua filiofamilias soluit creditori donata sit ei simpliciter an hac conditione ut creditori, eam solueret, ut hoc posteriore casu dominium pecuniæ transeat in accipientem, & quidem rectè, id est, nunquam factum patris, ac proinde nec filij vel vno quidem momento *d. l. placet.* Priore verò casu patris facti sint nummi, & ideo extantes vindicare eos possit, consumptos autem condicere, Quomodo verò possunt consumpti esse mala fide, ac tanquam furtiui cum eos simpliciter filiofamilias donauit extraneus? Quod si ita esset non nisi furtiui possent esse nummi quos filiofamilias solueret, nisi quos ei do-

nasset extraneus hac lege ut ex iis solueret creditorem, quem tamen casum nemo dixerit in hac lege ab Vlpiano & Marcello tractari: Præter id quod neque Marcellus hic, neq. Iulianus tractant de conditione furtiua, sed de illa, quam Cuiacius ex veteri formula vocat de bene de pensis, quæ nascitur ex sola consumptione: Ut taceam nec facile admitti posse, ut filiofamilias furtum faciat patri, maximè verò in nummis peculiaribus, quorum cum habeat filiofamilias liberam administrationem quomodo fieri potest ut eos inuito patre contrectare furtumque eorum facere videatur? Nec enim negari potest quin de iis nummis loquatur Vlpianus, quorum dominium in accipientem transfret, si non aduersus Senatusconsultum Macedonianū mutuatus pecuniā fuisset. Alioqui quid attineret loqui de pecunia contra Senatusconsultum credita: Etsi autem Marcelli sententia videtur veterior ob rationem, quæ in hac lege afferitur, posset tamen quis pro Iuliano negare propositionem quā Marcellus pro vera assumit, ut toties conditio locum habere debeat consumptis nummis quorum dominium ab initio per numerationem translatum non fuit, quoties translato dominio æquè conditio aliæ actio competisset. Et in huius propositionis locum aliam substituere, ut toties consumptis nummis conditio danda sit, quoties istidem extantibus vindicatio danda esset: quod utique in proposito contingeret. Nec illa rursus distinctio conciliare Marcellum cum Iuliano potest quam alij adserunt apud Accursium, an solutio facta sit à filio nomine patris an ipsius filij, ut si patris nomine facta sit conditio competat, quandoquidem pater ex eo contractu filij nullo modo tenebatur ne quidem de peculio *l. si filius 6. C. de sc. Maced.* nec magis naturaliter quam civiliter, cum ipse non contraxerit. Si verò nomine filij, non datur conditio, quia filius naturaliter debuit *arg. l. 1. §. vltim. & l. 2. infr. de pecun. constit.* Nam tamen si filiofamilias suo nomine soluerit pecuniam quam contra Senatusconsultum erat mutuatus, cum tamen ex iis nummis soluit, qui patris fuerunt, & quorum proinde dominium in accipientem transferre ignorante patre non potuit, non prohibetur pater eos vindicare si extant: nec igitur condicere si consumpti sint secundum sententiam Iuliani, sed si Marcello credimus, cessabit hoc quoque casu conditio, quia etiam si dominium in accipientem translatum fuisset per numerationem, non actio aliqua sed liberatio ex ea solutione nata fuisset. Suavis verò certè est Bartolus qui ad hanc legem notat, difficilem eam videri scholaribus sed non esse, cum tamen ad conciliandum Marcellum cum Iuliano nihil aliud proferat, quam quod supra ex Ioanne glossatore retulimus, & refutauimus.

b Denique per errorem soluti. Malè Cuiacius *lib. 14. obser. cap. 35.* hunc versiculum ita accipit ut sit conclusio syllogismi quo vitur Marcellus ut probet contra Iulianum cessare hoc casu conditionem, quasi denique dixerit hic Vlpianus cum Marcello pro ergo. Sic enim ille syllogismus Marcelli concipit, ut propositio hæc sit, Toties conditio datur quoties ex ea causa numeratio sit, ex qua actio esse potuisset, si dominium ad accipientem transisset. Assumptio autē ista, atqui in proposito non ita esset, id est non nasceretur conditio ex numeratione: conclusio verò hæc: proinde per errorem

rorem soluti contra Senatusconsultum crediti dicendum est cessare repetitionem, id est conditionem quæ ex consumptione quaesita videri poterat parit per filium. Sed pace tanti viri dixerim, ineptus hic syllogismus esset. Ponit enim idē in assumptione quod in conclusione, assumitque id ipsum quod omnimodo probandum est & de quo disputatur. An nimirum hoc casu conditio aliqua competat ut Iulianus existimabat. Nec rursus bona esset probatio conclusionis illius negatiuæ. Nullam conditionem hoc casu competere, si ex syllogismo nihil aliud inferre possis, nisi quod inferri vult Cuiacius, ergo conditionem indebiti competere. Nam cessante quoque indebiti conditione, quæ nunquam nisi translato dominio competit, nihil verat aliam superesse quam supra diximus cum Cuiacio de bene de pensis appellari, quæ competit etiam non translato per numerationem, dominio vi & potestate solius consumptionis. Ex eo igitur tanto magis verum apparet quod diximus, non ea ratione Marcellum negare hæc competere conditionem quod eam naturalis obligatio impediret si dominium ex numeratione translatum esset, sed quia huiusmodi solutio proficeret ad liberationem, nec proinde conditionem, aut aliam actionem vllam parere

15. IDEM libro 31. ad Edictum.

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

Ad l. singularia 15.

R A T. D V B. Mutuum ex eo dictum est quod fiat de meo tuam. Et solet bonum esse argumentum ab etymologia negatiuè, ut si de meo non fiat tuum non sit mutuum *l. 2. §. appellata ubi diximus supra hoc tit.* Atqui sine debitorem meum iusserim tibi dare pecuniam, siue cum ex causa mandati pecuniam mihi deberes, conuenerit inter nos ut crediti nomine eam retineas, verum est pecuniam quæ penes te est tanquam mutua, nunquam fuisse meam: Nec enim quod mihi debetur meum est, ad eum ut nec quod meum est deberi mihi possit non magis quam ex noua causa fieri meum *§. sic itaque instit. de act. l. nemo rem suam 82. de verb. oblig. l. non ut ex pluribus 159. de regul. iur.* Ergo dicendum est neutro istorum casuum posse mutuum contrahi, ne alioqui paulatim eueniat, ut dicamus nuda voluntate posse ex quolibet alio contractu mutuum fieri quod ferendum non est si Africanus credimus *in l. qui negotia 34. infr. mandat.* Contrahitur enim mutuum interueniente te & traditione non nuda voluntate nudòve consensu *l. 1. §. 1. infr. de oblig. & action. D e c.* In his quæ contra iuris rationem & iure alio singulari recepta sunt, non possumus sequi regulam iuris *l. in his 15. & seq. supr. de legib.* Atqui in contractu mutui singularia quædam recepta sunt, id est non contra cæterorum contractuum regulas, ut malè Accursius post Ioannē & Azonē explicat, sed contra regulas ipsius mutui ut meliùs Bartolus cum aliis, post Cernotū ut ille nominat, Accursij. Præsertim verò contra hæc quæ vult in contrahendo mutuo debere pecuniam fieri de mea tuam. Non enim publica utilitas

Tom. III.

posset, eiusque rei confirmandæ gratia bene subicit Vlp. ex Marcello, non solum in hac specie, cum dominium in accipientem translatum non est, cessare conditionem de bene de pensis, sed etiam cum de conditione indebiti quaeritur, ac proinde cum ex numeratione dominium translatum fuit, cessare soluti repetitionem non minus quam vindicationem extantis pecuniæ, nempe quia naturalis obligatio impedit conditionem indebiti, cum nec indebitum dici possit id quod naturaliter debitum fuit, ut docuimus *ex d. l. sed si paterfamilias §. vlt. & l. seq. de sc. Maced.* Nisi cum is soluit qui exceptione perpetua eaque fauorabili tutus fuit, puta Senatusconsultū Velleiani *d. l. qui exceptionem 40. de condit. indeb.* Porro nihil interest ex qua pecunia filiofamilias soluerit an ex castrensi, an quasi castrensi etiam in potestate manens an ex alia dummodò paterfamilias iam effectus, ut bene Accursius explicat: sed quod hic scribitur de errore, malè Accurs. intelligit de errore iuris. Meliùs Cuiacius supra dicto loco de errore facti, quoniam in eo qui per errorem iuris, aut scienter indebitum soluit nulla dubitatio est quin non possit repetere *l. error facti §. C. ad leg. Falcid. l. cum quis 10. C. de iur. & fact. ignor.*

patitur ut semper necesse sit tam exactè seruari hanc iuris regulam ut non aliter mutuum contrahi possit quàm si fiat de meo tuum, ne alioqui sæpius impediatur via mutui contrahendi, quæ potius ampliari interest publicè ob frequentem huiusmodi contractus necessitatem, vltimq. commerciorum illis nimirum casibus in quibus nihil repugnat ex parte rei quominus pecunia quæ adhuc non est fiat statim mea, & rursus ex mea fiat statim tua, nisi quoniam expeditus & vtilius esse creditur ut celeritate coniungendarum inter se actionum vna breui manu occultetur, quomodo Vlp. noster loquitur *in l. 3. §. sed si debitorem infr. de donat. int. vir & vxor.* ubi tractatū casum quo maritus donandi animo iusserit debitorem suum vxori solueret: Quod casu licet donationem validam facere illud videatur quod non à marito sed à marito debitore mulier pecuniam acceperit, negat tamen Vlpianus ex Celfo eam valere, magisque esse ait, ut & debitor liberatus sit & nummi facti sint mariti non vxoris. Nam si donatio, inquit, iure civili non impediretur, is rei gestæ ordo futurus esset, ut pecunia à debitore ad creditorem, deinde à creditore ad mulierem ex donatione perueniret. Quod si pecunia debitori numerata esse intelligitur, ad eam quæ ipsius facta fuisse, quamuis reuera numerata non sit, ut liberationem inducamus, quæ aliter induci non posset *leg. si qui alienum 60. leg. si alieni 78. l. si mihi alienum 92. de solut.* Quidni etiam dicemus mutuum contrahi posse si debitorem meum iusserim tibi pecuniam numerare, ut eam mihi ex causa mutui debeas? Aut quid tua meæve referre potest aut etiam debitoris mei ut pecuniam mihi tradat, & ego tibi an tibi soli suo meoq. simul no-

D 2

mine: Cur non breui manu fiat commodius & expeditius, quod longiore fieri posset, vt in *l. licet* 43. §. 1. de iur. dot. Nam & aliquando manu longa traditio fieri intelligitur, vt puta si pecuniam meam in conspectu meo ponere te iubeam, aut aliam rem quamlibet cuius possessio corporaliter à nullo detineatur *l. pecuniam* 79. de solut. Denique superuacui circuitus isti semper euitandi sunt vulg. *l. dominus* 53. de condic. indeb. & expediendarum rerum gratia fiunt multa quæ alioquin fieri non deberent *l. si ad pupillum* 11. infr. de author. & consensu tutor. Et in hoc prudentes omnes confenserunt ne Africano quidem excepto *d. l. qui negotia* 34. infr. mandat. vbi fatetur hoc benignè receptum esse: quod nihil aliud est quam iure singulari, & ob publicam utilitatem, contra regulam illam iuris, quæ mutuum aliter contrahi non patitur, quàm si de meo tuum fiat. Nam vt in aliis negotiis celeritate coniungendarum actionum vna occultetur, non fit iure aliquo singulari, quia iuris regula nulla est, quæ repugnet, vt in specie *d. §. sed si debitorem* & *d. l. licet* §. 1. dixi ad *l. certi conditio* 9. §. si nummos supr. hoc tit. Ex his apparet quàm parum ad rem pertineant, quæ hinc Accursius congerit quasi specialia & singularia vel in contractu mutui ad differentiam cæterorum contractuum, vel in pecunia numerata ad differentiam aliarum rerum, etiam in quibus mutuum possit consistere. Quale illud est quoddam facilius pecunia consumatur vt sola in mixtione ex *d. l. si alieni nummi* 78. de solut. quam nō idem possit in frumento quoque vino & oleo aliisque rebus, in quibus mutuum consistit, æquè faciliè contingere *l. r. §. præterea* infr. de separat. *l. §. in princip. supr. de rei vindic.* Item quod pecunia ex bonis debita partem quamlibet facultatum, non etiam species *l. cum pater* 77. in princip. de legat. 2. *l. deducta* 58. §. nummis ad *S. C. Trebell. iunct.* *l. si fideicommissum* 50. §. tractatum supr. de iudic. Item vt tutor ex causa mutui possit se facere pupilli debitorem, adeoque si sit creditor sibi soluere, *l. quoties* 9. §. non tantum 7. iunct. §. si eum autem §. infr. de admin. tutor. cum tamen non possit sibi ipsi vendere rem pupillarem *l. si in emptione* 34. §. vltim. de contr. empt. aut aliter in rem suam pupillo auctoritate præstare *l. pupillus* 5. de author. tutor. Etsi video posse tutorem etiam pupillaris rei quam à defuncto emerit, possessionem sibi tradere, in illa elegantia specie *l. fistulas* 78. §. 1. de contr. empt. non tamen se debitorem facere ex causa venditionis vel donationis si nulla præcesserit, non magis quàm alius quilibet *l. nuda ratio* 26. infr. de donat. Item vt facilius per pactum vnus alteri conditio certi acquiratur dummodò eius nomine contractum sit *l. 2. C. per quas person. nob. acquir. d. l. certi* 9. §. si nummos vbi dixi supr. Item vt nummorum creditorum pars condici possit licet corpora nummorum fuerint communia *l. nam est fur* 13. §. vlt. supr. Denique vt vsuræ pecuniæ creditæ non nisi ex stipulatione deberi possint *l. Titius* 24. infr. de prescript. cum aliarum rerum debeantur etiam ex pacto nudo *l. frumenti* 17. iunct. *l. 3. C. de usur.* Sed nil hæc omnia pertinent ad hanc legem quia non sunt singulari iure recepta in mutuo, neque contra proprias mutui regulas, neque rursus specialia sunt omnia in mutuo aut in pecunia credita, illud præsertim quoddam de vsuris pecuniæ foeneris vltimo loco adiectum est, cum & alia multa sint

quæ per nudum pactum etiam incontinenti appositum promitti non possunt, at per stipulationem possunt. Vt in exemplis quæ attulimus ad *l. quod si locus* 11. supr. de religiof. & sumptib. funer. ex illa lege, & *l. seruus ea lege* 7. infr. de ser. ex port. Dicendum igitur est, quomodo iam explicauimus, singularia hic ab Vlpiano dici recepta esse circa pecuniam creditam quæ in contractu mutui recepta sunt ob publicam utilitatem aduersus ipsas mutui regulas. Planè quoties negotium quod geritur tale est, vt dominium ex eo transferri oporteat, quomodo cõtingit in donatione, permutatione, solutione, aliisque similibus *l. in adibus* 9. §. vlt. infr. de donat. *l. 1. de rer. perm. traditio* nem ficta non minùs quàm in mutuo intervenire necesse est vt dominium translatum esse intelligatur, sed cū hac differentia, quod tibi præsentem rem esse oportet vt factio veritati respondeat, quia res abens tradi non possit *l. eius rei* 46. & *l. seq. supr. de rei vindic. l. si sponsalib.* 38. §. infr. de iur. dot. *l. qui decem* 72. §. idem responsum in *fn. de solut.* sicuti nec abenti *d. l. falsus* 43. §. si is qui indebitum infr. de furt. *l. si procuratori* 79. infr. de verb. obligat. At pecuniam præsentem esse nil necesse est in mutuo, quia cõstitutum in his rebus, quæ functionem recipiunt in suo genere, ac proinde non minùs absentes quàm præsentem, quod in cæteris contractibus diuersum est in quibus agitur de traditione faciendâ speciei, aut si generis saltem per modum speciei vt in *l. 3. §. vlt. & l. seq. de donat. int. vir. & vxor. d. l. falsus* §. 1. de furt. *l. qui id quod* 33. §. vlt. infr. de donat. Atque ita ego cum Accursio sentio, licet Bartolus adhibitis vt solet distinctionibus, & subdistinctionibus quàm plurimis contrâ puter.

a Quod igitur in duob. personis recipitur. RAT. DVB. Id quod iure singulari & contra cõmunes iuris regulas receptum est, nō debet trahi ad cõsequentias *l. quod verò* 14. supr. de legib. Atqui iure singulari receptum est & benignè aduersus mutui regulas, vt si tibi debitore meū iusserim dare pecuniã mutua, obligeris mihi ex mutuo, quãuis nummos meos nō acceperis, vt & Vlpianus hic fatetur, & Africanus in *d. l. qui negotia* 34. infr. d. mandat. Ergo nō ad alios casus porrigi hoc ius debet, nec recipiendū est, vt si ex causa mandati pecuniæ quantitatē aliquã mihi debeas, & cõuenerit inter nos vt crediti nomine eam retineas, fiat pecunia mutua tanquã mihi abste data, & à me rursus ad te profecta. Atq. ita cõcludit Africanus in *d. l. qui negotia*, dissentiens ex professo ab Vlpiano; hac vna potissimū ratione, & quia nō sit ferendū, vt ex quolibet cõtractu nuda voluntate fieri mutuum possit. Nã qui cū Accursio & Bartolo respondent, fuisse hinc pecuniã non quidem præsentem, sed tamen extantem & paratã solutioni, ibi verò cõsumptam fuisse, præterquã quod omnino cõmentitium, & diuinatoriū est, nec Vlpiano conuenit, nec Africano, non Vlpiano, qui hunc posteriorē casū æquiparat superiori, cū iussi debitore meū dare tibi pecuniã: In quo casu nemo dixerit requiri vt pecunia extet, sitq. parata solutioni, cū in debitore generis nihil prorsus referat an pecunia debita extet, necne, quia nec si incedio pecuniã suã omnē debitor amiserit, attamen liberatur *l. incendum* 11. *C. si cert. petat.* Multo minùs igitur in hoc posteriore casu requirit Vlpianus extare pecuniam, cum id quod in duobus personis receptum est, multo magis in vna eademq. persona recipiendū esse arbitretur. Nec simile est quod assert Accursius ex *l. certi conditio* 9. §. vlt. supr. Tbi enim debebatur pecunia per modum speciei cum esset deposita, & ided poterat deposita-

rius

rius incipere animo eam possidere, & suam facere ex mutuo pecuniam, & eadem ipsa corpora nummorum quæ antea erant deponentis vt scripsimus ad illum, quod in pecunia ex causa mandati debita dissimile est. Non conuenit rursus Africano supradicta conciliatio. Non enim ex eo mouetur Africanus, quod pecunia consumpta esset, quæ nec consumi poterat, cum in genere deberetur, Nec quod solutioni parata nō esset, sed ex eo solo, quod pecunia ex causa mandati debita nunquam fuisset in dominio mandatis, vt ex crediti causa fieri posset mandatarij, quodque nuda voluntate mutuum ex alio contractu fieri non possit. Sed tamen Vlpiani sententia quæ publicè vtilior est, & à cæteris prudentibus magis probata fuisse videtur, illam decidendi rationem habet, quod ea quæ publicè utilia sunt, licet iure singulari recepta sint, faciliè tamen producentur ad alios casus similes, id est in quibus eadem multo magis si maior æquitatis & publicæ utilitatis causa in iis locū habeat *l. non possunt* 12. & *seq. d. l. ius singulare* 15. supr. de legib. Atqui facilius est vt fictio breuis manus in vna eademque persona inducatur, quàm vt in duabus, nec minùs ad utilitatem publicam pertinet vt mutuum cõtrahatur, si conuenit inter nos vt pecuniam quam mihi ex causa mandati debes ex causa mutui retineas, quàm si iusserim debitorem meum tibi pecuniam mihi debitã numerare, vt ex mutui causa eam mihi debe-re incipias. Quidni ergo quod in illo casu receptum est, multo magis in alio recipietur? Denique fuit Africanus religiosior iuris vt loquitur Cuiacius ad *d. l. qui negotia*, & scrupulosior: Vlpianus verò audentior, & æquitatis publicæque utilitatis hac parte amantior. Frustra ergo quis laboret diutius in ijs conciliandis qui & vtro dissenserunt, & tam probabiles dissentendi causas vt alibi scripsimus, habuerunt. Videntur tamen cum Africano potius,

quàm cum Vlpiano sentire Imp. in *l. si ex precio* 6. *C. si cert. pet.* vbi negant ex precio debitam quantitatem non tam faciliè in mutui causam conuerri posse: Aut potius cū Vlpiano, si alius credimus qui ex eo mouentur, quod in ea specie debentur vsuræ si pe. stipulationem promissæ sint tanquam pecuniæ creditæ. Sed ego neque istis, neque illis assentior, qui longè aliam Imperatorum sententiam esse video, à nobis fusè explicatam *libr. 5. Coniect. cap. 10. vbi vide. Minus* obstat *l. pecuniam* 79. de solut. quæ eandem constituere videtur rationem pecuniæ & aliarum rerum. Est enim eadem quidem ratio, hæc tamen vt res quam mihi tradere vis, & quæ ab alio nulli corporaliter possidetur si in cõspectu meo posita sit, siue poni iusserim, siue non iusserim, dummodò ided posita sit vt mihi tradatur, quasi manu longa mihi tradita esse intelligatur: Sed non etiam si res in conspectu posita non sit: Nec enim eo casu haberi potest pro tradita, quomodo pecunia quæ habetur, etiam pro data. Nam & differentia illa est inter pecuniam & speciem, quod in specie cuius dominium transferri in alium necesse est, requirimus non tantum vt præsens sit ad hoc vt pro tradita habeatur, sed etiam vt dominium penes eum sit, qui tradere vult, vt habeatur pro data, siquidem dare est dominium transferre *l. vbi autem* 75. §. vlt. de verb. oblig. §. sic itaque Instit. de action. Nemo autem tradendo potest dominium transferre, quod non habet *l. traditio* 20. de acquir. rer. domin. At in pecunia credenda nec præsentiam pecuniæ, nec dominium requirimus, quoniam cum pecunia consistat in genere, qui non est dominus huius vel illius pecuniæ, alterius tamen esse potest. Idem igitur in cæteris quoque rebus iuris est quæ in pondere, numero, & mensura consistit. Alia species est quæ proponitur in *l. si pro mutua* 8. *C. si cert. pet.* & quæ propius accedit ad illam de qua in *l. rogasti* 11. supr. quàm ad eas de quibus in hac lege.

16. PAVLVS libro 32. ad Edictum.

SI socius propriam pecuniam mutuam dedit, omnimodo creditam pecuniam facit, licet ceteri dissenserint, quod si communem numerauit, non aliàs creditam efficit, nisi ceteri quoque consentiant, suæ partis tantum alienationem habuit.

Ad *l. si socius* 16.

RAT. DVB. Socius vniuersorum bonorum de quo solo benè Accursius hanc legem intelligit vt probabilem aliquam dubitationis causam habeat, communicare cogitur per actionem pro socio quicquid sit? proprio nomine acquisiuit post contractam societatem. Nam quæ contractæ societatis tempore iam acquisita sunt continuo, & ipso iure cõmunicantur *l. 1. §. 1. l. 3. §. 1. cum duobus* 52. §. solitū 16. *l. si societatem* 73. in princip. & *l. seq. infr. Pro socio.* Ergo perinde haberi debet ac si communicatio illa iam facta esset, cum parum referat an quid iam factum fuerit, an in eo sit vt statim fieri debeat. Atqui communicatione iam facta non possit vnus ex sociis totam pecuniam communem creditam facere cæteris dissentientibus sed pro eã tantum parte dominij, quam in illa pecunia habere *l. nemo ex sociis* 68. in princip. eod. tit. *l. si cui* 94. de solut. Ergo si socius propriam pecuniam mutuam dederit, non facit omnimodo pecuniam creditam sed pro parte tantum,

Tom. III,

non modò si ceteri dissentiant sed & si non consentiant, quod minus est. Inuitus enim hac parte accipiendus est, vt & in aliis plerisque iuris partibus, non tantum is qui contradicit, sed etiam qui non consentit *l. filiusfamilias* 8. §. inuitus supr. de procurat. De c. Etiam is qui vniuersorum bonorum societatem contraxit, proprium aliquid habere potest, non solum si quod plerumque sit ab vniuersali societate aliquid exceperit, sed etiam si post contractam societatem aliquid acquisierit. Nam quod acquisierit ipse sit, non commune, licet societatis iudicio cogatur id communicare *l. si quis societatem* 74. infr. Pro socio, quod diuersum est si societas contracta sit non totorum bonorum *l. si vnus ex sociis* 67. §. 1. eod. Interim ergo id est quoad communicationem facta non est, manet pecunia hæc propria eius ex sociis qui eam sibi acquisierit aut stipulando, aut rem aliquam vendendo, etiam communem [nec enim pecunia redacta ex rei communis venditione communis est *d. l. si vnus* §. 1. *l. qui vas* 43. §. vlt. infr. de furt.] ac proinde si pecuniam illam propriam crediderit,

D 4

facit eam omnimodo creditam & quidem in solidum, licet ceteri dissentiant. Cum nihil tam naturale sit quam voluntatē domini rem suam in alium transferre volentis ratam haberi. *l. quā ratione 9. §. ha quoque res infr. de acquir. rer. domin. nec homini ingenio prohibenda sit rerum suarum alienatio l. 2. infr. si à parent. quis manum sit.* Non enim quod eam pecuniam socius hinc aliis sociis communicare cogatur, facere potest, ut eo minus videri debeat interim tota eius esse. *l. non ideo 66. supr. de rei vindic. l. plerumque sit 205. de regul. iur. quamvis contra sentiat Cuiacius lib. 23. Obser. cap. 27. vbi hanc legem putat ideo accipiendam esse de socio qui non sit totorum bonorum, quasi hinc propriū nihil habere possit. Quod certè non ita est: non enim commune sit ipso iure quod socius communicare cogitur, & in commune redigere scilicet iudicio societatis. Planè, si quæras, An certi cōditio, quæ ex huiusmodi contractu mutui ei soli ex sociis acquiratur, qui suam pecuniam credidit, aliis sociis communicanda sit, alia quaestio est: ad quam respondeo, cōmunicandam esse. Et quoniam subrogata est quodammodo in locum eius rei quā si alienata non fuisset, communicari hodie oporteret *arg. l. si quis eum 10. §. qui iniuriarum supr. si quis caution.* Et quia etiam actiones tanquam quæ in bonis nostris quoque sint, communicari debent *d. l. 3. in princip. Pro socio. l. quam Tiberonius 7. §. in peculio infr. de pecul. l. bonorum 49. de verb. signific.**

a. Quod si communem numerauerit. RAT. DVB. Quod commune est, negari non potest quin vniufcuiusque sit, licet sit etiam alterius *l. l. iud. 46. infr. Do rit. nupr.* Ergo permittendum est vni ex sociis ut pecuniam communem credendo totam omnimodo faciat creditam, licet ceteri dissentiant, saltem propter publicam cōmmerciorum vtilitatem & promiscui vti, ut loquitur Paulus in *l. si quis mancipis 17. §. si impubes. infr. De instit. act.* propter quam alia etiam multa recepta sunt *l. quod si minor 24. §. non semper supr. De minor. l. si seruis communis 12. infr. de auctor. tutor. Præsertim cum in demnitate sociorum aduersus eum qui intuitis ipsis totam pecuniam credidit consuli possit per actionem pro socio: Ut proinde nihil ob eam causam eis abfuturum esse videatur, *vulg. l. in qui actionem 15. De regul. iur. Dnc.* Nemo ex sociis plus parte sua potest alienare licet totorum bonorum socij sint *l. nemo 68. infr. pro socio,* quia quod commune est, nemo ex sociis potest suum dicere nisi pro sua parte *l. §. 1. & vlt. De legat. 1.* Atqui non sit mutuum nisi dominium transferatur *l. 2. §. appellata supr. quod per alienationem efficitur l. 1. C. de fund. dotal. l. alienationis 28. De verb. signific.* Ergo cum socius suæ tantum partis alienationem habeat, dicendum est, si vnus ex sociis communem pecuniam crediderit & numerauerit, non omnimodo fieri*

17. VLPPIANVS libro 1. Disputationum.

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

Ad l. cum filiusfamilias 17.

RAT. DVB. Filiusfamilias suo nomine nullam actionem habere potest nisi iniuriarum, Quod vlt aut clam, Depositi, Commodati, & eas quæ in factum appellantur *l. filiusfamilias 9. l. in factum 13. infr. De oblig. & action.* Inter quas actiones non enumeratur certi cōditio, quæ ex mutuo nascitur. Ergo si

filiusfamilias viaticum suum mutuum dederit cū Romæ ageret studiorum causa, dicendum est certi cōditionem si qua ex eo mutuo nascatur, patri non filiofamilias competere, ideoque nec ordinario nec extraordinario iudicio filiofamilias subueniendum esse. Nam nec dominium pecuniæ huius penes

penes filiamfamilias est, sed penes patrem, iure peculiij profectitij, quod magis est patris quam filij *l. patri 27. in princip. supr. de minor.* Cum non patris nomen faciat peculium quasi castrense, vt neque castrense nec rursus causa studiorum, sed acquisitio filijfamilias militantis aut quasi militantis Reipublicæ. Cōditio autem certi ex mutuo non potest nasci si mutuum nullum contractum sit, nec rursus mutuum esse si de meo non fiat tuum. Nec magis cōditio certi vtilis quàm directa: Quicquid in contrarium senserit Ioannes ab Accursio relatus, qui existimauit directam quidem certi cōditionem in hac specie patri competere, filio autem vtilem, nisi cum pater abest, nemōque est qui patris nomine possit velicet agere vt scriptum est in *l. si longius 18. §. 1. supr. De iudic. vbi inter cetera, etiam hoc exemplum ponitur de filiofamilias qui cum Romæ studiorum causa ageret, sui viaticuli pecuniam alij credidit. Aut si quis cum Ioanne vtilem actionem filiofamilias dare velit, nil necesse est cum Scæuola inducere iudicium extraordinarium per quod filiofamilias subueniatur. Actiones enim vtilis quoque actiones sunt, & ided iudiciorum ordine solito expediuntur & per iudices pedaneos, extraordinaria verò iudicia, non nisi cognitione prætorij *l. 1. & tot titul. infr. De var. & extraor. cognit. l. quod si minor. 24. §. vlt. supr. De minor.* De c. Quoties eadem æquitas in eisdem personæ fauorem duplex auxilium inducit, nihil vetat vtrique auxilio locum esse, hæc tamen saltem, vt vel hoc vel illo vti possit *l. fin. autem 27. §. si homo supr. De rei vindic. l. cum filius 76. §. variis. De legat. 2.* Atqui summa æquitas facit pro filiofamilias vt & vtili actione, & extra ordinem ei subueniendum sit siue damnum aliquod & iniuriam Romæ passus sit, cum pater abesset in provincia: siue viaticuli sui pecuniam deposuerit, aut alicui crediderit. Priore quidem casu, ne impunita sint maleficia dum pater expectatur si forte pater venturus non sit, vel dum venit se subtrahat is qui noxiam commisit, posteriore verò ne interim laboret egestate filius Romæ, viaticulo suo non recepto, quod ei pater ad sumptus destinauerat, vt e-leganter ratiocinatur Vlpianus in *d. l. si longius §. 1. De iudic.* Vtrunque igitur auxilium, & ordinarium vtilis actionis, & extraordinarium cognitionis prætorij huic filiofamilias accomodandum est, vt per alterutrum ei subueniatur. Vt enim vtrunque siue simul & eodem tempore siue diuersis temporibus exerceat, fieri certè non potest. Hæc tamen differentia est inter duo huiusmodi auxilia quod actionem vtilem non aliter exercere filiusfamilias potest, quàm si nemo sit, qui patris nomine agat iure *d. l. si longius §. 1.* Extraordinarium autem filio cōpetit nulla distinctione adhibita. Nempe quia vtilis actio quæ non nisi deficiente directa datur & veluri in subsidium directæ actionis, non potest exerceri quando adest qui directam exerceat: extraordinarium autem iudicium non ideo datur, quod directam sufficiat, sed quia fauor causæ vel personæ id exigat, vt Prætor per se cognoscat de negotio nõ per iudicem datum & pedaneum *d. tit. De var. & extraor. cognit. l. 2. C. de pedan. iudic. l. vix certis ex causis 53.**

vbi diximus supr. De iudic. iunct. l. si cui libertas 50. infr. De condic. & demonstr. l. mulier 22. §. non est dubitatum infr. ad S. C. Trebell. Non est igitur bona cōsecutio, vt quoniam adest aliquis qui patris nomine agat cōditione directa certi ex mutuo, denegandum sit filiofamilias extraordinarium auxilium per quod & promptius, & commodius misero filiofamilias subueniatur. Quid enim si is qui patris nomine Romæ egit, & pecuniam exegit, eam postea filio nolit reddere: An non æquè futurum est vt filiusfamilias laboret egestate, acsi directa cōditio effectum nullum habuisset? Sanè si ponas patrem ipsum Romæ esse & agere, dubitationem nullam res habebit, quin extraordinarium auxilium cessare debeat, quia non potest auxilio Magistratus indigere filiusfamilias qui bonum & præsentem patrem habet. Extraordinarium igitur auxilium hinc intellige, non officium iudicis dati, cum Martino aliisque interpretibus, nec actionem vtilem quamuis hæc quoque extraordinaria sit, non tamen iudicium extraordinarium vt contra Tribonianum disputauit ad *l. actio 47. supr. De negot. gest. & lib. 4. Coniect. cap. 7.* Sed cognitionem prætorij, aut alterius iudicis ex iis qui maiores appellantur in *l. non distinguemus 32. §. de liberali infr. De recept. Qui arbit. recep. Ordinarium enim erat vt Prætor ipse aut ius Magistratus & maior iudex non ipse cognosceret, sed iudicem pedaneum daret. Quod si quando accidebat olim, vt per se ipse cognosceret, hunc extra ordinem id facere dicebatur *d. l. 2. C. de pedan. iudic. l. 2. C. de ordin. iudic. l. si quis sepulchrum 12. vbi dixi supr. De religiof. & sumptib. funer.* Nec tamen mirum est ab interpretibus nostris vetustioribus perceptum non fuisse, qui antiquillimum iudiciorum Romanorum morem & ritum nõ obseruarunt. Et si autem summa æquitas pro filiofamilias vtrumque auxilium inducit, & cōditionis vtilis: & extraordinarij iudicij. Ausim tamen dicere hoc posterius quod Scæuolæ placuit non tantum esse fauorabilius & commodius, sed etiam iuris rationi conuenientius: quia magis alienum est à ratione iuris, vt actionem vtilem filiusfamilias suo nomine in vicem directæ patri competentis, & ipso iure acquisitæ ex contractu filij *l. placet 79. De acquir. hered. l. 1. infr. si à parent. quis manum sit,* quàm vt filiofamilias cognitionis prætorij auxilium accomodetur, quod nec seruo in quibusdam casibus denegatur *d. l. vix certis ex causis. & d. §. non est dubitatum.* Cōditio autem certi directa ideo patri competit, si filiusfamilias sui viaticuli pecuniam mutua crediderit, quoniam licet pecunia magis sit patris, quàm filij tanquam quæ sit profectitia, vt diximus, habet tamen filiusfamilias eius alienandæ potestatem à patre, qui non alia mente filio studiorum causa Romam proficiscenti eam dedisse videri potest quàm vt erogaret eam & alienaret, dum ne perderet *l. filiusfam. 7. infr. De donat. nõ perdit autem qui credit nisi si quis credat perdituro, & perditurus.* Hic enim donare videtur certè magis, quàm credere *d. quod si minor 24. §. restitutio supr. De minor.* Vnde illud elegans distichū Martialis, *Dimidium donare Lino, quàm credere totum Qui manu, manu perdere dimidium.**

18. IDEM libro 7. Disputationum.

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

nec mutuam esse: magisque nummos accipientis non fieri^a, cum alia opinione acceperit. Quare, si eos consumperit: licet conditione teneatur^b, tamen doli exceptione uti poterit: quia secundum voluntatem dantis nummi sunt consumpti.

Ad l. Si ego 18.

RAT. DVB. In donatione magis inspicitur animus donantis quam accipientis. Donans enim ille est qui rei suae dominium transfert, ac proinde cuius voluntas maxime exquirenda est, quoties de dominij translatione agitur. *l. qui mihi 13. infr. De donat.* Ergo si pecuniam tibi dedero quasi donaturus, quamvis tu eam quasi mutuam accipias, dicendum est donationem esse. Donatio enim haec perficitur traditione. Qui autem tradit, donator est non qui accipit. *De c.* In omnibus contractibus, qui dominium transferunt, necesse est ut concurrat affectus ex utraque parte contrahentium, siue ea venditio siue donatio siue alia quaelibet causa contrahendi fuit. Alioqui nisi utriusque animus consentiat, perducitur ad effectum id quod inchoatur non potest. *l. in omnibus rebus 55. infr. De oblig. & action.* Contractus enim omnes consensum requirunt, licet non omnes consensu perficiantur. Quis autem consensus inter dissentientes esse potest? *l. in omnibus negotiis 57. eod. tit.* Ergo si quis tanquam donaturus ubi tradiderit pecuniam, quam tu quasi mutuam accipias, dicendum est donationem non esse: Eademque ratio facit ut nec mutuam dici possit, quia licet tu pecuniam quasi mutuam accipias, ego tamen tibi trado quasi donaturus non quasi mutuam futuram. Neque cum Vlpiano, qui Iuliani auctoritate hic nititur, pugnat quod Iulianus ipse scribit in *l. cum in corpus 36. infr. De acquir. rer. domin.* quae tanquam huic maxime contraria opponi passim solet. Non enim ibi dicit Iulianus donationem esse, quod hic ex Iuliano negatur, sed illud tantum, nummos fieri accipientis: quod tamen Vlpianus hic disertè negat iis verbis quae sequuntur:

^a Magisque nummos accipientis non fieri. RAT. DVB. ex d. l. cum in corpus 36. De acquir. rer. domin. ubi Iulianus disertè scribit, si in corpus quod traditur cōsentiamus, in causis verò acquirendi dissentiamus, non idèdè debere inefficacem esse traditionem. Velut, inquit, si ego credam me ex testamento obligatum esse ut fundum tibi tradam. Tu autem ex stipulatu eum tibi deberi existimes. Mox addit confirmationis gratia, *Nam etsi pecuniam numeratam tibi tradam donandi gratia, tu eam quasi creditam accipias, constat proprietatem ad te transire. Nec impedimento esse quod circa causam dandi atque accipiendi dissenserimus.* In quibus verbis nihil est quod magis mirer quam quod Iulianus ait hoc constare. Sic enim loqui prudentes nostri solent, cum de eo iure tractant, quod apud omnes fuerit certissimum, & à nemine controuersum ut in *l. inter omnes 46. in princip. infr. De furt.* Et tamen Vlpianus in hac lege scribit non fieri nummos accipientis: Idque tam apertè ut nulla conciliationis ratio inueniri posse videatur. Nulla mihi certè placet ex iis quae ab Accursio & Bartolo aliisque interpretibus adferuntur. Nam quemadmodum prior illo Accursio planè commentitia est ut Vlpianus eum casum tractet, quo certa erat tradendi causa ex qua sola volebat tradens dominium transferre non ex alia. Ita nec Iuliani verbis conuenit, ut dicamus

donationem ibi non sicut hic per traditionem factam fuisse nec à donaturo vel à donante, sed ab eo qui iam donauerat, ac proinde exsoluendi magis quam nunc primum contrahendi debiti gratia, ut in *l. si tibi pecuniam 20. infr.* Repugnant enim verba illa Iuliani si pecuniam numeratam tibi tradam donandi gratia, quibus verbis proculdubio non tam facta quam facièda futuraque donatio significatur. Nō enim donandi causa traditur quod iam donatū est, licet ad perficiendam donationem traditio adhuc sequi debeat. Ut taceam nec fieri posse ut traditione præcedat donatio, nisi ponas contractam fuisse donationem per stipulationem, cum Iuliani & Vlpiani temporibus non aliter quam per traditionem aut stipulationem fieri posset donatio, non etiā nudo pacto, quod primus Iustinianus introduxit in *l. si quis argentum 35. §. vlt. C. de don.* Facta autè per stipulationem donatione tātō minùs possis cum Iuliano sic loqui, ut dicas donandi gratia fieri traditionem quae nō nisi in executionem iam factae perfectaeque donationis fiat. Itaque quamvis non negem quod ait Bartolus, favorabiliorem longè esse liberationem quam obligationem. *l. Arrianus 41. infr. De oblig. & act.* Nego tamen facilius vno casu quam alio transferri dominium, siue Vlpiano siue Iuliano malis credere. Praeter id quod is qui tradendo donat, nec se liberat nec se obligat, nisi haecenus ut rem donatam auocare & repetere nunquā possit, si excipias donationem factā sub modo quae obligat non donatorem sed donatariū. Veluti si donē tibi pecuniam ut eam postea mihi credas, quemadmodū in specie d. l. si tibi pecuniam. Nec probabilius est, quod recentiores quidā apud Iulianū verba illa tu eam quasi creditam accipias sic interpretantur ac si scriptū esset: tu eam quasi ex crediti prioris causa tibi solutam accipias. Cū tamen apertissimum sit nō alio sensu ita scripsisse Iulianū, quā quo in hac lege Vlpianus, Tu quasi mutuam accipias, creditam enim & mutuā pecuniam in distictū & tanquā synonyma prudentes nostri vsurpant, cum de mutuo tractant. Fateamur ergo id quod res est dissensisse Vlpianum à Iuliano, dissentientiūque rationes utrimque magnas esse ac probabiles. Mouit illa Vlpianū quā expressit his verbis cū alia opinione acceperit. Sēsus enim est donationem non perfici sola traditione quae fiat à donatore, nisi vicissim aliquis sit qui rē donatā accipiat: quod pluribus tractat Cuiacius *l. 12. obseru. c. 28. ex l. ab senti 10. De don. l. si verò 8. §. sed etsi mortis vers. ceterū. De bon. libere.* Non ergo sufficere qua opinione traditio facta sit, si is cui traditio facta est, alia opinione acceperit. Iulianū autē illa magis ratio mouit, quae fortior mihi videtur, quod licet in causa specifica tradendi dominij dissentiamus cū tu pecuniam mihi tradis quasi donaturus, ego quasi mutuā accipio, consentimus tamē in ipsa translatione dominij & proprietatis, quia sicuti voluntas tua illa est ut proprietatem in me trāseat, licet ex causa donationis, ita voluntas quoque mea est ut eadē proprietatem in me trāseat, licet ex causa mutui. Vterque enim titulus & donationis & mutui æquè habilis est ad dominium transferendū. Nā si ego quasi deponens pecuniam tibi dederō, tu quasi mutuā accipias, ut in specie *§. seq. fate-*

bor

bor libenter cū Vlpiano, nō solū nec depositū esse nec mutuū, sed neque nummos fieri tuos, cū non modò in causa traditionis dissentiamus sed etiā in translatione dominij. Tu enim tibi dominium acquiri putas ex causa mutui. Ego neque puto neque volo. Quandoquidē trado tibi tanquam ex causa depositi ex qua certū est neque dominium transferri neque possessionē. *l. licet 17. §. 1. infr. Depos.* sicuti neque ex causa comodati. *l. rei commodatae 8. infr. Commod.* Nec puto Iulianum in hac specie aliter fuisse respecturū: quē video exempla duo proferre in quibus id agitur ex utraque parte ut dominium trāsetur: sed & obseruandū est ita loqui Iulianū ut dicat non videre se cur inefficax sit traditio. Nō ait, non videre se cur inefficax sit contractus aut donationis aut mutui, aut inefficax causa testamenti vel stipulationis. Sed cur inefficax sit traditio, quae nō aliā ob causam fit, quā ut dominium à tradente in accipientem transferatur. Quid enim aliud exigimus ad transferendū dominium, quā ut in eo transferendo uterque contrahentium cōsentiat. Nec obstat quod nuda traditio nunquā transfert dominium. *l. nunquā nuda 31. eod. tit. de acq. rer. domin.* Non enim nuda dici potest quae iustā causam habet, ut eadem lex ait, hoc est quae ex iuris ratione & potestate sit habilis ad translationem dominij: Nec rursus deest iusta causa ob id solū quod duplex illa sit, vna quidē in opinione tradentis, alia verò in opinione accipientis, dimodò ambæ, ut dixi, in eo conueniant quod iustè sint & habiles ad dominium transferendū. Igitur utriusque in eo est, quod Vlpianus requirit ut cōtrahentes non tantū in translatione dominij cōsentiant sed etiā in causa translationis, quasi neutra sit satis iusta & sufficiens causa transferendi dominij in qua non uterque consentiat. Iulianus verò illud tantū exigat ut contrahentes de transferendo dominio cogitent in eoque cōsentiant, & in genere causae iustae & habilis ad translationem dominij, licet errent & dissentiant in causa specifica, quasi possint ambæ causae cōiungi in genere licet earū diuersitas & repugnantia faciat ne possint cōiungi in specie. Quāuis in contractibus non solet inspicere, quid vnus ex contrahentibus animo gerat si non id expresserit, nisi in ipsius praedictū ut hic Bartolus tractat ex *l. si repetendū 7. C. de cond. ob caus. dator. l. si maiores 25. C. de transf.* Nā & hic uterque id animo agit ut dominij translatione & acquisitio fiat, licet vnus ex vna causa, alius verò ex alia.

^b Licet conditione teneatur. RAT. DVB. Conditio supponit translationem dominij. Nemo enim rē suā condicit nisi à iure. *l. vlt. supr. vs. q. quae cauatur. §. sic itaq. infr. de act.* Atqui negauit proximè Vlpianus nummos accipientis factos esse. Ergo conditioni hoc casu locus esse non potest. *De c.* Consumptio ne transfertur dominium quod translātū non fuerat traditione. *l. rogasti 11. §. vlt. & l. eq. ubi dixi supr.* Ergo quāuis nummi per traditionem facti non sint accipientis, adeoque vindicari possint si extant, secundū Vlpiani non etiam Iuliani sententiā, si tamen consumpti sint, condicendi sunt: quia si dominium translātū fuisset in accipientē ex causa mutui ut ille putabat, utique conditione certū ex mutuo teneretur. Iuxta Marcelli regulā de qua in *l. si filius 14. supr.* An ergo dabitur hoc casu conditio certū ex mutuo consumpti nummis? Et nō puto, quia verū est mutuū ab initio contractū non esse. Nec proinde posse ex post facto conualescere. Tunc enim conualescit cū ab initio fuit mutuū contractū, sed inutiliter. Cōpetet igitur conditio sine causa, cū non possit dicere is qui nummos accepit ex

qua causa eos habeat, quando neque donatio sit neque mutuū. Et ita bene Azo apud Accursiū, & melius quā Ioannes qui dabat certi conditione generalē quasi possit illa exerceri nulla speciali causa proposita quod nos negauimus ad *l. certi cond. 9. supr.* Quāquā potest etiā dari ea conditio de qua in *l. si & me & Titium 32. infr.* quae ex iure gentium datur aduersus omnes qui non ex iusta causa rē alienā possident. de qua in *l. rerū quidē 25. infr. ver. amot.* Nec tamē defendi potest quod Accursius notat idē esse etiam si nummi extant nec consumpti sint quasi cū extant videatur utriusque voluntate conciliari posse donationem. *arg. l. & post rem iudic. 7. §. 1. & vlt. supr. de transf.* Nā si ex post facto conualescit & reconciliatur donatio ut putat Accursius, quomodo potest oblectro cōpetere donatori conditio aut vindicatio cū ex iusta donationis causa fecerit rem accipientis? Non enim donatio est nisi res fiat eius cui donatur. *l. in adib. 9. §. vlt. infr. De don.* At neque potest reconciliari donatio ex posteriore illa voluntate, quin utriusque voluntate cōcurrere eodē tempore necesse sit. *d. l. in omnibus reb. 55. De oblig. & act. l. vlt. supr. Comm. praed.* quod cū accidit, nouus contractus est, qui traditioni vim praebet ut possit transferre dominium, nec proinde idēdè reconciliatur prior contractus, sed fit nouus. Quod si Accursius sic intellexit, ut quemadmodū consumptis nummis, quos donator quasi donaturus tradidit si velit eos condicere, doli exceptione repellendus est, quod eius voluntate nummi consumpti sint, ita si idē extantibus si eos donator vindicet, æquè doli exceptio ei nocere debeat quasi reconciliata donatione per superuenientem eius, qui accepit voluntatē. Ad huc tamen repugnabo. Consumptio enim bona fide facta non solū prodest ad inducendā translationem dominij quod per traditionem aliqua de causa transferri non potuit. Sed etiā ad impediendā conditionem, eo casu quo re extantis vindicatio impediti nō posset, ut cernere est in fructibus à bonae fidei possessore perceptis qui si extant veniunt in restitutionem officio iudicis. Si consumpti sint non veniunt, quod eos bonae fidei possessor percipiendo quidē acquirat. *l. bona fidei 48. De acquir. rer. dom.* non tamen lucretur nisi consumendo. *l. 4. §. post litē ubi diximus supr. si regund. & Inst. de officio iudic.* Licet in fructibus perceptis à malae fidei possessore, aliud sit, quippe cui consumptio nullum ius possit acquirere propter malā fidē quominus omnes fructus restituere teneatur. Nisi quod pro extantibus tenetur vindicatione. Pro consumptis verò conditione. *l. certum est 22. C. de rei vind.* Igitur & in proposita specie dicendū est consumptionem sicut ei qui quasi donaturus nummos tradiderat acquirat conditionem, ita & ei qui consumpsit bona fide & ex voluntate tradētis, acquirere doli exceptionem. Ne alioqui occurrat illa iniquitas, ut cogatur reddere id quod nec habeat, nec dolo malo habere deserit. *l. mulier 22. §. sed enim infr. ad S. C. Treb.* Quod nummis extantibus non possit similiter dicere, cum accipientis nullū sit incommodum si extantes quos & comodè possit reddere & alienos esse sciat. Et verò cur de consumptis ex domini voluntate nummis Vlpianus hic loqueretur, si idē iuris esset in extantibus? Quod autē Accursius in argumentū adducit ex *d. l. & post rem 7. §. 1. & vlt. supr. De transf.* ab hac specie quam tractamus omnino alienū est nec ad sententiam ipsius confirmandā vllomodo pertinet. Nec obstat quod is qui quasi donaturus tradidit, animum repetendū non habuerit. Non enim ea res impedit vindicationem.

nem quoties error in causa traditionis impediit translationē dominij, sicuti nec impedit conditionem indebiti aut alia quamlibet, quæ nec daretur, si quis sciens indebitum animo repetendi soluisset. *l. quod quis sciens 50. infr. de condit. indeb.* Minus me mouet quod pro tuenda Accursij sententia adducit Bart. ex *l. si tibi dederim 25. infr. de donat.* Ibi enim donator, & donatarius consenserant in causa transfereudi dominij, vt scilicet haberet rem donatarius

ex donatione. Et in eo tantum error erat quod donatarius putabat tradentē esse donatorem & ab eo causam se habere, cum tamen is qui tradiderat tantum nudus minister electus esset, vt donatoris nomine re donatio traderet, cui tamen nomine suo tradiderat. Ideoque facilius est vt in ea specie quam in hac detur exceptio doli contra donatorem donatam rem vindicantem à donatario, habente rem ex donatione & ex donatoris voluntate.

¶ Si ego quasi deponens tibi dederō, tu quasi mutuum accipias: nec depositum, nec mutuum est. Idem est, & si tu quasi mutuam pecuniam dederis, ego quasi commodatam ostentandi gratia accepi. sed in vtroque casu, consumptis nummis, conditioni sine doli exceptione locus erit.

Ad §. 1. si ego.

Mallet legere vt vulgo, *Nam & si ego*, vt sit hæc confirmatio prioris sententiæ nec nouum §. constituat. Nā & cætera quæ in hac lege sequuntur ostendunt eandē hinc tractari quæstionem, De conditione danda consumptis nummis & an cum exceptione doli, an sine exceptione? Proponuntur autem hæc duo casus similes superiori in eo quod quemadmodum si ego quasi donaturus tibi pecuniam tradiderim tu quasi mutuam & creditam accipias, neque donatio neque mutuum est. Ita si quasi deponens, aut quasi commodans tibi dicis causa pecuniam vt in *l. 3. §. vlt. infr. commod.* eam tibi tradidero, tu verò quasi mutuam acceperis neque depositum aut commodatum neque mutuum est. Ob eandem nimirum rationem, quia dissentimus in causa traditionis. Sunt tamen superiori dissimiles in eo quod ex mea parte siue quasi deponens siue quasi commodans tradam tibi pecuniam, quam tu quasi mutuam accipias, non id ago vt dominium vllum in te transferam, quod ex neutra harum causarum depositi vel commodati transferri potest, ideoque nec Iulianus diceret nummos fieri hac casu accipientis, vt supra disputauimus. Minor igitur ratio dubitandi est ad hanc partem legis, & apertior ratio decidendi, quoniam in hoc casu dissentimus

non tantum in causa tradendi & transferendi per traditionem, sed etiam in translatione ipsa. Nolo enim transferre, Tu translatum putas.

a Sed vtroque casu consumptis nummis. R. A. T. D. V. B. Vtroque isto casu verum est nummos meos ad te ex voluntate mea peruenisse. Ergo vtroque casu sicuti verum est consumptis nummis locum esse conditioni: Ita dicendum est exceptioni doli aduersus conditionem locum esse debere. **DE C.** Non potes videri consumpsisse his casibus nummos meos secundum meam voluntatem, cum eos tibi tradiderim ex causa depositi vel commodati, ac proinde vt eos tandem mihi redderes, eademque corpora nummorum, non autem vt consume-res. Cessat igitur his casibus ratio, quæ in superiore parit doli exceptionem. Nec potest videri quicquam facere dolo malo is qui depositum vel commodatum reposcit sed is demum qui denegat. *l. si quis inficiatus 13. in princip. & §. 1. infr. deposit.* Et quamuis tu ab initio nihil dolo malo feceris, cum nummos meos quasi mutuos accepisti, nunc tamen facis cum mihi reposcenti non vis reddere quamuis consumptos, cum possis si non eadem ipsa corpora nummorum quæ deposui vel commodauit, saltem tantundem reddere, quemadmodum si mutui causa dedissem *leg. 2. §. circa infr. de doli mai. except.*

19. IULIANVS libro 10. Digestorum.

NON omnis numeratio eum, qui accepit, obligat: sed quotiens id ipsum agitur, vt confestim obligaretur. Nam & his, qui mortis causa pecuniam donat, numerat quidē pecuniam: sed non aliter obligauit accipientē, quam si extitisset casus, in quē obligatio collata fuisset: veluti si donator conualuisset, aut is, qui accipiebat, prior deceisset. Et cum pecunia daretur, vt aliquid fieret: quando in pendentem esset, an id futurum esset, cessabit obligatio: cum verò certum esse cœpisset, futurum id non esse, obligabitur, qui accepisset, veluti si Titio decem dederō, vt Stichum intra Kalendas manumitteret: ante Kalendas nullam actionem habeo: post Kalendas ita demum agere poterō, si manumissus non fuerit.

Ad l. Non omnis 19.

R. A. T. D. V. B. Obligatio mutui est ex earum numero quæ re contrahuntur id est traditione & numeratione *l. 1. §. infr. de oblig. & action. §. 1. Instit. quib. mod. re contr. obligat.* Ergo statim atque numerata est pecunia mutui contrahendi gratia, dicen-

dum est confestim, & ab ipso instanti factæ numerationis nasci obligationem mutui & ex obligatione conditionem. **DE C.** Philosophorum axioma est, Actus non operari vltra intentionem agentium. Ergo quamuis in contradibus qui re perficiuntur, non aliter possit nasci obligatio quam si rei traditio interueniat, aut numeratio quoties agitur

agitur de pecunia numerata. Non tamen ideo statim consequens est, vt interueniente traditione ac numeratione confestim nascatur obligatio, nisi etiam illud concurrat, vt inter contrahentes id ipsum agatur, vt confestim qui accepit obligetur. Agi tamen intelligitur non id tantum, quod expressè dictum est, sed etiam id quod tacitè actum fuit. Ple-runque enim accidit vt extra id quod expressè agitur, tacita obligatio nascatur, inquit Pomponius in *l. 15. qui 13. in si. infr. Commod. l. semper in stipulationibus 34. de reg. iur. l. pen. infr. de euis.*

a Nam & is, qui mortis causa pecuniam donat. Argumentum est à simili eandem proinde admittens rationem dubitandi, & decidendi. Nam & donatio causa mortis fit vt plurimum per traditionem, sicut & donatio inter viuos, licet vtraque fiat interdum etiam per stipulationem *l. sed interim 11. de donat. int. vir. & vxor. iunct. l. Papinianus 23. l. cum hic status 32. §. siue autem res fuit & l. seq. eod.* Differentia tamen illa est inter donationem causa mortis, & mutuum, quod ex mutuo simpliciter facto si aliud nihil dictum sit, statim transfertur dominium, adeo vt nec conuentione expressa fieri possit vt mutuum prius contractum intelligatur quam dominium translatum sit. At donatio causa mortis tum quoque cum per traditionem facta est, non tamen transfert dominium statim, sed tum demum cum mors fuerit infecura donatoris *d. l. sed interim.* Vnde est quod dicimus non videri perfectam donationem causa mortis antequam mors insequatur *l. non videtur 32. infr. de mort. caus. don.* ob eamque causam donationes causa mortis æquiparari legis *l. Marcellus 15. l. illud 37. eo. tit. l. 2. sup. de Public. in rem act.* Quamquam autem potest ita fieri donatio causa mortis, vt dominium statim transferatur in donatarium *d. l. sed interim §. 1.* non tamen ita potest vt nullo casu reuocetur. Alioquin magis donandi causa mors est quam mortis causa donatio *l. vbi ita donatur 27. de mort. caus. donat.* Et ideo quisquis donatarius est mortis causa, hoc ipso obligatur, vt aliquo casu id quod donatum est restituat donatori, sed non tamen statim, at in eum demum casum, & in id tempus quo reuocata sit donatio, siue per penitentiam donatoris, siue quod extiterit condicio sub qua reddi cœuenerit id quod donatum fuit *l. si alienam 13. §. 1. l. Seia 41. & pass. eo. tit.* Variæ enim sunt condiciones sub quibus non tam fieri quam resoluti solent donationes mortis causa, puta si donator conualuerit, aut is qui donationem accipit, prior deceisset. Quæ duæ ponuntur in hac lege, & apud *Iustin. §. 1. de donat.* addita tertia si donatorem peniteat donationis: quia conditio tacitè inest omnibus mortis causa donationibus vt per penitentiam reuocari possint exemplo alterius vltimæ voluntatis cuiuslibet *l. 4. infr. de adim. legat.*

b Et cum pecunia daretur, vt aliquid fieret. **R. A. T. D. V. B.** Dominium transfertur per traditionem *l. traditio 10. infr. de acquir. rer. domin. l. traditionibus 20. C. de pact.* Ergo aut ipso traditionis tempore, aut nunquam, nec proinde potest esse in pendentem translationem dominij, nec per consequens obligatio quæ nascitur ex illa translatione. **DE C.** Etiam effectus traditionis, id est, dominij translatio potest esse in pendentem, nempe si traditioni aliqua conditio inserta sit *l. omnia 6. & seq. sup. hoc tit. vbi diximus.* In proposito autem cum pecunia datur vt aliquid fiat, licet ea res non faciat traditionem condicionalem nec dominij translationem in suspensio teneat, facit tamen

vt is qui pecuniam ad id faciendum accepit hoc ipso se obligauerit ad restituendam pecuniam sub conditione si non faceret id quod faciendum recepit. Ergo quando in pendentem est an id futurum sit, in pendentem quoque obligationem esse necessè est, & vt hæc lex loquitur, cessare. id est, nondum natam esse. Cur enim habeamus iam pro non facto absolutè id quod tamen nondum factum sit, fieri tamen adhuc potest? *l. quod Seruius 8. infr. de condit. caus. dat.* At cum certum esse cœperit futurum id nunquam esse, tum demum obligabitur qui accepit vt eam pecuniam restituat, veluti, inquit Iulianus, si Titio decem dederō vt Stichum intra Kalendas proximas manumittat. Nullam enim actionem ante Kalendas habeo: At post Kalendas agere poterō & agam rectè si Stichus manumissus non fuerit. Hinc capta occasione quaerit Accursius si decem tibi dederim vt domum faceres intra proximas Kalendas Iulias, & tantum tempus præterierit, vt certum sit intra residuum tempus fieri domum amplius non posse, an statim agere possit ad id quod mea interest, nec tamen concludit quid sentiendum putet, vt neque Bartolus. Dicendum est multum referre an obligationi faciendi adiectus sit dies certus necne, si adiectus sit non prius agi posse quam dies venerit, licet certum esse cœperit intra diem præstitutum fieri opus amplius non posse, quia nec prius stipulatio committitur, cum tota obligatio in diem collata sit, nec stipulationis status cuius dies certus in exordio fuit, ex postfacto mutetur, vt subtiliter ratiocinatur Papinianus in *l. insulam 124. infr. de verb. oblig. iunct. l. stipulationes non diuiduntur 72. §. si quis ita eod. tit. & l. vero procuratori 12. §. pen. de solut.* In eoque Sabinus & Proculus consenserunt *l. in illa stipulatione 8. de verb. oblig.* quamuis de eo dubitasse videatur Proculus in *l. cum stipulatus sim 113. in fine primi responsi de eod. tit.* scilicet, cum agitur ad pœnam promissam quasi iam commissam, vt ibi, non autem ad id quod interest, quia nec sciri potest quantum intersit opus factum non esse intrâ præstitutum diem antequam dies venerit, & præterierit *d. l. in illa* semperque facilius est vt committatur stipulatio quantum ad pœnam quam quantum ad id quod interest *l. stipulatio ista 38. §. aliter l. & ideo 44. eod. tit.* quamuis in stipulationibus dandi nec pœna ante diem committatur *l. si eum 10. §. 1. sup. si quis caution.* Sed si dies adiectus non sit, dubitationi locus nullus relinquitur, quin agi possit, siue ad pœnam siue ad id quod interest, statim atque tempus præterierit, intra quod potuit fieri insula, nec facta est. Sed de illo tantum quaeri potest, & quaesitum fuit inter veteres Iureconsultos, an expectandum sit vt tantum temporis præterierit quanto insula ædificari potuerit, quod Proculiani sensisse videntur, in quorum numero Celsus fuit, cuius sententiam Pomponius refert & probat in *l. si ita stipulatus essem abs te 14. cum l. seq. infr. de verb. oblig.* An verò sufficiat vt inchoandæ insule mora facta sit nec aliud quicquam expectari oporteat, quod Sabiniani magis probarunt inter quos Vlpianus in *d. stipulationes non diuiduntur 72. §. vlt. eo. tit.* Paulus in *l. si insulam 84. Papinianus in l. ita stipulatus 13. §. vlt.* vbi dissensionis huius vestigia quaedam præbet & Venuleius in *l. continuis 137. §. item qui insulam eod. tit. l. insulam 58. §. 1. infr. locat.* Ex quibus omnibus locis appareat arbitrio boni viri statuendum esse intra quod tempus fieri insula debeat *dict. §. 1. & §. item qui insulam, & ideo statim atque mora probabiliter facta est inchoandæ insule vt in dict. §. item qui insulam.*

agi posse ex stipulatione. Sed tamen liberari posse, si quandoque insulam faciat etiam post elapsum tempus totum intra quod fieri potuit d. §. *item qui insulam*, nisi ex commissa stipulatione iam fuerit his contestata d. leg. si *insulam* §. 4. Atque ita bene ante nos clarissimi Iureconsulti Iacobus Cuiacius & Dionysius Gothofredus ad d. leg. si *ita stipulatus essem* 14. de verborum obligatione. Ad hanc verò Proculianorum & Sabinianorum dissensionem hæc lex nil pertinet, in qua tractatur de obligatione in diem certum concepta. Et ideo quamvis Iulianus primum scribat, *Cum verò certum esse cepisset futurum id non esse obligabitur*, concludit tamen post *Calendas demum agere potero si manumissus non fuerit*. In quo ut iam dixi prudentes omnes veteres consenserunt.

c Si manumissus non fuerit. RAT. DVB. Cum quis pecuniam accepit ut seruum suum intra certum tempus manumittat, si cesset in manumittendo, facit hoc ipso ut seruus liber sit ipso iure & sola potestate constitutionis diuorum Marci & Commodi ad Ausidium Victorinum leg. 2. c. si *mancip. ita fuer. alien.* Ergo ei qui pecuniam dedit ut seruus manumitteretur, actio nulla competere potest ob id quod seruus manumissus non fuerit quasi rupta fide suscepta neque ad condicendum id quod datum est, neque ad petendum id quod ex ea causa interesse potest, cum seruo libertatem nato nihil possit interesse nec serui nec eius qui pecuniam dedit leg.

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

Ad §. 1. Si pupillus.

RAT. DVB. Pupillus pecuniam suam tradendo, & siue in causam mutui, siue in solutum dando, sine tutoris sui auctoritate, non transfert dominium in accipientem, quia nihil ex bonis suis alienare sine tutore potest l. quod si forte 14. §. vlt. & l. seq. infr. de solut. §. *nunc admonendi Instit. quib. alien. licet vel non.* Ergo neque conditionem certi ex mutuo acquirere sibi priore casu potest neque solutio liberationem. Nam & conditio & liberatio supponit translationem dominij & quidem irrevocabilem l. 2. §. appellata l. si *filiusfamilias* 14. supr. hoc tit. l. in perpetuum 61. infr. de solut. Est autem specialior dubitandi ratio in pupillo, quia tum quoque cum soluit id quod non solum naturaliter, sed etiam civiliter debuit, puta tutore auctore, si tamen soluat sine auctoritate tutoris repetit, quoniam persona locum facit repetitioni l. interdum 29. infr. de condit. indeb. l. obligari 9. infr. de auct. tutor. Nunquam autem liberatio contingit quoties competit repetitio siue per viam vindicationis competat, siue per viam conditionis d. l. in perpetuum, iunct. l. cum quis 38. §. 1. & §. qui hominem de

penul. & vlt. eod. titul. DEC. Hæc lex Iuliani est cuius temporibus nondum ius illud obtinebat, quod Marcus & Commodus postea introduxerunt. Vixit enim Iulianus sub Hadriano, cuius etiam iussu perpetuum Prætoris edictum composuit, Hadriano autem posteriores in imperio Marcus & Commodus fuerunt. Hoc verò Accursius noster non intelligens, quia iuris nostri historiam ignoravit, sic locos istos conciliat, ut in huius legis specie contrahentes senserint de actu ipso manumittendi. In aliis autem de effectu. Quasi verò contrahentes qui de actu aliquo loquuntur, non etiam de effectu ipso intelligant. Vbi nam verò gentium magis quam in contractibus locum habere debet, quod dici solet, Verba cum effectu esse accipienda. Aut quid interest contrahentium aliquid factum non esse secundum verba contractus dummodo idem sequatur effectus? leg. vlt. §. infr. Mandati: sed neque verum est si subtilius respicias quod Accursius supponit pro vero, nullum actum manumissionis in danda huiusmodi libertate interuenire. Nam imò interuenit sed per fictionem & representationem legis, ut loquitur d. leg. vlt. c. si *mancip. ita fuer. alien.* Nec enim constitutio diuorum Marci & Commodi dat huic seruo libertatem tanquam non manumisso, sed tanquam manumisso, supplente scilicet lege factum hominis, quod facilius ei est, quam ut sine manumissione tribuat alicui libertatem.

solut. d. l. interdum, iunct. l. si non sortem 26. §. si centum & l. Neratius 63. de condit. indeb. Nec admitti potest quod Accursius responderet & post eum Bartolus iis locis tractari de pupillo qui fuerit debitor naturaliter tantum non etiam civiliter, quasi facilius danda sit pupillo soluti repetitio si naturaliter duntaxat fuerit debitum, quam si & naturaliter & civiliter: nihil enim planè refert quoties queritur an persona locum faciat repetitioni d. l. interdum, vbi indistinctè hoc ipsum traditur quavis aliàs soleat multum interesse ut in l. si in cui 94. §. vlt. infr. de solut. E contrario autem cum persona non facit locum repetitioni, hoc est cum pupillus tutore auctore soluit quod ipse debuit, sufficit naturaliter debitum fuisse a pupillo, ut non possit habere repetitionem l. naturaliter 13. §. vlt. & l. seq. de condit. indeb. l. cum illud 25. §. heres meus infr. Quod dies legat. ced. Multo minus de fedi potest quod addit Accursius, In supradictis legibus quæ pupillo dant repetitionem, liberari tamè pupillu si id maluerit. Liberatio enim iuris est non facti, quavis solutio facti sit non iuris l. Stichus aut Paphilus 95. §. naturalis. De solut. l. i. c. de probat. l. cõfiliio 7. §. vlt. infr. de curat. furios. Iuris autè potestas & auctoritas non est in arbitrio pupilli, adeòque necius

nec ius dicentis l. ordine 15. infra ad municip. sicuti nec in potestate pupilli est ut pecuniæ suæ dominium in alium transferat: quod ipsi lex interdicit. Legis enim potestas illa potissimum est, non voluntas hominis quæ dominium transfert, aut quæ retento dominio alienandi viam obstruit, ut loquuntur Impp. in l. si quidem 11. iunct. l. pradia 8. Cod. de prad. minor. l. vltim. Codic. de rebus alien. non alienand. Et quod hæc scribitur pupillum consumpta pecunia vel conditionem habere vel liberari non ad eundem casum referendum est, sed ita accipiendum ut si crediderit conditionem habere, si verò in solutum dederit, liberetur: ut explicat finis huius §. Denique quod Martinus suo more distinguebat ut hæc lex procedat de æquitate, illa de rigore, ridiculum est, cum non minus æquitas quam rigor iuris faciat pro pupillo, ne dominium rei suæ transferret in alium sine tutoris auctoritate possit, cum per naturam ipsam fiat ne sibi prospicere per rerum naturam valeat, vnde est quod neque promittendo sine tutoris auctoritate, neque mutuam pecuniam accipiendo se obligat iure naturali l. quod pupillus 4. de condit. indeb. l. penult. infr. De obligatione & actione. DEC. Numeratio quidem a pupillo facta ex quacunque causa sine tutoris auctoritate, dominium pecuniæ pupillaris transferre nullomodo potest, ideoque vindicatio nummorum pupillo competit quandiu extant dict. l. interdum & dict. §. nunc admonendi. Sed consumptio secuta auferit dominium pupillo quod numeratio ei auferre non potuit. Et ideo fatendum est consumptæ pecuniæ conditionem competere, cuius extantis vindicatio competere potuisset ut supradictis locis scriptum est & in l. si a furioso 12. & seq. supra hoc titul. l. pater filia nomine 81. infra de iur. dot. dict. l. si in cui 94. versic. *si autem communes de solut.* Porro quo casu daretur conditio si dominium nummorum translatum fuisset in accipientem, dabitur vindicatio si adhuc extant: Iisdem consumptis dabitur conditio, si pupillus pecuniam crediderit: Quod si in solutum dederit, liberabitur utrumque eadem & communi ratione, quia verum est eius facta pecuniam ad eum qui accepit peruenisse, ut hæc Iulianus scribit. Ad di potest aliaratio, propter quam liberari debeat pupillus qui pecuniam in solutum dedit, quia locupletior factus intelligitur pupillus, qui a creditore liberatur l. si pupilli debitor 66. eod. tit. Sed hæc ratio in debito civili tantum habet locum non in eo quod pupillus naturaliter duntaxat debuisse dict. l. si in cui §. vltim. Jam autem diximus in utroque debito, & quod naturali tantum & quod etiam civili iure debeatur, hanc Iuliani sententiam locum habere. Illa tamen semper manet dubitatio, qua ratione fieri possit, ut contingat liberatio ex solutione per pupillum facta, cum persona ut diximus locum faciat repetitioni dict. l. interdum dict. l. in perpetuum. Nisi quis dicat fieri hoc non tam iure quam occasione, ut loquitur l. 2. infra de iuris, id est, ex euentu, & eo demum casu quo certum sit pecuniam penes eum qui accepit remansuram, ut in l. qui res 98. in fin. principij & §. rem autem castrensium peculij eodem titul. de solut. Cur enim repeteret pupillus aut eius tutor pecuniam illam, quam vbi repeterit, iterum soluere cogi per Prætozem possit? An non ipsius interest potius, ut eam pecuniam relinquitur creditori ac eius periculo acti a maiore fuisset credita §. item in cui.

Tom. III.

Instit. quibus modis re controu. oblig. & ita liberetur, fiatque locupletior? dict. l. si pupilli. Quemadmodum è contrario stultus esset pupillus qui pecuniam naturaliter tantum debitam & sine tutoris auctoritate solutam noller repeterere, cuius nomine conueniri postea non posset. Nisi conscientia magis quam utilitatis suæ rationibus vrgeretur ut naturalem obligationem, bonamque fidem agnoscere mal'et, fortè si ex ea pecunia locupletior se factum esse sciret, quanquam hoc casu conueniri etiam posset tanquam civiliter quoque obligatus ex rescripto Diui Pij l. 3. §. pupilli sane l. si pupilli 6. l. Neseinius 34. supra de negot. gest. Sed potest fieri tamen ut pupillus etiam naturaliter tantum obligatus, nec factus locupletior, naturalem obligationem nihilominus velit agnoscere, nec vnquam repeterere ut in dict. l. cum illud 25. §. heres meus infra quand. dies legat. ced. l. si pupillus 21. ad leg. falcid. l. si eius pupilli 64. ad Senatusconsultum Trebellianum l. Stichum aut Paphilum 95. §. aliquando infra de solut. Nam et si pupillus postquam soluit sine tutoris auctoritate quod debuit siue naturaliter tantum siue etiam civiliter debuisset, certum est heredem eius non repetiturum, atque ita pecuniam omnimodo penes creditorem mansuram, quia sicuti persona pupilli illa est quæ locum facit repetitioni dict. l. interdum, ita & eadem persona pupilli ea est cui repetitio dari debet, & quæ præcipuum fauorem meretur, non causa ut loquitur Papinianus in l. ex pluribus 42. infra de admin. tutor. nec proinde persona heredis. Quidni ergo dicamus hoc casu liberatum esse omnimodo pupillum solutione pecuniæ quocunque iure debitæ, si pecunia sit consumpta, cum certum esse incipiat nullo casu posse illam a creditore auocari? Ex regula dict. l. in perpetuum, iunct. l. praced. & dict. l. qui res 98. l. si rem meam 23. de solut. Quidni si is qui pecuniam a pupillo accepit sibi debitam & consumpsit, tam egenus sit ut non habeat quod reddat, & inanis futura sit conditio contra eum danda l. nam in 6. supra de dolo. l. itaque 13. §. 1. de furt. an non certum est hoc casu pecuniam penes eum mansuram? Cur non ergo acquireretur pupillo saltem liberatio? Planè, si extaret pecunia, vindicari utique posset etiam per heredem, quippe qui non minus esset dominus pecuniæ quæ fuisset pupillus. Ideoque nec liberatio vlla hoc casu competeret, quia naturalis obligatio impedit quidem conditionem solui sed non vindicationem. Nimirum quoniam nec soluta intelligitur pecunia cuius dominium translatum non fuit in accipientem, saltem quandiu remanet penes soluentem l. si quis aliam 46. l. in qui ad eum 60. & pass. eod. tit. de solut. Ex quo intelligimus, quam verum sit quod nos contra interpretes disputamus, non esse in specie distinguendum, an quod pupillus debuit naturaliter tantum fuerit debitum, an etiam civiliter, sed illud tantum inspicere oportere, An pecunia soluta penes creditorem perpetuo mansura sit, an verò repeti adhuc possit, ut quandiu repeti potest siue per vindicationem siue per conditionem non contingat in plenum liberatio sed in pendentem sit, pendeat autem ex futuro euentu. Vbi verò certum est remanere pecuniam penes creditorem, tum demum contingat plena liberatio, siue per pupilli voluntatem tutore auctore declaratam id accidat siue per ipsius pupilli mortem quæ contigerit ante repetitionem. Quid ergo si pecunia quæ pupillus soluit sine tutore, consumpta

E 2

quidē non sit, sed vſucapra fit? Nō eſſet dubitandū quin cōtingeret liberatio per vſucapionē nō minūſ quam per cōſumptionē cum in hanc rē tantum faciat vſucapio quantum cōſumptio d. leg. ſi quis alienum iun. l. qui aliena. 3. de mort. cauſ. donat. vbi dicitur eum qui alienā rem vſucapit non ab eo videri cepiſſe cuius res fuit, ſed ab eo qui rē tradēdo, occaſione vſucapionis præſentit. Sed tamen obſeruandū eſt longē alia eſſe hac parte rationē vſucapionis aīā cōſumptionis. Vſucapio enim nō poteſt procedere ſine titulo, nec magis vſucapio pro ſoluto quam ex aliis cauſis l. Celsus 17. l. penult. de vſucap. alias l. 3. Pro ſolut. Atqui titulus nul. uſt. eum pupillus ſine tutoris auctoritate cōtraxit ſiue crediderit ſiue in ſolutum dederit d. leg. obligari 9. de auctor. tutor. Nihil ergo eſt quod de vſucapione tractari hoc caſu poſſit. At cōſumptio titulu nullū exigit, ſed tantum bonā fidem l. rog. ſi. u. ſ. vlt. ſup. hoc tit. Non poteſt autē non bona fide cōſumpta eſſe pecunia quæ fuit verē debita ei qui cōſumpſit, quique eam accipiendo ſuum recepit, licet à pupillo ipſo ſine tutoris auctoritate acceperit a. g. leg. repetitio 44. inſr. de condit. indeb. Quamuis repetitionem habere pupillus poſſit. Habet enim conditionem non tanquam indebitū ſolut. ſed tanquam malē ſoluti propter perſonam quæ locum facit repetitioni d. l. interdum: Nec de conditione indebiti lex illa intelligi poteſt qua parte dat num. morum cōſumptorum conditionem. Quandoquidem per conditionem indebiti nunquam repetitur tantundem, ſed idem ipſum quod ſolutum fuit, quæ dubitandi ratio eſt ad leg. ſi pœna 19. §. ſi falſo & §. vlt. inſr. eod. ill. tit. In quo differt maximē conditio illa à conditione certi ex mutuo l. §. mutui datio l. 3. ſup. Licet ei qui indebitum acceperit perinde condici poſſit ſi appareat eum dare oportere a. l. mutuum accepiſſet, inquit Iuſtin. in §. 1. inſr. quib. mod. re. contr. oblig. & quali ex mutui datione. vt Caius loquitur in l. ſi quis abſentis 5. §. ſi quoque qui non debitum de oblig. & action. quod certē ad nomen & ſubſtantiam conditionis magis quam ad qualitatem actionis referendum eſt.

a. Quapropter ſi eandem pecuniam. RAT. DV B. Cūm is qui pecuniam à pupillo ſine tutoris auctoritate creditam vel ſolutam acceperit eamque poſtmōdum

20. IDEM libro 18. Digefſtorum.

SI tibi pecuniam donaſſem, vt tu mihi eandē crederes: an credita fieret, dixi, in huiusmodi propoſitionibus nō propriis verbis nos vti. nam talē contractum neque donationem eſſe, neq; pecuniā creditam donationē non eſſe: quia non ea mente pecunia daretur, vt omni modo penes accipientē maneret. creditam non eſſe: quia ex ſoluendi cauſa magis daretur, quam alterius obligandi. Igitur ſi is, qui pecuniā hac conditione acceperit, vt mihi in creditū daret, acceptam dederit: non fore creditam: magis enim meum accepiſſe intelligi debeo. Sed hæc intelligenda ſunt propter ſupilitatem verborū, benignius tamen eſt, vtrumq; valere.

Ad l. ſi tibi pecuniam 20.

RAT. DV B. Contractus omnes ex voluntate contrahentium nomen & ſubſtantiā accipiunt quotieſcunq; in arbitrio & poteſtate ſunt eorum qui contrahunt. Sunt enim ab initio voluntatis, vulg. l. ſicut 5. C. de oblig. & act. nec præſumendi ſunt contrahentes aliud voluiffe quā quæ dixerunt l. Labeo 7. §. 1. de ſupellect. legat. neq; ratiſum admittenda eſt voluntas quæſtito, cum in verbis ambiguitas nulla eſt l. ille aut ille 25. §. 1. de legat. 3. Si ergo tibi pecuniā donaſſerim, vt eā poſtea

alij ſiue credidit. ſiue in ſolutum dedit, quæ deinde cōſumpta ſit, verum eſt cōſumptam eſſe pecuniam poſt ſecundum creditum & ſecundam ſolutionem. Ergo cōſumptio ſecundum mutuum duntaxat conciliari poteſt non primum. Et ſecundam ſolutionem, non vram. De c. Non poteſt conciliari ſecundum mutuum per cōſumptionem quin in antecedens neceſſarium concilietur prius. Nec poſterior ſolutio quin concilietur prior, quoniam eadem pecunia eſt quæ bis fuit credita vel in ſolutum data. Nec poteſt videri is qui ſecundo loco credidit, vel in ſolutum dedit pecuniam ſuam credidiffe aut ſoluiffe quin perinde habeatur, ac ſi ipſe cōſumpſiſſet. Cūm verò eadem pecunia bis cōſumpta non poſſit, conſequens eſt, vt vna eademque cōſumptio tantum procedere debeat ad conciliationē duplicis mutui dupliciſque ſolutionis quantum faceret duplex ſi poſſibilis eſſet cōſumptio. Et certē vix eſt vt non videatur ipſe cōſumpſiſſe pecuniam pupillariē, qui eam acceptā alij mutuum dedit vel ſolut, à quo poſtea ſit cōſumpta. Occaſionem enim cōſumptionis ſaltem præbuit, vt de eo qui vſucapionis occaſionem præbet. ſcriptum eſt in d. l. qui alienam 3. inſr. de mort. cauſ. donat. Sed & ratio illa facit vt vtrūque mutuum & vtraque ſolutio per ſubſecutam cōſumptionem concilietur, quod & factō pupilli pecunia ipſius peruenit ad primum debitore ex cauſa mutui vel ad priorem creditorem ex cauſa ſoluti. Et factō eiufdem primi debitoris vel creditoris eadem pecunia peruenit ad ſecundum. Eadē igitur ratio facit in vtriuſque perſona, vt ſi is qui pecuniam pupillarem in creditū vel in ſolutum accepit alij poſtea in creditū pariter vel in ſolutum eandē pecuniā dederit, cōſumpta ea, & ipſe obligetur pupillo vel eū à ſe liberet, & eū cui dedit obligatū habeat, vel ſe ab eo liberet. Ac ſane locupletaretur hic ſecundus ex aliena iactura ſi hanc pecuniā tradendo ipſe alij ſibi obligaret, aut ab alio ſe liberaret, neque tamen pupillo contra eum aut conditio aut liberatio acquireretur: conſequens ergo eſt quod in ſine huius legis cōcludit Iulianus, Omnino id eſt generaliter ita eſſe vt qui alienā pecuniā credēdi cauſa dat, obligatū habeat eū qui accipit. Itē vt qui in ſolutum dedit liberetur ab eo qui accipit.

mihī credas, quid impedit quominus duo ſint contractus, quorū prior ſit verē donatio, poſterior autē verē mutuum? Nam cūm in alia re qualibet, tūm maximē in nūmis rebuſq; cæteris quæ functionē recipiunt in ſuo genere, id obtinet vt eadē pecunia ſæpius data & reddita diuerſarū ſummarū vice fungatur l. ſi quis duos 67. inſr. de ſolut. Fatendū igitur eſt, ea lege numerata Titio pecunia donationis cauſa, vt ſtatim donatori mutuo detur, dicendum eſt nō impediti translationem dominij, ac propterea iſdem nūmis donatori creditis, nouum dominium in ſis acquiri.

acquiri. Atque ita diſertis verbis reſpondet Papinianus in l. qui id quod 33. §. 1. inſr. de donat. t. m. aperte vt fruſtra quis in conciliandis duobus his locis laboraturus ſit. De c. Donatio non eſt niſi quæ fit ea mente vt omnimodo penes accipientem res donata remaneat l. 1. inſr. de donat. In quo maximē differt donatio inter viuos, de qua hic loquimur à donatione cauſa mortis l. vbi ita donatur 127. inſr. De mort. cauſ. donat. Nec rurfus mutuum eſt niſi quod ſit animo obligandi eum qui accipit, vt conditio certi ex eo naſci poſſit l. 3. l. ſi filiusfamilias 14. & paſſ. ſup. hoc tit. & vt addit Accuſus ſpontanea voluntate credentis l. ſicut 5. Cod. de obligat. & action. In propoſita autem ſpecie, neque ea mente datur pecunia vt omnimodo penes accipientem remaneat, neque tam obligandi donatoris cauſa quam ex ſoluendi debiti, & liberandæ fidei gratia quæ donatori data fuit, magiſque ſuum accepiſſe donator videri debet, ſiue cum Accuſio interpretare ſuum, id eſt, ſibi debitum ſiue quod Vlpianum potius ſenſiſſe puto, propterea intelligas ſuum pro eo quod iam ſit vere donatoris. Quasi nec tradendo ex cauſa donationis tranſtulit dominium eius pecuniæ, quam ea lege donauit vt ſtatim ipli pſi recederetur. Neque enim alienantur nummi qui ſic dantur, vt ſtatim recipiantur l. qui ſe ſoluit. 55. inſr. de ſolution. Ergo neque donatio, neque mutuum eſt, ſi Vlpiano credimus, qui hanc opinionem ſumpſiſſe videtur ex veteribus: quibusdam Iureconſultis quos Marcellus notat in dicit. l. ſi quis duos, à quibus ait malē hoc deductum fuiſſe in dubitationem. Addita etiam ratione qua mouebantur, quæ illa ipſa eſt quam hic adfert Vlpianus, quod non poſſit videri is qui ita accipit vt ei à quo accepit retro reddat, ſoluiffe, potius quam reddidiffe. Ita enim legendum puto, non vt Florentia decepiſſe aut vt vulgo deditſe aut vt alij legunt cum Haloandro accepiſſe vel decidiffe eam Contio. Senſus enim eſt non ille qui à doctiſſimis nonnullis viris traditus eſt, vt qui pecuniam accipit à debitore ita vt ei retro illam reddat, non tam liberaſſe illum videatur, quam ipſi donaſſe. [quis enim ſoluiffe vnquam dixit pro liberaſſe? aut quis neſcit longē aliud eſſe dare aliud donare?] Sed hic potius vt qui ſolutam ſe pecuniam creditori, & à creditore ipſi redditam iterum ſoluit eidem creditore ea lege, vt rurfus eidem debitori retro illam reddat, creditor non tam ſoluiffe eam pecuniam videatur ad ſe liberandum quam reddidiffe. Pertinet enim hoc ad ſecundam numerationem non ad primam de qua nemo dubitare poteſt quin vera ſolutio ſit, quoties id actum eſt quomodo in ſpecie illius legis vt poſt multas reciprocaſiones

21. IDEM libro 48. Digefſtorum.

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

Ad l. Quidam exiſtimauerunt. 21.

RAT. DV B. Solutio & exactio per partes hæc Tom. III.

creditor pecuniam ſibi primū numeratam tandem retineat. Fuit autem fortalſe Iuliani ea ſententia quam hic Vlpianus ſequitur, & Marcellus in dicit. l. ſi quis duos reprehendit. Solet enim ille paſſim notare Iulianum, nec rimam vllam patermittit, ſi quam vel minimam in Iuliano reperit, in qua non figat aculeum. Ita vt nihil certius in iure noſtro habeatur, quam id in quo Marcellus cum Iuliano ſentiat, vt alibi ſcriptum poſt Iacobum Cuiacium libr. Obſeruat. cap. Accuſius tamen & poſt eum cæteri omnes interpretes Vlpianum eum Marcello & Papiniano ita conciliant vt Vlpiani ſententia verior ſit de rigore iuris vt loquuntur, Papiniani verò & Marcelli de æquitate, quæ rigori iuris ſemper præferenda eſt l. placuit 8. C. de iudic. l. in omnibus quidem 90. de regulis iuris. Quam in diſtinctionem mouent eos verba illa vltima huius legis, ſed hæc intelligenda ſunt propter ſubſtitutionem verborum: Neque enim tam eſt vtrumque valere. Mihi tamen aliud iudicium eſt, puròque probabilis eſſe vt hæc poſterea clauſula vel Tribonianus ſit, vel impe ita interpretis qui ſubſtitutionem aut inducent primus aut ab aliis inductam admilerit. Non ob id ſolum quod ſatis ineleganter & inconcinne ſcripta ſit, ſed etiam quia non dubito quin & Papiniani & Marcelli ſententia non ſolum æquior ſit, ſed etiam iuris rationi & rigori conuenientior. Atque ita Papinianum & Marcellum ſenſiſſe apparet ex dicit. l. qui id quod 33. §. 1. inſr. de donation. & dicit. l. ſi quis duos 67. de ſolut. Cur namque impediatur tranſlatio dominij ex cauſa donationis: ob id ſolum quod redeat ſtatim pecunia donata ad donatorem cum redeat ex nouo uſu ſiue mutui, ſiue ælia qualibet? Quo caſu certē locum non habet quod ſcriptum eſt in d. l. qui ſe. De ſolut. ſed cum demum cum nihil commodi aut iuris remanſurum eſt penes primum accipientem vt bene hic notat Bartolus ex l. ſeruus dotalis 58. inſr. ſolut. matrim. Et verò cum per ſtipulatorem poſſit quis obligari ad credendam pecuniam, ita vt ſi poſtea non credat, teneri debeat eo nomine ad id quod intereſt l. ſi penam ſtipulatus 68. inſr. de verborum obligationibus quidni poſſit etiam donatarius ad idipſum ſe obligare per pactum in ipſa donatione aut inconſtituti a. poſitum? Ergo Papiniani & Marcelli non Vlpiani ſententia ſequenda eſt. Nec admittenda diſtinctio Bartoli an tranſlatio in dantem fiat ſponte an coactè ex dicit. l. ſi quis duos. Nam & Marcellus cum caſum tractat quo tranſlatio facta ſit coactè & ex pacto, licet etiam illum tractet quo ſponte facta ſit.

bet magna incommoda quantum ad creditorem l. 3. ſup. famil. erciſc. Eſt enim pecunia res fragilis per ſe & lubrica ſi non ſtatim equeturatur in emptionem E 3

prædiorum aut aliarum rerum quæ habent durationem l. si choros 79 §. 1. de legat. 3. iunct. Ant nouissimè C. de adm. tutor. Difficilius autè est ut quis occasionem emendi habeat pro parte pecuniæ, quam si totam quantitatem sibi debitam haberet. E contrario longè commodius est debitori partem debiti soluere, quam vniuersum debitum, cum numeratio maioris quantitatis non sit in tam facili & expedito quam minoris l. si dubites 10. infr. de fideiuss. Fieretque debitor longè negligentior ad offerendam solutionem totius quantitatis si elicet partem debiti offerre & soluere. Excitatur enim diligentia debitoris metu grauiorum vsurarum, quæ maiores semper sunt maioris quantitatis l. pecunia 9 §. 1. l. C. inus Seius 11. l. Seius 12. infr. de vsur. Non est igitur debitori indulgendum ut soluat partem quantitatis debite, cum ita fiat iniuria creditori l. in creditore 38. infr. de iur. Præterquam fauore libertatis l. cum heres 4. §. item si decem infr. de statu lib. aut eorum qui possident emphyteuticos fundos patrimoniales, de quibus extat expressa in eam rem constitutio Valentini & Valentis in l. 4. C. de collat. fundor. patrimon. Et emphyteutis lib. x. tit. 6. 1. Fortasse idèdè ut in hoc saltem releuentur qui in aliis multis grauantur, ut hinc notat Accurs. Aliud ergo est in cæteris debitis, etiam in collectis ut Baldus loquitur. Adeo ut nec sufficiat debitori obligare partem debiti quominus totius debiti vsuras prestare debeat, si creditor totum accipere paratus fuit l. tutor 41. §. Lucius infr. de vsur. Maxime verò si creditor pignus aliquod habeat aut quasi pignus, ut in l. Titianus 13. §. offendi infr. de action. empt. l. si seruus 5. de adilit. edict. Idque propter indiuisam pignoris causam ut loquitur l. rem hereditariam 68. de iur. iuncta l. heredes 25. §. idem obseruatur 14. supr. famil. erisc. l. qui pignori 19. de pignor. De c. Ad officium boni iudicis pertinet lites diminuere l. 2. in princip. de aqua & aqua plu. arcend. l. 1. §. inde queritur de oper. noui nunciat. & quam citissimè fieri potest terminare, ut finem velociter accipiant: quomodo loquitur Instin. Nouell. 83. de cleric. apud propr. Episcop. prim. conuen. Nam & in totum eas tolli si fieri posset, publicè expeditet, utpote per quas crescat discordiarum materia inter ciues, quorum tamen salus non nisi concordie vinculo retinetur. Ergo si is à quo centum per iudicem petuntur fateatur se debere quinquaginta eaque se paratum dicat soluere, alia verò quinquaginta neget se debere, cogendus est creditor ut quinquaginta accipiat: de aliis verò quinquaginta litiget, ut tanto minor lis fiat quanto minor erit quantitas de qua litigandum supererit. Idque longè humanius est, ne cogatur debitor inuitus de ea re litigare, quam debere se fateatur quod certè iniquum esset leg. si reus 73. supr. de procurat. leg. si debitori 21. supr. de iudic. Nec interest an quantitas petatur, an species. Eadem enim æquitatis ratio est, ut si fundum à te petam quem ego totum meum esse se dicam, tu verò eius fundi partem dimidiam tuam esse adferas, sin æquè cogendus partem fundi accipere, aliam verò iudicio persequi, ne de ea quoque fundi parte litigandum habeas de qua nullam mihi controuersiam facere velis. Nec enim quicquam prohibet te rem aliquam possidere & partem scire dimidiam ad te pertinere, de altera verò parte controuersiam non facere leg. permittendum 8. infr. supr. si pars hered. petat. Planè si eius partis quam fateris te mihi debere, velis partem soluere, non eris audiendus ob

earum rationes quas primum attulimus. Sicuti è contrario si is qui diuersarum summam ex diuersis contractibus debitor est, debitum vnum & quidem integrum velit soluere, non potest creditor solutionem recusare eo prætextu quòd aliud debitum non offeratur, etiam si pro vtroque debito eadem data sint pignora leg. vlt. infr. Quibus modis pign. vel hypoth. soluit. l. 2. 3. & seq. de leg. 2. Sed & obseruandum est æquitati huius legis locum non esse si fateatur debitor totum debere nec nisi partem velit soluere, non magis quam si quis partem duntaxat debiti agnoscens eius partis partem tantum vellet soluere: Quamuis solutio partis volenti creditori facta pareret sine dubio partis liberationem l. stipulatus sum 9. §. 1. infr. de solut. Soluere enim partem velle nihil prodest, sed soluisse prodest: Quomodo modum dicimus nihil prodesse debitori quòd velit satisfacere, sed prodesse tamen si satisfacere, quia imputare sibi debet creditor, qui satisfactionem pro solutione, aut etiam partis solutionem admittit, quam iussè poterat recusare leg. item liberatur 6. §. 1. quibus modis pignor. vel hypoth. soluit. Eius summæ quæ per modum conditionis debetur, alia ratio est: Numquam enim solui potest pro parte, ut conditio pro parte impleta videatur. In cõque veteres omnes consenserunt. Sunt enim condiciones omnes indiuiduæ quæ vni personæ sunt iniunctæ, nec nisi enumeratione personarum facit diuiduas leg. cui fundus 56. De conditio. & demonst. Eaque ratio est, ob quam indiuidua censetur causa pignoris d. leg. rem hereditariam, quia pignoris obligatio habet suas condiciones si debitum non soluat aut aliter eo nomine non satisfiat leg. si rem 9. §. omnis pecunia. infr. de pignor. action. leg. grege 13. §. etiam de pignorib. Vnde etiam fit ut ad pœnam pro parte euitandam nihil proficiat partem offerre siue in dando siue in faciendo conditio consistat leg. heredes 25. §. idem iuris est supr. famil. erisc. leg. in executione 85. §. penult. de verb. obligation. Nisi cum promissa est pœna certæ quantitatis in vicem eius quod interest. Tunc enim etsi committitur pœna in solidum, locus tamen est exceptioni doli pro parte. leg. si seruus 9. §. 1. supr. si quis cautionib. quia nec stipulatio committeretur eius quod interesset, nisi quatenus interesset, leg. si procurator 18. infr. de Rat. rem haber. iunct. leg. vltima de prator. stipulation. Atque ita respondendum est ad d. leg. 9. §. 1. si quis cautionibus non quomodo respondet Accursus speciale esse in iudiciis, quod non probat. At neque illud quod post Accursum notat Bartolus si creditor cui debitor partem debiti liquidam offert, nolit accipere, quomodo compelli possit à iudice ad eam accipiendam. Et aiunt nihil aliud debitori faciendum esse, nisi vt pecuniam offerat, quæ si à creditore recusetur, periculo ipsius postea futura est propter moram accipiendi à creditore contractam ex l. qui decem 72. in prin. de solut. Nam cum solutio sit facta l. consilio 7. §. vlt. de curat. furiosis l. 1. C. de probat. non est æstimandum quod hinc scribitur compellendum esse creditorem vt partem debiti accipiat, de compulsione præcisè intelligi debere, cum nemo ad factum præcisè cogi possit, quia id sine vi & impressione fieri non potest l. si quis ab alio 13. in fin. infr. de re iudic. l. si pœnam stipulatus 68. l. quæstio quis aliam 81. l. cum stipulatus sum 14. §. vlt. de verb.

verb. obligat. Et sanè ita est. Debet hinc locus intelligi de coactione & compulsione causatiua, vt loquitur, id est, nisi malit creditor eam debiti partem quæ oblata est suo esse periculo, si modò facta sit obligatio congruo loco & tempore, nulla etiam obligatione secuta d. l. qui decem. Sed non potest videri facta esse non congruo loco, & tempore quæ facta est in iudicio d. l. si reus 9. §. vlt. infr. de pignor. act. nisi cum verbo tantum facta est. Nec enim hoc sufficit, sed præsentem pecuniam aut aliam rem oblata esse oportet vt diximus ad d. l. si debitori 21. supr. de iudic. aduersus receptissimum errorem pragmaticorum nostrorum. Et rursus eam ipsam pecuniam quæ oblata fuit perisse oportet vt possit dici liberatus debitor quali soluto eo in quo accipiendo creditor moram fecit vt in d. l. qui decem. Alioqui non posset locus esse quæstioni cum pecunia in genere perire non possit l. incendium 11. Cod. si cert. petat. Sed & obseruandum est facta obligatione sola pecuniæ, licet congruo loco & tempore præsentique pecunia, non tamen liberari debitorem sed tamdiu manere ipso iure effectiue obligatum, quandiu pecunia extat, nec perit: non enim sola mora pro solutione est, sed duntaxat transfert periculum in moratorem hæc tenet vt extincta re post moram creditoris, liberetur debitor, sicuti extincta ea post moram debitoris, peritatur obligatio, vt res debita peti adhuc possit l. si seruus 91. §. sequitur & §. vlt. infr. de verb. oblig. Extincta verò & perempta quæ oblata fuit & post moram creditoris, contingit quidem liberatio debitori, at per exceptionem doli tantum, non ipso iure d. l. qui decem. Vt ergo contingat ipso iure, meliùs ac prudentius faciat debitor si oblata à se partem debiti obliget ac deponat vt in d. l. si reus 7. supr. de procurat. Obligatio enim ritè ac legitime facta, illa est quæ non modo transfert periculum in creditorem qui in mora est accipiendi l. si solutus 39. l. creditor 102. de solut. sed etiam acquirit debitori plenissimam liberationem,

cum habeat vim solutionis l. ob signatione 9. Cod. eod. quæ licet de ea ob signatione loquatur, quæ facta sit totius pecuniæ, sic tamen intelligenda est, vt quo casu facta partis solutio pareret liberationem, ob signatio etiam partis sufficiat: quia semper ob signatio pro solutione est l. acceptam 19. C. de vsur. Quod cum ita sit non possum non mirari quid illud sit, quod Bartolus querit, si creditor qui tenetur recipere centum, velit petere tantum decem, debitor autem velit quòd agat ad integra centum, an creditor debeat compelli ad hoc vt integra centum petat, & an cogatur tota centum recipere: Magisque miror quod idem Bartolus post Petrum respondet, cogendum: Ne inquit, continentia causæ diuidatur ex l. nulli 10. C. de iudic. l. 1. supr. de quibus rebus ad eund. iudic. eat. Nam cum debitor à quo creditor non nisi decem petit, scit se centum debere, an non promptius habet auxilium ob signationis ad se liberandum si tota centum ob signare paratus sit, quam vt cogat inuitum creditorem agere ad centum integra: Planè si debitor neget quicquam se debere ei qui contendat deberi sibi centum ex vno tantum contractu, nec tamen petere velit nisi decem vt pluribus iudiciis fatiget debitorem. Ad iudicis officium sanè pertinet ex ratione & æquitate huius legis, vt de toto debito agere cogat creditorem, vt vna lite vnoque iudicio tota controuersia terminetur, nec lites multiplicentur d. l. nulli: quod secus esset si creditor decem tibi ex vna causa deberi diceret, ex aliis autem nonaginta l. singulis 6. de except. rei iud. Nam & contra iuris regulam est vt agere quis cogatur. Nec si agere quis velit ex l. diffamari 5. C. de ingen. manum. vt ostendimus in Error. 1. de cad. 51. De error. pragmat. An autem ad euitandam expensarum condemnationem debeat offerre debitor id quod debet, si ab eo plus quam debeat petatur, aut an ea res expensarum compensationem possit inducere alia quæstio est de qua vide quæ in Codice nostro scripsimus De fin. l. de plus. petit.

21. IDEM libro 4. ex Minicio.

Vinum, quod mutuum datum erat, per iudicem petitum est, quæsitum est, cuius temporis æstimatio fieret, vtrum cum datum esset, an cum litem contestatus fuisset, an cum res iudicaretur. Sabinus respondit: si dictum esset, quo tempore redderetur, quanti tunc fuisset: (si non, quanti tunc,) competitum esset. Interrogauit, cuius loci pretium sequi oporteat, respondit: si conuenisset, vt certo loco redderetur, quanti eo loco esset: si dictum non esset, quanti, ubi esset pretium.

Ad l. Vinum 22.

Hæc lex pertinet ad quæstionem illam, quæ toties ab interpretibus omnibus & à nobis quoque agitata est, Cuiusnam temporis habenda sit ratio in in eunda rei debite æstimatione. De qua scripsimus subtilissimè libr. 16. coniectur. & in Chiliade de error. pragmat. & interpr. iur. Decad. 20. Et in nostro Codice de fin. 6. & seq. vsque ad 16. sed eritius Decade 84. Err. 9. Summa hæc est in iudiciis bonæ fidei æstimandam esse litem, id est, rem de qua lis est, vtro tempore plus fuit vel moræ, non litem contestatæ si ante contestationem mora præcesserit, vel si iudicata l. 3. §. in hac inf. com. mod. l. 3. §. si per venditorem l. si sterili 21. §. cum per vendi-

torum de action. empt. In strictis verò quanti res est præcisè tempore litem contestatæ, vt scriptum est in hac lege & d. §. in hac l. vlt. De condit. tritic. l. hominem 37. mandat. Præterquam in conditione triticaria in qua spectatur quanti res est præcisè tempore condemnationis l. 3. de condit. tritic. In arbitrariis non quanti res est siue hoc siue illo tempore, sed quanti interest actoris arbitrio iudicis paritum non esse, quod ipsum æstimatur aliquando per ius iurandum in litem idque vt plurimum l. qui restituere 68. sup. de rei vindic. aliquando autem sine iurandò l. si inuer 21. §. vlt. infr. de pignor. Medij temporis æstimatio nunquam attenditur vt ex supradictis omnibus incis apparet, nec si post moram in bonæ fidei iudiciis

aut post litem contestatam in strictis estimatio creuerit. Tantum abest ut estimatio ineunda sit, quanti plurimumquam res fuit a tempore morae, quomodo putant vulgo interpretes ac post eos pragmatici etiam in iudiciis strictis. Quod tamen nullo casu admittit Iurisprudencia nisi in actione legis Aquiliae, & in conditione furtina, in qua licet sit omnium favorabilissima propter odium furis, non negatur tamen estimatio, quanti plurimum retrosum iudicij accipiendi tempus l. 2. §. *quodam inf. de priuat. delict. l. ait lex 21. sup. ad leg. Aquil.* quamvis fur ex die furti admitti moram in re furtina restituenda semper facere intelligatur l. in re furtina 8. §. 1. de condit. furt. Sed hac ita si non ipsa estimatio in obligationem deducta sit, puta per hac verba *quanti res est.* Hoc enim casu praesens estimatio debetur, quae fuit tempore contractus, ut in l. fundum Cornelianum 28. inf. de nouat. Aut nisi contractui dies adiectus sit. Quo casu eius praesens temporis estimatio praestanda est quo dari res debuit, quoniam adiectio diei facit ut hoc ipsum nominatum conuenisse videatur, ut in hac ipsa lege & d. l. vlt. inf. de condit. tritic. l. quoties in diem 5. de verb. oblig. l. cum qui in diem 21. de oblig. & act. vbi sine dubio legendum est addita negatione non quo satis acceperit ut a nobis probatum est supra dictis locis. Nihil autem hac parte interest an dies

tacite insit stipulationi an expresse adiectus sit l. 5. de demerit 60. de verb. oblig. Nec rursus an dies an condicio, cum cuiuslibet conditioni insit tempus quo continget eam existere d. l. quoties in diem 59. eod. Alia quaestio est cuius loci ratio habenda sit in estimanda re debita. Ad quam quaestionem respondet Vlpianus in hac lege, cum conuenit ut certo loco quid reddatur, estimari rem debere quanti eo loco fuerit, tempore scilicet litem contestata, si verò dictum non sit quo loco, eius loci spectandam esse estimationem vbi res petita est. Quod & Caius scribit in d. l. vlt. de condit. tritic. Idque in omnibus iudiciis generaliter & indistinctè videtur obtinere, nisi quòd distinctio aliqua videatur adhibenda inter conditionem certi ex mutuo, & conditionem certi ex stipulatione. Haec enim per adiectionem loci sit arbitraria non item illa. Rursum inter conditionem certi & triticariam, quoniam per adiectionem loci non degenerat conditio certi in arbitrariam quomodo degenerat triticaria, ut ostendimus in dict. l. deced. 84. Error. 5. & 6. vnde pleraque caetera peti possunt, & ex iis quae in dicta decade & in 85. sequuntur, quae ad totum hunc tractatum & legis huius explicationem pertinent, & ex quibus videbis non plura esse in glossis Accursij & Bartoli Commentariis verba quam errata.

23. AFRICANVS libro 2. Quaestionum.

SI eum seruum, qui tibi legatus sit, quasi mihi legatum possederim, & venderim: mortuo eo, posse te mihi pretium condicere, Iulianus ait: quasi ex re tualocupletior factus sim.

Ad l. si eum seruum 23.

RAT. DVB. Cum eum seruum qui tibi legatus erat quasi mihi legatum possedi & vendidi, non potest negari quin bona fide & possederim eum, & vendiderim: Ergo mortuo eo penes emptorem teneri non debeo, neque de homine restituendo siue per vindicationem siue per conditionem, cum nec eum possideam nec dolo desierim possidere. Neque de ipsius precio. Cum non tibi fuerit legatum precium serui, sed seruus ipse, quem porrò tibi tanquam domino periisse necesse est non mihi qui dominus esse iam desieram l. pignus 9. Cod. de pignor. act. Nec enim succedit precium loco rei in actionibus specialibus siue in rem sint siue in personam, sed in vniuersalibus duntaxat ut in petitione hereditatis siue directa & ciuili l. si & rem & precium 22. vbi diximus sup. de hered. petit. siue fideicommissaria l. si heres institutus 70. §. 1. inf. ad SC. Trebell. Precium enim quod accepi ex venditione serui legati non tam videor ex seruo ipso percepisse quam ex mea negotiatione l. venditor 21. inf. de hered. vel act. vendit. Aded vt nec si ratam habeas venditionem a me factam, debeat tamen ea res tibi prodesse ad precium repetendum, quia ratihabitio tua illud demum negotium potest tuum facere quod tuo nomine gestum est l. si pupill. 6. §. sed si ego sup. de negot. gest. Ego autem nomine meo vendidi non tuo, nec tui contemplatione sed negotij mei gerendi causa. Dec. Dominium rei per vindicationem legata transtulit recta via a testatore in legatarium etiam ignorantem l. legatum 80. De legat. 1. l. a testatore 64. De furt. Nec quod rem tibi legatam ego bona fide possederim quasi mihi legatam, facere potuit me dominum, quia sola fides bona sine titulo non est legitimus modus transferen-

di dominij sine titulo nec si traditio concurrat a vero domino facta l. nunquam nuda 31. de acquir. rer. dom. imò nec ad vsucapiendum l. Celsus 27. inf. de vsucap. l. diutina 4. & seq. C. de praescript. long. tempor. Ergo cum rem tibi legatam vendidi, vtique vendidi rem tuam, & precium quod ex ea venditione consecutus sum, licet ex negotiatione mea magis quam ex re tua ad me peruenerit, faciendum tamen est saltem occasione rei tuae in meas manus peruenerit nec aliter peruenerit fuisse. Hoc verò satis est, vt mortuo apud emptorem seruo teneri tibi conditione, non illa certi generali vt vult Bartolus, quae in iudicium deduci & exerceri nunquam aliter potest quam si certam & specialem aliquam habeat differentiam ac denominationem, vt diximus ad l. certi conditio 9. sup. hoc tit. Neque rursus conditio sine causa vt putat Cuiacius, cum non sine causa peruenerit ad me precium eius rei, quae a me alij vendita & tradita est, eaque conditio non tantum ex aequitate, sed etiam ex mera iuris ciuili ratione nascatur, nec alij detur quam ei qui facto suo dominium in accipientem transtulerit l. 1. & tot. tit. de condit. fin. caus. quorum neutrum hic contingit, sed conditio illa quae quoniam tota est ex aequitate naturali refertur ad ius gentium in l. rerum quidem 25. inf. rer. amor. Iure namque naturali & gentium iniquum est locupletari quem ex aliena iactura l. nam hoc natura 14. inf. de condit. indeb. l. iure natura 206. de regul. iur. quae tota etiam ratio est inducendae eius conditionis de qua in l. si & me & Titium 32. inf. hoc tit. In proposita verò specie constat locupletior fore me ex tua iactura si liceat mihi precium retinere quod ex rei tuae venditione ignorantem te facta percepi. Sed hoc ita si homo venditus, iam sit mortuus apud emptorem. Nam quandiu

viuit

viuit vindicare illum ab emptore debes quod facere potes etiam non oblato precio l. 3. C. de rei vindic. non precium a me condicere, vt contra quosdam glossatores bene hic sentit Accursius, quoniam haec conditio sicuti non tam ex mera iuris ciuili ratione aliqua propria & ex negotio aliquo, quam ex mera aequitate proficiscitur, ita non nisi ex necessitate datur & alia nulla competente ciuili aut praetoria actione. Planè si mihi seruum hunc indebitum soluissem quasi debitum, posses a me precium condicere, etiam re extante, vt idem Accursius rectè subiungit ex l. si non sortem 26. §. libertus l. in summa 65. §. in frumento inf. de cond. & indeb. Nec enim nouum est vt aliud praestemus aliud condicamus, vt ibidem Vlpianus scribit. Idem esset si me procuratorem constituisses ad vendendum hunc seruum qui tuus fuisset. Precium enim hoc casu, a me potes repetere, non quidem per conditionem, ne forte fallat te Accursius, sed per actionem mandati contrariam non expectato eo vt seruus hic mortuus sit. Extra hos casus non teneor tibi de precio quamdiu seruus tuus quem vendidi viuit, quia potes eum tanquam tuum iure tuo vindicare, nec conditio precij cum rei vindicatione potest vtquam concurrere non magis quam circa vnam eandemque rem l. vlt. sup. vsus quem caueat. Quid ergo si seruus hic non mortuus sit apud emptorem sed ab emptore vsucaptus? Idem esse putat Cuiacius ex l. 1. C. de reb. alien. non alienand. Et iam olim ante Cuiacium Bartolus cum hic scripsit Ratihabitio in specie huius legis nil prodesse, nisi re perempta vel praescripta. Ego tamen contra puto. Et si enim non ignoro, quod Cuiacius obiicit, duobus his modis fieri vt res definire videatur extare l. si id quod 10. inf. l. quid in fraud. patron. l. deperditum 21. sup. de hered. petit. Multum tamè hac parte interest, an res pereat suo facto, an facto domini. Quomodo perire intelligitur cum vtucapta est, quoniam alienasse ipse intelligitur qui rem suam passus est vsucapi l. alienationis 28. De verb. signific. l. si fundum 16. infra de fund. dotal. Vt proinde imputari possit domino cur non ante completam vsucapionem vindicauerit rem suam: quod vtique non potest imputari ei cum res nondum vsucapta perit naturaliter. Itaque non minus cessat aequitas quae hanc conditionem domino dari suauit, si per eum factum sit quominus rem suam hodie vindicare possit, quam si vindicanda eius potestas superesset. Atque ita intelligo quod scriptum est in d. l. 3. C. de rei vindic. Vel alio modo proprietatem eius amisisti nullo scilicet facto tuo, nullaque culpa interueniente: quia quod quis ex culpa damnum sentit, sentire non videtur, vt habet iuris regula. Estque inauditum, cum qui rem alienam vendidit, atque ita vsucapiendi causam praebuit, retadem vsucapta precium domino restituere teneri, quod nec ante completam vsucapionem vlla actione peti ab eo potest l. rem alienam 28. de contr. empt. iunct. l. qui alienam 33. inf. de mort. caus. donat. Nec me mouet quod contra scriptum putat Cuiacius in d. l. 1. C. de reb. alien. non alienand. Ibi enim agitur de male fidei venditore, qui nullo iure munitus, id est, ne iuris quidem alicuius erroris opinione rem alienam sciens vendidit siue scienti siue ignorantem emptori. Quo casu non tam fauor domini quam odium venditoris qui alienam rem mala fide vendidit, ius hoc euicit, & saltem vsucapta re vendita, teneatur venditor domino ad precij restitutionem. Et quidem actione negotiorum gestorum siue do-

minus expresse venditioni consenserit, siue amissa proprietate per rei venditae extinctionem ratam venditionem habere velit vt in d. l. Cod. de rei vindic. Nam post completam vsucapionem sera esset ratihabitio ab eo facta, qui iam per suam negligentiam dominus esse desisset. Ratihabitio enim sicuti facit meum negotium, quod reuera fuit alienum, si modò mei contemplatione gestum sit, nec fuerit verus dominus ex eo locupletatus d. l. si pupilli 6. §. item quaeritur & seq. sup. de negot. gest. l. vlt. sup. si pars heredit. per. Ita & multo magis negotium quod iam reuera fuit meum, licet non mei contemplatione gestum. d. l. vlt. sup. de negot. gest. Qui autem precium venditionis petit hoc ipso ratam facere venditionem videtur l. seruum Titij 49. inf. mandat. l. ab vno 19. Cod. de negot. gest. Quid ergo est, inquit, quod haec lex dat domino conditionem precij? An fortè quid hoc casu possit conditio cum actione negotiorum gestorum concurrere? Ita putat Accursius quem Bartolus reprehendit quod ratio quae mouetur in hac lege Africanus nihil commune habeat cum actione negotiorum gestorum. Non malè. Sed nec ille multo melius cum admittit actionem negotiorum gestorum concurrere cum certi conditione generali. Non per hanc legem, inquit, sed per regulam generalem positam in d. l. certi conditio 9. supra, quod nos iam refutauimus. Et sanè cum actio negotiorum gestorum sit praetoria & subsidiaria, conditio autem quaelibet sit ciuili, frustra esset honoraria actio ei dare qui haberet ciuilem l. 1. supra de Public in rem act. Dicendum igitur est, eidem quidem domino in specie huius legis posse & conditionem accommodari, & negotiorum gestorum actionem, sed diuersis respectibus ita vt non ideo possint ambae in eundem casum, eandemque personam concurrere. Ratihabitio enim rite facta venditionis siue expresso consensu facta sit, siue per petitionem precij, siue perempta re siue adhuc extante necdum tamen vsucapta, parit actionem negotiorum gestorum, vt diximus etiam contra bonae fidei venditorem: Contra eum verò qui mala fide vendiderit, etiam re vsucapta d. l. 3. Cod. de rei vindic. iunct. d. l. 1. Cod. de reb. alien. non alienand. l. 1. Cod. de his qui a non dominis manum. sunt. At si nulla sequatur ratihabitio, nec pecunia, quae ad venditorem precij nomine peruenerit, petatur tanquam pecunia ex qua locupletior factus sit venditor cum aliena iactura, tum verò conditio loci est, nec actioni negotiorum gestorum fieri locus potest. Et ita bene Cuiacius sentit ad dict. l. vltim. supra de negot. gest. quae eiusdem Africani nostri est, licet ex alio Quaestionum libro desumpta. Sed quid ad illa verba huius legis Mortuo eo posse te mihi precium condicere Iulianus ait. Nihil ille respondet Dicendum est meo iudicio, Precij nomine hic significari pecuniam & quantitatem illam quae precij nomine ad me peruenerit, vt ea quantitas demonstratiue & materialiter sumpta non sub formalitate illa precij, condici possit citra ratihabitioem venditionis, id est, tamen si tu verus legatarius declaraueris nolle re ratam facere venditionem. Ideoque si fortè vilissimo precio res distracta sit, non tamen conditio teneor supra eam acceperim precij nomine, quia nec nisi eatenus possum videri factus locupletior ex re tua: Qui tamen teneri debet rem vtique ad quantitatem iusti & veri precij, nisi aequitas quae conditionem hanc inducit, esset

strictior, ac proinde conditionem ipsam restringeret. Adeo ut etiam si mala fide seruum hunc tibi legatum possederim ac vendiderim, id est, sciens, tibi legatum, non ideo in plus teneri debeam ista conditione quam quatenus locupletior factus sum. Nisi quod hoc casu magis est ut conditioni locus non sit, cum teneat vindicationem, tanquam qui dolo deserim possidere. Dolus enim pro possessione est ut in ceteris omnibus ita maxime ad inducendam rei vindicationem. *Iulianus 17 in princip. & §. 1. vers. quod si dolo malo supra de rei vindic. vbi quod dicitur mala fidei venditorem debere serui mortui precium domino restituere, de vero iustoque precio intelligi procul dubio debet non de eo quod conuentum, & receptum fuit, vilis forte & impariusto. Atque ita Cuiacius quoque sentit. Sed in eo non satis rectè quod non admittit differentiam quam interpretes constituunt, an bonæ fidei venditor causam habeat lucrativam, an verò onerosam, ut priore tantum casu conditione teneatur ex hac lege, non etiam posteriore. Quæ tamen distinctio admittenda omnino est. Nam, ut argumentatur Accursius, non potest venditor conditione idè teneri domino ad resti-*

tuendam quantitatem precij quod ex re domini factus sit locupletior, si tantumdem ei absit, quantum ex venditione consecutus est: *§. si res altera Inst. de legat. Cum non illa ratio conditionem pariat quod venditor precium habuerit sed quod ex eo locupletior factus sit. Quæ ratio in habente causam onerosam non aliter locum habere pot. si quam si plus consecutus sit & in rem suam verterit ex precio quam ei absit. Planè in negotiorum gestorum actione facilius admitti potest ut de precio competat omni casu siue causam lucrativam siue onerosam habeat is qui vendidit, quia rationem habet generaliore quam conditio illa de qua Africanus in hac lege. Ex qua potè malè nostri colligunt precium succedere loco rei. Seruus enim venditus si extaret, vindicaretur, non condiceretur, quia esset veri legatarij si non vici capus proponeretur. Precium autem mortui hominis non vindicatur sed condicatur, quia precium redactum ex venditione rei meæ non est meum, cum ex negotiatione magis quam ex re mea percipiatur, ut benè disputat Cuiacius ex d. l. venditor 21. de hered. vel action. vendit. quamuis per occasionem rei meæ ad venditorem peruenit.*

24. VLP IANVS libro singulari Pandectarum.

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

Ad l. si quis certum 24.

RAT. DVV. Actiones quæ ex contractibus nascuntur contractuum nomen habent. Sic enim dicimus actiones empti & venditi quæ ex emptione & venditione nascuntur, locati & conducti quæ ex locatione & conductione, pignoratitiam quæ de pignore, & sic de cæteris. At qui stipulationum alia sunt certæ in quas res aliqua certa deducitur, alia incertæ in quas aliquid incertum. *l. interdum 74. §. vlt. & l. seq. infra de verborum obligationibus.* Ergo ex stipulatu actio nasci debet non minus ex stipulatione quàm quis certum stipulatus fuerit, quàm ex ea quæ quid incertum. DEC. Perpetuè id agunt Iureconsulti quantum possunt ut singulis actionibus propria, & specialia dent nomina pro rerum ac negotiorum diuersitate, ne actionis nomen æquiuocum nouas pariat difficultates, & vel actori vel reo sit captiosum, inspecto præsertim iuris veteris rigore. ex quo periculum incurrebat actor amittendæ litis si malè actionem elegisset ac in nomine actionis peccasset. Hinc nimirum comparatæ actiones præscriptis verbis, ut per eas tutius agi posset si quando de iure aut nomine actionis competentis dubitaretur, *l. 1. & 2. l. quia actionum 11. l. si tibi gratuitam 17. l. Titius 24. & pass. de prescrip. verb.* Cum ergo aliud sit nomen actionis ex stipulatu, aliud verò actionis ex stipulatione, meritò induxerunt Iureconsulti ut ex stipulatione certa nascatur conditio certi quæ speciali nomine dicatur ex stipulatione: At ex incerta stipulatione nascatur actio ex stipulatu, quia certi conditio hoc casu competere nulla potest, ut apud *Iustin. Tit. de verborum obligationibus in princip.* Neque vnquam apud prudentes aut Imperatores nostros confunduntur hæc nomina, quamuis ita putet Accursius ex *l. si pacto quo pæ-*

nam 14. Cod. de pact. Ibi enim ex stipulatu verè agitur, non autem conditione certi ex stipulatione quia ex stipulatione pænali de qua ibi agitur non persequitur actor simpliciter pœnam quæ semper certa est *l. stipulatio ista 38. §. aliter de verborum obligationibus l. vlt. de prator. stipulat.* sed ad factum agit hoc est, ut fiat id quod in conuentionem deductum est, ut ealex ait: Factum autem semper incertum est *l. vbi autem 75. §. qui id quod in faciendo de verborum obligationibus.* Excipienda est actio ex stipulatu quam Iustinianus speciali quodam iure & contra vulgares regulas induxit quasi ex tacita stipulatione pro dote siue certa siue incerta *l. vnic. C. de rei vxor. act. §. fuerat Inst. de action.* In his enim quæ contra iuris rationem constituta sunt non possumus sequi regulam iuris *l. in his 15. supra de legibus.* Nec est contrarium quod scriptum est in *l. certi conditio 9. §. 1. supra hoc tit.* ex incerto quoque contractu nasci conditionem certi. Id enim tum demum obtinet cum ex incerto contractu certum petitur, ut ad eum locum adnotauimus. Non etiam cum ad rem incertam puta ad id quod interest quod semper incertum est *d. l. vlt. de prator. stipulat.* In quo noster errat Accursius, qui conditionem certi ad incerta quoque dari putat, & ad id quod interest, quod nos iam refutauimus ad *d. l. certi*, quamuis Accursium sequatur Bartolus. Planè si quando dubitetur probabiliter an certum sit, an incertum id, quod petitur ex stipulatione, tutius est agere ex stipulatu, quia huius actionis nomen generalius est quam conditione certi ex mutuo, quæ nunquam competit, nisi cum ex stipulatione certum certò petitur, quod & hinc notat Bartolus ex hac lege & ex dict. *Tit. de verborum obligationibus apud Iustin. in princip.* Elegantius autem Florentina lectio hinc habet *condititia actione* quam vulgata *conditio*: condititia enim actionem bene illam

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

25. IDEM libro singulari de Officio consularium.

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

Ad l. Creditor qui ob restitutionem 25.

RAT. DVV. Creditor qui ad emendum ædificium pecuniam credidit, nullum habet priuilegium, neque inter chirographarios creditores, neque inter pignoratitios. Nusquam enim id proditum legitur. Cur ergo habebit is qui credidit ob restitutionem & refectionem ædificij? An non plus est ædificium emere quam reficere? Proinde an non maius beneficium est illius qui mutuam dat pecuniam ad emendam domum, quàm eius qui ad reficiendam? Quod si ea potissimum ratione habet priuilegium & tacitæ hypothecæ & prælationis ille qui credidit ad reficiendam domum, quia saluam fecit totius pignoris causam, ut scriptum est in *l. interdum 5. & seq. infra qui potior. in pignor. hab.* an non maiore beneficio dignus est, qui credidit ad emendam domum? quandoquidem hic non tantum saluam fecit, sed etiam præbuit causam pignoris cæteris creditoribus, quibus non esset hodie domus hæc obligata si eam debitor non emisset, qui omnia bona sua præsentia & futura cæteris creditoribus suis obligauerat. Hoc enim ponendum est ut quæstionilocus fieri possit. DEC. Reipublicæ interest refici ædificia quæ ruinam & casum minantur, itémque collapsa restitui ne vrbs ruinis deformetur, *l. Prator ait 20. §. hoc interdictum prohibitorium est infra de oper. noui nunciat l. 2. §. si quis nemine, l. vlt. infra ne quid in hoc public.* At reipublicæ nihil interest an Titij sit domus hæc, an Sempronij. Fautor igitur publicæ vtilitatis qui omnia ferè priuilegia tacitæ hypothecæ & prælationis induxit, suauis facit ut priuilegium exigendi haberet is qui ob refectionem ædificij pecuniam credidisset, potius quam qui ad emendam domum *l. 1. infra de*

*cess. bonor. l. cum duobus 52. alia l. si fratres §. idem respondit Socius 10. infra Pro socio: & Nouell. 97. De equalit. dot. cap. 7. §. bis consequens l. 1. infra in quibus caus. pignor. vel hypoth. tacit. contr. vbi scriptum est Senatusconsulto quod sub Marco Imperatore factum est pignus insulæ creditori datum qui pecuniam ob restitutionem ædificij extruendi mutuam dedit, ad eum quoque pertinere qui redemptori domino mandante nummos ministravit, quod & scriptum est in *l. si ventri 24. §. 1. de rebus auctor. iudic. possid.* Ut nimirum eo veluti præmio inuitarentur homines ad pecuniam credendam in rem tam vtilem. Nam & ad curatoris Reipub. officium pertinet ut dirutæ domus à dominis extruantur *l. ad curatoris 46. infra de damn. infect.* sicut è contrario districtè prohibitum est, ne quis ad demoliendum negotiandi causa domum suam partemve vendat *l. vlt. eod. tit.* Alia ratio est eius qui credidit ad emendam nauim. Hic enim habet priuilegium non minus quam qui ad eam vel reficiendam vel amandam & instruendam *l. qui in nauem 26. l. quod quis nauis 34. infra de rebus auctor. iudic. possid.* Nempe quia reipublicæ interest nauim eius esse qui eam exercere velit, sciâtque propter vtilitatem & necessitatem commerciorum ac transmarinæ negotiationis. Certum autem est non ab alio vendi nauem quam ab eo qui exercere illam diutius nolit, nec ab alio emi quam qui exercere illam velit. Iunge quæ scripsi *libr. 2. Coniect. capit. 10.* Alia item ratio est eius qui credidit ad faciendam domum & nunc primùm extruendam. Aliud enim est facere aliud reficere *l. 3. §. penult. infra de itin. act. priuat. longæque minor subest necessitas faciendæ insulæ quam reficiendæ licet ad publicam quoque vtilitatem pertineat quam plurimis ædificiis vrbes exornari & augeri.**

26. IDEM libro quinto Opinionum.

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

Ad l. si pecuniam 26.

RAT. DVV. Etiam cum alius quilibet alienos nummos mutuos dedit absente domino & ignorante, certum tamen est acquiri domino quamuis ignorantem conditionem certi ex mutuo *l. cert. conditio 9. §. si nummos vbi rationem attulimus supra hoc titul.* Nihil ergo speciale est in milite cuius procurator, aut in pupillo vel minore, cuius tutor, aut curator pecuniam numerata

uit. DEC. Potest militis procurator aut pupilli tutor, vel adulti curator pecuniam militis aut pupilli aut adulti suo nomine credere, aut nomine militis vel pupilli vel minoris. Posteriore hoc casu nihil speciale est in pecunia militis vel pupilli vel minoris, quantum ad conditionem certi ex mutuo quæ nascitur ex numeratione dict. *§. si nummos.* Itémque quantum ad hypothecariam hodie post constitutionem Iustiniani in *l. 2. Codice per quas personas nobis acquir.* Sed tantum, quod ad actionem

ex stipulatione competentem siue aduersus eum qui in uitam accepit, si ponas in ipsa mutui datione vel paullo ante vel incontinenti post numerationem interuenisse stipulationem: quo casu nulla ex numeratione, sed tantum ex stipulatione conditio nascitur *l. si ita fuero 6. §. 1. cum l. seq. infra de nouat. l. si ita stipulatus 126. Chrysostr. de verborum obligationibus.* siue contra fideiussores debitoris, quos a procuratore acceptos fuisse lex ponit, quia certum est vnius stipulatione alteri actionem dari non posse siue sibi siue alteri quis stipulatus sit *l. quacumque 1. de obligat. & action. vulg. l. stipulatio ista 38. §. alteri de verborum obligationibus.* Fideiussores enim non nisi per stipulationem obligantur *l. blanditur 12. Codice de fideiussor.* Ideoque nec transibat olim fideiussoria obligatio sine cessione ne tum quidem cum principalis actio & conditio ex numeratione transibat ante Iustiniani constitutionem in *d. l. 2. Codic. per quas person.* Sed priore casu cum procurator militis, vel tutor pupilli, vel denique curator adulti suo nomine pecuniam credidit, quæ vel militis, vel pupilli, vel adulti fuit, speciale est & contra vulgares iuris regulas vt ex ea numeratione quaratur conditio certi ex mutuo, non tantum ei qui suo nomine credidit, sed etiam militi, pupillo, vel adulto, ne sit in potestate illius qui militis, vel pupilli, vel adulti pecuniam administrat grassantis in re aliena, ius eorum ledere, digni enim sunt qui-

bus succurratur aduersus factum eorum per quos negotia sua gerere inuiti quodammodo compelluntur: Quod in pagani & maioribus secus est quibus procurator actione sibi quaesita cedere cogitur *l. possessio 49. §. vltim. de acquirend. possess.* Alioqui nullam ex facto & stipulatione procuratoris actionem haberet dominus, nisi cum procuratori præfatis cautum esset quo casu haberet dominus vtilem actionem *l. si procuratori 79. de verborum obligationibus.* Multo magis permittitur procuratori militis stipulari nominatum ipsi militi ex pecunia militis sicuti potest tutor stipulari nominatum pupillo & curator adulto *d. l. 5. §. penult. de pecun. const. quod aliis procuratoribus non licet, dicit. §. alteri.* Est autem hoc ius in fauorem militis pupilli & adulti sic comparatum, vtilitatis tantum gratia vt scriptum est in *dicit. §. penult.* Ideoque nec directa huiusmodi actio est sed vtilis tantum *l. 2. infra quand. ex fact. tutor.* Vbi dicitur idem esse si ex pecunia pupilli tutor in nomen suum rem aliquam emerit. Habet enim pupillus eius rei vtilem quoque vindicationem quod & generalius scriptum est in *l. 4. iunct. l. 2. Codic. eod. tit. & in l. si curator 3. Codic. arbit. tutel. l. ex facto 52. §. planè si ea re pupilli infra de pecul.* Itemque de re emptæ ex pecunia militis in *l. si vt proponit 8. Codic. de rei vindic.* contra quam in aliis obseruari soleat *l. si ex ea pecunia 6. eod. tit. l. procuratoris 5. §. planè si in eadem taberna infra de tribut. act.*

27. IDEM libro 10. ad Edictum.

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

Ad l. Ciuitas 27.

RAT. DVB. Ciuitas non potest consentire: Consensus enim factum requirit personæ consentientis. Ciuitas autem non habet personam nisi fictam, vt vniuersitatum corpora, & collegia omnia de quibus in *l. 1. & pass. supra. Quod cuiusque vniuersit.* Vnde est quod nec moriuntur vniuersitates istæ, nec facile pereunt *l. sicut 7. §. vltim. eod. l. proponebatur 76. supra de iudic. l. an vsusfructus 6. supra de vsufruct. l. si vsusfructus 21. quibus modis vsufruct. amitt.* Sed nec ciues ipsi & municipes ex quibus ciuitas constat consentire in vnum possunt *l. vltim. & l. 2. infra de acquirend. possess.* vbi dicitur ob hanc causam nec possidere illos posse nec vsucapere ipso iure, quamuis vtrumque vtilitatis causa receptum sit. Quomodo & de hereditate quæ ficta quoque persona est, scribit Vlpianus ex Scævola in *l. 1. §. Scævola v. supra si is qui testam. lib. est iuss.* Atquin ex mutui datione vt ex alio quolibet contractu non potest nasci obligatio si non interueniat consensus. Tamen si mutuum sit ex eorum contractuum genere qui re non qui consensu perfici dicuntur. In omnibus enim rebus quæ dominium transferunt, quomodo transferuntur vti que ex mutuo, concurrat oportet affectus & consensus ex vtraque parte contrahentium *l. in omnibus 55. & 57. infra de obligationibus & actionibus.* Ergo non potest ex mutui datione neque ex alio

vilo contractu obligari ciuitas. Nec si pecunia credita in rem & vtilitatem ciuitatis versæ proponatur. Non enim facitea versio vt eo magis ciuitas consensisse videri possit. DEC. Persona verè Syndici vel actoris aut alterius cuiuslibet habentis administrationem ciuitatis aut collegij aut vniuersitatis [nihil enim inter hæc distat] representat fictam illam personam vniuersitatis, sicut è contrariio interdum persona ficta, quod multo difficilius est representat veram *l. heres 22. infra de vsucap. l. hereditas enim 34. de acquir. rer. domin.* Alioqui non tantum incommodo summo adficerentur ciuitates & vniuersitates omnes nemine cum ipsis contrahere valente si non haberent personam certam & veram à qua regerentur, exemplo eius quod de minoribus scriptum est in *l. quod si minor 24. §. restrictio supra de minor.* Sed neque possent vilo modo subsistere, nec earum negotia curari, quæ proinde deserere necesse esset: quod vtilitas publica non patitur. Ob eam igitur causam induci necesse fuit, vt quicquid à ciuitatis administratore geritur, ab ipsa ciuitate tota gestum videatur, ita vt ex administratoris contractu perinde obligetur ac si ipsa contraxisset: sed & hoc ita demum si ex re vtilitate ciuitatis contraxerit. Ne alioqui quod in ciuitatem & vniuersitatum omnium fauorem ex necessitate constitutum est in earum odium ac perniciem retorqueretur contra *l. quod fauore 6. Codic. de legib. l. nulla 25. supra eod. tit. l. penult. Codic. ad Senat. consultum*

fulsum Trebell. sic enim dicimus, Tutorem quoque domini loco habendum esse cum tutelam benè gerit & administrat, non cum pupillum spoliat *l. qui fundum 7. §. tutor. infr. Pro emptor.* Ergo si Syndicus & administrator ciuitatis pecuniam ab aliquo mutuam acceperit ciuitatis nomine, dicendum est ciuitatem ex mutui datione obligari vt contra eam detur conditio certi ex mutuo, sicuti contra priuatum alium debitorem quemlibet. Sed & pignus rerum ciuitatis ex ea causa ab administratore datum teneri *leg. si is qui 11. in princip. infr. de pignor.* Verum hoc ita si in rem & vtilitatem ciuitatis pecunia versæ probetur, & quidem à creditore, cui nimirum probatio hæc incumbit ad fundandam suam intentionem, non ciuitati cui sufficit negare, cum negotiationis probatio per rerum naturam sit impossibilis *leg. actor quod adseuerat 23. C. de probat. leg. adseueratio 10. C. de non numer. pecun. leg. vnic. C. de solut. & liber. debit. ciuit. lib. 1. Tit. 39. Auth. hoc ius porrectum in fin. C. de sacros. ecclesie.* Quod & in aliis personis obtinet quæ cum illis contrahunt, qui non aliter obligari possunt, quam si in rem eorum pecuniæ versæ sint vt in casu *leg. si praedium 16. C. de prad. Minor. leg. si in rem 3. C. quand. ex fact. tutor. leg. vir vxori 17. in princip. infr. ad SC. Velleian.* Sed hoc intellige si administrator ciuitatis nomine ipsius ciuitatis pecuniam mutuam acceperit. Alioqui si in eam causam nominatim acceperit, quæ ad ciuitatis vtilitatem euidenter pertinebat, sufficere hoc creditori, vt non grauiore probatione oneretur *arg. leg. 1. §. vnde querit Ofilius & seq. infr. de exercit. act.* Amplius putat Bartolus, nec malè si administratori ciuitatis mandatum sit, vt mutuam pecuniam acciperet, nihil aliud inquirere creditorem debere, nec eo minùs permittendum ipsi contra ciuitatem agere, quod in rem ciuitatis pecunia versæ non probetur, *ex l. habebat 13. in princip. infr. de instit. action.* Neque verò defunt qui putent sufficere ad obligandam ciuitatem vt per eos sit accepta pecunia qui ciuitatem representant, id est qui sunt legitimi ciuitatis administratores, quod Zasius ad hunc locum scripsit. Quasi hæc lex restringenda sit ad eum casum quo ciuitatis nomine mutuam pecuniam is acceperit qui accipiendi ius nullum habuit, hoc est qui ciuitatis administrator non fuit: Contra quam Bartolus, & alij sentiant, quorum tamen sententia longè probabilior mihi videtur: quia & ciuitatibus vtilior est, cum imputari possit creditori mutuam danti pecuniam cur non fuerit diligentior, & curiosior ad inquirendum, in quam saltem causam pecunia quaereretur, si non illud quoque volebat curare, vt in vtilitatem ciuitatis pecunia verè, ac effectu ipso verteretur, *arg. d. §. vnde querit Ofilius d. l. si praedium d. leg. si in rem & d. leg. vir vxori.* Quamuis inter priuatos ignoscendum sit creditori, qui curiosior non fuit, non nec esse debuit *l. doli 17. ad fin. infr. de nouat.* Planè quin om-

ni casu is qui mutuam pecuniam accepit ciuitatis nomine, teneri debeat etiam suo propriè siue administrator fuit, siue non fuit, nemo dubitat *ex l. eum qui mutuam 13. C. si cert. pet. Et ex not. ab Accursio in leg. si pupilli 6. §. 1. in fine gloss. magn. supr. de negot. gest.* Idque siue in rem ciuitatis versæ sit pecunia siue non sit versæ, dum ne specialiter conuenierit vt priuato & proprio nomine non obligetur. Tunc enim non obligabitur, ne actus operetur vltra intentionem agentis, & aduersus conuentionem vt Bartolus ratiocinatur *ex leg. non omnis 19. supr. hoc tit.* Teneretur autem hic qui ciuitatis nomine mutuam sumpsit pecuniam siue administrator fuerit, siue non fuerit, conditio certi ex mutuo *d. leg. eum qui leg. si literas 7. C. mandar.* Aut etiam conditio ob causam dati si mutuam pecuniam acceperit quasi eam in reipublicæ vtilitatem impensurus si non impenderit, vt Bartolus concludit *ex leg. si procuratori falso 14. infr. de condit. ob caus. dat.* Quod si neque versam esse pecuniam in rem ciuitatis probare possit, neque se administratorem fuisse qualem se dixerit, multo magis idem dicendum est, vt conditio ob causam dati causa non secuta teneatur. Nihil enim facit probata qualitas administratoris ad hanc actionem excludendam. Vnde infert benè Bartolus cessare hoc casu actionem de dolo, quamuis ille qui mutuam sumpsit pecuniam falso ac dolo malo administratorem se esse mentitus sit, cum actio de dolo cum alia concurrere nunquam possit. *leg. 1. & pass. supr. de dolo.* Sed quod idem addit, dandam actionem de dolo si non probet se administratorem probet tamen versam pecuniam in rem ciuitatis, quod hoc casu conditio ob causam dati locus esse nequeat, non puto defendi posse. Quamuis enim subest necessitas dandæ actionis de dolo, quæ nunquam nisi subsidiaria est, cum & ciuitas hoc casu obligetur conditio certi ex mutuo vt hæc lex ait & is ipse qui accepit eadem conditio certi ex mutuo, vt iam diximus, teneatur? Illud planè admittere nullomodo possum quod quidam putant, eo casu quo necesse est probari pecuniam in rem ciuitatis versam esse sufficere vt probetur quod eo tempore ciuitas pecunia indigebat, nisi probetur in quam causam egebat pecunia eamque causam postea secutam fuisse, nullis aliunde nummis, corrogatis vt Cynus docuit *ad dicit. Auth. hoc ius porrectum in fin. & Angel. ad d. leg. si praedium. Alex. cons. 4. col. 2. vol. 3.* Sed si administratori numerata esset pecunia præsentem collegio, facilius admitti posset, quod vult Bartolus, nec dubitari posse quin hoc ipso satis probatum sit pecuniam in rem ciuitatis versam esse, nec alia vlla probatione sit opus. Sicuti nec cum pecunia nominatim in aliquam causam ciuitati vtilem mutua accepta est ab administratore, quamuis non probetur postea in eam rem versæ esse *l. vlt. infr. de exercit. action.*

28. G A I V S libro 21. ad Edictum Prouinciale.

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

Ad l. Creditor qui non idoneum 28.

RAT. DVB. Sunt etiam tacita quædam pacta de Tom. III.

non petendo, quæ ex actu aliquo factæque creditoris inducuntur, vt puta si creditor chirographum & cautionem debitoris ipsi reddiderit *l. 2. F*

supr. de pact. Quidni etiam cum creditor pignus accepit à debitore minus idoneū, id est minoris æstimationis quàm illud sit quod debetur? Neque enim solet pignus dari aut accipi nisi ut creditori magis cautum sit pro omni eo quod ipsi debetur *l. si mandatu 59. §. vlt. inf. mandat. l. 4. §. additi 8. infr. de fideic. libert.* Ac proinde pro qua debiti parte pignus non est idoneum, videtur creditor ipsum debitum remississe, non quidem ut liberetur debitor ipso iure, sed ut saltem ope exceptionis, Paeti scilicet de non petendo. Exemplo eius quod scriptum est in *l. vlt. C. de pact. comment. tam sup. dot.* Mulierem, quæ pro bonis paraphernalibus quasdam mariti res pignori accepit nullum in aliis mariti bonis ius pignoris habere. Sic enim dicendum est, non quomodo hic scribit Bartolus, videri eam renunciare personali actioni: Cum lex nihil aliud dicat, nisi quod *quidem in dotali instrumento hypothecæ pro his nominatim à marito scriptæ sunt, vult his esse mulierem ad cautelam suam contentam.* Neque sanè existimandum est mulierem facturam facere actionis personalis quam pro bonorum paraphernalium administratione habet contra maritum, ob id solum quod ab eo minus idonea pignora accepit: Sed adimit tantum ea conuentio ius hypothecæ generalis quam alioqui haberet mulier in omnibus bonis mariti ex illa Iustiniani constitutione. Dicitur. Conuentio in fauorem alicuius facta non debet in ipsius odium & perniciem retorqueri, ne inducatur ad vnum effectum operentur contrarium *vulg. l. quod fauore 6. C. de legib. l. nulla 25. supr. eod. ill. tit. l. legata inutiliter 14. infr. de adm. legat. l. in ratione 30. §. tametsi infr. ad leg. falcid.* Atqui pignoris conuentio & obligatio adicitur in fauorem creditoris, quo magis ei cautum sit. Plus siquidem cau-

tionis est in re quàm in persona *l. plus cautio 25. de regul. iur.* Ergo quamuis soleant prudentes creditores sibi cauere idoneis pignoribus *d. l. si Mandatu 59. §. vlt. mandat. d. l. 4. §. additi de fideic. libert.* ut possint non tantum in fortis sed etiam in vniuersarum ceterarumque omnium solutionem sufficere. *l. 2. C. de debit. vendit. pignor. imped. non pass.* Si tamen id per incuriam, aut debitoris fallaciam factum non sit, non debet ea res nocere creditori, ne sui fluuium debiti, quod ex distractione pignoris redigi non potest, possit petere *l. questum 9. in princip. & §. 1. infr. de distract. pignor.* vbi Paulus ex Pomponio scribit, Quod in dandis pignoribus adici solet, ut quominus pignus venisset, reliquum debitor redderet, superuacuum esse, quia ipso iure ita se res habet etiam non adiecto eo sic in *leg. 3. C. eod. leg. aduersus 10. C. de oblig. & action. l. vlt. §. sed si quidem C. de iur. domin. imper. l. si creditor 26. infr. de solut. Nam & de contrario h. plus ex distractione pignoris redegerit creditor quàm debeat, non creditoris lucro id credit, sed debitori actione pignoratitia restitui debet. *l. quamuis 6. §. vlt. & l. seq. infr. de pignor. act. & d. §. si si quidem.* Pignoris enim obligatio non nisi accessoria est ad principalem & personalem *leg. res hypothecæ 5. infr. de pignor. ideóque principalem nec tollere potest nec minueret.* Cum, ut diximus, idem tantum pignus datur, ut debitori magis cautum sit, non ut debiti quantitas vel augeatur ex maiore valore pignoris, vel minuat ex minore. Vnde etiam est quod reddidit pignoris non inducit tacitam conuentionem de non petendo debito, quam induceret reddidit chirographi & cautionis *l. 3. iunct. d. l. 2. vbi diximus supr. de pact.* Nec puto aliter apud Venetos obseruari, quâuis Accursius notet nõ seruari Venetiis hanc legē.*

29. PAVLVs libro 4. ad Plautium.

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

Ad l. Si infitorem 29.

RAT. DV B. Conditio certi siue ex mutuo siue ex alio contractu quolibet cum sit actio personalis quæ ex contractu nascitur, non aduersus alium potest directò competere quàm contra eum ipsum qui contraxit. Cum enim omnes contractus sint facti *l. consilio 7. §. vlt. infr. de curat. furios.* quæ autem facti sunt personalia omnino sint, nec transeant à seruo in dominum nec à filio in patrem *l. qui hered. 44. de condict. & demonstr.* Non potest videri contractum esse cū domino vel cū patre quod contractum est cū seruo vel filio. Quam ob causam necesse fuit comparari à Prætorè & proponi actionem de peculio ut ex contractu eius quæ quis habet in potestate ad finem saltem peculij pater dominusve teneatur: Qua actione nil opus fuisset si directa & ciuilis actio quæ in solidum semper competit, dari potuisset. Ergo etiam si infitorem seruū dominus habuerit, dicendum est ex mutuo quod infitor accepit, neque directò neque in solidum condici domino posse. Dicitur. Quod cum seruo infitore contractum est, perinde haberi debet, atque si cum domino ipso contractum esset *l. heres absens 19. §. pen. supr. de iudic.* quia domini hoc casu persona spectatur qui infitorem præposuit, non serui, qui præpositus est *l. vlt. infr. pro socio.* Iussu enim domini contractum hoc casu intelligitur is quem dominus præposuit *§. vlt. Instir.*

quod cum eo qui in alien. potest. quod & Paulus noster exprimit his verbis quasi iussu eius contrahatur. Dixit enim quasi pro eo quod Iulianus aperit scriptis *quia, in d. §. vlt.* Et est hic dictio quasi ex presuntia veritatis, ut Accursius loquitur, quomodo & in *l. emancipatum 7. §. vlt. supr. de Senator.* & alibi sæpè merito igitur dicendum est ex eo contractu condici posse domino, & directa actione, & in solidum *d. §. vlt. d. l. vlt. pro socio. l. si quis mancipis 17. in princip. & §. vlt. infr. de instir. act.* Nempe si quis contraxerit cum seruo ex eâ causa in quam præpositus sit, ut bene Accursius notat *ex l. cuiusque 5. §. non tamen l. habebat 14. in princip. eod. ill. tit. l. vlt. de exor. act.* A loqui nec cum infitore contractum videri potest, nec dominum habere obligatum. Et hæc vera ac genuina legis huius sententia est. Non quam adfert Bartolus, existimans conditionem quasi esse notam similitudinis, eo sensu ut æquiparet Paulus infitorem procuratori. Et si enim verum est quod ille ait, infitorem eum esse qui proponitur certæ administrationi quæstuarie & vniuersali, Procuratorem verò, qui ad vnum duntaxat actum *leg. si cum villico 16. leg. pen. in princip. & pass. de instir. act.* nullum tamen in tota hac lege de procuratore verbum est. Nec ait Paulus, eum qui cum seruo infitore contraxit, perinde habendum, atque si cum procuratore contraxisset, sed perinde ac si cum domino, quod longè diuersum est.

Ad l. Qui

30. IDEM libro 5. ad Plautium.

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

Ad l. Qui pecuniam 30.

RAT. DV B. Quod per te stat quominus fiat pro facto haberi debet in tui præiudicium *leg. si per te 9. C. de vsur. leg. hominem 37. infr. mandat. leg. in iure ciuile 161. de regul. iur.* Atqui cum quasi pecuniam creditam accepturus spondisti creditori futuro, & pecuniam numeraturo, in tua potestate est accipere, & si non accipias per te solum stat non per stipulatorem qui paratus est numerare. Ergo perinde haberi debet quod ad te pertinet acti accessisset: ut proinde non sit in potestate tua facere ne accipiendo aut non accipiendo pecuniam te obstringas stipulatori. Nec tantum ipso iure veluti cum quis stipulanti promittit sine causa *leg. 2. §. circa de doli mal. leg.* sed etiam cum effectu. Dicitur. Stipulatio quæ fit & in verponitur prætextu futuræ numerationis, totam vim & substantiam accipit ex numeratione & per eam impletur. Alioquin inanis & vacua est *leg. cum enim 7. iunct. leg. præced. §. 1. infr. de nouat. leg. contra etiam 6. cum legib. præced. infr. de SC. maced. leg. si ita stipulatus 226. §. Chryfogonus vers. planè de verb. oblig.* nec habet nisi nudam verborum sonum, qui licet sufficiat ad producendam obligationem summo iure cum verba fuerint idonea & solemnia, ea tamen obligatio & quæ ex ipsa nascitur actio doli mali exceptione eliditur *d. leg. 2. §. circa de doli mal. except.* Sicut & pecuniæ solutæ professio facta spe futuræ numerationis obligationem non perimit *leg. interest 21. C. de solut. leg. si quasi 7. C. de non numer. pecun.* Proinde quandiu non est numerata pecunia, non potest cum effectu teneri ille qui eam quasi accepturus spondit, quia nec cogi potest eam accipere, cum licet credere ita mutuum pecuniam accipere non sit necesse *leg. quod si minor. 24. §. restitutio supr. de minor.* Vnde est quod in pignore promutua pecunia obligato spectandum est tempus numerationis non conuentio *leg. pen. infr. quæ res pignor. oblig. poss.* Nisi cum pignus pro dote datum est quæ ex postfacto soluta & numerata sit. Non enim solutionum tempora hoc casu spectanda sunt sed de contractæ obligationis, ne alioqui sit in potestate soluentis aut accipientis solutionem, facere mulierem indotatam ut eleganter Papinianus tractat in *leg. infr. qui potior. in pignor. hab.* Extra hunc casum condicio potestatiua numquam retrahitur, sed ea tantum leg. vel casualis sit, vel mixta *l. qui balneum 9. l. potior 11. in princip. & §. 1. eod. & ple. riq. que alius casibus secuta numeratio declarat, quid antea fuerit l. sed & si quid 25. §. 1. & seq. supr. de vsufr.* Nec quod promissor non accipiendo pecuniam mutuum facit, ut non sit obstrictus stipulatori, damno afficit stipulatorem cum pecuniam adhuc penes se habeat, nec idem eueniat, ut ex eius iactura promissor locupletetur, quod certè ferendum non esset. Neque rursus obstat quod contractus qui ab initio sunt voluntatis, ex post facto sint necessitatis *vulg. l. sicut 5. C. de oblig. & action.* Nec enim contractus

Tom. III.

hic impletus, & perfectus esse intelligatur ante numerationem ut diximus. Planè cum stipulatio iam interposita sit, non est in potestate promissoris facere non accipiendo pecuniam, ut non sit obligatus ex sua promissione summo iure, sed est tamen in ipsius arbitrio & potestate ne cum effectu obligetur, quandoquidem effectum habere non potest stipulatio quasi mutuae pecuniæ si numeratio nulla secuta sit. Quærit Accursius, Quid si quis pecuniam sub vsuris acceperit, in certum tempus, & eam ante tempus velit soluere, ut se ab vsuris futuri temporis liberet, an sit audiendus, præteriti donec axat temporis vsuras offerens? Et respondet rectè, non esse audiendum, *ex l. qui Romæ 122. in princip. infr. de verb. oblig.* Sed addere debuit, quod probatur optime *ex d. l. qui Romæ & quod tamen mirabilius est.* Nec si oblatio congruo loco & tempore facta proponatur. Nec enim eiusmodi oblatio sistere potest carum viuarum quæ non ex mora debentur sed ex conuentione & ex stipulatione quæ ab initio certam suam legem habuit cui postea derogare alteriter non potuit, ut nos pluribus explicauimus *ad d. l. qui Romæ lib. 1. Coniect. cap. 1. Lunge l. vero procurator. 11. §. pen. infr. de solut.* Ex qua ratione apparet malè Bartolam distingere an agatur de vsuris pecuniæ fenebris ex stipulatione debitis, & quæ non nisi ex stipulatione deberi possunt *l. 3. C. de vsur. l. Titius 24. infr. de præscr. verb.* an verò de vsuris & accessionibus frumentivæ olei mutuo dati quas etiam ex nudo pacto dum in continenti appposito deberi placuit *l. frumenti 17. l. oleo 23. C. de vsur.* quasi posteriore hoc casu contractus mutui licet nominatus degeneret in contractum innominatum quod pertinet ad vsuras, ideóque admittat locum pœnitentiæ *ex l. si pecuniæ 5. infr. de condict. ob caus.* Nam cum nihil interest, an promissum quid sit per stipulationem, an per pactum incontinenti appositum, quando tale est, quod etiam per pactum promitti possit, ita ut ex eo pacto detur actio *l. lecta 40. infr.* non magis ex postfacto immutari potest lex dicta contractui per pactum, quàm per stipulationem. Sicuti nec eorum distinctio recipienda est, qui putant interesse an creditori cui offeruntur vsuræ, ante tempus alium habeat cui possit sub iisdem vsuris acceptam pecuniam credere, an non: Neque enim mutare debitorem cogendus est creditor, qui semel sibi bene cauit *l. 1. C. de nouat. l. 3. infr. de separat.* Planè si quis se obligauerit spe futuræ numerationis & accipiendæ pecuniæ vsuras promissit, non eo minus liberum ei esse debet pecuniam non accipere, atque ita ab vsurarum incommodo se liberare. Siue quod contractus hic videri possit innominatus in quo proinde locus est pœnitentiæ re adhuc integra ut Castrensis disputat *ex d. l. si pecuniam*, vbi dicemus latius, siue quod vsurarum promissio, quæ non nisi accessoria est, principalem obligationem, quæ conditionem ab initio habuit voluntariam, immutare non possit nec facere ut cui fors nulla debetur vsuræ aliquæ debeantur. Siue promissio fortis collata fuerit in futurum tempus, puta si promissum restitueret pecuniam quæ

F 2

mihī numerabitur, siue in præteritum quia confessus sum me accepisse spe tamen futuræ numerationis: Nihil enim refert nisi quod priore casu nulla est nata obligatio nec naturalis nec ciuilis ex promissione tanquam facta sub conditione quæ num-

31. IDEM libro 17. ad Plautium.

Cum fundus, vel homo per conditionem petitus esset: puto, hoc nos iure uti, ut post iudicium acceptum causa omnis restituenda sit: id est omne, quod habiturus esset actor, si litis contestandæ tempore solutus fuisset.

Adl. Cum fundus 31.

RAT. DVB. Certi conditio est stricti iuris, ut sunt conditiones omnes, quarum quippe nulla enumeratur inter actiones bonæ fidei in §. actionum Instit. de action. Conditio autem nihil nisi repetitio est, id est que solemus dicere conditionis actione id solum repeteri quod solutum est l. i. c. de condit. in deb. At qui fructus fundi vel hominis per conditionem petiti, numquam actoris fuerunt, nec magis illi qui post, quam qui ante litem contestatam percepti sunt, quandoquidem ex re aliena perceptos eos esse necesse est, cum nemo rem suam possit condicere nisi à fure l. ult. sup. v. sup. quem caueat. Fructus enim non nisi iure soli ac dominij percipiuntur l. qui scit 25. §. 1. inf. de usur. Ergo fructus in conditionem venire numquam possunt, non magis quam usuræ quæ vicem fructuum obtinent, nec facile à fructibus separari possunt l. usura 34. inf. eod. ill. tit. DE C. Quale quid est cum petitur tale dari debet l. 2. eod. tit. Ne altoqui improbo litigatori qui nullo iure litem contestatur, sua profic frustratio, contra l. hominem 37. inf. mandat. Nam & litis contestatio facit malæ fidei possessorem etiam eum qui antea bonæ fidei possessor fuit. Sunt enim possessores omnes post litem contestatam pares id est prædones l. sed & si 5. §. si ante sup. de hered. petiti. l. si homo 45. sup. de rei vindic. Iniquum autem esset malæ fidei possessorem lucrari fructus quos ex re aliena percepisset l. & ex diuerso 35. §. 1. eod. ill. tit. Ergo debet is qui conditione conuenitur fructus omnes restituere quos percepit, adeoque quos percipere potuit à die litis contestatæ l. si nauis 62. §. 1. eod. quia eos percepisset aut percipere potuisset petitor si litis contestandæ tempore præstita ei res fuisset: Quod omne vno causæ nomine significare & exprimere prudentes nostri solent l. præterea 20. eod. d. l. 2. de usur. & alibi passim. In eoque par conditionum omnium causa est quæ in personam actiones semper sunt §. appellamus Instit. de action. & de quibus Papinianus in d. l. 2. de usur. Ad differentiam actionis in rem id est vindicationis, in qua distinguendum est, an bonæ an verò malæ fidei possessor sit is qui conuenitur. Nam malæ fidei possessor tenetur omnes omnino fructus restituere, etiam perceptos ante litē contestatam, adeoque consumptos, bonæ fidei verò possessor non item sed quos percepit dumtaxat à lite contestata l. certum 22. c. de rei vind. quamuis non sit cogendus, bonæ fidei possessor ius suum tam facile indefensum relinquere l. illud 40. vbi dixi sup. de hered. petiti. Ad periculum restituendorum fructuum, quorum scilicet restitutione damnum nullum incurrit sed litem dumtaxat amittit. Sed tamen in conditionibus

quam exitit l. Stichum 6. de l. 1. cedere diem 213. de verb. signific. Posteriore verò & naturalis & ciuilis obligatio nascitur ex stipulatione, & consequenter actio sed quæ per doli exceptionem eliditur, & ita fit sine effectu d. l. 2. §. circa de doli mal. except.

bus quoque adhibenda distinctio est si de fructibus ante litem contestatam perceptis queratur. Conditiones enim quædam sunt, quæ nihil nisi repetitiones sunt eius scilicet rei quæ aliquando nostra fuit, cuiusmodi est conditio indebiti de qua in d. l. 1. c. de condit. in deb. ob rem dati re non secuta. Ob turpem vel iniustam causam vel sine causa. Et in his conditionibus omnes fructus veniunt, etiam qui ante litem contestatam percepti & consumpti sunt, quia sunt naturales ut Paulus loquitur in l. indebiti 15. inf. eod. ill. tit. id est naturalem habentes æquitatem quod æquissimum sit rem meam quæ ex falsa vel ex nulla, vel ex iniusta causa ad te peruenit mihi restitui: Ceteræ enim conditiones, licet non pugnent cum æquitate, magis tamen mera iuris ratione, quam æquitate nituntur: Qui autem factio suo proprio dominium rei suæ amisit, non ita facile admittendus esset ad repetitionem nisi æquitate maxima adiuuaretur: quæ porro æquitas tanto fauorabilior eum facit, ut fructus omnes restitui oporteat, quia conditiones istæ per quas res repetitur, hoc ipso dantur ad rei restitutionem, non etiam illæ quæ competunt ad dandum licet ex iis quoque fructus restituatur. Non autem restitui res videtur si non fructus quoque omnes restitui: etur l. videamus 38. in princip. & §. 1. & seq. §. in Fauiana & §. si actionem infra de usur. in d. l. plus est in restitutione 22. l. hac verba 73. l. restituere 75. l. vlt. de verb. signific. Restitutionis enim verbo, tota rei utilitas continetur l. cum Prator 81. eod. tit. Extra has conditiones, aliæ omnes petitiones tantum sunt, non etiam repetitiones, id est que non restitutionem rei continent, sed solutionem ut hæc lex loquitur: Proinde nec fructus in eas venire possunt propter ipsius rei restitutionem sed dumtaxat tanquam causa, id est, tanquam id quod habiturus fuerat actor si litis contestandæ tempore soluta ei res fuisset, id est, si petitam rem præstare quam litem contestari maluisset, nec enim potest negari quin saltem exinde iudicalem moram fecerit l. nemo 82. §. 1. de verb. oblig. nisi in singulari casu l. 3. §. 1. inf. de usur. Fructus autem hæc quoties dico naturales accessiones intelligo, id est, quæ ex re ipsa petita naturaliter nascuntur, de quibus in d. l. indebiti, & d. l. videamus. Non etiam ciuiles, quales sunt usuræ quæ non natura sed iure percipiuntur, ut eleganter Papinianus scribit in d. leg. si nauis 62. in princip. de rei vindic. Usuræ enim ex conditionibus nullæ vniquam præstantur, id est ne quidem illius temporis quod secutum est litem contestatam, nec si agatur de conditione naturali puta indebiti d. leg. 1. c. de condit. in deb. quia scilicet usuræ non ex pecunia ipsa quæ sui natura sterilis est, nec aliam pecuniam parit sed ex negotiatione percipiuntur, nec proinde certum est eas percepturum fuisse actorem etiam si litis contestatæ tempore soluta & pecu-

& pecunia vel restituta fuisset. Quamuis usuræ quæ ante litem contestatam deberi cœperunt, non idcirco desinant lite contestata currere, qui sensus est l. lite contestata 35. inf. de usur. ut docuimus in Error. 1. Decad. 1. de error. pragmat. Nolo tamen quod dixi de fructibus naturalibus ad eos restringere, qui specialiori nomine naturales appellantur ad differentiam industrialium. Nam & industriales naturales sunt, & ex facto naturæ proueniunt, licet etiam factum hominis & culturam requirant leg. bona fidei 48. de acquir. rer. domin. §. si quis à non domino Instit. de rer. diuis. Denique industriales quæque fructus accessiones naturales sunt non ciuiles. Idem ergo etiam in illis iuris est, & de

omnibus intelligendum quod scriptum est in l. Iulianus 17. aliàs l. si hominem §. 1. sup. de rei vindic. leg. Iulianus §. quantum sup. ad exhib. Nihil autem interest an hic legas litis contestandæ ut Florentiæ, an ut vulgo litis contestatæ. Idem enim tempus est sicut & accipiendi iudicij & accepti. Bonæ fidei iudiciorum alia ratio est. In iis enim accessiones omnes & naturales & ciuiles debentur ex die moræ, sicut & in legatis & fideicommissis petitis per actionem ex testamento, quæ licet stricta sit sui natura, hac parte tamen actionum bonæ fidei ius & naturam imitatur l. mora 32. §. in bona fidei d. l. videamus 38. §. ex causa & seq. inf. de usur. l. in minorum 3. c. in quibus causis restit. in integr. restit. non est.

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

Ad §. 1. Seruum tuum.

Obscurus est hic §. & valde intricatus, ut sunt aliæ ferè omnes quæ ex libris Pauli sumptæ sunt leges, quemadmodum ex Accursij glossis & aliorum interpretum commentariis facile est intelligere. Speciem §. fingere & quod Sabinus & Cassius tibi voluerint explicare non est difficile. Sed quid Iulianus ad Sabini & Cassij sententiam addiderit, quid rursus Paulus ad Iuliani additionem, hoc verò est quod obscuram facit loci huius interpretationem. Species igitur ita constituenda est, Seruum tuum Stichum imprudens ego emi à fure Mæuio, id est bona fide cum Mæuij eum esse existimarem. Is Stichus cum haberet peculium duplicis generis ut & in leg. hinc queritur 19. §. 1. inf. de pecul. vnum quod ad te verum dominum, alterum quod ad me bonæ fidei emptorem pertinebat, ex peculio tuo comparauit Pamphilum à Sempronio. Pamphilum tradidit mihi Sempronius. Illa incurrit prima inspectio, Cui sit acquisitum Pamphili dominium, mihi an tibi? Videbatur enim tibi acquisitum, cum & à Stichio verè tuo, & ex re tua comparatus esset. Sed tamen verius est mihi esse acquisitum non tibi, non ob id tantum, quod seruo tuo Stichio traditus non sit sed mihi. Verum etiam quia non potuerit acquiri tibi per seruum tuum quem non possideas. Nec si seruo tuo Stichio non mihi traditus esset Pamphilus l. si seruus 21. inf. de acquir. rer. domin. qua miror abuti Accursium, ut contra putet. Solus enim casus ille excipitur quo acquiratur aliquid per seruum fugitium, aut cum quo liberale iudicium ordinatum sit l. si cui 25. §. vlt. inf. de liber.

caus. Consequens igitur est, ut Pamphilus, qui per Stichum seruum tuum acquiri tibi non potuit, acquiratur mihi Stichum bona fide possidenti: Ex regula iuris quæ vult ut quibus casibus seruus vnus bona fide ab alio possessus domino acquirere non potest, aut liber homo sibi, acquirat omnimodo bonæ fidei possessori si aliud nihil obstat leg. qui bona fide 23. §. generaliter inf. de acquir. rer. domin. leg. liber homo 20. de stipul. seruar. Sed hoc ita si ut posuimus Pamphilum tradidit mihi Sempronius, non Stichio seruo tuo: Alioqui si Stichio traditus esset non magis acquireretur mihi, quam tibi, aut ipsi seruo, qui acquisitionis omnino incapax est: quamuis acquireretur homini libero bona fide seruianti, cuius in eo ut in aliis plerisque melior condicio est, quam serui d. leg. si seruus. Ideoque nimirum ponit bene Paulus traditum mihi à Sempronio fuisse Pamphilum, ut appareat ex traditione illa meum factum esse. Nec est quod quis obiiciat errasse Sempronium in tradendo Pamphilo cum tradidit eum Stichio tanquam seruo meo, qui erat tuus. Neminem verò errantem suam rem amittere leg. si procurator 35. eodem titulo leg. 3. §. subtilius inf. de condit. caus. dat. leg. falsus 43. in princip. & §. 1. inf. de furt. leg. si quis vxori 62. §. cum Titio leg. si is qui rem pignori 66. §. si tu Titium eod. titul. leg. & si consensus 15. §. vlt. de empt. Non enim hic error vilis est in voluntate Sempronij dominium rei suæ transferre in Stichum volentis, sed in opinione tantum quod putet Stichum seruum meum esse, cum tuus sit. Qui error licet non sit in causa, ut malè putat Accursius, sed in persona eius qui dominus sit Stichus, non tamen

magis impedit translationem dominij quam si esset error in causa, qui numquam impedit, ut apparet extoto Tit. de condit. indeb. Tanto que minus in casu proposito, quod non cum eo contractum est qui se dominum Stichum falsò diceret ut in d. leg. falsus, cum eo qui se creditorem aut procuratorem falsò affererat, sed cum Stichus ipso in cuius persona nullus error suberat neque substantiæ neque accidentis. Hoc igitur ita posito ait Paulus Sabini & Cassium existimasse, posse te Pamphilum mihi condicere, quod ex Iuliano quoque scriptum est, & ab eo probatum in l. si seruus 24. §. 1. infr. de action. empt. Conditionem tibi dant non vindicationem, quia dominium mihi acquisitum fuit non tibi, per traditionem scilicet mihi factam: Nemo autem rem suam condicit nisi à fure l. vlt. supr. V. supr. quem caueat. Ego verò fur non sum, qui & bona fide Suchum emi à Mæuio quamuis fure, & Pamphilum à Sempronio æquè bona fide quasi meum accepi. Cur verò tibi datur conditio, cessante vindicatione? Nempe quia licet per traditionem mihi factam effectus sim dominus, at tamen verum est ex falsa causa dominium ad me peruenisse. Nec enim Pamphilum hunc mihi tradidisset Sempronius nisi Stichum meum esse existimasset, solutumque Pamphilum precium ex meis nummis, quod tamen fuerat solutum ex tuis. Ei namque rem venditam tradere venditor solet & debet à quo vicissim dominium nummorum precij sperare possit l. ex empto 11. §. 1. de action. empt. Non autem potuit ab alio, quam à te sibi acquirere dominium nummorum, qui ex tuo erant peculio. Sed quænam erit hæc conditio? An fortè indebiti saltem vt illi ad euitandum circuitum ut in l. dominus 53. infr. de cond. indeb. l. videamus 5. infr. si cui plusquam per leg. falcid. ut sentit Accursius? Non puto. Neque enim conditio illa datur alij, quam ei ipsi qui soluit l. 1. & pass. de condit. indeb. aut cuius saltem nomine solutum fuit l. 2. l. indebitam 47. eod. tit. extra casum l. nec nouum 5. iunctis trib. preced. eod. tit. non etiam illi cum quo nullam negotium gestum est d. l. 2. l. si in area 33. eod. tit. Sicuri neque contra alium datur, quam contra eum cui solutum fuit, non contra eum cui solutio proficit l. his solis 49. eod. tit. Hæc autem nullam inter me & te gestum est negotium, neque inter te & Sempronium, sed tantum inter Sempronium & me. Dicendum igitur est, potius conditionem illam esse sine causa: nec recurrere nos oportere ad vtilem conditionem indebiti quam hæc Accursius noster cõminiscitur, nec enim negari potest, sine causa esse penes me Pamphilum, cum neque per seruum meum sed per tuum emptus fuerit, neque ex nummis meis, sed ex tuis. Ad eò ut & Stichum ipsum tanquam tuum vindicare possis si velis, & præterea nummos peculiatos ex quibus soluit precium Pamphili, si adhuc extant, ut hæc scriptum est siue ex Iuliano siue quod probabilius est ex Paulo ipso. Quid enim est quod Stichi dominium & nummorum quos ex peculio tuo habebat, auferre tibi potuerit? Sed hoc ita tamen quantum ad nummos pertinet, si Pamphilum præterea nolis condicere. Nam si condicas Pamphilum æquum non est vt liceat tibi etiam nummos vindicare à Sempronio, qui mihi tenetur de euictione Pamphili, & quem ita necesse esset & suo Pamphilo, & Pamphili precio carere: quod euidenter absurdum & iniquum esset, quando quidem nec re vendita dominium aliter discedere potest à venditore domino, & in emptorem transire, quam si pre-

cium ab emptore solutum sit translatum pecuniæ dominio in venditorem, aut aliter eo nomine satisfactum l. quod vendidi 19. l. vt res 53. de contr. empt. §. vendit. Inst. de rer. diuis. Sicque intelligi debet quod de conditione Pamphili & vindicatione tuorum nummorum tibi danda traditum est in hoc §. vt scilicet alterutra actione contentus esse debeas nec vtramque exercere possis, quod & ex sequentibus clariùs apparebit: Aliud est si de vindicando Stichum tractemus. Nihil enim prohibet quominus & Pamphilum condicas mihi, & Stichum quoque à me vindices, cum & Stichus iam tuus sit, & Pamphilum tuum fieri æquum sit, ob rationem quam supra attulimus. Ceterum si hominem mihi condicas, quem Stichus seruus tuus emit quidem ex nummis tuis, sed qui traditus mihi est, id est Pamphilum, æquum erit mihi vicissim contra te actionem dari de indemnitate, si quid vicissim mihi abis eo nomine, id est si quid damni & incommodi passus sim ob id quod Pamphilus mihi traditus meique effectus fuerit: Vt puta si ex eius delicto actione noxali conuentus maluerim damnum decidere quam eum noxæ dedere l. si bona fide 12. & seq. supr. de noxal. act. aut ex malo ipsius contractu de peculio, quod ille à me habebat, præstare aliquid coactus sim. Cum enim per conditionem id agas, vt Pamphilus qui hodie meus est tuus fiat, tanquam qui ab initio tuus fieri debuerit, eam omnium rationem haberi oportet quæ haberetur si tuus ab initio fuisset: Quo casu nullum vtique ex eius delictis aut contractibus damnum passus fuisset, sed totum quantum id tuo damno & incommodo cessisset. At quantum ob secro actione? Quin quicquid à me præstitum est ob acquisitionem Pamphilum impenderim verè in rem meam aut saltem ob rem meam, & animo me liberandi potius quam alium obligandi: Quod cum accidit, placet nullam eo nomine actionem competere sed tantum retentionem l. in hoc iudicium 14. §. 1. l. si quis 29. supr. Commun. diuis. aut si per errorem omissa sit retentio, dandam solius possessionis conditionem l. qui exceptionem 40. §. si pars infr. de condit. indeb. Atque ita sentit Azo apud Accursium, sed malè, ac omnino improbabiler, nec enim agitur vnquam per retentionem, & in libris nostris passim actioni opponitur retentio; neque verò possidenti & ius retentionis habenti vltro dari solet actio §. 1. Inst. de action. l. 1. infr. de pignor. Melius ergo Accursius post Hugolinum actionem dari negotiorum gestorum de peculio mihi contra te qui condicis Pamphilum ex l. atquin 19. §. si libero supr. de negot. gest. quia reuera & effectu ipso gestum tuum negotium, postquam per conditionem auocas à me Pamphilum, licet in ipso gestu non habuerim animum te obligandi: Plerumque enim id accidit vt extra id quod agitur, tacita obligatio nascatur, inquit Pomponius in l. si quis 13. in fin. infr. commod. Sed tamen actio hæc non datur, nisi cum adiectione illa de peculio vt ex Sabino & Cassio in hac ipsa specie scribit Iulianus in d. l. si seruus 24. §. 1. de action. empt. quia non vltra peculij taxationem condemnandus est dominus, vt scriptum est in §. vlt. eod. leg. vbi licet agatur de domino serui vendentis, non aliud tamen iuris est in domino serui ementis. Vtroque si quidem casu dominus ex serui contractu conuenitur: quæ res inducit actionem de peculio. Eamque adiectionem à Paulo hæc prætermisissam fuisse miror. Sequitur apud Paulum & hoc verum est. Quæ verba notari volo aduersus errorem Accursij

Accursij à nobis iam refutatum, qui conditionem de qua diximus interpretatur de vtili conditione indebiti: Quasi ex æquitate tantum detur & circuitus vitandi gratia non ex mera iuris ratione. Quod si ita esset, æquum diceret Paulus debuerat Sabini & Cassij sententiam, non veram. Quidni autem vera videri debeat in eo quod dat tibi contra me Pamphili conditionem? An fortè quod directa conditio tibi contra Sempronium dari potius deberet? vt putant interpretes. Hoc verò tam falsum ego esse arbitror, quam vera est contraria Sabini & Cassij sententia. Nam quod affert Accursius ad Sempronium conditione obligandum, quia, inquit, non fuit liberatus cum alij soluerit id est Pamphilum tradiderit quam cui debuit [tradendus enim tibi erat, non mihi cum & Stichi dominus esses, qui euebat, & nummorum quos in causam precij soluebat] sanè ad rem non pertinet. Quid enim possis Sempronio imputare cur Pamphilum quem vendebat tradiderit mihi, quem Stichi emptoris dominum esse existimabat, itémque nummorum ex quibus precium soluebat? Sed esto quod vult Accursius posse imputari Sempronio cur mihi Pamphilum tradiderit, potius quam tibi. Nihil aliud ex eo inferre possis, nisi quod perinde teneri debeat ac si nondum Pamphilum tradidisset: quo tamen casu non conditione teneretur ad dandum Pamphilum sed actione ex vendito ad eum tradendum, quod longè diuersum est. Hoc autem, quod ex Sabini & Cassij sententia Paulus dixerat posse te mihi Pamphilum condicere & inuicem me tecum agere si quid ex Pamphili negotio mihi abis, verum esse probat his verbis, Nam & Iulianus ait videndum ne dominus integrum ex empto actionem habeat, venditor autem possit condicere bona fidei emptori. Quæ tamen ratio quò pertineat difficile videtur dicere, cum probet potius non esse tibi dandam conditionem contra me sed Sempronio, tibi verò actionem ex empto contra Sempronium: Et sanè hoc ipsum est quod Iulianus ait, sed vt probet id quod ex Sabino & Cassio regulerat posse te mihi Pamphilum condicere: argumeto à maiori ad minus, vt ego quidem arbitror, in hunc modum explendo. Nam si tibi domino Stichus, qui à Sempronio ex tuis nummis emit Pamphilum, permittendum est vt agas ex empto contra Sempronium, quæ sita nimirum tibi actione personali ex contractu serui tui, quæ per traditionem mihi factam tolli summo iure non potuit, si tu factam mihi traditionem ratam habere nolis, multo magis dicendum est, si è contrario ratam habeas traditionem mihi factam, atque ita actionem ex empto omittas quæ stricto iure tibi competit, dandam tibi esse conditionem contra me, quasi quæsito mihi per eam traditionem dominio Pamphili, sed tibi restituendo in vicem actionis ex empto quam amittis contra Sempronium si malis Pamphilum mihi condicere, quam contra Sempronium agere ex empto ad traditionem: Nec enim aliqua in eo mihi aut Sempronio fit iniuria. Non mihi, quoniam nihil mea interest an condicatur mihi Pamphilus à te, an à Sempronio cum retinere illum non possum nec effugere quia eum tibi restituere debeam, si me rectè conuenias, aut Sempronio si contra Sempronium malis agere ex empto vt eum tibi tradat, quippe quem non aliter possit tibi præstare, quam si eum mihi condicatur: Nec rursum Sempronio, cuius similiter nihil interest an mihi potius Pamphilum condicas, cum

ita fiat vt ipse ab actione ex empto liberetur, nec de condicendo Pamphilo laborare amplius debeat. Eadem ergo iuris ratio facit vt Pamphili nomine teneatur tibi Sempronius ex empto, & simul possit eum mihi condicere, nempe quia tradendo illum mihi, tradidit vtique alij quam cui ex contractu tradere debuit, cum actio ex empto nulla mihi acquiri potuerit per Stichum: qui tuus fuit non meus, & ex tuis nummis non ex meis Pamphilum comparauit, nec eo minus tamen transtulit Sempronius in me dominium per traditionem cum transferendi dominij & animum & causam habuerit. Quænam autem erit rursum hæc conditio? An certi generalis aut indebiti, vt putat Accursius? Ne hæc quidem, sed conditio sine causa vt in præcedente casu diximus. An non enim verè potest dicere Sempronius esse Pamphilum penes me sine causa, cum à te conuentus actione ex empto cogitur eum tibi tradere aut præstare quanti tua interest eo nomine, nullo tamen à me aut ex meis nummis accepto precio? Illa tantum dubitatio incurrit, quæ nec Accursius noster prætermittit. Cur non vindicatio Pamphili detur Sempronio potius quam conditio, cum Pamphili dominium à Sempronio numquam recesserit, quia nec dominium nummorum tuorum quos pro precio Stichus soluit à te ignorante recedere potuit d. §. vendit. Inst. de rer. diuis. d. l. quod vendidi 19. l. vt res 53. de contr. empt. Sed bene respondet Accursius conualescere solutionem precij, tuorumque nummorum dominium in Sempronium translaturum intelligi ex eo quod tu agendo ex empto contra Sempronium ratam habeas precij solutionem, quia nec aliter ex empto agere emptori permittitur, quam si prius offerat precium venditori l. Iulianus 13. §. offerri de action. empt. Nam quemadmodum is, qui ex vendito petit precium etiam tanquam procurator venditoris hoc ipso adprobat venditionem l. seruum Titij 49. infr. mandat. Ita & è contrario qui agit ex empto ad rem tradendam, eum necesse est in antecedens necessarium ratam habere precij solutionem, vt & in l. non omnis 19. §. vlt. supr. conciliatur mutuum ex postfacto alienæ pecuniæ creditæ, sed consumptione, hæc ratihabitione. Sequitur apud Paulum

Quod ad peculiare nummos attinet. Hoc verò iam ex parte explicauimus in præcedentibus, nec rationem obscuram habet, cur tibi vindicatio nummorum data sit quos ex peculio tuo Stichus Sempronio soluit. Manserunt enim tui, cum eorum dominium à te inuito vel ignorante discedere non potuerit: melior enim condicio nostra fieri potest per eos quos in potestate habemus, deterior non potest l. melior 133. de regul. iur. Potest autem quisque vindicare id quod suum est l. Quintus 27. §. argento infr. de aur. & argent. legat. l. in rem 23. supr. de rei vindic. Sed hoc ita si nummi extant, quia vulgaris illa formula vindicationis hanc rem ex iure Quintum meam esse aio, non nisi in rem extantem, ad eoque præsentem cadere potest. Ideoque hos nummos si vindicare velis, necesse est te probare eos ipsos, esse qui ex tuo peculio sunt & eadem ipsa corpora nummorum quæ Stichus seruus tuus Sempronio soluit. Etsi enim consistunt in quantitate, vindicantur tamen per modum speciei non quantitatis nec permutationem id est functionem in suo genere recipiunt, quomodo alioquin nummi solent l. sed si certos 51. infr. de legat. 1. iunct. l. plane 34. §. sed hoc ita eod. tit. Vnde est quod neque cum quantitate compensantur

quia speciei ad quantitatem non fit compensatio, ut neque in actionibus in rem olim ante leg. vlt. C. de compensat. Idque est quod Paulus subiicit sed actione de peculio tenetur venditori ut precium soluat ut intelligamus non fieri compensationem nummorum adhuc extantium cum pecunia quæ debetur per actionem de peculio, ne quidem ad concurrentem usque quantitatem, ut nec in leg. si creditor 37. §. 1. infr. de pecul. Teneris ergo Sempronio actione de peculio ex contractu Stichus serui tui qui emit Pamphilum nec soluit precium. Non enim videri potest soluisse cum soluerit ex nummis tuis quos tu hodie vindicabas, leg. quod euincitur 190. de regul. nec solum videtur quod euincitur leg. si rem meam 20. leg. si quis aliam 46. leg. qui res 98. infr. de solut. Cumque seruus tuus contraxerit, quamuis contractum eius ratum habere nolis, qui nummos vindicabas, facere non potes, quin ex eius contractu, sicut ex cæteris, saltem de peculio tenearis. Nam quominus vindicabas nummos tuos, prohiberi non potes, nec si Sempronius paratus sit præstare tibi conditionem, quam aduersum me habet. Potest enim ea re exceptionem acquirere aduersus conditionem ut in leg. cum quis 38. §. de solut. Sed non æquè aduersus vindicationem. Nemo siquidem suam rem ideo amittere cogendus est quod indemnitate ab alio consequi possit leg. nec quasi 70. de rei vindic. supr. leg. non enim 9. infr. rer. amot. leg. nemo ideo 171. de regul. iur. Aded potentius est ius vindicationis, quam conditionis, quoniam & longè plus est, meum iam quid esse, quam mihi adhuc esse debitam. Quamquam illud etiam dici potest, licet minus apponit, quod Accursius respondet, in specie d. leg. cum quis §. 1. fauorabiliorem esse causam debitoris qui ex creditoris sui mandato, quod reuocatum ignorabat, Titio soluerat, quamuis dolo malo nummos creditoris intercepti & furanti, quia mandatum soluendæ pecuniæ præcesserat, nec eius reuocatio denunciata fuerat debitori, quem proinde summa ratio æquitatis & bonæ fidei tuebatur. Cæterum nullo casu posse vindicantem exceptione summoeri ob id solum quod aliquam ei actionem præstare velit. Ex eo intelligimus, quod neque in personalibus actionibus alio casu id obtinet, quam quo is qui conuenitur non alia de causa tenetur, quam quod habeat actionem leg. quod debetur 51. infr. de pecul. Atqui possessor numquam tenetur vindicatione ob id quod actionem aliquam habeat, sed quia possidet. Nascitur enim vindicatio ex præsentis possessione leg. non aliis 24. §. sed si postulat supr. de indic. quam differentiam non bene videtur obseruasse Accursius: Sequitur

d. Si consumpti sunt, actio de peculio euascent. An quasi facta compensatione inter te & Sempronium vindicationis & actionis de peculio, ut Ioannes putabat? Minimè. Nam ut bene ratiocinatur Accursius, cum peculiare nummi consumpti sunt, vindicari amplius non possunt, nec alio modo villo auferri Sempronio, cui pro precio Pamphili Stichus seruus tuus eos soluerat. Proinde cessante vindicatione, & nummis consumptis, neque res neque actio vlla superest, quæ compensari possit cum actione de peculio. Sed nec de peculio actio vlla superesse potest Sempronio contra te, quandoquidem non alia de cau-

sa poteras conueniri de peculio quam quia nummos tuos vindicabas, atque ita faciebas ut Sempronius venditor & tuo Pamphilo, & eius precio carere cogere, cum tamen ex eius contractu tenereris precium Pamphili soluere saltem ad finem usque peculij. Consumptis igitur nummis, qui proinde vindicari & auocari amplius non possunt, consequens est euascescere actionem quoque de peculio cui sola nummorum vindicatio causam dabat. Inducit enim consumptio amissionem dominij, facitque ut concilietur solutio quamuis ex alienis nummis facta, cum erinde verum sit pecuniam auocari amplius non posse leg. si filiusfamilias 16. d. leg. non omnino 19. §. vlt. supr. quod cum euenit, contingit semper liberatio leg. in perpetuum 61. infr. de solut. Ergone peribunt tibi nummi tui? Peribunt utique, nisi malis ratam habere emptionem Pamphili, quo casu non peribunt, quoniam ob eorum solutionem à seruo tuo factam acquisitis tibi vel conditionem contra me, vel actionem ex empto contra Sempronium ut Pamphilum tibi tradat, & mihi condicat. In quo cum neque periculum, neque incommodum tuum vllum sit, tanto magis imputare tibi debes damnum, quod non nisi ex culpa tua sentis. Nec proinde distinguendum est an plus, minusve sit in peculio, quam quantum precij nomine solutum fuit: sed tantum an extet pecunia an consumpta sit, ut bene contra Lotharium Accursius disputat. Neque rursum, Plurimè sit Pamphilus, quam quantum estimatus est, ut quod per actionem de peculio seruati non potest, seruetur per actionem de in rem verso. arg. leg. 3. in princip. infr. de in rem verso. Non enim actio de in rem verso aliter nasci potest, quam si id egerit seruus ut rem domini gereret, & eo animo, ut pecuniam in rem domini reteret leg. si res 5. §. vlt. & leg. seq. leg. & ideo 7. §. penult. eod. ill. titul. Illud sanè ponendum est Stichum seruam tuam liberam peculij sui administrationem non habuisse. Nam si habuisset, utique transtulisset dominium nummorum in Sempronium, nec eos vindicare tibi permitteretur leg. si liberam 10. C. quod cum eo qui in alien. potest. Qui autem liberam non habet peculij administrationem, alienare ex peculio nihil potest, sed tamen non eo minus obligat dominum de peculio leg. quam Tuberonis 7. §. 1. l. questum 30. l. libera 4. §. & pass. infr. de pecul. Subiungit Paulus,

e. Sed addere Iulianus debuit, Non aliter domino serui Nota hæc est Pauli ad Iulianum, non tam reprehendentis Iulianum quam suppletis quod eius sententiæ deerat. Iulianus enim postquam ex Sabino & Cassio dixerat in proposita specie posse te mihi Pamphilum condicere ac vicissim si quid mihi ex ea causa abesset, acturum me tecum: Et quidem de peculio ut ab eodem Iuliano scriptum est in d. leg. si seruus 30. §. 1. infr. de action. empt. ad dederat ut Paulus hic refert, non solum dan dam tibi aduersum me conditionem, sed etiam, si malis, habere te actionem ex empto integram aduersus Sempronium, qui Stichus seruo tuo vendiderat Pamphilum. Sempronium autem contra me conditionem. Nec tamen adiecerat, quid vicissim Sempronio præstare deberes si contra eum ex empto ageres. An scilicet eatenus duntaxat teneri eis oporteret quatenus esset in peculio, an in solidum, & quantum Sempronio deberetur, si cum homine libero

libero contraxisset? Nam cum in priore specie dixisset Iulianus non teneri te dominum Stichus nisi de peculio si Pamphilum ab eodem Stichus emptum mihi que traditum velis condicere. Item poterat videri in posteriore quoque sensisse. In eo igitur Paulus Iulianum reprehendit, non quasi idem hoc etiam casu senserit, sed quia non satis aperte sententiam suam expresserit, Sed adiuuere, inquit, debuit Iulianus, non aliter domino serui venditorem ex empto teneri, quam si ei precium solidum & quacunque si cum libero contraxisset, deberentur, dominus adiuuere? Nempè quoniam ut in superioribus diximus, cum tu Stichus dominus actionem ex empto instituis, contra Sempronium ut tradat tibi Pamphilum quem iam mihi tradiderat, hoc ipso contractu serui tui ad probas & consequenter te obligas ut vicissim ea omnia Sempronio præstes quæ Stichus ipse si liber homo esset præstare teneretur, ut eueniret si iussu tuo Stichus contraxisset leg. 1. infr. Quod iussu. Quid enim refert an iussu mandatoque tuo seruus tuus contraxerit, an eius contractum ratum habueris? d. l. 1. §. si ratum quod iussu. l. deposui 38. §. si nuptura infr. de pecul. l. si cum filiofamilias 9. infr. de compensat. Atquin iussu tuo Stichus cum Sempronio contraxisset, siue is ipse suo nomine cum liber esset Pamphilum emisset, à Sempronio, non esset dubitandum, quin Sempronius in solidum actionem ex vendito habere deberet, non tantum ad precij quantitatem integram, sed ad cætera quoque omnia, quæ venditori præstare emptor ex natura iudicij debet: Idem ergo admitendum est in hac quoque specie, te ex empto contra Sempronium agente. Malè autem Accursius noster hoc explicat, cum ait quòd hinc scribitur teneri Sempronium ad tradendum seruam Pamphilum, ita accipi debere si nondum mihi eum tradiderit. Vel si tradiderit quidem sed fuerit iam condictus. Nam imò verò tractat Paulus eum casum, quo Sempronius Pamphilum mihi iam tradiderit, necdum tamen condixerit, quia nec prius condicere mihi potest, quam fuerit à te conuenus actione ex empto. Planè nec dubitandum est quin perinde possis ex empto agere contra Sempronium, etiam prius quam Pamphilum mihi tradiderit, tantoque iustius, quanto facilius erit Sempronio eum tibi tradere quem adhuc penes se habet, ita ut nec vlla in eam rem egeat conditione. Sed hoc contendo etiam si Sempronius Pamphilum mihi tradiderit, necdum per conditionem eum à me euicerit, posse tamen illum à te conueniri ex empto ut Pamphilum tibi tradat: Et utroque casu procedere quod Paulus à Iuliano addidit debuisse ait, ut non aliter Sempronius ex empto tibi teneatur, quam si & solidum precium Pamphili præstes ei & cætera omnia quæ vicissim ille agens ex vendito consequeretur si non cum seruo tuo sed cum te ipso aliove homine libero quolibet contraxisset. Sic in leg. si seruus 57. infr. de adilit. edit. leg. 3. §. vlt. infr. rer. amot. Malè rursus idem Accursius, quod Paulus ait de cæteris quæ deberentur, interpretatur de precio ut teneris tu facere illud accipientis. Iam enim id satis expressum erat præcedentibus illis verbis precium in solidum & proinde debent sequentia intelligi de vltis precij de qui-

bus æquè actio ex vendito competit venditori aduersus emptorem ex die moræ, adeoque citra moram si emptor fructus rei venditæ perceperit d. l. Iulianus 13. §. veniunt infr. de act. empt. l. curabit 5. Cod. eod. l. 2. Cod. de usufr. Potest etiam poni exemplum in pœna pecuniaria, quam fortè venditor alij promiserat si ad diem non præstaret eam pecuniæ quantitatem, quam ex precio soluere potuisset ut in l. si venditor 6. §. 1. & l. seq. infr. de seru. export. Sequitur apud Paulum.

f. Idem dici debet si bona fidei possessori soluissem, si tamen actiones quas aduersus eum habeam præstare domino paratus sim. Sic enim habet Florentina lectio. At vulgata longè aliter, & in tertia persona. Idem dici debet si bona fidei possessor soluisset, si tamen actiones quas aduersus eum habeat præstare domino paratus sit. Vulgatam interpretes omnes sequuntur, & ego quoque magis probo. Vix enim est, ut florentina bonum vllum sensum habeat, vulgatam autem sic omnes interpretantur, ut quemadmodum teneris Sempronio, ad precium solidum ei præstandum, cæteraque omnia quæ præstare deberes si Sempronius cum homine libero contraxisset, agente nimirum te ex empto contra Sempronium, ad tradendum tibi Pamphilum siue cum mihi nondum tradiderit, qui casus facilius & expeditior est, siue iam tradiderit, & condicere mihi eum velit, ut tibi eum tradat, ita & idem dici debet, ut scilicet solidum precium ei præstes cæteraque omnia quæ præstanda esse diximus, si contra eum agas ex empto postquam ipse mihi Pamphilum iam tradidit, quem nec velit ille tibi tradere, nec mihi condicere: Si modò paratus sit conditionem, quam aduersum me habet tibi præstare: ut hoc casu sicut & in aliis plerisque sola cessio actionis pro iusta præstatione sit, pariaturque liberationem Sempronio, non minus quam si Pamphilum tibi tradidisset, ut in l. quod sepe 35. §. si res vendita infr. de contr. empt. l. quod debetur 51. infr. de pecul. R A T. D V B. Frustrà quis ab alio petit id quod iam suo iure penes se habeat, cum iam nihil eius possit interesse, nec cuiquam permitendum sit ut agat si non eius interit l. 3. §. 1. l. stipulatio ista 38. §. alteri de verb. oblig. Atqui habes tuo iure conditionem Pamphili aduersum me, si malis eum rectè mihi condicere, quam contra Sempronium ex empto agere, ut initio huius §. scriptum est. Ergo dicendum est vel denegandam tibi actionem ex empto contra Sempronium si non ad aliud ille tibi tenetur quam ut paratus sit præstare tibi conditionem quam iam habes, vel ad aliud quid amplius teneri tibi Sempronium, quam ut præstet conditionem quæ iam tibi iure tuo competit, si etiam post traditum mihi Pamphilum à Sempronio integram tamen habeo contra eum ex empto actionem. Augetur verò dubitatio, ex eo quod iam supra diximus, Eo demum casu cessionem actionis pro iusta præstatione esse, quo non aliam ob causam quis teneatur tibi, quam quia contra alium habeat actionem ut scriptum est in d. leg. quod debetur 51. infr. de pecul. Atqui tenetur tibi Sempronius, actione ex empto, non quia paratam contra me habeas conditionem, sed quia cum Stichus seruo tuo contraxit eique Pamphilum vendidit, nec tamen ipsi aut tibi sed mihi

eum tradidit : Argumento esse, quod si Pamphilus non Sempronij fuisset, sed alienus, non eo minus imò tanto magis tibi teneretur Sempronius, qui alienum seruum vendidisset, neque tamen aut vindicationem aut conditionem ullam haberet qua posset tibi cedere *d. §. si res vendita*. Non igitur æquum est liberari eum ab actione ex empto qua tibi tenetur, etiam si conditionem quam aduersum me habet præstare tibi, & cedere paratus sit. **D E C.** Qui approbat contractum ex quo res aliqua acquisita est, condicere rem illam nunquam potest. Sunt enim ista pugnancia. Atqui cum ex contractu Stichus serui tui agis ex empto contra Sempronium, ut tradat tibi Pamphilum, quem mihi iam tradidit, adprobas & ratam habes emptionem ut supra diximus. Ergo condicere amplius mihi Pamphilum ex persona tua non potes, sed posset Sempronius, qui tibi ex empto tenetur, siue malit eum tibi tradere, quod facere nequeat si non prius eum habeat, siue malit præstare quanti tua interest ob non factam traditionem, ut in *leg. 1. infr. de act. empr. l. si traditio 4. Cod. eod. ut in vicem eius quod præstiterit, repetat Pamphilum, pro quo nullum precium habere intelligitur. Consequens igitur est ut non sit hoc casu inutilis cessio conditionis Sempronio aduersus me competentis, sine qua contra me agere amplius non posses. Nec ferendus est Accurius, qui ait competere tibi conditionem vtilem ex persona tua ad vitandum circuitum, & ex sola æquitate, eam verò quæ tibi ceditur à Sempronio, esse directam. E contrario namque verum est, quod supra probauimus, conditionem quæ tibi contra me recta, & sine cessione competit si contractum Stichus serui tui ratum habere nolis directam esse, non vtilem. Eam verò quæ ceditur, vtilem tantum esse posse non directam cum directa mandari quidem possit ut eam cessionarius ex cedentis persona exerceat, sed cedi nunquam possit tanquam quæ ossibus ut aiunt cedentis perpetuo infixæ maneat *leg. qui stipendia 9. Cod. de procurat. leg. si cum emptore 16. supr. de pact. leg. emptor 5. leg. postquam 7. & sequentib. Cod. de hered. vel act. vendit.* Sed neque verum est quod eidem Accurcio, & interpretibus placet, conditionem tibi dandam esse rectam contra me circuitus vitandi gratia. Quandoquidem eo casu, quo tibi aduersum me datur conditio, nullam habes contra Sempronium, neque Sempronius contra me conditionem, siue aliam ullam actionem: nec si circuitum vitare nolis. Nam cum mihi condicis, contractum Stichus tui improbas. Quæ res facit, ut nulla tibi aduersus Sempronium, nec Sempronio aduersus me actio dari debeat, quia non simul contraximus, sed Sempronio tantum contra te de peculio, quia cum seruo tuo contraxit. At cum serui tui contractum adprobas, de finis Sempronio teneri de peculio, & incipis ei obligatus esse in solidum: Habes autem eum obligatum actione ex empto, ille verò me conditione, quod autem liberatur Sempronius præstando tibi quam contra me habet conditionem si ex empto à te conueniatur, rationem illam habere potest, quòd quamuis non ea ratione tibi teneatur ex empto, quia conditionem contra me habeat, quam nec ullam haberet, ut*

diximus, si non prius à te conueniretur, solutio tamen, id est, traditio Pamphili ab eo mihi facta bona fide cum ille me Stichus dominum esse existimaret, hæc tamen prodesse illi debet, non quidem ut ipso iure liberetur, cum nec ei soluerit & tradiderit cui debebat, ut diximus in superioribus, nec illi rursus cum quo contraxerat ut in *leg. fugitiuus 19. leg. filie 88. infr. de solut.* (non enim mihi Pamphilum vendiderat, sed Stichus seruo tuo, atque ita tecum potius quam mecum contraxerat) Sed tamen ut non ad aliud teneatur quam ut præstet tibi contra me conditionem, eaque præstatione ac cessione consequatur liberationem, quam per traditionem mihi factam non fuerat consecutus. Sicuti dicimus, bonæ fidei possessorem hereditatis qui suo nomine soluit hereditariis creditoribus, non equidem liberare verum heredem ipso iure, sed tamen quia ei acquirit exceptionem doli, posse ipsi reputare quod soluit, sed ita demum si paratus sit ei præstare conditionem indebiti quam habet contra creditores quibus soluit *leg. si quid possessor 31. in princip. vbi diximus supr. de hered. petit.* Alia ratio est eius actionis, quam quis præstare ideo tantum tenetur, quod id facere sine illo suo dispendio, & incommodo possit, ut in *leg. in creditore 38. infr. de iudic. aut cum non aliam ob causam tenetur ad præstandam actionem, quam quia eam habeat, ut in dict. l. quod debetur 51. de pecul. dict. leg. cum quis 38. §. 1. de solut. vbi debitor iam liberatus ob solutionem bona fide factam procuratori iam reuocato, nihilominus conditionem furtiuam præstare cogitur vero creditori, non alia ratione quam quia æquum sit id saltem eum præstare quod sine ipsius dispendio futurum sit. Nam si nullam haberet actionem is qui soluit, non eo minus tamen esset liberatus propter solutionem ei factam qui mandatum aliquando habuerat accipiendæ solutionis licet postea reuocatum ignorante debitore: quem proinde bona fides excusare debet, quæ non tantum ab ipsius credulitate causam habuit (nec enim sola & nimis prompta & facilis eius credulitas posset sufficere, cum sibi debeat imputare qui credulus fuit *leg. 1. §. dolum supr. de eo per quem fact. erit. leg. 3. §. sed si sic accepit infr. de in rem vers.*) sed etiam à facto ipsius creditoris qui vel procuratorem hunc constituere non debuerat, vel constitutum non reuocare, vel reuocationem à se factam denunciare debitori ne solueret. *l. si mandassem 15. infr. mandat.* Extra hunc casum, etsi quis alius similis est, non valet solutio alij facta, quam vero creditori aut vero procuratori aut vero heredi, nec parit liberationem sed conditionem *leg. creditoris 8. Cod. de condit. in deb. Nec si facta sit patri leg. qui hominem 34. §. si gener infr. de solut.* aut ei quem soluens non tam bona fide quam nimia credulitate procuratorem aut heredem creditoris esse falsè existimabat, cum mandatam nullum haberet *dict. leg. qui hominem. §. si nullo.* Non enim tam facile debuit credere *leg. si quis inficiatus 13. in princip. infr. deposit.* Quem admodum è contrario permittitur aliquando etiam bona fide non credere *leg. 2. infr. quod falsus tutor.* Errant igitur qui hoc §. abutuntur in his verbis *si bona fidei possessori soluisse*, ut probent sufficere ad liberationem debitoris, quòd soluerit bona*

bona fide alij quam vero creditori. Hactenus saltem ut si non ipso iure tamen exceptionis ope liberetur *argum. dict. leg. cum quis 38. §. 1. de solut.* Habet enim responsum illud Africani specialem rationem ob mandatam verum quod præcesserat, ut diximus, & cuius reuocatio non fuerat denunciata debitori ne solueret. Probaturque contraria sententia ex *dict. leg. si quid possessor 31. §. vltim. supr. de hered. petit.* vbi dicitur debitores hereditarios soluentes possessori hereditatis siue bonæ fidei possessor ille fuerit siue prædo ita demum ipso iure liberari si pecunia ad verum heredem peruenierit, quod & scriptum est in *leg. sed est 25. §. certè si minori precio eod. tit. & in dict. leg. qui hominem 34. §. si prædo infr. de solut.* Ut non sine causa Paulus Castrensis adnotauerit ad *dict. §. vltim. Causeant ergo soluentes ut faciant sibi danti §. vltim. apparere, quod ille cui soluit non sit verus heres* (sic enim addita tibi negatione legendum est) *alios possent damnum recipere.* Quamuis in eo qui soluit bonæ fidei possessor, adhibenda videatur distinctio an ex ea solutione bonæ fidei possessor factus sit locupletior, si debitoribus qui ei soluerunt, regressum aliquem aduersus eum habituri sint, iuxta distinctionem ab Vlpiano traditam in *dict. leg. sed est 25. §. item si rem*, quia bonæ fidei possessor ex SC. quod de hereditatis petitione factum est, nunquam teneri potest, supra quam factus sit locupletior neque directò neque indirectò ut idem Castrens. scribit ad *dict. §. item si rem numer. 2.* Locupletior tamen factum bona fidei possessorem intellige si à creditore suo aliquo liberatus sit *leg. si pupilli 66. in fin. de solut. leg. species 11. infr. de acceptil.* licet postea decedat aut fiat non soluendo. Aliud enim est locupletior non esse factum: Aliud verò soluendo non esse. Diverfa causa est possessoris etiam prædonis soluentis etiam suo nomine debitori hereditario. Hic enim etsi non liberat verum heredem ipso iure, liberat tamen ope exceptionis *dict. leg. si quid possessor 31. in princip.* cuius initium cum §. vltim. eiusdem legis ita coniungendum est ut in tota lege nihil nisi hanc antithesim Vlpianus docere voluisse videatur, quod & Castrens. ad *dict. §. vltim. bene obseruauit, & nos addere debuit ad ea quæ ibi scripsimus. Iunge leg. 2. cum seqq. infr. de cond. in deb. vbi agitur de hereditatis possessore qui soluerit, non de eo cui solutum fuerit. Planè si ponas debitorem hereditarium soluisse bona fide etiam prædoni mandante iudice, aut ex edicto aliquo, & ut nostri loquuntur ordinamento Principis etiam Tyranni vel Magistratus dummodo graui & pœnali ut loquitur Bartolus ad *leg. creditor 102. in fin. infr.**

de solut. Nam cum dolo & culpa careat qui patret iudici, cui parere habet necesse, multo magis Principi qui vitæ ac necis in eum habeat potestatem *leg. non videntur 167. §. 1. de regul. iur.* fatendum est liberationem hoc casu ipso iure contingere ex *leg. Paula Callinico 27. §. vltim. de legat. 3. leg. liberti 21. §. Lucius infr. de ann. legat.* etiam non expectato quadriennio de quo in *leg. bene à Zenone Cod. de quadr. præscript.* Semper enim bene soluit, qui mandante iudice soluit *leg. sancimus 25. C. de admin. tutor.* nec appellare cogitur etiam si maxime possit *leg. ait Prator 7. §. permittitur supr. de minor.* quamuis prudentius sciat si reuocetur quantum potest ne colluisse videatur, ut ex illo loco nostri vulgo tractant, nec requiritur ut præcisâ aliqua, coactio sequatur decretum iudicis aut Principis, cum metus ipse coactionis pro coactione sit *leg. nouissimè 7. §. 1. infr. quod falsus tutor. auctor.* nec bonam fidem agnoscere prohibeatur quisquis scit se debere *leg. si reus 71. de procurat. supr. leg. quoties 9. §. nec vtrique infr. de admin. tutor.* Maxime si sub vltimis grauioribus per uniam debuit à quibus voluerit se liberare *§. sed si sub vltimis ead. leg.* Cæterum quo casu soluere quis iubetur, non sufficit ut professionem solutæ pecuniæ & apocham referat à creditore. Non enim quisquis solutionem accipere potest, etiam per acceptilationem aut alio quolibet modo liberare debitorem potest, ut cernere est in tutore, curatore, procuratore & aliis huiusmodi personis quæ alieni debiti exigendi ius habent *leg. patrum curatoris 2. Cod. de pact. leg. non absuit 40. Cod. de nouat. leg. fugitiuus 19. infr. de solut. leg. cui recte 10. leg. non ideo 25. infr. de nouat.* Ideoque leges quæ loquuntur de debitoribus hereditariis liberandis per solutionem factam possessori, loquuntur semper de solutis debitis & exactis: quæ verba naturalem & veram numerationem significant non fictitiam & ciuilem. Et verò, quomodo posset vnquam pecunia quæ possessori soluta dicitur ad verum heredem peruenire quomodo necesse est *dict. leg. si quid possessor 31. §. vltim. supr. de hered. petit.* si verè soluta & exacta non fuisset? Quare nec satis erit ut vera illa & realis numeratio probetur ex nuda confessione bonæ fidei possessoris aut veri procuratoris, sed aliunde probari eam necesse est, ne alioqui facile sit legibus illudere ac fraudem facere. Sanè cum ex mandato Principis vel iudicis alij soluitur, quam cui debetur, inspiciendum est an debitoris odium an creditoris mandato causam dederit, & an debitoris mora aliqua præcesserit an nulla, ut nostri post Bartolum distinguunt ad *l. creditor 102. de solut.*

32. C E R T V S libro 5. Digestorum.

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

Ad l. Si & me & Titium 32.

RAT. DVB. Cum tu & me & Titium mutuum rogasti pecuniam, & ego meum debitorem tibi iussi promittere, tu vero stipulatus es, cum putares eum tuum debitorem esse, verum est te nullum negotium mecum contraxisse. Ergo nec vlla obligatio siue naturalis siue civilis nata dici potest vt tibi obligatus videri debeam saltem civiliter & actione aliqua, quæ scilicet nasci non potest, nisi contractum inter nos fuerit *συλλεγμεν* l. in-
vis gentium 7. §. 1. *supr. de pact.* Multo minus autem dici potest, teneri te mihi conditione certi ex mutuo, licet mutuum pecuniam tu me rogaueris; quandoquidem non nisi inter consentientes, mutui obligatio contrahi potest, vt nec alia vlla earum quæ ex contractu nascuntur *l. in omnibus 55. iunct. l. 57. de oblig. & action. l. si ego 18. supr. hoc tit.* DE C. Iure naturæ ac gentium æquum est neminem locupletari ex damno alieno *l. nam hoc natura 14. infr. de condit. indeb. l. iure natura 206. de regul. iur.* Atqui in proposita specie locupletaris ex mea factura, si non haberem te obligatum eius pecuniæ nomine, quam iussi debitorem meum tibi promittere, licet tu ab eo stipulatus sis, tanquam à debitore Tuij. Nec enim vlla mihi superesse potest actio contra debitorem meum, qui per delegationem à me factam liberatus est ipso iure quasi facta nouatione quæ semper fit per delegationem nec minus iure nouo quam vetere, quoniam Iustiniani constitutio in *leg. vltim. Cod. de nouat.* quæ iura vetera circa nouationes correxit, ad eum casum non pertinet, quo delegatio expressim facta sit cum nequeat fieri vnquam sine nouatione, vt bene hic Castrensis, bene addens, aliud dicendum fore si mandassem debitori meo vt tibi solueret, tu autem ab eo stipulatus esses. Tunc enim quia nulla esset delegatio, nec nouatio facta intelligeretur *leg. Stichum & in fin. leg. si debitorem meum 21. infr. de nouat.* Ergo in proposito dicendum est dandam mihi contra te conditionem vt & in *l. si eum seruum 23. supr. hoc tit. l. si quis mancipius 17. §. vltim. & pen. infr. de inst. act.* Non quidem certi ex mutuo, cum nullam tibi pecuniam crediderim, sed ea conditione, quæ ex iure gentium competit aduersus omnes qui non ex iusta causa possident vt scriptum est in *l. rerum quidem 25. infr. rer. amor.* Perpetua enim fuit illa veterum opinio, id quod ex iniusta causa apud aliquem sit condici ei posse *l. perpetuo 6. infr. de condit. ob turp. vel iniust. caus.* Quamquam non idem est dicere ex iniusta causa vt in *dict. leg. perpetuo, & non ex iniusta causa vt in dict. leg. rerum.* Est enim hoc postremum generalius vt constat ex hac lege, in cuius specie, pecunia mea quæ ad te peruenit ex tua stipulatione iustu meo interposita non ex iniusta causa penes te inuenitur, sed tamen est non ex iusta causa, & idcirco condici eam bonum & æquum est, vt hæc lex ait: quia licet nullam inter nos negotium ge-

33. MODESTINVS

Principalibus constitutionibus cauetur, ne hi, qui prouinciam regunt, quive circa eos sunt, negotientur, mutuamve pecuniam dent, scenulve exercent.

Ad l. Principalibus 33.

RAT. DVB. Mutuum contractus est iuris gen-

stium sit, negari tamen non potest quin facta meo pecunia mea ad te peruenit, quod vnum sufficit ad dandam conditionem adeoque certi ex mutuo si negotium aliquod inter nos gestum esset *l. non omnis 19. §. si pupillus supr. hoc tit.* Obseruandum autem est conditionem de qua hic agit ex mera necessitate introductam esse ac velut in subsidium, vt eo casu locum haberet quo alia nulla competeret, cum tamen aliquam dari æquum esset, ne quis ex aliena iactura locupletaretur. Vt & in *leg. si eum seruum 23. supr. eod.* semper enim subueniendum est aduersus improbum lacrum *leg. si pro patre 10. §. si domini infr. de in rem vers.* Nec tantum si nulla alia actione consultum esse possit ei cuius fuit pecunia, sed etiam si consultum quidem aliquando fuit, sed tamen consultum esse postea desit vt Castrensis hic notat ex *leg. vlt. §. tutor infr. de condit. indeb.* Addit Castrensis tertium casum, quando nec ab initio consultum fuit, nec consultum esse desit. Sed tamen si contra alium agerem, liberaretur ille ex aliqua æquitate cedendo mihi actionem vt in specie §. vltim. legis proximè præcedentis. Sed nos ad eum locum id iam refutauimus. Illud sane Azo bene notauit, toties hunc conditioni locum esse quoties is qui alienam accepit pecuniam nullam eius retinendæ causam habet alioquin cessat conditio, sicut & si ex eadem æquitatis ratione alia actio possit competere puta mandati vt in *leg. si negotia 31. infr. mandat. aut negotiorum gestorum vt in l. quamquam 7. in fin. infr. ad SC. Velleian. aut rei vxorie vt in leg. vir ab eo 49. infr. de iur. dot.* Cessantibus aliis actionibus, nec cessante tamen æquitate, conditio necessaria est vt in *leg. qua fundum 50. eod. leg. vxor marito 55. de donat. iur. vir. & vxor.* Conditio inquam, aut sine causa si negotium aliquod gestum sit *leg. 1. & tot. tit. infr. de condit. fin. caus.* aut generalior illa de qua hic agit vt in *dict. leg. rerum & in dict. leg. si eum seruum 23. supr. hoc tit.* cum negotium nullum inter nos gestum est. Cæteræ namque conditiones nascuntur omnes ex aliquo negotio gesto, hæc ex nullo. Quod ab Accursio, cæterisque interpretibus minus bene perceptum videtur, qui hanc legem vel de conditione certâ generali per se sumpta, & separatim à speciali (qualis certè nulla est) vel de conditione sine causa intelligunt planè quod lex ponit pecuniam meam ad te peruenisse bene Accursius explicat de pecunia mihi debita, vt & in *leg. si pecuniam 9. Cod. de negot. gest.* Nam etsi quod mihi debetur, meum adhuc non est, quia quod iam meum est non magis deberi mihi potest quam magis fieri meum *leg. non vt ex pluribus 191. de reg. iur. §. sit itaque Instit. de action.* meum tamen quodammodo esse videtur ex ea iuris regula quæ vult, eam qui actionem habet ad rem consequendam ipsam quoque rem habere videri *l. is qui actionem 11. de regul. iur.* Nam & qui actionem ad rem habendam amittit rem quoque ipsam amittere intelligitur.

tium itemque scenus quæ species est pignoris *l. deportatus 15. infr. de interd. & releg.* vbi dicitur deportatum licet amittat ciuitatem posse tamen contractus facere

cere

cere quia non amittit ea quæ sunt ex iure gentium, ex quo sunt etiam ceteri omnes contractus, perparcis exceptis *l. ex hoc iure 5. vbi diximus supr. de inst. & iur.* Atqui Præsides prouinciarum & alij qui prouincias regunt quive circa eos sunt, non idèd amittunt ea quæ sunt iuris gentium ne sint deterioris conditionis ob id solum quod maioribus fruuntur honoribus contra *l. quod fauore 6. C. de legib. l. nulla 2. supr. eod. ill. tit.* & ne careat minoribus qui fruuntur maioribus, vt ratiocinatur Papinianus in *l. cui pacto 5. infr. De seru. export.* Nemini enim ad inuidiam nocere dignitatem suam oportet *l. ad inuidiam 6. C. de his que vi metusve caus.* Ergo neq; his qui prouincias regunt neque iis qui circa illos sint interdendum est ne negotientur, mutuamve pecuniam dent, scenulve exercent, maxime verò si mutuam pecuniam gratuitam dare velint, vt solet debetque mutuum omne, quod non est scenus esse gratuitum. De C. Nichil est quod conuentionibus hominum magis debeatur, quam vt sint libera, non per vim aut potentiam alterutrius contrahentium extoræ *l. vit. Cod. de eo quod nict. caus.* cum omnes conuentiones ex consensu vim & subitantiâ accipiant, *l. 1. supr. de pact.* qui porro consensus si per vim aut metum & impressionem extoritur sit ab eo cui contradicere alius non audeat, proximè accedit ad dissentium *l. 1. §. quæ omeranda infr. quar. ver. act. non det. l. pen. infr. de furt.* licet dici soleat etiam coactam voluntate nihilominus esse voluntatem *l. si mulier 11. §. vlt. supr. de eo quod met. caus. l. si parre cogente 12. infr. De rit. nupt.* Atqui ij qui prouincias regunt sola dignitate sunt terribiles, vt ait *l. vnic. C. si recd. prouinc. vel ad eum pertin. sponsal. deder.* tanquam qui in prouinciales omnes habeant vitæ ac necis potestatem. Merito igitur iis interdicitum est ne in prouincia sua negotientur, nec ipsi tantum sed etiam ipsorum domi sitis & consiliariis *l. vnic. C. de contract. indic. vbi additur nec per interpositam personam hoc eis licere.* Solent enim suspectiora esse quæ clam fiunt *l. vlt. infr. De rit. nupt.* & per suppositam alterius personam *l. 5. §. sed si per interpositam infr. De auctor. tutor. l. si is qui bonis 91. De acquir. hered.* idemque constitutum est in cæteris qui vel in mediocri dignitate positi sunt *l. pen. Cod. de eo quod met. caus.* Fit ergo hoc ex principalibus constitutionibus, quæ hac parte ius nouum induerunt, & ex non delicto fecerunt delictum, ad huc pecuniam quad. upli interrogant, si quis contra faceret *l. non licet 46. infr. De contr. emptio. vbi tamen additur exceptio nisi specialiter quibusdam hoc consensum est.* Quæ tamen exceptio vereor ne sit Triboniani respicientis ad *l. vnic. C. de contract. indic.* vbi hæc ipsa exceptio ponitur iis verbis: *nisi specialem nostri numinis hoc eis permittentem diuinam rescriptionem meruerint.* Incognita enim fuit toti iuris prudentiæ veteri ea exceptio, sicut & tandem abrogata per Leonis Nouell. 84. Sed & Iulianus ipse supradictam exceptionem adiecit in vrbani tantum magistratibus Constantinopolitanis non etiam in prouincialibus prouincias moderantibus, quibus prohibet districtè non solum donationes, sed etiam emptiones quarumcumque rerum siue mobilium siue immobilium, præter eas quæ ad alimoniam vel vestes pertinent, adeoque adificationes licet inquit *sacri apices aliquid eorum permiserint.* Sed omnes ex constitutiones ad Magistratus temporales pertinent, quales erant olim Præsides prouinciarum omnes, non etiam ad perpetuos vt constat *l. seq. & ex l. 3. C. si cert. pet.* in illis verbis *tempore Officij sui* quibus

Tom. II.

vtique absurdum & iniquum esset perpetuo interdici commercio, vt de minoribus scriptum est in *l. ait Prator 7. §. quantum supr. De minor.* Ne, vt de Principe quodam loco Baldus ait, is qui omnium Præsul est fiat omnium exul. Sed in temporalibus Magistratibus longè maior fuit ratio prouidendi ne potestate illa abutantur, quam diuturnam non fore vident. Nihil enim est, quod ad perpetuandam potestatem tantopere faciat, quam si quis ea temperatè vtatur, non insolenter, aut auarè. Quæ res fecit, vt Magistratus Romanos Cæsar Tyberius primus fecerit ex temporalibus perpetuos, quod ea ratione meliores illos & Reipublicæ vtiliores fore speraret. Sanè quod vulgo creditum est ab interpretibus, supradictas constitutiones non pertinere ad eos qui prouinciam illam regunt, ex qua sunt oriundi, probare non possum: Si verum est quod scriptum video in *l. qui officij 62. De contrahen. emptio.* Eum qui officij causa in prouincia agit vel militat, non posse comparare in eadem prouincia præterquam inquit *si paterna eius à fisco distrahatur.* Etsi non ignoro ea verba *paterna eius* prætermissa esse ab Hermenopulo *lib. 3. Tit. 3.* quæ tamen mihi semper visa sunt non præmittenda. Significat enim esse aliquid indulgendum adfectioni Prætidis, id agens vt bona paterna sibi seruet [honesta enim adfectio est *l. si in emptionem 35. supr. De minor. l. prima, §. & alias videamus infr. si quid in fraud. patron. l. lex que tutores 2. Cod. de administrat. tutor.*] sed hætenus vt non ab alio possit bona emere ne quidem paterna nisi à fisco, quippe cui Prætes prouinciarum minus terribilis videri possit, cum fiscus sit Cæsaris. Nec eo magis tamen permittitur est Præfidi prouinciarum à fisco bona quilibet emere. Ne eo prætextu colludens forte cum procuratore Cæsaris, tanto facilior & propentior esset ad bona fisco adiudicanda à quo postmodum eadem esset comparaturus. Neque illud rursus probo, quod nostri volunt potuisse olim Præsides etiam in ea prouincia, in qua debebant, à non subditis comparare: Quomodo enim id fieri posset quin is veniret qui in prouincia versaretur? Atqui hoc sufficit, vt venditio prohibeatur, *l. quisquis 6. Codic. si cert. petat.* licet ea lex non de Præside sit sed de Iudice vt mox dicemus. Et sanè illi etiam qui subditi non sunt eius prouinciarum, quod ex alia sunt, sunt tamen subditi saltem secundum quid in ea prouincia, in qua versantur siue in ea contrahant, siue delinquant *l. beres absens 19. §. primo, vbi diximus supr. De iudic. l. prima, Codic. vbi de criminis. agi oport.* Cæterum quamuis pecuniam mutuam dare Præsides prouinciarum & qui circa eos sunt, non possint, ne his artibus amicos sibi parent in ea prouincia cui præsent, quam non nisi bonæ sanctæque administrationis dignitate sibi deuincire debeant, pecuniam tamen mutuam accipere possunt, adeoque fieri *l. proxim. infr.* quoniam huiusmodi contractus non aliam causam habere soleat quam necessitatis, & vt plurimum ad necessarias res comparandas. Præsertim cum ex pecunia mutua, siue scenbris sit siue gratuita, nihil aliud comparari potest *d. l. vnic. Cod. de contract. iud.* Nec obuat quod quidam adferunt ex *l. Scribarios 8. C. de num. actuar. & chartular. lib. 12. Tit. 50.* in illis verbis nullatenus in posterum aut mutuam pecuniam sumere. Non enim ibi quiescit oratio sed in iis quæ

G

statim sequuntur aut polliceri cuiquam pro publicis expensis cogi ex quibus apparet non prohiberi ea lege scriuarios prefeeti pratorio mutuum pecuniam sumere, sed ne sumere cogantur: quod ad abolendam contrariam eorum temporum consuetudinem ita constituendum fuit. Alia ratio est, & deterior condicio iudicis cui si quis pecuniam mutuum dedit, etiam scœnebrem exilij pœna quasi emptor legum plectendus est cum ipso iudice. perinde ac collectorius qui honorem ambienti precium honoris dedit, ut scriptum est in *d. l. quisquis*. Nec enim Præsides iudicabant sed dabant iudices pedaneos *l. 2. C. de pedan. iudicib.* quamvis interdum etiam dicantur iudices *d. l. vnic. C. de contract. iudic.* sed maiores *l. non distinguemus 32. §. de liberali supra de recept. Qui arbit. recep. vbi diximus & ad l. 4. §. 1. sup. de interrog. in iur. fac.* Et si videretur dicta *l. quisquis* non tam ad prouinciales pertinere, quam ad eos, qui quoniam ex aliena sunt prouincia putant impune sibi licere in ea prouincia in qua versantur, illa facere omnia que prouin-

cialibus sunt interdicta. Id enim significant meo iudicio verba illa *si in prouincia fuerit versatus* & quæ statim sequuntur *quasi emptor legum atque prouincia*. Ideoque fuit illa constitutio necessaria ut non prouincialibus tanto seuerius interdiceretur quod solis prouincialibus fuerat interdictum. Habebit ergo lex illa locum hodie etiam in Præsides prouinciarum & Magistratibus qui hodie iudicandi habent necessitatem post *d. l. 2. C. de pedan. iudic.* quæ cum sit Imperatorum Diocletiani & Maximiani qui Honorium & Theodosium in Imperio præcesserunt, efficit proculdubio ut dicta lex *Quisquis*, etiam ad Præsides referri debeat, sed hoc semper retento ex iure vetere, ut ad temporales tantum pertineat non etiam ad perpetuos, ut diximus. Ex quo apparet non esse hodie in usu apud nos hanc legem, apud quos magistratus omnes sunt perpetui. Idemque nostri tractant *ad l. vnic. Codic. de contract. iudic. ex l. proxim. infra.*

34. PAVLVS libro 2. Sententiarum.

Præsides prouinciæ officiales, quia perpetui sunt, mutuum pecuniam dare, & scœnebrem exercere possunt.

Ad l. Præsides 34.

RAT. DVV. Absurdum videtur melioris conditionis esse Officiales Præsides quam ipsum Præsidem. Ergo quod non licet Præsidi nec Officialibus eius licere debet, atqui Præsides prouinciarum nec mutuum pecuniam dare nec scœnebrem exercere possunt, ut diximus in *l. prox. preced.* Proinde nec Officialibus eius possunt. DEC. Differentiæ ratio magna & euidens est inter Præsides prouinciarum & eorum officiales. Præsides enim prouinciarum ad tempus duntaxat prouincias regunt, officiales vero sunt perpetui, mutuum igitur non est diuersum ius constitutum esse, inter quos tanta est ratio di-

uerfitatis *l. 3. §. vnde igitur infra. de iniust. rupt.* Ergo quod scriptum est in lege præcedente de iis qui circa Præsides sunt, ut non magis quam ipsi Præsides mutuum pecuniam dare ac scœnus exercere possint, ad eos restringendum est, qui circa Præsides ad tempus sunt, non ad eorum officiales qui sunt perpetui, perpetui inquam non quia ibi perpetuo habitarent quod inde orti essent: quæ vna est ex interpretationibus Accursij, sed quia eorum officium perpetuo durabat vti dem ille interpretatur, nec erat annuum, aut temporale. Idem igitur obtinere hodie debet in Magistratibus ipsis, qui perpetui sunt non temporales, ut diximus ad legem præcedentem.

Præsides prouinciæ mutuum pecuniam scœnebrem sumere non prohibetur.

Ad §. 1. Præsides prouincia.

RAT. DVV. Contrariorum eadem ratio esse solet, & maxime correlatiuorum *l. 1. Cod. de cupress. lib. 11. Tit. vltim.* Contraria autem, adeoque correlatiua sunt pecuniam scœnebrem dare & sumere non minus quam vendere & comparare. Ergo quemadmodum Præsides prouinciarum interdictum est ne mutuum pecuniam dent aut scœnus exercent, ita interdendum illis fuit, ne pecuniam mutuum siue gratuitam, siue scœnebrem ab aliquo ex prouincialibus accipere possint. DEC. Multum interest an Præsides prouinciæ mutuum pecuniam scœnebrem det, an accipiat. Dare scœnebrem prohibetur principalibus constitutionibus, de quibus in lege præcedente, non tantum quod auarum nimis & sordidum sit, ac proinde indignum Magistratu quolibet, sed maxime Præsidi, & rectore prouinciæ scœnus exercere, verum etiam quod nec aliter ei in prouincia cui præest contrahere permittatur ob rationes à nobis supra allatas. At pecuniam scœnebrem sumere necessitatis magis est quam auari-

tiæ, quotus enim quisque est, qui pecuniam scœno sumere velit, nisi coactus? si modò nummularios & argentarios excipias qui plerumque accipiunt, ut aliis postea collocent grauiore scœnore. Quod sicut auarissimum & sordidissimum est, ita nec Præsides prouinciarum permissum esse credendum est, qui à cæteris quoque contractibus etiam alioquin licitis abstinere iubentur. Quæ res facit, ut tanto magis licere illis debeat pecuniam scœno accipere, cum id facere eo consilio nunquam possint ut ex ea pecunia fundos comparent, sed tantum ut ea quæ ad victum & vestitum, & si qua sunt alia necessaria, quibus carere Præsidem prouinciæ, & egere cogi, non modò absurdum & iniquum esset, verum etiam indecorum, ex eo autem quod Paulus in hac lege loquitur de pecunia scœnebre quam Præsides prouinciæ etiam à prouinciali creditore sumere non prohibetur, intelligimus non idem esse in mutua data pecunia gratuita. Cur enim de scœnebre ioueretur, si in gratuita idem esset? Hoc autem ideo fortasse, quod magno se beneficio adstringit ille qui mutuum pecuniam accipit gratuitam ab alio, ut non abs re creditoris sui seruus quodam-

quodammodo esse videatur ut dicebat Seneca, at non etiam ille qui creditori scœneratio pro beneficio rependit scœnus, qua de causa nec ad illud pa vlla obligarium existimandum est.

35. MORDERIVS libro 3. Responforum.

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

Ad l. Periculum 35.

RAT. DVV. Periculum cuiusque rei ad dominum pertinet. Cui enim magis perire res quælibet potest, quam domino? *vulg. l. que fortuitis 6. l. pignus 9. C. de pignor. act.* Vnde est quod periculum pignorum nominis venditi ad emptorem nominis pertinet tanquam qui per emptionem factus sit dominus nominis *l. periculum 30. inf. de pignor.* Præsertim cum periculum nominis ex eo solo estimetur si debitor fiat non soluendo, ut hic notat Accursius, quod ipsum tamen ne accidat non in potestate cuiusquæ est, sed ex inopinato fortunæ euentu & impetu pendet, ut loquitur Papinianus in *l. 4. inf. ut in poss. legat. l. litis 37. §. si pecunia supra de negot. est.* Non ergo inspiciendum est cuius culpa nomen deterius factum sit cum quaeritur de periculo nominis, sed quis eius dominus sit. DEC. Et si non nisi aliquo casu fortuito solet accidere ut nomen deterius fiat, vix tamen est ut non aliqua præcedat culpa & negligentia illius, qui ex eo nomine agere potuit & debuit, nec egit. Fuit enim nomina deteriora tempore propter mutationes, que interim superuenire in dies solent. Æquum igitur est pertinere periculum nominis ad eum cui culpa & negligentia imputari potest cur non egerit & exegerit, ut euenire alias generaliter solet quoties culpa præcedit casum *l. 3. §. 1. de offic. præfect. vigil. l. si vendita 11. inf. de peric. & commod. rei vendit. l. si ex plagis 52. §. in clivo Capitolino supr. ad leg. Aquil.* Ad eò civilis legislator exosam habet culpam & negligentiam ut vix vnquam velit eam manere impunitam, nisi cum talis contractus est in quo non culpa vindicari debeat & negligentia, sed dolus tantum aut lata culpa quæ dolo equiparatur, secundum distinctionem de qua in *l. si certo 5. §. nunc videndum infra commod. l. contractus 27. infra de regul. iur.*

36. IAVOLENVS libro 1. Epistularum.

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

Ad l. Pecuniam 36.

RAT. DVV. Cum pecuniam quam mihi sine conditione debebas, iussu meo promissisti Attio sub conditione, facta delegatio est ac proinde nouatio. Est enim delegatio species nouationis & qui-

Non igitur ad alium pertinere periculum nominis æquum est, quam ad eum cuius culpa id deterius factum sit. Et quoniam non alij culpa hac parte imputari potest quam ei qui potuit agere nec egit: vnde est quod nec ad prædonem pertinet periculum quia nihil ei potest imputari qui actionem non habuit *l. si quid possessor 31. §. illud supra de hered. petit.* is demum autem agere potest qui nominis dominus est, conseqens fit ut ad dominum nominis periculum pertinere debeat regulariter: sed quia plerumque accidit ut etiam is qui dominus nominis non est, exigendi tamen nominis ius habeat alieno nomine ut cernere est in tutore, curatore, procuratore, magistratu alijque huiusmodi si qui sunt administratoribus, qui licet domini non sint, dominorum tamen loco habentur *l. qui fundum 7. §. si tutor infra. pro emptor. l. vero procuratori 12. infra de solut. ad hunc demum casum accommodanda est quæstio huius legis de periculo nominis, ut scilicet ad eum quoque pertinere debeat qui non est dominus, si culpa ei aliqua & negligentia imputari possit, propter quam deterius nomen factum sit. Petenda itaque sunt exempla huius legis ex iis locis quos Accursius congerit, id est, ex *d. l. litis 36. §. si pecunia supra de negot. gest. l. si tutor 15. l. chirographis 57. infra. de admin. tutor. l. 2. & l. quicquid 7. C. arbit. tutel.* Sanè quod ille adfert ex *l. id quod 19. §. vlt. infra. de pecun. constit. l. si remunerandi 6. §. apud Iulianum.* minus ad hanc legem pertinet, sicut & quod ille disputat de pluribus tutoribus aut magistratibus quando & quo ordine conueniendis ex *l. 2. & vlt. C. quo quisq. ordin. conuen. lib. 11. Tit. 35. & l. 2. C. de suscept. præpos. & arcax. lib. 10. Tit. 70. de quo in l. vlt. §. Imperatores infra. ad municip.* Illud notatu dignum est eum qui in alium transferre vult periculum nominis, ob ipsius culpam & negligentiam probare debere idonea ab initio fuisse nomina *d. l. 2. vbi Accurs. C. arbit. tut.**

dem omnium certissima & euidentissima *l. delegare 11. in princip. & §. 1. infra. de nouat.* Et in qua non distinguitur, ut aliis distingui solet, an animus nouandi intercesserit necne, ne quidem post *l. vlt. C. de nouat.* quia delegatio nunquam fieri potest sine nouatione ut diximus ad *l. si & me 32. supra hoc titul.*

Ergo tollitur ipso iure prima obligatio quæ fuerat pura. Quid enim aliud nouatio est, quã prioris obligationis premissio, & in sequentem transmissio *l. i. eo. tit. de nouat.* Aut saltem dicendum est priorem obligationem ex pura factam fuisse conditionalem quasi in eo statu sit obligatio tua aduersus me ac si eandem pecuniã quam Attio sub conditione promissisti sub contraria conditione mihi spondidisses, vt de legato puro adempto sub conditione scriptum est in *l. legata 14. inf. de alim. legat. l. aliquando 107. in fin. de cond. & demonst.* Consequens igitur est vt etiam si posterioris stipulationis condicio deficiat, ex priore tamen agi nunquam possit, non magis quam pendente adhuc conditione, cum obligatio semel extincta, nunquam reuiuiscat *l. qui res 98. §. aream de solut.* Alioqui si neque nouatio vlla per posteriorem stipulationem facta intelligitur neque prior stipulatio facta esse condicionalis ex pura dicendum erit etiã pendente adhuc conditione agi posse ex prima stipulatione, perinde ac si secunda stipulatio nulla fuisset interposita, cum pendente conditione nulla possit esse vis stipulationis non modò ad agendum sed ne quidem ad inducendam obligationem, quia ante conditionis euentum dies neque cessit neque venit *l. cedere diem 213. de verb. sign.* In quo refert an sub conditione sit concepta stipulatio, an in diem certum, quia licet hoc quoque casu agente diem non possit, quia dies nondum venit, iam tamen cessit *d. l. cedere diem.* Nec tam nihil agit, quã malè agit qui ante diem petit. Cum tamen is qui ante diem ceditem petit, non tam malè agat quã nihil agat *l. vnic. in fi. sup. quãd. dies vsusfr. legat. ced. l. stipulatio ista 38. §. in tot. incertam inf. de verb. obl. De c.* Non potest fieri nouatio puræ obligationis per condicionalem subsequentem nisi tum demum cum posterioris condicio extiterit *l. si Stichum 8. §. 1. l. quoties 14. inf. de nouat.* Oportet enim sequentem stipulationem aliquam esse ex qua nascatur obligatio vt in eam prior transfundi possit: Quæ nouationis natura & definitio est vt diximus *ex d. l. 1. de nouat.* At qui ex stipulatione condicionali, nulla ante conditionis euentum nascitur obligatio vt proximè probauimus. Ergo dicendum est si posterioris condicionalisque stipulationis condicio defecerit, fatendum est manere & obligationem & consequenter actionem ex priore pura stipulatione integrã, vt ex ea perinde agi possit ac si condicionalis stipulatio nulla intercessisset. Nam nec vlla intercessisse intelligitur, cum tandem condicio defecit *l. necessario 8. inf. de peric. & commod. rei vendit.* Nec tamen ideo consequens est vt antequã posterioris stipulationis condicio defecerit, agi ex priore possit, quia sufficit in eo statu rem esse propter posteriorem stipulationem, vt possit pura obligatio tolli, adeoque iam inde ex die conditionalis stipulationis sublata intelligi quancumque contingat existere conditionem, cum eo demum casu & tempore futurum sit vt appareat factam ab initio nouationem, quia & posterioris stipulationis existens condicio facit vt ipsa quoque posterior stipulatio fuisse videatur *l. potior 11. §. 1. inf. Qui potior. in pignor. hab.* quo casu non dubitaretur, quin per posteriorem stipulationem nouata prior æquè pura statim, & ab initio fuisset. Proinde si ante conditionis euentum agam malè ago, non quia dies nondum cesserit, quod esset si agerem ex stipulatione condicionali ante conditionem existentem, nec rursus quasi dies cesserit quidem sed nondum venerit, quomodo si agerem ex stipulatione concepta in diem certum

[habeo enim obligationem, adeoque actionem iam natam & ipso iure competentem ex priore, eademque pura stipulatione, quæ nondum nouata fuit,] sed quia perinde agere ante tempus videor ac si dies obligationis nondum venisset, propter dubium & incertum conditionis, quæ facit in ea causa esse puram obligationem, vt inuito posteriore stipulatore ius posterioris stipulationis, & spes nouationis quæ ex ea potest contingere, extingui non possit: quomodo ratiocinatur Vlpianus in *l. qui balneum 9. infra qui potior. in pignor. hab.* Tractamus enim de conditione casuali, cuius euentus ex casu pendeat aut in totum aut ex parte non de promissa, & vt nostri loquuntur, potestatiua, quæ sit in arbitrio & potestate stipulatoris aut promissoris, cuius & in aliis plerisque diuersa condicio esse solet, vt diximus *ad l. qui pecuniam 30. supra.* vt scilicet non tam facilè retrahatur ad tempus interpositæ stipulationis. Sed ei distinctioni locus est, cum agitur de retroagendo effectu conditionis ad tempus interpositæ stipulationis in præiudicium iuris medio tempore quæsitæ alteri vt in specie *l. i. eod. ill. tit. qui potior. in pignor. hab.* quod hic non contingit. Res enim tota inter me & te, & Attium agitur, nulla tertij alterius interueniente persona. Ex his porò intelligimus, ipso quidem iure, actionem mihi competere ex prima stipulatione, etiam pendente posterioris conditione, sed tamen summouendum esse me exceptione pluri petitionis: qua & alius quilibet summoueri potest qui plus petit siue tempore siue re siue loco, siue causa *§. si quis agens & §. plus autem Institus. de action. & tot. tit. Codice de plur. petit.* Sicque intelligi debent postrema illa verba huius legis *Pendente autem causa conditionis, id est* [sic enim legendum est non idem] *petere non possunt, quoniam cum incertum sit an ex ea stipulatione deberi possit ante tempus petere videor.* Quod cum ita sit, apparet non esse verum quod ex epistola illius, qui Iauolenum consuluit initio legis scriptum est, pecuniam quam mihi debebas purè si promiseris Attio sub conditione si nauis ex Asia venerit non videri amplius mihi debitam, nisi sub contraria conditione si nauis ex Asia non venerit. In eoque nimirum decipiebatur consultor ille Iauolenti existimans puram stipulationem aut profus euauisse aut ex pura factam esse condicionalem. Iauolenus verò subtiliter vtrumque negat. Et quidem manere stipulationem priorem puram, qualis ab initio fuit, nec aut nouatam aut in condicionalem transformatam esse, docet aperte, cum ait pecuniam quam ego sine conditione à te stipulatus sum, etiam condicio in persona Attij qui ex mea voluntate eandem pecuniam sub conditione stipulatus est, non extiterit, creditam esse permanere, id est, adhuc debitam ex priore illa, eaque pura stipulatione, cum perinde esse debeat ac si posterior stipulatio condicionalis interuenisset quæ nec vlla interuenisset hoc casu intelligitur *dict. l. necessario 8. infra de peric. & commod. rei vendit.* Sicut è contrario si condicio extitisset, stipulatio pura ab initio fuisse intelligeretur. At quoniam huic propositioni consequens esse videbatur, vt possem igitur etiam pendente conditione posterioris stipulationis agere ex prima tanquam manente pura nec nouata, subiicit Iauolenus nec hoc rursus dici posse, ideo quod pendente causa conditionis adiectæ in posteriore stipulatione incertum

certum sit an ex ea stipulatione condicionali & posteriore debeat pecunia an ex pura priore. Itaque si ante agam, videor ante tempus petere, quasi suspensa vi & potestate prioris stipulationis per tacitam adiectionem non quidem conditionis contrariæ illi quæ in posteriore stipulatione fuit posita sed temporis, quo contingat deficere conditionem posterioris stipulationis. Quod quidem tempus cum sit incertum facit æquè conditionem aliquam *d. inter incertam tuet l. dies incertus 75. de cond. & demonst.* sed non de iure facit stipulationem ex pura condicionalem nec suspendit naturam vt ita dixerim obligationis, aut actionis, sed exceptionem solam: quod non est nouum, vt constat *ex l. interdum 74. de verb. oblig. paritq. ea res conditione indebiti quamuis diuersum sit cum eandem personam omnimodò debituram esse certum est, quod contingit cum idè ille, qui purè debet, eandem pecuniam sub conditione nouandi animo promissit non etiã si diuersæ personæ proponantur eandem pecuniam & purè & sub conditione promississe vt in specie huius legis Quæ sententia & ratio est Pauli in *l. Iulianus verum debitorem 60. infra de condit. indeb.* quia proinde cum hoc loco bene consensit. Denique non tam conditione quã mora prior illa obligatio suspenditur, vt de legato puro scriptum est in specie *l. heres meus 106. de cond. & demonst.* nec ad fidem est obligationem, etiam puram in pendenti esse vt in *l. non enim 37. cum l. præced. l. si debitor 80. infra de iur. dor. l. quod Seruius 8. inf. de condit. caus. dat.* Adeo autem verum est in hac specie nullam fieri nouationem prioris obligationis pura per posteriorem condicionalem, vt neque exceptio pacti de non petendo tibi accommodanda sit, si pergam agere ex prima stipulatione post defectam prioris conditionem *l. in personam 30. §. vt supra de pact.* quamuis facilius sit vt inducatur pactum de non petendo, quod potest etiam ratiocinatum esse *l. eod. tit. quãd. legatio, quæ non nisi per expressam stipulationem fieri potest* maioreque proinde requirit solemnitate. Nihil enim stipulatio nouandi animo interposita sub conditione, sicuti deficiente conditione non nouat quia euanescit, ita nec vim pacti de non petendo habere potest, vt nec alia quælibet stipulatio inutilis *l. §. si quis ita de verborum obligationibus & l. i. §. cum qui infra de constit. pecun.* Nisi cum acceptilatio facta est *l. si vnus 11. §. pen. sup. de pact. l. an inutilis 8. infra de acceptilat.* Alia & omnino diuersa species est quam Paulus tractat in *l. purè §. in princip. infra de doli mal. except.* si cum purè mihi centum deberes, ego eadem centum legauerim tibi sub conditione. Hoc enim casu potest heres meus interim pendente conditione petere à te centum, nempe quia legatum non facit quominus verum sit deberi ea purè, cum non fuerim tibi legata nisi sub conditione quæ potest deficere vt Paulus ait. Nec quod etiam possit existeri facit vt dolo malo petere videatur heres meus cum petit pendente conditione, quia quod pendet non pro eo est quasi sit vt habet iuris regula *l. is damnus dat 169. §. 1. de regul. iur.* Satisque consultum tibi est in eo, quod heres meus cogitur tibi cauere legat: huius con-*

dicionalis nomine ex edicto prætoris vt legat. seu fideicommissi seruand. caus. caueat. scilicet de condicionali legato soluendo eueniente quancumque condicione: Quã cautionem si præstare heres meus nolit, tum demum incipiet posse repetere exceptione doli mali agens contra te ex stipulatione pura, quoniam incipit iam tua interesse, cum existente conditione futurum tibi esset commodius retinere summam à te debitam eandemque tibi legatam quã mitti in possessionem rerum hereditarum ex alia parte Edicti *Vt in possess. legat. seu fideicommissi seruand. caus. eff. lic.* ob non præstitam satisfactionem, quæ si præstita esset, nihil omnino tua interesset: Aut si vigere velles, adhuc tua interesse non soluiere potius quã solum repetere *l. 1. infra de compenlat. l. si stipulatus 15. infra de fideiuss.* nulla tamen huius rei ratio haberi potest, quia nec compenlati potest id quod purè iam debetur cum eo quod sub conditione quæ possit adhuc deficere, & qua pendente verum est nihil adhuc deberi *l. i. c. 4. de obligat. & act. iunct. dict. l. cedere diem 113. de verborum signific. Nihil enim debetur legatario condicionali præter satisfactionem. Nec quo tibi legata sit sub conditione pecunia, quam purè debebas facit vt eo minus certum sit te purè debere, & quidem ex stipulatione, cum qua nihil commune habet legatum quod sit ad tuam liberationem non vt ex eo obligeris. Et hæc Pauli sententia & ratio est in *dict. l. purè.* At in huius legis specie cum pecuniam mihi purè debitam promittis purè siue alij iustissimo, siue etiam mihi sub conditione animo nouandi, omnia sunt dissimilia. Etsi enim prior stipulatio & ab initio pura fuit & ex postfacto, id est etiam post interpositam stipulationem condicionalem pura remanet, incertum tamen est quandiu condicio pendet, ex qua stipulatione futurum tãdem sit, vt pecunia debeatur an ex prima, an ex secunda. vt hic Iauolenus scribit, & Paulus in *d. l. Iulianus 60. §. 1. de cond. indeb.* ideoque nec vlla doli mali exceptione opus est, cum ante tempus malè agatur, & causa cadat quisquis malè agit, & tempore plus petit *d. §. si quis agens.* Inspecto scilicet iure veteri quod ante Zenonis & Iustiniani constitutiones obtinebat, quæ sunt sub *Tit. C. de plur. petit.* Quamuis diuersum esset si quis ageret ex contractu condicionali: Tunc enim non tam malè quã nihil agebatur *l. bouem 43. §. si sub conditione inf. de adilit. edict. l. vnic. in fi. sup. quãd. dies vsusfr. legat. ced. non solum autem 7. §. vt inf. de liber. l. legat §. pen. Inst. de excep.* Qua ratione libentius irem in sententiam Guillelmi de Cuneo veteris glossatoris, qui negabat duplicari hodie hoc casu inducias ex Zenonis & Iustiniani constitutionibus quæ certè non ad alium casum pertinent quã quo agatur ante tempus certum & in vicem iacturæ litis quã olim malè agens incurabat, nisi viderem aliud constitutum esse in *cap. 1. ad fin. Extr. de plur. petit.* Duplicabitur ergo tempus non præcedens sed sequens, id est quod fuit à die petitionis in euentum vsque conditionis, & duplicabitur tum demum cum extiterit condicio vt bene Castrensi disputat *argu. l. aut damnus 8. §. quisquis inf. de pen.**

37. PAPINIANVS libro 1. Definitionum.

CVM ad præsens tempus condicio confertur, stipulatio non suspenditur: & si condicio vera sit, stipulatio tenet: quamvis tenere contrahentes conditionem ignoret: veluti, si rex Parthorum viuit, centum millia dare spondes:

eadem sunt, & cum in præteritum condicio confertur.

38. SCÆVOIA libro I. Questionum.

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

39. PAPINIANVS libro I. Definitionum.

ITaque tunc potestatem condicionis obtinet cum in futurum confertur.

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

Has tres leges coniunximus, quomodo & à cæteris interpretibus coniungi solent. Tractant enim de condicione, & condicionis potestate, nec nisi unicam dubitandi & decidendi rationem admittunt. RATIO igitur dubitandi ex eo petenda est, quod de natura & essentia cuiuslibet condicionis est ut actum suspendat, cui adhibetur, alioqui nec condicio esse potest. Ergo condiciones quæ ad præsens, vel ad præteritum tempus referuntur vel condiciones dicende non sunt, vel fatendum est habere illas vim, ut loquuntur, suspensionem. Scilicet quantum si nescitur an condicio, id est, materia condicionis, ut bene licet aliis verbis Accursius explicat, vera sit an falsa. Dici enim solet, quod & verisimum est, non entium & non apparentium idem esse iudicium, adeo ut etiam *de temporibus* dicantur qui patrem certum demonstrare nullum possunt, quamvis sine patre nasci nemo possit, ne is quidem, cui pater populus est *§. si aduersus Instit. de nupt. l. duo sunt Titij 20. infr. de testam. tutel.* Quid verò interest an rex Parthorum viuat necne, quantum ad hoc ut condiciones istæ,

a *Si Rex Parthorum viuit, si rex Parthorum heri viuebat* veræ condiciones sunt, suspendantque stipulationem quandiu nescitur an viuat hodie, aut heri vixerit? Inscientia enim nostra inspicienda est potius quam ipsa rerum natura intuenda, apud quam certa sunt omnia etiam futura, ut Paulus loquitur ex Stoicorum sententia in *l. sed est 28. §. vlt. supr. de iudic. vbi dicitur inus.* Parum ergo refert an condicio relata sit in tempus præsens aut in præteritum, an in futurum, sed distinguendum tantum est an sciuerint contrahentes extitisse condicionem aut defecisse, an ignorauerint. Nam si sciuerint vique fatendam est, neque esse neque dici condicionem posse quæ non solū iam extiterit aut defecerit, sed etiam extitisse aut defecisse non ignoretur à contrahentibus, nec de hoc dubitandi causa vlla esse potest. Dicitur. Aliud est habere nomen condicionis, aliud verò vim naturam, & potestatem condicionis. Condiciones nomine sunt omnes eæ, quæ concipiuntur per articulum *Si* ad differentiam modi qui concipitur per *Ut* *l. cum ab eo 41. infra de contr. empt.* At vim & potestatem & naturam condicionam habent eæ solæ quæ actum cui adhibentur possunt suspendere: quod in iis demum obtinet, quæ possunt existere & non existere, & ut interpre-

tes loquuntur quæ habent se indifferenter ad esse & non esse: Cuiusmodi esse non possunt condicione, quæ sunt vel necessaria, vel impossibiles. Quæ enim sunt necessaria non possunt non esse, sicut impossibiles non possunt esse: cum autem condicio concepta est de re quæ iam extiterit necessaria est, cum non possit amplius non esse. quæ verò defecit, impossibile est ut sit, quia non potest amplius existere. Igitur condiciones solæ & proprie eę sunt quę in futurum tempus conferuntur, quoniam futura incerta sunt non solum apud nos sed etiam apud ipsam rerum naturam. Hactenus saltem eorum scilicet Stoicos ut nec à nobis nec à quoquam homine sciri possunt, ideoque inspecta saltem humana inscientia non possunt non esse incerta dicitur, sed est *28. §. vlt. de iudic.* Sed præsentia & præterita omnia sunt certissima per rerum naturam nec tantum apud naturam ipsam siue naturam intelligis, siue naturam ut Accursius loquitur, sed etiam apud homines, licet à contrahentibus ipsis ignorentur. Nec enim contrahentium inscientiam oportet inspicere sed humanam quæ in rebus præteritis aut presentibus nulla esse potest, quæ enim ab initio fuerunt contingentia, ex post facto, id est, ubi contingunt, sunt necessaria: idem quod in his legibus scriptum est in *l. condicio in præteritum 100. l. si ita stipulatus fuero. hanc summam 120. infra de verb. oblig. §. condiciones Instit. eod. l. 3. §. si patronus vers. si tamen de bon. libert.* Malè tamen Accursius in hanc rem adfert quod Paulus ait in *l. interdum 73. in princip. de verb. oblig.* Ibi enim non de stipulatione condicionali agitur, nec de condicione collata in tempus præsens aut præteritum aut futurum sed de pura stipulatione quæ dilationem capit ex re ipsa, id est, ex materia stipulationis sumpta ex ea quod futurum est. Planè probat optimè is locus, futura omnia esse adeo incerta, ut si in stipulationem, etiam puram collatum sit aliquid, quod pendeat ex futuro, stipulatio hoc ipso non quidem pura esse desinat, nec fiat condicionalis, sed tamen accipiat dilationem ex re ipsa: quæ dilatio licet non sit condicio, quia neque obligationis, neque actionis natiuitatem suspendat, suspendit tamen exercitium, atque ita impedit effectum puræ stipulationis ut non magis ex ea agi possit quam si esset condicionalis, quod ad condicionis naturam proximè accedit. Nā nec valde referre solet an quis debitor non sit an conueniri nondum possit *l. Fulcinius 7. §. si in diem quib. ex caus. in poss. eat.*

40. PAVLVVS lib. I. Questionum.

Lectæ est in auditorio Æmilij Papiniani præfecti prætorio, Iuriconsulti, cautio huiusmodi: *Lucius Titius scripsi me accepisse à Publio Maenio quindecim mutua numerata mihi de domo. & hæc quindecim proba rectè dari Kalendis futuris, stipulatus est Publius Maenius, spondeo ego Lucius Titius. Si ea die supra scripta summa Publio Maenio,*

Maenio, erit ad quem ea res pertinebit, data soluta, satisfære eo nomine factum non erit: tunc eo amplius, quo possoluam, pænæ nomine, in dies triginta, inque denarios centenos denarios singulos dari, stipulatus est Publius Maenius, spondeo ego Lucius Titius, conuenitque inter nos, uti pro Maenio ex summa supra scripta mensiuos refundere debeam denarios trecentos ex omni summa ei, hereditæ eius. Quæsitum est de obligatione vsurarum, quoniam numerus mensium, qui solutioni competebat, transierat. Dicebam, quia pacta incontinenti facta stipulationi inesse creduntur, perinde esse, ac si per singulos menses certam pecuniam stipulatus, quo ad tardius soluta esset, vsuras adiecisset: igitur, finito primo mense, primæ pensionis vsuras currere: & similiter post secundum, & tertium tractum vsuras non solutæ pecuniæ pensionis crescere: nec autem sortis non solutæ vsuras peti posse, quàm ipsa fors peti potuerat. Pactum autem, quod subiectum est, quidam dicebant ad sortis solutionem tantum pertinere, non etiam ad vsurarum, quæ priore parte simpliciter in stipulationem venissent: pactumque id tantum ad exceptionem prodesset: & ideo, non soluta pecunia statutis pensionibus, ex die stipulationis vsuras deberi, atque si id nominatim esset expressum. Sed cum sortis petitio dilata sit, consequens est, ut etiam vsuræ ex eo tempore, quo moram fecit, accedant, & si (ut ille putabat) ad exceptionem tantum prodesset pactum, (quamuis sententia diuersa obtinuerit) tamen vsurarum obligatio ipso iure non committeretur, non enim in mora est is, à quo pecunia propter exceptionem peti non potest. Sed (si) quantitatem, quæ medio tempore colligitur, stipulamur, cum conditio extiterit, sicut est in fructibus, idem & in vsuris potest exprimi: ut ad diem non soluta pecunia, quo competit vsurarum nomine, ex die interpositæ stipulationis præsteretur.

Ad l. Lecta 40.

Suaues certè sunt interpretes quibus solemnè est dicere legem hanc sapienter lectam esse, sed numquam intellectam, nihil enim facilius est quam videre quid Paulus sentiat, & quam rationem Pauli sententia habeat. Proponuntur in hac lege tres conuentiones & ex iis duæ priores factæ per stipulationem, tertia verò per pactum nudum. Prima de tota sorte, quæ erat quindecim millium soluenta Kalendis futuris, id est, proximis ut in *l. eum qui Calendis 41. infr. de verb. oblig. probat*, id est, in nummis non reprobis ut bene explicat Accursius *ex l. elegant 24. §. qui reprobos de pign. act.* Secunda de vsuris totius sortis ita soluendis ut si non ad dictam diem tota fors solueretur: in singulos centenos aureos singuli denarii singulis mensibus, id est, in dies triginta [sic enim legendum est ut Florentia, non ut vulgo in dies viginti quinque] præstentur, quæ vsura est duodecima & cetera quæ maior nulla erat legitima extra nauticam, de qua in *Tit. de nautic. fauor.* Tertia verò de solutione totius sortis in singulos menses per trecentos aureos diuidentia, nec vlla facta vsurarum mentione. Hinc nimirum dubitatio de vsuris quibus, & quomodo computandis. Nam cum debitor neque in Kalendis proximis, ut ferebat prima stipulatio, neque in toto sequenti tempore quod pacto nudo comprehensum erat, quicquam soluisset, nec ex sorte, nec ex vsuris, quærebat quantum vsurarum nomine deberet, & an totius sortis vsuræ computandæ essent ex die primarum Calendarum, ob non solutam ea die sortem, ut fe-

renda stipulatione continebatur, an verò ex singulis mensibus præteritis vsuræ trecentorum denariorum qui ex pacto incontinenti appositæ solui eo mense debuissent. Pro prima parte mouebat quod ita stipulatio concepta erat discretis verbis ita ut nullus dubitationi locus relictus videretur, quamuis pacto incontinenti appposito de forte aliis diebus soluenda conuenisset, tum quia pacta incontinenti apposita [id est ante quam contrahentes ad alia negotia diuerterent *l. duos 6. §. vlt. infr. de duob. reia l. continuus 137. de verb. oblig. l. heredes palam 21. §. vlt. qui testam. facer. poss.*] non aliis contractibus inesse soleant ad formandam actionem ex eo contractu, quam qui sint bonæ fidei, nec aliis iudiciis quam quæ sint etiam bonæ fidei *l. iuris gentium 7. §. quinimo & §. aded vbi latè diximus sup. de pact. l. in bonæ fidei 21. C. eod. tit.* Tum etiam quia in pacto incontinenti appposito de quo quærimus, nihil dictum est de vsuris, de quibus proinde seruandum videbatur, quod stipulatione cautum erat de totius sortis vsuris ex die primarum Calendarum soluendis, ac si pactum nullum esset subsecutum. Præsertim verò cum non soleant pacta incontinenti post contractum stricti iuris, qualis stipulatio est adhibita prodesset nisi ad exceptionem *d. §. quinimo & §. aded.* nec proinde possint impedire vim & potestatem stipulationis vsuriaræ, quominus non soluta sorte ne quidem iis diebus quibus ex pacto solui debuerat, totius sortis vsuræ ex die primarum Calendarum per stipulationem debeantur. Atque hæc Vlpiani nostri videri fuisse sententia. Fuit enim cum Paulo adfessor in auditorio Æmilij Papiniani, eumque perstringit haud dubiè

Paulus non Papinianum ut vult Cuiac. [argumento nescio cur ducto *ex l. 3. de separat. qua* Papiniani quidem est verum ad hunc tractatum nil pertinet] sed modestè ut par fuit, tacito eius nomine in illis verbis *Paetum autem quod subiectum est, quidam dicebat* [sic enim legendum est non ut vulgo dicebant, ut sequentia demonstrant ut *ipse putabat*.] Nam & illa Vlpiani sententiam non obscure expressam legimus in *d. s. quimind*, ubi cur de pactis incontinenti post bonæ fidei contractum appositus locus fuisse, si idem de pactis post stricti iuris contractum adhibitis existimasset? Cur de iudiciis & actionibus bonæ fidei per pactum incontinenti appositum informandis & reformandis, si non aliud in iudiciis & actionibus strictis sensisset? Paulus tamen cui solemnè fuit, nec cum Vlpiano, nec cum aliis facile consentire, contra putat, nimirum pacta incontinenti post stipulationem facta etiam stipulationi inesse: quamvis stipulatio sit contractus stricti iuris, si quis visquam alius, neque ad exceptionem tantum hoc pactum de quo quaeritur prodesse debere, sed etiam ad actionem quæ ex viuarum stipulatione nascitur, informandam, ut in propoita specie, id est, interposita stipulatione ut si Calendis proximis tota fors soluta non esset aut aliter eo nomine satisfactum, tunc pænæ nomine in singulos menses & in centenos denarios singuli denarij penderentur, deinde secuto statim pacto de trecentis denariis ex omni summa fortis noquoque mense soluendis, perinde esse debeat, ac si creditor per singulos menses certam pecuniam, id est, trecentos denarios stipulatus, adiecisset vlturas eius quantitatibus quæ tardius soluta esset, & quoad tardius esset soluta aut quo tardius, ut maualt legere Cuiacius *ex l. vlt. infra de re iudicat*. Ex quo infert Paulus, finito primo mense quo trecenti denarij solui debuerant, primæ pensionis duntaxat vlturas currere non secundæ aut tertæ & similiter post secundum mensem secundæ pensionis quæ aliorum fuerat trecentorum denariorum, tertiæque post tertium tractum, vlturas quoque eius non solutæ pecuniæ quæ solui debuerat, crescere: ceterum non ante vlturas peti aut deberi posse non solutæ fortis, quam fors ipsa peti potuerit ac solui debuerit, ut dilatio quæ per pactum incontinenti appositum sorti soluendæ data est contra quam prima stipulatione cautum fuerat, ad vlturas quoque pertineat per tacitam quandam consequentiam, ut nec tam citò deberi ac peti possint, quam potuissent si vlturarum stipulationi pactum illud incontinenti subiectum non fuisset. Itaque cum alias ius ita comparatum sit, ut stipulatio non nisi per stipulationem elidatur ipso iure, per pactum verò postertius ne quidem pactum prius quod multo infirmius est nisi ope exceptionis, quia in stipulationibus ius, in pactis autem factum versatur, ut idem noster Paulus ait in *l. si vnus 27. s. pactus ne peteret supra de pact*. Hic tamen contra euenit ut stipulatio ipsa per pactum tollatur, si non in totum, saltem ex parte, & ita reformetur ut noua quodammodo stipulatio contracta esse videatur ut in *d. s. aded d. l. iuris gentium sup. eod. tit. de pact*. Nempe quia pactum hoc ut diximus inest stipulationi ipso iure etiam ex parte actoris & stipulatoris, ac proinde parit formamque actionem, quod alioqui non prodesset nisi ad exceptionem si ex rei tantum parte inesset, ut Vlpianus existimabat. Diuersam enim sententiam obtinuisse ait Paulus, id est, non sibi tantum sed etiam Papiniano placuisse. Sed

tamen progreditur Paulus vltorius, & admissio quæque eo quod Vlpianus putabat, Paulus verò negat, ut pactum hoc de forte per pensiones mensuras soluenda non infit nisi ex parterei, nec proficit nisi ad exceptionem, probat tamen & quidem optima ac concludenti ratione, fieri non posse ut ex stipulatione vlturaria debeantur vlturæ totius fortis ex die primarum Calendarum. Quia, inquit, cum vlturæ in proposito casu promissæ sint pænæ nomine, ut habent verba stipulationis, id est, in pænâ more que in forte suo tempore soluenda committeretur, ut deberi regulariter solent *l. cum quidam 17. s. si pupillo infra de vltur. l. Titia Scio 87. s. vlturas de legat. 2*. Certum est nullam potuisse per debitorem contrahi moram nisi quatenus fortem soluisset tardius quam debuisset. Id enim faciunt verba illa stipulationis *tunc eo amplius quo post solutam, pænæ nomine*. Porro quemadmodum mora nulla contrahi intelligitur ubi nulla petitio actione est ut habet iuris regula *l. nulla 83. de regul. iur. l. si pupillus 127. de verb. obligat. l. non solum 8. s. illud videndum de liber. legat. l. Lucius 24. in fin. infra de pos. Ita neque cum actio aliqua quidem competit, sed eiusmodi tamen que per iustam exceptionem aliquam elidi possit. Nam ut est in alia iuris regula: Nihil interest si effectum rei spectes, an ipso iure quis actionem non habeat an ea per exceptionem infirmetur *l. nihil interest 112. iunct. l. non videtur 13. l. Marcellus 66. de reg. iur.* Inanis enim est actio quæ per exceptionem elidi potest *l. quamuis 8. s. Marcellus infra ad S. C. Velleian. l. sciendum 21. infra de vltur. l. penult. de cond. ob turp. caus. l. si dari 25. de verb. oblig.* Atqui exceptio nulla iustior est quam quæ ex pacto contentio nascitur, si modò pactum illud neque contra leges neque contra bonos mores interpositum sit *l. 1. d. l. iuris gentium 7. s. ait Prator de pact*. Cum igitur in propoita specie habuerit debitor exceptionem pacti ne ex stipulatione fortis totius soluendæ proximis Calendis conueniri potuerit ad totius fortis solutionem, sed tantum trecentos denarios singulis mensibus soluere debuerit, consequens omnino est ut nec moram contrahere potuerit nisi in trecentis denariis per singulos menses soluendis si eos suo tempore non solueret. Nec proinde vlturas maioris quantitatis propter moram & pænæ nomine debuerit, quam eius in cuius solutione per singulos menses cessasset, non magis, quam si ad diem pecuniam obtulisset & creditor accipere noluisse ut in *l. Celsus 27. s. vlt. sup. de recept. Qui arbit. recep. Quid? inquit, nonne potest vtraque conuentio subsistere, & ea quæ in stipulationem de vlturis deducta est, & ea quæ in pactum incontinenti appositum? Ut scilicet fors quæ ex prima stipulatione solui in Calendis proximis tota debuerat, soluat ex pacto diuisis per singulos menses pensionibus, nec eo minus tamen totius fortis vlturæ ex die primarum Calendarum præstari debeant, quasi promissæ ab initio integris & totius quantitatis sub ea conditione si suis diebus fors non solueretur. Potest sanè ita fieri si ea contrahentium voluntas fuit. Non minus enim possunt in conuentionem deduci sub conditione vlturæ futuri temporis, quam fructus qui nondum percepti sunt [nam & alias solet eadem esse ratio fructuum & vlturarum quia vlturæ vicem fructuum obtinent *l. vlturæ 3. 4. infra de vltur. l. 3. de vltur. fruct. est. rer. qua vsu consum.*] Ut quando cum que nati & percepti erunt tunc debeantur ex die interpositæ stipulationis siue expressa fuerit condicio siue tacita *l. huiusmodi 64. l. interdum 73. infra de verb. obligat.***

Maximè

Maximè adiecto articulo *tunc* quo denotatur extremitas temporis *l. 4. s. 1. de condic. & demonstr. l. in substitutione 33. in fin. de vulg. & pup. substit.* Neque enim deberentur eo casu vlturæ propter moram sed propter conuentionem: quod cum accidit non inspicimus an mora aliqua contracta sit, sed tantum an & quomodo vlturæ promissæ sint *l. qui Roma 122. eod. tit. de cuius sententia scripsimus lib. 1. Coniect. cap. 1. dum ne duplices vlturæ pro eodem tempore præstentur, quod certè numquam ferendum est d. l. cum quidam 17. in princip. de vltur.* Non magis quam ut vlturæ vlturæ præstentur *l. si non fortem 26. in princip. infra de condic. indeb. l. vlt. C. de vltur.* At in propoita specie nihil tale est. Fuerunt enim promissæ vlturæ solius fortis & quidem pænæ nomine, & consequenter propter moram: quo casu habet locum ratio illa quam ex Paulo attuimus, quod non prius deberi possint quam mora contracta sit, nec mora prius contrahi, quam tempus præterierit, quo fors peti cum effectu potuerit. Atque hæc perspicua & dilucida est totius legis huius explicatio, circa quam vix vlla potest difficultas incurrere, nisi in eo quod cum Paulo diximus, pactum incontinenti post stipulationem adhibutum inesse etiam stipulationi, quandoquidem certum est & stipulationem, ut iam diximus, esse contractum stricti iuris, & contractibus ac iudiciis stricti iuris pacta incontinenti facta non inesse ex parte actoris, si Bartolo & aliis interpretibus credimus, ad producendam aut formandam siue informandam actionem. Id enim proprium esse dicunt pactorum incontinenti adiectorum post contractum bonæ fidei *d. l. iuris gentium 7. s. quimind & s. aded supra de pact. l. in bona fidei 13. C. eod.* Quæ de causa non potest Castrensis concoquere, quod Bartolus & alij magis communiter putant, eam esse Pauli nostri sententiam, etiam in contractibus stricti iuris pacta incontinenti appoita inesse, ut nouam pariant actionem, & veterem informet. Id enim dici possit, inquit Castrensis, si pacto contineretur aliquid diuersum, quod priore contractu non contineretur, & quando apponitur pro actore. Sed eius verò si continetur illud idem, vel quando ponitur pro reo. Hic autem pactum continet idem quod prima stipulatio, scilicet reddi fortem vel solui licet in diuersis terminis, & ponitur pro reo ut habeat longiores terminos, non pro actore. Ergo, inquit, non debet actori proficere, ut actionem ei producat, aut veterem informet. Addit, pactum hoc venire ad destructionem stipulationis, in quantum per ipsum receditur à termino in stipulatione comprehenso: Ergo non debet ab illa robur recipere ut ab ea vestiatur ad nouam actionem producendam, nec etiam illi robur dare ut eam informet, cum tendat in oppositum ut eam destruat. Denique si per pactum informetur actio ex stipulatione, inquit Castrensis, sequeretur quod actio ex ea competens daretur ut soluatur in proximis Calendis tota fors, itemque ut non soluatur tota sed singulis mensibus trecenta: quod tamen contradictorium est, & implicat. Itaque concludit in casu huius legis nec actionem nouam per pactum produci nec veterem informari, sed ipsam informari stipulationem, ut censetur facta secundum terminos appositos in pacto. Quam sententiam mordicus defendit Cuiacius cuiusque vnicum authorem laudat Castrensem. Mihi verò videntur omnes Pauli sententiam non satis benè percipere. In eo primum, quod ad omnes stricti iuris contractus porrigunt, id quod Pau-

lus ait de sola stipulatione. Non enim ait Paulus pacta incontinenti facta inesse contractibus stricti iuris ex parte actoris ad formandum aut informandum contractum, quamuis generaliter dici soleat ea quæ incontinenti fiunt inesse videri *l. quoties 29. in princip. infra solut. matrim. l. si quis 5. vers. quod ita infra de incend. ruin. & naufrag. l. pen. in fi. Cod. de instit. & substit.* Sed duntaxat ait inesse stipulationi: cuius certè diuersa ratio est à ceteris contractibus stricti iuris, quia cum constet pactum ex verbis & consensu non minus quam stipulatio, nec in alio differant quam in animo stipulandi aut paciscendi *d. l. iuris gentium 7. s. quod ferè sup. de pact. l. 1. s. et in qui de pecun. constit.* & in solemnitate verborum quam requirit stipulatio non etiam pactum, nihil impedit quominus pactum appositum incontinenti post stipulationem ita inest stipulationi ut quicquid in tale pactum deducitur, in stipulationem quoque deductum intelligatur. Quasi idem stipulandi animus qui ab initio fuit, durate adhuc videatur ut docuimus ad *d. s. quimind*. Neque fit hoc absurdum, etiã cum Accursio fingas in stipulationem deductum esse quid certum, in pactum autem quid incertum. Non magis quam si eadem stipulatione qua promittis mihi centum, promittas etiam reitarum pro me Romam. Nempe cum tot sint stipulationes quot sunt res *l. si re debemus 29. de verb. oblig.* nihil vetat in eandem verborum conceptionem deduci certam & incertam, & pro re certa dari conditionem certi ex stipulatione, pro incerta verò actionem ex stipulatu. At cum credidi tibi centum hoc pacto incontinenti addito, ut pro me Romam eas, nemo dixerit pactum hoc quamuis incontinenti appositum ita inesse contractui ut conditionem certi, quæ ex mutuo nascitur, informare possit, & extendere ad id quod pacto est comprehensum. Strictæ enim actionis natura repugnat, tametsi nec possit negari quin pactum hoc inest contractui, ei que det legem, ne alioqui decipiar, qui non aliter fueram crediturus & contracturus, vnde est quod ex huiusmodi pacto actionem mihi dari æquum est, non minus quam si appositum esset incontinenti post contractum bonæ fidei, at non actionem ex contractu ipso, id est, conditionem certi ex mutuo, sed præscriptis verbis *l. vlt. C. de rer. permur. l. legem 9. C. de donat.* Nam nec donatio de qua in dictis legibus agitur inter bonæ fidei contractus enumeratur *l. cum qui 22. infra de donat.* In mutuo autem æquè dari actionem ex pacto scriptum est in *l. frumentum 12. C. de vltur.* nec aliam quam præscriptis verbis: cum vltra id quod reuera numeratum est conditio certi ex numeratione nasci nulla possit *l. cum vlturæ 9. C. de non numer. pecun. l. rogasti 11. s. si tibi, ubi diximus sup. hoc tit.* In eoque fatendum est diuersam esse rationem contractuum bonæ fidei, & contractuum stricti iuris, quoniam actio ex contractu bonæ fidei datur ad id omne quod pacto incontinenti appoito comprehensum est *dit. s. quimind*. Quamuis non eo minus detur etiam ex pacto illo actio præscriptis verbis *l. 2. C. de pact. int. empr. & vendit.* Ne alioqui ad illam actionem præscriptis verbis inducendam debilius videatur pactum quod incontinenti post contractum bonæ fidei adhibitum est, quam quod post contractum stricti iuris. Nec rursus verum est quod vir doctissimus Iacobus Cuiacius ad hanc legem scripsit, & alibi sæpe. Pacta incontinenti post contractum stricti iuris appoita non inesse contractui ex parte actoris

quoque, sed tantum ex parte rei. Nam imò verò insunt etiam ex parte actoris cum nouam actionem pariant, id est, præscriptis verbis ut ostendimus, cum si non inessent nisi ex parte rei ut ille putat non parerent nisi exceptionem, sed & cum nullam pariunt actionem nouam, quod contingit, quoties pactum incontinenti appositum est post stipulationem [quis enim vnquam dixit vel audiret ex stipulatione nasci villo casu actionem præscriptis verbis?] non eo minus tamen inest ex parte actoris, ut scilicet actori detur actio & conditio certi ex stipulatione, si stipulatio sit certi aut actio ex stipulatu si incerti ad hoc ut fiat id quod pacto promissum est, non solum si pactum sit detrahens ut in hac lege sed etiam si adiiciens, puta si centum à te stipulatus sum hoc pacto incontinenti addito, ut pro me Romam eas, sed & in specie huius legis, tamen si pactum incontinenti appositum respiciat fauorem debitoris, perinde tamen inest ex parte actoris, non ut aliquam ei præbeata actionem nec ut ei prosit, sed vt informet & transformet non modò stipulationem ipsam ut putat Castrensis, sed etiam actionem ipsam ex stipulatione competentem impediaturque ne ex ea possit stipulator agere ad solutionem totius sortis ex die primarum Calendarum ut habebant verba stipulationis, sed cogatur agere ad diuisas pensiones trecentorum per menses singulos soluendum. Quasi mutata & conuersa materia stipulationis in materiam pacti, solaque manente vi & potestate stipulationis ad petendum illud ipsum quod ex pacto peti posset, si ex pacto daretur actio. Inesse igitur pactum ex parte actoris non illud est semper quod plerique putant, proficere pactum actori aut ex eo dari actionem, quemadmodum nec inesse ex parte rei est temper dari reo exceptionem, sed inesse ipso iure ex parte actoris cum dicimus, intelligimus formari actionem ex stipulatione per pactum, ita ut non ad aliud agere possit stipulator quam ad id quod pacto continetur: Quo casu nulla reus indiget exceptione, qua utique indigeret si pactum non inesset ex parte actoris, sed tantum ex parte rei. In eoque errat sanè Cuiacius, existimans in specie huius legis posse stipulatorem finito primo mense in solidum agere ad totius sortis solutionem, sed conuentum debitorem posse tueri se potestate pacti tanquam quod inest stipulationi, nec teneri se ipso iure nisi in pensionem primam, quia pactum faciat partem stipulationis. Hoc enim si ita esset, constaret stipulatio ex partibus secum pugnantibus, perindeque esset acti stipulatio sic concepta esset, ut debitor primis Calendaris, & totam sortem & sola trecenta soluere cogere: quod absurdum utique esset, & contradictorium. Ergo & illud quoque, ut ex huiusmodi stipulatione detur actio stipulatori ad totius sortis solutionem: vtve necessaria sit debitori exceptio pacti ad euitandam condemnationem, ut in *l. quacunque 14. supra de Public. in rem act.* Quam nec necessariam esse fateri tandem Cuiacius cogitur: sed ita tamen vt semper velit tutum esse debitorem exceptione pacti, sed que tamen non sit opponenda, sed inest iudicio stricto, ideoque suppleri possit & debeat per iudicem si modò pactum allegerit. Quod Accursius noster ita explicat vt quod hinc dicitur pactum inesse stipulationi ipso iure, suppleat subauditis his verbis *exceptionis vel equitatis* quod est ridiculum. Nos verò negamus allegationem pacti vllam esse necessariam, & tacente quoque reo fieri nullomodo posse vt ex

ea stipulatione detur actio in solidum stipulatori. Tantum distat vt ex ea actione sequi possit vlla solidi condemnatio. Longè que diuersum est quod aliàs solemus dicere doli & pacti exceptiones ipso iure inesse bonæ fidei iudicibus. Id enim ad ea quoque pacta pertinet quæ ex intervallo adhibentur nec nisi exceptionem pariunt *l. pacta 72. de contr. emp. l. 3. de rescind. vendit. l. sed est 21. infra solut. matrim.* Et ideo pactum eo casu allegandum est vt & doli non hinc. Nec vnquam certè illa fuit siue Vlpiani siue alterius quem Paulus reprehendit, quisquis ille fuerit, sententia, vt existimaret Calendis proximotam sortem peti posse, in quo rursum vir doctissimus fallitur, sed tantum vt diceret, non soluta primis Calendaris pensione prima, totius sortis vsuras ex eo die deberi ob stipulationem secundam de vsuris interpositam de quibus nihil in pacto dictum fuisset. Quod si è contrario per stipulationem placuisset solui sortem diuisis pensionibus, id est, trecentos aureos in singulos menses, mox autem per pactum incontinenti appositum solui sortem Calendis proximis, aut vt ponit Cuiacius, si conuenisset per stipulationem solui sortem totam Calendaris proximis, per pactum verò solui eam intra triduum, æquè dicendum esset, posse totam sortem exigi ex stipulatione iuxta formam pacti, id est, priore casu in Calendaris proximis. Posteriore verò intra triduum, quia pactum hoc æquè stipulationi inesset ex parte actoris, daretur; in eà rem stipulatori actio non ex pacto, vt malè putat Cuiacius, sed ex ipsa stipulatione tãquam per pactum informata & reformata. Nam nec diuersitatis ratio vlla reddi potest inter hos casus & eum què Paulus hinc tractat. Planè si pactum ex intervallo appositum sit, omnes consentiunt & verissimum est, non posse illud inesse ex parte actoris nec reo prodesse nisi ad exceptionem, quia & idem esset etiam si bonæ fidei contractus præcessisset *d. l. 7. §. quinimò & seq. de pact.* Denique non puto fieri posse, vt pactum incontinenti appositum post contractum stricti iuris inest contractui ex parte rei & ipso iure quin etiam inest ex parte actoris. Sed quod præcipites egit omnes interpretes, præcipue verò Cuiacium, illud est, quod differentiam quam attulimus inter stipulationem cæteroque contractus stricti iuris, non obseruarunt. Quæ tamen probatur etiam ex *l. si ita quis 135. §. scia infra de verb. obligat.* vbi æquè tractatur de pacto incontinenti appposito post stipulationem, nec tamen dubitat Scæuola, quin per pactum illud ita informetur stipulatio ex parte quoque actoris, vt post tempus breuius quod pacto comprehensum erat, non patiat agi posse ex stipulatione, quamuis verba stipulationis nullo tempore essent coangustata: nisi sub illa exceptione *si non multo post obtulisset*, vt intelligamus si oblationem antecesserit aliquod longius intervallum, non posse agi ex stipulatione. Idque ex forma pacti contra formam stipulationis, nimirum tanquam reformata & transformata per pactum: quod proinde vult Scæuola inesse stipulationi etiam ex parte actoris. Nam inesse pactum stipulationi ex parte actoris, nihil aliud meo iudicio est, quam affici stipulationem & actionem ipsam ex stipulatione competentem, ita vt contra id quod pacto comprehensum est, non detur actio ex stipulatione siue pro stipulatore siue pro reo interpositum sit pactum incontinenti: neque ab hac sententia valde alienum est, quod Pomponius scribit in *l. nec ex pratorio 27. de regul. iur.* Actionum modum qui vel

vel lege vel per Prætozem introductus est priuatorum pactioibus non infirmari nisi tunc, cum inchoatur actio, inter eos conuenit. Eri enim hæc sententia tam ad bonæ fidei quam ad stricti iuris contractus pertinet, vt Cuiacius obiicit, generalis tamen adeo est, vt non minùs ad stricti iuris quam ad bonæ fidei contractus referenda sit, & pacta incontinenti apposita forment actionem ex contractu competentem, nec minus ex parte actoris quam ex parte rei, si modò talis actio sit, cuius natura non repugnet, quomodo certè non repugnat natura actionis ex stipulatione aut ex stipulatu, quemadmodum ostendimus, sicuti nec repugnat natura conditionis certi ex mutuo, si ponas pactum incontinenti adiectum esse detrahens, puta si cum decem tibi mutua darem conueneris inter nos vt nouem tantum debeas. Verum enim est te hoc casu non debitorum ipso iure, nisi nouem, *d. l. rogasti 11. §. si tibi supra hoc tit.* Cur ita verò? Nisi quia pactum hoc inest contractui quantumvis stricto, & format non modò contractum, sed actionem quoque ex contractu, id est, conditionem certi ex mutuo, quia eum in eo quod plus est continetur, id quoque quod minus est, tam facile patitur natura conditionis, vt numeratis decem condicantur sola nouem, quam vt tota decem, se cus autem si pactum esset adiciens, id est, si numeratis decem conuenisset etiam incontinenti vt vndecim redderentur, natura enim conditionis quæ & stricta est, & ex numeratione nascitur, pati non potest vt ultra id quod reuera numeratum est, nascatur conditio *d. §. si tibi, l. cum vltra 9. C. de non numer. pecun. l. si tibi 17. supra de pact.* In eo siquidem quod plus est continetur quod minus est vt habet iuris regula *lin eo 1106. de regul. iur. non contra.* Planè pareret hoc pactum actionem præscriptis verbis, nisi obstatet odium vsurarum, quicquid reluctetur Cuiacius, vt ex eo constat, quod si de frumenti vel olei accessionibus tale pactum interpositum esset, daretur ex eo præscriptis verbis actio, vt iam probauimus ex *l. frumenti 12. oleo 27. C. de vsur. iunct. l. 3. eod. l. Titius 24. infra de præscript. verb.* Nempe quia incerti præcij ratio facit vt frumenti vel olei & aliarum huiusmodi mercium accessiones fauorabiles existimantur. E contrario autem odiosa vsuræ scænebris pecuniæ, quoniam pecunia non modò sterilis res est & quæ aliam pecuniam gignere non potest, sed etiam habet certam & perpetuam æstimationem *l. 3. infr. de in lit. iur. l. 3. de eo quod cert. loc.* Hactenus autem odiosa sunt, vt ex pacto nudo quamuis incontinenti appposito deberi non possint, non etiam vt non ex stipulatione debeantur si promissa sunt: quod & in pæna obtinet, & aliis quibusdam rebus, quæ perinde sunt odiosa, quod & Accursius noster hinc notat ex *l. quod si locus 11. sup. de religio.* vbi diximus *l. seruus ea lege 7. infr. de seru. export. l. auia 6. C. de iur. dat.* Finge itaque credidisse me tibi decem, eaque stipulatum esse de te ita, vt non iam ex causa mutui sed ex stipulatione debeantur iuxta *l. 5. §. 1. & l. 6. infra de mutat.* mox pacto incontinenti appposito conuenisse inter nos vt mihi vndecim redderes addito nummo vndecimo vsuræ nomine. Dico audacter quidem quia nemo fortassis ante me dixit, sed tamen indubitan-

ter & verissimè, ni fallor, competituram tibi actionem ex stipulatione ad vndecim consequenda tanquam nummo vndecimo propter pactum quidem incontinenti appositum debito, at ex stipulatione non ex pacto. Quid enim obsecro impedit? Non certè ratio quam attulimus ex *d. l. si tibi 17. de pact.* quod non possit re contrahi obligatio nisi quatenus datum est, non enim re contrahitur stipulatio; sed verbis sicut & pactum. Ideoque pacta omnia quæ incontinenti post stipulationem fiunt, perinde habenda sunt, ac si stipulationi ipsi inserta fuissent: quod & Cuiacius fateri cogitur ex *l. 4. §. vlt. eod. ill. tit. de pact.* Quod ipsum, quid aliud est, quam inesse stipulationi ipso iure ex parte actoris? Inesse siquidem non illud tantum est, prodesse actori ad producendam actionem vt diffinit Cuiacius; sed etiam prodesse reo ad impediendam actionis naturam. Paris enim efficacia & potestatis est impedire ne qua ex stipulatione actio nascatur; quæ alioqui nasceretur si pactum nullum intercessisset, & actionem aliquam producere. Itaque quod diximus aliqua esse quæ non possunt deberi ex pacto, licet incontinenti post traditionem, adeoque post bonæ fidei contractum appposito, quæ tamen ex stipulatione debentur, non potest habere locum si eadem illa promissa sint per pactum incontinenti appositum post stipulationem: vt proinde possit verè dici pacta incontinenti post stipulationem facta, non solum inesse stipulationi, vt in hac lege scriptum est, sed etiam potentiora esse quam quæ incontinenti adhibentur etiam post contractum bonæ fidei, vt scilicet etiam nouandi vim habeant iure cuiusdam secundæ stipulationis quod alia pacta non faciunt etiam incontinenti post bonæ fidei contractum interposita *d. l. auia 6. C. de iur. dat.* quod nescio an quisquam adhuc obseruauerit. Facilius enim est vt pactum stipulationi ex continenti additum degeneret in stipulationem quam vt additum contractui emptionis degeneret in emptionem aut in alium contractum bonæ fidei. Neque id mirum videri debet, quia nullum obligationis vinculum stipulatione potèritus est, & stipulatio ipsa quolibet alio contractu etiam bonæ fidei fortior est & firmior, licet dici soleat tantumdem in bonæ fidei iudicibus posse officium iudicis, quantum in stipulatione potest nominatim eius rei facta interrogatio *l. quia tantumdem 7. supra de negot. gest. l. quero 54. infra locat.* Illud sanè Cuiacius post Castrensem benè notat, nihil ad hunc tractatum pertinere, quod scriptum est in *l. petens 27. C. de pact.* Ibi enim agitur, non de pacto incontinenti post stipulationem adiecto, sed de stipulatione interposita seruandi placiti causa siue stipulationem pactum præcesserit, siue subsecutum sit. Cætera quæ ad hanc legem pluribus verbis tractant interpretes consulto prætermittimus tanquam à Pauli sensu aliena & ab huius loci interpretatione: sicut & quæ Cuiacius interferit de pactis ex intervallo apposis post contractum bonæ fidei. In quibus solet distingui an adiciencia sint an detrahentia *l. pacta conuentia 72. infr. de contr. emp.* Sed longè alio sensu quam putet Cuiacius, vt ad eum locum dicemus & iam scripsimus in *Error. 7. Decad. 95. de error. pragmat. & interp. iur.*

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

Ad l. Eius qui in prouincia 41.

Hæc lex est de dispensatore, id est, de institutore seruo, præposito Calendario exigendis scilicet pecuniis tæneratibus, & credendis sub fœnore. Nam & dispensator institutor est l. 5. §. 1. *lin eum* 19. §. *ult. infra de institutor. act. l. tutorem* 37. *de administr. tutor.* licet non omnis institutor sit dispensator. Est enim nomen institutoris generale, dispensatoris speciale. Tractat autem hæc Africanus de dispensatore seruo, qui ignorans mortem domini sui, à quo fuerat manumissus testamento, & heres ex parte scriptus pecunias Calendarij & exegerat & crediderat. quasi negotiorum domini semper gerens quem adhuc viuere existimabat. Duplex igitur quæstio est, vna de pecuniis ab eo exactis. Alia de creditis: de exactis quidè, na ei benè sint soluta, ita ut per eiusmodi solutionem debitores liberati fuerint ipso iure, de creditis verò an sicuti numeratae sunt ita facta sint credita & alienata, ut earum dominium translatum sit in accipientem, iamque ex causa mutui debeantur. Ad primam quæstionem respondet Africanus, debitores liberatos esse, si modò ipsi quoque ignorassent dominum decessisse: Quod utique intelligendum est pro cohæredum portionibus non pro ea quæ ad seruum hunc iam liberum & ipso iure heredem iure hereditario perti-

net. Nam cum pro ea parte sit ille verus creditor tanquam veri creditoris heres, certum est solutionem vero creditori factam ipso iure & indistinctè parere liberationem sicut & si solutio facta esset seruo procuratori l. *vero procuratori* 12. *infra de solut. l. si quis inficiatus* 13. *infra de solut. l. creditoris* 8. *Cod. de condic. indeb.* Sed pro cohæredum portionibus, qui sunt veri creditores, cum sit veram solutionem factam esse alij quàm vero creditori difficilis est ut ex ea solutione acquiratur liberatio, quamuis solutio facta sit bona fide: Non enim sufficit bona fides soluentis existimantis eum qui solutionem accipit habere mandatam si reuera nullum habeat l. *qui hominem* 34. §. *si nullo de solut.* nec si facta sit solutio coniunctæ personæ cui permittitur interdum agere sine mandato §. *si gener. ead. leg. iunct. l. sed & hæ persona* 35. *supra de procurat.* quia ea res non facit illos procuratores l. 3. §. *sed et si fortè infra. Rac. rem. haber.* Et nimia credulitas illa dicenda est quæ multum distat à bona fide, semperque imputatur ei qui nimis fuit credulus l. 1. §. *dolum supra de eo per quem fact. erit non autem alteri* l. 3. §. *sed si sic accepit infra de in rem vers.* Nisi pecunia tandem peruenerit ad verum creditorem d. l. *qui hominem §. si prado l. si quis possessor* 31. §. *ult. sup. de hered. petit.* Aut quod effectum idem est nisi per creditorem, steterit quominus ad eum pecunia peruenerit ut hæc Castrensis notat. At cum præcessit mandatam

mandatum aliquod, sed quod fuerit reuocatum, si solutio facta sit procuratori iam reuocato, & ab eo qui reuocationem ignorauit, negari non potest quin solutio facta sit bona fide cui factum ipsum creditoris causam dedit, idè quæ prodeisse debeat soluenti ad liberationem dicitur leg. *qui hominem §. si Titium & leg. cum quis* 38. §. *si debitorem ead. tit.* Porro nihil interit ad mandatam reuocatum sit expressa voluntate, an morte, dum rebus adhuc integris. §. *rectè quoque & sequent. Instit. de mandat.* vbi additur vtilitatis causa receptum esse, si mortuo eo, qui tibi mandauerat, tu ignorans esse decessisse executus fueris mandatam, posse te agere mandati actione ne alioqui iusta, & probabilis ignorantia te damno afficiat. Et hinc simile esse quod placuit, si debitores manumisso dispensatori per ignorantiam libero soluerint, liberari eos, cum alioqui stricta iuris ratione non possent liberari, quoniam alij soluissent, quàm cui soluere deberent. Nam & illud est quod Africanus hæc scribit, Receptum esse, nimirum contra strictam iuris rationem ut debitores reuocato dispensatori per ignorantiam soluentes ipso iure liberentur: quomodo argumentatur etiam in leg. *qui negotia* 34. *infra mandat.* Et ita debet accipi quod scriptum est in leg. *si seruus peculiari* 32. *de solut.* liberari debitores, ut scilicet et liberentur ipso iure, nec tamen ex stricta & mera iuris ratione, sed tantum ex æquitate, si modò ignorauerit creditorem mortuum esse, ut ibidem addit Iulianus. Iusta enim & probabilis ignorantia illa est, quæ bonam fidem inducit leg. *si quis seruo* 18. *& sequent. ead. titul.* Ergo si debitores scientes hunc dispensatorem manumissum ei soluerint, non liberabuntur, quia non possunt videri bona fide soluisse qui scientes soluerunt, nisi fortè iustam quoque causam habuerint non credendi bona fide, ut scriptum est in leg. 2. *infra quod fals. tutor. auctor.* Nam & bona fide non creditur interdum, sicut & creditor, ut diximus ad leg. *cum fundus* 51. §. *seruum tuum supra. hoc titul.* Sed tamen huic sententiæ oblatre valde creditur quod scriptum est in leg. *si quis mancipis* 17. §. *si impubes verus eius contractus infra. de instit. act.* Si impubes patri habenti institutores heres extiterit, deinde cum his contractum fuerit, in pupillum dandam esse actionem propter utilitatem promiscui vsus quemadmodum si post mortem tutoris, cuius auctoritate institutor præpositus est, cum eo contrahatur: Deinde addit, *Eius certè contractus nomine qui ante aditam hereditatem intercessit, etiam si furiosus heres existat, dandam esse actionem etiam Pomponius scripsit.* Mox subiicit *Non enim imputandum est ei qui sciens dominum decessisse cum institutore mercem exercente contraxit.* Mirum est, quantum per se torqueant interpretes in harum legum conciliatione. Et ipse quoque Cuiacius qui refutatis aliorum omnium opinionibus nec immeritò, constituit totam rationem differentia in utilitate promiscui vsus, distinguitque institutorem præpositum mercibus, & mercaturis faciendis à cæteris institutoribus, quasi illius præpositio non finiat, nec institutoris officium, nisi remoueatur ille ab heredibus vel à tutoribus eorum ut in l. *sed si pupillus* 11. *in princip. ead. tit.* Sed malè meo iudicio. Nec enim utilitas promiscui vsus tam fauorabilis esse potest, ut ob eam pupillus obligari debeat

sine tutoris auctoritate in fauorem eius qui cum institutore mercem exercente sciens dominum decessisse, contraxerit. Cui enim possit aliquid imputare, si nihil imputandum est ei qui sciens dominum decessisse cum institutore contraxit? Itaque fatendum est locum illum corruptum esse, & pro sciens legendum esse nesciens ut à nobis demonstratum est pluribus libr. 2. *Coniect. cap. 11.* Vnde petenda sunt, quæ hic congerere possemus. Sequitur alia quæstio de pecuniis per dispensatorem hunc Stichum iam factum liberum creditis siue per numerationem, siue per stipulationem contraxerit. De qua incipit tractare Africanus ab illis verbis, *Quas verò pecunias ipse credidisset.* Sed quærit prius, qua demum actione cohæredes Stichi possint ab eo repetere quod pro ipsorum portionibus hereditariis Sticho solutum fuit, an actione familiæ eriscundæ, quæ cohæredibus inuicem dari si let, tum quoque cum seruus liber, & ex parte heres esse iustus, aliquid ex rationibus, quas patrifamilias gessisset, penes se retinet leg. *Marius* 52. §. 1. *infra. famil. eriscund.* An potius negotiorum gestorum, quæ subsidiaria esse solet actioni familiæ eriscundæ. Respondet autem Africanus, actionem familiæ eriscundæ cohæredibus non competere sed negotiorum gestorum dari debere. Nam quam enim hæ actione: concurrunt circa eandem personam, eandem rem eandemque speciem leg. *si filia* 18. *in fin. leg. in familia* 20. *Cod. famil. eriscund.* quamuis vno respectu possit inter easdem personas locus esse iudicio familiæ eriscundæ, alio autem respectu actioni negotiorum gestorum ut in leg. 3. *Cod. de negot. gest.* vbi heredi qui pignoris liberandi gratia soluit creditori hereditario commune debitum, datur actio familiæ eriscundæ qua enus liberavit pignus cuius causa erat indiuidua, quòdque non potuerat ille pro sua parte liberare, quin etiam pro cohæredum portionibus liberaret leg. *rem hereditariam* 65. *de eucta leg. heredes* 25. §. *idem obseruatur supra. famil. eriscund.* Datur etiam actio negotiorum gestorum, quatenus soluendo totum debitum liberavit etiam cohæredes ab ære alieno cuius causa erat indiuidua, ut benè Cuiacius docet in hanc legem. Verissima enim propositio est, quoties vnus ex heredibus aut sociis id fecit quod pro parte sua facere non aliter potuit quàm si rem totam gereret, familiæ eriscundæ vel Communi diuidendo actioni locum esse, extra hunc casum negotiorum gestorum agi oportere leg. *si communes* 40. *supra de negot. gest. dicit. leg. heredes* 25. §. *idem iuris est, iunct. leg. his consequenter* 18. §. *ultim. famil. eriscund.* leg. *si quis putans* 6. §. *hoc autem, §. si damni supra. Commun. diuid. leg. frater à fratre* 38. *infra. de condic. indeb. leg. fistulas* 78. §. *pen. infra. de contr. empr.* In proposita autem specie certum est potuisse Stichum accipere solutionem partis suæ hereditariæ non acceptis partibus cohæredum. Ergo non potest locus esse iudicio familiæ eriscundæ, nec magis vtili, quàm directo, quamuis de directo minus idè dubitari possit quòd non habeat locum nisi inter cohæredes qui aliquid gesserunt tanquam cohæredes: hæc autem non potuit Stichus solutionem accipere velut heres qui se heredem ignorabat. Consequens igitur est, ut actioni negotiorum gestorum locus esse debeat. In quora-

amen dubitandi ratio illa occurrit, quod nihil Stichus gesserit contemplatione coheredum suorum, quos nec magis sibi coheredes quam se heredem esse existimabat, ac proinde nec rati habitio coheredum potest facere eorum negotium, quod non ipsorum contemplatioe gestum est. *l. si pupilli 6. §. item queritur in fin. sup. De negot. gest.* Fecit enim quasi ex necessitate serui. Sed decidendi ratio fortior illa est, quod effectu ipso negotium coheredum gestum sit à Stichò, & quidem eo tempore, quo licet nihil ille gereret, nisi tanquam ex serui necessitate, iam tamen reuera liber erat, & talis qui & obligare poterat, & obligari. *Latquin natura 19. §. si libero eod. tit. & l. is qui commodauit 13. §. vltim. infr. commod.* Nec pugnat quod in eadem, vt videtur specie Iulianus dat actionem Familiae eriscandae, in *dict. l. Marcus 52. §. 1. sup. Famil. eriscandae*. Nam vt bene post Accursium docet Cuiacius, agitur eo loco de pecuniis viuo domino exactis & quae mortis tempore inueniebantur hereditariae, hinc verò de exactis post mortem domini, quae nunquam fuerunt hereditariae & quas Stichus etiam se heredem ex parte sciuisset, exigere tamen pro coheredibus non cogebatur. Quod & nos ad locum illum docuimus. Restat iam vt ad aliam quaestionem veniamus de pecuniis à Stichò post mortem domini creditis antequam ipse testamentum domini recitatum, & leque in eo heredem ex parte scriptum rescuisset, de illa sic Africanus scribit,

a *Quas verò pecunias ipse credidisset &c.* Respondet igitur Africanus cum distinctione, vt ex qua parte Stichus heres scriptus inuenitur, alienauerit nummos quos dedit mutuos, pro partibus verò coheredum, non alienauerit, nec proinde mutuos eos dare potuerit, cum sine alienatione mutuum contrahi non possit, si mutuum esse non potest quin de meo tuum fiat. *l. 2. §. appellata sup. hoc tit. Cuius distinctionis prior pars illam habet dubitandi rationem, quod nemo errans dominium rei suae transferre in alium possit l. 3. §. subtilius infr. De condition. caus. dat. l. si procurator 35. De acquiren. rer. domin. l. si consensus 15. §. vltim. De contrahen. empt.* Hic autem Stichus errat, cum nummos reuera suos dat mutuos tanquam dominicos & domini sui nomine. Sed decidendi ratio est, quod hic error leuior est quam vt dominij translationem impedire possit. Nec enim multum distat à veritate, cum persona heredis eadem ferè sit quae persona testatoris, & rursus persona heredis eadem quae fuit reuera dispensatoris, qui tam citò factus est heres quam desit esse dispensator, vt bene Cuiacius explicat. Quod verò pertinet ad posteriorem supradictae distinctionis partem, ratio dubitandi illa est, quod quemadmodum iusta huius dispensatoris & debitorum hereditatorum ignorantia facit vt debitores ei soluentes liberentur, sicut iam diximus, ita eadem ignorantia videatur facere debere, vt etiam pro coheredum portionibus nummi hereditarij alienentur quomodo alienantur si dominus adhuc viueret. Generalis est enim iuris regula quae habet bonam fidem, tantum praestare quantum praestat veritas vbi lex impedimento non est. *leg. bona fides 136. de regul. iur.* Sed Africanus responderet, quae decidendi ratio est, non sicut illud receptum est vt debitores ei soluentes liberentur, ita hoc quoque re-

ceptum esse, vt credendo nummos eos alienent. Illud receptum est ne iusta ignorantia debitoris bona fide soluentis damno eum afficiat cui nihil imputari potest. *§. item si adhuc Institur. de mandat. & quia ipse interest consequi liberationem, quae ipsa per se fauorabilis est.* At hoc non similiter receptum est, nec recipi debet, non ob id solum, quod quae singulari iure & contra memoriam strictamque iuris rationem recepta sunt, non debent prodici ad consequentias. *leg. quod verò 15. sup. de legib. quomodo idem Africanus argumentatur in dict. leg. qui negotia 34. mandat.* Sed etiam quia nullius damnus est etiam si nummi à Stichò crediti non alienentur, non domini, quia dominus manet, eorumque quandiu extant vindicandorum ius habet, non accipientis, quia cum non sit dominus, non tam aliquod ei damnum infligitur, quam acquirendi occasio eripitur, pro quo tamen in commodo si quod est, sentit illud commodum vt non incidat in obligationem in quam incidere illum necesse esset, si nummi alienarentur. Et verò repugnat regula iuris naturalis gentium & civilis vt ignorantia domino rei suae dominium eripatur, nec in eam rem quicquam prodesse potest praetextu bonae fidei quia lex impedimento est vt scripsimus ad *l. si quid possessor 31. §. vltim. sup. de hered. petit. & ad d. §. seruus tuum leg. 31. sup. hoc tit.* Praeter id quod nec regula iuris quae bonam fidem veritati aequiparat, de qualibet bona fide loquitur, sed tantum de bona fide possidentis: quae proinde admixtam habeat causam possessionis, quod hic non contingit. Probat autem Africanus sententiam suam exemplo mandati. *Nam etsi tibi in hoc dederò nummos, inquit, vt eos Stichò credas, deinde mortuo me ignoras dederis, accipietis non facies.* Bona enim comparatio dispensatoris & mandatarij. Nam dispensator quoque mandatarius est. Et omni casu mandatum alienandi finitur morte, quia per mortem mutatur dominus, & fit nouus dominus, qui ante non erat, cuius proinde voluntas necessaria omnino est ad alienationem. *leg. si ego 9. §. si res infr. de iur. dot. iunct. leg. id quod nostrum est 11. de regul. iur.* Est namque impossibile, vt dominium alienetur ab eo qui non habet. *leg. nemo plus iuris 51. eod. leg. si vniuersa. 15. Ca. de legat.* Aliaque ratio est solutionis factae à domino ei qui non habuit ius accipiendi solutionem, quamuis solutio quaelibet inducat alienationem dominij. Non enim nascitur impedimentum ex parte accipientis, sed ex parte dantis. Huic tamen conclusioni obstare valde creditur quod à Pomponio scriptum est in *leg. fundi 33. vers. item si amicus infr. de acquir. poss.* Si fundi venditor mandauerit alicui vt emptorem in vacuam possessionem induceret, & amicus cui mandatum illud est mortuo eo priusquam sciret mortuum, aut nō prohibentibus heredibus id fecerit, re ad possessionem traditam esse: sed respondendum est agi eo loco de translatione nō dominij sed possessionis cuius tractatio proprie non est alienatio. *l. 4. §. 1. sup. de alienat. iudic. mut. caus. fact. leg. non alienat. 119. de regul. iur.* licet per possessionem transferatur etiam dominium, quoties à possessione separari non potest. *leg. procurator 8. Cod. de acquir. poss. leg. ex empto 11. §. 1. de act. empt. leg. traditio 20. de acquir. rer. domin.* Non enim attendi solent, quae non fiunt nisi per consequentias. *leg. 1. leg. quod dicitur 7. infr. de auctor. tutor.*

tutor. Sed & translatio illa possessionis, etiam si translatione dominij quoque includeret, non tam alienatio dici tamen deberet, quam solutio, quomodo & à Paulo dicitur in *d. l. cum fundus 31. §. seruus tuum sup.* Ad hoc enim obligatus est venditor actione ex empto vt rem tradat. *dict. l. ex empto §. 1. l. 1. de act. empt. l. si traditio 4. C. eod.* Itaque cum is cui venditor mandauit, vt possessionem traderet emptori, tradidit eam post mortem venditoris antequam sciret eum mortuum, pro eo habendus est, qui mandatum soluendo habens soluit post mortem mandatoris quem mortuum ignorabat, & bona fide, quem liberari aequum est, non minus quam eum qui creditoris procurator soluit post mortem creditoris, qui adhuc viuere putabatur: de quo iam supra diximus. Quinimò esse hunc casum fauorabilem, ex eo apparet, quod alio casu non prodest solutio ad liberationem si facta sit à mandatario iam sciente mortem mandantis, in hoc autem etiam si mandataris sciuerit mortuum venditorem si tamen ab heredibus non prohibeatur tradere valet traditio, quia mandatum tradendi causam habuit non merè voluntariam, sed ex obligationis necessitate profectam cum ad hoc teneretur venditor actione ex empto vt per se vel per alium rem venditam traderet: quae obligatio cum ad venditoris heredes transeat, mandatum hoc casu morte mandantis non finiri aequum est, sed ad heredes transire, quorum etiam interest impleri mandatum vt liberari ab obligatione tradendi hoc ipso locupletiores fiant. *leg. si pupill. 66. in fin. de solut.* Quod & Bartolus ad eum locum bene obseruauit, cum notat mandatum factum super eo ad quod mandator tenebatur non finiri morte mandatoris: quamuis ab heredibus reuocari possit. Minus obstat quod obiicitur ex Vlpiano in *leg. hoc iure 29. §. si quis dederit infr. de donat.* Si quis dederit mutuum pecuniam Titio reddendam Seio cui donatum volebat, deinde Titius mortuo donatore, Seio dedisse proponatur, dicendum esse pecuniam fieri Seij sine mortuo donatore sciuerit Titius sine ignorauerit. Ratio enim ab eodem Vlpiano statim reditur, quia pecunia fuit dantis, quae ratio non similiter locum habet, si pecunia fuit mandantis. Sed si quaeratur, an Titius liberatus sit, alia quaestio est: & in ea distinguendum cum Vlpiano an sciuerit donatorem mortuum an ignorauerit, vt hoc posteriore casu liberatus esse intelligatur conditione certi ex mutuo, aut saltem conditione ob causam dati causa non secuta, qua teneretur si pecuniam Seio non dedisset. Priore verò non sit liberatus sed ea conditione possit conueniri ab heredibus donatoris, quia licet pecuniam dederit Seio, non tamen impleuit legem mutuo dictam, id est, donationem, quam donator mutuum dando pecuniam Titio in Seium conferre voluit. Non enim mortuo donatore potuit perfici donatio collata in Seium, cum donator amplius nō viueret, quem iam mortuum esse sciebat Titius. Sed traditio facta Seio, quae liberationem parere non potuit, parit conditionem, vt eam pecuniam Seius Titio redderet tenetur conditione indebiti. Nec enim potest videri debitum fuisse Seio ex causa donationis, quod illi solutum est eo tempore quo perfici donatio amplius non poterat. Sed si mandauero tibi vt pecuniam non meam, nec mutuum à me datam, sed merè

tuam Titio des, cui donatum volebam & tu post mortem meam Titio dederis, quae alia species est in qua nec de liberatione, nec de conditione tractari quicquam potest, distinctio omnimodo necessaria est, an sciueris an ignoraueris, vt si ignoraueris me mortuum antequam dares, actionem mandati contra heredes meos habeas, si verò sciueris nullam habeas, quia mandatum iam erat finitum morte, nec proinde impleri potuit donatio ex mandato. Et haec Vlpiani sententia, & ratio est in *d. §. si quis dederit*. Sequitur,

c *Quare si nulla stipulatio interuenisset.* R. A. T. D. V. B. Adhiberi potest fideiussor, itemque pignus obligationi cuiuslibet etiam naturali tantum *l. §. infr. de pignor. leg. stipulatus sum 6. §. 1. infr. de fideiuss. l. Stichum aut Pamphilum 94. §. naturalis de solut.* Atqui ob numeratas à Stichò pecunias hereditarias post mortem domini, & bona fide non potest fieri vt nō aliqua contrahatur obligatio saltem naturalis ex parte accipientis, cum obligatio naturalis aestimetur ex facto magis, quam ex iure. *l. nec seruus 41. infr. de peenul.* Ergo fideiussores ex hac causa datos & pignora quoque teneri fatendum est. D. E. C. Non omnis numeratio parit obligationem aut civilem aut naturalem, sed ea tantum, per quam dominium transfertur in accipientem ne alioqui contingat vt quis locupletetur cum aliena iactura, quod esset contra naturalem aequitatem, vt in *l. naturaliter 13. in fin. c. l. §. de condit. indeb.* Aequi in proposito specie, non alienantur nummi vt supra diximus. Nulla igitur obligatio ex ea numeratione contrahi potuit, neque naturalis, neque civilis. Et consequenter neque fideiussores, neque pignora in eam causam dari potuerunt, alioqui neque vindicatio nummorum extantium dari posset, neque conditio consumptorum, si accipiens esset aliquomodo obligatus: Non magis, quam si is qui vindicat, aut condicit, naturaliter obligatus esset. Iniquum enim esset accipientem manere obligatum, & carere nihilominus ea re quae obligationem peperisset. Porro nulla subsistente obligatione principali, nec accessoria possunt consistere. *vulg. leg. cum principalis 178. de regul. iur.* Planè si nummi postea consumpti sint, an conualescet datio pignoris, aut fideiussoris? Vtique quoniam & mutuum ipsum si non conualescit, saltem conciliatur consumptione sicut & rati habitio vt subtiliter Cuiacius tractat, ex *leg. si quis pro eo 56. §. si nummos infra de fideiuss.* vbi Papinianus ait consumptis nummis nasci conditionem, ex eoque inferri fideiussorem obligatum esse, tanquam qui acceptus intelligatur in omnem causam quae ex ea numeratione nasci potest. Conditio autem illa est quam Cuiacius ex Graecis interpretibus & ex Theoph. in *§. vlt. Instit. quib. alien. licet vel non*, vocat de bene de pēis, cum bona fide consumpta est pecunia. Alioqui vel vindicanda est pecunia si extet, vel agendum conomine ad exhibendum si mala fide consumpta sit. *l. rogasti 11. §. vlt. d. l. non omnis 19. §. vlt. sup. hoc tit.* vbi plura hac de re scripsimus. Sed haec ita si nulla stipulatio interuenisset. Nam si qua intercessit, dubitandum nō est quin ex ea nascatur obligatio civilis, & ex obligatione civili conditio certi ex stipulatione efficax, cum nihil sit quod repugnet. *l. 2. Cod. si cert. petat.* Quamquam adhibenda etiam illo casu distinctio est, quomodo concepta sit stipulatio, vt Africanus noster mox subiicit. Ceterum eo casu quo ex consumptione nummorum acquiritur conditio dubi-

rari adhuc potest cui acquiratur an coheredibus ipsis, an potius hereditati? Distingendum est an consumptio superuenit ante aditam hereditatem, an post, si ante aditam hereditatem, acquiratur conditio hereditati si qua sit iacens, qualem esse illam necesse est si coheredes Stichum proponantur extranei, qui proinde non fuerint heredes ipso iure & per mediam hereditatem acquiratur postea heredibus. Hereditas enim domina est *l. non minus* 31. §. 1. *infr. de hered. instit. l. denique* 13. §. *quasi sum* *vers. accedit* *infr. quod vi aut clam. l. 1. §. infr. si is qui testam. lib. eff. iuss.* aut saltem domini personam repræsentat, ut loquitur *l. cum hereditas* 9. *C. deposit. iunct. l. liber homo* 13. §. *pen. supr. ad leg. Aquil. l. hereditas in multu* 61. *de acquir. rer. domin. l. si ante aditam* 15. *de interrog. in iur. sciend.* Ideoque per seruum hereditarium acquiri potest hereditati quicquid per alios seruos acquiratur dominis, ut sequitur in hac lege, extra casum *dict. leg. 1. §. Scævola si is qui testam. lib. eff. iuss.* Si vero post aditam hereditatem consumptio nummorum secuta sit, acquiratur conditio heredibus rectè non per mediam hereditatem, quæ amplius nulla est, definit enim esse hereditas ubi heres incipit esse. Proinde si ponas institutos fuisse heredes omnes necessarios, nullus distinctioni locus relinquatur, quia cum ipso iure & statim sint heredes, etiam ante apertas tabulas siue in solidum siue ex parte heredes scripti sint, ut hæc lex probat, nulla videtur esse hereditas non magis quam in heredibus suis, & necessariis *leg. in suis* 11. *infr. de liber. & posthum. l. in suis* 14. *de suis & legir. & ita bene* Cuiacius post Castrensium, qui rationem adfert prioris partis distinctionis, quod si quis pecuniam tuo nomine alij numeret ipsa consumpta acquiratur tibi actio directa irrevocabiliter, adeoque tamen si tu nomen reprobaeris, eamque numerationem ratam habere noveris *ex leg. si absentis* 4. *C. si cert. petat. leg. certi conditio* 9. §. *si nummos supr. hoc tit. ubi diximus. Qui dñi ergo etiã hereditati? In eoque observat bene Castrensium differentiam, quæ est inter conditionem certi quæ nascitur ex numeratione, & illam, quæ ex stipulatione, quod certiconditio ex numeratione potuit per Stichum acquiri non tantum hereditati iacenti pro coheredum extraneorum portionibus, sed ipsis etiam coheredibus, siue ignorauerint defunctam testatorem, siue scierint, quia & alij cuilibet extraneo acquiri per alium posset *dict. §. si nummos & d. l. si absente*, at non etiam conditio ex stipulatione *d. l. 2. eod. tit. C. si cert. petat.* Idque adeo verum est ut etiam si nomen reprobare coheredes Stichum vellent, non eo minus tamen directa conditio penes eos remaneret, qua cedere illum oporteret, nisi mallet ille suo nomine uti i actione experiri *d. l. si absente*. Sequitur apud Africanum*

d. *Quod si stipulatus quoque esset.* Percurrit diligenter Africanus omnes casus qui circa propositam speciem possunt emergere. Ac quoniam hucusque illum tractavit, quo nulla Stichum stipulatio in scenerandis nummis intercesserit, pergat quære, quid ergo si Stichus stipulatus proponatur ab iis quibus mutuas dedit pecunias? Et ait multum referre quemadmodum stipulatus sit. Nam si nominatim Titio domino suo iam mortuo stipulatus sit, proculdubio inutilem esse stipulationem, quod si sibi stipulatus esset, dicendum esse hereditati eum acquisuisse, nempe si ante aditam hereditatem stipulatus proponatur. Nam si post aditam a cohe-

redibus hereditatem, aliud respondendum esse, nullam scilicet actionem ex stipulatione Stichum acquiratam esse coheredibus extraneis, quia cum iam liber fuerit Stichus tanquam & liber scriptus, & heredes necessarii, certum est per stipulationem personæ liberæ non alij acquiri posse quam ei cui stipulator bona fide seruiat, si etiam illud cõcurrat ut ex re eius vel ex operis suis requiritur *l. qui bona fide* 23. *iunct. l. liber homo* 19. *infr. de acquir. rer. domin.* In proposito autem nemo dixerit Stichum bona fide possideri a coheredibus suis, qui scierint eum sibi coheredem datum ex recitatione testamenti, sed si ignorauerint, quod forte ipsi quoque, ex necessarii fuerint, atque ita heredes ipso iure etiã ante apertas tabulas, aliud est. Et si enim non possunt videri Stichum bona fide possidere siue iam liberum eum, & coheredem sibi datum esse sciant, siue se liberos & coheredes esse nesciant, quia neutro casu possidendi animum habere possunt, potest tamẽ Stichus bona fide iis seruire, quod sufficit, ut ex re ipsorum possit ipsis acquirere quemadmodum cum Africano ad finem legis dicemus. Sola igitur quæstio illa superesse potest cum coheredes sunt extranei, cui danda sit conditio nummorum pro portionibus istis coheredum si consumpti sint, ut quæ ex stipulatione nasci nulla potuit, saltem ex consumptione nascatur. Nam si extant, cum alienati non fuerint, appareret vindicationem eorum cõpetere. Cui porro alij quam domino? Ergo coheredibus ipsis quos negari non potest eorum nummorum dominos esse, pro sua quemque portione hereditaria. Ad hanc verò quæstionem nihil Africanus noster respondet. Nos quid responderi debeat, docebimus, si prius ad vnamquamque partem distinctionis Africani proprias dubitandi & decidendi rationes attulerimus. At lex,

e. *Nam si nominatim forte Titio domino suo.* RAT. D. V. B. Cum seruus stipulatur, nihil interest an sibi an domino suo, an sine alterutra eorum adiectione dari stipuletur, quia omni casu stipulatio utilis est, & ex ea domino acquiritur *l. in princip. & pass. infr. de stipulat. seruo.* Nam & idem accidit in filiofamilias stipulante simpliciter vel sibi vel patri *l. quod dicitur* 130. *de verb. oblig. §. si quis alij instituit. de inutil. stipulat.* Atqui si Stichus de quo agimus sibi stipulatus esset, valeret stipulatio, & acquiratur hereditati, ut Africanus subiicit. Idem ergo est etiam si Titio domino suo nominatim stipuletur: Præsertim cum hereditas, ut diximus, personam domini repræsentet *dict. leg. cum hereditas* 9. *Cod. deposit.* D. E. C. Nihil quidem interest, cum dominus vivit, an seruus sibi stipuletur an domino suo, nec an sub nomine proprio domini, an sub appellativo: Sed cum dominus mortuus est ut in casu quem tractamus, multum interest. Stipulatio enim collata nominatim in personam Titij, non potest in hereditatem transferri: nec in personam Stichum, quandoquidem nec hereditas nec Stichus potest villo modo esse aut dici Titius. Nec quod hereditas repræsentet personam defuncti non heredis ad rem facit. Repræsentat enim personam defuncti, ut dominium rerum hereditarium continuari possit in heredem nec cõtinuatio, vel vnicò temporis momento interrumpatur: Non autem ut Titius iam mortuus etiam nomen suum transferat in hereditatem, quippe quod nullam cum dominij translatione aut continuatione habeat connexitatẽ. In stipulationibus autẽ verborum ratio

ratio potissimum habenda est *l. quicquid adstringend.* 99. *de verb. oblig.* maxime verò perfonam in quam stipulatio collata fuit, aded, ut nec persona illa quæ nominatim adiecta est solutionis causa, videri unquam possit adiecta obligationis gratia vel cõtrã *l. eum qui* 56. §. *qui sibi* *l. vlt. §. pen. eod. tit.* Cõsequens igitur est ut si Stichus pecunias quas sceneravit stipulatus sit reddi nominatim Titio domino suo iam mortuo, inutilis omnino sit stipulatio, perinde atque si hominem iam mortuum sibi stipulatus esset *l. si homo mortuus* 69. *eod. tit.* Aut si decessisset homo sibi promissus qui tamen stipulationis tempore vivebat ut *l. 4. supr. qui satisd. cogant.* quia neque acquiri potest Titio, qui cum iam mortuus sit nullus est, neque hereditati, neque ipsi Stichum, quia non hereditati, aut sibi stipulatus fuit Stichus sed Titio domino suo nominatim: sic & alias plerumque multum refert an quis nominatim stipulatus sit dominis suis an non nominatim, ut scilicet an pro dominicis partibus an pro virilibus acquiratur dominis obligatio *l. si cõmunis servus* 37. *infr. de stipul. seruo.* Et seruus hereditarius, quãuis sibi aut simpliciter stipulando acquirat etiã heredi futuro *l. si servus* 18. §. *servus* *l. si ex re* 28. §. *vlt. l. servus hereditarius* 35. *eod. tit.* si tamen nominatim futuro heredi stipuletur nihil agit, quia stipulationis tempore heres dominus eius non fuit *leg. servus* 26. *eod.*

f. *Quod si sibi dari stipulatus esset.* RAT. D. V. B. Seruus quicquid hereditarius, & hereditarij & heredi futuro, dum ne nominatim rectè stipulatur, ut modò diximus *ex leg. servus hereditarius* 35. *iunct. leg. servus* 16. *de stipul. seruo.* At is, qui stipulationis tempore non amplius seruus, sed iam liber est cum sit capax acquisitionis, si sibi stipuletur, cuiusnam alij obsecro quàm sibi potest acquirere? Aut cur hereditati, cum non sit hereditarius, nec proinde habeat hereditatem pro domina? Nam & quod dicimus ex stipulatione serui hereditarij, acquiri etiam futuro heredi, non aliam rationem habet, quàm quod hic seruus aditionis tempore in hereditate deprehendatur *dict. leg. si servus* 18. §. *servus eod. tit.* ubi ob hanc causam differentia elegans constituitur inter seruum & filiumfamilias, qui si mortuo iam patre sibi stipuletur, nec hereditati paternæ nec futuro patris heredi quicquam acquirat. Igitur in proposita specie per stipulationem Stichum iam liberi, & heredis ex parte, nihil acquiri hereditati potest, ne quidem pro portionibus coheredum. D. E. C. Etiam liber homo stipulando acquirat ei cui bona fide seruit, dummodò ex eius re stipuletur *leg. acquiratur* 10. *leg. liber homo* 19. *leg. qui bona fide* 23. *infr. de acquir. rer. domin. leg. liber homo* 20. *de stipulat. seruo.* Ergo & acquirere hereditati potest cui bona fide seruiat, quomodo in casu proposito Stichus noster seruebat bona fide hereditati tempore stipulationis cum se putaret adhuc hereditarium, & ex domini sui testamento libertatem iam sibi obtigisse ignoraret, dummodò acquirat ex re hereditaria, quod & hic evenerat, quia pro coheredum portionibus pecunia erat hereditaria nondum adita per ignorantes coheredes hereditate. Idque est quod Africanus scribit his verbis, *Sicut enim nobismetipsis ex re nostra per eos qui liberi vel alieni serui bona fide seruiunt acquiratur, ita hereditati quoque ex re hereditaria acquiri.* Quam regulam valde notandam esse bene monuit Ioannes vetus glossator, quod nullo alio iuris loco prodita inveniat. Nec sanè aliqua videtur carere dubita-

tione, quandoquidem non potest hereditas possidere, quæ nec animum possidendi habet, nec bonam fidem, ita ut ne quidem possessio quæ fuit defuncti transire in hereditatem possit *l. 1. §. Scævola* *infr. si is qui testam. lib. eff. iuss.* Quanto minus potest incipere possidere bona fide Stichum, qui defuncto domino seruebat non bona fide, sed tanquam qui verè seruus eius esset? Quod enim liberi homo aut seruus alienus acquirat ei cui bona fide seruit dum ex ipsius re acquirat, non videtur fieri propter bonam fidem solam sed magis propter possessionem, ut innuit illa iuris regula quæ habet bonam fidem possidenti tantum præstare quantum præstat veritas ubi lex impedimento non est *leg. bona fides* 136. *de regul. iur.* Cur enim adderet possidenti si non potissima possessionis ratio haberi deberet? Neque verò aliud sensit Africanus ipse videtur, qui cum subiicit post aditam a coheredibus hereditatem non æquè idem dici posse, utique si scierint Stichum sibi coheredem datum esse orationem adfert *quoniam tunc non possunt videri bona fidei possessores esse, qui nec possidendi animum haberent.* Nisi dicamus in hereditate speciali quodam iure, & utilitatis causa sic comparatum esse, ut & alia plerumque, etiam ex iis quæ possessionem aliquam & possessionis continuationem requirunt. Quale illud est, ut nondum adiectæ hereditatis tempus usucapioni proficit siue seruus hereditarius aliquid comparat, siue defunctus usucapere coeperat *l. iusto* 44. §. *nondum adite. iunct. l. nunquam* 31. §. *pen. infr. de usucap.* Non enim potest imputari hereditati cur non possideat nec animum possidendi habeat, nec proinde ea res debet immutare rationem iuris, cum non eo minus verum sit Stichum iam factum liberum seruire bona fide hereditati quandiu nescit se liberum, & hereditas pro coheredum portionibus non est adita, licet nec se putet esse hereditarium, qui dominum suum mortuum esse ignorat. Et verò Stichus quise scit seruum Titij, quem putat adhuc vivere, quamvis reuera liber sit, mortuo Titio a quo fuit liber & heres ex parte scriptus, adhuc tamen bona fide seruit hereditati, quæ eiusdem domini personam repræsentat: ut perinde haberi debeat, ac si Stichus inter vivos manumissus a suo domino liber factus fuisset ignorans, nec eo minus eidem domino seruire bona fide persenerasset: si ita res geri potuisset: quod tamen impossibile est, quia neque ipso iure liber fieri per manumissionem inter vivos ignorans quis potest, neque bona fide possideri ab eo qui ipse manumiserit. Denique non tam inspicendum est, utrum homo liber bona fide possideatur ab eo cui acquirat, quàm verè ei bona fide seruiat, & ex re ipsius acquirat: ut Africanus quoque docet in sequentibus, cum ait, si coheredes Stichum ignorauerint testatorem mortuum, datumque sibi Stichum coheredem, quod fortè ipsi quoque, ex necessariis heredibus fuerint, æquè dicendum esse ipsis acquisitam stipulationem pro eorum portionibus hereditariis, tanquam ex re ipsorum contracta stipulatione, per Stichum tunc ipsis bona fide seruientem, tamen non idcirco posset videri ab iis possessus qui nec possidendi animum haberent, nec possidendi ius posse habere se putarent, cum se adhuc seruos esse crederent.

g. *Post aditam verò a coheredibus hereditatem.* Ponit enim Africanus fuisse coheredes extraneos, quorum est adire hereditatẽ non autẽ heredi necessariorum, qui statim & ipso iure sunt profinu-

heredes siue velint siue nolint §. 1. *Instit. de hered. qual. & differ.* Idque apparet clarior ex sequentibus ubi tractatur tanquam de diuerso casu si coheredes quoque necessarii forte fuerint. R. A. T. D. V. B. Aditio hereditatis facit duntaxat ut per hunc Stichum nihil possit acquiri hereditati, quia nec hereditas vlla est ex quo fuit adita, sed incipit fieri patrimonium heredis per confusionem nisi impetretur separatio l. 1. *infr. de separat.* Atqui potest stipulatio Stichum prodesse coheredibus etiam post acquisitionem iis hereditatem, puta si ignorauerint datum sibi Stichum coheredem, ut sequitur apud Africanum: ergo nihil facit hereditatis aditio, & acquisitio, sed tantum bona fides vel mala fides coheredum. D. R. C. Extranei heredes sicuti non possunt esse heredes quin fiant, nec fieri citra aditionem in quo differunt à necessariis siue suis, siue non suis l. in suis 14. *de suis, & legit. §. vltim. Instit. de hered. qual. & differ.* Ita neque adire quin sciant se institutos & apertas esse tabulas, ac testamentum recitatum. Cum non aliter possint adire quam si de iure suo certi sint, & ex qua causa iis delata sit hereditas leg. is qui putat 15. cum quatuor seqq. leg. si is ad quem 22. & sequentib. leg. heres institutus 32. & seqq. leg. eum qui 51. & passim *infr. de acquir. hered.* Idcoque lex Iulia Papia de caducis ad eos tantum, non etiam ad necessarios heredes pertinet, ut iam diximus ex hac leg. *iunct. leg. vnic. in princip. C. de caduc. tollend.* Atqui non potest extraneus heres ex parte institutus scire se institutum, & ex qua parte, quin sciat etiam quem coheredem habeat, & ex qua parte. Porro scientia illa statim malam fidem inducit, & impedit ne possint in proposita specie coheredes Stichum extranei possidere illum bona fide, ut per eius stipulationem aliquid acquirant, cum nec habere possint animum possidendi eum, quem iam liberum, & coheredem sibi datum esse intelligunt. Bene igitur Africanus distinguit, an hereditas sit adita, necne, ut vel ex hoc solo appareat tractare illum hucusque de hereditate quae adiri possit & debeat, ut acquiratur. Quamquam apertius & generalius ne dicam melius fecisset Africanus, si distinxisset, non an adita esset hereditas necne, sed an Stichum coheredes necessarii fuissent, & extranei, & rursus si necessarii, an sciuissent datum sibi coheredem Stichum, an ignorassent, ut si sciuissent, nihil eis acquiri per Stichum posset (nam & necessarii possunt scire quod extranei possunt, licet possint etiam ignorare, quod extranei non possunt) si verò ignorassent, acquisita iis esset obligatio ex stipulatione Stichum pro portionibus eorum hereditatis. At si extranei heredes essent, subdistingui oportet an hereditas per eos adita esset necne, non autem an hereditate adita sciuissent datum sibi coheredem Stichum, quandoquidem id ignorare non potuerunt. Itaque quod hic scribitur *utique si scierint eum sibi coheredem datum* sic accipio ac si scriptum esset *utique quia scierint*, aut *cum utique scierint*. Sequitur enim statim coheredes non aliter potuisse ignorare datum sibi Stichum coheredem, quam si ipsi quoque fuerint ex necessariis. Ut intelligamus non nisi in necessariis heredibus posse hanc ignorantiam, & quae ex ea nascitur, bonam fidem, probabiliter contingere, nisi malis sic intelligere ut distinxerit Africanus in coheredibus generaliter an scierint an ignorauerint, sed non in coheredibus extraneis, id est, per adi-

tionem factis in quos utique non cadit probabiliter haec distinctio, praesertim cum heredes soleant & debeant habere penes se exemplum testamenti aperti & recitati leg. 2. *supr. de edend.* Quod nec Accursius noster nec alius ex interpretibus videtur obseruasse, sicut & in eo labitur Accursius quod putat Africanum de pignorum à Stichum acceptis, de quibus quaesitum fuerat, nihil respondere. An non enim satis responderet cum de principali obligatione, quae ex stipulatione nascitur, sententiam suam aperire? Nimirum pignoris, ut & fideiussoris obligatio tanquam accessoria sequitur principalem, & cui acquiritur ex stipulatione actio, & per eam eadem acquiritur etiam ius pignoris & pro eadem parte. Contra verò cui non acquiritur vlla ex parte principalis obligatio, eidem nec accessoria. Porro principalis obligatio acquiritur Stichum pro parte hereditaria nisi cum Titio domino suo iam mortuo nominatim stipulatus est, ut diximus, & quidem pro parte tertia non singulorum corporum sed totius summae leg. nam est fur 13. §. vltim. *supr.* Ergo & pignoris & fideiussoris. Coheredibus verò non acquiritur indistinctè, nisi quo casu acquiratur hereditati non adita, id est, si Stichum putans dominum adhuc viuere sibi stipulatus sit, aut si iam heredes necessarii ignorauerint datum sibi Stichum coheredem. Ergo nec nisi his casibus pignoris & fideiussoris obligatio ipsis acquiratur, scilicet ex stipulatione. Nam si quo casu concilietur mutuum ex consumptione etiam cessante vinculo stipulationis, pignoris quoque & fideiussoris datio conciliabitur ut iam supra docuimus ex l. si quis pro eo 56. §. si numerus *infr. de fideiuss.* Errat etiam Accursius in eo, quod tum quoque cum Stichum ante aditam ab extraneis coheredibus hereditatem, sibi aut simpliciter stipulatus est, quo casu diximus acquirere illi hereditati ex re hereditaria, distinguit an coheredes scierint an ignorauerint Stichum datum esse sibi coheredem. Illa naq. distinctio tunc necessaria est cum quaeritur an coheredibus rectè & immediatè hereditati. Quicquid enim hereditati semel acquisitum est, id omnimodo necesse est per mediam hereditatem acquiri heredibus siue scientibus siue ignorantibus. d. l. 1. §. Scatula *infr. si is qui testam. lib. est. infr.* Quod verò addit Accursius, eo casu quo negat acquiri actionem coheredibus ex stipulatione Stichum, nec ipsi Stichum acquiri posse directam ne quidè pro parte ipsius hereditaria eque falsum est. Nam id acquiritur & ex stipulatione, quāvis alij quāvis sibi, hoc est domino suo acquirere voluerit, tum quoque cum aut sibi aut impersonaliter stipulatus fuit dū ne domino suo nominatim, & multo magis ex numeratione, in qua scilicet non cadit eadem distinctio, cuius nomine numeratio facta sit, cum pecuniam partim suam partim hereditariam Stichum numerauerit, quamuis si numerationem praecedat, aut sequatur incontinenti stipulatio, ex stipulatione detur actio non ex numeratione l. cum enim 7. *iunct. §. 1. leg. praeced. infr. de nouat.* Alioqui si directa hoc casu non daretur Stichum pro parte sua hereditaria, nec vtilè quidè ei dandā putarè cum ex inutili stipulatione non magis vtilis quā directam stipulatori actio quaeripossit, licet ex vnus stipulatione possit interdum acquiri alij vtilis actio ut in specie l. quodcumque 45. §. 1. *leg. si procuratori 79. infr. de verb. oblig.* Nec me moueret Pomponius

ponius in leg. liber homo 19. in fin. *de acquir. rer. domin.* qua mouetur Accursius, ubi neque de directa, neque de vtili actione verbum vllum. Itaque si quis cum Castrensi dicat hanc glossam de libro abra-di debere ut ipse loquitur, non valde repugnae. Planè de coheredum portionibus dubitari eleganter potest cui acquiratur ex consumptione actio, illo casu quo ipsi coheredibus ex stipulatione Stichum acquiri nulla possit. Idcirco autem loquimur de consumptione, quia nummis extantibus non possit dubitari, quin eorum vindicatio danda esset domino, ac proinde coheredibus qui utique siue necessarii essent siue extranei, hoc ipso domino inuenirentur, quod essent heredes §. vlt. *Instit. de hered. qual. & differ.* Sed numerorum consumptio sicuti vindicationem tollit, quae non nisi extantis rei fieri potest, ita difficiliore inducit quaestionem de actione personali, quippe, quae non facile ex alterius contractu nasci potest, cum tamen vindicatio non ex contractu nascatur, sed ex praesenti possessione leg. non alius 24. §. sed si postulat *supr. de iudic.* Iam autem diximus actionem quae ex stipulatione acquiri coheredibus non potest, acquiri tamen consumptione, cum pecunia quam Stichum foenerauit ipsorum fuerit, non adhibendam distinctione illa, quam adhibendam esse diximus, cum de conditione ex stipulatione quaesita disputatur, An scierint Stichum sibi datum esse coheredem, an ignorauerint: quia semper acquiritur actio directa ei cuius fuit pecunia: quamuis si numerationem ratam habere nolit, cogitur eam conditionem mandare numeranti, qui nihilominus ex persona sua habet vtilem d. leg. si abseris 4. C. si cert. petat. Quemadmodum è contrario is qui ex aliena pecunia sibi stipulatus est, & conditionem ex stipulatione sibi acquisiuit ut in leg. 2. eod. tit. non tamen impedit quominus conditio certi ex numeratione acquiratur ei cuius fuit pecunia, adeoque actio illa quam ex stipulatione habet alij cadere cogitur, ne ex re alterius fiat locupletior si Castrensi credimus d. leg. si & me 32. *supr. leg. 1. §. si seruus infr. de stipulat. seruor.* quod tamen ego probare non possum, quia loci supradicti de danda non de cedenda conditione loquuntur. Et verò cum actio ex vtili stipulatione, quae stipulanti quaesita fuit, doli mali exceptione possit elidi, quando pecunia credita vel vindicari potest à domino vel condicte ab eo qui dominus fuit, ut scriptum est in d. §. si seruus iunct. leg. nam est fur 13. *supr.* Quem obsecro effectum habere potest cessio actionis quam possit debitor conuentus per doli exceptionem elidere? Aut enim efficax actio cedenda est, aut nulla leg. Stichum aut Pamphilum 95. §. penult. *infr. de solut.* In eoque rursus errat Castrensis, quod subicit, interueniente vtili stipulatione non esse curandum de consumptione. Nam imò verò semper quaerendum est de consumptione, non ut impediatur conditio certi ex stipulatione, quae omnimodo ipso iure competit, sed ut sciri possit, an efficax ea actio futura sit, & cur non efficax. Si enim nummi extent, idè non potest efficax esse actio, quia possunt vindicari arg. d. leg. nam est fur, quod nec Castrensis distinetur. Si verò sint consumpti, idcirco inefficax actio est, quoniam coheredes habituri sunt conditionem certi ex numeratione si modò ratam eam habere velint, & quidem efficacem conditionem quae nullo ca-

su per exceptionem eliditur, d. leg. 1. §. si seruus de stipul. seruor. Quod si ratam numerationem habere nolit, eo demum casu erit vtilis & efficax stipulatio si aliud nihil obstat, nec vlla cessio stipulator indigeat d. leg. 2. C. si cert. petat. Sequitur apud Africanum, *Qui nec possidendi animum habent.* R. A. T. D. V. B. Nemo potest solo animo incipere possidere leg. 3. §. 1. *infr. de acquir. possess.* quia possessio licet animo solo retineri possit, non tamen acquiri nisi animo, & corpore, ut dixi ad leg. certi conditio 9. §. vlt. *supr.* Ergo non est bona ratio propter quam non possint videri coheredes isti bonae fidei possessores esse, quia possidendi animum non habuerint. Quandoquidem non aliud dicendum esset si animum possidendi haberent, ut & Accursius fatetur. D. R. C. Nemo quidem potest solo animo incipere possidere, sed tamen illud quoque verum est, neminem posse sine animo possidere. Est enim possessio corporis & animi simul, sed tamen animi magis quā corporis ad eum ut etiam solo animo possit amitti possessio si amissio incipiat ab animo leg. 3. §. in amittenda l. si quis vi 17. §. differentia. *infr. de acq. possess.* Sensus igitur Africani est Stichum iam factum liberum nihil potuisse ex sua stipulatione acquirere coheredibus suis extraneis, tanquam ab iis pro portionibus ipsorum hereditatis bona fide possessum, cum neque bonam fidem habere poterint scientes datum sibi eum coheredem, neque possessores Stichum esse, cuius possidendi nec animum haberent.

i. *Quod si proponatur coheredes eius id ignorasse.* R. A. T. D. V. B. Ignorantia coheredum, quod forte ipsi quoque ex necessariis heredibus fuerint, non potest eos facere bonae fidei possessores, quoniam possidendi animum habeant, quandoque adhuc seruos esse putant, & se factos heredes ignorant. Neque enim sibi possidere quicquam seruus potest, qui suum nihil habere potest, quique ipse ab alio possidetur leg. 1. §. sed & per eum leg. rem qua nolis 15. *infr. de acquir. possess.* Et quamuis coheredes isti à nemine possideantur, cum iam liberi sint, attamen ut possidere nihil possint, quod sine animo nulla queat esse possessio, sufficit ut se putent possidere à domino quem credant adhuc viuere, quem admodum solemus dicere, ad impediendam repetitionem sufficere, quod quis se putet condemnatum, licet reuera non sit condemnatus leg. cum putarem 36. *supr. Famil. erisc.* Nec rursus ignorantia illa coheredum facere potest, ut hereditas aliqua super sit eum non eo minus sint illi ipso iure & liberi & heredes. Ergo quod in praecedentibus dictum est, ex stipulatione Stichum potuisse acquiri actionem hereditati nondum aditam ex re hereditaria, quasi hac parte seruus non hereditarius adhuc videatur ab hereditate possideri quodammodo, haecenus saltem ut ei possit ex re hereditaria acquirere, quandoque se putat hereditarium iam factum liberum: scilicet pro coheredum, extraneorum portionibus, pro quibus verum est adhuc iacere hereditatem, quandoque adiri ab illis vel repudiari hereditas potest. Non idem hoc casu responderi potest, in quo ponimus coheredes non extraneos fuisse, sed necessarios, & iam factos liberos ipso iure, quia nihil est quod hoc casu de hereditate tractari possit, quae iam nulla est cum coheredes necessarii perinde sint ipso iure liberi & heredes, ac Stichum quem toties diximus liberum & here-

dem fuisse ipso iure, etiam ignorantem. Nec tam facile illud est, ut Stichus iam liber factus acquirat coheredibus suis à quibus non possideatur, quam ut acquirat hereditati ex re hereditaria, quia licet nec ab hereditate possideatur, quæ possidere nihil potest leg. 1. §. *Scuola infra. si is qui testam. lib. eff. iuss.* facilius tamen est ut videatur possideri quodammodo ab hereditate, quæ possessoris veri personam repræsentat, quam ut à coheredibus cum quibus habet ius par, & æquale. Dicit enim solet quod & verissimum est par in parem nullum esse imperium leg. 4. *supr. de recept. Qui arbit. recep.* D E C. Coheredum ignorantia licet non faciat eos, possessores facit tamen ut sint in bona fide, ac proinde ut verum sit dicere Stichum iis seruire bona fide quamvis iam sit liber, cum sint ipsi quoque liberi & is liberum se ignorat, quamvis nec liberos eos esse sciat. Quidni ergo etiam ipsis acquirat stipulando, non quidem simpliciter & absolute, sed ex re ipsorum, quemadmodum acquirat hereditati ex re hereditaria. Nec enim magis ab hereditate possidetur quam à coheredibus ignorantibus, sufficitque ad hoc ut possit iis acquirere quod bona fide ipsis seruiat. Nam & homo liber bona fide seruire homini libero potest. Et quod diximus, omnium coheredum necessarium par esse ius, & æquale, non potest facere quominus videatur Stichus seruire bona fide coheredibus, sed tantum ut vicissim ei quoque coheredes bona fide seruire videantur. Quod Africanus libenter admittit, tanquam quod mirabile sit magis, quam absurdum. Sequitur enim

k Quo quidem casu illud euenturum est. R A T. D V B. Qui possidetur ab alio, possidere alium ipse non potest d. leg. 1. §. *sed & per eum in fin. de acquir. poss. leg. homo liber 54. §. ult. infr. de acquir. rer. domin.* Sicuti nec alium in sua potestate habere potest is qui ipse est in aliena potestate leg. *sic enim & 21. infr. ad leg. tul. de adult.* Non ergo fieri potest ut duo pluresve homines liberi bona fide inuicem sibi seruiant tanquam bona fide possessi simul, & possidentes, non magis quam ut se inuicem possideant. D E C. Bona fide seruire facti est, non iuris, siue factum ipsum seruiendi confideles (aliud enim est seruire aliud verò seruum esse) siue bonam fidem leg. *bona fide 48. §. 1. de acquir. rer. domin.* Possessio autem, licet ipsa quoque facti sit, est tamen etiam iuris, & plurimum ex iure mutuatur leg. *possessio 49. in princip. & §. 1. de acquir. poss.* Nihil ergo prohibet, quominus plures sibi inuicem bona fide seruiant aut saltem seruire videantur, quomodo Africanus hic loquitur, quamvis fieri non possit ut plures se inuicem possideant. Sicuti nec quicquam vetat plures eiusdem negotiationis socios videri inuicem sibi inuitores ut ex vnus contractu alij quoque in solidum obligentur etiam si per se ipsos exercent, dum in diuersis locis aut in eodem etiam loco si separatim contrahant, ut ex Bartolo & Baldo concludit *Castr. ad leg. 1. §. ult. infr. de exercit. act.* quamvis secus sit in sociis vnuerforum bonorum leg. *antep. infr. Pro socio, & in exercitoribus eiusdem nauis, quia non æquè inuicem sui magistris videntur l. 4. in princip. de exercit. act.* Itaque placet valde quod hic notat Cuiacius ex Stephano Græco interpretate & Græcorum, ut ipse vocat, peritissimo, non ita loqui Africanum ut dicat coheredes istos

Stichi & à Sticho possideri, & Stichum vicissim possidere, quod non magis fictione iuris, ut putat Accursius, quam verè fieri post (ad ea siquidem quæ facti sunt, non potest fictio vlla iuris pertinere leg. *denique 19. supr. ex quib. caus. maior. leg. in bello 12. §. facti infr. de captiu. & possim.*) Sed sic duntaxat ut dicat videri eos sibi inuicem bona fide seruire, quod longè diuersum est. Sed mirabile tamen ut diximus, magis quam absurdum. Ex quo intelligimus, Ut homo liber alij possit ex re eius vel ex operis suis acquirere, non illud omnimodo requiri ut ab eo cui acquirere possideatur, sed satis esse, ut ei bona fide seruiat: Bona autem fide posse quem seruire illi etiam, à quo nullo modo possideatur, ut cernere est in hoc ipso Stichum de quo agimus qui licet iam liber & heres factus, pro coheredum tamen portionibus acquirat, nondum aditæ hereditati quandiu se liberum & hereditatem ignorat, putans se seruum hereditarium. Acquirat enim hereditati ex re hereditaria, quoniam hereditati seruit bona fide, nec tamen ab hereditate vllomodo possidetur: ipso etiam fatente Accursio ex d. leg. 1. §. *Scuola infra. si is qui testam. lib. eff. iuss.* Errant igitur qui ex hac lege probant, hereditatem quoque ipsam possidere aut saltem quam si possidere, quod vtrumque sanè falsissimum est, si de illa hereditate intelligatur, quæ est propriè hereditas id est quæ iacet, ut in leg. 1. §. *veteres infr. de acquir. poss. leg. heres per seruum 43. de acquir. hered. non de ea quæ fuit aliquando hereditas, sed per aditionem facta iam est patrimonium heredis, licet inspecto eo, quod fuit, retineat aliquando nomen hereditatis ut in leg. sed si plures 10. §. filio de vulg. & pupill. substit. leg. in fideicommissaria 18. ad SC. Trebell. & tot. tit. de petit. hered.* Illud certè notari dignum est, hereditatem etiam pro parte aditam, nihilominus hereditatem verè ac propriè remanere pro portionibus nondum aditis, quandiu adiri aut repudiari possunt, quamvis in eo iam sint ut si à coheredibus repudientur, hoc ipso per ius adcrendi, coheredi qui partem tuam adiit acquirantur sola vi & potestate iam factæ aditionis, ita ut nulla sit opus noua aditione leg. *si solus 80. §. item si seruus & §. ult. iunct. leg. si ego 26. & leg. si duo 38. de acquir. hered.* ne quidem ad acquirendam hereditatem ex causa substitutionis si fortè coheres coheredi substitutus proponatur leg. *si quis heres 35. eod. tit.* Nec minus illud quoque notandum est, quod ex hac lege infert Bartolus, in heredibus necessariis ignorantiam præsumi eorum, quæ testamento continentur, ac proinde in filiis quoque qui sui sunt & necessarij & hoc ipso tanto magis necessarij leg. *necessarij 57. eod. tit. leg. in suis 11. de liber. & poss.* Sant enim heredes iam viuo quodammodo patre d. leg. *in suis.* Serui autem non nisi post mortem domini. Et quamuis habeant beneficium abstinendi, sicut & serui beneficium separationis leg. 1. §. *ult. de separat.* non eo magis tamen comparandi sunt extraneis aut emancipatis, ut malè hic tentat Castrensis contra Bartolum. Qui enim sunt in potestate statim heredes sunt & ipso iure etiam ex testamento, nec quod se possunt abstinere quicquam facit ut Vlpianus scribit in leg. 1. §. *qui sunt in potestate infr. si quis omnis. caus. testament.* Aded ut nec sit sine herede qui suum heredem habet quamuis se abstinente leg. *cum quasi 30. §. sed etsi suus infr. de fideicommiss. libert.* De quæ

videnda

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

42. CELSVS libro 6. Digestorum.

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

Adl. ult. Si ego decem

R A T. D V B. In pluribus correis debendi, itemque in reo & eius fideiussore ita comparatum erat iure vetere, ac Celsi temporibus cuius est hæc lex, ut vnus electione alius liberaretur etiam nulla secuta exactione l. 2. *infr. de duob. reis.* Ideoque fuit necessaria Iustiniani constitutio in leg. *ult. C. de fideiuss.* quæ ius vetus abrogaret, & ad omnes extenderet quod olim constitutum erat in solis mandatoribus leg. *reos 23. iunct. leg. liberum 16. eod. tit.* Atqui in huius legis specie si ego decem stipuler à Titio, deinde stipuler à Seio quanto minùs à Titio consequi possim, licet Titius & Seius non sint correi debendi, neque Seius fideiussor sit Titij, atamen minùs debitor est, minùsque obligatus, quam si aut correus debendi esset, aut fideiussor. Ergo non debet durior esse ipsius condicio: ac proinde dicendum est electione Titij licet ab eo nihil exegerim, Seium tamen liberatum esse. D E C. Seius in hac specie neque reus debendi est, neque fideiussor, quia non promittit illud ipsum, quod Titius debet, sed duntaxat quanto minùs à Titio seruire potero, ut indemnitas tantum fideiussor esse videatur. Proinde non est parè & simpliciter debitor, sed sub illa demum condicione, si totum debitum à Titio seruari non poterit. Adeo ut si Titius exactus sit in solidum, non idèò tamen liberatus dici possit Seius qui nec obligatus vnquam fuisse intelligitur, ut subtiliter ratiocinatur Papinianus in leg. *de cem 16. de verb. oblig. leg. si decem 21. infr. de solut.* Multo igitur minùs sola electione Titij liberari potest, cum omnis liberatio præsupponat obligationem, sicuti priuatio habitum d. leg. *decem & leg. 4. supr. de iussit. & iur.* Et hæc vera certè ac germana decidendi ratio est. Quamuis illa quoque addi possit, quam Celsus nos ter insinuat his verbis, *Alioquin nequicquam*, id est frustra mihi cauetur. Cuius seruus est, numquam capiendam esse eam interpretationem quæ inutilem efficiat stipulationem, ut ei qui maximè per stipulationem cauere sibi voluit, non sit cautum. Hæc enim maligna esset interpretatio, tali que dicitur à Paulo in leg. *si ita stipulatus 126. §. Chrysofonus vers. Planè infr. de verb. oblig.* Atqui si sola Titij electione aut condemnatione liberaretur Seius, quamuis à Titio nihil exigi potuisset fieret, ut inutilis mihi esset cautio interposita huiusmodi stipulationis per quam maximè prospicere mihi voluit. Nam cum nulla mihi ex hac stipulatione actio contra Seium possit competere, quousque Titius excussus sit, quia nec ante sciri potest quid & quantum debiturus sit, adeoque nec cui sit omnino debiturus (si enim Titius totum solueret, nihil penitus exigere à Seio

possem quasi defecta stipulationis condicione) si rursum agente me contra Titium hoc ipso liberaretur Seius, consequens est ut nullum casum vilem haberet hæc stipulatio, quod esset absurdum. Nec enim sola ratio iuris potest vnquam aut debet damno adficere creditorem, qui diligenter sibi prospexerit leg. 3. *in fin. infr. de separata.* Sed conuenientior, & fortior est ratio illa quam attulimus, quam quæ ponitur in hac lege. Hæc enim probat Seium per electionem Titij liberari non debere, illa verò non posse nec si Titius velit, & consentiat. Itaque malè nostri ad hanc legem traçant de exceptione non factæ excussionis, quæ hodie competit fideiussori ex Iustiniani. *Novel. 4. de fideiuss.* vnde sumpta est *Authent. præfente C. eod.* Nam quod ante excussum Titium Seius conueniri à me non potest d. leg. *decem in fin.* non fit vi huius exceptionis, sed ipso iure, quia prius est ut obligetur Seius, quam ut conueniatur. Obligari autem non potest nisi excusso prius Titio, ut sciat an aliquid debiturus sit Seius, & quid & quantum. Si enim totum soluet Titius, nihil Seius debebit, sin partem duntaxat debiti soluere poterit, quod pro reliqua sit non soluendo, quanto plus soluet, tanto minùs exigetur à Seio. Et contra quanto plus soluet Titius tanto minùs Seius debebit, adeo ut si ante excussum Titium Seius solueret, dicendum esset competituram ei condicionem indebiti, quia soluisset id quod nondum debuisset nisi sub condicione quæ non fuit omnimodo extatura leg. *sub condicione 16. cum duob. seqq. leg. Iulianus verum debitorem 60. infr. de condit. indeb. leg. stipulatio ista 38. §. inter infr. de verb. oblig.* Non idem est in fideiussore qui si soluat, etiam hodie ante excussum principalem debitorem, non tamen repetit, quia quod ex noua Iustiniani lege habet exceptionem excussionis non factæ, non efficit quominus interim sit obligatus ipso iure. Alioquin nec conueniri posset sine actione leg. *si pupilli 6. §. ult. supr. de negot. gest. nec per actionem sine obligatione leg. licet 42. §. ea obligatio de procurat.* nec proinde exceptione vlla indigeret, cuius scilicet non alius vsus esse potest, quam ut propositam actionem elidat. Ex qua differentia etiam illa nascitur inter fideiussorem acceptum simpliciter & fideiussorem indemnitas acceptum in id, quod ab alio seruari non potuit, quod si per moram & cessationem creditoris debitor qui ab initio soluendo fuit, fiat non soluendo, non eo magis fideiussor conueniri potest quia sibi debet imputare creditor cur diligentior non fuerit in exigendo debitore, tamen de eo non fuerit interpellatus per creditorem ut di-

serte scriptum est in *leg. si fideiussor 41. de fideiuss.* At fideiussor acceptus simpliciter etiam denunciatu creditor ut debitorem ad solutionem compelleret, aut pignus distraheret, isque cessauerit, non ideo potest eum doli mali exceptione summouere *leg. si fideiussor creditori 62. eod. tit.* Quamuis non sit sine ratione quod Castrensis notat aliud hodie probandum esse postquam placuit Iustiniano ut fideiussor tamen pure obligatus non nisi in subsidium conueniri possit. Non enim caret dolo creditor qui cunctatione sua id agit ut fideiussori eripiat commodum exceptionis, quam inuito quoque creditore haberet si hodie conueniretur, *arg. leg. vlt. supr. de pact.* licet dici soleat quod verissimum est neminem ad agendum cogi posse *rot. tit. C. ut nemo iniur. ager. vel accus. cogat.* Id enim de praecisa necessitate intelligi debet non de causatiua, ut nostri loquuntur. Quid enim refert an exceptionem ipsam facta suo adimat creditor fideiussori, an exceptionis adhuc competentis effectum, & utilitatem? Illud certe constat exceptionem non factae excussionis esse dilatoriam, ideoque opponendam esse ante litem contestatam *leg. exceptionem 19. C. de probat. leg. vlt. C. de except.* in quo differunt exceptiones declinatoriae, & dilatoriae a peremptoriis, quae opponi quocumque ante sententiam possunt *leg. praescriptionem 8. eod. tit.* adeoque etiam in executione iudicati, dum tales sint quae non impugnent iudicatum *leg. Nefertius 41. §. vlt. de re iudic.* Proinde si post litem contestatam opposita sit nullam eius rationem habere iudex debet. Sed etsi ante opponatur, potest iudex variis ex causis eam expressim reicere, aut etiam tacite procedendo ad ulteriora. Nec ideo processus est ipso iure nullus de quo tantopere laborant, & se torquent interpretes, sed si causa nulla fuerit reicienda exceptionis, ab ea interlocutione appellari potest & debet statim, nec ex postfacto licet ne quidem rescripto Principis in eam rem impetrato, eoque iure vitimur siue quod in exceptionibus dilatoriis non grande damnum versari existimetur, siue quod credatur exceptio haec esse de apicibus iuris, ideoque facile negligenda per iudicem *leg. si fideiussor 29. §. quadam infr. mandat.* Itemque odiosa siue de ea loquamur quae fideiussori competit ante excussum debitorem, siue de illa quae tertiis possessoribus conuentis hypothecaria per pignoratitium creditorem; quia laedit ius actionis quaesitum ei per propriam iustamque conuentionem contra *d. leg. 3. de separat. leg. distractis 14. & seq. C. de pignor. leg. 3. leg. liberum 16. C. de fideiuss.* quamuis aequum visum sit Iustiniano fauere fideiussori & ceteris qui pro alio quo quomodo intercesserunt, itemque tertiis possessoribus qui ex alieno facto conueniuntur, ut non tam facile inquietentur si aliunde cautum & consultum esse potest auctori. Ne nouarum litem materiam ea res praebet si contento & condemnato fideiussori vel tertio possessori dandus sit regressus qui denegari non potest aduersus debitorem principalem, praesertim cum aliter huic exceptioni locus sit quam si in eadem provincia sit debitor, aut heres eius & bona aliqua habeat, quae possideri absque controuersia possint *leg. quamuis 13. de reb. auct. iudic. possid.* De quo nos plura scripsimus in nostro Codice sub *Titul. de except. & aliis plerisque locis.* In eo sane

Castrensis errat, quod Seium de quo hic agimus, fideiussorem esse negat, mauiusque vocat expromissorem. Nam imo verò fideiussor est sed indemnitas non autem acceptus simpliciter; Expromissor enim cum ille sit qui solus obligatur, & pro alio quidem sed qui vel nunquam obligatus fuerit, vel deserit esse obligatus (expromissione siquidem sit nouatio, quae non fit fideiussione *leg. qui liberimus 37. §. vlt. de oper. libert.*) apparet Seium hunc, de quo agimus, expromissorem dici non posse, sed fideiussorem, quia obligatus est pro Titio, & pro eo, quod Titius debet. Sequitur

a *At si iudicatum fecerit Titius.* Sensus est non liberari Seium si Titius non modo conuentus fuerit sed etiam condemnatus. RAT. DVB. Aliquando accidit, ut qui electione alterius non liberatur, condemnatione tamen liberetur. Solet enim per sententiam & iudicatum fieri nouatio *leg. vlt. C. de usur. rei iudic. leg. si fundus 16. §. si pluri infr. de pignor.* Ergo si condemnatus sit Titius, sufficere hoc Seio debet ut non teneatur nec expectandum est ut Titius iudicatum fecerit. DEC. Nouatio quae fit per iudicatum necessaria est non voluntaria sicut & ea quae fit per contestationem, ideoque neutra debet conditionem deteriorem facere auctoris, eiusdemque victoris *leg. aliam 29. infr. de nouat. leg. non solet 86. & seq. de regul. iur.* Evidenter enim iniquum esset, ei nocere rem iudicatum pro quo iudicatum esset *leg. euidenter 16. infr. de except. rei iudic.* Et perceptione sola non etiam liti contestatione aut condemnatione solet contingere liberatio *leg. perceptione 4. vbi dixi supr. de his qui deiec. vel effud.* Planè si Titius fecerit iudicatum atque ita solidum ab eo sim consecutus, non ultra Seius tenebitur, id est, in ea causa erit Seius, ut obligari iam nullo casu possit. Nam ut bene Accursius notat, & nos iam supra docuimus non potest liberari is qui nunquam fuit obligatus *ex leg. decem 116. de verb. oblig. l. si decem 21. infr. de solut.*

b *Sed si cum Seio egero RAT. DVB.* Nemo potest agere sine actione *leg. si pupilli 6. §. vlt. supr. de negot. gest.* nec actionem personalem habere sine obligatione *leg. licet 42. §. ea obligatio de procurat.* Atqui non est obligatus Seius antequam egerim cum Titio, ut sciatur quantum possim ab eo exigere. Ergo quod lex ponit, me cum Seio egisse, nullo casu fieri potest *d. leg. decem 116. de verb. oblig.* DEC. Potest fieri ut certum sit me non posse nisi quinque exigere & consequi à Titio qui decem debet. Et ita locum hunc interpretatur Accursius, quem interpretes ceteri sequuntur. Sed ego probare non possum. Vnde enim obsecro, certitudo tanta colligi potest? Neque verò, ut Seius conueniri possit, certitudo illa sufficeret, sed necessarium est omnimodo ut sciatur quid & quantum à Titio exegerim, non etiam quid aut quantum exigere possim. Effectus enim exactio nis non possibilitas inspicere debet. Dicendum igitur est non prius posse me agere cum Seio quam Titium excussero, ut disertè scriptum est in *d. leg. decem in fin.* id est quam cum Titio egero, & ab eo exegero quantum exigi potuit: Neque aliud Celsum nostrum aut sensisse aut scripsisse, si Florentinam lectionem sequamur, quae non habet potero ut vulgata quae interpretes decepit, sed potero in illis verbis quantumcumque est quod minus à Titio

à Titio exigere potero, ut intelligamus & actum fuisse cum Titio, & ab eo exactum prius quam cum Seio ageretur. Intellige autem sic actum esse cum Seio, ut ab eo quoque exactum sit. Ne putes cum Accursio, si nihil à Seio consequi poterim, non eo magis ad Titium reuerti me posse. Non enim sola Seij electione liberari Titius potest, qui ad solidam quantitatem obligatus est, sed sola electione & perceptione ut in *d. leg. perceptione 4. supr. de his qui effud. vel deiec.* Nec defendi potest quod vult Accursius videri me hoc casu fecisse duo pacta de non petendo. Vnum cum Titio, ne possim ab eo quicquam petere licet nihil consequar à Seio. Alterum cum Seio, ne possim vnum ab eo petere quod à Titio exigere potuissem si cum eo primum egissem licet ex postfacto factus sit ille non soluendo. Non solum quod huiusmodi pacta si sit gratuita sapienterque donationem, nemo autem in necessitatibus liberalis existat, ut ceteri aduersus Accursium ratiocinantur *ex leg. rem legatam 18. infr. de adm. legat.* Sed etiam quia certam legem ab initio habuit haec stipulatio quae immutari postea non potest *leg. vero procuratori 12. §. penult. infr. de solut.* Fuit autem haec lex stipulationis, ut neque Seius ante Titium excussum conueniri vilo casu posset, neque Titius aliter liberaretur quam si decem vel ab alterutro vel ab utroque integra percepta essent. Nec aliter in legatis obser-

uatur *leg. si ex toto 8. §. 1. de legat. 1.* licet species quae ibi proponitur dissimilis sit ei quae in hac lege. De illo sane dubitari potest, si postquam coepit agere cum Seio in id quod minus seruare à Titio potuit, fiat Titius locupletior, an nihilominus sit condemnandus: quasi res ad eum casum peruenerit à quo incipere non potuit *arg. leg. quia in eum casum 16. supr. ad leg. Aquil.* Sed verius est, non ideo corruere iudicium, quod ab initio constitit & quod vtiliter coeptum est. Non enim hic casus ex numero eorum est, in quibus iudicium bene inchoatum ex suprueniente casu soluitur, de quibus in *leg. iudicium soluitur 58. supr. de iudic.* quod nec status mutatione soluetur, *leg. tam ex contractibus 57. eod.* Nec si mutatio illa per mortem litigantis aut per iudicis fatorem contingeret *leg. si quis Roma 34. l. iudex datus 46. eod.* vbi ratio illa additur quia rectè ab initio iudex additus est. In his namque casibus ut & in aliis se de omnibus initium spectandum est *l. si procuratorem 8. in princip. infr. mandat. l. si id quod 58. §. si filius familias infr. Pro socio.* nec varietate status mutati periculi causa, ut Papinianus loquitur in *leg. pen. §. 1. infr. de instit. act.* quamuis aliquando tempus rei iudicatae inspicere debeat, non quo iudicium acceptum est ut in *l. quastium 30. in princip. infr. de pecul.* idque satis aperte Celsus hic exprimit iis verbis *eo tempore quo iudicium inter me & Seium acceptum est.* Et ita omnino hic locus intelligendus est.

I Labeo ait, cum decem curari stipulatus sis, ideo non posse te praecise decem dari oportere intendere, quia etiam reum locupletiore dando promissor liberari possit. quo scilicet significet, non esse cogendum eum accipere iudicium, si reum locupletem offerat.

Ad §. 1. Labeo ait.

RAT. DVB. Promissio facti alieni non valet *leg. stipulatio ista 38. §. 1. de verb. oblig.* de se enim promittente quemque oportet, non de alio *l. inter stipulantes 8. in princip. eod. tit. §. si quis alium Instit. de inutil. stipulat.* Atque videatur promissio factum alienum quoties id agitur, ut pecunia quae in stipulationem deducitur ab alio quam à promissore ipso soluatur. Id vero euenit, cum quis decem sibi dari curari stipulatus est. Ergo dicendum est, ex huiusmodi stipulatione tanquam inutili agi nunquam posse, aut si sit vtilis, posse stipulatorem intendere decem sibi dari oportere: quomodo & intendere potest legatarius si testator heredem iusserit facere, ut Lucius centum habeat *l. si heres iussus sit 73. de leg. 1.* vbi ratio elegans redditur, quia nemo potest facere ut habeam centum, nisi mihi dederit. DEC. Factum suum promittit ille, qui promittit curare decem dari stipulanti. Hoc enim promittente intelligitur se curaturum ut decem soluantur. Ergo bona & vtilis stipulatio est, nec tamen sic intelligenda, ut promissor ad danda decem praecise conueniri possit ac si decem dare promississet. Aliud enim est promittente dari decem aliud verò promittente curari dari decem. Nam & satis curat ille qui dat reum locupletiore, atque ita vel satisdat vel satisfacit *leg. illa stipulatio 67. §. 1. de verb. oblig.* vbi haec eadem Labconis & Celsi sententia ab Ulpiano refertur & probatur. *Iunct. leg. si quis stipulatus sit 112. §. 1. eod. titul.* Praeter id quod in dubio semper facienda est interpretatio contra stipulatorem qui potuit legem apertius

dicere ex regula *l. veteribus 39. supr. de pact.* Et in fauorem promissoris, ut non solum quod minus est sed etiam quod longius in stipulationem deductum intelligatur *leg. si ita stipulatus fuero 109. de verb. oblig.* Planè qui decem dare promissit non liberatur etiam si offerat reum aut fideiussorem aequè locupletem, adeoque locupletiore *leg. promissor 21. §. vlt. infr. de constit. pecun. leg. item liberatur 6. §. 1. infr. quib. mod. pig. vel hypoth. soluit.* nisi stipulator consentiat *leg. si rem 9. §. omnis pecunia infr. de pignor. act.* Nam quemadmodum non potest stipulator plus exigere quam promissum sit, ita nec minus praestare debet quam promiserit. In eamque rem conceptio verborum spectanda est *leg. quicquid 99. d. leg. si quis stipulatus sit 112. in princip. de verb. oblig.* Minus autem praestatur qui decem promissit si pro decem offerat fideiussorem aut expromissorem, at non etiam ille qui tantum promissit se curaturum. Quid si promiserit quis se facturum ut stipulator centum habeat? Grauior haec, & promissori onerosior promissio est, eumque obligat ad danda praecise decem, exemplo eius quod de herede scriptum est in *d. leg. si heres iussus 73. de legat. 1.* Sic enim malo cum Castrensi dicere quam cum Accursio distinguere hac parte stipulationem à legato, cum non satis bona vlla diuersitatis ratio reddi possit licet in aliis plerisque differant stipulationes à legatis. Interpretes nostri nescio quid tractant hic citra impersonaliter stipulationis, & distinguunt post Bartolum an impersonalitas sit in verbis obligatoriis an in executoriis, ut prior viuet stipulationem,

posterior autem non vitiet. Sed non video quanam in hac stipulatione sit impersonalitas, siue ex parte stipulatoris cum decem sibi dari curari stipulatus sit ut in *d. leg. illa stipulatio* 67. §. 1. de verb. oblig. ubi eadem species proponitur. Nam et si dictio illa sibi expressa non esset, atamen subintelligi deberet quod nec Bartolus negat ex *d. leg. stipulatio ista* 38. §. si quis ita eod. tit. Siue ex parte promissoris. Aequè enim de se non de alio promississe intelligitur siue promiserit curare per verbum infinitivum actiui, siue curari per infinitivum passivi ut Castrensis loquitur. Nimirum ut

utroque casu valeat stipulatio quæ alioquin non valeret si stipulator alij quàm sibi stipulatus fuisset proponeretur, aut promissor alienum factum promississe non suum ex *leg. quoties in stipulationibus* 80. & *d. leg. si ita stipulatus* 126. §. Chrysostron eod. tit. leg. quoties 12. de reb. dub. Illa tantum impersonalitas nocet stipulationi si promissor nihil de se responderit, sed impersonaliter Promittuntur tibi aut satisfit non addito siue à me siue ab alio. Tunc enim verum est nihil eum promississe *Auth. si quando C. de constit. pecun.*



DE IVREIVRANDO SIVE VOLUNTARIO, siue necessario, siue iudiciali,

TIT. II.

G A I V S libro 5. ad Edictum Prouinciale.

Maximum remedium expediendarum litium in usum venit iurifurandi religio: quæ vel ex pactione ipsorum litigatorum, vel ex auctoritate iudicis, deciduntur controuersia.

Ad l. 1.

RA T. D V B. Quisquis iureiurando suo decidit controuersiam, iudicem se constituit in causa propria l. 1. *infr. Quer. rer. act. non det. adeoque essent.* Habet enim iurifurandum vim sententiæ & rei iudicatæ, & probationis l. 2. l. qui iurasse 26. §. vlt. l. eum qui iurauit 30. *infr. hoc tit.* quod utrumque tamen iure prohibetur *l. nemo in caus. sua iudic. vel sus dicit l. nullus 12. infr. de testib. leg. omnibus 10. C. eod.* D E C. Semper id agit legislator quantum potest, ut lites breui compendio terminet dum ne qua alteri litigantium iniuria fiat. Boni enim Prætoris & iudicis est lites dirimere *leg. quidam existimauerunt 21. supr. Tit. prox. l. 1. §. inde queritur infr. de oper. noui nuntiat.* ne scilicet per discordias quæ ex litibus nasci solent, concordia ciuium cuius solius vinculo salus reipublicæ continetur, minuatur. Atqui nulla sit iniuria ei contra quem iuratur, tamen is qui iurat, iudex & testis in causa sua constituatur, quoniam utrumque sit ita volente aduersario, qui iurifurandum defert, siue ex ipsorum litigatorum pactione, siue ex auctoritate iudicis controuersia hoc modo decidantur. Non enim defert iudex vnquam iurifurandum decisorium, nisi aduersario ipso prius deferente l. 3. *in princip. l. ait Prator 7. & pass. infr.* Merito igitur vsu ita comparatum est, nulla in eam rem lata lege, aut Principis constitutione sed magis moribus populi Romani sensumque inducta consuetudine ut per iurifurandi religionem decidantur controuersia siue ex auctoritate iudicis lites terminentur, quæ alioquin si per testes aut alias probationes terminandæ essent moras illas longiores paterentur, quas pati iudiciorum omnium exercitio solet *l. etiam 15. infr. vt legat. nom. caueat.* Ideo que benè Paulus lib. 2. *sentent. Tit. 1. §. 1. iurifurandum* vocat compendium litium, quomodo Caius hic maximum remedium litium expediendarum. Nec minùs eleganter

ter Laberius quem Cuiacius refert in Paratitlis ad huc Tit. vocabat *emplastrum eris alieni* sed alio respectu quia etiam solutionis loco cedit *leg. iurifurandum etiam 27. infr.* Ita enim sit plerumque, ut debitor, quæ res alienum de quo vrgetur, exsoluere non possit, hoc remedio, & veluti emplastro applicato se liberet. Nam postquam iuratum est etiam ex relatione actio denegatur *l. nam postea quam 9. in princip. & pass. infr.* Mirandum autem non est tantam esse vim iurifurandi, propter religionem, quam adnexam habet, respectu scilicet diuini numinis cui soli iuratur *l. qui per salutem 33. infr.* Vnde sit ut iurifurandi religio dicatur hic à Caio, & pass. eaque contempta solum Deum vltorem habeat l. 2. *C. de reb. credit. & iureiur.* cui Titulus hic respondet. Et eleganter iurifurandum, ut intelligamus iurando ius acquiri.

a *Qua vel ex pactione ipsorum litigatorum.* R A T. D V B. Quemadmodum exemplo perniciosum est, ut ei scripturæ credatur qua vnusquisque sibi adnotatione propria debitorem alium constituit l. *exemplo 7. C. de probat.* Nempe propter periculum quod subest ne magnam ea res falsitatibus comminiscendis materiam parat, ac fenestram patefaciat: Ita nec permitti debuit ut etiam ex ipsorum litigatorum pactione iurifurandum deferretur, atque ita iudex & testis in causa sua constitueretur, propter ancipitis periurij periculum quod subit is qui iurat, cum sint plerique tam faciles ad peierandū, quàm ad iurandum, contemptu nimio diuini numinis, ut tã facili remedio liberationem sibi parent, nec aut carceres, aut bonorum venditionem ex ea causa pati vel metuere vnquam possint: Certi que non aliam sibi penam ex periurio imminere, quàm quæ tarditas vltionis diuinæ allatura sit *d. l. 2. C. de reb. credit. & iureiur.* Et si enim solet deus Opt. Max. tarditatē illam grauitate supplicij plerumque compensare, multi tamen sunt adeo impij vt grauitatē illam quasi nunquam futuram rideant, sibi que omnia interim licere arbi-

trare arbitretur. Alij verò sunt adeo timidi ad superstitionem vsque diuini numinis, ut nec de eo quod sciant esse verissimum iurare velint, malintque certo aduersarij pericurio litem litisque victoriam committere per iurifurandi relationem, aut denique rem amittere. In quas angustias conici eum qui alioquin deberet vincere, durum sanè ac iniquū videatur. Nā & hac ratione solet Prætor gratiam iurifurandi facere quoties hereditas aut legatum aut quid aliud sub conditione iurandi relinquatur, vt eleganter Vlpianus noster tractat in *l. qua sub conditione 3. infr. de condic. insti.* estque hæc condicio ex eorum numero quas Prætores improbant de quibus in *l. condiciones 14. eod. tit.* Ergo nec ratam habere delationem Prætor debet siue ex pactione ipsorum litigatorum siue ab ipso iudice iurifurandum defertur. D E C. Cum ex litigatorum pactione & conuentione iuratur, non potest iniqua videri conuentione que consentientes habet litigantium voluntates. Nec enim volenti sit iniuria *l. in diem 9. §. 1. infr. de aqua & aqua plu. arcend. sibi que debet imputare,* qui eam iurandi legem sibi vltro imposuit, adeo vt nec ei permittendum sit iurifurandum referre e. iam si maximè velit. *l. iurifurandum quod ex conuentione 17. infr.* Nempe quoniam id fieri non posset citra penitentiam quæ in pactionibus & contractibus non admittitur. *l. sicut 5. C. de oblig. & action.* Quæ ratione patrem nec illud ferendum esse vt qui se ex conuentione ad iurandum obligauit, resilire possit ab ea lege quam sibi dixit, & ad alias probationes confugere, etiam quas sibi ex post facto superuenisse dicat, quod tamen in iureiurando ex iudiciali auctoritate delato permittitur etiam in prociuctu ipso iurandi & antequam iuratum sit, dum ne quid dolo malo fiat, nec bis variare quis velit *l. si quis iurifurandum 11. C. de reb. credit. & iureiur.* In alio autem iureiurando quod ab aduersario defertur in iudicio, & ex iudicis auctoritate præstatur sicuti nullam querelæ causam habet is, contra quem iuratur, quia ipse detulit, ita nec is qui iurare iubetur, quandoquidem non solum in causa sua & iudex & testis constituitur *d. l. 1. quer. rer. act. non det.* sed etiam indulgetur ei vt si metu diuini numinis ad superstitionem vsque iurare nolit, referre iurifurandum aduersario possit *l. iurifurandum & ad pecunias 34. in princip. & §. datur autem & l. manifesta 38. infr. hoc tit.* Quod si nec iurare velit nec referre iam non timiditas nimia & supersticio sed manifesta turpitudine est, adeoque confessio ex qua proinde sequi condemnatio potest *dicit. l. manifesta.* Sibi que rursus imputet qui condemnari maluit quàm iurare vel iurifurandum referre. Videtur enim hoc maluisse *l. si patre cogente 21. infr. de rit. nupt.* Ceterum obseruandum est dupliciter tantum iurifurandi mentionem in hac lege fieri, conuentionalis quod ex pactione ipsorum litigatorum proficiscitur, de quo & in *d. l. 17. in princip. infr.* & iudicialis quod in iudicio defertur, ab aduersario quidem sed tamen adprobante iudice, & ex iudiciali auctoritate. De necessario autem iureiurando cuius meminit Tribonianus in conceptione huius Tituli, nihil hinc Caius addit. Hinc dubitatio non modica inter nostros interpretes quodnam iurifurandum illud sit cui appellatio hæc necessarii accommodatur. Bartolus tradit triplex esse iurifurandum necessarium quod pertinet ad lites decisionem. Primum illud, quod putat deferendum esse in supplementum probationis de quo di-

Tom. II.

cemus ad *l. admonendi 31. infr.* Secundum quod vocat purgationis de quo in *l. præsent. 6. §. sed si hoc facere versicul.* Sic ubi depositæ *Cod. de his qui ad Eccles. confug. & in Auth. nouo iure C. de pen. iudic. qui mal. iudic.* Tertium quod dicitur in litem ad eam æstimandam de quo in *Tit. de in lit. iurand. infr.* Magis tamen communiter probatum est necessarium illud esse quod est primi generis quodque aliter vocant supplementum aut suppletorium, quale tamen nullum esse suo loco docebimus ad *l. admonendi,* & iam docuimus fusillimè in libris Coniecturarum. Sed Iacobus Cuiacius in Paratitlis ad hunc Titulum, magis probat vt necessarium iurifurandum illud sit quod ex relatione præstatur quia reculari non possit ab eo qui prior detulit *l. generaliter 12. §. 7. vers. necessitate ei imponenda C. hoc tit.* Et præterea est etiam referendi quædam necessitas in referentē quia nemo dubitet modestius cum facere qui referat quàm qui ipse iuret *l. illud 15. §. infr. de pecun. consti.* Idemque nos etiam aliquando existimauimus. Verùm ne in eadem sententia persistere possimus, illud facit, quod non minus iudiciale dici possit cum referatur, quàm cum defertur, siquidem sit utrumque ex iudiciali auctoritate. Quinimo, quod magis est etiam voluntarium dici potest, quoniam initio inspecto proficiscitur ex voluntate deferentis qui cum prior detulerit non potest reculare, quominus eo iurè vtatur quod in alium constituit *l. 1. supr. Quod quisq. iur.* Debit enim scire, cum detulit, non alia conditione deferri posse iurifurandum quàm vt si referretur, iurare haberet necesse *arg. l. si duo 33. infr. de acquir. heredit.* Quamquam nec absolute necessarium dici potest ex parte referentis, qui si referre nolit, iurare ipse potest aut soluere *l. iurifurandum & ad pecunias 34. §. vlt. infr. hoc tit.* sanè ex parte illius, cui referatur, licet adhuc habeat electionem soluendi, non eo minus necessarium videri debet. Alioquin nullum penitus erit iurifurandum necessarium quandoquidem iurare præcisè nemo vnquam cogitur sed coactione tantum, vt vocant cautatiua, id est nisi malit lite cedere *d. l. vlt. & d. l. generaliter §. 1.* Sed tamen negari non potest quin cadat in speciem iurifurandi iudicialis, quoniam non aliud iurifurandum est quod referatur, quàm quod delatum fuit, licet ab alio præstatur, vt nec pila repercussa alia est quàm quæ ab alio prius percussa fuit. Indè que est quod tale iurifurandum referri debet quale delatum fuit, nisi ex diuersitate rerum vel personarum emergat aliquid quod varietatem inducat *l. iurifurandum & ad pecunias 34. §. non semper infr. hoc tit.* Malo igitur iurifurandum necessarium referre ad iurifurandum purgationis de quo in *d. l. admonendi,* non de eo quod nostri vocant suppletorium. Est enim iurifurandum purgationis necessarium, non solum si litigatorem attendimus qui iurare debet, cum non possit reculare si velit vincere. Sed etiam si ad iudicem respiciamus, qui in causis dubiis non aliter aut saltem non melius quàm exacto huiusmodi iureiurando deciderelitem potest *d. l. admonendi & l. 3. C. hoc tit. Cap. vlt. Extr. De iureiur.* Quod verò in litem dicitur, à iudice quidem solo defertur nec ab alio deferri potest *l. 4. §. deferre infr. tit. prox.* sed tamen non ad decidendam, sed ad æstimandam litem pertinet, & vt Accursius loquitur, adfectionis est non veritatis *l. 1. d. l. 4. §. iurare eod. l. qui restituere 68. supr. De rei vindic. Et est que multo conuenientius, si ratio hæc non obstaret, iurifurandum necessarium restringere ad eum casum de quo in *l. in actionibus 5. vers. planè**

inf. tit. prox. id est, cum præsens estimatio speciei post mortem peremptam ineunda est, quoniam ut lex ait, non aliter potest iudex estimare rem, quam non extat. Estimari autem id quod interest, etiam citra iusurandum facile potest. Sed malo tamen cum Cuiacio dice, e distinctionem hanc triplicis iusurandi esse Tribonianum, cum apud prudentes nostros nusquam fiat mentio iusurandi necessarii: præter id ex iis omnibus exemplis quæ nostri adferunt de iureiurando necessario nullum est quod non æquè bene & accommodatè iudiciale dici possit, cum in omnibus auctoritas iudicialis interueniat, nec sanè verisimile est Cuium nostrum ex tribus iusurandi speciebus tertiam prætermittitur fuisse si tres assignari potuissent. Sunt tamen & aliæ species nonnullæ iusurandi quæ ad hunc Titulum & tractatum non pertinent, quia neque ad controuersiarum decisionem spectant, sed ad quadam præparatoria iudiciorum. Eiusmodi est iusurandum de

2. PAULVS LIBRO 18. ad Edictum.

Iusurandum speciem transactionis continet, maiorémque habet auctoritatem, quàm res iudicata.

Ad l. 2.

RAT. DVV. Transactio non fit nisi aliquo dato, vel retento, vel saltem promisso l. transactio 38. C. de transact. Nec rursus transactio quicquam aliud est, quàm pactum, nec in alio ferè differt à pacto, quàm quia fit de re dubia & incerta l. 1. sup. eod. ill. tit. de transact. Iusurandum verò etiam quod de re dubia interponitur, tamen pactum dici non potest ne tum quidem cum de voluntario loquimur, quia licet illud ex conuentione & pacto proficiat l. iusurandum quod ex conuentione 17. inf. pactum tamen non est, alioqui pactum ex pacto nasceretur, quod absurdum esset, sed neque in iureiurando siue voluntario, siue necessario, siue iudiciali quicquam retinetur aut datur aut promittitur. Quid ergo simile aut commune habet iusurandum cum transactione, ut dici debeat continere speciem transactionis, ut in hac lege Paulus scribit: DE C. Est iusurandum in eo simile transactioni, itémque sententiæ, quod imponit finem litibus, & quidem multo expeditius quàm transactio & sententia quæ longiores moras habent l. etiam 15. inf. vt legat. seu fideic. seruand. caus. & longiorem tractatum ut nemo non videt. Propter quam causam licet transactio & sententia duo sint magna remedia expediendarum & finiendarum litium l. 1. inf. de re iud. l. fratris 10. l. non minorè 20. & pass. C. de transact. Omnium tamen maximum remedium est iusurandum, ut scriptum est in lege præcedente, & quia multo expeditius est iurare, quàm vel transigere vel litigare, ut modò diximus. Et quia facilius est ut quis restituatur aduersus transactionem vel sententiam quàm aduersus iusurandum siue per restitutionem in integrum tot. tit. C. si aduers. transact. & si aduers. sent. siue per appellationem à sententia tot. tit. de appell. infra & Codice quàm aduersus iusurandum ex quo sit decisio sit l. 1. Cod. hoc tit. extra casum l. vlt. eod. tit. quem solum exceptum puto cum Cuiacio postremis illis verbis, nisi specialiter hoc lege excipitur à Triboniano additis ad Antonini constitutionem quæ extat in d. l. 1. in iud. l. vlt. inf. tit. prox. Cum igitur iusurandum habeat eundem effectum quem transactio & sententia, bene Paulus in hac lege ait simile illud esse transactioni & rei iudicatæ, nec enim aliud quicquam præter similitudinem de-

credulitate, ut loquitur Accursius, de quo in tit. de iureiur. prop. cal. dand. & in Nouell. 72. Ut qui oblig. habet. se perhib. Item iusurandum testis l. iusurandi 9. C. de testib. Item liberti de præstandis operis ceterisque libertatis causa impositis l. vt iurist. andi 7. inf. de oper. libert. Iusurandum minoris, qui se maiorem adfirmavit Tit. C. si minor se maior. dixer. Nam quod adfert Accursius ex constitutione Friderici de pact. tenend. int. subdit. & iur. firm. §. vlt. vnde sumpta est Aurb. sacramenta puberum C. si aduers. vendit. de sacramentis puberum inuolabiliter obseruandis, ad iusurandum promissorium pertinet de quo nos hic non agimus. Est denique iusurandum testis & Advocati, de quo in l. rem non nouam 14. C. de iudic. Planè quod putat Accursius, iusurandum necessarium idem esse cum iudiciali, quia iudiciale præstetur ex necessitate iuris l. vlt. inf. tit. prox. non est probabile: cum hic Titulus distinguat necessarium à iudiciali, non minus quàm à voluntario.

notant verba illa huius legis Iusurandum speciem transactionis continet, dixitque Paulus speciem pro similitudine ac representatione, & ut vulgo loquitur apparentia, non eo sensu quem absurdè post Accursium adstruunt interpretes, quasi iusurandum sit species quædam transactionis & sub transactione tanquam species sub suo genere contineatur. Quis enim vnquam diffiniuit iusurandum per transactionem, quomodo species omnes diffiniendæ sunt per sua genera? Imò verò nihil aliud iusurandum est quàm adfirmatio sancta & religiosa per quam pleraque firmantur inter homines Deo interposito & teste & iudice, ut Cuiacius ex Cicerone aliisque & Græcis & Latinis authoribus eleganter diffinit, in paratilis ad Codicem. Suavis verò est Bartolus, qui ex eo infert transactionem esse contractum innominatum cum aliud nomen non habeat quàm sui generis, sicuti permutatio, inquit, Castrensis ad confirmandam Bartoli sententiã, sed probare prius deberent transactionem contractum esse, quod nos negamus qui eam nihil nisi nudum pactum esse dicimus, ita ut ex transactione nulla possit nasci actio non magis quàm ex alio quolibet pacto nudo, nisi cum stipulatio transactioni subiecta est, quomodo iam olim subiici solebat, ut & ad ceteras omnes conuentiones firmandas, etiam ex quibus alioqui civilis actio nasci potuisset, sed maxime nudas, & hodie semper subiicitur, quia nec magis hodie quàm olim ex pacto nasci actio potest. Atque ita accipi debet quod Iustinianus in l. contractus 17. C. de fid. instrum. transactiones quoque inter contractus enumerat, eas scilicet quas in instrumento recipi conuenit, in quibus certum est numquam omitti stipulationem. Sed hac de re plura scripsimus ad Tit. de transact. ex l. cum proponas 17. & l. siue apud acta 28. C. eod. ill. tit. l. cum proponas 21. C. de pact. & aliis quam plurimis. Ex iureiurando autem non tantùm exceptionem dat prætor, sed etiam si opus sit actionem, in factum ad exemplum & similitudinem iudicati l. actori 8. C. hoc tit. aut vilem actionem ex eo contractu super quo iuratum est l. fiduo 13. §. si quis iurauerit inf. eod. Ex quo tanto apertius intelligimus iusurandum neque esse transactionem, neque eo nomine donari posse, nisi alio sensu transactionis nomen accipias pro qualibet decisione negotij.

Dicitur

Picitur enim transigere aliquod negotium qui conficit illud & perficit. Sed longè aliud est transigere negotium, aliud verò transigere de negotio. Qui mandatum à te suscipit & negotium vedendi aut emendi fundi si vendiderit aut emerit, transegit negotium sed non ideo de negotio transegit. Transigi negotium sine villo pacto potest, at transigi de negotio citra pactum non potest. Transigere negotium quasi trās agere est, id est sic perficere & peragere ut nihil agendum super sit. Qui autem iurat finit negotium l. 4. vers. curatores inf. tit. prox. Meritò igitur transactionis speciem continere dicitur iusurandum id est transactionis loco cedere, quemadmodum dicitur cedere loco solutionis l. iusurandum 27. inf. hoc tit. itémque habere instar iudicij, & præterea nouationis ac delegationis d. l. qui iurasse 16. §. vlt. eod. & pro pacto conuento esse l. tutor 35. §. 1. inf. Vt intelligamus non esse iusurandum verè transactionem nec pactum non magis quàm solutionem aut nouationem, sed habere duntaxat effectum transactionis pacti solutionis & nouationis sicut & rei iudicatæ. Nullū enim simile est idem, nullaq; similitudo est tam accommodata quæ non aliqua ex parte claudicat. In eo sanè similis causa est transactionis & iusurandi quod in iureiurando non minus quàm pacto conuento naturalis obligatio tollitur ipso iure l. Stichum aut Pamphilum 95. §. naturalis inf. de solut. nempe quia proficiat ex conuentione, tum quoque cum in iudicio defertur, dum ne à solo iudice sed ab iplo etiam aduersario d. l. qui iurasse §. vlt. Alia ratio est rei iudicatæ. Non enim potest tollere obligationem naturalem cum reddatur in iuratum l. inter stipulantes 83. §. 1. De verb. oblig. iudic. l. Iulianus verum debitorem 60. inf. de condic. indeb. Et si enim cum ab inferiore aliquo iudice pronunciatum est à quo appellari potuit, videtur is qui non appellat hoc ipso saltem tacite consentire Reuera tamen non tam consentit aut expressè aut tacite quàm fingitur consentire quod non sufficit ad tollendam obligationem naturalem, ut non infabuliter Bartolus hic ratiocinatur.

a Maiorémque auctoritatem habet quàm res iudicata. RAT. DVV. Per multa sunt in quibus maior est potestas sententiæ quàm iusurandi, ut in exemplis quæ hic Accursius congerit. Sententia enim contra sententiã inquit, non valet l. C. quand. prouoc. non est necess. Sed contra iuramentum valet l. nam posteaquam 9. §. si damnatur inf. hoc tit. similiter si patronum se quis iurauerit, non tamen habetur pro patrone quantum ad succedendum: quod secus est si pro eo tanquam pro patrone sententia lata proponatur. Iusurandum enim patronum non facit. At res iudicata pro veritate habetur l. si iurauero 14. inf. de iur. patr. l. ingenuum 24. sup. de stat. hom. l. res iudicata 108. De regul. iur. Addit Accursius sententiam per instrumentum postea reperia non retractari l. sub specie 4. C. de re iudic. nisi in casu legis Imperatores 35. inf. eod. ill. tit. id est cum agitur de negotio publico Iusurandum verò retractari ex l. admonendi 11. inf. hoc tit. Sed malè. Nam nec iusurandum regulariter prætextu instrumentorum postea repetitur retractatur, ut constat ex d. l. ad mouendi quæ solum casum illum excipit, quo iuratum sit obligationis gratia, & quo protestetur contra quem iuratum est non aliis se instrumentis vsurum, quàm quæ post iusurandum præstitum inuenit. DE C. Sicut in nonnullis maior est auctoritas rei iudicatæ quàm iusurandi. Ita & in aliis

Tom. III.

multis plus potest iusurandum quàm res iudicata, quæ etiam Accursius noster hic cumulat. In eo primùm quod contra sententiã minor restituatur tot. tit. C. si aduers. rem iudic. At contra iusurandum suum non restituitur siue iuramentum promissorium sit ut in Authent. sacramenta puberum C. si aduers. vendit. siue assertorium ut in l. 3. vers. si tamen C. si minor se maior. dixer. Sed nos de iureiurando ex quo decisalis est tractamus, aduersus quod etiã restituitur minor si se captum prober in eo, quod detulit d. l. nam posteaquam 9. §. si minor inf. hoc tit. Itém in eo, quod iusurandum tollit ipso iure naturalis obligationem d. l. Stichum 95. §. naturalis. De solut. non etiã sententia d. l. Iulianus 60. de condic. indeb. Denique in eo quod à sententiã prouocari potest quando non transit in rem iudicatã l. 1. & tot. tit. De appellat. l. præfetti 17. sup. De minor. At non similiter à iureiurando receditur nisi in speciali casu l. vlt. & hoc tit. nec prouocatur postquam præstitum est sed ante duntaxat l. generaliter 12. §. 1. & pass. C. eod. Addit Bartolus Iusurandum habere paratam executionem, non minus quàm sententiã ex l. sed si possessor 11. §. si cum de hereditate inf. hoc tit. l. post rem iudicatam 58. inf. de re iudic. Nisi quod post iusurandum præstitum sententia interdum necessaria est per quam sequatur vel absolutio vel condemnatio l. iusurandum & ad pecunias 34. §. vlt. inf. hoc tit. Ut proinde si bene inspicias, sententia semper illa sit quæ paratam habet executionem, iusurandum verò paratam absolutio nem vel condemnationem. Hòque iure patris virmur ut is contra quem iuratum est, non tam pro condemnato, quàm pro condemnando habeatur. Quæ de causa solent nostri iudices post præstitum iusurandum dare dilationem ei aduersus quem iuratum fuit intra quam veniat causam dicturus si quam habeat, cur non debeat condemnari, quod pragmatici dicunt venir defendre à la condemnation. Itaque non possum intelligere quid velit sibi Bartolus, cum ait mirari se quod consuetudo nondum adinuenit hunc modum deferendi in instrumento iusurandi ut possit habere paratam executionem, qualem habent certe instrumenta omnia iurata, quæ vocant quarentigiata, idque ex statutis Italia quæ volunt eiusmodi instrumenta vim habere rei iudicatæ. Placet sanè quod Castrensis notat, Transactionem iusurandum & sententiã habere se muticem ut excedetia & excessa. Idque proculdubio est. Ratio enim quam adfert Accursius: Cui maioris potestatis esse debeat iusurandum quàm sententiã, quod, inquit, sententiã nõ nisi iudicis auctoritate nitatur, iusurandum verò & auctoritate iudicis & voluntate litigantium, ab omnibus meritò improbat, quod ad iusurandum voluntarium non pertinet. de quo etiam tamè hæc lex loquitur, sed tantum ad iudiciale. Nec melius tamè Castrensis rationem sumit ex eo quod lis facilius expeditur per iusurandum quàm per sententiã. Aliud enim est dicere breuiorem & expeditiorem esse viam iusurandi. Aliud verò esse iusurandum maioris auctoritatis. Nec illud rursus verum est quod ad probationem assumit contractus illos qui consensu solo perficiuntur diei maioris potestatis & auctoritatis quæ ceteros qui præter consensum aut rem aut verba desiderant ex l. iuristinum 7. in princip. sup. de pact. vbi hæc de re verbum nullum. Et nemo fecit contractum stipulationis esse omnium sumissimum & adfirmandos adeo quod nouados & tollèdos reliquos introducitur. Tota igitur ratio ex eo potissimùm petenda

I 2

est quod à sententia iam prolata appellari adhuc potest l. & post rem 7. supra de transact. vbi hanc ob causam dicitur post latam sententiam posse adhuc transigi siue à sententia sit appellatum siue appellari adhuc possit. At vero à iureiuramento præstito appellari nunquam potest siue voluntarium fuerit siue iudiciale, vt diximus. Ideoque nec post iusiurandum præstitum transiçioni locus relin-

quitur, nisi forte negetur iuratum esse aut de eo dubitetur vt in l. nam posteaquam 9. in princip. infra. Hoc enim casu non alia ratio esse potest iusiurandi quam rei iudicatae l. post rem iudicatam 11. supr. de transact. quia cum dicimus maiorem esse auctoritatem iusiurandi quam rei iudicatae, de eo iureiurando loquimur de quo constat, non quod negetur aut de quo ambigatur.

3. V L P I A N V S libro 21. ad Edictum.

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

Ad l. Ait Prætor 3.

Proponuntur initio huius legis prima verba Edicti Prætoris de iureiurando. Cætera subiiciuntur in l. Ait Prætor 7. infr. Totus enim edicti contextus hic fuit si is cum quo agatur conditione delata iurauerit, & de qua re iusiurandum delatum fuerit, neque in ipsum, neque in eum ad quem ea respicitur, actionem dabo. Fuit etiam alia pars edicti & his quidem concepta verbis Eum à quo iusiurandum petetur, iurare, aut soluere cogam l. iusiurandum & ad pecunias 34. §. ait Prætor infr. hoc tit. vbi dicimus. Nunc primam partem cum Vlpiano tractemus. RAT. DVB. Nemo facile credendus est inimicior salutis reorum l. vlt. C. ad leg. Jul. repetund. nec tam impius vt iuratio peierare velit, Delique iustissimam vltionem in caput suum pronocare, cum iusiurandi concepta religio Deum vltorem habituram sit l. 2. C. hoc tit. Ergo si quis iurauerit etiam non delata per aduersarium conditione iurandi, standum est iurandis: vel ob id maxime ne alioqui de perituro quæri oporteat, quod tamen impunitum sit mansurum. Ideo namque de perituro quæri nec solet nec debet, quia vbi detectum & probatum esset non ideo tamen puniri posset. DEC. Nemini permittendum est vt facto suo & propria sola voluntate liberet se ab oneribus actionum quibus vr-

geatur, sicuti nec potest quisquam facto suo suam obligationem tollere l. si seruum 91. §. nunc videamus de verb. oblig. l. ne in potestate 26. §. sup. de recept. qui arbit. recep. l. 2. §. item si extr. in fin. sup. de iudic. Alioqui facillimus quisque ad iurandum contemptu diuini naminis iurabit, nemine sibi iusiurandum deferente, atque ita aduersario adimeret actionem l. Granus 71. §. pen. infr. de condic. inst. Delinquendi autem occasio vitanda est §. 1. vers. sed ne dum talia Inst. vi honor. rapt. Alteri enim iurare quis debet, id est, deferenti aduersario, non sibi, l. si deferente 13. infra quibus modis pignorat. vel hypoth. soluit. l. illud 25. §. 1. infra de pecun. constit. vbi dicitur, modestius tamen eum facere cui iusiurandum delatum est si illud referat, quam si ipse iuret. Delationem igitur iusiurandi necesse est præcedere, vt si non steterit per actorem quominus de calumnia iuret, reus per iudicem soluere vel iurare necesse habeat nisi referat iusiurandum l. delata 9. C. hoc tit. ac proinde vt iurante reo actor summoueatur etique actio negetur d. l. Ait Prætor 7. infr. Alioqui fallacia species quadam est si quis vitro iuret nemine deferente l. si legatarius 23. sup. de holo. Nec ideo tamen quaritur de perituro, sed iusiurandum tanquam male ac nullo iure præstitum negligitur, quia nemo in causa sua iudicem se constitutur potest, ab aduersario tamen constitui potest l. 1. infr. Quar. rer. act. non det.

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

Ad §. 1. Quacumque autem actione.

RAT. DVB. Non debet priuatorum pactionibus iuri publico derogari l. si vnus 27. §. pacta que turpem vers. item ne experiat. l. ius publicum 38. l. inter debito-rem 42. supra de pact. Nec enim priuatorum cautiones legum auctoritate censentur l. vlt. infr. de ius & legit. Atqui ad ius publicum maxime pertinet vindicta criminum, ne remaneant impunita l. ita vulneratus 51. ad si. supr. ad leg. Aquil. l. Stichum aut Pamphilum 95. §. 1. de solut. & publice expedit timere pœnam delicti d. §. pacta que turpem. Non ergo quacumque actione quis conueniatur proficere ei debet iusiurandum, vthic Vlpianus scribit, sed debuerunt excipi actiones, & cause criminales: præsertim si hætenus de iureiurando voluntario quod ex conuentione litigatorum extra iudicium deferatur. Quid enim absurdius, quam deferente actore absoluti nocentem

fortassis reum aut actore iurante condemnati innocentem? denique criminis probationes ex accusatoris vel rei voluntate pendere? Quis enim erit innocens si accusare sufficit & iurare? Quis nocens si negare satis est, & neganti iurare? Quod si etiam de iudiciali iureiurando loquamur, quod ab actore in iudicio deferatur iudice adprobante, quid insulsius aut iniquius, quam de crimine pœnaque criminis ex alterutrius litigantium iureiurando pronuciare, cum iudicibus omnibus præscriptum sit vt non alias criminum probationes admittant quam quæ sint luce meridiana clariores? l. vltim. Codice de probat. Nam & inde fit vt neque ex sua confessione extraiudiciali possit quis de crimine condemnari, sed testibus in eam rem opus sit probandi criminis gratia l. capite quinto 25. §. vltim. infra ad leg. Jul. de adult. quamuis securus sit in causis ciuilibus l. generaliter decimasertia, Cod. de

Cod. de non numer. pecun. Neque etiam ex iudiciali si non aliter, quam ex illa confessione constat de commissio delicto l. 4. ibi si tamen occisus sit homo infr. de confess. Nemo enim auditur perire volens l. non tantum 6. infr. De appell. quia nec quisquam est dominus membrorum suorum l. liber homo 13. supr. ad leg. Aquil. In eo autem iureiurando quod nostri necessarium dicunt & alio nomine vocant suppletium quod in supplementum probationum deferitur à iudice, quis ferat in re tanti momenti, quanti est aut vita aut existimatio ciuis Romani rem totam committi arbitrio, & iniurando accusatoris, etiam si reus deferat ei iusiurandum? Atque in eo interpretes omnes consentiunt, quia nec in cæteris causis arduis putant ei iuramento locum esse, vt dicemus ad l. admonendi 31. infr. hoc tit. quamuis non negent permitti debere iudici vt reo iusiurandum hoc deferat etiam post exclusum à probationibus accusatorem, ad eum vt ne aliter absolueret reum debeat quam si iureiurando innocentiam suam purgauerit ex Auth. nouo iure Cod. de pœn. iudic. qui mal. iudic. & argum. l. vbi 21. Cod. ad leg. Corneli. de fals. Idemque ferè circa causam matrimonialem tractari potest quod circa criminalem: non solum quod æquè magni sit momenti, & ad statum personæ pertineat & habeat inst. r. seruitutis, quomodo possit Baldum Castrensis loquitur: sed etiam quia non debeat in potestate partium esse vt matrimonium dissoluant, quod sui natura est indissolubile. Ergo etiam causa matrimonialis excipi debuit à generalitate huius §. eademque ratione causa, vt vocant, monachationis, quæ matrimonium quoddam spirituale est cap. inter corporalia Extr. De translat. prælat. DEC. Generalis ratio est quæ facit, vt quacumque actione reus conueniatur, si delata conditione iurauerit, proficere ei debeat iusiurandum. Nempe quia ab aduersario suo constitutus est iudex in causa propria d. l. infr. Quar. rer. act. non det. Volenti autem nulla sit iniuria, vt diximus ad l. 1. supr. Ex l. in diem 9. §. 1. De aqua & aqua plu. arcend. Dum ea cautio adhibeatur vt non aduersus alium proficiat iusiurandum quam aduersus eum ipsum qui detulit §. penult. infr. l. nam posteaquam 9. §. vlt. & l. seq. infr. Nam nec pactum vnus alij prodest vel nocet l. si vnus 27. §. pacta que turpem. vers. ante omnia supr. De pact. adeoque nec res iudicata tot. tit. Cod. quib. res iudic. non nocet & tit. Int. alios act. nisi in casibus l. sepe 63. infr. De re iudic. Quidni ergo etiam in causa criminali poterit absolui reus ab actione, siue instituta siue instituenda, si modò ex aduersarij delatione iurauerit. Idque indubitatum quidem est si de crimine agatur ciuilitè & priuata actione ad pœnam actori ipsi applicandam. Is enim sensus est eorum verborum siue pœnali actione. Nam & in popularibus actionibus iurari posse constat dummodò bona fide iuretur l. eum qui 30. §. in popularibus infr. hoc tit. ad eum vt eiusmodi iusiurando etiam publica actio constutatur si non per collusionem actum sit: vt ibidem scriptum est. Nimirum quia licet in popularibus actionibus vtilitas publica quoque verificetur, l. 1. infr. De popul. act. adeò vt non intelligatur locupletior qui habet has actiones antequam litem contestatus sit l. per. eod. pœna tamen applicatur actori l. si quis id quod 7. in princip. supr. De iuris. Sed

si de crimine agatur criminaliter ad vindictam & pœnam publicam, difficilior videtur vt iusiurandum vires aliquas habeat, ne reipublicæ præiudicium fiat, cuius certum est per priuatos ladi ius non posse. Placet tamen illa distinctio, vt si deferente eo qui agere volebat, iuratum sit extra iudicium, proficiat iusiurandum, vt ab accusatione actor summoueatur arg. l. si maritus 15. §. si negauerit infr. ad leg. Jul. de adult. Non tamen noceat ea res accusatori publico quominus vindictam criminis publicam proficere suo iure possit nulla etiam probata, vt Castrensis ait, præuacatione, si iudicis auctoritas non interuenit. Alioqui aut collusio probanda est, vt in dicit §. in popularibus, aut ex nouis instrumentis causa iterum tractanda l. Imperatores 35. infr. De re iudicat. Sed si deferente reo accusator iurauerit reum crimen admisisse, si quidem extra iudicium nihil proficere iusiurandum potest, nisi vt reus qui detulit, hoc ipso crimen extra iudicium confessus esse videatur, at non etiam, vt ex ea confessione, quæ non nisi extraiudicialis est condemnari possit, cum in criminalibus ad pœnam publicam irrogandam requiratur sententia nec sufficiat confessio l. infamem 7. de public. iudic. l. si confessus 5. De custod. & ex lib. reor. Si vero in iudicio delatio facta sit accusatori à reo siue reo ab accusatore, non debet iudex eam delationem admittere: Ne aut reipublicæ fiat iniuria, si deferente accusatore nocens absoluitur, aut reo si ob iusiurandum accusatoris innocens reus condemnetur, ad pœnam scilicet corporalem. Nam in pœna pecuniaria etiam ex crimine publico, quin possit reus deferendo iusiurandum actori nocere sibi vt ex eo iureiurando condemnari possit, nostri non dubitant, & nos iam diximus. Quod tamen ita intelligendum mihi videtur si constat de delicto admisso, nec de alio dubitetur quàm quis admiserit ex dicit. l. 4. infr. De confess. Nam nec in ciuilibus omnimodo condemnandus est is qui confessus fuit, si eius rei nomine confessus sit de qua dubitetur an sit in rerum natura l. vlt. iunct. l. certum 6. §. 1. eod. tit. Nec quod ex eiusmodi crimine quod publici iudicij causam habeat lata sententia infamiam irroget, impedire delationem aut effectum iusiurandi potest. Nam & in criminibus plerisque priuatis vt in furto, rapina, & aliis nonnullis idem obtinet, de quibus tamen nemo dubitat quin iusiurandum deferri & ex eo præstito sententia ferri possit d. l. infamem l. 4. §. vlt. & l. seq. supr. De his qui not. infam. iunct. l. si duo 13. §. idem Iulianus infr. hoc tit. Nempe quia membrorum quidem suorum dominus nemo est d. l. liber homo 13. in princip. supr. ad leg. Aquil. Sed existimatio nis suæ dominus quisque est. In causis matrimonialibus idem ferè tractatus, est sed alia tamen distinctio adhibenda: vt iusiurandi delatio admittatur ad probandum matrimonium dummodò inter eas personas inter quas posset nunc primum contrahi, quasi ex noua voluntate etiam si contractum antea non fuisset: Ad dissoluendum autem matrimonium quod iam contractum esse dicatur, quòdque sui natura indissolubile est propter vim & religionem sacramenti, non perinde admitti debeat. Idem in monachatione vt post Iacob Butrig. bene sentit Bartolus & post eum Castrensis, longè meliùs quam Accurs.

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

Ad §. 2. Sed et si.

RAT. DVV. De causa status compromissum fieri non potest, quia favor eius est ut maiores indices habere debeat non distinguemus 32. §. de liberali supra de recept. qui arbit. recep. Tanquam quæ sit maioris momenti cum ex statu personæ iura ipsius omnia pendeant §. si ab hostibus i. i. i. quibus mod. ius patr. potest. soluit. quandoquidem res omnes non nisi personarum gratia sunt comparatæ l. 2. supra de stat. hominum. Nec sanè fieri potest ut hominis status qui à natura tantum esse potest, vel à lege in cuiusquam sit arbitrio & potestate, alioqui facillè subvertentur omnia & pervertentur, præsertim cum ius quod circa statum personæ constituitur afficiat omnes quia individuum est, sicut & persona ipsa l. ex ea causa 9. supra de postul. Atqui ad causam status pertinet, ut quis in alterius potestate sit, vel non sit siue de patria potestate queratur, siue de dominica l. 2. C. si advers. rem iudic. l. si putas 6. C. de pet. hered. l. C. pass. C. vbi caus. stat. agi deb. l. 1. C. de patr. potest. Ergo nec de hoc iusiurandum deferri potest, sicut nec de statu suo interrogari quis in iure potest ut ex sua responsione obligetur l. si servus ab hostibus 16. supra de interrog. in iur. fac. Vnde est quod si is qui tutor non erat interrogatus in iure responderit se tutorem esse, nulla tamen ideo actione tenetur. id est, ne quidem interogatoria l. vlt. infra quod fals. tutor. auctor. gest. sit, quia tutorem esse quem, vel non esse ad statum personæ pertinet. Cùm sit etiam potestas quædam tutoris in pupillum sicut & patris in filium l. infra de tutel. Est enim tutoria potestas quodammodo vicaria patriæ potestatis, ideoque extenditur ad annum vsque decimum quartum completum, quo is qui filius fuit, efficiat pater actantum patrisfamilias de bonis suis testari possit Tit. quib. mod. tutel. finit. Insuper. Alioqui si de condicione personæ iusiurandum deferre liceat, eveniet ut etiam inter alios servari debeat, quod supra diximus esse contra naturam iusiurandi & mentem Prætoris §. pen. in §. d. l. nam posteaquam 9. §. vlt. C. l. seq. infra hoc tit. DEC. Iusiurandum non tantum ad pecunias pertinet, sed etiam ad res omnes l. iusiurandum

3 ¶ Vnde Marcellus scribit, etiam de eo iurari posse, an prægnas sit mulier, vel non sit: & iuriurando standum. denique ait, si de possessione erat quæstio, servari oportere: si fortè quasi prægnas ire in possessionem volebat, & cum ei contradiceretur, vel ipsa iuravit se prægnatem, vel contra eam iuratum est, nam si ipsa, ibi in possessionem sine metu: si contra eam, non ibi, quamvis verè prægnas fuerit. proderitque (inquit Marcellus) mulieri iuranti iusiurandum, ne conveniatur quasi calumniæ causa ventris nomine fuerit in possessionem, ne vim patitur in possessione: sed ad iusiurandum eousque proficit ut post editum partum non queratur, ex eo editus, an non sit, cuius esse dicitur, Marcellus tractat. & ait, veritatem esse querendam: quia iusiurandum alteri neque prodest, neque nocet, matris igitur iusiurandum partui non proficiet, nec nocebit, si mater detulerit, & iuretur ex eo prægnans non esse.

Ad §.

Ad §. 3. Vnde Marcellus.

RAT. DVV. Non potest iurari an mulier sit prægnans necne quin de partu quoque ipso queri & tractari oporteat. Cur enim de muliere an sit prægnans queritur, nisi propter partum? Maxime verò cum queritur de muliere in possessionem mittenda ventris nomine ex edicto prætoris. Ventrem enim dixit, prætor pro eo, qui est in utero, nec alia ratio edicti fuit, quàm quia prætor sicut eorum liberorum qui in rebus humanis sunt, curam habuit: ita eos qui nondum nati sunt, propter spem nascendi non neglexit l. i. in princ. de ventr. in poss. mitt. Imò favorabilior est causa partus quàm pueri iam nati, quia partui in hoc fauetur ut nascatur, pueri autem ut duntaxat in familiam inducatur, partus igitur inter mendum est, qui non tantum parenti, cuius esse dicitur, verum etiam reipub. nascitur. d. l. 1. §. generaliter. Ideoque ut venter in possessionem mittatur, mulierem omnimodo prægnantem esse oportet, nec sufficit ut prægnans esse dicatur d. l. 1. §. 1. Atqui iusiurandum matris partui neque prodesse debet, neque nocere, ut scriptum est in fine huius §. C. in l. i. in princ. infra si mulier ventr. nomin. in poss. calumn. caus. eff. dicit. Ergo de eo iurari non potest an prægnans sit mulier, vel non sit, nec si de eo iuratum sit, iuriurando stari debet, ne partui proficiat iusiurandum, vel noceat, & ita frustra iuratum esse appareat. DEC. Iusiurandum quidem matris partui neque prodesse debet neque nocere, sed tamen non eo minus ratum esse debet siue per ipsam mulierem siue contra eam iuret, si fortè quasi prægnans noluerit ire in possessionem cum ei contradiceretur, quasi prægnans non esset. Nam si ipsa iuraverit se prægnantem esse, ibi in possessionem sine metu etiam si verè prægnans non fuerit, nec poterit conveniri quasi calumniæ causa ventris nomine fuerit in possessione. In eoque proderit ipsi iusiurandum, itemque ne vim patitur in possessione, ut proinde non frustra interpositum dici possit d. l. 1. in princ. si mulier ventr. nom. in poss. calumn. caus. eff. dicit. Non enim parva utilitas est huiusmodi iuriurandi cum & alimenta mulieri præstita ventris nomine restituenda sint tanquam indebita, si quandoque postea mulieris calumnia detegatur d. l. 1. §. interesse. & infamia notetur mulier, quæ calumniæ causa ventris nomine in possessione fuit l. non alia 19. sup. de his qui not. infam.

a Ne conveniatur quasi calumniæ causa. RAT. DVV. Per calumniam in possessione ventris nomine fuisse mulier dicitur, quæ sciens prudensque se prægnantem non esse, voluit in possessionem venire d. l. 1. §. per calumniam. Atqui nihil vetat eam quæ iurat se prægnantem esse vitio peierare & scire se prægnantem non esse. Non est igitur bona consecutio, ut mulier quæ iuravit se prægnantem non esse ob hoc solùm de calumnia accusari non possit. Nec enim dolosum mendacium carere potest calumnia. DEC. Ea quæ falsa existimatione decepta est non potest videri per calumniam missa fuisse in possessionem l. ea quæ 18. supra de his qui not. infam. Non potest autem non decipi, falsa existimatione mulier quæ iurat se prægnantem non esse cum iusiurandū

inter eos inter quos iuratum est, non tantum pro præsumptione sed etiam pro veritate habeatur, nec vllum quæstioni locum amplius relinquar, an verum sit necne id de quo iuratum est l. 5. §. dato l. nam posteaquam 9. §. 1. l. eum qui 30. in princ. infr. Non igitur accusationem calumniæ vereri potest. Alioqui non iam de calumnia, sed de periurio querendum esset, de quo tamen queri non solet contra eum qui ex necessitate iuris, id est, aduersario deferente iuravit l. 1. C. hoc tit. l. vlt. infr. tit. prox. Nec proinde potest hæc mulier quæ iuravit se prægnantem non esse vereri actionem in factum quæ datur ad id quod interest intra annum contra mulierem quæ calumniæ causa in possessione fuisse probatur omnibus quorum interest, missam eam non fuisse siue substituti sint, siue coheredes vel qui ab intestato si partus non fuisset, succedere potuissent dicit. l. 1. §. competit simul ventr. nomin.

b Sed an iusiurandum eò vsque proficit. RAT. DVV. Iusiurandum inter eos saltem inter quos iuratum est pro veritate habetur, ut modò diximus. Atqui partus quandiu in utero est nihil nisi pars & portio quædam est viscerum matris l. 1. §. 1. inf. de ventr. inspic. Non igitur fieri potest ut non habeatur pro veritate quantum ad partum, cum habeatur pro veritate quod ad matrem. DEC. Non potest iusiurandum vnius nec debet prodesse aut nocere alteri, ne alteri per alterum iniqua condicio inferatur vel ius aliquod acquiratur: quod utrumque abhorret æquè à iuris regulis l. non debet 74. de regul. iur. l. stipulatio ista 38. §. alter. De verb. oblig. l. 2. quod vi aut clam. Atqui matris & filij personæ sunt diuerse non quidem quando partus est in utero & portio viscerum matris sed vbi editus est cæpitque esse homo l. in falsidia 9. §. 1. ad leg. falsid. Nos autem tractamus hîc de partu iam edito. Matris ergo iusiurandum neque illi prodesse neque nocere debet tanquam res inter alios acta d. l. nam posteaquam 9. §. vlt. C. l. seq. infr. d. l. 1. in princ. si mulier ventr. nomin. in poss. Tot. tit. Cod. ins. alios act. Quemadmodum nec transactio matris nocet filio l. transactio matris 26. C. de transact.

c Quia iusiurandum alterius. RAT. DVV. Iusiurandum filiofamilias prodest patri, serui domino l. si servus 23. C. seq. infra hoc tit. Item socij & correi stipulandi l. si duo 13. §. idem dicemus l. in duobus 28. in princ. infr. Ergo etiam vnius iusiurandum alteri prodesse interdum potest aut nocere. DEC. Iure potestatis sit, ut iusiurandum à filiofamilias vel seruo præstitum perinde habeatur ac si à parte ipso, aut domino præstitum esset l. placet 79. infra de acquir. hered. l. 1. in princ. si quis à parent. manum. sit: In socijs verò & correis stipulandi ius societatis & indivisionis l. si vnus 27. vbi diximus sup. de pact. l. si is qui duos 19. infr. de liber. legat. & ut Accursius loquitur, alius ille cui iusiurandum his casibus prodest fingitur non alius Facilius est ut iusiurandum de vna re præstitum ad aliam de qua iuratum non sit trahatur, scilicet si veniat illa in consequentiam eius rei de qua iuratum est in d. l. si duo §. si quis iuraverit infr. hoc tit. de procuratore alia quæstio est, an iurare, vel iusiurandum deferre possit, de qua dicemus ad l. nam posteaquam 9. §. iusiurandum & ad l. iusiurandum quod ex conventionem 17. §. vlt. C. l. seq. infr.

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

Tom. III.

I 4.

Ad §. ult. Iurari.

RAT. DVB. Non semper consonans est tale iusurandum præitari quale delatum est, sed ex diuersitate rerum vel personarum quibusdam emergentibus qua varietatem possunt inducere aliter atque aliter conceptio iusurandi officio iudicis terminanda est. *l. iusurandum & ad pecunias 34. §. non semper infra hoc tit.* vbi licet loquatur Vlpianus de iureiurando relato, non aliud tamen iuris esse debet in delato, quia & quod refertur defertur, idque expressim vetere statuto Sabaudia apud nos cautum est vt delationi iusurandi possit ex iusta causa iudex quam velit adferre moderationem. Nec immerito. Quis enim ferat senatorem vel aliam clarissimam personam cogi iurare publice populo in eam rem ad forum campanæ vt sit conuocato super reliquis sancti Antonij de re minima plebeio aliquo & qui de feve populifit, deferente? Quidni saltem ex causa necessitas populi per sonitum campanæ conuocandi necessitas remittatur? Quid si superstitionem aliquam miscueris qui detulit iusurandum? Cur non iudici liceat decernere quod passim apud nos decernere senatus solet, vt citra superstitionem iuratur? DE C. Iusurandum quod ab aduersario defertur siue in iudicio siue extra iudicium transactionis speciem quandam continet. *l. 2. sup.* quia etiam quod inuito defertur in iudicio proficitur ex voluntate deferentis licet non ex partium conuentione. Transactionis autem non fit nisi ex mutuo partium consensu cui neque addi neque detrahi quicquam debet. Consensus enim ille indiuiduus est, vt in omnibus contractibus. *l. cum ex causa 139. infra de verb. oblig. l. pacta conuenta 72. de contr. empt.* Alioqui deciperetur is qui iusurandum detulit, cum non alia lege & conditione fuerit delaturus suumque aduersarium, quod perdurum sane est nec nisi omnibus aliis probationibus deficientibus faciendum est, iudicem in causa propria constituturus. *arg. l. si donaturus 9. §. 1. infra de condict. caus. dat. l. parè 5. §. penult. infra de doli mal. except. l. vlt. C. de pact. int. empt. & vendit.* Ergo vel recusandum omnimodo iusurandum est, vel eo ipso modo præ-

standum quo delatum fuit, nec alia, meo iudicio referendi relative iusurandi ratio est si iuris rationem spectemus, potius quam quod sub Vlpiani nomine Tribonianus ni fallor de suo addidit in *dict. §. non semper*, vt ad eum locum dicemus. Quamuis tentari possit digniorem esse cui succurratur eum qui iurat ex relatione, quia iurandi necessitatem præcisam habet nisi malitiam cedere, cum tamen non quasi iuratus detulisset iusurandum sed quasi iuratur. Idque ipso etiam statuto nostro de quo diximus bene comprobatur. Non enim erat, cur statutum moderandi iusurandi facultatem iudici daret si iuris communis ratio non aliud suauisset. Frustra enim statuto cauetur, quod iure communi permittitur. *l. Imperatores 30. de reb. aucthor. iudic. possid. alias l. 15. de priuileg. credit.* Optima enim ratione statutum nostrum subnixum est, cum nimia deferendi præstantique iusurandi facilitas plebsque superstitionis, & improbandas formulas inuexisset, quas per moderationem iudicis restringi æquum fuit ne rei tam sacræ & religiosæ superstitionem aliquam misceri contingeret, parum enim distat superstitio ab impietate, licet à religione, & pietate causam habeat. Semper enim & ante omnia obseruandum est, vt iusurandum sit licitum, eaque cognitio in iudicis æstimatione est, & moderationem plerunque exigit ne fiat illicitum quod aliquin esset licitum: Ceterum vbi constat licitum esse iusurandum per quod sibi quis iurari voluit, dubitari non debet quin idoneum sit, & eo ipso modo, quo delatum est, præstandum, tuendumque, vt sequitur in *l. non erit 5. in princ. infra.* Ergo si detuli tibi iusurandum vt per Deum iures, tu vero per caput tuum iurasti vel filiorum tuorum, non erit ratum habendum iusurandum vt ex Vlpiano & Paulo subiicitur in hoc §. & in *legib. seqq.* quia non eo modo iurasti quo delatum tibi fuit, sic dicimus restituta hereditate fideicommissaria non transire actiones ex *SC. Trebelliano* nisi restituta sit eo modo quo testator voluit. *l. sed et si ante 10. iunct. §. vlt. l. præced. infra. ad Senatufconsultum Trebellianum l. si mulier 59. §. ex assè infra de iur. dot.* Idque Accursius etiam adnotauit.

4. PAVLVS libro 17. ad Edictum.

V El filiorum tuorum.

Ad l. v. el filiorum tuorum.

RAT. DVB. Iurandum est per Deum & per creatorem non per creaturam aliquam, alioqui quid religionis & sanctitatis obsecro in iureiurando esse potest si alij quam Deo, & per alium quam per Deum iuretur? Atquin is qui per caput suum iurat vel filiorum suorum per creaturam iurat, non per creatorem, non est igitur licitum hoc iusurandum, nec permittendum. DE C. Qui iurat per caput suum

5. VLPIANVS lib. 22. ad Edictum.

NON erit iuratum habendum iusurandum quod si exegi, vt per salutem tuam iurares, & iurasti: stabitur. omne enim omnino licitum iusurandum, per quod voluit quis sibi iurari, idoneum est. & si ex eo fuerit iuratum, prætor id tuebitur.

Ad l.

vel filiorum suorum, per salutem suam aut filiorum suorum iurare intelligitur, ac proinde respectu diuini numinis, à quo solo cuiuslibet salus pender. *l. qui per salutem 33. infra.* licitum ergo iusurandum est licet nulla Dei mentio fiat, quemadmodum & si quis per genium Principis aut per salutem Cæsaris quod idem est iurari sibi velit. *l. si duo 13. §. vlt. infra.* Placeat tamen quod nostri notant, hodie inter Christianos iurandum esse Deo & per Deum nominatum, non per creaturam licet prætextu diuini numinis iuratum esse videatur.

Ad l. Non erit 5.

RAT. DVB. Nihil refert quid ex æquipollentibus fiat. *l. vlt. infra. mandat l. mulier 23. in princ. vers. Brasidas infra ad SC. Tr. bell.* Atqui iusurandum Deo præstitum æquipollent iurando prælitio per salutem, aut per caput iurantis. Fuerunt enim iusurandi verba illa solemnia, *Ita me Diisauer salua vrbe arceque bonis diuitiar vt ego hunc lapidem.* vt ex Cicrone, Sexto Pompeio, Plauto, & Polybio tractat *Cuias. lib. 1. Obseruat. cap. 21.* nec negari potest quin is qui iurat per salutem suam iuret etiam respectu diuini numinis. *l. qui per salutem 3. infra.* vt diximus ad *leg. præced.* Ergo ratum habendum est iusurandum quo quis per caput suum aut per salutem suam iurauit, quamuis delatum ei fuerit vt per Deum iuraret. DE C. Iusurandi delata condicio implenda est, vt & alia ferre omnes in forma, vt nostriloquantur, specifica. *l. qui heredi 44. l. Meunus 55. infra. de cond. & demonstr.* Non autem impletur in forma specifica, cum is cui delatum est iusurandum, vt per Deum iuret, iurat per caput suum aut filiorum suorum. Nec ergo videretur præstitum, ac proinde ex integro solemniter iurandum est, vt idem Vlpianus noster scribit in *l. qui per salutem.* Planè si exegerim à te vt per salutem tuam iurares, & tu per caput tuum iuraueris, puto huic iusurando standum esse: idque Vlpianum hinc sentire, iuncto principio huius legis cum fine legis præcedentis. Quasi nihil intersit, quomodo nihil proculdubio interest, nisi iusto verborum sono an quis per salutem suam iuret, an per caput suum: verumque usurpari hoc casu potest quod obieciimus, nihil referre quid ex æquipollentibus fiat, nam sic locum huic intelligere quomodo nostri vulgo intelligunt vt iurando standum sit si is cui delatum est iusurandum vt per salutem suam iuret, per salutem suam iurauerit, ridiculum est, & extra omnem omnino dubitationem cum nec dubitandi causa vlla sit quin sic deferri iusurandum possit, vt per salutem tuam iures. Quod ergo si cum tibi delata esset condicio iurandi per tuam salutem iuraueris per caput filiorum tuorum? Ostendit enim lex præcedens nihil interesse an per tuum an per filiorum

tuorum caput iures. Sed non puto. Aliud enim est iurare te per tuam salutem, aliud vero per caput filiorum tuorum. Nam etsi delatum tibi esset, vt per caput tuum iurares, adhuc aliud esset si per caput filiorum tuorum iurares, itémque si vt per salutem tuam iurares, non poteris iurare per salutem filiorum tuorum. Alia enim est salus tua, alia vero salus filiorum tuorum. Nec argumentum contra nos sumi potest ex lege præcedente, que alterius iureconsulti & Pauli est, non Vlpiani erit tamen bona comparatio si detulerim tibi iusurandum vt per salutem iures, tuorum filiorum, tūque per eorum caput iuraueris, aut contra, nam inter caput, & salutem nihil interest, nisi verborum sono vt dixi.

a Omne enim omnino licitum iusurandum. Male Accursius noster subiicit exceptionem. Nisi scilicet a iure prohibeatur, ex §. *sed si quis inferret l. que sub condicione 8. infra. de condic. instit.* Non enim licitum potest videri iusurandum quod à iure prohibitum est vt in *d. §. sed si quis.* vbi dicitur illicitum appellatur. Quod vero à Prætoris remittitur vt in specie *d. l. que sub condicione*, non quidem illicitum est sed tamen est inutile tum quoque cum ab eo præstitum est qui iurauit se daturum aliquid, vel facturum, nisi det postea vel faciat, nec ad aliud prodesse potest quam ad præbendam causam perituri, ideoque bene ac sapienter Prætores remittendum illud putauerunt. *l. hæc scriptura 26. infra. de condic. & demonstr.* Sed non pertinet iusurandum illud nisi ad institutiones & legata vel fideicommissa quibus iurandi condicio adscripta est, nos de eo loquimur quod ab vno ex ligatortibus delatum est alteri siue in iudicio siue extra iudicium, quod cum licitum est nunquam à Prætoris remittitur, sed ab eo solo remitti potest qui detulit si forte contentus sit voluntate suscepti iusurandi §. *vlt. & l. prox. infra.* Illud certe non male Accursius ex hoc loco notat, satis esse si fiat aliquid ad voluntatem eius cui fit. Id enim demum ac proprie satisfacere est. *l. si rem 9. §. omnia pecunia. infra. de pign. act. l. item liberatur 6. §. 1. quib. mod. pign. vel hypoth. soluit. l. 3. §. necnon illud quoque de in rem vers. l. 1. sup. qui satisf. cogant. l. satisfactio 52. de solut. lunge quæ scripsimus ad §. vlt. l. 3. sup.*

1. ¶ Diuus Pius iureiurando, quod propria superstitione iuratum est, standum rescriptis.

Ad §. 1. Diuus Pius.

Habet hic §. duplicem lectionem, Affirmatiuam vnam quæ ponit Diuum Pium rescriptisse standum esse iurando quod propria iurantis superstitione iuratum sit. Negatiuam alteram huiusmodi iurando standum non esse. Qui affirmatiuam probant, intelligunt de superstitione propria publice non improbatâ, quæ vero negatiuam, de propria superstitione publice improbatâ. Castrensis, qui negatiuam magis probat, bene ponit rescriptum hoc Diui Pij ad eum casum pertinere, quod iusurandum simpliciter delatum sit inter eos qui sint eiusdem religionis, quorum tamen alter propriam aliquam superstitionem habeat secundum quam iurauerit: sed non probo exemplum quod ille adfert de eo qui iurauit per aliquem sanctum, inquit, in quem habebat deuotionem. Religio enim hæc, & deuotio non superstitio est: nec video quodnam exemplum

huius §. adferri possit apud Christianos, qui propriam superstitionem nullam agnoscunt, quæ non sit publice improbatâ. qui tamen casus tractatur in §. *seq.* Rescribat enim Diuus Pius ad paganos & infideles, quorum tot erant ferè superstitiones, quot capita, cum vix esset quisquam qui non propriam aliquam Deum peculiari aliqua superstitione coleret nisi forte ad Christianos potius respexisset Diuus Pius quorum religionem ethnici passim vocabant superstitionem, præsertim verò Vlpianus noster, vt fuit ille nomini Christiano infestissimus; adeo vt Christianos exorcismis vtentes, impositores appelleret in *l. §. medicos infra. de extr. cognit.* quod iam alio loco à nobis obseruatum est. Sensus igitur erit si paganus iusurandum Christiano deferrat vt iuret forte per Iouem aut genium aut salutem Cæsaris aut per salutem suam vt in *l. si duo 11. §. vlt. l. qui per salutem 33. infra. hoc tit.* Christianus autem quia per creaturam iurare prohibetur iuret per Christum, aut vt passim hodie fit, per sacrosanctam Christi-

Euangelia non esse standum huic iurando tantum præstito contra formam delatam & ex propria superstitione iurantis. Ita enim Vlpianus & Diuus Pius loqueretur. Atqui hoc iniquissimum fuerit, sic namque eueniet, ut tali delato iureiurando quale Christianus sua religione præstare prohibeatur, nunquam possit ille iurando vincere, cum tamen pagano lis esse possit cum Christiano. Iuris autem ratio faciat, ut inter quos omnes lis esse potest decidi quoque lites & controuersie iureiurando possint, quamuis Romanorum legibus & moribus Christiana religio publicè improbatæ esset, non minus quam hodie apud nos Mahometica, non igitur defendi potest negatiua lectio, sed affirmatiua qualis est Florentina, omnimodo retinenda est, ut hinc iureiurando quod Christianus iuxta suam religionem præstiterit standum sit, licet contra formam delatam præstitum fuerit. Eoque iure passim utimur. Nam si hodie Catholicis hæretico deferat iusurandum ut iuret super veneranda Christi crucifixi imagine ut Catholicis moris est, aut super sacrosancto missæ Canone aut super sanctis Diui Antonij reliquiis: Hæreticus verò cuius impietas & imaginem Crucifixi, & Missæ canonem & omnes omnium sanctorum reliquias ridet per sacrosancta Dei Euangelia iuret, ratum habetur iusurandum. Alioqui sic, ut diximus, delato iureiurando, nulla iurandi ratio hæretico superest. Proinde si Mahometano etiam apud Christianum iudicem litiganti cum Christiano quod Veneris & aliis plerisque locis sæpe accidit, Christianus deferat iusurandum Mahometano ut iuret per Christum in quem

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

Ad §. 2. Dato iureiurando.

RAT. DVV. Etiam post præstitum iusurandum, multæ tamen possunt suscipere quæstiones. puta vtrum iuratum sit iuxta formam delatam l. 3. §. vlt. supr. aut an priusquam iuratum sit delatio fuerit reuocata l. si quis iusurandum 11. Cod. hoc tit. Item an delatum fuerit ab eo qui ius habuit deferendi aut præstitum ab eo qui ius habuit iurandi l. nam posteaquam 9. §. iusurandum l. iusurandum quod 17. §. vlt. & l. seq. l. tutor 35. in princip. & §. 1. infr. Ergo etiam dato iureiurando aliud quærendum est, quam vtrum iuratum fuerit. DEC. Semper præsupponendi sunt termini habiles l. 1. §. vlt. infr. ad §. C. Terryll. l. tutor 35. §. 1. infr. hoc tit. Proinde cum loquimur de iureiurando delato & præstito, de eo intelligere debemus quod rectè delatum & ritè præstitum sit, nec vnquam reuocatum. Et cum ait Vlpianus postquam iuratum est

3 ¶ Sed si quis illicitum iusurandum detulerit scilicet improbatæ publicæ religionis: videamus, an pro eo habeatur, atque si iuratum non esset: quod magis existimo dicendum.

Ad §. 3. Sed si illicitum.

RAT. DVV. Non habet quod conqueratur ille cui iuratum est ad eum modum quo ipse detulit cum nulla volenti fiat iniuria l. in dum 9. §. 1. infr. de

Mahometanus non credit, ille verò per Mahometum suum iuret, non dubito quin ratum haberi debeat iusurandum, quamuis Mahometana superstitione & impietas publicè apud nos improbatæ sit, quia Mahometano Mahometus pro Christo est, adeò ut si è contrario iuraret per Christum, non esset ei credendum, quia id ageret sanè ut Christiano illuderet, non ut serio iuraret, perinde ac si Christianus per Mahometum apud Mahometanos. Nam apud Christianos tale iusurandum nec per iocum in re tam seria tantique momenti ferenda esset. Ex quo apparet quam malè hic §. à Bart. Castrensi & aliis interpretibus acceptus sit qui hunc §. restringunt ad eum casum quo iusurandum simpliciter delatum sit, nullo modo specialiter expresso, & inter eos qui sint eiusdem sectæ, aut si inter eos qui sint diuersæ, ad eum casum quo delatum sit iusurandum per Deum eius cui deferatur, non per Deum deferentis. Quod esset ridiculum & contra §. sed si illicitum infr. ubi dicemus. Nec dubitandi causa vlla, cur non huic iureiurando standum esset quod præstitum inueniretur quale delatum fuisset. Ratio igitur dubitandi ad hunc §. illa est, quod iusurandum tale præstari debeat quale delatum est. Sed decidendi illa fortior quòd cum iusurandum Deo præstetur, & in testimonium religionis non minus quam veritatis, permittendum est ei cui deferatur ut iuret secundum propriam suam superstitionem quæ vnicique pro religione est. Et sufficit hoc casu præstari per æquipollens iusurandum quod nec aliter præstari possit. Facit enim necessitas licitum quod alioquin esset illicitum.

non aliud quæri quam an iuratum sit, excludit duntaxat quæstionem an debeat, quasi hoc ipsum satis probatum sit iureiurando, ut scriptum est in hoc §. & in d. l. nam posteaquam 9. in princip. & §. 1. l. in duobus 28. §. vlt. infr. l. post rem iudicatam 56. infra de re iudic. Sic dicimus in actione in factum quæ competit ad precium recuperandum si mancipium redhibitum fuerit, non illud quæri, an mancipium in causa redhibitionis fuerit, sed hoc tantum an sit redhibitum l. quòd si nolit 31. §. in factum 17. infr. de adilit. edict. Interdum tamen etiam post præstitum iusurandum superest quæstio an debeat ut in specie l. admonendi 31. infr. l. vlt. C. eod. l. si legatarius 23. supr. de dolo. Sed omnes illi casus speciales sunt, & specialem habent rationem quæ ex ipsis legum verbis collegi facile potest, habet ergo iusurandum maximè vim probationis sicut & transactionis, & rei iudicatæ l. 2. l. qui iurasse 26. §. vltim. & l. seq. infr.

aqua, & aqua pluuiarum. iuncto principio huius legis. Ergo nil atinet distinguere an licitum iusurandum sit an illicitum, sed illud tantum inspicere oportet an præstitum sit eo modo quo fuit delatum. DEC. Prius est ut iusurandum bene deferatur, quam ut benè præstetur. Non autem potest videri benè

benè delatum, & iure, si sit illicitum & irreligiosum, cum in omni iureiurando pietas maximè ac religio debeat elucere. Iuratur enim Deo aut saltem respectu diuini numinis, & in venerationem non in contemptum ipsius l. que sub conditione 8. infra de condic. insti. l. qui per saluum 33. infra hoc tit. Illicitum ergo est iusurandum omne quod est irreligiosum, puta si quis apud nos deferat iusurandum ut per capillos vel per vitæra Dei iuret, quod exemplum adfert Bartolus. Blasphemia enim esset, quæ etiam pœnam mereretur. Aut si Christianus Christiano deferat iusurandum ut iuret per Dianam aut Apollinè, ut apud Accursium. Est enim hoc iusurandum improbatæ publicè religionis: Itaque quamuis permittatur ei cui iusurandum licitum delatum est, ut per suam propriam superstitionem

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

Ad §. vlt. Si neque.

RAT. DVV. Quod factum est non potest haberi pro infecto l. in bello 12. §. facti infr. de capti. & postlim. Nec rursus potest quicquam mutare consilium in alterius iniuriam l. nemo potest mutare 75. de regul. iur. Atquin is qui semel iusurandum detulit, hoc ipso iudicem constituit aduersarium in causa propria l. 1. in princip. infr. Quar. rer. alt. non det. Non ergo potest reculare quominus iuret aduersarius etiam ex interuallo neque ex pœnitentia delationem reuocare, sed sibi imputare debet cur semel voluerit l. in diem 9. §. 1. infr. de aqua & aqua pluuiarum. arceud. Aut cur delationi non iniecit condicionem si incontinenti iuraretur? Loquimur enim de purè facta delatione, cui tacitam condicionem addi quæ expressa non sit, facile non oportet l. si ita stipulatus 126. §. Chryfogonus in fin. de verb. oblig. Sunt enim odio conditiones omnes, per quas scilicet fit ut actus conditionalis reuocari possit, & haberi pro non facto ac si nunquam interuenisset l. pecuniam 36. sup. tit. 1. quomodo & lex commissoria in venditionibus odiosa creditur, quia resoluit venditionem l. Aemilius Larianus 41. supr. de minor. l. 1. & pass. infr. de leg. commiss. Maxime verò cum iusurandi religio tanti momenti sit ut nihil imputari possit ei, qui post delatum sibi iusurandum non tam facilis esse voluit ad iurandum sed deliberare maluit an iurare expediret, aut referre l. que sub conditione 8. de condic. insti. l. iusurandum & ad pecunias 14. §. 1. infr. hoc tit. illud aut illud 21. §. 1. infr. de pecun. constit. DEC. Iusurandum pro pacto conuenito cedit l. tutor 35. §. 1. infr. hoc tit. Vnde & transactionis speciem continere dicitur in l. 2. supr. In omni autem pacto. conuentione & contractu consensum vtriusque paciscentium & contractuentium concurrere oportet l. 1. supr. de pact. l. in omnibus rebus 55. infr. de oblig. & action. ac proinde interuenire eodem tempore, alioqui non possunt videri concurrere, quæ sunt diuersis temporibus. Consensus autem illius qui desert iusurandum interuenit in ipsa delatione, illius verò cui iusurandum deferatur, in acceptatione & susceptione iurandi: suscipi ergo iusurandum oportet & acceptari statim & incontinenti, hoc est, priusquam diuertatur ad alia negotia l. duos 6. §. vlt. infr. de duob. reis. l. continuus 137. in princ. de verb. oblig. l. 1. §. item si ita infr. ad leg. sulcid. non autem ex interuallo, ne facile eueniat ut quo

iuret, quamuis publicè improbatam sicuti diximus ad §. Diuus Pius supra non tamen permittitur ei qui iusurandum deserit ut illicitum deferat & religionis publicè improbatæ. An enim licitum vel illicitum sit iusurandum quod præstandum est ex delatione ipsa æstimari debet non ex præstatione. Quisquis enim iusurandum deserit, tale deferre debet quale præstare ipse possit si referatur l. iusurandum & ad pecunias 34. §. datur autem infr. Et iuramentum quod deseritur, argumentum præbet religionis non personæ illius, cui deferatur, sed eius qui deserit. Nullius ergo momenti est iusurandum illicitum ut neque probationis neque sententiæ neque transactionis vim habeat, & ideo perinde habetur, ac si non esset iuratum.

tempore reus suscipere iusurandum volet, is qui prius detulit, nolit iam deferre, nisi forte qui detulit perseueret instare ut iusurandum vel præstetur, vel referatur, tunc enim iurari etiam ex interuallo post nouam delationem potest, sed quasi ex noua voluntate, nouaque delatione, nec quod purè ac sine vlla conditione facta sit delatio, ad rem facit. Tanto magis enim agnosci & suscipi statim debuit nulla interposita dilatione, nam quemadmodum quod purè promittitur statim debetur, ita quod purè deseritur, statim agnoscendum & expectandum est, aut nunquam. Et sicuti aliquando accidit ut pura stipulatio ex re ipsa dilacionem capiat l. interdum 73. de verb. oblig. ita & nonnunquam ut condicio tacite aliqua inesse intelligatur, etiam cum actus purus est, nempe cum ex eo de quo agitur intelligi id potest, ut Paulus loquitur in d. §. Chryfogonus in p. In proposito autem natura rei de qua agitur, id est, delati iusurandi ita fert ut etiam si purè fiat, condicionem tamen tacitam habere videatur, si incontinenti iusurandum suscipietur, aut referatur, ut neutro secuto sit locus pœnitentis, & deferens reuocare delationem possit, postquam verò susceptum est iusurandum non est locus pœnitentiæ, quamuis nondum iuratum sit non magis quam si iuratum esset, nisi hætenus ut is qui iusurandum detulit, gratiam iusurandi facere possit, hoc est, iusurandum ei remittere, cui delatum est, & eum qui iuraturus fuit, habere pro iurato, ut dicemus in l. seq. Aut nisi post delatum iusurandum, superueniant nouæ probationes, quibus malit actor confidere, quam lubrico perituri rem committere, ut in l. si quis iusurandum 11. C. hoc tit. Cuius periculi metu eo iure passim utimur, ut in ipso quoque prociectu iurandi reuocari iusurandum possit etiam si non modò susceptum sit ab eo, qui iurare debeat, sed etiam si iudex iusurandum admiserit, & interlocutus sit iurari oportere. Solemus enim dicere, interlocutionem de iurando nunquam transire in rem iudicatam quousque iuratum sit: Itaque tamen iudex pronunciauerit ex delatione iurari oportere, intra certum diem [plerunque autem octauus dies in eam rem præstituit] liberum est ei qui detulit, pœnitere impudens id est, nullis ob eam causam refusis sit mptibus, multo magis autem intra tempus, quod dari solet ei, cui iusurandum delatum est, ad deliberandum vtrum

iurare vellet, an alio modo intentionem actoris excludere suamque probare, nec enim aut iurare, aut referre, aut soluere cogendus est. si per testes, aut per instrumenta probare malit. Ad eod plerique sunt timidi metu diuini numinis, & ad superstitionem vsque vt nec de ea re, quam certissimam esse sciant, iurare velint. *d. l. quæ sub conditione*, in quo certè modestius faciunt, nec tantum modestius, vt illi qui referre malunt, quam iurare *d. l. illud 25. §. 1. inf. de pecun. const.* sed etiam longè certius. Quod autem datur iis tempus ad deliberandum, ex *d. l. iusurandum & ad pecunias 34. in pr. inf.* non impedit quominus suscipere iusurandum possint, etiam si ex interuallo id fiat instante scilicet ac urgente non tantum aduersario, sed etiam iudice. Ceterum posteaquam delatum susceptumque est, iusurandum non est ei permittendum, qui delatit, vt reuocet, nisi ex iusta causa: vt puta si quis eadem probationes habebat tempore delati iusurandi quas nunc habeat. Sibi enim debet imputare qui vltro delatit, cum non cogetur, *d. l. iusurandum 34. §. datur autem in fr. l. 3. §. vlt. & l. seq. inf. vt in poss. legat. l. qui bona fide 13. §. de illo inf. de damn. infect.* Prudenter ita facietis, cui iusurandum delatum est, si petat tempus ad deliberandum, non an iurare velit, aut referre, ne locum penitentiae re-

6. PAVLVS libro 19. ad Edictum.

Remittit iusurandum, qui, deferente se, cum paratus esset aduersarius iurare, gratiam ei facit, contentus voluntate suscepti iusurandi. Quod si non suscepit iusurandum, licet postea parato, iurare actor nolit, non videbitur remissum, nam, quod susceptum est, remitti debet.

Ad l. Remittit iusurandum 6.

Hæc lex est de remisso iureiurando id est, quod delatum quidem susceptumque sed tamen nec prestitum adhuc, nec amplius prestandum est, quod accidit, cum is qui delatit, contentus est voluntate suscepti iusurandi, habetque id pro prestituto. R. A. T. D. V. B. Fieri facile potest, vt qui iusurandum suscipit, fingens paratum se iurare, nunquam tamen iuraturus sit, aut conscientia mendacij, aut etiam si maximè antea iurare paratus fuit, mutata subinde voluntate, iniecto fortassis scrupulo, propter quem non modò iusurandum relaturus, sed etiam litem omisiturus, & amissurus sit, facilis quam iuraturus. Longè enim aliud, & quid multo periculosius est iurare, quam iusurandum suscipere. Peierat, qui male iurat, non etiam is qui delatum sibi iusurandum duntaxat suscipit. Ideoque solent iudices & debent eum qui iurare paratus est, pijs, variisque exhortationibus, proposita diuinæ vltionis comminatione conscientiam hominis & instruere, & terrere, ne quid contemptu diuini numinis faciat, aut inconsideratius, quibus exhortationibus persuasi vel deterriti plerique, aut recusant iurare, aut iurant timidius, sepe etiam verius: quam ob causam illud quoque bene receptum est, vt is cui iusurandum delatum est, iurare per se debeat, non per procuratorem, qui huiusmodi exhortationes parum curaturus sit, tanquam in alterius animam, vt loquuntur, & alieno periculo iuraturus: nisi per se iurandi impossibilitas tanta sit, vt neque is qui iurare debet, possit ad iudicem accedere, neque ad eum iudex: quo tamen casu obseruandum est, vt alius iudex substituatur in ea provincia, eoque loco vbi iurari oportet, potius quam vt per procuratorem iuretur: quæ res tamè magnorum sumptuum plerumque materiam præbet, cum

linquat, sed qua de re, aut ad quam formam iuraturus sit, vt hinc Bartolus notat, ex *dict. l. iusurandum in princ.* Quamuis nec quicquam veteret peti tempus ad deliberandum ante acceptationem, vt tutius, & minore perituri periculo iuretur. Isteque proculdubio sensus est Vlpiani, in *d. l. iusurandum*, vt bene ad illum locum Castrensis, nisi malis nostram interpretationem probare, quam ad eum locum adferemus: nec enim idèd verendum est, vt iusurandum delatum reuocari facilius sine causa possit, aut vt prestitum minus possit, quasi ex interuallo, cum tempus medium quod ad deliberandum petitur, & indulgetur coniungat extrema delationis & acceptationis, vt negati non possit iuratum esse ex eo iureiurando quod delatum est: Multum verò interest, an remissum sit iusurandum, an reuocatum. Remissum enim habetur pro prestituto, vt dicemus ad *l. seq. sicut & illud quod habetur pro remisso de quo in l. si non fuerit 37. inf. hoc tit.* Reuocatum autem pro nec delato: nec tantum si reuocatum sit, sed etiam nulla reuocatione interueniente, neque iuratum sit, neque remissum iusurandum perinde namque haberi debet, ac si res iusurandum admittit non esset, vt hinc Vlpianus scribit: sed non iuratum intellige, si nullo modo iuratum sit, id est, neque ex delatione neque ex relatione.

eum cui iurandum est, adesse oporteat, & quidem sumptibus illius, quem coram substituto iudice iurare necesse est. Ergo iusurandum remissum, non eo magis pro prestituto haberi debet, quod susceptum fuerit, cum reuera non sit prestitum. D. E. C. Cum ex delatione iuratur non tam sibi iuratis, qui iusurandum suscepit, quam ei qui delatit: in cuius potestate fuerat, vt non deferret si vinci maluisset: quidam ergo ei licere debeat iusurandi gratiam facere, & habere iusurandum pro prestituto contra se, si malit contentus esse voluntate suscepti iusurandi: siue quod rem aliter se habere postea compererit, quam ab initio crediderat cum iusurandum deferret, siue quod aduersarium, qui iurare paratum se dicit, in eo esse videat, vt temerè sit peieraturus: quod cum accidit, valde prudentis, & pij hominis est, iusurandi gratiam facere, potius, quam sua pertinacia in id adigere aduersarium, vt peieret: nam nec citra peccatum mortale fieri hoc possit, si Diuo Augustino credimus, vt credere debemus, quoties is qui iusurandum defert, certò scit aduersarium peieraturum. Denique nihil tam naturale est, vt habet iuris regula, quam vnum quodque dissolui eo modo quo colligatum est, atqui iusurandi non solum voluntarij quod ex conuentione proficiscitur *l. iusurandum quod 17. inf.* sed etiam iudicialis, quod in iudicio defertur, delatio tota pendet à voluntate deferentis, *l. qui iurasse 26. §. vlt. & d. l. tutor pupilli 35. §. 1. inf.* Qui dñi ergo ex sola deferentis voluntate reuocari poterit? planè sicuti non potest iusurandum reuocari, nisi quod delatum fuit, ita neque remitti nisi quod fuit susceptum: & mutatio voluntatis superueniens post delatum, & ante susceptum iusurandum, non remissio, sed reuocatio iusurandi dicenda est. Est etiam quedam quasi tacita remissio iusurandi, de qua in *l. si non fuerit 37. inf.*

7. VLP. IANVS

7. VLP. IANVS libro 22. ad Edictum.

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

Ad l. Ait prætor 7.

R. A. T. D. V. B. Iureiurando siue dato & prestituto, siue remisso, reus qui iurauit, acquirit sibi exceptionem, *l. nam posteaquam 9. §. 1. l. sed si possessori 11. l. si duo 13. §. idem Iulianus & pass. inf. adeoque perpetuum l. iusurandum à debitore 40. ead.* Atqui exceptio omnis prestat actionem, nec eam tantum quæ competit, sed etiam quæ in iura & proposita sit, cum nihil aliud sit exceptio, quam actionis exclusio, & quedam velut elisio *l. 2. in princ. & pass. inf. de except.* Implicat ergo contra actionem, vt prætor ex huius edicti verbis pollicetur se actionem non daturum aduersus eum qui ex delatione iurauerit, & tamen ei qui iurauit det exceptionem, quando quidem sine actione agere nemo potest, *l. si pupilli 6. §. vlt. sup. de negot. gest.* Nisi contra se ipsam *l. quoties 9. §. & generaliter inf. de admitt. tutor.* D. E. C. Actiones omnes civiles competunt quidem in ipso iure, id est, prius etiam quam à prætore dentur, itémque prætorie nonnullæ, sed tamen dantur omnes à prætore, tanquam ab eo qui sit vna vox iuris civilis, *l. nam & ipsum 8. sup. de iustit. & iur.* Quamuis ergo non possit prætor ius civile tollere, nec quicquam facere contra leges, *l. nec non 28. §. quoad actus sup. ex quib. caus. maior. l. cum sponsus 12. §. si res sup. de Public. in rem act.* prætoris tamen est sicuti actiones iure competentes dare petentibus, ita & denegare si iustam denegandi causam subesse videat, vt in specie *l. necessariis 57. inf. de acquir. hered.* Nec enim prætor cum ita facit, tollere dicitur ius civile aut aliquid contra ius aut leges facere, sed à peritatem iuris civilis æquitate summa corrigere ac temperare, quod ei facere licet, *l. ius de bonor. pass. in princ.* Nam & cum prætor dat actionem sub exceptione, aut exceptionem sub replicatione, dicitur emendare exceptionem per replicationem, & actionem per exceptionem *l. in duobus 28. §. si ei qui inf. hoc tit.* Est igitur in potestate prætoris, à quo petitur, actio post prestitutum, ex delatione iusurandi vt vel actionem omnino denegat, ex verbis huius edicti, si nihil allegetur eorum quæ diximus, ad *l. 5. §. dato iureiurando sup.* posse obici aduersus iusurandum prestitutum, vel si quam adhuc subesse controuersiam videat, siue de eo ambigatur an iuratum sit, siue, quod effectum idèd est, an ritè rectèque iuratum sit *l. qui per salutem 33. inf. actione det quidem sed sub exceptione d. l. nam posteaquam 9. in princ. & §. 1. inf.* Imò interdum etià sine exceptione, si forte per obreptionem petita sit actio & impetrata nullis iusurandi facta mentione. Potest enim postea & apud iudicem datum allegari exceptio iusurandi, etiam si omittit esse in formulâ si modò iudicium esset bonæ fidei. Cum huiusmodi iudicis insint exceptiones omnes etià iusurandi non minus quam pacti & doli *l. sed si ideo 21. solut. matr. l. huiusmodi 84. §. qui seruam delegat. 1. l. 3. inf. de res. iud. vendit.* Parè verò interest, si effectum rei inspicias, an actionem alicui denegat prætor, an verò det aliquam cum exceptione, cui locus esse possit *l. nihil: res. 112. iun. l. Marcellus 66. de regul. iur.* Et quemadmodum solemus dicere, ei cui damus actionem, multo magis exceptionem, non dandam esse, *l. iudicium 156. §. cui damus eod. l. 1.*

Tom. III.

§. is autem inf. de super. l. ita & dicendum est. contra eum cui actio denegatur, multo magis exceptionem dari oportere. Sic dicimus ex *SC. Macedoniano* nullam ei, qui contra Macedonianum filiofamilias pecuniâ credidit, petitionem actionemve esse. *l. 1. inf. de SC. Maced. & ex SC. Velleiano* nullam similiter contra mulierem, quæ aduersus Senatusconsultum intercessit, *l. 2. ad SC. Velleian.* Nec tamen in iis titulis quicquam frequentius est, quam vt mentio exceptionis fiat, vt & in *l. qui exceptionem 40. de condit. indeb. & alibi pass.* Sed non patiar vt cum Accursio, Bartolo, & Castrensi dicas, verba illa edicti *actionem non dabo* id significare, vt actio competens tollatur, non ipso iure, sed ope exceptionis. Neutrum enim verum est, & significatur iis verbis denegari actionem à Prætore, vt in *d. l. necessariis.* Actio autem, quæ denegatur, nec tollitur ipso iure, nec per exceptionem: non ipso iure, quia non aliter potest denegari quam si petatur, sicuti nec concedi *l. 4. §. hoc autem iudicium infra de damn. infect.* Peti autem non aliter iure potest, quam si competat ipso iure. Non etiam ope exceptionis, quia actio quæ denegatur, nunquam proponitur, nec vlli exceptioni locum admittit. Sed & defendi potest, contra omnes interpretum omnium sententias per iusurandum notari actionem, idèdque tolli ipso iure cum habeat vim nouationis & delegationis *l. qui iurasse 26. §. vlt. inf.* vbi dicemus, vt proinde quod ait prætor, se actionem non daturum, in eum qui iurauit, rationem illam habeat, quia nec vlla cõpetit, alio sensu quâ quo scriptum est in *d. l. necessariis.* actiones hereditarias, in suum heredem, qui bonis patris se abstinuit denegari. Quamquam nihil vetat obrepti prætori & actionem ab eo impetrari tacito iureiurando. Quo casu exceptio necessaria sit, illud certè constat exceptionem, quæ ex huiusmodi edicto cõpetit, talè esse vt vim habeat exceptionis litis finitæ, & ex earum numero sit, quæ impediunt litis ingressum non minus quàm exceptio transactionis aut doli, ex causa interpositæ transactionis *l. legat. 23. §. si post transactionem & potuit autè qui inf. de condit. indeb.* Nam cum id agit prætor, vt actionem alicui denegat, multo magis id curare debet, vt data actione impediatur tamè litis ingressus, si forte is qui cõuenitur, opponat exceptionem, & quod magis est, eam probet statim, aut saltè petat dilationem, ad eam probandam, quæ non esset similiter cõcedenda, si de ea exceptione ageretur, quæ non esset litis finitæ, quâuis ingressus litis impeditura esset, si de ea in proprio constaret, vt ad Bartolum tractat *Castrensis. ex c. 1. de lit. contest. l. 6.* Adde aliàs pleraque exceptiones, quæ impediunt litis ingressum, si statim opponantur, & probentur, nec tamè sunt exceptiones litis finitæ, inter quas ponit exceptionem prescriptionis, pacti de non aduendo iudice, cui ego addo exceptionem pacti de non petendo. Itè exceptionem præiudicialè, & vulgatam illam quæ de euictione tenet, actio eundè agentis repellit exceptio. Itém quælibet quilibet exceptionem notoriâ, quia quæ sunt notoria non indigent probatione. Quarum exceptionem omnium singulare, aut potius commune ius est, vt opponi possint, & ante litem contestatâ vt dilatorie *l. exceptione 19. C. de probat. & post*

K

litem contestatam vt peremptoriae l. *presumptionem* §. C. de *except.* Nec minus tamen impediunt litem ingressum, si modò ab initio allegentur, & incontinenti probentur, ita vt hoc casu non sit in arbitrio & potestate iudicis differre pronuntiationem super his exceptionibus in longius tempus, non magis quàm iuris ordinem peruertere, vt ex Baldo notat hic Castrenf. *ex cap. exhibita extr. de iudic. l. 1. §. 1. supra de fer.* Alioqui remittendæ sunt ad tempus vsque quod erit post litem contestatam, quod de dilatoriis & peremptoriis omnibus iuris est, si in vim peremptoriarum opponantur: Solæ præscriptiones fori excipiuntur, quæ ab initio ita opponendæ sunt, vt opponi postea nunquam possint, l. *vt. C. de except.* Coniungit Castrensis supradictis exceptionibus exceptionem litem renuntiatæ. Sed non satis benè. Est enim hæc litem renuntiatæ, si qua vsquam alia, cum non melius finiri lis possit, quàm si liti renuntiatum sit, quod fiebat olim solemniter, & in iure l. *postquam lit. §. 4. C. de pact.* vt & repudiatio hereditatis l. *sicut 4. C. de repud. vel abst. in hered.* Planè, quoties exceptio, siue iurifurandi siue alia quælibet, altiore requirit indaginem, dum ne sit præscriptio fori, differenda est pronuntiatio, & in tempus litem contestatæ ex d. *l. nã posteaquam 9. in princip. infr. l. ille à quo 13. §. si de restam. to 7. quid ergo ad S. C. Trebell. l. 3. in princip. infr. vt in poss. legat.*

a *Sive de tota re. R. A. T. D. V. B.* Iurifurandum habet speciem, & vim rei iudicatæ, l. 1. & 2. *supr.* hæc tamen scilicet vt imponat finem liti, & cõtroneficia, quomodo imponit res iudicata d. *l. in fin. l. 1. post rem iudicatam 56. infr. de re iudic.* Atqui non imponitur finis liti, si de partetantum iuret: nam de alia parte lis supererit. Ergo vel nullo modo, vel de tota litè iurandum est. Quemadmodum, & si compromissum factum sit, cogitur arbiter de tota controuersia sententiam dicere, nec sufficit vt de parte controuersie pronunciet, l. *qualem 19. §. 1. supr. de recept. Qui arbit. recep. iunct. l. Pompon. 13. §. recepisse eor.* D. E. C. Boni prætoris est lites diminueri, quantum facere potest, vt si totam cõtrouersiam dirimere fortassis nequeat, saltem pro parte dirimat l. *quidam existimauerunt 21. supr. tit. prox.* Ergo si tota controuersia per iurandum decidi non possit, non eo minus permittendū est, vt de parte litem iurandū & deferatur, & præstetur. Tantò minor enim futura est reliqua controuersia, tantòque facilius expediri alia ratione poterit l. *de rebus 14. infr. rer. amot.*

b *Neque in eos qui in locum eius succedunt.* His verbis videntur significari successores vniuersales, siue iure ciuili succedant, siue honorario aut ex Senatufconsultis, vel ex Constitutionibus. Circa quos minor est dubitatio, cum succedant in vniuersum ius quod defunctus habuit l. *nihil est aliud 24. de verb. signific. l. heredem 59. de regul. iur.* Et hæc quidem decidendi ratio est: sed dubitandi illa, quod iurandū

8. PAVLVS libro 18. ad Edictum.

ETiam si in rem successerint.

Ad l. Etiam si in rem successerint 8.

Sensus est, exceptionem iurifurandi transire nõ modò in vniuersales successores, de quibus actum est proximè, sed etiam in singulares, qui in re aliquã singularem successerint & titulo singulari puta ventionis, vel donationis vel permutationis, aut alterius huiusmodi. R. A. T. D. V. B. Personalis obligatio passiva non sequitur fundi possessorem, nec alium

fit, quid tam personale, vt non nisi iurantis personæ afficiat. Nec enim iurat quiquam alienæ animæ periculo, sed suæ: Vnde est quod si quando petatur in integrum restitutio aduersus contractum, qui iuratus sit, absolutio ei quidem qui iurauit necessaria est, ne alioquin obsterit illi exceptio perituri, at heredi eius non item quia perituri in eum cadere non potest, qui iurauit tamen si iurantis iura omnia successerit. Nec enim succedit heres quantumlibet vniuersalis in iura illa personalissima quæ personam defuncti egredi non possunt l. *ex pluribus 42. de administr. tutor. l. si ita expressum 69. de condic. & demonstr. iunct. l. si ita legatum 65. §. illi si volet delegat. l. quæ Roma 12. §. Agerius de verb. oblig.* quamuis facilius sit vt personalia ista transeant à defuncto in heredem, quàm à filiofamilias in patrem, vel à seruo in dominum l. *si stipulatus fuerim 76. in princip. eod. tit. iunct. l. qui heredi 44. de condic. & demonstr.* Sed pertinet hæc obiectio ad vinculum iurifurandi, quod certè non modò personale est, sed etiam personalissimum ita vt iurantis personam egredi nunquã possit. Ceterum ius exceptionis, quod ex iure iurando acquiritur, transit ad eius heredem, & successorem quemlibet vniuersalem, non minus quàm si ex pacto, aut ex transactione aut ex sententiã esset acquisitum, cum iurifurandū & pacti conuenti & transactionis, & rei iudicatæ vim obtineat d. *l. 1. & 2. supr. l. tutor. pupilli 35. §. 1. infr. hoc tit.* Ad ead autem verū est, transire exceptionem iurifurandi in heredem iurantis, vt transeat etiã in successorem singularem, vt subiicitur in l. *seq. Obserua tamen, aliud esse querere, an exceptio quæ sita ex iure iurando transeat in heredem iurantis, de quo hic agitur: Aliud autem querere, an ex iure iurando defuncti, siue promissorio, siue assertorio heredes obligetur: de quo neque in hac lege tractatur, neq. in toto hoc titulo. Illa tamen distinctio hac in re obiter notanda est, vt si iurandū tale sit, quod contractū alioqui futurū inualidū cõfirmare possit, vt in *auth. sacramenta puerum. Cod. si aduers. vendit. c. 2. de pact. in 6. ca. cum contingat extr. de iure iur.* non minus sit necessaria restitutio in integrum heredi quàm ei qui iurauit, quia in eum transit obligatio, ex contractu qui ob iurandū validus est. At si contractū, quia fortassis legib. aut bonis morib. prohibicum iurifurandi religio validare nõ possit, puta si cõtractus sit vsurarius, aut qui alienæ mortis captandæ votum inducat, tum verò quia nõ est obligatorius, contra bonos mores præstitum iurifurandum, ex regula iuris pontificij, necessaria non est absolutio heredi qui non iurauit, quiq. nec ex contractu tenetur, sed iuranti tamen ipsi necessaria semper est, si modo tale sit iurifurandum vt seruari possit citra dispendium salutis æternæ cap. *debitores extr. de iure iur. metu scilicet exceptionis aut replicationis perituri, quæ alioqui omnimodo obsta. et.**

quemlibet singularem successorem l. *vt. §. 1. infr. de contr. empt. l. 1. §. si heres ad S. C. Trebell. l. aris alieni 15. C. de donat.* Ergo neque personalis obligatio actiua, id est, quæ parit actionem, nec ipsa actio transire in alium potest, qui non nisi singularis successor est, ob eamque causam introductum est remedium cessionis actionum l. *3. §. vltim. supr. vsufruct. quem caueat. leg. si res obligata 58. de legat. l. si res quam 59. infr. de euct. l. Modestinus 76. de solut. D. E. C.* Quæ de re iuratum est,

eius rei nomine exceptio iurifurandi ei qui iurauit, acquisita est ergo si ea res in alium transferatur, eadem exceptio simul cū re ipsa transit in successorem singularem. Quemadmodum è contrario, si contra aliquem ius competat ratione cuiusdam rei, transibit ius illud etiam contra singularem eius rei acquiratorem l. *idemque 16. in fin. infr. pro socio. l. in hoc iudicium 14. §. 1. vers. iugitur est ab aliena uero prædium supr. Commun. diuid. l. venditor 13. supr. Commun. præd. l. si tertius 6. §. si quis priusquam infr. de aqua, & aqua plu. arcend. Idque est quod habet iuris regula, Ea quæ obstant his qui contracterunt, etiam successoribus eorum obtinere, & plerumque emptoris eandem causam esse debere circa petendum & defendendum quæ fuit heredis l. *quod ipsi 143. l. inuitus 156. §. plerumque l. aliud est 160. §. vlt. de reg. iur.* Fit enim semper alienatio cum sua causa l. *alienatio 67. de contr. empt. l. 3. in princip. & §. 1. infr. de pignor. l. iudicata 29. §. 1. infr. de except. rei iudic.* Quamuis in iudicio in quo*

tractatur de iure iurando præstito, non tam principalis causa exercetur, quàm iurifurandum conferuatur l. *eum qui 30. in princip. infr. hoc tit.* Optimum tamen est in cautionibus omnibus, quas ideo quis interponit, vt sibi quis suisque successoribus omnibus prospiciat, adici mentionem eorum omnium ad quos res pertinebit, vt in l. *fluminum 24. §. adiciatur infr. de damn. infect.* Ne scilicet locus quæstioni relinquatur, an singulares quoque successores ea cautione continentur. Planè cum agitur de iure aliquo reali, & quod ipsi rei cohæreat, vt in specie d. *l. si tertius 6. §. si priusquam de aqua & aqua plu. arc. aut de iure hypothecæ vt in d. l. si res quam 59. de euct.* dubitari minus potest, quin transeat in successorem, etiam singularem vt plerumque tractat Bart. ad d. *§. si prius.* At cum tractatur de obligatione actiua, in singularem successorem transferenda cessione necessaria est, vt diximus, *Tot. tit. de hered. vel act. vendit. infr. & Cod.*

VLP IANVS libro 12. ad Edictum.

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

Ad l. Nam posteaquam 9.

Huius legis initium iam explicauimus ad l. *non erit 5. §. dato iure iurando & ad l. 7. supr.* Neque alia hic dubitandi vel decidendi ratio occurrit, aut quicquam aliud monendum, nisi quod iam docuimus, ad d. *l. 7.* malè Accursium in hac quoque lege verba illa, *denegatur actio*, sic explicare ac si scriptum esset, *exceptione repellitur.* Aliud enim est denegari actionem, aliud verò dari exceptionem, per quam

actio elidatur, vt explicauimus. Veriusque est denegari actionem hoc casu à Prætorè, quia nec vlla competit ipso iure, si modò sciat prætor iurifurandum præstitum fuisse (fieri enim facile potest, vt ei obrepatur,) aut vt de eo ambigatur, vt hæc lex ait cum iurandum sit species quædam nouationis & delegationis, & quidem voluntariæ, l. *qui iurasse 26. §. vlt. vbi dicemus & ad l. eum qui 30. in princip. infr. vt lex ait.*

Iure iurando dato, vel remisso, reus quidem acquirit exceptionem sibi, aliusque actor verò actionem acquirit, in qua hoc solum queritur, an iurauerit dari sibi oportere: vel, cum iurare paratus esset, iurandum ei remissum sit.

Ad §. 1. Iure iurando dato.

Hunc quoque §. iam tractauimus ad l. *5. §. dato supr.* Eadem enim ferè loci vtriusque sententia est, eadèque admittit dubitandi, & decidendi rationes, nisi quod ibi agitur de iure iurando præstito duntaxat, hic etiam de remisso, cuius tamen eadem in omnibus causa est, quæ præstiti cum iurandum ritè, rectèque delatum si remissum sit, pro præstito habeatur, & similiter quod iuratum est, pro probato l. *sed si possessori 11. §. vlt. infr.* Ergo si reus ille sit, qui vel ex delatione iurauit, vel cum iurare paratus esset, remisso iure iurando pro eo habetur, ac si iurasset, dicendum est, acquirere illum sibi exceptionem, si verò actor sit, acquirere sibi actionem in l. *in duobus 28. §. vlt. infr.* In qua actione hoc solum querendum est, an iurauerit dari sibi oportere, an verò cum iurare paratus esset, iurandum ei remissum sit. Non enim difficilior est, vt ex iure iurando detur actori actio in factum ad exemplum actionis, quæ ex iudicato nascitur l. *actori 8. C. de hoc tit.* aut actio ex eo contractu de quo iuratum est, vt in l. *si duo 13. §. si qui iurauerit infr. eod.* quàm vt reo acquiratur exceptio, sicut & ex iudicato nascitur tam actio in factum quàm exceptio rei iudicatæ. Quo exemplo etiam exceptionem quæ ex iure iurando nascitur, vocamus exceptionem iurifurandi, quamuis actio iurifurandi, quæ speciale hoc nomen habeat, nulla sit, nec minus exceptiones in factum esse possint quàm actiones. Caue tamen, ne ex hoc §.

inferas actionem priorem non perimi ipso iure, ob id solum quod iuranti reo detur exceptio. Non enim datur hæc exceptio, nisi cum ambigitur, an iuratum sit, aut an ritè iuratum: Alioqui denegat prætor actionem, quasi peremptam per nouationem & delegationem illã quæ ex iure iurando inducitur, vt scriptum est initio huius legis, *iunct. l. qui iurasse 26. §. vltim. infr.* Quamquam facile fieri potest vt actor obrepat prætori petatque ab eo actionem & impetret tacito iure iurando, & ad hunc casum aptari cõmodè possunt loci omnes in quibus tractatur de prima actione ab actore post iurandum instituta vel de exceptione per reū opposita actori: & quibus abuti solent nostri vt probent nõ fieri nouationem per iurandum.

2 *Sibi aliusque.* Placet valde quod Accursius mauiat, aliorum nomine intelligere fideiussores, quibus proculdubio prodest fideiussoris iurandū, si modò de ipso contractu & de reagatur, non de persona quæ iurauit, l. *in duobus 28. §. 1. infr. hoc tit.* Siue dicas iurandum hoc solutionis loco cedere, vt in d. *§. 1.* siue pactiois: nam & pactum rei prodest fideiussori, si modò in rem fuerit, non in personam, l. *& heredi 21. §. vlt. & legib. seq. supr. de pact.* Nam de iurantis successoribus, vniuersalibus, ne hoc verbū intelligi cõmodè possit, quãuis iis quoque iurandū proficiat, illud facit quod non alij esse videntur, qui eadem cum defuncto persona censentur Nouell. *48. de iure iur. à morient. præst. in princip.* Cùmque iurandum, de quo hic agimus, habeat vim pacti

d. l. 2. *supr. l. qui iurasse* 26. §. vlt. *l. tutor* 35. §. 1. *infr. hoc tit.* consequens est, vt quemadmodum quisquis pacificetur, non tantum sibi sed etiam suis heredibus pa-

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

Ad §. 2. Si damnetur quis.

Potest hic §. habere sensum duplicem: Vnum hunc, vt sententia post iurandum reddita, pro eo qui iurauit, perinde famosum & infamem faciat eum, qui ex famoso iudicio cōdēnatus est, ac si per veras non fictas probationes cōdēnatus esset: Alterum illū, vt sententia contra eum lata qui ex aduersarij delatione iurauerat se non deliquisse, nō eo minus famosum efficiat cōdēnatum. Nascitur autem duplex hęc interpretatio ex iis verbis, *si damnatur quis post iurandum*. Possunt enim intelligi de iurando præstito aut se aut ab aduersario. Prior interpretatio supponit iurandum præstitū ab aduersario cōdēnati: Posterior autē à cōdēnato ipso. Prior ponit cōdēnatum fuisse illum contra quē iuratum est: Posterior verd cōdēnatum esse illum ipsum, qui iurauit. Interpretes vtramq. sententiam probant. Sed Jacob. Cuiacius primam, ad Paulū in *l. eum qui* 30. *infr.* dummodō, inquit, cōdēnatio secuta sit ex famoso iudicio nō ex actione illa in factum quam iurandum parit. Ad primam, ratio dubitandi non tam illa placet quæ à nostris adfertur, quōd in criminalib. probationes luce clariore esse debeant, (iurandum enim probatio est, nō ficta vt putant, sed vera non minus quam si facta esset per illius confessionem qui iurandum deculit) quam quōd is qui post præstitum ab aduersario iurandum cōdēnatus est, per iurandum prius, & potius quam per sententiam cōdēnatus fuisse videatur, sententia autem illa sit, quæ infamiam irrogat cōdēnato non crimen solum, non iurandum *l. infamem* 7. *infr. de public. iudic.* Sed ratio decidēdi est, quia si iurandum habeat vim rei iudicatæ, exinde per sententiam cōdēnatus videtur is, contra quem iuratum est. Quidni ergo famosus fiet ex iudicio famoso, siue aliqua sententia sequatur iurandum siue nulla? Causa namque semper inspici debet, quæ est famosa, quod si probationis tantum vim habeat, quod necessariō dicendum est, cum aliqua sequitur sententia (nec enim duplex sententia in vno eodēque iudicio locum habere potest *leg. singulis* 6. *infr. de except. rei iudic.* & iurandum non tam ad hoc tendit vt finiatur instantia quomodo sententia quam vt finiatur probatio vt Bartolus ad hunc §. non in subtiliter ratiocinatur) nō eo minus sententia debet infamare, quod probatū sit crimen per iurandum actoris, siue quōd non alia certior probatio querenda sit, quam quæ sit per iurandum *l. eum qui* 30. *infr.* siue quod quemamodū post iurandum præstitū nō de alio queritur, quam vtrū iuratum sit §. *prox. supr.* Ita & post latam sententiam illud duntaxat inspiciendum est, an lata sit sententia & an ex causa famosa quæ etiā in priuato iudicio infamiam cōdēnato irrogaret si nō à sententia pronocatum sit *l. furti* 6. §. 1. *supr. de his qui not. infam. d. l. infamem.* Quemadmodū è cōtrario si quis iudicio famoso cōuentus sit, satis ei erit ad euitandā notam infamiam, quōd iurauerit se non deliquisse, cum eodem modo suā innocentiam iure iurando adprobauerit *d. l. furti* §. *sed est iure iurando.* Poterat quidem videri agendum mitius cū eo, qui ex aduersarij iure iurando cōdēnatus esset famoso iudicio, quāsi abundē suffi-

cisci intelligatur, *l. si patū* 9. *infr. de probat.* Ita & quisquis iurat, non minus heredibus suis, quam sibi ipsi iurasse videatur.

ceret exonerari petitem necessitate probandi *d. l. eum qui*. Sed vt benè Castrensis respōdet, alia est pœna negationis de qua eo loco agitur & quā non potest incurere is qui deserendo iurandum fateri potius intelligitur, alia verd pœna infamiam de qua agimus, & quam incurrit etiā ille qui confitetur. Nec ad rem pertinet, quod actio in factum quæ ex iure iurando nascitur, non est per se famosa. Fit enim famosa, cum actio de qua iuratum, est famosa fuit. Et quamuis iurandum nouet actionem præcedentē *l. qui iurasse* 26. §. vlt. nō tamen delet infamiam quæ retinet causam quæ famosa est, retinet enim qualitates omnes primordiales præcedentis actionis vt dicemus ad *l. eū qui* 30. *infr.* quod Cuiacius supra dicto loco nō videtur benè percepisse. Ad secundā verd interpretationē dubitandi ratio illa est, quōd iurandum habeatur & pro sententiā, & pro veritate, vt proinde non possit non iniusta valde esse sententia, quæ cōdēnata eum qui iure iurando suo innocentiam suam adprobauerit. *arg. d. §. sed est iure iurando.* Tantum abest vt is, qui quamuis innocens cōdēnatus perperam fuit, infamia quoque notari debeat. Sed decidēdi ratio fortior ea est, quōd licet in quibusdam maiorem vim habeat iurandum quam res iudicata vt diximus ad *l. 2. supr.* hac parte tamen plus potest res iudicata, quam iurandum vt hic tractat. Accursius, quia publicè interest res iudicatas effectum fortiori *l. seruo* 65. §. cum Prator *infr. ad §. C. Treb. l. si fundus* 16. §. *si pluri* *infr. De pignor.* At iurandum haberi pro veritate, & pro re iudicata interest tantum priuati & eius qui iurauit, quoniam ex priuata litigantium conuentione proficiscitur *leg. iurandum quod* 17. *leg. qui iurasse* 26. §. vltim. *leg. tutor* 35. §. 1. *infr. hoc tit.* Ergo quamuis sententia contra sententiam lata non valeat *leg. 1. Cod. quand. pronoc. non est necess.* iurandum tamen per sententiam subsequenter tolli potest, valētq. sententia contra præcedens iurandum reddita ad eō vt transeat in vim rei iudicatæ si ab ea non fuerit appellatum. Nā si appellatur vix est vt possit defendi sententia contra iurandum lata, ex quo fequitur potius absolutio debeat *l. iurandum & ad pecunias* 34. §. vltim. *infr. hoc tit.* Sic dicimus, si quis post transactionem cōdēnatus nihilominus fuerit, dolo quidem id fert, sed tamen sententiam valere *leg. eleganter* 23. §. *si quis post* *infr. de condit. indeb.* Quidni enim bona comparatio sit cum iurandum habeat etiam vim transactionis? *d. l. 2. supr.* Sed & valeret sententia post sententiā si non esset opposita exceptio prioris rei iudicatæ *cap. inter monasterium extr. de re iudic.* quippe quā cum sit facti supplere iudex per se nec potest nec debet, sed ea tantum quæ sunt meri iuris *Tit. C. vt qua defunt aduoc. part. iud. suppl.* Et certē si quis hanc secundam interpretationē probare malit, quam video & Zasius & aliis plerisque magis placuisse, ponendum necessariō est cum Accursio fuisse omissam siue per errorem, siue consulto exceptionem iurandi, qua nimirum allegata fieri vtiq. vix potest vt tam fatuus iudex quis reperatur, qui eum, qui ritē iurauerit, cōdēnare velit. Quamquam et si tam fatuus sit is, qui iurauit, vt nolit aut neciat iurisu-

iurandi exceptionem obicere, fatendum est sententiam non eo minus validam *argum. dict. §. si quis post.* Non ergo maioris hac parte potestatis est sententia quam iurandum, cum nulla opposita exceptio est, veriusque est quod Castrensis concludit, exceptionem rei iudicatæ, iurandi, & transactionis, à pari procedere. Sed si opposita sit exceptio rei iudicatæ aut iurandi, aut transactionis, eo nimirum casu plus poterit res iudicata contra iurandum, vel transactionem, quam contra rem iudicatam, quia valebit sententia vt diximus etiam contra iurandum vel transactionem reddita *d. §. si quis post* non etiam contra rem iudicatam *d. l. 1. C. quand. pronoc. non est necess.* Carterum an valeat processus si exceptio iurandi opposita sit siue tanquam exceptio litis finitæ ante contestationem, siue post litem contestatam quasi peremptoria, alia quæstio est à Castrensi quidem nec indiligenter nec malè hic tractata, sed ad huius §. sententiā parum pertinēs, sienti nec illa valde ad rem facit, quam ex professō tractat Bartolus hic, an sententia contra aliam sententiam lata valeat. In qua placet plerisque distinctio, quam ille adfert, an secunda sententia feratur in eadem instantia, an in alia, vt si in eadem, non valeat siue se, unda sit ab-

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

Ad §. 3. Si is qui temporari.

RAT. DVB. Actiones temporales non perpetuantur nisi contestatione *l. 1. §. vlt. l. 3. supr. de ser. l. vlt. C. de prescrip. 30. vel. 40. annor.* Atqui iurandi delatio non est litis contestatio, maximè verd si iurandum ex conuentione & extra iudicium deferatur. nam & de huiusmodi iure iurando loqui hunc §. magis communiter placuit, & rectè, quamuis non æquè de iure iurando promissorio siue affectorio. Igitur temporales actiones per iurandum perpetuari non possunt. D. e. C. Iurandum siue voluntarium siue iudiciale per quod deciduntur cōtrouersie licet non sit propriè litis cōtestatio, attamen contestationis vim & speciem quandam continet, vt hic §. probat omnium optimè, aut vt melius dicam succedit in locum litis contestatæ quomodo loquitur Paulus in *l. sed est* 28. §. *ex quibus supr. de iudic.* Nempè quia si non iuraretur, & eodem modo non expediretur, contestatio faciendā necessario esset vt ad sententiam perueniri posset adeoque ad iudicium dationem. Nec enim iudices dabantur olim à prætoribus, nisi post litem contestatam. Ideoq. dicitur iurandum habere instar iudicij sicut & nouationis & delegationis *l. qui iurasse* 26. §. vlt. *infr.* Delegatio autem fit etiam per contestationem *l. delegare* 11. §. 1. *l. aliam* 29. *infr. de nouat.* Ergo si quis actori detulerit iurandum, vt iurem dare oportere ex actione quæ erat temporalis si que iurauerit, non liberabitur debitor tempore sed actio per-

petuabitur quasi per contestationem. E contrario igitur si qualis actio proponatur quæ per contestationem perpetuari non possit, qualis est actio de dolo *l. vltim. Cod. de dolo*, dicendum erit nec per iurandum eam perpetuatum ita, vt benè Accursius ratiocinatur subiiciens, aliud esse in actione in factum quæ dari solet in subsidium & locum actionis de dolo. Ea namque perpetuatur vt cetera, cum non sit famosa. *l. si superflue* 5. *ead. l. non debet* 11. §. 1. *supr. eod. ill. tit.* Actioni de dolo similis est restitutio in integrum quam voluit Iustinianus finiri quadriennio continuo ex eo tempore numerando ex quo annus utilis incipiebat olim currere *l. vltim. C. de tempor. in integ. restit.* nec tantum ad interponendam contestationem sed etiam ad finiendam litem vt habent verba constitutionis. Dices tempus non esse modum tollendæ aut inducendæ obligationis *l. obligationū* serē 44. §. *placet, de oblig. & act.* Frustra ergo queri, an actio tempore pereat. Sed ad actiones illas hoc pertinet, quæ sui natura sunt perpetuæ vt ciuiles omnes & pleræq. honorariæ de quibus in *l. in honorariis* 35. *ead. tit.* quas tamen etiam triginta annis tolli & perimi posse Imperatores posteriores voluerunt *l. 3. & 4. C. de prescrip. 30. vel. 40. annor. & Tit. de perpetuis & tempor. action.* Sed quæ hinc natura & ab initio sunt temporales, vltra tempus, quod eis exercendis præstitutum est, quales sunt redhibitoria de dolo & alia multa honorariæ, non possunt viuere.

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

Ad §. 4. Si minor.

R A T I O N E S. Quoties ex delatione iuratum est, nihil aliud querendum superest, nisi an iuratum sit l. 5. §. dato supr. & in principio huius legis l. sed si possessori 11 §. vltim. leg. tutor 35. §. 1. infr. eod. tanquam decisa per iurandum non minus quam per sententiam aut transactionem controuersia l. 1. & 2. supr. l. post rem iudicatam 56. infr. De re iudic. ita ut nec de periurio queri vllō prættextu possit l. 1. C. hoc tit. l. vlt. infr. tit. prox. Ergo si ex delatione per minorem facta siue in iudicio siue extrajudicium iuratum sit, non eo magis restituendus est minor in integrum & adiuuandus per replicationem aduersus exceptionem iurifurandi, præsertim cum minore quoque iurandum deferente non minus iurare aut referre cogendus sit aduersarius quam si maior detulisset, ne aliqui deterioris conditionis sint minores quam maiores, si hoc modo suas decidere ac terminare prohibeantur, quod iniuriam esset leg. quod si minor 24. §. non semper supr. de minor. Atqui si minoris aduersarius conscientia forte motus iurare ipse noluisse, sed iurandum iurare minori voluisset, minor autem iurasset, atque ita vicisset, nullam hodie de sua delatione conquerendi & in integrum restitutionem petendi causam haberet, quippe qui per aduersarii relationem iudex in causa sua constitutus victorem se effecisset l. iurandum & ad pecunias 34. §. vltim. infr. hoc tit. Ergo etiam si victus fuerit aduersario iurante cui detulerat, non eo magis in integrum restitui debet tanquam læsus, quia nemo audiendus est id perens cuius contrarium non fuerat in contrarium euentum postulaturus l. pen. C. de salute l. si pater puella 12. C. de inoff. testam. l. de fideicommissa 11. C. de transact. Non potuisset autem iurandum referri minori, & minor ex ea relatione vincere nisi delatio præcessisset. In integrum autem restitutiones minorum non ex euentu æstimandæ sunt, sicut nec ceteræ, sed ex initio & ex eo quod potuit euenire l. 3. §. scio in fin. l. verum 11. §. item non restitueretur & §. si locupletis supr. de minor. Nec ad rem pertinere videtur, quod minor ab initio læsus dici possit ex iurifurandi delatione si eo tempore alias probationes habuit, ex quibus vincere tutius potuisset vt in d. l. tutor pupilli 35. infr. hoc tit. Nam imò verò ob hoc ipsum tanto minus videtur audiendus si post præstitum ab aduersario iurandum restitui velit in integrum, cum ex ea restitutione futurum sit, vt nouis allatis probationibus periurium detegatur quod ne eueniat, summopere cauendum est, nec damni quod minor incurrit quodque non nisi pecuniarium est, tanta ratio videtur habenda esse, quanta honoris, & existimationis illius qui iurauit arg. l. cum pater 77. §. cum existimaret in fin. infr. de legat. 2. Præter id quod esset etiam multo melius non esse detectum periurium, quam vbi detectum est manere illud impunitum, idè q. dicimus de periurio queri non solere d. l. vlt. infr. tit. prox. quia nec de puniendo eo tractari quicquam potest l. 2. C. hoc tit. Dicitur quicquid cum minore gestum est, si ex eo minor læsus sit siue dolo aduersarii siue sua nimia facilitate, rescindendum est per in integrum restitutionem, vt minor in damnis seruetur l. l. iurprator 7. in princ. & pass. tot. tit. supr. de minor. siue minor curatorem habeat etiam cuius auctoritas in eo negotio interuenierit siue non l. 1. & 2. C. si sit. vel curat. interuen. Atqui minor qui aduersario iurandum deserit siue in

iudicio, siue extra iudicium gerit aliquod negotium, cum iurandum illud susceptum & præstitum habeat vim pacti cuiusdam conuenti l. 2. supr. d. l. tutor. §. 1. infr. hoc tit. Merito igitur placuit aduersus delationem huiusmodi si ex ea iurauerit aduersarius, & minor victus sit, restitui minorem posse: At non absolute & omnimodo ex hoc solo, quod minor sit, vt credidisse videbatur Pomponius, quem Vlpianus hic refert, quamquam nec in iure tam certo errasse Pomponium probabile est, sed ita demum si captus, id est, læsum se probet ex sua delatione. Non enim subuenitur passim minoribus, per restitutionem in integrum, sed ita demum si capti & læsi non modo dicantur, sed etiam probentur d. l. 1. d. l. quod si minor. §. non semper d. l. verum 11. §. sciendum est autem leg. non omnia 44. & pass. supr. de minor. Nec videri potest minor circumscriptus qui vltus est iure communi leg. vlt. C. de in integr. restit. minor. aut qui id fecit quod alius quilibet etiã maior annis viginti quinque facere potuisset, & debuisset l. minor se in id 48. §. vlt. supr. de minor. Ergo ita demum poterit restitui minor qui aduersario iurandum siue conuentionale siue iudiciale detulit, si ex ea delatione aduersarius iurauerit, & consequenter vicerit. Nec enim sola iurifurandi delatio minori damnum vllam adfert quandiu iuratum non est, cum è contrario possit delatio ei prodesse si forte malit aduersarius referre, quam iurare, neque rursus exceptio delati iurifurandi vlla est, sed tantum præstiti aut remissi. Præstito autem vel remisso iureiurando, quod minor detulerat, nec aliter captus, & læsus minor fuisse intelligitur, quam si alias probationes habeat quibus causam suam iustuere, & ita ius suum in tuto collocare possit, alioqui non habet quod conqueratur si id fecerit, quod etiam tutor pupilli facere ipse nomine debuisset, nam si tutor pupilli omnibus aliis probationibus deficientibus, iurandum deserat, utiq. audiendus est, cum iurandum ex ea delatione præstitum pupillo quando cunq. agenti obstatum sit d. l. tutor pupilli. Quid enim aliud, aut melius facere possit tutor qui videat etiam nullo delato iureiurando in ea causa pupillum esse vt defectu probationum omnium certum sit iamiam cõdemnatum eum iri? Cur non tentare debeat potius an per iurifurandi delationem possit extorquere relationem, & per relationem vincere? Porro quicquid tutor nomine pupilli sui facere potest, id ipsum potest minor suo nomine facere ac citra spem restitutionis si tale sit in quo nec pupillo aduersus id quod a tutore gestum esset dari restitutio deberet. Nec enim restitutio puberis favorabilior aut plenior potest esse quam impuberis. Idq. aded verum est, vt nec aliud admittendum putet, tærti aliqua forte probationes post iurandum præstitum supervenerint minori, qui delationis tempore nullas habuerat. Nullus enim hac parte minoris fauor esse potest, qui iurandum detulit non expectatis probationibus, quas nec sperare tum potuisset, præsertim si iam tum vel in iure vel apud iudicem vrgebatur, vt intentionem suam vel tum probare vel vinci cogetur. Excipio casum illum quo etiam maior post præstitum iurandum audiendus esset nouas adferens probationes vt in specie leg. admonendi 31. infr. hoc tit. Sed si alias probationes minor habuit ex quibus certam propemodum victoriam sperare poterit, dubitari non potest, quin læsus sit, & hoc ipso restituendus si iurandum deserere maluerit atq. ita victus sit. Quid enim periculosius quam

aduersa

aduersarium suum in causa propria iudicem constitueret: quod tamen fit ab eo qui iurandum deserit l. 1. infr. quæst. ver. act. non det. Nec sanè maior quifquam prudens ac benè consultus id faceret, vt iuris sui aleam mallet accipi per iurandum aduersarii committere, quam certiorum litis victoriam ex certis probationibus sibi parare. Minor igitur hoc casu restituendus est d. l. 48. §. vlt. de minor. Et quamuis hoc etiam casu potuerit euenire vt minor qui iurandum detulit ex relatione vinceret, minus tamen sperandum id fuit quam vt ex delatione vinceretur, cum faciliores vulgo sint homines, & à communiter accidentibus procliuiores ad iurandum quam ad referendum. Inspiciendum autem est ab initio id quod probabilius potest euenire dicit leg. verum 11. §. item si locupletis supr. de minor. Et quamuis minor victus sit non tam propter delatum, quam propter præstitum iurandum: Delatio tamen à minore facta, illa est, quæ damni causam attulit, cum non aliud iurandum præstari possit, quam quod delatum fuit: Vt proinde fateandum sit læsum fuisse minorem non eo tempore quo iurabatur, sed quo iurandum deserabatur, quamuis non nisi in casum præstiti postea iurifurandi: vt diximus, exemplo eius, quod scriptum est in l. si cui 18. infr. quæst. dies legat. ced. Ergo minori qui in delatione iurifurandi captus & læsus fuit necessaria est in integrum restitutio. In eo que Vlpianus reprehendit Pomponium, qui minori captum se dicenti dabat replicationem quasi sufficeret minori vt læsum se diceret si modo minorem se apud iudicem pedaneum probaret. Non quasi crediderit Pomponius, contra quam prudentibus ceteris omnibus visum sit minori succurrendum esse, tanquam minoris, etiam si læsus non sit, sed potius quæ fieri nequeat, vt non sit læsus minor hoc ipso quod iurandum aduersario detulit, si iuratum sit, cum non possit non vinci. Idque significant verba illa Pomponij & hoc ipso captus sit. Et sanè vix est vt non lædatur is qui aduersarium suum in causa propria iudicem constituit. Et verò lædatur quoties habet alias idoneas probationes, per quas certiorum potest sperare victoriam, nec tantum hoc casu qui tamen vltus tanquam singularis notatur ab Accursio ceterisque interpretibus, sed etiam si qua iusta exceptio potuit aduersarii intentionem elidere, cum minor ipse conueniret, aut si actore intentionem suam non probante minor qui etiam nihil præstando, tamen absolui deberet leg. 4. C. de edend. l. vlt. C. de rei vindic. auctori iurandum vltro detulerit, quem tamen poterat nulla quoque obiecta exceptione summouere tanquam aut nullo iure agentem, aut fortassis etiam sine actione. His ergo casibus & aliis si qui sunt similes quos non multo difficilior esset inuenire, quam querere, cum lædatur minor qui iurandum deserit si ex ea delatione iuratum fuerit, putabat Pomponius non esse illi necessariam restitutionem, sed posse illi sufficere replicationem aduersus exceptionem iurifurandi si contra eum ageret qui iurasset, itè que exceptionem si ab eo qui iurasset conueniret. Sed cum varij similiter casus sint in quibus fieri potest vt non sit læsus minor qui iurandum detulit tamen si aduersarius iurauerit, benè monet Vlpianus non ita indistinctè probandam esse Pomponij sententiam, nec semper dandam esse minori replicationem illam quam dabat Pomponius sed plerumque ipsum Prætorem debere cognoscere an capus sit minor, & sic, id est eo de-

Tom. II.

mum cognito in integrum eum restituere. Nec enim vti que, inquit, qui minor est, statim circumscriptum se docuit. Admittit ergo Vlpianus aliquo casu quod volebat Pomponius e sufficere replicationem aduersus exceptionem iurifurandi, sed vult tamen plerumque necessariam esse restitutionem de qua tamen Pomponius nihil dixerat. Nec est quod cum Accursio nostro ceterisque interpretibus pugnantibus istas Vlpiani & Pomponij sententias sic concilles vt dicas minori dandam esse replicationem, sed data illi prius in integrum restitutione. Nam quo casu dabis locum replicationi, necesse est excludi restitutionem in integrum. Et contra inducta necessitate petendæ restitutionis excludes replicationem. Ratio est quam non poterunt videre interpretes ignorantia eorum, quæ circa restitutionem in integrum minorum, & ea iudicia quæ iuris ordinarij habebant executionem iure vetere obseruabantur. De minorum restitutione in integrum solus cognoscebat Prætor, & in prouincijs Præfides vel Proconsules qui partibus Prætoris fungebantur, vt diximus ad d. l. 1. supr. de minor. idè q. ex edicto illo Prætoris de minoribus nulla propria actio vel cautio proficiscitur, sed eorum id pedit ex cognitione Prætoris d. l. quod si minor 24. §. vlt. l. Aemilius 4. eod. tit. At iudicia ordinarij per datos iudices & pedaneos expediebantur vsque ad l. 2. C. de pedan. In extraordinariis cognitionibus nullæ usurpabantur formulæ, nec proinde vilis actio aut exceptio, aut replicationi locus relinquebatur leg. actio 47. supr. de negot. gest. vbi dixi. Et tot. tit. C. de formul. & imper. act. sublat. At in ordinariis sicut actio à Prætoribus dabatur actori & formulata & exceptio reo quæ actionem si æquam esset emen daret. Itè que replicatio actori quæ exceptionem si opus esset corrigeret leg. in duobus 28. §. si ei qui infr. hoc tit. l. 2. 3. & pass. infr. de except. Proinde de replicationis, aut exceptionis veritate & æquitate, quam datus iudex nominatus in formula, qui tamen non poterat de in integrum restitutione minoris cognoscere quæ maiores vt dicimus iudices exigebat, vt de causa liberali scriptum est in leg. non distinguemus 32. §. de liberali supr. de recept. Qui arbit. recep. nec si in alia specie quæ per iudicem datum iure ordinario expediebatur, quæstio restitutionis incidisset. Hoc enim prius induxit Iustinianus in leg. vlt. in fin. C. vbi & apud quem cognit. in integr. restit. agit. sit vbi & aliis plerisque magistratibus qui antea de huiusmodi restitutione cognoscere non poterant cognitionem hanc dedit, sed Magistratibus non pedaneis iudicibus, nisi hæc etiam vt de ea incidenter cognoscerent. Quod ita accipiendum videtur, vt de ea pronunciare etiam possint, quamuis regulariter aliud sit in iis qui non nisi incidenter quæstionem aliquam ad se non pertinentem examinant l. 1. C. de ordin. iudic. Quoniam igitur casu dicemus cum Pomponio & Vlpiano posse minorem adiuuari per replicationem? Nimirum eo casu quo appareat & in confesso aut notorio sit læsum fuisse minorem, cum detulit iurandum, puta si probet apud iudicem datum eas se iam tum habuisse probationes ex quibus hanc dubiè potuerit vincere, & ad quas nihil penitus etiam respondere aduersarius possit. Nam si altioris indaginem & prolixioris tractatum ea res exigit, ad Prætorem necessario remittenda res est, quia & super restitutione in integrum antea pronunciantum est, vt Vlpianus noster significat his verbis sed plerumque ipsum Prætorem debere cognoscere at-

4

captus sit & sic in integrum restituere. Illa enim verba & sic non aliter à prudentibus nostris accipiuntur quam si scriberentur, atque ita ex ordine. Et notandum est, quod ita loquitur Vlpianus ut dicat ipsum prætor debere cognoscere ut significet cognitionem hanc adeo propriam esse Prætoris, ut illam exercere per se debeat nec sit in eius arbitrio & potestate iudici pedaneo eam committere. Prætori enim ea res cognoscenda & inquirenda concessa est, non negligenda aut alij committenda ut in simili noster idem Vlpianus loquitur in l. cum hi 8. §. si Prætor aditus sup. de transact. est species quæ ibi tractatur de cognitione transactionis alimentorum, huius nostræ dissimilis non est, quod cognitione de alimentorum transactione Diuus Marcus Prætori mandauit. Unde est quod nec mandare ex hac causa iurisdictionem suam Prætor potest d. l. cum hi in princip. & §. sed nec mandare ex regula leg. 1. sup. de offic. eius cui mandat. est iuris. Cognitionem verò de minorum restitutione Prætores ipsi sibi reseruarunt verbis illis editi, Vt ique res erit animaduertam d. leg. 1. de minor. l. 1. §. 4. §. duas infr. de damn. infect. id est quod mandare iurisdictionem suam ex hac causa possunt leg. solet 16. & seq. de iuris. sed iudicem pedaneum dare ea de re non possunt, quia iudex datus iurisdictionem nullam habet sed tantum iudicationem leg. ait Prætor §. infr. de re iudic. Nec illud quoque defendi potest, quod volunt interpretes posse cum replicatione coniungi restitutionem in integrum per modum contradictionis ut in l. Papinianus 8. §. si filius sup. de inoff. testam. Nam in querela inofficiosa testamenti de qua eo loco agitur, erant iidem iudices qui & in petitione hereditatis, nimirum centumviri. Erat enim utrumque iudicium Centumviorum ab initio, ut nos docuimus ad l. §. vlt. sup. de hered. petit. ex l. vlt. C. eod. ill. tit. licet immutatū illud postea fuerit, ut de hereditatis petitione etiam iudex pedaneus cognoscere & dari posset, quod nos respeximus cum negauimus de hereditatis petitione cognitionem Centumviorum fuisse ad d. §. si filius ex l. 1. C. d. ordin. iudic. secundum eam illius loci emendationem quam nos in Coniecturarum nostrarum libris attulimus, aliique quam plurimis iuris locis, in quibus mentionem fieri videas iudicis de hereditate & eius petitione cognoscentis: Eo namque nomine non alium significare prudentes solent, quam qui à Prætoribus vel à Præside datus sit. At restitutionis minorum alia semper ratio fuit. Nec enim de ea cognoscere alij potuerunt quam Prætores in vrbe & Præfecti vrbis ex appellatione, ut in d. l. Acmilus. Præfides verò in prouinciis ad legem vsque Iustinianæ quæ extat in d. l. vlt. C. vbi & apud quem cognit. in integr. restit. agit. sit. Ergo nec per modum contradictionis proponi potuisset, apud iudicem pedaneum qui de principali alia causa ordinaria cognoscendi & pronuntiandi ius habuisset, quamuis non negem posse hodie hoc fieri post d. l. vlt. in fin. Sed Pomponium, & Vlpianum ex eo iure, quod ipsorum temporibus obrinebat, explicamus, non ex eo quod nunc obtinet. Nam & moribus nostris passim admittitur rescindens & rescissorij iudicij cumulatio ut pragmatici loquuntur, quæ tamen ex iuris communis ratione admitti certe nunquam potest. Sed rescindens iudicium absoluti necesse est antequam ad rescissorium perueniatur l. in causa 13. §. 1. in illis verbis vel rescissa alienatione dato in rem iudicio sup. de minor. vbi dixi & in part. 1. Chiliadis nostra de error. pragmat. & interpret. iur. Eodemq; modo intelligen-

dum est, quod in hoc §. sequitur Prætoris exceptio ista siue cognitio. Non ut exceptio ista & cognitio sint idem quid & vnum, sed ut exceptio, id est ut bene Accursius explicat, replicatio (nā & replicationes omnes sunt exceptiones quædam secundariæ) referatur ad eum casum quo admittit Vlpianus ex Pomponij sententia replicationem locum esse posse, cognitio autem ad eum casum, quo velit Vlpianus non replicationi, sed restitutioni in integrum locum esse debere. Inter quos casus illa etiam differentia est, quod petita per cognitionem prætoriam restitutionem in integrum speciale mandatum requiritur si eam petere minor per procuratorem vellet quod opposita replicatione non requireretur, quoniam idem esset iudicium, eadēque instantia ut bene hic Castrensis notat, ex l. illud 25. §. vlt. & l. seq. sup. de minor. & ex notat. per Innoc. in cap. coram de in integr. restit.

Iusurandū detulerit. Intellige cum autoritate curatoris, si quæ habuit: Alioqui non valeret delatio, non magis, quam si à pupillo facta esset, cum minor curator habet æquiparetur pupillo quantum ad ea quæ ad bonorum administrationem pertinent ex l. si curator habens 3. C. de in integr. restit. minor. Si credimus interpretibus, contra quos tamen vide quæ scripsimus in Chiliade de error. pragmat. deced.

b Aduersus exceptionem iurifurandi. Ponit ergo Iurif. consultus egisse minorem ex prima sua actione quæ ante præstitū iusurandum ei cōpetebat, eo scilicet casu, quo non fuerit ipso iure sublata per iusurandum aut potius quo sit obreptum prætori impetrata actione tacito iurifurando, aut etiam minor aut quo non voluerit haberi eam pro sublata. Iusurandum enim habet speciem quandam nouationis & delegationis ut diximus ad l. ait Prætor 7. sup. ex l. qui iurasse 26. §. vlt. infr. scilicet cum hoc actū est: nam nec aliter fiebat iam olim nouatio l. 2. infr. de nouat. Nam si iusurandū modus est tollendæ obligationis etiam naturalis l. vlt. infr. eod. l. Stichum aut Pamphilum 95. §. naturalis de solut. multo magis obligationis civilis, ex qua nascitur actio l. licet 42. §. ea obligatio sup. de procurat. Quod si cum Castrensi poneret alium casum, quo sublata fuisset civilis obligatio & cōsequenter actio, puta si minor debitorem suum liberasset per acceptationem aut vscupta esset res mobilis & ita dominium rei suæ perdidisset, (nullo enim casu volunt nostri actionem pristina tolli per iusurandum ut dicemus ad d. l. qui iurasse 26. §. vlt.) non posset minor incipere à prima actione quæ amplius nulla esset sed petere in integrū restitutionem deberet, ut ei restitueretur actio quæ non iam directa ut antea sed vtilis dicenda esset & rescissoria & prætoriam, proindeque annalis tamen rei persecutoria. Ex reg. l. in honorariis 35. de oblig. & action. ut bene Castrensis notat: In qua restitutione de eo querendū & cognoscendum erit an læsus fuerit minor cum iusurandū detulisset, & iurifurando præstito debitorem suum per acceptationem liberauit, aut rem suam vscupta passus esset, neque separatim de exceptione aut replicatione vlla tractandum esset. Itaque non est hic casus, de quo egit Pomponius, & post eum Vlpianus.

b Statim & circumscriptū se docuit. RAT. DVB. Minor plerumque lesus præsumitur ita ut probatione onerandus sit potius is contra quem restitutio in integrū postulatur. Puta si minor in eo læsum se dicat, quod pecunia in rem eius versa non sit ut in l. prædiorum 10. l. si prædium 16. C. de præd. minor. Non est igitur probatio oneranda minor ut se non modò minorem docere debeat, de quo equidē non dubitatur

tur l. minor 32. l. de acce 43. sup. de minor. sed etiam circumscriptum. DE C. Generale est ut actor quilibet suam intentionem probare debeat, alioqui summo uendus sit etiam si aduersarius nihil præstet l. 4. C. de edend. l. actor 23. C. de probat. l. vlt. C. de rei vindic. Atqui minor qui petit restitutionem in integrum etiam per viam exceptionis & contradictionis actor est l. in exceptionibus 19. infr. de probat. Ergo minori incumbit onus probandi se, & minorem & læsum fuisse. Alia quæstio est, An pecunia in rem minoris versa sit. Probatio enim ei iniungitur, qui cum minore contraxit si contra legis prohibitionem & non seruatis solemnibus cōtraxerit nec adhibito curatore ut in d. l. prædiorum & d. l. si prædium. Secus si seruatis solemnibus, & authore curatore. Sed & si solutio facta sit curatoris ipsi, non cogitur disputare is, qui soluit an pecunia versa sit in rem minoris l. ait Prætor 7. §. sed est et sup. de minor. De quo videnda sunt quæ scripsimus in Codice nostro desin. 1. & 4. Si tunc vel curat. interuen. Separant nostri creditorem à cæteris, quasi causa eius durius esse debeat, ut probare semper teneatur veram esse pecuniam in rem minoris ex l. 1. C. si aduers. credit. Sed excipiendus tamen ille casus est, quo quis crediderit minori authore curatore, ut scripsi desin. 1. & 2. C. si aduers. credit. Subinde querunt de minore qui renunciauit appellationi aut passus est labi tempora ad appellandum præstituta, aut compromisit in arbitrum vel in arbitratores, an possit statim restitui in integrum an verò probandum habeat se bonam causam fouere, ut se læsum probet, quemadmodum in specie huius §. probare cogitur se alias probationes habuisse ut probet se læsum in delatione iurifurandi. Et Bartolus quidem variavit, sed eo iure utimur, ut minori quidem detur restitutio statim & sine causæ cognitione ad fines ut aiunt agendi aut appellandi, sed tamen non aliter vincat quam si bonam se causam habere probauerit, id est quod in finem iudicij differret pronuntiatio de iure & æquitate restitutionis. Idque certè multo æquius, & expeditius est, nec minus si compromissū sit in arbitros quam in arbitros iuris, licet Castrensis distinguat. Nam etiam si malam causam habens minor, nec satis idoneas probationes, potuit tamen vincere cōpromissio facta in arbitratores qui secundum suam conscientiam ferre sententiam potest, non eo minus tamen læsum intelligitur, qui auxilium iuris communis sibi ademit, id est quæ restitui statim & indistinctè potest quauis heri possit ut post impetratā restitutionem succumbat in lite: Sibi namque imputet qui restitutionem maluit impetrare, quam arbitri expectare sententiam aut arbitratoris, per quem vincere fortassis potuisset l. si minor 34. §. 1. vbi dixi sup. de minor. iunct. l. si dictum 56. §. si compromisso de iur. Quemadmodum enim non læditur minor qui iure communi vitur l. vlt. C. de in integr. restit. minor. l. inter eos 51. §. pen. infr. de fideiuss. Ita è cōtratio læditur, qui iuris communis auxilium sibi præcipit quale est appellationis l. 3. §. falsus procurator infr. rat. rem haber. Sibi autem præcipit qui in arbitrum compromittit, quia standum est sententiæ arbitri siue æqua sit siue iniqua l. diem proferre 27. §. stat. sup. de recept. qui arbit. recep. l. 1. C. eod. licet moribus nostris magno republicæ malo permilla sit appellatio & petitio reductionis ad arbitrium boni viri ex iuris canonici ut vocant æquitate Can. iudic. 2. quæst. 6. cap. 2. & cap. exposita de arbitr. cap. causam Extr. de elect. Quod iure civili nūquam permittitur nisi per oppositam exceptionem doli in singulari casu l. non di-

singuemus 32. §. cum quidam sup. de recept. qui arbit. recep. Est autem tãto absurdus quod volunt interpretes minores non aliter posse restitui ad appellandum, aut aduersus cōpromissum quam si probet se iustam appellandi aut non cōpromittendi causam habuisse, quod volunt probationes in hac rem factas prodesse in principali negotio non debere. Sic enim Castrenf. post alios, quia inquit, probationes istæ ad alium finem producuntur. Ex cap. veniens Extr. de restit. Atque ita duplici incommodo & dispendio minorem afficiunt, quod iniquum est. Aliud esset si summariam illā cognitionem quam ex gūt ad dandā minorū restitutionem ex sola actorū & instrumentorum inspectione perfici sufficeret, nullis allatis nouis probationibus. Posset enim id fieri commodè ac sine sumptu. Sed cum iudicium nullū sit aded summarium, nullaque cognitio tã summaria ut non sit necesse fieri quicquid sit vocatis omnibus qui ex eo actu hæc possent l. de vnoquoque 47. infr. de re iudic. l. nō ita 39. sup. de adopt. apparet nouas probationes quas nostris à minore exigunt non sine magno ipsius incommodo sumptu que fieri posse, quæ nihil ei in principali negotio sint profutura, ut ei actum iterū agere sit necesse. Cur ergo, in quies, causæ cognitionem requirit Vlpianus, si velit minor in integrū restitui aduersus delationem iurifurandi? An non etiā appellationis auxilium sibi præcipit is, qui aduersario iusurandū deserit, cum ex sua velut cōfessione ac voluntate condemnatur? Eoque sanè videtur respexisse Pomponius cum minori succurrendū esse dixit per replicationem solam, nulla restitutionis facta mentione, quod nec Vlpianus negat in quibusdā casibus sequendū esse. Sed addit tamen, quod Pomponius prætermiserat, plerūque Prætorē ipsum debere cognoscere an minor captus sit. Non quasi in dubio non sit præsumendus captus & læsus, hoc ipso quod aduersarium in causā sua iudicē constituerit (in eo namque videtur Vlpianus cum Pomponio sentire. Alioqui non plerūque, sed semper & omni casu cognoscere Prætor debet, cum nūquā possit ei subueniri tanquā minori si non & læsus sit.) Sed vt intelligamus non ob id solum quod quis minor se docuit, videri etiam docuisse se captū ut prohibendus sit aduersarius probare contrariū. Est enim hæc tantum præsumptio iuris qua Pomponius nitetur, vt minor qui iusurandum detulisset, hoc ipso quod probatur minor fuisse delationis tempore pro capto quoque habeatur. Sed quæ tamen non tanta probatio est vt non admittat probationem in cōtrarium, si forte is qui ex minoris delatione iurauit alleget vel itque probare non fuisse læsum minorem, sed se non minus ex veritate, quam ex delatione iurasse? An non necessaria est hoc casu prætoriam cognitionem si minor perseueret dicere se & minorem, & læsum fuisse? Debet quidē minor docere se captum & læsum esse, sed tamen docet aliquando sola iuris præsumptione nisi aduersarius probet contrariū ut in d. l. prædiorum & d. l. si prædium. Aliquando verò probare cogitur, idque quoties præsumptio nulla est quæ pro eo virgeat contra aduersarium, & eo casu si probauerit haud dubiè vincit. Sic dicimus dotem quæ in prius matrimonium data est non aliter videri cōuersam in posterius quam si id actū fuerit ut Paulus loquitur in l. notè 30. infr. de iur. dot. sed tamen dum hoc agi semper interpretemur nisi probetur aliud cōuenisse, ut ibidē subicitur. Similiter & minor qui se captū dicit in delatione iurifurandi, docere quidem debet se captum fuisse, sed docet tamē satis sola præsumptione iuris

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

C. Præterea exceptio ista sine cognitio. RAT. DVB. Quæ sunt ad agendum temporalia sunt perpetua ad excipiendum *l. purè 5. §. vlt. inf. de doli mali except. l. petente 6. C. de tēpor. in integr. rest. l. licet 5. C. de except.* Ergo quāuis restitutio in integrū ex capite minoris ætatis sit petenda intra annū vtilem si ius vetus inspiciatur, aut intra quadrienniū continuū ab eo die numerā dum quo incipiebat olim annus vtilis currere post Iustiani constitutionē in *l. vlt. C. de tempor. in integr. rest. si tamē petatur per viā exceptionis, debet esse perpetua. D. c.* Non potest aut perpetua esse aut tempore finiri exceptio quæ nūquā nata est. Prius enim debet quid habere initiū quā ut finē habere possit vel debeat. *Titio vsufructus 96. de condic. & demōstr. l. non potest videri 208. de regul. iur.* At qui non potest nasci exceptio, aut replicatio, ante quā actio proposita sit, quāuis nasci speretur. Merito igitur Vlpianus hīc scribit siue per modum exceptionis id est replicationis siue per viā cognitionis prætoris velit minor iusurandū ex delatione sua præstitū improbare: neutriū ei post præstitū tempus elapsum permitti debere, quasi non tam extincta, finitā que exceptione quā nūquam nata, vt non insubtiliter Bartolus & Castrensis tractant. At non meliūs quā Accursius, qui bene distinguit inter exceptionē & replicationē, vt exceptiones quidem sint perpetuæ, at replicationes non itē, quia cū sint exceptiones ex parte actoris in cuius potestate fuit quando ageret, nō maior in iis ratio sit cur non finiantur tēpore quā in actionibus *d. l. petenda l. questū 30. §. in dolo*

5 ¶ Sed & si quis in fraudem creditorum iusurandum detulit debitori: aduersus exceptionē iusurandi, replicatio fraudis creditoribus debet dari. Præter à si fraudator detulerit iusurandum creditori, vt iuret sibi decem dari oportere: mox, bonis eius venditis, experiri volet: aut denegari debet actio, aut exceptio opponitur fraudatorum creditorum.

Ad §. 5. Sed & si quis.

RAT. DVB. Exceptio iusurandi non potest habere locum, nec proinde aduersus eam replicatio nisi in ea ipsa actione in qua iuratum est. Nec enim iusurandum de actione aut re aliqua præstitum ad alias res aut actiones extendi potest nō magis quā ad alias personas *l. ait Prator 7. sup. & §. vlt. huius l. cum l. seq. l. de rebus 14. inf. rer. amot. sicuti nec pactum l. si vnus 27. §. pacta que turpem vers. ante omnia sup. de pact. nec res iudicata l. cum quaritur 12. & seq. inf. de re iudic.* At qui ponimus in actione directa quæ debitori aduersus debitores, eius directo competebar iuratum fuisse nihil deberi. Actio autem quæ huius debitoris creditoribus competit aduersus ipsius debitores non alia esse potest quā vtilis, cū detur tanquam obligatis prætorio pignore nominibus per missionem in possessionem rei seruandæ causa factam in bona omnia debitoris, & consequenter in nomina, quæ bonorū quoque appellatione continentur. *l. bonorum 49. de verb. signific. acti conuentione generali bona omnia debitoris pignori data proponerentur quo casu haberet creditor non directam sed vtilem actionem in nomen debitoris l. nomen 4. C. qua res pignori oblig. poss. l. si conuenerit. 18. inf. de pignor. act. sicut & emptor nominis l. 5. l. postquam 7. & seq. C. de hered. vel act. vendit.* Ergo creditoribus hac vtili actione agentibus aduersus debitorem de-

*inf. de pecul. (etsi locus ille de replicatione doli non est vt vulgo putant, sed de actione de dolo domini, quæ inferi solet actioni de peculio leg. in bona 36. eod. tit. vt bene Cutac. docuit ad l. 17. sup. de dolo) l. nec non 28. §. exemplo vbi dixi sup. ex quib. caus. maior. & ad l. i. cuius 31. eod. tit. quāuis alioquin, cū actio perpetua est, etiā doli replicationes sint non minū perpetuæ quā exceptiones l. si pactū 6. C. de except. Et tamen in specie huius §. vt Castrensis argumentatur, si actor minore iusurandū deferente iurasset, minorem sibi debere, & contentus minor vellet excipere de minori ætate, & latione nō esset ei permittendū extra tempus petendæ restitutioni præstitū. Effet enim exceptio ista rescissoria vt iā dicam, & restitutoria exemplo actionis vti proinde intra idē tēpore proponi deberet, quoties daretur nō possessori *arg. d. §. exemplo.* Nec vnquā est actio perpetua domino, nisi cū nactus est possessionē rei suæ ab alio vlcupte si eā postea amiserit *l. si is cuius 31. eod. ill. tit. nec proinde exceptio, nisi cū possidet.* Non displicet etiam quod Castrensis tradit eas exceptiones nō esse perpetuas quæ de ea re sunt de qua etiam actio cōpetere potuisset, sed eodē tēpore finiri quo actio ipsa finiretur, vt cernere est in exceptione nō numeratæ pecuniæ *l. in contractibus 14. & l. vlt. C. de non numer. pecun.* Eiusmodi est exceptio de qua in hoc §. nec obstat, quod exceptio doli sit perpetua cū actio de dolo sit annua iure vetere, hodie verò biennis, Doli enim exceptio cōpetit etiā ei qui doli passus nō est *l. 2. §. plane de doli mal. except. ac proinde qui de dolo agebat ipse vltro nō posset, præter id quod aliquādo doli nullus est actoris nisi tūc cū incipit agere vt in l. 2. §. circa eod. tit.**

bitoris, nō potest opponi exceptio iusurandi aduersus debitore ipsum in actione directa præstiti, cū & alia sit actio, & alia agentis persona: Nec proinde creditoribus aduersus hanc iusurandi exceptionem necessaria vel vtilis videri potest replicatio doli mali. **D. c.** Actiones directæ & vtilis licet diuersæ sint speciei, tūm quoque cū de eadem re competunt, eiusdem tamen potestatis sunt eundēque habent effectum *l. actio 47. sup. de negot. gest. nempe cū aduersus eandem personam exercentur.* Nec possunt creditores tui habere plus iuris ex tua persona contra debitores tuos, quā tu ipse habeas *l. nemo plus iuris 54. de regul. iur.* At qui noceret tibi exceptio iusurandi si contra aliquem ex tuis debitoribus experireris qui te deferente iurasset nihil tibi deberi. Ergo & creditoribus tuis eadem exceptio iusurandi nocere debet. Quod tamen quoniam iniquū est, cū in fraudē creditorū tale iusurandū, & à debitore delatum sit, & susceptum ab eius debitoribus, quos ponendū est fraudē participasse, vt interdico fraudatorio, & Paulianæ actioni locus esse possit, æquissimum è contrario est doli replicationē creditoribus tuis accommodari ne ipsis noceat quod in fraudē ipsorum factū est. Non ergo debet hīc locus intelligi de creditoribus agentibus Pauliana vt malè putat Accursius, in hoc merito à Castrensi reprehēsus, sed de creditoribus agentibus vtili actione ex nomine debitoris tanquā obligato per pl-

per pignus prætorium. Nec enim posset in Pauliana actione locus esse exceptioni iusurandi quando quidem in ea iuratum non fuit nec iurari potuit cū nec debitor, i. cō. etat qui alienauit aut qui iurauit, sed ipsius creditoribus in quorum fraudem alienatum fuit. Planè, si creditores tui vellet agere Pauliana ad reocationem iusurandi possent vtique hoc facere & vltro petere vt iusurandū in ipsorum fraudem delatum & præstitum pro nec delato nec præstito haberetur. Rescinditur enim per Paulianam, quicquid in fraudem creditorum quoquomodo malo more gestum est *l. 2. & 3. pass. inf. Que in fraud. credit.* Sed eo casu nihil esset quod de iusurandi exceptione aut de replicatione aduersus exceptionem iusurandi in specie huius §. tota ex eo pendet quod cui daretur actio nem Paulianam multo magis danda sit agentis replicatio, sicuti daretur ei exceptio si conueniretur, vt ad hunc §. Bartolus notat *l. inuitus 156 §. 1. de regul. iur. l. 1. §. is autem inf. de superfic.* Dicit aliquis, Replicationem hanc non posse competere, nisi rescisso prius iusurando quā nec delatum fuerit nec præstitum, non posse autem rescindi iusurandum nisi per Paulianam. Prius igitur agendum esse Pauliana, exemplo eius quod in specie §. præcedentis placere interpretibus diximus de replicatione minori danda post petitam ab eo in integram restitutionem. Respondeo tunc necessariam esse Paulianam cū tale quid alienatum est quod in bonis debitoris esse deberet. Si quidem prius est vt rescindatur alienatio facta in fraudē creditorum, quā vt quod alienatum est habeatur pro non alienato, et la iurque a. a. f. f. f. in bonis debitoris §. item si quis in fraudem *Inst. de action.* Nec rursus fieri potest, vt missio in possessionem bonorum debitoris facta rei seruandæ causa postulantibus creditoribus, ea quoque bona comprehendat quæ per alienationem deserunt esse debitoris, quin prius restituatur quæ alienata sunt in massam bonorum debitoris. At in proposito, cū debitor iusurandum deferente in fraudem creditorum suorum iuratum est, non idē sublata videri potest ipso iure actio civilis, quæ debitori in debito eius suos competeat cū iusurandum non sit modus tollendæ civilis obligationis, nec proinde actionis quæ ex ea nascitur, sed naturalis tantū vt dixi ad *l. ait Prator 7. sup. ex l. vlt. inf. hoc tit. l. Stichum 95. §. naturalis inf. de solut.* Remanet igitur in bonis debitoris etiam post iusurandum civilis illa actio & quidem directa. Proinde vtilem quoque actionem ex eius persona creditoribus competere non ambigitur, quæ extincta etiam directa nihilominus danda iis esset, cū neque ex facto neque ex facti vnus alteri actio adimatur *l. G. vnus 71. §. ven. inf. de fideiuss. l. 3. de separ. l. 1. C. de oblig. & act.* Non ergo indigeat actione Pauliana, vt possint sibi consulere, sed tantum æquitate actionis Paulianæ vt habeant replicationem. Eiusdem enim æquitatis est dare actionem, & replicationem. Nec simile est quod obiicitur ex §. præcedente, de replicatione danda minori per restitutionem in integrum. Nam neque verum est dari replicationem illam, postulat prius restitutione, vt ibi docuimus, neque hīc accidit, quod in specie *d. §. præced.* vt alius debeat cognoscere de æquitate replicationis, alius de æquitate Paulianæ actionis: quomodo alius est qui cognoscit de

restitutione minoris, alius verò de replicatione aduersus iusurandum danda. Nam de replicatione iudex datus solus cognoscit, de restitutione verò solus Prætor.

a Præterea si fraudator. Diuersus est hic casus à superiore, eandem tamen habens rationem. Dicitur enim est de iureiurando delato à debitore debitori vero in fraudem creditorum, qui tamen debitor verus iurauerit se nihil debere. In hoc autem versu agitur de iureiurando quod debitor in fraudem creditorum suorum detulerit falso creditori, qui ex delatione iurauerit aduersarium dare oportere. **RAT. DVB.** Ex iureiurando non minus nascitur actio in factum ei qui iurauit, quā exceptio §. *prox. inf. leg. actori 8. C. hoc tit.* & à nobis iam dictum est sæpius in præcedentibus. Ergo si fraudator detulerit iusurandum falso creditori, & is iurauerit decem sibi dari oportere, mox bonis eius venditis ex edicto de reb. auctor. iudic. possid. seu venund. non vt mittatur in possessionem bonorum debitoris cum cæteris creditoribus, quomodo malè interpretatur Accursius (debet enim missio in possessionem præcedere non subsequi venditionem bonorum, & cū vnus ex creditoribus missus est in possessionem, ceteri quoque omnes missi intelliguntur *leg. cum vnus 12. inf. ill. tit. de reb. auctor. iudic. possid.*) sed vt in distributione precij ex venditione reducti concurrat suo ordine cum cæteris, non est ei deneganda actio, neque danda exceptio contra iurantem cū iusurandum pro veritate habeatur, ne alioqui quærendum sit de peritio, quod detectum tamen nec puniri possit, nec impunitum remanere debeat. **D. c.** Dolum & factum cuique suum nocere oportet, non alteri *leg. 1. sup. de alien. iudic. mut. caus. fact. leg. factum 155 in princip. de regul. iur.* nec debet fraus & doli debitoris iusurandum deferentis in fraudem creditorum iis nocere, quos fraudare debitor voluit participante fraudem eo qui iurauit. Hoc enim omnimodo requiritur, vt Paulianæ actioni locus esse possit, & æquitati quæ Paulianam induxit *leg. 1. leg. ait Prator 10. §. ait Prator 5. & pass. inf. Que in fraud. credit.* Ergo si debitore in fraudem verorum creditorum iusurandum deferente falsus creditor iurauerit sibi oportere, non debet ea res nocere cæteris creditoribus nec falso prodesse quamuis iurauerit, cū de debiti fide constare non possit vt in *leg. 1. C. de non numer. pecun.* Proinde quamuis stricto iure prætorio danda sit actio ex iureiurando, Prætor tamen aut denegare illam debet, ne faciat contra edictum suum, si iusurandum adprobet quod delatum & præstitum fuerit in fraudem creditorum, vel saltem si de fraude tam euidenter non appareat vt eam absolutè denegare Prætor non possit, dare illam debet sub exceptione fraudis & doli, atque ita formulam actionis emendare vt loquitur Vlpianus in *leg. duobus 28. §. si cū qui debitorem inf. hoc tit.* Quomodo & alia exceptiones quæ ad hanc speciem propius accedunt, qualis est non numeratæ pecuniæ, creditoribus debitoris dari solent etiam inuito debitore *leg. pen. C. de non numer. pecun.* Sed in hac specie hoc dissimile est quod habent creditores aduersus iusurandū exceptione, quam non haberet debitor ipse qui detulit fraudandorum suorum creditorum gratia, quoniam iam te factum suum nocere deberet, nec fraudem & turpitudinem propriam allegans audiendus esset.

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

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

Ad §. 6. Iusurandum.

RAT. DVB. Per liberam personam neque actio neque exceptio acquiri nobis potest, neque aliud quicquam extra causam possessionis l. 1. c. per quas person. nob. acquir. & extra causam l. 2. c. eod. Ergo etiam si defensor quis vel procurator alterius iurauerit aduersario deferente vel nihil deberi actori vel absentem eidemque actori aliquid dari oportere, dicendum est nullam ex eiusmodi iureiurando aut actionem aut exceptionem domino queri posse. Atque ita ex Pomponio idem Vlpianus noster disertè scribit in l. non solum 39. §. 1. sup. de procurat. si actoris procurator ex delatione vel relatione aduersarij iurauerit absentem dari oportere, agere illi debere hoc iudicio suo nomine propter suum iusurandum. *Aequè enim inquit hæc actio competere domino potuit, sed tamen non eo minus de rato cauere illi oportere.* **DEC.** Tam per procuratorem qui mandatum à nobis habeat, quam per defensorè, id est eum qui pro nobis vltro litem suscipit, acquirere nobis actionem possumus non quidè directam sed vtilem, in iis nimirum quæ circa litem in iudicio fiunt, adeò vt nulla sit in eam rem opus cessio, vt nostri vulgo tradunt ex leg. in causa 27. §. si ex parte, iunct. l. seq. vbi tamen vide quæ dixi sup. de procurat. Alioqui dicendum esset neque procuratori, neque defensori permittendum esse vt in iudicium rem deduceret si non posset similiter ea facere omnia quæ ad tractandam & finiendæ iudicij causam pertinent arg. l. 2. sup. de iurisdict. In quo numero est delatio & relatio iurisurandi, tùm quoque cum iusurandum ex conuentione extra iudicium defertur cum instar iudicij habeat & rei iudicatæ l. 1. sup. l. qui iurasse 26. §. vlt. l. tutor pupill. 35. §. 1. infr. Nemo autem dubitat, quin & procuratori & defensori liceat rem in iudicium deducere, vnde & illud placuit ex eo iudicio etiam domino acquiri exceptionem posse l. nã & nocere 12. cum procedentib. & seq. sup. de pact. Non quidem pacti: sed doli vt ad eas leges notauimus. Quidni ergo etiam ex ipsorum iureiurando. quod pacti quoque, & transactionis vim obtinet: l. 2. sup. d. l. tutor 35. §. 1. & d. l. qui iurasse 26. §. vlt.

7 ¶ Si petitor iurauit, possessore deferente, re suam esse: actori dabitur actio. sed hoc duntaxat aduersus eum, qui iusurandū detulit: eosque, qui in eius locum successerunt, ceterum aduersus alium si velit prerogatiua iurisurandi vti, nihil ei proderit.

Ad §. vlt. Si petitor.

RAT. DVB. Non nuda voluntate amittuntur rerum dominia vel acquiruntur sed tantum traditionibus illisque à domino factis §. differential. §. 1. quis vi 17. infr. de acquir. poss. l. traditio 20. de acquir. rer. domin. l. traditionibus 20. c. de pact. Nemo autè dixerit iusurandum esse pro traditione, aut etiã pro titulo qui sit habilis ad transferendū dominium etiã coniuncta traditione vt in l. numquam nuda 31. de acquir. rer. domin. Ergo etiã si petitor iurauerit possessore deferente re suam esse, non ideo tamen dari ei debet actio in rem siue directa, qualis est vindicatio ciuilibis siue vtilis id est Publiciana, de qua tamen Vlpianus hinc intelligendū esse constat ex eodè Vlp. in l. sed est 7. aliàs l. eum qui §. si petenti sup. de Public. in rem act. vbi etiam dixi, quauis Accursius & post eum ceteri locū hanc intelligant de actione in factū, quam nasci volunt etiã ex iureiurando

infr. Atque ita ex Pōponio scriptum est in l. vlt. §. pen. infr. hoc tit. Præsertim cum facilius sit vt per procuratorem vel defensorem acquiratur domino exceptio, quàm vt actori, quia exceptio prodest ad retentionem, quæ semper facilior est l. in princip. infr. de pignor. Debet enim sibi imputare is, qui procuratori alterius dato siue ad petendum siue ad defendendum aut detulit aut retulit iusurandum. Nisi fortè dicat se & iudicij & iudicio illudere voluisse, quod non esset ferendū. Directa sanè actio per procuratorem acquiri non potest ex alterius iureiurando, vt interpretes omnes consentiunt, sed vtilis tamen plerisque casibus acquiritur, maxime si ex re domini procurator stipuletur aut quid aliud tale faciat mandato non refragante l. quod procurator 68. vbi latius dixi sup. de procur. l. si procuratori 79. infr. de verb. oblig. Hic autem acquiritur procurator ex re domini cum de ea re iuratum sit quæ ad dominum non ad procuratorem pertinet. Nec aliam fuisse sententiam Pomponij quæ Vlpianus refert & probat in d. l. non solum 39. §. 1. de procurat. apparet satis ex hoc §. qui eiusdè Vlpiani est, & qui aliter cum d. §. 1. conciliari nō potest. Itemq; ex d. l. vlt. quæ eiusdè Pomponij est §. pen. infr. quauis eo loco non de actione tractetur sed de exceptione tantum, quæ vt dixi facilius acquiritur, & sine distinctione vtilis, & directæ. Et si cadit hæc distinctio in exceptiones quoque. l. quoties 21. de prescr. vers. quauis exceptiones omnes sint ex æquitate, & equitas autè, vt sapius monui ex publica utilitate. Cæteræ interpretationes & conciliationes quas nostri adferunt post Accursium vt actio quidè directæ nō acquiratur domino, sed tamè exerceatur à procuratore ad domini nō ad suam utilitatē, aut vt hæc lex loquatur de procuratore in re sua dato, sunt improbabiliores quæ vt admitti possunt; Itè illa, quæ de suo ingenio addit Bartolus vt loquatur Pōponius in d. l. 39. §. 1. de procuratore quæ nō constaret habere mandatum, Vlp. verò in hoc §. de procuratore habere verū, & certū mandatum planè cōmentitia est vt nemo nō videt. Nec Bartolus ipse negat qui aliã veriorè esse putat quam probamus de differentia vtilis actionis & directæ & in ea tandem conuenit cit.

ando iudiciali non minus quàm ex voluntario ad exemplū actionis quæ nascitur ex iudicato l. actori 8. c. hoc tit. **DEC.** Iusurandū pro veritate habetur nec postquam iuratum est, queritur amplius quicquam aliud, nisi an iuratum sit l. §. dato iureiurando sup. & hac l. in princip. 11. l. sed est 11. §. vlt. l. eum qui 30. in princip. infr. Ergo quauis petitor, qui aduersario deferente iurauit re suam esse, nō ideo fiat dominus, ideòq; nec directæ rei vindicatione habere possit quæ nō datur alij quàm qui sit dominus iure gētū vel ciuili l. in re 23. sup. de rei vindic. vtilè tamè habere debet, hoc est Publicianā d. §. si petenti quippe quæ ex eadè est iurisdictione Prætoris ad quæ pertinet iusurandū etiã iurati. Cui cōsequens est vt actio in factū, quæ petitori huic dat interpretet, locū habere nō debeat, cum nō sit nisi subsidiaria, vt cæteræ omnes in factū actiones, deficientibus aliis quæ certū ac speciale nomē habent cuiusmodi est Publiciana. Tātū abest vt verū sit quæ

vult Accursius, duplicem hoc casu actionem in factum competere: Vnam ex iureiurando: Alterā ex sententia post iusurandum præstitum lata arg. l. non si nouum 10. infr. De act. empt. Et si enim aliàs tam ex iureiurando quàm ex iudicato nasci solet in factum actio: vt utrumque; tamè sit ex necessitate, ne alioquin esset inutilis sententia & inutile iusurandū ex quo igit non posset. At cum alia potest actio competere, vt Publiciana in proposito, nihil est quod de in factum ad actionem tractari oporteat: nisi quod post sententiam de Publiciana redditam cum per iudicatum lat nouatio l. vlt. c. de vsur. rei iudic. consumpta est Publiciana & agendum necessariò in factum, & ex iudicato. Nam et si ex iureiurando in factū actio competeret, secuta tamen postea quādo cumque sententia, esset illa quoque in factum actio precepta, nec rita posset superesse, quæ ex iudicato quæ licet idem haberet nomen alia tamen esset. Nec enim actiones in factum minus nouatur per iudicatum quàm cæteræ etiam reales & vindicationes ex quibus quisque condemnatus est, iam cōueniri post iudicatum nō potest actione vlla in rem siue directæ siue vtili, sed sola illa in factum actione quæ nascitur ex iudicato quolibet d. l. actori 8. c. hoc tit. vt proinde stultitate quæstio quam hinc nostri tractant: An in specie huius §. actio quæ datur iuranti sit datiuā an natiuā, nec dici potest cum Accursio Publicianam si qua ioc casu competere fore vt daretur contra quemlibet, cum tamen actio in factum quæ datur ex iureiurando non detur nisi contra iurantem. Repugnat nimirum Vlp. in d. §. si petenti vbi disertè scribit nec Publicianā istā dari cōtra quemlibet sed cōtra iurantem solū & habentes ab eo causam, vt sequitur in hoc. Refert sanè an petitor sit qui ex aduersarij delatione iurat an possessor. In petitore iurante id obtinet quod diximus. At in possessore iurante re suam esse cuius possessionem postea quoquomodo amiserit aliud est nec aliud quàm in factū actione habere potest aduersus eum qui detulit, si eiusdè rei possessione quous modo nact⁹ sit l. sed si poss. 11. vers. proinde infr. quia scilicet non potest nasci Publiciana in factum eius qui iam ipso iurandi tēpote possidebat & cui nec potest tunc videri tradita res per petitorè nō possidētē. Nam nec è cōtrario per possessore videretur tradita petitori qui iurauit rem suam esse scilicet eo tempore quo iurauit sed fingitur tradita iam prius quàm iuraretur & quàm peteretur. Nam cum non possit res esse petitoris, quin & titulus & traditio præcesserit dicit. l. numquam nuda, quisquis iurat eum suam esse perinde haberi debet acti iuraret & titulum habilem & traditione iam antea præcessisse. Nec proinde adhibenda quoque illa distinctio est quam adhibet Accursius ad d. §. si petenti an dominus ierit qui iusurandū detulit an non dominus, cum ex eo iureiurando non aduersus alium, quàm eum qui detulit ius acquiratur. Nec illa rursum in qua Bartolus quoque post Accursium conuenit, an s qui iurauit nitatur ex iureiurando solo, an verò ex traditione quoque sibi facta, vt priore casu actio duntaxat in factum competat, posteriore verò etiam Publiciana. Nam & quisquis nititur ex iureiurando iurauit rem suam esse, nititur etiam ex traditione quam ponit sibi aut suo auctori factam esse suppositis scilicet terminis habilibus, qui semper suppositi sunt l. tutor 35. §. 1. infr. l. 1. §. vlt. ad s. c. Tertij. Cum

Tom. III.

non nisi per traditionem dominia transferri possint dicit l. traditionibus 20. c. de pact. Quare nec ad re pertinet quod Accursio Bartolus obicit, ex ea traditione quæ per possessorem facta sit petitori qui iurauit rem suam esse non potuisse transferri dominium, etiam si verè res fuisset tradentis, quia tradidisset quasi rem quæ iam esset accipientis ex l. 3. §. subtilius infr. de condit. caus. dot. Ergo nec Publicianam nec vscapiendi condicionem si non fuit dominus is qui detulit iusurandum ex l. clauibus 74. de contr. empr. §. namque infr. de action. Non enim damus Publicianam hanc petitori quasi fingamus rem ei traditam à possessore, quem ponimus etiam post præstitum iusurandum manere adhuc possessorem, ob idque Publiciana conueniendum esse. Sed quasi verum sit & iuratum, habuisse illum & titulum anteriorem & quidem iustum habilēque ad transferendum dominium, & traditionem sibi sive auctoris factam siue à domino siue à non domino sed cum bona fide. Itaque nec est necessarium, cum eodem Bart. huius obiectionis effugienda gratia ad absurdam illam eiusdè Bartoli opinionem confugere quæ vult speciale esse in causa iudicati, vt ex ea dominium sine traditione transferatur. Quam opinionem nos abundè refutauimus in Error. Decad. vlt. de error. pragmat. Cætera quæ ad huius §. interpretationem pertinent explicauimus ad §. si petenti vbi vide & iunge quæ dicemus ad l. sed si possessori 11. vers. proinde infr. hoc tit.

a Sed hoc duntaxat. **RAT. DVB.** Iusurandum ritè delatum pro veritate adeoque pro veritatis probatione habetur & contra quam non possit admitti probatio in contrarium, vt toties diximus ex §. 1. sup. & l. eum qui 30. infr. hoc tit. Atqui veritas semper vna, eademque & sibi similis est: Ergo quo casu nascitur actio ex iureiurando contra eum qui iusurandum detulit, nasci etiam debet contra alium quemlibet cū id quod respectu vnus verū est, falsum alterius respectu videri non possit. **DEC.** Prærogatiua iurisurandi illa quidè est quomodo hinc Vlpianus loquitur, vt pro veritate habeatur quoties ex delatione vel relatione præstitum est, quia quisquis defert is aduersarium suum iudicem testemq; in propria causa constituit vt diximus ad l. 1. sup. ex l. 1. infr. quar. ver. act. non d. & c. Ergo nō nisi contra deferentem eiusque successores eiusmodi prærogatiua vti potest is qui iurauit, non aduersus alios, quia imputari potest ei qui detulit, cur detulerit non etiam aliis qui non detulerunt l. iusurandum & ad pecunias 34. §. datur autem infr. hoc tit. Numquam enim ex vnus facto lædi ius alterius debet l. id quod nostrum 11. l. non debet 74. de regul. iur. l. sup. de alien. iudic. mut. caus. fact. Eadem ratio facit vt nec alij iusurandum profit etiam illi ipsi qui iurauit aut iis qui in locum eius siue vniuersali siue singulari aliquo titulo successerunt l. ceteri Prætor 7. & seq. vbi diximus sup. hoc tit. Vtroque enim casu iusurandum & prodest & nocet successoribus etiam singularibus, si modo posteriorem causam habeant ab eo, qui iurauit aut contra quem iuratum est, quia iusurandum non cum personam afficit, quàm rem ipsa de qua iuratur. Et consequenter alienatio sit cum sua causa l. alienatio 67. de contr. empr. l. 3. in princip. & §. 1. infr. de pignor. Nec enim potest melior esse causa successoris quàm sui auctoris l. iudicata 29. §. 1. de except. rei iudic. dixi ad l. 8. sup.

L

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

Ad l. Quia non deberet 10.

RAT. DVB. & DEC. eadem est quæ ad §. *ult. legis precedentis*. Hic enim ratio tantum redditur generalior eius quod in d. §. *ult.* scriptum fuerat actionem ex iureiurando dandam non esse nisi contra eum ipsum qui detulit, aut eos qui in ius ipsius successerunt, nempe quia generaliter verum est non

debere aliis nocere quod inter alios actum est, *Tort. tit. C. inter alios act. alius non nocet. l. de vnoquoque 47. infra de re iudic. l. nam ita 39. supra de adopt. Sic enim natura comparatum est, nec minus iure civilis ut melior condicio nostra per alios fieri possit, sed deterior non possit. l. soluendo 39. supra de negot. gest. l. melior 1. de regul. iur.* Aliqui tamen casus sunt in quibus sententia etiam inter alios lata aliis nocet de quibus in *l. sape 63. infra de re iudic. l. a sententia 5. de appellat.*

11. VLP IANVS libro 22. ad Edictum.

Sed si possessori fuerit iusiurandum delatum, iuraueritque rem petitoris non esse quamdiu quidem possidet. aduersus eum, qui detulit iusiurandum, si petat, exceptione iusiurandi utetur: si vero amiserit possessionem, actionem non habebit: nequidem si is possideat, qui ei iusiurandum detulit. non enim rem suam esse iuravit, sed eius non esse. Proinde si cum possideret, (&) deferente petitore rem suam iuravit: consequenter dicemus, amissa quoque possessione, si is, qui detulit iusiurandum, nactus sit possessionem, actionem in factum ei dandam & fructus perceptos ex re quam meam esse iuravi, restitui mihi placuit. sed & partum editum, foetusque pecorum restituendos constat post iusiurandum delatum.

Ad l. sed si possessori 11.

RAT. DVB. Non debet possessor deterioris conditionis esse quam petitor, cum quisquis possidet hoc ipso plus iuris habeat etiam in pari non iure quam qui possidet *l. 2. infra. Vti possid.* præsertim cum favorabiliores sint rei quam actores *l. favorabiliores 125. de regul. iur. l. Arrianus 41. infra de oblig. & act.* Possessor autem semper fit reus, præsertim: verò in actionibus in rem quæ numquam vltro dantur possessori §. 1. *instit. de action.* Cum ergo petitori qui iuravit non tantum exceptio detur, si rei de qua iuravit possessionem nactus sit, sed etiam actio si non possideat, ut dictum est in §. *ultim. legis precedentis*, Quidni eadem prærogativa dabitur etiam possessori qui iuraverit? DEC. Alia ratio est hac parte petitoris, alia possessoris ob diuersitatem formulæ concepti præstiti que iusiurandi. Petitor enim numquam sic iurare debet, ut dicat rem quam petit non esse possessoris, nihil enim ipsi tale iusiurandum prodesset, cum ei ad litis victoriam necesse sit probare rem suam esse, alio qui succumbet in rei vindicatione *l. vlt. C. de rei vindic.* siquidem non est bona consecutio, ut res quæ non est possessoris inde statim sit petitoris, cum possit neutrius esse *l. si inter me 15. infra de except. rei iudic.* quo casu vincere tamen possessor deberet iure possessoris *d. l. 2. vti possid.* & ut interpretes loqui solent, per non ius actotis etiam si nihil ipse præstaret *l. qui accusare 4. Cod. de eadend.* At possessori non est inutile iusiurandum, etiam si non iuret rem suam esse, si modo iuret non esse petitoris. Hoc enim sufficit, ut petitorum summoveat, qui non aliter potest in rei vindicatione vincere, quam si probet rem suam esse *l. in rem 23. & pass. supra de rei vindic. l. Quintus 27. §. argento infra de aur. & argent. legat.* quod tamen probare amplius non potest, postquam iuravit possessor non esse

rem petitoris. Melior igitur est etiam hac parte condicio possessoris quam petitoris, cum leuiore, & ut ita dixerim negatio quoque iureiurando possit vincere. At si ponas eodem modo iuratum esse à possessore, quo posuimus iuratum à petitore, scilicet rem suam esse, par & æqualis erit condicio vtriusque, quia non tantum exceptionem habebit contra petitorum qui detulit, si pergat ille petere, sed etiam actionem aduersus eundem petitorum, si quo casu possessor amiserit possessionem, eamque quoquomodo nactus sit petitor, contra quem iuratum est, ut subicitur in hac lege *vers. proinde*. Differentia tantum illa est, quod actio quæ datur petitori, qui iuravit rem suam esse, non alia est, quam Publiciana, *l. eum qui 7. §. si petenti supra de Public. in rem act.* vbi hæc ipsa ponitur antithesis, quæ in hac lege, & in §. *ult. l. proce. præced.* inter iusiurandum delatum petitori à possessore, & illud quod possessori delatum est à petitore: Quæ autem datur possessori iuranti similiter suam rem esse, non Publiciana est, quippe quæ possessori nunquam acquiritur sed in factum, quæ cum sit subsidiana, nunquam deficit quoties actionis dandæ aliqua æquitas superest, *l. quoties 21. infra de præscrip. verb.* In proposito autem ideo deficit directa actio, quia possessori nulla acquiritur potuit eo tempore quo iuravit, eadem ratione, qua Publicianam impediri diximus, quod possidenti nulla vnquam acquiritur actio, qua nec indiget. Nam nec iurauerat possessor ut acquireret sibi actionem, sed ut exceptionem solum ex iureiurando, qua indigebat ad summouendum petitorum. Non tamen deficit æquitas dandæ actionis, cum possessor iurauerit rem suam esse, mutatúsque sit hodie status, factum iam possessione eo qui antea petitor erat, & petitor illo qui fuerat possessor, atque ita cessante iam causâ faciendæ, ne iusiurandi tempore acquiri aliqua actio possit

possit. Iusiurandum enim per se tam aptum est ad producendam actionem, quam ad patiendam exceptionem, si modò concurrant cætera, quæ sunt ad actionem inducendam necessaria. Quæmadmodum autem exceptione uti non potest is qui non possidet, ita nec actio ne is qui possidet. Unde fit quod Accursius hic notat: to mirabilissimo, ut actio hæc in factum quæ tempore præstiti iusiurandi nec nata fuerat, nec nasci poterat in fauorē possidentis, nascatur tamen postea, derisusque à Prætoribus si possessor ille qui iuravit, possessionem subinde amiserit, quæ quoquomodo peruenierit ad deferentem: utque quod factum est ad exceptionem, proficit etiam ad actionem ut & in specie *l. quod mihi 2. infra de liber. leg. l. si cum ante 7. C. de donat. ant. nupt.* Nec proinde causa vlla est, cur dicamus cum Accursio speciale esse in hac actione in factum, ut ex postfacto quæque inopiat competere, quasi sequatur in hoc naturam actionum realium. Exemplo eius quod de actione ad exhibendum scriptum putat in *l. 3. §. est autem supra. Ad exhib.* vbi tamen nihil tale est. Nam & actio ad exhibendum est personalis, ut ibidem scriptum est, & actiones omnes personales naturam propriam habent à rebus distinctam, in eo præsertim quod non dantur contra possessorem quemlibet, sed contra eum dumtaxat qui contraxerit vel quasi aut deliquerit vel quasi aut qui in contrahendis vel delinquentibus ius successerit si actionem illam ad exhibendum excipias, quæ quoniam præparatoria est actionis in rem non aduersus alium dari potest, quam qui possideat & exhibenda: ut tubide estituenda rei habeat facultatem *d. §. est autem & §. vlt. eiusd. leg. cum legis seq.* Idque ita est apparet in hac ipsa actione in factum de qua tractamus. Non enim datur contra possessorem quælibet, quomodo daretur si naturam actionis in rem imitaretur, sed contra eum solum, qui detulit. Denique actiones in rem omnes nascuntur ex presenti possessione *l. non alias 23. §. sed si postulat supra de iud.* Hæc verò in factum actio licet non detur nisi contra deferentem factum ex postfacto possessorem, non tamen nascitur ex presenti possessione, sed iureiurando tanquam quod ab initio fuerit aptum ad producendam actionem, non minus quam exceptionem, habens se indifferenter ad vtramque, & ut dicam apertius, hoc iusiurandum producit quidem etiam ab initio actionem sed potentia magis quam actum. Non enim actum ipso produciur statim, sed est pro iudicabilis, tamen ab ipso instanti quo iuratum est, dilata tantum productione ipsa in id tempus, quo nulla erit ex parte materia repugnantia, quominus actio vel exceptio nascatur: quod & Bartolus tenuisse videtur, nisi quod malè hoc ipsum refert ad similitudinem actionum realium, quæ non eo minus domino competant aptitudine, quod rei suæ possessor sit, quamvis actum non competant quamdiu possessor est. Sanè in actionibus civilibus difficultus est, ut ex postfacto competant, quæ ab initio non competierunt. Habent enim causam magis præcisam, & ad id tempus restrictam, quo debet aut nunquam nasci actio quod & in prætoris actionibus obtinet, quæ certum nomen naturamque habent, ut Publicianam: sed actiones in factum subsidariæ, quæ maxime ex æquitate proficiscuntur, qualis hæc est, facilius possunt in aliud tempus potentiam suam & aptitudinem extendere, dummodo ea, cum æquitas semper duret, & ab initio statim nata fuerit obligatio, quomodo in hac specie nata fuit ex iureiurando. Actionem namque

que facilius est suspendi aut extendi in certum vel que tempus ut in *l. si finita 15. §. vlt. infra. de damn. infect.* quam obligationem, tum quoque cum obligatio pura est, ut in *l. interdum 73. de verb. oblig.* quanquam nec obligationem ipsam suspendi quicquam veiat, ut certere est in stipulatione condicionali *l. cedere diem 213. de verb. oblig. l. pecuniam 36. supra. tit. 1.* Planè quod hic tractat Bartolus etiam post factum executionem sententiæ contra reum condemnatum si à possessione victor ceciderit & res ad condemnatum redierit, posse iterum fieri executionem eiusdem sententiæ implorato iudicis officio quasi adhuc daret contra eundem condemnatum. Neque verum esse puto, neque probari ex hac lege: nulla enim hic facta fuerat executio iudicati, quia nec iudicatum quicquam fuerat post iusiurandum præstitum, nec si iudicatum fuisset, vlla tamen executio fieri potuisset, cum sententia non potuisset esse absoluta quæ ut pragmatice solent dicere, suam secum semper trahit executionem. Ceterum facta semel executione sententiæ, & per eam executio in victore facta possessore si postea possessionem amiserit, non ideo redintegrari executio debet, sed aliis actionibus aut remediis possessoris uti videtur, ad possessionem suam vel retinendam vel recuperandam, nec vllum iudicis officium iure esse amplius in eam rem potest, non magis quam vlla iudicati actio *l. a Diuo Pio §. si post additum infra. De re iudic.* nec minus aduersus condemnatum ipsum, quam contra extraneum, quia sicuti singulis controuersis singulæ actiones propositæ sunt ita singulis actionibus vnū iudicatum finè, & vni iudicato vnâ executionem sufficere placuit ne alioqui res abitura esset in infinitum *l. singulis 6. infra. De except. rei iudic. iudic. d. l. a Diuo Pio §. sed si emptor.* Nisi poneret incontinenti aut saltem modico intervallo interposito condemnatum eripuisse victori possessionem animo retractandæ, aut potius impedire dæ executionis, potius quam nouæ committendæ violentiæ. Hoc enim casu facile admitterem, quod Bartolo Castrensis concedit, durare adhuc non modò iudicis officium, sed ipsam quoque iudicati & in factum actionem, ad vrgendam ex integro executionem, quasi ea necdum facta sit quæ facta non duravit *arg. l. si pro parte 10. §. versum infra. De in rem vers. cum similib.* Iunge quæ diximus ad §. *ult. l. nam posteaquam 9. supra. & ad d. l. eum qui 7. §. si petenti. De Public. in rem act.*

a. Et fructus perceptos ex re. RAT. DVB. Fructus percipiuntur & acquiruntur iure soli & dominij, qui scilicet iuravit non ideo sumillum fecit, cum iusiurandum non sit mandus transferendi dominij, adeoque nec titulus habilis ad translationem inducendam dominij etiam secut. traditione. Ergo nec iudicatus ab alio fortassis vero domino percepti, contra quem iuratum est, restituendi sunt ei, qui iuravit; idemque de parte ancillæ, & de foetu pecorū iuris est, cum factus quoque in fructu sit *l. in pecudum 8. De vsur.* Partum verò licet non sit in fructu, ut ibidem scriptum est, & in *l. vetus fuit questio 68. supra. De vsur.* eodem tamen ferè in omnibus iure quo fructus censetur *l. præterea 20. supra. De rei vindic.* DEC. Absurdum est lucro condemnati cedere fructus rei, de cuius dominio victus sit. *l. ex diuerso 35. §. 1. eod. tit.* vbi eleganter Paulus scribit, si alienum fundum petierim, & iudex sententiâ suâ declarauerit meum esse, debere illum etiam de fructibus eodem errore possessorem condemnare, ut causa fructuum in omnibus, causam dominij sequatur, &

quandoquidem, ut in dubitandi ratione diximus, fructus iure soli & dominij, non feminis percipiuntur. Atqui cum possessor iuravit rem suam esse, perinde est ac si per sententiam iudicis id ipsum pronuntiatum esset. cum iurandum habeat vim rei iudicatae. l. 1. & 2. sup. l. post rem iudicatam 55. f. de re iudic. Ideoque pro veritate habeatur exemplo rei iudicatae. l. res iudicata 207. de reg. iur. adeoque pro certissima veritatis probatione contra quam nec admitti probatio vlla possit. l. 5. §. dato iureiurando l. nam posteaquam 9. in princip. & §. 1. sup. Ergo etiam si peieraveritis, qui falso iuravit rem suam esse, eodem ta-

1 ¶ Item si iuravero, vsum fructum alicuius rei vel meum esse, vel dari mihi oportere: eatenus mihi competit actio, quatenus, si verè vsum fructum habere, duraret, quibus vetò casibus amitteretur, non competit mihi actio. Sed et si rerum^b, in quibus vsum fructus, propter abusum constitui non potest, iuraverit vsum fructum se habere, vel sibi deberi: effectum iurisiurandi sequendum arbitrator, ideoque tunc quoque videri eum rectè iurasse puto, & ex eo iureiurando posse petere vsum fructum, cautione oblata.

Ad §. 1. Item si iuravero.

RAT. DVV. Vsum fructus non nisi certis modis constituitur. l. 3. sup. de vusu. Inter quos modos non est iurandum. Ergo si iuravero vsum fructum alicuius rei vel mihi dari oportere non potest mihi eatenus dari actio quatenus si vsum fructus verè meus fuisset. Prius enim est ut vsum fructus sit iudè rectè, que constitutus quam ut peti & vindicari per confessionem possit, ex Tit. sup. si vsum fructus pet. DE C. iurandum pro veritate habetur, & pro veritatis probatione ut toties diximus. l. eum qui 30. in prin. & §. si mulier inf. hoc tit. l. nam posteaquam 9. in prin. & §. 1. sup. nec postquam iuratum est. de alio querendum superest, quam vtrum iuratum sit, & quid iuratum: si ergo iuraverim vsum fructum alicuius rei vel meum esse, ut eum vindicem, vel mihi dari oportere, ut possim eum ex testamento petere, aut alia qualibet actione personali, dicendum est, perinde dandum mihi actionem de vsum fructu, siue realem siue personalem, ac si reuera meus esset. Sed non aliter tamen quam si caueam boni viri arbitrato me vsum, & finito vsum fructu restitutum d. l. eum qui 5. vlt. Nam et si vsum fructus verè constitutus esset, eadem cautio prestari deberet. l. 1. & tot. tit. sup. vsum fructus quem caueat. Sic mulier quae iuravit dotem sibi deberi, aut à se datam esse dotem, petere potest nulla etiam probata traditione vel numeratione, d. §. si mulier quamvis dotem sola numeratio & traditio faciat, nō scriptura, non confessio nuda vel iurandum. l. 1. C. de dot. cant. non numer. Sic dicimus, depositi obligationem non nisi re contrahi. l. 1. §. si quoque inf. de oblig. & action. sed tamen contractam probari ex sola depositarii confessione. l. Publica 26. §. vlt. inf. de deposit.

a Quibus verò casibus amitteretur. RAT. DVV. Non potest finiri vsum fructus, qui nunquam constitutus fuit necdum initium accepit. l. Titio vsum fructus 55. de condic. & demonstr. DE C. Non potest fictio plus operari in casu ficto, quam veritas in casu vero. l. confessionibus 13. sup. de interrog. in iur. fac. & probatur optimè ex hoc loco, atqui vsum fructus quem meum esse iuravi, aut dari mihi oportere, si tam verè constitutus esset. quam habetur pro constituto finiretur, iis modis quibus vsum fructum finiri & amitti placuit, de quibus dictum est sup. Tit. quib. mod. vsum fructus.

men siue errore, siue peritio, idem de fructibus constitutum est, quod de re ipsa petita ut ad eum pertineant, qui iuravit rem suam esse, licet nihil de fructibus iuraverit: [de iis quidem loquimur de quibus nec curari poterit, & qui percepti sunt post praestitum iurandum] cum fructus sint accessiones, & quidem naturales quae proinde veniunt in consequentiam necessitatem. l. 1. & ex diverso 31. §. 1. de rei vindic. Idque obtinet non solum si possessorem suum esse iuraverit, ut in specie huius legis, sed et si petitor ut in §. vlt. d. l. 9. sit. Eadem enim hac parte ut utique casus ratio est, quod & Accursius noiter benè hinc.

mit. Ergo & cum fictè constitutus est, per iurandum eque dicendum est iudè modis finiri eum quibus finiretur, si esset verè constitutus. Alioqui potentior esset ac longioris vitae vsum fructus fictitius quam verus, quod absurdum foret.

b Sed et si verum. RAT. DVV. Confessiones alięque fallax & fictitiae probationes ita demum admittendae sunt si ius & naturam recipiant. l. si in casu 14. §. 1. sup. de interrog. in iur. fac. id est, si tale quid sit, quod per rerum naturam, aut per iuris rationem, tale esse possit, quale fingitur. Ergo quamvis iurandum pro veritate, adeoque pro confessione habendum sit, tamen tale esse debet, id quod iuratur, ut verum esse possit. Atqui earum rerum quae in abusu magis quam in usu consistunt, id est, quae vtendo servari non possunt, vsum fructus verus esse non potest, cum vsum fructus sit ius vtendi fruendi alienis rebus, salua earum substantia. l. sup. de vusu. Ergo neque per iurandum constitui poterit, aut pro constituto haberi, ne plus possit fictio in casu ficto quam veritas ut diximus ad verticem praecedentem. DE C. Post Senatufconsultum de quo in l. 1. & seq. sup. de vusu. ear. rer. qua vsum fructum. coepit quasi vsum fructus huiusmodi rerum constitui, introducto remedio cautionis de restituendo tantundem, ut ait l. 2. §. eod. tit. l. 1. C. de vusu. l. vxori 24. inf. de vusu. legat. ac proinde si effectum rei magis quam subtilitatem iuris inspicias, nihil interest inter verum vsum fructum & hunc quasi vsum fructum, verba autem cum effectu magis quam ex subtilitate iuris sunt accipienda. l. 1. §. 1. quod quisque iur. l. pen. §. docere sup. Ne quis eum qui in ius vocab. vi exim. praesertim ut peritij siue suspicio siue calūnia evitetur. Semper enim odiosa est praesumptio delicti. l. merito 51. inf. Pro socio. Ergo si iuravero earum rerum, quae in abusu consistunt, vsum fructum meum esse, vel mihi deberi rectè iurasse videor, nō minus quam si iurassem de quasi vsum fructu, ut ex eo iureiurando possim quasi vsum fructum petere, oblata cautione licet iurando nihil de cautione dictum sit, quippe quam sufficit prestari ante perceptionem. d. l. vxori 24. de vusu. legat. & d. l. 1. C. de vusu. Ideoque offerri eam necesse est, prius etiam quam petatur, ut proban. huius §. verba illa cautio oblata. §. constituitur inf. de vusu. Effectus igitur iurisiurandi sequendus erit, ut Vlpianus hic scribit, nec novum est, quod

quod hic notat Accursius, ut si non valet quod ago, ut ago valeat ut valere potest §. vlt. inf. De adopt. De quo nostri tractant ad l. 1. De iur. codicill. Itemque ut verba improprietur, potius quam ut nihil operentur. Debent enim intelligi secundum subiectam

materiam, l. ex conducto 15. §. Papinianus alius l. si vno vers. sed et si inf. locat. Praesertim verò ut actus valeat, potius quam pereat. l. si tibi 20. sup. tit. pro. in l. quod in stipulationibus 80. De verbor. obligat. l. quoties 1. De reb. dub.

2 ¶ Si, cum de hereditate inter me, & te controuersia esset: iuravero hereditatem meam esse: id consequi debeo, quod haberem, si secundum me de hereditate pronuntiatum esset: & non solum eas res restituere debes^a, quas tunc possidebas. sed & si quas postea coepisses possidere: perindeque haberi, quod iuratum est, atque si probatum esset, idcirco utilis actio mihi competit. Quod si ego ex eadem hereditate possiderem^b, tūque coepisses petere eame, cum aduersus te iurassem, exceptione me uti debere iurisiurandi. Planè si alius à me hereditatem petere coeperit^c dubium non erit, (ut & Iulianus scribit) nihil mihi iurandum prodesse.

Ad §. 2. Si cum de hereditate.

RAT. DVV. & DECID. eadè est quae ad §. praecedentem. Quod enim ibi traditur de vsum fructu hic proponitur de hereditate, ut si cum de hereditate inter me & te controuersia esset, iuravero te deferente hereditatem meam esse, ea omnia consequi debeam quae haberem, si secundum me de hereditate pronuntiatum esset. Quamvis enim hereditatis petitio civilis non alij possit competere, quam ei qui verè heres est siue ex iure veteri, siue ex nouo. l. 2. & 3. sup. de hered. petit. haberi tamen debeo pro vero herede, ac si probassem me verum heredem, siue ex testamento siue ab intestato cum id quod iuratum est, perinde haberi debeat, ac si probatum esset, & super eo pronuntiatum ut bene addit Accursius. Non enim probatio sufficeret in petitione hereditatis, ut hereditatem consequi actor posset, nisi de hereditate pronuntiatum quoque proponeretur: Sententia enim illa est quae tribuit aut saltem quae ius quod competit declarat in causis civilibus. l. & ex diverso 35. §. 1. sup. de rei vindic. l. si fundus 16. §. si pluris inf. de pignor. sicut & in causis criminalibus, ex qualicumque crimine quantumlibet atroci, & probatō non nascitur infamia, nisi secuta demum condemnatione. l. infamem 7. inf. de public. iudic. l. post contractum 15. inf. de donat. Iurandum ergo habet vim non tantum probationis, sed etiam sententiae. l. 1. & 2. sup. quia scilicet habetur pro confessione facta in iure. l. post rem 56. de re iudic. l. 1. inf. quar. rer. act. non det. Confessus autem sua quodammodo sententia damnatur. l. 1. l. 3. de confess. Ille autem qui iurandum derulit, condemnatur ipsius aduersarij sententia. d. l. 1. quar. rer. act. non dat. Proinde dicendum est, actionem mihi ex iureiurando contra te competere: Non quidem petitionis hereditatis, ut malè interpretatur Accursius (tota enim de hereditate questio & controuersia iureiurando iam decisa est d. l. post rem. Nec debet litis vnus finis alterius esse exordium. l. 3. C. de fructib. & lit. expens. quod et ueniret si pacta iam quasi ex causa iudicati, persecutio ad initium alterius petitionis redigeretur, ut Vlpianus noster loquitur in l. minor annis 40. in princip. sup. de minor.) sed actio illa in factum quae ex iureiurando nasci solet qualis ex iudicato ipso nasceretur. l. actor 8. C. hoc tit. & hac ipsa lege in princip. vers. proinde. Quamquam Accursij quoque interpretatio defendi potest, ut actio utilis petitionis hereditatis mihi com-

petat aduersum te ad consequenda ea omnia, quae in petitionem hereditatis venire solent dum ne amplius queratur in ea actione vtrum hereditas mea sit, sed de illo tantum: An aliquid adhuc penes te habeas quod possessorem dare oporteat, petitori vincenti in petitione hereditatis, quomodo & iuranti mihi rem meam esse quam usu capere coeperam, datur Publiciana ut diximus ad l. nam posteaquam 9. §. vlt. sup. ex l. eum qui 7. §. si petenti sup. de public. in rem act. Nimirum quia in huiusmodi iudiciis quae ex iurando dantur, non id agitur ut principalis causa exerceatur, quae iam decisa est, ut modo dicebamus, sed ut iurandum conferretur. l. eum qui 30. in princip. inf. hoc tit. Ideoque non directa haec actio est, sed utilis, quemadmodum Vlp. hic scribit. Nimirum quia non directa probatione nititur, sed ficta. Nec tamen sum verè heres quamvis iuravero hereditatem meam esse, quam habetis pro herede, factiq; mihi esse debet quod per actionem hanc utilem tantundem consequor quantum si directa hereditatis petitione egissem & vicissè cum utilis actio eiusdem potestatis sit, eundemque habeat effectum. l. actio 47. sup. de negot. gest. Non enim ob id solum, quod questio de hereditate de qua lis inter nos erat iure iurando meo decisa sit facere potest, ut petitio hereditatis consupta sit, quomodo esset si eam semel exercuissem. Praesertim cum non possit iurandum eam vim habere ut civilem actionem tollat ipso iure. l. ait Prator 7. vbi diximus sup. hoc tit. Ex quo intelligimus iurandum hoc olim praestari solitum in iure, id est apud Praetorem in ipsa litis contestatione, antequam daret actionem Praetor qui nunquam dabat, nisi post litē contestatam. Idque apparet euidentius ex verbis ipsis edicti De iureiurando, quibus ait Praetor se actionem nō daturū eius rei nomine de qua iuratum fuerit. l. ait Prator 7. sup. Itemque ex eo quod dicimus iurandum habere vim confessionis & sententiae. Non etiā alius confessus habetur pro cōdēnato, quā qui in iure confessus est, & ante litis cōtestationē. l. 1. & 3. l. quis Strichum 5. inf. de confess. 4. C. de repud. vel abst. hered.

a Et non solum eas res restituere debes. RAT. DVV. Iurandum non ad alias res pertinere potest, quam quae sunt penes deferentem eo tempore quo iurandum vel defertur vel saltem praestatur. Nam nec alias res tum restituere possessor potuisset si litigare noluisse. Vnde est, quod in omnibus ferè causis solemus inspicere, tempus litis contestatae, ut dixi ad l. vinum 22. sup. Tit. prox. quia quale quid est, quantumque cum petitur, tale tantumque dari debet. l. 2. inf. de vusu.

Sufficit igitur, ut cum iuravi hereditatem meam esse, eas res mihi restituas, quas tunc possidebas, nec preterea vrgendus es, ut eas quoque restituas quas cepisti postea possidere. Quemadmodum solemus dicere, non posse videri in iudicio venisse, id quod post iudicium acceptum accidisset, idemque alia interpellatione opus esse *l. non potest 23. sup. de iudic.* Quidni enim bona fit comparatio cum iurandum iudicij instar habeat *l. qui iurasse 26. §. vlt. l. tutor pupilli 35. §. i. infr.* hoc quomodo eandem ob rationem? Sed ut argumentari à iudicij ad compromissum *l. i. sup. de recept. Qui arbit. recep.* Dicitur. Hereditas nomen iuris est *l. hereditas 50. sup. de hered. petit.* & quidem vniuersale comprehendens res omnes hereditarias, non tantum quae defuncti fuerunt mortis tempore, sed etiam quae postea accesserunt, recipit enim augmentum & diminutionem *l. item veniunt 20. §. item non solum eod. tit.* Ergo cum iurauit deferente hereditatem meam esse, de rebus omnibus hereditariis iurasse intelligitur siue à te siue ab alio, tunc possiderentur. Et quamuis non alias restituere possis, quam quas possides, perinde tamen potes hodie restituere illas, quas à tempore iurandi praestiti possidere cepisti, atque illas quas iam tunc possidebas. Perinde igitur omnes restituere mihi debes *l. 4. item videndum 18. §. pen. eod. ill. tit.* Nec tantum in vniuersalibus iudiciis hoc obtinet, quale est etiam actionis de peculio *l. quae situm 30. in princ. inf. de pecul. verum etiam in actione in rem speciali, & in actione ad exhibendum, ut ibidem scriptum est & in *l. fin. autem 27. §. i. sup. de rei vindic. l. rigni 7. §. si quis non possideat supra ad exhib. Ergo si eas res, quas iurandi tempore possidebas desieris postea possidere, siue dolo malo tuo, dicendum è contrario est absolui te oportere. Nam & in actionibus in rem & ad exhibendum idem contingeret, quamuis possit impulari tibi cur non statim, & ipso iurandi tempore eas restitueris *d. l. rigni §. si quis cum & d. l. 27. §. i. de rei vindic.***

b *Quid si ego ex eadem hereditate possiderem.*
R. A. T. D. V. B. Multum distat hereditas à re aliqua hereditaria. Nam cum hereditas sit nomen iuris, ut diximus, non corporis, adeo ut etiam sine vilo corpore possit subsistere *d. l. hereditas 51. De hered. petit.* est quid incorporale *l. i. §. vlt. sup. de rer. diuis.* Res autè hereditariae, siue sint mobiles, siue immobiles, dum ne sint iura & actiones, sunt res corporales, ideoque nec hereditas in re aliqua corporali & singulari, nec pars hereditatis vlla consistere intelligitur. *l. quamuis 14. inf. si quis omiff. caus. testam.* Imò, quod magis est, functus hereditatis, non tam hereditati, quam rebus ipsis hereditariis accepto feruntur *l. in fideicommissaria 18. infra ad Senatusconsultum Trebellianum.* Ergo aliud est, iurare hereditatem meam esse, aliud verò rem aliquam singularem, licet hereditariam: & quamuis iurauerim hereditatem meam esse, non ideo iuandus sum exceptione iurandi, ne cogar restituere rem singularem quam possideo. **D. E. C.** Hereditas ab eo peti potest, qui vel vnam rem aliquam hereditariam iure hereditario possidet, quamuis minimam *l. etsi non totam 13. cum tribus seq. si quis omiff. caus. testam. l. regulariter 9. & seq. sup. de hered. petit.* Ergo sicuti conueniri potest petitione hereditatis, quasi possideat hereditatem, ita & permittendum ei est ut deferente aduersario iuret hereditatem suam esse, atque ita acquirat sibi exceptionem iurandi pro ea re, non minus quam si in ea re tota hereditas vel hereditatis portio aliqua

consisteret. Nam etsi quis non totam hereditatem, nec hereditatis portionem aliquam sed vnam rem vel minimam iure hereditario possideat ab intestato cum possidere eam ex testamento posset, placet ob eandem rationem teneri eum Edicto, *si quis omiff. caus. test.* perinde ac si totam hereditatem in fraudem legatariorum ab intestato possideret *d. l. etsi non totam 13. iunct. l. cum enim 16. vbi haec ipsa ratio adfertur eod. tit.* Etsi enim res corporales, quae in hereditate sunt efficiunt partem bonorum non hereditatis quae valde inter se differunt, *l. si quis seruum 8. §. vlt. & l. seq. De legat. 2. l. sub signaturis 39. §. bona de verb. signific. iunct. l. cogi 16. §. inde queritur ad Senatusconsultum Trebellianum.* Hereditas tamen in se & sub se continet materialiter, ut loquuntur, ac eminenter res omnes singulas hereditarias, unde fit, quod diximus, ut qui rem vnam hereditariam vel minimam tenet, rectè hereditatis petitione conueniatur, denique quo casu non possidenti actio ex iurando queritur, multo magis exceptio possidenti acquiratur *arg. l. 1. infra de pignor. & ex regulal. inuitus 156. §. i. de regulis iuris.*

c *Placet si alius à me hereditatem petere ceperit.*
R. A. T. D. V. B. Qualitas heredis inditidua est, sicut & persona ipsa quam afficit, nec fieri potest, ut quis heres sit quod ad vnum, quin heres sit, quod ad omnes ceteros, non magis quam ut quis alicuius rei sit dominus, & non dominus, qui enim heredem dicit, significat dominum *§. vlt. l. sit. de hered. qualif. & differ.* Implicat autem contradictionem ut quis heres ac dominus sit, & non sit, ergo si te deferente iurauero hereditatem meam esse, debet iurandum meum mihi prodesse, etiam quod ad omnes ceteros, siue petam ab illis hereditatem, siue illi à me. **D. E. C.** Non debet aliis nocere, quod inter alios actum est, ut Paulus scribit in lege praecedente, vbi diximus, nec iurandum vera est probatio simpliciter, & indistinctè quantum ad omnes, sed duntaxat quantum ad eum qui detulit, qui que imputare sibi debet, cur detulerit, & aduersarium suum iudicem, & testem in causa sua fecerit *l. i. infr. quar. rer. act. non det.* Non igitur eadem praerogatiua vti potest, contra eos qui non detulerunt, is qui iurauit, ut idem Vlpianus noster loquitur in *l. nam postea quam 9. §. vlt. sup.* Sic dicimus interrogatoriam actionem, ex confessione illius qui interrogatus, in iure confessus est se heredem, non aliis dari posse quam ei ipsi, qui interrogauit *l. vlt. vbi dixi sup. de interrog. in iur. faciend.* Verum igitur est, quod Vlpianus hic ex Iuliano scribit, si postea quam te deferente, iuravi hereditatem meam esse, alius eandem à me petere ceperit, nihil mihi iurandum prodesse. Accutius tamen noster aliam rationem adfert ex Azone cur hoc iurandum mihi prodesse non debeat, quia, inquit, aut probatur de dominio, & tunc mihi non prodest Publiciana quam oppono iure exceptionis, ex regulal. *vlt. sup. de public. in rem act.* Aut non probatur de dominio, & tunc nulla etiam opposita iurandi exceptione debeo vincere: sed non erit bonum dilemma, nisi priorem eius partem adiuues, ratione illa quam attulimus, quod iurandum inter alios praestitum aliis nocere non debeat, nam contra deferentem ipsum, quamuis reuera esset dominus, certum est, posse opponi Publicianam per viam exceptionis, quandoquidem etiam per viam actionis proponi contra eum posset, ut diximus in superioribus ad initium huius legis ex *l. eum qui 7. §. si petenti sup. de Public. in rem*

rem act. Ideo ergo non potest opponi Publiciana per eum qui iuravit contra extraneum, postea agentem, non quia dominus quia sit dominus, sed quia cum sit dominus, & heres, non ille est, qui iurandum detulit, ut proinde nulla conferuandi iurandi

necessitate subsistente, at ne quidem ratione, conueniens omnino est, ut principalem causam exerceat, & suo Marte currere oporteat, *d. l. eum qui 30. §. prim. inf. hoc tit.*

12. IULIANVS libro 9. Digestorum.

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

Ad l. Idem est 12.

R. A. T. D. V. B. & **DECID.** eadem est quae ad verbum vltimum legis proximè praecedentis: nam siue is qui iuravit hereditatem suam esse contra Titium, qui res aliquas ex ea hereditate possidebat, eandem hereditatem petat à Mauius alias res hereditarias possidente, qui casus est huius legis, siue conueniatur ipse ab alio, ut in *dict. vers. vlt.* non potest iurandum iis nocere, qui non detulerunt. Eiusque rei nouam rationem Iulianus hic adfert, quia, inquit, etsi petissem à te hereditatem, & probassem meam, nihilominus ab alio petendo id ipsum probare necesse haberem. Sensus est non posse maiorem vim esse huius iurandi quam ut habeatur pro vera, certa que probatione. Atquin etiam si probassem me heredem contra Titium, non posset tamen ea probatio mihi prodesse contra Mauium tanquam res inter alios acta. Nam nec probationes in vno

iudicio contra vnum factae possunt in alio iudicio, & aduersus alium prodesse. Nec parua alteratio est inter nostros interpretes, an acta in vno iudicio faciant fidem, in alio etiam inter eandem partes, de quo alio & commodiore loco fortasse scribemus: at per alias partes non prodesse nec fidem facere certissimum est, probatque hic locus optime: quod ergo non possem assequi per veras certaeque probationes, multo minus possum assequi per fictam, qualis illa est, quae per iurandum inducitur *l. eum qui 30. in princ. infra hoc tit.* Quod autem Accutius noster addit, hanc Iuliani sententiam & rationem procedere, si agam petitione hereditatis, aut actione in factum ex iurando, non etiam si agam Publiciana, nimirum quasi Publiciana danda sit, contra quemlibet ei, qui aliquo deferente iurauerit rem suam esse, contra quam scriptum sit in *l. eum qui 7. §. si petenti supra de Public. in rem act.* Hoc verò nos iam refutauimus ad eum locum & ad initium huius legis.

13. VLP IANVS libro vicen simo secundo ad Edictum.

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

Ad l. si duo 13.

Pendet etiam haec lex, ut superiores duae ex eo quod dictum est in *§. vlt. l. nam postea quam 9. & l. seq.* iurandum inter alios praestitum, aliis nec prodesse nec nocere. Tractat enim hic Vlpianus de duobus patronis eiusdem liberti, qui altero ex patronis deferente iurauerit eum patronum non esse, & querit vtrum alteri qui non detulit, ante sibi debita tantum partis bonorum possessio post mortem liberti competeret, contra tabulas de qua in *Tit. de bon. libert.* an verò alterius quoque portionis alij patrono debita cui iuratum fuit: hac enim quaestione esse quae hic proponitur, constat inter omnes, sed non quibus verbis: aliter enim habet vulgata lectio, aliter Florentina: vulgata sic concepta est, *Vtrum alteri ante sibi debita portionis an verò dimidia debita ei suae partis bonorum possessio competeret* in quibus verbis constituendis, quae certè nec constitui commodè possunt, mirum est quantopere Azo & Ac-

curtius se torqueant. Florentina verò in hunc modum *vtrum alteri totius debita patronis portionis, an verò dimidia debita eis partis bonorum possessio competeret.* Vtraque, nisi me fallo, viciosa est: prima enim pars quaestionis non est de tota portione patronis debita id est, de tota dimidia, quae inter patronos, quoties plures sunt, diuidenda est *l. si ex patronis 10. in princ. l. si libert. 34. infra de bon. libert.* Sed de parte ante debita, quam alij patrono iuratum esset, id est, de dimidia parte dimidia: posterior autem pars est de tota dimidia, duobus patronis simul debita. Itaque ex duabus lectionibus hanc vnam conflare malo *vtrum alteri ante sibi debita portionis* quomodo habet vulgata lectio *an verò dimidia debita eis partis* ut habet Florentina, id est, quae dimidia tota, pars est debita duobus patronis *bonorum possessio competeret.* Nihil enim est quod inexplicabilem faciat vulgatam editionem, praeter illa verba *ei suae* quae nos tollimus & pro iis reponimus ex Pand. Flor. dictionem vnicam *eis* quae non ad alterutrum ex patronis, sed ad ambos referatur. Respondet autem Vlpianus ad pro-

positam questionem, si is cui iuratum esset, patronus verè fuisset, alteri suæ tantum partis, id est, ante sibi debitæ, quam exclusus esset alius patronus, bonorum possessionem competere, nec ei prodesse cui iuratum non est, quod aduersus alterum libertus iurasset. RAT. DV B Qui libertum se confiterur, is vt patronum aliquem habeat necesse est, & quidem in solidum, si non plures habeat patronos, nec enim magis fieri potest, vt pro parte sit libertus quam vt seruus. l. 1. & 2. C. de comm. seru. manum. l. si pater 9. in si. de liberal. caus. Atquin hic de quo agimus qui duorum libertus asserbatur, non negabat se libertum, nec rursus iurauerat se nullius libertum esse, quod nec iurare potuisset alterutro duntaxat deferente, sed tantum se alterius qui iusiurandum detulerat, libertum non esse. Consequens igitur est vt hoc ipso maneat, & probetur non præsumptiuè solum, sed etiam concludèter, libertus in solidum alterius, contra quem nihil iuratum est. Quidni enim ei liceat totum libertum suum dicere qui nullius alterius libertus aequè dici possit? l. rectè dicimus 25. de verb. signif. l. illud 4. de rit. supr. siue se alicuius libertum esse fateatur, siue dicat se ingenuum. Ac proinde fatendum est iusiurandum quod ei ex patronis noceat qui detulit alteri patrono qui non detulit, prodesse, si non per se & directè, saltem per consequentias necessarias. DEC Iusiurandum inter alios præstitum sicut aliis nocere non debet qui non detulerunt, ita nec prodesse. l. quia non debet 10. supr. si eos excipias qui à iurante causam posteriorem habuerunt, etiam titulo aliquo singulari vt scriptum est in l. ait prætor 7. & seq. supr. hoc tit. aut qui sunt socij obligationis, quales sunt correi debendi l. in duobus 28. in princip. infr. Ergo si is cui iuratum fuit patronus fuerit, quomodo ponitur in principio huius legis duos fuisse patronos, dicendum est alteri patrono prodesse non debere, quod aduersus alterum libertus iurauerit, nec ideo tamen verendum est, vt non nisi pro parte libertus maneat si alium compatronum ostendere non possit: nec enim iusiurandum potest extinguere iura patronatus ipso iure, sed tantummodo patronum cui iuratum est, excludere à petitione bonorum possessionis, & operatum, quia nec aliter iusiurandum conseruari & ratum manere possit. l. eum qui 30. §. pen. infr. hoc tit. Sicut è contrario, si quis iurauerit se patronum alicuius, non ideo tamen fit patronus, adeo vt nec acquirat sibi ius petendæ bonorum possessionis defuncti, quando cunque liberti, nec petendarum operarum. l. si iurauero 14. infr. de iur. patron. vbi hæc ipsa ratio redditur, quam attulimus, quia iusiurandum patronum non facit, nisi iurauerit aduersarium libertum suum esse. l. adoptiuum 8. §. patronum supr. de in ius vocand. vt dicemus latius ad d. l. eum qui 30. §. pen. infr. Et in summa in hoc iudicio quod ex iureiurando datur, non principalis causa exercetur, que esset de iure patronatus sed iusiurandum solummodo conseruatur. d. l. eum qui in princ. Nihil ergo vetat, & pro patrono non haberi eum, cuius libertum se non esse iurauit libertus & alium pro sua tantum parte quam habebat in eo liberto ante iusiurandum præstitum iura patroni retinere, & quantum ad operas, & quantum ad bonorum possessionem contra tabulas, vt pro alia parte libertus qui iurauit interim libertate huius iuris patronatus fruatur. Exemplo eius quod scribit Proculus in l. aquam 16. in fin. supr. quem admodum seruus amittit. Interim, inquam, id est, quouique patronus alter cui iuratum non est

probauerit se patronum in solidum: nam si fateatur se pro parte duntaxat patronum esse, tamen si patronus alius nullus appareat, questionem loci non est, sicuti nec si libertus consentiat se patronum alterum solum & in solidum habere, neque item si libertus hic fateatur se pro parte libertum huius qui se solum patronum dicit, nec alium patronum allegaret. Argueretur enim ex suo mendacio vt bene Castrensis disputat ex l. rem alienam 41. infra de pignorat. action. Quamquam in specie huius legis ponendum est defunctum fuisse libertum, & item à patrono non cum liberto ipso institutam, sed cum alio qui se patronum aequè diceret, aut cum liberti heredibus de eius hereditate cum patrono contententibus, alioqui non esset tractandum de bonorum possessione liberti viuentis. Alia ratio est communis liberti, à quo alter ex patronis iusiurandum exegit, contra legem Æliam, Sentiam, ne vxorem vnquam ducat, iniuncto ei præcipuo cælibatualter enim qui extra culpam fuerit, partis vtri que debitæ bonorum possessionem solum habebit liberto mortuo, quemadmodum si alter compatronus predecessisset sine liberis, & hic solus superuixisset. vt in l. à communi liberto 24. sic enim legendum est, infra de bon. libert. l. vnic. G. si liberal. imper. socius sue hered. decess. lib. 10. tit. 14. His enim casibus extinguitur omnino, & ipso iure totum ius patronatus in persona eius, qui aut contra legem fecit aut sine liberis antè defunctus est. l. qui contra 15. iunct. l. adigere 6. §. si patronus infr. de iur. patron. l. quæsitum est 31. infr. qui & à quib. manum. liber. non sunt d. l. adoptiuum 8. §. vlt. de in ius vocand. quæ res inducit facillè ius adcrendi, non etiam exclusio quæ ipso iure non fit, sed operam tantum exceptionis, vt post Accursium Bartolus hic docet, addens sic esse interpretandam & restringendam Constantini constitutionem in d. l. vnic. Quamuis malè Castrensis in hanc rem alleget l. vnum ex familia 67. §. sed si vno deleg. 2. vbi per exceptionem doli non deficit portio, sed retinetur, de iure adcrendi quod patrono datur, vide l. sed cum patrono 6. de bonor. poss. l. siue patronus 2. §. ex duobus de iur. patr. Certè mirum non est, maiorem esse potestatem legis Sentia, quam hominis aut iusiurandi siue pactionis & transactionis siue rei iudicatæ vim obtineat. vlt. infr. de iur. & legit.

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

possit vincere, vel probandi onus totum in aduersarium transferre, vt intelligamus, non esse hanc iuris præsumptionem, quomodo videtur sensisse Zasius, & cum eo plerique, sed dispositionem quædam potius ad inducendam probabilem credulitatem. Nam quemadmodum præsumptio quam nostri vocant iuris & de iure pro indubitata probatione est, ita vt non admittat probationem in contrarium. l. filium 6. supra de his qui sui vel alien. iur. sunt. Ita præsumptio iuris quantum non sit æquè probatio, eam tamen vim habet, vt probandi onus totum transferat in aduersarium. l. si chirographum 24. & seq. infr. de probat. Sic dicimus, neque professionem matris negantis se gravidam esse ex marito nocere filio, neque patris confessionem adeo ei prodesse, vt hoc ipso debeat haberi omnimodo pro suo herede ac necessario, sed tamen grande præiudicium aut pro filio, aut contra filium ex eo nasci. l. 1. §. Iulianus infr. de agnosc. & aliend. liber. iunct. l. Imperatores 29. §. 1. de probat. RAT. DV B Quod inter alios gestum, nullum omnino præiudicium inter alios generare debet. l. quia non debet 10. supr. hoc tit. l. Euticus 21. supr. de his qui not. infam. Generaret autem præiudicium aliquod saltem quale quale si leuioribus probationes ab alio patrono exigentur, ob iusiurandum præstitum aduersus alium patronum. l. prox. supr. Præsertim si ponas, de hoc iure patronatus contendi, non inter patronum hunc qui se solum patronum asserit, & alium qui se pro parte patronum dicat, sed inter patronum hunc, & libertum, qui se alterius libertum non esse iurauerit. Nam cum ad suam vtilitatem ita iurauerit, an non per absurdum fuerit quale quale præiudicium sentire illum ex suo iureiurando, ex quo etiam exceptionem sibi acquirerit: quemadmodum solemus dicere exceptionem rei iudicatæ, neque ei prodesse de-

bere, contra quem iudicatum est, nec ei nocere, pro quo lata fuit sententia. l. si à te 9. §. 1. l. euidenter 16. infr. de except. rei iudic. l. si fundus 16. §. creditor infra de pignor. DEC. In his quæ causam habent connexam, & quorum alterum ab altero quodammodo pendeat, non potest fieri, vt non ali quod præiudicium, & saltem quale quale alij per alium inferatur, vt in exemplis quæ adfert Accursius ex l. si suspecta 29. supra de iust. testam. l. à sententia 5. l. si per iusorio 14. infr. de appellat. l. 3. §. ibidem Iulianus 8. infr. de Carbon. edict. Adeoque præiudicium aliquando tale est, vt à sententia etiam inter alios lata, aliis necesse sit appellare, non tantum in casibus, de quibus in l. sape 63. de re iud. qui specialem habent rationem, sed etiam in aliis, vt in d. l. à sententia & d. l. si per iusorio iunct. l. 3. in prin. infr. de pignor. l. si seruus 50. §. 1. de legat. 1. Atqui conexa sunt iura patronorum in persona vnius eiusdemque liberti, adeo vt si vnus patronus esse desineret, alteri totum ius patronatus quæreret. d. l. à communi liberto 24. de bon. libert. Mirum igitur non est ex iureiurando liberti contra vnum & patronis multum fidei & autoritatis accedere probationibus ab alio factis qui se patronum solum dicit: sed ita tamen vt nulla probandi necessitate exoneretur, qua tenetur qui quis se patronum contendit, tum quoque cum est in possessione patronatus. l. quous 18. in prin. infr. de probat. Proderit igitur patrono hæc qualisqualis præsumptio quæ oritur ex hoc liberti iureiurando, hæc tamen tantum vt si aliis probationibus idoneis causam suam instruxerit, & nihilominus ob contrarias liberti probationes causa sit dubia, quod facillimè ex facto contingit. l. admonendi 31. infr. hoc tit. debeat patronus ob hanc solum præsumptionem ceteris paribus vincere, nullo etiam præstito iureiurando, quod tamen alioqui ab eo exigendum & præstandum esset. l. admonendi.

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

Ad §. I. Iulianus.

RAT. DV B. Ex iureiurando petitoris, qui rem petitam suam esse iurauit, aduersario scilicet deferente, nascitur actio in factum, perinde atque ex iudicato, vt læpius iam diximus ex l. nam possessorem 9. §. vlt. l. sed si possessori 11. vers. proinde supr. hoc tit. l. actori 8. C. eod. idque licet nulla longi temporis possessio aut præcesserit aut secuta sit: multo igitur magis interueniente possessione longi temporis, cum dici soleat, quod & verissimum est, duo vincula esse vno fortiora. l. pen. C. de adopt. Coniuncta enim iureiurando longi temporis possessio, quo magis non quominus danda sit iuranti in rem actio, facit, & aliter foret minus iuris habere iurantem, ob id solum, quod longo tempore rem possederit, arg. l. in bello 12. §. si quis seruum infra de captiu. & postlim. l. 3. §. si emancipatus filius vxore infr. de bonor. poss. contr. tab. Ergo quod Vlpianus ex Iuliano hæc scribit, eum qui iurauit fundum suum esse, post longi temporis præscriptionem etiam vtilem actionem habere debere, vel stultum est, tanquam carens omni dubitatione debentem responsa omnia prudentum sic intelligi, vt sint de re dubitabili. l. Domitius 27. infr. qui testam. facer. poss. l. quod Labeo 9. infr. de Carbon. edict.] vel falsum, si sic intelligatur, quomodo plerique interpre-

tum intelligunt, vt is qui fundum iurauit suum esse non aliter actionem vtilem in rem habeat, quam si post iusiurandum longi temporis possessionem compleuerit, cum iusiurandum solum sufficiat ad inducendam pro iurante actionem: Possessio autem longi temporis nunquam possit actionem parere, inspecto iure vetere, quod Iuliani & Vlpiani temporibus obtinebat & obtinuit vsque ad l. vnic. C. de vsucap. transform. Sed tantum præscriptionem; id est, exceptionem. Quo posito illa etiam dubitandi ratio ad hunc locum occurrit, quod qui longo tempore re possessam cum titulo & bona fide, nec tamen vsucapram iurat suam esse, falsum iurat, cum longa possessio non sit modis acquirendi dominij sicut nec iusiurandum, vt diximus ad d. l. 9. §. vlt. supr. sed vsucapio, & traditio. l. traditionibus 20. C. de pact. l. 1. infr. de vsucap. itemque mancipatio, cessio in iure, adiudicatio, & lex vt idem Vlp. nofter refert in Instit. Tit. 19 de acquir. rer. Nullam ergo ex hoc iureiurando actionem in rem habere debet ne quidem vtilem, siue ex longi temporis possessione que in eam causam est, inefficax siue ex iureiurando quod falsum esse, & ex falsa causa præstitum inuenitur. Et hæc ratio dubitandi verior mihi videtur, & ad hunc locum accommodatior. DEC. Ex longi temporis possessione præscriptio quidem duntaxat acquiritur, id est, exceptio, non actio in rem siue di-

recta siue vilis, quia nec dominium per solam possessionem cum titulo & bona fide coniunctam acquiri potest, quoties à non domino facta est traditio, nec secuta usufructio quæ ad solum Italicum olim restricta erat, vt refert Iustinianus in *Tit. de usufructu*. Sed tamen tantam securitatem tribuit possessori quantam usufructio ad rem retinendam & summouendum petitorum d. §. diuina. Proinde inspecto effectu, qui in iureiurando quoque potissimum inspiciendus est. *sed si possessor 11. §. item si iurauero sup. hoc tit.* non malè nec falso iurat, qui rem à se longo tempore cum titulo, & bona fide possessionem esse iurat, cum petinde possit eam retinere inuito domino, atque si eius esset. Quid enim refert, an verus dominus actionem in rem nullam habeat ad rem petendam, an verò talem habeat, quæ exceptione perpetua & fauorabili possit summoueri? *l. nihil interest 11. de reg. iur. l. qui exceptionem 40. de cond. indeb. l. 1. & tot. tit. Cod. de long. tempor. prescript.* Et quemadmodum dicimus, non videri in totum esse falsum, quod veritatis primordium adimatur. *l. cum filius 76. §. heres meus de legat. 2.* ita neque id quod veritatis effectum habet. Quamquam nec de eo queri potest, postquam iuratum est an falso iuratum sit. *Esset enim id, querere de periurio, de quo queri non debet, quoties ex necessitate iuris & aduersario deferente iuratum est l. 1. C. hoc tit. l. vlt. infra tit. prox.* Itaque si cum à te rem peterem quam longo tempore nondum possederim, tu mihi iusurandum detuleris & ego iurauero meam esse, perinde ex iureiurando dari debet mihi actio vilis, & in factum, ac si eam rem longo tempore possedissem. *d. l. 9. §. vlt. sup.* Nihil enim adiicit longi temporis possessio, nisi maiorem dubitandi rationem contra actorem qui iurauit, quasi iurando nihil noluerit iuri suo addere, quod longa possessione iam quaesierat, sed tantum ius illud iureiurando suo probare atque ita exonerare se à probandis cæteris, quæ probare debet qui quis longi temporis possessione nititur. *l. eum qui 30. inf. & ius suum quod habet stabilire, non nouum sibi acquirere.* Nam & dici solet iusurandum quodlibet sumere naturam eius actus in quo interponitur. *l. vlt. C. de non numer. pecun. l. vlt. sup. qui satisf. cogant. l. vlt. in princip. inf. Admunicip.* Proinde cum ex longi temporis possessione præscriptio tantum nascatur & exceptio, is qui iurat rem suam esse, quam longo tempore possedit, non alia mente iurare videtur, quam vt suam sibi exceptionem conferret, non etiam vt actionem sibi acquirat, maxime verò, si ponas fuisse illum possessorem. eo tempore quo iurauit: alioqui si ante iusurandum præstitum à possessione sua cecidisset, nihil ei addendam actionem prodesse deberet præterita possessio, soliusque iusurandi rationem haberi oporteret. Debet igitur hic locus necessario intelligi de possessore, qui post completam longi temporis possessionem conuentus rei vindicatione à vero domino, & eo deferente iurauerit rem suam esse. Hic enim non tantum exceptionem saluam habere debet, quam habebat iam antea ad summouendum petitorum, sed etiam actionem vtilem, non tamen in rem, vt vulgo creditur, sed in factum, si possessionem illam aliquo casu sine culpa sua amisit, sed contra eum solum qui detulit, si possessor quòquo modo factus sit, non etiam aduersus cæteros vt in *d. l. 9. §. vlt. & d. l. sed si possessor. vers. proinde sup.*

Ideoque nimirum hæc actio dicitur vilis, vt sunt subsidiarie in factum actiones omnes. *l. qui actio-num 11. l. quoties 21. inf. de prescript. verb.* ad differentiam scilicet actionis directæ, quæ datur petitori, iuranti rem suam esse, quam alius possidet. Ita enim directa est, quia nascitur ex iureiurando, eam ob causam interposito vt actio iuranti acquireretur. In proposito autem iuratum fuerat animo non actionis acquirendæ, sed conseruandæ exceptionis, vt in *dict. vers. proinde.* Quare etsi uoles cum interpretibus etiam de vtili in rem actione & Publiciana locum hunc intelligere, dicendum tamen erit contra solum eum, qui iusurandum detulit Publicianæ hunc locum fore, non etiam aduersus alium quemlibet *ex l. eum qui 7. §. si petenti sup. de Public. in rem act.* Non enim datur Publiciana directa, nisi eis qui possessionem amiserunt earum rerum quas ex iustis & legitimis causis acquisierunt. *l. quacunque 13. eod. tit.* Atqui nec iusurandum, nec longi temporis possessio iusta causa est acquirendi dominij vt diximus. Ergo nec Publiciana ex his causis acquiri potest nisi contra solum deferentem, contra quem iusurandum pro veritate habetur. Atque ita locus hic intelligi certè debet, & quod nos ex hoc §. scripsimus ad *l. pen. sup. de mort. infer.* ne quis putet nos tum putasse ex longa possessione acquiri olim actionem vtilem potuisse in rem, extra casum huius §. hoc est, nisi iureiurando interueniente, & contra deferentem solum. Noli ergo cum quibusdam ex interpretibus, quos Castrensis refert, sic locum hunc intelligere, vt etiam is qui rem præscripsit, si iuramentum deferat, perdat exceptionem præscriptionis: etsi enim hoc verissimum est, quia sibi debet imputare is qui detulit, & ita exceptionem quam habebat sibi ipsi ademit, est tamen alienum à mente Iuliani & Vlpiani, sicuti nec quod alij volunt huius loci sensum esse, eum qui nondum compleuit præscriptionem [sic enim loquuntur] vel nondum incepit si iusurandum deferat non posse ab eo tempore vel incipere vel complere quia iusurandum habeat vim litis contestatae ad perpetuandam actionem in quadraginta vsque annos. *d. l. nam posteaquam 9. §. si quis temporaria sup. de quo certo Vlpianus non cogitauit, qui non de complenda vel inchoanda longi temporis possessione tractat, sed ponit completam iis verbis post longi temporis præscriptionem scilicet acquisitam, quæ postò non nisi longo tempore completo acquiritur.* Ponenda enim est virgula post ea verba vt scilicet determinent præcedentia non sequentia. Planè quod Castrensis addit post Bartolum posse aliam quoque adferri huius loci interpretationem, vt nimirum ex solo iureiurando actoris secuta traditione dari causam præscribendi, & præscriptione completa vtilem vindicationem competere, contra quemlibet possessorem, sed ea nondum completa competere Publicianam, hoc verò mihi omnino improbabile videtur. Iusurandum enim non magis habilis titulus est ad longi temporis præscriptionem quam ad usufructum, proinde nullo penitus casu potest ei qui iurauit rem suam esse, alia actio competere quam Publiciana, nec contra quemlibet, sed contra solum deferentem, vt disertè scriptum est in *dict. §. si petenti vbi hoc late explicauimus, & ad d. l. nam posteaquam 9. §. vltim. sup.* Illa igitur omnino sequenda interpretatio est, quam attulimus.

2 IDEM

2 Idem Iulianus scribit, eum qui iurauit futurum se non fecisse, videri de iure iurasse, atque ideo neque furti, neque condicticia tenetur, quia condicticia, (inquit) solus fur tenetur. Numquid ergo, qui iurauit se furtum ne fecisse, hoc solo nomine, conditione si conueniatur, exceptione vtatur? cæterum si contendat, qui condicit quasi cum herede se furis agere, non debet repelli? & quasi *μολομηνς. i. unimembris*, condictio dari debet aduersus iuris heredem: nec pati eum iudex debet, si cæperit tentare furem probare.

Ad § 2 Idem Iulianus.

RAT. DV B. Iusurandum habet vim pacti conuenti & transactionis. *l. 2. sup. l. tutor pupillum 35. §. 1. inf. hoc tit.* Ergo qui iurauit se furtum non fecisse, videtur de furto pactus fuisse & transegit, & vt loquuntur nostri, damnum decidisse. Atqui si pro fure damnum decisum sit, condictio tamen furtiua non impeditur, quia decisio actio quidem furti, sed non condictio tollitur, vt disertè idem Vlpianus noster scribit in *l. si pro fure 7. in princip. infra de cond. furt.* Ergo non potest verum esse, quod hic scribitur, eum qui iurauit, se furtum non fecisse, videri de toto iurasse, id est, etiam de condictioe furtiua vt post sum iusurandum non magis ea actione, quam Vlpianus hic condicticia vocat, quam furti possit conueniri, ac sanè manifesta est hac parte inter actionem furti & condictioem furtiuam differentia: nam de furto lex duodecim tabularum locuta est, vt de eo pacisci liceret, pactumque tanquam legitimum tolleret ipso iure furti actionem. *l. si tibi 17. §. 1. iunct. l. legitima 6. sup. de pact. quod sit odiosa tanquam & merè pœnalis & famola §. ex maleficiis Instit. de action. l. in famam 7. infra de public. iudic. l. 1. l. furti 6. supra de his qui notant. infam.* quorum neutrum de condictioe furtiua dici potest. *d. l. si pro fure §. 1. de cond. furt. l. cessat 36. infra de oblig. & action. d. §. ex maleficiis inf. in.* Nec nisi de actione furti lex duodecim tabularum locuta est, non etiam de condictioe furtiua, quam prudentum interpretatio ad eam legem & autoritas introduxit. Dicitur condictio furtiua quamuis sit merè rei persecutoria ex parte vtiusque tam rei quam actoris, nullomodo autem pœnalis, nascitur tamen ex delicto & ex furto ipso. *l. si ambo 10. §. quoties infra de comper. l. 1. sed si damnus 9. §. siue autem infra de pecul. l. si mulier 21. §. hac actio infra ver. amot. l. cessat 36. de oblig. & action. l. 1. §. illud vtrique 6. infra de vi & vi armat.* vbi quod scriptum est, interdictum illud non pertinere ad res mobiles, quod pro iis, ex causa furti, vel vi bonorum raptorum actio competat, non de furti actione intelligi potest, quæ non vt actio vi bonorum raptorum, iuxta vllam habet rei persecutoriam, sed de condictioe furtiua, quæ non ad aliud datur, quam ad rem mobilem, quæ furto subtrahita est, persequendam. Iustinianus quoque noster in *§. ex maleficiis Instit. de action.* posteaquam dixit ex maleficiis nasci actiones quasdam merè pœnales, quasdam etiam mixtas, & partim pœnæ partim rei persecutorias, addito etiam exemplo actionum merè pœnalium in actione furti, cum videret condictioem furtiuam, non minus quam actionem furti ex delicto nasci, & ex furto ipso, neque tamen esse illam vel merè pœnalem, vel mixtam, subiicit *eo amplius aduersus furem etiam condictio est rei*: vt significet ex maleficio furti non modò a-

ctionem illam furti pœnalem nasci, sed etiam condictioem furtiuam, sed ad rem ipsam, non ad pœnam persequendam. Dicitur enim *eo amplius* cum sit inclusiua & implicatiua, includit & implicat omnes præcedentis dispositionis qualitates. *l. in repetendis 63. de legat. 3.* Nec sanè de hoc quisquam ex interpretibus, aut antiquis, aut recentioribus dubitauit, excepto vno, qui vt Iacobi Cuiacii errorem mordicus tueretur existimantis, actiones ex delicto etiam rei persecutorias merè non esse dandas in heredem in solidum, sed de eorum tantum quod peruenit, nec proinde condictioem furtiuam, contra quam tamen disertis verbis ab Vlpiano nostro scriptum est in *l. in condictioe 9. infra de cond. furt.* Cum verba Vlpiani, neque cauillari, neque effugere vllò tandem commento posset, ad quæ nec responderi posse fatebatur Cuiacius, petit ad respondendum induci *lib. 7. Obser. cap. 37.* auctorem affirmare ausus est, quod Cuiacio nunquam in mentem venerat, vt diceret, condictioem furtiuam non esse ex delicto, nec nasci ex furto, contra tot supradictos, & alios innumeros iuris locos, quibus id ipsum apertissime traditum est, sed ex nescio qua planè commentitia cauillæ suæ figura, quam tamen nec verborum vllis ambagibus possunt exprime, nec intellectu ipso quisquam assequi, nisi mirum vti ne turpiter Cuiacii sui defensor fuisse videretur, concedens Vlpiano, & nobis, condictioem furtiuam dari in solidum contra heredem, si non hoc saltem retineret ex doctoris sui ratiocinatione, ex quo maiorem ille sui syllogismi propositionem conseruauerat actiones ex delicto, quamuis merè rei persecutorias, non dari in heredem, nisi de eo quod peruenit, quod tamen æquè falsum & nugatorium est, vt constat clarissimè non solum ex *d. l. in condictioe 9. de cond. furt.* quo solo iuris loco dicunt nostram probari sententiam, sed etiam ex *d. l. si pro fure 7. §. vltim. eod. tit. l. Caius Scius 22. de SC. Silan. l. fraudati 8. l. cotem 11. §. illicitarum l. commissi 14. de publican. & vltim. l. donationes 11. §. vlt. de donat. l. pen. & vlt. Cod. ad leg. Jul. maies. & §. his verbis 9. Instit. ad leg. Aquil. vbi dicitur actionem legis Aquiliæ quæ perinde ciuilibis, atque condictio furtiua est, transiuram in solidum contra heredem iuranti de eo quod peruenit, dubitatio nulla est quin detur, etiam si sit pœnalis. *l. inde Neratius 23. §. hanc actionem supra ad leg. Aquil.* si in ea nunquam his estimaretur supra damnum quod actor passus fuisset, nempe quoniam eo casu esset merè rei persecutoria, non minus quam condictio furtiua, id est, non minus ex parte illius qui conueniretur, quam ex parte actoris, & tamen non eo minus esset ex delicto. Cum ergo queritur an aliqua actio rei persecutoria detur in solidum contra heredem, non illud inspiciendum est, an sit ex delicto necne, sed an sit merè rei persecutoria ex vtraque parte tam rei conuenti quam actoris, siue ex delicto sit siue non sit. Nam nec aliam ob causam*

actiones ex contractu transeunt in solidum contra heredem quam quia nihil nisi meram rei perfectionem continent tum quoque cum dolus intercessit & ob dolū dantur cum hoc casu dolus ipse ex contractu rei que perfectione descendat, ut subtiliter & eleganter Vlpianus noster ratiocinatur in *l. si hominibus 7. §. datur inf. de pos.* Proinde nulla ratio fuit, cur Cuiacius hic tam pertinaciter descenderet contra præceptoris sui sententiam, conditionem furtiuam non nasci ex furto, ut maiorem illam propositionem defenderet, quam Cuiacius imprudenter insandè & incautè potius quam prudenter & imperitè effuderat: Actiones ex delicto etiā merè rei persecutorias ex vtraque parte non dari in solidum contra heredem. Et si enim turpius & periculosus erratur in maiore propositione, quam in minore, fuisset tamen honorificentius discipulo errorem magistri agnoscere, & in Vlpiani qui multo melior iuris magister fuit, si in nostras pudebat descendere, quam contra tanti magistri prudentiūque omnium sententias, minorem illam *Actionem conditionis* de qua hic agitur, id est, conditionem furtiuam esse ex actione, que vera est in falsam convertere, & negare conditionem furtiuam ex delicto esse, totique aliis erroribus ad hanc tuendum, ut euenire solet, se inuolueret: sed hoc obiter dictum sit, ex professo enim hos errores profligauimus *lib. 4. Coniect. c. 1.* & fultius ac melius ut diligentius in *decal. 76. & seqq. Chiliadis nostra de error. pragmat.* & dicemus etiam ad *d. l. 9. de condit. furt.* ibi enim probanda & continuanda erit Vlpiani sententia, de conditione furtiuam in solidum, contra heredem danda. At in hoc §. tractandum fuit, an conditio illa esset ex delicto: esse autem apparebit manifestius etiam ex iis quæ mox subiiciemus: iam ergo ad rationem decidendi redeamus. Conditio furtiuam licet sit merè rei persecutoria ex vtraque parte, tamen ex delicto est & ex furto, non minus quam actio ipsi. furti, tamen si penalis hæc sit merè ac furiosa, conditio verò furtiuam non item, ut iam ostendimus & hic locus, si quis alius iniure, omnium optime probat. Atquin is qui se furtum non fecisse videtur de toto iurasse, id est, non de toto furto, quippe quod non potuit pro parte fieri, sed de tota causa furtiuam, nec de vna actione sed de omni iure, quod ex causa furtiuam pendere potuit, ac proinde non solum de actione furti, quæ penalis & famosa est, sed etiam de conditione furtiuam, que merè rei persecutoria. Prodesse igitur ei debet iusiurandum, non solum si actione furti, sed etiam si conditione conueniatur *l. in duobus 20. §. exceptio infr. hoc tit.* Non magis enim potest conditio furtiuam competere, quam furti actio, si furtum nullum factum sit. Diuersum est si quis affirmatiuè iurauerit furtum ab aduersario sibi factum esse. Non enim ideo statim acquirit sibi conditionem *d. l. in duobus §. pen.* quia iusiurandum affirmatiuum non facit rem furtiuam, quomodo negatiuum purgat furem & consequenter vicium rei furtiuæ, alioqui non posset à quoquam vlticipi res cuius furtum factum esse iuratum esset tanquam hoc ipso facta furtiuam, quod esset ridiculum: ita enim fieret ut iusiurandum vnius aliis noceret quam deforenti contra *l. quia non debet 10. supr.* Et præterea actorem dominum esse oportet. Imò si verum amamus, conditio furtiuam magis immediatè pendet à furto quam actio furti, cum non deur nisi contra furem ipsum, aut furis heredem: actio autem furti datur contra eum quoque, cuius ope, consilio fur-

tum factum est, licet is neque fur sit neque furis heres *l. ex furtiuam §. & seq. de cond. furt.* unde est quod si is qui liber esse iustus erat, aliquid ex hereditate ante aditam eam auerterit [hic enim cum rei hereditariæ furtum facere non possit, ex regula *l. rei hereditariæ 68. inf. de furt.* ob rationem positam *l. 1. §. Scauola inf. si is qui test. lib. est. iuss.* auertere propriè dicitur non furari aut subripere *d. l. 1. §. sed & in omnibus*, sicut & coniunx amouere *l. vlt. & tot. tit. rer. amot.*] Atque ita incidit in edictum, ut conueniri possit actione pœnali, in factum prætoriam, quæ ad similitudinem actionis furti nec manifesti in duplum comparata est, tenetur quidem præterea vindicatione, perinde ac si furtum fecisset, ac furti actione conuentus iam, & condemnatus fuisset *d. l. 1. §. præter hanc actionem l. 7. in l. l. de priuat. delict. l. si pignore 54. §. cum furti de furt. d. l. 1. §. pro fure 7. §. 1. de cond. furt.* At non similiter tenetur conditio furtiuam ut apparet ex *d. §. præter*, vbi de sola vindicatione Vlpianum loquitur non etiam de conditione: an quia melioris conditionis sit, aut esse debeat is, qui dolo malo res hereditarias auertit quam si furtum fecisset: Minime. Deberet enim potius esse deterioris, qui tam improbum factum admittit, factum ob id solum audacior, quod videret se, neque tanquam seruum, coerceri posse, propter spem imminentis libertatis, neque ut liberum damnari, quod hereditati furtum fecerit, quæ tum erat domina dominæ autem cum seruo suo neque furti neque alia vlla possit esse actio, ut ex Labone Vlpianus tractat in *d. l. 1. §. 1.* Ergo non alia causa est, propter quam conditio furtiuam non teneatur, quam quia fur non est, quandoquidem solius furis odium induxit conditionem, quod pluribus etiam contrariis actionibus teneretur *§. sic itaque. Inst. de actione.* In quo differt actio illa in factum ab ea, quam prætor proposuit aduersus publicanos in *l. 1. de public. & vectig.* Quæ scilicet non magis furtiuam conditionem, quam vel furti, vel vi bonorum raptorum actionem aut ad exhibendum, aut vindicationem excludit: cum publicanus qui prætextu vectigalis aliquid vi ademit, verè fur sit & raptor. Quisquis autem fur & raptor est, conditio ista teneatur. Consequens igitur est, ut qui iurauit se furtum non fecisse, non magis timere debeat conditionem furtiuam, quam actionem furti de vindicatione & ad exhibendum actione non idem dici potest. Et si enim hæc quoque actiones, simul cum conditione furtiuam aduersus furem competunt *d. §. sic itaque d. l. si pro fure §. 1. d. l. si pignore 54. §. cum furti de furt. d. l. 1. de priuat. delict.* non tamen nascuntur ex furto, neque ex eo pendunt, ut actio furti, & conditio, sed ex dominio actoris, & ex præsentī possessione rei. *non alias 24. §. sed si postulat sup. de iudi.* nec odio furis contra iuris regulas dantur in fure, ut actio furti & conditio, sed eo iure quo darentur actiones illæ, contra quemlibet possessorem. Et tamen nulla inter vindicationem & conditionem hac parte deberet esse differentia, si conditio furtiuam non magis quam vindicatio ex furto ipso nasceretur. Itaque de vindicatione, non de conditione accipi debet, quod scriptum est in *l. si quis uxori 52. §. si quis iurauerit 27. inf. de furt.* exemplo eius quod scriptum est in *d. l. 1. §. præter hanc actionem inf. si is qui test. lib. est. iuss.* Præsertim si sequare vulgatam lectionem, que addita negatione sic habet *deinde rem furtiuam non contrahet.* Et ea sanè rector est, iusiurandum enim non aliud furtum purgare potest, quam cui causam dedit, anterior contractio, non etiam illud quod ex possessione

contractatione inducitur, ex qua non minus conditionem furtiuam, quam furti actionem nasci oportet, nam quod quidam putant, eo nomine actionis furti etiam conditionem furtiuam eo loco, & aliis quibusdam significari, non possum admittere. Et si enim ambæ nascuntur ex eadem causa, id est ex delicto furti, à quo & nomen vtraque accepit, habent tamen tam diuersos effectus naturamque dissimilem, ut vnius nomine aliam contineri fuerit sanè per absurdum: nec illud quoque probari potest, quod Accursius notat, responderi posse ad *d. §. si quis iurauerit.* loqui eo loco Vlpianum de conditione furtiuam, contra eum qui iurauit danda, quasi furis heredem, secundum id quod subiicitur in hoc ipso §. cum eius tantum qui iurauerit, contra quem rei quidem persecutione domino seruatur contra possidentem, quisquis ille sit, sed per vindicationem non per conditionem. Et si enim conditio rei quoque persecutionem continet: Attamè rei persecutionem simpliciter cum dicitur, vindicationem magis propriè intelligimus, quæ in rem ipsam actio est, & in qua non nisi de actoris dominio queritur, non conditionem, quæ in personam actio est, ut cæteræ omnes conditiones, nec tantum probationem dominij ab actore exigat, quæuis non datur nisi domino *l. 1. de condit. furt.* sed etiam ut furti ei factum sit, de quo tamen queri amplius non potest aduersus eum qui iurauit, se furtum non fecisse nisi specialiter ac nominatim tanquam furis heres conueniatur, ut sequitur in hoc §. Et conditionem rei dicimus, non simpliciter rei persecutionem, eum de furtiuam conditionem intelligimus *d. §. ex maleficio in fin.* Et sanè speciali nota & nomine digna est hæc actio, quæ habet tam multa specialia & singularia, nepe ut datur domino, ut soli domino, & ut cum vindicatione concurrat, quorū duo primū & tertium solo furis odio constituta sunt *d. §. sic itaque.* Secundum verò non quidem fauore furis, qui nullo certè fauore vnquam dignus est, sed minore ipsius odium, ne conditione furtiuam teneretur, omnibus quibus & furti tenetur: sed soli domino, cuius vtrique fauorabiliorem causam esse æquum est, quam cæterorum omnium, qui cum non sint domini, ob eam tamen rationem solam ad furti actionem admittuntur, quod ipsorum interfit ex honesta aliqua causa *l. cuius interfit 10. & seq. infr. de furt.* Nam nec vllius interesse magis potest, quam cuius interest ratione dominij, id est que & aliis distinguui plerumque solet, ne ipsa furti actio iure dominij, an iure tantum eius quod inter est dederatur, *leg. si vendidero 80. §. 1. eod. tit.* itemque cum de iure iurando in litem queritur *l. cum furti 9. vbi dicemus infr. tit. prox.*

a Cæterum si contendat qui condicit. R. A. T. D. V. B. Is qui iurauit, in specie huius §. iurauit de toto, ut proximè dictum est, nec minus quantum ad conditionem furtiuam, quam quod ad actionem furti. Ergo nullo casu teneri potest conditio furtiuam, nec magis tanquam furis heres, quam quasi fur, alioqui non de toto iurasse videretur, si non de omni conditione iurasset. Et certè conditio furtiuam non alia potest competere aduersus furis heredem, quam quæ competit, & dari potuit aduersus furem ipsum: est enim actio hereditaria, quæ non alio iure datur, contra heredem, quam quo dari aduersus defunctum debuit *l. debitor 59. infr. ad SC. Trebell.* ibi quoniam hereditaria est actio *l. vlt. & tot. tit. C. de heredit. actione.* Ergo si non potest, hic qui iurauit, conueniri furti-

Tom. III.

ua conditione, propter suum iusiurandum, tanquam fur, multo minus tanquam furis heres. De cetero Tota vis iusiurandi æstimanda est ex formula & conceptione verborum, quibus iusiurandum delatum, ac præstitum est *l. 3. §. vlt. & legib. seq. supr. hoc tit. Iusiurandum & ad pecunias 34. §. non semper infr.* At in proposito non iurauit reus in rem, id est furtum factum non fuisse, sed in personam, se furtum non fecisse, ut & in *l. si quis uxori 52. §. si quis iurauerit infr. de furt.* Ergo quamuis iusiurandum pro veritate habebatur, nihil tamen aliud ex eo inferri potest in hac specie, quam furem non esse illum qui iurauit, non etiam furtum factum non esse, ut proinde nihil prohibeat, hunc qui iurauit, furem quidem non esse, sed furis tamen heredem esse: quod non similiter dici potest, si iuratum esset in rem, furtum factum non fuisse id est de ipso delicto, & de re, non de persona ut in *l. in duobus 28. §. 1. infr.* Tunc enim neque fur, neque furis heres, quisquam esse posset, nec aliud est in transactione, si inter transigentes actum sit, de toto facto tollendo, ut bene Castrensis contra Accursium disputat, itemque in sententia si iudex quod facere potest, non tantum de actione, sed etiam de actionis causa pronunciauerit, scilicet inter easdem partes non inter alias. Ex quo idem Castrensis benè infert sententiam absolutoriam, inter priuatos latam, nullum facere præiudicium in criminali, ne quidem inter eosdem, cum in iudicio priuato utilitas priuata, in criminali verò vindicta verferetur publica *leg. locatio 9. §. quod illicitè infr. de public. & vectig.* id est causa rei publicæ, cui per priuatorum conuentionem præiudicium fieri non oportet *l. ius publicum 38. l. inter debitorem 41. supr. de pact.* Aliud ergo est dicere de toto iuratum esse, quod verissimum est, hoc sensu, ut de toto furto, quod iuranti obieciatur, tanquam furti iuratum sit, ac proinde de omni actione, quæ ex furto nasci poterat, & consequenter de furtiuam quoque conditione, quæ contra eum tanquam furem competeat: Aliud verò iuratum esse de omni conditione, quæ ex furto nasci posset, non modò contra furem, sed & contra furis heredem: Hoc enim non aliter fieri potuit, quam si iuratum esset furtum factum non esse. Omnis enim conditio furtiuam regulariter habet duas partes, & duo quodammodo membra, ut quisquis eam proponit, si se dominum probet, debeat omnimodo vincere, dummodo probet etiam, illum qui conuenitur, vel furem esse vel furis heredem. Ergo tametsi iure iurando excludatur actor ne possit rem furtiuam vel qui iurauit tanquam furti condicere, non tamen prohibendus est si contendat se cum eo velle agere quasi cum furis herede, nec debet hoc casu vel denegari ei actio quasi contra iusiurandum venienti ex *leg. ait Prator 7. supr.* neque contra eum agentem iusiurandi exceptio accommodari, cum nouam causam in iudicium deducat, quæ in iusiurandum deducta nunquam fuit. Si tamen actor impetrata conditione non possit probare rem furis heredem esse, & tamen ne succumbat velit probare esse ipsum furem, quod satis esse ad victoriam solet ei, qui agit conditione furtiuam, non erit audiendus, nec talis articulus admittendus, tanquam merè impertinens, id est, ad materiam in libellum deductam nil pertinens, & qui etiam qualitercumque probatus nil releuaret, ut nostri loquuntur, M

ex l. ad probationem 22. & l. neque natales 10. & pass. C. de probat. & ex hoc maxime loco probatur, quia salua iurisdictione auctoritate fieri hoc non possit. Non igitur debet Praetor hoc casu, contra eum qui iuravit se furtum non fecisse dare conditionem bimembrem ut solet, id est sub duplici & alternatiua conditione. Si paret Titium cum quo agitur vel furem esse vel furis heredem, sed per uisum & unimembrem si paret Titium quo cum agitur furis heredem esse ut etiam post iurandum a reo praestitum de furto a se non factum possit adhuc actor vincere, sed vno tantum casu probando scilicet praesente Titii esse furis heredem, cum si iuratum

3 ¶ Si quis iurauerit vendidisse me ei rem centum: ex empto agere poterit, ut ei caetera praestetur: id est, res tradatur, & de euictione caueatur. an tamen, ad pretium consequendum, ex vendito conueniri possit, videndum. & si quidem & de hoc ipso iuratum est, quod pretium solutum est: nulla pro pretio actio superest. si vero hoc non fuerit iuratum: tunc consequens est, de precio eum teneri.

Ad §. 3. Si quis iurauerit.

RAT. DVV. Ius iurandum catenus duntaxat actionem aut exceptionem parere potest, quatenus iuratum est, ut diximus ad §. precedentem, & dicimus ad sequentem ex l. in duobus 28. §. si quis iurauerit & §. penult. l. si actor 36. infr. hoc tit. At qui in is qui iuravit me fundum ei vendidisse precio centum a reorum, de solo actu & contractu venditionis iuravit, non etiam me tradere fundum ei debere, aut euictionem praestare. Ergo non potest ex hoc iuramento nasci actio siue ex vendito siue in factum ut res tradatur, sed multo minus ut de euictione ei caueatur. Nam venditio quidem est inefficax & nullius iuramentis si traditio non sequeretur aut ob non factam traditionem, non praestaretur emptori id quod ipsius interesset l. 1. infr. de act. empt. l. si traditio 4. C. eod. ut non etiam si euictio nulla deberetur quae & conuentione remitti potest, haec tamen saltim ut extra precij restitutionem nullam utilitatem petere emptor possit l. ex empto 11. §. qui autem infr. eod. ill. tit. l. qui libertatis 69. de euict. De i. iurandum pro veritate habetur quantum ad id de quo iuratum est l. §. dato iure iurando l. nam posteaquam 9. in princip. & §. 11. sed si possessori 11. §. vlt. sup. l. eum qui 30. infr. Ergo cum iurati me tibi fundum vendidisse certo precio, perinde habendum est ac si reuera vendidisset licet non vendiderim. At qui si vendidisset, haberet emptor actionem ex vendito contra me & ad rem tradendam & ad euictionem praestandam d. l. ex empto 11. in princip. infr. de action. empt. Idem ergo admittendum est, cum venditio per solum ius iurandum probatur, nam & traditio rei venditae, & euictionis praestatio veniunt ex natura venditionis, & eam necessarium consequuntur d. l. ex empto l. si in venditione 60. infr. de euict. Unde & in hoc §. caetera venditionis dicuntur & in l. magis putes. §. eadem ratione infr. de reb. cor. qui sub tutel. ut & caetera cognitionis in l. intra vtile 39. sup. de minor. Planè si conuenerit ut cum fideiussore dupla cautio praestetur extra naturam contractus est, & ad contractus adminicula non ad naturalia pertinet l. pacta conuenta 72. de contr. empt. vbi latius dicemus. Ex hoc autem intelligimus non esse verum quod volunt interpretes ex huiusmodi iuramento nasci actionem quoque in factum quae aliàs ex iure iurando nasci solet l. sed si possessori 11. in princip. vers. proinde sup. l. actori 8. C. de reb. credit. quasi non sit absurdum eam cum actione ex contractu concurrere. Nam cum actio in factum qualibet sit subsidiaria, nec possit competere nisi deficiente civili actione, fieri

non esset, utique vincere duobus casibus potuisset, probando nimirum aut furem eum, aut furis heredem esse. Est igitur hic casus valde singularis, in quo furtiua conditio unimembres est, nec quicquam prodest actori, quod probet reum ipsum furem esse: cum tamen haec conditio non nisi contra fures & eorum odio comparata sit. Contra furis autem heredes qui nullo certe odio digni sunt non nisi per consequentias. Sed hoc ad tuendam iurisdictionem religionem & auctoritatem simile quiddam est in leg. in duobus 28. §. exceptio & seq. leg. si actor. 36. infr. hoc tit.

certè nequit ut idem ius iurandum possit & actionem ex empto inducere, & actionem in factum: quia nec tam vim habet rei iudicatae hoc ius iurandum quod demum casu parit actionem in factum exemplo iudicati d. l. actori, quam probationis, ne iam negari possit factam esse venditionem. Quo probata quamnam alia actione indigere emptor potest, aut quam aliam vberiore, & cōmodiorem querere? Et verò quis dicit et actionem illa in factum dādam sibi contra me actionem, ut & rem tibi tradam & euictionis nomine me obligem? Sant enim ista consequentia venditionis per ius iurandum probatae, magis quam ius iurandum ad probandam venditionem tantum, non etiam ad acquirendam nouam actionem interpositi. Proficat igitur hoc casu ius iurandum ad probationem duntaxat non ad actionis vilius nouae productionem: Nam & in sententia idem dicendum esset si forte iudex condemnasset aliquem ad traditionem rei quasi venditae, nec de venditione aliter, quam per sententiam constaret. Perinde enim condemnandus esset ad praestandam euictionem ac si hoc ipsum in sententia contineretur, ut Castrensi. hic concludit sumpto argumento ex hoc §. & ex comparatione ius iurandi & sententiae l. sed si possessori 11. §. vlt. sup. quamuis sententia sit stricti iuris l. 1. C. si plur. vna sententia condemnauer. Nam nec ius iurandum vnquam egreditur formam & materiam ius iurando comprehensam. Et tamen proficit ad illa etiam omnia quae veniunt in consequentiam venditionis de qua sola iuratum sit. Quare non facile dici potest quam rationem habeat, quod Bartolo, Castrensi, aliisque interpretibus placeat video actionem ex vendito de qua Vipianus in hoc §. vtilem esse non directam quasi oriatur ex iure iurando, ideoque non nisi ficta sit. Est enim ficta quidem probatio quae fit per ius iurandum, sed venditionis verae ex qua proinde nasci debet directae actio ex vendito, non vtilis. Et verò quod per ius iurandum probatur, quamuis falsum esse possit, attamen etiam verum esse potest, magisque praesumendum est ut verum sit, quam ut falsum. Sed tamen dicitur vtilis haec actio, quae nascitur ex contractu probato per solum ius iurandum, in §. Marcellus infr. & in d. l. sed si possessori §. vlt. sup. quia non habeat aliud de causam & originem quam ab ipso iure iurando, quandoquidem ut iactari vulgo solet non entium, & non apparentium idem iudicium est vulg. §. si aduersus infr. de nupt. l. duo sunt Titij 70. infr. de testam. tutel. Ex iure iurando autem quantum

quantumuis formiter praestito, ut loquuntur, id est, ut explicant, expressa causa quae si esset vera, esset obligatoria, fieri certè nequit ut nascatur actio directa siue ex vendito, siue ex empto, siue pro socio, siue de dote, de quibus agitur in hoc §. & seqq. Vtilem ergo eam esse dici que necesse est ut & in l. quiddam si iurati 29. infr. hoc tit. Ius iurandum enim conuentionis quidem instar obtinet, adeoque transactionis, quae de lite facta sit at non venditionis, nisi ad inducendam eius probationem, quae scilicet multo facilius inducitur quam substantia contractus, quem vel mutuo consensu, vel re, vel verbis, aut literis perfectum esse oportet antequam de probando eo queratur l. Publia 26. §. vlt. infr. de positi. Proinde si quae alia ad sint probationes contractus praecedentis, actio ex eo contractu competet directa, qualis competeret etiam si iuratum non esset, quod nec Bartolus negat, ius iurandum enim ideo interponitur ut iuranti proficiat, ut nocent: noceret autem si actionem directam extingueret, quod nec facere vllomodo potest, ut eam in vtilem commutaret. Quinimo nec vtilis dari vlla potest, quando directae competit l. 1. C. de oblig. & act. Idque non male nostri protrahunt ad statuta si quando ex iis quod saepe accidit, aliqua actio inducatur, ut si statutum formiter disponat, locum habeat actio ex illo contractu aut ex illa causa super qua dispositum formiter. Si verò informiter & simpliciter agendum sit, conditione ex lege vel ex statuto, ut in iis exemplis vide est quae adfert Bartolus. Bene autem Vipianus ponit iurasse te venditam à me tibi fuisse rem centum aureis, quia sicuti non potest fieri venditio sine certo precio, ita nec ficta probari, ideoque de certa precij quantitate iurare cogendus esset, alioqui nec iurallè credendus esset l. in duobus 28. §. si ei qui infr. hoc tit. Sicuti si quis incertum quid confessus sit vgeri potest & debet, ut certum confiteatur & certam quantitatem, nec aliter pro confesso haberi potest l. certum 6. in princip. & §. 1. infr. de confess. Nam nec probatio incertae quantitatis valeret, siue per testes fieret, siue per instrumenta, nec sententia quae certae quantitatis condemnationem non haberet l. vlt. C. de sentent. qua fin. cert. quant. profer. l. 3. C. de inutil. stipulat. Nisi certitudo quantitatis non expressae in iure iurando possit colligi ex iis quae inter paries acta sunt ante delationem ius iurandi, & ad quae referri ius iurandum possit arg. l. Titia 134. §. idem respondit 1. de verb. oblig. & l. 2. C. de sentent. qua fin. cert. quant. Quod si iuraueris factam tibi à me venditionem certo precio, id quoque precij sequenti erit & habendum pro vero ac probato tanquam quod conuentum fuerit & formale ut idem Vlp. noster loquitur in l. in lege falidia 62. §. 1. infr. ad leg. falcid. ut planè defendi non possit, quod Castrensis putat non esse standum declarationi iurantis si iniustum sit precium, sed ad iuratum potius viri boni taxandum arg. l. domum 57. infr. de contr. empt. quae ad hunc casum omnino nil pertinet, nec de re aestimata loquitur, sed de aestimanda.

a An tamen ad precij consequendum. RAT. DVV. Non debet ius iurandum ei nocere qui iuravit, nec rursum ei prodesse contra quem iuratum est. Verumque enim fuerit contra mentem Praetoris, & contra ipsius propositum in hoc edicto, quo id agit ut suū cuique ius iurandum teneat nec ei de actionem contra quem iuratum est, & aduersus eum qui iuravit l. ait Praetor 7. sup. hoc tit. Sic in exceptione rei iudicatae dicimus, Euidenter iniquum esse ut nocent illa ei pro quo iudicatum est l. euidenter 16. infr. de except. rei iudic. At qui po-

Tom. III.

nimus iurasse te venditam tibi à me te fuisse, de precio autem soluto neque dictum neque iuratum quicquam esse. Consequens igitur est ut ex eo iure iurando danda sit tibi contra me actio ex empto non mihi contra te actio ex vendito. De c. Venditionis, & emptio nis vnus idemque contractus est licet actiones empti & venditi sint separatae, adeo ut his nominibus emptio nis & venditionis promiscue veteres uterentur l. veteres 19. infr. de action. empt. Est enim hic contractus ex numero eorum qui dicuntur vltro citroque obligatorij, nec potest venditor obligari emptori, quin emptor vicissim venditori obligetur, nisi forte quis contraxerit cum pupillo sine tutoris auctoritate l. Iulianus 13. §. si quis à pupillo antep. eod. tit. Non tam igitur conexitas ut loquitur Accursius quam vnitas & indiuisa causa contractus l. cum ex causa 139. de verb. oblig. iunct. l. re hereditaria 65. infr. de emitt. efficit ut non possit ex huiusmodi iure iurando venditor teneri emptori actione ex empto ad rem tradendam, praestandamque euictionem, quin pariter emptor teneatur venditori actione ex vendito ad precij soluendum, adeo ut si ante precij solutionem vrgatur venditor actione ex empto ad rem tradendam, possit iure quasi pignoris retinere rem à se venditam quousque solutum sit ei precij, aut aliter eo nomine satisfactum d. l. Iulianus §. offerri. nisi proponas de hoc ipso iuratum esse, quod precium solutum sit. Tunc enim nulla de precio actio superest. Extra hunc casum emptor qui iurati sibi facta esse venditionem ut venditor sibi obliget ad rem tradendam, & euictionem praestandam, hoc ipso se obligat venditori ut precium ei soluere teneatur. Quod tamen Accursius noster ait esse mirabile ut ius iurandum etiam pacti obligatorij vim habeat non minus quam rei iudicatae, ut in l. ut ius iurandi 7. §. 1. infr. de oper. libert. l. vlt. §. vlt. de liber. caus. Sed an poterit venditor conuentus actione ex empto ad rem tradendam remorari effectum actionis & ius iurandi, & excipere de precio non soluto ut interim non cogatur tradere? Bartolus negat, quia ius iurandum habeat vim rei iudicatae, & executionem paratam sicut & res iudicata, de quo diximus ad l. 2. sup. non possit autem peti solutio precij ante traditionem nisi iure cuiusdam exceptionis peremptoriae d. §. offerri, cui porro locus esse non possit post rem iudicatam l. peremptoriae 2. C. sentent. rescind. non poss. Sed alij post Castrensem contra putant, & multo verius, non illa solum ratione, quam adferunt, quod etiam post sententiam admitti possint exceptiones peremptoriae, quae modo non impugnent iudicatum l. Nefennius 41. §. vlt. de re iudic. l. qui id quod 33. infr. de donat. Maxime verò si iuratum sit extra iudicium, quo casu imputari minus potest reo cui exceptionem omiserit, quam nec opponere potuit ante propositam actionem. Sed etiam quia actio vtilis quae ex iure iurando nascitur non alterius naturae, & conditionis esse possit, quam cuius est directa l. actio 47. sup. de negot. gest. & §. Marcellus infr. Nec rursum causa vlla sit propter quam de negari debeat exceptio ei cui datur actio l. §. is autem infr. de superfic. l. inuitus 156. §. 1. de regul. iur. Nec ad rem facit, quod Bartolus respondet ad d. §. Marcellus, non fuisse ibi nata actionem ante solutionem debiti: cum prius soluto l. si re aliena 9. §. omnis pecunia infr. de pign. act. Nam praeter id quod nihil effectum intereat an nulladum sit nata actio, an verò talis actio sit nata quae per exceptionem elidi possit l. nihil interest 112. de regul. iur. Dico etiam in venditione de qua tractat hic §. specialia esse rationem, quam nemo obseruat. Cur precij solui venditori oporteat ante traditionem, quia nec

M 2

traditio fieret, dominium tamen transferri posset ex ea traditione in emptorem, quousque solutum esset precium venditori, aut aliter eo nomine satisfactum. Idque iure ita constituto per legem duo-

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

Ad §. 4. Idem dicemus.

RAT. DV. & DECID. eadem penitus est quæ ad §. præcedentem. Eadem enim quæstio est, an ex iureiurando possit acquiri actio ei qui non iurauit, contra eum qui iurauit. Nisi quod in §. præcedente tractatum est de actionibus empti & venditi, hic verò de actione pro socio, quæ licet nascatur ex contractu vltro citroque obligatorio, qualis est contractus societatis non minus quam venditionis, in eo tamen differt, quod actiones empti & venditi

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

Ad §. 5. Marcellus.

RAT. DV. Is qui iurauit se ob decem, quæ accepit pignori dedisse fundum Cornelianum non ideo iurat se decem debere, nec contra se iurat, aut vt sibi noceat, sed contra creditorem pigneraticiam, vt sibi aduersus eum acquirat pigneraticiam actionem. Ergo cum sibi suo iureiurando quæserit pigneraticiam actionem non est prohibendus ea experiri tametsi decem non offerat. Alioqui deterioris erit conditionis quam si non iurasset, quo casu creditoris esse probare veram, & realem numerationem tametsi pignus ei datum proponeretur. l. i. c. de non numer. pecun. De c. Actio pigneraticia utilis, quæ ex solo iureiurando nascitur non potest alterius esse conditionis quam cuius esset directa nec pleniores habere præstationes. l. actio 47. sup. de negot. gest. ne plus operetur fictio in casu ficto, quam veritas in casu vero. l. si ante aditam 15. §. 1. sup. de interrog. in iur. fac. At qui si de conti. actu pignoris constaret ex quo nasceretur pigneraticia non aliter tamen nec prius posse debitor pigneraticiam exercere quam totum debitum soluisset creditori, aut aliter ei satisfecisset. l. si rem alienam 9. §. omnis pecunia inf. de pignor. act. l. item liberatur 6. §. 1. inf. quib. mod. pign. vel hypot. soluit. Ergo nec si ea actio ex solo debitoris iureiurando competat. Fit enim hoc non tam ratione connexitatis vt diximus ad §. si quis iurauit sup. quam ex necessaria quadam consequentia quia non potest pignus dari nisi pro debito aliquo cum pignoris obligatio accessoria sit quæ principalem aliquam præsupponit saltem naturalem. l. res hypotheca 5. inf. de pignor. Et consequenter quisquis agit pigneraticia, cum hoc ipso fateatur pignus tenere, fatetur etiam in necessarium antecedens esse se debitorem. Qui enim dicit non fuisse sibi numeratam pecuniam quam cauit se accepisse, negat tenere intentionem dati pignoris, vt loquitur dict. l. 1. Cod. de non numer. pecun. ideoque secum pugnet, &

decem tabularum. l. quod vendidi 19. l. vt res 53. inf. de contr. empt. l. Paulus respondit 38. §. quæsitum est inf. de liber. caus. §. vendita. Inst. de rer. diuis. l. 5. §. pen. inf. de tribur. act.

diuerse sunt & nomine & effectu, quoniam & personæ contrahentium diuersa habent nomina, & alius est emptor alius venditor, aliud merx, aliud precium. l. 1. inf. de rer. permut. In societate autem omnes, qui contrahunt, vno nomine socij dicuntur, & quamuis vtriusque nascatur obligatio & alij alijs obligentur, vnam tamen duntaxat habent actionem pro socio eadem vtriusque habentem præstationes, quia & societatis contractus nihil nisi fraternitas quædam est. l. verum est 63. in princ. inf. pro socio.

allegaret contraria si nihilominus actione pigneraticia experiretur, nec proinde esset audiendus vulg. leg. 1. Cod. de furt. Cum ergo iurat debitor se fundum dedisse pignori pro decem, vt sibi acquirat pigneraticiam actionem, præripit sibi exceptionem non numeratæ pecuniæ perinde ac si debitum portionem aliquam solvere cepisset. leg. cum fidem 4. Cod. de non numer. pecun. nec disting. endum est cum Accursio & Bartolo an in iureiurando adiecerit pro decem quæ accepit, an non adiecerit. Quid enim aliud possunt hæc verba ad iusiurandum addere quam confessionem acceptæ, numeratæque pecuniæ? At qui ea ipsa confessio est quæ exceptionem inducit non quæ excludit. dict. leg. 1. 2. 3. 5. & pass. eodem tit. Aded vt nec aliud sit quamuis confessio sit iurata in contractu ipso aduersus quem obicitur exceptio non numeratæ pecuniæ leg. vltim. eod. nisi deferente aduersario iuratum esset fuisse numeratam ex consilio Bart. ad l. 1. sup. hoc tit. Plus enim potest iusiurandum quod aduersario deferente præstitum est quam quod vltro in ipso contractu licet inter easdem partes. Non enim habet illud vim & auctoritatem rei iudicatæ, quomodo habet iusiurandum præstitum ex delatione. Interest sanè an iureiurando expressa sit causa ex qua decem debita sint, an non sit expressa sit. Nisi expressa sit fortè ex mutuo, petentur decem illa conditione certi ex mutuo quia formiter iuratum est vt in d. §. si quis iurauerit non etiam si informiter, id est nulla expressa causa vt Accursius loquitur tunc enim actio in factum necessaria est quæ ex iureiurando nascitur. l. actori 8. Cod. de reb. credit. leg. sed si possessor. 11. vers. proinde sup. In proposito tamen nec contra quem iuratum est possit opponi exceptio non numeratæ pecuniæ, non tam facit iusiurandum ipsum, cum de eo nihil iuratum sit, quam quia cum agit pigneraticia fatetur pignus tenere, vt ostendimus.

a Sed

2 Sed & illud adiecit. RAT. DV. ET DECID. eadē est quæ ad versiculum præcedentem nisi quod in specie præcedente consilium per exceptionem & retentionem ei, contra quem iurauit debitor pignus se dedisse pro decem, vt scilicet non prius possit actione pigneraticia conueniri quam soluta sint tota decem vt & in §. si quis iurauerit sup. & in l. Iulianus 13. §. offerri inf. de action. empt. d. l. si re 9. §. omnis pecunia inf. de pignor. act. In hoc autē versiculo tractatur de danda ei actione vltro ad petenda decem, non expectato eo vt debitor velit agere pigneraticia. In quo certè maior dubitandi ratio subest, cum difficilior sit vt vnus iusiurandum alij tribuat actionem præsertim verò ei contra quem curatum est, quam vt acquirit ipsi exceptionem quæ semper facilius quæritur vt pariat retentionem. l. 1. de pignor. l. heres 21. inf. ad S. C. Trebell. l. si in area 33. inf. de condit. indeb. Sed tamē concludit Vlpianus cum Marcello licet dubitanter eum qui iurauit datū sibi esse pignus pro decem etiam si nondum agat pigneraticia in decem tamen quæ debet conueniri posse. Nam & hic omnino fatetur debitum cum iurat se pignori fundum dedisse atque ita pignus tenere, quod alioqui non teneret si pignus datum non fuisset, vt iam diximus ex d. l. 1. c. de non numer. pecun. Debet etque hic debitor pignus, quod iureiurando suo probare voluit, improbare potius, proposita exceptione aut etiam querela non numeratæ pecuniæ si numerationem negare, quod ei sufficere poterat, voluisset. Eiusdem enim æquitatis est apud Prætores eiusdemque facilitatis dare actionem ex iureiurando atque exceptionem. l. ait Prætor 7. sup. cum id agat omnimodo Prætor vt iusiurandum conseruet ac tueatur, quod sit data actione non minus quam exceptione. l. eum qui 30. in princ. sup. Quamuis in pactis nudis quibus etiam iusiurandum æquiparatur, aliud sit quæ scilicet Prætor non teneat nisi data exceptione. l. iuris gentium 7. §. ait Prætor & §. igitur nuda sup. de pact. quia ex pacto nudo nunquam Prætor pollicitus est actionē, nisi de constituta pecunia & de hypotheca. Quæ tamen proposuit ex iureiurando. d. l. ait Prætor. In eoque fatendum est, vt & in alijs pluribus, longè maiorē vim esse iusiurandi quam pacti, cum etiā contractus & stipulationis vim obtineat. l. qui iurasse 26. §. vlt. inf. Nec ad rē pertinet quod non iurauerit debitor vt sibi noceret sed vt prodesset potius, Actus autē nō debeāt operari vltra intentionē agentū vulg. l. non omnium sup. tit. prox. Fit enim hoc, vt & alia multa de quibus in superioribus, non tantum ratione connexitatis, sed etiam in consequentiam necessariam. Qui enim vult antecedens, vult etiam necessarium consequens, & contra vulg. l. ad rem mobilem 56. l. ad legatum 62. sup. de procurat.

b Argumentoque vtitur eius, qui iurauit. RAT. DV. Dotem neque scriptura facit neque confessio, sed tantum numeratio. l. 1. de dot. caus. non numer. aut traditio fundi si dos constituta sit in fundo non in pecunia. Est enim contractus, qui re perficitur, & per quē dos marito datur eo animo & voto vt perpetuo remaneat penes maritum. l. 1. inf. de iur. dot. vbi hæc ob rationē dicitur causam dotis esse perpetuam, non

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

Tom. II I

M 3

sicuti causa pignoris est temporalis. Ergo neque ex iureiurando mariti qui soluto matrimonio iurauit fundū sibi in dotem datū esse, (ita enim ponendum est, nō vt Accursius ponit *constante matrimonio* vt apparet ex illis verbis *quæ vxor sua fuerit*,) potest dari mulieri actio rei vxoriz ad repetendā dotem soluto matrimonio, quasi verè constitutam, cum neque constitutio neque traditio vlla intercesserit neque animus restituendæ dotis induci possit ex sola constitutæ dotis assertionem. De c. Solutio matrimonio dos restituenda est aut mulieri, si morte mariti solutum sit matrimonium, aut eius heredibus, si morte ipsius mulieris seruatis olim in singulos liberos quintis in infinitum, si morte mulieris soluebatur matrimonium aut sextis vsque ad dimidiam partem dotis si factio diuortio vt latius refert Vlp. noster in Fragmentis Institutionum Tit. de dotib. & tot. tit. d. & c. solut. matrim. quem admodum dos petat. Quæcumque igitur dos peti aut retineri potest constante matrimonio siue quia verè constituta sit siue quod pro constituta habeatur. Eam quoque reddi, & repeti posse necesse est, si non mariti lucio cesserit & consequenter eum qui iurauit datū sibi esse fundum dotis nomine, siue constante siue soluto etiam matrimonio iurauerit, vt scilicet se & dominum, & possessorem probaret (nam ex dotis titulo secuta traditione transfertur & dominium & possessio quam non nisi per manus mariti aut heredum ipsius nanciscit mulier potest. l. dotis actione 9. c. solut. matrim. iunct. l. in rebus 30. c. de iur. dot.) hoc ipso conueniri posse iudicio de dote soluto matrimonio ad eum fundum restituendum: Aded constitutio dotis includit eiusdem restituendæ necessitatem sed suo loco & tempore. Est tamen actio hæc de dote quæ ex mariti iureiurando contra mulierem præstito datur ipsi mulieri, utilis non directa vt hic scriptum est, quia iusiurandum non tam modus est constituendæ dotis quam probandæ constitutionis vt diximus ad d. §. si quis iurauerit. Nec rursus iuratum fuit ad inducendam obligationem restituendæ dotis, sed tantum ad probandam constitutionem. Numquam autem nasci potest directa actio ex eo actu qui non fuerit gestus ea mente vt pareret actionem, sed utilis tantum, si qua æquitas ex eo ipso actu, non contra sed præter mentem contrahentium actionem aliquam dari suadeat, vt in proposito. Totum enim hoc proficisci ex æquitate potius quam ex mera iuris ratione ostendunt potremā illa huius §. verba *quæ non esse extra æquitatem posita non negauerim*. Sic enim habet Florentina lectio elegatior quam vulgata, quæ ad solam hanc actionem de dote restringit æquitatem, his verbis *quæ non esse extra æquitatem posita*, cum tamen omnia quæ scripta sunt in præcedentibus à §. si quis iurauerit, sint ex æquitate, ideoque non nisi de vtilibus actionibus intelligantur. Placet sanè quod Accursius ex hoc §. notat debere vnumquemque contra se admittere id quod pro se admitti velit, vt & in leg. cum fundus 31. §. 1. sup. tit. proximum facit leg. 1. & tot. tit. supra. *Quod quisque iur. in alium statuer.*

Ad §. vlt. Si quis iurauerit.

RAT. DV B. Iurifurandi contempta religio solum Deum ultorem habet. l. 2. C. hoc tit. nec de periurio eius qui ex necessitate iuris iuravit quæri facile solet. l. vlt. infr. tit. prox. Nec distinguendum videtur cum Accursio, & interpretibus, an quis per Deum iuret an per genium aut salutem Principis, cum per Deum iurare videatur quisquis etiam per salutem suam iurat, quia respectu diuini numinis iurare intelligitur. l. qui per salutem 33. infr. hoc tit. Ergo non est puniendus tanquam periurus qui per genium principis iuravit, licet peierauerit. Tantum abest ut etiam fustibus castigandus sit, quomodo ab Imperatoribus rescriptum fuisse Vlpianus hic refert. Et præterea super dicto illo Græco de honestandis *οπορτεως μη οφειλεται*, id est *peculiariter ne iurato*, præsertim cum prius sit ut de periurio inquiri & cognosci oporteat, quam ut quis eo nomine ac quasi periurus condemnari possit. DE C. Specialiter ita fuit constitutum ab Imperatoribus, quos hic Vlpianus refert, ut si quis per genium & venerationem Principis peieraret, etiam corporis periculum & Maiestatis crimen incurreret, ut apparet non solum ex hoc §. sed etiam ex d. l. 2. vbi tamen Imperator Alexander ab ea constitutione illos excipit qui calore quodam & inconsulto animi motu peierarunt de quibus hic §. non loquitur. Ita fit ut quemadmodum cum per Deum iuratum est solus Deus vindex est, ita & Princeps cum per Principem, tutius si que per Deos omnes, ut Tertullianus paganus exprimebat, quam per vnus Principis genium peieretur: In hoc nimirum seculo. Nam ut bene Accursius monet, qui per Deum peierat, sicuti delinquit longè grauius, ita & multo maiore ac duriores ultorem

habet, solum tarditatem supplicij grauitate compensare. Obseruandum tamen est, licet placuerit eum qui per genium & venerationem Principis peierat crimen maiestatis incurrere, nõ eas tamen penas pati quæ tanto sceleri debentur, & quæ constitutæ sunt in l. quisquis 5. C. ad leg. iul. maiest. sed longe mitius puniri, ut fustibus tantum castigetur, & ei siue scripto siue per præconem superinducatur illo quod diximus super dicto, nõ quod Accursius malus alioquin Græcæ linguæ explanator ita vertit, *Importunè ne iurato*. Suauis verò est idem Accursius qui genium in neutro genere dicit esse Deum Principis, ita dictum, quod ingentem id est magnam suam potentiam exerceat, quod est ridiculum. Quoties tamen dicimus puniri periurium illius qui per genium & venerationem Principis peieravit fustibus castigandum esse, de eo periurio accipi debet, de quo in promptu constat ac tam aperte, ut nullus cauillationi atne quidè cognitioni & quæstioni locus relinquatur, ut in specie l. vlt. C. hoc tit. Alioqui si in quæstione & cognitione aliqua necessaria sit non facile de periurio eius qui etiam per Principem peierauerit, quæri oportebit. l. 1. eod. d. l. vlt. infr. tit. prox. Nimirum ut periurium ipsi puniatur. Nam si quod aliud crimen periurio admixtum sit, non ideo magis debet manere impunitum, quod periurium adnexum habeat. l. vlt. infr. *stellionat*. Puniri autem is qui per Principem peierauit in re pecuniaria ut hic Vlp. scribit, ad differentiam scilicet eius qui peierauit in causa capitali quæ etiam si per Principem peierauerit, puniri tanquam periurum non oportet ut hic locus manifestè innuit. Idèd fortasse quod honesta sit quælibet ratio redimendi sanguinis, leg. 1. infr. *de bonis eorum qui sibi mortem conscuerunt*.

14. PAVLVS libro 3. ad Edictum.

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

Ad l. Quotiens 14.

RAT. DV B. Parentibus & patronis tanta debetur reuerentia ut de ipsorum fide ac probitate dubitare piaculum, magnè esse videatur, vnde est quod nec liberis nec libertis contra parentes vel patronos de dolo agere permittitur non solum quod ea actio sit famola l. non debet 11. §. 1. supr. de dolo l. si superstitio 5. C. de dol. se. etiam quia sola doli mentio tum quoque cum non infamat ut in doli exceptione habeat in se turpitudinè & optimi cuiusque existimationem apud bonos, & probos viros suggillet. l. 4. §. aduersus infr. de doli mal. except. l. parens 6. §. 1. & legib. seq. infr. de obseq. parent. & patron. prest. At qui suggillat etiam existimationem apud bonos & graues viros si quis aut minus se facilem ad iurandum aut nimis timidum si nolit iurare, quod alteri præferat nescio quæ contemptum diuini numinis, alterum verò vergat ad superstitionem l. qua sub conditione 8. infr. de condic. inst. l. illud 25. §. 1. de constit. pecun. Non debet ergo permitti liberis aut libertis ut iusurandum parentibus & patronis deferant, atque ita eos adigant ad iurandum aut referendum, præsertim cum formula iurifurandi habeat mentionem admixtam doli. Fuerunt enim ver-

ba formulæ illa solemnia *si sciens fallo ita me die spiritus salua vrbeque arcæque bonis euiciat ut ego hunc lapidem*, quemadmodum iam supra docuimus post Cuiacium libr. 1. *Obser. cap. 21. ex Marco Tullio, Sexto Pompeio, & Plauto in Aſinaria*, cuius formulæ etiam vestigiū quoddam extat in l. qui iurasse 26. in princip. infr. DE C. Multum interest an iuretur propter rem ipsam, id est de ipsa re quæ in iudicium deducta est, an verò propter personam ipsam. Si propter personam ipsam quod contingit in iureiurando calumniæ per eum præstando qui iusurandum alij defert ut scilicet iuret se non calumniæ causa id facere, alioqui delatio inutilis est & similis remissioni leg. iusurandum & ad pecunias 34. §. qui iusurandum & l. si non fuerit 37. infr. hoc tit. remittendum est iusurandum æquè parentibus & patronis ut habet vulgata lectio dicit. §. qui iusurandum longè rector quam Florentina, quæ nos aliquando decepit quæ malè habet neque pro æquè ut ad eum locum dicemus, & constat ex leg. licet 7. §. 1. de obseq. parent. & patron. prest. Is enim demum iurare debet de calumnia, qui si calumniator esset, calumniæ reus fieri posset aut saltem suspectus, quod à reuerentia quam liberi, & liberti parenti-

parentibus ac patronis debent tam alienum est, ut nec allegari quidem possit. At cum propter rem iuratur, id est ut interpretatisimus de re ipsa in iudicium deducenda, & de qua lis est, nihil commune habet iusurandum cum persona, nec proinde quicquam tractandum superest de reuerentia debita personæ, cum de eo tantum queratur an pecunia verè credita sit ac constituta necne. Nec potest conqueri parens aut patronus qui à filio suo vel liberto iudex, & testis in propria causa constituitur, quod sit per iurifurandi delationem. l. 1. infr. *quæ ar. act. non det*. Maxime verò cum in eius potestate sit an iurare malit an iusurandum referre, nisi de eo fortè conqueri parens aut patronus velit, ille quod filium emancipando, hic quod seruum ma-

numittendo dederit ei deferendi iurifurandi potestatem: in quo tamen est quod sibi imputent, & de se potius quam de iure ac prætorè conquerantur. l. filio 7. infr. *ut legat. seu fideic. seruand. caus. cauesc. l. si manuissori 4. C. de obseq. patron. prest.* Est enim hæc lex intelligenda de liberis emancipatis contra patrem agentibus, cum filij familias in potestate manentes non tam reuerentia quam iure potestatis impediuntur, ne contra patrem agere, eique iusurandum deferre possint. l. adoptiuum 8. in princip. supr. *de in ius vocand. l. ne cum filiofamilias 16. infr. de furt.* Denique maior fauor est veritatis habendæ quam exhibendæ parentibus patronisque reuerentiæ. Veritas autem per iusurandum probatur. l. 5. §. dato l. sed si possessori 11. §. vlt. supr. & l. eum qui 30. infr. hoc tit.

15. IDEM libro 6. ad Edictum.

Ad personas egregias, eoque, qui valetudine impediuntur, domum mitti oportet ad iurandum.

Ad l. Ad personas 15.

RAT. DV B. Maior debetur prætori reuerentia, quam personis litigantibus quantumcumque sint egregiæ, cum sit Magistratus populi Romani & ex eorum numero qui maiores appellantur & quibus ideo maior præstanda est reuerentia. l. 2. supr. *de in ius vocand. l. cum prator 12. §. 1. supr. de iudic.* Et quemadmodum solemus dicere prætorum cautiones legum auctoritate non ceteri l. vlt. infr. *de fidei & legit.* ita nec litigatores quicumque tandem illi sint, dignitate ac honore magistratum ceteri debent, ut etiam maior dignitatis eorum quam prætoris ratio habeatur. l. 1. §. inde queritur infr. *de oper. noui nunciat.* Ergo ad personas quantumuis egregias quibus iusurandum delatum ac præscriptum est, non debet mitti domum ad iurandum, sed iurandæ sunt venire ad prætorem ne alioqui maiestatem & imperium prætoris negligere videantur. Aliaque ratio eius esse videtur qui valetudine impeditur ne ad prætorem iurandi gratiã venire possit, cum nihil sit quod huic imputari possit. l. 1. infr. *de diuers. tempor. prescript.* Quamquam non posset tolerabilius videri, ut is qui iurare iussus esset per procuratorem iuraret, quàm ut ad eum vel ire vel mittere prætor cogeretur, postquam placuit etiam per procuratorem iurari posse. l. nam posteaquam 9. §. iusurandum supr. hoc tit. Quid enim refert an quis se iuret, an verò per procuratorem iurantem in animam ut fieri solet constituentis, cum videatur quilibet per se facere quod per alium facit. l. si quis 7. §. vlt. supr. *de iurif. l. 5. §. quod si quis infr. de admin. tutor.* in eamque rem potissimum usus constitutus sit. l. 1. *suprà de procurat. l. Papinianus 20. supr. de minor.* DE C. Tantus est veritatis v. lequaue habendæ fauor, tantaque necessitas ut nihil non agere bonus prætor bonusque iudex debeat ne probationes intercidant: ex præsertim quæ ex iureiurando nasci possunt, quæ tanto sunt fauorabiliores cæteris, quanto sunt expeditiores & faciliores. Quoties igitur tam egregia persona est, id est extragregem, ut ita dicam & ordinem vulgarium hominum posita, qua-

les sunt Episcopi Nouell. 123. *de sanctiss. Episcop. cap. 70. Magistratus l. 2. supr. de in ius vocand.* & qui magistratibus æquiparantur senes. l. semper 5. infr. *de iur. iur. iur. dicit. iur. iur. sed hodie eod.* quibus adiungit Accursius etiam legum Doctores, & medicos aliót-que huiusmodi quibus similis reuerentia exhibetur ex l. medicos Cod. de prof. & med. mittere debet prætor domum ad iurandum, ne eo prætextu longior probationibus mora fiat. Non equidem cogitur prætor ire ad eum qui iuraturus est (nam & id à dignitate prætoris alienum esset. l. iubemus 37. in fin. C. de Episcop. & cleric.) sed mittere aliquem debet iudicem scilicet pedaneum aut recuperatorem, qui iusurandum exigat ab eo ipso qui iurare debet. Nam ut iuret per procuratorem non est permitendum, ne aliter posito iure facilius reddatur ad peierandum per procuratorem is qui per se iurare fortassis erubesceret. Multum enim refert ad instruendam conscientiam eius qui iudicaturus est, ut videat qua constantia, vel qua trepidatione iuretur, quod præstito per procuratorem iureiurando scire nullomodo posset, ut scripsimus latius in *Codice nostro de fin. de reb. credit. & iureiur.* Malè vulgata editio hic habet, *mitti domum oportet iusurandum*. Non enim mittitur iusurandum, sed mittitur ad iurandum, ut bene scriptum est in Pand. Florent. Quod autem obiecimur etiam per procuratorem iurari posse, tum demum verum est cum procuratori ipsi iusurandum delatum fuit, sibi namque debet imputare, qui procuratori detulit, atque ita cum ad iurandum non modò admittit, sed etiam adigit. At cum ipsi domino iusurandum delatum est, non debet in ipso esse potestate ut inuito deferente iuret per procuratorem. Nam nec eo modo iusurandum hoc præstaretur quo delatum esset, quod tamen fieri semper debet ut prosit iurasse. l. 3. §. vltim. supr. An verò procurator deferre iusurandum possit, alià quæstio est, de qua dicemus ad *iusurandum quod 7. §. vlt. & l. seq. infr. hoc tit.*

16. VLPIANVS libro 10. ad Edictum.

Si patronus libertam suam vxorem duxerit, non compelletur iurare de rerum amotarum iudicio, sed & si ipse deferat iusurandum libertæ suæ, de calumnia non debet iurare.

Ad l. Si patronus 16.

R A T. D V B. Actio Rerum amotarum sicuti pœnalis non est sed merè rei persecutoria l. si mulier 2. §. hæc actio infr. rer. amot. ita neque famosa neque turpis est alioquin non daretur contra coniugem ne quidem soluto matrimonio in honorem scilicet transacti matrimonij l. 1. & 2. eod. non magis quam eo constante, l. 2. C. eod. tit. Ergo non malè instituitur hæc actio à liberta contra patronum qui aliquando maritus fuit. Porro si non malè instituitur, consequens omnino est, ut nec malè iusurandum à liberta patrono deferatur, id enim in actione illa rerum amotarum ordinarij iuris est l. Marcellus 11. §. 1. infr. eod. ill. tit. In eoque fatendum est errasse Accursium qui scripsit, idè actionem hanc rerum amotarum malè institui à liberta aduersus patronum, quòd sit famosa ex l. 2. & l. parens 5. infr. de obseq. parent. & patron. prest. vbi tamen nullum verbum de actione rerum amotarum, quæ si famosa esset non daretur contra eum qui coniux fuisset, adeoque nec si, quod minùs est, turpis tantùm esset d. l. 2. rer. amot. ut cernere est in actione deseru. corrupt. l. vlt. supr. ill. tit. vbi diximus, iunct. l. nec quicquam 56. infr. Pro socio. Neque verò Vlpianus in hac lege ait actionem rerum amotarum malè institui à liberta contra maritum, quæ si malè institueretur, non esset querendum an in ea iurare patronus deferente liberta cogeretur. Prius enim est ut actio aliqua institui possit ac bene instituta sit, quam ut in ea iurari oporteat. Neque rursum negat Vlpianus posse actionem hanc institui à patrono aduersus libertam, sed hoc supponit potius cum negat cogendum esse patronum iurare de calumnia si iusurandum libertæ deferat in hac scilicet ipsa actione ut iurare alij de calumnia solent qui deferunt iusurandum. Alia igitur decidendi ratio querenda est quam quæ adfertur ab Accursio, quòd actio hæc quia famosa est, malè à liberta contra patronum eundemque quondam maritum instituat. D E C. Cum res amouentur ab alterutro coniugum quisquis ille sit veritate furtum sit licet leuius coarceatur persona quæ res amouit, idèoque nec vlucapi ab illo possunt res quæ sic amotæ sunt non magis quam furtiua l. penult. infr. rer. amot. Proinde cum liberta deferat marito quondam eidemque patrono iusurandum de rerum amotarum iudicio, effectu ipso nihil aliud agit quam ut furti aut saltem delicti probationem ab ipsius patroni confessione extorqueat, si fortè maritus nec iurare velit nec iusurandum referre, quod manifesta non modò confessionis, sed etiam turpitudinis esse dicitur in l. manifesta 38. infr. hoc tit. Id verò minùs certè durum est fati que debet esse libertæ, quod ei permittatur actionem instituere contra patronum, dummodò causam suam alijs probationibus possit instruere quam quas sumere velit ex ore ac domo patroni eiusdemque quondam mariti. Quod sanè nec permittendum ei esset, cum actio rerum amotarum vi ipsa ut diximus exprobrationem quandam furti contineat, quæ licet nec pœnam nec infamiam irroget condemnato, re tamen ipsa & hominum opinione inurit quondam infamiae notam & suggestit eius existimationem apud bonos & graues viros d. l. 2. de obseq. parent. prest. l. 4. §. aduersus infr. de doli mal. & met. except. Nisi iudicium rerum amotarum esset singulare & in eam rem comparatum, ut salua reuerentia inter eiusmodi personas debita, delictum tamen tam improbum coarceberetur nec

impunitum remaneret l. 1. & penult. & pass. dict. tit. rer. amot. Melius enim est violari in aliquo reuerentiam patrono debitam quam delictum patroni manere impunitum argum. l. ita vulneratus 51. supr. ad leg. Aquil. Præsertim cum nulla in factum actio sit prodita in vicem actionis rerum amotarum quomodo prodita sunt alijs casibus in factum actiones & exceptiones in vicem actionum & exceptionum quæ contra parentes & patronos opponi non possunt d. l. parens 5. de obseq. parent. prest. l. si superstitie 5. C. de dolo. l. non debet 11. supr. eod. ill. tit. Planè si patronus cui iusurandum in hoc iudicio rerum amotarum delatum est, iurare malit, dubitandum non est quin hoc ei permittendum sit. Non enim negat Vlpianus iurare eum posse, sed cogendum eam iurare, & longè aliud est subicere quid alicuius potestati, aliud verò iuris necessitati l. non quicquid 40. supr. de iudic. Nec quod fauore patroni & ob reuerentiam ei debitam receptum est ut iurare non cogatur vsque adèd in eius odium retorqueri debet ut nec si velit iurare possit atque ita vincere vulg. l. nulla 25. supr. de legib. l. quod fauore 6. C. eod. l. pen. C. ad S. C. Trebell. qui tamen vincere nullomodo nullòque casu possit si neque conueniri actione illa possit. Prius enim est ut possit quis actione aliqua conueniri quam ut possit vincere. Quod si vincere potest, quidni etiam vinci & condemnari? arg. l. 5. infr. de re iudic. Nam & formulæ omnes iudiciorum in condemnationem conceptæ sunt non in absolutionem: Propter quam causam ita regulam iuris concipi oportuit, nõ ut is qui absolvere potest possit etiam condemnare, sed è contrario ut qui damnandi ius habet, absoluedi quoque ius hoc ipso habeat d. l. 3. l. penult. de confess. Et ut nemo qui condemnare potest absolvere etiam non possit l. nemo qui condemnare 37. de reg. iur. Ex quo intelligimus, privilegium patroni in specie huius legis non illud esse ut actione rerum amotarum conueniri non possit, quod Accursius & Bartolus malè crediderunt (qua enim alia actione conueniri possit cum iudicium hoc rerum amotarum singulare sit ut diximus, id est, ut ego explico, nullum aliud habeat aut concomitans, aut subsidiarium d. l. 1. infr. rer. amot.) sed ut non sit cogendus iurare aut referre si nolit, nec tamen prohibendus si velit. Sequitur

a Sed & si ipse deferat iusurandum libertæ suæ. R A T. D V B. Ordinarij iuris est ut quisquis iusurandum alij deferat prius iurare debeat de calumnia l. iusurandum & ad pecunias 34. §. qui iusurandum infr. hoc tit. vbi tamen additur, si hoc exigatur. Ergo si patronus deferat iusurandum libertæ suæ siue in iudicio rerum amotarum siue in alio quolibet, cogendus est liberta postulante & id exigente iurare prius de calumnia, præsertim ne duo singularia concurrant, alioquin circa eandem speciem eandemque personam contra vulgare nostrorum brocardicum ex l. 1. C. de dot. promiss. Effet enim illud primum singulare circa actionem rerum amotarum quod iurare nõ cogitur de rebus amotis deferente liberta, alterum verò quod nec deferens amotis deferente liberta, alterum de calumnia cogeretur. D E C. Iusurandum de calumnia æquè patronis ac parentibus remittitur ob reuerentiam eiusmodi personis debitam, cui non conuenit, ut à liberis & libertis suis vel in minimam calumniae suspicionem adducantur. Adèd turpe & infame est vel nomen ipsum calumniae: merito igitur placuit nec in iudicio rerum amotarum debere patronum qui libertæ suæ iusurandum deferat, iurare priorem de

rem de calumnia, cum neque aliter præstari à cateris hoc iusurandum debeat quam si exigat per libertam possit, quia suspicionem saltem calumniae obicit patrono, quod non est ferendum. Neque est quod vereamur ne duo singularia hæc concurrant.

17. PAVLVS libro 18. ad Edictum.

Iusurandum, quod ex conventionione extra iudicium defertur, referri non potest.

Ad l. Iusurandum quod ex conventionione 17.

R A T. D V B. Non est manifesta confessionis aut turpitudinis si iusurandum defertur iurare nolit, sed si nec iurare velit nec referre l. manifesta 38. infr. hoc tit. Sunt enim plerique tam timidi metu diuini numinis ad superstitionem vsque ut nec de re quam sciunt esse verissimam iurare velint l. que sub condicione 8. infr. de condic. inst. semperque modestius est iusurandum referre quam iurare l. illud 25. §. 1. infr. de constit. pecun. Ergo nihil caute est, cur non etiam conuentionale iusurandum id est, quod ex conventionione extra iudicium defertur perinde referri possit ac si in iudicio per aduersarium aut per iudicem ipsum delatum esset. Quasi conuentio illa iurandi tacitam conditionem in se habeat, nisi is cui iusurandum delatum est referre malit quam iurare. Nam iniquum videtur cogi quem præcisè aut iurare aut succumbere, & ex alia parte nullam satis iustam querelæ causam videatur habiturus is, cui iusurandum referretur, cum ea ratione futurus sit iudex & testis in causa propria l. 1. infr. quar. rer. act. non det. D E C. Iusurandum conuentionale in eo differt à iudiciali quod sicut ex conventionione defertur, ita ex conventionione suscipitur. Proinde quemadmodum is qui delulit, reuocare illud non potest si non alijs probationibus causam suam instruere paratus sit l. si quis iusurandum 11. C. hoc tit. Ita nec is, qui suscepit, recusare potest quem si-

¶ I Pupillus tutore auctore iusurandum deferre debet. quòd si sine tutore auctore detulerit: exceptio quidem obstabit, sed replicabitur: quia rerum administrandarum ius ei non competit.

Ad §. I. Pupillus.

R A T. D V B. Sux qui que rei moderator est & arbiter vulg. l. in remandata 21. C. mandat. nec quicquam magis naturale est quam voluntatem domini quoquomodo de re sua disponentis adeoq. rem suam in alium transferre volentis ratam haberi l. qua ratione 9. §. ha quoque res infr. de acquir. rer. domin. Atqui pupillus non eo minùs rerum suarum dominus est quod tutorem habeat, nec enim tutoris datio modus est aut acquirendi aut amittendi dominij. Ergo pupillus quoque siue tutoris auctoritate iusurandum deferre potest, maximè verò si cum Azone hunc §. intelligat de pupillo doli capace, & qui non possit videri carere dolo si aduersario iusurandum deferat quod prætextu pupillaris ætatis velit postea eidem esse captiosum l. heredibus 14. §. vlt. iunct. l. seq. supr. de dolo iunct. l. quod autem 6. §. si quid cum pupillo infr. que in fraud. credit. D E C. Is demùm deferre iusurandum potest, qui rerum de quibus agitur administrandarum ius habet. Ad ius enim administrationis pertinet siue rem quis alienet, siue in iudicium deducat, siue de ea transigat, aut aliter contrahat, ut dicemus in §. seq. Parùmque est quod quis sit dominus, si rei suæ a ministrandæ ius non habeat, adèd ut etiam si vetus à vero domino emat, quem prætor alienareauerit, ut à prodigo non

tant circa eandem speciem, cum aliud sit agere patrum, aliud conueniri, præter id quod brocardicum illud ex eorum numero est quæ nobis non placent, ut alibi docuimus.

nus aut iuret aut succumbat cum propria sua voluntate in eas se angustias vltro contulerit & referendi potestatem sibi præripuerit, atque ita indignus sit cui succurratur l. si iudex 7. §. 1. supr. qui sarrist. cogant. l. 2. §. vim fluminis supr. si quis caution. Nec sanè aliter sine summa eius qui iusurandum ex conventionione delulit, iniuria constitui posset, nam cum is cui iusurandum referretur omnimodo iusurandum habeat, nec iterum referre aduersario possit, ne alioquin dandus esset progressus in infinitum, quis ferat iurandi necessitatem præcisam ei imponi qui delulit suscipienti vltro & ex conventionione, potius quam ei ipsi qui suscepit? Huic si quidem imputari hoc ipsum potest quod suscepit, illi verò penitus nihil. Denique cum certam legem habuerit iusurandi ex conventionione suscepti delatio, non est permittendum is quæ ea lege contraxerunt ut ab ea resiliant nisi utroque consentiente l. vero procuratori. 12. §. penult. infr. de solut. cautiusque negotiari debuit is qui iusurandum suscepit, & delationem iudicalem expectare si saluam sibi esse volebat referendi facultatem, nam in iure iurando quod in iudicio defertur ab aduersario, idcirco salua est referendi eius electio, quoniam iuncto defertur non ei qui vltro suscipere id velit d. l. manifesta, nec displicere debet iusurandi siue necessitas siue condicio ei qui ipse delulit l. iusurandum & ad pecunias 34. §. datur autem infr. hoc tit. iunct. l. 1. supr. Quod quisq. iur. lunge l. vlt. infr. tit. prox.

solum dominium sibi non acquirat, sed nec vlucapiendi condicionem l. si ab eo 12. infr. de vlucap. Atqui pupillus non habet ius rerum suarum administrandarum siue tutoris auctoritate & quidem eius qui rerum pupillarum administrationem habeat non qui vel honorarius dumtaxat tutor sit ut in l. quod si forte 14. §. 1. infr. de solut. aut pro tutore negotiipupilli gerat quamuis bona fide ut in l. 2. infr. de eo qui pro tutor. siue de alicuius rei pupillaris alienatione querendum sit, siue de re in iudicium deducenda, siue de solatione facienda, siue denique de transigendo aut de contractu aliquo celebrando, aut enim pupillum cum auctoritate tutoris omnia hæc facere oportet l. pupillus 5. l. obligari 9. infr. de auctor. tutor. aut tutorem solum siue pupillo d. l. 5. de regul. iur. l. 2. infr. de re administr. & peric. tutor. Tutor enim ille est qui licet dominus non sit, domini tamen loco habetur, quod pertinet ad administrationem dummodò bene administrat nec pupillum dolo malo spoliat l. qui fundum 7. §. si tutor. infr. pro emptor. l. 4. in fin. infr. de euit. Proinde siue iusurandi delationem velis æquiparare, solutioni siue rei iudicatae siue transactioni & pacto conuenito ex l. 1. & 2. supr. l. tutor 35. §. 1. infr. hoc tit. dicendum est pupillum non nisi tutore auctore iusurandum deferre posse, quod & in prodigo iuris est d. l. tutor 35. §. 1. infr. Nec tantum si

de conuentionali iureiurando agamus quod extra iudicium ex conuentione deferatur, de quo proxime diximus, qui casus minorem habet dubitationem, sed etiam si de iudiciali l. i. §. i. in fr. quar. rer. act. non det. E si enim iudicis autoritas supplere aliquam potest presentiam & autoritatem tutoris ut in l. i. §. i. in fr. de admin. tutor. §. at ex contrario ius quib. alien. licet vel non. id tamen non habet locum nisi cum solutio facienda est pupillo, nec quisquam tamen aut tutor aut curator est qui solutionem pupilli nomine possit accipere ad liberandum debitorem, quem tamen iuratum in obligatione retineri cum paratus sit soluere non minus iniquum esset quam si eo nomine in ius venire cogere l. si reus 73. sup. de procurat. l. ait Prator 7. §. i. versic. permittitur sup. de minor. Nec quod iusiurandum etiam loco solutionis ceat l. iusiurandum etiam 27. in fr. hoc tit. ad rem facit. Nam praeter id quod de iureiurando intelligi hoc debet, quod rite iam delatum praestitumque sit, non quod deferre quis velit, nihil causae est cur praetor presentiam & autoritatem tutoris supplere debeat in deferendo iureiurando, cum ea res neque pupillo ipsi profutura sit qui ex eiusmodi delatione periclitaretur potius, neque aduersario pupilli, cuius valde interest delationem rite & cum tutoris autoritate a pupillo factam esse ut ex ea iurare possit & iurando vincere: quem proinde melius est expectare ut tutor aut quis adit, ex cuius autoritate & consilio fiat delatio, si id videat expedire pupillo, quod aliis probationibus & instrumentis causam pupilli instruere non possit d. l. tutor in princip. 35. in fr. de quo nihil praetor ipse per se constituere, aut diuinare potest. Quare nec distinguendum est an pupillus qui sine tutoris autoritate iusiurandum detulit, doli capax sit necne: neutro enim casu potest valere delatio ut ex ea sequi iusta condemnatio possit, sufficitque pupillum esse impubertem ut scriptum est in l. videamus 4. in fr. tit. prox. Quod si obicitur, parum referre an tutoris autoritas interuenierit, necne, cum ea quoque interueniente non minus futurum sit, ut aduersus delationem restituatur in integrum ex l. i. §. 2. C. si tut. vel curat. interuen. ut noster putat Accursius, dicam imò verò esse hunc casum singularem in quo pupillus restitui in integrum non possit aduersus delationem, sine a tutore solo sine cum tutoris autoritate factam, quia nec aliter potest valere huiusmodi delatio quam si facta sit omnibus aliis probationibus pupillo deficientibus d. l. tutor. Quo casu non potest fieri ut pupillus ex ea delatione laesus videatur, aut se ipsum probet, quod tamen ad inducendum beneficium restitutionis in integrum omnino requiritur l. nam posteaquam 9. §. si minor, ubi diximus, sup. hoc tit. nisi forte ponas post iuramentum praestitum superuenisse pupillo alias probationes quae delationis tempore deficiebant, qui tamen casus non caret dubitatione, cum in danda qualibet restitutione in integrum inspiciendum semper sit quis rei status fuerit eo tempore quo negotium ge. ebatur, nō quid postea superuenierit l. verum 11 §. si locupletis l. quod si minor 24. §. Scauola sup. de minor. l. 2. l. si voluntate §. C. de rescind. vendit. l. si quis iusiurandum 11. C. hoc tit. Nec praeterea tam facile danda sit restitutio in integrum aduersus ea quae pupillus in iudicio tutore auctore gessit, si modo indemnitate consequi potius ab ipso tutore possit l. propterantem 13. §. vlt. C. de iudic. cuius tamen indemnitate aduersus tutorem persequenda nulla

subest ratio, cum tutore imputari nihil potest. Quid autem imputate possit tutore qui omnibus aliis probationibus deficientibus iusiurandum pupilli nomine detulit, aut deferenti pupillo auctoritatem praestitit, ut vel hac vna saltem ratione possit pupillus vincere, nolente aduersario iurare, nec referre, aut etiam referente, cum alioqui pupillum vinci & succumbere omnino necesse fuisset. Verius itaque est quod Paulus concludit in dicit. l. tutor. quodcumque agere volenti pupillo aduersus praestitum iusiurandum denegandum esse hoc casu actionem, ac proinde in integrum quoque restitutionem. Cum, ut idem Paulus in libris sententiarum diffinit, nihil aliud sit in integrum restitutio quam redintegratio rei vel causae actio. Aliaque longè ratio est minoris iam puberis, quippe quae nihil verat etiam alias habentem probationes, iusiurandum tamen aduersario deferre quo casu fieri manifestè laeditur, qui accipit perituri pupillam quam certis probationibus exitum iudicij committere maluit, ita restitutionem in integrum implorare merito potest tanquam euidenter captus inspecto etiam eo tempore quo detulit: nec distinguo cum Accursio, an minor hic qui iusiurandum detulit, habeat curatorem necne, quasi cum habet curatorem non magis deferre iusiurandum possit aut debeat sine curatore quam pupillus sine tutore, propterea quod minor curatorem habens pupillo aequiparandus sit aut prodigo, ex l. si curatorem habens 3. C. de in integr. restit. minor. Est enim bona aequiparatio est quod ad alienationem bonorum minoris pertinet, non tamen quantum ad contrahendam obligationem cum puberes etiam sine curatoribus suis obligari rectè possint l. puberes 101. de verb. oblig. quod in pupillis diuersum est d. l. obligari. Iusiurandi autem delatio praestitio & conuentionis instar obtinet l. qui iurasse 26. §. vlt. & d. l. tutor §. i. hoc tit. potius quam alienationis aut solutionis, cum nec obligationem civilem tollat, quam solutio vera tolleret, ut noster hic ratiocinatur Accursius ex l. Stichum aut Pamphilum 95. §. naturalis in fr. de solut. l. i. cui nec res iudicata tollit obligationem naturalem quamuis pro veritate & solutione accipitur ut hic idem Accursius, notat ex l. Iulianus 64. in fr. de condit. indeb. Planè si pupillo quis detulerit iusiurandum, & is iurauerit, quamuis sine autoritate tutoris, valebit iusiurandum tanquam rectè praestitum, & ex eo debet pupillus vincere, quia sibi imputare debet is qui detulit d. l. qui iurasse 26. in princip. in fr. nec quod in fauorem pupilli constitutum est ut iusiurandum sine tutoris autoritate deferre non possit, in eius odium retorqueri debet, ne possit etiam suscipere atque ita victoriam litis sibi comparare l. non eo minus 14. C. de procurat.

a Exceptio quidem obstat. RAT. DVB. Iusiurandi delatio a pupillo facta sine autoritate tutoris ipso iure nulla est, ut proxime diximus, ne contra iuris civilis regulas pupillus ea ratione sine tutore obligetur l. contra 30. sup. de pact. Nullum igitur effectum habere potest nec proinde exceptionem ullam parere non magis quam actionem. Atque ita Vlpianus noster diserit scribit in l. i. §. i. in fr. quar. rer. act. non det. in proposita specie exceptio est pupillo non obstat, quod cum Pauli sententia, quae hic extat pugnare ex diametro videtur. DE C. In actionibus veratur ius. In exceptionibus factum l. si vnus 27. §. pactus ne peseres sup. de pact. Cùmque iusiurandi delatio ipsa sit facta & ex iureiurando iuxta formam

nam delatum praestitum praetor & actione & multo magis exceptionem polliceatur, vix est ut ei qui ex delatione iuravit denegare praetor exceptionem possit, cum habeat pro se verba edicti. Sed iniquitatem huius exceptionis quae non nisi verbis edicti nititur, temperat, & emendat data replicatione ut in l. in duobus 28. §. si ei qui in fr. hoc tit. & d. §. pactus ne peseres. Cuius replicationis aequitas tota ex eo pedit, quod pupillus rerum suarum administrandarum ius non habeat. Proinde obstat exceptio in specie verbis formulae in qua cogitur praetor exceptionem apponere ne quid contra edictum suum facere videatur, sed in effectu non obstat, quoniam exceptio per replicationem eliditur. Et ita bene Accursius explicat. Nulla etiam petit, inquit, per pupillum restitutione, sicuti & si pupillus aliquid sine tutoris autoritate in iure confessus esset l. certum 6. §. per. in fr. de confess. Sed hoc dissimile est, quia ex confessione quam pupillus in iure sine tutoris autoritate fecerit, nulla exceptio contra eum nasci potest ad quam elidendam indigeat replicatio, cum eiusmodi confessio ipso iure nullus sit momenti siquidem instar condemnationis obtinet. l. i. eod. Pupillus autem indefensus & sine tutore sicut condemnatio non potest, ita neque haberi pro condemnato l. contra pupillum 54. in fr. de re iudic. d. l. 2. de admin. tutor. Aliaque longè ratio est delati iusiurandi. Esti namque ex delatione iusiurandi a pupillo facta si valeret sine tutoris autoritate possit pupillus aequè vinci & condemnari iurante aduersario si effectus ipse reus, aut succumbere si actor: potest tamen aliquo etiam casu vincere, nimirum si aduersarius iurare nollet, sed referre iusiurandum mallet ut supra explicauimus. Non fuit autem prohibendum pupillo ne id faceret ex quo lucrum aliquo casu sentire posset, licet aliis casibus posset etiam ex eo damnum sentire: ne dum id agimus, ut pupillos consulamus, ei potius noceamus contra l. pen. C.

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

Ad §. 2. Si tutor.

RAT. DVB. Tutor etiam qui tutelam gerit non est dominus rerum pupillarum, nec curator furiosi prodigive rerum furiosi aut prodigi. Habent enim isti nudam rerum alienarum administrationem non dominium. Ergo non possunt res alienare, cum alienationis nomine is tantum actus significetur per quem dominium transfertur l. i. C. de fund. dotal. l. alienationis 28. de verb. signific. nemo autem plus iuris in alium transferre possit quam ipse habeat vulg. l. nemo plus iuris 54. de regul. iur. l. traditio 20. de acquir. rer. dom. & consequenter non possunt accipere solutionem quandoquidem quisquis accipit solutionem iustè, hoc ipso alienat debitorem quem amittit §. nunc admonendi in fr. quib. alien. licet vel non multo minus possunt rem in iudicium deducere, quia quisquis deducit, amittit etiam actionem quam exercet, ac proinde alienat, proinde nec iusiurandum deferre possunt, sicuti dicimus nec alium in litè iurare posse quam qui sit dominus litis quisq. litè suo nomine contestatus sit l. vulgo 7. in fr. tit. prox. DE C. Lex sicuti regina ita domina est & personarum & rerum omnium quae sunt in republica l. i. §. 2. sup. de legib. proinde potest disponere de bonis priuatorum prout vult, & quatenus videt interesse, & ipsorum priuatorum & utilitatis publicae, ad quam civilis legislator refert

ad §. C. Trebell. Sic dicimus contra iuris civilis regulas facere illum qui a pupillo sine tutoris autoritate stipulatur d. l. contra 30. de pact. quia non potest fieri ut pupillus promittendo fiat vnquam locupletior, nisi per speciem nouationis promittat transfusa obligatione civili in naturalem ut in l. i. in fr. de nouat. At non cum qui mutua pecuniam dat pupillo sine tutoris autoritate, cum possit pupillus ea pecuniam in rem suam vertere, atque ita locupletior fieri ex mutuo, unde est quod mutua pecuniam accipiendo naturaliter obligatur etiam locupletior factus non sit d. l. Stichum aut Pamphilum 95. §. aliquid in fr. de solut. l. illud 25. §. heres meus in fr. quand. dies legat. ced. quamuis non iure naturali l. de penult. de oblig. & action. ut pluribus docuimus ad d. l. contra. Ideo quod bene Paulus in hoc §. ita loquitur ut dicat pupillum sine tutoris autoritate iusiurandum deferre non debere, non autè ita, ut dicat non posse. Nam si non possit, utique nec danda esset ex iureiurando post ea delationem praestitum vlla exceptio. Sed aliud est non posse quid facere, aliud non debere. Non omne quod fieri potest, fieri etiam debet quemadmodum nec omne quod licet, expediri aut honestum est l. non omne 144. de regul. iur. Et frustra quaeritur an quod fieri non potest, fieri debeat, siue per rerum naturam siue per leges aut edicta aut constitutiones fieri prohibeatur, quoniam quicquid tale est aequè apud praetorem impossibile censetur l. filius 15. iunct. l. preced. in fr. de condic. insti.

b Quia rerum administrandarum ius ei non competit. Hinc notat Accursius in omnibus contractibus quos ineunt ij qui iure electi non sunt cassari omnia ex l. decernimus 16. C. de sacros. eccl. l. qui neque §. in fr. de reb. cor. qui sub tutel. Secus verò esse si institutio ab initio teneat, sed postea in irritum deducta sit: tunc enim teneat quae medio tempore gesta sunt bona si de ex l. si non expedierit 6. §. i. in fr. de reb. auct. iudic. possid. cui potuit addere l. quoties 44. in fr. de acquirend. hered.

omnia: interest autem non solum publicè sed etiam ipsorum maxime pupillorum furiosorum & prodigorum, ne iis commercio quodammodo interdicator, quod contingeret si neq. ipsis, neq. ipsorum tutoribus & curatoribus res eorum alienare liceret, ne quidem pro eorum utilitate l. ait praetor 7. §. questum sup. de minor. Et quamuis possit pupillus tutore auctore contrahere ceteraque omnia facere quae maior possit, attamen ipsi etiam tutore soli tanquam legitimo administratori permittitur est omnia facere sine pupillo, quae pupillus sine tutore posset exceptis iis quae factum personale pupilli exigunt, ut aditio hereditatis ad proferenda cretionis verba quae olim solemnia fuerunt & necessaria ante leg. cretionum 17. C. de iur. delib. Furiosos verò & prodigos nihil omnino agere possunt ne quidem cum curatoris autoritate, sed eorum nomine curatores peragere omnia possunt & debent, quia certum est aut saltem sperari probabiliter potest, etatenam allaturam esse iudicium pupillo, non etiam respicientiam furioso aut sanos mores prodigo l. in negotiis §. de negot. gest. Ideo quod de solis furiosorum & prodigorum curatoribus hic Paulus loquitur quia dantur personis principaliter, rebus autem non nisi per consequentiam exemplo tutorum. In eoque differunt a curatore minoris cuius longè alia ratio

est, quia rebus principaliter datur, personæ autem ne quidem per consequentias, càmque ob causam nihil ipse solus sine minore facere potest nisi ratione iudicij accipiendi leg. 2. *infr. de excus. tutor.* sed tantùm auctoritatem præstare minori debet ad gerenda ea quæ ex ipsius minoris commodo & utilitate fore intelligat. Vnde est quod tutores itémque furiosorum & prodigorum curatores licet domini non sint, tamen dominorum loco sunt tanquam legitimi personarum eiusmodi administratores l. qui fundum 7. §. si tutor *infr. pro emptor. l. is qui* 11. §. si tutoris *infr. quod vi aut clam. leg. quoties* 21. §. si tutor *supr. de noxal. act. leg. interdum* 56. §. pen. de *furt.* non etiam curatores minorum qui nec à lege 12. tabul. ius administrationis habent ut ceteri, sed à prætoribus. Consequens igitur est, ut possint illi & alienare res pupillorum, itémque furiosorum & prodigorum, & solutionem ab eorum debitoribus accipere, & rem in iudicium deducere, ergo & iusiurandum deferre, ita ut ratum id à prætoribus haberi oporteat, id est, ne quidem beneficio restitutionis in integrum rescindi leg. si mulier 21. §. 1. *supr. quod met. caus. leg. quoties* 44. *infr. de acquiren. hered.* Nam qui cetera omnia supradicta potest, multo magis hoc quoque potest. Ex quo apparet, cum ius dominij penes unum esse possit, ius verò rerum administrandarum penes alium, longè plus possillum qui ius administratio-

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

Ad §. ult. Procurator quoque.

RAT. DV B. Procurator licet dominus nō sit, domini tamē loco est, eūq. vice fungitur, parūq. refert, an per se quis faciat aliquid, an per procuratorem l. 1. *et tot. tit. de procur.* Nec curus negari potest quin procurator quilibet administrationis ius habeat cum non aliam ob causam procuratores dentur, quam vt administrarent, ita vt imputari possit, & soleat, ei qui rerum suarum administrationi sufficere non potest, cur non procuratorem constituerit leg. Papinianus 20. *supr. de minor.* Procuratori igitur omnimodo & indistinctè permittendum est, vt iusiurandum deferat, exemplo tutoris vel curatoris furiosi aut prodigi, & cum derulerit ratum id haberi à prætoribus debet, etiam si neque vniuersorum bonorum procurator fuerit, neque nominatim id ei mandatum sit, neque in rem suam procurator fuerit constitutus, nam & parum est, vniuersorum bonorum procuratorem esse quem, nisi præterea liberam habeat administrandi facultatem l. procurator cui 38. l. procurator totorum 63. *supr. de procurat.* & frustra est requirere speciale mandatum, vbi generale sufficit, nec denique plus iuris habet, qui in rem suam procurator constitutus est, quam qui in rem constituentis, circa eas res quarum nomine procurator datus est, nisi quod in rem suam constitutus electionem habet, an suo nomine velit facere an alieno, cum tamen alio casu possit nomine tantum alieno facere leg. qui stipendia 9. *Cod. de procurat. leg. si cum emptore* 16. *supr. de pact.* D. c. Multa sunt quæ mandato generali non continentur sed exigunt speciale, quod verisimile non sit mandantem de iis cogitasse, tanquam quæ sint extraordi-

nis habet, quàm qui ius dominij, cum ius administrationis legitimum est, & à lege concessum, aut à priuato quidem, sed cui lex permittat concedere. Illud planè non est necesse, vt tutor tutelam gerat, licet de hoc tutore nominatim Paulus loquatur, sed sufficit vt tutelam gerendæ ius habeat, id est, vt non sit ei interdicta administratio, vt Accursius noster notat ex l. pupillum 49. *de acquir. hered. cui iunge l. quod si forte* 14. §. 1. *de solut.* Quare nec is, qui tutor est, & rerum administrandarum ius habet, aliter tamen alienare res pupilli potest, quàm si causa administrationis id faciat, vt scriptum est in l. non omni 16. *Cod. de admin. tutor.* Quod & in furiosi curatore iuris est leg. ab agnato 12. *infr. de curat. furios.* Indèque etiam fit, vt neque tutor ipse iusiurandum deferre possit, nisi cum necessitas administrationis, & pupilli utilitas id exigat, hoc est, ita demum si alia probationes omnes deficient l. tutor 25. *in princip. infr.* Tunc enim tutor domini loco habendus est, cum ex bona fide rem pupilli administrat, non cum pupillum spoliat d. §. si tutor l. tutor qui reperiuntur 7. *in princip. et §. 1. et 2. infr. de admin. tutor.* Spoliaret autem qui alias habens pro pupillo paratas probationes, mallet certam litem victoriam cum ancipiti periurio aduersarij commutare. An autem tutor ipse iurare possit pupilli nomine & cogi vt iuret, alia quæstio est de qua dicemus ad leg. 4. *infr. tit. prox.*

narum, & insolita, quale illud est, vt restitutio in integrum per procuratorem peratur leg. illud 25. §. 1. *supr. de minor.* Est enim restitutionis auxilium extraordinarium, & quod non competit priusquam sit specialiter petendum leg. in causa 16. *in princip. eod. ill. tit.* Et alia huiusmodi non pauca, quæ nostri solent congerere ad Tit. C. etiam per procur. *caus. restit. in integr. agi poss.* & nos nonnulla concessimus in Codice nostro Fabriciano ad illum Titulum. Inter cetera verò quæ sunt huius generis, & quorum aliqua recensentur in leg. mandato generali 60. *supr. de procur.* vbi etiam diximus, ponenda est ex hoc §. delatio iusiurandi. Nec enim facile credendus quis est aduersarium suum in causa propria testem ei iudicem constituere voluisse, quod tamen fit per iusiurandi delationem leg. 1. *infr. quar. rer. act. non det.* Nec igitur procuratori hoc permittendum est, nisi habeat speciale mandatum, aut generale quidem & totorum bonorum, sed quod præterea adnexam habeat clausulam, cum libera administratione, quæ specialioris mandati necessitatem tollit tum quoque cum non totorum bonorum, sed eius tantum causæ, in qua delatum iusiurandum fuit, procuratio mandata est, cap. qui ad agendum in fin. *de procur. in 6.* Aut denique nisi procurator in rem suam constitutus sit, quo casu sicuti mandatum est irreuocabile l. illam 31. *C. de donat.* ita nec tam ex constitutis, quæ ex constituti procuratoris voluntate ac utilitate æstimadū est, cuius scilicet periculo futurū est si ex ea iusiurandi delatione succubat: cū sibi imputare debeat, cur aduersario iusiuradū detulerit, eumque incio constituyente iudicem in causa sua fecerit. Idem autē his trib. casib. procuratori constituto, pmittitur de-

tur deferre iusiurandum aduersario, quoniam iisdē casibus etiam pacifici & transigere de lite possēt l. nam & nocere 12. *et seq. supr. de pact.* Iusiurandum autem delatum & præstitum pacti, & transactionis quoque vim obtinet l. 2. *supr. l. inter pupilli* 35. §. 1. *infr. hoc tit.* Idem in municipij defensore iuris est vt nec aliter iusiurandum deferre possit, quàm si id ei nominatim mandatum sit l. iusiurandum & ad pecunias 34. §. 1. *infr.* Nempe quia non situm ius proprium, sed municipium in iudicium deducit. Nec distinguemus an alia probationes adsint, an verò omnes deficient, vt hoc saltem posteriore casu permittatur procuratori itémque defensori municipium deferre iusiurandum. Exemplo eius quod de tutore & curatore furiosi itémque prodigi scripsimus ad

§. præcedentem, ex d. l. tutor pupilli in princip. Neutri enim permittendum est villo casu vt iusiurandum deferat, nisi in aliquo ex supradictis casibus, ne alioqui in potestate sua sit ius meum perdere, quod numquam ferendum est, nec si saluum illud facere alia ratione nulla possim: nec enim alienarum rerum administrandarū quicquam ius & arbitrium habere potest nisi cui vel à lege, vel à domino ipso mandatum est. Diligenter enim custodiendi sunt fines mandati l. diligenter 5. *infr. mandat.* Nec sufficit vt diximus habere mandatum aliquod etiam generale cum speciali opus est, ne Ouidianum illud occurrat,

*Unde procurator nimirum quoque multa procurat,
Et sibi mandatis plura videnda putat.*

18. VLPIANVS libro 16. ad Edictum.

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

Ad l. Alias autem 18.

RAT. DV B. & DEC. eadem est quæ ad §. ult. legis præcedentis. Idem enim vtriusq. loci tractatus & sensus est, de procuratore iusiurandum deferente alieno nomine: nisi quod superioris §. sententia affirmatiuè concepta est, procuratoris delationem ex qua iuratum sit, ratam haberi debere, si aut vniuersorum administrationem sustineat, id est vt explicauimus, si generale mandatum habeat [quamuis alioqui sint ista diuersa] & quidē cum libera vt loquuntur: aut si id ipsum nominatim ei mandatum sit, aut denique si in rem suam procurator factus sit. Huius verò loci sententia negatiuè concepta est, extra tres illos casus, non esse audiendum procuratorem, si iusiurandum aduersario deferre velit, nec nocere domino iusiurandū, quod ex ea delatione præstitum sit, quia non teneatur dominus in hac specie factū sui procuratoris præstare, tanquā qui nec mandatum vllum in eam rem habuisse intelligatur, sicuti solemus dicere obligatione quantumuis generali bonorum omnium, & præsentium & futurorū non contineri suppellectilem, vestes naturales liberos, & alia huiusmodi, quæ quis obligaturus verisimiliter non fuisset l. oblig. 6. *infr. De pignor.* Adfertur tamen in hac lege alia & noua dubitandi ratio ex eo sumpta, quod accidere frequentius solet, vt procuratores de iis omnibus quæ agunt, præsertim in iudicio cauere de rato teneantur, non solum si de mandato dubitetur, sed etiam si mandatum proferant quod habeant ad agendum non etiam ad iusiurandū deferendū vt in l. prox. *infr.* Hoc enim casu cum de rato cautū est, videtur procurator plus iuris habere, etiā ad iusiurandum deferendum. cum aduersario si ex ea delatione iuret, satis superq. consultū sit eiusmodi cautione de rato. Nam et si de mandati aut veritate aut validitate dubitaretur, amitti tamen posset & deberet eiusmodi cautione de rato prestita l. 1. *C. de procurat. sicut & coniuicta alia omnis persona etiam sine villo mandato l. sed & ha 35. supr. eod. ill. tit. l. 3. §. sed nisi forte infr. iudic. solut.* Nepe quia nihil hoc casu inter-

esse videtur eius cui cautū est de rato, cum siue dominus ratum quandoque habere velit, perinde haberi debeat ac si specialiter & nominatim id ipsum mandasset [ratihabitio enim æquiparatur mandato non generali sed speciali actus illius qui ratas habitus est l. qui in aliena 6. §. *infr. de acq. her. l. 3. §. acquirere De bonor. poss. l. pen. Rat. rem haberi.*] siue ratū habere dominus nolit hoc ipso futurū sit, vt ex sua promissione cū suis fideiussoribus conueniatur procurator, atq. ita is qui iurauerit omne id quod sua interesse probauerit, conseruatur. Sed tamen responderet Vlpianus ex Iuliano, non eo magis permittendū esse procuratori extra tres casus supradictos, vt deferat iusiurandū, ne cum aduersarij ex ea delatione iurauerit, perinde tamen adhuc conueniri possit, & quidem efficaciter, id est sine metu exceptionis illius, quam alioqui Prætor cuiilibet ex delatione iuranti accommodat, ac si non iurasset; quæ res ostendit inutilem, nec ritè factam fuisse delationē. Aditque non multum ei proficere qui iuravit nec tantum ad conseruandum iusiurandum, cui nihil commune est cum cautione de rato: sed etiam ad indemnitate consequendam, qui vnicus cautionis de rato effectus est, si fuerit de rato cautum. Siue enim dominus petat, inquit, cogetur reus docere se liquidò iurasse, id est vt benè meo iudicio Duarenus explicauit, verè nec tamen verè dūtaxat, sed etiam apertè, ac sine vlla amphibologia: quod tamen non aliter facere potest, quā si apertè ac certissimè probet, nihil se debere. Quod tamen vbi fecerit, vincet equidem, at non quia iurauerit sed quia verè se ac liquido ex veteris iusiurandi formula illa *Qua de rato liquido iuret* iurasse probauerit, vt proinde nullum ex suo iureiurando commodum tentiat, tantundem enim consequeretur etiam si non iurasset. Et præcipuus iusiurandi effectus in eo consistit, vt ab onere probandi iurantem releuare debeat l. non erit 5. §. *dato iureiurando l. sed si possessori* 11. §. *ult. supr. l. eum qui 30. infr. hoc tit.* Quod certè Accursius noster non percepit ignorantie veteris illius formula, quāuis à Cuiacio & Roberto defensus. Sic enim locū hunc accepit, quasi ponenda esset

virgula post dictionem *liquidum*, eaque dicitio non ad verbum *iurasse* referenda quomodo referenda est, sed ad verbum *docere* hoc sensu, ut reus qui iuravit se nihil debere, si a domino conveniatur docere liquidum & aperte cogatur se nihil debere, cum tamen Vlpianus dicat debere illum docere se liquidum iurasse. Quid autem esset facilius, quam liquidum & aperte probare praestationem iurandi? Atqui aperte & liquidum probandum est nihil deberi. Probandum igitur est non tantum aperte, sed etiam vere iuratum esse, nihil deberi. Quo probato vincet sane reus sed opposita exceptione ut addit Vlpianus. An iurandū ut quidā ex veteribus glossatoribus, quos Accursius refert crediderunt? Minime. Non enim aliter exceptionem ex iure iurando pollicetur prator, quam si iurandū ritē delatū sit & ab eo qui deferendi ius habuerit. Semper enim supponendi sunt termini habiles praesertim quod ad dicitū hōc pertinet *l. tutor pupilli 35. §. 1. infr.* Implicatq; contradictionem, ut iurandū procuratoris valeat, nec tamen quicquam relinquit ab onere probandi. An ergo de exceptione pacti forte sibi facti, vel rei iudicatae, vel metus aut alterius similibus ut Azo voluit. Nec vlla ex his quoque. Commentitium enim est si quis ponat cum Azone & Bartolo aut pactum aliquod conventum intervenisse, aut iudicatum aut metū intercessisse aut quid aliud simile ex quo dari exceptio debuerit, antequam iuraretur, cum apud Vlpianum de eo verbum nullum. Quod autem toties diximus iurandū habere vim pacti conventi & rei iudicatae ex *l. 1. & 2. l. qui iurasse 26. §. 1. vlt. d. l. tutor pupilli 35. §. 1. hoc tit.* tunc verum est cū iurandū ritē ac rectē fuit praestitū & ab eo qui deferendi ius habuit, quod in hac specie non evenit, neque verō sic Azo intelligere potuit, cum adiecerit exceptionem metus, quae tamen ex iure iurando nunquam nascitur. Quod autē Ioannes, quē Accursius ita refert ut suo more magis probare videatur, dictionem *exceptione* accipit & interpretatur pro stipulatione, quis fere obsecro vnaquā possit? Fateor ex stipulatione ex qua daretur etiam actio, posse multo magis dari exceptionem si conveniatur stipulator ab eo ipso, quem convenire possit ex stipulatione, cum ei cui datur actio, longe magis danda sit exceptio, ex vulgata iuris regula *l. iniuriam 156. §. 1. De reg. iur. l. 1. §. 1. is autem De superfic.* Sed nos ponimus conveniri reum non a procuratore qui cavet de rato, sed a domino ipso qui reo nihil promiserit, cumque stipulatio illa respectu agentis domini sit res inter alios acta, quid attinet de stipulatione tractare cum stipulator ipse ab eo qui nihil promissit convenitur? Et ratio quam subiungit Accursius, pro Ioanne quod si contra dominum agentem reus de sacramento excipiat, replicabit dominus, nullum sibi a procuratore praedictum fieri potuisse. Concludit duntaxat nullam ex eo iure iurando exceptionem dari posse, non etiam tractari hinc aliquid de stipulatione debere. Tolerabilius est quod Bartolus apud Accursium legisse videatur replicatione non stipulatione. Sed neque interpretatio haec defendi potest: non enim reo de quo solo Vlpianus hic loquitur, datur replicatio sed actori *l. 2. infr. De except.* Est igitur necessarium hic locus intelligendus de exceptione doli, quae omnium generalissima est, & quae deficientibus aliis omnibus subsidiaria esse solet, sed quae tamen in proposito casu non ex iure iurando proficitur [hoc enim Ioanni & Accursio concedendum certe est] sed ex eo, quod aliis certissimis

& liquidis probationibus docuerit reus, nihil se debere. Etsi enim nihil ab initio dolo malo fecit actor, qui post iurandū a procuratore suo male delatū ac praestitum cepit agere, nunc tamen incipit dolo malo facere, cum post allatas indebiti tamen certas probationes perseverat tamen petere, eo solo praetextu quod iurandū de quo nihil iā querendum aut curandum est, sine villo mandato delatū ac praestitum fuerit *l. 2. §. circa vbi est textus elegans & ad speciem huic quam tractamus non valde dissimilem accommodatur infr. De doli mal. & met. except.* Atque ita hic locus alioqui sane perobscurus intelligi meo iudicio debet, nec ad eum casum restringi, ad quem restringit Bartolus, quo iurandū delatū duntaxat fuerit, non etiam praestitū. Quod quidem is potissimum casus ab Vlp. tractatur, quo iuratum fuerit ut probant verba illa *cogetur docere reus, liquidum se iurasse.* Quamquam verissimum est, iuste recusari iurandū ab eo cui nihil profuturū sit iurasse. Sequitur apud Vlpianū alia pars dilemmatis non minus obscura, nec minus male ab interpretibus, non sicut accepta. Sine inquit *ex stipulatione de rato agat, necesse habebit ipse de peritio suo docere.* Non enim facile possunt intelligere, cur parū actori prodesse debeat cautio de rato, vel ad quid, an ad expensas tantum litis & ad vias, an etiam ad sortem, siue dominus post iurandū ex procuratoris delatione praestitum egerit & succubuerit, siue obtinuerit aut iuste, aut iniuste, siue denique agere tantum coeperit, necdum tamen sententia lata sit. Hi enim ferē omnes casus sunt qui possunt contingere, & in quibus tamen stipulatio de rato, aliter atque aliter committitur, ut pluribus tractat Accursius: nec illud quoque ad explicandum facile est, quomodo, aut quoniam, existis casibus de peritio suo doceat procurator, cū agit ex stipulatione de rato, & audiendus sit agens, illo etiā casu, quo non aliter agere possit, quā si de peritio suo doceat. Sic enim omnes locū hic accipiunt ut nō eo magis prohibeatur is qui iuravit agere de rato, contra procuratorem, quod agendo peritium suum detenturus sit & educturus, si modo non erubescat infamiae suae certissimo periculo id facere: quasi ob eā causam dicat Vlpianus, non multum ei prodesse si agat de rato, compensatione facta commodi, quod ex ea actione sensurus sit, cum damno infamiae, quod ex sententia pro domino contra reum lata possit emergere. Indēque sumpta occasione quaerunt, an & quando alicui liceat propriam suā turpitudinē allegare: quam quaestionem nescio quot & quibus adhibitis distinctionibus. Bart. hic proficitur. Ego puto Vlp. sententiā illā esse, cū negat multū prodesse reo, quod cautū ei sit de rato, ut nihil omnino ei prodesse debeat, nō magis si agat ex stipulatione contra procuratorem, quā si a domino conveniatur. Et huius generalis sententiae rationē illā esse generalē quae ab Vlpiano adfertur, quod ex stipulatione agere nō possit, quin cogatur de peritio suo docere, non quasi sit audiendus vel summouendus, allegans suū peritium, propriamque turpitudinē, de quo solo interpretes disputant, Vlpianus verō nullo modo, sed ut intelligamus stipulationē, quae nō aliter committi potest, quā si stipulator de peritio suo doceat, nullā posse vitiatē stipulatori adferre, nec si permittatur ei ex ipsa agere, quia haec stipulatio de rato, ut & alie priorē, nō committitur, nisi ad id quod interest *l. vlt. infr. de pra. stip.* nihil autē interesse creditur, quoties actoris interesse dicitur, ex nō honesta causa *l. 3. §. scietū sup. Ad exch. l. cuius inter fuit 11. & seq. infr. De furt.*

De furt. Peritium autem causam honestam esse nemo dixerit. Frustra igitur, & inutiliter agat quis ex ea stipulatione, ex qua nihil aliud speret consequi, quā quod ob suum peritium probaverit suū interesse. Non dico stipulationem hanc non committi vitiatē, aut ex ea honestē agi non posse: nam & honestē committitur, & quidem statim atque dominus ratum habere nolit, & ex ea proinde honestē agitur ad id quod interest, si modo quid honestē intersit. Sed nego vllam esse posse vitiatē huius actionis, nec secuta ex ea condemnationis, si non intersit actoris nisi ratio sui peritij, quoniam in executionem & taxationem condemnationis nihil aliud venire potest, quā quod interest ex honesta causa, & quatenus probatur interesse quod a vi & potestate actionis ipsius & condemnationis longē distat *d. l. vlt. De prator. stipulat. l. si traditio 4. C. de action. empr.* quia quatenus cuiusque honestē intersit, in facto non in iure consistit *l. quatenus 24. De reg. iur.* Cur verō in hac specie nō aliter ex stipulatione de rato agere reus potest, quā si de peritio suo doceat? Nimirum quia vel probare potest reus qui iuravit se nihil debere, vel non potest, si probare potest nihil eius interesse videtur, quod etiam post praestitum a se iurandū conveniatur, cum habeat quod obicit petitori, & certus sit de victoria litis, non tantum quod ad sortem pertinet, sed etiam quod ad expensas quas obtinere debet, quisquis vincit in principali *vulg. l. eum quem temere 9. §. 1. De iudic. l. qui solvendum 78. §. 1. De legat. 2. praesertim cum vincit per oppositam doli exceptionem, ut in specie quā tractamus, secundum ea quae supra diximus. Quod si hoc etiam casu, id est probato quoque indebito, nihilominus succumbat reus & condemnatur, quod non nisi iniuste fieri potest, & per sordes aut gratiā & imperitiam iudicis, non eo magis tamē committi stipulatio potest aduersus procuratorem, cui non debet nocere facta reo iniuria *l. si per imprudentiam 51. infr. De evict. l. exceptione 67. infr. De fideiuss.* nisi quantum ad expensas litis, quas utique non erat facturus reus si dominus ratum procuratoris factum habuisset *l. si sine iudice 22. §. cum autem infr. Rat. rem habet.* Quamquam ut verum fatear, mihi valde suspecta est, tota illa clausula: *Verum tamen est hoc casu fideiussores non nisi in expensas litis teneri.* Nam cum dicitur tamen sit aduersaria, non addidisset Iulianus verba illa non nisi, quae faciunt ut id ipsum repetatur, quod iam dictum fuerat, quantum ad debitū principale, & de solis impensis litis addendum erat, ut tamen deberentur. Etsi nec hoc ipsum iuris rationi conveniens videtur. Cur enim expensas litis procurator aut eius fideiussor prestare teneatur stipulatori, victo per iniuriam iudicis, in quas condemnari omnino dominus debuisset in penam litis temerariae, nulla stipulatori facta fuisset iniuria? An non hoc esset iniuriam factam reo, nocere procuratori, saltem quod ad expensas litis? Quidni verō perinde hoc iniquum sit, ac si noceret quantum ad sortē? Aut cur dicamus cum Baldo interdum ad accessoria teneri etiam qui ad principale non teneatur? Sed si reus qui iuravit se nihil debere procuratore deficiente, hoc ipsum probare non possit, cum a domino ipso conventus atque ita vel condemnatus iam sit vel in eo saltem sit vel condemnari omnimodo debeat (parum enim refert) quamvis negari non possit quin eius intersit, non aliter tamen ex stipulatione agere potest, quā si doceat probetque nō modō se iam condemnatum esse, aut condemnatum iri, sed etiam iuste id factum vel futurum esse,*

cum alioqui iniuria quae ipsi fieret vel facta esset, utique non deberet, ut diximus procuratorem contingere *d. §. cum autem.* Porro nō potest docere se iuste condemnatum esse, aut condemnari debere, quin hoc ipso evidenter doceat se peritium, cum iuraverit nihil se debere. Nō ergo potest dicere sua quicquam interesse ex iusta & honesta causa: quandoquidem nihil eius penitus interesset, si non peierasset. Non debet autem ex peritio suo & improbitate actionem vllam consequi, aut actionis iure iure competentis emolumentum vllum *l. itaque 12. infr. De furt. l. vlt. §. hoc tit.* Planē si dominus qui delationem iurandi a procuratore factam ratam habere nolit succubuerit, litēque amiserit, certum est quod ex Marcello ad Iulianum notatur in *d. h. §. si sine §. Marcellus* nihil praefer impendia litis in stipulationem de rato deductum intelligi debere, quia nec nisi propter impendia quicquam interest stipulatoris, nimirum si ad ea non fuerit condemnatus dominus, qui litē amisit. Hoc enim potest etiam interdum contingere, & contingit saepenumero non tantum de facto ut loquuntur sed etiam ex iuris ratione, quoties creditur is, qui succumbit iustam habuisse causam litigandi *d. l. qui solvendum 78. §. 1. de leg. 2.* quod ipsum in iudicis arbitrio & aestimatione positum est. Marcelli tamen sententia supra dicta valde obstare videtur, quod Venuleius respondit in *l. procurator 8. §. 1. eod. tit. Rat. rem habet.* si procurator a vero debitore pecuniam exegerit & fatidederit ratam rem dominum habituram, mox dominus de eadem pecunia egerit, & litē amiserit, committi stipulationem in totum & sortis quoque nomine. Nam quod Accursius & Bartolus, ut scopulum hunc evadant Venuleium intelligunt de falso procuratore, qui nullum prorsus mandatum habuerit, Marcellum autem de vero procuratore, sed de cuius mandato dubitabat, etsi quod ad Venuleium pertinet: verissimum est, cum lex ponat reum, etiam pro quo iudicatum sit manere nihilominus debitorem, quod tamen falsum esset, si vero procuratori solvisset qui accipiendae solutionis ius habuisset, *l. hoc iure 96. & l. vero procuratori 12. infr. De solut.* Nisi quod fieri potest, ut falsus procurator fuerit ad exigendum, sed tamen verus ad agendum. Nec enim procuratori in litem dato rectē soluitur, nisi ad hoc quoque mandatum habuerit *d. l. hoc iure.* Attamen quod ad Marcelli speciem attinet, commentitium videtur, nec ex Marcelli verbis colligi potest, neque vno casu minus quā alio illa ratio procuratori favore videtur, quae Marcellū movit, quod non nisi impendiorū nomine intersit stipulatoris, qui in litē pro negotio principis alii obtinuit. Cūque haec lex de eo procuratore loquatur qui nullum penitus mandatum habuit ad deferendum iurandū quod & Bartolus fateri tandem cogitur, magis accedit hic casus ad Venuleij quā ad Marcelli speciem, ut proinde dicendum esset, in casu huius legis, permittendum stipulatori etiam de peritio suo docenti agere ex stipulatione contra falsum procuratorem, nisi ea ratio fortior esset, quam attulimus, quod non ex honesta causa eius intersit. Existimo illud ipsum hic dicendum quod iam diximus. Aliud esse tractare de effectu actionis competentis & institutae. Aliud verō de iure stipulationis commissae & exercendae actionis. Stipulatio de rato apud Venuleium in totum committitur, ut ex ea possit stipulator agere ad rotam, id quod ipsius interest quia verum est dominum non modō ratum non habuisse, sed etiam factum sui procuratoris improbasse,

Sed effectu inspecto nihil hoc casu veniet in taxationem eius quod interest, præter impendia litis, cum dominus qui ratum habere noluit, litem amiserit, idque est quod Marcellus ait, nihil hoc casu præter impendia in stipulationem deduci, hoc est, deducendum intelligi, cum de taxando eo quod interest tractatur, non quasi pro parte tantum commissa sit stipulatio, quæ non magis pro parte committi potuit, quam pro parte ratum haberi l. 4. §. Cato in *fi. de verb. obl.* Sed quia commissa etiam in totum stipulatio nunquam ad aliud competere potest, quam ad id quod reuera interest stipulatoris l. *fi. commissa* 13. *Rat. rem haberi*. & quidem ex honesta causa, ut dixi. Quod ab interpretibus nostris intellectum non est, qui post longas contentiones tandem concludunt, Vlpiani sententiam in hac lege eam esse, ut possit stipulator etiam docens de perurio suo, non tantum condemnationem sed etiam executionem & solutionem fortis consequi ex hac stipulatione, propterea quod lex dicat & ponat agere illum ex stipulatione his verbis *sive ex stipulatione de rato agat*. Nos verò non negamus quidem agi ex hac stipulatione posse, nec tantum de facto sed etiam de iure, cum verò commissa stipulatio sit, quod vni inspicendum est l. *qui Rema* 122. §. *Agerius & pass. de verb. obl. nuda* 5. *C. de contr. & committ. stipul.* quia scilicet verum est, dominum ratum non habuisse, atque ita extitisse conditionem stipulationis ut in d. §. *Agerius l. quo enim* 12. *Julianne*. Sed dicimus, ut maxime commissa stipulatio sit, nihil tamen ex ea consequi stipulatorem posse, quia nihil eius interesse videri potest ex honesta causa, sed tantum ex causa periurij, quæ inhonestissima & turpissima est. Melius itaque faceret si ex stipulatione non ageret, sed ex inani sumptibus non vexaret, ut in specie l. *supr. de inoff. test.* Illud verò longè absurdus est, quod iidem interpretes addunt duce Accursio, non posse procuratorem ex ea stipulatione conuentum obicere stipulatori turpitudinem periurij, cum ipse ei detulerit arg. l. *qui iurasse* 26. *in fi.* Quasi verò periurij huius particeps fuerit, is qui iusiurandum detulit, aut quasi idem siti iusiurandum deferre & per iurio consentire, quod ridiculum est: nisi ponas deferre quem iusiurandum ei, quem certò sciar peieraturum, si hac parte Theologis nostris magis credimus, ut credere debemus quam prudentibus nostris, qui ethnici & pagani fuerunt. Nec sanè quicquam causæ est, cur peierantis turpitudinem allegare & obicere prohibendus sit is, qui iusiurandum detulit cum rem licitam fecerit, & legibus permissam, quibus tamen nihil placere potest, quod sit turpe, quandoquidem primum legis præceptum est, honestè viuere, cum quo pugnant omnia, quæ turpitudinis maculam & participationem aliquam habent, vel minimam l. *filius* 15. *& preced. inf. de cond. inst. l. generaliter* 26. *& seq. de verb. obl.* Illud certè non displicet quod Bar. notat, nemini permittendum esse, ut turpitudinem suam alleget ad fundandam suam intentionem d. *itaque* 12. *de furt. l. mercalem* 5. *& tot. tit. C. de cond. ob. turp. vel in iust. caus. l. transactione finita* 30. *C. de transact. l. si creditoribus* 5. *C. de seruo pign. dat. manum*. sed tantum ad fundandam exceptionem suam aut replicationem, si modò contra eum qui fuerit particeps turpitudinis ut in l. *de tutela* 7. *C. de integ. restit. minor.* qui quæ certet de lucro, allegans autem turpitudinem de damno ex l. *viro* 39. *infr. solut. matr. l. 4. Marcellus de doli mal.*

except. Non etiam si contra eum qui non sit particeps turpitudinis d. l. *transactio ex d. l. si creditoribus cum simil.* nisi, inquit Bart. ab alio iam detecta fuerit, ut in l. *ante pen. inf. de susp. tutor. l. relocatorum* 7. *in fi. de interd. & releg. exceptis casibus c. tertio loco Extr. de presumpt. Auth. nouo iure C. de pen. iud. qui male iud. l. quisquis in fi. C. ad leg. Jul. maiest.* Sed quod addit probari hanc exceptionem ex hac lege, admitti certè non potest. Qui enim se nihil debere iurauerat procuratore deferente, licet postea domino condemnatur tanquam verus debitor, non ideo tamen per iurum probatur, cum fieri possit, ut vel per absentiam & contumaciam suam fuerit condemnatus, potius quam quòd malam causam habuerit ut in l. *si deo* 55. *inf. de euict.* vel quo alio suo vitio bonam causam perdidit, ut in l. *Stichum aut Pamphylum* 95. §. *pen. de solut. l. lex contractu* 44. *in fi. de iud. aut per fordes aut per ambitionem, aut imprudenciam, & imperitiam, vel denique iniuriam iudicis ut in d. l. si per imprudenciam* 51. *de euict. l. exceptione* 67. *de fideiuss. l. seruo* 65. §. *cum Prætor inf. ad SC. Trebell.* Tum verò quid si agat ex stipulatione de rato, antequam fuerit condemnatus? Potest enim, statim atque dominus certior factus ratum non habuerit, si modò *επ' αλάτεις* hoc intelligas, & cum aliquo temperamento & spatio temporis nec minimo nec maximo, quamvis secuta quandoque rati habitio obstatura sit exceptio doli mali l. *quo enim* 12. §. *Julianus Rat. rem haberi*. Nec expectandum est, ut feratur sententia nisi in casu d. l. *procurator* 8. §. *vlr. eod. tit.* In quo differt hæc stipulatio à stipulatione amplius non peti quæ non nisi lite contestata committitur vbenè Accursius notat ex l. *amplius non peti* 15. *eod. tit.* Quis hoc casu turpitudinem actoris detexerit? Non ergo verum est, quod vult Bartolus in specie huius legis, Agentem ex stipulatione de rato etiam postquam condemnatus est, detegere suam turpitudinem iam ab alio detectam, suumque periurium. Nam nec vlla turpitudinis est eius qui condemnatus est, nisi de periurio, aut ex alia causa famosa condemnatus fuerit l. *furti* 6. §. 1. *& pass. de his qui not. infam. l. infamem* 7. *de public. iudic.* Sed tota turpitudinis actoris huius in eo est, quòd agens ex stipulatione de rato, siue iam condemnatus sit, siue non sit, non aliter potest vincere, quam si doceat ipse de suo periurio: probando scilicet & affirmando se debere, quod antea non debere se iurauerat ut supra explicauimus. Detegit itaque nunc primum suam turpitudinem nondum ab alio detectam, cum agit ex stipulatione, cum non aliter nec prius agere possit ex stipulatione de rato, quam si probet stipulationem esse, commissam quæ potest nec aliter commissam videri potest ad id quod interest, quam si actor probet sua interesse: quod ipsam denique non aliter probare potest, quam si non modo affirmet [nemo enim ex sola sua affirmatione condemnationem extorquere potest] sed etiam doceat se debere: quod cum facit hoc ipso docet de suo periurio, ac proinde non nisi ex inhonestâ & turpi causa sua interesse. Quæ res inutilis & inefficacem facit ipsius actionem, quamuis alioquin ipso iure competentem. Ex quibus apparet quam male tota hæc lex ab interpretibus accepta sit, tot licet commentariorum ambagibus onerata, quos nisi resellere necesse fuisset, breuiores nos hinc esse potuissimus.

19. IDEM

19. IDEM libro 26. ad Edictum.

Si itaque mandatum fuit procuratori, ut petat: ille autem iusiurandum detulit aliud facit, quam quod mandatum est.

Ad l. si itaque 19.

RAT. DVV. Cui mandatum est ut aliquid faciat, mandata censentur ea quoque omnia antecedentia, per quæ ad illud faciendum, quod mandatum est perueniri potest vulg. l. 2. *supr. De iuris. l. ad rem mobilem* 56. *ad legatum* 2. *supr. De procurat.* Ergo si procuratori mandatum fuerit, ut aliquid petat, mandatum quoque intelligi debet ut petitionem suam probet omnibus iis modis, quibus probare poterit, cum certum sit petitorum nunquam aliter posse vincere, quam si suam intentionem plenissimè probauerit, aduersario nihil etiam ex parte sua præstante l. 4. *C. de edend. l. vlt. C. de rei vind. l. actor quod asseuerat* 23. *& pass. C. de probat.* Atqui iusiurandi delatio, probationis species quædam est, & quidem maxima l. *non erit* 5. §. *dato iure iurando l. sed si possessori* 1. §. *vlr. supr. l. eum qui* 30. *in princ. infr. hoc tit.* Ergo huic procuratori mandatum quoque intelligi, ut ad probandam petitionem iusiurandū aduersario deferat, præsertim si alia omnes probationes deficient, cum eo casu hoc ipsum etiam tutori permittatur l. *tutor pupilli* 35. *infr. hoc tit.* ut diximus ad l. *iusiurandum* 17. §. *si tutor supr. eod.* De c. Procuratori diligenter custodiendi sunt fines mandati l. *diligenter* 5. *infr. mandat.* Ne scilicet plus vnquam faciat quam ei mandatum sit. Tantum abest, ut aliud quicquam facere debeat, quam quod ei mandatum est, in eo namque in quo procuratori fines mandati egreditor, perinde falsus procurator, & ut Bartolus loquitur, funditus falsus esse intelligitur, ac si nullum penitus mandatum haberet, sicuti falsum procuratorem possumus & debemus eum dicere, qui tanquam procurator exegit & accepit solutionem, cum ad agendum duntaxat constitutus esset ut in l. *procurator* 8. §. 1. *rat. rem haberi. l.*

20. PAVLVS libro 5. ad Edictum.

Seruus quod detulit, vel iurauit, seruetur, si peculij administrationem habuit.

Ad l. seruus 20.

RAT. DVV. Is qui in alterius potestate est, siue filiusfam. has siue seruus sit, conditionem eius cui subiectus est deteriorem facere nullo modo potest l. *quanto magis* 20. *in fin. infr. hoc tit. l. melior* 131. *De regul. iur. l. soluendo* 39. *supr. De negot. gest.* Atqui facit deteriorem conditionem domini seruus, qui iusiurandum defert, cum aduersarium suum testem & iudicem faciat in causa propria, ut proxime diximus ex l. 1. *infr. quar. rer. act. non det.* Idemque in filiofamilias iuris est, ut deserens iusiurandum hæc ipso deteriorè faciat conditionem patris. Neutri ergo permittendum est ut d. ferat, nisi patre vel domino sciente & consentiente. Nec quod circa rem peculiarem iusiurandum delatum sit, ad rem facere valde videtur, cum peculium non sit filij, multo minus verò serui, nisi conuenientibus oculis, ut Seneca dicebat, reuera tamen magis sit patris aut domini l. 3. §. *sed virum l. patri* 27. *in princ. supr. De minor.* De c. Peculium est pusillum quoddam veluti patrimonium filijfamilias vel serui à rationibus paternis, & dominicis separatum, deducto tantum eo quod patri vel domino debetur l. *depositi* 5. §. *vlr. infr. De pecul.* Eiusque liberam administrationem filiusfamilias vel seruus ha-

bere intelligitur, si non aliud dictum sit in concedendo peculio, aut nisi quid superuenierit propter quod non debeat administratione libera permanere l. *libera* 28. *in princ. eod.* Vnde est quod cui administratio peculij data est, etiam delegare tuum debitorem potest d. l. *libera* §. 1. *vlr. in princ. infr. De nouat. & l. prox. seq.* Atqui iusiurandum inuentionis & delegationis cuiusdam vim obtinet l. *qui iurasse* 26. §. *vlr. infr.* Permittendum igitur utriusque est, tam seruo quam filiofamilias ut iusiurandum aduersario deferat, de re peculiari quasi ex domini vel patris sui voluntate, ut in l. *quod seruus* 35. *infr. De solut. nihilq;* aliud ei prohibuit est, nisi ut donet, quia donare perdet eum l. *si ius fam. l. in princ. infr. De donat.* sicuti diximus ad l. *iusiurandum* 17. §. *vlr. supr.* Possit procurator quoque iusiurandum deferre, si liberam habeat administrationem siue totorum bonorum siue solius eius causæ in qua defertur. Quoniam ex domini voluntate hoc facere intelligitur, qui talem ei tantum concessit potestatem sibiq; debet imputare dominus, qui siue seruo suo siue procuratori eam potestatem concesserit, talique administratorem reu suam elegerit d. l. 3. §. *vlr. supr. De min.* Extra causam peculiarem id planè obtinet quod in dubitandi ratione attulimus. Nam de sola causâ

Tom. III.

N 3

peculiari hæc lex loquitur, quæ sicut hac parte ut in aliis ferè omnibus separanda est à cæteris causis, ita eandem ferui quam filijfamilias conditionem facit *L. quidam putant 22. infr.* Extra quam si feruus iusiurandum detulerit, aut aliter nouare obligationem noluerit, non solum ratum id habendum non est,

sed neque ex ea delatione quasi ex contractu ferui de peculio teneri debet: quod in filiofamilias si etiam extra causam peculiarem iusiurandum detulerit, diuersum est *d. l. de positi 5. §. si filiusfamilias infr. De pecul.* quod Accursius nos ter non intellexit, ut dicemus ad *d. l. quidam. Iunge l. non ideo 25. infr. De nouat.*

21. GAIUS libro 5. ad Edictum Prouinciale.

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

Ad l. Huic enim 21.

RAT. DVV. Iusiurandum etiam nouationis & delegationis cuiusdam vim obtinet, ut proximè diximus *ex l. qui iurasse 26. §. vlt. infr. hoc tit.* Atqui non ideo nouare veterem obligationem quisquam rectè potest, quòd interdum rectè ei soluitur *l. non ideo 25. iunct. l. cui rectè 10. infr. De nouat.* Eiusque rei exemplum adfertur in *dict. l. non ideo* in his qui in nostra potestate sunt, quibus rectè inter dū soluitur quod ab ipsis creditum est, cum tamen nemo eorum per se nouare priorem obligationem iure possit. Non ergo bona ratio & consecutio est, quæ ex Caio adfertur in hac lege, ut feruus nouandæ obligationis ius habeat ob id solum, quod ei solui quoque rectè possit. DEC. Regula iuris est: Eum cui rectè soluitur etiam nouare posse *d. l. cui rectè. Et* quamuis ea regula suas patiat exceptiones *d. l. cui rectè & d. l. nō*

ideo, ut & cæteræ ferè omnes *l. omnis definitio 202. iunct. l. 1. in fi. De regul. iur.* non eo minùs tamen vera iuris regula est, & consequenter non potest non esse bona ratio quæ ex ea sumitur, nisi cum tractatur casus aliquis qui sit de numero exceptorum ut in *d. l. cui rectè ex d. l. non ideo*. Malè igitur, & nimis audacter Accursius nos ter rationem hanc Iureconsulti malam esse scripsit, cum accommodanda sit ad legem præcedentem, in qua non de alio seruo tractatur quam qui administrationem peculij habuerit, & quidem liberam. De hoc autem seruo dubitat nemo quin & solui ei possit, & nouandæ obligationis ius habeat *l. vlt. eod. l. quod seruus 35. infr. De solut.* Extra causam peculiarem aliud est, ut diximus ad legem præcedentem, & de eo solo casu intelligi debet, quod scriptum est in *d. l. non ideo*. Iunge quæ scripsimus ad *l. rogasti 11. §. vltimo supr. titul. proximo.*

22. PAULVS libro 18. ad Edictum.

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

Ad l. Quidam putant 22.

RAT. DVV. Magna in iure nostro differentia est inter filiumfamilias, & seruum. Nam filiusfamilias ex omnibus causis præterquam ex voto & mutuo obligatur *l. filiusfamilias 49. infr. De oblig. & act. & patrem suum à cuius potestate est obligat de peculio l. si quis cum filiofamilias 44. infr. De pecul.* Seruus autem ex suis contractibus neque obligatur ciuilitè, neque dominum suum obligat, ne quidem de peculio, quia nec nasci potest actio de peculio, qui in præcedat aliqua ciuilis obligatio. Ex contractu autem ferui nec feruus ipse obligari ciuilitè potest, sed naturaliter tantum *l. nec seruus 41. infr. De pecul.* cum non habeat personam integram, quia non habet caput in ciuitate *l. 3. §. vlt. ei l. seq. supr. De capit. minut.* Nec dominus, nisi quatenus ex eius voluntate seruus contraxit, quod non contingit nisi circa res peculiarias *l. quod seruus 35. De solut.* Alia igitur hac parte constituenda est filijfamilias ratio, alia ferui. Ut si filiusfamilias quidem iusiurandum detulerit, ex eo iureiurando possit actio de peculio dari contra patrem, quasi ex ea causa cum filiofamilias contractū sit; Si verò seruus detulerit, aliud dicendum sit. Atque ita diserte scribit Vlpianus in *l. de positi 5. §. si filiusfamilias infr. De pecul.* DEC. Differentia quidem est inter filiumfamilias & seruum in rebus non peculiaribus, sed in peculiaribus nulla est, quoniam vtilitatis dominorum gratia perinde capax est seruus atque filiusfamilias habendi peculij & ex ea causa contrahendi, adeoque dominum obligandi de pe-

culio, cum vterque contrahat hoc casu, hic ex patris, ille ex domini voluntate *d. l. quod seruus*. Hac sola differentia, quòd cum seruus de re peculiari contrahit, solus dominus obligatur ciuilitè de peculio, & consequenter primò per se ac principaliter, cum autem filiusfamilias contrahit, obligatur ipse primò & principaliter: pater autem non nisi accessoriè *d. l. si quis cum filiofamilias*. Atqui lex hæc eum casum tractat, de quo in *l. seruus 20. supr.* id est de seruo iusiurandum deferente circa res peculiarias, quarum liberam administrationem habuit. Est enim vterque locus ex eodem eiusdem Pauli libro 18. *ad Edictum*. Et hæc lex proinde coniungenda cū *d. l. seruus* quod & verba illa huius legis demonstrant *& de peculio actionem in dominum dandam*. Articulus enim & cum sit implicatiuus ostendit eandè prioris legis speciè retineri. Meritò igitur Paulus nullā in hac specie agnoscit differentiam inter filiumfamilias & seruum, quæ tamen agnoscit & constituit Vlpianus in *d. §. si filiusfamilias*, quia tractat eo loco de filiofamilias, aut seruo, qui iusiurandum detulerit de re non peculiarari. Atque ita Vlpianus & Paulus conciliandi sunt, non quomodo putat Accursius, comminiscens apud Vlpianum non habuisse seruum liberam peculij administrationem, apud Paulum habuisse: Vel hinc delatum fuisse iusiurandum à seruo extra iudicium, ibi verò in iudicio quod non sicut cum filiofamilias ita & cū seruo consistere potest ex *l. multo, magis 24. infr. l. cū seruo 107. De reg. iur.* quæ omnia cōmētita sunt & ab vtriusq. loci & sensu & verbis aliena. Iūge quæ diximus ad *d. l. seruus* & dicem⁹ *ad l. seq. 23. VL-*

23. VLPIANVS libro 26. ad Edictum.

Si feruus iurauerit, dominum dare non oportere, exceptio domino indulgentia est, sibi que aduersarius imputabit, qui seruo detulit iusiurandum.

Ad l. si seruus 23.

RAT. DVV. Eadem ratio esse debet, ut videtur, deferendi iusiurandi & accipiendi, cum dici solet contractio eandem esse disciplinam & correlatiuorum *l. 1. c. de cupress. lib. 12. tit. vlt.* Atqui seruus deferre iusiurandum non potest, ne faciat conditionem domini sui deteriori *l. prox. infr.* nisi in rebus peculiaribus quarum liberam habeat administrationem *l. seruus 20. supr.* Ergo nec iurare potest, in rebus scilicet non peculiaribus, de quibus solis hæc lex intelligenda est: neque ex tali iureiurando ferui qui iurauit dominum dare non oportere, exceptio vlla domino accommodanda & indulgentia est. DEC. Melior condicio domini fieri potest per seruum, quem nō potestate habet, deterior non potest *l. melior 131. de regul. iur.* Fit enim melior cum per seruum exceptio aliqua vel etiam actio domino acquiritur: deterior autem cum seruus iusiurandum deferat aduersario, non quidem in iudicio, ut Accursius ad legem præcedentem notabat, cum id fieri non possit, & semper supponendi sint termini habiles *l. tutor pupilli 5. §. 1. infr.* sed extra iudicium, ut & in *l. seq.* Nec habet iustam conquerendi causam is qui seruo alieno iusiurandum detulit. Sibi enim debet imputare, cur iuro detulerit, cum non cogereetur, sciretque aut scire deberet futurum, ut ex eo ferui iureiurando exceptio domino acquireretur, & quidem inuito, ut & cætera omnia quæ per seruum acquiruntur extra causam hereditatis *l. etiam 31. infr. de acquir. rer. domin. l. seruus vetante. 62. de verb. oblig. iunct. l. qui in aliena. de acquir. hered. præsertim cum neque ex accidenti sperare aliquod commodum ex delatione possitis, qui seruo iusiurandum deferat, quia seruus etiam si iurare nolit, referre tamen non potest, non magis quam deferre, *l. prox. infr.* secundum Florentinam lectionem. Verbum enim referendi etiam deferendi significationem continet sicut & verbum reddendi dandi quoque significatio-*

nem habere dicitur *l. verbum reddendi 94. de verb. signific. Ergo* quod à Paulo scriptum est in *d. l. seruus 20. supr.* Iusiurandum quod seruus detulit, vel aduersario deferente præstitit, seruandum esse, si peculiij administrationem habuit, non ita accipiendum est, quasi non aliter seruandum sit iusiurandum ferui, quàm si iurauerit circa rem peculiarem, cuius liberam habeat administrationem: quomodo intelligere videtur Accursius, sed sic potius ut in rebus peculiaribus, quarum liberam administrationem seruus habet: siue iusiurandum seruus detulerit, siue iurauerit, omnimodo id seruandum sit, in rebus verò non peculiaribus, non æquè seruandum sit quod seruus detulit, seruandum tamen sit quod imple iurauit, ex ratione quam diximus: & quæ ab Vlpiano hinc adfertur, quæ ad delationem à seruo factam non perinde accommodari potest. Cur ergo inquires, ita Vlpianus hinc loquitur *exceptio domino indulgentia est*. quasi hoc ius sit ex indulgentia magis quam ex vera meraque iuris ratione? Soler namque indulgentia opponi iuris rigori *l. cum militi 16. §. 1. infr. de compens.* Et sanè ita est, non quia non sit ex iuris rigore, ut per seruum & actiones & exceptiones domino acquirantur, aut quasi iurare non sit facti magis quam iuris, eorum autem quæ facti sunt etiam serui sint capaces *l. nec seruus 41. de pecul. l. qui heredi 44. de condic. & demonstr.* Sed quia iusiurandum non tantum conventioni, sed etiam iudicij adeoque rei iudicatæ instar obtinet *l. 1. & 2. supr. l. qui iurasse 26. in fin. infr. hoc tit.* Unde est, quod qui non compelluntur in aliquo loco iudicium accipere, nec in eo iurare compellendi sunt *d. l. tutor §. vlt.* Cui consequens est, ut nec alius ex iuris ratione ad iurandum admitti debeat, quam cum quo possit etiam iudicium consistere, ut lex etiam sequens innuit. Indulgentia igitur domino necessaria est, ne iuris ratio sola cum damno adficiat *ut in l. 3. de separat.* in ea re in quantum nullum damnum sentire videatur, is qui detulit, quippe quod non nisi ex culpa & voluntate sua sentiat *l. quod quis 203. de regul. iur.*

24. PAULVS libro 29. ad Edictum.

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

Ad l. multo magis 24.

RAT. DVV. & DECID. eadem est quæ ad legem præcedentem, ut in plerisque solet eadem ratio esse filijfamilias & ferui, quod & in proposito contingit. Nisi quod cum iusiurandum seruo deferuit etiam extra iudicium, seruatur ex indulgentia iusiurandum ferui, ut diximus *ad l. præced.* Nimirum quia iudicium cum seruo non potest consistere *l. cum seruo 107. de real. iur. l. 3. §. si seruus infr. de pecul. ac cum filiofamilias potest l. tam ex contractibus 57. iunct. l. si longius 18. §. 1. supr. de iudic. d. l. 3. §. idem scribit de pecul. l. filiusfamilias 49. de oblig. & action.* Ideoque dicendum est ferui iusiurandum filiofamilias, & ex

eo acquiti domino exceptionem, non ex indulgentia, sed ex iero iuris rigore. Idque est quod Paulus hinc scribit, multo magis prodesse debere patri religionem filij, quia cum filiofamilias etiam iudicium consistere potest, ut nulla hinc opus sit indulgentia. Quod autem in hac lege sequitur filiumfamilias & seruum referentes iusiurandum, quomodo scriptum est in *Pand. Florem.* aut, ut vulgata editio habet *deferentes* [parum enim interest cum deferat etiam is qui refert, ut proximè diximus ex *l. verbum reddendi 94. de verb. signific.*] conditionem eorum quibus subiecti sunt non facere deteriorem, ostendit manifestè legem hanc loqui de rebus non peculiaribus, sicut & præcedentem cui hæc coniungitur. Falsum enim esset, non posse filiumfamilias aut

seruum deferre iusiurandum de rebus peculiari-
bus, quarum liberam habent administrationem l.
seruus quod detulit 20. sup. Nam & in huiusmodi rebus
deteriorem facere possunt patris vel domini con-

dicionem in aliis causis non possunt l. nec filius 7. C.
hoc tit. l. seruus 5. l. filius 23. C. de pact. l. u. qui heres 11. §. vlt.
inf. de acq. hered. iunct. l. qui in aliena 6. in princip. eod. tit. l.
melior 13. de regul. iur.

25. VLPIANVS libro 26. ad Edictum.

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

Ad l. sed & si seruus 25.

RAT DV B. Quod contra rationem iuris constitutum vel receptum est, benignè & ex indulgentia non facile producendum est ad consequentias l. quod verò 13. sup. de legib. l. qui negotia 34. inf. mandat. Atqui contra rationem iuris & ex mera indulgentia receptum est, vt ex serui iureiurando etiam in rebus non peculiaribus exceptio acquiratur domino, vt diximus ad duas leges proximè præcedentes, ergo non tam facile illud quoque indulgendum est, vt ex eiusmodi iureiurando serui acquiratur domino etiam actio. Difficilius enim acquiruntur actiones quam exceptiones, & retentiones l. 1. infra de pignor. l. si in area 3. inf. de condit. ind. Et quod dici solet, ei cui datur actionem, multo magis dandam esse exceptionem, l. inuitus 150. §. cui datur de regul. iur. l. 1. §. is autem de superfl. ostendit satis non posse bonam esse consecutioem, vt cui datur exceptio, æquè ac tam facile danda sit actio. Dicitur. Vbi eadem ratio arguet, sine iuris, sine æquitatis, ibi ius idem constituendum est vulg. l. illud 32. supra ad leg. Aquil. l. 3. §. v. de etiam inf. de iniuri. rupt. etiam in iis quandoque, quæ iure singulari siue constituta siue recepta sunt, l. singularia 15. sup. tit. prox. l. non possunt 11. & seq. sup. de legib. id est, non tam contra quam præter rationem iuris, quale hoc est, de quo agimus. Quod enim do-

mino indulgemus, vt ex iureiurando extraiudiciali serui detur ei exceptio, non pugnat omnino cum iuris ratione, quia iusiurandum & iudicium reuera differunt, sed ob id duntaxat videtur non esse recipiendum summo iure, quod iusiurandum iudicij instar obtineat. Cæterum quæ ratio & æquitas facit, vt domino per seruum iurantem quæri possit exceptio, eadem facere debet, vt si seruus iurauerit rem esse domini, vel domino dari oportere, danda sit actio domino, vindicatio quidem priore casu si possideat is, qui iusiurandum detulit, contra quam ponit Accursus, conditio autem posteriore, quomodo daretur exceptio, si posset illa sufficere, nec actione dominus indigeret. Quæ propter religionem & conuentionem vt addit Vlpianus, quia nimirum tractat de iureiurando conuentionali non iudiciali, vt diximus. Omni namque casu sibi debet imputare is, qui seruo iusiurandum detulit, nec habet quod de alio, quam de se conqueratur l. si seruus 25. sup. Simile quodammodo est, quod iudicati tempus, quod ex indulgentia, nec tam contra, quam præter iuris rationem, condemnatis indulgetur l. cum militi 16. §. 1. inf. de compensat. porrigitur etiam ad eos qui in iure confessi sunt, tanquam ad casum similem l. certum 6. §. vlt. inf. de confess. Nempe quia confessus in iure pro iudicato est, qui sua quodammodo sententia damnatur l. 1. eod. tit.

26. PAVLVS libro 18. ad Edictum.

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

Ad l. Qui iurasse 26.

RAT DV B. Ei demum iusiurandum deferri potest, qui si velit etiam possit peierare. Cur enim deferretur iusiurandum, nisi vt metu peierandi malit aut iusiurandum referre, aut succumbere, quam iurare: l. que sub condicione 8. inf. de condit. inst. l. illud 25. §. 1. inf. de constit. pecun. Alioqui esset stultissimus, qui iurare ex aduersarij delatione nollet, atque ita vincere, si certus esset se non posse peierare. Atqui pupillus peierare non potest, quia is solus peierat qui sciens fallit, vt sapius iam diximus ex vetere illa iusiurandi formula cuius inter cætera verba hæc solemnia fuere si sciens fallo, pupillus autem sciens fallere non potest, qui in ea ætate illa etiam quæ videt ignorare creditur l. 1. C. de fals. monet. l. vlt. inf. de iur. & fact. ignor. l. pupillus 9. de acquir. hered. l. impuberem 22. inf. de leg. Cornel. de fals. nec multum status eius à

furiosi condicione distat l. Fulcinius 7. §. plane interdum inf. quib. ex causis possess. eat. Et quamuis aliàs distingui soleat in pupillo, an sit proximus pubertati, & doli capax necne, id tamen ad ea pertinet, quæ non magnam machinationem exigunt, vt scriptum est in l. quidem 14. & in l. præced. sup. de dolo. Quid autem maiorem exigit machinationem quam periurium, & animus peierandi [nec enim sine animo peierandi periurium fit] quo id agit qui iurat, vt prætextu religionis non tantum aduersario illudat sed ipsi etiam Deo? Ergo pupillus quia peierare non potest, nec iurare posse credendus est. Potest quidem pupillus, vt & maior quilibet falsum iurare, sed non falsò, & fallendi animo ac peierandi, aduersaria autem illa sunt, non adiectiua, quæ in hominum actionibus moralibus maximè attendenda sunt, cum in bonis quoque non tam inspiciendum sit, an rem per se bonam quis fecerit, quam vt rem bene. Dicitur. Ei qui semel voluit non fit iniuria l. in diem 9. §. 1. inf. de aqua

de aqua & aqua plu. arcend. Qui autem pupillo iusiurandum detulit, semel eo contentus fuit, vt pupillus iuraret. Non ergo pupilli iusiurandum impugnatè postea potest ea sola ratione, quod pupillus peierare non possit, quia nec posset conqueri si pupillus peierasset, sibi que debet imputare, cur vltro iusiurandum pupillo detulerit, sicut & qui impuberem procuratorem constituit ad tractanda sua negotia l. 3. §. vlt. sup. de minor. Atque ita hic locus accipi debet, non quomodo ab Accursio, Bartolo & aliis accipitur, vt pupillus in eo distinguatur à maiore, quod cum maior falsum iurans periturus præsumatur statim atque appareat de contrario ex l. aliàs 18. sup. pupillus tamen non equè, quia non nouit fallere & verum semper iurasse videatur, vt ait Accursius, aut vt Bartolus, quia præsumendus sit oblitus etiam facti proprii, & quod tempore iuramenti non recordeatur, non enim ad præsumptionem illam Paulus respicit nec negat falsum esse posse, quod pupillus iuravit: nec denique ait maiorem præsumptionem esse pro pupillo, quam pro maiore, quod verum iurauerit, sed absolute ait non videri pupillum peierare, his verbis quamuis pupillus non videatur peierare quo verbo videatur non præsumptionem aut fictionem significat, sed veritatem, vt intelligamus, posse quidem pupillum, vt & alium quemlibet peierare materialiter, vt ita explicatur, id est, iurare falsum, sed non formaliter, id est, animo peierandi, quia sciens & volens non potest fallere, quamuis hic quoque Paulus repetat verbum videatur postremis illis verbis quia sciens fallere non videatur. æquè veritatis non præsumptionis aliquid exprimentæ gratia: periurus namque ille est, vt iam diximus, non qui falsum iurat, sed qui sciens ac prudens & animo fallendi: nec aliud est in maiore, nisi quod cum peierare possit, peierandi quoque animum habuisse credendus est, quoties falsum iurasse conuincitur d. l. aliàs. At quoniam animus ille peierandi plerumque latet in maiore [nam in pupillo latere ideo non potest, quia nec esse potest] inde fortassis factum fuit, vt periurium impunitum sit apud homines, qui non ex præsumptionibus, sed ex certissimis probationibus infligere pœnas debent l. vltim. Cod. de probat. at non apud Deum quem latere nihil potest. Merito igitur

Paulus hic concludit, nihil referre cuius sit ætatis ille cui iusiurandum deferretur. Omnimodo enim custodiri iusiurandum debere aduersus illum, qui contentus eo fuit. Pupillum sanè oportet eius esse ætatis, vt iurare possit vt in l. vlt. §. vlt. de liberal. causis id est, quomodo Bart. explicat vt fari possit. Nam in eum qui fari nondum possit, hæc quæstio ne cadere quidem potest: notandus verò casus ille est d. §. vlt. in quo potest etiam pupillus iurare, etiam ad se obligandum, id est, propter operas incontinenti, post manumissionem promissas patrono, qui non aliter fuerat manumissurus: regulariter enim contra est Auth. sacramenta puberum Cod. si aduers. vendit. Quod autem addit Paulus nihil etiam referre cuius sit sexus, id est, an masculus sit an mulier, ratione dubitandi repetit ex veterè iure, quo erant olim mulieres omnes in perpetua tutela propter infirmitatem, & imbecillitatem consilij, vt nec satis iudicij habere videantur ad iurandi sanctitatem, & religionem ponderandam arcendumque periculum perituri. Quæ etiam de causa fœminis succurri solet, facilius quam masculis, si quid forte per imprudentiam fecerint, aut per errorem siue iuris siue facti, si forte de aliquo damno periclitentur error facti 8. & l. seq. infra de iur. & fact. ignor. Vnde & Senatusconsultum Velleianum pro fœminis introductum fuit l. 1. l. 2. §. verba itaque & pass. infra ad Senatusconsultum Velleian. Sed ratio decidendi eadem est, quæ in pupillo, quod sibi debeat imputare, qui iusiurandum mulieri detulit vt in l. si seruus 18. supra hoc tit. contentusque esse debeat eo, quod semel voluit ex reg. cap. quod semel placuit de regul. iur. in 6. Differentia tamen inter pupillum & mulierem euidenter hæc est, quod pupillus peierare non potest, vt diximus, mulier verò potest, quia & sciens fallere potest, adeò vt nec passim Senatusconsulto Velleiano subuentum sit mulieribus, sed iis duntaxat quæ deceptæ sint, non quæ deceperint d. l. 1. §. sed ita demum l. si mulier 23. l. si decipiendi 30. infra ad SC. Velleian. l. 5. l. fœminis 18. Cod. eod. l. in eo 110. §. vlt. de regul. iur. Denique cum mulierem non bene per omnia minoribus comparetur l. vlt. in princip. infra eod. ill. tit. ad SC. Velleian. multo minus pupillis æquiparandæ sunt.

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

Ad §. 1. Si pater filium.

RAT DV B. Pater paciscendo filio, quem in sua potestate habet nullam exceptionem potest acquirere l. & heredi 21. §. nos autem sup. de pact. Non enim sicuti placuit per filium familias patris acquiri posse l. placet 79. de acquir. hered. l. 1. infra si à parent. quis manu sit. Ita & vicissim filio familias per patrem acquiri potest non magis quam per aliam quamlibet liberam personam l. 1. Cod. per quas person. nob. acquir. Sed si pater filio suo quem in potestate habet, aliquid pactus sit, aut stipulatus, scilicet quod iuris sit non facti, sibi non filio stipulatus pactus siue intelligitur l. quod dicitur patrem 130. de verb. obligat. Nisi hæc tenus vt ipsi quoque filio sibi possit, si non obligationis, sed solutionis causa stipulationi adiectus sit l. eum qui 56. §. qui sibi eod. tit. Idque adeò ve-

rum est, vt nec si postea filius cui pater pactus aut stipulatus fuit, heres patri exiterit, conualescat tamen conuentio, quæ ab initio fuit inutilis l. si tibi 17. §. si pactus sim, vbi diximus supra de pact. Præterquam si pater filio tanquam futuro suo heredi pactus esse proponatur, quo casu etiam directa exceptio per patrem acquisita filio intelligitur, sed tanquam hereditaria, & patri ipsi primum acquisita, vt in l. tale pactum 40. §. 1. eod. tit. l. pater 23. in d. l. si ita conuenerit 9. infra de pact. dotal. quodcumque 45. §. si quis ita de verb. oblig. Extra hunc casum non magis directa, aut exceptio, aut actio acquiri filio potest, si ei tanquam filio pater pactus aut stipulatus sit, quam si quasi extraneo; licet de vili possit dubitari ex d. l. si ita conuenerit & ex d. l. si quis ita. Ergo neque iurando pater pro filio potest ei exceptionem illam acquirere, cum iusiurandum habeat vim pacti stipulationis, & conuentionis §. prox. inf. Dicitur. Cum pater

actione de peculio conuenitur ex contractu filij, eadem causa est patris conueniendi quæ filij, scilicet obligatio filij, quæ si nulla esset, nec pater de peculio conueniri posset l. 1. si quis cum filiofamilias 44. infra de pecul. Est enim obligatio patris velut accessoria quæ ad principalem filij obligationem accedit, cum illa adiectione de peculio, est enim tantum nota illa & adiectio ad principalem filij obligationem §. præterea Insti. Quod cum eo qui in alieno potest. Ergo si pater conuentus actione de peculio iuret filium nihil debere, deferente iurandum eo qui se dicit creditorem, acquiratur exceptio non tantum utilis, sed etiam directa patri, nec minus filio, quia vnica obligatio est, quæ sublata esse nequit respectu patris quin sit etiam respectu filij, licet in singulorum patris & filij persona separatim consistat, quasi propria cuiusque, vt de correorum debendi obligatione solemus dicere l. 3. §. 1. l. eandem 9. §. vlt. infra de duob. reis, aut in reo principali & fideiussore l. si testamento 49. §. vlt. de fideiuss. iur. et l. si fideiussor 19. supra. De dolo, quamuis non ignorem patrem obligatum de peculio ex contractu filij, neque pro correo debendi, neque pro fideiussore accipiendum esse. Est enim proprium quoddam ius obligationis & actionis, de peculio. Itaque cum ex patris iureiurando acquiratur exceptio filio, non

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

Ad §. 2. Si pater iurauerit.

RAT. DVV. Vna tantum ex contractu filij obligatio est, quæ datur contra filiumfamilias in solidum & contra patrem de peculio, vt proximè diximus ex l. si quis cum filiofamilias 44. infra de pecul. Ergo cum pater iurat, nihil esse in peculio, sicut seipsum liberat ab actione de peculio, ita & filium hactenus saltem, vt acquirat ei exceptionem, aut directam, aut utilem, per quam fiat, ne utiliter & efficaciter conueniatur, sicuti conueniret in duobus reis d. l. 3. §. 1. infra de duob. reis. De c. Multum interest, an pater iuret super obligatione filij, an super actione de peculio: priore casu id obtinet, quod scriptum est in §. præced. vt ex iureiurando patris acquiratur exceptio, & quidem directa, non minus filio quam patri, quia cum iusurandum pro veritate habeatur, non minus quam res iudicata: non potest verum esse, quantum ad patrem, nihil filium debere, quin id ipsum verum sit, etiam quantum ad filium, nec proinde acquiri, ex eo iureiurando directa exceptio patri, quin acquiratur etiam filio. At posteriore casu cum pater deferente creditore, iurat tantum super actione de peculio, id est, nihil esse in peculio, apparet eo iureiurando nihil exprimi de obligatione filij & ideo saluam & integram eam remanere, vt perinde possit filius conueniri in solidum, ac si pater nihil iurasset. Nam cum patris obligatio de peculio non nisi accessoria sit ad obligationem filij, non potest bona esse consecutio, vt quia peculium nullum sit, ideoque nec pater de peculio teneri possit nulla quoque sit obligatio filij: non enim sicuti sublata principali obligatione accessoria tollitur, ita è contraria sublata obligatione accessoria principalis quoque sublata videtur potest. In eoque apparet quantum distet obli-

gatio patris & filij ab obligatione correorum debendi, quæ ita est vna, vt quamuis in singulorum personis, propria cuiusque consistat d. l. car. de iure §. vlt. infra de duobus reis d. l. si testamento 49. §. vlt. de fideiuss. in omnium tamen persona sit æquè principalis l. 3. §. 1. de duobus reis l. rem hereditariam 65. de iur. Planè quamuis iurauerit pater nihil esse in peculio, adhuc tamen de peculio conueniri poterit, non vt si quid in peculio fuerit, eo tempore quo iuratum est, præstari adhuc id debeat, obstat enim hac parte exceptio iurifurandi, sed vt peculij post iusurandum præstitum acquisiti ratio habeatur. Nec enim peculium illud est, de quo iuratum fuit, cum à die præstiti iurifurandi acquisitum sit, & quamuis tempore litis contestatæ nullum sit peculium, actio tamen de peculio tenet, dummodo tempore rei iudicandæ peculium aliquod inueniatur l. quæ situm 30. infra de pecul. Et hæc ratio decidendi est ad hunc §. Tenetur ergo creditor probare, acquisitum fuisse peculium post præstitum iusurandum, ne obstat ei exceptio iurifurandi, nec audiendus est, si patrem velit interrogare, an peculium illud acquisitum sit, post præstitum iusurandum, aut quod effectu idem est, à quo tempore acquisitum fuerit, vt ex eius ore & confessione probationem extorqueat. Habet enim hæc interrogatio tacitam quandam aut potius implicitam peritiam ex probationem, aut saltem suspicionem. Et cogendus nemo est ad interrogationem suam respondere, si ex sua responsione possit in captionem aliquam incidere l. & quia 6. §. 1. supra de interrog. in iur. faciend. Multo minus cogendus erit, si de suo crimine interrogetur. Et hoc est, quod aiunt pragmatici criminosa positioni respondere neminem cogi posse, vt hinc notat Accursius. Nihil enim refert, an in specie huius §. interrogetur pater, verum peculium quod nunc est, fuerit acquisitum ex die præstiti iurifurandi,

randi, quam vtrum fuerit periurus, qui iuravit eo tempore præstiti iurifurandi nihil in peculio fuisse. Illud ergo probandum etiam est quod addit Accursius, non sufficere, vt creditor probet aliquod nunc esse peculium, si non etiam probet postea fuisse acquisitum: est enim satis videtur probatum, hoc ipso quo probatur aliquid nunc esse peculium, quandoquidem pater iuravit nullam antea fuisse nec peritiam præsumptio, aut suspicio facile capienda est, vt neque alterius delicti l. merito 51. in-

2. ¶ Iurifurandi condicio ex numero esse potest videri nouandi, delegandæ quia proficiscitur ex conuentione: quamuis habeat & instar iudicij.

Ad §. vlt. Iurifurandi.

RAT. DVV. Neque nouatio neque delegatio quæ nouationis speciem quædam est, fit nisi per stipulationem §. præterea Insti. quib. mod. tollit. oblig. l. 1. & pass. infra de nouat. Atqui in iureiurando nulla interuenit stipulatio. Ergo neque nouationis, neque delegationis instar, aut vim habere potest iurifurandi condicio. De c. Stipulatio dicta est à stipulo, quod veteres dicebant pro firmo, quia firmandorum aliorum contractuum gratia sit introducta, vt Iustinianus scribit in Tit. de verb. oblig. Cum autem iusurandum deferatur, conuentio quædam inter deferentem, & eum cui deferatur, iniuri intelligitur, vt qui defert iusurandum velit condemnari, aut sic cumbere sub condicione illa, si aduersarius iurauerit, vt hinc tractat Bart. ex l. depositis. §. si filiusfamilias infra de pecul. Quid autem magis firmare hanc conuentionem potest, quam si Deus ipse in testem adhibeatur? Habet ergo iusurandum vim, & instar stipulationis, nec tantum stipulationis, sed etiam nouationis & delegationis, quoniam habet vim contestationis, l. nam posteaquam 9. §. si in qui temporali supra hoc tit. Per contestationem vero fit, non tantum nouatio quædam, sed etiam delegatio l. delegare 1. §. 1. infra de nouat. & delegat. iur. l. aliam 29. eod. tit. licet & per rem iudicatam l. vlt. C. de vsur. rei iudic. Iusurandum autem etiam rei iudicatæ vim obtinet l. 1. & 1. supra. Et verò sicuti ex nouatione & delegatione noua nascitur actio, d. l. 1. & pass. de nouat. scilicet cum posterior obligatio tenet, non tantum naturaliter vt in d. l. 1. in fin. sed etiam ciuilitate, l. 1. §. cautionales de prætor. stipul. ita & ex iureiurando nascitur in factum actio, quæ antea non competebar l. actori 8. Cod. hoc tit. Et quemadmodum ex delegatione alij incipit teneri debitor, quam cui antea debebat, ita & ex iureiurando, si quis iurauerit sibi deberi, quod antea non ipsi, sed alij debebatur, vt Accursius explicat. Sed tamen subiicit, in plerisque differre iusurandum à nouatione, & delegatione, in eo præsertim ex parte actoris, quod per nouationem tollitur omnino prima obligatio & in sequentem transfunditur dict. l. 1. dict. §. præterea. Iureiurando autem præstito non eo magis prima actio tollitur, sed iusurandum conferuatur, data vel actione vel exceptione l. eum qui 30. in princip. infra hoc tit. Sed hoc ego non probo. Implicat enim contradictionem vt periurandum fiat nouatio, & delegatio, nec tamen prior actio perimatur dict. l. 1. de nouat. Longèque alia est sententia dict. l. eum qui infra. vt ibi dice-

fra Pro socio: Hæc tamen præsumptio si sufficeret, non equidem argueret iurantem de mendacio, & periurio, sed tamen iurifurandi fructum, & emolumentum patri auferret quod nunquam ferendum est, nec si falso iuratum sit, dum ne appareat manifestè de periurio, de quo nec quari facile potest l. 1. & vlt. C. hoc tit. l. vlt. insti. pro. iur. l. si duo 13. versic. multum tamen supra hoc tit. Prodest igitur ea præsumptio ad absolutionem, vt ait Bartolus, sed non ad condemnationem.

mus. Quod autem addit idem Accursius, ex parte rei iusurandum esse per omnia simile nouationi, quod per iusurandum sicut per nouationem naturalis obligatio tollatur l. Stichum aut Pamphilum 95. §. naturalis infra de solut. verissimum sanè est: sicut enim constat naturalem obligationem iureiurando tolli l. vltim. infra hoc tit. Ita & ciuile quoque tollitur ipso iure, vt & actio quæ ex ea nascitur, quomodo per nouationem aliam quamlibet tolleretur, licet Prætor det etiam exceptionem l. nam posteaquam 9. §. 1. supra l. in duobus 28. §. vltim. infra. Habet ergo iusurandum effectus omnes nouationis, & delegationis adeoque acceptilationis l. acceptilatio infra hoc tit. quia proficiscitur ex conuentione, vt lex ait, vt intelligamus esse hanc nouationem voluntariam, idèoque tanto potentior l. aliam 29. infra de nouat. & consequenter tolli per eam non tantum obligationem naturalem, sed etiam ciuilem, contra quam sentiat Accursius hoc loco & ad l. tutor 35. §. 1. infra. Quis enim vnquam dixit per acceptilationem non tolli ciuilem quoque obligationem?

a. Quamuis habeat & instar iudicij. RAT. DVV. Conuentio & iudicium toto genere differunt, quia conuentio non fit nisi à volente, cum nihil aliud sit quam duorum pluriusque in eandem rem placitum & consensus l. 1. §. 1. supra de pact. Iudicium autem redditur in inuitum l. inter stipulantes 83. §. 1. de verborum obligationibus. Ergo si iusurandum speciem quandam nouationis & delegationis continet, vt proximè dictum est fieri nequit, vt habeat etiam instar iudicij, non magis, quam vt à volente, & non volente deferatur aut præstetur, quæ contradictoria sunt. De c. Iusurandum habet vim contestationis l. nam posteaquam 9. §. si in qui temporali supra hoc tit. Contestationem verò subsequitur necessario iudicium, vnde est, quod in libris nostris tempus litis contestatæ, & tempus accepti aut accipiendi iudicij, pro eodem accipiuntur l. 2. §. questum infra de priuatis delictis. Item iusurandum habet vim rei iudicatæ l. 1. & 2. supra. Res autem iudicata præsupponit iudicium, cui scilicet finem imponit l. 1. infra de re iudic. Merito igitur iusurandum etiam iudicij instar obtinere dicitur, l. tutor 35. §. 1. & vlt. infra hoc tit. Et sanè quamuis inuitus, homo iusurandum deferat vt neque inuitus quisquam agit tot. Cod. vt nemo inuit. ager. vel accus. cog. is tamen cui delatum est, iurate inuitus quoque cogitur, nisi malit aut referte aut succumbere, l. iusurandum & ad pecunias 34. & l. manifesta 38. infra hoc tit.

I Iurandum etiam loco solutionis cedit.

Ad l. Iurandum etiam 27.

RAT. DVV. Solutio non fit nisi per numerationem pecuniæ debitæ, & per traditionem realem alterius rei quæ debetur. ideoque dicitur esse facti l. confilio 7. §. vlt. de cur. st. furios. & probanda est ab eo per quem allegatur l. i. c. de probat. Atqui in iureiurando nihil tale interuenit: Præstatur enim adhibitis dumtaxat certis verbis solemnibus, vt diximus in superioribus, & ad legem prox. præced. in princip. Ergo nihil simile habet iurandum cum solutione. DEC. Alterius rei loco cedere dicitur id tantum, quod diuersum est ab eo in cuius locum cedit, nec enim potest vna eademque persona in sui ipsius locum cedere, quamuis in personis aliquando contingat, vt vna eademque persona in sui ipsius locum succedere dicatur l. creditor 12. §. Papius, aliis l. si prior in fr. Qui prior in pignori hab. Ergo cum dicimus, quod in hac lege scriptum est, iurandum solutionis loco cedere, hoc ipso fatemur iurandum non esse solutionem, sed hoc tantum significamus, iurandi eandem vim & potestatem esse, quæ est solutionis, nimirum ad inducendam liberationem, qui præcipuus effectus est solutionis. Nam quemadmodum qui soluit, liberatur, ita vt conueniri amplius non possit: ita & qui iurauit a iudice deferente, nihil se debere, tamen verè debuit, & sicuti per solutionem tollitur omnis obligatio & ciuilibus & naturalis testit. quib. mod. tollit. oblig. in princ. & tot. tit. de solut. d. & c. ita & per iurandum non solum naturalis obligatio tollitur, ita vt non possit impedire soluti repetitionem l. vlt. in fr. hoc tit. l. Stichum aut Pamphilum 9. §. naturalis de solut. sed etiam ciuilibus, & quidem ipso iure vt cõtra Accursium disputauimus ad §. vlt. legis præcedentis, non minus quam per solemnem acceptationem, cuius etiam

loco iurandum cedere dicitur in l. antep. in fr. Nã & acceptatio solutio est quamuis imaginaria §. i. in fr. quibus mod. tollit. oblig. l. per. in fr. de solut. quamuis non eo minus iurandum perpetuam pariat exceptionem aduersus ciuilem obligationem, si quando de facto, vt loquuntur, magis quam de iure agat quis post iurandum d. l. antep. in fr. aut si dabitur an iurandum præstitum sic vt in l. nam posteaquam 9. in princip. & §. i. in fr. & pass. hoc tit. Nihil autem interest, quantum ad effectum rei attinet, an ipso iure nullam quis actionem habeat, an verò talem habeat quæ per exceptionem infirmetur l. nihil interest 12. de regul. iur. præsertim cum exceptio perpetua est l. qui exceptio 40. in fr. de condit. indeb. qualis est exceptio iurandi d. l. antep. in fr. non minus quam doli aut rei iudicata, quia rei coheret l. l. exceptiones 7. §. i. in fr. de except. Et certè solutio sola naturalis modus est tollendæ obligationis, ceteri omnes ciuiles sunt & fictitij & imaginarij, vt acceptatio, nouatio, delegatio, iurandum, aut si quis pro alio iudicium accipiat, aut si quis debitori vel creditori suo heres existat, §. i. in fr. quib. mod. tollit. obligat. l. solutione 23. in fr. de solut. d. l. Stichum aut Pamphilum 9. §. ad iudicium & l. pen. eod. tit. l. debitori 50. in fr. de fideiuss. Iurandum igitur quia perinde parit iuranti liberationem, rectè dicitur cedere loco solutionis, vt Caius hic scribit, hoc est, succedere in locum solutionis, quomodo Paulus loquitur in l. prox. §. i. in fr. cum habeat eundem effectum & quidem veram. Solutio tamen vera non est, sed ficta, vt Bartolus ait, hoc est, ciuilibus & imaginariis, sicut & acceptatio, & alienationis defensio & confusio quæ per aditionem hereditatis contingit, sic dicimus clausulam constituti esse modum quandam fictitium transferendæ possessionis, & tamen per eam transferri veram possessionem l. quod meo 18. in fr. de acquir. poss.

28. VLPIANVS libro 18. ad Edictum.

I In duobus reis stipulandi, ab altero delatum iurandum etiam alteri nocet.

Ad l. In duobus 28.

RAT. DVV. Iurandum vnus alteri neque prodesse debet, neque nocere l. quia non debet 10. in fr. hoc tit. Sicuti nec generaliter factum vnus alteri prodest aut nocet, nisi socij sint l. si vnus 27. in princip. sup. de pact. l. si duo 5. in fr. si quis caution. vbi in duobus reis debendi hoc ipsum difertè scriptum est, si duo sint rei stipulandi & vni debitor iudicio se susti cum pœna promiserit, non aliter exceptionem aduersus alterum dandam esse, quam si socij sint, ne profit ei dolus propter societatem. Atque ita concludit Accursius ex d. l. si duo, quod à Paulo hic contra scriptum est, ab altero ex duobus reis stipulandi delatum, iurandum etiam alteri nocere, ita intelligi debere, si socij sint, eodemque modo accipiendum esse, quod in duobus reis promittendi scriptum est in §. ex duobus in fr. ex duobus reis promittendi eiusdem pecuniæ, si aliter iurauerit, alteri quoque prodesse id debere se si sint socij, non aliter. DEC. Correo stipulandi ea condicio est, vt vni ex iis tantum debeat, quantum omnibus simul, i. totum

quoniam vna eaque indiuidua obligatio est, non minus in correis stipulandi quam in correis debendi l. 2. & 3. §. i. in fr. de duobus reis. Proinde possunt singuli solidum petere, & ad eò melior est condicio occupantis, vt ab eo tempore alteri solui non possit, quod ab altero iam petum est d. l. 2. & 3. §. i. l. ex duobus reis stipulandi 16. eod. l. si rem 31. §. si duo in fr. de nouat. vt & in specie licet diuersa l. si Titius 9. in fr. de verb. oblig. vbi ait Pomponius finem dandi alteri fore quando [sic enim legendum est non quoad] iudicium accipitur. Atqui iurandum habet vim litis contestatæ, vt diximus iam sæpius ex l. nam posteaquam 9. §. si si qui temporali in fr. hoc tit. Iurandum igitur ab altero ex correis stipulandi delatum alteri nocere debet, cui æquè contestatio correi noceret, tamen non essent socij l. fideicommissa 11. §. plerumque in fr. in fr. delegat. 3. Et ita bene sentit Bartolus contra Accursium, à cæteris quoque omnibus interpretibus merito hac in re reprehensum, cum nec ipse ignorauerit quod alij ei obiciunt iurandum esse loco litis contestatæ, vt ex ipsius glossa ad hunc locum apparet: debuisset ideo respondere ad dict. l. si duo quod responderet Bartolus, & quod idem ipse Accursius

Accursius ad d. l. si vnus in princip. Non agi iis locis de facto aliquo, quod habeat vim contestationis, vt neque in l. si duo 4. vbi diximus sup. de recept. qui arbit. recep. quomodo habet iurandum. Neque hoc casu obtinet quod scriptum est in d. l. quia non debet 10. in fr. hoc tit. vt ibi diximus. An autem in correis

promittendi quorum alter deferente aduersario iurauerit nihil se debere, idem iuris indistinctè admittendum sit, vt alteri correo prodesse iurandum debeat, etiam si socij non sint, paulò alia & diuersa quæstio est de qua dicemus ad d. §. ex duobus in fr. hac lege.

¶ Quod reus iurauit, etiam fideiussori proficit. Item à fideiussore exactum iurandum, prodesse etiam reo Cassius & Iulianus aiunt. nam quia in locum solutionis succedit, hoc quoque eodem loco habendum est: si modo ideo interpositum est iurandum, vt de ipso contracto & de re, non persona iurantis ageretur.

Ad §. I. Quod reus.

RAT. DVV. Iurandum inter alios præstitum aliis prodesse non magis potest quam nocere l. nam posteaquam 9. §. vlt. & l. seq. in fr. hoc tit. & tot. tit. C. inter alios act. aliis non nocere. Atquin alta est persona rei, alia fideiussoris, neque enim posset quis pro se ipso fideiubere, nõ magis quam apud aliquem & pro eodem se obligare l. heres. à debitor 21. §. quod si stipulator l. Gratianus 71. in fr. De fideiuss. Nõ ergo potest aut debet iurandum rei prodesse fideiussori. DEC. Fideiussoris obligatio est accessoria ad principalem obligationem debitoris, nec proinde sublata ea potest consistere l. nihil dolo 109. §. i. l. cum principalis 178. De regul. iur. l. fideiussor 19. in fr. De dolo. Et tum quoque cum non tollitur principalis obligatio, nisi per exceptionem, eadem tamen exceptio fideiussori accommodanda est, si modo rei coheret non persona debitoris, cuiusmodi sũt exceptiones pacti, doli, rei iudicatæ & iurandi l. exceptiones 7. in fr. De except. Quia neque conuenit rei neque exceptio ei competens quæquam ipsi prodesset, si nõ etiam prodesset fideiussori, quippe qui cõtra rei cõ habiturus esset regressum actione mandati, si non ipse quoque eodem modo liberaretur, nisi aut in rem suam aut donandi animo fideiussisset, vt proinde non magis interfit fideiussoris, quam ipsius debitoris, fideiussorem liberari l. & heredi. 21. §. vlt. cum trib. seq. in fr. De pact. l. si quis reum 5. in fr. De liber. legat. l. cum tex. 46. in fr. De fideiuss. quoniam si vnus vnus id est vi ipsa ac potestate à reo petitur, quod ab eius fideiussore petitur l. aduersus 29. in fr. De recept. Qui arbit. recep. Itaq. quauis iurandũ nõ aliã vim haberet, quã pacti aut rei iudicatæ prodesse tamen deberet fideiussori, cui exceptiones illæ & pacti & rei iudicatæ prodesset d. l. exceptiones d. l. & heredi §. vlt. & seq. Idè scriptum est in l. vlt. §. vlt. in fr.

a Fideiussore exactum iurandum prodesse etiam reo. RAT. DVV. Iurandum habet vim pacti l. qui iurasse 26. §. vlt. in fr. Tutor pupilli 35. §. i. in fr. hoc tit. Itẽmque rei iudicatæ l. i. & 2. in fr. Atqui neque pactum fideiussoris prodest reo, nisi cõ vi ipsa fideiussor pro reo habendus est, vt cum in re iudicatæ intercessit, l. fideiussoris 23. & seq. in fr. De pact. neq. sententia lata pro fideiussore prodest reo l. aduersus 29. in fr. in fr. De recept. Qui arbit. recep. Ergo neque iurandũ fideiussoris prodesse reo debet. DEC. Nõ tantum pacti, & rei iudicatæ vim habet iurandũ, sed etiã solutionis loco cedit, vt scriptum est in l. prox. præced. Atqui si fideiussor soluisset debitum, nemo dubitat quin ea solutione reus quoque liberaretur. Ergo & reo iurandũ hoc fideiussoris prodesse debet, vt perinde liberetur saltem per exceptionem, ac si ipse iurasset. Sed hoc ita, inquit Paulus hic ex Cassio & Iuliano, si ita est interpositum iurandũ, vt de ipso contracto, & de re, nõ de persona sola iuratis ageretur. Nã si fideiussor iurasset nõ si

deiusse, nõ ideo debitor quasi solutionis potest liberari, sed persona tantum fideiussoris ab obligatione eximitur l. si fideiussor in fr. quar. rer. act. non det. l. vlt. §. si fideiussor in fr. hoc tit. Neque enim pactum ipsius rei quoque prodest fideiussori, cõ est conceptum in personam non in rem l. nisi hoc actum 22. in fr. De pact. In dubio tamen præsumo dũ est, iuratum esse de contractu ipso, & de re nõ de persona l. vlt. vers. si autem in fr. l. exceptiones 7. §. i. in fr. De except. cum solutionis locum obtineat, vt bene hic Accursius. An ergo huic fideiussori qui iurauit danda erit cõtra rei actio mandati, quæ daretur si verè soluisset? Ita videtur arg. l. inter casus 26. §. si qui in fr. mandat. Sed tamẽ contra putat Accursius, & rectè, quia nihil hoc casu abest fideiussori, vt eius pecuniariè interesse videatur, non magis quam si creditor ei donasset vt in l. si vero non remunerandi 12. in princip. eod. tit. Parum enim abest ab eo qui donare se velit ac perdere, ille qui aduersario iurandum defert, vt cum in causa propria testem & iudicem constituat l. i. in fr. quar. rer. act. non det. maximè si alias probationes habeat, quib. in actionem suam comprobare possit. Et quod dicimus iurandum hoc fideiussoris cedere loco solutionis, verum est quantum ad creditorem, qui iurandum detulit, sed non quantum ad debitorem, vt possit fideiussor qui iurauit ei obicere se soluisse, vt Accursius quoque docet. Ficta enim solutio est non vera, vt supra diximus. Sicuti nec in omnibus bona est comparatio rei iudicatæ, & iurandi. Nam si sententia absolutoria lata sit, pro fideiussore solo, præsumendum erit ita latam eam fuisse, non tam quasi contractum non sit, quam quia non fuerit probatum fideiussorem intercessisse, vt tradat Bart. ex l. Iulianus verum debitor 64. in fr. de condit. indeb. l. si inter 15. de except. rei iudic. l. diui fratres 27. §. i. de liber. caus. Vnde est, inquit, quod sententia non tollit naturalem obligationem d. l. Iulianus, quam tamen iurandum tollit, l. Stichum aut Pamphilum 9. §. naturalis de solut. & d. l. vlt. in fr. hoc tit. quia ex conuentione proficitur, & solutionis loco cedit l. qui iurasse 26. §. vlt. & l. seq. in fr. Plus dicit Bartolus, nec malè meo iudicio, etiam si sententia absolutoria pro fideiussore lata sit, super re ipsa, quasi non fuerit contractum, non tamen prodesse reo eam debere d. l. aduersus 29. in fr. in fr. De recept. qui arbit. recep. Non enim habet vim solutionis sicut iurandum, quamuis aliquo casu contingat, vt sententia absolutoria inter alios lata alij profit, per consequentiam necessariam, cui tamen condemnatoria non noceret, vt in eleganti illa specie de qua in l. denunciasse 17. §. vlt. & l. ad l. 19. §. si eo tempore in fr. ad leg. Iul. de adult. Maior ergo etiam hoc casu potestas est iurandi, quam rei iudicatæ.

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

Ad §. 2. Si ei qui debitorem.

Hic §. est de fideiussore iudicio sisti, in eoque differre à superiore qui est de fideiussore debiti. Prima verò pars huius §. quæ habet, si ei qui debitorem meum in iudicio exhibere promiserat, iusiurandum detulerim, sique iurauerit se omnino eius exhibitionem non promississe, prodesse id debitori meo non debere, vix vllam recipere potest dubitandi rationem. Alia enim hoc casu non tantum persona, sed etiam obligatio est debitoris, alia fideiussoris, & præterea de alia re. Debitor enim eius pecuniæ debitor est, quæ ab eo petitur, & cuius nomine conuenitur. Fideiussor verò non nisi exhibitionis quam promisit. Quomodo igitur possit iusiurandum fideiussoris prodesse debitori, cum nihil aliud iurauit fideiussor, nisi quod debitoris exhibitionem omnino non promiserit, hoc est, nullo modo: nec enim dubitari potest hoc casu, quin fideiussor de persona sua duntaxat iurauerit & de propria sua obligatione, non de re aliqua, quæ fuerit ei cum debitore communis. Dimissimus autem in §. præcedente quoties fideiussor de se tantum iurat, non de re ipsa, & de contractu, etiam si debiti sit fideiussor, nihil tamen iusiurandum hoc debitori posse proficere. Sed quod sequitur, si iurauerit fideiussor nihil se mihi præstare oportere, distinguendum esse, & replicatione emendandum, vtrum ideo iurauerit se nihil præstare mihi oportere, quia debitorem iam semel post promissionem exhibuerit: quandoquidem prima exhibitione satisfecit obligationi, nec sapius eundem exhibere cogendus est, nisi sapienter promiserit, an verò, quia soluerit omne id, quod interesse potuit creditoris ob non exhibitum debitorem: hoc verò aliquam potest recipere dubitationem, cum in dubio præsumendus sit, is qui iurauit, se nihil mihi præstare oportere, omnem causam in iusiurandum deduxisse, quia generaliter & indistinctè iurauit, quomodo solemus dicere fideiussorem, qui simpliciter interuenit pro aliquo, in omnem causam fideiussisse videri *l. quare 54. infr. locat.* Sed decidendi ratio est, quia non propter eum, qui iurauit distinctio hæc adhibetur, quasi vno casu conueniri adhuc possit, alio non possit, sed propter debitorem ut sciat an ei prodesse debeat, fideiussoris iusiurandum necne. Effectus siquidem huius iusiurandi pedit ex causa, an scilicet iurauerit fideiussor, ideo se nihil mihi præstare oportere, quia post promissionem suam exhibuerit, an verò quia soluerit id omne quod potuit creditoris, eiusdemque stipulatoris ex ea causa interesse. Nam si iusiurandum suum priore modo explicet, apparebit nihil eum iurasse de iure debitoris, sed de suo tantum, ideoque nec iusiurandum ipsius prodesse reo debere. Si verò posteriore modo, apparebit è contrario non minus de debitoris, quam de fideiussoris iure iuratum esse, ac per consequentiam prodesse id iusiurandum etiam debitori oportere.

Nam cum stipulatio iudicio sisti committatur, ad id omne quod interest stipulatoris statum non esse debitorem *l. quoties quis alium 81. De verb. obligat.* exemplo Prætoriarum stipulationum omnium, quæ dantur ad id quod interest, aut quod hac parte effectum idem est, quanti res est *l. vlt. De prator. stipulat.* constat nihil posse iam interesse creditoris, propter quod permitti ei debeat, agere contra debitorem, qui iudicio defuit si iam à fideiussore, quicquid eo nomine sua intererat, fuerit consecutus. Nemo enim admittendus est, siue ad agendum, siue ad excipiendum, nisi cuius interest *l. 3. §. 1. De verb. obligat.* cum actiones sicut & obligationes non ad aliud comparatæ sint, quam ut sibi vnusquisque acquirat, quod sua interest *l. stipulatio ista 38. §. alteri eod. tit. l. nihil aliud 51. De oblig. & action.* Et tunc quoque, cum ei, cuius ex postfacto defuit interesse, actio pristina stricto iure competit, doli tamen exceptioni subsidiaria locus esse debet, quod improbus sit is, qui bis idem consequi velit, licet ab alio atque alio *l. si quis dolo 51. §. 1. in fin. infr. De re iudicat.* Cum ergo iurauit fideiussor nihil se debere, quia soluerit quicquid ex commissa stipulatione soluere debuit, meritò etiam debitori exceptionem iusiurandi accommodamus, nec ad exceptionem doli quæ subsidiaria est, confugimus, cum alia specialior competit ex iuriurando quamuis alieno. Et cum in formula, quæ post litem contestatam & iusiurandum à fideiussore in iure præstitum creditori dicitur à Prætoro aduersus debitorem ponenda sit exceptio, nisi iuratum sit nihil ex hac causa creditori præstari oportere, prudenter faciet creditor, si ab eodem Prætoro petat formulam hanc, quasi nimis generalem, & captiosam vt in *l. cum Aquiliana 5. supr. De transact.* emendari, addita ad creditoris postulationem replicatione, si non de sola exhibitione iuratum sit non etiam de solutione eius, quod interesse poterat creditoris. A quo autem emendari debebit hæc formula, nisi ab ipso Prætoro qui eam dicitur, & in formula exceptionem pro debitore ob fideiussoris iusiurandum quasi super re ipsa præstitum apposuit? Quo autem postulante? nisi creditore ipso formulam aduersus debitorem impetrante, vt quod à fideiussore ob ipsius iusiurandum consequi amplius non potest à debitore ipso consequatur. Ob eam igitur causam fideiussor qui iurauit, licet iam tutus & liberatus sit, saltem per exceptionem, quam omnimodo ex suo iuriurando habiturus est, si conueniat, euocandus tamen erit non iam ad Prætorum sed ad iudicem datum & pedaneum vt adsit iudicio, quod inter creditorem & debitorem exercebitur non quasi litigaturus iterum, cum Prætor suum ei iusiurandum conferuare ac tueri debeat *l. cum qui 30. in princip. infr.* Sed tanquam iusiurandi sui causam etiam sine iuriurando declaraturus, vt quod nunc adfirmabit animi fuisse hoc ipsum

ipsum iam tum cum iurauit ab eo dictum iuratumque esse intelligatur *argum. leg. heredes palam 21. §. 1. in illis verbis nihil enim nunc datur, sed datum significat infr. qui testam. facer. poss. leg. si donata 36. §. sponus de donat. int. vir. & vxor.* Neque enim putandum est ita faciendam hanc declarationem vt ex integro iuretur. Et ita locus hic alioquin obscurior quam vulgo existimetur, explicandus est, non quomodo à Bartolo, qui suauiter existimat emendationem hanc fieri debere à Iureconsulto ipso sic distinguente, aut à iudice coram quo lis agitur: quod vtrumque ridiculum est: illud certe non male norat, quod hic scriptum est in fideiussore, ad iudicium etiam inter alios dictatum euocando, vt iusiurandi sui causam apertius patefaciat, etiam in teste locum habere posse, vt si quid in testimonio ferendo dixerit obscurus, euocari possit, & debeat ad iudicem vt testationem suam declaret apertius, ex §. pen. Nouell. de testib. Sed addere debuit, fieri hoc debere mero iudicis officio, non ad requisitionem alterutrius litigantium, ne alioquin corruptioni & subornationi testis fenestra facile aperiat. Eoque iure vtitur, vt in Codice nostro scriptum sub Tit. de testib. desin. 2. Sic & confessio quæ fit in iure certa esse debet: & si quis incertum confessus sit, virgendus est vt certum confiteatur *l. certum 6. §. 1. infr. de confess.*

Quod & in fideiussore debiti distinguendum est. RAT. DV B. Longè alia ratio est in fideiussore debiti. Alia verò in eo qui fideiussor debitorum iudicio sisti. Nam in fideiussore debiti communis causa est fideiussoris & debitoris, quoniam vnum duntaxat vtrumque debitorum est, licet duplex obligatio sit, vna principalis, altera accessoria. At in fideiussore iudicio sisti, aliud est quod reus debet, aliud quod fideiussor debet. Rei obligatio dandi

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

Ad §. 3. Ex duobus.

RAT. DV B. & DECID. ad hunc §. eadem est, quæ ad initium huius legis: nec enim valde interest, an de correis stipulandi tractemus, an de correis debendi, cum omnibus commune illud sit, vt omnium vna tantum sit obligatio, sed actiua vno casu, passiuæ altero *l. 2. & l. 3. §. 1. infr. de duob. reis.* Differentia tantum in eo est, quod initio huius legis tractatur de iusiurandi delatione facta ab vno ex correis stipulandi, & quaeritur an vnus delatio nocet alteri, ad quam quaestionem respondetur indistinctè nocere, quia iusiurandum vim contestationis obtinet, vt ibi diximus. Hic verò tractatur de iuriurando, ab vno ex pluribus correis debendi ex creditoris delatione præstito, & quaeritur an alij qui non iurauit profit, quasi consorti & participi eiusdem obligationis, an non profit tanquam res inter alios acta, & respondetur prodesse, quod etiam indistinctè Paulus scribat, intelligendum tamen est, cum aliqua distinctione, non quidem illa quam idfert Accursius, an socij sint necne ex *leg. si is qui lites 29. infr. de liberat. legat. iunct. leg. si duo 34. supr. de recept. Qui arbit. recep. leg. si vnus 27. in princip. supr. de act. & quæ à nobis refutata est ad initium huius legis, sed illa quam tradit Bartolus ad hunc locum, an correus debendi de sua tantum persona iurauerit ad eximendam eam ab obligatione, quod aliquando fit *leg. Gratius 71. infr. de fideiuss.* quia licet*

Tom. III.

est, aut esse potest, si fortè speciem aliquam debeat, aut quantitatem: fideiussoris verò est faciendi dict. *l. quoties 81. de verb. oblig.* Non enim debet id ipsum quod à reo debetur, siue in dando, siue etiam in faciendo consistat, sed hoc tantum vt reum iudicio sistant vel sisti curet. Proinde multo facilius est, vt iusiurandum à debiti fideiussore præstitum profit debitori, quam quod à fideiussore iudicio sisti præstatur, nec tot distinctionibus opus esse videatur: sed hac tantum quam in §. præcedente adhibuimus. An fideiussor super sua persona tantum an etiam super ipsa re & contractu iurauerit. Non ergo debuit Paulus addere, in vtroque fideiussore eandem distinctionem adhibendam esse, cum vbi diuersa ratio est, diuersum quoque ius constitutum sit, sicut è contrario idem ius vbi eadem ratio est *vulg. l. illud 32. ad leg. Aquil. l. 3. §. vnde etiam infr. de iniust. rupt.* DEC. Fieri potest, vt fideiussor debiti iurauerit generaliter se nihil debere, neque satis apertè expresse, an ideo iurauerit se nihil debere, quia nunquam fideiussor, an quia soluerit, quo casu eadem non tantum ratio æquitatis, sed etiam necessitas facit, vt impetrata per creditorem contra reum formula, cum illa exceptione, nisi iuratum sit nihil debere, emendanda sit formula per replicationem addendam fauore creditoris, si non iuratum sit à fideiussore de persona tantum sua, non de ipsa re & contractu. In eamque rem euocandus ad iudicem fideiussor, qui iusiurandi sui causam distinctè aperiat, ne dubitari amplius possit, an de re fideiussor iurauerit, & de contractu, vel solutione, an non nisi de persona sua. Sic enim apertum fiet, an reo prodesse debeat iusiurandum fideiussoris, an non: priore casu proderit, at posteriore non proderit. Et hic adiectionis huius sensus est.

maximè parem vnâque obligationem suscipiant, in cuiusque tamen persona consistit propria singularum obligatio *leg. eandem 9. §. vltim. infr. de duob. reis.* An verò iurauerit de ipsa correorum obligatione & de contractu, quomodo distinximus in fideiussore in §. 1. huius legis. Hoc enim posteriore casu id obtinet indistinctè, quod Paulus respondet iusiurandum vnus ex correis prodesse alteri, hoc est, siue sint socij siue non *leg. fideicommissa 11. §. plenique in fin. delegat. 3.* Priore verò casu non prodest correct, sed iuranti soli vt eius persona ab obligatione eximatur, alter verò remaneat obligatus: sed hoc ita si non sint socij. Nam cum socij sunt, non potest vnus ab obligatione eximi, quin alter eximatur: alioquin nihil prodesset pro parte ei, qui iurasset quod exemptus esset, si correus qui non iurauit in solidum ex natura obligationis correorum debendi conueniretur, cum postea societatis iudicio partem debiti ab eo esset repetiturus. Planè pro parte quæ contingit alium correum, qui non iurauit, dubitandum non est, quin maneat obligatus vtiliter & efficaciter, ac sine vlla exceptione, cum pro ea parte nullum contra correum qui iurauit habere regressum possit *d. l. Gratius.* Quid ergo, si vnus ex correis debendi iusiurandum detulerit aduersario, sique iurauerit? an alteri nocet ea delatio, quæ admodum delatio facta ab vno ex correis stipulandi facta nocet alteri, hac ipsa lege in princip. & respondet

Q 2

Bartolus, non nocere sicuti nec sententia contra unum ex correis lata alteri noceret. Et rectè ex *l. vlt. in fin. Cod. de fideiuss.* Noceret tamen quantum ad interruptendam præscriptionem & perpetuandam actionem, vt idem ille benè subiicit ex *l. vlt. c. de duob. reis*, ratio diuersitatis hac parte inter correos stipulandi & debendi, quam non adfert Barto-

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

Ad §. 4. Exceptio.

R A T. D V B. Exceptio iurifurandi æquiparatur exceptioni rei iudicatæ, cum iurifurandum vim habeat rei iudicatæ *l. 1. & 2. supr.* Atqui exceptio rei iudicatæ non habet locum, nisi cum eadem res in postertus iudicium deducitur *l. cum queritur 12. & seqq. infr. de except. rei iudic.* Alia autem actio, alia res est, cum actiones omnes inter se non minus specie, & effectu, quam nomine ac numero sint distinctæ. Ergo quoties noua actio proponitur, & alia quam super qua iuratum est, iurifurandi exceptio nocere non debet vt in *l. si actor 36. infr. hoc tit. De c.* iuratur super quæstione facti, non super quæstione iuris. Ex facto autem ius oritur, nec quicquam verat, ex eodem facto plures oriri actiones, & specie, & effectu quoque differentes, sed quæ tamen eandem facti quæstionem habent pro causa. Eandem enim causam petendi facit, non tam ipsa petitio, quæ origo petitionis, tum quoque, cum de exceptione rei iudicatæ queritur *l. si mater 11. §. eandem causam infr. de except. rei iudic.* Origo autem petitionis & actionis non alia esse potest, quam factum ipsum, ex quo ius petendi nascitur. Cum ergo queritur an iurifurandi exceptio locum habere debeat, non tam inspiciendum est, an alia actio sit, quæ nunc proponitur, quam vtrum eadem sit quæstio facti, super qua iam fuerit iuratum. Nam decisa semel per iurifurandum quæstione facti, hoc ipso acquisita videri debet, iurifurandi exceptio, aduersus omnes actiones, quæ ex eodem facto proficiuntur. Alioqui non conseruaretur iuranti suum iurifurandum, & iurifurandi effectus, si quod in vna actione iuratum est, & habendum iam pro vero, iterum iurandum esset in alia, tanquam adhuc dubium. Suum autem cuique iurifurandum conseruare ac tueri prætor debet *leg. eam qui 30. infr.* Nec aliud circa exceptionem rei iudicatæ obseruatur, vt diximus, quoties eadem agendi causa est inter easdem partes, eademque causa vincendi, licet per aliam speciem actionis: causa namque vincendi tota ex facto pendet, quod tale esse oportet, vt obligationem pariat, quæ possit actionem producere, ex qua se qui etiam possit condemnatio. Proinde si fortè ob actionem mandati, vel negotiorum gestorum aliaue similes iurifurandum exactum sit, deinde ex eisdem causis certum condicatur (potest enim conditio certi ex quacunque causa competere, dummodo certum petatur etiam ex contractu incerto *leg. certi conditio 9. supr. tit. prox.*) alia quidem erit actio alteriusque naturæ & condicionis, cum sit hæc iurifurandi

lus, ex eo petenda est, quod correus stipulando quæ iurifurandum deserit, occupat actionem, eamque totam sibi propriam facit, perinde ac si litem cõ:staretur: Correas verò debendi qui iurifurandum deserit, nõ ideo transfert in se totã obligationem passiuam, multo minus actionem, quam occupare nec debitoris est sed creditoris.

Et iuris vt cæteræ conditiones omnes: alia verò bonæ fidei, sed tamen quoniam eadem facti quæstio est, ideoque proposita aliqua ex supradictis actionibus, conditio quoque certi consumitur, dicendum est, exceptionem iurifurandi quæ opponi posset, si eadem exceptio proponeretur, etiam proposita conditione certi locum habituram: quoniam aliter posito iure de peritiorum eius qui iurasset queri aut saltem dubitari oporteret, quod numquam permittendum est, non magis quam vt veritas impugnetur, cum iurifurandum pro veritate habeatur *dict. leg. eum qui leg. §. dato iurifurando leg. sed si possessori 11. §. vltim. supr. hoc tit.* Planè aliud est si non tantum actio, sed etiam agendi causa mutetur vt in *dict. leg. si actor 36. infr. eod. & §. prox. & §. qua iurauit hac leg.* Factum enim ipsum hoc casu mutari quoque necesse est, ex quo scilicet tota agendi causa, vt diximus, æstimatur, & per consequens aliud factum esse, quod nunc proponitur, quam super quod iuratum est. Aliud enim factum est, constitutam esse pecuniam de quo iuratum fuerat in specie *dict. leg. si actor.* Aliud verò fuisse creditam, priusquam constitueretur, de quo non fuerat iuratum. Aliud quoque furtum, quem fecisset. Aliud verò rapinam in *§. prox.* Aliud denique rem aliquam diuortij causa amouisse, aliud autem alienam rem possidere, *dict. §. qua iurauit.* Qui tamen omnes loci non nisi ex hoc §. sed malè applicato, dubitandi rationem recipiunt. Malè tamen Accursius obiicit, quod scriptum est in *leg. sed ex parte 4. §. vltim. infr. quod cum eo qui in alien. potest.* Eum qui de peculio egit cum posset, quod iussu agere, postea quod iussu agere non posse, nisi deceptus egerit de peculio. Prior enim pars illius sententiæ rationem hanc habet, quia actio quod iussu etiam de peculio actio est, sed cum propria sua nota & adiectione illa, quod iussu, vt constat ex *l. vltim. in eod. tit. Quod cum eo qui in alien. potest.* sicut & actio de in rem verso. nascunturque actiones hæc omnes ex contractu serui si originem inspicias, licet aliud nouumque factum sit, si quis dicat dominum iussisse, aut etiam in rem domini versum esse. Ideoque non debet permitti ei, qui semel de peculio egit, atque ita totam actionem de peculio consumpsit, vt postea quod iussu vel de in rem verso agat: posterior verò pars rationem illam habet, quod decepti hominis & cerantis nulla sit voluntas, nullus consensus, *§. non videntur leg. 116. de regul. iur. leg. si quis per errorem 95. supr. de iurifur.* Cæterum illo etiam casu quo deceptus creditor elegerit actionem de peculio, & postea velit agere quod iussu, non puto audiendum eum, sed iurifurandi

randi exceptione submouendum, si in actione de peculio iurauerit dominus se nihil debere. Cùm eadem sit actio in genere, licet in qualitate & in effectu differant, cùmque ab eadem origine pendant eodèque facto, id est à contractu serui, ex quo, tanquam ex eodem fonte, non minus actio quod iussu nascitur, quam actio de peculio. Quod autem addit idem Accursius vt respondeat ad *d. §. vltim.* non esse eandem quæstionem, cum alia actio est, quæ sit alterius effectus, adhuc improbabilius

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

Ad §. 5. Si quis iurauerit.

R A T. D V B. Iurifurandi exceptio potest opponi, non tantum si ea actione quis vtatur, cuius nomine exegit iurifurandum, sed etiam si alia si modo eadem quæstio in iudicium deducatur, quomodo scriptum est in *§. precedente.* Atqui sicut actio furti, & conditio furtiua, æquè nascuntur ex eodem facto, id est, ex furto, vt locus hic probat optimè, ita & actio Vi bonorum raptorum. Quid enim aliud est rapina quam furtum improbius? aut raptor quam fur improbius? *l. item si cum 14. §. qui vim intulit supr. Quod met. caus. l. 2. §. ceterum infr. vi bonor. raptor. & apud Instin. eod. tit. in princip.* Ergo si quis in actione vi bonorum raptorum iurauerit se non rapuisse, quomodo in illa actione si iuratur necessario iurandum est, adiuuari hoc suo iure iurando, debeat etiam in actione furti & condictione ex causa furtiua. D e c. Ex positione generis non statim sequitur positio speciei, sed contra po-

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

Ad §. 6. Colonus.

R A T. D V B. Alia est actio ex locato, quæ locatori contra colonum datur, ad id quod interest, alia de succifis arboribus, quæ ex lege duodecim tabularum datur ad duplum *l. furtim 7. §. vlt. iunct. l. 1. infr. arbor. furt. casar.* Alia denique actio damni iniuriæ, quam lex Aquilia introduxit *d. l. 1.* Ergo si in vna ex his actionibus iuratum sit, non erit is qui iurauit in aliis actionibus exceptione iurifurandi defendendus: cum sit verissimum in aliis actionibus eum non iurasse. D e c. Exceptio iurifurandi habet locum, etiam si alia actio instituat, dummodo eadem sit quæstio facti, super qua iuratum est *§. exceptio. supr.* Quod contingit, quoties plures illæ actiones quamuis aliter diuersæ inter se, & diuersum habentes effectum, ex eodem tamen facto proficiuntur. Vt enenit in proposita specie *d. l. 1. & l. cum ex vno 32. infr. de oblig. & act.* Omnes enim hæc actiones, nec minus illæ ex locato, quam duæ cæteræ ex eo immediate nascuntur, quod arbores succifas dicantur *d. l. cum ex vno. l. si colonus 9. Arbor. furt. casar.* Ergo si in vna ex his actionibus iurauerit reus, se non succidisse, si aliis postea conueniatur, quod summo iure fieri potest, exceptione vi iurifurandi adiuuandus est, cum non possit actor in aliis actionibus vincere, quin probet hunc ipsum reum arbores succidisse, contra quam à reo iuratum, & iure iurando ipsius probatum sit. Idem

Tom. III.

est. Non enim æstimanda est actionis causa ex effectu, sed effectus ex causa, nec quicquam verat plurius actionum, quæ eandem facti originem habeant, diuersos esse effectus, vt cernere est, in exemplo quod affert Paulus in *hoc §. de eo*, qui post propositam actionem mandati, aut negotiorum gestorum, aut aliam similem bonæ fidei, in qua iuratum sit, proponit cõ:ditionem certi quæ stricta est. Quis enim nescit actionum bonæ fidei & stricti iuris longè alios effectus esse?

ita specie, ponitur genus, at remota specie, non remouetur genus, quamuis remoto genere, species quoque remoueat, quia, vt dicunt Logici, à genere ad speciem valet argumentum negatiuè notæ affirmatiuè, à specie verò ad genus extra differentias essentielles, affirmatiuè non negatiuè: atqui furtum & rapina se habent tanquam genus & species: rapina species furti est, & quidem improbius, furtum autem est genus. Ergo si quis in actione Vi bonorum raptorum iurauerit, se non rapuisse, non ideo statim consequens est, vt iurasse videatur se furtum non fecisse, quia furtum etiam sine vi, & clam fieri potest: rapina non item. Alia igitur quæstio facti est, an quis rapuerit, alia verò an furtum fecerit, & consequenter ex iis quæ diximus in *§. precedente* constat exceptionem iurifurandi in actione Vi bonorum raptorum præstiti, si actio furti vel condictionis furtiue postea instituat neque prodesse reo debere, neque actori nocere.

que est de interdicto, quod vi aut clam dici potest, quod etiam actionis appellatione continetur *l. actionis 37. de oblig. & action.* At cum actionibus, ex eodem delicto venientibus, etiam pœnalibus permittatur ita vi, vt tamen vna alteram consumat, vique ad concurrentem duntaxat quantitatem, quod autem per vnam consecutus actor non est, per aliam quæ sit amplior consequi adhuc possit *d. l. 1. pen. arbor. furt. casar. l. qui seruum 34. de oblig. & act.* Eleganter querit Accursius, an si iuratum sit in ea actione, per quam minus consequi actor potuit, noceat exceptio iurifurandi, ne per aliam actionem amplior consequi adhuc possit quod condemnationi quam ex priorè sperare poterat, defuisset. Sed benè respondet, iurifurandi exceptionem omnimodo & in totum nocere, in eoque maiorem potestatem esse iurifurandi, quam rei iudicatæ, quoniam reus de toto iurasse intelligitur vt & in *l. si duo 13. §. idem Iulianus supr. hoc tit.* quando quidem & factum ipsum indiuiduum est, & ex eo facto indiuiduo vtraque actio proficiuntur. At res iudicata aliam atque aliam facere potest condemnationem, neque actor vna condemnatione contentus esse cogitur, nisi cum prior condemnatio satis reū grauauerit, vt habet *d. l. pen. secundum* quam accipi debet quod scriptum est in *d. l. si colonus*, ne alia leges obitent quas attulimus. Iunge *l. vnde queritur 7. vbi dicimus infr. Commod.*

Q 3

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

Ad §. 7. Quæ iuravit.

R A T. D V B. & D E C I D. eadem est ad hunc §, quæ ad §. exceptio supr. Nam cum de istdem rebus agitur inter easdem partes, & actione rerum amotarum, & rei vindicatione, videbatur exceptionem iurisiurandi in iudicio rerum amotarum præstiti à muliere, quæ diuortij causa res mariti amouisse dicebatur, eidem prodesse debere, si postea rei vindicatione conueniatur. Sed contra respondet Paulus, alio iureiurando in posteriore iudicacionis iudicio esse opus, nempe quoniam alia quaestio est, quæ in iudicio rerum amotarum proponatur, alia quæ in vindicatione, in actione rerum amotarum quaeritur, nisi in casu *l. si pignore 22. infr. de pignor. act.* cum persona quæ res amouet, remera furtum faciat *l. 1. l. pen. rer. amot.* ac proinde mulier quæ iuravit in iudicio vindicacionis rem suam esse, cuius nomine postea rerum amotarum conuenitur, intelligenda est iurasse quoque, non modò se rem illam non amouisse, nec amouere potuisse, tametsi maxime voluisset, quod longè plus est: ac non similiter è contrario mulier quæ iuravit, se non amouisse rem, quæ postmodum per vindicationem petatur, iurasse videri potest rem suam esse. Potest enim fieri vt nec amouerit, nec tamen res eius sit, cum possit esse mariti, aut alterius cuiuslibet, quomodo ratiocinatur Paulus licet in dissimili specie in §. sequent. Iurandum enim negatiuum quale illud est, mulierem res non amouisse, nihil ponit ex quo aliud quicquam inferri possit, in alio iudicio etiam inter easdem partes. At iurandum affirmatiuum cuiusmodi hoc est, rem esse mulieris tale est, quale si ea quoque omnia comprehenderet, quæ affirmationi huic sunt consequentia, inter quæ hoc vnum est, vt eius rei nomine mulier quæ rem suam esse iuravit, rerum amotarum iudicio conueniri nonquam possit.

2 Contra si iurauerit suam esse. R A T. D V B. Actio rerum amotarum, & rei vindicatio diuersæ sunt actiones, diuersas habentes causas, & ex alio atque alio facto emanantes. Ergo quemadmodum iurandum delatum & præstitum in actione rerum amotarum, neque nocet in rei vindicatione, vt modò diximus: ita è contrario idem esse debet, si mulier, quæ conuenta iudicio rei vindicacionis iuravit rem suam esse, conueniatur postea rerum amotarum. D E C. Iurisiurandi excep-

8 ¶ Igitur si quis iuravit, se non esse condemnatum: etiam si ex stipulatu iudicatum solui, ob rem iudicatam, conueniatur, defendetur per exceptionem. Contra, si cum ex stipulatu iudicatum solui conueniretur: iuravit se dare non oportere: agenti iudicati non utique obstabit exceptio: potest enim fieri, vt non sit commissæ stipulatio, licet res iudicata sit. nisi idèd iurasset, quòd nec damnatum se esse diceret.

Ad §. 8. Igitur si quis.

R A T. D V B. Aliud est conueniri ex stipulatione iudicatum, solui etiam ob rem iudicatam, aliud verbè ex iudicato conueniri actione in factam, aut iudicati: potest enim fieri, vt & iudicatum sit, & commissæ stipulatio, vt sequitur in fine huius §. Ergo etiam si quis iurauerit, se non esse condemnatum, si ex stipulatione iudicatum, solui etiam ob rem iudicatam conueniatur, non debet defendi per exceptionem iurisiurandi, sed alio iureiurando indiget, vt vincat, si ei deferatur: quasi noua quaestio-

ptio locum habet, quoties eadem quaestio mouetur, licet per aliam actionem dicat. §. exceptio supr. Atqui cum prius actum est rei vindicacione, & postea rerum amotarum agitur eadem ipsa quaestio in posteriore actionem deducitur, quæ deducta fuerat in priorem, non quia in iudicio rerum amotarum quaeratur, cuius sint res amotæ, aut an mulier, quæ conuenitur, res amotas possideat (huic enim iudicio locus esse potest, etiam si res non sint mariti, & nihil ad mulierem peruenierit *l. si concubina 17. §. vlt. l. sed est §. & l. sequ. infr. rer. amot.*) sed quia fieri nequit, vt mulier reum suarum nomine teneatur actione reum amotarum, nõ magis quam actione furti, nisi in casu *l. si pignore 22. infr. de pignor. act.* cum persona quæ res amouet, remera furtum faciat *l. 1. l. pen. rer. amot.* ac proinde mulier quæ iuravit in iudicio vindicacionis rem suam esse, cuius nomine postea rerum amotarum conuenitur, intelligenda est iurasse quoque, non modò se rem illam non amouisse, nec amouere potuisse, tametsi maxime voluisset, quod longè plus est: ac non similiter è contrario mulier quæ iuravit, se non amouisse rem, quæ postmodum per vindicationem petatur, iurasse videri potest rem suam esse. Potest enim fieri vt nec amouerit, nec tamen res eius sit, cum possit esse mariti, aut alterius cuiuslibet, quomodo ratiocinatur Paulus licet in dissimili specie in §. sequent. Iurandum enim negatiuum quale illud est, mulierem res non amouisse, nihil ponit ex quo aliud quicquam inferri possit, in alio iudicio etiam inter easdem partes. At iurandum affirmatiuum cuiusmodi hoc est, rem esse mulieris tale est, quale si ea quoque omnia comprehenderet, quæ affirmationi huic sunt consequentia, inter quæ hoc vnum est, vt eius rei nomine mulier quæ rem suam esse iuravit, rerum amotarum iudicio conueniri nonquam possit.

ne in posterius iudicium deducta. D E C. Alia quidem actio est, sed eadem tamen quaestio, quæ in utramque actionem deducitur, scilicet an is qui conuentus primum fuit ex iudicato, nunc verbè conuenitur ex stipulatione iudicatum solui, fuerit condemnatus necne. Nam quemadmodum si fuerit condemnatus, potest conueniri & ex iudicato, & præterea ex stipulatione iudicatum solui ob rem iudicatam, si stipulatio commissæ sit: ita si non fuerit condemnatus, neq. ex iudicato conueniri potest, neque ex stipulatione iudicatum solui ob rem iudicatam. Hoc enim addendum est, & meritò additur à Paulo, quia cum stipulatio iudica-

iudicatum solui dicatur, habere tres clausulas, de re iudicata, de re defendenda, & de dolo malo *l. iudicatum solui 6. ill. tit. iudic. solui.* Possit fieri vt commissæ esset stipulatio ob rem iudicatam, nec tamen ob rem non defensam. Sunt enim separatæ causæ huius stipulationis committendæ, quatum vna commune nihil eam alia habeat *l. cum quaeratur 13. l. vlt. & pass. eod. tit.* Et consequenter is qui iurasset, se non esse condemnatum, si postea ex stipulatione iudicatum solui ob rem non defensam conueniretur, nouo utique iureiurando indigere, quod & Accursius docet *arg. leg. & an eadem 14. infr. de except. rei iudic.* Tota igitur virtusque actionis quaestio in eo est, an reus condemnatus fuerit. Proinde qui iuravit se non esse condemnatum, cum ex iudicato conueniretur, sicut amplius conueniri ex iudicato non potest, ita neque ex stipulatione iudicatum solui ob rem iudicatam. Condemnatum enim æquè esse oportet, vt stipulatio iudicatum solui ob rem iudicatam committatur, atque vt ex iudicato agi possit.

a Contra si cum ex stipulatu. R A T. D V B. Qui iuravit se dare non oportere, videtur iurasse de toto, vt in *l. si duo 13. §. idem Italianus supr. hoc tit.* id est de tota causa, ac proinde ex nulla causa dare se oportere. Ergo si quis cum ex stipulatu iudicatum solui conueniretur, iurauerit se dare non oportere: e, agenti postea iudicato poterit obicere exceptionem iurisiurandi. Tractamus siquidem de eo, qui conueniebatur ex stipulatione iudicatum solui ob rem iudicatam, non autem ob rem non defensam, nec ex clausula de dolo malo, vt proinde licet diuersæ sint actiones, eadem tamen quaestio facti in utramque quaestione deduci videatur, id est an res sit iudicata. D E C. Quoties in posteriorem actionem alia quaestio deducitur, certum est, iurisiurandi in priore actione præstiti exceptionem non posse competere §. exceptio & §. pro. supr. Atqui alia quaestio est, cum agitur ex iudicato, alia verbè, cum agitur ex stipulatione iudicatum solui etiam ob rem iudicatam. Priore casu de hoc tantum quaeritur, an iudicatum sit, posteriore verbè, an commissæ sit stipulatio. Potest enim fieri, vt res quidem iudicata fuerit, nec tamen commissæ dici possit stipulatio, siue quia non sit interposita, siue quòd alius iudicauerit & pronunciauerit, quàm de quo fuerit cogitatum, tempore interpositæ stipulationis, vt benè Accursius explicat ex *l. 3. in princip. & l. penult. infr. iudic. solui.* aut etiam quia stipulationi aliquid desit ex solemnibus, propter quod non satis ritè interposita videatur. Nam quæ non fuit ritè interposita appellatio, committi nunquam potest, nec rursus agi ex stipulatione non commissæ *leg. nuda 5. C. de contr. & committ. stipul.* Non igitur bona consecutio est: iudicatum fuit aduersus reum. Ergo commissæ est stipulatio iudicatum solui ex clausula rei iudicate, in dèdèque intelligimus diuersam esse quaestione, quæ in posterius iudicium deducitur, & quidem ita diuersam, vt non pendeat à quaestione prioris iudicij: longè aliter quàm in priore huius §. specie, vbi prius actum fuerat ex iudicato, quàm ex stipulatione iudicatum solui, iuratum quæ reo se non esse condemnatum. Quo admissio illud etiam consequens omnino erat, vt neque commissæ esset stipulatio iudicatum solui, ex clausula rei iudicate, at non similiter consequens est, vt quia non sit commissæ stipulatio, nec iudicatum sit. Qui ergo con-

Tom. II.

uentus ex stipulatione iudicatum solui, iurat se dare non oportere, nihil aliud iurare intelligitur, nisi quòd non sit commissæ stipulatio, nisi adiciat idèd se ita iurare, quòd nec fuerit condemnatus, vt Paulus subicit. Hoc enim casu idem iuris constitutum erit in posteriore specie, quod in priore, vt iurisiurandi exceptio in utraque actione opponi possit: quoniam eadem quaestio incipet in posterius iudicium deduci quæ in prius deducta fuisset. Nec obstat quod obicimus cum qui iuravit, videri de toto iurasse. Etsi enim non probo, quod responderet Bartolus ita id intelligi debere, vt de toto contractu, id est quod interpositus non fuerit, iurasse videatur, non etiam de tota re, dèdèque toto negotio, vt in §. 1. huius legis Cum in specie d. §. idem Italianus non de contractu, sed de furto, & delicto tractaretur, dico tamen de toto iurare, nihil aliud esse, quàm iurare de tota causa actionis propositæ, vt in aliis quoque actionibus, ex eadem causa dependentibus, idem iurandum opponi possit, vt puta, si quis iurauerit se furtum non fecisse, quemadmodum in specie illius §. cum actione furti conueniretur, neque conditione furtiua conueniri poterit, quippe quæ nõ aliud de quàm ex furto ipso nascatur, videtur enim de toto iurasse, id est de tota causa propositæ actionis, & consequenter etiam quod ad alias omnes actiones, quæ modò eandem causam habeant, non tamen ad alias, quæ diuersam, licet idem contingant negotium. Aliud enim est iurare de toto negotio, aliud verbè de tota propositæ actionis causa, quod satis est. Placet autem valde, quamuis displiceat Bartolo, quod ex hoc §. quidam notant. Fideiussores iudicatum solui non statim, & rectè conueniri posse, ex sententia, contra reum principalem reddita, sed opus esse nouo processu contra fideiussores, vt pragmatici loquuntur, vt hoc ipsum sciatur, an commissæ sit stipulatio ob rem iudicatam, id est an ob hoc condemnatus sit reus quod stipulatio commissæ sit, aut potius ob hoc commissæ stipulatio quòd fuerit condemnatus, cum possit fieri, vt non sit commissæ stipulatio, quamuis reus fuerit condemnatus. Eòque iure passim utimur, quicquid dicat Bartolus ad leg. 1. iudicatum solui. aliter quàm obseruetur in fideiussores iudicio sitit. Hic enim rectè, & absque nouo processu condemnatur, vt scripsimus in Codice Fabiano sub Tit. de Fideiuss.

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

Q 4

9 ¶ Item Pomponius ait, eum, qui furtum sibi factum alicuius rei iuravit, non statim etiam conditionis causam nancisci.

Ad §. 9. Item Pomponius.

RAT. DVB. Actio furti, & conditio furtiva eandem causam habent, scilicet furtum. Nascuntur enim ambæ ex delicto, id est ex furto. *l. si ambo 10. §. quoties infr. de compenfat.* Ergo qui de furto iuravit in actione furti, credendus est de toto iurasse, id est etiam ratione conditionis furtivæ, ut scriptum est *in l. si duo 13. §. idem Iulianus supr. hoc tit.* D. C. Multum refert an reus conveniatur actione furti iuraverit se furtum non fecisse, cuius nomine postea conditione furtiva vigeat. An vero actor qui actionem furti proposuit iuraverit furtum à reo factum esse, mox velit ex eadem causa conditionem furtivam exercere. Priore casu eadem questio in utramque actionem deducta intelligitur, id est an furtum factum sit, quia si factum non sit, tam certum est cessare conditionem furtivam, quam actionem furti cum utraque ex furto pendeat. *l. cessat 36. de oblig. & act.* nec alius conditione furtiva teneri possit quam fur, & heres eius *leg. ex furtiva 5. infr. de condit. furt.* At neque fur neque heres, es quiquam intelligi potest, si furtum, nullum factum sit. Posteriori autem casu non eadem questio in verumque iudicium de iuratur. Nam in actione furti queritur duntaxat ex parte illius qui convenitur, an reus furtum fecerit. Ex parte autem actoris an eius inter sit ex honesta causa qualibet *l. cuius interfuit 10. infr. de furt. §. furti. Infr. de oblig. quæ ex delict. nascunt.* In conditione autem furtiva ex parte quidem rei eadem questio est an furtum fecerit. Sed ex parte actoris

longè alia, an scilicet eius res sit quæ furto subtracta est. Solum enim domino illa conditio competit *l. l. sed nec 10. de condit. furt. l. vlt. supr. Vlt. quemadmodum conveniat.* Non est autem bona consecutio, si actor ex eo quod suo iure iurando probavit furtum à reo factum esse, probatum quoque velit, rem suam esse cum causa dominij nihil habeat eum causa furti commune, possitque fieri ut & furtum factum sit, & tamen res furtiva non sit actoris. Plus ergo potest hac parte iusiurandum negativum ut absolvatur reus etiam à conditione furtiva per oppositam exceptionem iusiurandi, quam iusiurandum affirmativum actoris, quod furtum à reo factum sit, ad acquirendam ei conditionem furtivam. Non quia plus possit negatio quam affirmatio. Aut quia sit reus favorabilior, quam actor: quorum prius falsum est ut diximus ad §. quæ iuravit supr. Posteriori vero licet verum sit, ad rem tamen non pertinet. Sed quia ex parte Rei qui convenitur sola furti negatio per iusiurandum probata excludit utramque actionem, & furti, & conditionem furtivam, quoniam utriusque actionis causam & fundamentum tollit. At ex parte actoris sola furti positio non sufficit ad inducendam quoque conditionem furtivam, cum illud præterea requiratur ut actor sit dominus. Cum autem duæ causæ ad vnam eandemque actionem aliamve rem producendam requiruntur, vnam deesse sufficit, ut actio alia res impediatur, at non æquè vnam adesse satis est ut actio nascatur. Denique facilius est impediri aliquid, quam induci, in cæteris quoque rebus omnibus, etiam naturalibus,

10 ¶ Item cum ex hac parte iusiurandum & actionem, & exceptionem inducat: si forte reus extra iudicium actore inferente, iuraverit, se dare non oportere: & actor, reo deferente, dari sibi oportere: vel contra posterior causa iurandi potior habebitur. nec tamen præiudicium periurio alterius fiet: quia non queretur, an dare eum oportet, sed an actor iuraverit.

Ad §. vlt. Item cum ex hac parte.

RAT. DVB. Si actore iusiurandum deferente extra iudicium reus iuraverit se dare non oportere, ex quo iure iurando possit ei exceptio sola competere, actor autem subinde deferente reo iuraverit dari sibi oportere, ex quo iure iurando datur actori etiam actio, non potest haberi ratio posterioris iusiurandi solius quin præiudicium fiat periurio eius qui prior iuravit. Nec enim potest utrumque verum esse, ut reum actori dare & oporteat, & non oporteat, cum sint ista merè contradictoria. Falsum autem prius iusiurandum nihil aliud sit quam periurium. Atqui de periurio eius qui iuravit quæri postea non debet *l. 1. & 2. C. hoc tit. l. vlt. infr. tit. prox.* Nec debet iudex eum audire quite vel tentare velit probationem aliquam quæ vel minimam periurij suspicionem inducat *l. si duo 13. §. idem Iulianus in fin. supr. hoc tit.* Nam & cum vna eademque persona aliter atque aliter iuravit, dici solet, & verissimum est, standum esse priori iuraturæ quasi posterior non possit carere periurij maxima suspitione. Idemque contra est si actor deferente reo iuraverit sibi dari oportere, & eodem actore postea referente reus

iuraverit se dare non oportere. Aut igitur prioris iusiurandi solius ratio habenda est ne actio vel exceptio ex edicto acquisita ei qui prior iuravit (nam ex hæc edicti parte quæ est de iure iurando ut secunda Accursij interpretatio bene explicat, & quomodo loquitur Paulus noster *in l. cum qui 30. in princip. infr. iusiurandum & actionem inducit cum ab actore præstitum est, & exceptionem cum à reo leg. nam posteaquam 9. in princip. & §. 1. supr.*) alterius factio & iure iurando ipsi admittatur, quod semper iniquum esse creditur *l. vlt. supr. de pact. l. Granus 71. §. penult. infr. de fideiuss.* Aut neutrius, quasi vno iure iurando aliud destruat cum vna tantum sit veritas nec possit dici, imò nec quæri vter eorum qui iuraverunt, peioraverit. D. C. Posteriora semper derogant prioribus non in iis tantum, quæ ab vnius eiusdemque personæ voluntate pendent, ut in testamentis omnibusque cæteris speciebus vltimarum voluntatum *l. 4. de adm. legat. l. si mihi & tibi 12. §. vlt. de legat.* Et in constitutionibus Principum *l. vlt. supr. de constit. Princip. sed in iis etiam quæ à plurium voluntate, dummodo plurium illorum omnium quorum interest, & quibus ex priore voluntate ius quæsitum est, nova voluntas interveniat ut in pactis & contractibus*

l. pacta

l. pacta novissima 12. C. de pact. Atqui pendet ex voluntate illorum inter quos prius iuratum est, maxime vero eius qui iuravit, ut à priorè illo iure iurando resiliatur, & ius quod iuranti quæsitum fuit ei admittatur, non tam alieno facto quam ipsius proprio, cum imputare sibi debeat, qui iuravit ex adversarij delatione, cur cum posset ex suo iure iurando vincere *l. iusiurandum & ad pecunias 34. §. vlt. infr.* maluerit iusiurandum referre, & adversarij iusiurandum suo anteponere, Neque tamen ea res faciet, ut præiudicium aliquod periurio eius fiat, qui prior iuravit. Id est non eo magis pro periurio habendus is erit, quia post præstitum iusiurandum posterius quo iuravit actor sibi dari oportere quod reus se dare non oportere iuraverat, nõ queritur an reum dare oporteat, de quo queritur non possit, quin alteruter periurus inveniretur, maxime vero is, qui prior iuravit, sed an actor iuraverit, ut subtiliter Paulus hic scribit, non addito etiam eo an verè iuraverit, dummodo ritè, & ex delatione iuratum sit *leg. non erit 5. §. dato iure iurando l. nam posteaquam 9. in princip. & §. 1. sed si possessori 11. §. vlt. supr.* Alia ratio est eius qui deferente iudice bis iuravit, & contraria cuius prioris depositioni iuraturæ standum esse diximus. Non enim est in ipsius voluntate positum ut à priorè iure iurando resiliat, quin hoc ipso & periurij & falsi testimonij crimen incurrat, quoniam hoc casu eadem persona est quæ iurat contraria, quod nunquam licet *l. eos 27. §. 1. infr. ad leg. Cornel. de fals.* Bene autem Paulus hic loquitur de iure iurando voluntario & extra iudicium præstito, quia in iudiciali vix est ut possit hoc contingere, cum iudex statim atque iuratum est pergere debeat vel ad

absolutionem vel ad condemnationem *d. l. iusiurandum & ad pecunias 34. §. vlt. infr.* Multo minus ut dubitetur an iuratum sit, qui casus est legis sequentis cum iudiciale iusiurandum presentè habeat semper iudicè. Si tamè talis sit is qui iuravit in iudicio, ut malit iusiurandum referre adversario quæ iam vigeat sententiæ vel condènationis, vel absolutiois iura servare cogetur iudex in iudiciali quoque iure iurando, quod hic scriptum est in voluntario. Quid enim aliud pronunciat e bonus iudex possit, quæ iam quod videat utriusque litigatorum placere? *l. 1. §. inde queritur infr. de oper. novi nunciat. l. si convenierit 6. de re iudic.* Sed quod addit Bartolus aliud esse in iure iurando necessario, & ut vocant, supplementum, quod in defectum probationis datur, non possum admittere, non solum, quia iusiurandum tale nullum agere scit vera Iurisprudencia ut dicemus ad *l. admonendi 31. infr.* Sed etiam quia ratio quæ movetur quod iusiurandum hoc præstetur ad probandum, probatio autem vna tollere possit alteram *ex l. scriptura 14. C. de fid. instrum. d. l. eos qui 27. §. 1. infr. ad leg. Cornel. de fals.* æquè locum habet in iure iurando voluntario & iudiciali ut perinde probationis vim obtineat *d. l. sed si possessori 11. §. vlt. leg. cum qui 30. in princip. infr. hoc tit.* Et quæ amaris non possit iudex nisi iniuste ius quod litigator sibi iure iurando suo quæsit, etiam dimicere ut Bartolus obiicit, nihil tamen vetat hoc fieri, si is cui tale ius acquisitum est, consentiat, quia volenti non fit iniuria *l. in diem 9. §. 1. de aqua & aqua plu. arcend.* Ponendum autem necessario est eum qui prior iuraverit, consentisse, ut adversarius posteriori quod iuraret, alioqui questio de duplici iure iurando incidere nunquam possit.

29. TRYPHONINVS libro 6. Disputationum.

¶ Quod si iuravi, te deferente, non iurasse te, dare tibi oportere. & adversus vtilem actionem qua hoc queritur, an iuraveris, tibi dari oportere: opponenda est exceptio iusiurandi perementis quæstionem actionem comprehendam.

Ad l. Quod si iuravi 29.

Diversa est species huius legis ab ea de qua in §. vlt. legi præcedentis. Ibi enim iuraverat reus dari se non oportere, actor vero dari sibi oportere aut contra. Hic vero tractatur de reo qui post iusiurandum ab actore præstitum dari sibi oportere, iuraverit tamen de eo actorem non iurasse. Quæ questio ut proximè diximus non in aliud iusiurandum cadit, quam quod sit voluntarium, cum de iudiciali non nisi valde impudenter dubitari & quæri possit apud iudicem quo deferente præstitum sit. Ratio autem dubitandi & decidendi ad hunc locum eadem ferè est quæ ad §. vlt. legis superioris. Nisi quod difficilius videbatur ut in specie huius legis permittendum esset posterius iusiurandum ne alioqui progressus detur in infinitum, ut loquuntur philosophi, aut ut Vlpianus in *l. à diuò Pio 15. §. sed si emptor infr. de re iudic.* longè res abire in infinitum nisi qui iurarunt consentiant. Præter id quod credibile est eum qui posterior iuravit adversarium non iurasse, ita iuraturum testibus adhibitis aut ipso etiam iudice ut dubitari postea de ipsius iure iurando nullo modo possit. Sed quemadmodum post rem quoque iudicatum dubitari adhuc interdum potest an iudicatum sit; quæ res transactioni locum facit *l. eleganter 23. §. si post rem iudicatum infr. de condit. indeb.* ita & postquam iuratum est, dubitari non nunquam probabiliter potest an iuratum sit *l. nam posteaquam 9. in princip. supr.* nec potest videri iusiurandum deferri per calumniam cum is qui defert prior iurare debeat de calumnia si hoc exigatur *l. iusiurandum & ad pecunias 34. §. quæ iusiurandum infr.* quamvis etiam per calumniam delatum esse imputare tamen sibi deberet qui delatum accepisset. Ergo adversus vtilem actionem tuam quæ ex tuo iure iurando tibi competit, & in qua hoc solum queritur an iuraveris dari tibi oportere, & aliud præterea nihil *l. non erit 5. §. dato iure iurando supr.* potero ego posterioris mei iusiurandi exceptionem opponere quo perempta est tota questio quæ actione tua comprehendebatur, cum iuraverim te non iurasse. Et ita bene Accursius quod quæ explicat.

EVm, qui iuravit, ex ea actione, quæ inficiando crescit^a aliquid sibi deberi: simpli, non dupli persecutionem sibi acquirere, Pedius ait. abundè enim sufficere, exonerare petitorum probandi necessitate^b cum, omiſſa hac parte edicti, dupli actio integra maneat. & potest dici, hoc iudicio non principalem causam exerceri, sed iurandum actoris conseruari.

Ad l. Eum qui 30.

RA T. DVB. Nouatio quæ fit per iurandum non tollit ipso iure actionem, quæ antea compe- rebat siue actor iurauerit siue reus, si interpretibus nostris credimus ad l. qui iurasse 26. §. vlt. supr. Et quamuis actio quæ ex iuramento datur, tolleret priorem, esset tamè subrogata in locum prioris, ac proinde naturam eandem induere deberet l. si quis eum 10. §. qui iniuriarum supr. si quis caution. Ergo siue hanc legem intelligas de actione, quæ ex iuramento actoris nascitur non danda in duplum, quæ secunda Accursij & Bartoli interpretatio est, siue, quæ prima, de actione legis Aquiliæ, quæ contra negantem datur in duplum l. 4. C. de leg. Aquil. l. inde Neratius 23. §. hæc actio supr. eod. ill. tit. aut depositi ex causa tumultus vel incendij vel naufragij vel ruinæ facti l. 1. de eo 18. infr. de pos. aut legati venerabili alicui loco relicti §. item mixta Inst. de action. in quibus actionibus actor suam intentionem ex aduersarij delatione iurando suo probauerit, non eo minus in duplum condemnandus est reus ex natura propositæ actionis quæ eadem manet, & ex qua tandem sequi condemnationem necesse est: cum non debeat melior esse condicio inficiantis ob id solum quod actorem ad præstandum vel referendum iurandum adegerit, quando quidem illius etiam qui verè & sanctè iuravit, modestia eo modo aliquant- per oneratur l. illud 25. §. 1. infr. de pecun. constit. l. qua sub condicione 8. infr. de condic. inst. Alioqui iurandum actoris, quod ei prodesse deberet, nocebit potius, si admittat ipsi dupli persecutionem, contra l. quod fauore 6. C. de legib. l. nulla 25. supr. eod. ill. tit. l. legata inutiliter 19. de adm. legat. DE C. Imputare sibi debet is, qui in ipsa liti contestatione apud Præto- rem negante ad- uersario, & iurandum deferente, maluit iurare sibi deberi ex ea causa ac suo iurando potius quam testibus aut aliis probationibus intentionem suam comprobare, eoque facto ex hac parte edicti actionem ex suo illo iurando à Præto- re postulare potius quam actionem pristinam sibi compe- tentem legis Aquiliæ aut aliam similem aliquam ex supradictis exercere, quæ per inficiationem in duplum crescere potuisset. Nam siue iam per testes aut aliter intentionem suam probare potuit, parùm prudenter fecit, qui hanc partem edicti & actionem in factum vilem, quam Prætor ex iurando actoris dare solet, eligere maluit, pro actione dupli, quæ post iurandum quoque præstitum manebat integra, si à probatione sibi per iurandum suum quæ sita recedere voluisset, siue probationem aliam nullam habuit, sufficere illi abundè debet quod iurando se exonerauerit necessitate probandi, atque ita victoriam liti sibi comparauerit, quem alioquin succumbere fuisset necesse, & pro duplo, quod sperabat, etiam simplum amittere. Neque verò Prætor cum dat actionem ex iurando apud se præsti- to, id agit vt principalis causa super qua iuratum

est exerceatur, sed tantum vt iuranti iurandum suum conseruetur, id est vt non de alio amplius querendum sit quam utrum fuerit iuratum, non autem an damnum iniuria datum, propter quod legis Aquiliæ actio competere possit, & per inficiationem crescere. Nemo autem dixerit actionem quam Prætor dat ex iurando actoris, ex earum numero esse quæ per inficiationem crescunt, nec si per calumniam negetur iuratum esse. Quanto minus ob id solum quod negatum sit damnum iniuria datum fuisse? Benè igitur Paulus hinc ex Pedio scribit, Eum qui iuravit ex ea actione id est ex causa illius actionis quæ inficiando crescit, aliquid sibi deberi, non dupli sed simpli tantum persecutionem sibi acquirere, sed ita tamen vt non amittat dupli persecutionem si omiſſa hac parte edicti quæ dat actionem honorariam, malit pristinam eamque ciuilem exercere, quasi non peremptam ea nouatione quæ fit per iurandum. Ita putant interpretes, & omittunt hanc partem edicti eum quoque, qui iuravit apud Præto- rem, si iurandi sui utilitatem deserat, nulla ex eo vel actione petita, vel exceptione. Quo casu nec illa ex iurando utilitas manere penes eum debet, vt quod iuratum est, haberi debeat pro probato. Nam neque hoc fieri potest nisi iuratioe prætoris. Prætor autem non aliter tueri, & conseruare iurandum potest quam si ex eo vel actionem det vel exceptionem l. duobus 28. §. vlt. iur. l. nam posteaquam 9. §. 1. supr. Mihi tamen aliud iudicium est, quod hinc Paulus scribit de actore omittente hanc partem edicti de eo solo intelligi debere qui iurare recusauit, non de eo qui iuravit, vt postea probabimus. Quid ergo si actor nullo sibi apud Præto- rem in ipsa contestatione delato iurando (nec enim iurare, & ita exonerare se potest nisi condicio integram, & in specie litem hereditate 55. de acquir. hered.) impetrauerit formulam & actionem legis Aquiliæ, in eaque iurauerit deferente aduersario centum sibi deberi ex causa damni iniuria dati. An ideo persecutionem dupli amittet, quam agendo non ex iurando sed ex lege Aquilia sibi quaesierat? Non enim dici potest hoc casu, quod lex ait, omiſſa hac parte edicti manere actionem dupli integram, cum post eam iam propositam, atque ita consumptam, (ideo enim dicitur alienare, qui rem in iudicium deducit, quoniam actionem consumit, & amittit §. in popularibus infr. l. ait Prætor 7. §. quid sit autem infr. de iur. delib. & vt alibi scripsimus, actiones quoque sunt ex earum rerum numero, quæ vsu consumuntur) hanc partem edicti amplexus sit is, qui iuravit, & iurandum suum pro plena probatione haberi voluit. Dubitationem facit, quoniam hoc casu actor qui iam de actione legis Aquiliæ impetrauit formulam, neque actione ex iurando, neque alia vlla indiget vt extorqueat condemnationem etiam in duplum, quippe quæ sequi potest ex ea ipsa formula tamquam post contestationem & inficiationem apud Præto- rem factam

rem factam impetrata, & iussu pedaneo iudice qui à præscripta sibi formula recedere ne laetum quidem vnquam potest condemnare debitorem in duplum. Sed cum ea formula condicionem suam habeat si parit damnum iniuria datum esse actori sicut & ceteræ formulæ omnes condicionem illam habeant si actor plene suam intentionem probauerit, dici potest Præto- rem de ea probatione sensisse, quæ onerata adstringeret, non de illa quam proprio suo iurando induceret, vt ab alia quæ alioqui necessaria fuisset, se exoneraret. Ideoque quasi deficiente formula conditione non posse iudicem ad dupli condemnationem peruenire, sed ad simpli duntaxat, nec tamen in eam rem indigere nota formula, cum in duplo simplum continetur, & satis appareat de intentione actoris, etiam cum iuravit aduersario deferente, quia probatio hæc licet priuilegiaria sit, & talis de qua Prætor non cogitauerit, cum formulam in duplum daret, probatio tamen est, & quidem certissima sed ita, si hoc quoque casu hæc pars edicti impleretur, quæ sola facit vt quod aduersario deferente iuratum est haberi debeat pro probato. Hoc verò cum accidit, non iam de pristina actione querendum est quæ datur in duplum, & quam hoc ipso quod in formulâ deducta est, consumptam esse diximus, nec rursus de formula, cuius condicio, si Prætoris mentè inspicias, deficit potius quam existit. Sed tantum de obseruando iurando ex hoc ipso edicto Prætoris, quæuis non apud ipsum Præto- rem sed apud iudicem pedaneum iuratum sit, quod tamen non aliter fieri potest quam si idem iudex, ex cuius autoritate iuratum est, tanquam cui commissa sint omnia, quæ ad causam pertinent (nā statim atque iudex factus est omnium rerum officium ei incumbit quæcumque in iudicio versantur l. Adiles 25. §. item sciendum infr. de adlit. edict.) non solum habeat id quod benè iuratum est pro benè probato, sed etiam ex ea probatione condemnat reum, at eo penitus modo quo condemnaret, si actionem & formulam Prætor ex iurando apud se præstito dedisset: Quid enim refert, an apud Præto- rem iuratum sit an apud iudicem? Aut an reus actori iurandum detulerit in ipsa contestatione coram Præto- re in iure, an in iudicio coram Iudice? Nisi forte imputare volumus actori, cur reus litem contestatus & inficiatus apud Præto- rem, iam tamen non detulerit iurandum, sed formulam & iudicem expectauerit? quod esset absurdum. Ergo ad simplum duntaxat hoc quoque casu fieri condemnatio debet, non in duplum: Nam & hinc ratio illa Pauli locum habet, quod abundè sufficiat exonerare petitorum probandi necessitate, nec debeat melior eius condicio fieri ob id, quod in iudicio non in iurando iuratum est. Neque ad rem pertinet, quod ex iurando nulla hoc casu nascatur actio. Id enim euenit occasione magis quam iure vt loquitur l. 2. infr. de iuris, id est quia nec necesse est, sufficitque tale iurandum esse, ad obligandum iudicem, vt ipsum tueatur, quod aptum sit parere actionem id est, ex quo accipi possit actio, si non iam in actione legis Aquiliæ data esset formula ex qua possit iudex proflitè d condemnationem, quamuis non dupli ex verbis formulæ, sed simpli ex mente Prætoris. Et licet secunda illa ratio Pauli cum omiſſa hæc parte edicti dupli sit integra maneat, locum habere hoc casu non possit vt diximus, sufficit tamen primam locum habere, itemque tertiam (tres enim adfert rationes

vt Accursius noster benè obseruauit) quæ postremis illis verbis coninetur: Et potest dici hoc iudicio non principalem causam exerceri sed iurandum actoris conseruari. Quamquam postrema hæc ratio apertius ostendit meo iudicio, non tam hanc causam tractari à Paulo, in quo iuratum sit apud iudicem datum post impetratam legis Aquiliæ actionem & formulam, quam illum aliam de quo prius diximus, quo iuratum sit apud Præto- rem in iure ante impetratam petitionem legis Aquiliæ actionem, & petita è contratio actione, quam Prætor hoc edicto pollicetur ex iurando, quæ vt dixi non nisi ad simplum datur, numquam verò ad duplum, ne quidem cum in actionis locum substituitur, quæ possit per inficiationem crescere, quia quod dict solet actionem subrogatam in locum alterius, sapere & induere naturam eius in cuius locum subrogata est l. si quis eum 10. §. qui iniuriarum supr. si quis caution. ad hunc casum accommodari non potest, non ob id tantum quod actiones quæ per inficiationem crescunt, non dantur in duplum ex sui natura primordiali, vt loquuntur interpretes, sed ex causa superuenienti & per accidens propter inficiationem, sed etiam quia actio ex iurando quæ substituitur à Præto- re in locum alterius, singularis est, & priuilegiaria, in eo quod probationem intentionis actoris tumit ex proprio ipsius iurando, id est quod non debet alio etiam priuilegio adiuuari vt propter inficiationem rei obtinere debeat dupli condemnationem, non quia duo singulæ circa eandem speciem concurrere non possunt vt vulgari nostrorum iactatur brocardico ex l. 1. C. de dot. promiss. Nec rursus vt qui in vno releuatur in alio gravatur, vel contra quod nostri vulgo ex hac lege inserunt (non enim gravatur, qui duplum non consequitur, cum lucri occasionem amittat potius quam damnum incurrat, nec ille rursus qui aduersario deferente iurando, se testem facit in causa propria) Sed quia beneficium Prætoris facientis vt quod iuratum est pro probato habeatur, non debet esse ei captiosum, qui iurandum detulit, vt in plus quam in simplum condemnatur arg. l. Paulus notat 8. infr. de prator. stipulat. Cumque is qui iurandum defert, videatur hoc ipso fateri intentionem aduersarij, in eum scilicet casu quo iurabit, d. l. qui iurasse 26. §. vlt. supr. an non absurdum esset quali inficiantem in duplum condemnari eum, qui propter delationem à se factam secuto postea iurando habendus sit potius pro confesso? Atque hanc esse puto legis huius sententiam, quæ hodie facilior longè est, & expeditior secundum ius quo vitimur, vt iudicia omnia non per iudices pedaneos exerceantur vt olim, sed per ipsos Magistratus, quorum erat dare iudicem & formulam post litem apud se contestatam, quique hodie de facto ipsi cognoscere ac pronunciare iubentur post leg. 2. C. de pedan. iudic. leg. 1. & 2. C. de formul. & impetr. act. sublat. Vnde fit vt idem hodie sit locus iuris & iudicij, idem ius dicens & iudex, Idem apud quem iuratur, & qui actionem ex iurando vel exceptionem dare possit siue ante siue post litem contestatam, aut in ipsa etiam contestatione iurandum delatum proponatur. Vt proinde nihil impediatur, quominus etiam post institutam actionem legis Aquiliæ & post litem contestatam delato præstitoque iurando id ipsum pronuncietur, quod pronuncietur, si ex iurando voluntario & conuentionali age-

retur, quod extra iudicium & delatum esset & præstitum. Ergo si ei qui lege Aquilia actor est, iusiurandum deferatur à reo inficiante apud Prætorum, si quæ alias habeat delicti probationes, quibus confidat, multò prudentius faciet si iusiurandum recuset, id est, nec iurare velit, nec referre, ut possit per inficiationem crescere. Iusta enim iusiurandi recusandi causa illa est, si futurum sit, ut is cui condicio deferatur tantò minorem condemnationem ex suo iureiurando sit reportaturus, quod hinc contingeret, quemadmodum rei debitor, inquit Bart. si eam soluat cum diminutione alicuius qualitatis, non liberatur, *leg. etiam 27. de solut.* Idem Bartolus etiam bene vidit, nec posse hinc obici quod scriptum est in *leg. manifeste 38. infr. hoc tit.* Nam nec audiendus esset reus, si ad evitandam grauiorem condemnationem fortassis etiam expensarum litis, vellet confiteri actoris intentionem, quam actor iam per testes, aut aliter plenissimè probasset, ut hinc quoque Bartolus tractat. Sed cum deferente reo actor iuravit, atque ita intentionem suam probavit, difficilius est ut ei permittatur ab ea probatione resilire, & testes, aliasve probationes conquirere, per quas fiat, ut ad duplum condemnari possit reus, cui iam quæsitum ius quodammodo videbatur, ne amplius condemnari nisi ad simplum posset, quasi iurando ab aliis omnibus probationibus excludi actor voluerit, & contentus esse simpli, cum sciuerit aut scire debuerit non alia conditione iurare se posse, ut in specie *leg. si duo 38. de acquir. hered.* Maximè verò si apud Prætorum in iure aut apud iudicem in iudicio fuerit iuratum, non autem extra iudicium, cum in iudicio quasi contrahatur *leg. 3. §. idem scribit infr. de pecul.* Et tamen Accursij nostri, ut videtur, itemque Bartoli & interpretum nostrorum sententia est, nihil hac parte referre, an post iusiurandū præstitum velit actor alias probationes conquirere, an verò tantè, propterea quòd iusiurandum, inquit, non tollat primam actionem, licet nouationis vim obtineat *d. leg. qui iurasse 26. §. vlt. vbi diximus supra* Sed vereor ne non sit hæc ratio satis bona, non enim quæritur, an etiam post præstitum iusiurandum super sit actio legis Aquiliæ, de quo non dubitant, siue ante propositam illam actionem præstitum sit siue postea. Sed quomodo possit dupli persecutio sapere ei, qui iurando videtur simpli contentus fuisse, atque ita dupli vnquam obtinendi spem sibi præcidisset. Nam si quis respondeat posse quemlibet priuilegio suo renunciare, & iuri pro se introducto *leg. pen. C. de pact. leg. si index circumuento 41. supr. de minor.* Replicabo, nemini tamen licere consilium mutare in alterius iniuriam *leg. nemo potest mutare 75. de regul. iur.* id est in præiudicium iuris: quod alteri iam quæsitum sit, dubitari autem non potest, quin reo, qui detulit iusiurandum actori, ius acquisitum sit non ex sola quidem illa delatione, sed ex iureiurando postea præstito ne postea in duplum conueniri possit. Et quod hinc Paulus subicit, omiſſa hac parte edicti actionem dupli integram manere, facile hanc interpretationem recipere potest, ut ita demum omiſſa dici possit hæc pars edicti, si actor delatum sibi iusiurandum recusauerit, non etiam si susceperit. Cur enim iurat, nisi ut ex iureiurando, & probationem, & actionem sibi acquirat ex hac par-

te edicti? Neque verò sic prudentes nostri loquantur, ut dicant solam actionem ex iureiurando nouationis vim obtinere, sed iusiurandum ipsum, ut intelligamus solum iusiurandum sufficere, etiam nulla ex eo proposita actione, ut prior actio, quæ fuerat, perimatur *d. leg. qui iurasse 26. §. vlt. supr.* Iusiurandum inquam non rei, sed actoris. Nam rei iureiurando certum est non tolli actionem ipso iure sed tantum per exceptionem *d. leg. nam posteaquam 9. §. 1. & d. leg. in duobus 28. §. 1. supr.* At per iusiurandum actoris sine dubio nouatur & tollitur, quia hoc maluisse actor videtur, licet cum aliquo suo damno & incommodo, quam alterius dubiæ probationis aleam subire, ex qua periculum amittendæ litis incurrere potuisset. In eoque videtur mihi errasse Bartolus post Accursium, & quotquot illos sequuntur, cum defendunt ex parte actoris iurantis nullam fieri nouationem pristinæ actionis, decepti ex vno hoc loco vbi Paulus scribit, Omiſſa hac parte edicti actionem dupli manere integram, quasi id obtineat etiam post præstitum iusiurandum: quod certè non ita est, cum is qui iuravit referente aduersario non possit dici hanc edicti partem omiſſisse. Et verò quemadmodum is qui iusiurandum detulit, reuocare delationem postea non potest, ne quidem ex causa vbi semel præstitum est *leg. si quis iusiurandum 11. in illis verbis necdum eo præstito. C. hoc tit.* Ita nec ei qui iam iuravit permitti vllò casu potest, ut ab eo iureiurando resiliat inuito aduersario, cui aliquid iuris ex eo quæsitum fuerit. Præsertim cum absurdum sit & superuacuum, ideòque nec ferendum, ut actor alias conquirat & adferat probationes, posteaquam iureiurando proprio suam intentionem plenissimè probauerit. Quid enim hoc aliud esset, quam actum agere, & certam probationem quæsitis congestis, que aliis minùs certis probationibus hoc ipso dubiam & suspectam facere? Nec video, quæ ratione hoc permittere bonus iudex possit, etiam ab actore ipso requisitus, cum post iusiurandum præstitum de alio querendum non sit, quam de hoc solo, an iuratum fuerit, ut toties diximus ex *leg. 5. §. dato iureiurando supr.* Aliis autem probationibus non possit aperiri via, quin hoc ipso incertum fiat, quod iam plenissimè probatum ex integro probandum suscipitur. Malè igitur Accursius & Bartolus hanc legem protrahunt ad illum quoque casum, quo actor post præstitum à se iusiurandum velit pristinam legis Aquiliæ actionem repetere, suamque intentionem adhuc per testes probare, ut duplum consequatur, nec minùs falsum proinde est, quod ex eodem errore infert Bartolus, si iudex post primam negationem admisit confessionem rei, posse actorem adhuc probare malefictum per testes, ut eripiat reo beneficium quod ex statuto alioquin ob suam confessionem esset habiturus, cum neque in potestate actoris esse debeat eripere reo commodum suæ confessionis & beneficium, quod habeat non ab actore sed à statuto *leg. vlt. supr. de pact. leg. Gratius 71. §. pen. de fideiuss. vulg. leg. id quod nostrum 11. leg. non debet 74. de regul. iur. leg. 3. de interd. & releg. nec prohibendus sit reus bonam fidem agnoscere, ac probè tandem confiteri, quod antea improbè negauerat, ne durior fiat condicio actoris & rei*

& rei si nullus penitentia locus relinquatur, dummodò nulla ex rei penitentia captio sit actoris *l. de acie 11. §. vlt. supr. De interrog. in iur. fac. id est dummodò res sit integra.* Nam si post iam allatas ab actore intentionis suæ probationes, ob improbam rei negationem vellet reus confiteri, non esset audiendus ad beneficium statuti implorandum, nec si expensas omnes litis in eum vice diem refundere paratus esset, nempe quia nullum beneficium mereri potest confessio, quam probationum contrarium vis potius quam bona fides ab improbo litigatore inuito extorserit: quod & Bartolus admittit: quamquam nec facile patior impunitam manere negationem rei improbam, & calumniosam, sed aliter puniri eam & coerceri vellem, quam ut locus penitentia & confessioni denegaretur, multa scilicet aliqua pecuniaria eo nomine irroganda, ac præterea expensarum omnium à die saltem negationis in diem vsque confessionis factarum, refusione. Eoque iure passim vtiur. Illud æquè non probo quod addit Bartolus, legem hanc in iureiurando quoque necessario, ut vocat & supplementio locum habere, ut si actor intentionem suam à reo negatam non nisi semiplenè probauerit, ex eaque causa perierit admitti se ad iusiurandum supplementium, & admittis fuerit in actione legis Aquiliæ, aut alia quæ per inficiationem possit crescere, non tamen duplum consequi queat, sed simplum, quasi hinc quoque possit imputari, cur hanc edicti partem agnouerit, quæ est, inquit, de iureiurando non minùs necessario, quam voluntario & iudiciali: in quo fallitur, nullum enim tale iusiurandum supplementium agnoscit Iurisprudencia, ut diximus iam sæpius, & tractabimus largius ad *l. seq. longèque aliud est iusiurandum necessarium de quo in Rubrica huius Tituli ut diximus ad l. 1. supr.* Et præterea non alia est ratio huius legis, quam quòd imputare sibi debeat actor, qui suam intentionem iureiurando suo probare maluit, quam per testes. Quod tamen non similiter possis dicere de eo qui fecit quod potuit ut intentionem suam per testes probaret, nec tamen probare potuit nisi semiplenè. An ergo tunc admittemus ad dupli perfectionem? Multo minùs. Imò ne quidem simplum consequi debebit, cum paria sint actorem nihil probasse & minus plenè probasse *l. 4. C. de edend. l. vlt. C. de rei vindic.* Planè admissa interpretum de iureiurando illo supplementio sententia, facilius descendam in Bartoli opinionem, ut

actor hic, qui in probationis suæ supplementum iuravit, simplum solum consequi debeat, non duplum. Quidni enim sit simpli contentus qui suo iureiurando non ex aduersarij delatione sed eo inuito litis victoriam sibi peperit quam amittere omnino ex iuris ratione debuisset?

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

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

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

Ad §. 1. Si iurauero.

RAT. DVB. Postquam actor iuravit, non de alio querendum est, quam vtrum iurauerit *l. in duobus 28. §. vlt. in fin. l. si duo 13. §. idem Iulianus in fin. supr. hoc tit.* Non igitur distinguendum aut inquirendum est, postquam iuravi te mihi Stichum dare oportere, an in rerum natura fuerit tempore iusiurandi præstiti an non fuerit, & si decessit, an

post moram, an verò ante decesserit: cum nihil vetet etiam perempti hominis æstimationem iniuri & præstari delato, saltem per iudicem iureiurando *l. in actionib. 5. vers. planè infr. tit. prox.* adeòque citra iusiurandum si actor petat æstimationem quæ fuit vitæ & mortis tempore *de moras sumpro ut in l. 3. infr. De condit. tritic. l. 2. supr. ad leg. Aquil. l. 2. §. quantum infr. De priuar. delict.* Nā & cū quis in iure confessus est se Stichum debere, dicimus posse illud ex sua confessione

condemnari, siue iam cum mortuus erat Stichus siue postea decesserit *l. qui Stichum 5. infra de confess.* Atqui pro confessio habendus est qui iurandum detulit si ex ea delatione postea iuratum sit, ut ad initium legis huius proximè diximus. Ergo & cum iuravi te Stichum mihi debere, qui iam decesserat, omnimodo tamen condemnandus es, non quidem ut præstes Stichum qui iam mortuus nullus est, sed ipsius saltem æstimationem quæ fuerit mortis tempore ut in *d. l. 3. de condict. tritic.* Dicitur. Omne iurandum, ut & alia qualibet dispositio siue hominis siue legis, præsupponit semper terminos ignobiles ut nulla sit repugnantia ex parte rei *l. tutor pupilli 35. §. 1. infra. l. 1. §. ult. ad Senatusconsultum Terentii.* Atqui non sunt termini habiles si Stichus quem iuravi meum esse iam tum defunctus fuit, non enim deberi potest, iam homo mortuus cum nec sit in rerum natura, nec esse amplius possit, ad eum ut si homo mortuus fuit promissus sit sub pœna certæ quantitatis, nec homo nec ipsius æstimatio adeoque nec pœna committatur *l. si homo mortuus 69. infra de verborum obligationibus.* Impossibile enim nulla proffus obligatio est, nec esse potest *l. impossibilem 185. de reg. iur.* Sicut igitur homo mortuus nec in obligationem nec in pactionem nec in iudicium deduci potest, ita neque in iurandum siue pro stipulatione, siue pro pacto conuento, siue denique pro iudicio iurandum accipere quis velit, *d. l. tutor pupilli §. 1.* eo quod dicimus confessionem in iure factam non aliter valere & ratam esse posse quam si ius & naturam recipiat *l. confessionibus 13. & l. seq. §. vltim. supra de interrog. in iur. fac.* idem de iureiurando perinde dici multo magis debet, quod pro veritate haberi non potest nisi de ea re interponatur, quæ vera si non sit, saltem esse possit, non potest autem verum esse ut oporteat mihi dare Stichum qui iam sit mortuus, nisi vel furtiuus fuerit, qui per conditionem furtiuam etiam mortuus peti potest, *l. si pro fure 7. §. vltim. infra de condict. furt.* aut post debitoris moram decesserit, ut Paulus hic subiicit, quoniam his casibus nec mortuus esse creditur, sed perinde peti potest ac si adhuc viueret *l. si seruum 91. §. sequitur & §. vltim. infra de verborum obligationibus.* Ad eum ut præfens ipsius æstimatio debeat, quæ porro nisi per actoris iurandum fieri nulla potest *d. §. plane l. 5. infra. tit. prox.* Planè si post litem contestatam decesserit, cum per conditionem certi petitus esset, rectè citra iurandum æstimabitur, quia non præfens æstimatio hoc casu debetur, sed ea quæ fuit præcisè tempore litis contestatæ *l. vinum 22. l. cum fundus 31. supra. tit. prox. l. vltim. infra de condict. tritic. l. 3. §. in hac commod. l. hominem 37. infra. mandat.* Si verò petitus fuerat per triticariam, & decesserit ante condemnationem, æstimabitur etiam citra iurandum quanti fuit mortis tempore *dict. l. 3. de condict. tritic.* Sed extra hos casus neque mortuus homo deberi potest neque ipsius æstimatio, nec magis ex iureiurando, quam ex alia qualibet causa, ideoque placet quod Accursius noster notat, id quod scriptum est in *dict. l. qui Stichum 5. infra de confess.* Eum qui in iure confessus est se Stichum debere, qui iam tum decesserat, condemnandum omnimodo esse, restringi oportere ad eum casum quo Stichus post moram decesserit, nec ideo commentitia & improbabilis videri debet hæc interpretatio, quod in ea lege nihil de mora prius contracta dicatur, non enim potest fieri confessio in iure

& apud Prætores quin vocatus fuerit in ius reus tanquam Stichi debitor, nec vocatio fieri citra editionem actionis, & interpellationem quæ debitorum in mora constituerit *l. 1. supra de elend. l. 1. & pass. de in ius vocand. §. omnium iustit. de pen. rem. litig.* Hoc enim est quod Papinianus dicebat in *l. 3. in princip. de vsur.* vix esse ut sine mora perueniri possit ad iudicem. Et si non ignoro placere Bartolo aliquid interpretibus, eum qui in iure confessus est Stichum debere perinde obligari ex sua confessione ut condemnari debeat, tamen iam tum Stichus decesserit ante moram si modò decessisse illum non ignorabat, sed parum probabiliter meo iudicio, cum ea confessio ex illarum numero sit quæ necius nec naturam recipiunt, de quibus in *dict. l. confessionibus cum l. seq. in §. vlt.* Nisi forte quis velit eam defendere iure tacite cuiusdam donationis ex regula *l. cuius per errorem 53. de regul. iur.* Verum neque hoc probabile est, cum non magis in donationem deduci possit res perempta quam in stipulationem aut in iudicium. Nam nec donatio fieri olim aliter poterat quam per stipulationem vel traditionem: nec tractamus de debitore qui confessus sit se Stichi iam mortui æstimationem debere quæ viuo eo fuerit, sed de eo qui Stichum ipsum. Neque rursus obijci potest, quod Bartolus obijcit, eum qui iurat, videri abijcere omnes exceptiones quas sibi competere sciebat, non enim hic de exceptione vlla quaeritur, sed de defectu materiæ quæ in iurandum deduci poterit, cum iuratum sit de homine iam mortuo, & nullo. Planè si ponas iuratum fuisse de homine, quilibet iam tum re vera mortuus, in rebus tamen humanis esse credebatur, tanto minus valere iurandum poterit siue tanquam per errorem præstitum, siue quod nemo credendus sit renunciasse iuri quod sibi competere ignorauit, ut idem Paulus noster argumentatur in *l. mater decedens 19. supra de inofficioso testamento.*

a Nisi ex causa furtiuam vel propter moram. RAT. DVV. Neque causa furtiuam neque mora debitoris facere potest, ut Stichus qui debebatur, non sit reuera mortuus & nullus, nec proinde quin sit impossibile eum præstari. Atqui impossibile nulla est obligatio *dict. l. impossibilem* nec potest odium furis aut morosi debitoris facere possibile, quod per ipsam rerum naturam est impossibile, non ergo debuit Paulus istas addere exceptiones. Dicitur. Est hic vnus ex effectibus moræ & quidem præcipuus ut rem quæ post debitoris moram perempta est faciat haberi pro extante, ut quæ homo debitor reuera mortuus adhuc viuere existimetur, adeoque peti possit & debeat non ipsius æstimatio *dict. l. si seruum 91. §. sequitur & paragraph. vltim. De verborum obligationibus.* ne alioqui profuit moratori sua frustratio contra *dict. l. hominem 37. in fin. mandat.* factoque suo tollat suam obligationem & se liberet, quod absurdum & iniquum esset *dict. l. si seruum paragraph. nunc videamus.* Ideoque nimirum in furtiuam conditionem idem iuris est *dict. l. si pro fure 7. §. vltim. de condict. furt.* quoniam fur qui solus ea conditione tenetur heresve eius *l. 5. eod. tit.* semper moram facere intelligitur re ipsa & citra interpellationem quousque rem furtiuam restituerit *l. in re furtiuam 8. paragraph. 1. in fin. l. vltim. eod.* Rem ergo veram iurat creditor cuiuslibet debitoris qui in soluendo Sticho moram contraxerit,

contraxerit, itémque dominus Stichi furto subtracti cum etiam mortuo iam Sticho iurat deficiente fure vel alio quolibet moroso debitore Stichum dari sibi oportere. Nam & Stichi precium deduci hoc casu possit in constitutum *l. promissor 21. in princip. infra. De pecun. constit. & in stipulationem l. inter stipulantem 83. §. penult. De verb. oblig.* vbi etiam redditur ratio quare extra hos casus omnino inutilis sit stipulatio hominis iam mortui, quoniam, inquit, etiam si debitor ante fuisset, tamen eius morte debitor liberaretur. Nec enim qui seruum viuum promissit, illud etiam promississe intelligitur seruum illum non moriturum, quæ promissio esset impossibilis *l. non moriturum 8. C. de contr. & committ. stipulat.* Proinde si post iurandum præstitum Stichus decesserit, qui eo tempore viuerebat,

dubitari non oportet, quin multo magis præstanda sit eius æstimatio, cum iurandum non solum interpellationis vim habeat, ad constituendum debitorem in mora perpetuandam, ue obligationem, sed etiam contestationis ad perpetuandam quod difficilius est actionem ipsam *l. nam postquam 9. §. si is qui supra hoc tit.* Sed hoc ita si debitorum aliquod verè præferebat. Nam si nunc primum contractum sit per iurandum, quod pro veritate habetur, fieri non potest ut eodem instanti quo iurandum præstitum fuerit, & obligatio contrahatur & mora, ideoque noua interpellatione opus est ut subtiliter Bartolus pro Iacobo Butrigario contra Guilielmum disputat, ex *l. quod dicimus 105. infra. De solut.* Sed melior textus est in *dict. l. promissor 21. §. 1. De pecun. constit. unct. l. mora 32. & l. sciendum 2. infra. De vsur.*

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

Ad §. 2. si mulier.

RAT. DVV. Non potest dotis nomine aliud deberi quam quod in dotem constitutum fuit. Dotis enim obligatio nascitur ex contractu dotis. Contractus autem dotis ex eorum numero est, qui reperiuntur *l. 1. Cod. de dot. caut. non numer. l. dotem 30. unct. l. 1. & pass. infra. De iur. dot.* Nec rursus fieri potest, ut quod in dotem constitutum fuit, & ex ea causa traditum non debeat dotis nomine soluto quocumque matrimonio: dos enim omnimodo restituenda est *l. 1. & tot. tit. infra. solut. matrim.* Nihil ergo interesse videtur an mulier iurauerit decem dotis nomine sibi deberi, an verò decem se in dotem dedisse, & utroque casu videntur præstanda decem ut iurandum conseruetur. Dicitur. Multum interest an iuret mulier de iure obligationis dotalis an de facto constitutionis: dotis enim obligatio iuris est, dotis autem constitutio facti. At mulier quæ soluto matrimonio iurat decem sibi dotis nomine deberi, iurat de obligationis iure non de facto, debiti enim nomine nihil nisi obligationem intelligimus quæ sit vel naturalis vel honoraria vel ciuile *l. 1. §. debitum infra. De pecun. constit.* Constitutionem verò dotis cum dicimus, nihil nisi factum ipsum constituentis significamus: Proinde cum mulier iurauit decem sibi deberi dotis nomine, decem ei omnimodo præstanda sunt, id est etiam si minus sit in facultatibus mariti quam ut solida decem solue- re possit, tamen si habeat privilegium ut non supra quam facere possit conueniatur *l. maritum 11. & seq. infra. solut. matrim. l. sunt qui 16. & seq. infra. De re iudic.* Verbum enim deberi in iureiurando mulieris um effectu accipiendum est, ut ait Accursius ex *l. 1. Quot quisque iur. penult. §. penult. supra. Ne quis eum in ius vocab.* Non acciperetur autem cum effectu si debiti probationem quæ per iurandum inducitur, solutio integra non sequeretur. Tamen si nihil vetet plus deberi & minus exigi, si causa iuris b effectu suo discernatur. Nam rursus quoque cum iuratus non nisi in quantum facere potest, conue-

nitur id est in partem dotis debitæ restituendæ, non eo minus tamen verum est eum debere solidum, quomodo & is solidum debet qui bonis cessit, si ex iis solidum conse qui creditor non potuerit *§. vlt. Instit. De replicat.* Ex quo intelligimus quam verum sit quod docuimus ad initium huius legis, per iurandum non solum fieri nouationem prioris actionis ita ut perimatur illa ipso iure, sed etiam ita fieri, ut actio ex iureiurando non induat nec representet naturam precedentis illius actionis quam petimit, alioqui non periret marito, contra quem iurauit mulier, privilegium quod haberet si actione de dote conueniretur. Et quamuis iurandum non minus iudicij, quam stipulationis instar habere dicatur *l. qui iurasse 26. §. vltim. supra. hoc tit.* nouatio tamen quæ per iurandum contingit, magis ei similis est quæ sit per stipulationem, quam et quæ per iudicium & litis contestationem; illa enim privilegium mariti non adimeret, quod adimit ei iurandum mulieris *l. aliam 29. infra. De nouat.* nempe quia fit ex voluntate, non ut illa ex iuris necessitate, mulier igitur quæ actura de dote iurauit decem sibi deberi, decem habere & consequi omnimodo debet, nec per mariti privilegium impediri potest, quominus solida decem consequatur: deberi siquidem cum effectu id demum intelligitur quod exigi potest, non cuius petitio per exceptionem aliquam summoueri possit *l. debitor 108. De verbor. significat. l. non videtur 13. l. Marcellus 66. l. nihil interest 112. De regul. iur.* Nec ideo magis iustam querelæ occasionem maritus habet, cum sibi imputare debeat qui iurandum ei tale vltro detulit. At cum mulier iurauit se decem dedisse & constituisse in dotem, non potest iurandum illud tollere privilegium mariti, ut supra quam facere possit, ad solida decem conueniatur, quia quod decem constituta & data sint, facere non potest, ut omnimodo reddere maritus debeat decem si facere minus possit, quia nihil de actionis & exactiois iure iuratum esse intelligitur, sed tantum de ipsa constitutione, quæ tota in facto consistit. Cum ergo nihil per iurandum

videri possit probatum nisi quod iuratum est, nec proinde alia exceptiones exclusat, quam quæ alioqui cum eo quod iuratum est pugnarent; apparet non prohiberi iuratum, qui ex eo mulieris iurando conuenitur, ne possit exceptionem illam opponere ut supra quam facere possit non exigatur, sed tantum, ne possit dicere, non tota decem data in dote fuisse: impugnaret enim eo modo iurandum, quod non aequè impugnat, cum excipit, non ideo decem tota exigi posse. Manet enim veritas facti integra, de qua iuratum est, & exceptio hæc non factum respicit, de quo iuratum est, sed execu-

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

Ad §. 3. In popularibus.

RAT. DVV. Iurandum inter alios delatum & præstitum, alij quam deferenti nec prodesse debet nec obesse. *l. quia non debet 10. supr. hoc tit.* Atqui alia persona est eius qui nunc populi ius tuetur populari actione proposita [illa enim demum popularis actio dicitur, ut nomen ipsum indicat, quæ populi ius tuetur. *l. i. infr. De popul. act.*] Alia verò persona illius, qui prior egit populari actione & iurandum detulit. Ergo quamuis prior ille detulerit bona fide, id est citra collusionem, & ex ea delatione iuratum sit, non tamen debet iurandum alij nocere eandem actionem proponenti: nisi nouum factum sit, ex quo noua actio nascatur, quemadmodum solemus in furto dicere, nouum furtum esse si noua fiat contrectatio, ut in *l. ei qui 9. infr. De furt. iunct. l. si quis uxori 51. §. si quis iurauerit 27. eod.* DE C. Actio popularis populi est, non eius qui eam proponit, idcircoque nec ad heredem transeunt populares actiones, nec locupletior esse intelligitur qui eam habet & exercet. *l. pen. §. 1. & l. vltim. De popul. act.* quia non tam ad rem familiarem actoris quam ad publicam vltionem pertinent. *l. 6. in fin. De sepulchr. violat.* nisi ex tempore litis contestatæ, si ad eum res pertineat & eius interit proprio nomine [nam & hicalis præferendus est. *l. 3. §. si is cuius eod. tit. l. 3. §. 1. l. mulier 6. De popul. act.*] Sic enim accipi debet quod scriptum est in *l. ut si cui 12. De verbor. significat.* Ergo sicuti vnus populus est. *l. proponebatur 76. supr. De iudic.* ita & vna actio, quæ proinde tunc cum exercetur consumitur, ut cæteræ actiones omnes, nisi collusum probetur, ut Paulus hic subiicit. Quoties enim collusio & præuicatio prioris agentis probatur, nullius momenti esse potest, quod ab eo gestum est. *leg. tertia, paragrapho si tamen posteaquam infr. De homin. liber. exhib. l. Praes duodecim. Codic. de transaction. l. si suspecta vicesim. non. supr. De inofficiso testamento leg. si perusorio decim. quart. infr. De appellat. l. ex contractu quadragesim. quart. infr. De re iudic. l. si seruus 50. paragraph. primo. De legat. 1. Excipiunt tamen actio illa popularis, quæ à Prætoribus proponitur, de libero homine exhibendo. Ex qua si reus condemnatus æstimationem soluerit, adhuc conueniri potest non solum ab alio, sed quod*

tionem iuris de quo nihil iuratum fuit, ita fit ut vtroque in casu huius §. iurandum pro veritate habeatur, siue de iure siue de facto iuratum sit, sed quatenus iuratum est, & ita ut cum de facto duntaxat iuratum est, causa iuris maneat integra & illibata ut & in specie *l. sed si possessori 11. §. item si iurauero supr. & in specie §. vlt. infr.* Non etiam cum de iure iuratum est. Potior enim causa est iurandi quam iuris si de iure iuratum sit, & quàm facti si de facto: sed non potior quam iuris cum de solo facto iuratum est.

magis est, ab eodem actore, & quidem sine vlla exceptione siue doli siue rei iudicatæ. *dict. paragrapho, si tamen posteaquam vers. si tamen reus.* Siue favore libertatis ita placuit, ut putat Accursius, siue potius ut vult Bartolus, quod interdictum illud comparatum sit ad alterius quam ad ipsius agentis commodum: Quo casu generaliter docet idem Bartolus neque iurandum vnus, neque pactum, neque sententiam pro vno latam nocere alteri. *dict. versicul. Si tamen reus,* quod in cæteris casibus secus est. *leg. tertia, De popular. action. leg. non cogendum quadragesim. quint. paragraph. qui us supr. De procurat.* scilicet quantum ad sententiam & rem iudicatam pertinet, itemque quantum ad iurandum, de quo in hoc paragrapho agitur, & quod æquiparatur rei iudicatæ. *leg. prima & secunda supr.* Nam in pacto & transactione certum est aliud iuris esse, neque pactum aut transactionem de populari causa valere propter admixtam populæ & reipublicæ causam, tantum abest ut pactum vel transactio vnus nocere possit alteri. *leg. iuris gentium septim. paragraph. si paciscar ne operis leg. si vnus vigesim. septim. paragraph. pacta que turpem versicul. & in summa supr. De pact. leg. qui cætu quinta, paragraph. vltim. ad leg. Iul. de vi public. leg. ingenui octaua Codic. de ingen. manum.* Nec mirum est plus posse rem iudicatam & iurandum quam pactum vel transactionem, cum ex necessitate litigandum sit & consequenter iudicandum, ut actionis popularis effectus aliquis esse possit quæ alioqui maneret inanis & inutilis: paciscendum autem vel transigendum non sit necessarium. Cur ergo inquires, rei iudicatæ potius quam transactioni aut pacto iurandum hac parte comparamus, cum iurandum siue conuentionale siue iudiciale, sit voluntarium, nec nisi ex deferentis iurantisque voluntate proficiatur? Præsertim cum transactio quoque pertinet ad iurandum vim habeat rei iudicatæ. *l. non minorem 20. C. de transact. & iurandum ipsum instar transactionis l. secunda supr.* Respondeo iurandum hac parte ut & in aliis plerisque maioris esse potestatis, quam transactionem. Quia transactio nihil nisi pactum est; pacta autem non alia Prætor adprobat, quam quæ fiunt de re priuata & fami-

familiari, non quæ de re publica. *d. §. si paciscar.* Sententiam autem ferri necesse est etiam de re publica, alioqui frustra actiones in eam re propositæ essent & interdicta. Maiorem autem ad finitatem habet iurandum cum re iudicata, quam cum transactione, & quàm ipsa transactio, quia præstito iureiurando sequitur statim sententia. *l. iurandum & ad pecunias 34. §. vlt. infr. hoc tit.* non etiam interveniente transactione. Et præterea quamuis iurandum etiã iudiciale proficiatur ex voluntate deferentis, vix tamè est ut deferatur vnquam, nisi ex necessitate & ab eo qui alias probationes desperet, ut in *l. tutor pupilli 35. infr. hoc tit. l. si quis iurandum 11. C. eod.* Quotus enim quisque est, qui nisi coactus & iniustus aduersarium suum testem in propria causa & iudicem constituturè velit? quod ipsum tamen fit per delationem iurandi. *l. i. infr. quar. rer. act. non det.* Defertur ergo iurandum ad evitandam duntaxat condemnationem, si iurare aduersarius nolet, aut ad eam differendam si cunctabitur, cum nulla alia vincendi spes & ratio superfit deferenti, nec aliàs delaturo. Suscipitur autem plerumque etiam ab iniusto, & quem Prætor cogat aut iurare aut referre, qui alioquin nec iurare nec referre mollet. *d. l. iurandum & ad pecunias 34. §. ait Prætor & seq. l. manifeste 18. infr.* Merito igitur Paulus hic scribit, in popularibus actionibus iurandum exactum etiam aduersus alios prodesse, qui non delatuerunt, nec aliud requiri nisi ut bona fide exactum sit, non per collusionem. Nam & si quis egerit, inquit, dum ne per collusionem, consumit publicam actionem perinde ac priuatam: iurandum autem non tantum rei iudicatæ vim habet, sed etiam contestationis ad obsequium iudicij in quo exercetur actio. *qui iurasse 26. §. vlt. sup. & d. l. tutor pupilli §. 1. infr.* Sic enim ratio hæc Pauli supplenda & adiuuanda est, ne quis iam mitetur iurandum hac in re magis rei iudicatæ quam transactioni pactiove æquiparari. Ideo autem requirit Paulus, ut iurandum bona fide sit exactum, non quia bene fiat quicquid sit bona fide. *l. qui hominem 3. §. si nullo & seq. infr. De furt.* sed quia nunquam bene fit quod fit ex non bona fide, ut malè putat Accursius. Quid tamen si in populari actione deferente actore iuratum sit de ea re quæ etiamnum duret? Ut in exemplo quod proponit Accursius, si quis ad pensum & suspensum aliquid habuerit contra secundam partem edicti Prætoris. *de his qui deiec. vel effud. eod. quæ nomine vnus de populo actionem ex illo edicto proposuerit quæ popularis est l. 5. §. Prætor ait ne quis & §. vlt. sup. De his qui deiec. vel effud.* An si ex ea causa iurandum exactum vel iudicatum sit, nocebit ea res cæteris, eadè actione postmodum agere volentibus? Dubitationem facit, quod eadem ad pensio est & vna eademque continuata positio, non ergo illius nomine sæpius agi potest nec ab vno eodemque actore, nec à pluribus. Ne sæpius de eiusdem hominis admisso queratur. *l. pen. §. vlt. supr. Nau. caupon. stabul.* Atque ita Accursius concludit. Sed Bartolus contra putat, quia hæc actio popularis oritur ex facto habente causam manentem & perseverantem in futurum. Idque magis probo, quam quædam ad pensum monet potest decidere, atque ita nocere, quamuis nondum nocuerit, quod sufficit ut illi actio locus esse possit ex verbis edicti & ex mente Prætoris, cui non potest videri satisfactum quando suspensum manet. *d. §. Prætor ait. & seq.* Quando autem edicto satisfactum non est & edicti ratio durat, tam diu actionem quoque ex edicto competere, & exercere posse fatendum est. Ad quod etiam respexit fortasse Vlpianus in *dict. l. 4. §. si tamen posteaquam vers. Si tamen reus,* quia non vult pati Prætor, ut liber homo à quoquâ detineatur, nec si condemnatus iam reus præstiterit æstimationem, non quasi quod cõtinuè sit quotidie fieri videatur in iis, quæ animam exigunt, & perseverationem voluntatis ut nimis generaliter tradit Bartolus ex *l. 1. §. interdum supr. De vusu. ad cresc.* qui locus non nisi de usufructu in quo speciale illud est, ut & alia non pauca, sed quia tam diu durat prohibitio Prætoris & actio eo nomine proposita, quam diu factum durat quod prohibitum est & ratio prohibitionis, quomodo hic durat quando ad pensum nocere potest. Vnde etiam fit ut sola rei futuræ detentione ac retentione per suam f. et non multiplicetur furtum, nisi noua fiat contrectatio. *l. ei qui 9. & d. l. si quis uxori 51. §. si quis iurauerit infr. De furt.* Quia furtum semel factum ab eodem fieri amplius non prohibetur, nisi nouum & aliud furtum fiat ex alia contrectatione. *l. inficiando 67. §. infans eod. tit.* Multiplicatur tamen mora furis, ita ut vnoquoque instanti noua moram facere videatur. *l. in re furtiua 8. in fin. l. vlt. infr. De condic. furt.* Quia scilicet vnoquoque instanti lex & conscientia furem interpellat, ut rem furtiuam restituat. Illud sanè constat, si post iurandum præstitum aliquid noui superuenierit, non nocere exceptionem iurandi, ne quidem illi ipsi qui iurauit, multo minus aliis quasi de alia re fuerit iuratum. *l. qui iurasse 26. §. si pater iurauerit supr. hoc tit. l. quoties 21. §. vlt. supr. De noxal. act.* sicuti nec rei iudicatæ exceptio eo casu noceret. *l. si rem meam 10. & seq. infr. De except. rei iudic.*

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

Ad §. 4. Si libertus.

RAT. DVV. Quemadmodum nemo potest libertus esse, & libertinæ conditionis, nisi qui ex iusta eruitate manumissus est, ita neq; ingenuus, nisi qui b initio liber natus nec vnquam seruus fuit. *l. & ruorum 5. §. ingenui l. liberti 6. supr. De stat. homin.* Atquin is qui iurauit se libertum non esse, fieri potest Tom. III.

ut seruus aliquando fuerit, & ex iusta seruitute manumissus. Non ergo debet hoc iurandum prodesse liberto, ut nec operas ab eo viuo nec bonorum possessionem contra tabulas iustus defuncti petere patronus possit. Nam & operæ debentur naturaliter patrono. *l. si non sortem 26. §. libertus infr. De condic. indeb.* & Prætor vocat patronum ad bonorum possessionem contra tabulas liberti,

certis casibus, itémque ad successionem intestati, si nullos liberos heredes libertus reliquerit, in præmium manumissionis dataque libertatis, *Tot. iur. de bon. libert.* & apud Iustinianum *Tit. de success. libert.* Indécque est quod etiá iurauerit, me patronum esse, non tamen ero patronus quantum ad bonorum possessionem, & ad successionem, siue ex testamento, siue ab intestato, quia iusiurandum non facit patronum, ut nec manumissorem, inquit Vlpianus in *l. si iurauero 14. infr. de iur. patron.* quamuis aliud sit, si pronunciatum sit me patronum esse, quia tunc sententiæ standum erit, ut ibidem Vlpianus subiicit. Cur ergo magis faciet iusiurandum ex liberto ingenuum? Præsertim cum dici soleat correlatiuorum eandem rationem esse debere *vulg. l. 1. C. de cupress. lib. 12. Tit. vlt.* De c. iusiurandum pro veritate habetur non minus quam sententiæ, quoties de facto iuratur, aut etiá de iure quod facti causam permixtam habeat *§. si mulier supr. hac lege l. sed si possessori 11. §. item si iurauero, & §. vlt. l. in duobus 28. in fi. supr.* At qui cum libertus deferente patrono iurat se libertum non esse, hoc ipso negat se manumissum aut quicquam aliud passum esse, per quod patronum habere & nasci liber homo solet, ex iis scilicet quæ enumerantur in *l. adoptiuum 8. §. si patronum supr. de in ius vocand.* Iurat igitur de facto, non de iure, ac proinde pro veritate iusiurandum hoc haberi debet, ut qui sic iurauit se libertum non esse nulla penitus in re pro liberto haberi possit, nec quantum ad operas nec quantum ad bonorum possessionem contra tabulas, nec quod ad successionem intestati, nec denique quantum ad hoc, ut eum qui se patronum dicebat in ius vocare sine Prætoris venia non possit, non magis quam si iurasset se ingenuum esse. Nam & quilibet libertus non est, cum sit liber, is ut ingenuus sit, necesse est, cum in contradictoriis, quicquid de vno negatur, necessariò de alio affirmetur. Et si verò iusiurandum non magis potest quem facere ingenuum quam patronum, non indiget tamè is, qui iurauit, auxilio iurisiurandi, ut fiat ingenuus, cum natura sufficiat, quæ omnes ingenuos facit, si nullum seruitutis præteritæ obstaculum, & impedimentum intercedat: quod dissimile est in patrono, qualis nemo est à natura sed ab aliquo facto manumissionis aut alio huiusmodi, per quod libertas possit contingere. Est namque ingenuitas qualitas naturalis, seruitus verò qualitas accidentalis & contra naturam, & consequenter ingenuum esse naturale est, libertinum verò accidentale. Porro omnia ingenuitatis obstacula ille amouet vno verbo, qui negatiuè iurat se libertum non esse. Hoc ipso enim negat se seruum vnquam fuisse, negat igitur se manumissum: at is qui affirmatiuè iurat se patronum, de mero suo iure iurat, non de facto aliquo per quod patronus fieri poterit. Ideoque si iusiurandum hoc pro veritate haberetur, consequens esset dicere, fieri eum solo iure iurando patronum quod esset absurdum: ius enim patronatus non nisi certis & legitimis modis acquiritur, inter quos iusiurandum non est, si non iuratum sit super facto ipso, ex quo ius patronatus acquiri poterit, puta si is qui patronum se dicit iurauerit liberto deferente se manumississe. Hoc enim casu non dubito quin exinde pro vero patrono haberi debeat in omnibus & per omnia tanquam manumissor, neque patronum eum faciet iusiurandum solum sed manumissor de qua iuratum est, cum iusiurandum hoc pro veritate habeatur

quia de facto iuratum est, & quidem tali, ex quo ius patronatus omnimodo nascitur, exclusa iam ingenuitate, quæ cum manumissione stare non potest. Multum ergo refert an quis iuret se patronum, an verò se manumissorem: prius iusiurandum nihil prodest, sed postius prodest ad iura omnia patronatus acquirèda, quia patroni nomen iuris est, manumissionis facti. At nihil refert an is, qui libertinus dicitur, iuret se libertum non esse, an verò se manumissum non esse. Nullo enim alio modo vel medio concludendi indiget ut se ingenuum probet, quam sola negatione seruitutis, & libertinitatis. Et hæc meo iudicio vnica veraque diuersitatis ratio est inter iusiurandum patroni & liberti, ut is qui se patronum iurauerit, iusiurandum eius pro veritate ac plena probatione non habeatur, iusiurandum verò liberti iurantis se libertum non esse pro veritate habendum sit. Hoc verò neque Accursius, neque Bartolus, neque alij intellexerunt, qui non distinguunt an patronus iurauerit se patronum an manumissorem, ut in specie *d. l. si iurauero*. Voluntque patronum etiam qui simpliciter iurauerit se patronum esse, pro patrono habendum esse, etiam quantum ad operas quòd nihil de iis dictum sit in *d. l. si iurauero*. Itémque quod est absurdum quantum ad successionem intestati, cum tamen lex generaliter dicat quantum ad successionem, patronum non esse ut successionem vtramque testati & intestati comprehendat. Et quamuis lex illa de operis nihil dicat, legis tamen ratio generalis est, quia iusiurandum non facit patronum. Adeò, ut nec pro patrono habendus sit, si ex lege Julia velit prohibere, ne inuito eo alij nubat mulier, cuius ille se patronum esse iurauerit *l. in eo iure 45. §. 1. infr. de rit. nupt.* Nec minus errant in eo, quod volunt hunc tanquam patronum in ius vocari sine venia non posse, ex *d. l. adoptiuum 8. §. patronum supr. de in ius vocand.* Non enim tractat ibi Vlpianus de eo, qui iurauerit se patronum esse, sed de illo, qui aduersarium suum iurauit libertum suum esse, cuius iurisiurandi longè alia ratio est: qui enim iurat alium libertum suum esse, magis ei comparandus est, qui iurat se manumissorem esse, quem diximus hoc iure iurando verè patronum fieri, quam ei qui iurat se patronum: cum libertus nemo esse possit, nisi qui & seruus fuerit, & manumissus. Non potest autem fieri, ut tu libertus meus sis, quin per consequentiam necessariam verum etiam sit me patronum tuum esse, quemadmodum qui iurat aduersarium seruum suum esse, hoc ipso probat se dominum. Quid autem refert, an quis seruum suum esse contendat, an libertum, *l. circa 14. de probat.* Nec aliud medium concludendi, ut loquantur, aptius esse potest, ut probem me patronum tuum esse, quam si probem te meum esse libertum, quomodo si præiudicio pronunciatum esset, te meum libertum esse, hoc ipso fierem patronus tuus, *d. l. adoptiuum §. patronum*. Hoc ipsum autem quòd libertus meus sis, probò per iusiurandum meum te deferente præstitum, quod pro veritate haberi debet: at is qui iurat simpliciter se patronum esse, si hoc ipso patronus fieret, utique fieret immediatè per iusiurandum, quod tamen fieri, ut diximus, nullo modo potest. Et aliquo præiudicio opus est, ex quo appareat te libertum meum esse, siue per iusiurandum id fiat, siue cognitione prætoris *d. §. patronum*. Planè si cum famosa aut turpi aliqua actione vel exceptione contra me vtereris, quæ liberto contra patronum dari non debeat *l. 2. §. 6. & 7. infr. de obseq. parent. &*

rent. & patron. præst. ego ad te summouendum dixerim me patronum tuum, tu verò rogaueris, & deferente te iurauerim simpliciter me patronum tuum esse, vix est, ut in ea causa in qua iuratum est, non debeam haberi pro patrono, ut iusiurandum meum profiti mihi, & hac parte pro veritate habeatur: neque id negat Vlpianus in *d. l. si iurauero*, sed ita esse innuit potius, cum ait, me quantum ad successionem patronum non esse: non quasi velit me in cæteris omnibus iura patronatus nancisci, ut malè putat Accursius, sed potius ut hoc veluti exemplo probet, non esse trahendum hoc iusiurandum ad consequentias, neque ad iura patronatus, sed restringendum ad eam causam, in qua iuratum est, ut constat ex *d. l. in eo §. 1. de rit. nupt.* ut extra illam causam nullà in re pro patrono habeatur is, qui iurauit se patronum esse, ne quidem ad hoc, ut sine Prætoris venia vocari in ius non possit, nisi ponas, cum libertus patronum sine venia in ius vocasset, patronum in eà ipsa causa iurasse se patronum esse. Hoc enim casu admittam similiter, quantum ad illam causam iusiurandum pro veritate habendum esse, non quantum ad cætera, quia tale iusiurandum facere illum patronum non potuit. Malè igitur idem Accursius & post eum, vir doctissimus ad hunc locum rationem huius legis sumit ex fauore ingenuitatis, quasi facere debeat, ut iusiurandum liberti latius & ad omnia porrigatur. Malè item Bartolus, ad id quod non possit libertus testandi facultatem liberam sibi ripere, & ingenuitatis suæ iura remittere, quomodo patronus iusiurandum deferens, liberto possit iura patronatus sua omnia alienare *l. 3. C. de bon. liber.* Nam si poneres patronum iurasse, se manumissorem aut te libertum eius esse, tam validum & potens esset iusiurandum hoc patroni ad omnia patrias iura ei acquirèda, quam validum & potens est, in specie huius §. iusiurandum liberti negantis se libertum esse, ad omnia patroni iura excludèda, cum nihil intersit, an præiudicio libertus quis pronuncietur per sententiæ, an per iusiurandum patroni *d. §. patronum*. Et quemadmodum quod scriptum est in hoc §. si libertus deferente patrono iurauerit se libertum non esse, ita ratum habendum esse iusiurandum, ut neque operarum petitio, neque bonorum possessio, contra tabulas patrono dari debeat, non facit ut eo magis dicendum sit, patronum hunc posse nihilominus ab intestato succedere, & priuilegium retinere, ne sine venia in ius vo-

cari possit, aut famosa turpitudine aliqua actione conueniri: quandoquidem is, qui iurauit se libertum non esse, nullam talem reuerentiam ei debet, qui se patronum contendebat: ita & quod Vlpianus ait in *d. l. si iurauero*, cum qui iurauit se patronum esse, non idcirco tamen quantum ad successionem patronum esse, non sic accipiendum est, quasi in cæteris omnibus extra causam successionis pro patrono haberi debeat, sed ita potius, ut in nullo, extra causam & controuersiam illam, in qua iuratum fuerit *d. l. in eo iure 45. §. 1. de rit. nupt.* Aliud esset in eo, qui se patronum iurasset non simpliciter, sed adiecta causa, quòd aduersarium manumississet. Hic enim nil distaret ab eo, qui se manumissorem iurasset, quem diximus omnia patronatus iura nancisci. Causa enim iurisiurandi semper ac potissimum spectanda est *l. in duobus 28. §. si ei qui supr. hoc tit. l. nam posteaquam 9. §. si damnatur vbi diximus eod.* Quid ergo si contra eum cui libertus assignatus fuerit, iurauerit libertus se libertum non esse, deinde mortui patroni frater ad quem redire libertus debuit ut in §. 1. *instit. de assignat. libertor.* contendat eum libertum suum esse, an nocebit ei iusiurandum, quod contra defunctum fuit præstitum? Hanc enim quæstionem proponit Accursius, & benè respondet nocere non debere, quoniam alia causa est, cum sit alia persona patroni, quamuis eadem sit persona liberti, nec habet frater posterior ius à fratre, cui priori assignatus fuerat libertus, sed à testatore, qui assignauit antequam iuraretur *d. l. nam posteaquam 9. §. vlt. & l. seq. supr. l. si mater 11. §. eandem l. iudicat e 29. in fi. infr. de except. rei iudic.* Nec simile est, quod qui in seruitutem libertum paternum petit, nec liberorum nomine bonorum possessionem accipere potest *l. qui in seruitutem 9. infr. de bon. liber.* Id enim sit non quia, ut putat Bartolus, delictum non debeat manere impunitum [an non enim satis puniuntur, qui proprio nomine arcentur à bonorum possessione liberti paterni?] sed quia contra proprium factum venit, is qui libertus hodie vult suum dicere, quem antea seruum suum dixit, ideoque audiendus non est, licet veniat ex aliorum persona, cum veniat ad suum commodum *l. si non sortem 26. §. si filius familias infr. de condic. indeb.* Cum futurum sit ut bonorum possessio quam hic acciperet liberorum nomine, non tam liberis, quam ipsi accipienti esset profutura *l. 1. C. qui admitt. ad bonor. possess. post. l. 1. si quis à parent. manus. sit l. placet 79. de acquir. hered.*

§ Si iurauero vsumfructum mihi dari oportere: non aliter dari debet, uam si caueam boni viri arbitrato me vsum, & finito vsumfructu restitutum.

Ad §. vlt. Si iurauero:

RAT. DVX. Is demum vsumfructus finiri potest, postquam finitus fuit restitui, qui antea per tractionem constitutus fuit vtiliter, vel testamento, l. stipulatione, aut pactone, aut legato, aut aliis modis legitimis, si qui sunt inter quos constat non esse iusiurandum *l. 3. supr. de vsumfr.* Quomodo enim esset vsumfructus finem accipere, qui nec in iuramento fuit: *l. Titio vsumfructus 96. infr. de condic. & de vsumfr.* Atqui ponimus vsumfructum, quem actor ait dari sibi oportere, non probari constitutumque testamento, neque stipulatione, neque pa-

trone, neque alio vilo legitimo modo; adeoque hæc tuitio prætoris, ut loquitur Vlpianus in *l. 1. infr. quib. mod. vsumfr. amitt.* Et quemadmodum diximus ad §. precedentem, iusiurandum non posse facere patronum ex *l. si iurauero 14. infr. de iur. patron.* ita nec potest facere vsumfructuarium. Multo minus igitur poterit iusiurandum onerare eum, qui iurauit vsumfructum sibi dari oportere, ut caueat se boni viri arbitrato vsum, finito que vsumfructu eum arbitrio boni viri restitutum, est enim hoc onus vsumfructus non iurisiurandi: præsertim cum iusiurandum habeat vim notificationis *l. qui iurasse 26. §. vlt. supr.* ac proinde nouet actionem de vsumfructu, quæ onus hoc duplicis cautionis vsumfructuario irrogabat.

l. 1. & toto tit. supr. V. nisi quemadm. caueat. DEC. Iusiurandum pro veritate habetur tanquam probatio, vt loquuntur, probata *l. sed si possessori v. §. item si iur. a. uero & §. vlt. supr.* Ergo quamuis iusiurandum non faciat fructuarium, perinde tamen habendus est, is qui iurauit vsum fructum sibi dari oportere, non quidem ac si iam esset fructuarium [nemo enim talis est, nisi cui vel constitutus, & traditus fuit vsum fructus iplo iure vel tutione pratoria *l. 1. 3. & pass. supr. si vsum fr. peret.*] sed ac si probasset vsum fructum sibi deberi ex causa aliqua, vel civili, vel honoraria, ex qua proinde constituendus ei sit & tradendus. Atquin si esset debitus vsum fructus siue ex testamento, siue ex stipulatione, aut ex qua alia causa, non aliter cogeretur eum tradere is qui deberet, quam si actor duplicem illam cautionem offerret, quæ ex edicto illo Prætoris fructuario cuiuslibet iniungitur. Idem ergo iuris esse debet in eo, qui sibi vsum fructum dari oportere iurauit. Quæ enim fronte possit contendere, meliorem condicionem suam esse debere, ob id solum, quod non aliam debiti vsum fructus probationem habeat, quam propriam iusiurandum? An non potius æquum esset deterioris

condicionis si daretur occasio, esse idcirco debere, quod abundè sufficere ei debeat, exoneratum se onere probandi quo non fuisse exoneratus, si hanc partem edicti actor omisisset: vt in principio huius legis, ex quo intelligimus tantò magis verum esse quod nos ibi docuimus & ad *l. nam posteaquam 9. §. si damnatur supr. hoc tit.* actionem in factum quæ ex iureiurando nascitur, adeòque iusiurandum ipsum sic habere vim nouandi *d. l. qui iurasse §. vlt. vt non tantum veterem actionem perimat, quod nouationi cuiuslibet commune est l. 1. de nouat.* sed etiam eius qualitates omnes induat, quomodo alia quælibet actio in locum alterius subrogata *l. si quis eum 10. §. qui iniuriarum supr. si quis caution.* non quidem accidentales, qualis illa est in actione legis Aquiliæ, vt possit per inficiationem in duplum crescere, sed primordiales, vt nostri loquuntur, qualis hæc est in actione de vsum fructu, vt is cui vsum fructus debetur caueat se arbitrio boni viri & fructuarium & restitutorum *dist. Tit. vsum fr. quem caueat.* Item in famosa actione vt infamiam irroget condemnato *d. §. si damnatur.*

31. GAIVS libro 30. ad Edictum Prouinciale.

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

Ad l. Admonendi 31.

RAT. DVBS. Iusiurandum habet vim transactionis & rei iudicatæ *l. 1. & 2. supr. hoc tit.* Atqui neque transactio rescindi potest prætextu instrumentorum postea repertorum *l. sub prætextu instrumenti 19. C. de transact. neque sententia l. sub specie 4. C. de re iudic. l. Imperatores 35. inf. eod. ill. tit. vbi vna tantum exceptio additur, nisi in publica causa id permissum sit.* Ergo multo minùs permittendum est, vt post sententiam exacto iureiurando redditam agere causam ex integro liceat, prætextu nouorum instrumentorum, præsertim cum duo vincula soleant & debeant esse fortiora *l. pen. C. de adopt. l. 1. C. de pact. DEC.* Longè alia ratio est iusiurandi, quod ex voluntate partium defertur, & præstatur, siue in iudicio, siue extra iudicium, de quo iureiurando hucusque diximus, alia verò eius de quo agitur in hac lege, id est, quod in dubiis causis & in magno conflictu probationum exigitur à iudice, vt secundum animi sui sententiam pro eo iudicet qui iurauerit. Prioris generis iusiurandum & transactionis & rei iudicatæ vim obtinet, adeòque nec prætextu nouorum instrumentorum retractari potest, quamuis ille contra quem iuratum est protestetur, iis solis se vsurum, vt scriptum est in fine huius legis: excepto tamen casu nouæ constitutionis Iustinianæ *in l. vlt. C. hoc tit. l. 1. & 2. eod. tit.* Posterioris verò generis iusiurandum retractari facilius potest, tanquam minus favorabile, quod non fuerit ab aduersario de-

latum, sed à iudice ex officio exactum, qui cum adeò dubiam causam esse videret, vt non facile posset statuere, in vtram partem propendere deberet, & an pro actore an pro reo iudicare, non aliam tollendi & expediendi dubij rationem commodiorem inuenire potuit, quam si iusiurandum deferret, & quidem ei ex litigatoribus pro quo maior suspicio virgeret vel præsumptio, potissimum autem reo qui etiam omnibus cæteris paribus vincere deberet, absolutique, eo scilicet iure, quo favorabiliores sunt rei quàm actores *l. favorabiliores 125. de regul. iur.* Nec ideo tamen existimandum est, superuacuum esse hoc onus iurandi, cum moueat iudicem, vt pro eo pronunciare cogatur qui iurauerit, quique iureiurando suo causam certam fecerit, quæ alioqui erat dubia. Porro dubia esse non intelligitur, si alteruter litigantium, præsertim verò actor suam intentionem non satis plenè probauit, sed tantum semiplenè, vt puta per scripturam priuatam, aut per comparisonem literarum aut per vnum testem, aut per famam, de quibus omnibus latè frustra que nostri post Accursium & Bartolum disputant, ad hanc legem debet ille succumbere, ac si omnino nihil probasset cum non alius possit vnquam vincere, quàm qui suam intentionem impleuerit *l. vlt. C. de rei vindicat. l. 4. C. de edend. id est, plenè probauerit, siue actor ille sit qui actionem suam fundare debuit, siue reus qui suam exceptionem.* Nam & reus in sua exceptione actor est *l. in exceptionibus 19. infr. de probat.* Et verò faceret reo iniuriam iudex si actore in suis probationibus deficiente iusiurandum etiam ipsi

ipsi reo deferret, cum vincete hoc casu reus debeat, etiam si nihil præstiterit, vt diserte scriptum est in *d. l. 4. C. de edend.* Quantò magis si in ea causa iusiurandum deferat actori, vt inuito reo litis decisionem perituro committat actoris, quem repellere omnimodo deberet, non testem illum & iudicem in propria causa constituere contra *l. nullus 10. inf. & l. omnibus 10. Cod. de testib.* Nec rursus vnum testem quantumuis integrum habere pro semiplena probatione, cum dici soleat & verissimum sit, extra quosdam singulares casus vocem vnus etiam fenatoris vocem esse nullius *l. iurijurandi 9. §. 1. eod. tit.* Quod tamen non verè diceretur, si posset vnus testis prodesse ad obligandum iudicem vel inuitum, vt ei qui vnum testem haberet iusiurandum, deferre cogeretur, neque verò hæc iusiurandi exactio esset facta per iudicem, de qua tamen sola Caius hic loquitur, sed delatio: quæ longè diuersum quid est. Exigit enim iusiurandum iudex volens ab inuito in dubiis causis, non autem inuito à volente, multo minùs à requirente, cum non possit, non esse suspectus, vel maxime qui non solum vltro se iureiurando offerat, vt testem se constituat in causa propria, quemadmodum & pro suspecto haberi solet, qui se pro alio testem vltro ingerit aut procuratorem *l. 1. inf. de testib. l. que omnia 25. sup. de procur.* At delatio fit à volente volenti, nec vnquam à solo iudice, sed ab aduersario primùm deferente, siue actor ille sit, siue reus. Dubiam igitur causam non aliam Caius hic intelligere potuit, quam in qua vterque litigatorum intentionem suam plenè probauerit, ita vt propter conflictum probationum non facile possit iudex, vt diximus, apud se constituere, quis vincere debeat: ita vt iurare ipse etiam liquidò possit, sibi non liquere. Quo tamen casu æquius est, vt iusiurandum exigere à reo debeat, vt pro eo postea iudicet, qui alioquin summo iure cæteris paribus etiam citra iusiurandum vincere & absolui deberet, quàm actori qui cæteris quoque paribus deberet succumbere: Ideòque bene Caius, si tamen hæc lex Triboniani non est, potius quàm Caij, eas constitutiones quæ contra ius commune quod antea obtinuerat, induxerunt, vt etiam post iusiurandum exactum, latamque pro eo, qui iurauit, sententiam permittatur ex integro causam agere, si quis noua se instrumenta dicat inuenisse, quibus nunc solis vsurus sit: tunc demum locum habere, cum à iudice absolutus quis fuerit, vt intelligamus, non temerè idem actori indulgendum esse, vt ex suo iureiurando debeat vincere, sed reo duntaxat, cum tamen eo iure, quo interpretes, & pragmatici nostri vtuntur, præcipuus vnus iusiurandi istius, quod suppletorium aut suppletium vocant, pro actore sit potius quàm pro eo, sicuti actor solus est, qui probatione onefatur non reus *d. l. 4. C. de edend. d. l. vlt. C. de rei vindic. l. actor 13. C. de probat. l. adseueratio 10. C. de non numer. pecun.* Et tum quoque cum reo, qui suam exceptionem minùs plenè probauerit, tale iusiurandum deferretur, non tamen quasi reo defertur, sed tanquam actori, quia reus, vt diximus, in sua exceptione, actor est *d. l. in exceptionibus §. 1. & ei semper incumbit onus robandi qui dicit non qui negat l. 2. eod. tit. de probat.* Vnde est quod Africanus scribit in *l. si prius uam 15. in fin. infra de oper. noui nunciat.* Actoris pars sustinere, aut actoris partibus fungi, nihil aliud est, quam probandi onere ac necessitate adstringi. ot est tamen interdum fieri, vt etiam circa intentionem ipsam actoris plenè ab eo probatam, con-

stictus talis sit probationum rei, vt maior tamen si non præsumptio, saltem suspicio sit pro actore, forte quia vel pluribus nitatur testibus, vel qui sint maioris fidei & existimationis, aut alia de causa minùs suspecti, quàm qui à reo producti sunt, nec tamen pro actore circa iusiurandum pronunciare iudex satis tuto possit, aut quod reus quoque alias pro se verisimilis suspitionis & præsumptionis causas habeat, aut quia solus rei fauor non minoris momenti & ponderis esse debeat, ad motiendum iudicem, vt pro reo pronunciet, quàm suspiciones illæ & præsumptiones quæ faciunt pro actore: nec tamen tantus possit esse fauor ille, vt non potius pro actore iurante iudicandum sit, forte quod eius persona sit honestissima & spectata fidei, persona verò rei vilis aut etiam turpis & infamis. Cur non hoc saltem casu & aliis, si qui sunt similes, permitamus iudici in causa dubia hæsitanti, vt iusiurandum actori deferat, potius quàm reo, vt postmodum pro actore contra reum pronunciet? Quandoquidem nullo quoque exacto iureiurando vincere tamen hoc casu actor deberet, qui intentionem suam non modò plenè sed etiam verisimilibus testimoniis aliisve argumētis comprobasset. Nulla certe hoc casu fit reo iniuria, fieret autem actori si solo rei fauore vinceretur, qui tamen grauioribus pro se ac probabilioribus haberet probationes. Alioqui nec si bonam causam actor haberet, vincere tamen vnquam posset, sed rei fauore semper vinceretur, saltem eo casu quò reus aliquas pro se adferret probationes, quamuis leuioribus, aut suspectioribus, quod certè esset iniquum. Fateor tamen posse hoc rarius contingere, & à communiter accidentibus dicendum potius esse, iusiurandum de quo in hac lege agitur, reo deferendum esse, non actori, vt si iuret absoluat. Eumque sensum esse horum verborum tunc videntur locum habere cum aliquis absolutus fuerit. Quæ verba conuincunt etiam manifestè interpretationem Dyni existimantis, intelligendam esse legem hanc de eo casu, quo iusiurandum à iudice exactum, nulladum subsecuta sit sententia: quomodo enim posset reus absolutus esse, nisi per sententiam: *l. 1. infra de re iudic. l. pen. infr. de confess.* Item illa præcedentia ex integro causam agere. Non enim de causa ex integro agenda tractandum esset, sed de lite prosequenda, si nihil dum iudicatum proponeretur, quod si reus fuerit condemnatus, eo nimirum casu, quo diximus, etiam actori posse hoc iusiurandum deferri, adeòque ab ipso inuito exigere, vt secundum eum pronuncietur. Nec enim quod actori licet, non debet etiam reo licere, vt habet vulgata iuris regula *l. non debet actori 41. de regul. iur.* Ergo ei qui in causa dubia succubuit ob iusiurandum aduersarij, à iudice exactum, siue actor, siue reus sit, permittendum est ex Constitutionibus, vt causam ex integro agat, sed hoc non passim; at vno illo casu, qui in hac lege ponitur, quò dicat noua se instrumenta inuenisse quibus solis nunc sit vsurus. Quo tamen etiam casu illa dubitandi ratio semper manet, quam initio attulimus, quod is qui iurauit, nunquam debeat condicio- nis esse deterioris, ob id solum quod iurauerit, & tantò melioris, quò postquam iuratum est, de peritio quari amplius non potest *dist. l. 1. Cod. hoc tit. nisi in casu l. vlt. eod. tit.* Atqui si iuratum non esset, nemo diceret sententiam retractari debere prætextu nouorum instrumentorum, etiam quibus solis se vsurum videtur diceret *dist. l. sub specie & d. l. Impera-*

zores. An forte ita placuit in odium peierantis? ut post Accursium Bartolus & alij omnes putant. At qui nullum peierantis odium esse potest, quin prius constet de periurio, de quo tamen, ut diximus, nequidem inquiri potest *dist. l. l. vltim. infra in proximo*. Nec enim quisquam odio dignus est ob id solum, quod iurauerit, maxime si mandante & iusurandum exigente ipso iudice id fecerit *l. non videntur data 167. §. 1. de regul. iur. sicut de contrario non potest dolo carere, qui iubenti iudici non obtemperavit l. non potest dolo 199. eod.* Sed & quamuis speciale esset, hoc casu ut de periurio queri posset, quod tamen ferendam non est, non tamen video qua ratione periurus probari possit ille, qui suam intentionem plenè probauit, si verum est, ut est, quod nos contendimus, non de alio iusurando Caium hinc tractare, quam quod per iudicem in causa dubia exactum sit ab eo qui plenè probauerit, sed cuius tamen probationes contrariis aduersarij probationibus, quamuis paullo leuioribus, debilitentur, & apud animum iudicis in dubium & suspicionem adducantur, praesertim cum is contra quem iuratum est, & iudicatum, non possit admitti ad causam ex integro agendam, quam cauetur nuda saltem repromissione, se nec prioribus vitium probationibus nec aliis instrumentis, quam quis se dicat noua inuenisse, nisi forte poneres probationes illius qui iurauit & vicit, & quas iudex pro plenis habuit, ex postfacto, id est, ex nouis instrumentis, quibus nunc solis victus vitur, falsas & falsò fabricatas apparere, quod etiam vix potest euenire, potest tamen, sed neque hoc sufficeret ad probandum, & ex periurio inducendum odium eius, qui iurasset, si non etiam dolo ipsius probaretur. Aliud enim est falsum iurare, aliud falsò, nec periurus ille est qui falsum iurat, sed qui falsò, id est scienter, ac dolo malo, ut diximus *ad l. qui iurasse 26. supr.* Referenda igitur potius est tota huius legis ratio ad id, quod in causa dubia, & ut pragmaticorum nostrorum verbo vtat, arbitraria, in qua liberum erat iudici animi sui arbitrium sequi, & in quam vellet partem pronunciare, non tanta fiat victori iniuria, quamuis ex integro causa agatur, quanta fieret, si iure suo, id est, ex mera iuris ratione, ac inuito ipso quoque iudice, quod non semel accidit, viceret, quoniam & ante sententiam succumbere potuisset, nec iniuste, si eam partem propensio & arbitrium iudicis elegeret. Quamquam enim non satis iuste factum quid dici potest, si iustius aliquid fieri potuerit *l. quoties 200. de regul. iur. l. bona fides 50. infra. de posit.* non tamen iuste factum possis negare, quod iniuste factum probare non possis. In arbitrariis autem probari nequit iniuste pronunciatum esse, quod iudex pro arbitrio suo pronunciauerit, dum ne quid per fontes aut per gratiam, aut per imprudentiam iurisque imperitiam color arbitrio questus probetur, quod hodie quam plurimi iudices faciunt, omnia ferè de quibus iudicant constituentes arbitraria, ut hoc colore, legibus & certissimè iuris rationi impudè illudant, ac in alienis litibus & patri moniis disperdendis, tuta, ut sibi videntur conscientia, grauentur: non ergo magnam querelam occasionem habet is, qui ex iusurando suo vicit, etiam post fundatam plenè intentionem suam, si aduersario permittatur causam ex integro agere, quam plenè quoque ex parte sua probationi-

bus iam instruxerat, & in qua vincere iuste poterat, saltem adhibito ex parte sua iusurando, si fauorabilem minusque scrupulosum iudicem habuisset: enimvero fatendum est in retrahenda ex integro causa, non aliter posse hunc vincere, quam si ex nouis instrumentis quibus nunc solis vtatur, clarissimas & certissimas sui iuris probationes adferat, cum sit difficilius, ut eum vincat, qui non tantum ex plenè suis probationibus, sed etiam ex iusurando suo antea vicerit: praesertim cum apud eundem iudicem causa tractanda sit, non apud alium qui suspensiones, praesumptiones, rationes denique nesciret fortasse quibus prior iudex permotus fuisset. Ex quo apparet iusurandum hoc, quod in dubiis causis per iudicem exigitur, nec decisuum aut decisorium hinc dici posse, cum non exigatur nisi ab eo, qui penas suae intentionis probationes adferat, ex quibus etiam citra iusurandum posset ac deberet vincere, nec proinde probationis supplementum, ut nostri vocant, cum plena probatio qualem hinc praecedere necesse est, nullo supplemento aut aduinculo indigeat, nec denique necessarium, quia licet in dubia causa iudex in dubio ipse constitutus, non aliter quam exacto iusurando iudicare velit, posset tamen si vellet, nec iniuste, ut dictum est, si arbitrium tale suum interponere quam iusurandum exigere maluisset, quod proinde non tam necessarium, ut litem decidere iudex per se possit, & quidem pro eo ipso pro quo post iusurandum exactum iudicat, quam ut melius ex animi sui sententia, vel interdum etiam tutiore conscientia pronunciet. Itaque purgatiuum dici potius deberet, cum ideo interponatur, ut qui iurat, iudicem suum adhuc dubium faciat de iure suo certiore, etiam non eo sensu purgatiuum dici potest quo iusurandum illud, cuius mentio fit in *l. presentis 6. §. cum autem versicul. si cui deposita Cod. de his qui ad eccles. confug. l. vltim. Codic. de fid. instrum. l. vltim. §. licentia Cod. de iur. delib. & Nouell. 73. de instrum. cautel. & fid. c. §. 4. si tamen quisquam.* Iusurandum enim illud interponitur ideo duntaxat, ut quis se purget de dolo malo, hoc autem ut actor iuret rem suam esse vel sibi obligatam vel sibi deberi, reus verò rem suam esse, aut non obligatam, aut se non debere, denique super principali negotio, acsi foret litis decisorium, & ad necessitatem litis decidendae potius quam ad instructionem animi iudicis comparatum. Et haec quidem nostra de huius legis interpretatione sententia est à Duareno primùm tentata, postea verò à nobis defensa, probataque saepius tam in *libris Coniecturarum quam in Chiliade nostra de error. pragmat. & interpr. iur.* Cui conuenit mirificè quod scriptum est in *cap. vltim. Extr. hoc tit. de iure iur.* Eius namque loci non alium quam huius legis sensum esse putandum est: & verò quis credat in tam multis iuris nostri locis, qui extant & de iusurando & de probationibus nullam aut à prudentibus, aut ab Imperatoribus factam esse, nisi in hac lege iurandi huius mentionem, cuius tamen usum omnium frequentissimum esse maximeque necessarium quotidiana praxis ostendit. Quid enim occurrit in praxi frequentius, quam ut nunc actoris, nunc rei probationes minus plenae sint, & consequenter de iis per hoc iusurandum supplementis queri oporteat? Scio nostros adferre tan-

quam simile quod ab Imperatoribus rescriptum est in *l. in bona fide 3. Codic. hoc titu.* In bonae fidei contractibus, necnon etiam in ceteris causis, inopia probationum per iudicem iusurandum causa cognita res decidi oportere. Quo loco passim abutuntur, ut iusurandum hoc supplementum & necessarium in supplementum probationis deferendum esse probent: sed quis non videt, non de alio iusurando Imperatores intelligere quam quod à parte parti decidendae litis gratia in iudicio deferatur, & à iudice adprobetur, non quod à iudice ipso inferatur? vt loquitur Iustin. in *l. generaliter 12. in princip. & §. 1. eod. tit.* Illa namque verba per iudicem non ad dictionem iusurando quae statim sequitur, referenda sunt, sed ad postrema *decidi oportet* acsi scriptum esset decidi rem per iudicem oportere inopia probationum, causa cognita. Neque verò ponit lex iusurandum exactum à iudice in causa dubia ad rei potissimum absolutionem, vt in hac lege, sed generaliter de iusurando à parte parti delato in iudicio, vt per iudicem decidi lis possit siue pro actore, siue pro reo. *inopia probationum* inquit lex, vt & in *l. vlt. infra de prator. stul. iunct. l. vlt. versic. in aliis autem Cod. de sentent. pro eo quod inter.* Quod quid aliud est dicere quam deficientibus omnibus probationibus vt Paulus loquitur in *l. tutor pupilli 5. in princip. infra*? licet iam Cuiacium ad *l. tutor aliter* explicare quasi iud sit defectus, aliud inopia probationum & uasi *dist. l. 3. loquatur* de iusurando à iudice delato non à parte, quod non probat, *argum. dist. l. vlt. iops enim verè & proprie ille est qui nullas habet opes, ne stipem quidem.* Inopia ergo probationum illa quae nullas omnino habeat probationes, non quae minus plenas. Quamquam & parum fert ad amittendam litem, an quis nullas omnino probationes habeat, an aliquas quidem sed minus plenas, & utroque casu facit inopia probationum vt non nisi iusurando decidi res possit, & quod delatum esse ab aduersario aut à iudice, necesse sit non ab eo ipso qui iuraturus est, postulatum. Cur verò addit *causa cognita*? Nempe uia non quodlibet iusurandum admittere iudex ebet, sed ita demum si delatum sit, ab eo qui delatendi ius habuit, & ius administrandarum rerum vt in *l. iusurandum quod ex conventionem 17. §. 1. seqq. supra dist. l. tutor infra.* Item si iusurandum exactum sit eo modo quo fuit delatum *l. 3. §. vlt. l. 4. & 5. supra hoc tit. l. qui per salutem 33. infra.* Et rō aiunt Imperatores, inopia probationum rem iurando decidi per iudicem oportere non tantum in bonae fidei contractibus in quibus multis singularia *l. in omnibus 41. supra de iudic. l. 7. de eo quod cert. loc. l. 5. infra tit. proximo. l. 13. Cod. de st.* sed etiam in ceteris causis, vt significant non iudicis arbitrio, sed in mera iuris necessitate potum illud esse, nam vt Donatus in Hecyra scribit, ubi argumenta & testimonia deficiunt, ibi iusurando opus est, sed quod deferendum sit aduersario ab eo qui probationum inopia & egestate iurat, non quod illi ipsi à iudice deferri oporteat iurato aduersarium. Caius verò in hac lege, si mo-

scribit solere iudices in dubiis causis iusurandum exigere, & secundum eum pronunciare, qui iurauerit, ita inuens facitare hoc iudices solere quod facere si nollent, non cogentur, cui conuenit quod Iustinianus praefatur in *dist. l. generaliter. versic. Cum enim iam increbuit iudices in plenissima definitione sacramentum imponere, ita inuens Caij aliorumque prudentum nostrorum temporibus nondum ius illud obtinuisse, sed cepisse paullo ante Iustiniani tempora, exindeque factas esse constitutiones illas, quarum haec lex meminit, quae tantum abest vt prudentibus nostris fuerint cognitae, vt nec vlla eorum mentio exret in Codice: Vnde in suspensionem veni iam pridem totam legem hanc, quae sola tot errorum materiam interpretibus praebuit, Tribonianus adserbendam esse, cui velle contigit aliquid in Pandectis ponere de huiusmodi iusurando, de quo tam multa in *d. l. generaliter.* De cuius etiam sententia videnda sunt quae & in *Coniecturis nostris & in Chiliade* scriptum sunt. Illud certe fateri coguntur interpretes, iusurandum hoc quod supplementum & necessarium appellant, non habere locum in causis criminalibus, nec in magnis quae criminalibus equiparantur; nec per iudicem deferri posse, si non petatur, nimirum vt iusurandi huius iniquitatem, quam dissimulare non possunt exceptionibus istis & aliis nonnullis quas in eorum Commentariis videre est leuare atque temperare. Quibus vt tanto facilis assentiar, illud facit, quod nec villo casu parceret, si prohibere possem, vt iusurandum hoc admitteretur, quod nec in Parisien- si Curia admitti vnquam potuisset: plerique ex pragmaticis Gallis testantur. Suius verò est Bartolus, qui vt probet hanc iusurandi speciem plenè commentitiam non valde à naturali ratione & equitate abhorrere, tentat agere Theologum, & opinionis suae confirmationem querere ex illo Euangelij loco *adhibe tecum testem vnum vel duos vt in ore duorum vel trium stet omne verbum.* Quod in ore duorum ita demum stet vt ibum, si stet in ore dicentis & testis adhibiti: sicut in ore trium illud demum stat, quod habet duos testes adhibitos, & ipsum quoque dicentem: quo argumento si rectum esset, aequè probaret Bartolus plenam esse probationem, si quis pro sua intentione probanda vel vnum testem habeat, nullo etiam interueniente iusurando. Quod tamen nec Bartolus ipse, nec post eum quisquam dicere ausus est, neque verò de illo Christus dominus loquitur, qui ad utilitatem aliquam consequendam ex proprio testimonio velit proximum corripere, quasi huic credendum sit in causa propria vno teste adhibito, vt in numero duorum testimonium qui omnimodo ad probationem requiruntur is quoque cuius interest & qui se actorem constituit, computari debeat: sed de eo qui fraternam charitate animatus id agat, vt proximum quoad uicium eum peccauerit corripiat & corrigat, quam nos fraternam correctionem appellamus, ab omni specie litis & iudicij remotissimam, solumque charitatis Christianae vinculum, quod perfectionis vinculum est, subnixam, sed omnia si placet isti Bartoli nostri Theologia, pergamus iam ad leges ceteras.*

Iurandi gratiam facere pupillus non potest.

Ad l. iurandi 32.

RAT. DV B. Pupillus deferre iusurandum potest, etiam sine tutoris autoritate, quamvis eo casu exceptio competens ex eiusmodi iureiurando elidi possit & debeat per replicationem, quia pupillus rerum suarum administrandarum ius non habet, ceterum quin tutore auctore iusurandum deferre possit, ex quo danda sit exceptio, cum effectum nemo dubitat l. iusurandum quod ex conventionione 17. §. 1. supra hoc tit. Nam & tutor ipse solus potest deferre, saltem deficientibus aliis omnibus probationibus l. tutor 35. in princip. infr. Ergo etiam iurandi gratiam facere pupillus potest, saltem interueniente tutoris autoritate. Eius siquidem est iurandi gratiam facere, id est, iusurandum remittere, cuius est deferre l. remittit 6. in ult. §. vltim. legu. preced. supra hoc tit. Et tamen Modestinus hic nevat. posse pupillum gratiam facere iurandi, quod Accursius noster sic intelligit, & bene, ut ne quidem tutore auctore possit. DEC. Non omnino potest tutor, aut etiam pupillus ipse tutore auctore alienare, sed eo demum casu quo expediat pupillo, nec aliter ei consulti melius possit l. non omni 16. Cod. de admin. tutor. Nec enim tutor in omnibus & per omnia domini loco est, sed tunc tantum cum rem pupilli ex bona fide administrat, non etiam cum eum spoliat l. qui fundum 7. §. si tutor infr. Pro emptor Atqui is qui gratiam facit iurandi iam delati susceptique alienat, estque illa spe-

cies quadam donationis, quae tutoribus omnibus interdicta est omni casu l. cum plures 12. §. penult. l. Lucius 46. §. vltim. infra de admin. tutor. l. non omni 16. Cod. eod. quia donare nihil nisi perdere est l. filiusfamilias 7. infra de donat. Si enim alienare intelligitur etiam is qui iusurandum deferret dict. l. 17. §. 1. supra. quanto magis ille qui iurandi iam delati susceptique gratiam facit? siquidem potest delatio ipsi etiam deferenti prodesse aliquo casu, puta si is cui delatum est, nec iurare velit nec referre, cogetur enim solvere l. iusurandum & ad pecunias 34. §. ait Praetor & l. manifest. 38. infra hoc tit. aut si referre malit quam iurare, & pupillus iuret. At iurandi remissio non potest non esse damnosa remittenti, cum exinde iusurandum habeatur pro praestito, & quod est consequens, is qui detulit & remisit pro victo, & statim aut summouendus si actor sit, aut condemnandus si reus dict. l. 34. §. vlt. infr. Ratio igitur facit & pupilli utilitas omnino exigit ut iurandi gratiam facere pupillus nullo casu possit, ne quidem tutore auctore quamvis iusurandum deferre possit, saltem cum tutoris autoritate, neque verò nouum est ut contrariorum non sint pares consequentiae, ubi diuersa eorum ratio est vulg. l. illud 32. sup. ad l. Aquil. l. 3. §. vnde etiam de iniust. rupt. Aliud est, si delatum iusurandum necdum praestitum reuocare pupillus velit. Potest enim saltem tutore auctore: & tutor solus sine pupillo, sed ex causa, id est, si probationes superuenerint arg. d. l. tutor & l. si quis 11. C. hoc tit.

33. VLPPIANVS libro 28. ad Sabinum.

Qui per salutem suam iurat: licet per Deum iurare videatur. (respectu enim diuini numinis ita iurat) attamen, si non ita specialiter iusurandum ei delatum est, iurasse non videtur. & ideo ex integro solemniter iurandum est.

Ad l. Qui per salutem 33.

RAT. DV B. Is qui per salutem suam iurat cum ei delatum esset iusurandum, ut per Deum iuraret, quod in dubio quoque factum intelligitur, cum simpliciter delatum est, ut haec lex innuit non nisi respectu diuini numinis ita iurasse intelligitur. Quis enim nescit soli Deo iurari & in omni iureiurando Deum testem & iudicem adhiberi, ergo nihil refert an per Deum iurauerit, an per suam salutem, cum in rebus omnibus, maxime verò in iureiurando, magis spectandum sit quid in iurantis animo & intentione fuerit, quam quid in nuda verborum figura, nam & in ceteris solemus dicere, nihil referre quid ex aequipollentibus fiat vulg. l. vlt. infr. mandat. l. mulier 23. ad SC. Trebell. DEC. Non valet iusurandum, nisi eo modo praestitum sit quo delatum l. 3. §. vlt. & l. 4. & 5. in princip. supra hoc tit. quia pactionis & transactionis vim & instar obtinet l. 2. l. qui iurasse 26. §. vlt. sup. l. tutor 35. §. 1. infr. Videtur enim conuenire inter litigatores, ut is qui iusurandum deferret, ita demum vincatur, si aduersarius iurabit ad eum modum qui delatus est, quia nec aliter delaturus

fuisse credendus est. Forma igitur delati iurandi ad vnguem seruanda est, ne alioqui fiat iniuria ei qui cum aduersario egit tam liberaliter, quamvis ex mera plerumque necessitate, ac omnibus aliis destitutus probationibus, ut eum testem ac iudicem in propria causa constituerit l. 1. infr. quar. rer. act. non det. iunct. l. vlt. Cod. de pact. int. empt. & vendit. Nec sufficit ut ex aequipollentibus quid fiat, quoties certa & solennis faciendi forma praecipitur est l. cum hi 8. §. si Praetor aditus sup. de transact. l. 1. §. si quis ita & seq. infr. de verb. oblig. l. Graecè 8. §. illud commune est infra de fideiuss. Ergo si cum tibi delatum esset iusurandum, aut simpliciter aut nominatim, ut per Deum iurares, tu per salutem tuam iuraueris, licet diuini numinis respectu id feceris, non tamen videri potes bene ac rite iurasse, & iuxta formam delatam ut pragmatici loquuntur, & ideo ut Vlpianus hic subiicit.

a Ex integro solemniter iurandum est. RAT. DV B. Iusurandum rite delatum suscipi, & praestari ex instante non potest, quia tacitam illam conditionem habere intelligitur, si statim iurabitur, nec audiendus est is cui delatum est, si postea iurare paratus sit l.

lit leg. remittit. 6. ubi diximus supra hoc tit. multo minus audiri debere videtur is, qui semel iurauit, licet male & contra formam delatam, si ex integro iurare velit, cum delatio ad primum actum iurandi restricta esse videatur, nec ad aliud iusurandum extendenda arg. leg. boues 89. §. hoc sermone infr. de verb. signific. leg. matrimonij 21. infr. Qui & a quibus manum. Sibi enim debet imputare, & ex integro iurandi ius amittere is, qui male iurauit cur non melius, & secundum formam delatam iurauerit, ita ut nec vllum ex ea amissionem damnum sentire videatur. Ex regula leg. quod quis 203. de regul. iur. DEC. Non potuit iusurandum suscipi ac praestari, nisi agnita & acceptata conditione delata, quamvis contra eam formam iuratum sit. Iusurandum autem statim, & ab initio fuisse sufficit, nec illud etiam requiritur ut incontinenti iuretur, ut diximus ad l. leg. remittit. Quamquam nec ad speciem huius legis accommodata est illa obiectio. Pontinus enim & statim susceptum esse iusurandum, & statim praestitum, licet non ad eum modum quo iurari debuit, sed cum male ac perperam iudicatum sit, dicimus ex integro solemniter iurandum esse, quoties enim aliquid factum est, quod fieri quidem debuit, sed aliter tamen factum est, quam fieri debuerit, ex integro faciendum est, leg. de die 8. §. si seruus & seq. supra. qui arif. cogant. Et in exemplo quod afferit Accursius de optione male facta, ex leg. 2. de opt. legat. & Bartolus de electione Potestatis ex d. leg. 2. & eg. serui electione 5. de legat. 1. De teste male audito, qui ex integro audiendus est, etiam si pars aduersa iam didicerit reuocata. Item de sententia perperam & nulliter lata, quae iterum ferenda est eg. 1. C. de sentent. & interloc. omn. iudic. leg. hac

sententia 3. C. de sentent. qua fin. cere. quant. profert. Quamquam postremum hoc moribus nostris exoleuit, quibus indactum est, ut a qualibet sententia quantumvis nulla, necessario appellandum sit, alioqui teneat, nec per viam nullitatis, ut aiunt pragmatici, impugnari possit. Proinde impedit omnino ne alia sententia ferri amplius possit. Sufficit enim tantum illam habere vitium quantum necessesse est, ut ad eam rescindendam appellari necesse sit, leg. 3. §. falsus procurator infr. Ratam rem haber. Et quemadmodum olim iudex posteaquam pronunciauerat siue bene siue male, officio suo functus dicebatur leg. iudex posteaquam 55. de re iudic. Ita & hodie siue rite siue non rite ac nulliter. Quod autem obiecit iurandi delationem non nisi ad primum iusurandum restringi debere, ad rem planè non pertinet: Iusurandum enim quod Vlpianus ait solemniter ex integro praestandum esse, non aliud est, quam quod fuit & delatum & susceptum & praestitum, sed quia male praestitum ex integro praestandum est, ne tam delatio quam susceptio iurandi fiat inutilis, nec sanè Praetor tam facile pati debet, ut tantum litis expediendae remedium, quod vsui esse possit abiciatur. Praetor id quod, ut bene obseruat Bartolus, aliud est de iure querendo tractare, ut in specie d. leg. matrimonij, aliud verò de iure iam quaesito, ut in hac lege. Ceterum hodie iurari apud Christianos solet non per Deum aut per salutem Principis aut suam, ut olim, sed super sacrosanctis Dei Evangelij: Interdum ut solemniter super sacrosancto Missae Canone, sed solemnissime super sacrosanctis diuini Antonij patroni & protectoris mei reliquit. In dubio tamen si simpliciter delatum sit super Dei Evangelij delatum fuisse praestandum est.

34. IDEM libro 26. ad Edictum.

Iusurandum & ad pecunias, & ad omnes res locum habet. Etiam de operis iusurandum deferri potest. nec de iniuria queri aduersarius potest, cum possit iusurandum referre. Quid tamen, si ideo dicat reus se liberatum, quoniam Stichum, quem promiserat, putat decessisse? non erit tutus per relationem: & ideo ex hac causa putat Marcellus, & rectè, aut remittendum ei iusurandum, ut spatium dandum, ut certioreretur, & sic iuret.

Ad l. Iusurandum & ad pecunias, 34.

RAT. DV B. Pro nummis non iuratur in litem leg. 3. infr. de in lit. iur. Ergo non est verum, uod Vlpianus hic scribit, iusurandum non minus quam in ceteris rebus locum habere. DEC. Alia ratio est iurandi in litem de quo in d. leg. Alia verò iurandi voluntarij aut iudicialis, de quo in hac lege, & in toto hoc titulo. Iusurandum in litem non potest deferri pro nummis, quia non deferretur, nisi ad ineandam rei estimationem, quae aliter iniuri iuste non potest 7. l. leg. 5. in fin. leg. tutor 8. infr. tit. prox. Nummorum autem certa & perpetua aestimatio est, non sicuti aliarum rerum varia & mutabilis propter modum & locorum diuersitatem d. leg. 3. iunct. 3. de eo quod cert. loc. At iusurandum voluntarium, & iudiciale deferretur in defectum probationis, ut habeatur pro veritate, & verita-

ris probatione, itemque pro stipulatione pacto conuenito transactione, & re iudicata leg. 1. & 2. leg. qui iurasse 26. §. vlt. supra leg. prox. §. 1. infr. Atqui & pecuniae & ceterae res omnes in litem deduci possunt, & in stipulationem & in iudicium, & per consequens etiam in iudicatum, Ergo & in iusurandum, leg. 3. supra.

a Etiam de operis. RAT. DV B. Operis non sunt in rerum natura leg. opera 9. infr. de oper. libert. Nec enim peti possunt nisi praeterita & post peractum diem quo edi debuerunt leg. 2. leg. si quando 8. eod. Praeterita autem edi amplius non possunt, alioqui aliae essent, aut non essent praeterita d. leg. si quando. Ergo in iusurandum deduci non possunt. Rarius enim est ut sint in rerum natura quam de iis querendum sit, an in iusurandum deduci possint, cum dici soleat, quod est verissimum, non entis nullas esse qualitates vulg. leg. pen. supra tit. prox. leg. si parte supra. quemadmodum seruit. amitt. DEC. Operas &

Ad §. 1. Defensor.

RAT. DV B. Defensor ciuitatis legitimam administrationem habere intelligitur *leg. 1. leg. munerum 18. in princip. & §. defensores infr. de numer. & honor. ideoque magis æquiparandus videtur tutori quam procuratori. Vnde est quod delite ciuitatis potest transigere non minus quam tutor, dummodo bona fide id faciat, non per gratiam & collusionem *leg. Praes. 12. C. de transact. iur. leg. Lucius 46. §. vlt. infr. de admin. tutor. cum tamen procurator non possit transigere, quin speciale mandatum habeat, licet sit procurator totorum bonorum & habeat generale mandatum, si non habeat etiam cum libera potestate *leg. mandato generali 60. leg. procurator totorum 63. supr. de procurat. Ergo quamuis procurator generalis non possit deferre iusiurandum, nisi speciale mandatum habeat, & aliis quibusdam casibus, de quibus in *leg. iusiurandum quod ex conventionione 17. §. vlt. & leg. seq. supr. hoc tit. Defensor tamen ciuitatis plus iuris habere debet, vt etiam citra mandatum vllum speciale possit deferre iusiurandum: Eo saltem casu quo tutor posset, id est omnibus aliis probationibus deficientibus *leg. prox. infr. De c. Ciuitas quidem solet æquiparari pupillo *leg. ciuitas 27. vbi diximus supr. tit. prox. Sed administrator ciuitatis, etiam ab vniuersitate constitutus non potest videri tutoris loco esse, adeoque nec veri procuratoris, sed potius actoris, quomodo vocatur in *leg. 2. leg. item eorum 6. §. vlt. leg. vlt. & pass. supr. quod cuiusq. vniuers. nomin. Minus enim est actorem esse quam esse procuratorem, cum is qui procurator ab aliquo constitutus est, alium procuratorem substituere antelitem contestatam non pos-*******

sit, actorem tamen possit, quod & in tutoribus & in curatoribus obtinet *leg. neque tutores 11. C. de procur. Satis ergo esse debet defensori ciuitatis, quod tantundem iuris habeat in deferendo iusiurando quantum habet procurator, vt proinde iusiurandum deferre non aliter possit, quam si speciale mandatum habeat *d. l. 17. §. vlt. & l. seq. supr. vbi, cum alij duo casus iungantur, si vniuersi forum bonorum procurator quis datus sit, & quidem cum libera, vt ibidem interpretati sumus, aut si in rem suam, idem in defensore & actore ciuitatis possumus dicere, vt his quoque duobus casibus deferre iusiurandum possit, sed alio præterea nullo, ne quidem si aliaz probationes omnes deficiant. Id enim soli tutori conceditur, qui quoniam non tantum bonis, sed etiam personæ pupilli datur, vt & curator furiosi & prodigi, dicitur esse loco domini *l. qui fundum 7. §. se tutor infr. pro emptor. Qua ratione nec permittendum puto huic defensori & actori ciuitatis, vt de re vniuersitatis transigat, nisi ad hoc quoque habeat speciale mandatū *d. l. mandat. cum nec ipsi tutori, nisi vix, hoc permittatur, si quo quomodo diminiendi patrimonij causa velit transigere *d. l. Lucius 46. §. vlt. infr. de admin. tutor. Et ita accipiendum puto, quod de transigitione, per administratorem ciuitatis facta, scriptū est in *d. l. Praes. de eo scilicet administratore cui specialiter hoc mandatum fuerat, vt transigeret, nec puto distinguendum esse cum Bartolo an defensor & actor vniuersitatis constitutus sit ab ipsa vniuersitate, an à Syndicis aut alijs qui rem publicam regunt. Quasi illo casu æquiparandus sit tutori, hoc verò posteriore procuratori. Omni enim casu procuratoris tantum partibus fungitur *d. l. 2. d. l. item eorum 6. §. vlt. supr. Quod cuiusq. vniuers. nomin.*******

2 ¶ Pupillo non defertur iusiurandum.

Ad §. 2. Pupillo.

RAT. DV B. Qui iurasse dicitur, nihil refert cuius ætatis sit, sed omnimodo custodiendum est iusiurandum aduersus eum qui detulit *leg. qui iurasse 26. in princip. supr. hoc tit. Ergo etiam pupillo deferri iusiurandum vtiliter potest. De c. Et demum deferri iusiurandum posse dicendum est qui delatum sibi iusiurandum vel suscipere cogi possit, vel referre, nam cum iusiurandum in istar quoque iudicij habeat *d. leg. qui iurasse supr. & leg. prox. §. 1. infr. iudicium autem reddatur etiam in inuitum *leg. inter stipulantes 83. §. 1. de verb. obligat. Quis enim vltro condemnari velit? Consequens est vt iusiurandum etiam inuito defertur. Quod tamen inutiliter fieret, si non posset cogi ad iurandum aut referendum *§. ait Prator & seq. infr. At pupillus non potest cogi vt iuret, non ob id solum quod rerum suarum administrandarum ius non habeat, ideoque nec****

deferre iusiurandum sine tutoris auctoritate possit *leg. iurandum quod 17. §. pupillus supr. sed quia nec iurare liquido potest cum non possit peierare *d. §. pupillus. vbi diximus. Sed tamen si, aduersario deferente, iurauerit pupillus, etiam sine tutore, conservandum ei erit iusiurandum aduersus eum qui detulit *d. leg. qui iurasse quoniam sibi imputare debet qui detulit pupillo, nec quod in pupilli fauorem constitutum est, vt deferri ei iusiurandum non possit neque iurare cogatur aut referre, in eius damnum & perniciem retorquendum est, vt nec si iurauerit, id custodiendum sit *leg. pen. C. ad S. C. Trebell. leg. non eo minus 14. C. de procurat. leg. nulla 25. supr. de legib. leg. quod fauore 6. C. eod. Aliud est cum de in litem iurando queritur. Eo namque casu, nec si velit pupillus, iuraretamen ei vnquam permittitur. Tutori verò eius permittitur quidem sed ita tamen vt iurare non cogatur *leg. 4. infr. tit. prox. vbi de eo dicemus latius & rationem diuersitatis adferemus.*****

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

Ad §. 3. Procurator.

RAT. DV B. Defendi siue per procuratorem, siue per defensorem is demum intelligitur qui per

absentiam suam in nullo deteriorem causam aduersarij sui facit *leg. 2. §. defendi infr. quib. ex caus. in poss. eat. Atqui deterior fieret condicio aduersarij, si neque procuratori, neque defensori alterius deferretur*

deferre iusiurandum non posset ad compellendos eos iurare aut iusiurandum referre quorum alterutrum facere dominus ipse omnimodo cogereetur. *§. ait Prator hac leg. & leg. manifesta 38. infr. hoc tit. Ergo etiam procuratori iusiurandum deferri potest, cum is etiam in iure interrogatus ex omnibus causis respondere debeat, ex quibus dominus deberet *leg. non solum 39. in princip. supr. de procurat. Multo igitur magis defensori, quando quidem defendere est eandem vicem quam reus iurare *leg. minor 51. §. quoniam eod. tit. Quidni ergo iurare debebit quisquis alium defendit, eo casu quo is ipse qui defenditur, iurare cogereetur? De c. Non debet procurator egredi fines mandati qui contrario diligenter ei custodiendi sunt *leg. diligenter 5. infr. mandat. Atquin is qui alium defendit siue mandato aliquo interueniente, qui peculiariori nomine procurator dicitur, siue nullo, qui defensor potest commodè absentem defendere, ac litis victoriam ei comparare etiam citra iusiurandum, cum vix sit vt ad hoc deferenti iusiurandi auxilium quisquam confugiat, nisi qui litem in eo statu esse videat, vt iamiam sit uocandum, nisi delatio iusiurandi spe uturæ relegationis aut recusationis meliora eum perare iubeat. Cur ergo permittamus vt ei iusiurandum deferatur, & vel iurare cogatur, vel eferre? Nam nec si mandatum habeat ad agendum vel ad defendendum, alia tamen ei concessa esse intelliguntur quam ea sine quibus mandatum xequi commodè non posset *leg. ad rem mobilem 6. leg. ad legatum 62. supr. de procurat. in quo numero iusiurandum non est. Præter id quod, vt bene adlit Accursius, graue est inuitum quem sub alieni*****

compendij emolumento compelli etiam per iurium anceps subire, vt idem Vlpianus noster scribit in *leg. videamus 5. infr. tit. prox. Et licet defensoris qui vitro se offert liti alienæ defendendæ sine mandato, soleat in plerisque causis durior esse condicio, quam procuratoris qui mandatum habet; in eopotissimum vt de rato cauere cogatur *leg. 1. C. de procurat. & fidelitatem dare (nemo enim alienæ litis defensor idoneus sine satisfactione esse intelligitur *leg. qui proprio 46. §. qui alium supr. eod. ill. tit.) hac parte tamen nihil inter procuratorem & defensorem distat, quia sufficit defensori ad plenam defensionem si paratus sit iudicium accipere, vt hinc Vlpianus noster ex Iuliano scribit. Nec ideo tamen deterior sit condicio aduersarij cum procuratore vel defensore litigantis, quia si dominus adit iudicio, quod euenit plerumque *leg. Paulus respondit 69. supr. eod. tit. de procurat. iurare ipse poterit, sin ab lens sit, lubebitur venire, aut ad eum mitteretur, vt iuret vel referat, vel recuset *leg. generaliter 12. §. his de presentibus C. hoc tit. In alijs tamen quæ non tam ad decisionem quam ad instructionem litis pertinent, tam procurator quam defensor ad interrogationes omnes respondere cogitur, ad quas respondere ipse dominus tenetur etiam adhibito si opus sit iureiurando, vt vult Bart. ex *d. leg. non solum quia etiam post iuratam responsionem procuratoris vel defensoris possit adhuc probari contrarium saltem perita per dominum restitutione in integrum resuscitate frustratoris expensis, quod non similiter fieri posset si iusiurandum litis decisorium à procuratore vel defensore præstitum proponeretur.******

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

Ad §. 4. Qui iusiurandum.

RAT. DV B. Non facile quisquam credendus est per calumniam aliquam facere præsertim iudice, adeoque Pratore ipso præsentem: Calumnia enim delictum est, & quidem grauissimum & turpissimum *leg. 1. & tot. tit. supr. & C. de calumn. Vnde per legem Remmianam frons calumniatoris inurebatur, vt quisquis integræ frontis non esset, hoc ipso calumniator probaretur *leg. quasi 13. infr. de testib. Est autem vitanda suspicio, & præsumptio delicti tanquam quæ semper odiosa sit *leg. merito 51. infr. Pro socio. cum quilibet in lubio præsumatur bonus si non probetur malus *leg. absentem 5. infr. de pen. Superuacuum igitur est vt qui iusiurandum defert, prior iurare debeat de calumnia. Nec refert an exigatur hoc ab aduersario, an non, quia ne quidem requirente aduersario quisquam onerandus est superuacua cautione *leg. ac stipulatio 14. infr. vt legat. sem. fideic. seruand. caus. auent. Quanto minus superuacuo iureiurando, quod semper periculum aliquod perijurij secum rahit? De c. Suspectus est quisquis pro sua intentione probationes aut nullas habens aut minus lenas iusiurandum aduersario defert, vt hoc vti emplaetro causæ suæ desperatæ medeatur, t cum is qui iusiurandum aduersario defert iuricem illum testemque in propria sua causa con-*****

stituat *leg. 1. infr. quar. rer. act. non det. quis facile suspicetur inimicum hominem ita facere, vt aduersario suo faueat, aut sibi consulat, ac non potius per calumniam, vt exigendo iusiurandum ab aduersario, quem fortasse scrupulosum & superstitiosum esse sciat aut modestiorem quam vt facile sit iuraturus, adigar eum ad iusiurandum vel recusandum omnino, vel saltem referendum, vt hoc vltico remedio litis victoriam extorqueat? Merito igitur prudentibus & Pratoribus placuit vt quisquis iusiurandum defert, tanquam hoc ipso suspectus prior iurare debeat, de calumnia id est non calumniæ causa se hoc facere, sed ex veritatis conscientia & iuris sui tuendi gratia, si modò id aduersarius exigat. Nec enim officium suum Prator impertitur nisi postulanti *leg. 4. §. hoc autem iudicium infr. de damn. infect. & potest quilibet iuri suo & pro se introducto renunciare nisi iuris publici fauorem admixtum habeat *leg. pen. C. de pact. leg. si index circumuento 4. supr. de minor. Ceterum is qui iusiurandum defert si postulante aduersario non iuret prior de calumnia similis habendus est remittenti vt iurisurandi gratiam facere videatur *leg. si non fuerit 37. infr.****

a Si hoc exigatur. RAT. DV B. Iusiurandum de calumnia remitti non potest ne quidem expressa conventionione *l. 2. §. sed quin veremur C. de iureiur. propt.*

calumn. dand. Ergo neque tacita, ne alioqui maior sit vis taciti quam expressi, quæ par quidem esse potest, sed maior esse non potest leg. 3. vbi diximus *supr. iud. prox.* De c. Non impertitur Prætor officium suum nisi petenti d. leg. 4. §. hoc autem iudicium *infr. de damn. infect.* nec quisquam cogendus est ut iure pro se introducto si nolit ut modo diximus ex l. *pen. C. de pact. l. si iudex 4. supr. de minor.* Nec proinde remissio ista tacita videri potest prohibita cum non ex facto aliquo oriatur, sed potius ex non facto. Et hoc casu locum habet quod in aliis plerisque ut non expressa non nocent, quæ expressa nocerent l. *nonnumquam 2. in fin. de condic. & demonstr. l. expressa 195. de regul. iur. leg. filiusfamilias 8. §. milites*, in illis verbis nisi hoc tempore liti contestata quocumque casu pratermissum est, *supr. de procurat.* Quamquam nec verum est iusurandum hoc de calumnia expressa conventionem remitti non posse. Nam quod contra scriptum est in d. l. 2. §. sed quia veremur, non ad iusurandum illud pertinere, de quo Vlpianus in hoc §. sed ad nouum quod Iustinianus induxit voluit, que ab omnibus litigatoribus eorumque Aduocatis & in omnibus libris præstari & per iudices ipsos omnimodo exigi nec iam ob priuata litigantium utilitatem quam ob publicam, ut ibidem Iustinianus ipse testatur iis verbis quia non pro commodo priuatorum, sed pro communi utilitate præsentem legem posuimus. Quæ optima ratio est ut appareat iusurandum illud remitti non posse cum priuata conventionem iuri publico derogari non possit l. *ius publicum 38. supr. de pact.* Quamuis idem Iustinianus hoc ipsum iusurandum quod sæpius in vna eademque lite præstari iusserat, tandem constituerit, semel & ab initio liti præstandum esse. *Novell. de his qui ingred. ad appell. 49. cap. vlt.* Vnde sumpta est *Authent. hoc sacramentum & Authent. in isto iuramento eod. tit.* quod ipsum etiam exoleuit hodie, nec in praxi nostra obtinet nisi cum specialiter ex aliqua causa iudex de calumnia iurari iubet, ut fieri plerumque contingit etiam parte non requirente. Nimirum praxis ipsa docuit præstationem

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

Ad §. 5. Hoc iusurandum

RAT. DV B. Non magis parentibus aut patronis quam aliis permittendum est ut impune calumniarentur, & calumniæ causa iusurandum deferant liberis emancipatis aut libertis qui iudicio possunt cum ipsis consistere. In eo namque læditur ius non modò liberorum aut libertorum quibus deferatur iusurandum sed etiam reipublicæ, ut Iustinianus scribit in leg. 2. §. sed quia veremur C. de iur. iur. *propt. calumn. dand.* vbi propter hanc causam constituit ne cui iusurandum hoc remittatur, ne quidem apud compromissarios iudices, nihil enim per calumniam omnino fieri, præsertim verò in litibus publicè expedit, ne lites in longius tempus protrahantur, & grauioribus perplexitatibus implicentur, quod non nisi per calumnias fieri solet, quæ si de medio tolli aliqua parte omnes possent, O felicem Rempublicam, nec infelices prius ipsi etiam qui litigarent! Ergo iusurandum hoc de calumnia neque patronis neque parentibus remitti debet. Atque ita in *Pand. Florent. scriptum est, eaque lectio plerisque decepit qui*

huius iusurandi nullo modo viam præcludere malitis & calumniis litigatorum, nec ad aliud ferè prodesse, nisi ad quotidianas calumnias quotidiano etiam perituro cumulandas. Quæ ratione videtur motus Plato *Dialogo 12. de legib.* ut iusurandi vsum in republ. prohibendum putauerit, turpèque esse si exigatur. At iusurandum de quo hinc agitur, non pro communi utilitate, ut Iustinianum illud introductum est, sed pro commodo eius, cui deferatur iusurandum, nec iubebatur olim Prætor aut iudex illud exigere, quod Iustinianus de suo præcepit, sed ita demùm exigebat, si aduersarius id postularer, ut & illud de quo in l. qui bona fide 13. §. si quis stipulatus *infr. de damn. infect.* Potest enim omitti etiam quod non potest remitti cap. 1. de iuram. calumn. in 6. Quamquam desit esse necessarium à quo tempore Iustinianus suum induxit, tanquam quod multo sit latius, & in quo vetus hoc de quo tractamus comprehendatur. Postquam adiecit Iustinianus iuramento calumniæ, ut iurare debeat litigator nullam se in tota lite exacturum probationem, nisi quam pro veritate putet necessariam esse exhibendam, Ne sæpius inquit iuretur in causa. Qui enim postea iusurandum deserit aduersario, cur iterum iurare cogatur, cum iusurandum prius generale & ad totam litem pertinens possit sufficere: ita factum est, ut cum Iustinianus nouum hoc iusurandum induxit, & ampliauit, vetus hoc, de quo agimus, antiquauerit & sustulerit, Iustinianum verò ipsum postea exoleuerit, & desuetudine abrogatum sit, atque ita nullum hodie penitus de calumnia iusurandum præstetur citra specialem ea de re iudicis interlocutionem. Cæterum qui exigebatur olim iusurandum hoc de calumnia, non cogebatur ipse prior iurare, quia auctore Prætoris deferabatur, ut subgilter Vlpianus iuraturatur in l. de pupillo 5. §. qui opus nouum *infr. de oper. noui nunciat.* Alioqui daretur progressus in infinitum, si is à quo iusurandum de calumnia præstandum est, vicissim iusurandum simile exigere ab aduersario posset.

Florentinæ lectioni tantum tribuunt, ut nusquam emendari eam pariantur. Sed melior est vulgata quæ sic habet, *Hoc iusurandum de calumnia æquè patrono & parentibus remittitur*, nisi quod mallet legere æquè patrono atque parentibus ut facilius dignosci possit vnde lectionis Florentinæ mendum fluxerit nempe ex similitudine dictionis neque, in *Pand. Florent.* repetitur cum dictionibus æquè, atque. Illud enim certè constat, & apud omnes in confesso est, iusurandum hoc de calumnia non solum parentibus remitti si liberis emancipatis cum quibus litem exercent iusurandum deferant, de quo dubitatum in iis poterat, propter paternam verecundiam, ut loquitur leg. si superstite 5. C. de dolo. sed etiam patrono litiganti cum liberto. Sic enim scriptum est in l. si patronus 16. *supr. hoc tit. leg. de die 8. §. iubetur supr. qui satisd. cogant. leg. licet 7. infr. de obseq. parent. & patron. prest. leg. qui bona fide 13. §. si alieno res. sed si eius infr. de damn. infect.* Et ratio vtriusque est, quia iusurandum hoc de calumnia, licet non nisi auctore Prætoris deferatur, tamen non aliter auctor est Prætor ut deferatur, quam si ab eo cui iusurandum deferatur exigatur, ut proxime Vlpianus

Vlpianus scripsit & in alia specie de qua in l. de pupillo 5. §. qui opus nouum *infr. de oper. noui nunciat.* Atqui non potest exigi hoc iusurandum de calumnia, quin is qui exigit, obiciat suspicionem quandam calumniæ, quam porò parentibus & patronis obici nimis durum certè ac inuerecundum est propter reuerentiam quæ parentibus & patronis debetur, parentibus quidem, à quibus liberi emancipati non modò vitam, ut qui in potestate manserunt, sed etiam speciem quandam plenioris libertatis & liberioris administrationis beneficio emancipationis habuerunt, patronis verò propter insignem beneficium illud manumissionis & datæ libertatis, quo maius sperare nullum liberti nedum consequi poterant. Ideoque si non de calumnia sed propter rem ipsam de qua lis est iurandum sit, neque parenti neque patrono iusurandum remittitur l. quoniam 14. *supr.* Neque verò ius hoc existimandum est à Iustiniano correctum esse in d. §. sed quia veremur, cum ibi neque de parentibus neque de patronis quicquam scriptum sit, neque de iure verere corrigendo, quod proinde in eo in quo expressim correctum non est, saluum & integrum manet vulg. l. recipimus 32. in fin. *Cod. de appellat.* Quod enim non est immutatum, cur stare prohibeatur? l. sancimus 7. *Cod. de testam.* Et verò, ut bene Accursius vidit, onde aliud est remitti hoc iusurandum ab homine quod Iustinianus sua illa constitutione prohibuit, aliud verò remitti à lege aut à prætoris mortuo loquantur, id est ex perpetuo prætoris edicto: pro Iustiniano prohibere nec voluit nec velle euit. Et hoc esse videtur quod vulgo nostri iactant, le. es & constitutiones quantumvis exorbitantes, & contrarias recipere interpretationem assuam à iure communi, & à prioribus legibus quibus non fuerit specialiter derogatum. Lex ergo

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

Ad §. 6. Si de qualitate.

RAT. DV B. Non videtur fieri posse ut de qualitate iuramenti inter partes dubitetur siue iusurandum sit conventionale, quia tunc pède: ex multa conventionione partium l. iusurandum quod 17. *supr.* ut sit iudiciale, quia pendet totum illud ex voluntate deferentis, qui non aliter fuerat delaturus arg. *vt. Cod. de pact. int. empt. & vendit. l. parè 5. §. pen. infr. dol. mal. except.* Nec valde curanda videtur eius voluntas cui deferatur, cum omnimodo cogendus sit tate iuxta formam delatam. Alioqui nullius momenti erit iusurandum l. 3. §. vlt. & legib. seq. *supr. hoc.* Nullo igitur casu conceptio formulæ in arbitrio dicantis posita esse videtur. De c. Cum inter litigatores conuenit de forma iusurandi; ea vtrique neminem sequenda est non ab eo tantum qui iurare debet d. l. 3. §. vlt. sed ab ipso etiam iudice l. si uenerit 26. *infr. de re iudic.* Sed potest tamen interm fieri ut de formula concipiendi iusurandi et litigatores non conueniat, iustamque dissonandi causam reus habeat aut actor cui deferatur quasi recuset iusurandum sed quia iurare vella formula. Finge conceptionem à deferente positam aliquid continere quod vel ineptum vel supersticiosum: ut solent plerique deferentes urandum super sacrosanctis Diui Antonij reliis superstitiones multas admiscere, quas Senatofter vt tollat cum iusurando tale deferatur, addere clausulam, *omni superstitione cessante.* Su-

Tom. III.

Codicis per hanc legem determinatur, ut ait Bartolus. Sed quod subiicit, idem è contrario dicendum esse, ut liberis & libertis vicissim hoc iusurandum calumniæ remitti oporteat ad æqualitatem, inquit, inter eos seruandam ex l. vlt. C. de fructib. & lit. expens. & cap. 34. de consuet. rect. feud. §. in quibus lib. 2. feudor. vereor ne non sit probabile: iogè si quidem dispar harum personarum ratio est, cum non perinde parentes patro sique reuerentiam aliquam liberis libertisque debeant, atque liberi libertisque parentibus & patronis: alioqui Titulum illum *Pandect. de obsequiis & parentibus & patronis præstandis* sic concipi oportuerat ut adde erit & contra si qua inter huiusmodi personas seruari æqualitas deberet, quod tamen ridiculum fuisset. Diuersa causa est priuilegiorum de quibus in d. l. vlt. *Cod. de fructib. & lit. expens.* quibus non est æquum ut ali quem ex litigatoribus, quin aduersarius eodem contra eum priuilegio uti possit. Diuersa item causa vasalli & domini inter quos cum mutue obligationes contrahantur, mirum non est, ut priuilegium quod Rex Fredericus primus in Romanodiola dominis indulsit ne sacramentum calumniæ vasallis præstare teneantur, etiam ad vasallos extendatur, ut quod quisque iuris in alium sit ut ipse eodem utatur, quod admodum scriptum est in d. §. in quibus. At nulla filio in patrem aut libertum in patrum obligatio ex emancipationis & manumissionis beneficio queritur, ideo autem locuti sumus de liberis emancipatis quia liberi in patris potestate manentes non tam reuerentiæ ratione iusurandum calumniæ à parentibus exigere prohibentur quam cum iis litigare potestatis iure impediuntur l. adoptiuum 8. *supr. de in ius vocand. l. lis nulla 4. supr. de iudic. l. ne cum filiofamilias 16. infr. de furt.*

perstitiosas enim istas, & ineptas formulas admittente iudex numquam debet, nec si partes contentiant publici scandali euitandi gratia, cui locus fieret si res tam sancta & religiosa huiusmodi superstitionum mixtura pollueretur. Sed neque patri bonus iudex debet, ut ob rem modicam & à vili fortassis persona iusurandum super sacrosanctis Di. Antonij reliquis deferri Senatori aut Præsidi aliue in dignitate præcipua constituto, cum satis abundeque sufficere possit in domo recuperatoris, & ut loquuntur, Commissarij qui à Senatu in eam rem dari solet, aut etiam iudicis præstari iusurandum super sacrosanctis Dei Evangelis, aut veneranda sanctissimi Crucifixi imagine, aut etiam si malit iudex super sacrosancto Missæ canone. Idque est quod verere statuto Sabaudie cautum legitimus ut iusurandi delati moderatio in arbitrio & religione posita sit iudicantis, quod ex hoc §. sumptum videtur, & optimam habet rationem: Cum non faciliè pati bonus iudex debeat ut tale iusurandum deferatur per quod ob superstitionem diuini numinis metum deterreri à iurando possit cui delatum est aut cogi per modestiam ut aduersario iusurandum referat, quod alioqui si modestior & æquior fuisset formula præstare ipse maluisset. Est enim pro deferente illa maximè ratio facere videtur, quod parum interest eius, cui deferatur qualiter concepta sit formula cum sub eadem formula referre iusurandum possit, quandoquidem non possit

Q 4

testaturandi condicio ei displicere, qui detulit ut subicit Vlpianus in hac ipsa lege §. prox. Valde tamen eius interest ut iurare possit potius quam referre, cum nemo sit tutus per relationem, ut diximus ad initium huius legis, neque hoc casu remedium locus esse potest quod aliis nonnullis casibus proponi solet, ut partes consentire in formula iurandi debeant, aut sua sponte aut imminente iudice, ut in specie leg. huiusmodi §. 4. vlt. de legat. 1. Ita namque fieret, ut si consentire numquam vellet, se iniucem impediret ut in d. §. vlt. & in l. 2. §. vlt. sup. r. quib. mod. usufr. amitt. atque ita non possit expediri per iurandum, quod tamen omnium maximum & promptissimum remedium est expediendum litium, ut diximus in leg. 1. sup. & cuius beneficio maximè lites expediri non tantum vtriusque litigatorum interest, sed ipsius etiam reipublicæ, adeoque iudicis apud quem lites tractantur. *quidam existimauerunt 21. sup. tit. prox.* Merito igitur placuit conceptionem formulæ in arbitrio esse iudicantis siue de loco ubi iurandum est, siue de iurandi forma quaratur leg. generaliter 12. §. penult. C. hoc tit. Nempe cum apud iudicem datum non apud Prætozem iuratur, quod contingit quoties in iure & in ipsa contestatione non fit delatio, sed allegatur tamen aliquid super quo iurandum postea deferendum sit. Nam si delatio fiat in iure & apud Prætozem, erit conceptio in arbitrio ipsius Prætozis ius dicentis non iudicis pedanei iudicantis. Sed hodie nullas huic distinctioni locus est, postquam iidem sunt dicentes qui iudices & contra ex l. 2. C. de pedan. iudic. Nec audiendus est is qui detulit si post conceptam arbitrio iudicis formulam renouare delationem velit, quasi non aliàs nec sub alia ve-

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

Ad §. 7. Ait Prætor.

RAT. DV B. Iurandum instar iudicij obtinet l. qui iurasse 26. §. vlt. sup. & l. prox. §. 1. infr. Atqui iudicium redditur in inuitum *l. inter stipulantes 83. §. 1. de verb. oblig.* Ergo & iurandum inuitus suscipere, & iurare cogendus est is cui delatum est, ita ut non sit audiendus siue referre iurandum velit, siue recusare. Non enim debet Prætor aut iudex electionem litigatori dare quam aduersarius non dedit. DE C. Qui iurandum detulit, non habet quod conqueratur, etiam si is cui delatum est, nolit iurare si modo soluat, aut iurandum referat. Et quidem si soluat, ratio aperta est, quoniam cum actiones omnes institutz sint, omnia que iudicia ad effectum exactionis, id est ad extorquendam solutionem, quid aliud potest actor petere nisi ut ei soluat? §. vlt. infr. Id enim est quod dici solet, iudicia omnia esse absolutoria §. vlt. infr. de perpet. & tempor. action. Scilicet si actori pendente iudicio satisfiat, Plus autem quam satisfacitis, qui soluit, cum satisfactio minus sit quam solutio, nec nisi pro solutione cedat l. satisfactio 52. infr. de solut. l. item liberatur 6. §. 1. infr. quib. mod. pign. vel hypoth. soluit l. si rem 9. §. omnis pecunia infr. de pign. ait. Si verò nolit reus nec iurare nec soluere (nam & referendi iurandi electionem habet ut sequitur in §. prox.) non magis habet quod conqueratur actor, cum per relatio-

rum conceptione fuerit delaturus. Non enim ex postfacto improbare potest quod iudex iure suo fecerit, & statuto etiam nostro apud nos permittente. Sed si ab initio iurandum deferens protestetur non aliter se iurandum deferre velle, sed reuocatum malle si forte aliqua ex causa vel aduersario vel ipsi etiam iudici conceptio non placebit, puto ei permittendum, & improbane conceptionem iudicis (de aduersario namque improbane parum curandum est) perinde habendam delationem ac si facta numquam fuisset, ne ex ipsius delatione contra eius voluntatem iuratur, neque in eo negligitur auctoritas iudicis, sed in re quæ ex deferentis voluntate pendet, voluntas deferentis seruatur arg. l. 1. §. inde quaritur infr. de oper. noui nunciat. Satisque puniatur is qui deulit, quod suæ delationis commodo priuatur, aliàsque subinde probationes perquirere cogitur quas aut nullas fortasse aut non nisi mancas, minùque plenas inueaturus sit, atque ita litem amissurus quam ex relatione vel reculatione iurandi, si tenuisset delatio, vincere potuisset. Hinc verò Bartolus bene colligit, Si inter partes contentio sit de formatione puncti mittendi consultori: posse iudicem dirimere contentionem, & ad sensum suum illud formare. Quod & aliis plerisque casibus euenit, & quibus in §. non semper infr. hac lege, l. in venditione 8. §. vlt. de reb. auct. iudic. possid. l. 1. §. item Prætor de inspic. ventr. Idque obseruari sæpiùs vidi in Rota Romana per tempus illud quo viuere Romæ mihi contigit, cum de formandis punctis tractaretur, nõ quæ mittenda essent consultori, sed quæ danda essent Recuperatori & relatori litis, ut super iis sigillatim & ex ordine partes informaret, quomodo loquitur, & Rota pronunciaret.

nem iudex & testis constituatur in causa propria, atque ita certam sibi litis victoriam parare possit si non per calumniam sed iure agat, l. 1. infr. Quar. rer. act. non det. Neque verò nouum est, ut etiam post sententiam & condemnationem electio detur reo ut aliquid facere possit, propter quod impediatur & euit effectum condemnationis, ut cernere est in eo qui actione noxali conuentus & ad decidendum damnus condemnatus fuit. Hic enim facultatem habet noxæ dedendæ, & quidem ex lege 12. tabul. licet noxæ deductio numquam sit in condemnatione l. miles 6. §. decem infr. de re iudic. Quidni ergo etiam Prætor facultatem dare edicto suo potuit, ei qui ex delatione iurare debeat, ut possit tamen si malit vel soluere, vel referre? Non addo cum Accursio vel recusare, quoniam iurandum ritè delatum ei quineque soluere velit neque referre, si ab eo recusatur, quia nec iurare paratus sit, hoc ipso habetur pro probatione acti à deferente ipso præstitum esset, ita ut recusatio pro condemnatione sit nisi is qui recusat appellauerit à delatione l. generaliter 12. §. fin. autem C. hoc tit. Nihilque profus interest actoris qua via suum consequatur an reo iurante an reo recufante. Id enim contingit quoties quis nec iurare vult nec referre l. manifesta 38. infr. Cui mirificè conuenit quod scriptum est in l. delata 9. C. hoc tit. Delata condicione iurandi, reum, si non per actoris quominus de calumnia iuret (iter-

terit, per iudicem soluere vel iurare, nisi iurandum referat, necesse habere. Neque verò manifestæ turpitudinis & confessionis esse dicitur nolle iurare absolute, nisi addas quod additur in d. manifesta, nec iurandum referre, ac proinde ut is qui recusat iurandum, haberi possit pro condemnato, necesse est, ut referendi eius habeat potestatem, si modo talis casus sit qui admittat relationem nec enim omnes admittunt, ut dicemus ad §. seq.

a Soluere aut iurare cogam. RAT. DV B. Ad factum nemo præcisè cogitur, ne quidem à prætor, quia non posset id fieri sine vi & impressione quam semper exosam habet legislator *l. si quis ab alio 13. in fin. infr. de re iudic. l. quoties quis alium 81. l. in executione 85. de verb. oblig.* Atqui tam iurare quam soluere meri facti est l. consilio 7. §. vlt. infr. de curat. fur. leg. 1. C. de probat. Ergo nec iurare nec soluere cogi quisquam potest à prætor. DE C. Cœctio duplex est, præcisæ vna & hæc est per quam nemo ad factum cogitur, Causatiua altera & conditionalis, si non malit quis pati bonorum suorum possessionem ac venditionem, aut etiam moribus nostris detrudi in carceres, aut etiam multis coerceri. Hæc enim sunt quæ Vlpianus vocat remedia præ-

8 Datur autem & alia facultas reo, ut, si malit, referat iurandum. & si is, qui petet, condicione iurandi non utetur: iudicium ei prætor non dabit. æquissimè enim hoc facit, cum non deberet displicere condicio iurandi ei, qui detulit. sed nec iurandum de calumnia^a referenti deferretur: quia non est ferendus actor, si condicione, quam ipse detulit, de calumnia velit sibi iurari.

Ad §. 8. Datur autem.

RAT. DV B. Aliud est iurare, aliud verò iurandum referre, & ex edicti verbis, quæ Vlpianus in §. præcedenti retulit, videtur ita ordinatum editum prætoris ut iurare cogendus sit reus aut soluere, non etiam ut data ei sit facultas aliqua referendi, sic enim prætor *eum à quo iurandum petetur, soluere aut iurare cogam.* Et verò idem Vlpianus noster ita disertè scribit in l. Marcellus 11. §. vlt. infr. rer. amot. i quis delatum sibi iurandum referre velit, non tideri prætozem permisisse, nõ magis, inquit Paulus in l. seq. quam si quis ei qui furti agat, iurandum deferat, an ipse fur sit. Ac quemadmodum solemus dicere reum criminis non relatione criminum, sed innocentia sua purgare se debere *l. si qui reus 5. infr. de public. iudic.* Ita & is, cui iurandum delatum est, cum ex edicto iurare aut soluere iubeatur, non debet hanc quoque electionem abere, ut iurandum referre possit, atque ita euitare ne vel soluere vel iurare cogatur. DE C. Laudandus potius quam vituperandus est is, qui iurandum delatum, maualt tamen iurandum referre, quam iurare, cum faciat longè modestius qui refert, quam ut iurat l. illud 25. §. 1. infr. de pecun. constit. ne perituri sit in periculum incurrat, aut suspicionem, quam irritere solent qui tam faciles sunt ad iurandum, uasi contemptu diuini numinis ita faciant, tum quoque, cum ex animi sui sententia & ex conscientia pro veritate iurant l. qua sub condicione 8. de condic. lit. Non autem modestius tantum facit qui iurandum referat, sed etiam vtilius pro aduersario, iem constituit ipse testem & iudicem in causa propria l. 1. infr. quar. rer. act. non det. atque ita præri sibi litis victoriam, quam iurando parare posset, eamque transfert in aduersarium. Quidni o motem ei gerat prætor & admittat relatio-

toris in leg. 1. §. quid ergo si non respondeat infr. de inspic. ventr. Quomodo & olim Senatores cogebantur in Senatum venire, captis pignoribus, ut Lilius refert. Ideoque sententiæ omnes, si prudentibus nostris credimus, concipiendæ sunt in pecunia per lites æstimationem, vt mandari possint executioni per captionem & distractionem pignorum quam reus condemnatus pari tantum, non etiam aliquid facere cogatur: quemadmodum pluribus docuimus in vltima parte *Chiliadis nostræ de errorib. pragmat.*

b Alterum itaque eligat reus. RAT. DV B. Absurdum est dari electionem condemnato. Numquam enim partem illam eligeri ut soluat, idè quod iudicium in eum inuitum comparari & exerceri necesse est d. *l. inter stipulantes 83. §. 1. de verb. oblig.* Nec debet esse in potestate condemnati & electione, an soluat non magis quam vtrum debeat l. 2. §. 1. infr. de eo quod cert. loc. l. sub hac condicione 8. infr. de oblig. & action. DE C. In alternatiuis electio est debitoris, ut habet regula iuris pontificij & ciuilib. *l. plurimque 10. §. vlt. infr. de iur. dot.* Et æquè satisfit actori, qui iurandum reo detulit siue reus iurare eligat, siue soluere. Nec in arbitrio rei ponitur, an debeat vel an soluat, cum aut iurare aut soluere teneatur.

nem, ut & ei qui referre maualt satis faciat, & ei cui referretur tanto magis consulat? Vix enim quisquam iurandum aduersario deferat, qui non multò libentius iuraturus ipse esset, quam delaturus, si relationem expectare non cogeretur: Nec rursus debet iurandi condicio displicere ei qui detulit, ut sequitur in hoc §. excipiendæ tamen sunt actiones ex delicto competentes, non solum si turpes sint quomodo putat Accursius, ut in actione furti euenit de qua Paulus in d. l. 12. rer. amot. quæ non solum turpis est, verum etiam famosa, sed etiam nec famosa nec turpes sint, qualis est actio rerum amotarum de qua in d. l. 11. §. vltim. & l. 13. eod. Hanc enim nec pœnalem nec famosam nec turpem esse constat, & probauimus subtilimè *de cad. 82. de error. pragmat.* sed tamen nascitur ex delicto sicut & conditio furtiua *l. si mulier 21. §. hac actio infr. rer. amot.* quæ similiter nec pœnalis est nec famosa, sed turpis tamen, quia furti mentionem continet, ut & actio de seruo corrupto, propter mentionem corruptionis *l. nec quicquam 56. infr. pro socio*, non etiam actio rerum amotarum, quia in honorem matrimonij, etiam præteriti, turpis actio fuit deneganda l. 1. & 2. rer. amot. quamuis cum res amouentur, furtum reuera fiat *l. vlt. eod.* Idè quod dicitur iudicium Rerum amotarum singulari, d. l. 1. & propter quod necesse fuit, quantum ad iurandi relationem pertinet, ita ordinari edictum, ut referri iurandum in ea actione non posset d. l. idè 13. eod. tit. Nempe quòd licet esset ex delicto, non alio tamen iure censeri debere videretur, quam quo censentur cætera etiam aliunde quam ex delicto descendentes, cum non magis quam illæ aut pœnalis, aut famosa, aut turpis dici potest. Sed aliud prætori nec immeritò videtur, quia cum sit ex delicto non minus quam actio furti relatio iurandi in ea permitti non

posset, quin relationem & exprobrationem delicti continere, petinde ac si ei qui facti ageret iusiurandum referretur an ipse fur esset. Amotio enim delictum est non minus quam factum, licet nomen ipsum non sit turpe ut diximus. Ex hoc igitur tanto magis apparet in ceteris actionibus quae non tunc ex delicto ita ius semper fuisse & esse debere ut is cui iusiurandum deferretur si aliud nihil impediat, referre illud possit. Ergo nec in conditione furtiva quae nascitur ex delicto sicut & actio rerum amotarum d. s. hac actio & l. si ambo 10. §. quoties infr. de compensat. referri iusiurandum poterit quandoquidem eadem ratio delicti impedit relationem quamvis non impediat delationem. Potest enim delatio ei prodesse qui de crimine accusatur si iure se non deliquisse, puta furtum aut iniuriam non fecisse ut in l. si duo 13. §. idem Iulianus supr. l. §. hac lege infr. de iniur. Relatio autem non tam reum exonerat quam accusatorem oneraret, quod esset inquam d. l. §. de publ. indic. Itaque si actor petit ut qui iusiurandum detulit conditione iusiurandi relati non vretur, id est, relatum sibi à reo iusiurandum nollet suscipere iudicium ei praetor non dabit, sed actionem ei & iurisdictionem denegabit, ut & in l. sed est per praetorem 26. §. & adiucitur. ver. sed est dum supr. ex quib. caus. maior. Idque æquissimè, ut Vlpianus subiicit, cum non debeat condicio iusiurandi displicere ei qui ipse detulit. Pati enim quisque debet legem quam ipse tulit, nec reculare quominus eo iure vtatur quod ipse in aliam statuere l. pen.

¶ Non semper autem consonans est, per omnia referri iusiurandum, quale deferretur: forsitan ex diuersitate rerum, vel personarum, quibusdam emergentibus, quae varietatem inducunt. ideoque, si quid tale inciderit, officio iudicis conceptio huiuscemodi iusiurandi terminetur.

Ad §. 9. Non semper.

R. A. T. D. V. B. Iusiurandum quod à reo referretur actori illud ipsum est quod fuerat prius delatum, non aliud. Alioqui nunc primum deferri diceretur non referri si aliud esset. Eadem igitur in omnibus & per omnia debet esse condicio delati iusiurandi quae relati, eademque verborum conceptio, ut si bona ratio quam Vlpianus attulit in §. praecedente, iis verbis, cum non debeat displicere condicio iusiurandi ei qui detulit, & rursus illis sequentibus quia non est ferendus actor, si condicio, quam ipse detulit, de calumnia velit sibi iurari. D. E. C. Possunt multa ex varietate rerum vel personarum emergere, quae varietatem relati iusiurandi inducere debeant, ut in exemplis quae adfert Accursius de eo, qui agens ex donatione non insinuata reo iusiurandum detulit, ut iuret se non donasse si donator ei iusiurandum referat ut iuret sibi donatum esse non ultra quingentos solidos. Nec enim aliter valet donatio non insinuata quam si summam quingentorum solidorum non excedat l. pen. §. vlt. C. de donat. Item si in actione de dolo detuleris mihi iusiurandum ut iurem me non fecisse dolum, ego verò referam tibi ut iures me dolum fecisse in summa quae duos aureos excedat: nec enim pro minore summa de dolo etiam aperto & verè admissio agere permittitur l. si quis adfirmavit 9. §. vlt. & l. seq. supr. de dolo. Ceterum caue ne putes extra huc calum, aut si quis alius valde similis est, iusiurandum in actione de dolo referri posse, si quaeratur an dolo aliquis admissus sit & eam probare per rei iusiurandum actor velit: quod nec Accursius existimavit cum

§. sin autem C. hoc tit. l. 1. & pass. supr. quod quisq. iur.

a Sed nec iusiurandum de calumnia. R. A. T. D. V. B. Qui iusiurandum deferret, prior iurare de calumnia debet si hoc exigatur, ut deinde sic ei iuretur §. quae iusiurandum supr. Atqui deferret iusiurandum etiam is qui refert. Nam omnis relatio delatio est, ut toties diximus in praecedentibus. Ergo & iusiurandum de calumnia ei potest deferri qui principale refert. D. E. C. Non est ferendus actor si conditionis nomine quam ipse detulit de calumnia velit sibi iurari. Nam potest quidem fieri ut qui prior deferret, per calumnam id faciat, ut scripsimus ad d. §. quae iusiurandum supr. At in eum qui delatum sibi iusiurandum deferenti refert vix est talis suspicio cadere probabiliter possit cum faciat modestius quam si iuraret l. illud 25. §. 1. infr. de pecun. constit. Adeoque quodammodo ex necessitate ut se à iurandi vel soluendi necessitate exoneret. Non enim fuerat relaturus si delatum ei prius non fuisset, referendi ergo necessitatem ei dedit qui prior detulit, nec quicquam id per calumnam facere credendus est quod ex necessitate facit. Planè quod in hoc §. scriptum est de facultate danda ei qui iusiurandum delatum est ut referre illud possit, ad iusiurandum iudiciale restringendum est, non etiam extendendum ad conventionale, quippe quod cum ex conventionione omnimodo praestandum sit ab eo qui ut ipse iuraret conuenit, referri nonquam potest l. iusiurandum quod ex conventionione 17. in princip. supr.

ea actio non solum turpis sit, sed etiam famosa, & quae ex delicto proficitur, secundum ea quae diximus ad §. datur autem supr. ex l. Marcellum 11. §. vlt. & legib. seq. infr. ver. amot. Item si libertus agat iniuriarum contra patronum & deferat ei ut iuret se iniuriarum non fecisse, patronus autem liberto referat iusiurandum, ut iuret patronum fecisse grauissimam & atrocem iniuriam, nempe quia non pro qualibet iniuria, sed pro grauissima tantum & atroci permittendum est liberto ut contra patronum agat iudicio iniuriarum, quod famosum est l. sed si hac lege 10. §. penult. supr. de in ius vocand. l. praetor edixit 7. §. praeterea. infr. de iniur. Aut si ut addit Bartolus, Christianus agens contra Iudaeum deferat ei iusiurandum ut iuret per Deum aut super legem Moysis, Iudaeus autem velit Christiano referre super sacrosanctis Dei Evangelii, aut veneranda crucifixi imagine, ut scripsimus ad l. 3. §. vlt. supr. Quamquam cum Iudaeo detulit Christianus, ut iuret per Deum, aut per sacras scripturas veteris Testamenti, non video cur licere debeat Iudaeo, referenti iusiurandum, conceptionem formulae variare, cum ea iusiurandi formula non minus Christiano quam Iudaeo conueniat. Itaque fuisset accommodatius exemplum in Iudaeo deferente iusiurandum Christiano super Christi Evangelii. Nam si iusiurandum referre Christianus vellet, non super Christi Evangelii referri deberet, quae Iudaeus per impiam suam superstitionem contemneret, sed ut per Deum viuum iuraret, aut super sacrosanctis veteris Testamenti scripturis, quas solas illi in veneratione habent. Mirum autem videri non debet iusiurandi varie-

varietatem induci ex diuersitate rerum & personarum, quia prudentis Praetoris & iudicis est, in omnibus rationem potissimam habere circumstantiarum negotij de quo agitur, quae potissimum pendet ex varietate locorum, rerum & personarum, ex quibus scilicet non tantum equitatis, quod est factilius, sed etiam ipsius iuris ratio plerumque immutatur l. bona fides 31. infr. de pos. l. in fundo 38. supr. de rei vindic. l. 2. & 3. infr. de eo quod cert. loc. Ideoque iuris nostri non modò scientiam, sed etiam prudentiam solemus dicere. Prudentia enim tota ferè in personarum, rerum, locorum & causarum circumspicione versatur. Addit autem Vlpianus, cum tale aliquid contingit, ut ex aliqua causa iusiurandum aliter referri oporteat, quam quomodo delatum est, si litigatores conuenire in formula non possint, conceptionem formulae officio iudicis terminandam esse. Quid enim melius dicitur possit? Aut ad quem potius quam ad iudicem huius controuersiae decisio pertinere potest, nisi potius ad praetorem, quoties apud eum & in iure delatio & relatio sit, quomodo plerumque olim fiebat & antequam iudicium acciperetur, ut apparet non solum ex verbis illis edicti quibus praetor profertur coarturum se eum à quo iusiurandum petetur, aut iurare aut soluere? §. aut praetor supr. Sed etiam ex eo quod in §. datur autem subiungit Vlpianus, praetorem non daturum iudicium actori qui reo iusiurandum detulerat, si ex relatione iurare nolit. Indèque suspicatus sum aliquando quod etiam nunc suspicor, Triboniani esse totum hunc §. cui nimirum familiare est praetoris aut alterius cuiuslibet ius dicentis & iudicis nomina confundere, & in prudentum quoque responsis, Imperatorem agere, quod hic ab eo factum esse ostendit verbum terminetur, quod imperantis est, non Vlpiani de iure ad edictum scribentis: praetor id quod vix alio iuris loco reperias, idem scriptum esse, quod in hoc §. ut relatio iusiurandi non semper conformis esse debeat delationi. Nam cum idem sit iusiurandum quod deferretur, & quod referretur, diximus in ratione dubitandi, tale certè referendum est, quale

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

Ad §. vlt. Cum res.

Hic quoque §. mihi non leuiter suspectus est, non ob id solum quod in eo esse video verbum illud imperatum, quo prudentes vti nec possunt nec solent, sed etiam quia iudici dat eam potestatem quae solius videtur fuisse praetoris, quoties apud praetorem in iure, id est, in ipsa litis contestatione deferretur, quod olim ordinarij moris fuisse diximus & ostendimus in §. praeced. Neque verò, quod hic scriptum est, satis conuenit praecedentibus, scripserat enim Vlpianus in §. datur autem si actori, qui iusiurandum detulerat, reus illud retulerit, nec actor conditione iusiurandi vti velit, praetorem ei iudicium non daturum. Hic verò scriptum est, ex relatione non iurante actor ab solui reum. Quomodo enim absolui potest is in quem nec iudicium adhuc redditum sit, nec vnquam daturus sit praetor? Nam neque absolui neque condemnari quisquam

delatum fuit, sicut nec alio modo praestandum est leg. 3. §. vltim. & l. seqq. supr. Nam & praestatur quomodo cum referretur, quandoquidem non recusat, eaque ratio fecit fortasse ut praetor in concipiendis verbis edicti nullam referendi iusiurandi mentionem fecerit, sed iurandi tantum vel soluendi quasi satisfaciat verbis edicti is qui iurare non vult, si modò referat, satisfacit sanè menti & proposito praetoris & in exemplis, quae supra ex Accursio & Bartolo attulimus, non tam agitur de immutanda conceptione formulae, quam de iure iurando ipso, quod delatum est habilitando, ut ita dixerim, hoc est ad eos terminos deducendo qui sint habiles siue ex personarum siue ex rerum circumstantiis habitas illa pendeat. Nam neque de dolo agi potest pro summa minore duobus aureis, neque ex donatione non insinuata si quingentos excedat aureos, neque actione iniuriarum à liberto contra patronum proposita nisi cum atrox iniuria est. Impugnandum igitur est his casibus iusiurandum quasi mancum, nec ad litis decisionem sufficiens, non autem referendum. Scio aliquando ex facto apud nos contigisse, ut iusiurandum à nobilissima matrona delatum plebeiae mulierculae super sacrosanctis Diui Antonij reliquiis, ab eadem muliercula relatum quale delatum fuerat, moderatione per Senatam facta sic temperatum fuisse, ut quae super Diui Antonij reliquiis iusiurandum detulerat, non tamen nisi super sacrosanctis Euangelii & in Recuperatoris ædibus iurare teneretur. Quod etsi propter hunc §. non aliter à Senatu nostro iudicari potuit, mihi tamen certè durissimum videbatur. Nam nec statutum nostrum, quod moderandi iusiurandi potestatem facit, non tantum Senatui, sed inferioribus quoque iudicibus omnibus, ad delatum duntaxat iusiurandum pertinet non etiam ad relatum: cum generalis & perpetua sit Vlpiani ratio illa posita in §. praeced. quod non debeat condicio iusiurandi ei displicere qui detulit. Iusiurandi quod nunc primum deferretur alia certè ratio est §. si de qualitate supr.

potest nisi in iudicio. Iudicium ergo & iudicem datum esse necesse est priusquam absolutio aut condemnatio vlla sequi possit. Scio in extraordinariis cognitionibus, quae ad solius praetoris iurisdictionem pertinent, posse interdum contingere ut absolutioem ab ipso praetore fieri necesse sit, quae ab alio fieri non potest, ut in eleganti specie illa Africani l. pen. infr. de confess. Sed in ordinariis cognitionibus, quae Vlpiani temporibus per iudices datos expediebantur, nego id fieri vnquam potuisse. Sed plus praestabat praetor reo, cum iudicium in eum dare recusat, cum ita fieret ut nec absolutioem vlla reus indigeret, qui nulla actione conueniebatur. Taceo quod nec satis elegans videtur, nec ab Vlpiano aut alio ex prudentibus alibi vnquam vsurpata locutio illa, Cum res in iusiurandum dimissa est, pro eo quod Accursius interpretatur & bene, Cum placet partibus rem decidi iuramento vnus partibus

& pro eo, quod Vlp. noſter ſcripſit *omnes in iuſſurandum admiſſa eſt in l. 5. §. vlt. ſupr.* Denique cum nulla hodie differentia ſit inter ius dicentem & iudicem, poteſt hodie ſententia huius ꝑ. locum habere, quæ olim non potuit, niſi eo vno caſu, quem excepimus ſemper in præcedentibus, cum iuſſurandum non in iure & apud prætorem delatum erat: ſed in iudicio apud iudicem, & poſt dictam formulam, effectu tamen ipſo nihil inter hos caſus intererat, niſi quantum intereſt inter abſolutionem, & actionis denegationem, itémque inter coactionem quæ ſit à prætore ipſo, nulla data actione, & condemnationem quæ ſit à iudice ex formula & imperio prætoris. Cæterum utroque caſu ſi reus cui iuſſurandum delatum eſt iuret, vincere debet, ſive abſolutionem obtineat à iudice, ſive à prætore imperiter ne conueniri ab actore poſſit, ſi referre malit quam iurare audiendus erit, & eo caſu ſi actor iuret, reus vincetur, & vel à iudice condemnabitur, vel citra condemnationem à prætore cogetur ſoluere. Quod ſi reus iurare nolit nec referre, quia paratus ſit ſoluere, aut abſoluetur à iudice, aut prætor iudicium in eum dare recuſabit *l. ſi reus 73. ſupr. de procurat.* Non ſoluens condemnabitur à iudice, vel ad ſolutionem à prætore cogetur. Quod ſi ex reſ. a. tione actor nõ iuret, aut abſoluetur reus, aut actio in eum à prætore denegabitur. Atque hic epilogus eſt, & vt noſtri loquuntur, practica eorum omnium quæ de iure iurando dicta ſunt in ſuperioribus. Nullis igitur aliis dubitandi vel decidendi rationibus opus eſt, quam quæ circa ſingulas huius diſtinctionis partes allatæ à nobis fuerunt. Illud tantum tractandum eſt de quo Bartolus poſt Accuſum quærit: An quod hæc dicitur de abſoluen-do reo, ita debeat intelligi vt liberetur ab obſeruatione tantum iudicij, an verò ita vt etiam à tota cauſa. Et diſtinguit Bartolus vtrum pendente iudicio ſuperueniat reo aliqua exceptio per quam tollatur ius actoris ipſo iure, vt puta ſi ſoluerit, quo caſu ait abſolui eum à ſola obſeruatione iudicij, cum non poſſit à tota cauſa per ſententiam abſolui is qui iam per ſolutionem ipſo iure liberatus eſt, an verò ſuperueniat aliqua exceptio peremptoria quæ actionem perimat ipſo iure, vt tunc ſi ſit de exceptionibus impediendis proceſſum & litis ingreſſum, ac tanquam talis opponatur, non poſſit ex ea ſequi abſolutio niſi ab obſeruatione iudicij, in quo numero ponit exceptiones iuriſſurandi, tranſactionis, & reſ iudicatæ: ſi verò non opponatur tanquam impediens litis ingreſſum, ſed tanquam alia peremptoria quælibet, tunc abſoluti reum oporteat non modò ab obſeruatione iudicij, ſed etiam à tota cauſa ex *l. peremptorias C. ſentent. reſ iud. non poſſ.* Sed mihi diſtinctio hæc non omnino probatur. Nam ſive ſuperueniat exceptio aliqua, quæ actionem perimat ipſo iure, qualis eſt exceptio ſolutionis, tanto magis abſolueendus eſt reus à tota cauſa, quæ certo certius eſt cum ipſo iure liberatum eſſe. (Alioqui ſi quis conueniatur ab eo, qui agat ſine actione, quod eſt de iure non poteſt contingere *l. ſi pupilli 6. §. vlt. ſupr. de negot. geſt.* de facto tamen poſſit, non erit ſimiliter ille abſolueendus niſi ab obſeruatione iudicij quod eſt ridiculum, cum abſoluti hoc caſu debeat reus à tota cauſa per non ius actoris vt in *l. loci 4. §. competis ſupr. ſi ſeruit. vindic. nec*

quicquam vetet eum qui iam ipſo iure liberatus eſt, pronuciari iam liberatum, atque ita in totum abſoluti) ſive exceptio ſuperueniens talis ſit, quæ non perimat actionem ipſo iure, ſi tamen peremptoria ſit, ac præterea impediens litis ingreſſum, non eo minùs perimere totam litem debet, quod oppoſita ſit ad proceſſum impediendum, quandoquidem non eo minùs peremptoria eſt, quam cæteræ, imò tanto magis peremptoriæ dici debent exceptiones huiusmodi, quòd ab initio & ab ipſo litis ingreſſu litem perimunt, quam nec viuere nec exerceri patiuntur: Nec quod ea mente propoſitæ ſint, vt proceſſum impediatur, facere debet, vt non poſſint cenſeri etiam oppoſitæ ad perimendam litem. Quomodo enim melius poteſt lis perimi quam ſi nec inchoari permittatur, tanquam quæ per exceptionem hanc perimatur? Abſoluti ergo reum à tota cauſa oportet qui habeat exceptionem peremptoriam, quæcunque & qualicumque tandem illa ſit. Alioqui dicendum eſſet poſſe illum ab eodem actore conueniri, quomodo poteſt quiſquis ab obſeruatione tantum iudicij hoc eſt ab inſtantia illa abſolui, cui neque exceptionem rei iudicatæ accommodamus, ſi iterum conueniatur. Et verò fatendum eſt eam inter condemnationem & abſolutionem reſ eſſe differentiam, quòd condemnari reus non poteſt niſi ex vna cauſa, ex ea ſcilicet ex qua conuenitur, at abſoluti poteſt ex omnibus cauſis ex quibus actor ſummonetur, dummodò non ſola perſona actoris, vt cum iudicio deſuit, ſed ius ipſum actionis ſummonetur, quod per exceptionem peremptoriam qualemcumque fieri nemo dubitauerit, ne alioqui deterioris conditionis ſit is, qui exceptionem peremptoria potentiore & fauorabiliore vitur, quam qui minùs potenti, minùsque fauorabili: certum enim eſt inter exceptiones peremptorias eſſe illas fauorabiliores & potentiores quæ ita vitur peremptoriæ, vt ingreſſum quoque litis impediatur nec in eas anguſtias conueniendus eſt reus, qui tales exceptiones habet vt pati cogendus ſit litem inchoari quo magis à tota cauſa abſolui, à qua abſoluti ab initio poſſit & debeat. Sed grauior Bartolus error meo iudicio ille eſt, quod exceptionem iuriſſurandi ponit inter eas quæ actionem ipſo iure non perimunt, ad exemplum exceptionis quæ ex tranſactione & re iudicata oritur. Nam imò verò perimit iuriſſurandum ipſum actionem ipſo iure, cum nouationis adeò que delegationis & acceptilationis ſpeciem obtineat *leg. qui iuraſſe 26. §. vlt. ſupr.* & quidem voluntariæ cum ex voluntate litigantium proficiſcatur & ex quadam veluti conuentione vt ſcriptum eſt in *d. §. vlt. & in l. iuriſſurandum à debitore 40. inſr.* Nouatio autem & delegatio voluntaria fieri non poſſit, neque acceptilatio, quin prior actio perimatur *l. aliam 29. inſr. de nouat.* Vnde eſt quod in eum qui iurauit prætor actionem denegat *l. ait prætor 7. ſupr.* nec indiget is qui iurauit exceptione vlla niſi cum hoc ipſum ambigitur an iuratum ſit *l. nam poſteaquam 9. in princip. vbi diximus ſupr.* Nec repugnat Paulus in *l. eum qui 30. in princip. ſupr.* quo vno textu mouentur interpretes vt contra ſentiant. Longè namque alia Pauli ſententia eſt vt nos ad eum locum docuimus.

Tutor

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

Ad l. Tutor pupilli 35.

RAT. DVB. Iuriſſurandum tranſactionis vim obtinet *l. 2. ſupr.* Atque tutor etiam qui tutelam gerit, non poteſt tranſigere diminuendi pupillaris patrimonij cauſa *l. Lucius 46. §. vlt. inſr. de admin. tutor. l. pactum curatoris 22. C. de pact.* Qui autem iuriſſurandum deſert, patrimonium dimittit, cum ſit etiam illa ſpecies quædam alienationis, per quam & actio & debitor amittitur iurante reo cui iuriſſurandum delatum eſt *§. vlt. l. prox. ſupr.* præter nouationem & delegationem quæ ſit per iuriſſurandi delationem *l. qui iuraſſe 26. §. vlt. ſupr.* Ergo iuriſſurandum deſerre tutor pupilli non poteſt nec ſi omnes aliæ probationes deficient, cum fieri poſſit vt aliqua ſuperueniant ex quibus poſſet pupillus vincere, vt in *l. admonendi 1. ſupr. l. ſi quis iuriſſurandum 1. C. eod.* & quarum ſpe melius ſit intacta & integra pupilli iura conſeruari, quam per iuriſſurandi delationem à tutore facta lædi *l. vlt. C. in quib. cauſ. non eſt neceſſ. in integr. reſtit.* Multo magis ſi quod in hac lege Paulus ſcribit, Quandoque agentis poſtea pupillo denegandam eſſe actionem, ſic intelligere quis velit vt neque per in integrum reſtитуtionem pupillo ſuccurri oporteat, quomodo intelligendum eſſe ſcripſimus *ad l. iuriſſurandum quod 17. §. ſi tutor ſupr.* contra Accuſum, qui putat poſſe hæc dari reſtитуtionem in integrum pupillo aduerſus tutoris delationem ſi modò ſe læſum probeat ex *l. nam poſteaquam 9. §. ſi ſupr.* qui tamen locus ad hunc caſum omnino nil pertinet, vt ibi explicauimus. **D.E.** Tutor in omnibus iis quæ ad pupilli vtilitatem pertinent, domini loco eſt & omnia facere poteſt quæ poſſet verus dominus habens rerum ſuarum adminiſtrationem *l. qui fundum 7. §. tutor inſr. pro emptor. l. interdum 36. §. qui tutelam inſr. de ſurt.* Atque ad pupilli vtilitatem maxime pertinet, vt deficientibus aliis omnibus probationibus, ſine quibus non modò non poſſit vincere, ſed etiam ſuccumbere ei ſit neceſſe, poſſit tutoreius nomine iuriſſurandum deſerre, cum poſſit aliquo caſu euenire vt ex ea delatione vincat pupillus, qui alioquin certum litis damnum incureret puta ſi aduerſarius cui delatum eſſet iuriſſurandum, nec iurare vellet nec referre. Tunc enim habendus eſſet ipſe pro confeſſo *l. manifeſta 38. inſr. l. prox. §. ait Prætor & ſeq. ſupr. & conſequenter pro condemnato l. 1. inſr. de confeſſ.* Ergo hoc ſaltem caſu permittendum eſt tutorei vt iuriſſurandum pupilli nomine deſerat. Ratumque habendum eſt cuiusmodi iuriſſurandum

à Prætore *l. iuriſſurandum quod 17. §. ſi tutor ſupr.* id eſt vt quandoque agere volentem pupillum audire non debeat, quemadmodum ſcriptum eſt in hac lege. Quod ego ſic intelligo, etiam ſi ſuperuenierint ei nouæ probationes, ſi modò tempore delati iuriſſurandi neque ſperari neque expectari poterant. Non enim poteſt videri hoc caſu læſum inſpecto tempore delationis quod emper præciſe inſpiciendum eſt. Nec aliud requiritur niſi vt tutor iuriſſurandum delatit bona fide & ex mera neceſſitate, ac eo tempore quo prudentiſſimus & diligentiſſimus paterfamilias quilibet nihil melius facere potuiſſet. Alioqui quod fauore pupilli non minùs quam ex ratione iuris inducitur eſt, vt nec ipſe vllò caſu nec tutor eius indiſtinctè iuriſſurandum deſerre poſſit, in eius odium reuocaretur ſi nec omnibus probationibus deficientibus idipſum tutorei permitteretur contra *l. pen. C. ad S. C. Trebell. l. quod fauore 6. C. de legib.* Nec illud etiam requiritur, vt tutor qui deſert, tutelam gerat, vt contra Accuſum malè videtur ſentire Cuiacius ex *d. §. ſi tutor* dummodo non ſit ei interdita adminiſtratio, vt ad eum locum ſcripſimus. Cum autem hoc vno caſu delatio ritè facta eſt & ex bona fide, fruſtra pupillus poſtea implorabit reſtитуtionem in integrum vt audiat veniens contra iuriſſurandum ex nouis forſaſſe probationibus, niſi eo caſu quo etiam maior poſt iuriſſurandum quoque præſtitum audiretur id eſt in ſpe. *ie l. admonendi 31. ſupr.* Nam nec alius quilibet minor qui ipſe in caſu ſimili iuriſſurandum delatiſſet, reſtitui poſtea poſſet, vt ſcripſimus *ad d. l. nam poſteaquam 9. §. ſi tutor ſupr.* Alioqui non poſſet dici Prætorum habere id quod ſive per reſtitutionem in integrum ſive quo alio modo reſcinderet *l. ſi mulier 21. §. 1. ſupr. quod met. cauſ. l. quoties 44. inſr. de acquir. hered. l. 4. §. vlt. de euiſt.* Idque eſt quod Paulus hæc ſcribit *Quandoque enim pupillo denegabitur actio.* Dixit enim *quandoque* non pro aliquando quæ ſecunda Accuſij interpretatio & mala eſt, quaſi aliquo caſu deneganda ſit actio pupillo, & aliquo caſu concedenda, ſed loquendi more prudentibus noſtris familiari pro *quandoque* vt in *l. heres quandoque 54. de acq. hered. l. verbum ciuilibus 7. de vulg. & pupill. ſubſtit.* vbi dixit Papinianus *quandoque* non pro nunquam ad exclusionem reſtitutionis in integrum in perpetuum & omni tempore. Nec ſanè poteſt vnquam fieri vt pupillus hoc caſu ſe læſum probeat, cum tamen ſine læſione non poſſit in integrum reſtitui, vt & Accuſ. fatetur.

1 Prodigus, ſi deſerat iuriſſurandum, audiendus non eſt. Idémque in cæteris ſimilibus ei dicendum eſt. nam ſive pro pacto conuento, ſive pro ſolutione, ſive pro iudicio hoc iuriſſurandum cedit: non ab aliis delatum probari debet, quam qui ad hæc habiles ſunt.

Ad §. 1. Prodigus.

RAT. DVB. Prodigus qui neque modum neque finem impenſarum habet, quomodo diſſinitur in *l. 1. inſr. de curat. furioſ.* licet ei ſit interdita bonorum ſuorum adminiſtratio, & curator ei data [de hoc enim ſolo hæc loquimur, cum prodigalitate ſolius ante interdictionem ratio haberi nulla poſſit] rerum

Tom. III.

quidem ſuarum adminiſtrationem amiſit, ſed tamen dominium non amiſit ſicut nec pupillus qui tutorem habet, aut furioſus, qui citratorem. Ergo cum remaneat dominus utique audiendus eſt ſi iuriſſurandum aduerſario deſerre velit, ſaltem eo caſu quo deficient ei aliæ omnes probationes, cum aliis quilibet etiam prudentiſſimus paterfamilias idém

R.

facere necessario cogetur, exemplo eius quod in tutore pupilli proxime scriptum est. DEC. Is demum iusurandum deferre potest, non qui dominus est, sed qui rerum administrandarum ius habet. *L. iusurandum quod 17. §. pupillus sup.* Delatio enim iurandi ad rerum administrationem pertinet, cum habeat vim pacti conuenti, id est transactionis. *L. 2. sup.* Ad eoque stipulationis, non actionis & delegationis. *L. qui iurasse vicesimo §. 20. §. vltim. sup.* itemque acceptilationis solemnis. *L. antepenul. infr. qua solutio imaginaria est §. 1. Instituit. quibus mod. tollit. obligat. l. pen. infr. De solut. Imò & veræ solutionis. l. 27. sup.* Atqui prodigus non habet ius rerum suarum administrandarum, ideòque nec pacisci potest nec per stipulationem promittere. *L. is cui bonis 6. infr. De verb. oblig. neque solvere aut aliter quicquam ex bonis suis alienare, nec denique rem in iudicium deducere, ne quidem curatore auctore, in quo deterioris conditionis est sicut & furiosus, quam pupillus, qui omnia hæc facere potest utore auctore. l. 5. De reg. iur. l. quod si forte 14. §. vlt. & l. seq. infr. De solut.* Nempe quia certum est æratem a iuram esse pupillo iudicium non etiam furioso respicientiam, aut prodigo bonos mores, vt sapius diximus ex *l. 3. §. 1. infr. De tutel.* Ergo neque permittendum est prodigo vt deferat iusurandum ne quidem curatore auctore nec si ceteræ probationes omnes deficiant, sed curator solus exemplo tutoris deferre iusurandum eo casu potest, & debet. Sicut solus ille & paciscitur & stipulatur, aut promittit pro prodigo, &

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

Ad §. vlt. Qui non compelluntur.

RAT. DVB. Aliud est iurare, aliud verò litigare. Iurari enim quocunque loco & apud quemlibet iudicem nihil prohibet, præsertim si iusurandum ex conuentione sola proficiatur, nec pud iudicem deferatur ab aduersario nec à iudice ipso imponatur, vt loquitur *l. generaliter 12. C. hoc tit.* Est enim eo casu quid omnino extraiudiciale. Sic litigari non potest nisi apud iudicem competentem, nec priuatorum consensus potest tribuere iurisdictionem ei qui nullam habeat, licet eam quæ alicui competit possit prorogare. *l. 1. & 2. sup. De iudic. vbi scriptimus l. 3. C. de iurisdic. omn. iudic. l. cum Papinianus 14. C. de ferrent. & interloc. omn. iudic.* Cum igitur de iureiurando deferendo extra iudicium & præstando tractatur, nihil atinet querere an is cui iusurandum deferatur, compelli possit eo in loco iudicium accipere an non possit, præsertim si iurisdictione sit competens, & is cui iusurandum deferatur, præscriptione tantum aliqua foris teneatur vt in exemplo quod Paulus hic adfert de legatis prouincialibus & aliis huiusmodi qui ius habent & priuilegium reuocandi domum. *d. l. 2. §. legatis & pass. sup. De iudic.* Præscriptio enim fori præsupponit competentiam iurisdictionis, vt ibidem tractauimus. DEC. Iusurandum etiam quod extra iudicium deferatur iudicij instar obtinet, vt

36. VLP. IANVS libro 27. ad Edictum.

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

Ad l.

re eius alienat, & in iudicium deducit, quia rerum administrandarum ius habet curator prodigi, non prodigus & curator furiosi non furiosus, qui prodigo in omnibus bene comparatur, itemque mutus & surdus & alia huiusmodi personæ quibus curator dari solet, & debet, quod rebus suis superesse non possint, & de quibus in *Tit. De curatoribus furios. prodig. & aliis extr. minor. dand. & Tit. De bonor. possess. furios. infans mut. surd. caco dand.* Illæ enim sunt personæ prodigo similes quas Paulus hoc loco intelligit iis verbis idemque in similibus eis personis dicendum est. Et quamuis generalia sint verba edicti quibus Prætor pollicetur se coactum eum cui deferatur iusurandum vt vel in et vel soluat. *l. præx. §. ait Prætor sup.* restringi tamen debent ad personas habiles vt hic Paulus monet, quomodo in cæteris omnibus legibus, constitutionibus & hominum quoque dispositionibus dicimus, quantumuis generales sint, restringi tamen eos debere ad casus habiles, ne alioquin absurdum innumera sequantur que se qui necesse esset, quod et si probare nostri vulgo solent nec male ex *l. adigere 6. §. quamuis De iur. patron. l. 1. §. vlt. infr. ad §. Terry 4.* probatur tamen omnium optime & aptissime ex hoc loco. Cætera que hic tractat Accusatus, quarum rerum loco iusurandum cedat, iam explicauimus ad *l. 1. & 2. & l. qui iurasse 26. §. vlt. cum l. seq. sup.* & dicemus etiam ad *l. antep. infr.* Falsum enim est quod ille putat per iusurandum non tolli ciuilem obligationem.

scriptum est in §. precedent. & in *l. qui iurasse 26. §. vlt. sup.* Equè enim conuentionale atque iudiciale ad Prætoris edictum pertinet vt is cui deferatur, aut iurare cogatur aut solvere. *l. præx. §. ait Prætor sup.* sicut & iudicium redditur in inuitum. *l. inter stipulantes 83. §. 1. De verb. obligat.* Ergo qui non coguntur iudicium Romæ accipere siue quod ex aliena iurisdictione sint vt in *l. 2. sup. si quis in ius vocat. non ier. l. si quis ex aliena §. sup. De iudic.* siue propter priuilegium quod ex aliqua causa habeant reuocandi domum, vt legati prouinciales, nec ibi iurare cogendi sunt. Alioqui iusurandum hoc non succederet in locum iudicij & litis contestatæ, quomodo succedit, & ita idem Paulus no ster ratiocinatur in *l. sed est 28. §. ex quibus sup. De iudic.* Tractamus enim hic de iureiurando quod delatum sit duotaxat, necdum tamen præstitum, & de quo controuertatur vbi præstandum sit. Nam si ex vtriusque partis voluntate iam præstitum sit, quocunque tandem loco tuendum est, & conseruandum à Prætoro. Quod ei hic ipse locus satis probat eo verbo non compelluntur vt intelligamus eum cui iusurandum deferatur non compelli quidem alibi iurare, quam vbi conueniri punitus posset, sed posse tamen si velit. Iurare igitur vbique cogi non potest, at iurasse vbique potest. Sic dicimus satisfacere velle nil prodesse, sed prodesse tamen satisfecisse. *l. item liberatur 6. §. 1. infr. quib. mod. pign. vel hypoth. soluit.*

Ad l. si actor 36.

RAT. DVB. Exceptio iurifurandi locum habet non tantum si ea actione quis vtatur, cuius nomine exegit iusurandum, sed etiam si alia, si modò eadem quaestio in iudicium deducatur. *l. in duobus 28. §. exceptio sup. hoc tit.* Atqui ponimus eandem pecuniam quam actor dicebat sibi constitutam à debitore, & cuius nomine cum ageret de constituta pecunia, reus iurauerit auctore deferente non fuisse constitutam. Ergo etiam si nunc de sorte, id est, de prior obligatione pecuniam fortassis creditam, reus conueniatur conditione certi ex mutuo, exceptio iurifurandi locum habere debet, quamuis alia actio sit cum de eadem pecunia quaratur. Maximè verò cum iusurandum habeat vim solutionis quoque *l. 27. & l. seq. §. 1. sup.* & acceptilationis. *l. antep. infr.* Nemo autem dubitat quin si soluta esset pecunia quæ constituta dicebatur, sublata esset omnis obligatio non tantum constitutæ pecuniae sed etiam creditæ, nec minùs ciuilem actio conditionis certi ex mutuo, quam honoraria de constituta pecunia. DEC. Cum de iurifurandi exceptione quaritur an noceat, non tam inspicendum illud est, an alia actio sit, quam vtum alia sit quaestio facti quam ea de qua iuratum sit, vt diximus ad *d. §. exceptio.* Non enim iuratur nisi super quaestione facti, nec debet iusurandum de vno facto præstitum ad aliud factum extendi licet vtrumque factum ad vnam eandemque pecuniam pertineat. Atqui alia quaestio est, an constituta sit pecunia, an verò sit creditæ, quoniam & aliud factum est si pecunia constituta, aliud si mutua detur, nõ constituitur, nisi quæ iam ex alia causa debetur. *l. 1. §. debitum autem infr. De pecun. constit.* Creditur autem nunc primum pecunia, quæ nondum debetur. Iusurandum igitur

super posteriore obligatione & actione constituta pecuniae delatum & præstitum, exceptionem parere non potest in prior obligatione, fortis & pecuniae creditæ & aduersus conditionem certi ex mutuo, quia licet eadem sit pecunia quæ & creditæ dicitur & constituta. Alia tamen quaestio facti non minus quam alia actio est, nec potest videri iusurandum hoc casu habere vim solutionis & acceptilationis, non quia eam vim habere non debeat, nisi quantum ad id de quo iuratum est, vt malè Accursius putat & post eum Bartolus, [nam si iuratum esset super prior obligatione fortis & pecuniae creditæ, vtique haberet vim solutionis & acceptilationis, ad elidendam quoque actionem constitutæ pecuniae quamuis de ea iuratum non esset] sed quia iuratum non fuit super obligatione principali quæ si sublata esset per iusurandum, accessoriam quoque constitutæ pecuniae sublata esse per consequentias necessarias oporteret, ex regula *l. cum principalis 178. De regul. iur. l. item illa 18. §. vlt. infr. De pecun. constit. l. iusurandum à debitore 40. infr. hoc tit.* At super obligatione accessoria constitutæ pecuniae, qua sublata nihil prohibet principalem saluam remanere, nisi de hac quoque reus iurauerit aduersario deferente, id est, pecuniam neque creditam neque constitutam fuisse. Rectè verò aduersario deferente quia si reus cui actor de sola constituta pecunia iusurandum derulit, de creditæ quoque iuraret, non eo magis exceptionem iurifurandi aduersus conditionem certi ex mutuo sibi acquireret quia ex delatione iuratum non esset. Nemo enim seipsum iudicem & testem in causa propria potest constituere nisi cui ea condicio ab aduersario ipso deferatur. *l. 1. infr. quar. rer. act. non detur iunct. l. nullus 10. infr. De testib. l. omnibus 10. C. eod.*

37. VLP. IANVS libro 33. ad Edictum.

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

Ad l. si non fuerit 37.

RAT. DVB. Nihil tam contrarium est delationi iurifurandi, quam vt remittatur, qui enim defert, vult aduersarium cogere vt vel iuret vel soluat. *l. iusurandum 34. §. ait Prætor sup.* Qui verò remittit iusurandum, facit gratiam iurifurandi. *l. remittit 6. sup.* Ergo non potest verum esse quod in hac lege scribitur, eum qui processit ad delationem iurifurandi, si nolit prior iurare de calumnia, similem esse remittenti, eique denegandam esse actionem perinde ac si reo iurifurandi gratiam fecisset. DEC. Quisquis iusurandum defert extra parentes & patronos, iurare prior debet de calumnia. *dist. l. 34. §. qui iusurandum sup.* vbi rationem attulimus. Ergo si nolit facere quod prior facere iubetur, hoc ipso videtur non à delatione resilire, quod nec potest inuito eo cui iam derulit, sed iusurandum remittere & consequenter habere illud pro præstito. Alioquin sibi ipsi gratiam delationis facere diceretur, si ex poenitentia delationem reuocare pos-

Tom. III.

set, quod absurdum esset. Atqui si reus ex delatione iurasset, actori hodie actio denegaretur ex edicto Prætoris. *l. ait Prætor 7. sup.* Ergo & denegari debet, cum post delatum iusurandum actor iurate prior de calumnia noluit, cum aduersarius iusurandum illud ab eo exigeret. Sic enim accipienda necessariò sunt verba illa huius legis *ne de calumnia iuretur* & illa rursum sequentia *ne prius de calumnia iurauit* cum iusurandum de calumnia non aliter præstandum sit quam si exigatur. *dist. §. qui iusurandum.* Nec potest actor conueniri, quasi aliqua ei fiat iniuria, in eo quod iusurandum ab eo delatum habeatur pro remisso, quod videbatur habendum potius pro non delato. Duo enim sunt quæ sibi debet imputare: Vnum quod processerit ad delationem iurifurandi iam certus nolle de calumnia iurare, cum tamen sciret aut scire deberet, non prius cogi posse aduersarium ad iurandum quam prior ipse actor de calumnia iurasset. Alterum quod post delatum susceptumque à reo iusurandum [satis enim suscipitur hoc ipso, quod is cui iusurandum delatum est, exigit ab actori iusurandum de-

R. 2

calumnia] iurare tamen de calumnia recusat. Cùm igitur delatio quæ facta & facti est non possit haberi pro i. f. cta l. in bello 2. §. facti autem i. f. de capt. & postum. l. de iure 1. §. i. f. quib. caus. mai. necesse est, t delatum iusiurandum habeatur pro præstito, in præiudicium actoris per quem stat. non dicam ne à reo; ræ ari possit [possit enim si vellet iusiurandum illud calumnia remittere. siue expressè siue saltem tacitè secundum ea. quæ disputauimus ad d. §. qui iusiurandum] sed ne reus per Prætozem cogi possit, ut iuret, ex reg. l. iure civili 2. §. de i. d. & demon. f. cum similib. Idque est quod Accursius ait, etiam si non faciam quod de eo, si tamen nec tu facias quod tebe. non posse te obtinere ex l. si in emptione 34 §. item si & emptor i. f. de contr. empt. l. Iulianus 11. §. off. i. d. ad i. d. i. f. R. mitti ergo iusiurandum potest non tantum expressè ut in d. l. remittit sed etiam tacitè si recuset is qui deluit, iurare prior de calumnia: sed cum hac differentia. quod expressa remissio voluntatem exprimat habet remittentis: at tacita fieri iure legitur inuito etiam nonnunquam

38. PAVLVS libro 37 ad Edictum.

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

Ad l. Manifesta 38.

RAT DVB Fieri potest ut vir probus & honestus iurare nolit etiam si bonam & iustam causam foueat. Tantòque difficiliorem se præbat ad iurandum quanto sit honestior & religiosior l. qua sub condicione 8. i. f. de condic. i. f. i. f. Nec tamen referre iusiurandum velit propter periculum, quod incurrunt illi qui iusiurandum referunt, ut aduerarium in propria causa iudicem & testem constituent, quo grauius & periculosius dici nihil potest, ergo neque turpitudinis neque confessionis manifestæ est, nolle nec iurare nec iusiurandum referre. Et quemadmodum maioris modestiæ est, referre iusiurandum quam iurare velle l. illud 25. §. 1. i. f. de pecun. constit. ita maioris prudentiæ, minorisque periculi iurare velle, quam iusiurandum referre, non igitur est quod turpitudinem obiciamus ei qui neutrum facere velit, cū a potius modestiæ, & prudentiæ coniunctam laudem mereatur. Dec. Superstitio non religio est, si quis metu diuini numinis, nec pro ea re quam veram esse sciat, iurare velit, nisi vel solvere, vel saltem iusiurandum referre paratus sit, d. l. qua sub condicione & d. l. illud §. 1. superstitio nem verò cuique suam nocere æquius est, quam alteri, qui postquam iurauit de calumnia in culpaus est, nec vlam factis iustam querelæ occasionem videri potest dare aduersario, quem facit iudicem in causa propria l. i. f. Quæ rer. act. non det. Facit ergo turpiter is, qui nec iurare vult nec referre, non in eo quod iurare non vult, sed in eo quod nec vult referre, nec tamen solvere, sed pergit in lite prosequenda. ut dolo malo erepra aduersario hac quoque probationis specie, victoriam improbatæ litis sibi paret. Quomodo autem apertius possit fateri intentionem aduersarij, quam si delatum sibi iusiurandum nec subire velit, nec referre? Quid? An non etiam recusari potest iusiurandum non potest si nē, nec magis iure veteri ut malè putat Accursius, quam no-

eo qui tacitè remittere credi ut nisi quod malè vult videatur non iurare de calumnia, quam aduersarium de re contraria iurare arg. l. si patre cog. i. f. 22. i. f. de rit. nupt. Et ideo benè Vipianus hinc dicit esse illum remittenti similem, ut appa. eat non tam iusiurandum remississe hunc actorem, quam pro eo haberi ac si remississet, alioqui si nec præstitum esset iusiurandum nec remissum aut habendum saltem pro remisso, habendum necessario esset pro non delato l. non erit, §. vlt. i. f. Quod autem Accursius addit hanc legem hodie correctam esse propterea quod ex Nouella Iustiniani Constitutione 49. de his qui ingred. ad appell. hodie semel tantum in tota lite & ab initio iuret ut qualiter verum sit docuimus ad d. §. qui iusiurandum Planè si ante litem contestatam & extra iudicium deferatur iusiurandum etiam hodie de calumnia iurandum erit quia Iustiniani constitutio & Iustinianicum illud iusiurandum ad hunc casum non pertinet sed ad iusiurandum ob litem & in lite ipsa præstandum, ut non malè Bartolus hinc notat, & ad d. §. qui iusiurandum.

no inspecto, etiam priusquam susceptum sit iusiurandum, ut benè contra Accursium Bartolus disputat ex l. iusiurandum 34. §. ait Prator i. f. Nisi iusta causa sit recusandi, quomodo intelligi debet quod scriptum est in l. generaliter 12. §. 1. C. hoc tit. ut ex eo apparet quod ibidem Iustinianus constituit ut si iudex recusatum iusiurandum omnimodo præstandum esse existimauerit sic causam dirimat, quasi volente eo sacramentum sit relatam, sic enim legendum esse puto, non ut vulgo recusatam que nullius sensus lectio est, nisi malis legere nolente pro volente. Error enim probabilior est, & emendatio tolerabilior. Hoc sensu, ut possit quidem is, cui delatum est iusiurandum, illud recusare, ante quam à iudice delatio ad præbata sit, sed si postea iudex delationem adprobauerit, et omnimodo iurandum esse putauerit, iusiurandum exinde videatur recusatum contra voluntatem iudicis, & consequenter is, qui recusauit habeatur pro confessio ex hac lege, sed non semper adprobat delationem iudex, quia variæ possunt esse causæ iustissime recusandi iusiurandi: Quas hinc Bartolus congerit diligenter, aliquando, inquit, ex persona deferentis, ut in l. 17 §. vlt. & l. tutor 35. §. 1. i. f. Aliquando ex persona eius cui defertur l. 34. §. pupillo & seq. sup. Item ex qualitate loci in quo defertur d. l. tutor §. vltim. aut actionis propositæ si talis sit, ut ex ea conueniri nequeat is, cui defertur iusiurandum, ut in specie l. si patronus 16. eod. Aut etiam exceptionis, quæ opponi amplius non possit, ut in l. in contrahibus §. illo proculdubio Cod. de non numer. pecun. item propter ignorantiam vel dubitationem eius cui defertur d. l. 34. §. 1. & §. ait Prator, aut si periculum sit ne alio postea agente periculum detegatur argum. l. aliis 8. §. sup. aut si futurum esset, ut ius illius cui iusiurandum defertur, aliquatenus minueretur, ut in specie l. eum qui 30. in princip. sup. aut si emptor conuentus vindicatione vel hypothecaria malit se defendere, ut paret sibi actionem de euictione quam non haberet, si ex iusiurandi relatione aduersario

aduersario facta vinceretur ex l. si dictum 56. §. si compromisso i. f. De euict. Quamquam vereor ne exemplum hoc [cætera enim iuris locis tractauimus] non sit satis accommodatum, emptor enim qui recusandi iusiurandi solam illam causam habuit, ut postquam succubisset, agere posset de euictione, cum succumbat culpa sua, si iurando poterat vincere nullum post condemnationem regressum habere potest arg. l. si ideo 55. eod. tit. l. si obligata 13. C. eod. l. exceptione 67. i. f. De fideiuss. Quod si nec iurare poterit sine scrupulo, nec referre voluit propter periculum litis amittentis, adhuc tamen non caret culpa, cum tanto certius litem amittat, qui si iusiurandum retulisset, vincere fortassis potuisset. Nec quod aduersario iurante ex relatione victus fuisset, meliorem ipsius causam facere potest, cum non eominus agere de euictione potuisset, si quidem multum differat hic casus ab illo quo quis ex compromisso suo fuerit condemnatus, de quo in d. §. si compromisso. Nam compromissum habet causam merè voluntariam, & quæ ex arbitrio compromittentis pendet, cum iure civili & veteri & nouo iuris nemo ad compromittendum cogi possit. At delatio iusiurandi habet causam merè necessariam, cum is qui nec iurare vult, nec succumbere, non minus cogatur iusiurandum referre, quam is cui refertur iurare d. l. generaliter §. 1. C. hoc tit. Sed & emptori huic potest imputari, cur non melius sibi prospexerit laudato citius, & opportunius authore suo venditore, ut causam iureiurando decideret, vel pareretur ipse vel prohiberet, nec in emptorem postea condemnationis reuicere culpam posset. Quid ergo si talis casus emergat in quo is cui delatum iusiurandum est, iurare quidem possit si velit, referre tamen non possit, nec si maxime velit, fortè quod factum de quo iurandum est, ei cui iusiurandum defertur, sit cognitum, deferret ei id incognitum? Hoc enim sæpius in praxi contingit. Et alij ex pragmaticis & interpretibus nostris aliter sentiunt. Dubitationem facit, quia non ait Paulus in hac lege manifestæ turpitudinis & confessionis esse nolle iurare, quod nec verè dici possit, sed adit nec iusiurandum referre, ita innuens nihil imputari posse illi qui iurare non vult si iusiurandum referre non possit. Sed tamen mihi contra semper visum est, perinde hunc succumbere debere, ac si nec iurare nec referre cum posset vellet, neque enim verba Edicti sic concepta sunt, Eum à quo iusiurandum petetur, aut iurare aut referre cogam aut solvere, sed nulla relationis mentione facta aut iurare cogam aut solvere d. §. ait Prator. Quod autem ei defertur iusiurandum, datur etiam facultas referendi si malit, non tam ex verbis Edicti sit quam ex facilitate & indulgentia Pratoris, ut is cui iusiurandum delatum est minus ardeatur, & ei qui deluit æquè con-

sulatur, tanquam constituto iudici in causa propria ut diximus ad d. l. 34. paragraph. datur autem. Cæterum facultas illa referendi iusiurandi, sicuti ad alios casus non pertinet quam quibus referri iusiurandum possit, ut semper supponantur termini habiles ex l. tutor 35. §. 1. i. f. ita non exinguit potestatem Edicti, hoc est iurandi vel soluendi necessitatem, si qua de causa referri iusiurandum non possit. Nihilne ergo intererit, an is cui delatum iusiurandum est, referre illud possit, an non possit? Nihil penitus quod ad effectum rei attinet, quia utroque casu æquè succumbit is, qui iurare non vult: Sed quod ad causam condemnationis attinet, multum interest. Non enim manifesta turpitudinis & confessionis est nolle iurare absolute, nec pro confessio, aut pro improbo haberi potest is qui ex delatio iurare noluit, quamuis perinde succumbat, quia Edicti & imperio Pratoris satisfacere noluit. Soluat igitur, quia ex duabus Edicti partibus elegisse hanc videretur. Idemque est si ex delatio quis agens iusiurandum aduersario deferat. Nec enim referri illud potest, nec eo minus tamen iurandum est ut diximus ad d. §. datur autem ex l. Marcellus 11. vlt. & legib. seqq. i. f. Rer. amot. vbi rationem huius iuris attulimus, & specialiozem quam quæ à viro doctissimo Iacobo Cuiacio allata est ad Paulum in hunc locum. Caue autem ne cum eodem Cuiacio putes in specie huius legis eum qui nec iurare vult nec referre, hoc ipso habendum esse pro confessio & condemnato. Pronunciatio enim necessaria est & condemnatio sequi debet, ut rectè docet Bart. ex l. eius qui delatorem 29. i. f. De iur. fidei. & ex eodem loco probat heredem illius qui nec iurare voluit nec referre, non posse, quasi condemnati heredem ex eiusmodi præsumpta confessione conueniri, adeoque nec condemnari. Illud denique notandum & verissimum est, quod circa causas recusandi iusiurandi addit Bartolus, Possit etiam interdum recusari iusiurandum propter qualitatem & modum deferentis aut referendi ex dict. l. iusiurandum 34. §. si de qualitate & paragrapho non semper sup. Suavis verò est Accursius noster qui notat in illis verbis, Nolle nec iurare, nec iusiurandum referre abundare vnam negationem, ne alioqui duæ negationes, inquit Bartolus, æquipolleant affirmationi ex l. duobus 27. De verb. signific. Et suauior idem Bartolus, cum euictandi huius absurdi gratia sic verba hæc interpretatur, ut in eo quod Paulus ait nolle subintelligendum sit solvere ex parte rei, inquit. Nam ex parte actoris videt supplementationem hanc fieri non posse. Nimirum nondum viderant boni viri elegantias Manutij, quæ docent ex plerisque Ciceronis locis in huiusmodi locutionibus duas negationes magis negare & elegantius, quam si vna tantum esset,

59. IULIANVS libro 10. Digestorum.

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

Tom. III.

R 3

Ad l. si quis cum debitore 39.

RAT. DVB. Condiciones iurandi improbantur à Prætorè tanquam superflue, adeoque minus honeste, obrationes ab Ulpiano allatas in l. qua sub conditione 8. infr. de condic. inst. Ergo si quis cum debitore suo pepigerit ne ab eo pecunia peteretur, si iurasset se Capitolium non ascendisse vel aliud quodlibet fecisse vel non fecisse, sique iurauerit, nulla neque conditionis, neque iurandi huius ratio haberi à Prætorè debet, nec proinde potest ex hoc iure iurando dari exceptio pacti, aut impediri repetitio soluti. DEC. Iusta est conuentio si qualibet causa in conditionem iurandi deducta fuerit: Iurandum enim ut in pecuniis ita & in cæteris rebus omnibus locum habet. *l. iurandum 34. in princip. supr.* Ergo & hæc conuentio iusta videri debet, ut securo iure iurando & exceptio danda sit ei qui iurauit & soluti repetitio, si cum tutus esset exceptione perpetua soluerit. *l. qui exceptionem 40. infra de condic. inst. deb.* Exceptio enim iurandi perpetua est. *l. prox. infr. de pacti l. 3. infr. de except.* Neque cõditio hæc iurandi à Prætorè improbatæ est, cum respiciat tempus præteritum non futurum. Aliud enim esset si conditio iurandi ad aliquid dandum aut faciendum collata in futurum esset, quia sufficeret id dari vel fieri nullo de ea re interposito iure iurando, non minus quam in ultimis voluntaribus, à quibus cõventiones inter viuos separari hac parte non debent, ut Bartolus concludit secundam Accursij interpretationem securus, nemo enim superfluo iure iurando onerari debet. *l. qua sub conditione. sicuti nec superuacua cautioe l. hac stipulatio 14. infr. de legat. seu fideic. seruand. caus. cauat.* Esset autem superfluum iurandum si de aliqua re danda vel facienda præstari deberet, quandoquidem id ipsum dari vel fieri sufficeret. *l. qua sub conditione.* At non est superfluum cum de re præterita ac iam facta iurandum est, quæ proinde fieri amplius non potest, sicut in *l. si cum patre 6. C. commun. vtriusque iudic.* Quænam verò exceptio ista sit an pacti an iurandi nostri disputant, quamuis Iulianus eam iurandi exceptionem esse dicat, magisque probant ut sit exceptio pacti, sicque interpretantur verba illa & exceptio iurandi dari debet acti scriptum esset exceptio pacti ob iurandum. Quæ interpretatio certè durius mihi videtur quam ut probari possit, cum pacti & iurandi exceptiones diuersæ sint. *l. l. exceptiones 7. de except.* quamuis non valde dissimiles in effectu, nisi quod pactum nunquam tollit actionem ipso iure. *l. si vnus 27. §. pactus ne peteret infr. de pact.*

40. IDEM libro 13. Digestorum.

Iurandum à debitore exactum efficit, ut pignus liberetur: est enim hoc acceptilationi simile: perpetuam certè exceptionem parit. idcirco pœnam quoque petentem creditorem exceptione summoueri oportet & solutum repeti potest: ut pote cum interposito eo, ab omni controuersia discedatur.

Ad l. iurandum à debitore 40.

RAT. DVB. Iurandum super vna re delatum & præstitum ad aliam rem extendi non debet, nec enim habet vim rei iudicatæ aut solutionis nisi in

quomodo iurandum tollit tanquam quod habeat vim nouationis & delegationis. *l. qui iurasse 26. §. vlt. supr. itemque acceptilationis l. prox. infr. & veræ solutionis l. 27. & l. seq. §. 1. supr.* et si non potest hoc dici in specie huius legis in qua non proponitur iuratum esse nisi de conditione sub qua pactum de non petendo factam dicebatur, ut proinde non possit vis & potestas huius iurandi maior esse quam pacti de quo interponitur, ad purificandam ut loquuntur eius conditionem. Quæ porro purificata, non nego etiam pacti exceptionem posse locum habere, sed ea res non excludit exceptionem iurandi, non illo tantum casu quo iuratum sit super exceptione siue pacti siue alia de qua lis erat, ut putat Bartolus, sed illo etiam quo lis nulla dum fuisset sufficit enim metus litis ad iurandum sicut & ad transigendum. *l. 2. C. de transact.* cum iurandum transactioni comparatur. *l. 2. supr. hoc tit.* Nec verum puto quod tam generaliter monet Bart. non tractari in hoc Tit. de alio iure iurando quam quod iure per lite deferatur, nisi intelligas etiam de lite futura. Satis enim est materiam litis subesse, & verò iurandum conuentionale de quo in *l. iurandum quod 17. supr.* & alibi tam sæpe in hoc tit. defertur ut plurimum solet, sicut extrajudiciu, ita & ante motam litem, sed non ante natam materiam litis. Quod autem Accursius querit, si promiserim tibi decem sub ea conditione si iures te ascensurum Capitolium & iures an ex iure iurando isto nascatur actio an ex pacto, ab huius legis specie alienum est, in qua ut idem Accursius fateretur, interpositum erat iurandum ad excipiendum duntaxat, non etiam ad agendum, sed & pugnat cum eo quod diximus, conditiones istas iurandi de aliqua re faciendæ, improbatas esse à Prætorè, ex *l. qua sub conditione*, ut proinde stultum sit querere an Prætor, cuius est actiones dare, actionem daturus sit ex iure iurando quod ipse edicto suo improbauerit, planè secuto implemento, id est, si non tantum iuraueris te ascensurum Capitolium, qui non tam à conuentione quam à facto ipso initium obligationis accipit. *l. 1. infr. de ver. permitt. l. naturalis 5. §. 1. & §. quod si faciam infr. de præscr. verb.* Parumque refert, meo iudicio, an contractus in ius sit per si an per vt, id est, an conditione adiecta, an modo, quemadmodum distinguit Accursius, sed tantum an implementum iam secutum sit, necne, de quo tamen latius tractandum erit ad *l. naturalis*, ne confundamus omnia, si cum Bartolo tractatum illum, de contractibus innominatis qui per se amplissimus & difficillimus est, hic interferamus.

ea ipsa re de qua delatum fuit. *l. si actor 36. vbi diximus supr. hoc tit.* Atqui ponit Iulianus in hac lege exactum fuisse iurandum à debitore super debito non super pignore, ergo quamuis debitor iurauerit se nihil debere, non potest iurandum prodesse ad liberandum pignus, cum de pignore nihil

nihil iuratum fuerit. Maxime verò cum non sit nouum, ut sumamora quòque principali obligatione pignus tamen daret. *l. 2. C. de iur. pignor.* tanquam quod locatam illam habet conditionem si pecunia non soluerit aut aliter eò nomine satisfactum non erit. *l. grege §. etiam infr. de pignor. l. si rem 9. §. omnis pecunia infr. de pignorat. act. l. per §. 1. de except. rei iudic.* DEC. Cum principalis obligatio sublata est, accessoriam quoque per consequentiam necessariam tolli omnino necesse est. *l. cum principalis 178. de regul. iur. l. si fideiussor 19. supr. de dolo:* qualis est obligatio pignoris, & fideiussoris, accedit enim vtrique obligatio principali obligationi siue naturalis illa sit siue civilis. *l. 5. infr. de pignor. l. 6. §. vlt. infr. de fideiuss.* Atqui cum super sorte & principali obligatione iuratum est, tollitur tota principalis obligatio, quia iurandum vim habet acceptilationis, quæ licet imaginaria tantum solutio sit & civilis, eundem tamen effectum obtinet quem veræ & naturalis solutio ad obligationem omnem tollendam & naturalem & civilem. *l. per. infr. de solut. §. 1. infr. quib. mod. tollit. oblig.* Ergo & facere debet iurandum hoc à debitore exactum ut pignus liberetur, quod non nisi accessorium est, & quod tamen non liberaretur si vel naturalis obligatio superesset. *l. debitor 59. infr. ad SC. Trebell. si vericulum il um retines quem tamen irreputum esse nos in Coniecturis docuimus remanet ergo propter pignus naturalis obligatio.* Quam in proposito per iurandum sublata esse vel ex hoc maxime intelligimus, & ex *l. vlt. infr. l. Stichum aut Pamphilum 95. §. naturalis de solut.* Neque verò de hoc aut Accursius aut alius quicquam dubitat, sed tantum de obligatione civili quam negat Accursius & post eum cæteri, æquè tolli per iurandum ut inferant nec actionem pristinam tolli quæ nascitur ex civili obligatione. Quod tamen à nobis iam sæpius refutatum est, ea potissimum ratione, quod iurandum & nouationis adeoque delegationis vim habeat, & solutionis ex *l. qui iurasse 26. §. vlt. cum l. seq. & l. in duobus 28. §. 1. supr.* Itemque ut in hac lege scriptum est, acceptilationis, de qua nemo dubitat quin obligationem omnem ipso iure perimat & naturalem & civilem, in quo maioris potestatis est iurandum, quam res iudicata quæ obligationem naturalem nullo modo perimit, civilem verò non nisi ope exceptionis idè quæ nec parit soluti repetitionem. *l. Iulianus verum debitorem 60. infr. de condic. inst. deb.* quia res iudicata non sicuti iurandum ex conuentione proficiscitur sed in iuratum redditur. *l. qui iurasse 26. §. vlt. l. inter stipulantes 81. §. 1. de verb. oblig.* Nec ad hunc casum pertinet quod obiecit ex *l. 2. C. de iur. pign.* & aliis supradictis, supponunt enim aliquam adhuc obligationem superesse saltem naturalem cui pignus possit accedere & de actione loquuntur, non quæ nec perempta ipso iure, sed quæ sit sumamora vel sumamouenda per præscriptionem aut aliam exceptionem.

a Perpetuam certè exceptionem parit. RAT. DVB. Exceptio nihil nisi actionis exclusio est. *l. 2. & 3. infr. de except.* Atqui iurandum ut proxime diximus, tollit & perimit ipso iure actionem, sicut & civilem obligationem ex qua actio nascitur, cum sit simile acceptilationi. Ergo implicat contradictionem ut pariter etiam exceptionem: DEC. Quemadmodum ei cui datus actionem multo magis datus exceptionem. *l. inuitus 136. §. 1. de regul. iur. l. 1. §. 1. autem de superfic.* Ita & istud ipso iure liberatus est, multo magis liberandus est, per exceptionem, si quo modo

Tom. III.

conueniatur, multo que tutius liberatur per exceptionem vel ob hoc ipsum ne de apicibus iuris frustra disputandum sit, an ipso iure sit liberatus, ut in *l. qui seruus 34. §. 1. de oblig. & action.* Fieri enim potest, ut is quoque qui ipso iure liberatus est, de facto tamen conueniatur agere actore sine actione, quamuis iure id fieri non possit. *l. si pupilli 6. §. vlt. supr. de negot. gest. l. quoties 9. §. & generaliter de admn. tutor.* Eo namque pertinent exceptiones omnes quas nostri dicunt exclusivas iuris agentis ut illa. *Age cum Geminiano: Quod ad te liberæ ades habeo, tua non interest. tibi non competit actio, & si quæ sunt similes, aut si forte obreptum sit, Prætori nulla delati præstititque iurandi facta mentione. siue dolo malo id tacitum sit & ad circumueniendam Prætoris religionem ut in *l. Ditus Hadrianus 33. de re iudic. l. inuito 5. §. pen. infr. de reb. eor. qui sub tutel. siue per facti ignorantiam si forte heres illius, qui iurandum detulerat, ignorans delationem eandem actionem instituerit fortassis etiam contra illius qui iurauit heredem æquè factum defuncti ignorantem. Est enim facti alieni probabilis semper ignorantia. *l. vlt. infr. Pro suo.* In iis maxime qui in alterius locum & ius succedunt. *l. qui in alterius 42. l. non potest improbus 99. de regul. iur.* Nihil igitur vetare qui ipso iure per iurandum liberatus est, æquè ac per acceptilationem possit tueri se exceptione si eam à Prætorè petat, quam exceptionem merito Iulianus ait esse perpetuam, quomodo enim posset esse temporalis in eò, qui ipso iure sit liberatus? id est, in perpetuum sicut enim ius nostrum perpetuum est, ita & quicquid ipso iure fit, in perpetuum fit.**

b Idcirco pœnam quoque petentem creditorem. RAT. DVB. Cum pœna promissa est per stipulationem [nec enim nudo pacto promitti vnquam vtiliter potest. *l. si seruus 7. infr. de seru. export.*] nihil aliud querendum est quam quantum sit quantitas & conditio stipulationis etiam si nihil inter sit stipulatoris. *l. stipulatio ista 8. §. alteri de verb. obligat.* aut etiam minus. *l. vlt. infr. de prætor. stipulat.* Atqui iurandum quod creditor à debitore exegit, & debitor præstitit, non aliud efficere potest, quam ut nihil interesse dici possit creditoris, qui nec creditor esse intelligitur, postquam iuratum est nihil deberi. Ergo non potest iurandum facere quominus pœnam vtiliter petere creditor idè quæ stipulator possit. DEC. Pœna quoque obligatio sicut & pignoris accessoria est, nec proinde potest subsistere sublata principali ex regula. *l. cum principalis 178. de regul. iur. l. si homo maritus 69. infr. de verb. oblig.* sed tollitur eo ipso modo quo & principalis aut ipso iure aut per exceptionem, sublata ergo principali per iurandum ex quo nascitur exceptio perpetua, tolli quoque persecutionem pœnæ necesse est, saltem ope exceptionis, nam neque pœna aliter vnquam debetur aut promittitur aut petitur quam si obligationi principali non satisfiat nec soluat debitor quod debet. *l. si pacto quo pœnam 14. Cod. de pact. l. nuda SC. de contr. & committ. stipulat. & d. §. alteri.* Atqui verum est debitorem non esse amplius debitorem postquam iurauit se nihil debere, cum iurandum pro veritate habeatur. *l. eum qui 30. §. vlt. & pass. supr.* Nec igitur pœnam vllam debere potest ob id, quod non solueit pecuniam, quam non debuit.

c Et solutum repeti potest. RAT. DVB. Potest fieri ut quis tutus sit exceptione perpetua, ut puta Senatusconsulti Macedoniarum. *l. 1. infr. de except.* nec tamen si soluat possit repetere. *l. qui exceptionem 40. infr. de cond.*

R. 4

indeb. Ergo non est bona ratiocinatio Iuliani nec bona conclusio, ut quod solutum est à debitore, qui iuravit se nihil debere, idcirco possit repeti, quod perpetuum habeat ex iuramento exceptionem. DEC. Exceptiones perpetuae sunt duplicis generis, quaedam favorabiles quas favor excipientis introduxit, qualis est exceptio Senatusconsulti Velleiani de intercessionibus mulierum: Quaedam odiosa, inducitur scilicet potius odio creditorum contra quos opponitur, qualis est exceptio Macedoniana. Quae sunt prioris generis pariunt soluti repetitionem, non etiam ceterae d. l. qui exceptionem. Porro exceptio perpetua, quam Praetor dat ex iuramento favorabilis est non odiosa, non tam enim odiosius qui iurandum detulit, comparata est, qui certe nullo dignus est odio, praesertim cum iuraverit de calumnia, quam favore eius qui ex delatione iuravit de principali negotio. Bona igitur Iuliani ratiocinatio, & conclusio est, ut quod hic qui iuravit soluerit, repetere per conditionem indebiti tanquam indebitum possit, ex regula d. l. qui exceptionem.

d. *Verbo cum interposito eo.* RAT. DVB. Quoties iurandum deferretur, & praestatur, id agi intelligitur ut ab ea tantum controversia discatur in qua & de qua iuratum est, non de alia quae in iudicium deducta non fuerit dicit. l. si actor. 6. sup. Atqui in proposita specie controversia de qua iuratum est, illa tantum fuit, an is qui conveniebatur tanquam

debitor, eam pecuniam deberet quae petebatur, non etiam de iure pignoris, de quo nec quaerebatur. Alia enim est actio de sorte quae personalis est & directa in personam debitoris, alia verò hypothecaria quae est in rem, & de qua non quaerebatur, sed & longè alia quaestio est de soluti repetitione, itemque de poenae persecutione, de quibus nec controversia ulla erat tempore delati praestitae iurandi. Non igitur id actum veluti potest ut etiam à controversia quae de pignore fieri poterat, necdum tamen facta erat discederet. DEC. Controversia de iure sortis & debiti principalis includit controversiam de iure pignoris, cum ius & vinculum pignoris non aliter possit subsistere, quam si aliqua principalis obligatio sit, cui pignus possit accedere, ut diximus ad initium huius legis. Idemque iuris est de poenae persecutione, & de indebiti soluti repetitione. Pendente omnes hae actiones ex eadem quaestione facti, an fors debeatur, necne. Ergo iurandum ad illas quoque actiones omnes pertinet, quia de toto negotio iuratum intelligitur is qui iuravit nihil se debere, ut in l. si duo. 13. §. idem Iulianus sup. hoc tit. ut à tota controversia, quae ex eo pendebat, discederet. Idque est quod Paulus scribit in l. in duobus. 18. exceptio. sup. Exceptionem iurandi non tantum si ea actione quis utatur cuius nomine exegit iurandum opponi debere, sed etiam si alia si modo eadem quaestio in iudicium deducatur.

41. POMPONIVS libro singulari Regularum.

Labeo etiam absenti, & ignoranti iurandi gratiam fieri posse, respondit sed & per epistolam iurandi gratia fieri potest.

Ad l. Labeo 41.

RAT. DVB. Gratiam iurandi facere species quaedam donationis est, ideoque nec pupillo nec eius tutori id permittitur l. iurandi. 32. vbi diximus sup. hoc tit. Atqui donatio licet absenti quoque fieri possit, ignoranti tamen fieri non potest, cum non prius perfecta videri possit, quam donatarius rem sibi donatam esse sciuerit & acceperit, etiam si seruo eius tradita sit, nisi proponas ea mente traditam seruo ut per eum donatus statim dominus fieret, sicuti dicitur scriptum est in l. absenti. 10. infr. de donat. Cum enim donatio non nisi per stipulationem vel traditionem fieri queat, eam quidem quae per stipulationem fiat certum est inter absentes fieri non magis posse quam stipulationem ipsam l. 1. infr. de verb. oblig. eam verò quae fiat per traditionem licet fieri alij possit, absenti nomine, non prius tamen effectum habere, quam donationem sciuerit, & agnouerit is cui donatum quis voluerit d. l. absenti. iunct. l. 4. cod. tit. l. nec ambigi. 6. C. cod. Donatio enim beneficium est l. interdictum. 14. infr. de precar. inuito autem beneficium non datur, ut habet iuris regula. Ergo non potest verum esse quod Labeo dicebat, & Pomponius hic probat, etiam absenti, & ignoranti gratiam iurandi fieri posse. Et verò cum nihil tam naturale sit quam vnum quodque dissolui eo modo quo colligatum est vulg. l. nihil. 35. de reg. iur. l. prout. 80. de solut. iurandum autem neque absenti neque ignoranti deferri possit, quandoquidem statim & continuo suscipi debet, ut ex delatione

iurari possit l. non erit. 5. §. vlt. vbi diximus sup. hoc tit. Consequens est, ut nec nisi praesenti & scienti, adeoque consentienti gratiam iurandi facere possit is qui detulit. DEC. Iurandi remissio quae fieri intelligitur, cum iurandi gratiam facit ille qui detulerat, favorabilis est, per quam scilicet fit ut delatum iurandum habeatur non pro reuocato sed pro praestito, in fauorem eius, qui suscipiendo iurandum iam declarauerat velle se iurare, & in praedictum illius cuius solius intererat susceptum iurandum aut praestari aut referri. Nam & satis voluntatem suam declarat is, qui gratiam iurandi facit, quod nec ab aduersario nec à se iurari velit, denique nihil noui facit, nisi quod pro facto habet id quod ab aduersario fieri voluerat: Cumque per eum stet ne aduersarius iurare amplius possit, etiam si maxime velit, neque enim bis iuratur de eadem re, & iurandum remissum habetur pro praestito ut diximus, apparet ipso iure fieri, ut pro praestito habendum sit non expectata voluntate, nec facto aliquo eius cui iurandi gratia fit, ex reg. l. iure civili. 24. de condic. & demonstr. l. in iure civili. 161. de reg. iur. Ideoque non potest videri haec donatio similis ei, quae fit per stipulationem aut per traditionem nec collationibus praebendarum procuratoribus absentium factis de quibus in cap. si tibi absenti de praebend. in 6. ut ius aliquod nouum donatio acquiratur, non tam enim aliquod acquiratur ei cui iurandi gratia fit, quam eripitur ei, qui gratiam facit ius quod habebat ex sua delatione & ex edicto Praetoris cogendi aduersarium, ut vel iuraret vel referret, vel solueret l. iurandum. 34. §. ait Praetor & seq.

seq. sup. hoc tit. Quod ius nemo dubitat, quin sibi preripere ille potuerit propria sua voluntate, sicut & ex sola ipsius voluntate pendebat, ut iurandum deferret, ac quemadmodum potuerat deferre aduersario, etiam inuito, ita & inuito ei gratiam iurandi facere potuit, ex regula d. l. nihil & d. l. prout. Quod autem fieri potest tibi inuito, longè magis fieri potest te absente & ignorante ex alia iuris regula d. l. qui potest. 26. de regul. iur. Qui enim ex delatione iuratur, licet ideo iuret, ut sibi prosit, non tamen sibi iurat, sed ei qui detulit, cui potest non facit iniuriam, etiam si non iuret, quando ita semel voluit, is qui gratiam iurandi facit l. in diem. 9. §. 1. de aqua & aqua plu. arcend. Nihil ergo prohibet etiam absenti & ignoranti, adeoque quod magis est, inuito aduersario qui iurare debuerat, remitti iurandum nullo etiam nuncio interueniente: quamuis Accursius & Bartolus nuncium requirant: quod mihi absurdum videtur, alio qui posset iurandi remissio reuocari te integra, id est, antequam per nuncium res ad noticiam aduersarii peruenisset: quomodo solemus dicere de donatione absenti facta nemine stipulante, ne notatio quidem, quam te integra & ante acceptationem reuocari posse inter pretes omnes consentiunt, adeo ut nec desint qui putent id esse tamen si notarius ex generali consuetudine stipulatus sit absentis nomine citra mandat, quamuis diuersa sententia magis obtinuerit, ut videre est apud Antoninum Taurinum, de iur. Pedem. 70. Atquin si verum est, ut est, delationem iurandi factam reuocari postea non posse, ut diximus ad l. non erit. 5. §. vlt. sup. cum tamen sit illa odiosa, quoniam obligat aduersarium, ut vel iuret, vel referat vel soluat d. §. ait Praetor. Quanto minus permittendum erit deferenti ut gratiam iurandi quam semel fecerit etiam absente & ignorante aduersario reuocet, ut eum iterum obliget ad iurandum vel referendum vel soluendum quem semel liberauit? Proiores siquidem esse debemus ad inducendam aut seruandam liberationem, quam obligationem l. Arrianus. 41. infr. de oblig. & action. Nec bona est ratiocinatio Bartoli, quod iurandum procedat ex consensu l. qui iurasse. 26. §. vlt. sup. ideoque requiratur nuncius vel epistola ex l. consensu. 2. infr. de oblig. & action. Nam in iure iurando siue praestando siue verè praestito id quidem verum est, quia non potest praestari, quin & delatum sit ex vna parte, & susceptum ex altera, nec rursus suscipi quin voluntas & consensus utriusque interueniat: sed in remittendo iure iurando aliud est, quia gratiam facere iurandi eius solius est, qui detulit, pendetque à sola ipsius voluntate ut probauimus. Et si enim inuito quis iurare cogitur, nisi malit vel referre, vel solvere, inuito tamen nemini iuratur, & cuiuslibet permissum est, ius suum remittere ad sui aduersarii voluntatem, ita ut nec vllus remitteat dandum sit regressus l. quaritur. 14. §. si venditor infr. de edit. l. edit. Quod verò aliud argumentum sumit Bartolus ex verbis illis quae in hac lege sequuntur, sed & per epistolam quae nullam, inquit, haberent dubitationem, si nulla interueniente epistola, nec nuncius vllus requireretur, cum ea quae sine nuncio expediri possunt, multo minus epistolam requirant, multo leuius est. Non enim ait Pomponius e-

piistolam esse necessariam, sed posse etiam per epistolam fieri gratiam iurandi, ut intelligamus tanto magis pendere hoc ex voluntate solius deferentis, cuius solius epistola est, nec adicitur versiculus ille quasi de re magis dubitabili, sed ampliatuè potius, & quasi in consequentiam eius quod dictum fuerat, etiam absenti & ignoranti iurandum remitti posse. Id enim si ita est, quidni multo magis per epistolam? sed potest tamen hic quoque casus de iurandi gratia per epistolam facta esse dubitabilior, si forte ponas quod & probabiliter, ponere possumus, absenti quidem & ignoranti factam esse iurandi gratiam, sed tamen in iudicio, adeoque praesente etiam fortassis iudice, cuius praesentia possit etiam aduersarii praesentiam supplere ut plerumque factum iudicis dicitur etiam factum partis l. si ob causam. 13. Cod. de iur. l. 1. Cod. si iur. caus. iudic. pign. capt. sit quamquam nihil horum necesse est. Cur enim praesentiam aut partis, aut iudicis requiramus in ea re quae inuito quoque ut iam diximus aduersario fieri possit d. l. qui potest. 26. de regul. iur. At cum per epistolam iurandi gratia fit, nihil est quod de iudice praesente, vel de iudicio tractari possit, tantoque maior dubitandi ratio est, an iurandi remissio, quae pro praestato est, fieri per epistolam possit, cum iurandum praestatum habeat instar & iudicij & rei iudicatae dicit. l. quis iurasse. 26. §. vltim. l. tutor. 35. §. iunct. l. 1. sup. quorum neutrum per epistolam expediri potest, & haec sane ad vltimum illum versiculum dubitandi ratio est, sed illa decidendi fortior, quod etiam absenti & ignoranti sine iudice & extra iudicium remitti iurandum possit inuito quoque aduersario, quia ex sola deferentis & remittentis voluntate id pendeat. Quanti igitur magis per epistolam idem fieri poterit? male tamen Accursius in hanc rem adfert quod scriptum est in l. generaliter. 12. §. huius de praesentibus C. hoc tit. vbi tractatur tantum de iure iurando vel praestito vel relato vel recusato absente parte, non etiam de remisso. Illud certe non nego quod addit Bartolus, in iis quae aduersarii scientiam requirunt, ut in dilationibus quae interdum absenti parti statuuntur, sufficere ut notificatio, quae necessaria est, per nuncium fiat aut epistolam, nam nec ante factam notificationem potest tempus dilationis currere ignoranti l. cum sex. 55. infr. de edit. l. edit. Adde autem ignoranti quia si aliunde scuisse probaretur, non esset magis certiorandus l. 1. infr. de action. empt. Et eo iure passim vtimur. Idem Bartolus quaerit si quis iurauerit se soluturum ad Pascha, an remitti ei iurandum possit an verò sit periturus, si ad diem non soluat quamuis iurandi gratiam ei aduersarius fecerit. Sed quaestio illa nil ad hanc legem pertinet, in qua non de promissorio iure iurando agitur, ut neque in toto hoc titulo, sed de decisorio, verum tamen est etiam promissorio iurandi gratiam fieri posse cap. 1. Extr. hoc tit. Nec periturum esse illum, cui gratia facta est, siue per absolutam iurandi remissionem siue per prorogationem temporis intra quod solui debuit, denique omnia illa quae impedire possunt ne mora contrahatur, de quibus in l. sciendum. 21. & seqq. infr. de vsur. & in l. mora. 32. eod. tit. impedire etiam ne periturum incurratur cap. breuiter. 20. tit. in eoque assentior Bartolo.

42. IDEM libro 18. Epistularum.

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

Ad §. vii. Creditore.

Est lex hæc de pupillo qui accepta mutua pecunia sine tutoris autoritate, dederat fideiussorem, & deferente creditore iurauerat, se dare non oportere. Quæstio autem est, an iusiurandum illud prodesse debeat fideiussori, si post iusiurandum pupilli ex promissione sua conueniatur. Respondet autem Pomponius ex Iuliano adhibita distinctione, an controuersia fuerit inter creditorem & pupillum, an omnino accepta fuerit mutua pecunia & conuenerit, ut si pupillus iurasset ab omni conditione discederetur, ut hoc casu naturalis obligatio tollatur per exceptionem iusiurandi, & soluta pecunia repeti possit, ac proinde multo magis liberetur fideiussor, ne possit amplius conueniri: an verò pupillus non negauerit creditam sibi pecuniam, sed hæc sola ratione se defenderat quod tutoris autoritas non interuenisset, ut hoc casu Prætor exceptione iusiurandi fideiussorem non tueatur, an denique in dubio & obscuro relictum sit, quid actum, & de quo iuratum fuerit, an de facto, an de iure, ut hoc casu id actum potius videatur, ut si iurasset pupillus se dare non oportere, ab omni conditione discederetur, & tam soluta pecunia repeti possit, & fideiussori exceptio dari debeat. Quæ distinctio sicuti multa capita continet, ita & varias recipit dubitandi decidendique rationes. Et illud impijssimis, quod lex ponit fideiussorem interuenisse pro pupillo, qui sine tutoris autoritate mutuam pecuniam acceperat tanquam qui naturaliter esset obligatus, illa namque primùm dubitandi causa occurrit, quod pupillus sine tutoris autoritate mutuam pecuniam accipiendo, ne quidem iure naturali obligatur, ut distertè scriptum est in *L. pupillus 59. infr. de oblig. & act.* At qui fideiussor non potest accipi nisi pro eo qui sit obligatus saltem naturaliter, cum fideiussoris obligatio sit accessoria ad principalem *L. 6. §. adhiberi & pass. infr. de fideiuss.* Ergo non potest accipi fideiussor pro pupillo qui sine tutoris autoritate contraxerit mutuamque pecuniam acceperit,

non magis quam pro furioso vel prodigo *L. in cuius bonis 6. infr. de verb. oblig.* quibus hæc parte pupillus æquiparatur *L. Marcellus 25. infr. de fideiuss.* Dicitur Naturalis obligatio æstimatur ex facto, & ex consensu *L. nec seruus 41. infr. de pecul.* itémque ex vinculo æquitas quo solo sustinetur *L. Stichum aut Pamphilum 95. §. naturalis infr. de solut.* At qui naturalis æquitas suadet pactione omnia seruari *L. 1. infr. de pecun. constit.* nec minùs à pupillo, qui mutuam pecuniam accepit, & tantum dem se restitutum promissit, habet enim consensum & voluntatem dummodò sit maior infante, nec tamen obligatur iure naturali *L. pupillus & L. quod pupillus 41. infr. de condict. indeb.* quia is demum natura debet & iure naturali, quem iure gentium dare oportet, cuius fidem secui sumus *L. cum amplius 85. §. in natura debet de regul. iur.* Non autem oportet nec æquum est iure gentium pupillum prestare quod promissit, cum per naturam ipsam fiat & quodammodo nature ipsius vicio, ne tantum iudicij habeat quantum necesse est ad obligationem aliquam ferri contrahendam: itaque generalis illa & naturalis æquitas, quæ vult pactione seruari, licet sit sufficiens ad inducendam obligationem naturalem, non tamen sufficit ad inducendam obligationem iuris naturalis, quia ius naturale quamuis æstimetur ex ratione naturali sicut & ius gentium, *L. 1. §. pen. & vlt. l. omnes populi 9. vers. quod verò supr. de iustit. & iur.* quod in iis rebus quæ ad homines solos pertinent nil differt à iure naturali *§. singulorum infr. de rer. diuis.* non tamen ex qualibet naturali obligatione constituitur, sed ex ea sola quæ sit potens ad inducendum ius naturale, id est, quæ non alia æquitate aut pari aut maiori debilitetur: aliquando enim accidit, ut æquitas pugnet non solum cum stricto iure de qua in *L. 1. C. de legib. l. placuit. 8. C. de iudic. l. in omnibus quidem 90. de reg. iur.* sed etiam cum alia æquitate: quod cum euenit, maior æquitas debet vincere minorem *L. si seruus 61. §. quod verò infr. de furt. l. quous 200. de reg. iur. l. ita vulneratus 51. sup. ad leg. Aquil.* Illa igitur æquitas, quæ non patitur pupillum ex suis contrahibus sine tutoris autoritate in ius ferri & efficaciter obligari, quod per naturam ipsam fiat,

ut iur.

ut iudicio careat, nec aliud iudicium habere intelligatur, quam quod per tutoris iudicium, & auctoritatem suppleri possit, debet sanè tanquam potentior illam auctoritatem generaliorem vincere, quæ omnes in vniuersum homines obligat ad pactione seruanda, semper enim potentiora sunt quæ specialiora, quam quæ generaliora. Ac proinde fatendum est quod alibi sæpe iam monuimus, aliud esse si quis dicat Pupillum obligari naturaliter, aliud verò obligari iure naturali. Obligatur naturaliter etiam sine tutoris autoritate, id est, quæ fideiussorem dare potest *d. l. Stichum §. naturalis & §. aliquando de solut. l. si pupillus 127. infr. de verb. oblig. l. si pupillus 35. sup. de recept. Qui arbit. recep.* licet neque infans sit neque contraxerit cum ipso tutore, sed cum alio [quamuis Bartolus post Accursium ad illos duos casus restringat quod scriptum est in *d. l. 41. & 49.*] Vt enim fideiussor dari possit, sufficit naturalem aliquam obligationem subesse quamuis fideiussor non modò naturaliter sed etiam ciuilitè obligetur, tanquam qui non nisi ex stipulatione obligari potest *L. blanditus 12. C. de fideiuss. l. 3. §. satis accepto infr. de verb. oblig. in c. §. de constituta infr. de action.* Et si enim titulum est fideiussorem non posse accipi in duriorem causam, id est, obligari durius quam principalis debitor obligetur *L. 7. a. d. 8. §. illud commune infr. de fideiuss.* potest tamen obligari efficius, nec distinguendum nunc arbitror, quomodo alias distinguebam, utrum pupillus mutuam pecuniam acceperit, an stipulanti promiserit, cum utroque casu naturalis obligatio contrahatur, non tantum si nouandi animo quis à pupillo stipulatus sit, ut in *L. 1. in fin. de nouat.* quo casu potest quidè pupillus etiam promittendo fieri locupletior, si fortè antè ciuilitè obligatus ipse erat, sed non si alius, verum etiam si ex alia quam nouationis causa, pupillus aliquid per stipulationem promissit dicatur, ut in *d. l. si pupillus 35. sup. de recept. Qui arbit. recep. d. l. si pupillus 127. de verb. oblig.* Alioqui nec fideiussorem dare posset *d. l. in cuius bonis*, quem tamen dari ab eo posse constat ex legibus supradictis, at obligari natura aut quod idem est, iure naturali vel gentium non potest *d. l. quod pupillus 41. de condict. indeb. d. l. antep. infr. de oblig. & action.* Multum tamen interesse arbitror, quantum ad effectus cæteros naturalis obligationis pertinet, an pupillus mutuam pecuniam sine tutoris autoritate acceperit, an stipulanti aliquid promiserit, nam priore casu obligatio illa naturalis quam pupillus mutuam pecuniam accipiendo contrahit, habet omnes omnino effectus obligationis naturalis, ut sc. pariat exceptionem, deductionem, retentionem, compensationem, & impediatur soluti repetitionem *L. iuris gentium 7. §. quin imò supr. de pact. l. frater à fratre 38. l. Iulianus verum debitorem 60. l. Neratius 63. infr. de cond. indeb. l. etiam 6. de compensat. l. sed si annum 9. §. peculium & seq. infr. de pecul. Idque probatur primè ex hac lege, & ex *d. l. Stichum 95. §. aditio de solut. l. si pupillus 21. ad leg. falcid. l. cum illud 25. §. heres meus infr. Quam, dies legat. ced.* qui omnes loci sunt de pecunia pupillo credita, at posteriore casu obligatio naturalis pupilli nullum effectum habet *d. l. quod pupillus 41. de cond. indeb.* nisi eam solum, ut eius obligationis nomine fideiussor accipi possit, ut diximus. Et ratio diuersitatis est, quia omnes supradicti effectus obligationis naturalis, exceptio, deductio, compensatio & retentio sunt ex iure ciuili, quatenus sub eo comprehenditur etiam prætorium, iure namque naturali & gentium sicut actiones omnes incognitæ sunt, ita & exceptiones,*

& deductiones & compensationes, & retentiones, quæ non nisi actionibus obiciuntur ad eas elidendas, atque contra iuris ciuili regulas pactione omnia sunt quæ sicut à pupillo sine tutoris autoritate, nisi ea ex quibus meliorem suam condicionem facere possit *L. contra 30. sup. de pact.* Nemo autem promittendo fit locupletior, non igitur æquum est, ut iuris ciuili vel prætorij auxilium ei proficiat, qui contra iuris ciuili & prætorij regulas pactione est, at veid is, qui mutuam pecuniam dat pupillo etiam sine tutoris autoritate nihil facit contra iuris regulas, quia potest euenire facile, ut pupillus mutuam pecuniam accipiendo fiat locupletior, imò hoc ipso quod accipit, locupletior fit, cum acquirat dominium pecuniæ, quæ ante fuit aliena, nisi accidat postea ut eam perdat, quod sicuti potest contingere, ita & potest non contingere: nec prohibendus fuit pupillus, cui & ciuile & prætorium ius prospicere voluit, ne mutuam pecuniam accipere posset, si quado tam stultus aliquis inueniretur, qui etiam pupillo sine tutoris autoritate mutuam pecuniam dare vellet, ne alioqui quod in fauorem pupillorum constituebatur in eorum odium retorqueretur contra *L. quod fauore 6. C. de legib. l. pen. C. ad SC. Trebell.* In eo tamen quod ad fideiussoris dationem spectat, nihil distat inter obligationem vtramque naturalem, siue per promissionem pupilli siue per numerationem pecuniæ contracta sit: quia nihil pupilli interest, nec dano ipsius credit naturalis illa obligatio, sed solius fideiussoris qui nullum ex ea caus. regressum habere contra pupillum potest, neque mandati neque negotiorum gestorum actione, si modò absque tutoris autoritate pro pupillo fideiussor d. l. Marcellus 25. infr. de fideiuss. Et ita quæstio hæc tota de obligatione naturali pupilli explicanda mihi videtur, paulo melius ac probabilius quam à nobis factum sit, in *d. l. contra 30. sup. de pact.* ubi nimis generaliter negauimus pupillum stipulanti promittentem obligari naturali: er nisi cum animo nouandi promissit *d. l. 1. in fi. de nouat.* quasi hoc solo casu possit accidere, ut promittendo fiat locupletior, cum tamen Vlpianus in *d. l. 1. eum quoque casum tractet*, quo quis à pupillo sine tutoris autoritate stipulatus sit, etiam quod alius quam pupillus debebat, quo tamen casu nemo dixerit pupillum promittendo fieri locupletiorè, ut neque in specie *d. l. si pupillus 127. de verb. oblig. & d. l. si pupillus 35. sup. de recept. Qui arbit. recep.* in quibus locis nihilominus dat vtiliter fideiussorem, non alio utique iure quam quia sit obligatur naturaliter, quantum verò inter sit an pupillus sine tutoris autoritate mutuam pecuniam acceperit, an autem stipulanti promiserit, ex eo quoque intelligimus quod si ex pecunia, quam acceperit mutuam, probetur factus locupletior, obligatur etiam ciuilitè, & conueniri potest ex rescripto Diui Pij *l. 3. §. sed si pupilli l. si pupilli 62. l. Neseimius 34. sup. de negot. gest.* quod in pupillo qui stipulanti promissit nunquam obtinet, nec si pupillus ciuilitè obligatus promiserit sine tutoris autoritate animo nouandi & ex ea nouatione locupletior factus videri possit conuersa obligatione ciuili in naturalem *d. l. 1. in fi. de nouat.* Quænam enim esset vtilitas pupilli si hoc casu ob nouationem suo commodo facta teneretur ciuilitè? defineret enima ficti locupletior hoc ipso quod inciperet teneri ciuilitè, atque ita eodem instanti locupletior fieri & inciperet & defineret: quod esset ridiculum. Non enim potest definere quod nec vnquam incepit *L. non potest videri 208. de regu. iur. l. Titio vsus fructus 95. d. cond.*

de demonst. l. promissor 11. §. 1. inf. de pecun. constit.
 a Naturalis obligatio hac pactione tollitur. Ita in Pand. Florent. & multo melius quam in vulgata editione quæ habet hac exceptionem. Non enim per exceptionem tollitur obligatio naturalis, sed per pactionem illam qua conueniunt, ut si iuraret pupillus se dare oportere, cum negasset se omnino pecuniâ accepisse ab omni conditione litis discederetur: secuto sc. iure iurando, per quod nimirum obligatio tota tollitur, nec tantum ciuili quoties aliqua subest, sed etiam naturalis d. l. Stichum aut Pamphilum 95. §. naturalis de solut. Non enim daretur exceptio ex iureiurando si non esset sublata iam per iusurandum naturalis obligatio. Sublata verò naturali obligatione, nulla indiget pupillus exceptione, quia nec ante quam iurasset, vlla tamen poterat actione conueniri, cum esset naturaliter tantum obligatus, obligatio autem naturalis si cum ciuili non sit coniuncta, nullam actionem parere possit, sed tantum exceptionem, aut reuocacionem, qui sensus est l. naturales 10. inf. de obl. & act. Igitur ex hoc iureiurando non nisi fideiussoribus competet exceptio si postea ex fideiussione conueniatur, ut in sine huius responsi. Pupillo autem competet repetitio si forte per errorem facti soluerat, tutore autem hoc enim necessario ponendum est, alioqui omnimodo & omni casu persona pupilli locum faceret repetitioni l. interdum 29. inf. de cond. indeb. Antequam forte iuraret aut etiam post præstitum iusurandum, cuius obliuio potius præsumenda est in pupillo qui in illa ætate ignorat etiam ea quæ videt l. vnic. C. de fals. monst. quam ut prudens & sciens videatur donasse id quod sciebat & iam iurauerat se non debere ex reg. l. cuius per errorem 53. de regul. iur. Quid enim est quod pupillus sciens & prudens fecisse videri possit, qui nec potest fallere? Vnde est quod nec iurare possit nisi iusurandum tueretur Prætor ratione illa, quod imputare sibi debeat, qui tam stultus fuit, ut pupillo quoque iusurandum detulerit l. qui iurasse 26. in pr. iunct. l. iusurandum & ad pecunias 34. §. 1. sup. hoc tit. Suaues verò sunt interpretes nostri qui ex hoc potissimum versiculo notant, & ex d. §. naturalis obligationem duntaxat naturalem tolli per iusurandum non etiam ciuilem, quomodo enim poterat in hac specie tractari de obligatione ciuili sublata vel tollenda per iusurandum, cum nulla nisi naturalis subesset? Aut cur dicamus ciuilem obligationem non tolli, cum tollatur etiam naturalis, quæ tamen multo difficilius tollitur l. Iulianus verum debitorem 60. inf. de cond. indeb. Sit que iusurandum simile non tantum transactioni, & rei iudicatæ l. 1. & 2. sup. sed etiam nominationi, & delegationi d. l. qui iurasse §. vlt. & solutioni l. 27. & 28. §. 1. & denique acceptationi l. 40. sup. His siquidem modis omnibus constat & naturalem obligationem tolli & ciuilem si qua subsit. Ratio autem dubitandi ad hanc primam partem distinctionis, quam ex Iuliano Pomponio probat, illa erat quod iusurandum inter alios delatum & præstitum aliis nec prodesse debeat, nec nocere l. nam posteaquam 9. §. vlt. & legib. seqq. hoc tit. In proposita autem specie iusurandum nec delatum fuerat à creditore alij quam pupillo, nec ab alio præstitum, quam à pupillo, ergo non debet etiam fideiussoribus prodesse. Decidendi verò illa est, quod obligatio fideiussorij accessoria est, nec proinde potest subsistere sublata principali, ut diximus ad d. l. iusurandum 40. sup. Atqui cum pupillus ex conuentione & delatione iurat se omnino non accepisse mutuum pecuniam, nulla potest superesse obligatio, ne quidem naturalis, cui

fideiussor accedere poterit. Præsertim cum proponeretur conuenisse inter creditorem & pupillum, ut ab omni conditione discederetur, si pupillus iurasset se dare non oportere. Fideiussores ergo liberatos quoque esse necesse est, & quidem ipso iure, si merè iuris rationem ex rei veritate estimemus, sed tamen tutius per exceptionem propter implicitam questionem facti, subest enim illa ex iurisdictione pendens questio, ut Claudius loquitur ad Scæuolum in l. filia 88. de solut. De qua re iuratum sit, & qua lege ac conditione iusurandum delatum sit.

b Si verò creditor quidem. R. A. T. D. V. B. Quod pupillus sine tutoris autoritate mutuum accepit, ita demum eum obligat naturaliter ne quod pubes factus uerit repetere possit, si locupletior ex eo mutuo factus sit l. naturaliter 13. §. vlt. inf. de cond. indeb. Nam ut ex Pomponio nostro subiicitur i. l. seq. hoc natura æquum est neminem cum alterius detrimento fieri locupletiores l. iure nature 206. de reg. iur. Ergo ut pupillus ne quidem naturaliter obligatus dici possit, & consequenter, ut fideiussores ab eo dati liberentur saltem per exceptionem, satis est, hoc solo defendi pupillum, quod tutor eius non interuenit, si non in contrarium alleget creditor factum eum ex mutuo locupletiores. Proinde iusurandum tale pupilli in hac quoque specie fideiussoribus tueri debet tanquam qui nulli obligationi accesserint, ne quidem naturali. D. E. C. Pupillus qui mutuum pecuniam accepit, & ex ea factus est locupletior, in eo differt à pupillo, qui locupletior factus non est, quod obligatur non solum naturaliter eo quo supra diximus modo, sed etiam iure naturali adeoque ciuili post rescriptum Diui Pij, qui hoc casu etiam actionem contra pupillum induxit d. l. 3. §. pupillus l. si pupilli 6. in prin. l. Nescimus 34. ad fi. de negot. gest. l. 3. in prin. inf. Commod. Non etiam is, qui locupletior factus non est d. l. pupillus 59. inf. de obl. & action. Atquin ut pupillus, & alius quilibet fideiussor dare possit, nec solui repetitionem habeat, sufficit ut obligatus sit naturaliter, quamuis nec ciuilitate, nec iure naturali, adeoque si de fideiussore duntaxat dando queratur, sola sufficit naturalis obligatio etiam cõtra iuris ciuili regulas contracta, ut puta si quis à pupillo sine tutoris autoritate stipulatus sit d. l. 1. in fi. de nouat. d. l. si pupillus 35. sup. de recept. Qui arbitri. recep. d. l. si pupillus 127. de verb. obl. Ergo cum hoc sit commune utrique pupillo, siue locupletiori facto, siue non facto, ut naturaliter obligetur, solutumque non possit repetere, quamuis autoritas tutoris non interuenit, non potest iusurandum pupilli qui iurauit se quidem pecuniâ mutuum accepisse, sed autoritatem tutoris non interuenisse, id eoque nec dare se oportere, illâ habere interpretationem & tam amplum effectum, ut fideiussori quoque prodesse debeat, quoniam nec tale est, ut ex eo possit inferri pupillum non esse naturaliter obligatum: quem potest naturaliter obligatum esse & manere sufficit, ut fideiussor in obligatione retineatur: at non ut pupillus ipse condemnari debeat creditori aut ab eo conueniri possit, cum naturalis obligatio actionem parere nequeat, multo minus condemnationem. Hoc verò Bartolus malè explicat, qui sic intelligit, ut hoc casu per iusurandum pupilli tantum persona eius ab obligatione eximatur, obligatio autem ipsa retineatur, quod certè dici non potest, nam persona pupilli non eximitur à naturali obligatione, sed tantum à ciuili, quæ contracta fuisset, si pupillus vel tutore auctore mutuum pecuniâ accepisset vel ex ea pecunia locupletior factus fuisset,

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

c De facto an de iure. R. A. T. D. V. B. Non potest nec debet iurari de iure, sed tantum de facto, leg. in duobus 28. §. 1. sup. Ius enim semper certum est, factum verò incertum & probandum l. 2. de iur. & fact. ignor. Malè igitur Paulus hic ponit etiam de iure posse iurari, nisi dicas cum Accursio Paulum hic ius dicere pro qualitate facti ut in leg. 2. Cod. si contr. ius vel vtilit. public. D. E. C. Qui iurat se dare non oportere, non de simplici iure iurat, sed de facto ex quo ius oritur: ius enim semper in causa positum est ut in l. si ex plagiis 52. §. in cilio Capitolino sup. ad leg. Aquil. Idque apparet ex vulgari illa formula veteris iudiciorum, si paret Titium Sempronio dare decem oportere, quod actores omnes intendebant in omnibus condicionibus §. appellamus Institut. de action. Quibus verbis cognitionem facti mandabat iudici Prætor, qui ipse de facto cognoscere non poterat ante leg. 2. Cod. de pedan. iudicis. Neque verò ponit hic Pomponius iuratum esse de iure, nec distinguit an de iure an de facto iuratum sit, sed quod longè diuersum est, an de iure an de facto controuersia fuerit: illæ enim quæstiones an pupillus conuentus conditione certi ex mutuo, tanquam ciuilitate quoque obligatus (alioqui nec conueniri posset, ut diximus) pecuniam mutuum accepit necne, an cum tutoris autoritate an non, & an ex pecunia illa locupletior factus sit aut non, quæstiones facti sunt non iuris, sed ex quibus tamen ius illud oritur, ut pupillus vel naturaliter tantum obligatus sit, vel ciuilitate quoque, vel nullomodo.

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

Ad §. 1. Si fideiussor.

R. A. T. D. V. B. Non quemadmodum debitoris iusurandum prodesse fideiussori potest, quoties scilicet debitor in totum liberatur, id est à naturali quoque obligatione, ut diximus ad initium huius legis, ita & à contrario iusurandum fideiussoris prodesse reo debet. Nam cum iusurandum habeat vim pacti conuenti l. tutor pupilli 35. §. 1. sup. certum est pacta fideiussoris non posse reo prodesse, quamuis pacta rei profint fideiussori nisi fiat omnino personalia l. & heredi 21. §. vlt. & legib. seq. sup. de pact. Nempe quia debitoris interest fideiussorem liberari qui contra eum habiturus esset regressum actione mandati vel negotiorum gestorum l. 5. de li-

Tom. III.

do. At iuris questio illa est, an pupillus qui mutuum pecuniam accepit sine tutoris autoritate, nec locupletior factus est naturaliter obligetur & an iure etiam naturali an & ciuili de qua iuris communis quæstione sicuti iudex nunquam pronunciat, ita ne iurari patitur, sed tantum de iure priuato actoris vel rei dari scilicet oportere vel non oportere, ut bene Bartolus distinguit. Qua iurandi aut pronuntiandi formula iuris equidem quæstio continetur, sed implicita quæstioni facti, & de qua proinde ita iurari nihil prohibet.

d Intelligere debemus id actum inter eos. R. A. T. D. V. B. Facienda potius interpretatio est contra iurantem, qui apertius & liquidius iurare potuit, ex regula l. veteribus 39. sup. de pact. l. in duobus 28. §. igitur si quis in fin. sup. hoc tit. aut saltem debet interrogari is qui iurauit ex qua causa iurauerit ut in specie d. l. in duobus §. si ei qui. Ergo non debet in dubio intelligi id actum, ut si pupillus iurasset se dare non oportere ab omni conditione discederetur, D. E. C. Pro-niores esse debemus ad liberationem, quam ad obligationem aut inducendam aut retinendam l. Ariamus 41. inf. de oblig. & action. Ergo ut pupillus à naturali quoque obligatione non minus quam à ciuili liberetur, & consequenter fideiussor à sua quod actum videri inter creditorem & pupillum, ut si pupillus iurasset se dare non oportere, ab omni conditione discederetur, est enim semper probabilior illa præsumptio ut qui iurauit, de toto iurasse intelligatur ut in l. si duo 13. §. idem Iulianus sup. si modò iurandi verba eam interpretationem patientur, nec repugnent. Non autem repugnant generalia illa pupillum dare non oportere. Nec causa vlla est, cur debeat fieri interpretatio contra iurantem, quin potius contra deferentem qui deferendo potuit legem apertius dicere quam iuraturus sequi omnino cogere l. 3. §. vlt. sup. Is enim qui deserit legem dat iurando non is, qui iurat. Aliud probandum esset si ex alia & noua causa ageretur, de qua probabiliter dubitari posset, an iureiurando iam præstito decisa esset. Tunc enim iis distinctionibus locus esset de quibus in d. l. in duobus §. si ei qui & §. igitur si quis, ut bene Bart. obseruauit. Hic enim agitur ex eadem causa contra fideiussorem ex qua actum fuerat contra pupillum de eadem pecunia credita licet alia & separata actione, eademque tractabatur facti quæstio d. l. in duobus §. exceptio sup.

ber. legat. & per fideiussorem perueniretur ad reum l. cum lex 46. inf. de fideiuss. At nihil interest fideiussoris reum liberari, quoniam fideiussoris obligatio accessoria est, quæ commodè potest tolli subintentione principali d. l. 21. §. vlt. de pact. D. E. C. Iusurandum non modò pacti & rei iudicatæ vim habet sed etiam solutionis leg. iusurandum 27. sup. Atqui per solutionem à fideiussore factam etiam reus liberatur, quia licet duæ sint obligationes debitoris & fideiussoris, vnica tamen solutione tolluntur leg. vlt. C. de fideiuss. sicut & obligatio corréorum debendi l. 2. §. 1. inf. de duobus reus l. vlt. C. eod. Ergo & per fideiussoris iusurandum, reum quoque liberari dicendum est, non minus quam fideiussorè per iusurandum rei

8

l. in duobus 28. §. 1. & 2. supr. Nimirum si de contractu ipso & de re, non de sua tantum persona fideiussor iurauerit, ut ibidem scriptum est. Nam si quasi omnino idem non fideiussisset, iurauerit fideiussor se dare non oportere, non debet hoc iurandum reo prodesse, ut subiicit hic Pomponius, sed soli fideiussori, cuius persona sola obligatione exempta intelligitur, non etiam obligatio principalis sublata, ut & in *l. Granus 71. infr. de fideiuss.* In dubio tamen de contractu ipso, & de omni obligatione iuratum intelligitur, ut ex initio huius §.

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

Ad §. 2. Sed et si actore deferente.

RAT. DVB. & DECIDENDI eadem est que ad *l. nam posteaquam 9. §. iurandum supr. hoc tit.* ubi late diximus, nec importuna repetitione longiores commentarios nostros facere nostri vel ocij vel instituti est. Sed quod in hoc §. additur eandem rationem esse si fideiussoris defensor iurauerit, reoque dari exceptionem debere nouum est, nec enim aut in *d. §. iurandum* aut alibi vspiam tale quid proditum est, ut bene obseruat Accursius: recipit autem dubitandi rationem aliquam nouam ex eo quod eius qui fideiussorem defendit persona omnino extranea est reo, qui cum eo nec contraxit, nec quasi contraxit, ut proinde tanto difficilius videatur per eum tanquam per liberam personam acquiri exceptionem reo, cui vix per fideiussorem ipsum acquiratur, vix etiam fideiussori ipsi per eius defensorem. *D. l. c.* tamen ratio illa est, quod defensoris eadem persona esse videtur que ipsius qui defenditur, cum defendere nihil aliud sit quam eandem vicem quam reus subire. *l. minor 51. §. defendere supr. de procurat.* Nec proinde valde refert, an fideiussor an defensor fideiussoris iurauerit. Eadem igitur distinctio adhibenda est

constat, & ex fine responsi precedentis, id est aut contractum nullum interuenisse cui fideiussor accesserit vel accedere potuerit, vel si quis processerit sublata extinctaque omni obligatione fuisse aut acceptilatione aut solutione vera, aut quo alio modo ex iis quibus placuit obligationes omnes etiam legitime contractas legitime tolli posse: detoto enim iurata semper in dubio quilibet intelligitur. *l. si duo 13. §. idem Iulianus supr.* Iunge quæ scripsi ad *d. l. in duobus §. 1. & 2. supr.*

quam in fideiussore ipso adhibuimus in §. *præced.* an de contractu, & re ipsa, an verò de sola fideiussoris persona iurauerit. Quod autem sequitur, si reus iurauerit fideiussorem tutum esse generalius, & indistinctè verum est, dummodò ita reus iurauerit, ut se ab omni obligatione & naturali & civili exemerit, ut dictum est initio huius legis: quoniam sublata principali non potest subsistere fideiussoria, que non nisi accessoria est. Sed quod rationis loco subiicitur, quia & res iudicata secundum alterutrum eorum utriusque proficeret, non a deo generaliter accipi debet, ut hac parte ratio eadem omnino sit iurandi, & rei iudicæ. Nam res cum solo reo vel cum solo fideiussore iudicata ita demum prodest alteri si is aduersus alium, pro quo iudicatum est, regressum habiturus sit non aliter ut post Accursium bene concludit Bartolus ex *leg. aduersus 29. supr. de recept. arbitr.* Quid enim si quis fideiussor animo donandi vel in rem suam ut in *leg. sed si fideiussor 24. supr. de pact. leg. 5. de liber. legat.* At in iureiurando hoc amplius est, quod habet vim solutionis *leg. 27. supr.* & ideo vnius iurandum siue rei siue fideiussoris, alteri quoque prodesse necesse est *leg. in duobus 28. §. à fideiussore* ubi diximus *supr.*

ut mentio in libris nostris: nempe quoniam non aliter fieri potuisset executio iudicati: cum Prætor neminem vnquam cogat præcisè ad factum, quia sine vi & impressione id fieri non possit, quam nimis exosa semper habuit ut habere debuit ciuili legislator. *l. si quis ab alio 13. in fin. de re iudic. l. stipulationes non diuiduntur 72. l. quoties quis alium 81. de verb. oblig.* Siue autem in dando siue in faciendo versaretur condemnatio, factum semper aliquod in executione iudicati interuenire oporteret. Si quidem datio quæ nihil nisi dominij translatio est. *l. vbi autem 75. §. vlt. eod. l. non videntur data 167. de regul. iur.* non potest fieri nisi per traditionem. *l. traditionibus 20. Cod. de pact. l. traditio 20. de acquir. rer. domin. traditio autem facti est l. consilio 7. §. vlt. infr. de curat. furios.* At cum pecuniaria condemnatio est, quod sit per litis æstimationem, nihil facilius est quam ut iudicati executio fieri possit: capitis scilicet pignoribus ex bonis debitoris, ex quorum venditione explicetur postmodum ea pecunia quæ in condemnationem deducta est, si debitor vitro non soluat & satisfaciatur. *l. 4. §. ait prætor infr. de re iudic. & tota l. à Divo Pio 15. eod. tit.* Ita enim euenit ut condemnatus nihil facere cogendus sit sed tantum pati. In quo nulla vis & impressio consistit, ut pluribus à nobis tractatum est in *error. 2. Decad. 85. de error. pragmat.* & aliis perisquæ locis. Maniſque hoc ius ad tempora vsque Tribonianum, qui primus sub Vlpiani quidem nomine sed Imperatorem agens constituit in *leg. qui restituere 68. de rei vindic.* ut qui dare vel restituere rem aliquam iussus est, præcisè cogi possit ad tradendam eam & restituendam, adeoque si opus sit manu militari. Indè que cæpit dici posse quod ius Tribonianum dixit in *leg. vlt. Cod. de fidei. libert.* fatuum esse iudicem qui pro re petita condemnat reum ad æstimationem, sed nos in explicandis Pandectarum libris totum hoc ius Tribonianum parum curamus, & prudentum responsa non melius quam ex vera iuris veteris ratione interpretari possumus. Quoniam igitur litis æstimatio semper in condemnationem deducenda erat, & aliquando contingebat ut per iurandum actoris litem a stimari oporteret, necessarius fuit hic tractatus, ut sciretur quando & quomodo ac in quibus demum actionibus iurandum esset in litem, non enim omni casu & passim iuratur in litem, sed eo tantum casu quo dominus iniustus re sua carere cogatur ob contumaciam possessoris nolentis rem restituere arbitrio iudicis, aut non valentis, quia dolo malo deserit eam possidere. Nemo enim rem suam iniustus vendere cogitur iusto precio. *l. tutor 8. infr. hoc tit. leg. si filiofamilias 25. §. maritum solut. matr. leg. non enim 9. rer. amot. leg. eius rei 46. & sequent. dict. leg. qui restituere 68. leg. nec quasi 70. supr. de rei vindic. leg. vltim. infr. de fideiuss.* Nec in rei vindicatione tantum id contingit per quam dominium ipsum ascenditur, sed etiam in perisquæ actionibus personalibus & bonæ fidei ut depositi commodati pignoratitia & aliis similibus si actor sit dominus. *l. in actionibus 5. hoc tit.* Alioquin non iuratur in litem extra casum dict. *leg. in actionibus §. planè,* id est cum res ex contractu stricti iuris debita post moram perit ante litem contestatam. Quo casu cum presentis temporis æstimatio debeatur, non tamen potest iudex sine iureiurando actoris æstimare rem quæ non extat. Extra hunc casum non potest iurari vnquam in litem ne ab eo quidem qui dominus aliquando fuerit, aut qui per actionem propositam domi-

nus fieri velit: quod euenit in omnibus conditionibus quibus actor intendit aduersarium dare oportere. *§. appellamus Instit. de action.* Hic verò primus Accursij & Bartoli aliorumque error est existimantium etiam in actionibus personalibus quæ ad faciendum dantur posse iurari in litem exceptis contractibus & actione ex empto. Itemque in actione hypothecaria quod illa in rem sit, licet non de dominio sed de pignore in ea queratur de quo latius dicendum erit ad dict. *leg. in actionibus infr.* Porro cum hoc contingit ut domino permittatur rem suam æstimare per iurandum in litem, monet Vlpianus in hac lege, rem in iudicium deductam non pluris esse per hoc, quod crescere potest condemnatio ex contumacia non restituentis per iurandum in litem. Non enim res pluris fit per hoc, inquit, sed contumacia æstimatur ultra reiprecium: sic enim legendum est, non ut vulgo ex contumacia, ut docui lib. *Comest. cap.* Ed autem hæc lex pertinet, ut intelligamus quid & quantum præstare debeat is, qui ex sua promissione, vel qua alia de causa tenetur, quanti res est vult certæ pecuniæ promissione. *l. c. in leg. 2. §. vltim. supr. qui satis. cogatur leg. penult. §. 1. Ne quis enim qui in ius vocat. vi exim. l. 4. §. vltim. si quis caution. leg. inter hac verba 179. leg. hac verba 197. de verb. signific.* Nimirum debet præstare veram æstimationem non eam quæ potest crescere, aut quæ iam creuerit per iurandum in litem, ut in elegantissimi specie dict. *leg. vltim. de fideiuss.* ubi dicitur, quod magis est, condemnationem quæ per actoris iurandum in litem creuit, non solum non facere ut res pluris esse videatur, sed nec augere posse quantitatem eius quod interest, quamuis illa ut plurimum incerta sit, & capax augmenti ac diminutionis. *leg. vlt. infr. de stipulat. prætor.* Ita ut procurator qui in remegetat & dato fideiussore, tantam rem dominum habiturum victus fuerat si potest conueniatur, eiusve fideiussor à reo tandem condemnato in magnam quantitatem ab actoris æstimatam per iurandum in litem ob contumaciam rei qui rem restituere noluerat, non plus ex stipulatione de rato aut ipse aut fideiussor eius præstare debeat quam veram quantitatem eius quod interest, in qua non continebitur ea summa quæ accessit per iurandum in litem, cum non debeat, inquit lex, imputari fideiussoribus quod ille propter suam pœnam, id est, in pœnam suæ contumaciæ præstitit. Nec ad rem pertinet quod dici solet, inspicere debere illud etiam quod potest euenire ex *leg. qui bona 11. §. cum inter infr. de damn. infect. leg. si quis domum 9. §. 1. infr. locat.* Nam præter id quod brocardicum hoc debet ita intelligi si res illa sit ordinata, & ut Bartolus loquitur, destinata ad id quod postea euenit, excluditur semper id, quod dolo & culpa alterius potest contingere, quia nec naturaliter euenit, nec iure, ideoque præuideri nec potuit, nec debuit, non enim aduentitij casus computandi sunt *leg. Iulianus 6. infr. qui & à quid. manum.* & improbitatem dolimque hominis vilius expectare non magis aut ciuile, aut naturale est quam casum aduersamque fortunam, quæ tamen etiam optimo cuique possit accidere *leg. inter stipulantem 83. §. sacram in fin. de verb. oblig.* Et certè cum presentis rei æstimatio certa sit, quæ verò per contumaciam crescere potest, incerta, nemo negauerit maiorem habendam esse rem



DE IN LITEM IVRANDO.

TITVLVS III.

VLPIANVS libro 51. ad Sabinum.

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

Ad leg. 1.

EST etiam hic Titulus De iureiurando sed non de alio, quam de quo superior. Ille enim fuit de iureiurando decisorio siue in lite siue extra litem præstando. Hic verò de in litem iurando per iurandum illud lis si qua est, vel præsens, vel iu-

tura deciditur, per hoc lis non deciditur, sed decidenda æstimatur, sciendum enim est ad totius huius Tituli sententiam assequendam, ita comparatum fuisse ius vetus, ut res petita siue danda siue facienda esset, nunquam in sententiam & condemnationem deduceretur, sed eius æstimatio. Eaq. litis æstimatio dicebatur, cuius tam frequens fit

tionem eius quæ certa, quam illius quæ incerta est ut in *l. cum quadam* 19. §. 1. *supr. de iurisdic.* Cum hac autem lege mirifice consentit quod Accursius addidit ex lauoleno in *l. cum pater* 60. §. *legato infr. ad leg. falcid.* legato petito cum in litem iuratum est, rationem legis falcidiae non eius summæ in quam legatarius iuravit haberi debere, sed eius quanti re vera id fuit quod petiturum est. Nam id, inquit lex, quod pœnæ causa adcreuit, in legem falcidiam non incidit. Sicuti nec quod ex stultitia emptoris res aliquaploris æstimata sit, quam reuera fuerit *l. alienus* 61. *eod. iurid. l. non dubium* 14. §. *vl. de legat. 3.* Rerum enim precia communiter funguntur non ex affectione & arbitrio singulorum *l. si seruum meum* 33. *supr. ad leg. Aquil.* Nec habetur ratio adfectionis nisi in specie *l. cum seruus* 54. *infr. mandat.* propter specialem illius legis rationem, de qua ibi dicemus. Miror verò Accursium & Bartolum tractare hinc de fideiussoribus Iudicio sibi & Iudicatum solui. Cum non ignorauerint fideiussorem Iudicio sibi non teneri post sententiam, quia litis tantum exercenda non iudicati soluendi gratia accipitur, ut distertè ferri potest in *l. grave* 8. §. *& post litem*, ubi mallem legere *exercitionis*, quam ut vulgo *exercitationis*. Dicitur enim litem exerceri non exercitari *infr. de fideiuss.* Stipulationem ve. d. Iudicatum solui, quæ ex tribus clausulis primam habet de iudicato soluendo, committi in omne id quod iudex pronunciauerit *l. 6. & 9. infr. iudic. solui.* Nam quod Bartolus ut hanc de stipulatione Iudicatum solui interpretationem tueatur, responderi restringi hoc debere ad actiones arbitrarias in quibus ait duplicè ferri sententiam, vnam ad rem dandam, alteram ad æstimationem quæ facta sit per iusurandum in litem. Et fideiussorem ex prima tantum sententia conueniri posse non ex secunda, proflus ridiculum est, non ob id solum, quod stipulatio Iudicatum solui quæ adiunctam semper habet satisfaciendi necessitatem ut ceteræ omnes stipulationes prætoris *l. generaliter* 5. *de prætor. stipulat.* non à arbitrariis tantum actiones pertinent, sed & alias quoque omnes quibus conueniri & condemnari reus potest, verum etiã quia per priorem illam sententiam quam Bartolus ait ferri in actionibus arbitrariis, puta per quam in rei vindicatione pronunciat rem esse petitoris, nulla vnquam fit condempnatio non magis ad rem quam ad æstimationem, sed tantum facti quæstio deciditur, cuius res sit, eam verò pronunciationem postea sequitur arbitrium iudicis de re restituenda cum fructibus *l. ex diuerso* 35. §. 1. *supr. de rei vindic.* Cui arbitrio si non pareatur, tum demum sequitur condempnatio quanti actor in litem iurauerit *d. l. qui restitueret* 68. *eod. tit. §. præterea* *Infr. de action.* Quæ cum Bartolo secunda sententia sit, apparet nõ nisi ex ea posse conueniri fideiussorem Iudicatum solui, quia nec nisi ex ea soluendum quicquam est. Siquidem prima nec de soluendo nec de restituendo quicquam pronunciat, sed hoc tantum rem esse petitoris ut arbitrio viam aperiat de re restituenda, & post redditum arbitrium condempnationi si victus possessor arbitrio non satisfaciatur: prius ergo secundam illam sententiam litem esse necesse est, quam de soluendo tractari quicquam possit, ac proinde quam de stipulatione iudicatum solui, quæ tota ad solutionem soluendiq. condempnationem & necessitatè, ut præ se fert nomen ipsum stipulationis, confertur, nam & idem est in stipulatione ratam rem haberi ut constat ex *d. l. vl. de fideiuss.* Neque verò Ac-

cursius in secunda illa sua interpretatione ad quam Bartolus accommodat exemplum stipulationis iudicatum solui, de eam rãm stipulatione loquitur, sed tantum ponit datos esse fideiussores idoneos, inspecta, inquit, quantitate quæ petitur, postea verò condempnatum esse in maiorem quantitatè per iusurandum in litem ob suam contumaciam eum qui fideiussores dedit. In quo tamè ipso rursus ille fallitur. Nec enim pro quantitate petita deferatur vnam iusurandum in litem nisi in casu *l. 3. infr.* sed tantum pro corpore quod aliam atque aliam petitis recipere æstimationem, & in quod probabilis cadat affectio ut eam rem & speciem habere dominus velit quam aliam quamlibet eiusdem speciei, nec eam velit iusto suo precio vendere, cum non sicut quantitas recipit functionem in suo genere, ita & species in sua specie *l. 2. §. manui datio* *supr. de reb. credit.* Et præterea certissimum est fideiussoris obligationè, qui non nisi certæ quantitatis nomine interuenit ex post facto augeri nunquam posse *d. l. 2. §. vl. supr.* *si quis cogant. d. l. 4. §. vl. supr. si quis cautio.* Non ergo debuerunt interpretes nostri accommodatius exemplum vltimum ad hanc legem quætere, quam ex *d. l. vl. de fideiuss.* *d. l. cum pater* 60. §. *legato ad leg. falcid.* Et si verò admittimus fideiussorem iudicatum solui teneri etiam in actionibus arbitrariis ad omnem eam quantitatem quæ in condempnationem amplior deducta sit ob iusurandum in litem quod actor propter contumaciam rei præstitit, negamus tamen hoc fieri ex eo quod res hodie tanto plus sit, contra quam in hac lege scriptum sit, sed ex verbis ipsius stipulationis, quæ cum de iudicato soluendo concessa sint, omne id continet quod iudex pronunciauerit, ex quo nunquam de causa id fecerit *d. l. 9. iudic. solui.* Ne alioqui diuisa condempnatio ipsa quæ stipulatio diuisa videretur. Quæ ratione nec mihi placet, ut neq. aliis plerisq. iate. prætib. quod ex hac lege tanquam notatu dignum Bartolus inserit, si in causa criminali fideiussor interuenit de iudicato soluendo, & statum dicat quod propter contumaciam vel negationem pœna augetur, fideiussorem ad illam pœnam non teneri, tanquam quæ non maleficij pœna sit sed contumaciæ & negationis. Ita enim sit ut & condempnatio & stipulatio diuidatur, quod est ridiculum, possitq. sententia illa & ratio Bartoli procedere eo tantum casu quo duplex latæ esset sententia, vna de pœna maleficij, altera de pœna contumaciæ, ut iã ante nos Fulgosiùs & Alexander contra Bartolum disputarunt. Illud probabilis & humanus est, quod subiungit idem Bartolus si cui maleficij per statutum certa pœna pecuniaria imponatur, quam si soluere non possit reus amputationem manus pati debeat, augetur verò pœna illa propter negationem vel contumaciam rei, posse illum evitare pœnam corporalem soluendo pecuniariam statuto impostam maleficij, quoniam, ut bene hinc notat Baldus, pœna contumaciæ non dicitur pœna principalis: Cumque ad certam quantitatem restricta sit, eamque minore, quam quæ ob contumaciam deducta est in condempnationem maligna certè esset illa interpretatio quæ statutariæ pœnæ iungeret pœnam contumaciæ, ut tanto difficilior misero reo solutio eius redderetur, ac proinde corporalis pœna tanto facilis incurreretur *argum. leg. si seruos* 25. in illis verbis, *ita nec talem efficere rem pignoratam ut grauius sit debitori ad recuperandum &c.* *infr. de pignor. act.* In fideiussore autem Iudicatum solui optimam Bartoli consi-

lium

lium est, ut ab eo actor stipuletur, rorius dubitationis tollendæ gratia, non tantum pœnam & condempnationem omnem quæ sequetur ex maleficio illo, vel accusatione, vel inquisitione, sed ad *tax. vel ex processu*, vel *ex iudicio*, ut sic videtur etiam promouere pœnam quæ veniret ex contumacia. Sic enim res esset clarior, sed non tamen certior, quam

2. PAVLVS libro 13. ad Sabinum.

Sive nostrum quid petamus, siue ad exhibendum agatur.

Ad l. siue nostrum 2.

Non place: quod Accursius & Bartolus notant posse hanc legem continè legi, ita ut incipiat nouus §. à verbo illo *interdum* nec iungatur initiu huius legis superiori. nã imò verò pœter omnino initiu legis huius à postremis verbis legis præcedentis, vsque ad verbum *interdum* à quo inchoandus est nouus §. Probatque optimè, quod docuimus ad legem superiore. Per iusurandum in litem æstimari contumacia n. possessoris vltra rei pretium eo demum casu, quo dominus rem suam petat & qua inuitus carere cogatur ob dolo & contumaciam possessoris nolentis rem quam scit alienam, restituere, valentisque litis æstimationem præstare atque ita inuitum dominum adigere ad rem suam vendendam. Qui enim aliud est vendere, quam pro re pecuniam accipere. *l. naturalis* 5. §. 1. *infr. de præscript. verb. l. 1. de contr. empt. l. 1. de rer. permut.* Vnde est quod tam multis iuris nostri locis scriptum est prælitam litis æstimationem pro emptione esse, aut saltem similem emptioni *l. 1. & 3. infr. Pro emptor. leg. 1. de æstimat. act. l. eius rei* 46. *supr. de rei vindic. l. eum qui* 7. §. *supr. de public. in rem act. leg. si vterto* 5. §. 1. *infr. Commod. l. si seruus* 21. §. *vers. & ideo* *infr. de emic. leg. si propter* 22. *infr. rer. amot.* Atqui sicut alienam rem emere nemo cogitur *leg. nec emere* 16. *Cod. de iur. delib.* ita nec quicquam suam vendere iusto precio *leg. nec quasi* 70. *supr. de rei vindic. leg. non enim* 9. *rer. amot.* Merito igitur & ex mera iuris necessitate vsus iurandi in litem hoc vno casu introductus est. Ideoque nec de iurantis peritio quæri facile solet *leg. vl. infr. hoc tit.* Quæ lex ideo restringenda videtur ad hoc iusurandum, nec ad illud extendenda, de quo diximus in Tit. præcedente, id est, quod ad litem decidendam siue ex conuentione extra iudicium siue in iudicio deferatur. Nam de peritio illius qui eo iusurandi genere iurasset, quæri nunquam potuit olim *leg. 1. & 2. Cod. de reb. credit. & iureiur.* nec magis hodie nisi ex constitutione Iustiniani in *leg. vltim. eod. tit.* Nec est contrarium quod additur in hac lege *siue ad exhibendum agatur.* Et si enim per actionem ad exhibendum rem nostram non petimus, ne tam quidem cum ea actio præparatoria vindicationis est, sed tantum rei exhibitionem postulamus, ut exhibitam rem vindicare tanquam nostram possimus, (quæ ad hunc vericulum dubitandi ratio est.) Is tamen qui actione ad exhibendum conuentus exhibitionem recusat dolo malo non minus contumax est, nec minore odio & pœna dignus, quam si directa rei vindicatione conuentus restitutionem rei dolo malo recusaret, cum ita faciat ne rei vindicatione possit conueniri *leg. 3. §. præterea* *supr. ad exhib. & leg. in actionibus* 5. *infr. hoc tit.* Nec enim potest quis rem aliquam iure Quiritium vindicare, quin vsurpet verba illa vindicationis solemnia, *Hanc rem ex iure Quiritium meam esse aio, leg. 1. vbi diximus* *supr. de*

Tom. III.

rei vindic. Quomodo autem dicet actor *hanc rem* si nondum sit exhibita? Quamuis igitur actio ad exhibendum ex variis causis competat extra vindicator em, cum detur omnibus quorum ex iusta & honesta causa interest rem exhiberi *d. l. 3. §. scientiam est & pass. supr. Ad exhib.* non tamen alio casu in ea posse iurari in litem exiitmandum est, quam in illa quæ vindicationis præparatoria est, quæ actionis ad exhibendum nomine potissimum significatur, quia & actio ipsa maxime propter vindicationes inducta est *leg. 1. eod. tit.* quia perinde cum rei exhibitio, atque cum exhibitæ restitutio denegatur, re sua carere dolo possessoris, eamque vendere dominus cogitur contra rationem & æquitatem naturalem: quod in aliis casibus non euenit in quibus ex alia quam dominij causa eadem actio ad exhibendum competit. Sicut & in actione furti distinguetur ad *leg. cum furti* 9. *infr. hoc tit.* an iure dominij deferatur an iure eius quod actoris interfit ex alia quam dominij causa ex *leg. si vendidero* 80. §. *cum autem* *infr. de furti.* In exhibendis tamen instrumentis aliquid diuersum est. Non enim inspicimus an actor sit dominus chartæ, in qua instrumentum scriptum est, sed an eius gratia scriptum sit & utilitate ad eum pertinea: *leg. si quis* 6. §. *ex hoc edito & sequentibus* *supr. de edend. leg. pen. infr. hoc tit.* Denique cum de instrumentorum exhibitione agitur, sufficit ut actor dicat & probet instrumentum sui iuris esse, licet non etiam dominij *leg. non ignorabit* 4. *Cod. ad exhib. leg. pen. Cod. hoc tit.* Ceterum omni casu quo instrumenti exhibitio aliqua petitur & denegatur, magna præsumptio est doli contra nolentem exhibere, ut aiunt pragmatici. Rectè autem Paulus in hac lege verbis illis generalibus vitur, *siue quid nostrum petamus* quoniam ad inducendum hoc iusurandum non est necesse ut corpus aliquod & speciem petamus, sed sufficit aliud quidlibet peridummodo sit nostrum etiam si in iure consistat, puta si seruitus vindicetur aut aliud ius quodlibet. Nam & seruitutum & aliorum iurium quamuis incorporalium vindicatio quædam est *tot. tit. si vsufr. petet. & si seruitus vindic.* & in ea vindicatione non minus quam rerum corporalium perinde iuratur in litem ex eadem iuris & æquitatis ratione *leg. harum actionum* 7. *in fin. supr. si seruit. vindic.* Sed etiam rem nostram petere magis proprie dicimur cum eam vindicamus *l. actio* 28. *infr. de oblig. & act. l. pecunia* 178. §. *actionis de verb. signific.* quia nec potest quisquam suum dicere, nisi cuius vindicandi ius habeat *l. Quintus* 27. §. *argento de aur. & argent. legat.* petimus tamen interdum etiam res nostras puta depositas commodatas pignoratatas actionibus personalibus & bonæ fidei, quamuis non tanquam nostras sed tanquam nobis ex contractu debitas & restituendas. Ideoque in his etiam iuratur in litem ad puniendam contumaciam & perfidiam restituere nolentis ut dicemus *ad l. 5. infr.*

§ 3

Interdum, quod interfit agentis, solum æstimatur: veluti cum culpa non restituentis, vel non exhibentis punitur. Cum verò dolus punitur, aut contumacia non restituentis, vel non exhibentis, quanti in litem iurauerit actor.

Ad §. I. Interdum.

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

a. Quanti in litem iurauerit actor. R. A. T. D. V. B. Nemo in causa sua iudex vel testis idoneus esse in-

telligitur, nisi actori deferatur condicio ab aduersario *l. nullus 10. infr. de testib. l. omnibus 10. C. cod. tot. tit. C. ne quis in sua caus. iudic. vel ius dic.* Atquin is qui in litem iurat & testis & iudex est in causa sua, æstimat enim ipse quanti sua interfit, ut effugiat incòmodum & periculū probationum quas alioquin proferere omnimodo deberet *d. l. vnic. v. in aliis autem casib. C. de sentent. qua pro eo quod inter est profer.* & quarū inopia plerumque id quod maxime interesset ad exiguam summam deduceretur *l. vltim. infr. de stipulat. prator.* Æstimat autem magno ut plurimum, quomodo loquitur *l. vltim. infr. de fideiuss.* quia iurare in infinitum licet *l. 4. §. iurare infr.* Et quidem non alio quam iudice ipso deferente *d. l. 4. §. deferre,* id est, inuito etiam aduersario contra quem iuratur. In qua re iusiurandum hoc differt à decisorio, de quo dictum est Titulo Superiore. In illo namque sit quidem is qui iurat, testis & iudex in causa propria, sed ab aduersario ipso deferente non à iudice vel à seipso *l. 1. infr. quar. rer. act. non det.* Ideo quò minus odiosum est, sibi enim imputet is qui vltiò detulit, hoc verò longè odiosius, & à ratione regulæque iuris alienius. Nemini ergo permitti debet ut in litem iuret, nisi hoc saltem adhibito temperamento ut taxetur à iudice certa quantitas intra quam iuretur, ne si in infinitum iurare liceat in immensum quoque iuretur *d. §. iurare.* Atque ita concludit Accursus iusiurandi taxationem prius quam iuretur, fieri debere ex *d. §. iurare & l. in actionibus 5. infr. eod. l. arbitrio 18. supr. de dolo. D. E. C.* Dolus & contumacia eius, qui rem quam scit alienam improbè detinet, nec vult restituere, hanc certè pœnam meretur ut non solum condemnatur ad id omne quod inter est dominij, sed etiam condemnationis illius taxationem ab aduersario ipso inuitus fieri patiatur: ut qui hanc suæ improbitatis fructum habet quod ab inuito domino rem emit, hanc saltem pœnam sentiat, quod magno & iniusto precio dominium eius nanciscitur *d. l. nec quasi 70. supr. de Publician. d. l. vlt. infr. de fideiuss.* Et idcirco non potest iusiurandum hoc videri odiosum, cum præstetur in odium doli hominis, & contumacis, qui nullo vnquam æquitatis colore adiuari potest *l. penult. in fin. infr. ad SC. Trebell.* Cùmque non alterius quam ipsius domini arbitrio precium rei statuendum sit, ut Marcellus loquitur in *l. si tutor 8. infr. hoc tit.* apparet ei permittendum esse ut iuret in infinitum, quomodo scriptum est in *d. §. iurare,* id est, nulla per iudicem præfixa quantitate ad quam vsque iuretur, ne alioqui iudex ipse precium alienæ rei statuere videatur, quod absurdum esset, cum à merà voluntate id pendeat domini rem suam alienantis *d. l. tutor. l. si voluntate 8. C. de rescind. vendit. l. in causa 16. §. idem Pomponius supr. de minor.* Tanti enim vnacumque res esse intelligitur quod ad utilitatem domini pertinet, quanti vendi potest tum quoque cum per stultitiam emptoris longè plus venditur, quam re vera sit *l. alienus 62. ad leg. falcid.* Quanto minus absurdum id videri debet, si per dolum, contumaciam, & improbitatem possessoris fiat, ut dominus rem suam longè plus æstimet, quam quanti reuera est? Tanti enim possessor ipse rem illam æstimasse videtur tantiq. habuit, eam retinere potius, quam

quàm ea carere leg. 4. §. *supr. de alien. iudic. milit. caus. fact.* Nec tamen id ita debet accipi, quasi permittendum sit actori iurare in immensum, quod sine manifestissimo & impudentissimo periurio fieri non posset. Aliud enim est in infinitum iurare et quod nihil est aliud, quàm sine vlla taxatione, nullaque præfixa quantitate iurare ut in *l. qui restituere 68. supr. de rei vindic. quomodo in l. si cui 9. supr. de seruit. in infinito seruitutem constituere id est per quamlibet fundi partem.* Aliud verò in immensum iurare quod numquam licet. Eoque fortassis tantum casu id est si in immensum iuraretur, de periurio iurantis quæri posset. Quò pertinere videtur quod scriptum est in *l. vlt. hoc tit.* De periurio eius qui ex iuris necessitate iurauit non facile quæri solere. Ut intelligamus de eo igitur periurio quæri aliquando posse. Quando autem nisi sit tam impudens fuerit actor, ut in immensum quoque iurauerit. Et tamen cum Tribonianus ista confunderet quasi idem sit iurare in infinitum, & in immensum, non potuit ferre hanc rationem iuris veteris, induxitque ut possit iudex in omni iure iurando in litem præfinire certam quantitatem ad quam vsque iuretur. Ad eoque quod magis est etiam post iusiurandum præstitum, vel absolute reum, vel minoris condemnare *d. §. iurare & d. leg. in actionibus* quod certè ridiculum est, ut contra Tribonianum disputamus *libr. 16. Conuict. cap.* Ita factum est ut æstimatio rei mex, quam inuito me fieri dolum, & contumaciam retines, non tam à me fieri videatur quàm à iudice, qui tam facile posset sine meo iure iurando rem meam æstimare quàm præfinire mihi certam quantitatem quam in æstimanda re mea egredi non possum. Imò esset hoc multo expeditius, & tutius, quàm periurij periculo me obstringere præfixa mihi certa quantitate, ad quam vsque iurare impunè possum. Quotus enim quisque est qui non ad eam vsque quantitatem iuret, quæ præscripta fuit, qui nulla præscripta quantitate minoris fortasse rem suam fuerat æstimaturus? Proinde vix dici hodie potest iusiurandum hoc præfari ex mera iuris necessitate, quomodo præstatur olim, cum hodie iudex precium alienæ rei statuatur, quod ab alio quàm à domino ipso, nec statui olim poterat, nec hodie quoque bene & iuste potest. Nec tamen vidit Tribonianus: nostri verò interpretes multo minus in eo statu rem esse hodie, vt vix vilo casu huic taxationi iudicis locus aliquis relinquatur. Nam vel possessor habet facultatem rei restituendæ, vel dolo malo fecit, quominus haberet. Priore casu cogitur omnimodo rem restituere etiam manu militari postquam ita placuit Triboniano sub Vlpiani nomine in *d. l. qui restituere* nec proinde vlla subest iuris necessitas quæ inducat iusiurandum. Posteriori verò sicuti omnino necesse est iurari in litem, ita iurari potest

sine vlla taxatione *d. l. qui restituere.* Quisnam igitur casus super est, quo taxationi huic locus esse possit? Est enim legis illius sententia generalis, ad omnes casus pertinet in quibus res perita restituenda est, vt ex postremis verbis apparet, & nos ad eum locum notauimus. Est autem iusiurandum hoc tantò fauorabilius, aut saltem minus odiosum, quò non ad decidendam litem spectat, sed tantum ad æstimandam rem de qua iam pronunciatum sit pro actore, vt proinde non possit hoc casu videri actor iudex in causa propria, & in re sua, de qua iam habeat reum condemnatum. Nec rursus testis qui sibi credi velit in eo quod dicit sua interesse. Non enim testis officio hac parte fungitur, sed venditoris rei suæ precium pro a bitio dicentis, quod nec alius quàm ipse possit dicere, contra eum qui per rapinam vult etiam iniusto precio rem al enam comparare *d. l. nec quasi,* vbi pro isto legendum esse *imisso* docuimus ad eam legem. Dicitur autem iusiurandum hoc adfectionis, quia nec de veritate negotij est, vt decisorium, nec de vera rei æstimatione vt illud de quo in *d. l. in actionibus §. plane infr.* cuius loci casus valde specialem habet rationem, vt ibi dicemus. Sed de æstimatione re pro arbitrio & adfectione iurantis. Vnde occasione sumit Accursus, quærendi: Quid si iudex notam habeat actoris adfectionem, propter quam suspicari potest ab illo possit actorem facile peieraturum, an ei nihilominus hoc iusiurandum deferre debeatur? Cùm in incertis, inquit, coniecturæ locus esse possit *l. continuis 137. §. cum ita in fin. de verb. oblig.* Respondet autem non eo minus deferendum esse iusiurandum: Ratione illa quòd non id sciat iudex tanquam iudex, & ideo ex fide eorum quæ probantur iudicare debeat, non ex sua conscientia *l. illicitas 6. §. veritas supr. de offic. Præsid.* Responsio quidem bona est, sed ratio pessima. Non enim ex eorum fide qua probantur iusiurandum hoc deferretur cum de æstimatione deferatur, & ad eam præbandam, de qua ponimus nullas alias factas esse, nec fieri debere probationes, sed ex mera iuris necessitate vt scriptum est in *d. l. vlt. hoc tit.* quia neque pari iudex debet vt domino res sua per rapinam quodammodo eripiat, quin ei de precio satisfiat: quod tum quoque præstandum est cum publici boni fauor ab inuito legislatore ius illud elicit, vt dominus iniustus rem suam vendere compellatur, de quo diximus *ad l. item si verbaratum 15. §. per. supr. de rei vindic.* Neque rursus vt pretium illud al. etius quàm ipsius domini arbitrio & adfectione constituatur. Separat autem hic Paulus dolum à contumacia, non quia contumacia possit esse sine dolo, sed quia dolus sine contumacia esse potest. Contumacia doli species est, dolus autem genus.

3. VLP IANVS libro 30. ad Edictum:

NUMMIS depositis, iudicem non oportet in litem iusiurandum deferre, vt iuret quis quod sua interfuit: cum certa sit nummorum æstimatio. nisi fortè de eo quis iuret, quod sua interfuit nummos sibi sua die red-ditos esse, quid enim, si sub pœnâ pecuniam debuit, aut sub pignore, quod, quia deposita ei pecunia abnegata est, distractum est?

Ad l. Nummis 3.

R. A. T. D. V. B. In actione depositi iuratur in Tom. III.

litem *l. 1. §. in depositi infr. deposit.* Nimirum si dominus per actionem depositi rem suam petat. Hoc enim semper addendum est, secundum ea, quæ de

hoc iurando in litem iam disputauimus in præcedentibus. At qui nummi mel quos penes te depositi tam mei sunt tamque verè depositi quam si species aliqua mea deposita fuisset. Ergo nummis quoque depositis iurandum in litem à iudice deferri oportet, si dolo malo, aut per contumaciam depositarij fiat ne restituantur. Tantoque magis in nummis depositis, quanto facilius est, ut eorum furtum fiat si à depositario lucrandi animo & dolo malo contrectentur *l. si quis inficiatus 13. infr. eod. ill. tit. de pos.* vbi ob hanc causam scriptum est, posse depositarium eo casu etiam conditione furtiua conueniri, quæ tamen semper furtum præsupponit *l. §. de condit. furt. §. furtum autem sit Instit. de oblig. quæ ex delict. nasc.* In actione autem furti etiam iuratur in litem quoties defertur iure domini *leg. cum furti 9. infr. hoc tit.* Nec est quod quis respondeat, Nummos esse ex eorum rerum numero, quæ functionem recipiunt in suo genere *leg. 2. §. mutui datio supr. de reb. credit. l. si in cui 94. de solut.* Constat enim depositum ita contrahi ut eadem ipsa corpora nummorum reddi oporteat, non tantundem. Nec enim per depositum sicut per mutuum quicquam dominium rei suæ amittit *l. licet 17. §. 1. infr. de pos.* Aded ut si expressa pactio conuenierit, ut non idem quod depositum est, sed tantundem reddatur, ea pactio dicatur egredi notissimos depositi terminos in *l. Lucius e. 4. eod. tit.* D E C. Iurandum in litem ided comparatum est, ut quis rei suæ quam alius per rapinam retinet, precium habeat, & quidem quale quantumque ipse pro arbitrio suo, & adfectione statuerit. Ipso etiam dolo possessoris æstimato *leg. 1. & 2. supr. l. tutor 8. infr.* Atqui nummorum depositorum, qui per contumaciam dolumve depositarij non restituantur, precium nullum esse potest. Cum enim cuiuslibet rei precium in pecunia numerata consistere debeat, non potest utique pecunia pecuniam æstimare *l. 1. infr. de rer. permut. ut neque alia res vlla æstimatio nem illam pecuniam facere potest.* Quandoquidem nummi ad hoc potissimum comparati sunt, ut cæteras omnes res æstiment, nec ab illa ipsi æstimentur *l. si ita fideiussores 42. infr. de fideiuss.* Neque hac parte nummi depositi ab aliis quibuslibet nummis separari debent, quasi corpora nummorum deposita, quæ per actionem depositi eadem ipsa restitui debent, alterius rationis esse debeant, quam quæ vel non sunt deposita, vel sic sunt deposita ut tantundem reddi possit ut in *d. l. Lucius.* Habent siquidem hoc commune cum cæteris, ut sunt omnes nummi eiusdem generis, quod vna eademque est ac proinde certa eorum æstimatio in republica benè constituta, non ut cæterarum rerum pro temporum aut locorum varietate mutabilis *l. 3. infr. de eo quod cert. loc. in d. l. precia rerum 63. infr. ad leg. falcid.* Proinde licet depositi sint nummi in sacculo, ut fieri solet & debet ob signato *leg. si sacculum 29. l. 1. §. si cista infr. de pos.* alioqui nec quæri posset, an eadem essent corpora nummorum, an alia, nihil potest videri interesse deponentis, quod ea ipsa nummorum corpora quæ deposuit, ei non restituantur. Nec vlla subest hoc casu deferendi in litem iurandi necessitas iuris, quæ tamen sola delationem hanc inducit, *d. l. vlt. hoc tit.* Est enim depositarij eadem contumacia est idemque dolus, qui esset si species aliqua deposita esset, in quam iusta, & probabilis cadere posset adfectio, nec minore hic odio, quam ille dignus sit. Prius tamen est ut intersit actoris, quam ut ei reus condemnari hoc nomine debeat.

Fuit enim hoc iurandum inductum, ut & actori cuius interesset, prospiceretur, & possessoris contumacia dolumve puniretur. An non verò satis prospicitur ei, qui nummos etiam in sacculo ob signatos deposuit, si depositarius ad tantundem reddendum condemnatur? Nisi forte ponas corpora nummorum deposita eiusmodi fuisse, ut deponentis interesset ea habere potius quam alia vel propter vetustatem, & quæ vetustati consequens esse solet, varietatem, vel quæ insignia aliquid habeant, propter quod preciosiora videri debeant, quam cætera etiam quæ sint paræ æstimationis. Est namque hæc non improbabilis adfectio, præsertim arg. *l. si in emptionem 35. supr. de minor. l. lex que tutoris 22. C. de admin. tutor.* nec tam per modum generis, ut loquuntur quam speciei deposita videri possint. Sed tamen hoc quoque casu depositori consuli per sententiam iudicis citra iurandum benè potest, condemnato depositario ut eiusdem speciei, & qualitatis nummos reddat, ut ubi reperiri possint: Aut si tam citò non possit, aut aliquo sumptu ad eos conquirendos opus sit, hunc quoque sumptum depositarius præstet, quale quantumque index officio suo æstimauerit. Nimirum, si nummi sint quorum aliqua eadè certa sit æstimatio, non eadè si numismata aurea vel argentea quibus etiã pro gemmis non pro nummis uti solemus, de quibus in *l. numismatum 28. vbi diximus supr. de vsufr.* Constat enim numismata in specie potius, quam in genere, nec proinde minus pro his si dolo malo non restituantur à depositario, quam pro cæteris speciebus iurari in litem potest: ita si alia eiusdem qualitatis, ponderis, & valoris numismata reperiri possint. Nam nec quicquam vetat in qualibet alia specie deposita, puta homine Stricho, aliam speciem preciosiorem reperiri posse, & alium seruum maioris precij, cuius tamen præstatione non sit æquum liberari depositarium quominus contra eum in litem iuratur: Ne dominus qui rem suam iusto pretio vendere non cogitur, cogatur tamen mutare, quod adhuc absurdius esset ac iniquius. Ergo quod hic de nummis depositis dicitur, etiam de cæteris rebus, quæ in quantitate & genere non in specie consistunt, dictum videri debet, ut benè concludit Bartolus. Nec superioribus contrarium est, quod obicitur ex *l. pen. §. in eum supr. Ne quis eum qui in ius vocat. vi exim.* quasi iuratur ibi in litem de eo quod interest quod in pecunia, & quantitate non in specie consistit. Ibi enim non agitur de iurando in litem neque de æstimando per iurandum eo, quod interest, quamquam nec id nouum esset, ut ad *versic. seq. dicemus,* sed specie & re ipsa de qua est controuersia, & quam ne actor possit consequi, prohibetur per eum qui in ius vocatum reum vi eximit. Denique de re ipsa de qua controuersia est æstimanda quidem sed à iudice non ab actore, ut ad locum illum docuimus, & repetemus *ad l. §. in fin. infr. hoc tit.*

a Nisi forte de eo qui iuret quod sua interfuit. R A T. D V B. Id quod interest semper consistit in quantitate, cum non nisi per pecuniam æstimari possit *leg. vlt. infr. de stipulat. prator. l. vnic. C. de sentent. qua pro eo quod inter. profer.* Atqui pro pecunia numquam in litem iuratur, ut proxime diximus. Non solum de nummorum æstimatione, quæ vna semper eademque & certa est, sed & eque de eo quod ratione nummorum potest interesse, ne alioqui deitur progressus in

fas in infinitum si pecunie nomine liceat agere ad id quod interest, cum in eo quod interest non minus lucrum cessans, quam damnum emergens contineatur *l. 2. §. nunc de officio infr. de eo quod cert. loc. l. si commissi 13. infr. rat. rem habet.* infinita autem adcoque immensa sit spes lucri, quod ex negotiatione nummorum potest accedere, licet pecunia res per se sterilis sit nec aliam pecuniam gignat. Negotiatione enim illa est quæ totum facit *l. venditor 21. infr. de hered. vendit. & quæ tamen sine pecunia fieri non potest, ne tum quidem cum à mercibus aut aliis speciebus incipit, quàm scilicet negotiatio nullius certè, aut saltem perexigua utilitatis esset, si non possent conuertri in pecuniam, & pecunia rursum in aliarum rerum emptionem. Ergo nec si dies adiecta sit depositi nummorum ut certa die redderetur, iurari poterit in litem aduersus depositarium, qui dolo malo eos restitueret ad diem noluerit, quamuis ponas eum qui nummos ad certam diem restituendos deposuit, pecuniam debuisset ad eandem aut etiam vltiorem diem sub pœna, vel sub pignore, quod ob denegatam pecunie depositæ restitutionem distractum sit. Et ita Accursius noster, & Bartolus ceterique interpretes existimant, velsiculum hanc non de iurando adfectionis intelligendum esse, sed de eo quod vocat veritatis, de quo in *l. in actionibus, versic. planè infr. & quod etiam in contractibus stricte iuris locum habeat.* Quæ ratione purant quod in hac lege scriptum est iurari in litem posse pro nummis depositis sua die non redditis, perinde dici posse in pecunia data mutua, & ad certam diem restitue. da si tua die non sit reddita, dummodò non tantum mora sed etiam delusio interueniat debitoris. Adduntque generaliter, pro eo quod interest, cum in pecunia & quantitate consistat numquam iurari in litem iurando adfectionis, sed tantum iurando veritatis, propterea quod non magis vno casu quam alio possit in nummos cadere adfectio, nec si pœna commissi sit, aut distractio secuta pignorum, aut in distractione pignorum dolus amissus est sed in restitutione non facta sua die eius pecunie ob quam non solutam, & pœna commissi & pignora distracta sunt. Quam sententiam Bartolus quoque tandem probat, licet primum addubitet an non alia constitui ratio debeat, eius quod interest ob pœnam commissam, alia vero eius quod interest ob distracta pignora, Quasi probabilis aliqua adfectio possit cadere in pignora distracta, non etiam in pœna pecuniaria quæ nihil nisi pecunia est. D E C. Etiam ratione eius quod interest licet in pecunia consistat, iurari in litem potest, ut constat non solum ex hoc versiculo, sed etiam ex initio huius legis, vbi Vlpianus postquam dixit, nummis depositis iurandum in litem deferri, ut iuret actor quod sua interfuit non illam rationem adfert, quia de eo quod interest iurari non possit, sed illam solum quod certa sit nummorum æstimatio, id est ut explicauimus, quia nihil intersit ratione nummorum. Ita innuens non dubitare se quin iurando locus esse posset, si quo modo interesset, etiam ratione nummorum dum ne subesset periculum, ne id quod interesset, in infinitum progrediretur. Quod periculum subesse non potest, cum pecunia ad certam diem solui debuit. Quandoquidem eo casu restringitur taxatio eius quod interest ad illud ipsum tempus, quod in*

contractu appositum est, ut alterius nullius temporis ratio haberi possit, nec proinde id quod interest in infinitum, & in immanem excurrere. Nec sanè causa vlla est, cur de eo quod interest iurari in litem possit, perinde atque de rei æstimatione, & quidem iurando adfectionis, ut odio doli depositarij alteriusve, quæ conuentus sit iudicio bonæ fidei æstimateur, & taxetur id quod interest arbitrio actoris, ne probandum habeat, quanti re vera interfuit: in quo non leue commodum est, cum plerumque inopia probationum id quod interest etiam ad magnam summam accedat, ad eam tamen deducatur *d. leg. vlt. de prator. stipulat.* Non enim aliter quam ex veris plenisque probationibus religionem suam instruat index potest quanti re vera interfuit *leg. vnic. versic. in aliis autem casibus C. de sentent. qua pro eo quod inter.* Nisi de eo ipso in litem iuretur. Suppletorio namque ut vocant iurando locus esse neque hoc casu neque alio villo potest, ut probauimus ad *leg. admonendi 31. supr. tit. prax. id est nec si semiplenæ adsint probationes eius quantitatis ad quam vsque intendit actor sua interesse d. versic. in aliis autem casibus ibi indices per suam subtilitatem requirere, ut hoc quod re vera inducitur damnum hoc reddatur.* Quibus verbis iurandum illud suppletium aperte excluditur, quod non ex subtilitate ac delatione iudicis proficiscitur, sed ex sola voluntate, & requisitione illius, qui probationum inopia laborat impudenter petentis, ut ad eas supplendas index ipse in causa propria inuito quoque aduersario constitua. ur, non contra dolum, aut ad litem duntaxat æstimandam, ut in hoc de quo agimus iurando in litem sed ad ipsam huius victoriam sibi comparandam, & contra eum cui nihil possit impurari, nisi quod minus plenis aduersarij probationibus vinci non lit. Et tamen interpretum sententia est, etiam quantitatem eius quod interest, ut & aliud quilibet probari posse per iurandum suppletium. Quod si ita esset, utique nunquam verum esse posset quod scriptum est in *d. leg. vlt. de prator. stipulat.* per inopiam probationum id quod interest ad eam summam deduci, si modò verum est quod iidem interpretes volunt ad *leg. 3. C. de reb. credit. & iuratur.* & quod magis miror, post eos Cuiacius ad *leg. tutor. 35. supr. tit. prax.* inopiam probationum eam dicendam esse non quæ omnino nullas habeat probationes (defectum enim hunc vocant non inopiam) sed quæ minus plenas, cum tamen è contrario dicere potius debuerint, Inopiam probationum esse si quis nullas habeat, defectum verò si quis semiplenas. Quid enim aliud est deficere quam non sufficere? Nisi addas deficere omnes probationes, ut scriptum est in *d. leg. tutor.* Quamquam dici potest etiam probationes omnes deficere cum non plenæ sunt, non minus quam cum nullæ, nisi dicas in totum deficere, quod aliud est, nec quicquam verat id quod scriptum est in *d. leg. tutor.* de iurando delato per tutorem deficientibus omnibus aliis probationibus, sic intelligi ut eo quoque casu iurandum deferre tutor possit quo habeat probationes aliquas sed mancas, minusque sufficientes id est ex quibus non possit vincere. Quo tamen casu non esset utique permittendum tutori deferre iurandum aduersario pupilli, si posset ipse petere ut ad supplendas pupilli proba-

iones ad iurandum ipso admittentur. Sed hoc aliter dictum sit, non tantum ad clariorum elucidationem eorum quae scriptimus de probationum inopia circa interpretationem *d. leg. 3. C. de reb. credit. ad d. leg. admonendi*. Sed etiam ut intelligamus quàm necessarium sit iusiurandum in litem tum quoque cum agitur de probando contra dolosum, & taxando eo quod interest actoris, ut hac ratione non solum actori bene prospiciatur, sed etiam debitoris improbi, & perfidi dolus aut contumacia bonae fidei iudicio vindicetur. Nec tamen vindicaretur, si iusiurandum hoc esset veritatis duntaxat, ut nostri volunt, non etiam adfectionis. Adieci autem bonae fidei iudicio, quia in iis actionibus, quae sunt stricti iuris non potest iurari nisi in litem, ne quidem contra dolosum, extra casum *d. leg. in actionibus §. plane*, in cuius tamen specie nullus debitoris dolus requiritur, sed mora tantum postquam homo promissus decesserit, & quae licet non facile contrahi possit sine culpa, potest tamen sine dolo, neque moueri Accursius, ut contra sentiret, debuit ex hac lege, quae non de actione stricta loquitur, sed bonae fidei, & de nummis depositis non de creditis, aut de nummis simpliciter, ne dubitari posset non in quibuslibet nummis, & ex quacunque contractu debitis idem iuris esse, sed aliud in depositis, aliud verò in creditis, aliud in actione depositi, aliud verò in conditione certi ex mutuo. Quare nec distinguendum est cum Bartolo an ob non solutam sua die pecuniam poena commissa sit, an verò distracta pignora. Etsi enim maior adfectio cadere potest in pignora quae in specie consistunt, quàm in poenam pecuniariam, nec dolus vllus commissus est in commissione poenae aut in distractione pignorum. Sufficit tamen ad inducendum iusiurandum in litem, quod dolus admittitur sit in nummis depositis ad suam diem non restitutus, ut per iusiurandum in litem crescat condemnationis non pro aestimatione nummorum, quae hoc casu non minus certa est, quàm si nummi simpliciter depositi fuissent, nulla restitutioni die dicta, sed pro aestimando eo quod interest ex adfectione iurantis, ratione damni emergentis ob poenam commissam, vel distracta pignora. Adiecta etiam ultra poenam commissam, poena contumaciae *ex l. i. sup.* Hicque huius legis verus sensus est.

b. Nummos sibi sua die redditos esse. R. A. T. D. V. B. Tum quoque cum id quod interest omnimodo debetur, ut in iudiciis bonae fidei ex die morae, non tamen habetur ratio eius quod interest extra rem quod nostri vocant interesse extrinsecum, sed eius tantum quod circa rem, quod idem appellant intrinsecum *leg. si sterilis 21. §. cum per venditorem infr. de action. empt.* At qui extra rem est, & extra contractum depositi, ut ob nummos depositos sua die non restitutos poena commissam praestet, & damnum quod ex pignorum distractione contigit. Ergo non est permittendum ei qui nummos deposuit certa die restituendos, ut hoc praetextu iuret in litem de eo quod sua interfuit nummos sibi sua die datos esse. Idemque multo magis probari debet si actor velit iurare quanti sua interest ratione lucri cessantis quod ex sua negotiatione facere potuisset si restituta ei pecunia ad diem fuisset. Nam quo casu damnum emergens extra rem est ita, ut eius ratio haberi non debeat, eodem casu multo minus haberi debet ratio lucri cessantis tanquam, quod tanto magis sit extra rem minusque favorabile, ut solet

semper deterior esse condicio eius qui certat de lucro captando quàm & eius qui de damno vitando *leg. vlt. §. si vero creditores C. de iur. delib. l. quod autem 6. §. simili modo infr. Que in fraud. credit.* D. E. C. Dies adiecta in contractu siue bonae fidei siue stricti iuris pars est stipulationis, & contractus *leg. 1. §. editioes sup. de edend.* Vnde est quod si ad diem non satisfecerit debitor, hoc ipso tenetur ad id omne quod actoris interest ratione illius diei, hoc est, quod habuisset si ad diem satisfactum contractui fuisset siue lucro computandum sit siue damno. Idque non tam iure cuiusdam accessionis aut quasi dies interpellat pro homine, ut vulgo creditur ad constituendum debitorem in mora *ex leg. magnam 13. C. de contr. & committ. stipulas.* quae non habet locum nisi in poenalibus. Sed iure principalis debiti, quasi id ipsam quod interesse poterit ratione diei perinde in contractum, & stipulationem deductum videatur, atque dies ipsa. Alioqui nihil prodesset diei adiectio in stipulationibus, ceterisque contractibus, in quibus certum est accessiones nullas ex mora deberi posse siue fructus sint, siue usurae, siue quid aliud interest, quod propriam eius est contractuum, & actionum bonae fidei *leg. mora 32. §. in bona fidei leg. usurae 31. & seq. leg. videamus 38. §. penult. infr. de usur.* quod tamen non ita est. Nam si fundum certa die dari stipuler, & per promissum steterit quomodo ea die praestet, consequatur quanti mea interest moram factam non esse *leg. si fundum 134. infr. de verb. oblig.* ac proinde fructus ex eo fundo post diem perceptos, quamvis in stipulatione nihil dictum sit de fructibus neque de eo quod interest, aliud autem nihil ex stipulatione peti possit, nisi quod verbis ipsis stipulationis expressè comprehensum est *leg. quicquid adstringenda 99. eod. tit.* Sic & in aestimanda re debita ex stipulatione aliove contractu stricto licet inspicere soleat praecise tempus litis contestatae, si tamen dies adiecta sit solutioni illius praecise temporis aestimatio praestanda est quo dari res debuit *leg. hominem 37. infr. mandat. leg. si Calendis 11. infr. de re iudic. leg. vinum 22. vbi dixi sup. de reb. credit.* quia diei adiectio sola facit, ut perinde habendum sit ac si hoc ipsum nominatim conuenisset. Ergo neque extra rem neque extra contractum esse videri potest id, quod quoquomodo interest ratione diei adiectae in contractu. Hoc verò Bartolus aliique interpretes non viderunt, qui admittunt hoc interesse de quo in hac lege agitur extra rem esse, sed negant absurdum id videri debere, quia in nummis quorum vna eademque semper est aestimatio, nihil potest interesse intra rem, sicque imputrita maneret frustratio & contumacia debitoris, si non puniretur praestatione eius quoque quod extra rem interesset. Quae ratio si esset bona, consequens fieret, ut quoties non pecunia sed aliqua species ex depositi contractu deberetur, quàm certa die praestari conuenisset, & ob quam sua die non solutam poena aliqua commissam sit, aut distracta pignora contra creditorem qui eandem speciem alij quoque ad eandem sortasse aut vltiorem diem sub poena vel sub pignoribus promiserat, aliud respondendum esset, quàm quod in hac lege Vlpianus respondit in nummis depositis. Quod tamen non ita esse apparet ex *d. leg. si fundum.* vbi idem noster Vlpianus ob non praestitum sua die fundum, qui per stipulationem promissus fuerat, deberi stipulatori non fructus tantum qui cum ex fundo ipso profici-

proficiantur, non possunt computari in eo quod interest extra rem, sed multo generalius, quanti stipulatoris interest moram factam non esse. Ergo & poenam, si qua contra eundem stipulatorem commissam sit, aut distractio secuta pignorum quam impedire stipulator potuisset si ad dictam diem praestitus ei fundus fuisset. Sicut & in specie huius legis. Hac sola differentia, quod in specie *d. leg. si fundum* non posset iurari in litem de eo quod interesset, quomodo in specie huius legis. Sed aliter & per veras probationes probandum esset quanti re vera actoris interesset. Quoniam ex contractu stricto nunquam iuratur in litem extra casus supradictos, quomodo iuratur in contractu bonae fidei, qualis est contractus depositi de quo in hac lege. Eadem adiecta diei vis, & potestas facit ut per hoc iusiurandum in litem non modo damni emergentis rationem habendam esse putem, licet duo exempla quae hic Vlpianus adfert de damno tantum sint, sed etiam lucri cessantis, ut contra Accursium concludit Bartolus, *ex leg. 2. §. vlt. in fin. infr. de eo quod cert. loc. d. leg. si commissum 13. Rat. rem habet.* Quamquam enim maius periculum subest ne id quod interest ratione pecuniae excurrat in infinitum, & in immensum si lucri quoque amissi ratio habeatur, quàm si damni emergentis, quod neque immensum, neque infinitum esse potest, cum tamen dies adiecta est, nec nisi ratione temporis praestatur, & petitur, quanti interest pecuniam suo tempore solutam non esse, ut hic, & in *leg. quod si Ephesi §. infr. de eo quod cert. loc.* nihil tale potest accidere. Quemadmodum nec cum petitur id quod interest ratione loci ut in *d. leg. 2. §. nunc de officio in fin. eod. tit.* quia restrictio quae sit per adiectionem certi loci certique temporis, prohibet ac coercet taxationem eius quod interest, ne longius euagari possit, cum iis casibus spectari oporteat non quanti interest generaliter, & in vniuersum, sed strictius quanti interest quod ea die vel illo loco non fuerit satisfactum. Etsi distinguendum est an id quod interest siue ratione loci siue temporis petatur per actionem bonae fidei ut in hac lege: An verò per actionem arbitriam de eo quod certo loco, cum interest ratione loci (nec enim adiectio temporis potest facere actionem arbitriam, ut contra Accursium & Cuiacium disputabimus ad *d. leg. quod si Ephesi.*)

si agatur iudicio bonae fidei iuratur in litem de eo quod interest siue interest ratione loci siue ratione temporis potestate, & aequitate iudicij bonae fidei, quod huiusmodi gaudet privilegio *leg. in actionibus 5. infr. iunct. leg. in bona fidei 8. infr. de eo quod cert. loc.* Si verò arbitraria actione de eo quod certo loco, non iurabitur, quoniam arbitraria nihil nisi utilis actio est substituta in locum directae quae stricta est *leg. 1. eod.* Non ergo distinguimus locum à tempore nec quantitatem à corpore ad inducendam obligationem eius, quod interest siue de damno emergente tractandum sit siue de lucro cessante etiam ratione pecuniae, nisi de inducenda quoque arbitraria tractetur, quae per solam loci non etiam temporis adiectionem inducitur. Sed bonae fidei actionem ab ea quae stricti iuris sit semper separamus quoties de in litem iurando quaerimus. Et in ipsis quoque bonae fidei actionibus distinguimus, an de ea re exercentur cuius dominum licet actoris, ut in hac lege, an de ea quae actori tantum sit debita, ut priore tantum casu possit iurari, posteriore non item. Ex his facile est ad eam quaestionem respondere quam Bartolus pro difficili proponit, Si dare mihi debuisti centum libras eo tempore, quo florenus non nisi quadraginta solidis aestimabatur, nec tamen dedisti nisi post auctam floreni aestimationem ad quinquaginta vsque solidos, an perdidisse aliquid dicendus sum an potius non acquisivisse? Certum enim est damnum me passurum esse si cogar florenos accipere in ea aestimatione quae hodie maior est quàm fuerit eo tempore quo dare debueras, ideoque nec possum cogi eam accipere solutionem *leg. Paulus 99. aliis l. creditorem infr. de solut.* Qua de re si quis plura scire velit, videnda sunt quae contra Carolum Molinam scriptimus in tractatu De variis nummariorum debitorum solutionibus: Ceteram ociosa quaestio est, An in lucro an potius in damno id poni debeat, cum adiecta die in contractu quolibet non minus lucri quàm damni ratio habenda sit in aestimando eo quod interest, ac si illud ipsum quod interest specialiter contractu comprehensum esset quasi hoc actio inter contrahentes, ut & in *leg. cum stipulatus 113. §. vlt. de verb. oblig.* Nam & in stipulationibus quoque, ut & in contractibus aliis sequimur non tam quod expressim dictum quàm quod actum est *l. semper 34. de reg. iur.*

4. IDEM libro 36. ad Edictum.

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

Ad l. videamus 4.

R A T. D V B. Et si pupillo deferri iusurandum non oportet leg. iusurandum & ad pecunias 34. §. pupillo supr. tit. prox. cum tamen à pupillo præstitum est seruari debet, quia nihil refert cuius sexus, ætatisve sit is qui iuravit leg. qui iurasse 26. eod. Ergo nihil verat in tutelari causa, id est pupillari quæ per tutorem exercetur, etiam pupillum ipsum iurare in litem ad rem suam æstimandam. Præsertim cum maneat dominus licet habeat tutorem, alius verò in litem iurare non possit quàm qui sit ipse dominus litis leg. vulgo 7. infr. hoc tit. DEC. Pupillus cum sit impubes, & in ea ætate in qua non possit tantum habere iudicij quantum necesse est ad res bene æstimandas (neque enim scire neque discernere quicquam talis ætas potest leg. pupillus 9. de auctor. tutor. non magis inquit quàm furiosus) non potest idoneus, & satis probus rerum suarum æstimator esse, sicut nec eas possit vendere, quod utrumque tamen sit per iusurandum in litem: Nec ergo iurare ipse potest. Cumque iusurandum hoc non aliter præstari possit, quàm si à iudice ipso deferatur §. deferre infr. hac leg. an non stultissimus esset iudex, & officij sui parum peritus, si pupillo iusurandum deferret? Alia causa est eius iusurandi de quo in d. leg. qui iurasse id est quod à parte ipsa parti præstatur. Seruari enim illud à Prætorè debet contra eum, qui dum deferret, contentus eo fuit, ut scriptum est in d. leg. qui iurasse. Nec absurdum est stultè quid fieri ab incauto malèque consulto litigatore, quod æquè stultè per iudicem fieri absurdum esset. Sed si verum est, ut est, quod in superioribus diximus, iusurandum hoc in litem nihil nisi litis æstimationem esse, ac quasi venditionem rei in litem deductæ, cur non permittimus pupillo, ut iuret tutore saltem auctore, quemadmodum eodem auctore possit vendere? Augetur dubitatio ex eo, quod tutor ipse solus potest iurare pupilli nomine, ut sequitur in hac lege. Quidni enim multo magis ei liceat auctoritatem iuranti pupillo præstare? Scio quædam esse quæ tutor facere non possit sine pupillo, quale est adire hereditatem, & si quid aliud simile est leg. potius 5. C. de iur. delib. Nihil verò posse pupillum facere sine tutoris consilio & auctoritate. Sed quid potest esse obsecro, quod pupillo facere non possit tutore auctore? Denique cur non saltem distinguimus an pupillus sit proximus pubertatis necne, cum is qui pubertati proximus est, capax sit & iurandi, & iniuriæ faciendæ leg. pupillum 11. de regul. iur. & consequenter etiam peierandi. Multo igitur magis iurandi, aut saltem idem est, posse pupillum tutore auctore omnia ea facere, quæ si malè ac perperam faciat, indemnitas postea seruari à tutore possit, iudicio tutelæ, quod in eam rem potissimum comparatum est, ut non pupillus ipse sed tutor damnum sentiat si qua in re auctoritatem malè præstiterit, quam præstare non debuit, ut è contrario si auctoritatem præstare recusauerit, quam præstari expehebatur pupillo leg. si tutor 17. infr. de auctor. tutor. Porro in hoc numero non est iusurandum tutore auctore præstitum in quo si peieratum sit non potest auctorem laudare tu-

torem, ut pœna periurij se eximat quæ in iudicium tutelæ scilicet venire non potest, cum periurium solum Deum vindicem, & vltorem habeat leg. 2. C. de reb. credit. & iureiur. Eademque ratio facit ut in re tanti momenti tantique periculi non oporteat distingui an pupillus sit dolus capax, & proximus pubertati necne, sed generaliter arceri pupillum à iurando, & modò impubes sit, id est non adhibita illa distinctione an proximus sit pubertati, necne. Nam & qui pubertati proximus est, adhuc tamen impubes est. Ilque sensus est horum verborum Vlpiani si impubes est, non quem Accursius putat, ut dixerit Vlpianus si pro quia. Nam imò verò stat propriè articulus si hoc est conditionaliter, non ad excludendum pupillum qui sit pubes qualis certè nullus est (omnis si quidem pupillus impubes est, quamuis non è conuerso impubes omnis sit pupillus) nec rursus ad excludendum adolescentem de quo in sequentibus, ut idem putat Accursius, sed ad excludendum pupillum qui sit proximus pubertati, quem in aliis plerisque iuris partibus ius civile habet pro pubere. Est verò valde notandus hic casus. Vix enim alius talis in toto iure occurret, in quo non possit pupillus facere tutore auctore, quod solus tutor ipse absque pupillo potest.

a Sed nec tutorem cogendum. R A T. D V B. Nihil debet tutor omittere eorum omnium quæ facere potest pro vtilitate pupilli, & ob quæ non facta damnum aliquod pupillus damnum quandoque sensurus sit, alioqui tenetur eo nomine actione tutelæ ad indemnitàtem præstandam pupillo, præsertim si tale illud sit quod facturus tutor fuerit in causa sua propria: cum à tutoribus pupillorum eadem diligentia exigenda sit circa administrationem rerum pupilliarum, quam paterfamilias rebus suis ex bona fide præstare debet leg. à tutoribus 31. in princip. leg. tutor 13. §. non est audiendus & tot. tit. de admin. tutor. d. leg. si tutor. 17. de auctor. tutor. leg. 2. C. si tut. vel curat. non gesser. Atqui pupilli tutor iurare in litem pro eo potest si velit, ut subiicitur in versic. si tamen. Ergo ut pro eo iuret cogendus est etiam si iurare nolit, non quidem coactione præcisa, sed saltem causatiua, id est nisi eo nomine pupillo teneri malit actione tutelæ d. leg. si tutor. Alioqui euidenter manebit pupillus in damno si nec iurare ipse per se possit, nec per matrem suam etiam quæ pro eo iurare parata sit, ut statim sequitur in hac lege, nisi tutor qui pro eo iurare si velit potest, iurare etiam inuitus cogatur. DEC. Graue nimis esse videtur, & est, ut ignorans & inuitus tutor sub alieni compendij emolumento periurium anceps subire cogatur: Nec enim tantopere damnosum aut periculosum tutore debet officium suum esse, quod tanquam publicum inuitus fortasse susceperit, aut saltem ut susciperet, cogi potuerit leg. videlicet 29. supr. ex quib. caus. maior. leg. 3. §. vlt. infr. de testib. Nam nec in causa sua & propter proprium compendium anceps periurium subire cogetur, ut bene ratiocinatur Accursius ex leg. iusurandum & ad pecunias 34. in sine princip. supr. tit. prox. & leg. de die 8. §. penult. supr. qui satisd. cogant. cum anima hominis rebus omnibus sit præferenda leg. sancimus nemini 12. C. de sacros. eccles. Et generaliter iniquum semper est cogi quem de alieno facto iurare, adeo ut nec de facto defuncti iurare cogi possit heres quamuis defuncti personam repræsentet, quia igno-

quia ignorare probabiliter potest contractum, & factum defuncti inquit Paul. libr. 2. sentent. tit. 1. §. 4. duntaxat l. vlt. Pro suo l. qui in alterius 42. de reg. iur. l. Marcellus 11. §. pen. infr. rer. amot. Nec ideo tamen verendum est, ut iacturam ex eo vltim pupillus incurrat, cum nihil veret etiam aliter quam per iusurandum æstimari rem pupilli, quomodo esset necessariò æstimanda si ex contractu stricto peteretur, nisi in casu l. prox. infr. vers. planè. Sed compendium & lucrum duntaxat amittit pupillus, quod acquireret si pro eo tutor iurare vellet: Quandoquidem per hoc iusurandum æstimatur contumacia vltra verum recipere l. 1. supr. cæque contumacia æstimatio tota in lucro & compendio est. Idèoque nimirum in hoc demùm iureiurando grauius periculum est ne periurium incurrat, quàm in decisorio, quod de rei veritate est, non de iurantis adfectione, cui demum ex iuris necessitate legiflator indulget, ut rei dolum & contumaciam puniat, multo magis credendum est indulgentiam sibi plus æquo actorem, cui in infinitum iurare permittitur, nisi propriæ conscientie testimonio ac pudore coerceatur. Nec æ medijs loco induci potest, ut taxetur certa quantitas intra quam iurari oportet. Nam præter id, quod iam illud nouum & totum Tribonianum est, ut iam diximus, & docebitur ad §. iurare infr. non ideo sit taxatio, ut sine periurij periculo ad eam vsque quantitatè iurari omnimodo debeatur, sed ut ne vltra quantitatem illam iurari possit, nec si e vera pluris intersit. Itaque intra taxatam quantitatem periurium incurri non minus potest, quàm si taxata quantitas non esset. Imo tanto facilius quanto sollet quisque auidius iurandi licentiam sibi sumere ad taxatam vsque quantitatem dum putat impune hoc facere sibi per leges, & Deum licere, quod per iudicem licet. Proinde nec mirum est non cogi tutorem præstare pupillo auctoritatem ad iurandum in litem, non magis quàm ut tutor ipse iuret, cum ea quoque ratione anceps periurium æquè possit incurere. Quæ omnia longè diuersa sunt in iureiurando decisorio, in quo de veritate rei iuratur, cuius si tutor conscius sit, nullum periculum est accipitis periurij, propter quod iuste reculari iusurandum à tutore possit, qui administrandarum rerum pupilliarum ius habet si modò iusurandum ei deferatur tanquam de re quam ipse certam habeat, & exploratam ut in leg. quoties 21. §. si tutor supr. de noxal. act. De qua tamen si dubitet, ut accipitis periurij periculum vereri debeat, non tam præcisè iurare cogitur, quin referre etiam possit si malit, quemadmodum & ab initio deferre illud possit leg. iusurandum quod 17. §. si tutor. supr. tit. prox. Qui quis enim deferre potest, idem multo magis audiendus est si iurare velit, cum faciat ex necessitate d. leg. 34. §. datur autem & leg. manifeste 38. eod. tit. Nec ei quandoque imputare poterit pupillus si ex relatione victus sit, cur non potius tutor iurauerit, atque ita litis victoriam pupillo comparauerit, cum non fuerit cogendus præcisè de alieno facto iurare d. leg. Marcellus §. penult. nec anceps periurium subire ut hinc Vlpianus scribit. Idemque iuris est si pupillo delatum sit iusurandum ea lege, ut tutore auctore iuret, quomodo certè deferendum est, ne alioqui nimis stultè fecisse videatur, qui pupillo ad iurandum sine tutoris auctoritate detulerit d. leg. 34. §. pupillo supr. hacten. cum eo casu non minus ser-

uandum sit à Prætorè iusurandum quàm si tutore auctore aut à maiore præstitum esset d. leg. qui iurasse 26. eod. Ut scilicet hoc casu cogendus sit tutor, vel auctoritatem pupillo præstare si facti veritatem perspectam habeat, aut ipse pupilli nomine iusurandum referre, vel saltem pupillus ipse tutore auctore ut in d. leg. 17. §. pupillus supr. eod. tit. prox. Cæterum si neque auctoritatem pupillo præstare, neque iusurandum referre tutor cogetur, nulla superesset ratio litis per iusurandum finiendæ, esseque pupilli ætas, & quæ per ætatem contingit ignorantia captiosa esse ipsius aduersario, si fortè is aliam probandæ intentionis suæ rationem non haberet: quod tamen iniquum esset leg. quod autem 7. §. si quid cum pupillo infr. que in fraud. credit. vbi dicitur, quod alioqui mirum videri possit esse pupillum in hoc deterioris conditionis quàm sint ceteri creditores qui non aliter actione Pauliana, & interdicto fraudatorio tenentur, quàm si fraudem sciuerint, & participauerint. Neque tamen id mirum videri debet: esset enim multo iniquius, debitoribus licere cum pupillo contrahere, aut aliud negotium gerere in fraudem creditorum: Quemadmodum solemus dicere iniquum esse cogi eum, qui cum pupillo non contraxerit, expectare pupilli pubertatem leg. 3. versic. Marcellus infr. quib. ex caus. in poss. eat. Iusurandum verò in litem in eo non solum minus necessarium sed etiam minus fauorabile est, quod non ad decidendam litem sed ad æstimandam eam pertinet, nec præstatur deferente aduersario, aut ad aliquam ipsius vtilitatem, sed in eius odium ad solam vtilitatem iurantis, vnde fit ut nec referri vnquam possit. Tanto iustius ergo videri debet quod Imperatores rescripserunt non esse cogendum tutorem, ut pupilli nomine inuitus iuret. In quolibet alio iureiurando aliud est leg. 2. §. quod obseruari C. de iureiur. propt. cal. dand. §. 1. leg. properandum 13. §. vlt. C. de iudic. Et ita bene Accursius.

b Vel matrem pupilli admittendam. R A T. D V B. Nullus adfectus vincit maternum, sicut nec paternum leg. vlt. C. de curat. furios. nisi maternus. Viscera enim materna neciunt patientiam. Ergo quod indulgetur adfectioni tutoris adeoque curatoris, ut pro pupillo vel adolescente iurare in litem possint si velint quamuis non cogantur, ut Vlpianus subiicit in versic. si tamen. Cur matri pupilli denegabitur, quæ æstimationem rei pupillaris non minus scire quàm tutor ipse potest si tantam adfectionem filio suo præstare velit ut iurare parata sit? Præsertim cum etiam patri concedatur iurare pro filio in actione Rerum amotarum, si velit, tamen si non cogatur d. l. Marcellus 11. §. penult. infr. rer. amot. DEC. Mater quæ tutrix non est, non habet legitimam personam iurandi pro filio, etiam si maximè velit, adeoque nec standi in iudicio propter sexus verecundiam, & consilij infirmitatem l. alienam 18. C. de procurat. l. 3. de regul. iur. l. 1. supr. de postul. Merito igitur diu fratres rescripserunt non esse matrem admittendam ad iurandum pro pupillo etiam si iurare parata sit. Minus enim iuris habet quàm tutor qui legitimam personam gerit ad agenda ea omnia, quæ pupilli nomine siue in iudicio siue extra iudiciū agenda sunt leg. 1. & 2. C. qui legit. person. stand. in iudic. hab. Idèoque cogitur tutorem petere pupillo filio leg. matris pietas 6. C. qui per. tutor leg. 2. infr. ad SC. Tertij. quod non ita esset si posset illa tanquam mater omnia gerere pro tutore. Minus item, quàm pater

d. l. Marcellus §. pen. non quia pater sit legitimus administrator filij, non etiam mater, nisi quæ tutrix est, [et si enim verè hoc dicitur hodie post l. cum oportet 6 & l. ult. C. de bon. que liber. quibus primum hoc ius legitimæ administrationis inducitur, non tamen conuenit Vlpiani temporibus, cum patri tum sufficeret ius patris & incognitum esset in eius persona nomen legitimi administratoris] sed quia propter patriam potestatem censetur eadem esse patris & filij persona l. in suis 11. de liber. & posthum. l. ne cum filiofamilias 16. i. f. de surr. quod de matre nemo vtrique dixerit, qui nec matris potestas vlla est, nec habent scem. æ liberos in potestate l. 4. §. ad testamenta i. f. de bon. poss. contr. tab. l. mulierem 5. C. de adop. l. deo autem loquor de matre quæ tutrix nō est, quia si tutrix sit, nihil causæ est cur ei denegetur quod ceteris tutoribus permittitur, id est quod sit & mater. Ex quo apparet non esse bonam rationem que adfertur ab Accursio propter quam non sit permittendum matri vt in litem iuret pro filio, quamuis impubere, qui, inquit, filium suum plus quam se ipsam diligit, quasi ex ea causa credendum sit iuraturam illam in immensum. Quod si verè diceretur, nec illo casu permittendum ei esset iurare quo tutrix esset: nec enim qualitas illa superueniens naturam tollit aut destruit, sed supponit, vt de Dei. Opt. Max. gratia dicunt Theologi. In eod. q. Accursius bene à Bartolo reprehensus est, illa etiã ratione quod cui libet permittatur iurare in causa propria ad litem æstimandam l. vulgo 5. l. tutor 8. i. f. hoc tit. cum tamen maior non sit cuiusquam adfectio erga alium quam erga seipsum, vera igitur ratio illa est quam attulimus, quod mater que tutrix non est, legitimam personam non habeat standi in iudicio pro filio. Nam que à Bartolo ipso adfertur ex d. l. vulgo quod non alius in litem iurare possit, quam qui litis dominus est, quique litem suo nomine contestatus fuerit, perinde matrem tutricem ab hoc iure iurando sumoueret, atque si tutrix non esset, cum non ob id quod tutrix est, fiat litis domina, eamve suo nomine contestari possit. Nec tamen mirandum est Vlpianum nostrum hinc non distinguere an mater tutrix sit necne, quia iure vetere non poterat mater tutrix esse liberorum, quod vitale id esset munus & officium vltra muliebrem sexum, nisi si quando ex rescripto Principis specialiter id concessum esset l. vltim. i. f. de tutel. d. l. 3. de regul. iur. dicit. l. alienam 18. Cod. de procurat. Sed hodie tamen distinctio hæc necessaria est, postquam placuit Iustiniano vt mater non solum legitima tutrix filiorum esse possit, sed etiam vt ceteris tutoribus legitimis, si tutrix esse volet, præferenda sit Nouell. 118. De hered. ab intest. venient. cap. 5. §. ex his autem & tot. tit. Cod. quãd. mulier tutel. offic. fung. pot.

c. Curatores quoque pupilli vel adolescentis. RAT. DVV. & DECID. in curatoribus pupillorum eadem est que in tutoribus. Quoties enim pupillo curator datur, quod non aliter faciendum est, quam si iam tutorem habeat [nec enim habenti tutorem tutor dari potest tot. tit. C. in quib. caus. tutor. hab.] eadem ratio est curatoris, quæ tutoris, in cuius locum datur ac veluti substituitur, cum æquè detur personæ dicit. l. à tutoribus 32. in princip. de admin. & peric. tutor. quod in minoris curatore secus est, quia bonis tantum datur non personæ, nec quicquam adolescentis nomine facere potest, nisi vt pro eo iudicium suscipiat l. 2. infra De admin. tutor. sed auctoritatem tantum ei

præstare debet. Multo igitur minus cogendus est curator adolescentis, vt pro eo iuret, cum adolescentis personam non repræsentet, quomodo tutor repræsentat personam pupilli, neque quod pro eo legitimam personam in iudicio standi habeat d. l. 2. facere debet, vt eo magis iurare cogendus sit. Nullum enim periculum est ancipitis perituri suscipiendo iudicium, quomodo esset iurando in litem ex adfectione adolescentis nomine, sicut in tutore proximè diximus. Planè si iurare velint, possunt, vt sequitur. Quod si nolint, melior futura est condicio adolescentis quam pupilli, quia potest adolescens iurare si velit, vt sequitur in hac lege, at pupillus non potest. Contentus ergo esse cogetur presentis æstimatione taxanda ex communi hominum opinionone: id è que nec in totum damno adficietur, sed iustam precium pro formali accipiet, in quo nihil damni est, sed tantum minus lucri. Quamquam nec nouum est, vt pupillus sit deterioris conditionis ob hoc ipsam quod sit melioris, vt in l. quod autem 6. §. si quid cum pupillo i. f. que in fraud. credit.

d. Si tamen tantam adfectionem. RAT. DVV. Auctoritas iuris non patitur, vt alius in litem iuret quam qui dominus litis est, quique litem suo nomine contestatus est l. vulgo 5. i. f. hoc tit. Nam ad vtilitatem iurantis referri hoc ius iurandum debet, vtilitas autem tutoris vel curatoris nulla esse potest in litem, quæ vel pupilli est, vel adulti. Ergo quamuis tantam adfectionem pupillo suo vel adolescenti tutores vel curatores præstare velint, vt pro iis in litem iurare parati sint, auctoritas tamen iuris refragatur, ne hoc eis licere debeat. Numquam enim adfectioni indulgendum est, cum auctoritas iuris refragatur. Lex damini 40. i. f. De damn. i. f. dicit. Nec est quod quis cum Accursio & Bartolo respondeat, tutorem domini loco habendum esse, cum bene administrat ex l. qui fundum 7. §. si tutor i. f. supra pro empr. l. interdum 56. §. qui tutelam i. f. de surr. Est enim de tutore id verè dicitur, & de curatore pupilli qui tutoris loco est, vt proximè diximus, de curatore tamen adolescentis non similiter dici potest, cuius vtrique non tanta est potestas quanta tutoris; & de quo nihil tale vsquam scriptum est, cum tamen eadem ipsius ratio constituatur quæ tutoris in hac lege. DEC. Tam curatores quam tutores personam habent legitimam standi in iudicio, nec minus curatores minoris pro adulto quam tutores pro pupillo dicit. l. 2. i. f. de admin. tutor. Ergo & ad faciendam, si velint, omnia ea quæ in iudicio faciendæ sunt ad vtilitatem pupilli vel minoris, præsertim vt iudicio, quod ab ipsis acceptum est, finis imponatur. Quid enim magis agere bonus tutor vel curator debet, quam vt pupilli sui vel minoris litem quam citissime finiat? l. 1. Cod. de admin. tutor. Et quid prodesset iudicium pro pupillo vel pro adulto accepisse si non ei finis quoque adhiberetur? l. properandum 13. Cod. de iudic. Atqui finis liti imponitur per ius iurandum in litem, non quasi ad decidendas lites comparatum sit, vt noster Accursius sentire videtur ex l. 3. C. de reb. credit. & l. 1. sup. tit. prox. quæ non de hoc iure iurando loquuntur, sed de decisorio, at potius quia liti & controuersie finis imponi non potest nisi per sententiam l. 1. i. f. de iudic. per absolutionem scilicet aut condemnationem, vt ea lex ait. Condemnatio autem fieri non potest, nisi in quam litis æstimatio deducatur, vt docuimus ad l. 1. supra. Nec denique litis æstimatio

æstimatio fieri nisi per hoc ius iurandum quoties ei locus est. Iuris ergo auctoritas non refragatur quoties minus possint & tutores & adolescentis curatores pro eo in litem iurare in consequentiam eius quod etiam iniuiti suscipere iudicium compelluntur. Quibus non ideo iurare iniuiti cogantur, sed ita demum possint si tantam adfectionem præstare pupillo vel adulto velint. Ideoque nec ad suam vtilitatem iurant, sed ad vtilitatem pupilli vel adulti pro quo iurant vt de procuratoris stipulatione scriptum est in l. pen. supr. si quis caution. quia nec tutorum vel curatorum vtilitas in eo vlla est, sed adfectio duntaxat. Datur enim ius iurandum huiusmodi ex adfectione quidem iurantis, sed ad vtilitatem agentis qui litis dominus est & cuius nomine facta fuit litis contestatio, quoties alius iurat quam qui dominus litis est: quod tamen rarissimè contingit, & extra casum huius legis, fortasse nunquam. Nec quod hoc ius iurandum adfectionis esse dicitur, facit, vt eo minus dari ad vtilitatem debeat, cum adfectionem iurantis non nudam esse oporteat, sed iustam vt de traditione scriptum est in l. nunquam nuda 11. De acquend. rer. domini id est ad eam vtilitatem consequendam que actori iure debeat, qui iniuitus re sua carere cogitur, ne scilicet eam iusto precio vendere compellatur. Adfectio non potest nisi eius esse qui iurat, nec rursum vtilitas nisi eius cuius lis est, hoc est cuius nomine lis fuit contestata. Itaque ius iurandum tutoris vel curatoris non ita concipiendum est, vt iuret tutor vel curator pupillum, vel adultum suum nolle pro tanto carere re sua, vt malè putat Accursius [de sua enim adfectione non de aliena iurare quemque oportet] nec rursum quod si ipse tutor esset eius conditionis, cuius est pupillus, & in loco pupilli, nollet illare pro tanto carere, quomodo Bartolus loquitur, ex l. continuus 137. §. cum ita, in illis verbis quo plerique eius conditionis homines solent peruenire. i. f. De verb. obligat. Nec denique, quomodo Zasius, tantum prodesse id pupillo potuisse, idque se certo æstimare cum pupilli facultates notas habeat. Purum enim non conditionale ius iurandum esse oportet, nec pupilli ætas & condicio spectanda est ad augendam æstimationem, sed sola rei contumacia contra quam formula Bartoli innuere videatur, sicuti neque in eunda æstimatio est ex comparatione aliarum facultatum pupilli aut ex earum notitia, vt sentit Zasius, cum æstimanda sit ea res sola quam reus per dolum aut contumaciam noluerit restituere, nec quod ampliores, aut minores alias facultates pupillus habeat, minuere vel augere æstimationem rei controuersæ debeo, sed omni casu contumacia rei æstimanda est vltra precium d. l. 1. supr. Sic igitur concipiendum est, vt siue tutor pupilli siue curator minoris iuret simpliciter: anti interesse pupilli vel adulti sui. Ita enim fit, vt cum tutor, vel curator ille sit, qui iurat nulla adfectionis pupilli vel minoris facta mentione non de alia adfectione, quam de sua iurare videri possit, nec tamen de sua vtilitate sed pupilli vel adulti sui, cum iuret pupilli vel adulti sui tanti interesse. Quod quia sine ancipitis perituri periculo fieri non potest, hoc ipso satis monetur & coercetur tutor & curator ne plura aut rem ipsam aut possessoris dolum vel contumaciam æstimet pro vtilitate pupilli, quam si pro se ipso iuraret suamque vtilitatem æstimaret.

e. Cuius nomine tutela ratio postulat. legendum Tom. III.

omnino est tutela ratione postulat. Non enim tractatur hic de pupillo, qui rationem tutelæ à tutore suo exigat quod in ea ætate facere pupillus nunquam potest l. nisi finia 4. i. f. De tutel. & ration. distrahens. sed de tutore qui pupilli nomine, & tanquam tutor rem pupillarem ab iniusto possessore vindicet, aut etiam actione in personam persequatur, eoque per dolum vel contumaciam nolente reddere, ipsius rei æstimationem postulet. Accursius qui hoc bene vidit, interpretari cogitur, Rationem tutelæ, id est, inquit, debitum occasione tutelæ quia tutor est, sed parum feliciter. Postulat enim tutor æstimationem rei pupillaris non quasi debitam sed vt æstimet rem pupilli & contumaciam possessoris.

f. Adolescens verò si velit iurare potest. RAT. DVV. Adolescens qui curatorem habet, æquiparatur pupillo, vt vulgo & interpretes & pragmatici nostri sentiunt ex l. si curatorem habens. Codic. de in integr. restit. minor. Atqui pupillus iurare in litem nullo modo potest etiam si velit maxime vt in huius legis initio scriptum est. Ergo nec adole. ceteri curatores habenti permittendum est vt in litem iuret. Tractari autem hic de adolescente curatorem habente apparet non ex eo solum quod proximè dixit de curatore adolescentis volente aut nolente iurare pro adolescente, sed ex eo quoque, quod ius iurandum in litem conuentionale & extrajudiciale nullum est, sed illud tantum, quod ab ipso iudice & consequenter in iudicio deferatur, vt dicemus in §. seq. In iudicio autem stare adolescens sine curatore non potest dicit l. 2. De auctor. tutor. l. secunda, Cod. qui legit. person. standi in iudic. hab. l. cum & minores quart. Cod. si aduers. rem iudic. leg. contr. pupillum quinquagesim. quart. De re iudic. DEC. Adolescens in ea ætate est vt omnia que agit, & agentium causas possit intelligere, ideoque nec tutorem habere potest, nec curatore villo iniuitu indiget nisi ad lites exercendas. Extra quem casum nec iniuito datur, sed tantum petenti paragraph. i. rem iniuiti Institut. De curat. Proinde nihil vetat eum iurare in litem, cum peiorare etiam possit & sciens fallere si velit, quod non æquè de pupillo dici potest leg. qui iurasse vicesim. sext. supr. tit. prox. Nec quod curatorem habet, facere potest vt tanto minus vel ætatis vel iudicij habeat, pupilloque sit in omnibus & per omnia æquiparandus, vt malè nostri putant. Ideoque & sine curatore suo rectè obligatur leg. puberes 101. De verb. obligat. cum tamen pupillus obligari sine auctoritate tutoris non possit l. obligari 9. De auctor. tutor. Quæ ratione nec probare vnquam potui quod iisdem interpretibus & pragmaticis nostris placet, Constitutionem Friderici Imperatoris de qua in Auth. sacramenta puberum Codic. si aduers. vendit. in eo pubere non esse obseruandam, qui curatorem habeat, quasi ius iurandum eius propter curatorem non iam sit puberis sed impuberis. Quod certè perridiculum est. Alioquin si pubes qui sub administratore est, pupillo æquiparari debet, quidnam damus ei quoque tutorem non curatorem? An non ista implicent contradictionem, vt quia pubes est non impubes curator accipere debeat nō tutorem, & tamen statim atque curatorem habeat, hoc ipso pro impubere ac pupillo habendus sit, atque ita desinat quodammodo pubes esse. Fateor puberem qui curatorem habeat, non posse res suas alienare

sine auctoritate curatoris non magis quam si pupillus esset aut prodigus, cum ea res pertineat ad bonorum administrationem, quæ tota consilio & auctoritati curatoris commissa est, cuius datio alioquin vana & inutilis esse videretur. Quæ sententia & ratio est d. l. si curatorem habens, sed in ceteris quæ sunt extra causam administrationis, quale est ut minor se obliget per stipulationem, aut ut iuret, dico non magis impediri eum ut ista faciat etiam si curatorem habeat, quam ut pupillo in omnibus & per omnia æquiparandus esset, neque apertior aut accommodatior alius in toto iure nostro locus querendus est, quam hic ut interpretum & pragmaticorum error ille præsertim quod ad puberum sacramenta pertinet, conuallatur, simile est quod Iulianus scribit in §. impubes instituit. De suspect. tutor. Impubes non posse tutores suos suspectos facere,

I Deferre autem iusurandum iudicem oportet, ceterum si alius detulerit iusurandum: vel non delato iuratum sit, nulla erit religio, nec vllum iusurandum, & ita constitutionibus expressum est Imperatoris nostri, & Diui patris eius.

Ad §. 1. Deferre.

RAT. DVV. Iusurandum de rei & negotij quod in litem deductum est, decisione interpositum maioris momenti est quam iusurandum in litem, quod non interponitur nisi ad litem æstimandam. Plus enim est litem decidere quam æstimare. Atqui iusurandum illud decisorium de quo actum est titulo superiore deferretiam ab aduersario potest, adeoque extra iudicium l. iusurandum quod ex conuentione 17. in princip. & pass. sup. tit. prox. Ergo & iusurandum in litem poterit, ne cui licet quod plus est, non liceat quod est minus, contra regulam l. non debet cui 20. De reg. iur. Et vero cum volenti nulla fiat iniuria, l. in diem 9. §. 1. De aqua & aqua pluui. arcend. cur non licere debeat reo actorem testem in propria causa constituere ad æstimandam litem, quem posset etiam iudicem constituere ad eam quoque decidendam l. 1. in §. quar. rer. act. non det. Denique an non esset commodius iudici eam sequi litem estimationem quæ per iusurandum actoris ex rei delatione facta esset l. si conuenerit 26. in §. De re iudic. DEC. Iusurandum hoc in litem deferretur ex mera ratione & necessitate iuris l. ult. in §. hoc tit. quoniam iudex ad cuius solius officium pertinet ut litem æstimet, & ad eam litem estimationem inuitum quoque reum condemnat, non aliter officio suo fungi potest, quam si actori rem suam aut per vindicationem petenti, aut actione aliqua bonæ fidei ex contractu persequenti iusurandum deferat, quanti æstimet quod per dolum aut contumaciam possessoris inuitus re sua carere, eamque certo precio vendere cogatur: quod sicuti facere ex officio suo iudex compellitur, adeoque, ut puto, etiam actor non petente [nec enim petendum est quod ex iuris necessitate omnimodo à iudice faciendum est, & multa sunt quæ iudex etiam inuitus nec requisitus facere cogitur, ut officio suo bene fungatur] ita nec curare debet aut expectare aduersarij delationem, nec pati ut ex ea delatione præstetur iusurandum, quod inuito quoque deferente præstandum esset. Multo

sed puberes posse curatores suos accusare, dum id faciant ex consilio necessarium. Sanè ratio quam adfert Accursius, propter quam permittendum sit adolescenti iurare in litem, quia, inquit, de suo comodo agit, non potest esse bona, cum æquè pupillis ac minoribus conditionem suam meliorem facere liceat, nec possint minùs in eo esse fauorabiles quam adulti d. l. obligari 9. in §. De auctor. tut. l. Iulianus 13. §. antepen. in §. De action. empt. Illud bene Accursius docet, obligari minorem ut à iudice interrogatus iuret de veritate dicenda. Etsi enim locus hic non est de iureiurando veritatis, sed adfectionis, ut docuimus, dubitari tamen non potest quin ei cui de adfectione quoque iurare permittitur, multo magis licere debeat de veritate iurare. Est enim veritatis habendæ fauor maximus semper, & præcipuus, l. 2. C. de edend. l. 3. Imperatores 29. §. 1. & pass. in §. De probat.

minùs actor iurare debet ex delatione aduersarij, nisi eo casu quo reus condicionem deferret, ut ad certam & taxatam quantitatem condemnaretur, si actor iurasset tanti sua interesse ut in l. si quis cum debitore 39. sup. tit. prox. nempe si non maiorem quantitatem iurare actor vellet. Hoc enim casu non cogere iurare, ne alioqui esset in potestate rei taxare quantitatem iusurandi, atque ita litem pro se contra actorem, id est, vice actoris contra se æstimare. Is iusurandi delatio à reo facta ad eam usque quantitatem quam actor iurauerit, ut ponit Bartolus omnino vana & inutilis est. A iudice igitur ipso tantum deferendum est hoc iusurandum, id est, quæ iudiciale semper esset nec vnquam extraiudiciale, quia finiri quidem controuersia potest etiam priùs quam litem moueatur, scilicet si ab omni controuersia metu vel per transactionem vel per iusurandum discedatur l. 2. C. de transact. l. 2. sup. tit. prox. Sed litem æstimari antequam mota sit, aut ab alio quam à iudice impossibile est, planè si conuenerit inter litigatores quanti litem æstimanda sit, non dubitabit iudex eam sequi conuentionem d. l. si conuenerit sed aliud est litem æstimari mutua conuentione litigantium, quod semper fieri potest, aliud verò æstimari inuito reo ab actore, quod non nisi in iudicio & deferente ipso iudice vnquam fieri debet, ne voluntas vnus ex litigatoribus auctoritati iudicis anteposita videatur. Si quod soli iudici ex officij necessitate facere incùbit aduersario facere concedatur arg. l. 1. §. inde queritur in §. De noui oper. nunciat. Denique quid potest aduersarij delatio prodesse, qua cessante iudex æquè iusurandum deferre possit, & debeat? In iureiurando decisorio aliud iuris est, quia nunquam à iudice deferretur, sed semper à parte.

a Vel non delato eo iuratum sit. RAT. DVV. Iusurandum hoc in litem, non deferretur nisi ex iuris necessitate, ut modò diximus, ex leg. vltim. in §. hoc tit. Ergo etiam non delatum præstandum est, & præstiti religio conseruari à Prætoribus debet, cum non possit videri perperam factum, quod ex mera iuris ratione & necessitate factum est l. si uni-

l. si mulier 59. §. ex asse in §. in §. de iur. dot. DEC. Solius iudicis est litem æstimare & officio eius hoc incumbit Tit. In §. de offi. iudic. Ergo si quando æquum sit, & necessarium ab actore ipso litem æstimari, ut ipse iudicis quodammodo vice ac partibus fungatur, non ab alio quam ab ipso iudice potestatem illam accipere & potest. & debet. Quam potest nec iudex nec ratio ipsa iuris passim indulget actori sed certis tantum casibus & actionum generibus, de quibus dicemus ad l. seq. Delatio igitur iudicis præcedere debet præstationem, causæ autem cognitio delationem: quod si factum non fuerit, merito Vlpianus ait, nullam fore religionem, nullum iusurandum, & ita expressam esse plerisque constitutionibus Imperatorum. Quid enim magis suspectum videri potest, quam si quis vltro se ingerat, ut iudicem & testem se constituat in propria causa, & quod iudicis auctoritate fieri debeat sibi velit adrogare? quod nec postulat à iudice sententiam facere vnquam licet l. miles 0. §. qui iudicari in §. de re iudic. l. non est singulis 186. de regul. iur. Quare nec facile probare possum quod tradit Bartolus, etiam notarium causam quem pragmatici nostri grapharium appellant posse iusurandum hoc deferre, dummodò inquit, deferat mandante ipso iudice & presente. Quasi, inquit, iudex hoc facere videatur arg. l. falsus 43. §. si is

qui in §. de iur. l. si procuratori presentis 79. de verb. oblig. Nam cum expressum & specialiter mandatum sit Imperatorum constitutionibus, ut iudex ipse deferat, non potest nec debet alteri deferendum mandare ne rem sibi commissam negligere videatur l. cum hi 8. §. si Prætor & seq. sup. de transact. l. de offic. eius cui mandat. est iurisdic. non magis quam notarij committere, ut ipse iudicet inter litigatores & pronunciet. Huius liquidem iusurandi delatio quæd aliud est, quam sententia & pronuntiatio iudicis, reum condemnantis quanti actor in litem iurauerit: l. qui restituere 68. vers. si vend non potest & seq. sup. de rei vindic. l. si fundus 16. §. in vindicatione in §. de pignor. Fie enim hæc delatio semper & fieri debet per viam condemnationis, neque post hanc pronuntiationem faciendum iudicis quicquam superest cum taxatio condemnationis quæ faciendæ superest, ab ipso actore faciendæ sit, non à iudice. Facta verò per actorem taxatione, ad iudicis executionem veniendum est, quæ potest non ad cognitionem eiusdem iudicis pertinere qui iam iudicauit, & siue bene siue male officio suo functus est l. iudex postea quam 35. in §. de re iudic. sed ad magistratum qui iudicem dedit siue Prætor ille sit, siue alius, ad quem solum ex Diui Pij rescripto pertinet, ut iudicis à se dati sententiam exequatur l. à Diuo Pio 15. eod.

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

Ad §. 2. Iurare autem.

RAT. DVV. In rebus omnibus honestus modus seruandus est, non immoderata cuiusque luxuria sublequenda, inquit, l. ex damni 40. in princip. in §. de damn. in §. Atquin si actori iurare in infinitum liceat, quomodo Vlpianus hic loquitur, id est, sine vlla taxatione & præfinitione, ut idem Vlpianus explicat in l. qui restituere 68. sup. de rei vindic. vaide vendendum est ne is, cui tale iusurandum deferretur abutatur nimia illa licentia, indeque arrepta occasione iuret in immensum, atque ita facile peieret, quod ferendum est, nec facile quisquam in anticipis periculis inueniendus vers. graue enim sup. hac lege l. de die 8. §. pen. sup. qui sitisid. cogant. Ne mihi ergo permittendum est, præsertim litigatori quem vesana & litigantibus omnibus insita vincendi libido facile sit obca catura, ut iuret in infinitum. Hæc enim sola certè ad hunc locum dubitandi ratio est, non quam nostri post Accursium & Bartolum adferre solent, quòd infinitas sit vitanda: non enim de infinitate illa tractamus, quæ à legibus nostris explorata est, non minùs quam à natura ipsa, & philosophia l. fideicommissa 11. §. si quis decem de legat. 3. l. vlt. C. de sacros. eccles. sed de summi non definita nec taxata, ut iam explicauimus ad l. 2. sup. & quæ tamen & finiri ac taxari per iusurandum facile possit non

in infinitum crescere noua perpetuæque numeri noui additione. Atque ita sensisse non modò Vlpianum, sed etiam Tribonianum cuius puto esse totum hunc §. ab illis verbis sed an iudex usque ad §. vlt. ex eo apparet quod sequitur in hoc §. periculum esse ne actor cui iurare in infinitum licet, inde arrepta occasione iuret in immensum, ita innuens plus esse & grauius si quis iuret in immensum quam si in infinitum, quod falsò diceretur, si in infinitum philotophico sensu iurare permitteretur. Nihil enim est tam immensum, quod non parum sit, si cum infinito illo conferatur, cumque impossibile sit in infinitum eo sensu iurari, stultum certè est querere an liceat iurare in infinitum, sed multo stultius si quis dicat licere: aut si quis respondeat cum Accursio infinitatè hanc euitari, quia taxatur summa à iudice. An enim summa illa taxati possit, siue ante delatum, siue post præstitum iusurandum in litem alia quæstio est, quæ non impedit quominùs verum sit, quod Vlpianus generaliter & indistinctè scribit, iurare in infinitum licere, & in dict. l. qui restituere sine vlla taxatione. Ad quam legem æquè ridiculè Accursius respondet, & post eum ceteri, iusurandum in litem eo loco non taxari à lege, sed taxandum esse à iudice. Quasi non de eo iureiurando ibi agatur quod deferretur à iudice, ac proinde quod non ab alio quam ab ipso iudice taxari possit, adeoque quod à

condemnationem deducendum sit sine vlla taxatione. Et tamen in hac responsione quasi satisfacere possit interpretes omnes conuincant, nec mitium. Quid enim aliud possint dicere, vt Vlpianum cum seipso conciliant, si quod sequitur in hoc §. totum Triboniani non est, vt & quod scriptum est in d. l. qui restituere sed Triboniani secum pugnantis? nam cum in libro 36. Vlpiani ad Edictum ex quo libro hæc lex sumpta est, non probasset omnino quod Vlpianus scripserat iurare in infinitum licere, quasi absurdum id esset, ac euitandi huius absurditatis gratia permisisset iudici non modò ante delationem iurandi certum ei modum statuere, vt intra certam quantitatem iuratur, sed etiam post delatum præstitumque iusurandum, id non sequi, sed vel absoluerit reum vel minoris cõdemnae, quantum non nisi ex magna causa, vt loqui solet, reperiturque postea probationibus, idem ille cum ad libitum sit. Vlpiani ad Edictum peruenisset, in quo haud dubiè scripserat, Vlpianus ex omnium prudentum sententia, in rei vindicatione iurari in litem siue per dolum rei factum esse ne rem illam restituere possit quam dolo malo deficiit possidere, siue per eius contumaciam nolentis arbitrio iudicis parère & rem quam penes se haberet restituere l. 2. sup. hoc tit. l. eius rei 46. sup. de rei vindic. existimauit totam hanc Iurisprudentiam peruertendam, potiusque adhibendam officio iudicis manum militarem quam retinendam necessitatem iurandi in litem, & sine eum qui rem habens possit inuitus quoque cogi ad eam restituendam, cum ita fiat vt nec re sua carere inuitus dominus nec eam vendere compellatur. Quo ita constituto relinquatur necessariò, vt non alio igitur casu de iure iurando in litem tractari hodie possit, quam quareus à domino conuentus restituendi potestatem idè non habeat, quòd eam sibi ipsi præripuerit faciendo dolo malo quominus possit restituere, cum tamen iurari olim possit illo etiam casu quo reus possessionem habebat l. vlt. inf. de fideiuss. Nam si nec possit restituere, nec dolo fecerit quominus possit non plus quam quantum res est, id est, quanti aduersarij interfuit condemnandus est, vt eadem lex habet. Atqui eo casu quo possessoris dolo malo factum sit quominus restituere possit, quis non æquum putet cum ipso etiam Triboniano, vt is damnetur quanti actor in litem sine vlla taxatione in infinitum iurauerit? Quomodo autem id verum esset, si vel ante delatum, vel post præstitum iusurandum taxare certam quantitatem iudici liceret? Alterutrum igitur hodie euenire necessè est, vt vel de in litem iurando quærere nunquam oporteat, vel de taxatione iure iurando nunquam tractare. Et certè videtur Iustinianus ea lege sustulisse iusurandum quod deferebatur olim ratione contumaciæ quæ committebatur nolente reo parère arbitrio iudicis, iusurandum autem cui dolum possessoris absque contumacia locum faciat, retinuisse. Olim namque deferebatur aut propter contumaciam quæ nunquam est sine dolo aut propter dolum sine contumacia l. 2. vbi diximus sup. Ex his verò duobus Tribonianismis licet ambobus cum iuris ratione pugnantibus, si quis me interroget quem amplecti hac parte malim, eligam libentius posteriorem, non ob id solum quod cum Triboniana omnia pro Iustiniani legibus accipienda sint, constat posteriores leges & constitutiones Principum anterioribus esse potiores l. vltim. sup. de constit. Princip. sed etiam quia, si necessitatem illam

inducendæ manus militaris, demas, quam abhorreo, & mecum tota Iuri prudentia longè conuenientior est rationi iuris, quæ non magis patitur vt iuratur in litem taxetur à iudice certa quantitas, intra quam quasi intra cancellos quosdam eam iurandi licentiam & libertatem coarctat, quam vt homini rem suam siue sponte siue ingratu vendituro precium certum statuatur quod ille non possit excedere: quod & absurdum & iniquum esset. Hominum enim siue in testando, siue in contrahendo voluntates audire iudices debent, adeoque Imperatores non iubere, vt habet l. omnium 19. Cod. de testam. l. si filiosfamilias 25. §. maritum inf. solut. matr. l. non enim 9. Rer. amot. & l. tuto 8. hoc tit. Eidemque proinde Triboniano adscribo quod de taxanda iurandi quantitate scriptum est in l. prox. seq. in l. arbitrio 18. §. 1. de dolo & in l. 1. §. præterea sup. Ad exhib. Nec sanè quisquam dubitabit qui manum Triboniani nouerit, quin eius sit tota illa quæstio proposita his verbis sed an iudex multum iurando statuere possit, vt intra certam quantitatem iuratur ne arrepta occasione in immensum iuretur quæro. Vbi nam enim gentium sic vnamquam Vlpianus noster quæstionem concepit? Aut an fortè Vlpianus ignorabat quod Tribonianus certè ignorauit aliud esse iurare in infinitum, aliud verò iurare in immensum, & de periurio eius qui iura litem iurauerit quæri posse si in immensum iurasset proponatur? Aut cur non eadem quæstio proposita est in d. l. qui restituere vbi & in infinitum & sine vlla iudicis taxatione iuratur? Quod autem sequitur, Et quidem in arbitrio esse iudicis deferre iusurandum necne constat [vbi debuerat scribi deferat necne non deferre necne]. Dicitio enim necne respondet interrogationi conceptæ per an non adfirmationi factæ per verbum infinitiui modi] an non euidenter falsum est? siquidem hoc iusurandum ex mera iuris non tantum ratione, sed etiam necessitate præstatum vt toties diximus ex l. vlt. inf. hoc tit. Necessitas autem iuris non est posita in arbitrio iudicantis l. 1. §. 2. inf. ad S. C. Turpill. l. ordine 15. inf. Ad municip. l. non quicquid 40. sup. de iudic. præsertim cum iudex pedaneus omnino adstrictus sit formulæ Prætoris quæ deferendi iurandi necessitatem ei semper iniungit, si paret rem petitoris esse nec arbitrio iudicis restituatur dolo malo aut per contumaciam possessoris. Aut detracta arbitrij mentione si non arbitraria actione, sed ex contractu aliquo bonæ fidei actor rem suam persequatur. Neque verò dubitandum est iniuste facere iudicem si iusurandum in litem denegeret petenti actori, eo casu quo æquum sit ab actore ipso non à iudice litem æstimari: & ab ea iudicis siue interlocutione siue denegatione actorem appellare meritò possit: sicut è contrario non est in potestate iudicis vt iusurandum in litem deferat actori qui non rem suam petat sed sibi debitam duntaxat actione stricti iuris, aut contra eum qui non in dolo, sed tantum in culpa leui esse probetur, vt in fine huius legis scriptum est. Hoc autem errore supposito, vt in iudicis arbitrio sit an deferat actori iusurandum in litem necne, pergit Tribonianus eandem quæstionem iam propositam inuisè repetere his verbis, An igitur qui possit iusurandum non deferre idem possit & taxationem iurando dicere quæratur. Et respondet æquè subtiliter si diis placet, Arbitrio sanè iudicis bonæ fidei & hoc congruit. Adèd fuit ei familiaris quod & pragmaticis nostris, vt arbitraria faciat omnia etiam ea quæ ex mera iuris ratione, & necessitate pendent contra d. l. 1. ad S. C. Turpill. & d. l. ordi-

dine 15. inf. ad municip. Sed cur addidit bonæ fidei? An fortè quia in solis iudicibus bonæ fidei iuratur in litem? At qui hoc quoque falsum est, nam in arbitrariis maximè ac potissimum iuratur per quas dominus rem suam, aut quasi suam petat: neque tamen de iudice bonæ fidei tractari in his quicquam potest, vt nec ferè de bonæ fidei, sed tantum de condemnatione ex bono & æquo concipienda §. præterea Instit. de action. quod longè diuersum est, scio in bonæ fidei iudiciis multa è contrario fieri posse arbitrio iudicis, vt in l. 1. in prin. de vsur. Sed non perinde ista conuertuntur, vt in arbitrariis iudiciis quicquid dici possit fieri arbitrio iudicis bonæ fidei. Impia igitur est hæc responsio. Et verò sicut arbitrio iudicis bonæ fidei congruit vt deferat iusurandum actori rem suam ex bonæ fidei contractu persequenti, non vt deferat l. prox. inf. hoc tit. l. 3. §. inf. hoc commod. l. 1. §. in depositi & l. ei apud quem §. inf. de pos. vt & ei congruit vt iusurandum quod ex iuris ratione deferre actori debuit, non tæstet, nec restringat, se prohibeat eum iure suo vt iurare in infinitum, quod ei licet, sicut enim ius executio non habet iniuriam l. iniuriarum 13. §. 1. inf. de iniur. Ita iniuria est si quis iure suo vbi prohibetur, quod tamen fieri necesse est si precium rei quæ ad actorem pertinet non possit actor dñere nisi quale quantumque iudex itauerit, nisi fortè putamus, quemadmodum duo sunt quæ per iusurandum æstimantur, petita res quæ actoris est, & possessoris contumacia vltra rei precium l. 1. sup. Ita diuidendum esse actoris iusurandum, vt quod ad rei quidem precium atinet non taxetur quantitas à iudice intra quam iuratur, sed taxetur tamen quantum ad pœnam contumaciæ, quod ferè magis ridiculum fuerit, non enim duplex iusurandum præstatum vnum de re, alterum de contumacia, aut vnum quidem iusurandum sed habens duas partes, & diuisas summas, vnicum enim est, & indiuiduum, vnæque summa eaque indiuidua concludendum, quod proinde taxari à iudice non potest prætextu contumaciæ, quin taxetur etiam ratione precij, quod actor rei suæ dixerit, solusque dicere poterit. Meritò autem contumaciæ quoque pœna æstimanda actoris arbitrio committitur, quia per eam contumaciam solus actor offenditur, non etiam autoritas iudicis, cuius arbitrium nec sententia est, nec pro sententia habendum, sed pro arbitrio potius viri boni accipiendum, vt docuimus cum de actionibus arbitrariis tractauimus in Chlidiæ nostra de error. pragmat. Subiicit Tribonianus aliam quæstionem non in elegantiore in hæc verba, Item videndum an possit iudex qui detulit iusurandum non sequi id, sed vel prorsus absoluerit vel etiam minoris condemnare quam iuratum est. Quis verò hanc quæstionem ferat? Aut quis etiam responsionem quæ sequitur his verbis, Et magis est vt ex magna causa, & postea reperitis probationibus possit? Itane igitur licebit iudicij illudere actori, & quem sua sententia induxerit ad accipit peritij peritium subeundum, eius religionem posteaquam iurauit quasi peccauerit, contemnere? An fortè id fieri potest citra peritij non dicam suspicionem sed probationem apertissimam & exprobationem? Nam quod Bartolus ait reum hoc casu redargui non de periurio sed de nimia & inordinata adfectione, quid aliud obsecro est quàm fateri hoc casu reum argui de periurio ob inordinatam illam adfectionem? Tum verò quid si velis iudex reum omnino absoluerit? Nam & hoc æquè tam facere potest si

Triboniano credimus quam minoris eum condemnare? An non hoc casu euidentis iurantis peritium est? Cumque sit verissimum quod ad finem præcedentis §. ostendimus, iusurandum in litem non deferri à iudice, nisi per sententiam ipsam qua condemnatur reus in tantam quantitatem, quantum actor in litem iurauerit, quis patiat iudicem eundem qui lata sententia iudex esse defierit, tantum qui officio suo siue benè siue malè functus sit, l. iudex posteaquam 55. de re iudic. suam ipsius retractare sententiam, & eum ipsum reum quem iam condemnauerit absoluerit, aut etiam in minorem quam prius condemnauerit, quantitatem condemnare? Finge causam quantumuis magnam postea interuenisse repetitaque probationes ex quibus clarissimè appareat condemnari reum nullomodo debuisse quanti actor in litem iurasset, dico necessarium tamen esse appellationis auxilium vt quod malè ac perperam iudicatum est, in melius reformetur l. inf. de appellat. Nempe si iudex inferior sit à quo appellari superior possit, nam si ponas ita iudicatum esse à supremo magistratu à quo appellare non licet, erit similiter necessarium auxilium supplicationis ciuiliis, vt vocant, cui tum maximè locus est cum noua profertur instrumenta quæ in priore iudicio visa non sint, vt diximus ad l. admonendi 3. sup. tit. prox. & quæ si visa fuissent, absolui reus debuisset, nec simile est quod apud Accursium adfert Az0 ex l. eo tempore 50. inf. de peccul. Ibi enim nulla sententia præcellerat, adeoque nec missio in possessionem in pœnam latitantis, nec quod Accursius quasi cum hac lege concordans ex l. sancimus 15. C. de iudic. Nam neque in ea specie sententia vlla præcellerat neque de retractando per iudicem sacramento ab actore præstito ibi agitur, sed de taxatione per iudicem & definienda quantitate earum impenarum quas actor propter contumaciam rei à se factas iurauerit non quarum æstimationem & taxationem iurando ipsius iudex prius commiserit. Quod si velis eam legem de iure iurando intelligere per quod taxata sit etiam quantitas expensarum, dicam esse in hoc correctam eam legem per Iustiniani Nouell. 82. de iudicib. cap. 10. §. Oportet autem vnde sumpta est Auth. post iusurandum C. de iudic. vbi expressim constitutum est, vt si iudex de expensis litis iusurandum detulerit victori, deinde victor iurauerit, non licere iudici minus, quam iuratum est, condemnare, addita etiam optima ratione, neque videri clementiorem lege qua hoc disponit. An non enim lege clementior videri vult iudex qui iusurandum aut iam delatum, aut quod plus est, iam præstitum refrænare vult per taxationem vt idem Tribonianus sub Pauli nomine loquitur in d. l. arbitrio de dolo. Illo etiam casu quo lex permittit actori, vt in infinitum & sine vlla taxatione iuret? An non verò etiam prudentior lege vult hic videri? Et prudentior item Prætoris qui dictando formulam vindicationis aut etiam iudicij bonæ fidei per quod dominus rem suam persequatur iniungit iudici necessitatem condemnandi reum quanti actor in litem iurauerit, nulla refrænandi iurandi data potestate. ac ne quidem facta mentione? Et si verò distinguendum non est an delatum sit duntaxat iusurandum, an verò etiam præstitum, quandoquidem per sententiam quæ iusurandum defert iudex officio suo functus intelligitur non expectata præstatione, multo tamen abiurdus, & iniquius est retractari præstationem iurandi, quam delatio-

nem solam. Retractatio enim iuramentandi præstiti accusationem peritij continet non etiam retractatio delationis, & idcirco à iuramentandi delatione appellari potest re integra, sed à iuramentandi præstito non potest, quia nec patitur præstitio, ut res integra videri possit. *l. generaliter 12. §. si autem à cui & seq. C. de reb. credit. iunct. l. si quis iuramentum n. ibi necdum eo præstito eod. tit.* Quamquam si aliud in iuramentando pro impentis litis præstito constitutum esset, non tamen id ius trahendum esset ad iuramentandum in litem, quod, ut dixi, deferretur per sententiam condemnatoriam ac diffinitivam & ad æstimandam rem iurantem qui ex domino fit venditor, quod ab alio quam domino ipso fieri, ut diximus, numquam potest, sed ad aliud si quod est simile iuramentum quod idem tantum interponatur, ut res aliqua dubia fiat certa si Accursio credimus petenti exemplum ex *l. si quando 9. C. unde vi.* In qua tamen specie admittit non posse retractari iuramentum à iudice postquam ex delatione iudicis fuit præstitum ab actore ex *d. Nouell. 82. §. oportet autem.* Et hoc quidem re dè, sed quod aliud esse vult in iuramentando in litem, quia de affectione tantum sit, probari nullo modo potest, cum maior ratio locum habeat in hoc iuramentando quemadmodum ostendimus, quam in alio quolibet, magnis que & Accursij & cæterorum interpretum ferè omnium error ille est, quod putant in eo tantum de affectione iurari, nam imò verò de rei quæ per iuramentum venditur precio iuratur, quamvis ita ut affectioni iurantem aliquid indulgeatur, ne & rem suam cogatur iusto precio vendere, & possessoris dolus remaneat impunitus. Valde autem suavis noster est Accursius qui quod hic à Triboniano scriptum est, retractari ex magna causa repertique probationibus posse iuramentum in litem præstitum, sic accipi debere ait, nisi sit secuta sententia diffinitiva de re restituenda. Tunc enim sicut, inquit, sententia iudicis non retractatur *l. Imperatores 35. l. Paulus 42. infr. de re iudic.* ita neque iuramentum. Quasi verò in actionibus in

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

Ad §. ult. Ex culpa.

Hunc §. iam explicauimus ad *l. 2. §. 1. sup.* unde petendæ sunt rationes dubitandi & decidendi ad hunc locum. Est enim uterque locus de culpa leui

rem per quas rem suam quis petit, & in quibus maxime iuratur in litem arbitrium de re restituenda, sequatur sententiam diffinitivam, ac non potius necessarid antecedit, & quasi non sit diffinitiva sententia illa, per quam defertur iuramentum in litem iure condemnationis, ut ostendimus. Cum ergo admittat Accursius, quod nos volumus & verissimum est sententiam diffinitivam retractari ab eodem iudice non posse, consequens omnino est, ut nec delatio iuramentandi retractari possit, quæ sit ob rem non restitutam, & de qua proinde restituenda nihil amplius queri & tractari oporteat, postquam delatum & præstitum est iuramentum, cum exinde habeatur non tantum pro vendita, sed etiam pro tradita si modò præsens fuerit *d. l. eius rei 46. & seq. sup. de rei vindic.* Quod verò addit Accursius in rei vindicatione ita demum iurare actorem posse, si reus dolo malo deserit possidere, verissimum quidem est ex *d. l. qui restituere & d. l. arbitrio 18. §. 1. de dolo*, sed non etiam illud quod subiicit *reus actor non vult rem auferri manu militari, sed quæ in litem iurauerit manum damnavit rem.* Non enim ex voluntate actoris pendet an iurari in litem oporteat, sed ex mera iuris necessitate *d. l. vlt. infr.* Cui porro nullus locus est, quod quis manu militari possessio rei petita auferri possessori potest. Potest autem officio iudicis etiam actore non requirente, si victus possessor potestatem habeat rei restituendæ, idque ita fieri putavit Tribonianus cum veterem illam iurisprudentiam totam conturbavit, interesse non tantum actoris, sed etiam rei publicæ adeoque iudicis, ut eius arbitrio pareatur & vincat autoritas iudicis contumaciam possessoris, & certe valde suspecta esset postulatio & religio actoris qui mallet vltro deferri sibi iuramentum in litem, atque ita anceps peritij periculum subire quam solo iudicis officio implorato rem suam manu militari recipere. Iunge quæ de hoc §. scripsimus lib. *Coniect. cap. & decad. de error. pragmat. &c.*

§. MARCIANVS libro 4. Regularum.

In actionibus in rem, & in ad exhibendum, & in bonæ fidei iudiciis in litem iuratur. Sed iudex potest præfinire certam summam usque ad quam iuretur: licuit enim ei à principio nec deferre. Item & si iuratum fuerit, licet iudici vel absolueret, vel minoris condemnare. Sed in his omnibus ob dolum solum in litem iuratur: non etiam ob culpam. hæc enim iudex æstimat. Planè interdum & in actione stricti iudicij in litem iurandum est: veluti si promissor Stichum moram fecerit & Stichus decesserit: quia iudex æstimare, sine delatione iuramentandi, non potest rem, quæ non extat.

Adl.

Ad l. in actionibus §.

RAT. DVV. Actio hypothecaria, & quælibet siue pignoris, siue hypothecæ persecutio in rem est *l. pignoris 17. infr. de pignor. l. pignoris 15. C. eod.* Atqui in actione hypothecaria si iuris rationem inspicimus, non iuratur in litem, sed lis æstimatur officio solo iudicis, & quidem aliter contra debitorem ipsum si pignus possideat, aliter verò contra extraneum possessorem, ut discretè scriptum est in *l. si inter 21. §. vlt. infr. de pignor.* quia per hypothecariam actor nunquam petit rem suam, sed alienam sibi obligatam, cum rei propriæ pignus non possit consistere *l. neque pignus 45. de regul. iur.* idè quæ cessat ratio illa iuris & æquitatis, quæ iuramentum hoc induxit, & de qua diximus ad *l. 1. & 2. sup.* Ne scilicet alioqui per dolum aut contumaciam possessoris eueniat, ut iniuitus dominus rem suam iusto precio vendere cogatur, quod esset iniquissimum *l. tutor 8. infr. l. si filiosfamilias 25. §. maritum solut. matrim. non enim 9. Rer. amot. l. nec quasi 70. sup. de rei vindic.* Nam quod contra scriptum est, in *l. si fundus 16. §. in vindicatione in fr. de pign.* Triboniani proculdubio est non Marciani, ut latè probauimus lib. 16. *Coniect. cap. 15. & in Error. 9. & 10. decad. 92. de error. pragmat.* unde peti volumus quæ alioquin ad hanc legem tradenda essent. Ergo non in omnibus in rem actionibus iuratur in litem. De c. Actionem in rem cum simpliciter dicunt prudentes nostri, eam intelligunt per quam dominium vindicatur, & sicuti ex pluribus variis causis dominium acquiri potest, cum plures variæ que sint cause dominij acquirendi tot. *Instit. de rer. diuis. & de acquir. rer. domin. infr.* & apud Vipianum in Fragmentis Tit. 19. *de acquir. rer.* Ita & actiones in rem in plurali quoque numero dicunt iureconsulti pro vindicationibus dominij, & quamvis hypothecaria quoque sit actio in rem, ut diximus, non tamen eam facile comprehendunt sub generali nomine actionum in rem, quia non de dominio in ea queritur, sed tantum de pignore cuius causa nihil habet commune cum intentione dominij *l. 1. §. cum pradium 1. 3. infr. de pignor.* sicut nec continetur hypothecaria petitionis nomine quo nihil nisi actio in rem proprie significatur *l. actio in personam 28. infr. de oblig. & actio in pecunia 178. §. actio in verb. signific.* quod & Bartolus hic fateri cogitur, malens tamen locum hunc intelligere improprie nimisque generaliter de omnibus actionibus in rem, ut inde occasione errandi arripiat, & defendendi in omnibus omnino actionibus in rem etiam que improprie sic dicuntur, iurari in litem posse. Quod ergo hic scriptum est, ex Marciano in actionibus in rem iurari in litem ad vindicationes dominij restitendum est, id est, ad actionem directam & citius, per quam dominus rem suam petit, & vindicat, & ad Publicianam quæ vindicatio utilis & prætoris est, in ea namque sicut & in directæ rei vindicatione de dominio tantum agitur *§. namque Instit. de action.* idè quæ nec mirum est in ea similiter iurari in litem, cum omnia quæ de vindicatione directa dicuntur, ad Publicianam quoque trahi debeant, quoniam ad instar proprietatis respicit, *l. sed etsi 7. a. l. l. eum qui §. Publiciana & §. in Publiciana sup. de Public. in rem act.* Nec proinde ex hoc Marciani loco moueri debuit Tribonianus primum & post eum Accursius, ut in hypothecaria quoque & siue Seruiana siue quasi Seruiana iurari in litem posse cre-

derent, cum etiam extra hypothecariam in pluribus aliis in rem actionibus verificari pluralis illa elocutio possit, quandoquidem pluralis numerus duali contentus est apud Latinos *l. vbi numerus 11. infr. de testib.* Nec minus in hac lege quam in *d. §. in vindicatione*, vbi Tribonianus constituit inuita iuri prudentia, ut in hypothecaria quoque iuretur, addit sententiæ suæ confirmandæ gratia sicut in cæteris in rem actionibus. In aliis ergo quam in hypothecaria, apparet verò ex iis verbis Tribonianum non tam consultò hoc ius induxisse ut in hypothecaria iuretur in litem, quam ex mera iuris inficitia & ignorantia, cum eam rationem iuris quæ hoc iuramentum in litem induxit, non intelligeret, locumque hunc Marciani generalius, quam par esset, de omnibus in rem actionibus sumendum putaret, quasi indefinita locutio æquipolleret vniuersali, nec restringenda esset ad terminos habiles, ad quos tamen etiam vniuersalis restringi deberet *l. tutor 35. §. 1. sup. tit. prox. l. adigere 6. §. quamuis de iur. patron.* Preter id quod debuerat Tribonianus videre longè aliam Vlpiani sententiam & distinctionem in *d. l. si inter 21. §. vltim. eod. tit. de pign.* ad quem locum nihil sanè habent interpretes, quod pro se vel pro Triboniano respondeant, ut ex Accursij glossis videre licet.

a Et in ad exhibendum. RAT. DVV & DECID. eadem est quæ ad *l. 2. sup.* vbi de actione ista ad exhibendum iam multa scripsimus, & quantum satis est, quod ad hunc tractatum pertinet. Ex eo autem quod vident interpretes tam in actionibus in rem, quæ omnes arbitrariæ sunt, quam in actione ad exhibendum, quæ licet sit personalis, tamen arbitraria quoque est in litem iurari *l. 3. §. præterea & seq. sup. Ad exhib. iunct. §. præterea Instit. de action.* Inferunt statim nostri post Accurs. & Bart. In actionibus ergo arbitrariis omnibus iurari in litem: quod certè falsum est cum, ut iam diximus, non iuretur in Seruiana, & quasi Seruiana, quæ tamen arbitrariæ sunt, nec in aliis quam plurimis de quibus tam fusè scripsimus in vltima parte *Chiliadis nostræ de error. pragmat.* sed in iis tantum per quas actor suum petat, vel quasi suum, ut Publiciana quoque comprehendatur, neque verò contra scriptum est in *d. §. præterea*, sed pro nostra potius sententiæ confirmatione, in omnibus arbitrariis actionibus permitti iudici ex bono & æquo secundum cuiusque rei de qua actum est naturam æstimare quemadmodum actori satisfieri oporteat. Ut intelligamus cum de lite in arbitrariis actionibus æstimanda tractatur, distinguendam esse cuiusque rei de qua actum est, naturam, ut in quibusdam iudex litem æstimet quanti actor in litem iurauerit, quoties scilicet alioquin eueniret dolo possessoris, ut iniuitus dominus re sua carere, eamque vendere cogeretur, in aliis verò aliter æstimato per iudicem ipsum quanti re vera intereest actoris, aut etiam irrogata pœna quadrupli, ut in actione quod metus causa vel alia pœna ex Prætoris edicto infligenda, sed neque in actione ipsa ad exhibendum, de qua nominatim hic agitur generaliter in litem iurari putandum est, sed in ea tantum quæ vindicationis præparatoria est, & quæ à rei exhibendæ domino proponitur cui si res non exhibeatur, perinde futuram sit, ut re sua carere iniuitus eamque vendere compellatur, ac si iam exhibitam vindicasset, nec eam possessor restituere per dolum suum & contumaciam vellet, cum per denegationem exhibitionis vindicatio inhibeat, ut ostendimus ad *d. l. 2. sup.* sic dicimus in bonæ fidei

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

b *Et in bonæ fidei iudiciis.* RAT. DVB. In bonæ fidei iudiciis etiam si competant ad rem actoris persequendam, nemo tamen rem suam petit quasi suâ: quod non fit nisi per actiones in rem de quibus iam diximus, sed quasi debitam ex contractu, ut cernere est in actionibus depositi, commodati, pignoratitia, locati, & aliis similibus. Ergo non debuerunt bonæ fidei iudicia hac parte distingui à strictis, nam & ex strictis perinde actor persequitur rem sibi debitam ex contractu, nec tamen in iis iuratur in litem nisi in casu §. *planè infr. hac lege iunct. l. sequen.* Sed & certum est in actione ex empto non iurari in litem l. i. *infr. de action. empt. l. si traditio 4. Cod. eod. l. si eam fundum 68. §. ult. infr. de contr. empt.* De qua tamen nemo dubitat quin sit bonæ fidei §. *actionum Instit. de action. l. ex empto 11. §. ult. infr. de action. empt.* Non igitur verum est quod hic Marcianus indistincte ac generaliter scribit, in bonæ fidei iudiciis in litem iurari. De c. Iurisdictionum in litem ideò comparatum est, ne sit in potestate dolosi cuiusque & contumacis per rapinam dominum cogere, ut inuitus rem suam vendat, eaque careat. Quod quoniam si iusto precio fieret, iniuriam dominus patereret, æquissimum sanè fuit permitti domino, ut rei suæ precium etiam iniustum & immodicum dum ne immensum constitueret, cum non alterius quam domini arbitrio precium cuiusque rei statui possit ac debeat l. tutor 8. *infr. d. l. nec quasi 70. supr. de rei vindic. l. si filiofamilias 25. §. maritum supr. solut. matr. l. non enim 9. infr. Rer. amot.* Atqui in actionibus bonæ fidei per quas dominus rem suam persequitur licet in personam non in rem ipsam perinde accidit, ut per dolum & contumaciam rei conuerti nolentis rem restituere cogatur dominus inuitus rem suam vendere, atque si eam quasi suam vindicare ac petere maluisset per arbitrariâ in rem actionem. Nec enim existimandum est ei qui deposuit rem suam vel commodauit, vel locauit, vel dedit pignori superesse tanquam domino rei vindicationem postquam litis æstimationem à depositario vel commodatario, vel conductore, vel creditore ex his bonæ fidei iudiciis fuerit consecutus. Litis enim æstimatione in his quoque casibus, ut in cæteris omnibus pro emprione & venditione est, l. i. l. 3. *infr. Pro emptor.* Neque hac parte quicquam interest inter actiones bonæ fidei, & arbitrarias, per quas actor rem suam & quasi suam petit, nisi quod in arbitrariis arbitrium iudicis de re restituenda præcedit condemnationem, quanti actor in litem iurauerit, ut ex arbitrio possit sequi contumacia possessoris nolentis ei parère, & ex contumacia possessoris delatio iurisdictioni per viam diffinitiuæ sententiæ, & condemnationis, ut toties diximus ex l. *qui restituere 68. supr. de rei vindic. l. ult. infr. de fideiuss.* At in iudiciis bonæ fidei nullum iudicis arbitrium præcedit de re restituenda, quia nec necesse est, cum ratio bonæ fidei, quæ in his iudiciis maximè dominatur §. *in bonæ fidei Instit. de action.* non solum arbitrii vim & potestatem habeat sed etiam longè maiorem quod

ad præstationes accessionum pertinet, ita ut qui actionem bonæ fidei habet, frustra sit requisitus arbitrariam l. *in bonæ fidei 7. infr. de eo quod cert. loc. l. i. C. eod.* & is qui directam & ciuilem habet frustra requirit vtilem & honorariam l. i. *supra de Public. in rem act.* Ergo in actionibus quoque bonæ fidei perinde atque in arbitrariis iurari in litem potest, l. i. §. *in depositi 16. l. ei quis 5. infr. de depos. l. 3. §. in hac Commod.* sed cum eadem in vtriusque distinctione. Nam sicuti in omnibus arbitrariis iuratur in litem, sed in iis tantum per quas dominus rem suam aut quasi suam petat, quemadmodum proximè docuimus, ita nec in bonæ fidei iudiciis omnibus, & passim iuratur, sed in iis tantum in quibus ea ratio locum habeat, quæ in litem iurandi necessitatem induxit, id est, quoties alioquin eueniret, ut per litis æstimationem in bonæ fidei quoque actione faciendam inuitus dominus re sua carere, eamque vendere dolo aduersarij cogere. Unde est quod nec in contrariis iuratur, quamuis æquè sint bonæ fidei d. *l. ei apud quem 4. infr. de depos. vbi alia etiam ratio redditur, quod in iis non agatur de fide rupta, ut in directis, non quasi in litem iurari non possit, nisi cum agitur de fide rupta, [alioqui nec in directa vindicatione, nec in Publiciana iuraretur] sed quia infrior quidam dolus & perfidia est eius, qui bonæ fidei iudicio directo conuenitur, quam qui contrario, ergo etiam in petitione hereditatis iurabitur in litem, siue reus possideat, siue dolo deserit possidere, l. *sed etsi 25. §. hæc verba de hered. petit.* quia & in rem actio est, licet pleræque habeat personales actiones §. *anteper. eiusd. leg. & præterea bonæ fidei l. vltim. Cod. eo. iur.* Dixi dolo aduersarij nec addidi *vel contumacia*, quia non sicut in arbitrariis, ita & in bonæ fidei possessoris iurari in litem inquam potest ob contumaciam, sed propter dolum duntaxat, quoniam contumacia in eo tantum est, quod iudicis arbitrio non paretur: arbitrium autem in bonæ fidei iudiciis, ut diximus, nullum præcedit. Quaratione defendi optimè potest, etiam hodie, post tantopere turbatam à Triboniano veterem iurisprudentiam in d. *l. qui restituere*, iurari nihilominus posse in litem in bonæ fidei iudiciis, omni casu quo iurari olim poterat, neque hac parte quicquam corruptum esse, aut innouatum inducto manus militaris auxilio, ne tum quidem, cum in potestate est depositarij, vel commodatarij, vel creditoris, vel conductoris rem restituere, nec nisi dolo malo denegat rei restitutionem, ut in litis æstimationem potius contemnetur, quia nimirum, auxilium illud manus militaris à Triboniano inductum est, non ut faueatur domino, ne inuitus re sua carere, eamque vendere compellatur, sed ne liceat possessori arbitrium iudicis contemnere, quomodo licebat olim, quamuis non impunè, & ut potentior sit autoritas, & arbitrium iudicis, quam contumacia possidentis: ideòque prudenter in hoc Tribonianus fecit, quod eius legis, aut potius nouæ constitutionis, sententiam generalem quidem esse voluit, sed ad ea tantum iudicia, in quibus agatur de re arbitrariè iudicis restituenda, si per contumaciam eius qui restituere iustus est, nõ restitatur. Sed quamuis in bonæ fidei iudiciis nullus contumaciæ locus esse possit, dolo tamen potest esse, & est sanè, cum reus mauult litis æstimationem præstari quam rem penes se depositam, aut sibi commodatam, vel locatam, vel pignoratâ restituere, nec tamen dolus ille sufficit, ut in his bonæ fidei iudiciis iurari in litem possit, si non etiâ illud*

illud occurrat, ut propter dolum illum, dominus re sua careat, nihil enim vetat etiam rem alienam deponi, vel commodari, vel locari, & consequenter repeti actione depositi, vel commodati, vel locati l. 2. §. *in hac actione inf. v. bon. rap. & in his actionibus aliter, quam per iurisdictionem actoris litem æstimari, officio scilicet iudicis, & ex veris probationibus, quanti actoris interest, non æstimata re ipsa, quam constet alienam esse, quoniam post eam quoque litis æstimationem non modò factam, sed etiâ præstitam vindicatio superest vero domino nec proinde dominus per eam litis æstimationem fieri possessor potest, nec venditio, ex necessitate iuris facta videri ab eo qui dominus non fuit, quique rem alienam inuito, & ignorante domino iure vendere etiâ volens, non potuit. Nam & eadem penè distinctio adhæretur in actione furti, cum de æstimanda re agitur, an iure dominij, an potius iure eius quod interest, deferatur l. *si vendidero 80. §. i. infr. de furt.* Inde est quod in actione ex empto nunquam iuratur in litem, non solum, si non habeat venditor facultatem rei tradendæ, sed etiam si habeat, & dolo malo faciat, ne tradere velit, contra quam Bartolus hic distinguit, quia licet dolo faciat venditor, qui non vult rem venditam tradere cum possit, semper tamen verum est, emptorem agentem ex empto rem alienam persequi non suam: nec quod venditor eam re omnimodo tradere debet, si possit, ut Paulus in sententiis scribit, facere potest, ut pro tradita haberi debeat, aut emptor dominus sit citra traditionem, nec si precium iam solutum sit, aut aliter eo nomine satisfactum. Hoc enim quoque requiritur, ad transferendum in emptorem rei venditæ dominium §. *venditæ Instit. de rer. diuis. l. quod venditæ 19. l. vt res 55. de contr. empt. d. l. ex empto 11. §. i. infr. de action. empt.* Proinde non cogitur hoc casu emptor carere sua re, licet careat re vendita, cuius nunquam dominus fuerit. Neque rursus verum est, cogi venditor rem præcisè rem tradere, etiam si possit, sed coactione tantum causatiua, ut nostri loquuntur, id est, nisi malit præstare, quanti ex ea causa interest emptoris d. l. i. & d. l. *ex empto 11. & pass. de action. empt. infr. d. l. si traditio 4. C. eod. & omnium apertissimè in l. contractus 19. C. de fid. instrum.* Ergo ne impunitus erit dolus venditoris, siue nolit tradere, cum possit, siue dolo fecerit, ne possit, ut in d. *l. si cum fundum in si.* Nam et si nihil dolo fecisset, at tamen in id quod emptoris interest æquè teneretur, imò verò æstimabitur etiâ dolus venditoris d. *l. si cum fundum* sed officio iudicis, non per iurisdictionem in litem, quomodo etiam æstimanda esset culpa, ut scriptum est in §. *ult. legis superioris* id est, eodem officio iudicis, quamuis non ad eundem modum. Pluris enim æstimandus est dolus, quam culpa, ut nec non videt. Quod si dolus venditoris per quem factum est, quominus possit tradere, non æstimatur per iurisdictionem in litem, sed officio tantum iudicis, quamuis hoc vno casu Tribonianus iurandi necessitatem retinuerit, & quidè in infinitum sine vlla taxatione d. *l. qui restituere*, quæro quonam igitur alio casu possit contra venditor rem æquius iurari in litem in actione ex empto? Ceterum fieri nequit, nec si maximè Prætor, aut iudex velit, ut venditor omnimodo & præcisè cogatur ad tradendum, cum traditio sit facta l. *consilio 7. §. ult. de iurat. furios.* nemo autem præcisè cogi possit ad factum sine vi & impressione. Et verò si detentor rei meæ cogi præcisè non potest, ut rem meam mihi tradat, indeque fluxit necessitas iurandi in litem, quan-*

to minùs cogi poterit venditor, ut rem suam mihi tradat, licet venditam mihi & debitam: Neque rursum manus militaris auxilium in hanc rem aduocari potest ex d. *l. qui restituere*, quia in actione ex empto nullum præcedit arbitrium iudicis de re restituenda, cum bonæ fidei actio sit non arbitraria, secundum ea quæ proximè diximus. Sanè vno casu posset in actione ex vendito in litem iurari, sed contra emptorem, si fortè tradita ei res esset ante solutum precium, & ea lege, ut si non ad diem precium solueretur, inempta res esset, & dominium penes venditorem mansisset intelligeretur, nec nisi precaria possessio emptori tradita videretur. Hoc enim casu, cum & rei vindicatio, & actio ex vendito competat venditori, l. 3. & 4. *C. de pact. int. emp. & vendit.* dubitari non potest, quin iurari in litem possit in vtraque actione contra emptorem qui precium nõ soluit, si neque rem restituat, sed litis æstimationem præstare malit. Sed de tota hac quaestione videnda sunt, quæ contra hunc interpretum errorem disputauimus libr. 6. *Coniect. c. 17. Et in error. 4. decad. 85. de error. pragmat.*

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

d *Sed in his omnibus.* RAT. DVB. & DEC ID. eadem est ad hunc versiculum, quæ ad l. 2. §. i. & l. *prox. §. ult. sup.* Eademque interpretatio vbiq; adhibenda, ut quod his omnibus locis scriptum est, iurari in litem ob dolum solum, non etiam ob culpam, de culpa leui aut leuissima intelligatur, non de lata, quæ dolo malo ita æquiparatur, ut dolus etiam dicatur in l. *magna negligentia 226. de verb. signific. neque per dictionem taxatiuam excludatur l. i. §. i. supr. si mens. fals. mod. dixer. l. quæstum 8. §. eam quoque vers. culpam sup. de precar.* Dicitur enim is quoque in crimen incidere, qui lata culpæ reus est l. i. §. *is quoque de obl. & action.* Ideòque culpam simpliciter cum prudentes dicunt, ut in hac lege & dicit l. 2. §. i. dicit l. 4. §. *ult. supra* de leui non delata intelligunt l. *si vt certo 5. §. nunc videndum infr. Commod. l. contractus 23. de regul. iur. & alibi pass.* Atque ita esse, ut ob latam quoque culpam iuretur in litem, apertus textus est in l. 2. *C. de in lit. iur.* quem Accursius, Bartolus, & cæteri interpretes, qui contra nos sentiunt, effugere non aliter possunt, quam ut dicant, speciale esse in tutore, ut aduersus eum ex lata quoque culpa iurari in litem possit, ut

in hoc deterioris conditionis sit, quam hæres eius qui debet esse melioris *l. pen. eod. tit.* Vnde factum putat Bartolus post Accursium, vt Titulus hic, de *in lit. iur.* positus sit in Codice inter Titulos de tutelis, vt apparet, inquit, Accursius, quod in eo tractam aliquid seruetur specialitatis: sed quam parum subtiliter hæc dicantur, docuimus euidentissimè in *Chiliade in Error. 3. decad. 76. de error. pragmat.* neque hinc repetimus. Fateor, non semper latam culpam æquiparari dolo, vtputa. si de corporali pœna infligenda tractetur, vt in *l. in lege Cornelia 7. aut de pœna infamiae, quæ ad corporalem proximè accedit §. suspensus Inst. de suspens. tutor.* Sed non bene his comparabitur pœna iurifurandi in litem: etsi enim hæc quoque pœna est, tamen non nisi pecuniarium damnum irrogat *d. l. qui restituere d. l. vlt. infr. de fideiuss. idem* que non ex sola voluntate iurantis, vt Accursius obicit, sed ex iudicis delatione *l. prox. §. deferre supr. adeoq; ex mera iuris necessitate l. vlt. infr. cum aliter ius constitui citra summam iniquitatem non possit, d. l. non enim §. infr. Rer. amot. d. l. nec quasi 70. sup. de rei vindic.*

c. Planè interdum & in actione stricti iudicij. R. A. T. D. V. B. Iurandum in litem inductum est, ex necessitate quidem iuris *l. vlt. infr. hoc tit.* sed tamen ex summa æquitate, vt modò diximus, ne dominus iniurus re sua carere, eamque vendere compellatur iusto precio *d. l. non enim & d. l. nec quasi cum similib.* Ideo quoque locum habet non tantum in arbitrariis actionibus, per quas rem nostram nobis restitui, aut exhiberi postulamus *l. 2. sup.* sed etiam in iudiciis bonæ fidei, in quibus plerumque accidit, vt dominus rei suæ, quantum non tanquam suæ restitutionem persequatur, nempe quoniam in iis æquitas maximè spectatur, & bona fides quæ in illis dominatur, summam æquitatem desiderat *l. bona fides 31. infr. de pœnit.* At in iudiciis strictis numquam accidit, vt quis rem suam, siue quasi suam siue alio quouis modo petat, vt ex omnium & singulorum enumeratione probari facile potest: neque rursum habetur in iis vnquam ratio æquitatis, nisi cum agitur de restitutione fructuum post litem contestatam perceptorum *l. videamus 38. §. si actionem infr. de vsur.* quamuis quod Paulus ibi ex Sabino & Cassio, æquitati adscribit, Papinianus nos ter ad meram iuris stricti rationem referat, & longè melius in *l. 2. eod. tit. quia,* inquit, *quale quid est cum petitur tale dari debet,* quæ ratio certè iuris est, non æquitatis, ideò que nec si uctus, nec vsuræ veniant in iudiciis strictis ex die moræ. Est enim hoc ius proprium iudiciorum bonæ fidei *l. mora 32. §. in bona fidei d. l. videamus §. pen. l. vsura 34. l. & in contraria 37. eod. tit. l. in minorum 3. C. in quib. caus. non est necess. in integ. restit. ad differentiam scilicet actionum stricti iuris, excepta sola actione ex testamento *d. l. in minorum & l. Titia Scio 87. §. vsuras de legat. 2.* Ergo dicendum est, in actione stricti iudicij nunquam iurari in litem, nec si promissor Stichi moram fecerit in Sticho soluendo, & Stichus post moram decesserit. Cum in hoc maximè casu apertissimum sit, Stichum nunquam fuisse actoris, nec esse amplius posse. Dicitur. Æquitas quidem summa est, quæ in litem iurandi necessitatem induxit, & quæ hac parte, vt & in aliis pleiisque bonæ fidei iudicia à strictis distinxit. Facit enim vt ex necessitate iuris deferendum sit actori ipsi iurandum, ne alioqui grauis ei fiat iniuria, tum quoque cum iudex æstimare rem ex officio suo possit: at si talis casus contingat, in quo non possit*

iudex, etiam si maximè velit, rem ex officio suo æstimare, tunc non tantum iuris, sed ipsius etiam facti necessitas cogit iudicem, vt etiam si stricto iudicio agatur, deferre tamen iurandum debeat, ne alioqui eueniat, quod multo absurdius fuerit, vt liberandus & absolendus omnimodò sit debitor, qui in Sticho quem promiserat soluendo moram contraxit, vt que mora ei sua & frustratio prodesse debeat, contra *l. hominem 37. infr. mandat. l. in condemnatione 173. §. pen. de regul. iur.* Atqui cum promissor Stichi in mora fuit, effectus moræ huius & quidem præcipuus ille est, vt perpetuetur obligatio, ideò que Stichus qui debebatur, qui que post moram perierit, adhuc viuere existimetur, perinde que peti possit ex stipulatione, ac si adhuc viveret *l. si seruum 91. §. sequitur & §. vlt. iunct. l. si ex legati 23. cum seq. infr. de verb. oblig.* Quæ res facit, vt cum ipse Stichus, qui iam mortuus est, præstari non possit, necessario recurrendum sit ad eius æstimationem, non quidem eam, quæ fuerit tempore moræ, aut ipso etiam tempore mortis, sed ad præsentem, quæ nunc est, cum homo petitur. Illam enim ipsam deberi præstariq; necesse est, aut nullam: porro non potest fieri, vt præsentem aliquam æstimationem statuatur eius rei, quæ non extat: non quia, vt putat Accursius, homo mortuus nullius omnino sit utilitatis, nec precij, in eòq; differat à boue, cuius caro, & corium vendi adhuc, ac proinde æstimari potest, [idem enim est in boue, quod in Sticho, cum aliud sit peti, aut æstimari bouem ipsum, aliud verò peti aut æstimari carnem, & corium bouis *l. mortuo boue 49. de legat. 2.*] sed quia res quæ in sua specie extare desit, quæcumque tandem illa sit, nullam in illa specie recipit æstimationem, & alia species est bouis, alia verò carnis, & corij bouis mortui, ergo & iuris subtilitas, & facti, casusque necessitas nos eò adigit, vt iniurus, vt quamuis ex contractu stricto Stichus deberetur, iurandum tamen in litem deferri oporteat, ad æstimandum Stichum, qui aliter æstimari nulla ratione potest, vt explicauimus latius *lib. 16. Coniect. c. diuersum est,* si Stichus post litem contestatam decesserit, vt in *l. pen. infr. de cond. tritic. l. 3. §. in hac Commod. d. l. hominem 37. mandat. l. fundum 28. infr. de nouat.* quia quale quid est, cum petitur tale dari debet *d. l. 2. de vsur. & vnaquæq; res debita æstimanda est ex eo instanti, quo nouissimo solui potest l. si Calendis 11. infr. de re iudic.* Potest autem solui res debita ad diem vsque litis contestatæ, acceptique iudicij, non postea *l. si Titius & Scius 9. infr. de verb. oblig. l. 2. l. 3. §. 1. infr. de duob. reu.* propter nouationem quæ per litis contestationem contingit, *l. delegare 11. §. 1. l. aliam 29. infr. de nouat.* nisi cum agitur conditione triticaria: quo casu etiam post factam contestationem res ipsa tamen petitur, vt præstetur, quandiu præstari potest, vnde sicut in ea res æstimetur, non inspecto præcisè tempore litis contestatæ, vt in cæteris conditionibus stricti que actionibus, sed inspecto tempore condemnationis, si non

si non res perierit ante se: etiã, quo casu sicuti species per mortem definit præstari posse, ita neque æstimari ultra tempus mortis porrigi potest, sed ex eo tempore non quidè præcisè, sed ex *modum* ne alioqui res ad exigua summã deducatur, vt eleganter scriptum est in *d. l. 3. de cond. tritic.* Proinde nulla his casibus subest necessitas deferendi iurandum actori contra iuris rationem, cum possit et aliter satisfieri præstita æstimatione, quæ fuit tempore litis contestatæ, vel mortis, & quam scire facile est, etiã post re peremptam, cum ad tempus præteritum, & quo res extabat, referatur, nec possit actor reculare, quominus ea æstimatione contentus esse debeat, cum legè ipse sibi dixerit, petendo eam re de q. ea litem contestando. Dices fortasse, in cæteris quidè conditionibus posse id dici, non malè quod in iis præcisè spectandum sit, in re æstimanda tempus litis contestatæ, tum quoque, cum res extat tempore sententiæ, vt diximus. At in conditione triticaria non item, in qua debetur ea præcisè æstimatione, quæ est tempore condemnationis, ac proinde non præterita, sed præsens: quæ porro qualis, quantaq. sit, sciri à iudice citra delationem iurifurandi non potest: alioqui si pro æstimatione præsentis cogatur actor contentus esse præterita, nec possit amplius in litem iurare, quomodo possit si Stichus post morã extrajudicialè periisset, euenire vt litem contestando fecerit conditionem suã deteriorè, contra quam regulaturis patitur *d. l. alia 1. non solet 86. & seq. de regul. iur.* Sed respondeo, quod iã dixi, mortuo post morã extra iudicialè Sticho, qui ex contractu stricti iuris debebatur, ideo absolutes necessarium esse iurandum in litem, quia non alia deberi æstimatione potest, quæ sit præsens: si quidem eius quæ fuit tempore ratio haberi nulla potest in strictis iudiciis, cum id ius proprium sit iudiciorum bonæ fidei *l. 3. §. si per venditorum infr. de act. empt.* nec mora debitoris effectum vllũ habeat in strictis cõtractibus, nisi ad perpetuandã obligationem. Quod si quis absurdum putet, præstari actori qui moram passus est, præsentem rei peremptæ æstimationem, quæ verè nulla est, is cogitet multo absurdius fore, si quis putet, ex eòq. inferat, nullã ergo æstimationem à debitore moroso deberi: quomodo in alia licet specie argumentatur Iulianus in *l. ita vulneratus 51. vers. quod si sup. ad l. Aquib.* Inducendũ igitur est hoc casu iurandum in litem, propter iuris subtilitatem, & casus necessitatē, vt Marcelli verbis utar, aut potius Tribonianis, in *l. si mulier 59. §. ex esse in si. infr. de iur. dot.* At in conditione triticaria non eadē necessitas locũ habet, vt neq. in cæteris conditionibus strictis (que iudiciis, quia licet non des actori præsentē Stich), post litem contestatam, & ante sententiã perempti æstimationem, quæ cõdemnationis tempore nulla omnino est, non ideo tamè relinquitur impunitã morã debitoris, qui litem improbè cõtestatus est, cum teneatur præstare æstimationem, quæ fuit mortis tempore, quæ si maior sit, quam fuerit tempore litis contestatæ, gaudeat sibi creditor, quod triticariam elegerit, sin minor, hoc ipsum sibi imputet, cum si triticariam non elegisset, eam hodie haberet æstimationem, quæ litis contestatæ tempore fuisset. Quod ergo in triticaria non iuratur in litem perempto Sticho post litem contestatam, non ex eo proficitur, quasi is litem contestando fecerit conditionem suã deteriorẽ, sed propter iuris ordinarij regulam, quæ non patitur, vt in stricti iuris actionibus iuretur in litem, nisi cum aliud dici melius nihil potest, quod hinc non contingit, præter id quod nec admittendũ est,

vt ex conditione triticaria possit deberi præsens æstimatione, quæ sit tempore condemnationis, si ante condemnationem res petita perierit, quia nec in illud vsque tempus excurrere potest conditio triticaria, cuius scilicet vsus nullus est, nisi in iis rebus, quarum æstimatio variari, & vel crescere, vel minui potest, cum non pro aliis actionibus comparata sit, quam pro iis qui nolint ea æstimatione contenti esse, quæ fuerit tempore litis contestatæ, spe maioris superuenturæ, quæ porro superuenire nequit, postquam res perempta est. Meritò igitur & necessariò receptum est, vt in æstimanda re petita per triticariam, si post litem contestatam, & ante sententiã res perierit, inspicienda præcisè sit ea æstimatio, quæ mortis tempore fuit, & consequenter, vt hoc casu non magis in litem iurari necesse sit, quam si æstimanda res esset, quanti fuisset præcisè tempore litis contestatæ. Nec enim rei peremptio facit quominus sciri possit, quanti re vera res fuerit eo tempore quo extabat, vt cernere est in actione legis Aquilæ, & in conditione furtiua, in quibus æstimatio sit, quanti plurimi rectorum res fuit, etiam quæ petiit *l. 2. §. questum infr. de priuat. delict.* Ideo que nec in illis actionibus iuratur in litem, ne ratio iuris violetur, quamuis odium furis, & occisoris ius hoc alioqui ab inuita iuris prudentia extorquet potuisset, si quo alio casu violandum ius fuisset, quomodo alia multa extorsit *§. si itaque Inst. de action.* præsertim verò æstimationem illam, *Quanti plurimi,* quæ alio pte et ea iuris nostri casu nullo locum habet, vt sapius à nobis probatum est. Et in hoc valde nos ter errat Accursius, existimans in conditione furtiua iurari in litem, quamuis nec arbitraria actio sit, nec bonæ fidei, idque inquit, propter odium furis, ex *l. cum furti §. infr.* quasi intelligenda sit, non solum de pœnali actione furti, quæ datur ad duplum, aut ad quadruplum, de qua tamen sola intelligi debet, vt ad eam dicemus, sed etiam de conditione furtiua, quod certè falsum est. Nihil enim hac parte habet speciale conditio furtiua, vel diuersum à cæteris conditionibus, nisi quod cum fur semper moram facere intelligatur, nulla quoque interueniente interpellatione *l. in re furtiua 8. §. 1. & l. vlt. infr. de cond. furt.* nunquam potest liberari fur peremptione rei furtiua, quomodo cæteræ obligationes, & actiones extinguuntur peremptione rei debita, sed salua semper manet conditio furtiua, non minus quam si post contestationem res furtiua periisset *l. si pro fure 7. §. vlt. eod. tit.* Hac sola differentia, quod si post litem contestatam periisset, æstimari deberet, quanti plurimi fuisset à tempore litis contestatæ *d. l. in re furtiua 8. §. 1. & d. l. 2. §. questum de priuat. delict.* Nulla verò facta contestatione æstimari res debet, quanti tunc est, cum petitur, cum ab eo tempore non possit, vt in triticaria diximus, crescere æstimatio, quia verò nesciri potest, qualis quantaq. sit eo instanti vera æstimatio, quæ certè nulla prorsus est rei furtiua: ac peremptæ, necessarium est hoc quoque casu iurandum in litem, vt in cæteris actionibus stricti iuris: ne deterioris conditionis sit furtiua conditio, quam cæteræ conditiones stricti iuris actiones, sufficit enim non esse hac parte melioris. Malè item Accursius, & post eum Bartolus, alique negant iurandum hoc, quod in actionibus stricti iuris, ex mera facti necessitate præstatur, esse propriè in litem, quasi nec sit adfectionis, quomodo loquuntur, sed veritatis, tanquam quod contineat

veram, inquit, & communem rei æstimationem. Nam imò verò esse propriè hoc ius iurandi in litem, apparet non solum ex *l. pro. seg.* ubi scriptum est ex Paulo, alias si ex stipulatu, vel ex testamento agatur, id est extra casum dicti *vers. planè* non solere in litem iurari, ut significet hoc casu iurari verè ac propriè in litem, sed ex eo quoque quod non esset hæc bona & conveniens exceptio, & ut aiunt, de regula, si non esset de vero in litem iureiurando. Cum in præcedentibus tractatum sit de eo solo iureiurando quod verè ac propriè in litem sit, & quod Marcianus dixerat in actionibus in rem & ad exhibendum, & in bonæ fidei iudiciis, ad exclusionem iudiciorum stricti iuris locum habere. Tantumque abest, ut ius iurandum hoc adfectionis dici non debeat, sed veritatis, ut è contratio nullum aliud sit ius iurandum, in quo adfectioni tantopere indulgetur, quantum in hoc iureiurando indulgetur: cum in aliis casibus iuretur de æstimatione, quæ verè ali- que est, licet non tanta, quantum facit is cui permittitur rem æstimare ultra quam re vera sit, ne iusto precio rem suam vendere cogatur, ut que dolus etiam & contumacia æstimetur *leg. 1. sepr. hoc tit.* In hoc autem casu iuratur de æstimatione, quæ reuera nulla est, (quodnam enim posset rei peremptæ precium præfens esse? siquidem de formali precio id est quanti res aliàs æstimata sit, conuenio precio, tractari non potest cum præfens debetur *l. in lege 62. §. 1. infr. ad leg. falcid.* sic namque is locus intelligendus est, non ut formale precium dixerit *Vlp.* pro eo quod seruatur communiter, aut quo vendi res possit, ut magis quidam viri interpretati sunt,) & cuius taxatio proinde non alium arbitrum habere potest, quam adfectionem iurantis. Tantum abest ut ius iurandum hoc adfectionis dici non debeat, aut ut possit dici veritatis, quod si specialiore aliquo nomine indigeret, dicendum potius esset falsitatis. Quamquam nec hoc quoque ferendum est, cum non nisi deferente iudice præstetur, & ex mera necessitate, cui causam det, non tantum æquitas iuris, ut euenit in iureiurando illo, quod in plerisque arbitrariis, & bonæ fidei iudiciis præstatur, sed etiam facti qualitas & necessitas, quæ, ut est in regula iuris pontificij, solet facere licitum id, quod alioquin esset illicitum. Nec lenior eiusdè Accursij error est, in eo quod defendit actiones arbitrarias esse strictas, ob id solum quod enumeratæ non sint in *d. §. actionum Instit. de action.* Quasi verò actiones omnes quæ non sunt bonæ fidei sint strictæ, nec vllum sit tertium genus actionum, quæ nec bonæ fidei sunt, nec strictæ sed arbitrariæ, de quibus tanquam diuersis tractat Iustinianus in *d. §. præterea eod. tit.* & ante illum Papinianus in *d. l. 3. §. in his quoque infr. de iur.* In strictis nulli vnquam arbitrio locus est, cui è contratio semper locus est in arbitrariis: ut à nobis contra hunc Accursij & interpretum errorem pluribus disputatum est *libr. 16. Coniect. cap. & in Error. 4. & 5. decad. 89. de error. pragmat.* Et certè ita est, minus accedunt actiones arbitrariæ ad strictas, quam ad illas, quæ sunt bonæ fidei, propter similitudinem quam habet arbitrium iudicis cum officio iudicis, quod in bonæ fidei actionibus locum habet, non etiam in strictis *l. quia tantumdem 7. supr. de negot. gest. l. quaro 52. infr. locat.* Nec tamen magis bonæ fidei sunt, quam strictæ, ut ibidem ostendimus. Idemque probat omnium optimè hic locus, in quo postquam tractatum est de arbitrariis, & bonæ fidei actionibus, tractatur etiam de strictis, tanquam diuersis

omnino & seperatis, adeo que diuersum in iis ius constituitur, quam in aliis constitutum fuerit. Huic autem Accursij errori cõsequens alius ille est, quod pro singulari notat in actione rerum amotarum iurari in litem ex *l. si cum dos 8. §. 1. infr. rer. amot.* quasi sit vnus ille ex iis casibus, quibus permittatur iurari in litem, in strictis quoque iudiciis. Quod certè non ita est, arbitraria enim est ea actio, non stricta, & per quam dominus cuius res amota sunt, res suas reposcit, ut proinde mirum non sit in ea iurari in litem: quomodo in arbitrariis ceteris per quas actor rem suam petit. Quod & in Fauiana obtinet *l. §. 1. infr. si quid in fraud. patr.* quam tamen malè idem Accursius negat esse arbitrariam. Quod autem addit etiam in interdico, vnde de iurari in litem ex *leg. §. quando 9. C. vnde vi*, verum quidem est, sed non tam ex ratione iuris, quam ex illa constitutione, odio scilicet violentiæ, nec tam ad æstimandas res per vim subtractas, si quid & quantum subtractum sit appareat, quam ad probandam earum quantitatem, eo demum casu quo non potuerit is, qui vim sustinuit, ea quæ perdidit singula comprobare, vt habet constitutio. Quo casu non magis potest iudex citra delationem iurandi æstimare res subreptas, de quarum quantitate & qualitate non apparet, quam in specie huius *vers. rem que non extat.* Quid enim refert an res non extet, an non appareat? *l. cum res 47. §. item si res delegat. 1.* Sed extra hæc casum nunquam potest in litem iurari in interdico, nec si vis facta sit, ut apparet ex ea ipsa lege, & ex *l. si quis in titam 7. eod. tit.* quia in interdico nunquam domini quæstio vertitur, sed solius possessionis *l. 3. §. vlt. infr. vi possid.* Quæ si non restituitur, æstimatio faciendæ est solius possessionis non etiam ipsius rei, vnde sit, ut solam possessionem per eam litem æstimationem vendere actor videatur, nõ item re ipsam, cuius ided saluam sepe retinet vindicatione, ob idq; cessat in iis actio, quæ in arbitrariis, & bonæ fidei actionibus, plerisque non tamen omnibus iurandi huius necessitatem induxit, ne dominus re sua carere, eamq; inuito iusto precio vendere compellatur *l. in interdico 6. infr. vnde vi.* Neque verò in specie *d. l. si quando*, iuratur in litem in interdico, sed in cõditione quæ nascitur ex illa lege, non de possessione sed de proprietate. In strictis verò iudiciis nullo penitus casu iuratur in litem, nisi in eo quem hic ponit Marcianus, & quàm idè noster Accursius excipiat actione in factum, quæ datur ex edicto, ne quis eum qui in ius vocabatur, vi exim. & de qua in *l. pen. §. 1. tit. vbi tamè nulli de in litem iurando penitus verbu, non possum ego exceptione probare, malò que priorè cõiecturam meã se qui de verbis illis ab actore æstimata delēdis, ob rationes quas ad eum locu attuli, vbi vide: nec sanè ratione vllam specialitatis adferre potest Accursius, nisi quod ait ita placuisse propter contempnam auctoritatē iudicis, vel propter rigore iuris seruandū. Quod ridiculū est. Etsi enim delinquit valde, & offendit Prætorē is, qui reum in ius vocatū vi eximit, satis tamè punitur in eo, quod actori condemnatur, quanti res est etiam si actor calumniator sit, nec illud prætereà inducendum fuit, ut ei iurare in litem permitteretur, in ea actione in qua nec de dominio ex parte actoris, nec contra dolosum possessorem ageretur, ut ad eum locum docuimus, nec rursus iuris rigor seruatur, cum in litem ius iurandum actori defertur, sed ex summa æquitate contra ordinarij iuris rigorem adfectioni actoris indulgemus, ut rem suam pluri æstimet obdolum vel contumaciam possessoris.*

Ad leg.

Alias si ex stipulatu, vel ex testamento agatur, non solet in litem iurari.

Ad l. Alias 6.

Valde laborat Accursius in hac dictione Alias interpretanda. Fatetur enim primam, & obuiam interpretationem illam esse, quam nos ad præcedentis legis finē attulimus, ut extra eum casum de quo dictum est in *vers. planè*, id est cum Stichus promissus per stipulationem, aut ex alio contractu stricto debitus perit post moram, ita ut præfens eius æstimatio, quæ tunc debetur, neciri possit citra ius iurandum, iurari in litem ex iudicio stricto nunquam possit, sed quia ex eo sequi videt, in illo igitur casu iurari in litem, quod tamen ipse negat, cogitur aliam interpretationem cõminisci, ut Paulus velit Alias, id est, id est, si non sit in mora debitor, contra eum non iurari in litem: quæ tamen interpretatio, pace tanti viri dixerim, profus incepta est. Quis enim dubitationi locus relinquitur, an iurari in litem possit contra eum qui nullomodo sit obligatus, quique per interitum speciei debite cõtingentem post moram fuerit ipse iure liberatus? *l. si ex legati 23. & seg. de verb. obligat.* Omne si quidem ius iurandum in litem cum adhibeatur ad taxandam litem æstimationem præsupponit adiunctam condemnationem, quæ potè contra eum, qui ipso iure iam liberatus est, sequi nulla potest. Quod verò idem Accursius dictionem hanc Alias interpretatur pro alia re, quàm Stichus de quo Marcianus locutus fuerat, magis ridiculum est, quid enim refert an Stichus, an quælibet alia species debeatur. Nam in merce aliave re, quæ consistit in genere aliud sanè est, quia nec perire potest *l. incendium 11. C. si cert. petat.* Probat igitur optimè lex hæc vtrumque quod nos volumus, & in strictis iudiciis regulariter in litem non iurari, idèd quæ nec posse arbitrarias actiones strictas dici, cum in earum plerisque iuretur in litem: & in specie *vers. planè*, legis præcedent. ius iurandum quod necessarium esse diximus, non aliud ius iurandum esse, quàm in litem, & adfectionis non veritatis.

a Vel ex testamento agatur. R. A. T. D. V. B. Actio ex testamento licet non sit à Iustiniano enumerata inter actiones bonæ fidei in *§. actionum Instit. de action.* earum tamen naturam imitatur, si que comparatur in *l. in minorum 3. C. in quib. caus. non est necess. in integr. restit.* Non debuit ergo hic à Paulo recenseri inter eas, quæ sunt stricti iuris, sed potius in earum numero, quæ sunt bonæ fidei, ut in ea quoque iuretur in litem: quomodo disertè scriptum videtur in *leg. cum pater 60. §. 1. infr. ad leg. falcid.* D. E. C. Actio ex testamento stricti iuris est, non bonæ fidei, quia pendet tota ex voluntate testatoris, non ex bona fide. cum herede, nec in legatum aliud venire possit principaliter, quàm quod ipsis testamenti verbis disertè comprehensum est. Quemadmodum de contractu stipulationis, qui omnium strictissimus est, dici solet *l. quicquid adstringenda 99. infr. de verb. obligat.* Ita ut cum in verbis testamenti nulla est ambiguitas, non sit admittenda quæstio voluntatis *l. ille aut ille 25. §. 1. delegat. 3. planè* quod ad fructus vlturas, aliãve accessiones pertinet, actio ex testamento imitatur naturam actionum bonæ fidei, ut ex die moræ debeantur *d. leg. in minorum l. si quis seruo 84. leg. Titia Seio 87. §. vlt. de legat. 2. leg. in fideicommissaria 18. ad S. C.*

Tom. III.

Trell. nempe quia voluntatem testatoris eam fuisse credendum est, ne qua per heredem legatariis moras fieret, aut si qua fieret, non esset illa impenita, cum interfit etiam publicè conseruari defunctorum voluntates, supremæque defuncti hominis iudicia exitum habere, non circumueniri *leg. vel negare 6. infr. quemadm. testam. aper. l. si cui 92. de condic. & demonstr.* Inde est quod si heres à testatore iustus sit, certo loco aliquid dare, arbitraria actio ei necessaria est, quæ non esset, si actio ex testamento esset bonæ fidei *l. si heres 6. iunct. leg. in bona fidei 8. infr. de eo quod cert. loc.* Sed actionem ex testamento cum dicimus, eam intelligere debemus, quæ in personam heredis competit, nam si cui legatum sit per vindicationem, competit legatario etiam vindicatio, quæ actio arbitraria est, non ut actio ex testamento stricti iuris, in eaque perinde, ac in ceteris in rem actionibus iurabitur in litem: quomodo accipi debet, quod scriptum est in *d. l. cum pater 60. §. 1. ad leg. falcid.* Cum dominium rei per vindicationem legata transeat recta via à testatore in legatarium *l. à Titio 64. de iur. tamque citò legatū faciat hoc casu legatarij rem legatam nunquam factam heredis, quàm hereditas facit heredis ceteras res singulas l. legatum 80. de legat. 2. l. legatum est delibatio 116. delegat. 1.* Risi, cum legi quosdam ex meis reprehensoribus, & ex iis qui subtiliores sibi videntur, nec sanè insubtiles, quorum tamen nomini parco libèrissimè, ut parcam honori, licet non aliam hucusque iustiorum contranos indignationis causam habeant, quàm quod à nobis neque in Coniecturis neque in Chiliade fuerint nominati (quasi verò ex nominatiõe nostra aliquid dignitatis accedere illis potuissent) Risi, inquam, cum eos legi defendere tam pertinaciter actionem ex testamento dicendam esse actionem ex quasi contractu, ut ex eo inferant, æquè igitur esse ex contractu. Adeo sunt illi faciles ad confundendas actiones ex quasi contractu cum actionibus ex contractu. Quorsum verò? Nimirum ut contra nos probent non deesse exemplum, quod tueri possint errorem illum Tribonianum, quem nos in Chiliade obseruamus *Error. 5. decad. 76. in §. aliquando Instit. de perpet. & tempor. action.* ubi scripsit ille aliquando etiam ex contractu actionem non competere contra heredem, veluti cum testator dolosè veratus est, & ad heredem nihil ex eo dolò peruenit. Adferunt enim exemplum de actione ex testamento pro legatis piis, quam Iustinianus introduxit, & pœnalem fecit mistam in duplum contra heredem, qui legata sacrosanctis Ecclesiis & venerabilibus locis relicta dare distulerit *§. item mista est actio & §. in duplum Instit. de action.* quasi possit hæc quoque dici pœnalis ex contractu, idèd quod sit ex quasi contractu, idèd autem ex quasi contractu, quod sit ex testamento, cum heres ad solutionem legatorum dicatur obligatus, ex quasi contractu, si Triboniano credimus, qui ita scripsit in *§. heres quoque §. Instit. de oblig. qua ex quasi contr. nascunt.* Quis verò vnquam audiit pœnales vllas actiones esse ex contractu? Nam & cum pœna aliqua in stipulationem deducta est, non tamen pœnalis est actio: sed rei persecutoria, per quam scilicet persequimur id ipsum quod stipulatione comprehensum est *leg. stipulatio ista 38. §. alteri de verb. oblig. l. vlt. infr. de stipulat. Prætor. Quis*

V 2

actiones ex quasi contractu adscribendas esse adio-
nibus ex contractu? Quis, actionem ex testamento
esse ex quasi contractu? Fateor heredem, qui adiit
hereditatem defuncti, aut bonis se immiscuit, videri
hoc ipso quasi contrahere cum creditoribus, &
legatariis leg. 3. §. vii. & l. 4. infr. quib. ex caus. in possess.
vae. & ideo posse dici obligatum ex quasi contractu
d. §. heres, (et non ita Vlpianus locutus est in leg.
5. §. heres quoque de oblig. & act. unde is institutio-
num locus sumptus est,) hoc sensu scilicet, ut
non possit recusare actionem ex testamento, quæ
datur contra heredem ex lege 12. tabul. leg. vii. C. de
heredit. action. tanquam qui obligationem illam
legis adprobauerit adeundo hereditatem, vel se
immiscendo. Non enim lex duodecim tabularum
heredem institutum legatariis obligat, quatenus
institutus est, sed quatenus ex institutione hères
factus est, per acquisitionem hereditatis: hereditas
illa quidem est, quæ ex lege duodecim tabularum
obligat heredem d. leg. vii. iunct. leg. siue à certis 17.
infr. de duobus reis. sed acquisitio hereditatis, est
condicio sine qua non obligaret, non causa for-
malis aut efficiens huius obligationis, alioqui
non posset dici hereditaria causa legatorum, si
non ab ipsa hereditate, potius quam ab heredis
voluntate, aut ab hereditatis acquisitione pri-
mum proficeretur leg. hereditarium 40. de oblig.
& action. iunct. leg. hereditarium 7. de reb. aucthor. iudic.
possid. In eoque nimirum differunt hereditaria de-
bita à legatis, quod hereditaria debita fuerunt de-
functi, antequam moreretur, legata verò non nisi
eo mortuo hereditatis debita esse cœperunt: quæ
tamen corruerent, si hereditatem nemo suscipe-
ret. Ceterum prius etiam quam adatur heredi-
tas, obligatam eam esse ad solutionem legato-
rum non minus quam debitorum defuncti, ap-
paret ex eo, quod nec alioquin obligaretur heres
adeundo, cum per aditionem nulla iura siue acti-
ua, siue passiva transire possint in heredem, ni-
si quæ prius fuerint hereditatis leg. 1. §. scauola infr.
si is qui testam. lib. est. iust. leg. hereditas 22. de vscap.
Ideo autem loquor generaliter de acquisitione
hereditatis, quia si quo casu contingat acquiri
hereditatem citra aditionem, vel immixtionem
villam, quomodo contingit in necessariis heredi-
bus, siue suis, siue non suis, & siue ex testa-
mento, siue ab intestato Tit. Instit. de hered. qua-
lit. & differ. leg. in suis 11. de liber. & posthum. leg. 1.
§. qui sunt in potestate si quis omis. caus. testam. leg.
in suis 14. de suis & legit. non eo minus obliga-
tur heres ad solutionem legatorum & æris alic-
ni, cum tamen hoc casu nullus quasi contra-
ctus præcessisse dici possit, quando neque aditi-
o, neque immixtio vlla præcesserit. Imò verò
quod magis est, si suus heres, qui nunquam se
immiscuerat, abstinerit se bonis patris, quod
suo iure potest facere, ex perpetuo Prætoris
edicto, etiam non adito Prætoris leg. impuberibus
11. & seq. infr. de acquir. hered. attamen etiam
post abstentionem remanet obligatus ipso iure
creditoribus & legatariis, possitque ab iis con-
ueniri, si non denegaret iis Prætor actionem,
creditoribus quidem eam quæ iam contra defun-
ctum ipsis comperebat, legatariis verò actionem
ex testamento leg. necessariis 57. eod. tit. Unde verò
dicitur actio illa ex testamento actio ex quasi con-
tractu, cum pro aditione vel immixtione, ex qua
volunt aduerfarij hanc ex quasi contractu actio-

nem nasci, nihil nisi abstentio interuenierit? Et cer-
tè quemadmodum heres, qui per aditionem, si ex-
traheus fuit, creditur cum defuncti creditoribus
quasi contrahere, non ideo dicitur obligatus ipsis
ex eo quasi contractu, sed ex illo ipso verè contra-
ctu, ex quo defunctus tenebatur (nam ut teneatur
ex contractu, & ex quasi contractu simul impossi-
bile est) ita & ratione legatariorum, cum quibus
etiam quasi contrahere intelligitur, non ex illo
quasi contractu obligatus esse dicendus est, sed
actione ex testamento, quam lex ipsa 12. tabul. pro
legatariis, & fideicommissariis induxit. Atque ita
esse vti dicimus, ut heres non possit dici obligatus
legatariis ex contractu, tam aperte scriptum est in
d. §. heres quoque, quo mouentur aduerfarij, & in eo
Vlpiani loco unde is sumptus est, ut nihil aperte
scribi poterit. Idque est quod idem Vlp. scribit in
l. verba 20. de verb. signific. verba Contraxerunt, Gesserunt
non pertinere ad ius testandi. Et quod Papin. noster
in l. cum filius 76. §. heres meus de legat. 2. nò debet ampli-
us ex testamento, id quod non actione per stipula-
tionem facta debet, ex contractu cepit, ut intelli-
gamus differre ista toto genere, debet quid ex tes-
tamento, & debet ex contractu, nec minus debet
ex quasi contractu, cum causa quasi contractuum
proprie accedat ad causam contractuum, adeoque
si aduerfariis credimus, quasi contractus proprie
eandem effectum, qui cum contractibus communis
ei est, contractui non male adscribitur. Hæc enim
ipsorum verba sunt, ex quibus contra eos inferimus,
Quod ergo contra adscribi non potest, nec quasi
contractui adscribendum esse, multo minus quod
de actionibus ex contractu scriptum est in d. §. ali-
quando, ad actionem ex testamento pertinere potest.
Neque verò existimandum est, quod dicitur in d. l.
3. §. vii. & l. 4. infr. quib. ex caus. in poss. eam, qui heredi-
tatem adit, aut se immiscet, videri contrahere cum
creditoribus & legatariis eo pertinere, ut obligetur
ex quasi contractu, qui iam satis obligatus est ex tes-
tamento, aut ex contractu defuncti: sed ut possint
creditoribus & legatariis mitti in possessionem bo-
norum non modo defuncti, sed etiam heredis latit-
antis, ut solent mitti ex illa parte edicti creditores
omnes in possessionem bonorum debitoris, ad con-
stitutum in iis pignus Prætorium, quamuis in pi-
gnore cõuentionali, quod defunctus contraxit, bona
heredis non comprehendantur, si non de iis quoque
obligandis specialiter conuenit l. Paulus respondit
29. in princip. & §. 1. infr. de pignor. Quisquis enim adit
hereditatem, aut se immisceat hereditati, constituit
se debitorem creditorum omnium defuncti, & le-
gatatorum, exponitque se actionibus omnibus, sed
ià natis, sicut & cæteris oneribus hereditariis, quo-
niam ea condicione & lege adire videtur l. si duo 38.
de acquir. hered. Quis enim dicat nasci actionem ex
testamento, aut aliam quamlibet, cui contractus
defuncti causam dederit, ex quasi contractu heredis
adeuntis hereditatem defuncti, aut se immiscerit?
An non esset hoc omnino præposterum, ut actio ex
testamento nasceretur ex aditione heredis, cum è
contrario heredis aditio illa sit, quæ ipsum obli-
gat actioni ex testamento? Denique aditionem
hereditatis non esse causam formalem, & efficien-
tem actionis ex testamento, eo sensu quo sole-
mus dicere in actionibus personalibus, obli-
gationem esse matrem actionis leg. nihil aliud
51. de obligatio. & action. leg. licet 42. §. ea obliga-
tio supr. de procurat. vel ex eo maxime constat,
quod

quod legata relicta sub ea condicione, si heres ad-
ierit hereditatem, non idè sunt condicio liale.
aliquando 107. de condic. & demonstr. Quoniam aditio
hereditatis, sicut non suspendit validitatem testa-
menti, quam potius præsupponit, ita neque actio-
nem ex testamento, quæ iam nata est eo tempore,
quo aditur hereditas, cum dies legatorum cedat
ex die mortis, & exinde incipiant deberi, & tan-
quam debita transmittantur ad heredem legatarij,
quoties pura sunt, si pauca excipias, quorum dies
non cedit, nisi ab adita hereditate leg. 1. 2. & 3. &
pass. Quand. dies legat. ced. leg. viii. §. in nouissimo C.
de caduc. toll. sed suspendit tantummodò exerci-
tium actionis, tanquam condicio, sine qua non pos-
set conueniri heres, neque actione ex testamento,
neque alia vlla hereditaria, cum actiones heredi-
tariæ non possint exerceri, nisi contra heredem
d. leg. vii. C. de hered. action. nec legata, vel fidei-
commissa valere, quamuis pura, si nemo heredita-
tem adeat leg. si nemo 9. de testam. tutel. leg. si nemo
181. de reg. iur. leg. ea quam 14. C. de fideic. Et quem-
admodum ridiculus esset, qui diceret, instituto
herede repudiante, & ita faciente locum substi-
tuto, legata à substituto relicta deberi ex repu-
diatione instituti, ob id solum, quod si institutus
adiisset, substitutio ipsa vulgaris, & cum substituo-
tione legata etiam ipsa à substituto data interdi-
dissent (obligatur enim ex testamento, & tan-
quam substitutus, non quia institutus repudiauerit)
ita æquè ridiculus est, quisquis dicit obligari
heredem institutum ad solutionem æris alicni, &
legatorum, ex quasi contractu, ob id quod he-
reditatem adierit, ac non potius actione ex tes-
tamento, quod cum testator legatis onerauerit,
eique solvendi necessitatem lex 12. tab. intun-
xerit, obligat enim primum lex hereditatem, quæ
deinde ad eum heredem obligat d. leg. siue à cer-
tis 17. de duob. reis. Cùmque hereditas præcedat
aditionem, quæ sit hereditatis, necesse est actio-
nem ex testamento, quæ contra hereditatem com-
petit, quamuis nondum possit exerceri, quia he-
reditatis persona ficta est, nec heredis, sed defuncti
personam representat, præcedere aditionem, nec

proinde nasci posse ex aditione qua veterior &
antiquior est: nec quicquam veter, actionem ali-
quam natam esse, & competere priusquam vllus
sit, qui conueniri possit, dummodò aliquis speretur
futurus, ut euenit etiam in fictione postliminij l. illi
institutio 32. §. 1. de hered. instit. quæ ideo suspen-
si iuris constitutio dicitur à Papiniano in leg. pen. de suis &
legit. quamuis aliud sit, si quis sine herede aliòve
successore decesserit leg. 1. C. de oblig. & act. leg. habere
licere 57. infr. de euct. leg. 1. §. idem Pomponius in fin.
infr. de pos. Parùm ergo subtiles sunt, qui hanc ex
testamento pro legatis prius actionem in exemplum
adferunt ad d. §. aliquando, ut probent aliquando
actiones pœnales ex contractu non dari contra
heredem, veluti si dolose versatus sit, & nihil ad
heredem perueneat, aperte contra Vlpianum in
leg. si hominem 7. §. 1. vbi dicemus latius infr. de pos.
Sed longè insubtilius faciunt qui quod à Triboni-
ano scriptum est in d. §. aliquando, de pœnalibus
ex contractu actionibus intelligunt, quasi aliquæ
possint esse pœnales ex contractu, quod certè
stultum est. Et si enim possunt aliquæ esse, quæ
sui natura & origine sunt ex contractu, ex post-
facto autem per dolum & inficiationem rei cres-
cunt in duplum sumque pœnales, tamen cum inci-
piunt esse pœnales, incipiunt esse ex delicto ra-
tione pœnæ, idèque esse mixtæ ex contractu &
delicto, sicut ex rei persecutione & pœna, quemad-
modum euenit in actione depositi ex causa rumul-
tus, vel incendij, vel ruinæ, vel naufragij, de qua
contra eosdem disputabimus ad leg. de eo 18. infr.
depos. Neque verò de pœnalibus ex contractu actio-
nibus, quæ nullæ sunt, tractauit Tribonianus in d. §.
aliquando, ut sibi fingit noua istorum iurisprudètia,
sed de iis quæ merè sunt ex contractu. Statim enim
sequitur apud Tribonianum pœnales autem actiones,
ut intelligas in verbis præcedètib, quod scriptum
est de actionibus ex contractu aliquando non dandis
contra heredem ad eas actiones quæ pœnales sint nul-
lomodò pertinere. Iungè quæ de tota hac quæstio-
ne scriptum in Error. 4. & §. decad. 76. de error. pragmat.
& interpr. iur. Cuiacius in interpretatione libri 26.
Cõmentariorū Pauli ad Edictū, hanc legem prætermisit.

7. VLPIANVS libro 8. ad Edictum.

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

Ad l. Vulgo 7.

RAT. DVB. Is iurare potest & debet, non tam
qui dominus est, quàm qui rerum administranda-
rum ius habet leg. in iurandum quod ex conuentione 17.
§. pupillus supr. tit. prox. cuiusmodi sunt tutores pupil-
lorum, & curatores furiosorum, vel prodigorum §.
si tutor eius. leg. qui tamen suo nomine litem con-
testari non possunt, sed nomine ipsius pupilli, vel
furiosi vel prodigi, quorum vice & partibus fun-
guntur. Et verò iurare istos posse si tantam adfectio-
nem pupillis, vel furiosis, vel prodigis adeoque mi-
noribus, quorum curam gerunt, præstare velint, iu-
rare in litem eorum nomine aperte scriptum est in
l. 4. ver. curatores supr. hoc tit. Falsum igitur est, quod
in hac lege ex Vlpiano scribitur, nò alium in litem
iurare debere, quàm dominum litis, & quod ex Pa-
piniano, alium iurare non posse, quàm eum qui suo
Tom. III.

nomine litem contestatus est. Alioqui quomodo
confuletur pupillo, furioso, vel prodigo, si eorum
nomine tutores & curatores iurare nolint, cum
nec si velint pupillus, furiosus, vel prodigus iurare
tamen possint d. leg. 4. in princip. Hoc enim solis
adolescentibus, qui neque furiosi, neque prodigi
sunt, conceditur, verfic. adolescens vad. leg. Dic. Iustu-
randum in litem, ut toties diximus, non alia de cau-
sa inductum est, quàm ne alterius, quàm domini
arbitrio precium statuatur eius rei, quam inuitus
dominus iniusto & doloso possessori vendere cogi-
tur l. prox. infr. l. non enim §. infr. rer. amot. l. si filiofamilias
25. §. maritum infr. solut. matrim. Iustus enim est, suam cul-
que cõmittere, & aliena appetentes etiam suppli-
cio cõterere, inquit Imp. in l. nemo ex teris 9. C. de
Iudic. & cæcol. Eius ergo qui dominus est, arbitri-
um & æstimatio spectari debet, non alterius pua
procuratoris, aut negotiorum gestoris, qui non nisi

alieno nomine agunt, & litem contestantur, licet per contestationem procurator fiat dominus litis leg. nulla dubitatio est 23. cum leg. praced. C. de procurat. Idemque multo magis dicendum est in coniunctis personis, quibus alieno nomine agere permittitur, etiam sine mandato leg. sed & ha 33. supr. de procur. Sunt enim minus quam procuratores leg. 3. §. sed si forte infr. iudic. sol. Tutoribus sane ac curatoribus, quia legitimam personam habent standi in iudicio, hoc ipsum quoque permittitur, si velint in consequentiam capri iudicij, quod inchoare coacti sunt, ut etiam finem ei possint imponere: sed non coguntur si nolint propter periculum ancipitis periclitij, quod quanto facilius incurritur per iustitiam in litem, in quo maxime adfectioni indulgetur, tanto difficilius subeundum est, ut diximus ad d. leg. 4. supr. ubi ostendimus male Accursium, quod hic dicitur de domino litis sic interpretari, ut tamen idem iuris sit in quasi domino, nempe ut tutores vel curatores comprehendat, quasi & hi loco dominorum sint ex leg. qui fundum 7. §. si tutor infr. pro emptor. leg. interdum 56. §. qui tutelam infr. de furt. leg. is qui in puteum 11. §. an ignoscitur infr. quod vi aut clam quod si tutore quidem & in curatoribus furiosi, vel prodigi verum est, qui ad exemplum tutorum dantur personae prin-

3. MARCELLVS libro 18. Digestorum.

Tutor, rem adulti, quam possidet, restituere ei non vult. Quaro, utrum, quanti res est, an quanti in litem iuratum fuerit, condemnari debeat. Respondi, non est æquum, pretio (id est, quanti res est) litem aestimari: cum & contumacia punienda sit, & arbitrio potius domini rei pretium statuendum sit, potestate petitori in litem iurandi concessa.

Ad l. Tutor 8.

RAT. DV B. Cum tutore iudicij agendum videtur, quam cum alio quolibet rei aliena iniusto possessore, non solum quia iniustus officium publicum suscipere coactus fuit, si nullam habuit satis iustam excusationem (nec enim officium publicum cuiquam damnosum esse debet l. videlicet 29. supr. ex quib. caus. maior.) sed etiam quia possessionem rei pupillaris ab initio iusto ac lege permittente nactus est, non per rapinam, ut ille de quo in l. nec quasi 70. supr. de rei vindic. eiusque rei non tantum possessor, fuit, sed etiam veluti dominus l. interdum 56. §. qui tutelam infr. de furt. & vice domini, ut loquitur Vlp. in l. is qui in puteum 11. §. an ignoscitur infr. quod vi aut clam. Prima enim possidendi causa hac parte maxime spectanda est l. si donata 36. infr. de donat. int. vir. & vxor. ubi dicitur, in specie non valde dissimili Paulus respondet, si res à coniuge coniugi donata extent, vindicari quidem eas posse, sed nisi reddatur, earum æstimationem faciendam esse, non quanti dominus in litem iurauerit, sed iusto precio, adeoque quod magis est, cauere debere possidenti de euectione simpli quanti ea res sit, quia, inquit, causam possidendi præstitit donatio, quamuis donatio prohibita & que non valet, donationis nomen non mereatur, nimirum quia non tam amare, nec tanquam inter infestis ius prohibite donationis tractandum est, inter coniuges, sed ut inter coniunctos maximo affectu, inquit idem Paulus in l. si id quod 28. §. si quæ eod. tit. Quidni ergo idem dicimus in tutore nolente restituere res adultæ, ut tamen non idcirco condem-

cipaliter, rebus autem non nisi per consequentiam: at non æquè in curatoribus minorum, qui rebus tantum dantur, non personis, quique ideo nullam nisi accipiendi iudicij, & autoritatis minori præstandæ facultatem habent, non etiam agendi quicquam sine minore. Planè dominus, cuius nomine alius litem contestatus est, licet ipse contestatus non sit, admittitur tamen ad iurandum, ut bene hic notat Bart. ex d. h. a. vers. adoliscens supr. alioqui periniquum esset, neque eam iurare possit, qui alieno nomine litem contestatus est, quia non suo nomine, neque dominum cuius nomine, quia non ipse contestatus sit. Ex eo autem quod hæc lex ait, non esse permitendum ut alius iuret in litem, quam qui dominus litis est, qui que litem suo nomine contestatus fuit, intelligitur quam falsum sit, quod post Bartolum interpretes nostri voluit, etiam per sententiam contestatam iurari posse in litem. E contrario autem verissimum esse, quod nos defendimus, nunquam in litem iurari nisi post sententiam, quia nec vnquam deferuntur à iudice, nisi per sententiam diffinitiuam, per quam tanti condemnatur reus quanti actor in litem iurauerit, l. si capto 63. leg. qui restituere 68. supr. de rei vindic. leg. si fundus 16. §. in vindicatione infr. de pignor. Nec enim his vnquam iuratur, nisi per sententiam l. 2. §. 1. supr. & l. prox. infr.

netur, quanti actor in litem iurauerit, sed ad iustum earum precium, cum & iustam possidendi causam ab initio tutela præstitit, & maximo affectu ac propè paterno tutor pupillo suo coniungatur, siquidem tutor quilibet ferè alter pater est, sicut & tutoria potestas vicaria est patriæ potestatis, ut pluribus docuimus ad Tit. de tutel. in nostra Iurisprudentiæ Papinianæ scientia. De c. Nemo iniustus res sua carere, eamque iusto precio vendere cogitur l. non enim 9. infr. rer. amot. Nec minus contumacia tutoris hac pena iurandi in litem punienda est, quam alterius cuiuslibet iniusti possessoris leg. 1. supr. imò tanto magis quod coniuncta est, cum insigni perfidia, crescitque perfidie crimen ex qualitate tutoris, cum tutores dentur pupillis, ut eorum personas bonæque tucantur; non ut eos spoliarent leg. qui fundum 7. §. si tutor. infr. pro emptor. Et quamuis ab initio nihil dolo malo tutor secerit, cum rerum pupillarum possessionem nactus est, nunc tamen dolo facit, & per rapinam, cum non vult eas reddere ut in leg. 2. §. circa infr. de doli mali except. nec bene comparabitur coniugi rem coniugis ex prohibita donatione possidenti, neque eam restituere volenti: de quo in d. leg. si donata. Et si enim iustam possidendi causam præbere non potest iniusta donatio, nisi in casu leg. Pomponius Philadelphus 35. famil. erisc. de cuius sententia alibi scripsimus: verum tamen est, si sedisse coniugem res sibi donatas, ex voluntate donantis, quod sufficit ut mittis cum eo agi oporteat leg. de eo 63. in fin. de donat. int. vir. & vxor. Quamquam valde notandus & singularis est ille casus, in quo

in quo dominus re sua carere cogitur iusto precio, licet interueniat dolus possidentis, nolentis arbitrio iudicis parere, at causa donationis etiam iniusta & prohibita non est similis tutelæ, quæ ipsa per se tutorem obligat, ad res omnes pupillares finita tutela restituendas. Meritò igitur condemnandus est si non restituit, quanti adultus in litem iurauerit, nec tantum si per dolum, sed etiam si per latam culpam tutoris ea restitutio denegetur l. 2. & pass. C. cod. tit. Semper enim pupilli miserendum est, qui non eligit sibi tutorem, ut minor curatorem vel maior quilibet procuratorem: sed incidit in tutorem ut eleganter Papin. loquitur in l. vlt. infr. rem pupill. solu. for. Male tamen Bartolus legis huius rationem ex eo petit quod actio tutela sit bonæ fidei, quasi in omnibus bonæ fidei actionibus ita ius sit, ut in litem iurari oporteat: quod tamen non ita est, nam neque in actione ex empto quæ maxime bonæ fidei est, iuratur in litem, neque in contrariis iudiciis, nec denique in cæteris in quibus actor suam rem non alienam reposcat, ut docuimus ad l. in actionibus 5. supr. Ratio igitur tota ex eo petenda est,

Cum furti agitur: iurare ita oportet, tanti rem fuisse, cum furtum factum sit non adici, eo plurisve, quia quæ res pluris est, utriusque tanti est.

Ad l. Cum furti 9.

RAT. DV B. Furti actio pœnalis est, cum per eam actor non rem ipsam furto subtractam, sed pœnam duntaxat persequatur l. si pro fure 7. §. 1. infr. de condit. furt. l. qui vras 48. in princip. l. si pignore 54. §. cum furti infr. de furt. Ergo non potest in ea iurari in litem, cum non iuret nisi ad rem ipsam litemque æstimandam l. l. prox. supr. Adde quod furti actio sicuti pœnalis ita strictioris est, cum actiones omnes pœnales sint strictæ, ideo quia pœnæ odiosa sunt, & consequenter interpretatione mollienda potius quam exasperanda leg. penult. infr. de pœn. Atqui in actionibus strictis nunquam iuratur in litem, nisi cum præcisè impossibilitas impedit, ne aliter æstimari his possit, quam per iustitiam in litem ut in l. in actionibus 5. vers. planè ubi diximus supr. & in l. si quando 9. C. vnde vi. Ob has nimirum causas putant plerique non de actione furti, quæ merè pœnalis est, sed de conditione furtiua, quæ rem ipsam persequimur, intelligi hanc legem debere: alij vero tam de conditione furtiua quam de actione furti, sed eo sensu ut non sit hoc iurandum in litem, nec adfectionis, sed quomodo vocant veritatis, quod habere locum debet propter dolum, & inopiam aut difficultatem probationis ut in §. planè & l. in actionibus & in d. l. si quando 9. C. vnde vi. Alij denique cum Bartolo distinguunt, an furti agatur an conditione furtiua, ut priorè casu non possit iurari in litem iureiurando adfectionis, quia in pœnali actione nullum possit interuenire præceptum iudicis de re restituenda; nec proinde contumacia vlla furis in non parendo iudicij, ob quam contumaciam iurari contra eum in litem oporteat, possit tamen iurari iureiurando veritatis propter dolum & difficultatem probationum, si res furtiua non appareat: posteriore autem iurari possit, si reus conditione furtiua conuentus iustus sit rem restituere, contemnat iustam iudicis: quæ res iurandum in litem & adfectionis facere locum solet. Re autem furtiua ante sententiam perempta citra dolum iurari non possit, nisi iureiurando veritatis ut in d. vers. planè. Quæ Bartoli distinctio certè non

Tom. III.

quod de iis rebus agatur in hac lege, quæ sint ipsius adulti, & quas iniustus cogendus non sit iusto precio tutore suo vendere. Proinde si per actionem tutelæ adultus reposcat à tutore res alienas putæ quæ vel depositæ fuerant penes defunctum, vel ei locatæ, vel commodatæ, vel datæ pignori, non æquè dicendum erit æstimari eas per iustitiam dum in litem oportere, cum hoc casu non habeat locum ratio quæ iurandi huius necessaria est ex æquitate induxit, & quam Marcellus eleganter declarat his verbis, Cum & contumacia punienda sit, & arbitrio potius domini rei precium statuendum sit, potestate petitori in litem iurandi concessa. Nec enim auri lex, aut alius quisquam præter dominum contumacia potest, aut debet precium rei venditæ, cum suæ quisque est moderator sit, & arbitrio vulg. l. in re mandata 21. Cod. mandat. l. nemo exterius 9. C. de iud. & calicel. Ique ex hac lege omnium optimè præbatur, sicut & quod docuimus in superioribus, & ad finem legis præcedentis non deferri iurandum in litem à iudice, nisi per sententiam diffinitiuam, cum tanti condemnatur reum, quanti actor in litem iurauerit.

libro 15. ex Cassio. paucioribus abundat erroribus, quam verbis: nam præter id quod veritatis iurandum nullum est, ut docuimus ad d. l. in actionibus, falsum etiam est in actione furti non posse iurari in litem ratione adfectionis: etsi enim actio hac merè pœnalis est, nulla verò ex parte rei persecutoria nesciri tamen potest, ad quam vsque litem affertur duplum vel quadruplum, quin potius & a re omnia simpli ratio constituantur, ex cuius scilicet solius comparatione duplum aut quadruplum æstimari debet. Proinde ad æstimationem furtiui corporis actio furti necessaria referenda est, quoties iure dominij deferretur, non etiam si ratione solius utilitatis, tunc enim utilitas ipsa sola duplenda est in actione furti nec manifesti, vel quadruplenda in actione furti manifesti, secundum distinctionem Papiniani in l. si cum vendidero 80. §. 1. de furt. Idque est quod idem Vlp. noster scribit in l. in furti 50. eod. tit. in furti actione, non id quod interest duplari, vel quadruplari, sed verum rei precium, id est, merum & solum, non cum aliqua utilitate extrinseca confunctum, nempe quia id quod iure est, plerumque egreditur verum rei precium l. 1. de action. empt. l. in interdito 6. vnde vi. verum igitur precium necessariò sciendum est, nec illud præiens, id est, quod ex communi hominum arbitrio, & æstimatione constituetur sit leg. precia rerum 63. ad leg. falcid. l. si seruus 33. ad leg. Aquil. supr. sed formale, ut loquitur Vlpianus in l. in lege 62. §. 1. ad leg. falcid. id est quale quantumque fuerit taxatum à venditore præcisè quantitate non inspecto eo an reuera tanti res sit, vel pluris minorisve, ut iam explicauimus ad l. in actionibus 5. vers. planè supr. Tantum enim vnæqueque res verè & formaliter esse creditur, quanti vendi potest l. si quis vxori 52. §. pen. infr. de furt. l. 1. §. si heres ad SC. Trebell. l. in causa 16. §. idem Pomponius supr. de minor. in eoque differt verum precium à iusto l. si donata 28. infr. de donat. int. vir. & vxor. Porro hoc ipsum, id est, quanti res furtiua iurari, eo tempore quo furtum factum est (ad illud enim præcisè tempus referenda æstimatio est, ut hæc lex ait, quoniam ab illo instanti pœna deberi cœpit, quæ ex post facta, nec augeri potuit, nec minui) taxat

2

V 4

dum est per iurandum actoris eiusdemque domini, qui furtum passus est, non ut æstimationem illam in locum rei suæ quasi venditæ consequatur (nec enim sit æstimatio hæc ad contrahendam emptionem, ut nec in *l. æstimationis 50. infr. solut. matrim. l. si iuratur 21. C. de iur. dot.* Cùm etiam postquam actor pernam dupli vel quadrupli fuerit consecutus, saluam habiturus sit vindicationem *d. g. cum furti*, qua proposita, si fur, aut furis heres, aliusve possessor, quilibet iussu iudicis rem restituere volet, non sit dominus rem suam venditurus, eaque cariturus aut si nolet, tunc iterum rem suam æstimaturus sit dominus, eoque precio quod ipse dixerit, rem suam venditurus) sed ut dupli vel quadrupli ratio intri possit. Nec enim ob id solum quod per actionem furti nõ cogatur dominus rem suam vendere, melior ipsius conditio fieri debet, ut res minoris æstimetur, cùm in actione ipsa furti non possit fur esse favorabilior, quam si vindicatione cuiuslibet possessoris exemplo conueniretur. Nec rursus, quod verum precium duplandum esse scriptum est in *d. l. in furti facere debet*, ut excludatur iurandum in litem, quasi non sit verum precium quod actoris iureiurando taxatur. Nam imò verum est etiam quod per iurandum taxatur, cùm res non pluris fiat per hoc, sed contumacia vel dolus possessoris aut furis æstimetur ultra rei precium *l. 1. supr. & l. prox. preced.* Fætor quod vult Bartolus, in actione furti non posse æstimari contumaciam furis, quia nullum in ea interuenit arbitrium de re restituenda, sed dico æstimari dolum debere cùm non fiat furtum sine dolo: sufficit autem alterutrum interuenire, aut contumaciam quæ sine dolo numquam est, aut saltem dolum qui absque contumacia esse potest *l. 2. in fin. supr.* Est ergo hic casus notandus, in quo iuratur in litem, non ab alio quidem quam à vero domino, sed tamen etiam is qui iurat, maneat dominus rei suæ, nec idèd sit ea cariturus odio scilicet furis, cuius dolus non satis per actionem furti pœnalem puniretur, si in æstimanda re furtiua ad dupli vel quadrupli rationem in eundem, dolus ille non minus æstimaretur, quam si vindicatione ageretur. Mala ergo etiam est ratio illa, qua mouetur Bartolus, ut neget in actione furti posse iurari in litem, quòd nullam admittat actio illa contumaciam, quasi verò non sufficiat adesse dolum, ad inducendum iurandum in litem, qui certè sufficit, ut diximus: nam nec in bonæ fidei iudiciis arbitrium, aut præceptum vllum vnquam interuenit de re restituenda, & tamen in his non minus, quam in arbitrariis iuratur in litem, quoties ratione dominij deferuntur, ut diximus ad *d. l. in actionibus supr.* Contrarius eiusdem Bartoli error in eo est, quod putat in conditione furtiua, si res non perierit, ante sententiam iurari posse in litem, si præcesserit, inquit, præceptum de re restituenda, quod reus contempserit. Nam cùm furtiua cõditio sit stricti iuris: ut & cõditiones omnes, non autem arbitraria, multo minus in ea vllum interuenire potest arbitrium aut præceptum, ut ipse loquitur de re restituenda, quod nec in bonæ fidei actionibus interuenit. Ideoque duplex absurdum est dicere, in conditione furtiua iurari in litem, quod nusquam scriptum est, & iurari ratione illa, quod in conditione furtiua interuenit, ut diximus ad *d. l. in actionibus supr.* Contrarius enim rectè procedit iudex ad litem æstimandam, ut in cæteris omnibus tam bonæ fidei, quam stricti iuris actionibus, neque quod odio fu-

ris ea conditio competat, & singulari quodam iure exemplo vindicationis non detur, nisi domino *l. 1. de condit. furti.* facere potest, ut in ea quoque non minus quam in vindicatione iurari in litem possit. Cùm non idcirco vtriusque actionis iura confundenda sint, & sufficere domino debeat, quòd electionem habeat, vtrum vindicatione agere malit an furtiua conditio, aliter enim atque aliter in vtraque lis æstimatur, in vindicatione quidem quanti actor in litem iurauerit, si arbitrio non pareatur iudicis rem restituere iubentis. In conditioe verò furtiua quanti plurimi retrorsum res fuit à die sententiæ, in diem vsque litem contestatæ *l. 2. §. quæsitum infr. de priuat. delict. l. in re furtiua 8. §. 1. & l. vlt. de condit. furti.* Alioquin si eadem in vtraque actione fieret litem æstimatio per sententiam & condemnationem, parùm abessef quin vna tantum actio esse videretur: quod abhorreret à proposito legislatoris ciuilibus, qui duabus istis actionibus licet contrariis & incompatilibus furem teneri voluit, non alia ratione quam vtroque ipsius odio, ut scriptum est in *§. sic itaque Instit. de action.* Et verò tametsi is qui conditionem furtiuam exercet, sit dominus & agat quia dominus est, non tamen agit tanquam dominus nec vi dominij, ut reprehenses nostri male loquuntur, sed potius tanquam non dominus, cùm ad instar aliarum conditionum omnium intendat dari sibi rem oportere, ac si non esset dominus, & ac si fur qui furando egit quantum potuit, ut dominium vero domino eriperet, sibi que acquireret, effectus dominus fuisset. Sibi ergo imputet qui pro vindicatione conditionem eligere maluit, allectus fortasse dulcedine æstimationis illius quàm plurimi, quæ extra causam legis Aquiliæ in sola cõditione furtiua locum habet, nec causari potest per conditionem furtiuam, & quæ ac per vindicationem fieri, ut cogatur inuitus re sua carere, càmque vendere pro litis æstimatione. Nam præter id quod non ita est, quia conditio non perimit vindicationem, sicut nec vindicatio conditionem, ut postea dicemus ex *Lei qui 9. infr. de furti.* non id agit qui ex conditionis furtiua causa litis æstimationem consequitur, ut rei suæ dominium amittat, quod quasi nondum habeat, in se adhuc transferri postulat, & ideo iurifuradum in litem beneficiu implorare non potest, quod vti que probabilius concedendum ei esset, si conditio furtiua vindicationem tolleret, cuiusque loco cederet, alius nec lenior eiusdem Bartoli error in eo est, quod ait in conditione furtiua, si res perierit ante sententiam de re restituenda latam, iurari quidem posse in litem contra furem, sed iureiurando veritatis, ob dolum inquit, & probationis difficultatem sed non adfectionis. Distinguere enim debuit non an res perierit ante moram aut post moram ut in *d. l. in actionibus vers. plane* cùm fur semper moram facere intelligatur *l. in re furtiua 8. §. vlt. & l. vlt. de condit. furti.* Sed vitium ante litem contestatam, an postea, si ante litem contestatam iurari in litem potest, quia neque impunita furis mora esse debet, neque potest iudex sine delatione iurifurandi æstimare rem, quæ non extat, nam & idem in quolibet alio stricti iuris iudicio contingeret re post moram precepta *dict. vers. plane*. Si verò post litem contestatam, & ante sententiam res furtiua perierit, qui casus est, quem Bartolus tractat, falsum est quod ille vult iurari in litem hoc casu posse: cùm alia ratio superfit in demeritis actori præstandæ, æstimata scilicet re furtiua, quan-

ta, quanti plurimi vnquam fuerit à die mortis in tempus vsq. retrorsum computandum litis contestatæ, *d. l. in re furtiua 8. §. 1. & d. l. 2. §. quæsitum de priuat. delict.* Quæ æstimatio qualis & quanta fuerit sciri optime etiam citra iurandum facile potest. Sed grauisimum tam Bartoli quam Accursij omniumque interpretum error ille est, quòd putant actionem furti, de qua sola hic Iauolenus loquitur, pro furtiua conditioe accipi etiam posse & debere. Differunt enim toto genere, cùm furti actio sit criminalis, conditio autem furtiua ciuilibus, nõ minus quam cætera. Illa merè pœnalis, hæc verò rei persecutoria. Illa nec heredi datur, nec contra heredem furis *g. omnes autem Instit. de perpet. & tempor. act.* Hæc datur & heredi & contra heredem furis *l. 5. de condit. furti.* Illa datur contra eum quoque cuius ope & consilio furtum factum est: hæc non datur *l. proinde 6. eod.* nec moueri debuerunt ex eo, quòd idem nos Iauolenus scribit in *l. si is cui 71. in princip. infr. de furti.* si is cui commodata res erat, furtum ipsius admiserit, agi cum eo posse & furti & furti & furti actum est, commodati actionem extingui, sin commodati, actioni furti exceptionem obiciendam, quasi actionem furti eo quoque loco Iauolenus dixerit pro conditione furtiua, ne alioquin pugnet ex diametro illa lex cum *leg. rei communis 45. & seqq. infr. pro socio.* vbi ex Vlpiano scriptum est per actionem pro socio, quæ concurret cū actione furti, non tolli actioe furti, nec contra. Idemque in omnibus bonæ fidei iudiciis dicendum esse, sed si ex causa furtiua condixero, cessare actionem pro socio, nisi si plaris mea interfit. Nam etiam si melius aliud dici nihil posset, de quo videbitur ad *d. l. rei communis*, mallem fateri pugnas in hac quæstione Iauolenum cum Vlpiano, quam scdam illam & nomen & rerum confusionem inducere, ut actionem furti dixerit Iauolenus pro furtiua conditioe. Nam & dissensisse in illa quæstione veteres Iureconsultos aperte scribit Paulus in *l. qui seruum 34. in princip. infr. de oblig. & act.* quæ sumpta est ex libro singulari, què ob eam causam conscripsit de concurrentibus actionibus, in quo verisimile est, illud potissimum transtulisse, pluribus de eadem re concurrerentibus actionibus, an & quando altera per alteram tollatur: ait enim, si quis seruum alieni iniurius è verberauerit, ex vno illo facto eum incidere in legem Aquiliam, & in actionem iniuriarum, quoniam iniuria ex affectu fiat, damnum verò ex culpa, & id eo non dubitari quin possit vtraque actio competere, sed quosdam putare altera electa alteram consumi. Alios verò; in quorum numero fortasse Iauolenus fuit, per legis Aquiliæ actionem iniuriarum consumi, quoniam desit bonum & æquum esse condemnationem eum, qui iam æstimationem præstiterit, cùm iniuriarum actio tota ex bono & æquo, sed si iniuriarum ante actum esset, teneri eum ex lege Aquilia, cuius distinctionis partem priorem Paulus probat, sed posteriorem omnino improbat, siue Paulus, siue, quod malo, Tribonianus verbis illis sequentibus, ad eò videntur mihi paucum elegantia, & Triboniano quam Paulo digniora. *Sed hæc sententia, inquit, per prætorum inhienda est, nisi in id quod amplius ex lege Aquilia competit, agitur: rationabilis itaque est eam admitti sententiam ut liceat ei quam voluerit actionem prius exercere, quod autem amplius in alia est etiam hoc exequi.* Ex quo sequitur, ut si plus sit in actione prius proposita consumatur altera, vel ipso iure, vel saltem quod est tutius, per exceptionem, non solum si

vtraque sit pœnalis, ut in exemplo superiore, sed etiam si vna pœnalis, altera rei persecutoria, ut in exemplis aliis de quibus, in *g. nunc de colono*, ad finem vsq. legis, vbi sine dubio retinenda est vetus lectio, quæ habet negationem in illis verbis, *sed verius est non remanere.* sequitur enim ratio per negationem quoque concepta his verbis, *quia simple accedit & simple subductio locum non habet.* Quam negationem qui tollunt ut præcedentium verborum lectionem quæ in *Pand. Flor.* affirmatiua est, plus certè Pandectis Florentinis tribuunt, quam iuris rationi. Sed de his omnibus dicendum erit latius ad *d. l. rei communis 45. & seqq. vsque ad 51. infr. pro socio.* Hoc tamen attingere coacti fuimus, ne quis putet Iauolent sententiam, etiam si cum cæteris pugnet, omnino ratione destitui: nam cùm actio commodati sit bonæ fidei, in omnibus autem bonæ fidei iudiciis condemnationem ex bono & æquo fieri oporteat, conueniens esse videtur, ut per actionem furti prius propositam finiatur & tollatur ipso iure, quia bonum & æquum non est iterum condemnari eum, qui iam duplum vel quadruplum eidem actori præstiterit, quamuis si prius actum sit commodati, non æquè tolli possit ipso iure actio furti, quæ non ut illa ex bono & æquo est, sed ex stricto iure legis *l. 2. tabul.* Ideoque exceptionem eo casu necessariam esse Iauolenus quoque voluit. Nec aliud Pauli iudicium fuit in actione legis Aquiliæ concurrente cum actione commodati, ut apparet non tam ex *d. l. qui seruum* quam à superioribus verbis vsque ad finem legis Triboniani potius esse arbitror, quam ex *l. sed nihilominus 48. & l. sed actione 50. pro socio*, vbi distinguit ille hac parte actionem legis Aquiliæ ab actione furti, ut si concurrat actio legis Aquiliæ cum actione pro socio, vel alia bonæ fidei, & prius agatur actio bonæ fidei, non aliter condemnandus sit reus, quam si ab actione legis Aquiliæ liberetur, quoniam vtraque actio detur ad rei persecutionem; licet actio legis Aquiliæ detur etiam ad pœnam dumtaxat respicit, non etiam ad rei persecutionem: quam differentiam rationem Iauolenus non satis subtiliter percepisse videtur, ut nec alia multa quæ Paulus diligentius obseruauit, & propter quæ videas eum passim à Iauoleno dissentire. Cæterum si prius actum sit lege Aquilia, quam actione pro socio, vel alia quæ sit bonæ fidei, non negat Paulus actionem bonæ fidei hoc ipso consumptam & finitam esse, quod & disertè scriptum est in *d. l. qui seruum §. vltim.* Ratione illa, quam attulimus, quòd bonum & æquum esse desinat, adhuc teneri eum, qui æstimationem iam præstiterit, nisi poneret in actione bonæ fidei, quæ posterior proponitur; amplius aliquid esse, quàm quod ex legis Aquiliæ actione actor consecutus sit. Nam fortè si plaris eius interfit, cùm eius quòd interest, ratio nulla habeatur in iudiciis strictis, quomodo habetur in iudiciis bonæ fidei. Nam & eadem distinctio adhibetur, si quando actio aliqua bonæ fidei concurrat cuni conditione furtiua, quamuis hæc quoque sit merè rei persecutoria, & nulla ex parte pœnalis *leg. sed si ex causa 47. infr. pro socio*, tametsi hanc distinctionem siue Paulus, siue Tribonianus prætermiserit, in *dict. l. qui seruum §. 1. vbi* scribit, si is cui rem commodauero eam subriperit, teneri quidem eum & commodati actione & cõditione, sed altera actio-

ne alteram perimi, aut ipso iure, aut quod est tutius, per exceptionem, quod cum non idem responsum Paulus fuerit in actione furti, ut constat ex *dist. leg.* sed actione apparet eum, prudentesque exeros, actionem furti à conditione furtiua in omnibus & per omnia distinxisse, nec minus Iuolenum quam ceteros, ut non magis actionem furti pro conditione furtiua vnaquam dixerint, quam conditionem furtiua pro actione furti: quod pertinet tendi: que tota hæc nostra digressio, nam quod plerique interpretum ad eundem errorem confirmandum proferunt ex *leg. ei qui 9. leg. eum qui 14. §. qualis ergo 16. eod. tit. defurt. & ex leg. 3. §. vltim. supr. mut. caupon. stabul.* ridiculum est, cum in omnibus his locis aperitissimè separetur actio furti à conditione furtiua. Quamquam non possum disimulare, quin mirum videri possit, quod ex Pomponio scriptum est in *dist. leg. ei qui*, si eam meam à fure subreptam vindicauero, conditionem mihi ma iere. Nam cum vnaque detur ad rei perfectionem, & per vindicationem fiat, ut ego vel rem meam recipiam, si fur eam restituet, vel si nolet restituere consequatur, quanti ego mea interesse in litem iurauero, atque ita rei meæ quasi hoc ipso venditæ dominium in furem transferam, quis ferat saluam mihi adhuc esse conditionem, cum soleat dici quod & verissimum est, recepta re furtiua saluam qualem esse furti actionem, sed vindicationem & conditionem tolli *leg. si pignore 54. §. cum furti infra de furt.* Quid enim refert, an per vindicationem, an sine vlla actione rem meam recipiam? Aut an eam meam, an pro re æstimationem, quam ego ipse taxauero? Quod si tum quoque cum furtiua conditio concurrat cum alia actione bonæ fidei, altera alteram consumit, aut ipso iure, aut per exceptionem, ut diximus ex *dist. leg. qui seruum 34. §. 1. de verb. oblig.* misceturque conditio & actio bonæ fidei, ut ibidem in *§. vltim.* scriptum est, nisi in eo quod per alteram actionem amplius consequi actor potest *dist. leg. sed si ex causa 47. pro socio.* Quanto magis dicendum est consulti furtiua conditionem per vindicationem, quæ non nisi ad rem ipsam furtiua persequendam datur? Præsertim cum condemnatio quæ fit ex vindicatione, quæ arbitraria actio est, semper plenior sit, quam quæ ex conditione, quæ stricta est, ut omnium optimè probat is ipse locus *dist. leg. ei qui*. Nisi fortè Pomponium de eo intelligere volumus, qui cæperit tantum vindicare, necdum tamen vindicationis effectum vllum consecutus sit: neque enim putandum est, sola electione vnus ex his actionibus furem ab altera liberari, verum interpretationem hanc vix patiuntur verba illa Pomponij, *sed si eam à fure vindicasset*, aliud enim est si quis cæperit vindicare, aliud verò si iam vindicauerit *l. naturaliter 12. §. nihil commune infr. de acquir. poss.* Et tamen suadetur hæc interpretatio ex his quæ apud Pomponium sequuntur, si modò Pomponij sunt, ac non potius Tribonianij, quod magis puto. Sic enim habent, *sed potest dici officio iudicis qui de proprietate cognoscit contineri, ut non aliter iubeat restituere* (nondum ergo præcesserat iussu aut arbitrium de restituenda, nec de proprietate ipsa fuerat quicquam adhuc pronunciatum) *quæ si conditionem petitor remitteret.* Ita admittens conditionem hoc casu non tolli ipso iure, sicuti nec tollitur actio legis Aquiliæ per actionem pro socio, aut commodati, aut aliam quæ sit bonæ fidei *dist. leg. sed actione 50. pro so-*

cio. Quod minus certè mirandum est, si ponas nullam ex vindicatione secutam condemnationem, quod lex ponit. Sed quid si secuta sit condemnatio, & actor qui vindicauit, non rem ipsam receperit arbitrio iudicis, sed quanti ex ea causa in litem iurauerit? Hoc verò est quod non facile possum mihi persuadere, ut nihilominus salua ei sit conditio, cum tamen post sententiam diffinitiuam, & iusurandum præstitum supradicto remedio locus esse non possit. An non enim satis rem recepit, qui pro re consecutus est pœnæ nomine tam magnam æstimationem? *leg. vltim. de fideiuss.* Sed magis miror quod sequitur in eadem lege, *Quod si ex conditione damnatus ante reus æstimationem susceperit, officio iudicis qui de proprietate cognoscit contineri, ut aut absoluat reum, aut, quod magis placet, si paratus esse petitor æstimationem restituere, nec restituatur ei homo, quanti in litem iurasset, damnaretur ei possessor.* Cur enim facilius peccat conditio vindicationis, ope salutem exceptionis, quam vindicatio conuentionem? Nisi quis ad id confugiat, quod iam attingi, furem qui ex conditione damnatus litem æstimationem soluit, non idcirco videri factum esse dominum, nec si res fuerit præstans, secundam distinctionem *leg. hac si res 47. supr. de rei vindic.* quia non videtur emisse à domino, cum litem æstimationem soluerit ei, qui dominus quidem fuit, sed qui tamen egit tanquam non dominus: ut quod secus est in eo, qui vindicatione conuentus soluit æstimationem vero domino. Hic enim verè sit dominus, nec proinde vereri amplius potest conditionem furtiua, quæ sicuti vnquam competit nisi domino, ita neque dari vnquam potest contra dominum, non magis quam illud fieri, ut eiusdem rei dominum penes duos in solidum esse possit *leg. 5. §. si duobus infr. Commod.* Quanquam in contrarium illud facit pro Vlpiano, cuius sententia certè verissima est, quod cum far per æstimationem petitoris vindicanti solutam factus est dominus, tanto facilius potest dominum illud in actorem transferre intendentem ex formula actionis, *dare illum oportere*: videturque sufficere actori, quod furti tempore fuerit dominus, ut conditionem furtiua exinde sibi competentem retinere & exercere possit, cum nec dominium illud amiserit, nisi coactus, non solum propter contumaciam furis, qui vindicatione conuentus maluerit litem æstimationem præstare quam rem restituere, sed etiam quia nec vindicandi necessitatem habuisset, si furtum passus non fuisset: ideoque nec debet fieri melior conditio furis, ob id quod ipse factus, & ex mera iuris necessitate, dominus pristinus amittere dominium coactus sit: Et quandiu fur rem retinet, eaque dominus caret, ex alia causa quam venditionis voluntariæ, tandiu conditionem saluam manere æquum est, ne aliter posito iure adimamus domino vindicationem, cum damus ei conditionem, aut è contrario adimamus ei conditionem, si demus vindicationem: quod certè alienum esset, ut iam diximus, à mente & proposito civilis legislatoris, qui duas illas actiones licet contrarias, & incompatibiles, odio furis induxit, quo pluribus ille actionibus teneretur, non ut esset in potestate & arbitrio domini, quam eligere vellet, ut in specie *l. cum filius 76. §. variis de legat. 2. & l. quod in heredem 9. §. eligere de tribut. act.* sed ut vel alterutra actione cogi fur posset rem furtiua red-

dere;

dere, vel vtriusque actionis pati condemnationem. Atque hanc Vlpiani sententiam & rationem esse arbitror, ob quam scripserit, dominum etiam qui rem suam à fure vindicauerit, nec tamen receperit, saluam habere conditionem, nec locum hinc esse temperamento, quod excogitauit Tribonianus de arbitrio in rei vindicatione ita concipiendo, ut petitor iubeatur remittere conditionem. Esset enim hoc temperamentum æquitas, quod in actionibus quidem bonæ fidei locum habere potest, ut in *d. l. sed actione*, unde fortassis errandi occasionem sumpsit Tribonianus, itemque in rei vindicatione quæ tanquam arbitraria æquitas rationem admitteret *l. sumptus 48. de rei vindic.* si non aduersus furem exerceretur. Sed pro fure inauditum est, ut æquitas ratio vlla haberi possit *l. pen. in fin. ad SC. Trebell.* cuius odio tam multa in iure comparata sunt singulari iure, præsertim verò hoc de quo nunc tractamus, ut & vindicatione, & conditione simul teneatur. Quod si arbitrium iudicis in rei vindicatione contra eum proposita, qui dolo fecit, quominus possideret, tale esse non debet, ut iubeatur petitor ei cauere de præstandis actionibus *l. si qui dolo 69. & seq. supr. de rei vindic. l. quod si dolo 23. eod.* (est enim hoc ius proprium possessorum bonæ fidei *l. si à bona fidei 21. & seq. l. si culpa 63. eod.*) multo minus in vindicatione contra in eam instituta, iubendus erit petitor conditionem furti remittere. Ergo è contrario, si ex conditione ante damnatus reus litem æstimationem præstiterit, multo minus dicendum est, absolui furem debere in iudicio vindicationis, cum alia sit causa vindicationis, alia conditionis, nec rei iudicata exceptio locum habere licet possit, præsertim cum grauior futura sit condemnatio, maiorque litem æstimatio in vindicatione, quam in conditione, propter iusurandum in litem *d. l. qui restituere eod. & d. l. vltim. de fideiuss.* quod in vindicatione locum habet, in conditione non habet: Præter id quod in vindicatione dominij venit omne id quod interest petitoris *d. l. qui restituere*, ut solet venire quoties iuratur in litem *l. 2. & 3. supr. hoc tit. l. pen. infr.* At in conditione non venit *d. l. sed si ex causa 47. infr. pro socio.* Quod autem Triboniano magis placet, ut si paratus sit petitor æstimationem restituere, quam ex conditione consecutus est, nec ei homo restituatur, tanti condemnatur ei possessor, quanti in litem iurauerit, adhuc absurdus videtur. Quis enim vnquam audiit esse in arbitrio victoris, qui in aliqua actione obtinuit, & litem æstimationem consecutus est, ut quod percepit restituat, aliamque subinde actionem proponat? nam vel priorem actionem exercendo renunciauit posteriori, vel non si renunciauit nullo modo est audiendus, nec si prioris actionis fructum nullum perceperit *d. l. naturaliter 12. §. nihil commune de acquir. poss. & d. l. 9. §. eligere de tribut. act.* multo minus si iam perceperit. Quod si non renunciauit, nec vtramque exercere prohibetur, cur iubendus sit restituere quod perceperit? Scio permitti quandoque domino qui litem æstimationem percepit à bonæ fidei possessore, ob amissionem eius fraude possessionem, si postea idem dominus possessor factus Publiciana conueniatur, ut audiendus sit, si pecuniam quam periculo condemnati receperat, velit restituere *d. l. si non culpa 63. in fin. de rei vindic.* quæ cum hoc denegat domino aduersus possessorem, qui culpa non fraude possessionem amiserat, hoc ipsum concedit aduersus eum cuius fraus aliqua in possessione amit-

tenda interuenit. Sed hoc pertinet ad retinendam possessionem, quam dominus rei quondam suæ ex aliqua causa nactus sit, non ut liceat domino, qui egit & obtinuit, pœnitere aliamque actionem quæ sibi commodior, & utilior fore putet, eligere. Quod sanè à iuris nostri regulis omnibus, tam alienum est, ut nec odium furis patem eousque posse pertinere. Essetque longè expeditius id temperamentum sequi, quod scriptum est in *d. l. qui seruum*, ut quod minus consecutus esset dominus ex conditione, id per vindicationem consequi posset, nec compensatio aut potius consumptio, confusio & immixtio fieret harum actionum, nisi ad concurrentem vsque quantitatem *d. l. sed si ex causa 47. infr. pro socio.* Quamquam nec hoc necesse est, cum odio furis, quæ placuit duabus his actionibus teneri cum effectu, non magis vindicatio tolli possit per conditionem, quam conditio per vindicationem, ut bene Vlp. scripserat in *d. l. ei qui*, sufficit enim vtriusque actionis aliam atque aliam esse æstimationem *leg. 2. §. quasitum infr. de primar. delict.* nisi cum alterutra actione dominus rem suam receperit. Eo namque casu alteram quoque tolli fatendum est, eodè scilicet iure, quo si dominus etiam extra iudicium rem suam receperit, vtraque illa actio & vindicatio & conditio tolleretur *d. l. si pignore 54. §. cum furti eod. tit. de furt.* Nimirum quia vtraque datur ad solam rei persecutionem. Inconueniens autem, & absurdum est, ut rem aliquam persequatur is, qui iam eam habeat, aded ut dubitatum sit hoc casu, an ipsa quoque furti actio superesset, quam tamen superesse merito placuit, quia tota pœnalis est *l. qui vas 48. in princip. eod. tit.* Sed illud notabilis est in *d. l. ei qui*, quod Tribonianus nouæ suæ iurisprudentiæ immemor, quam ille sub Vlpiani nomine inuexit in *d. l. qui restituere*, admittit tanti damnandum esse furem eundemque possessorem hominis furtiui, si eum nolit restituere quanti actor in litem iurauerit. Quod dñi enim aduocat etiam contra furem auxilium manus militaris ut in *d. l. qui restituere* cum tractet de fure, qui adhuc possessor sit rei furtiua, nolitque per contumaciam hominem quem subreptum habet restituere: an fortè fauorabiliorem facere noluit causam furis, quam alterius cuiuslibet iniusti possessoris? Fauor enim est, si quis invito domino etiam iniusto precio velit rem alienam retinere: quod præcipue furi & raptori longè minus permittendum est *l. nec quasi 70. supr. de rei vindic.* Cur non etiam addidit Tribonianus ex alia illa noua sua iurisprudencia, taxandam esse hoc etiam casu à iudice quantitatem, ad quam vsque iuret ut in *l. 4. §. iurare & l. 5. supr.* Scilicet ad eam vsque, quam credibile putasset iudex, maiorem fieri posse per condemnationem in iudicio vindicationis, quam quæ irrogata fuisset in iudicio conditionis. Fuisset enim longè commodius; & æquius, quam domino iniungere necessitatè restituendæ pecuniæ, quam ex conditione perceperit, nec enim semper aut ita facile restituenda quantitas est in numerato, & pœne accidit, ut restituendæ eius difficultate vindicationis exercitio differatur, atque ita ipsius comodum domino eripiatur. Ex quibus intelligimus, quam parum sibi constans Tribonianus fuerit in peruersa illa sua iurisprudencia, & quæ parum felix in prudentum responsis corrigendis, aut potius contrupedis, ut non sine causa Bartolus ad *l. in actionibus in fin.* difficile dixerit hanc materiã. Vtinã autè ita verè dixisset, eam à se tunc primum intellectã fuisse, non esset quod tam longos nunc à nobis haberes in hunc tractatum com-

mentarios, ex quorum lectione videbis facile, mi lector, quam variis Tribonianus, & post Tribonianum, interpretes omnes erroribus se involuerint, cum ex veteri iurisprudencia, nulla ferè circa iusiurandum hoc in litem aut dubitandi, aut errandi occasio superesset.

Tanti rē fuisse cum fuerit factum est. Relatione scilicet facta ad tempus admitti furti, nō ad tēpus quo agitur, aut quo iuratur, vnde apparet clarissimè nō de cōditione furtiva hic tractari, vt putant interpretes, sed de ipsa furti actione, vt verba sonāt, neque enim æstimatio rei furtivæ in cōditione furtiva egreditur, vñquā retrorsum iudicij accipiendi, & legis contestatæ tēpus l. 2. §. quæstio infr. de priuat. delict. nec proinde retrorahitur ad tēpus furti, quia odiū furis nihil aliud potest inducere, nisi vt ad die furti morā fecisse, & semper moram facere fur intelligatur l. in re furtiva 8. §. 1. l. vlt. infr. de condit. furt. Moræ autē ratio nulla habetur in æstimāda re debita ex cōtractu stricto, sed tantū in re debita ex cōtractu bonæ fidei l. 3. §. sper venditorem l. si sterilis 21. §. cum per venditorem infr. de action. empt. neque rursum in cōditione furtiva res æstimatur, habita præcisè huius vel illius tēporis ratione, quomodo in cæteris cōditionibus & actionibus stricti iuris inspicitur præcisè tēpus legis contestatæ l. vlt. 22. §. de reb. cred. l. vlt. infr. de condit. tritic. l. 3. §. in hac infr. cōmod. l. hominē 37. mand. l. fundū 28. de nouat. sed quanti plurimi res fuit à die legis contestatæ d. §. quæstio. Sic enim accipi debet, & restringi, quod generalius scriptum legimus in l. in re furtiva 8. §. 1. infr. de condit. furt. licet Accursius ibi malè cōtrā sentiat, vt ad eum locū dicemus. R. A. T. D. V. B. Cū in litem iuratur, æstimat actor suo iurando quanti res est, itē q. contumaciā possessoris vltra rei præciū l. 1. l. prox. supr. hoc tit. Ergo quanti res est, & quanti actoris interest eo tempore quo iuratur, non quanti res antea fuit, vt putat tempore furti. D. E. C. Multū interest, an iuret in litem ad æstimationē ipsam, quæ in iusiurandū deducitur cōsequendā: quo casu iusiurandū ad tēpus præsens referendū est, an verò ob id dūtaxat vltimū possit, quid quantumquid plandum vel quadruplādū sit, vt in actione furti d. l. in furti 50. & d. l. si vendidero 80. §. cum autem infr. de furt. Hoc enim casu non ad aliud tēpus referri iusiurandum potest, quā ad tempus furti, cum exinde pœna deberi cœperit, vt iam supra attigimus, quæ tamen ex post facto, neque crescere potest, neque decrescere: cresceret autem vel decresceret, si non ad ipsam furti tempus præcisè æsti-

matio referretur.

b Non adici eo plurisve. R. A. T. D. V. B. Tam mendax & periurus est is, qui minus dicit, quā sit in rei veritate, quā qui plus dicit. Veritas enim vnica est, & in puncto, ac in individuo semper consistit. Qui ergo iurat ne ancipitis periculi subeat, vel bene certus esse debet, quanti reuera res sit, vel tēpus petere ad se certiorandum, vt in l. iusiurandum & ad pecunias 34. versic. quid tamen supr. tit. prox. vel si iuret tantum esse, illud etiam adiciere plurisve si rem pluris potius quā minoris esse suspicetur. D. E. C. Non incurritur peritium, quoties non factis ex veritate iuratur, sed ita demum si aliter animus peierandi, in eo qui iurat, vt alteri noceat, & sibi proficiat, falli enim aduersarium oportet ad iurante, & quidem sciente l. qui iurasse 26. supr. tit. prox. Atquin is qui rem quæ pluris est, minoris æstimat, sibi nocet, non alteri, non quomodo is qui rem pluris æstimat, quæ minoris sit. Nullum ergo hoc casu peritij subest periculum, nec vllum in re ipsa mēdacium, licet res pluris sit, quā quanti eam esse iuratum est, quia, vt Iavolenus hic scribit, quæ res pluris est, vtique tanti est: id enim est, quod Grammatici tradunt, in comparatio inesse positum, perinde atque in superlatiuo. Placet autem quod ex hac lege Bart. infert testem qui ad iudicem iuratus & examinatus, dixit rem de qua agitur, dignam esse centum aureis, posse iterum examinari ex causâ, nec peritium esse, si testificetur dignam esse centum & quinquaginta aureis, quia nihil vetat vtrumque verum esse, nec sunt ista contraria, sed diueria cap. de testibus & cap. causam qua inter extr. de testib. quod tamen intellige, nisi testis in priore testatione adiecerit dictionem taxatiuam tantum & dixerit rem esse dignam centum aureis tantum. Dictione enim taxatiua excludit omnes casus cæteros, non minus diuersos, quā contrarios, nec admittit alios, nisi similes l. 1. §. hac actio supr. si mens. falsi mod. dixer. Idem Barolus notat, & rectè adiectionem hanc & plus in testium dictis nihil operari, nec in aliis dispositionibus in quibus id agitur, vt aliquid certum reddatur, quia hæc adiectio nihil certum habet, nisi quod res pluris est, quantitas autem maioris, quæ in eo pluri continetur, meram incertitudinem continet: sed si nihil certum quaratur posse aliquid operari, vt in l. etsi post tres 8. supr. si quis caution. l. cum filius 76. §. pater de legat. 2. Ita tamen vt ad modicum, non ad immensum quid referatur l. hac adiectio 192. de verb. signific.

IO. CALLISTRATVS libro I. Quæstionum.

In instrumentis, quæ quis non exhibet actori, permittitur in litem iurare, quanti sua interest, ea proferri: vt tanti condemnetur reus. Idēque etiam Diuus Commodus rescriptit.

Ad l. In instrumentis IO.

R. A. T. D. V. B. & D. E. C. I. D. eadem est quæ ad leg. 2. in princip. supr. vbi scriptum est, in actione ad exhibendum iurari in litem. Nihil enim refert, an de specie aliqua exhibenda agatur an de instrumentis, nisi quod cum de exhibenda specie agitur, illud omnino requirimus, vt exhibitio petatur iure dominij, & tanquam præparatoria vindicationis. Cū autem de instrumentis, sufficit, vt ad actorem pertineant ratione iuris & vtilitatis leg. non ignorabis 4. Cod. ad exhib. l. pen. Cod. hoc tit. leg. sicur de-

tam 26. Cod. de liber. caus. l. plures apocha 19. Cod. de fidei instrum. Parum enim est, chartam in qua instrumentum scriptum est, tuam non esse, si modò instrumentum ipsum vtilitate tuam sit, & ad te pertineat: cum tanti tua intersit, quanta est vtilitas, quam ex eo instrumento possis percipere: quamquam si instrumentum ipsum velis vindicare, non aliter tibi permittendum est, quā si probes te dominum esse chartæ, cui scilicet literæ cedūt quamuis aureæ §. lueræ Instit. de ver. diuis. l. in rem 23. §. sed & id quod supr. de rei vindic. vbi dixi.

II. P. A. V.

II. PAVLVS libro 3. ad Edictum.

DE periurio eius, quæ ex necessitate iuris in litem iurauit, quæri facile non solere.

Ad l. vlt. De Periurio.

R. A. T. D. V. B. Periurium delictum est, & quidem grauissimum, cum adnexum habeat contemptum diuini nominis, cuius veneratione sola iusiurandum præstat, vt fidem & vim plenissimæ probationis habeat. l. qui sub cond. 8. infr. de condit. inst. l. qui per salutē 32. supr. tit. prox. Ergo impunitū manere nō debet, cū inter sit reipublicæ, tantò grauius delicta puniri, quā tō sunt grauiora l. ius vulneratus 31. ad si. supr. ad l. Aquil. l. si à reo 71. §. vlt. infr. De fideiuss. l. Stichum aut Pamph. 95. in prin. De nec. quod ex iuris necessitate iuratum sit, facere potest, vt eo magis impunitū periurij esse debeat, nec enim iurandi necessitas peierandi quoque necessitatem inducit, atqui non potest puniri periurium, nisi deregatur, nec detegi quin de eo queri oporteat. Ergo etiam de periurio eius qui ex iuris necessitate iurauit, quæri debet. D. E. C. Iusiurandi cōtempta religio tam graue crimen est, vt solum Deum vltorem habere possit, & debeat l. 2. C. de reb. credit. & iuratur. Cūque iusiurandum maximum remedium sit expediendarum litium, quod ciuili legislatori præcipuæ curæ est, l. 1. supr. tit. prox. inuitem propemodum fieret ac longè rarioris vsus, si adnexum haberet periculum futuræ inquisitionis de periurio, quod per falsos fortasse testes, aut per falsa instrumenta probari posset, contra eum qui reuera non peierasset. Ergo vel permittendum non est iudici, vt iusiurandum cuiquam defecerit, vel iniungendum ei est, vt iusiurandum præstitum habeat pro veritate, certissimaque probatione. Ne alioqui possit ei obijci, quod litigatori, qui peierasse dicitur, peierandi si non causam, saltem occasionem ac propemodum necessitatem præstiterit. Iurat autem ex iuris necessitate, quisquis iurat deferente siue iudice ipso, siue etiam aduersario, cum hic quoque vel iurare cogatur, vel referre, vel succumbere l. manifeste 38. supr. tit. prox. nisi iustam causam habeat recusandi iusiurandi, vt ibi diximus ex l. generaliter 12. §. 1. Cod. eod. referre autem valde sit periculosum l. iusiurandum & ad pecunias 34. cod. tit. quia melius & tutius est, se quā aduersarium iudicem, testemque in sua causâ constituere l. 1. infr. de quar. rer. act. non det. sed magis ex necessitate iurat, quisquis ex relatione iurat, quia non potest verum referre, etiam si maxime velit, cum iam detulerit, & ei relatum sit, vt diximus ad l. manifeste. non magis quā mille cui delatione est ex conuentione l. iusiurandum quod ex conuentione 17. cod. tit. qui proinde ex necessitate quoque iurat, licet potuerit ab initio non ita conuenire, vt referendi iusiurandi facultatem sibi retineret: sed iurant isti omnes, ex iuris necessitate causatiua tantum, non præcisè, quia in eorum potestate est, non iurare, si malint succumbere, d. l. iusiurandum & ad pecunias §. ait Prator eod. Alia ratio est iusiurandi in litem: defertur enim ex iuris quidem necessitate à iudice, qui non aliter potest ex æquitate indemnitati domini consulere, qui per dolum vel contumaciam aduersarij cogitur re sua carere, eamque acceptatis æstimatione inuitus vendere, cum si iniquum, iullo & communi precio rem æstimari, ac non potius formali, quod ipse dominus pro arbitrio statueret velit, æstimata etiam contumacia. l. tutor 3. vbi dixi supr. hoc tit. in iis scilicet iudiciis, quæ rationem hanc æquitatis pro domino admittunt, qualia sunt arbitraria & bonæ fidei l. in actionibus 5. cod. Sed tamen non præstat ex necessitate, quia

is cui defertur, non cogitur iurare, nec ideo tamen succūbit, sed simulit condēnari aduersariū quanti verè res est, morè ei geri oportet. l. quod si pos. 71. supr. de rei vend. l. semper 14. §. hoc interd. & seq. infr. quod vi aut clam, quomodo æstimari litem oporteret, si possessoris neque contumacia, neque dolum, neque lata culpa, sed leuis tantum aut leuissima interuenisset. l. 2. §. 1. l. 4. §. vlt. supr. hoc tit. Nam nec quicquam vetat perinde dolum, atque culpā officio iudicis, & citra iusiurandū æstimari, vt euenit in actione ex empto l. si tradit. 4. C. de act. empt. l. si cum fundū 68. infr. de contr. empt. Vno tamen casu hoc iusiurandū in litem omnimodo præstandū est: nempe cū defertur, non tantum ex iuris sed etiam ex facti necessitate, vt in specie d. l. in act. versic. planè, id est cū impossibile est, iudicem aliter quā per actoris iusiurandum æstimare rem quæ non extat. Quo tamen casu obseruandum est, actorem si iurare nolit, metu fortasse ancipitis periurij [cuius periculum hoc casu ideò maius est, quod taxanda tantum est præsens æstimatio, quæ nulla est rei peremptæ post moram, non etiam debitoris contumacia aliqua, quæ hic quoque nulla est] non idcirco tamen posse succumbere, vt malè putat Accursius, cum iam obtinuerit, siquidem defertur hoc iusiurandum per sententiam iudicis, per quam tanti condemnatur reus, quanti actor de rei peremptæ æstimatione, in litem iurauerit, sed condemnationis vtilitatem sibi præcipit, quasi deficiente, non tam iure, quā probatione vt in l. duo sunt Titij 30. De testam. tutel. nisi malit contentus esse ea æstimatione, quæ fuerit tempore moræ, vel mortis serui vtram offerre debitor voluerit. Nam quod præsens æstimatio debetur, in fauorem actoris constitutum est, cui adhuc homo debetur, ob eamque causam defertur ei iusiurandū in litem, ne alioqui fiat ipsi iniuria, si alia quā presenti æstimatione contentus esse cogatur, quæ porro quanta sit, citra iusiurandum sciri non potest. Sed non facit ea res, vt si nec per iusiurandum ea æstimatio sciri possit, nolente scilicet actore iurare, liberandus sit morosus debitor, vt quia rem præstare nequit, nec vllam præstet æstimationem. Ne aliter posito iure, creditor frustra seruum perdat, quomodo loquitur Vlpian. in l. si sub hac 26. supr. De inoff. testam. id est & seruo & toto precio carere cogatur vt in l. si pecuniam 5. §. si seruum, versic. planè, si adhuc vlt. tit. prox. Alioqui quod in actoris fauorem constitutum est, vt præsens illi æstimatio debeatur, quantum in litem iurauerit, in eius odium retorqueretur, si nec præteritam ei daremus æstimationem, ob id quod præsentē habere non possit, nec quod iurate non vult, ad eò ipsi imputandū est, vt condemnationis quæ retulit, emolumento priuati debeat, cum modestius semper faciat, qui iusiurandū erubescit l. illud. 25. §. 1. infr. De pec. const. & d. l. quod si possess. 71. supr. De rei vind. l. actus; fauetur debitori, non tantum moroso, sed etiam condēnato in hoc, quod à presenti æstimatione, quæ per iusiurandū taxati maior poterat exoneratur, optioque ei relinquitur, vtram præstare malit, an quæ moræ, an quæ mortis tempore fuit, cum neque alterutram præcisè petere actor possit, neque vtro tempore plus res fuit, propter naturam actionis stricti iuris, l. 3. §. vlt. l. si sterilis 21. §. cum per venditorem infr. De action. empt. sed potius vtro tempore minoris. In quo magnum debitoris commodum est, nullum damnum, nam & in cōditione triticaria

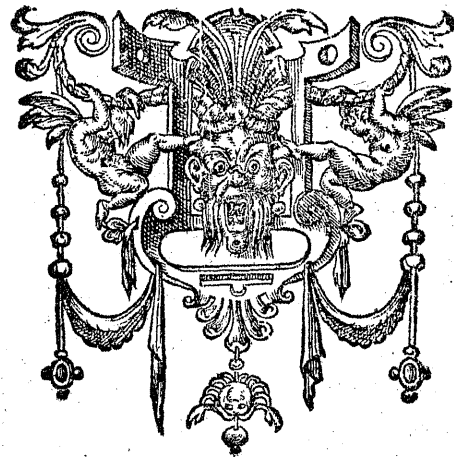
Tom. III.

X

quæ perinde stricta est, idem euenit, vt quamuis in ea tantum æstimanda sit, quanti res est inspecto præcise tempore condemnationis, si tamen præsens illa æstimatio in condemnationem deduci idem non possit, quod homo debitus & petitus perierit, post litem contestatam, & ante sententiam, præstanda est ea æstimatio, quæ fuerit mortis tempore *l. 3. infr. De condition. tritic.* non tamen quæ tempore mortis, aut litem contestatæ, propter repugnantem naturam triticariæ, quæ incrementum & decrementum recipit, ad condemnationem vsque, aut saltim quousque res perierit: quod incrementum aut decrementum alia actiones strictæ non admittunt *l. 2. infr. De vstr. l. vbi exigitur 8. in fin. secundum emendationem quam nos ad eum locum attulimus supr. De edend.* Est ergo hæc lex intelligenda de quolibet iureiurando quod in litem est, quia numquam defertur nisi à iudice *l. 4. §. deferre supr.* nec rursus à iudice, nisi ex mera iuris necessitate, i. cum melius facere aut pronunciare nihil potest. Idemque in iureiurando purgatio, vt vocant, iuris est, quia nec ab alio quam iudice deferri potest, idque in dubiis tantum causis *l. admonendi 31. supr. tit. prox. l. generaliter 12. C. eod.* At in iureiurando decisorio, quod ab aduersario defertur, siue ex conuentione extra iudicium, siue in iudicio, generalius dicendum est, de eo quæri nunquam oportere *d. l. 2. & l. 1. eod. tit. extra casum l. vltim. eod.* propter illam Iustiniani constitutionem, quæ specialem rationem habet, ne quid in vltimis voluntatibus defuncti voluntatem fiat. Numquam enim defertur ex iuris necessitate, sed semper ex voluntate deferentis, qui proinde sibi debet imputare, cur detulerit: quamuis cum delatum est, præstandum sit ex iuris necessitate, si is cui delatum est, neque referre voluerit, neque recusare potuerit, vt diximus. Et idcirco hæc lex de solo iureiurando in litem loquitur, cum ait,

de periurio eius, qui ex necessitate iuris in litem iuravit, quæri facile non solere: vt significet Paulus, quæri tamen aliquo casu posse. Sed quoniam casus? Nostri vnicui illum adferant, qui proponitur in *dist. l. 4. §. iurare in fin. supr.* in illis verbis *ex magna causa & repetis postea probationibus,* vbi videntur nostri accipere & pro id est vt alibi sapere. Quasi magna causa nulla esse possit, nisi quæ ex postea repetis probationibus nasci potest. De quo vide quæ ibi diximus. Malo ego casum illum significari quod actor, cui iudex permisit in infinitum iurare, arrepta inde occasione in immensum iurauerit: nec enim tam immoderate adfectioni indulgendum est, vt supra diximus *ex l. ex damni 40. infr. De damn. in solt.* sed honestus modus seruari debet. siue ex iuris tantum, siue ex facti etiam necessitate iuratum sit. Nec cui permittitur iurare in infinitum, permittitur etiam iurare in immensum *d. §. iurare.* Quamquam obseruandum est, nullo penitus casu de periurio quæri, vt puniatur, sed tantum vt iuriurando immenso aliqua moderatio adferatur. Non etiam vt iusiurandum totum infirmeretur, ne quidem prætextu repertarum postea aliarum probationum, nisi per viam & auxilium appellationis, aut ciuilibus supplicationis, vt docuimus *ad d. §. iurare.* Noli ergo cum Bartolo, & aliis distinguere iusiurandum in litem adfectionis à iureiurando veritatis, nec rursus hoc iusiurandum in litem posse vsurpari in iudiciis criminalibus, ad probationem faciendam criminis, siue plenam, siue semiplenam, vt faciat iudicium saltem ad torturam [aliis enim probationibus certioribus probari oportet, quàm quæ ex actoris ore, ac domo proficiscantur *l. vlt. C. de probat. l. qui accusare 4. C. de edend.* sed tantum ad probandam, aut quantitatem, aut æstimationem rerum subtractarum, si modò aliunde constet de crimine, vt in specie *l. si quando 9. C. vnde vi.*

DE



DE CONDICTIONE CAUSA DATA, CAUSA NON SECUTA,

TIT. IIII.

VIPIANVS libro 16. ad Edictum.

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

Ad l. i.

RAT. DVV. IS qui dedit tibi centum, vt filium tuum emancipes, vel vt seruum tuum manumittas, nullam huius pecuniæ dandæ causam habuisse videtur, cum ex illa emancipatione, vel manumissione nulla ad eum vtilitas perueniat, sed ad te potius, qui emancipando filium sis patronus eius, cum remaneas tamen etiam pater *l. i. §. vltim. infr. si à parent. quis manumif.* & manumittendo seruum acquiras libertum, qui ea ratione quodammodo tuus remanet *l. aalem institutionem 51. §. 1. in fin. infr. De hered. instit.* Et quamuis dici soleat, non esse factum locupletiorum eum qui libertum acquisiuit *l. nemo prado est 126. §. 1. De regul. iur.* Nemo tamen nescit quàm magna multatque sint iura patronatus, propter operas quas naturaliter libertus debet patrono *l. si non sortem 26. §. libertus infr. De cond. indeb. & successione m. libertorum tam ex testamento, quàm ab intestato Tot. tit. infr. De bon. libert. & instit. De success. libert.* Videtur ergo his casibus data esse pecunia sine causa, & consequenter locus esse repetitioni *l. 1. & tot. tit. De condit. fin. caus. infr.* Quod si quis pecuniam dederit, vt à lite inter alios nota discedatur, eadem occurrit ratio dubitandi. Quid enim dantis interest: Sed si vt discedatur à lite, quæ contra ipsum dantem nota sit licet maior difficultas subesse videatur, adhuc tamen dici potest, non satis iustam esse hanc dandæ pecuniæ causam, cum non minus accipientis quàm dantis interest, vt à lite discedatur, adeoque quod magis est, vt si litigandum sit, quàm primùm lis finiat *l. 1. C. de admin. tutor.* etiam pro parte si tam citò finiri tota non possit *l. quidam existimauerunt 21. supr. De reb. credit.* De c. Quoties datur tibi pecunia, vt filium tuum emancipes, vel seruum tuum manumittas, vel à lite discedas, aut quid aliud facias, contra hitur *ovvdaazµa* inter te & dantem, nõ tam quod aliquid promiseris te facturum, quàm quia illo dante acceperis, & accipiendo te obligaueris ad faciendum id, quod vt faceres pecuniam accepisti *l. iuris gentium 7. §. 1. supr. De pact. diciturque hic contractus innominatus. Do vt facias, ex quo sicuti datur, & repetitio eius quod datum est, & actio præscriptis verbis si non fiat quod con-*

uenit *l. naturalis 5. §. ac cum do infr. De præscript. verb.* Ita si impleatur quod promissum est, & causa sequatur ob quam datum fuit, cessat repetitio de qua in hoc Tit. id est conditio ob causam dati causa non secuta. Nec est quod quis dicat, esse hoc nudum pactum, quò promiseras te aliquid facturum, ex nudo autem pacto nullam dari actionem, neque vllam nasci obligationem ciuilem, quæ contractum possit inducere, ex parte illius qui accepit, nec proinde æquum esse obligari dantem, ne possit repetere quod dedit, vt in contractu vltro citroque obligatorio eadem sit ratio vtriusque contrahentis, nec magis obligetur vnus quàm alius: quomodo solemus dicere in omnib. mutuis conuentionibus, & vt vocant, corresponditis *l. sum te 6. C. de pact. int. empr. vend.* Non enim pacti nudi nomine, aut iure ceteri potest ea conuentio, quæ traditione ex vna parte munita est *l. si dominus 8. in fin. De præscr. verb. l. vlt. C. de rer. permur.* In traditionibus autem rerum quodcumque pactum interpositum sit, id valere certum est *l. in traditionibus 48. supr. De pact. l. venditor 13. supr. Commun. prad. l. ei fundo 19. supr. De seruit.* Et quemadmodum non est decipiendus, qui certa aliqua lege rem suam tradidit, non alioqui traditurus *l. vlt. C. de pact. int. empr. & vendit.* ita nec ille qui pecuniam accepit, vt aliquid faceret, quod postea fecerit, non facturus, si non ob eam causam pecuniam accepisset: deciperetur autem si pecuniam quam accepit, restituere cogeretur, sicut & si conuentio non à dando inciperet, sed in facièdo, vt in contractu, facio vt des, si postea quàm feci cessas dare, cum facta condici non possint, placet dandam mihi esse contra te actionem de dolo, in id quod mea interest *d. l. naturalis 5. quod si faciam De præscr. verb. l. act. 4. C. de transa. l. cum proponas 4. C. de dolo.* Negari potest non potest, quin valde interest, eius qui accepta ab alio pecunia, filium suum emancipauit, quem non aliter fuerat emancipaturus, cū patria potestas sit res inestimabilis *l. filiusfamilias 14. §. sed si liberos De legat. 1. l. si cui 92. De condit. & demonstr.* & is qui si ium emancipat eum quodammodo amittat: facit enim emancipatio filium per se extraneum patri *l. quinetiam 55. in fin. De rit. nupt.* & amittit præterea pater omnia quæ per filium acquirere sibi potuisset si filius in potestate mansisset *d. l. 1. infr. si à parent. quis manum. sit l. placet 79. de acquir. hered.* Nec minus interest dominij, retinere in pote-

stare feruum, per quem acquiritur domino etiam inuito penè ex omnibus causis. *l. etiam 32. de acquir. rer. domi.* & quem amittit dominus per manumissionem, cum manumissio, non minus quam mors, extinguat dominicam potestatem, idèò que morti comparatur *l. si mihi 92. inf. de solut. l. inter omnes 46. inf. de furt. l. 1. §. 1. quænd. de pec. act. est. annal. l. Iulianus 6. Qui & à quib. manu.* Neque alia veriore ratione possumus dicere, non fieri locupletiore eum, qui libertum acquirit, quàm quia fiat verè pauperiore amittendo feruum: eamque maximè ob causam inducta sunt iura patronatus, ut essent patrono in solatium, & vicem amissi dominij. Quod autem à lite disceditur, cum vtrique litigatori prosit, non nisi iustà causam præbere potest dandæ & accipiendæ pecuniæ, nisi cum dicitur & calumniæ causa lis fuit instituta *l. in summa 65. §. 1. inf. de cond. indeb.* Sed maximè locum hoc habet, ex parte illius qui pecuniam dedit, ut à lite discederetur, qui scilicet tanti habuit, pecunia

¶ Si, parendi conditioni causa, tibi dederò decem, & mox repudiauerò hereditatem, vel legatum: possum condicere.

Ad §. 1. Si parendi.

RAT. DVB. Id quod implendæ conditionis causa datur, licet non capiatur iure testamenti. *Marius 55. in fi. inf. de cond. & demonstr.* neque tam ex voluntate testatoris, quàm eius qui dat *l. si quis sub conditione 8. si quis omiff. caus. testam.* mortis tamen causa capitur *l. id autem 76. ad leg. falcid. l. qui precio 8. l. inter mortu 38. inf. de mort. caus. donat.* tamque iustus est hic capiendi titulus, atque si quid per legatum, aut fideicommissum relictum esset *l. mortis causa 31. eod.* Heres igitur institutus sub ea conditione, *si decem Titio dederit* si parendi conditioni causa, eiusque implendæ gratia, decem illa dederit, ut impleta conditione possit adire hereditatem, non potest repetere, tamen si repudiet postea hereditatem, cum iusta causa & dandi fuerit, & accipiendi, nec potest negari quin causa secuta sit, propter quam data est pecunia, siquidem non aliam ob causam data est, quàm ut fieri heres possit impleta demum conditione, ante cuius implementum, nec si voluisset, heres tamen fieri potuisset *l. facta 63. §. si sub conditione ad SC. Trebell. l. si heredi plures 5. & pass. inf. de cond. inst.* Quod si quis velit defendere causam dandæ pecuniæ fuisse aditionem hereditatis, quæ causa secuta non est, cum ponamus repudiatam esse hereditatem, adhuc replicari potest, stare per eum ipsum qui dedit, quominus hereditatem adeat, cum is demum repudiare possit hereditatem, qui eam adire posset, si vellet *l. nolle 4. l. is potest 18. inf. de acquir. hered.* & ideo, quod ad ipsum pertinet habendam esse causam pro secuta, ex regula *l. in iure civili 161. de reg. iur. l. iure civili 24. de cond. & demonstr.* alioqui erit in potestate dantis ut repetat, si volet, quod absurdum videtur, cum dationi pecuniæ nullam conditionem adiecerit repetendi, ut in *l. si repetendi 7. C. hoc tit.* vbi dicitur videri hoc ipso donatam pecuniam, tanquam quæ non per errorè, sed consulto & nullo iure cogente data sit *l. cuius per errorem 53. l. donari 81. de reg. iur.* Debuerat enim priusquam daret, secum pensare, & perpendere, an expediret hereditatem adire, an repudiare, ut si dare expediret, daret, sin minus, nec daret: quod si cum dedit, eo animo fuit, ut adire hereditatem vellet, quod in dubio tanquam probabilius ponendum est, postea verò mutato consilio, suspectas habes facultates hereditarias, repudiare illam maluit: occurrit

illa carere, ne diutius litigaret, ut in *l. 4. §. 1. sup. de alien. iudi. mut. caus. fact.* Ergo neque hoc casu data pecuniæ repetitio potest competere, cum causa sit secuta, quia postquam liti renunciatum est, causam finitam restaurari nulla iuris ratio permittit *l. postquam liti 4. C. de pact.* Rectè verò Vlp. noster *si ob rem non inhonestam* quia quod ob rem turpem & inhonestam datum est, licet causa secuta sit, repeti potest, si turpitudò sit ex parte vel accipientis solius, vel vtriusque *l. 1. 2. & 3. inf. tit. prax. l. 2. & pass. & eod.* Accursius ad verba illa *si ob rem* notat *furtiuam, ut in exemplo subiicit* ego quale sit certè non intelligo, cum neque hic, neque in sequentibus exemplum vllum subiiciatur de re furtiva. Notandum autem est, inhiberi repetitionem pecuniæ ob causam datæ non solum si causa secuta sit, sed & interim quandiu sequi potest, oportet enim esse certum nec secutam esse causam, nec sequi amplius posse, ut huic conditioni locus esse possit *l. 3. in pr. & §. 1. inf.*

statim alia iuris regula quæ negat posse, quemquam mutare consilium in alterius iniuriam *l. nemo potest 75. eod. tit.* Eademque dubitandi ratio est in legato subdandi conditione relicto, de quo in hac lege etiam agitur. De e. E. cui hereditas relicta est sub ea conditione *si decem Titio dederit* non aliter hereditas acquiri potest, quàm si post impletam conditionem id egerit, scriptus heres per quod hereditas acquiri solet, i. quàm si adierit hereditatem *l. ei qui 13. inf. de cond. inst.* nihil enim aliud facit implementum conditionis, nisi ut institutionem puram faciat, quæ erat conditionalis, atque ita impedimentum & obstaculum amoveat, per quod fiebat, ne interim adiri hereditas possit *d. l. facta 63. §. si sub conditione ad SC. Trebell.* at qui purè institutus heres, non ideo statim heres fit, sed ita demum si adeat: nemo enim fit heres per solam institutionem, quamuis puram, sed per solam aditionem delatæ hereditatis *l. delata 151. de verb. sign. l. precia 63. ad leg. falcid.* Ergo neque per institutionem conditionalem, cuius condicio sit impleta, cum inter puram & purissimam institutionem nihil intersit *l. vlt. §. 1. de vulg. & pupill. subst.* Vtriusque enim effectus idè ille est, ut inducat delationem hereditatis, quæ nec poterat adiri ante delationem, nec deseri ex institutione condicionali ante impletam conditionem. Consequens igitur est, ut si hereditas cuius ad eundem gratia fuerat data pecunia, non adita sit, sed repudiata, repetitioni locus sit, quasi causa non secuta, quoruscumque quisque est, qui pecuniam det, aut accipiat, implendæ conditionis causa, nisi spe, & cogitatione futuri emolumenti, quod post conditionem impletam potest accedere, & quod alioquin sperari non potest: Datur enim ex necessitate, non quidem præcisa, sed causatiua, si is cui aliquid sub ea conditione datum fuit, velit id quod sibi relictum est, consequi, & ideo donationis, instar ea datio habere non potest, quia quod ex necessitate fit, nunquam ex voluntate, ac mera liberalitate fieri intelligitur *l. rem legatam 28. inf. de adim. legat.* Habèturque hæc datio tacitam conditionem, si hereditas acquireretur, nec minus habet ex parte accipientis, quàm ex parte dantis, alioqui si haberet tantum ex parte dantis, non posset eius defectus parere conditionem si non expressa fuisset condicio *d. l. si repetendi 7. Cod. hoc tit. & l. 3. §. si quis quasi in fin. inf. ad eod.* sibi namque imputet, qui dedit spe aliquid rei consequendæ, & opinione falsa deceptus

deceptus est, ut ex Celso Vlpianus ibidem scribit. At non similiter imputare qui equam possidet ei, qui decem Titio dedit, implendæ conditionis causa, spe acquirendæ hereditatis, quàm postea vtrò repudiaverit, cum variæ possint causæ emergere, quibus moueri prudenter heres possit, ut hereditatem repudiet, quam adire prius destinauerat, siue ob emergens ex postfacto æs alienum, quod antè latebat, siue ob hoc solum ne se implicet negotiis vel oneribus hereditariis, adeò ut nec aliam consilij rationem reddere debeat is, qui hereditatem repudiat, quam quod adire eam noluerit *l. quia poterat 4. inf. ad SC. Trebell.* dummodo sine fraude id faciat, *l. quia autem 6. §. si patronus in fine l. si in testamento 22. §. vlt. in fine si quis omiff. caus. testam.* Quænam verò fraus esse potest, eius qui repudiat hereditatem, cuius ad eundem animo antea testatus fuerat, dando pecuniam, quam conditionis implendæ causa dari oportuerat? Quis credat voluisse illum hereditatis acquirendæ commodum sibi vtrò preperere ob hoc solum, ut pecuniæ quam dederit, condicendæ ius sibi acquirat? Aut quam iniuriam pati videtur ex mutacione consilij is qui pecuniam acceperat, cum per hanc conditionem non duntaxat ei infligatur, sed lucrum duntaxat exipiat? Denique quod conditionis implendæ causa datur, sit in ordine ad futuram acquisitionem, quæ si quacunque tandem ex causa non sequatur, conditioni locum fieri dicendum est. Quod enim sit ex ordine, ad causam illam referendum est, cuius gratia fiat *l. cum minus 12. inf. De reb. author. iudic. possid.* Ex eo autem quod Vlpianus hinc ponit, repudiatam esse hereditatem, cuius ad eundem spe data fuerat pecunia, loqui eum de extraneo instituto, non de suo herede, ut bene Accursius, & melius quàm Bartolus interpretatur, extraneorum enim est, hereditatem adire & repudiare, suorum verò se immiscere & abstinere *§. vlt. inf. De hered. qualit. & differ.* & in suo herede scripto sub illa conditione *si Titio decem dederit* aliud certè est, quàm in extraneo. Is enim si conditionem impleat, & statim atque impleuit, heres sit ipso iure ex testamento, nec minus citra immixtionem, & ignorans quoque *l. apud hostes 3. C. de suis & legit. quàm citra aditionem l. in suis 14. inf. eod. ill. tit.* Idque non tam vi conditionis expletæ, quàm iure potestatis, ut eleganter Paulus loquitur in *l. conditionibus 5. inf. De condic. & demonstrat. uent.* *l. 1. §. qui sunt in potestate inf. Si quis omiff. caus. testam.* adeò ut hoc casu amittat beneficium abstinendi, quod alioquin à Prætorè haberet *d. §. qui sunt l. ei qui 12. cum præ. ed. & l. necessariis 7. De acquir. hered.* nempe qua implendo conditionem animum suum declarauit, quod nollet se abstinere, cum alioqui nec abstentione indigeret, nec implemento villo conditionis si nolebat heres esse: quandoquidem sola iniectio conditionis appositæ à testatore sufficiebat, ut ex necessitate herede fieret voluntarius *l. verba hæc 12. inf. De condic. inst. l. iam dubitari 86. §. vlt. in fin. De hered. inst.* In eoque grauiter errat Bartolus reprehendens Accursium, quasi inter suum heredem, & extraneum, nulla differentia sit, quantum ad ius pratorium, sed duntaxat quantum ad ius civile, propter beneficium abstentionis, contra quàm aperit scriptum sit in legibus supradictis, maximè verò in *d. §. qui sunt in potestate & in l. cum quasi 30. §. sed etsi suus. De fideic. libere.* & aliis plerisque titulis nostri locis, quos congeimus ad *l. si filius 12. sup. De inter-*

Tom. III.

rog. in iur. faciend. vbi ostendimus perpetuum hunc errorem fuisse Bartoli, & à palatiis non minus, quàm à scholis profligandum, idèòque est si condicio non sit impleta, dummodo per filium non stet, quominus impleatur *l. si quis testamento 11. De condic. inst.* Nec minus falsum est, quod idem Bart. hinc distinguit, an ad eundem animo impleatur condicio necne. Nam neque fieri potest ut quis impleat conditionem ad eundem hereditatis animo aut ut impleto conditionem hoc ipso hereditatem adire intelligatur, quantumvis eam voluntatem gerat hereditatis acquirendæ, cum impossibile sit adiri hereditatem, prorsusquàm sit delata *l. delata 51. De verb. sign. inf. l. 1. 2. & 3. sup. De hered. petit. aut dela. am. ff. de leg. 1. antequam impleta sit condicio, quæ institutioni appositæ fuerit à testatore, d. l. facta 63. §. si sub conditione inf. ad SC. Trebell. l. verba hæc & ad ei qui & pass. De cond. inst. quæ potè dici non potest impleta esse, instanti quo impletur, aliud enim est impleri conditionem, aliud verò impleram esse, & aliud instans vtriusque, ut subtiliter docuimus *lib. 19. Consuet. cap. 1. & 2. si ponas institutum quem esse sub ea conditione si iurauerit se heredem esse.* de qua intelligo, quod scriptum est in *l. Antistius 61. De acq. hered.* Et cuius non erat usus olim inutilis cum fieri posset, ut quis falleret, & citra animum acquirendæ hereditatis eam adiret, & verba cretionis solennia proferret, quo tamen casu non acquirerebatur hereditas *l. qui in aliena 6. §. vlt. aliis l. eum qui eod. titul.* Etsi enim dici potest, quod l. ab eo putabat, hunc iurando voluntatem in gestis declarasse, quod velit heres esse, quàm pro herede gestisse, satis tamen videtur pro herede gestisse, ut heres iurauerit. Illa enim condicio *si iurauerit*, quæ simpliciter concepta non alium sensum habere potest, quàm hunc què diximus *si iurauerit se heredem esse*, non suspenderit neque impedit delationem hereditatis ut illa *si dederit decem Titio.* Quamquam potest illa ex generaliore habere rationem ex eo sumptam, quod iurandi condiciones omnes à Prætorè improbantur, tanquam turpes, & pro non adiectis habentur *l. 8. De cond. inst.* Et hoc magis probò. Idque est quod supra diximus *ex d. l. ei qui.* Ei qui conditionem impleuit, sub qua fuerat heres institutus, non ideo acquirit hereditatem, nisi post impletam conditionem id faciat, per quod hereditas acquiritur, quod sit per aditionem: imò quod magis est, in legato quoque idem iuris esse lex ait, quamuis in eo maximè differat legatum ab hereditate, quod legatum si per vindicationem relictum sit, transit recta via in legatarium *l. Titio 64. De furt.* quasi nunquam factum heredis *l. legatum 80. De legat. 2. idèòque acquiritur ignoranti l. filiusfam. 16. vers. Marcellus inf. qui testam. fuer. poss. l. cum pater 77. §. furdo eod. tit.* quod in hereditate secus est, quia hereditas damnosa esse potest, legatum nunquam *l. si hereditatem 32. inf. mand.* Sed de legati acquisitione irreuo cabili loquitur Iurec. in *d. l. ei qui.* quæ nascitur ex agnitione legatarij voluntaria, non de ea quæ sit sola legis potestate. Legatum namque sibi ignorantia acquiritur repudiare legatarius potest, quod post agnitionem voluntariam non posset. Quemadmodum enim legatum acquiritur quidam ignoranti sed non inuito *l. 4. §. 6. De legat. 2.* ita legati per agnitionem acquisiti sera repudiatio est *l. Titia cum testamento 34. §. Lucia Titia eod. l. 1. §. de reuoc. inf. De success. edict.* Itaque non est, quod ad securandam Accursij repositionem confugiamus, ex qua Bartolus suam distinctionem sumpsit, & quæ falsa est.*

X 3

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

Ad l. Sed etsi 2.

RAT. DV. QUESITIO falsi testamenti vel inofficiosi, non impedit aditionem & acquisitionem hereditatis, scilicet quod ad falsi accusationem pertinet, si heres ipse institutus falsum fecisse dicatur, cum certus esse debeat se non fecisse *l. cum falsum 46. infr. de acquirend. hered.* Quod autem spectat ad querelam inofficiosi testamenti, quia certum est eam non competere, nisi post aditam hereditatem *l. Papinianus 8. §. si conditioni supr. de inoffic. testam. l. sci-mus 36. §. illud C. eod.* Atqui causa dandæ pecuniæ ad implendam condicionem institutionis, non alia fuit, quam acquisitio hereditatis, ut ad legem præcedentem diximus. Ergo etiam si testamentum falsum postea vel inofficiosum pronuntietur, conditioni tamen locus esse non potest, quasi causa non secuta, cum secuta sit. DEC. Non videtur causa secuta, quæ non durat secuta, sicuti solemus dicere, non videri verum, quod non durat verum *l. si pro patre 10. §. verum infr. de in rem ver. nec quicquam interest, an quid datum sit sine causa. aut non ex iusta causa, an verò redeat ad non causam, vel saltè ad non iustam causam l. 1. §. pen. & vlt. infr. de condict. fin. caus.* Atqui aditio facta ex testamento, quod postea falsum, vel inofficiosum pronuntiatum est, redit ad non aditionem. Perinde namque, ac si hereditas nunquam adita fuisset, succeditur ab intestato, cum ex postfacto falsum quidem testamentum nullum ab initio fuisse appareat. Inofficiosum autem euertatur saltem, pro qua parte inofficiosi querela instituta est, & obtinuit *l. posthumus 6. §. 1. circa 19. iunct. l. 2. & pass. supr. de inoffic. testam.* Neque his casibus locum habet, quod ait Papinianus in *l. si patroni 55. §. qui fideicommissam ad SC. Trebell.* semel adita hereditate, omnem defuncti voluntatem ratam constitui, nec quod iam sepe iactari solet, eum qui semel heres fuit, semper heredem perseverare *l. ait Prætor 7. §. sed quod Papinianus supr. de minor. l. ei qui soluendo 88. infr. de hered. instit. §. restituta Instit. de fideic. hered.* Et facta pro infectis haberi non posse *l. in bello 12. §. facti autem infr. de capt. & postlim. in quorum numero aditio est l. actus legitimi 77. de regul. iur. l. aditio 45. de acquir. hered.* Habent enim locum hæc omnia, quoties aditio iure facta est, & eius hereditatis, quæ fuerit verè per legem delata *l. delata 151. de verb. sign. l. 1. & 3. supr. de hered. petit.* Atqui non potuit iure facta esse aditio ex testamento, quod ab initio falsum fuit, neque ex eo quod post aditionem inofficiosum pronuntiatum fuit, cum ex ea pronuntiatione fiat paterfamilias intestatus eo colore, quasi furiosus, nec sanæ mentis fuerit, cum suprema ordinaret *l. 2. l. Titia 13. de inoff. testam.* Testamenti enim validitatem præcedere oportet, ut ex eo deferri possit hereditas per legem, & adiri per heredem *§. posteriore Instit. quib. mod. testam. infirm.* Estque res hæc ex earum numero, in quibus apparet ex euentu, quid ante fuerit ut in *l. qui res 98. §. 1. infr. de solut. l. quadam*

15. de reb. dub. Ergo siue falsum, siue inofficiosum testamentum pronuntietur, conditioni locus est pecuniæ datæ ad condicionem implendam, quæ impleri omnino debuit, ut hereditas acquireretur, quasi non secuta causa, cum acquisitio nulla fieri poterit, aut facta videri possit, ex ea aditione quæ in irritum recidit, nam quæ ex postfacto emergunt nouo indigent auxilio, ut bene hic Accursius notat, *ex l. de atate 1. §. ex causa supr. de interrog. in iur. fac. l. si sub hac 26. supr. de inoffic. test.* vbi species non valde dissimilis proponitur, de eo qui sub hac conditione heres instituitur *si Stichum manumiserit*, illum manumisit, atque ita hereditatem ex eo testamento obtinuit, quod postea inofficiosum, vel in initium pronuntiatum fuit: nisi quod eo casu non potest conditioni libertas per manumissionem data, quoniam facta non condicuntur, nec libertas quæ semel competit reuocari vnquam potest *§. si is qui Instit. de eo cui libert. caus. bon. addit.* Sed ei qui manumisit aliter succurritur, ut serui precium à manumisso accipiat, ne frustra seruum perdat. Cæterum bene addit Hermogenianus, *si falsum testamentum sine scelere eius qui pecuniam dedit pronuntietur.* Nam si probetur falsò confictum fuisse ab eo ipso herede, qui pecuniam dedit, non debet habere repetitionem tantquam qui eam pecuniam factò & dolo suo amiserit, eamque turpiter dederit, ut fieri heres ex falso testamento posset, quamuis ille qui accepit, non turpiter accepit. Cum tamen etiam si turpitudine vtriusque versaretur, melior condicio eius esse deberet, qui accepisset. *l. 3. infr. sit. prox. l. vlt. de condict. fin. caus.* Potest autem fieri, ut tum quoque cum heres ipse adit, ex eo testamento quod falsò confictum ab eo dicebatur, tanquam de sua certus innocentiæ, probeatur tamen siue per veros, siue per falsos testes falsum ipse commississe. Atque ita in huius legis specie euenisse necessariò ponendum est, ut possit ratio dubitandi ex eo peti, quod secuta sit aditio. Nam ex eo testamento, quod ab alio quam ab herede ipso factum esse dicatur, non potest fieri, ut heres adeat hereditatem, cum nec fieri queat, quin de viribus testamenti dubitet, quod sufficit ad impediendam aditionem *dict. l. cum falsum l. is qui putat 15. cum seqq. l. in repudianda 23. eod. tit.* Hinc verò sumpta occasione querit Accursius, si mulier sciens matrimonium nullum, dederit pecuniam in dotem, an possit eam repetere. Et putat non posse, contra quæ verus interpret Petrus senserit. Mihi placet ea distinctio, ut si sine scelere dantis matrimonium nullum sit, non eo minus repetitioni locus esse possit *ex l. 1. C. hoc tit. l. vlt. infr. de condict. fin. caus.* Si verò cum scelere mulieris, quæ dotem dedit, aliud dicendum sit, ex hac lege: non videtur autem scelus mulieris interuenisse, si vel in iure, vel in facto errauerit. Nunquam enim iuris error dolo & sceleri adscribitur *l. sed etsi 25. §. si uere supr. de hered. petit.* multo minus error facti, etiam qui alioquin sit intolerabilis.

3. VLPIANVS libro 26. ad Edictum.

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

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

Ad l. Dedi tibi 3.

RAT. DV. In contractibus innominatis, qualis est hic de quo tractamus, cum dedi tibi pecuniam ne ad iudicem iretur, locus est pœnitentiæ quamdiu ex parte altera satisfactum non est, contractui *§. prox. infr.* dummodo res sit integra, nec in damno vlioretur is qui pecuniam accepit *l. si pecuniam 5. infr.* Ergo indistinctè dicendum est, conditioni locum esse posse, siue ob hoc solum dederim pecuniam, ne ad iudicem eatur, siue ob id, ut & mihi repromittatur non iri. Aut si quis contractum hunc pro transactione accipiat, quæ Accursij, Barroli, & aliorum interpretum sententia est ex illis verbis huius legis quasi decidi vbi Accursius notat dictionem quasi esse expressiuam veritatis, indistinctè quoque contra hanc legem dicendum est, conditioni locum non esse, sed exceptioni, quæ ex iusta transactione semper competit. Numquam enim iusta & perfecta transactio admittit pœnitentiæ, quamuis *39. C. de transact.* Neque potest vtrumque locum habere & repetitio & exceptio, *l. eleganter 23. §. penult. infr. de condict. indeb.* Nullo igitur casu locus esse potest distinctioni, quam hic Vlpianus probat. DEC. Multum interest, an dederim tibi pecuniam, ut aliquid faceres, an ut ne faceres, priore casu non vlioretur is qui accepit, an ut ne faceres, & deinde impleuisset ex tua parte quousque feceris, & ideo locus est pœnitentiæ ex mea parte, & ex pœnitentiæ conditioni. Posteriore autem casu implet, cum nihil facis, & quando nihil facis, contra quam promiseris, licet possis adhuc facere si velis. & ideo conditioni locus esse non potest, quia contractus ex utraque parte implementum, & effectum suum habuit, debetque mihi sufficere, quod quoadocunque ibis ad iudicem habiturus sum conditionem, cum imputare mihi debeam, cur non melius rebus meis prospexerim, & me pecuniam dare dixerim, ut repromitteres te ad iudicem non iturum. Quid? An non uanactio ista est, cum dedi tibi pecuniam, ne ad iudicem iretur? Quod si transactio est, qua ratione fieri potest, ut locus sit pœnitentiæ? Hoc enim est quod Accursius, Bartolum, cæterosque interpretes fecerit. Respondeo non esse transactionem quia transactio nihil nisi pactum nudum est, sed vtriusque consensu perfectum, & nominatum, & ex quo proinde nasci exceptionem, ut ex cæteris quoque pactis quantumlibet nudis, mirum non est, quamuis Bartolus istum hoc malè referat ad odium minuendarum litium in *l. 5. in princip. num. 11. ff. At contractus innominatus, licet plus quam pactum esse videatur, qua parte contractus est, reuera tamen minus est, quam pactum perfectum, quia imperfectus est, quousque impletus sit ex utroque latere: siquidem implementum quod ex vna tantum parte sit, initium duntaxat obligationi præbet, non etiam finem & perfectionem contractui *l. 1. infr. de ver. permitt.* Et quemadmodum solemus dicere acceptilationem inutilem non semper vim pacti habere *l. an inutilis 8. de a. epil.* quamuis interdum habeat *l. si accepto latum 9. eod. l. si vnus 17. §. pen. supr. de pact.* quia conventionem ex vtraque parte perfe-*

ctam continet, licet inutilem *l. cum emptor 5. infr. de re scind. vendit.* Ita nec absurdum videri debet, ut in contractu innominato, qui ante secutum ex vtraque parte implementum perfectus dici non potest, non contineatur pactum siue transactionis, siue aliud quodlibet, quippe quod perfectum esse semper debeat, nec à datione incipere, sed à nudo consensu. Ergo non potest pactum hoc parere exceptionem pacti ad inhibendam repetitionem ex parte illius qui non impleuit, multo minus exceptionem transactionis, inspecta etiam ratione in eundem contractus, quæ semper inspicienda est in contractibus nominatis *l. si procuratorem 8. infr. mandat.* & inspecta quoque voluntate contrahentium, quæ non illa præcisè fuit, ut tu hoc vel illud faceres, cum nihil promiseris, nisi quod pecuniam meam certa lege tibi datam accepisti, sed ut mihi faceres condicere possem ego quod dedissem, quia nec dederim nec feram daturus, nisi ut causa sequeretur, propter quam dedi. Illud igitur duntaxat, inspici debet an causa secuta sit, necne, secuta autem non est, si quid faciendum fuit, quando id factum non est: secuta verò intelligitur, si faciendum aliquid non fuit hoc ipso quod factum non est. Nec quod illud ipsum fieri adhuc possit inducere potest necessitatem cuendi de eo non faciendo, quasi non prius videri possit implementum bene secutum *arg. l. vlt. §. pen. infr. ad SC. Velleian. d. l. si pecuniam 5. §. si seruum versicul. planè repromittere & versic. planè cauebit infr. hoc tit.* si cur euenit in cæteris omnibus non faciendi conditionibus, ob quas ideo introduci necesse fuit remedium cautionis Mucianæ *l. Mucianæ 7. l. in cuius 18. infr. de condict. & demonstr.* Nam quod ad cautionem Mucianam pertinet, certum est, quod & Accursius docet, non habere illam locum in contractibus, siue nominatis, siue innominatis, sed in vltimis tantum voluntatibus, ut docuimus *lib. Coniect. c.* nec exigi eam ab inuito, sed præstari à volente, ut habeat vim conditionis expletæ, ut ad Accursium bene addit Bartolus. Quod ad alias verò cautiones, quæ officio iudicis præstari solent in omnibus bonæ fidei iudiciis, de quibus in *l. in omnibus 40. supr. de iudic.* certum est non esse iis locum in contractibus innominatis, qui omnes sunt stricti iuris, quod enim ob certam aliquam causam datum est, ad illam præcisè causam restringi debet, non ad aliam extendi, quæ contractus implementum difficiliter facere possit, ne iniuria fiat ei qui certa illa lege pecuniam accepit, non aliter nec duriore lege accepturus. Et quamuis defendat Bartolus, etiam in stricti iuris actionibus, interdum ex causa onus satisfactionis iniungi ex *l. si creditores 31. infr. de reb. author. iudic. possid. aliis 1. 16. de priuileg. credit.* Etiam ante diem vel conditionem *l. in possessionem 6. in prin. infr. quib. ex caus. in poss. eat.* Errat tamen, cum in earum legum specie non de iudicio aliquo stricto tractetur, in quo nullus officio iudicis locus relinqui solet, sed de cognitione Prætoris, ex cuius autoritate sit missio in possessionem bonorum debitoris, ad constituendum pignus prætorium ex illa parte edicti *l. non est mirum 26. §. 1. infr. de pignor. act. & dict. tot. tit. Quib. ex caus. in poss. eat.* nimirum si debitor latitet, neque descendat.

tur: nam si non latitet, cum se defendat, aut inuitus possit vocari, & rapi in ius *Tor. tit. In ius vocat. vt eant. Et Tit. Ne quis eum qui in ius vocab. vi exim.* numquam onerandus est satisfactione, nisi proponas heredem esse debitoris, & heredis huius esse suspectas facultates: nam licet hic personam defuncti re presentet, eiusque hereditatem ad eum ipse se debitorem constituerit, cum tamen suspectus ipse est, incipitque labi facultatibus, habent creditores hereditarius perinde separationis bonorum *l. r. & tot. tit. de separat. ind. que fit, vt cum vult defunctum defendere, non tam seipsum, quam alium defendere videatur, id eo que onerandus sit satisfactione, sed causa cognita per Praetorem, cui incumbit providere, ne quid damni creditores patiantur. Reliquum est, vt ex contractu innominato, in quo nihil de praestanda cautione dictum sit, cautionis praestanda onus nunquam iniungi debeat, nisi eo solo casu, quo conditioni sit locus: restitui autem impraesentiarum nequeat id, quod restituendum est, vt si feruus restituendus fugerit, sine culpa accipientis, vt in *d. si feruum vers. plane repromittere, & vers. plane cauebit. inf.* Cautio enim illa vel repromissio pro restitutione est, etiam in actionibus arbitriis, in quibus agitur ad restitutionem *l. si bona fidei 27. sup. de rei vindic. l. item si cum 14. §. quater us sup. quod met. caus.* Et ita conciliandi sunt loci illi cum hac lege, non quomodo conciliantur ab Accursio & Bartolo, vt hic non sit cauendum de non eundo ad iudicem, quod iam sit satis cautum per exceptionem, quae ex transactione nascitur, vt & in *l. i. §. si debitori inf. vt in poss. legat.* Quasi in hac lege transactio facta sit in rei veritate, vt Accursius loquitur, quod nos falsum esse ostendimus: & aliud est, dari quid ob causam transactionis praecedentis, & iam perfecta, vt in *l. in summa 65. §. 1. inf. de condic. ind. aut vt à lite discedatur, vt in l. i. sup. si à lite postea discessum sit, vt ea lex ait, aliud verò dari pecuniam, ne ad iu-**

Idem erit, & si tibi dederò, ne Stichum manumittas. nam secundum distinctionem supra scriptam, aut admittenda erit repetitio, aut inhibenda.

Ad §. 1. Idem erit.

Hic §. malè ab Accursio, Bartolo, caeterisque interpretibus acceptus est, propter vicium vulgatae lectionis, quae sic habet, *idem est est tibi dederò, vt Stichum manumittas*, cum tamen legendum sit, vt in *Pand. Florent. Idem erit est tibi dederò ne Stichum manumittas*, vt causa ob quam data fuit pecunia negatiuè concepta fuerit, non affirmatiuè, vt in casu praecedente, itaque si quaeratur, an admittenda sit, aut inhibenda repetitio. eadem locum habebit distinctio, quae proximè allata est, vtrum dederim tibi pecuniam, ob hoc solum ne manumittas, an & vt

2. Sed si tibi dederò, vt Stichum manumittas: si non facis^a, possum condicere: aut si me poeniteat^b, condicere possum. Quid, si ita dedi^c vt intra certum tempus manumittas: si nondum tempus praeteriit, inhibenda erit repetitio, nisi poeniteat^d, quod si praeteriit^e, condici poterit^f. Sed si Stichus decesserit^g an peti, quod datum est, possit: Proculus ait, si post id temporis decesserit, quo manumitti potuit, repetitionem esse: si minus, cessare. Quinimmo & si nihil tibi dedi^h,

dicem eatur, hoc etiam addito, vt is qui accipit, repromittat se non iturum. Est enim haec imperfecta conuentio, non transactio, aut si transactio aliquo modo dici potest, imperfecta certè transactio est, quae nec parit exceptionem, nec impedit repetitionem *d. l. in summa §. 1. inf.* Nam si cum pecuniam tibi dedi, vt à lite discedatur, transactio tamen non est, id eo que nec aliter impeditur repetitio, quam si causa se quatur, id est, discessio à lite per formalem, vt ita dixerim, transactionem, aut per renunciationem liti factam, vt in *l. 4. C. de pact. d. l. r.* in postremis illis verbis *causa secuta cessat repetitio sup. hoc tit.* Quanto minus transactio dicenda est, si dederim tibi pecuniam, ne ad iudicem eas, aut vt repromittas te non iturum: Verum igitur est quod diximus, in tota hac quaestione distinguendum esse, an causa ob quam data fuit pecunia secuta sit, necne, idque solum inspicere oportere, nec minus falsum quod Bartolus hic defendit, transactionem esse contractum innominatum, nam in d. contractus non est [nisi cum stipulatio interuenit, quae transactionibus subiici passim solet, quomodo debet accipi, quod scriptum est in *l. contractus 17. Cod. de fid. instrum.* quo tamen casu stipulationis contractus est, proinde nominatus non transactionis *l. cum enim 6. inf. de nonat.*] sed pactum & quidem nominatum adeoque perfectum, cum tamen omnes contractus innominati sint imperfecti, quoad diu ex vtraque parte non sunt impleti, quae sola ratio est, propter quam in iis locus est interim poenitentiae: quomodo & in ipsa quoque transactione, cum imperfecta est, vt in *dict. l. in summa §. 1. aut aliter inutilis vt in l. eleganter 23. §. si quis post infr. de condic. ind. deb.* Sanè non potest recitari is qui contrahit, siue nominato contractu, siue innominato, vt de eare instrumentum conscribatur, ad restandam rei gestae veritatem, vt Bartolus hic notat ex *l. sicut datam 26. C. de liber. caus. l. plures apochis 19. C. de fid. instrum.*

michi repromittas, te non manumissurum, si ob hoc vt & repromittatur condici poterit, si non repromittatur, sin vt ne manumittatur conditio cessat, quoad diu non manumittitur. Eadem igitur dubitandi & decidendi ratio est, ad hanc speciem, quae ad superiorem, delendaque sunt omnia, quae ad hunc §. Accursius & Azo scribunt, de admittenda repetitione, si non manumiseris, aut de inhibenda, si manumiseris: aut de pecunia quam tibi sic dederim, vt manumittas ad diem, si priùs velim agere, quam dies venerit manumittendi. Hic enim casus est, qui tractatur in *§. seq.* vbi tamen de cautione praestanda verbum nullum. Item quae Bartolus de suo adstruit, vt errores erroribus cumulet.

dedi^h, vt manumitteres, placuerat tamen, vt darem: vltro tibi competere actionem, quae ex hoc contractu nascitur, id est conditionem, defuncto quoque eo.

Ad §. 2. Sed si tibi dederò.

Alius hic & nouus casus est de pecunia, quam tibi sic dedi, vt Stichum manumittas, & eadem quaestio, an possum condicere, si non manumittas, at non vt in superiore specie, an condicere possim, si mihi non caueas de manumittendo, quia de iis quae in faciendo consistunt, cautio nec postulat, vnquam, nec praestatur, quia faciendum est, quod fieri potest & debet, non de eo faciendo cauendum, at cum de non faciendo agitur, tum demum tractari solet, an cautio aliqua siue Muciana, siue alia praestanda sit, quasi non aliter impleri condicio negatiua possit, quam si de non faciendo caueatur. Distinguit autem Vlpianus in hac specie, an tibi pecuniam sic dederim, vt Stichum manumittas, nullo praefinito tempore, an verò vt intra certum tempus manumittas: priore casu ait posse me condicere, si non manumittas, id est, statim & cum primum potes, aut si me poeniteat: posteriore autem casu, si tempus nondum praeteriit inhibendam esse repetitionem, nisi poeniteat, quod si praeteriit condici posse. Perpendamus singulas huius distinctionis partes.

a *Si non facis.* RAT. DVV. Quod quis facere debet, nullo ad id faciendum praefinito tempore, fieri quando cunq; potest, & satisfacit qui quandoque facit: sola enim temporis limitatio illa est, quae impedit, si tempus praeteriit, quod autè fieri debuit *l. Imperator §. sup. de postul. l. Thais 41. §. intra certa tempora de fidei. libert.* Ergo si tibi dederò, vt Stichum manumittas, non possum condicere, ob id solum quod non statim manumittas. DEC. Quemadmodum in omnibus obligationibus, in quibus dies non apponitur, praesenti die debetur *l. in omnibus 14. de regul. iur.* Ita in omnibus quae faciendae sunt, nullo adiecto tempore, si statim non fiat, quod fieri statim potest, iustam condicendi causam habet is, cuius gratia faciendum statim fuit, quod fieri debuit, si modo potuit *l. nihil peti potest 186. eod. tit.* non quasi mora ipso iure contracta, ob non secutum statim manumissionem [nec enim mora vlla contrahi intelligitur, vbi nulla petitio & interpellatio est *l. si pupillus 127. de verb. oblig. l. nulla intelligitur 88. de reg. iur.*] sed quasi manente contractu imperfecto, quoad diu ex tua parte impletus non est, quod sufficit, vt mihi competat repetitio: debueras enim esse diligentior in manumittendo, ac te ipsum interpellare, vt contractum hunc innominatum & imperfectum ex parte tua impleres, atque ita condicendi, aut poenitendi facultatem mihi praeriperes, vt in *Luada §. C. de contr. & committ. stipulat.* Itaque si per multos foris menses, aut etiam annos steteris, nec Stichum manumiseris, quoad diu non condico pecuniam quam dedi, permittitur tibi Stichum manumittere, & contractum ex parte tua implere, ac perficere: sed è conuerso similiter quoad diu contractum non impleas, permittitur mihi condicere, quia tam diu verum est, te contractum non impleuisse, neque ex quo coeperim condicere, implere amplius posse. Finis enim implendi est, quando pecunia

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

b *Aut si me poeniteat.* RAT. DVV. Contractus qui ab initio sunt voluntatis, ex post facto sunt necessitatis *ulg. l. sicut 5. C. de oblig. & action.* Atqui contractus innominati perinde contractuum nomine ac iure censentur, atque illi qui nominati sunt, cum in iis contrahatur *ὀνόματι Λιυρις gentium 7. §. 1. sup. de pact.* Non magis ergo in contractibus innominatis, quam in caeteris nominatis potest locus esse poenitentiae *l. 3. 4. 6. & pass. C. de rescind. vendit. l. 3. l. velles necne 6. & pass. C. de reuoc. donat.* DEC. Differentia illa est, inter contractus nominatos & innominatos, quod nominati omnes perfecti sunt, nec priùs contractuum nomen merentur, quam perfecti sint aut re, aut consensu, aut verbis, aut literis, re quidem interueniente ex vna tantum parte, sed post consensum formalem ab vtraque parte praestitum. Dicuntur enim re perfici, item que verbis, aut literis, non quasi in iis solus rei interuentus aut verborum aut literarum contractum faciat sine consensu, sed quia praeter mutuum consensum, vel rei traditionem exigunt, vel verba, vel literas: at contractus innominati non perficiuntur, nisi implemento ex vtraque parte secuto, & ideo quoad diu secutum non est, ex parte tua, cum dedi tibi decem, vt Stichum manumittas, potest me poenitere, quia contractus nondum perfectus est, nec vllam in eo videri possum facere tibi iniuriam, cum imputare tibi debeas, cur non citius ex parte tua impleueris, quam primum implere potuisti, ne poenitentiae locus fieri vnquam possit. Quod vulgò nostri non intelligunt, qui contractus innominatos, etiam ante secutum ex altera parte implementum perfectos esse putant, quod si ita esset, vtique locus poenitentiae in iis esse non posset.

c *Quod si ita dedi.* RAT. DVV. Cum tibi decem dedi, vt intra certum tempus Stichum manumittas, etiam si nondum tempus praeteriit, eadem tamen ratio dandae conditionis locum habere videtur, quae à nobis allata est ad vericulum praecedentem, quod verum sit, contractum nondum ex tua parte impletum esse, id eo que imperfectum manere, & consequenter repetitioni locum esse posse, non minus quam si certum tempus manumittendo Sticho praestitutum non esset. DEC. Quod quis intra certum tempus facere potest & debet, inculpatum est, si non fiat ante illud tempus, dummodo fiat vltima etiam hora illius temporis *d. l. nihil peti potest 186. de regul. iur. l. qui hoc anno 42. de verb. oblig. l. quod certa 70. de solut.* quia totum illud medium tempus promissori ad soluendum datum esse intelligitur, vt quamuis interim possit soluere, peti tamen ab eo non possit *l. stipulatio ista 38. §. alteri l. continuus 137. §. cum ita de verb. oblig. adeo vt si ante diem soluat, plus praestare dicatur, quam debeat l. eum qui 15. alias l. Lauolens inf. de ann. legat.* Proinde cum dedi tibi decem, vt Stichum seruum tuum manumittas, etiam si non statim manumiseris, nihil tibi potest imputari, quoad diu tempora largiuntur, vt manumissionem in longius tempus differre possis, nec videris cessare in contractu ex tua parte implendo, cum sufficiat si

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

d. *Nisi pœniteat*. RAT. DVV. Satis inducitur probaturque pœnitentia ex eo solo, quod pecuniam, quam tibi dedi, condico, sicuti solemus dicere videri eum renunciare societati, qui agit pro socio. *L. actione 65. in princip. infr. pro socio*. Stare igitur non potest, quod Ulpianus hic scribit, inhiendam esse mihi repetitionem, nisi me pœniteat, cum implicet contradictionem, vt velim condicere, nec me pœniteat. D. c. Multum refert, qua ex causa velim condicere, an quasi causa non secuta, quod tu ex parte tua nondum impleueris, an quia ne pœniteat, diuersa enim sunt media concludendi, cumque medium per quod actor concludit, probari ab eo debeat, ne alioqui succumbere illum sit necesse. Succumbam proculdubio, si condicam quasi causa non secuta, non etiam si dicam me pœnitere, expressa igitur voluntatis declaratione & pœnitentia opus est, nec sufficit tacita, cum aliud concludendi medium specialiter expressum est, & certè multi sunt, qui ne inconstantiæ ac leuitatis notam & reprehensionem incurrant, malint condicere prætextu causæ non secutæ, quam ex pœnitentia. licet eos maximè pœniteat. Idque est quod pragmatici nostri iactant, & ex hoc loco probatur omnium optimè, in omni libello inspiciendum maximè esse medium concludendi, magis quam illud ipsum quod concluditur, & ita bene hic, post Accursium Bartolus, non in subtiliter, sed apertius quam Accursius.

e. *Quod si præterit, condici poterit*. Intellige, etiam citra pœnitentiam, & ob id solum quia causa secuta non est. RAT. DVV. Etiam si tempus præterierit, adhuc tamen sequi manumissio, & impleri contractus potest. Multo enim magis hodie faciendum est, quod iam olim fieri oportuit. *L. si sterilis 21. §. cum per venditorem in fin. infr. de action. empt.* nec quisquam solo lapsu temporis liberatur à dando, vel faciendo eo, quod intra certum tempus dari, vel fieri debuit, non solum quia tempus non est modus legitimus tollendæ, vt nec inducendæ obligationis. *L. obligationum ferè 44. §. placet de obligat. & act.* sed etiam quia tempus breuius in longiore continetur, non contra, vt dicemus ad *L. quod si Ephefi 3. infr. de eo quod cert. loc.* Non igitur potest mihi conditio statim competere, ob id solum quod tu Stichum intra constitutum tempus fieri debuit, post illud tempus fieri amplius non potest inuito aduersario, cuius iam cœperit interest: idque non tam per argumentum, à contrario sensu, quam vi & potestate temporis limitati, vt Baldus loqui solet ex *d. l. Thais 4. §. intra certum tempus infr. de fideic. libert. l. si ita quis 13. §. Scia infr. de verb. oblig. l. si Calenus 11. infr. de re iudic.* Verum igitur est, te qui Stichum intra præstitutum tempus non manumissisti, neque impleuisti contractum, neque implere amplius posse, licet eum paratus sis manumittere, prius etiam quam eum condicere cœperim, nisi ego condicionem deferam, & manumissionem tardiozem admittam, vt moram purgare tibi liceat, quod inuito me facere non posses. In ea re præsertim quæ ex mei solius voluntate pendeat, & in qua pœnitere mihi satis sit, & satis esse potuerit, etiam antequam tempus præterisset, neque verò perinde

haberi debes, ac si per stipulationem, aut quo alio modo ad Stichum intra certam diem manumittendum obligatus esses, quo casu non liberaeris, quominus etiam post tempus Stichum manumittere & posses & deberes: quemadmodum si certum soluere intra Calendas Ianuarias promississis, nec soluisse, cum enim accepisti à me decem vt Stichum manumitteres, non ideo promississis te manumissurum, nec te ad manumissionem præcisè obligasti, sed causatiuè tantum, nisi contractum adhuc imperfectum malles deferere, quam ex parte tua implere, proinde si intra constitutum tempus non manumiseris, voluntatem tuam satis declarasti, quod contractum implere nolis. Quomodo enim melius probari voluntas potest, quam ex non facto eo quod facere debueris, & quod facere, si voluisses, potuisses? Hoc enim omnino requiritur, vt manumittere seruum poteris. *L. naturalis 5. §. at cum do infr. de præscrip. verb.* Quidni ergo competat mihi conditio? Nam quod Accursius obiicit, nec diluere potuit, ex constitutione diuorum Marci & Commodi ad Aufidium Victorinum, haberi debere seruum hunc pro libero, ex quo instanti debuit manumitti, nec manumissus est, ex *L. si is qui 4. Cod. si mancip. ita fuer. alien. l. si pecuniam 5. §. 1. infr. hoc tit.* ad hunc certè casum non pertinet, in quo non idcirco possum videri seruum tuum emisse, quod pecuniam tibi dederim, vt eum manumitteres, pecuniam enim non simpliciter, sed precij nomine datam esse oporteret ad hoc, vt contracta emptio dici posset, quo casu contractus nominatus esset & perfectus, non innominatus, & imperfectus, in quo contractuum genere ideo non potest locus esse constitutioni, quoniam, vt diximus, is qui pecuniam accipit, vt seruum suum manumittat, non obligatur præcisè ad manumittendum, constitutio autem in necessarium antecedens præsupponit obligationem manumittendi, nec repræsentat factum eius qui manumittere debuit, vt loquitur *l. vlt. C. si mancip. ita fuer. alien.* nisi eius demum qui præcisè obligatus fuerit, vt manumitteret. Aliud est si seruum meum tibi tradidero in hoc, vt eum intra certum tempus manumittas: nam si non manumiseris, nec ego voluntatem mutauero, fiet liber *d. l. 5. §. 1. infr.* quia licet hoc quoque casu contractus innominatus & imperfectus sit, ex quo proinde non potest dici, te præcisè obligatum fuisse ad eum seruum manumittendum, qui per traditionem factus est tuus, esseque meus desit, quæ sola ad illum locum dubitandi ratio fuit, ego tamen legi meam rem dixi non tuam, neque decipi à te debeo, qui non aliter fui eum tibi traditurus, sed eum potius manumissurus, cum in potestate mea esset id facere. *L. vlt. C. de pact. int. emp. & vendit. l. in traditionibus 48. supr. de pact.* nam & condicere adhuc possem seruum hunc si vellem quasi causa non secuta, & condicendum manumittere si lex factum tuum non representaret, vt proinde nulla tibi fieri iniuria videri possit, etiam si inducatur hoc casu potestas constitutionis, tamen si seruum tibi ea ratione eripiar, qui tuus factus erat, cum non nisi ea lege tuus factus esset. Quid verò tua interest, an eum amittas inuito per potestatem constitutionis, an quia eum condicam? Merito igitur placuit, etiam hoc casu succedere, constitutionem, non item in specie huius §. vbi non seruum tuum condico, sed pecuniam quam tibi dederam, vt eum manumitteres. Bartolus noster longioribus & pluribus, vt solet, distinctionibus totam rem

hanc

hanc tractat, sed non sine erroribus, in eo primùm quod putat, non esse locum constitutioni, si fuerit cogitatum de certo actu manumittendi ex *L. qui Romæ 1. 2. §. Flavius de verb. oblig.* quasi interfit, an dederim tibi Stichum, vt eum manumittas, an vt vindicta manumittas, quod non ita est, nec animaduertit Bart. responsum quod est in *d. §. Flavius & cui opponitur dicit. l. si pecuniam 5. §. 1. esse Scanol.*, qui non peruenit ad artem vsque Imperatorum Marci, & Commodi, & eorum proinde constitutionem ignorauit, vt scripsimus ad *l. verum 11. §. 1. supr. de minor. & lib. 14. Coniell. cap. 4.* in eo rursum quod ait, si dederim tibi pecuniam non in sacculo, sed in numerato, vt Stichum seruum tuum manumittas, nec emendi animus bene probetur, sed in dubio sit, an contractum nominatum id est, emptiois facere voluerim, an innominatum, præsumendam esse emptioem, si quantitas pecuniæ quantitati precij respondeat ex *d. l. si is qui*. Hoc enim quoque falsum est, neque probatur ex *d. l. si is qui*, vbi proponebatur expressè facta emptio, cum expressim precij pro seruo dati & accepti mentio facta esset: nec possit interuenire precium, nisi in emptione. *l. de contr. empt. l. 1. de rer. permut. §. precium Inst. de empt. & vendit.* sicque accipi debet quod scriptum est in *d. l. naturalis 5. §. 1. de præscr. verb. emptioem & venditionem esse, si pecuniam dem, vt rem accipiam, scilicet si dem pecuniam iure precij, aut si de emendo & vendendo antè conuenerit, vt constat ex *l. vlt. infr. hoc tit.* Longè verò difficilius est, vt emptio & venditio sit, si tibi dem pecuniam, vt Stichum seruum tuum manumittas, licet precio par sit ea pecuniæ quantitas, nec enim vnquam auditum est, sic emptioem contracti. cum à me tibi datur pecunia, vt aliquid facias, sed vt rem accipiam *d. l. naturalis 5. §. at cum do*, vbi indistinctè scriptum est, vt & in hoc §. contractum illum esse innominatum, neque in ea specie constitutioni locum esse posse, alioqui repetitio locum non haberet, sicuti nec petitiō pœnæ in eum casum promissa, quo seruus intra certum tempus non manumitteretur, quia pro facto habetur id, propter quod ni fieret pœna promissa fuerat *d. l. vlt. C. si mancip. ita fuer. alien.* Illud certè ad hunc locum bene Accursius notat, non ex mora induci hanc conditionem, vt veteres quidam putauerunt, sed solum causæ cessationem, vt ipse loquitur, id est, quod causa quæ fuit dandi secuta, & impleta non sit, nam vt iam atrigimus ex iuris regula, nulla intelligitur mora contrahi, vbi nulla petitiō est. *l. nulla 88. de reg. iur. l. si pupillus 127. de verb. oblig.* nulla autem potuit mihi competere petitiō aut interpellatiō contra te, vt Stichum seruum tuum manumitteres, cum nihil tale promiseris verbis præcisus contractus. Cessare tamen potes in manumittendo, cessas enim hoc ipso, quod non manumittis. & cessatio hæc cum nihil aliud sit quam non manumissio simplex abnuntium est, vt Paulus noster loquitur in *linter stipulantē 83. in prin. de verb. oblig.* omnis mora cessatio est, sed non omnis cessatio è contrario mora est. *l. naturalis 5. §. quod si faciam de præscr. verb. l. 1. §. 1. supr. & pass. hoc tit. l. 1. §. ob rem inst. tit. prox.**

f. *Condici poterit*. RAT. DVV. Naturalis obligatio impedit conditionem & repetitionem. *L. naturaliter 11. & pass. infr. de condit. in deb. l. naturalis 10. infr. de oblig. & action.* Atqui ex contractibus innominatis, etiam si nulla nasceretur civilis obligatio, ante implementum ex vtraque parte secutum, quæ Bartoli & aliorum sententia est ad *l. si pecuniam 5. infr.* Nasceretur

tamen saltem naturalis, quæ ex nudo quoque pacto nasceretur. *L. iuris gentium 7. §. igitur nuda supr. de pact. l. Stichum aut Pamphilum 95. §. naturalis de solut.* Ergo non potest ex his contractibus, etiam non secuta causa, nasci conditio eius quod datum est. De c. Datio non est modus inducendæ obligationis naturalis, aut civilis, sed potius tollendæ ex parte illius, qui dat, si qua vel civilis, vel naturalis obligatio præcessisset, multo magis cum nulla præcessisset: sed ex parte tantum illius, qui accipit, obligatio & naturalis & civilis contrahitur ad implendum id, non quidem quod promiserit, [nihil enim promisit, vt diximus] sed propter quod dandum vel faciendum datum est, quod accepit, nam & ex accipientis tantum parte *συνάλλαγμα* contrahitur, & civilis illa obligatio cum naturali coniuncta, de qua in *d. l. iuris gentium §. 1. supr. de pact.* In eoque errat Bartolus quod putat contractus istos innominatos, antequam compleantur, non producere civilem obligationem ex *l. ex placit. 3. Cod. de rer. permut.* quæ tamen non loquitur de contractu aliquo innominato, sed de nudo placito permutationis, quod certè nullam actionem potest producere, cum ex vtraque parte stet in finibus nudæ conventionis, sed ex contractu innominato, qui à datione, aut à facto aliquo cœperit nasci obligationem, & actionem civilem tam aperte scriptum est in *d. l. iuris gentium §. 1. & in d. l. naturalis §. 1. & §. at cum do infr. de præscr. verb. l. 4. §. 6. 7. & vlt. C. de rer. permut.* vt nihil dici possit apertius, quomodo enim ei qui prior dedit, vel fecit, competere possit actio, præscriptis verbis contra eum qui cessat dare vel facere, si nulla civilis obligatio ex datione illa esset nata? at quia contra eum qui certa lege quid dedit vel fecit, nullam nasci potuit siue civilis siue naturalis obligatio, mirum non est cessante altero dari huic conditionem, & permitti, vt per solam pœnitentiam ab eo contractu possit discedere, ex quo nunquam fuit obligatus. Fefellit Bartolum, vt puto, & ceteros, quod putant, in his contractibus innominatis præcedere semper pactum aliquod de sic contrahendo, quomodo in omni permutatione diximus, præcedere pactum debere de permutando. *d. l. ex placito & seq.* in quo maximè differt contractus permutationis, à contractu, do vt des, vt docuimus *lib. 6. Coniell. cap. 9.* Nec videt Bartolus, ceteros contractus innominatos præter permutationem, incipere à datione aut à facto non à conventionione, ideoque nec vllam obligationem præcedere siue naturalem siue civilem, quam agnoscere videatur is, qui dat prior, & propter quam inhienda ei sit repetitio. Is enim demum non repetit qui id dedit, quod antequam det, iam debuit naturaliter. Ita que non est, quod cum Bartolo dicas, in huiusmodi contractibus innominatis locum esse quidem pœnitentiæ ex parte eius qui dedit, sed non ratione eius quod dedit, at ratione eius quod ab aduersario dandum vel faciendum fuit. *arg. l. qui pecuniam 30. supr. de reb. credit.* nam imò verò locus est pœnitentiæ, ex parte dantis ratione eius, quod datum fuit, cum nullo modo esset obligatus, vt daret: incipit nam que obligari, non vt det quod iam dedit, sed ne possit repetere, quemadmodum donator qui rem donatam legatario tradidit, obligatus dicitur ex donatione, ne donationem reuocare possit. *l. velles necne 6. C. de reuoc. donat.* cum is qui accepit implet ex sua parte: neque expectamus vt impleuerit, quia implementum æstimatur ex eo instanti, quo sit non quo factum est,

ficuti nec sufficit, quod implere paratus sit, si priusquam impleat, cœperit eum pœnitere qui dedit, quomodo aliàs solemus dicere non prodesse debitori, quod velit satisfacere, sed prodesse tantum quod satisfecerit. *Item liberatur 6. §. 1. quib. mod. pign. vel hypoth. soluit.* Quando enim non impletur contractus ex parte illius qui accepit, verum est dicere, nullomodo esse adhuc obligatum eum qui dedit: qua sola ratione contractus iam obligationis prohiberi, possit condicere. Ideoque obseruandum est multum interesse, an pœniteat eum qui dedit, an non pœniteat, si pœniteat habet solam conditionem ex pœnitentiâ, & quidem eam de qua in hoc tit. agitur, id est, ob rem & causam dati, re & causa non secuta, non enim posset habere actionem siue præscriptis verbis, siue aliam quamlibet ex contractu, cuius eum pœnitet, si verò non pœniteat, habet actionem ciuilem præscriptis verbis per quam confequitur actor, vtrum ipse elegerit, vt vel præter aduersarius, quanti actoris interfit, datum vel factum fuisse id, quod dari fieri oportuit, aut vt reddatur quod datum est *dict. l. naturalis §. 1. & §. at eum do.* nisi malit ille placitis stare, & ex parte sua implere, hoc enim contra eum qui ex contractu innominato agit, semper permittitur *dict. l. quoniam §. & seq. Cod. de ver. permitt. de quo tamen videnda sunt quæ pluribus scripsimus *dict. libr. 6. Coniect. 6. §. & 10.* & iungenda quæ dicemus *ad l. §. & vlt. infr.**

g Sed si Stichus decesserit. R. A. T. D. V. B. Mora conditionem hanc non parit, sed sola cessatio in causa implenda, ob quam datum fuerat, vt diximus, in superioribus. Atqui quoties nulla more ratio habetur, certum est naturali interitu speciei debite contingere, ipso iure liberationem debitori, etiam qui speciem illam expressim promiserat *l. si ex legati 23. & seq. infr. de verb. oblig. l. si fideiusso 19. supr. de dolo.* Ergo multo magis in proposita specie, in qua neque promissus aut debitus Stichus fuit, neque conuentio vlla expressa de eo per te manumittendo, nisi quod à me pecuniam accepisti, vt eum manumitteres, dicendum est si Stichus decesserit, etiam si post id temporis quo manumitti potuit, cessare repetitionem, neque distinctionem illam Proculi, quam Vlpianus hic refert, & probat admittendam esse. Dec. Ea demum cessatio quæ culpam habet, & quæ imputari cessanti potest, parit hanc conditionem, atqui non cares culpa, si non manumiseris Stichum intra id tempus, quod præstitutum à me fuerat, vt eum manumitteres, neque enim debueras à me pecuniam accipere sit manumitteres, si iam id propositum tibi erat, vt non manumitteres, magisque ad dolum quam ad culpam accedit hæc cessatio, vt ex eo constat quod vindicatur etiam actione de dolo, si qua de causa ciuilis actio alia, vel prætoria competere non possit *dict. l. naturalis §. quod si faciam de præscr. verb.* At cum Stichus ante id tempus decessit quo manumittere potueras & debueras, inculcata est tua cessatio, cum totum illud tempus liberum tibi fuerit ad manumittendum, vt supra ostendimus. debuisti enim te ipsum interpellare, vt intra illud tempus manumitteres, at non etiam vt primo quoque die. Optima igitur, & æquissima Proculi distinctio est, cum tota hæc actio non detur, nisi in pœnam non secuti implementi: planè si me pœniteat, dummodo rebus integris, & ante mortem serui, dubitandum non est, licet Accursius neget, habiturum me ex pœnitentiâ conditionem: est enim hæc quoque repetenda ca-

dem exceptio, quæ posita est in casu & distinctione præcedente nisi pœniteat, quoniam alia est conditio quæ nascitur ex pœnitentiâ, vt diximus, alia quæ nascitur ob rem & causam non secutam, hæc distinctiones quasdam recipit, illa nullas, quicquid in contrarium Bartolus hic sentiat, sed nonne tum quoque cum Stichus ante tempus decessit, intra quod manumitti debuerat, adhibendæ sunt distinctiones quæ ex eodem Vlpiano nostro ponuntur in *dict. l. si pecuniam §. §. vltim. infr. hoc tit.* Ita putat quoque Accursius, Bartolus autem ita demum, si conditio ex pœnitentiâ proponatur, non tanquam re non secuta, ego non puto, qui vel ex hoc maxime loco moueor, vt coniciamus & suspicem non modò distinctionem illam totam esse Triboniani, sed etiam quicquid in eadem lege scriptum est maxime ab illis verbis *sed si accepit pecuniam à quibus meo iudicio inchoandus esset §. vlt.* vt ibi dicemus.

h *Quinimo est nihil tibi dedi.* Non existimo posse defendi sententiam huius versiculi, nam si nihil tibi dederim, vt Stichum seruum tuum manumitteres, sed promiserim tamen decem, vt eum intra menssem manumitteres, & Stichus intra id tempus decesserit antequam manumitteretur, certum est nullum hic esse contractum siue nominatum, siue innominatum, nullumque *συνάλλαγμα*, sed nudipacti iure conuentionem hanc cenendam esse, quia contractibus innominatis omnibus commune illud est, vt à datione vel à facto semper incipiant, nunquam à conuentione: quod & ipsa contractuum horum nomina demonstrant, nam cum sint quatuor duntaxat eorum summa generæ, do vt des, do vt facias, facio vt des, & facio vt facias *l. naturalis §. in prin. infr. de præscr. verb.* apparet nullum esse contractum *dabo vt facias*, id est, qui à promissione incipiat. Initium enim obligationi præbere debet traditio & implementum ex vna parte, non conuentio, *l. 1. infr. de ver. permitt.* Alioqui ex parte promittentis, citra stipulationem & citra traditionem nihil nudum pactum est *l. 4. & vlt. C. eod.* pactum inquam de dando, ex parte verò illius cui promittitur, quicquid nihil ipse promittit, aut pactum nullum est, aut certe contractus saltem non est, nam & in eo contractuuum nominatorum genere, qui consensu solo perficiuntur, cuiusmodi sunt venditiones, locationes & similes, constat pactum de vendendo non esse venditionem, nec pactum de locando locationem, vt dicemus, fortasse ad *h. vlt. infr. hoc tit.* Solumque excipitur pactum de donando, quod pro datione haberi voluisse videtur Iustinianus in *l. si quis argentum 35. §. vlt. C. de don.* licet de pacto donationis, id est, de datione per nudum pactum in presenti facta, potius quam de pacto in futurum donandi eam legem accipi nonnulli velint, quibus ego assentior. Cum igitur contractus ita inritus, *Dabo vt facias*, non possit referri ad contractum *do vt facias*, nihilque habeat simile, quousque saltem secuta sit datio, quam tamen ponimus secutam non esse, necesse est, vel manere conuentionem hanc in puris terminis simplicis conuentionis, vel vt transeat in contractum sequi implementum faciendi ex parte tua, vt prior id facias, nec pecunia mea expectata, quod vt faceres, pecuniam daturum me tibi promiseram. Iam verò eueniente eo casu, vt tu prior manumitteres, ante quam ego pecuniam tibi dedissem, inciperet quidem esse contractus innominatus, at cui nomen esse deberet non *do vt facias* sed *de contracto facio vt des*,

vt des, quia initio contractus inspecto, quod à primo implemento estimandum est non à modo inuendæ conuentionis, vt contra Accursium pro Vltramon-tanis nostris disputat Bart. ad *l. naturalis §. §. sed si facio infr. de præscr. verb.* prius implementum à facto & manumissione, non à datione incipit. Porro ex contractu *Facio vt des* nemo vnquam dixit nasci conditionem, cum facta non condicantur, quandoquidem id quod factum, est pro infecto haberi non potest, *l. in bello 12. §. facta autem res infr. de captiu. & postlim.* multo minus autem libertates datæ reuocentur. Ideoque ex eo contractu non aliam, quam de dolo actionem nasci scriptum est in *dict. l. naturalis §. quod si faciam.* Sed quoniam demum casu, si posteaquam feci, inquit Paulus, cessas dare? Factum ergo præcessisse necesse est. At nos eum casum tractamus quo non trahis ex tua parte factum interuenit, quam ex parte mea datio vlla pecuniæ. Quis verò tale contractus innominati genus vnquam audivit, ex quo nullum neque ex mea neque ex tua parte secutum sit implementum? Sed quis præterea sibi persuadeat ex contractu tam ridiculo nasci posse actionem in gratiam & fauorem eius qui non solum ex parte sua nihil dum impleuerit, sed nec implere amplius quicquam possit? An non absurdissimum & iniquissimum fuerit, cogi me pecuniam tibi dare quam nudo pacto promiseram vt Stichum seruum tuum intra menssem manumitteres, quamuis ante manumissionem decesserit, & ob id solum quod adhuc hodie si viueret, manumittere illum posses, quodque tibi nihil imputari possit cur eum non manumiseris, cum tempora largirentur, vt manumitti intra constitutum tempus posses? An non verissimum est hoc casu secundum hanc sententiam nasci actionem ex pacto nudo contra iuris regulas? *Liuris gentium 7. §. quinimo supr. de pact. l. legem quam dixisti 10. C. eod.* Aut quis vnquam dixit iustam causam esse dandæ tibi actionis solam illam quod imputari nihil tibi possit iustam quidem defensionem & exceptionem præbere tibi ea res posset si conueneris. Sed vt actionem quoque dare tibi debeat vt me conuenias, & à me pecuniam exigas, quam nudo pacto me daturum promiseram, nulla certe iuris actio permittit. Quotus enim quisque est, qui si hoc sufficeret vt nihil imputari ei posset, non esset æquè habiturus contra me de qualibet re actionem? Causam nimirum aliquam affirmatiuam, positiuam, vt ita loquar, & legitimam semper præcedere necesse est quæ obligationem, & actionem ex obligatione parere possit, non enim nisi certis & legitimis modis nascuntur obligationes & actiones *l. 1. l. obligationum ferè 4. §. placet & pass. de oblig. & action.* inter quos sicut non est pactum nudum, ita neque simplex illud abnutium: vt nihil tibi possit imputari, cum ex propositione negatiua inferri nihil possit, sed & si me tibi promississe decem etiam per stipulationem si voles sub illa conditione si intra menssem Stichum seruum tuum manumiseris, quis credat dandam tibi contra me actionem ex stipulatione ad petenda decem etiam si Stichus ante manumissionem dummodo intra menssem decesserit? An ideo pro manumisso habendus est quod etiam hodie manumitti posses, si viueret? Imò implicat hæc contradictio. Non enim posset hodie manumitti si habendus esset pro iam manumisso: Nec rursus potest haberi conditio pro impleta, quin postestatem inducas constitutionis Marci & Commodi ad Aufidium Victorinum, de qua in præ-

dentibus diximus, quæ tamen hoc casu locum habere non potest, non ob id solum, quod nihil adhuc à me acceperis vt seruum tuum manumitteres, *l. si is qui 4. C. si mancip. ita fuer. alien. l. qui Roma 122. §. Flauius de verb. oblig.* Sed etiam quia non habet locum ea constitutio nisi post elapsum tempus manumissioni faciendæ præstitutum, quo tamen tempore ponimus iam decessisse Stichum, nec proinde manumitti amplius posse, non magis per constitutionem quam per te, cuius factum potest hæc constitutionis representatur *l. vlt. C. si mancip. ita fuer. alien.* Sed neque verum est imputari tibi nihil posse, cum potueris primo quoque die manumittere si id agebas vt conuentionem illam nostram ita conceptam *Dabo vt facias* conuertes in contractum *Facio vt des*, debueras enim prospicere hoc posse euenire, vt Stichus si non statim manumitteretur, ante manumissionem & intra menssem ipsum tamen moretur, atque ita manumitti eius facultas, petendorumque decem ratio omnis tibi præriperetur *arg. l. si quis domum 9. §. 1. infr. locat.* debueras igitur festinare ad eum manumittendum, vt hoc ipso me obligatum haberes ad præstanda tibi decem quæ ob eam causam, licet nudo pacto promississem. Quod si ex perlicito permutationis nulla actio nasci potest, nisi rei traditio ex alterutra parte secuta sit *l. ex placito 3. C. de ver. permitt.* sicut neque ex placito diuisionis *l. diuisionis placitum 45. supr. de pact.* cur potius ex hoc pacto *Dabo vt facias* concedatur tibi actio priusquam feceris, & eo tempore quo facere nihil amplius possis, cum antea & citius potuisses? Cum igitur hæc omnia verissimè disputentur, non possum ferre quod lex ait, vltro tibi competere actionem quæ ex hoc inquit *contractu nascitur.* Quisnam enim obsecro hic contractus est? Si eum intelligis de quo hucusque tractatum est, contractus est *Do vt facias.* At ponimus conuentionem ita factam esse *Dabo vt facias*, id est vt manumittas quæ nihil simile aut commune habet cum illa *Do vt facias* nec speciem vllam constitutere potest contractus innominati, vt probauimus. Quod si conuentionem hanc degenerare velis in contractum innominatum, vel dationem ex mea parte interuenire necesse est, vt incipiat hic esse contractus *Do vt facias* vel factum manumissionis ex tua parte, vt incipiat esse *Facio vt des.* Atqui priore casu non poterit locus esse questionis propositæ, an decem dare tibi debeam, quæ iam dederim, nec rursus competere tibi conditio manumissionis & libertatis. Multo minus autem ferre illud possum, quod *actionem quæ ex hoc contractu nascitur* lex interpretatur *conditionem*, quis enim nescit conditionem, quæ nascitur ex contractu *Do vt des* vel ex contractu *Do vt facias*, non competere nisi vt id quod datum est reddatur, at non etiam vt quod dari fieri ab altera parte promissum est, detur *fid. ve.* Est enim necessaria in eam re actio præscriptis verbis, quæ nec conceditur ad hoc præcisè, vt detur vel fiat quæ aduersarius dare vel facere debuerit, vt contractus ex parte sua impletur, sed ad id quod interest illius qui ex parte sua satisfecit, ni alter ex sua quoque, satisfaciatur *l. 1. in fin. de ver. permitt. d. l. naturalis §. 1. & seq. de præscr. verb. l. 4. §. & 6. C. de ver. permitt.* Neque ab hac propositione, quæ interpretetur, omnes admittunt, excipienda sunt duo illi casus, quos iudè post Accursium excipiunt ex *l. si pecuniam §. §. item si quis & §. sed si accepit*, vt ad eos locos dicemus. Quare valde se torquet nostris, vt explicet quænam sit hæc conditio, quæ tibi dat contra me, vt solua tibi decem. Alij volunt esse conditionem certi generalis, quæ possit

concurrere cum alia qualibet actione speciali, per quam certum petatur ex *l. certi conditio 9. supr. de reb. credit.* adeoque cum actione de dolo si contra dolo facta incepisset, & esset contractus *Facio ut des* ut in *l. cum proponas 4. C. de dolo.* quasi sit illa genus, hæc species quæ per genus suum, nunquam excluditur, sed parum subtiliter, nam neq. certi conditio generalis villa est quæ in iudiciu & exercitium deduci possit, ut probauimus ad *d. l. certi conditio*: neq. fieri potest, ut cum ea concurrat actio de dolo, nou magis quam cum alia vila actione, quæ non nisi subsidiaria est, & omnibus aliis deficientibus datur *l. 1. §. ait Prætor & pass. supr. de dolo.* sed tanto minus cum condicione certi, quod per actionem de dolo semper petitur incertum, cum non detur nisi ad id quod interest *l. arbitrio 18. eod.* conditio autem quæ hæc datur, non possit esse nisi certi quippe quæ detur ad certam quantitatem, id est ad pecuniam promissam. Ideoq. nec sibi satis faciunt in hac explicatione interpretes, sed ad aliam confugere coguntur multo ineptiorem, ut hæc condicione dixerit Vlpianus pro actione Præscriptis verbis, quæ scilicet ex contractibus innominatis dari solet, ut vel placiti fides præteritur, vel id quod interest agentis, vel ut, si actor hoc elegerit, quod datum est restituatur, *d. l. naturalis §. 1. & seq. d. l. 4. §. 1. & 6. C. de rer. permu.* Hoc verò quam ridiculum sit, nemo non videt, actionem enim Præscriptis verbis à condicione, prudentes nostri, perpetuò separant, sed in hoc maxime tractatu, in quo conditionis nomine nihil nisi repetitionem dati significant: Præscriptis autem verbis actionem referunt ad id quod vicissim dare vel facere debuit, is qui ea lege datum accepit, quod verò erroris huius tuendi gratia adferunt, omnes actiones personales posse dici conditiones, æquæ erroneum & falsum est. Nec enim alias personales actiones appellamus conditiones, quam per quas intendit actor, dari sibi & dominium in se transferri oportere *§. appellationum Instit. de action. l. si quis inficiatus 13. §. 1. de pos.* quod per actionem Præscriptis verbis nunquam fit, datur enim semper ad id quod interest, & ob id ple-

3 ¶ Si liber homo, qui bona fide seruebat, mihi pecuniam dederit, ut eum manumittat: & fecero, postea liber probatus, an mihi condicere possit, quaeritur? Et Iulianus libro vndecimo digestorū scribit, cōpetere manumisso repetitionē.

Ad §. 3. Si liber homo 26.

RAT. DVV. Liber homo, qui cum bona fide mihi seruiret, dedit mihi pecuniam, ut eum manumitterem, si à me fuerit manumissus, non potest conueniri se deceptum esse à me, aut non esse secutum ex parte mea implementum, cum dandæ pecuniæ causa non alia fuerit, quam manumissio, quæ verè secuta est, si non de iure, ut loquuntur, quia iam liber homo manumissus iure non potuit: de facto tamen, quia manumissio facta est, & condiciones quoque ipsas, quæ dispositionem afficere magis solent, quam afficiat modus (nec enim modus suspendit dispositionem, ut condicio *l. cum ab eo 41. infr. de contr. empt.*) dicimus tamen sufficere de facto impleri, licet impletum illud nullū effectum iuris habeat, nisi quod conditioni satisfactum esse creditur *l. Manius 55. de condic. & demonstr. l. heredibus 77. §. vlt. infr. ad SC. Trebell.* Ergo non potest hoc casu locus esse repetitioni, ob rem dati, quasi re non secuta. Dæc. Semper in stipulationibus, cæterisque contractibus sequimur

runque *in certi conditio* appellatur, tum verò maximè cum datur ex contractu innominato etiam contra eum, qui alioquin obligatus est ad dandum, ut Accursius quoque fatetur, nec Bartolus repugnat, ex *l. ob eam causam 9. infr. de præscr. verb.* Falsum igitur est quod in hoc versiculo scriptum est, si nihil tibi dedi, ut manumitteres, placuerat tamen ut darem vltro tibi cōpetere actionē, quæ ex hoc contractu nascitur, id est condicione defuncto quoque eo, nec possis veram facere hanc sententiam, etiam si adhibeas distinctionem Accursij, an distracturus fueras Stichum, si hæc conuentio non obstitisset, necne ex *d. l. si pecuniam §. 5. sed vbi infr. nam præter id quod tota illius §. distinctio Tribonianus est, ut iam attigimus ad aliū casum, quàm ad hunc illa pertinet, et, nihil que referre potest an Stichus distracturus fueris, an non ut detur tibi actio ad pecuniam cōtra me, defuncto quoque ante manumissionē eo quem manumittere debueras, quæque si prohibitus fueras distrahere, quòd eum manumittere voles, tanto citius debueras manumittere, cum posses, ne ante manumissionem moretur. Satisque est si ea distinctio recipi possit, cum de inhihindendo repetitione tractatur, ut in *d. §. sed vbi.* Est igitur, ni fallor, tota hæc clausula Tribonianus, qui cum videret æquum esse, ut cesset repetitio, si Stichus qui manumitti debuit, decesserit intra tempus præstitutū, putauit eandem æquitatem posse facere, & eo vsq. porrigi, ut quemadmodum quòd ego tibi dedi, nō possum repetere, ita & quod nō dedi, possis à me petere, quasi verò eiusdē æquitatis sit, ut cuius dati repetitio non est, eius non dati petitio sit, quod tamen falsum esse ostendimus ad *tit. de actor. Facilius enim est ut possidenti detur retentio, quàm ut non possidenti actio l. 1. infr. de pignor. l. si in area 33. infr. de condic. indeb.* Sic autem facere solent, qui cerebrinam istam, & ut quidam faciunt, vertiginosam æquitatem, cuius præcipuus dux & antesignanus Tribonianus noster fuit, producunt quàm latissimè fieri potest, ut veræ æquitatis prætextu negligant veram iuris rationem, & legibus impunè illudant.*

id quod actum est *l. semper in stipulationibus 34. de regul. iur.* Cum autem pecuniam aliquis dat, ut manumittatur non tam de actu solo manumittendi cogitat, quàm de libertate per manumissionem consequenda. Cur enim dare pecuniam ob manumissionem, ex qua nullam ipse vtilitatem esset consecutus? Quam potèd aliam vtilitatem ex manumissione consequi potuit, præter libertatem? Nec aliam bonæ fidei possessoris mentem fuisse dici potest, qui pecuniam accepit ad manumittendū eum, quem seruuum esse falsò existimabat ut in *l. cum ancilla 6. C. hoc tit.* Atqui liber homo, licet bona fide seruiat, & seruuum se existimet, nō eo minus tamen liber est, nec magis liber fieri per manumissionem potest, cum ex iusta seruutate manumissum què esse oporteat, ut manumissio effectum aliquem habere possit, deest quod solemus dicere, natalibus & ingenuitati non officere manumissionem *§. vlt. Instit. de ingenu.* Ergo cum pecunia data est ab homine libero, qui seruuum se putabat, ut manumitteretur, licet postea manumissus sit, verum tamen est dicere, causam ob quam

quam data fuit pecunia, secutam non esse, quia nec sequi potuit. Manumissio enim esse nulla videri potest, vbi nulla est datio libertatis: effectus enim rei magis considerandus est, quàm verba *l. pen. §. docere ne quis eū qui in ius vocat vi exim. l. 1. §. 1. quod quisq. iuris l. debitor 59. vers. videamus de effectu rei infr. ad SC. Trebell.* Consequens igitur est, ut hoc casu locus sit conditioni ob causam dati, causa non secuta, cur non verò conditioni sine causa? Nulla enim videtur hic causa fuisse dandæ pecuniæ ob libertatem, cum nulla subesset seruutis: nimirum quia ab initio iusta fuit causa & dandæ & accipiendæ pecuniæ ob manumissionem eius, qui seruus eredeatur, causa tamen nec secuta fuit, nec sequi potuit, quia nec libertas homini iam libero dari potuit: longèque aliud est dicere, causam nullam dandi fuisse, aliud verò causam nec secutam esse nec sequi potuisse. Difficilius illud est, cur non ex iuris regula bona fides eius qui pecuniam accepit, non præter tantundem possidenti, quantum præstaret veritas ad inhihindam repetitionem *l. bona fides 136. de regul. iur.* Sed ex eadem regula respondendum est, quia lex impedimento est, nec patitur, ut quòd ob causam daturū est, retineatur causa non secuta, non magis quàm si vel sine causa, vel ex aliqua quidem, sed iniusta & turpi datum esset *l. 1. & tot. tit. infr. de condic. fin. caus. l. perpetuo 6. infr. tit. prox. nec ipsa quoque ratio æquitatis hoc patere. Omnes enim conditiones licet stricti iuris sint, naturalem tamen habent æquitatem, & ab æquitate originem sumpsisse videntur *l. indebiti 15. l. hoc conditio 66. infr. de condic. indeb. l. rerum quidem 25. infr. rer. amot.* Nec sanè vnquam æquum est, locupletari quem sine causa ex alterius damno & iactura *l. nam hoc natura 14. eod. l. iure natura 206. de**

regul. iur. Condicionum alia ratio est, Sunt enim omnes facti, idè que implendæ in forma specifica *l. qui heredi 44. & d. l. Manius 55. de condic. & demonstr. d. l. heredibus 77. §. vlt. ad Trebell.* nec aliunde recipiunt interpretationem, quàm à voluntate testatoris *leg. in condicionibus 19. l. pater Seuerianam 101. de condic. & demonstr.* Testator autem in dubio condicionem ad factum magis quàm ad ius retulisse credendus est, sicut & vltima ipsa voluntas tota facti est *l. voluntatis 7. C. de fideic.* Denique sufficit non circumueniri voluntatem testatoris *l. si cui 92. de condic. & demonstr.* non circumuenitur autem, cum facti ipso impletur conditio, & eo modo quo impleri potest ab eo cui adscripta est. Quod tamen in hoc §. Vlpianus scribit, dandæ esse repetitionē pecuniæ ab eo datum, qui cum liber esset, seruus tamen putabatur, intellige cum Accursio, si non sit ea pecunia ex peculio, quod ad ipsum bonæ fidei possessorem pertinebat. Eo nāque casu nulla posset esse repetitio ab eo qui suam pecuniam accepisset, secundū d. l. nōtionem ab eodē Vlpiano nostro traditā in *l. si procurator 8. §. si liber homo infr. mandat & à Scæuola in *l. vlt. in princip. infr. de condic. indeb. l. si liber 9. C. hoc tit.* Extra hūc casum placet, quod ex hoc §. nota Bart. & ex seq. si causa ob quam datur, aliquid sequatur de facto tantū, nō etiā de iure cōpetere repetitionē, nec distinguant sciens an igno quis accepit, ut subiicitur in *§. seq.* nisi quoddam minorē dubitationē res habet, in eo qui nō bona fide pecuniam accepit, sed sciens licet eū eū à quo accipit, ut ipsum manumittat, id enim nō potest facere sine dolo malo. Placet etiā quod addit Accursius, nihil referre an nihil fiat, an de iure non fiat, aut etiam, non videri factū quod iure factū non est ex *§. prox. infr. & ex l. 5. C. si mancip. ita fuer. alien.**

4 ¶ Neratius etiam libris membranarum refert, Paridem pantomimum à Domitia Neronis filia decem, quæ ei pro libertate dederat, repetisse per iudicem: nec fuisse quaesitum, an Domitia sciens liberum accepisset.

Ad §. 4. Neratius.

RAT. DVV. & DECID. ad hūc §. eadē est quæ ad præcedentē. Eadē enim vtriusque sententia est, nisi quod hic additur distinguendum non esse, an is qui tantquam à seruo pecuniam accepit, ut eum manumitteret, liberū sciuerit, an ignorauerit, cum vtrōq. casu eadem iuris ratio locū habeat, quia causa dandi non videtur secuta, quæuis secuta sit manumissio, ex qua libertas nec obtingit, nec obtingere poterit. Neque verò semper necesse est, meliorē esse condicionem

ignorantis, propter bonā fidē, quàm scientis propter dolum, quæ adnexum semper habet scientia, sed sufficit ut nunquam melior sit condicio scientis, quàm ignorantis, malæ fidei possessoris quàm bonæ fidei *l. non solum 13. supr. de noxal. action.* Multi quàm prudentes, imperiti denique quàm periti *l. 4. infr. quod vi aut clam* vbi ergo lex non distinguit, nec nos distinguemus, inquit Accursius, ex *l. 3. supr. de offic. Præsid. l. de precio 8. supr. de Public. in rem act.* Quod tamen intellege si distinguendi ratio nulla subit, quomodo hæc certè nulla suberat.

5 ¶ Si quis, quasi statuliber, mihi decē dederit, cum dare iussus non esset: condicere eum decē, Celsus scribit. Sed & si seruus, qui testamento heredi iussus erat decē dare, & liber esset, codicillis purè libertatem acceperit, & id ignorans, dedit heredi decem: an repetere possit? & refert, patrem suum Celsum existimasse, repetere eum non posse. sed ipse Celsus naturali æquitate motus, putat repeti posse. quæ sententia verior est, quanquam constet, (ut & ipse ait, eum, qui dedit ea spe, quòd se ab eo, qui accepit, remunerari existimaret, vel amiciosem sibi esse eum futurum, repetere non posse, opinione falsa deceptum,

Ad §. 5. Si quis quasi statuliber.

Superiores §. fuerunt de pecunia ab eo data, qui seruus putabatur, cum liber esset. Hic verò §. de pecunia perinde quidè data ab homine iusto facto libero, Tom. III.

sed qui tamen statuliber credebatur. RAT. PVV. Seruus qui testamento heredi decem dare, & ita liber esse iussus erat, quamuis domini sui codicillis libertatem purè acceperit, non potest tamen dicere secutam non esse causam, ob quam dedit

pecuniam, cum directam libertatem nactus sit quæ data ei fuerat non minus in testamento, quam in codicillis, nec quicquid eius interesse videatur, ex qua voluntate habeat libertatem, dummodo eandem habeat id est directam, & ex eiusdem domini iudicio ac libertate l. cum seruus 104. *infr. de verb. oblig.* ubi dicitur quod difficilius est, etiam in libertate quæ per manumissionem danda est, non esse quæreadum a quo seruus manumittatur, sed ut manumittatur. Et quævis seruus hic opinione sua deceptus sit, cum habuerit libertatem ex codicillis, quæ purabat se habere ex testamento, non solet tamen hæc conditio dari, ob id solum quod falsa opinio sua quis deceptus sit, dum ne ab eo qui pecuniam dedit deceptus fuerit, puta si dederit ea spe, quod se ab eo qui accepit, remuneratum iri existimaret, vel amicum eum sibi fore crederet: huic enim certum est non dari repetitionem, nec si remuneratio nulla, neque maior amicitia secuta sit: sibi namque imputet qui se ipsum falsa illa opinione decepit. Sufficitque ut nihil imputare possit ei, qui pecuniam iusta de causa, nullaque vicissim promissione facta accepit. Quid vero imputare possit domino qui hæc decem a seruo quasi à statulibero accepit, cum eo ipso testamento ex quo hereditatem adiit, cuius additione libertas ipsa confirmata est, cepitque deberi (nec enim dies libertatis sine directæ, siue fideicommissariæ cedit, nisi ab adita hereditate *leg. heredis aditio 7. §. vlt. & l. seq. infr. quando dies legat. ced. leg. vnic. §. libertatibus C. de caduc. tollend.*) libertatem datam videret sub ea conditione, si seruus ei decem daret? An non satis iusta causa est, iustusque titulus possidendi, si quid mortis causa accepit? *leg. 1. §. si parendi supr. leg. mortis causa capimus 18. & leg. mortis causa capitur 31. infr. de mort. conf. donat.* Præsertim si ponas ignorasse illum codicillos postea factos, & ita pecuniam a seruo quasi à statulibero accepisse bona fide: quod & in dubio præsumendum est. Ignorare enim testamentum ex quo heres est, probabiliter certe non potest *leg. 2. supr. de edend. at codicillos potest leg. non est ferendus 12. supr. de transact.* Quamquam nec valde deprecipitur is, qui se liberum putat ex testamento, cum tamen liber sit ex codicillis: quando quidem singulare illud ius est codicillorum testamento confirmatorum, ut quæcunque in iis scripta sunt, perinde haberi debeant, ac si in testamento scripta essent *l. 2. §. 1. infr. de iur. codicill.* Ergo dicendum videtur, quod Celsus pater existimabat, non posse seruum hunc repetere decem quæ dedit, neque conditione sine causa, neque ea de qua in hoc tit. agitur, id est conditione ob causam, dati causa non secuta. Estque longè dissimilis hic casus, qui in huius §. principio ex eodem Celfo proponitur, si quis quasi statuliber decem mihi dederit, cum dare iustus non esset, at purè libertatem accepisset. Huic enim conditionem dandam esse nec Celsus ipse pater dubitabat nec dubitan di ratio certè vlla fuit, nisi fortè illam quis comminiscatur, quod perinde hic liber sit, ac si conditionem impleuisset, cum nulla fuisset causa dandorum decem gratia implendæ conditionis, quæ nulla fuerat adscripta, & quamuis sufficeret causam illam in sola statuliberi opinione fuisse ad hoc, ut non videretur data pecunia sine causa, fatendum tamen esset secutam causam non esse, nec sequi potuisse, cum data fuerit pecunia implendæ conditionis gratia, quæ impleri non potuit, quia nulla fuit: at in alia specie in qua Celsus filius à Celfo patre dissentit, adscripta ve-

rè fuerat conditio dandorum decem in testamento, quo & directam libertatem data erat, quamvis sublata in codicillis postea factis, relicta ei purè libertate: & hæc sunt, quæ pro Celsi patris opinione tuenda disputari contra Celsum filium meo iudicio possunt. Sed pro Celfo filio qui naturali æquitate motus patris opinionem in hac specie reprehendit, ratio illa decidendi afferri potest, quod cum libertas in testamento data est, sub conditione dandorum decem, in codicillis verò purè obtingit statim ex die aditæ hereditatis, & quidem non tamen ex codicillis, in quibus purè data est, quam ex testamento, in quo scripta videntur omnia, ut diximus, quæcunque in codicillis scribuntur, & ideo datio libertatis facta in testamento sub conditione, si Stichus heredi decem dederit, nullius momenti & effectus est, ad suspendendam libertatem, nec proinde vllò conditionis implemento Stichus indiget, ut liber fiat, cum sit liber ipso iure. Id enim est quod dici solet, in libertatibus directis non nouissima scripturam, ut in fideicommissariis, & in pecuniariis legatis, sed leuissimam spectandam esse, & per quam citius perueniat seruus ad libertatem *l. 1. l. in libertatibus 5. l. quod vulgo 45. infr. de manum. testam. l. leuissima 35. l. quod traditum 87. & seq. de condit. & demonstr.* Citius autem & commodius peruenitur ad libertatem directam, ex pura datione, quam ex condicionali. Tanto magis autem in proposta specie id dicendum est, quod scriptura quæ puram dat libertatem, non tantum leuissima, sed etiã nouissima est, cuius proinde dubitari non debet, quin maior ratio quam prioris & durioris habenda sit: nec finis est, quod obiicit posset ex *l. si quis seruo 46. de manum. testam.* Si quis seruo dederit testamento libertatem, & directam & per fideicommissum, in potestate serui esse verum velit directam, an ex fideicommissum ad libertatem peruenire. Potest enim fieri ut valde inter sit serui, ut heredis potius quam orcinus, id est defuncti libertus sit, maxime verò si fideicommissariam libertatem meruerit purè, vel facilius adscripta, siue dandi, siue faciendi conditione. Sed quis dicat similiter posse eius interesse, ut ex condicionali potius, quam ex pura libertatis datione sit liber, præsertim si conditio dandi ab eo, vel faciendi aliquid adscripta sit, quam impleri ante omnia necesse sit, ut libertatem consequatur? Est enim hæc res ex earum genere, inter quas non cadit electio, quod nulla inter eas sit proportio *l. 1. infr. de reb. dub.* Quamquam etiam tam stultus quis esset, ut mallet sub conditione dandorum decem, quam purè libertatem accepisse, non posset tamen illa species ad hunc §. accommodari, in quo tractamus de Stichis, qui decem dederit, ut libertatem sub ea conditione sibi ex testamento datam consequeretur, antequam resciret datam sibi libertatem in codicillis purè, qui proinde condicionalem libertatem videri non potest elegisse: quique nunc manifestè puram eligit, cum decem à se data condicit, siue conditione sine causa, ut Ioannes credidit, quia nullam causam habuit dandorum decem ad obtinendam libertatem, cum iam & ignorans & inuitus liber esset ipso iure, siue conditione ob causam dati causa non secuta, quia tamen libertatem obtinuerit, cuius obtinendæ gratia decem dedit, ut sibi adscriptam conditionem imple-ret, non tamen ex illa condicionali datione liber est, sed ex pura, ut ex eo constat, quod prius etiam quam decem daret heredi, liber fuit nec per condi-

tionis detractæ implementum magis liber fieri potuit, itaque quamuis summo iure niti videatur Celsi patris sententia, ne conditione vlla heres teneatur, cum nihil ex parte sua dare vel facere debuerit, ne libertatem quidem præstare, quæ hoc casu à defuncto accipitur, non ab herede, nec recusare potuerit, quominus oblata sibi decem acciperet: quod etiam si fecisset, adhuc tamen vi conditionis exploratæ libertatem nactus esset *§. vlt. huius legis, ut proinde non possit videri heres statuliberum deceptus esse, maxime si codicillos eo tempore ignorauit (quidni enim potuit impudè accipere, quod ut acciperet cogi poterat? l. quod autem 6. §. apud Lebeonem infr. que in fraud. credit.* Summa tamen æquitas facit pro Celfo filio, ut danda sit Stichis repetitio, cum is nullam dandi causam habuerit, ut ex postfacto apparuit, quamvis heres habuerit accipiendi: nec replicari potest, ad inpediendam conditionem sufficere, ut id quod fieri debuit factum sit, quocunque modo siue à lege siue ab homine *l. si pecuniam 5. §. 1. infr. l. vlt. C. si mancip. ita fuer. alien. d. l. cum seruus 104. de verb. oblig.* Nam, ut bene obseuat Bartolus *ad d. §. 1. data hic fuerat pecunia ad purificandam conditionem libertatis, quæ non nisi sub conditione dandorum decem data credebatur: conditio autem illa non fuit purificata neque à lege, neque ab homine, quia: ec vlla res vera fuit, cum per codicillos prior datio libertatis, quæ conditionis fuerat conuersa esset in puram. Et aliud præterea est, tractare de petitione penæ ut in *d. l. vlt. C. si mancip. ita fuer. alien.* Aliud verò de repetitione datæ pecuniæ, quæ dari nullo iure debuisset: nec è diffcultas huius §. tam in eo posita mihi videtur, ut sciamus quam iuris & æquitatis rationem habeat Celsi filij sententia, quam in hoc, cur contraria Celsi patris opinio summo iure verior, & Vlpiano, & ipsi etiam filio vasa sit, qui non nisi æquitatis ratione motus dissentit à patre iustiore: nec è ac tolerabiliore dissensione, quam si filius patrem in iure errasse diceret, cum rationes æquitatis, quæ à summi iuris ratione abhorrent facile spectari sine, & esse debeant bono Iureconsulto quem stricti iuris religiosum esse decet, quales olim inter prudentes nostros Scævola & Africanus fuerunt: quamquam in his questionibus quæ sunt ex bono & æquo, cuiusmodi esse diximus conditiones omnes boni etiam & prudentis Iureconsulti est cauere, ne quod periculum sit sub auctoritate iuris scientiæ peniculis erret, ut idè Celsus filius dicere solebat *l. si seruum 91. §. sequitur infr. de verb. oblig.* neque tamen valde mirandum esset reprehendi patrem à filio, in ipsa etiam iuris ratione, cum publicè inter sit, licet eutilibet ius nostrum quotidie in melius producere, dummodo sit modesta reprehensio, nec sine magna ratione, absque semper ab æmulatione & invidia, non minus quam ab iniuria *l. potioris 5. C. de offic. rector. prouinc. aliud esse, si patris mores culpate ac reprehendere filius vellet, aut patris administrationem improbare. Hoc enim esset indecens, & contra obseruantiam ac reuerentiam à filio patri debitam §. sed quod sancitum Nouell. 22. de nupt. l. cum oportet 6. §. non autem C. de bon. qua liber. nisi poneres patrem tam euidenter prodigum, & bonorum quoque filij, aut quæ ad filium peruenire quandoque deberet tam improbum profitigatorem, ut remediò magis quam patientia vel dissimulatione opus esset, ut in specie *l. vlt. C. de sentent. pass. & restit. l. imperator 50. infr. ad SC. Trebell. Et si***

his quoque casibus ita cum patre tractandum est, ut semper salua sit reuerentia, quomodo loquuntur *Imp. in l. si liber 9. Cod. hoc tit.* Obseruandum autem est, loqui Vlpianum in hoc §. de libertate directæ, non de fideicommissaria, nam si poneres datam Stichis libertatem fideicommissariam in testamento sub conditione, si decem heredi daret, deinde in codicillis eidem datam esse libertatem, æquè fideicommissariam, sed purè, non putarem dandam ei conditionem, neque ob causam dati causa non secuta, ut contra Accursium Bartolus disputat, neque sine causa, ut Accursius sentit, quia causa dandi fuit, ut manumitteretur Stichus, qui necante manumissionem liber fuit, nec esset hodie si manumissus non esset, ad rem pertinet quod ex fideicommissaria libertate pura manumitti hodie deberet, nulla etiam data pecunia. Nam non quemadmodum in libertate directæ, primum sub conditione, deinde purè data cauit, ut qui ex libertate paratam ipso iure liber est, non possit ex condicionali magis fieri liber, nec si miles impleat conditionem, ita in fideicommissaria perinde potest contingere, ut datio condicionalis per puram impediatur, cum non magis hæc quam illa comperat ipso iure, sed vtraque præstanda sit per manumissionem, fieri autem nequeat, ut qui manumissus est, factusque liber datis decem, quasi ex libertate fideicommissariæ datione condicionali, seruum magisque fiat liber, ex libertatis fideicommissariæ puro: adè ut neque iniustus electione esse possit, ex vtra datione libertatem fideicommissariam consecutus esse velit, cum non poterit consequi ex posteriore libertatem, quam accepit ià ex priorè: non magis quam permittendum ei est, ut pœniteat datæ pecuniæ, ad consequendam ex datione condicionali libertatem, facti nec acceptæ libertatis pœnitere illum potest, etiam si seruus manere mallet, quia quod dici solet libertatem, quæ semel competit, retractari & reuocari amplius nunquam posse, non minus ad eum qui accepit, quam ad eum qui dedit pertinere, cum nec volens quisquam ex libero seruus fieri possit *l. nec si volens 6. C. de liber. caus.* Et sicuti libertas ex fideicommissum condicionali post implementum conditionis, præstata reuocari nequit, ita neque implementum conditionis, quod libertati illi fideicommissariæ quæ relicta sub conditione fuerat, causam dedit. Vnicum dumtaxat casum excipio. Si heres qui accepit decem, ut Stichum manumitteret ex libertatis fideicommissum condicionali, iam tum sciebat rogatum se purè in codicillis, ut eundem Stichum manumitteret. Quo casu non putarem equidem illi conditioni locum esse, siue sine causa, siue ob causam non secutam, sed cum heres hio non careat dolo, qui libertatem quam à se gratis præstari debere sciebat, hõnisi accepta pecunia præstare voluit, non dubito quin contra eum danda sit actio de dolo, per quæ cogatur heres solvere quanti actoris intererit *l. arbitrio 18. §. 1. supr. de dolo, in quo saltem ea quantitas, quæ implendæ conditionis causa data fuit continetur, quia nec maioris potest interesse *l. 1. infr. de act. empt. l. in interdito 6. infr. vnde vi. Ex tra hunc casum ferre non possit ut pecunia data manumissionis causa reddi debeat vlla actione, at conditione multo minus, cui nec purè posse vllò casu locum esse, nisi quo etiam pœnitentiæ locus esse possit. Facilius siquidem est ut in hoc negotio genere locum habeat pœnitentiæ, quæ ut conditio citra**

penitentiam. §. *idem erit sup.* Tantum abest, ut probare possim, quod contra Accursium vult Bartolus, in fideicommissaria quoque libertate conditioni huic ob causam locum esse posse, quod causa proxima danda pecuniae fuerit, ut libertatis restitutum purificetur, quod, inquit, non est secutum. Nam in q. a. secutum est, cum à quo instati data fuit pecunia, ceperit libertas deberi pure ex testamento, non nisi usquam ex codicillis, quamvis prius debita fuerit per eum ex codicillis quam ex testamento non enim quae debita est, competit, sed quae praestita, & ideo quae prius fuit praestita ex testamento propter impletam conditionem, desit esse debita ex codicillis: quod in directa libertate secus esse diximus, quia competit ipso iure, nec ab herede aut debetur, aut praestatur, sed à defuncto ipso praestita esse intelligitur. Denique nihil est quod impedit, quominus ex conditionali datione libertatis fideicommissariae manumittatur post impletam conditionem is, qui ex alia quoque sed pura datione manumitti statim debuit. Generale autem est, cum sapius datur seruo libertas siue directa siue fideicommissaria eam scripturam praetulerit, ex qua seruus pervenit ad libertatem d. l. *de manum. testam.* Praefertim cum in fideicommissariis libertatibus non leuissima scriptura spectanda sit, ut in directis, sed nouissima leg. in libertatibus 5. eod. leg. per fideicommissum 90. de condic. & demonstr. Replacabis, in proposita specie nouissimam scripturam eam fuisse quae in codicillis post testamentum factis libertatem dedit pure, non autem eam quae in testamento sub conditione. Hoc verò fateor, sed dico non potuisse hanc spectari scripturam nouissimam, quae ignorabatur, & quae cum factum heredis exigeret, non potuit effectum vllum habere antequam proferretur, & idcirco non ob id minus praestari libertatem fideicommissariam potuisse ex datione conditionali post impletam conditionem, cum Stichus non aliter se ad libertatem pervenire posse crederet, quod si sciuit datam sibi posteriore scriptura puram libertatem aequè fideicommissariam, adhuc potuit, si tam stultus fuit, eligere dationem condicionalem omiſsa pura fortassis, ut amicio-rem patronum experiretur, ut sequitur in hoc §. & se gratiorem ei praerberet, ut in leg. cum quidam 17. §. *Diuus Pius infr. de vsur.* Nec ideo indebitam pecuniam dedisse videri potest, cuius beneficio debita sibi libertatem consecutus est, tamen si nulla etiam data pecunia eadem libertas ipsi deberetur. In eoque errat Accursius si existimat, quomodo interpretatur Bartolus, ideo competere in fideicommissaria libertate conditionem sine causa, quod dandi causa fuerit iniusta: quod certè falsissimum est. Non enim potuit iustior esse causa dandi quam ob libertatem, nec accipiendi, si heres pure datam libertatem fideicommissariam ignorabat, nec illud quoque placere potest, quod in libertate directa Bartolus distinguit, an data sit pecunia implenda conditionis causa ante aditam hereditatem, an post: nam cum illa condicio adscripta est, si heredi decem dederit, non magis ante aditam hereditatem quam viuo restatore impleri condicio potest leg. 2. leg. si iam facta 11. §. 1. leg. multum 21. de condic. & demonstr. Non ob id solum, quod libertas testamento data, siue directa siue per fideicommissum non cedat, nisi ab adita hereditate, ut supra diximus, sed etiam quia nec potest videri data pecunia heredi, quae data est institutio ante ad-

ita hereditate, quado nec heres est, nisi post additionem l. qui heredi 44. §. ult. & l. seq. eod. tit. Male etiam Accursius negat conditionem indebiti locum habere in hac specie, quod data sit pecunia ab eo qui sciebat se non esse obligatum ex l. quod quis sciens 50. infr. de condic. indebit. Quomodo enim scire poterat se non esse obligatum, cum ignoraret codicillos, quibus pure data ei libertas fuerat, testamentum autem sciret quo libertatem acceperat sub ea conditione. si decem heredi daret? Verum tamen est quod ille ait, cessare hoc casu etiam conditionem indebiti, perinde ac caeteras, sed alia ratione, quoniam pecunia quae conditionis implenda causa datur, licet indebita fuerit antequam daretur, quia non poterat peti ab eo qui dedit, neque cogi poterat ille ut daret, ubi tamen dedit, debitam dedisse credendus est, ut consequi possit libertatem sibi relictam sub ea conditione, nec sine titulo habet eam heres qui accepit, cum mortis causa acceperit. Perinde igitur habet ius retinendae pecuniae, ac si ex mortis causa donatione acceperat, quia tam iustam retinendi causam praebet mortis causa capio, quam mortis causa donatio, quae & ipsa generali mortis causa capionis nomine continetur. d. l. mortis causa capimus 18. l. 31. l. 38. de mort. caus. douat. Illud verò longè minus ferri potest quod idem Accursius addit, vindicationi nummorum posse hoc casu locum esse, quasi non sint facti accipientis, ex §. prox. seq. cuius tamen longè diuersa species & quaestio est.

a Quamquam constat, ut & ipse ait, argumentum est à simili, quo Celsus filius putabat posse patris sui sententiam defendi, sed quod tamen à dissimili potius sumptum est. Nam is equidem qui dedit aliquid ea spe, quod se ab eo qui accepit, remuneratum iri existimaret, aut amicio-rem eum sibi futuram, repetere non potest tanquam qui non ab eo cui dedit, sed à seipso potius, propter falsam suam opinionem deceptus fuerit. Sicut & interdum quis propter suam scientiam à seipso deceptus dicitur in l. nam si actor 26. sup. de rei vindic. praeter id quod dignus est decipi, qui beneficium ideo dat ut recipiat, quemadmodum ex Seneca diximus ad l. sed est 25. §. consultuit sup. de hered. petit. nec propositum in mente retentum quicquam operatur ad dandam huiusmodi conditionem. l. si repetendi 7. C. hoc tit. l. si maiores 25. C. de transact. Dona. dique animo talis pecunia data intelligitur, sicuti quoties darem tibi, ut aliquid pro te faceres quod alioqui facturus non esses, inquit Accursius ex l. sed si mors 13. §. ult. de donat. int. vir. & vxor. l. Titio centum 71. in princip. infr. de condic. & demonstr. nisi cum ab utraque parte idem tacite actum intelligeretur ut in l. si quasi 3. infr. de pignor. act. Quomodo illa etiam usura donata creditur, quam quis per longum tempus petere desistit ut debitori suo gratior esset l. cum quidam 17. §. *Diuus Pius de vsur. l. vir vsuras 54. de donat. int. vir. & vxor.* At in ea specie, quae Celsum filium à Celfo patre dissentientem habuit, falsa quidem fuit opinio eius, qui iam liber ex pura datione libertatis pecuniam dedit, quasi statuliber, ut libertatem quam sibi sub ea conditione relictam putabat, nancisceretur, sed non nisi ab ignorantia sua deceptus videri potest eaque tolerabili, quam proinde non usque adeo damnosam ei esse oportet ut impediatur condicio- nem naturali aequitate ita suadente, tamen si summa iuris ratio repugnaret, faceretque pro Celfo patre ut supra disputauimus.

6 § Subtilius

6 § Subtilius quoque illud tractat, an ille, qui se statuliberum putauerit, nec fecerit nummos accipientis, quoniam heredi dedit, quasi ipsius heredis nummos daturus, non quasi suos, qui utique ipsius fuerunt, adquisiti scilicet post libertatem ei ex testamento competentem. & puto, si hoc animo dedit, non fieri ipsius: nam & cum tibi nummos meos, quasi tuos, do, non facio tuos. Quid ergo, si hic non heredi, sed alij dedit, cui putabat se iussum dare? si quidem peculiare dedit, nec fecit accipientis. Si autem alius pro eo dedit, aut ipse dedit iam liber factus: sicut accipientis.

Ad §. 6. Subtilius.

RAT. DV. Quamquam permillum est statulibero, etiam de peculio dare implenda conditionis causa, ut scriptum est in §. seq. non ideo tamè prohibetur statuliber de suo dare, si quos fortè nummos post libertatem sibi ex testamento competentem acquisierit. Non enim permillum illa statulibero data est in heredis iniuriam, & ut omnimodo damno aſſiciatur, cui alioquin laudandum potius, & in dubio parcendum esset l. Sempronius 47. de legat. 2. sed in fauorem statuliberi quò facilius pervenire ad libertatem possit, implendo conditionem, quam aliter posito iure implere fortassis nunquam posset. Ergo si is qui se statuliberum putabat, cum re vera iam liber esset, ex directa libertate in codicillis ei data, nummos heredi dederit implenda conditionis causa, qui reuera sui erant, quos tamen putabat esse heredis quasi peculiarios, non eo minus videri debent facti heredis, at eo magis, quod in caeteris omnibus iuris partibus, non aliter solutio parere liberationem potest, quam si quod soluitur, fiat accipientis leg. si alieni 78. in fin. leg. qui sic soluit 55. infr. de solut. Pecunia autem quae iam accipientis est, non magis fieri eius potest §. si itaque Instit. de action. Ergo dicendum est hoc etiam casu, sicut & in specie §. superioris, vel condicendos esse nummos, secundum Celsi filij sententiam, non vindicandos, vel ne quidem condici posse ex Celsi patris opinione, tantum abest, ut vel vindicari possint si extent, vel condici si consumpti fuerint, quae tamen Ulpiani & Celsi filij in hoc §. sententia est, ut bene Accursius interpretatur. Angetur verò dubitatio ex eo quod vix audiendus sit, hic qui suos nummos quasi heredis essent, heredi dedit, si dicat se non fuisse daturus eos nummos si suos esse sciisset: quid non enim daturus fuit, & dare debuit, ut tanti momenti rem quanti libertas est, consequeretur: De e. Cum tibi nummos meos quasi tuos do, non facio tuos, quia nec transferendi dominij animus in me est, qui scio vel scire debeo rem quae iam sit tua, magis tuam fieri non posse d. §. si itaque. Et quoties de transferendo dominio agitur, concurrat oportet animus, & affectus ex utraque parte, & eius qui dat, & eius qui accipit l. in omnibus rebus 55. infr. de oblig. & action. nec enim actus potest operari ultra intentionem agentis l. non omnis 19. cum proced. sup. de reb. cred. & l. cum fund. 31. §. servus tuus, ubi dixi eod. tit. At quis is qui putabat se statuliberum, nec dum liberum esse non poterat, suspicari alterius esse nummos, quos post competentem sibi libertatem acquisierat, quae heredis, quia sciebat necesse, se acquisitionis capacem, quoad ius seruus maneret: nec ergo potuit animi habere transferendi dominij, & consequenter quare dandum

Tom. III.

non est an condicere illos possit, necne: quia omnis de conditione quaestio translationem dominij praesupponit, nisi cum de fortuita conditione tractatur l. ult. supra vsur. quem. caueat & d. §. si itaque Vindicatio igitur nummorum competet, si extent aut condicio si consumpti sint, tanquam extinctio per consumptionem dominio, quod in id vsusque tempus manserat solventis. In eoque proculdubio Celsus pater cum Celfo filio consentiret. Nemo enim errans rem suam amittit. l. si procurator 35. infr. de acquir. rer. domin. quamvis error ille, qui in dante fuit, non impediatur quominus is qui eos bona fide accepit quasi solventis essent, possit vsucapere, ut Accursius noster bene notat ex l. si per errorem 17. infr. de vsucap. l. Pomponius 13. §. si ius de acq. poss. Quamvis male à quibusdam reprehendatur ex l. latius 74. de contr. empt. ubi regula constituta videtur ut eo demum casu traditio transferat in accipientem vsucapiendi conditionem, quo possit transferre dominium, si tradens esset dominus, quasi è contrario cum traditio ab ipso domino facta dominium transferre non potest, nec vsucapiendi causam transferat. In quo certè falluntur. Absurdissimum enim esset eum qui solventis nummos accepit, nec tamen propter dantis errorem dominus eorum fieri potuit, ob id minus posse illos vsucapere, quod fuerint tradentis, quos, si alterius fuissent, vsucapere haud dubie posset arg. l. in bello 12. §. si quis servum infr. de capt. & possim. l. si finita 15. §. Iulianus 16. infr. de damn. infecta. Est nimirum facilius, ut vsucapiendi conditio in accipientem transferatur, quam ut dominium, tum quoque cum traditio à domino facta est. Nec quae causa impedit translationem dominij, id est error facti in personam tradentis, impedit etiam vsucapiendum, quae non à voluntate domini, ut translatio dominij, sed à legis solius auctoritate vim habet, eripitque dominium suum domino etiam inuito propter publicam utilitatem, leg. prima infr. de vsucap. Et generaliter probandum est, traditionem siue à domino siue à non domino factam, quae ex aliqua causa dominium transferre non potest, transferre tamen vsucapiendi conditionem, si nec eadem nec alia ratio vsucapioni obstat.

a Quid ergo si hic non heredi. RAT. DV. Persequitur hic Ulp. eandem speciem de eo qui testamento iussu seruat dare decem, sed alij quam heredi, & ita liber esse. Postea verò in codicillis libertatem aequè directam, sed pure, ac sine conditione vlla acceperat. Ac proinde qui codicillos ignoras, nec se iam liberum esse, sed statuliberum putans, ei pecuniam dederit, cui dare iussu se putabat, & cui dare reuera iussu erat, sed cui tamen nihil debebat, propter adscriptam pure in codicillis libertatem. Quærit ergo Ulp. an nummos fecerit accipientis, an non fecerit, non ut quærat an possit repetere (nec enim dubitat, quin omni-

Y 4

casu possit repetere, secundum Celsi filij sententiam) sed ut inuestiget, an per vindicationem repetere debeat, an per conditionem: nam si nummi accipientis facti non sint, competit vindicatio, sin accipientis facti sint, necessaria est conditio. Distinguit autem an peculiares nummos Stichus hic dederit an alios, ut si peculiares non fecerit illos accipientis, ideoque vindicare illos possit, si vero non peculiares fecerit accipientis, & idcirco indigeat conditione ad eos reposcendos. Ratio dubitandi ad primam distinctionem parte illa est, quod etiam ex peculiariibus nummis permissum sit seruo dare pecuniam implenda conditionis causa, ad consequendam libertatem, ut proxime diximus ex §. seq. sed decidendi ratio est, quia in statulibero tantum id receptum est, non in homine iam libero, qui nec pecunia, nec alio vilo auxilio indiget, ut libertatem consequatur. Atqui tractamus de Sticho iam facto libero per puram donationem libertatis in codicillis adscripta, ac proinde qui in nummis pecularibus nullum ius administrationis amplius habebat, cum liber homo & sui iuris effectus, peculium habere amplius non possit. *L. certum 13. C. fam. l. frater a fratre in fr. de condit. in deb.* Ergo de eo, qui & alienos nummos dedit, & quorum alienandorum ius nullum habuit, neque tanquam dominus, neque tanquam statuliber, cum neutrum fuerit, vindicando igitur vnum ius saluum est, non Sticho qui eorum dominus nec est, nec vnum fuit, sed heredi ad quem peculium redit, quod serui fuerat viuo testatore, sed conuinctibus oculis, at re vera domini, magis quam serui, sicut & patris magis, quam filij familias. *l. patri 27. in princip. sup. de minor. at si nummi peculiares non fuerint, quos seruus alij quam heredi dedit, aut alius eius nomine conditionis imple-*

7 ¶ Quamquam permissum sit statulibero, etiam de peculio dare implenda conditionis causa, si tamen vult heres nummos saluos facere, potest eum vetare dare. Sic enim fiet, ut & statuliber perueniat ad libertatem, quasi impleta conditione, cui parere prohibitus est: & nummi non peribunt, sed is, quem testator accipere voluit, aduersus heredem in factum actione agere potest, ut testatori pareatur.

Ad §. ult. Quamquam.

RAT. DVB. Condicio illa statulibero adscripta si decem heredi dederit, non nisi heredis fauorem respicit, ut non amittat seruum, nisi conditione prius impleta, & amittendo seruum, cum obtinget ei libertas, in vicem serui habeat saltem pecuniam, quam seruus dederit, atqui si permittatur statulibero implere conditionem ex nummis pecularibus, siue heredi ipsi, siue alij dandi sint, aut duplici damno heres afficietur, si in alterius, quam heredis persona condicio implenda sit, aut saltem priuabitur commodum implenda conditionis, si non ex alijs nummis, quam ex pecularibus ei soluantur: quod vtrumque fuerit contra voluntatem testatoris, adeoque contra rationem iuris, cum absurdum & iniquum sit, debitorem liberari soluentem siue ex creditoris ipsius nummis, siue ex alienis inuito domino. *l. si mandauero 22. §. si mandauerim in fr. mandat. l. si alieni 78. l. qui sic 55. & pass. in fr. de solut.* non ergo permitti debuit statulibero, etiam de peculio dare implenda conditionis causa. DEC. Multa in libris nostris fauore libertatis, contra iuris rationem, recepta sunt, ne vel impediatur libertas omnino, vel longior ei mora fiat. *leg. generaliter 24. §. si quis seruo*

dare causa (est enim hæc condicio ex earum numero, quæ per alium impleri possunt, unde est, quod dicuntur etiam in ultimo ipso vitæ momento impleri posse. *l. vlt. in fr. de condit. in fr. l. facti erunt proculdubio accipientis, ideoque de ipsorum vindicatione tractandum non erit, sed de conditione, ut cõperat ex illa æquitate, qua motu fuisse Celsum filium supra diximus, ut contra patrem sentiret, dabitur autem conditio non ei qui soluit, & cuius nummi fuerunt, sed Sticho, cuius nomine solutum est, & cui ut solutio proficeret agebatur. Semper enim inspiciendum est, non tam quis soluerit, aut cui legatum sit, quam cuius gratia quoties quaritur, cui actio danda sit. *l. si de iur. missi 11. §. plerumque de legat. 1. l. seruo legato 69. §. si testator delegat. 1.* quamuis conditio in debiti è contrario solus ille tenetur, cui naturaliter solutum est, non cui solutio proficit. *l. his solis 49. in fr. de condit. in deb.* quod tamen in actione de conditione locus est. *l. si ob causam 13. C. de iur. i. l. si debitor huius pecunie Stichus fuisse, implenda scilicet conditionis causa, quod euenisset, si non in codicillis data ei patre libertas fuisset, utique ex nummis etiam pecularibus soluere bona fide potuisset, earumque dominium transferre ad se liberandum, non etiam ad obligandum alium, ut Accursius post, post Ioannem & Azonem, hic notat ex *leg. eius qui 41. vers. quas vult sup. de reb. cred.* In eo sane reprehenditur bene à plerisque, quod ait, videri peculium tacite legatum statulibero, id enim falsum est, & in eo solo qui inter viuos manumittitur, singulari iure receptum est, ut peculium, si ei ademptum non fuerit, tacite concessum intelligatur. *leg. vnic. C. de pecul. eius qui libert. mer. Iunge leg. dominus testamento 53. in fr. de condit. in deb.***

in fr. de fideic. hered. §. vlt. in fr. de donat. inter cætera hoc vnum est, ut siue heredi, siue alij ex peculio dare possit, implenda conditionis gratia. *l. 3. in princip. in fr. de statulib. l. si filia 20. §. vlt. sup. Famil. erisc.* ne alioquin vel nunquam, vel multo tardiùs ad libertatem perueniat, si cum ipse proprium nihil habere possit, cogatur expectare, ut alius ingentem fortassis pecunie quantitatem pro eo dare velit, nec inutile tamen heredi hoc esse videtur, cum ipsi pecunia danda est: ut hac spe inuitentur serui ad peculia dominorum bene atque ex fide administranda, ut habeant saltem vnde libertatem sibi comparent, si quando merebuntur eam accipere sub conditione danda certæ quantitatis. Itaque parum distat hæc condicio, si decem heredi dederit ab illa, quæ dationi libertatis inferi plerumque solebat. *si rationes reddiderit*, nisi quod nostra heredi commodior est, cum rationum reddito, & reliquorum exactio plerumque magnis facti difficultatibus implicata sit, & fraudibus ac nequitia seruilis ingenij ad exigendam summam deducatur. *leg. cum seruus 82. de condit. & demonstr.* illa verò condicio si decem heredi dederit, seruum obliget, ut à seipso rationum & redditionem & reliqua exigat, ad eam saltem implenda causam dare

sa dare iustus est, si libertatem consequi velit. Cum verò in alterius, quam heredis persona condicio implenda est, inuenta fuit ratio, per quam nummi salui sint heredi, nec tamen impediatur libertas, aut differatur: nimirum, ut hæres prohibeat statulibero, ne soluat ex nummis pecularibus, ita namque sit, ut non possit ex illis soluere, inuito herede, adeo ut si soluerit, verum sit eam qui nummos accepit, possidere illos pro possessore. *leg. si inuitis alijs leg. etiam si inuitis 110. eod. tit. de condit. & demonstr. nisi cum peculium ei prælegatum est ut in *leg. si peculium 20. §. de illo in fr. de statulib.* & tamen non eo minus peruenit ad libertatem, quasi impleta conditione, cum per ipsum heredem stet, ne impleatur, cuius incommodo cederet, si ex nummis etiam alienis, nedum pecularibus impleteretur. *leg. iure ciuili 24. de cond. & demonstr. leg. in iure ciuili 161. de regul. iur.* propter iacturam serui, qui factus liber, mortuo comparatur. *leg. si mihi 91. in fr. de solut. leg. inter omnes 46. de fert.* Sequitur tamen apud Vlpianum, sed is quem testator accipere voluit, aduersus heredem in factum actione agere potest, ut testatori pareatur. Hæc verò clausula est, quæ & Accursium, & cæteros interpretes torfit summare, cum superioribus aduersari ex diametro videatur, nec possint videre quid futuram sit heredi consilium Vlpiani, ut veret statuliberum ex pecularibus nummis soluere, si quantum statuliber volebat ex peculio consumere, ad conditionem implendam tantumdem heres actione in factum extraneo prestare compellatur. Nam quæ ab Accursio & alijs adferuntur interpretationes ad conquirendos casus, in quibus consilium hoc Vlp. vile heredi esse possit, omnes sunt ridiculæ: quod nec Bartolus negare potest, qui fatetur ingenuè consilium hoc dari heredi de rigore, sed de æquitate succurri legatario per actionem in factum, eaque æquitate considerata nullum esse eodum heredis: Sed valde & ipse fallitur, non in eo solum quod ait, Vlpianum dare consilium heredi de rigore, quod inauditum est, cum malum & stultum consilium sit, cuius effectus nullus sperari possit, propter æquitatem eum rigore pugnantem, quæ semper rigore potior*

est. *l. plecius 8. C. de iudic. l. in omnibus quidem 90. de regul. iur.* Sed in hoc etiam, quod hunc in cuius persona impleri condicio debet, vocat legatarium, cum tamen non sit legatarius, ut disertè idem Vlp. noscitur scribit in *l. si sub conditione 8. in fin. si quis omiff. caus. testam.* vbi hac maximè ratione defendit edictum illud, quod æquitate potissimum nititur, ut aduersus heredem calliditates defunctorum voluntatibus subueniatur, illique pareatur, ad ea quæ conditionis implenda causa danda sunt minimè pertinere, quia nec iure testamenti & voluntatis illa capiuntur, sed mortis tantum causa. *l. Mauius 55. de condit. & demonstr. l. mortis causa capitur 31. §. sine donatione de mort. caus. donat. l. in ratione 30. §. tamen si l. id autem 76. l. in quartam 91. §. vlt. ad leg. falciat. alioqui non in factum, sed ex testamento actio huic danda esset, adita ex testamento hereditate, ut & iam olim Ioannes glossator apud Accursium bene obseruauit. Suauis verò est Bartolus, qui, ut hunc quoque scopulum effugiat, fatetur quidem illud quod soluendum est, in vim conditionis ex testamento non posse peti, neque de rigore, neque de æquitate, sed hic æquitatem fundari ex alio, quam ex testamento, scilicet quia, inquit, heres seruum volentem soluere impediuit, quasi verò puniendus sit heres, ob id quod suo iure usus sit, & aliquid in eo aduersus æquitatem fecerit, quod certè dici non potest, nec enim decipit, nec decipitur, qui iure communi vultur. *l. inter eos 51. §. pen. in fr. de fideiuss. l. vlt. C. de in integr. restit. minor.* neque iuris executio videri potest habere iniuriam. *l. iniuriarum 13. §. 1. in fr. de iniur. l. si duorum 52. de action. empt.* Concludendum igitur est postremum hunc versiculum, neque rigori iuris, neque æquitati congruere, neque cum Vlp. sententia stare posse, ideoque totum Triboniano adscribi debere, & cerebrinæ ipsius æquitati, cuius non aliud luculentius exemplum relinquere nobis potuit, si illud addas, quod nos quoque obseruauimus in *versic. vlt. §. 1. sup. deceptus*, ut videtur ex alio eiusdem Vlp. loco in *d. l. 3. §. sed est iussum in fr. de statulib.* cuius tamè legè alia sententia & ratio est, ut docuimus pluribus libris. *l. Corieth. c. 7.* Vnde petenda erunt cætera, si qua huius §. explicationi pleniori deesse videantur.*

4. IDEM libro 39. ad Edictum.

SI quis accepto tulerit debitori suo, cum conueniret, ut expromissorem daret, nec ille det: potest dici, condici posse ei, qui accepto sit liberatus.

Ad l. Si quis accepto tulerit.

RAT. DVB. Semel extincta obligatio nunquam renouiscit. *l. qui res 98. §. arcam in fr. de solut.* Atqui per acceptilationem, non minus quam per veram, & naturalem solutionem tollitur omnis obligatio, & naturalis & ciuilis, quoniam imaginaria solutio est. *§. 1. in fr. quib. mod. tollit. oblig. l. pen. in fr. de solut. & tor. vlt. de acceptilat.* ergo si quis accepto tulerit debitori suo, ut expromissorem daret, id est alium debitorem, qui pro eo solus obligaretur per delegationem, ut in *leg. ob eam causam 9. in fr. de præscr. verb. nec debitor postea expromissorem dare velit, dicendum est non posse condici ei liberationem, ut vetus obligatio restitueretur, quomodo nostri, post Accursium, passim hanc legem interpretantur, sed incerti actione id est præscriptis verbis dicendum potius est, teneri eum debere, ut vel promissa præstentur, vel condemnatio eius quod actio-*

ris intererit sequatur, ut Papinianus respondit in *l. ob eam causam 9. in fr. de præscr. verb.* quæ eum hac pugitare maximè videtur. Sed & videtur dici posse, contractum hunc acceptilationis factæ tibi, ut expromissorem daret, non tam esse contractum, *do ut facias* quam *facio, ut facias*, siquidem negari non potest, quin is qui acceptum fert, aliquid faciat, cum acceptilatio sit facti, ut & omnes actus legitimi, inter quos & acceptilatio enumeratur in *leg. actus legitimi 77. de regul. iur.* in quo tamen contractuum genere certum est, conditioni locum non esse, sed actioni de dolo, ad id quod interest, quia facta non eodum conduntur. *leg. naturalis 5. §. quod si faciam de præscr. verb. leg. actione 4. C. de transact.* nec actioni præscriptis verbis, ut Papinianus voluit, cum si illa competeret, utique de dolo actio non daretur itaque nec videtur posse defendi, quod Vlpianus hic scribit, nec quod Papinianus in *d. leg. ob eam causam. D. c.* Nihil omnino interest, an det

quis pecuniam debitori suo per numerationem, an per acceptilationem, viroque enim modo pecunia aequè ad debitorem peruenisse intelligitur leg. si mulier 10. *infr. hoc tit.* cum non possit acceptilatio vim habere solutionis, quin habeat etiam numerationis, sine qua fieri vera & naturalis solutio pecuniarum nulla potest, atqui si pro acceptilatione interuenisset numeratio pecuniarum, ut debitor pro se expromissorem daret, siue de Titio delegando nominatim actum sit, ut in *dict. leg. ob eam causam*, siue de quolibet expromissore in genere, ut in hac lege, dubitari non posset, quin conditioni pecuniarum locus esset, tanquam ob causam datam, causa non secuta. Ergo & data per acceptilationem liberatione, idem dicendum est, ut conditioni locus sit, non liberationis, sed pecuniarum: atque ita disertè scriptum est in *d. leg. si mulier*. secundum quam malo hanc intelligere, quam cum Accursio, & Bartolo, de conditione liberationis: cum liberatio ab obligatione, quamvis iuris sit, non facti, non magis tamen condici possit, quam factum, id est quam acceptilatio ipsa, quæ facti est, & quæ idèd pro infecta haberi non potest. In omnibus enim iuribus genera e illud est, ut cum semel amissa sunt, nullus ad ea regressus detur, nec si dolo aduersarij amissa sint, ita ut ad actionem, vel ad replicationem de dolo hoc casu confugiendum necessarium sit leg. queritur 14. §. si venditor *infr. de adilit. edict.* Aut si quando æquum sit amissa iura restitui, & restituari, eodem facto nouo opus est ad ea restituenda, quo inducta prius & inducenda fuerunt, ut in leg. metus 9. §. ex hoc edicto *supr. Quod met. caus.* vbi dicitur, ex illa parte edicti de restitutionibus in integrum, quæ est de eo quod metus causa factum sit, faciendam esse in integrum restitutionem officio iudicis, id est, ut si per vim res tradita sit, retradatur, & si acceptilatione liberatio interuenierit, restituatur in pristinum statum obligatio, per nouam promissionem, ex qua iudicium accipi possit, quomodo posset ex veteri, si superesset. Ita enim fit, ut non contra iuris regulam extincta obligatio reuiuiscat, nec parata liberatio tollatur, quod iure fieri nullo modo potest, sed in locum veteris peremptæ noua obligatio inducatur, quæ ideo restitutoria dicitur, & utilis non directa, qualis prior erat leg. quamuis 8. §. si conuenierit & seqq. *infr. ad SC. Velleian.* & quæ cum conditione concurrere nunquam potest *d. §. si conuenierit*. neque id in actione quod metus causa, mirum videri debet, cum sit in integrum restitutio, cuius proprium ius est, ut omnia in integrum reponat *l. quid si minor 24. §. restitutio supr. de minor.* Quid enim aliud restitutio est, quam redintegrandæ rei, vel causæ actio? ut Paulus in sententiis definit. At conditio ob causam dati, causa non secuta, non in id competit, ut in suum statum res reponatur, sed ut illud ipsum, quod datum est, repetatur. Data porro liberatione, quid aliud datum videri potest, nisi ea ipsa pecunia quæ debebatur? Pecunia ergo condicenda est, non acceptilatio ipsa, non liberatio: nam & longè aliud est, liberationem solam obligationis ad aliquem peruenisse, aliud verò rem ipsam, quæ debebatur, peruenisse. Pendet autem hæc distinctio ex eo, an is qui liberatus est, rem illam penes se habuerit, an non, nam si non habuit, sola obligationis liberatio ad eum peruenisse intelligitur, si verò habuit, etiã res ipsa cum liberatione peruenisse credenda est, ut eleganter Celsus tractat

in *l. si sponsalibus 58. §. 1. infr. de iur. dot.* At qui distinctio hæc non cadit in debitorem pecuniarum, sed tantum in debitorem speciei, de quo in *d. §. 1. nam pecuniarum debitor fieri non potest, ut non ipsam pecuniam penes se habere videatur, cum ea recipiat functionem in suo genere, neque vquam pereat, nec si omnes debitoris facultates ad peram vsque & sacculum incendio absumptæ sint *l. incendium 11. C. si cert. petat.* Quisquis igitur acceptam fert debitori suo pecuniam, non solum liberatione obligationis, sed & pecunia ipsam, quæ debebatur ei, dedisse intelligitur. Proinde cum in conditionem quamlibet, illud ipsum duntaxat quod datum fuit, nec aliud quicquam venire debeat, consequens omnino est, ut in specie huius legis conditio danda sit non liberationis, sed pecuniarum, ut quæ contractus hic licet per acceptilationem fiat, quæ facti est, non tamen censeri debeat contractus *Facio vt des*, aut *Facio vt facias*. Sed contractus *Do vt facias* cum conuenit, ut pro pecunia quæ mihi debebat, expromissori daret, quod facti est, aut do vt des, si conuenisset ut pro expromissore fundum daret, aut aliam quamlibet speciem. Quare nec tractandū hinc quicquam est de actione de dolo, quæ sola cõpetit ex *õura õu Facio vt des*, sicuti diximus, sed cum de contractu illo agamus *do vt facias*, ex quo duplex actio nascitur, & civilis incerti præscriptis verbis ad id quod agentis interest, si non fiat, quod fieri placuit, & conditio ob causam dati causa non secuta, ut scriptum est in *d. l. naturalis 5. at cum do, de præscript. verb.* apparet vtrumque verissimum esse, & quod Vlpianus hic scribit ei qui acceptum tulit, ut haberet expromissorem dandam esse conditionem, de qua in hoc tit. Videlicet pecuniarum quæ debebatur, non autem liberationis, & quod Papinianus in *d. l. ob eam causam*, eidem competere incerti actionem, ut officio iudicis non vetus obligatio restauratur, sed vt promissa præstetur, aut cõdemnatio sequatur, quanti intererit agentis, nec Vlpianum cum Papiniano pugnare, cum vtraque actio locum habere possit, licet alterutris electione altera tollatur *l. 4. §. 6. C. de rer. permut.* Proinde nil necesse est, ut ad eos cõsiliandos dicamus cum Bartolo ad *d. l. ob eam causam*, obligationem primam non restaurari quidem per actionem præscriptis verbis, sed restaurari tamen per conditionem ob causam dati, nisi cum actio talis est, quæ restaurari non potest, ut querela in officio de qua in *l. cum mora 6. C. de transact.* aut alia actio ex delicto ex *l. si tibi 17. §. 1. l. si vnus 27. pactus ne peteret supr. de pact.* quasi ea sit Vlpianus sententia in hac lege, vbi nullum tamen verbum de obligatione veteri restauranda, nec rursus cum Accursio distinguere oportet, an obligatio quæ per acceptilationem sublata est, pura fuerit & liquida, an in diem, aut cõditionalis, aut dubia, ut his posterioribus casibus conditio detur liberationis solius ad restaurandam veterem obligationem, non pecuniarum, priore verò danda sit pecunia ipsius redit, non solius liberationis ex *d. l. si mulier 10. infr. hoc tit. inu. l. ait Prætor 10. §. si condicionalis accep. infr. qua in fraud. credit.* Eius enim fateor, non posse hac cõditione statim condici pecuniam accepto latam, quæ ante acceptilationem non purè, sed in diem vel sub conditione debebatur, ne alioqui plus repetatur quam datum sit, quod absurdum est. Non eo magis tamen necessaria est hoc casu restauratio veteris obligationis, sed danda est cõditio pecuniarum sua die, si in diem debebatur, aut eueniente demum conditione si sub conditione, denique sub iisdem exceptionibus quæ priori actioni obici poterant, in cuius locum videtur hæc conditio*

conditio substituta *arg. d. §. si condicionalis*, vbi agitur quidem de restauranda obligatione veteri, quæ fuerat extincta in fraudem creditorum, siue per acceptilationem, siue alio quouis modo, quia per Paulianam id agit Prætor ut rescindat, & pro non facta habeat, quicquid in creditorum fraudem alienatum & gestum est, ne quid plus minusve confendantur creditores missi ex edicto in possessionem vniuersorum bonorum debitoris, quam si nihil in fraudem alienatum esset *§. item si quis Infr. de action.* Sed neque in conditione ob causam dati causa non secuta, neque in actione præscriptis verbis tale quicquid tractari potest, quia per huiusmodi actiones non rescinditur quod factum est, sed eo manente factum aliter cõsultur ei qui deceptus est, ne in damno moretur da illi electione, vtrum malit condicere quod dedit, an agere præscriptis verbis, et vel fiat quod placuit, vel quæ i actoris interest, et præstetur: illa tantum dubitatio superest, quæ Accursio mouet, cur necessaria videri possit aut cõditio, aut incerti actio præscriptis verbis, cum expeditius videatur dicere acceptilationem valere, quasi tacitè facta sub conditione illa tacita, si causa sequeretur propter quæ acceptilatio facta est ex *l. licet 43. in princip. infr. de iur. dot.* vbi idem Vlpianus scribit, licet soleat dos per acceptilationem constitui, tamen si ante matrimonium acceptilatio facta sit, nec nuptiarum secuta, placuisse Sequolæ matrimonij causa acceptilationem interpositam non secutis nuptiis nullam esse, atque ideo suo loco manere acceptilationem: nam si in acceptilatione pura id obtinet, quæ magis in ea quæ tibi facta sit ea lege & conditione, ut aliquid des vel facias: Sed bene respondet Accursio speciale id esse in acceptilatione facta ex causa dotis constituentæ, propter eam quod omnis stipulatio, & cõstitutio dotis, quantumlibet pura, tacitè illa conditione habet, si nuptiarum sequantur *l. stipulationem 21. & seq. eod. tit.* nec minus acceptilatio quæ a alia quælibet pactio, licet dici soleat, quod & verissimum est, acceptilationem tantam actum legitimum neque diè recipere neque conditione *d. l. actus legitimi 77. de regul. iur. l. acceptilatio 4. infr. de acceptilat.* quia hæc conditio tacitè & necessariò inest ex natura actus, cum non possit esse dos sine matrimonio,

quæuis possit matrimonium esse sine dote *l. 3. de iur. dot. d. l. si sponsalibus 58. in princip. eod. l. quod Seruius 8. & seq. infr. hoc tit. l. vlt. infr. de cõstitut. fin. caus.* Ideoq. non facit hæc conditio, quæuis expressa inutilè acceptilationem, adeoq. quod magis mirum videri possit, nec condicionalcm *arg. l. aliquando 107. de condic. & demonstr. quæuis non sit nouum, ut secundum iuris regulam expressa noceant, quæ non expressa non nocent l. nonnumquam 52. eod. l. si ita legatum 65. §. illi si volet de legat. 1. at extra huc casum, aut si quis alius similis est, acceptilatio nec tacitè nec expressam conditionem recipit, illa præsertim de qua tractamus, quia non est ex natura liberationis & acceptilationis interpositæ ad liberandum debitorem, ut sequi debeat ratio expromissoris, vel quid simile: & idcirco nec dubitandum est, quin inutilis esset facta debitori acceptilatio sub ea conditione, si pro se expromissorem daret, quia suspenderet vim & potestatem acceptilationis, quæ suspendi nulla arte potest, non magis quam alius quilibet actus legitimus, quia lex nihil vnquam facit in diem vel sub cõditione, sed purè omnia sicut & natura quam in omnibus lex quantum potest imitatur: illa tantum suspensio in acceptilatione locum habere potest, si quod in diem, vel sub conditione debebatur, deductum sit in stipulationem. Ex natura enim actus fit, ut diem vel conditionem expectari necesse sit, priusquam acceptilatio effectum habere possit *l. quod in diè 12. de acceptil.* Ceterum quod diximus ex Sequola & Vlpiano in *d. l. licet* nullam esse acceptilationem factam dotis constituentem gratia, si nuptiarum non sint secuta, ita accipiendum est, si mulier nullam esse velit: nam si eam adprobet, maliq. pecuniam condicere, quod citra acceptilationis ad probationem fieri non potest, vtrique conditionem pecuniarum habeat *d. l. si mulier. 10. infr. hoc tit. qua cum d. l. licet sit concilianda est, arg. l. 3. §. falsus procurator infr. rat. rem habet.* Non quomodo conciliatur à Bartolo in *d. l. si mulier*, ut in eius legis specie id actum expressim fuerit, ne acceptilatio tacitam conditionem illam haberet, si nuptiarum sequerentur, quod certè nulla pacto fieri potest, non magis quam ut dos sit sine matrimonio *d. leg. 3. d. leg. si sponsalibus 58. in princip. leg. si pater 76. in fin. de iur. dot.**

§. IDEM libro 2. Disputationum.

SI pecuniam ideo acceperis, ut Capuam eas, deinde parato tibi ad proficiscendum conditio temporis vel valetudinis, impedimento fuerit, quominus proficisceris: an condici possit, videndum. & cum per te non steterit, potest dici, repetitionem cessare. sed cum liceat penitere ei, qui dedit: proculdubio repetetur id, quod datum est: nisi forte tua intersit, non accepisse te ob hanc causam pecuniam, nam si ita res se habeat, ut licet nondum profectus sis, ita tamen rem cõposueris: ut necesse habeas proficisci, vel sumptus, qui necessarij fuerunt ad profectioem, iam fecisti, ut manifestum sit, plus fortè quam accepisti, te erogasse: conditio cessabit. sed, si minus erogatum sit, conditio locum habebit, ita tamen, ut indemnitas tibi præstetur eius, quod expendisti.

Ad l. Si pecuniam 5.

RAT. DVB. & DECID. in textu positæ sunt: nam ratio dubitandi propter quam videbatur non esse locus cõditioni, illa erat, quod per te non steterit, quominus pro me Capuam eas. Ponimus enim post datam à me tibi pecuniam, ut pro me Capuam res, paratam tibi ad proficiscendum conditionem temporis,

vel valetudinis impedimento fuisse, quominus proficisceris. Ergo cum vi maiore impeditus fueris, nihil que tibi possit imputari ut & in *l. 2. §. si quis iudicio & seqq. §. vis fluminis supr. si quis caution.* consequens videtur ut ne possim tibi condicere pecuniam, quam dedi: saltem cõditione ob causam dati, causa non secuta, de qua hic agimus, eum huic cõditioni non quælibet cessatio viam aperiat, sed ea demum quæ

culpa adnexa habeat l. 3. §. 1. ubi dixi *supr.* & in sane est, non potest in hoc casu conditio habere locum illa de causa, quod in implenda ea re qua promiseras cessaveris. Sed ratio decidendi, propter quam concludit Vlp. posse me pecunia reperere, illa est, quod in hoc genere contractuum liceat ei poenitere, qui dedit, quandiu is qui accepit, non implevit ex sua parte d. l. 3. §. 1. *supr.* Poenitentia enim rebus omnibus integris locum facit huic conditioni, non inspecto eo an per eum qui accepit, steterit quominus impleverit, an non steterit, dummodo non impleverit in eo quod commodius est poenitere, quam condicere quasi causa non secuta, non solum quod plura soleant incidere, & emergere ex quibus dubitari possit, an per eum qui accepit steterit, quominus ex parte sua impleverit, aut an impleverit, quibus tamen difficultatibus poenitentia rebus integris secuta locum nullum relinquit, sed etiam quia quisquis agit condicione ista ob causam non secuta, electionem relinquit aduersario, an contractum implere malit, non minus quam qui agit Praescriptis verbis l. 4. §. 5. & 6. C. de rer. perm. quia scilicet contractum ratum manere vult ex quo agit, vult quod eo contractum non minus conditio quam actio Praescriptis verbis nascatur l. naturalis 5. §. 1. & §. 2. at cum de *infr.* de praes. verb. Quam tamen electionem non relinquit ille qui condicere ex poenitentia, nec naque pugnaret, si ex eo contractu ageret, cuius ipsum poeniteret. Et si pro hoc comodo sentit illud incommodum, quod per hanc actionem nihil aliud reperere, aut consequi potest, quam illud ipsum quod dedit, non etiam si quid praeter ea eius interfit: quia non potest id quod interest peti nisi actione Praescriptis verbis, quae idcirco incerti actio dicitur a Papiniano in l. ob eam causam 9. & in l. si dominus 8. iunct. l. insulam 6. eod. ill. tit. & alibi saepe.

a Sed cum liceat poenitere. R. A. T. D. V. B. Contractus omnes ab initio sunt voluntatis, ex postfacto necessitate l. sicut 5. C. de oblig. & act. in com. dato 17. §. sicut *infr.* commodat. Contractus autem innominati perinde contractus sunt, & dicuntur *ομιλλοειδῶς*, atque ij qui non est speciale ac proprium habent l. 3. §. 1. in *fin.* l. vlt. *infr.* hoc tit. l. iuris gentium 7. §. 1. *supr.* de pact. Ergo nec in his locus est poenitentiae, ne quidem ex parte illius qui dedit, cum imputare sibi debeat, cur dederit ei qui nihil dum facere aut dare vellet, aut saltem cur non ab eo stipulatus sit vt in d. l. si dominus 8. de praes. verb. D. E. C. Differentia hac parte constituenda est inter contractus nominatos & innominatos ob eas rationes dissimilitudinis quas attulimus ad l. 3. §. sed si tibi dederis *supr.* hoc tit. Nam quae ab Accursio & Bartolo adferuntur, quis probare eas possit? Ait Accursius, contractus istos innominatos debiles esse in contractibus obligatione, id est vt addit Bartolus, quia consensus non contrahuntur ex l. iuris gentium 7. in princip. *supr.* de pact. ac proinde esse etiam debiles in ea retinenda, ego vero debiles eos esse nego in contrahenda obligatione, cum ex his obligetur is qui accipit, aut qui aliquid sibi fieri patitur, vt vicissim faciat quod promissit, adeo vt nec poenitere possit, nec recusare quominus incerti actione Praescriptis verbis conueniatur ad id quod interest, si promissa non impleat, vel saltem actione de dolo d. l. naturalis 5. §. 1. & seqq. de praes. verb. nam ex parte illius qui dedit, non potest videri contractus esse debilis, cum id agatur ne ipse obligetur, ad quid enim obligaretur is, qui contractum ex parte sua implet, prius etiam, quam aliquid promiserit? Nego in his contractibus consensus non interuenire, alioqui dominium ex his transferri non posset. *in omnibus rebus* §. de oblig. & act. Nego debiles esse contractus, qui consensu non contrahuntur, an non enim

pleriq; re, alij vt bis, alij literis contractantur, qui sunt validissimi, & qui nullum admittunt leuissimum? Nego denique esse debiles in obligatione retinenda, cum ex parte illius qui accipit & qui solus obligatus est, nullus sit poenitentiae locus? Nam de obligatione retinenda illius qui ex parte sua implevit, frustra tractare velis, cum, vt diximus, nec sit nec fuerit vnquam obligatus. Bartolus vero, vt Accursio subtilior videatur, ait contractus innominatos, antequam compleantur non producere obligationem civilem, & neutrum ex contrahentibus civiliter obligari ex l. ex placito 3. C. de rer. perm. sed parum subtiliter, nam cum isti contractus iniuriam sumat ab impleto l. i. *in fine* ill. tit. de rer. perm. non possunt habere nomen contractus, an neque vltius obligationis siue naturalis, siue civilis, antequam impleverint saltem ex vna parte secuta sit, quo tamen ex vna tantum parte secuto, nec dubitat Bartolus, quin alius etiam civiliter obligetur, non quidem ad implevit praescriptis promissit, sed vt ni impleat, praestet, quanti inter est eius, qui implevit, si non malit, qui implevit tem condicere, quoties talis est, vt condici possit l. 4. §. 5. & 6. C. de rer. perm. d. l. §. 1. & 2. de praes. verb. quod si placitum aliquid praecesserit, quomodo in permutatione vt praecedat necesse est, non etiam in ceteris contractibus innominatis d. l. 3. & 4. C. de rer. perm. non dicit tamen contractus esse ne quidem inchoatus, sed nudum pactum, ac proinde inefficax ad producendam civilem obligationem, quae ex pacto nudo si pacta legitima excipias, quae tamen non sunt nuda, nasci nunquam potest: adeo vt neque naturalis vlla obligatio ex eo pacto nasci possit ad impediendam dari condictionem, ex parte eius qui non vult implere, cum iure naturae iniunctum sit, vt ex eius qui implevit, laetitia locupletetur l. nuda natura 14. *in fine* de cond. in deb. l. iure naturae 206. de regul. iur. naturalis enim obligatio illa est, quae solius naturalis aequitatis vinculo sustinetur l. Stichum aut Paphilum 95. §. naturalis de solut. Vnde est quod etiam in contractibus permutationis, si is qui accipit, nolit ex parte sua re tradere, condictioni locus est, quasi re non secuta, nec praecedens placitum permutationis impedit repetitionem d. l. 1. §. vlt. de rer. perm. *in fine*. Quod vero pro secunda ratione addit Bartolus, quoties obligatio debet impleri interuentu rei, licere parti poenitere, & re non accipere ex l. qui pecuniam 30. *supr.* de reb. credit. l. pen. *in fine* quae res pignori oblig. poss. l. 1. & l. potior 11. Qui potior. in pignori hab. minus certe ad re pertinet id enim tu verum dicitur, cum contractus neutra ex parte adhuc impletus est, cui interuentus rei praebere in initium debet, quem admodum si post initum pactum permutationis inter nos reculari accipere rem, quam tu velles mihi dare, cum nulla stipulatio interuenisset. At nos de eo contractu agimus, qui iam sit impletus ex vna parte, ac proinde ex quo is qui accipit, ceperit esse obligatus, ad implevit ex sua quoque parte, & quaerimus, cur ei qui implevit liceat poenitere, cum voluntate sua non minus declarauerit implendo ex sua parte, quam si impleto aduersario aliquid ab eo accepisset, deinde pacto hac posterior Bartolus, si vera esset, probaret locum esse poenitentiae ex parte illius qui dedit, etiam si paratus esset aduersarius ex parte sua implere ante poenitentiam, quod tamen non ita est: Sera namque est poenitentia, a quo instanti paratus est implere ex sua parte, is qui accipit: cum exinde res non sit amplius integra, sed contractus pro impleto ex vtraque parte haberi debeat: quo casu nemo diceret poenitentiae locum aliquid inuenire. arg. l. si reus paratus 73. *supr.* de procurat. Sicut nec conditio ob causam dati causa non secuta locum aliter habere potest, quam si constet nolle aduersarium ex parte sua implere d. l. 1. §. vlt. *in fine* de rer. perm. quibus nuda

nuda implendi voluntas non sufficit si non statim impletum sequatur, alioqui non est paratus implere, qui nec si velit implere statim possit, vt scripsimus ad l. si debitori 2. 1. *supr.* de iud. Vt igitur totius iuris huius ratio illa est, quam attulimus ad d. l. 3. §. 2. *supr.* hoc tit. quod contractus innominati, cum ab impleto pendeant, & ex eo aestimantur, non possunt perfecti esse ante secutum ex vtraque parte impleto, sed tantum ex parte illius qui implevit, vt aduersarium suum habeat sibi obligatum, nec ipse tamen sit obligatus ei, qui neque adhuc implevit, neque implere paratus est: nemo enim dando se obligat, sed eum qui accipit, nisi cum donat. Donatio enim contractus nominatus est, vt interpretes omnes consentiunt, nec is qui donat id agit, vt accipientem obliget, sed tantum, vt rei suae dominium irrevocabiliter transferat in accipientem, nisi cum certa lege & condicione donatio facta est, quo casu & conditio, & actio praescriptis verbis donatori datur l. velles necno 6. & pass. C. de reuoc. don. l. 1. C. de do. qua sub mod. l. vlt. C. de rer. perm. Planè in contractibus innominatis locum non esse poenitentiae constat inter omnes ex d. l. sicut 5. C. de oblig. & act. l. in com. 17. §. sicut *in fine* commod. in iis sc. qui sunt vltro citroque obligatorij eque principaliter, cuiusmodi sunt contractus venditionum, locationum, dotium, societatis & alij si qui sunt similes. Itè illi qui vnica datione, & dominij translatione contenti sunt, vt contractus mutui & donationis, aut generalis qui ita sunt, vt vnus tantum ex contrahentibus obligetur vt in stipulatione, quae vbi certam legem habuit, immutari postea alterutris arbitrio non potest l. vero procuratori 12. §. pen. *in fine* de solut. Ceterum si deposuerim penes te aliquid, vt vel post mortem tuam vel post meam reddatur, nemo dubitat quin mutare voluntatem possim, & statim depositum repetere l. 1. §. pen. *in fine* de pos. nempe quia depositum sit tantum gratia deponentis, non etiam depositarij, nec quicquam interest depositarij quando depositum repetatur, nec is qui deposuit, hoc ipso obligatur depositario, etiam enim ex deposito duae actiones depositi nascuntur: directa vna, & contraria altera, non tamen nascitur contraria aequè principaliter & ab initio, sed ita demum, si quid ad rem depositam custodiendam & seruandam depositarius de suo impenderit, quo certè casu, si depositum & contractum reuocare vellet is qui deposuit, non praestita prius depositatio indemnitate, & ex sola poenitentia non posset, quia iam cepisset interesse depositarij l. ei apud quem 5. eod. tit. Idem in mandato iuris est si mandantis tantum gratia interpositum sit, reuocari enim potest sola mandantis voluntate, dummodo rebus omnibus integris, id est dum ne ceperit mandatarij interesse §. restit. *in fine* de mand. At non eadem societatis ratio est, licet Accursius hunc contractum superioribus aequiparet, etiam enim non prohibetur socius etiam inuito locio renuocare societati, nullo quoque pacto de ea re interposito l. sed & socius 17. §. vlt. *in fine* pro socio, ipsa tamen intempestiva renouatio societatis venit in estimationem, vt ibidem scriptum est, ne quis putet esse illam impunitam, & ex sola poenitentia liberam renouantem: quamquam dici etiam potest, contractum societatis non esse perpetuum, sed iuraturae temporalem, cum nulla in aeternum societatis coitio sit l. 1. l. nulla 70. eod. tit. nec id sine summa ratione, propter discordias, quas materia communiois eam inter amicissimos quoque excitare solet rban. praed. quod & in contractu pignoris iuris est, scilicet non perpetuus sit, sed temporalis l. si rem

9. §. omnis pecunia depign. act. l. quandiu 6. C. de dist. pignori. Itaque si subtilius intueamur, non tanta differentia est inter contractus nominatos & innominatos quantum interpretes volunt: omnibus enim commune illud est in vniuersum, vt ex parte eius qui obligatus est, nunquam sit locus poenitentiae, cum obligatio nulla sit, quae non soluendi necessitatem secum ferat, vt ex obligationis diffinitione apparet apud Iustin. *Tit. de oblig. neque* rursum ex parte non obligari, vt duriorum eius, qui obligatus est, condicionem facere possit. Ea namque forma & lex contractus retinenda est, quae ab initio dicta fuit, differentia tantum in eo est, quod in contractibus nominatis is qui dedit aliquid, vt contractum ex parte sua impleverit, nunquam ex poenitentia condicere potest id quod dedit, quia ex procedente conuentione obligatus fuerat, vt daret, vel dedit non vt vicissim aliquid acciperet, sed hoc actio siue expressè siue tacitè, vt vel tantumdem ei redderetur vt in mutuo, vel idem ipsum, vt in dote, nam ita deposito commodato & pignore datio nulla intercedit, quae dominium transferat, vt possit inducere condicionem, sed nuda traditio ex titulo non satis habili ad dominium transferendum l. nunquam nuda 31. de acq. rer. dom. At in contractibus innominatis poenitentia sola parit condicionem eius quod datum est, quia nec obligatus fuit is qui dedit, vt daret, deditque vltro, vt accipientem ad dandum vicissim aut faciendum aliquid obligaret, nec potest iniquum videri genus contractus ob id solum, quod cum fiat in gratia vtriusque, tamè ex vna tantum parte sit obligatorius. Quam enim potest iniuria videri facta ei qui solus obligatus est, & accipiendo vltro seipsum obligauerit, cum esset in eius potestate non accipere d. l. qui pecuniam 30. *supr.* de reb. credit. d. l. 1. d. l. potior 11. qui potior in pign. hab. & pro aduersarij obligatione habeat iam penes se dominium rei datae, & quidem irrevocabiliter, si modo velit esse diligens in eo implendo, quod ex parte sua promiserit: alioqui de seipso, non de aduersario cogere debet, aut quam de iure ipso, cum plus cautionis sit in re quam in persona, vt habet iura iuris regula. Quod si eum qui dedit poeniteat, antequam paratus fuerit is, qui accepit, implere ex sua parte: ne tamen quidem magnam haberet querelae causam, cum nihil eius intetuit, nec dano villo afficiatur: nam si ceperit interesse, forte quod aliquid expenderit, vt ex sua parte impleverit, certum est non aliter licita esse poenitentia, quam si plenissima indemnitas ei praestetur, vt Vlpianus hanc disertè scribit. Itaque hac parte nulla est differentia inter contractus innominatos & nominatos, qui ex vna tantum parte habent obligationem principalem, ex altera vero contractum de calculo & indemnitate d. l. ei apud quem l. furti 6. §. vlt. *supr.* de his qui notant. *in fine*. Nisi quod in contractibus innominatis, stultum est distinguere cuius gratia fiat, cum ex ipsa ratione in eundem appareat fieri eos semper in gratia vtriusque siue de vt des, siue de vt facias, siue facias, vt des, siue facias vt facias: quauis Bartolus hanc veterum quorundam interpretum distinctionem tueatur, notet posse fieri, vt de tibi centum, vt Capua eas pro negotio aliquo quod non minus ad te quam ad me pertineat, sed si quando id accidit potest enim quauis rarius accideret ita magis verum est, quod volumus vtriusque gratia contractum fieri, & querendus esset casus potius, in quo non nisi alterius tantum gratia fieret: quod nunquam inuenietur. Quis enim tam stultus sit, vt tibi dare velit pecuniam, vt pro te Romam eas, aut Capuam. At contractus nominati plerique sunt gratia alterutris tantum, vel solius dantis, vel solius accipientis l. 3. §. nunc videretur vbi dicimus *in fine* Commod. qui vero etiam gratia

vt utiq; fuit, in hoc tamen differunt ab innominatis, quod perfectionem suam ab initio habent, aut ex solo mutuo consensu, aut ex traditione secuta, innominati aut perfecti non sunt, nisi ex parte illius, qui prior datur, aut facit, vt scilicet qui accipit, vel aliquid sibi fieri patitur, obliget ad implendum vici suum ex sua parte, cum tamen is qui prior dedit vel fecit, neque sit, neque vnquam fuerit obligatus. Perfectio enim contractus cuiuslibet ex eo solo estimanda est, vt cuiuslibet possit obligationem, pducere d. l. i. i. u. gentium §. 1. ac proinde quoties vt utiq; gratia sit, non aliter perfectus dici potest, quam si vt utiq; obliget, quod tamen in contractibus innominatis non euenit, nisi cum ex vtraque parte impleti sunt, quia exinde incipit etiam qui dedit obligatus esse, vt nec iam penitere illi possit nec si reddere paratus sit, quod vicissim accipit, non magis quam in specie l. qui ob rem 35. inf. de cond. indeb. nec amplius ob id quod dederit vel fecerit, actionem aliquam habere aduersus alium, qui ex parte quoque sua impleuit. Porro ad impediendam conditionem siue ex penitentia, siue quasi causa non secuta, in omnibus contractibus innominatis sufficit, vt qui posterior implere debuit, implere iam ceperit, ex eo namque instanti quo implere cepit, desinit res esse integra, & consequenter desinit locus esse penitentiae, vt Accursius noster probat ex l. quod seruus §. inf. hoc ti. vbi dos data puellae nomine, qua nondum atate nubile copulerat, condici interim non potest, non solum quasi causa non secuta, sed neque ex penitentia, quoniam factum iam aliquid fuerat ex vtraque parte, praecesserant nimirum sponsalia quamquam nullis quoque praecedebat sponsalibus, si pecunia dotis nomine data tantum fuisset, non aliud respondendum putaret, non equidem fauore d. tui & matrimonij, vt Bart. pu. at ex l. si ego 9. §. si res in si. de iur. dor. [est enim postrema pars illius verficuli tota Triboniani, vt a non bis probatum est lib. 8. Coni. c. 9.] sed quia licet matrimonium inter eos qui nondum iuxta sunt atatis consistere non possit, conualescit tamen solo lapsu temporis in ista; atate adueniente, nullo accedente extrinsecus facto, siue viri, siue mulieris l. 4. inf. de rit. nup. sed ordine quodam temporis naturali, vt loquitur Tryphoninus in l. filius 28. §. 1. in si. de liber. & possib. & impedimentum nuptiarum, quod efficit ne causa ob quam dos data fuerat, adhuc secuta videri possit, non tam factum iuris est, & ex causa non perpetua sed temporalis; proinde sufficit durare habitum illum matrimonij, & posse suo tempore in verum matrimonium commutari, ad impediendam conditionem pecuniae sic datae tanquam in dote periturae, quando iam fieri adhuc potest, vt perueniat, quomodo Neratius ratiocinatur in d. l. quod seruus idque ex tacita vtriusque contractuum voluntate, obseruandum autem est, non in quolibet contractu innominato posse locum esse penitentiae, sed eo tantum casu quo & conditioni locus esse possit, i. in contractibus do vt des, & do vt facias d. l. naturalis §. 1. & 2. de praes. verb. nam si prius implementum ceperit a facti do, certum est neque penitentiae neque conditioni locum esse, quia facta condici non possunt, & frustra te peniteat id fecisse, quod vbi factum est, pro infecto haberi non possit l. si non forte 26. §. libertus de cond. indeb. l. qui ea mero 65. de furt. l. in bello 1. §. furti de capt. & possib. ideoque hoc casu ad actionem de dolo necessario recurrentum est d. l. naturalis §. quod si facti & l. 4. C. de dolo l. 4. C. de transf. Quamuis autem sola penitentia pariat conditionem, comodior tamen illa condicio est, quae nascitur ex implemento non secuto, quia comitem habet incerti actionem praescriptis verbis, per quam actor etiam id quod sua interest, consequatur d. l. §. 1. & 2. de praes. verb. d. l. 4. §. 6. C. de ver. perm. quod in conditione quae ex penitentia nascitur, diuersum est, nemini enim per-

mittendum est, vt ex sua penitentia durior facere conditionem aduersarij sui possit, quam si non contraxisset cum districto cauendum sit, ne penitentia faciat alij iniuriam §. ite si quis inf. hac leg. nemo enim consilium mutare in alterius iniuriam potest l. nemo potest 75. de reg. iur. cum autem ex defectu causae non secuta datur condicio, causam finale esse oportet, non impulsu tantum, i. talem esse necesse est, vt non aliter daturus vel facturus fuerit is qui dedit, vel fecit, vt bene Accursius notat ex l. i. sup. l. 1. §. 1. inf. ti. prox. l. 2. §. vlt. inf. de do. l. sed si mors 13. §. vlt. de don. int. vir. & vxor. ite expressa esse oportet, non tacita, & ab eo tantum qui dedit, aut fecit, subintellecta l. 3. §. si quis quasi sup. hoc ti. & l. si reperiendi 7. C. eo. l. si maiores 25. C. de transf. nisi ab vtraque parte subintellecta sit, vt scripsimus ad d. §. si quis quasi e. d. l. 1. §. vlt. sup. l. in summa 65. §. sed agere inf. de i. ond. i. deb. l. cum quis 12. inf. hoc ti. porro non videtur causa secuta, si non legitime secuta sit, vt idem Accursius docet ex d. l. 3. §. si liber homo & §. si quis quasi vbi etiam dixi sup. nihil enim refert an quid omnino factum non sit, an minus legitime factum sit l. quoties 6. sup. qui satisd. cog. l. 2. in si. de auct. tut. Idem notat, & bene conditionem hanc dari ad id ipsum repetendum, quod datum fuit, si consistat in specie, vt in l. 1. in si. de ver. perm. Si vero in quantitate ad tantum, vt in specie huius legis, aut illud ipsum, vt loquitur Proponius in l. quod indeb. 7. inf. de cond. indeb. Et si nec in specie data nouum est, vt aliud datum sit aliud verum condicatur, vt in d. l. si non forte 26. §. libertus ead. tit. vbi dicitur etiam fructus condici, & accessiones naturales, vt & in l. indebiti 15. eo. l. qui se debere 7. §. vlt. inf. hoc ti. quamuis in vltis aliud sit l. 1. C. de cond. indeb. quia sunt civiles accessiones, nec tamen natura, quae iure percipiunt l. si natus 62. sup. de rei vind. nihil rursum refert, an quid reuera datum sit, an interpretatum, vt loquitur Accursius, vt in specie l. prox. sup. & l. si mulier 10. inf. hoc ti. licet male addat Accursius si pecunia pure debatur. Hoc enim ad legem praecedentem iam refutauimus, sed ad id quod aduersarius dare vel facere debuit, vt contractum ex parte sua impleteret, nunquam datur condicio, licet tacita illa conditione semper habeat, si non aduersarius ex parte sua impleat d. l. 4. §. 6. C. de ver. perm. nisi cum datur condicio ex penitentia, vt haec lex optime probatur: autem actio praescriptis verbis, sed non tam ad id vt contractus impleatur, sed ad id quod interest ageris, ni contractus impleatur, aut ad vtriusque etiam si voles sed alternatiue, vt vel hoc vel illud fiat, quae admodum supra iam docuimus ex d. l. 4. §. 6. C. de ver. perm. & d. l. naturalis §. 1. & 2. inf. de praes. verb. Male Bart. contra ea, quae disputauimus, tetat etiam in contractibus innominatis, qui a facti incipiunt, i. in contractibus facio, vt des, & facio, vt facias locum esse penitentiae, in ea quae aliquos casus congerit, quorum nullus potest admitti. Primus est si ex vtraque parte nihil adhuc sit impletum, in quo non videt Bart. de penitentia tractari nihil posse, nisi si tunc cum nullum sit contractus, nec perfectus nec imperfectus cuius penitere alterutrum possit, quadiu neuter impleuit, cum implementum vnus initium obligationi alterius praebet d. l. 1. de ver. perm. Secundus casus est, si ex vna parte impletum sit, sed tale factum sit, quod possit repeti, veluti, inquit, vacua possessione tradita, atque male, nam cum traditio nihil aliud sit, quam datio possessionis l. 1. in pr. de act. emp. qui tradit non tam facit quam dat possessionem, & cum condici non factum ipsum tradendi condicit, sed possessionem quam dedit, vt in l. qui exceptionem 40. §. si pars de cond. indeb. l. heres 21. inf. ad SC. Trebell. Alio qui nec contractus, do vt des, inciperet vnquam a datione, sed semper a facti, cum dari quid nihil aliud sit, quam dominium eius transferri

transferri l. vbi autem 75. §. vlt. de verb. obl. non videtur data 167. de reg. iur. dominium autem transferri non soleat, nisi per traditionem l. traditio 20. de acq. rer. dom. l. tradit. 10. C. de pact. Traditio autem semper facti est l. conf. 7. §. vlt. inf. de curat. fir. §. Tertius Bartoli casus est, si petat vt te reponas in primitiuam obligationem, sicut, inquit, in specie legis praecedetis, atqui hoc falsum est, vt detur vnquam condicio liberationis ad restaurandam primitiuam obligationem l. ob ea causam 9. de praes. verb. sed tantum ad pecuniam ipsam repetendam, quae per acceptilationem data esse intelligitur l. si mulier 10. inf. hoc ti. idque pluribus a nobis probatum est, ad legem superiorem. Quartus casus est, etiam factum tale sit, quod condici nequeat, quoniam, inquit, datur hoc casu actio de dolo in locum doli conditionis, ob causam ex l. cum proponas 4. C. de dolo d. l. act. 4. C. de transf. in hoc vero turpiter bonus fallitur Bart. datur enim quidem mihi contra te actio de dolo, si posteaquam feci cessas dare d. l. naturalis §. quod si facti de praes. verb. sed non similiter, si posteaquam feci peniteat me fecisse: penitentia enim potius excluderet actionem de dolo, eumque ex parte tua contractum implere nolles, quando quidem imputare tibi non posses, cur contractum illum implere noluisse, cuius me iam penituisse. Post factum igitur fera & inutilis est penitentia, per quam fieri nequit, vt quod factum est pro infecto habeatur. Addit Bart. posse ex aduerso etiam contingere, vt contractus a datione inceperit, nec tamen quod datum est condici possit, vt puta si libertas data sit, in quo tamen aequum, sed contrario errore labitur, non enim a datione incipit actus datur libertatis, sed a facti, i. a manumissione, cum non nisi per manumissionem detur libertas, exceptis iis casibus, de quibus in Tit. qui fin. man. ad lib. peru. inf. Manumissio autem semper facti est, ergo defendi non potest quod Bart. pro verissimo concludit, in omnibus contractibus innominatis indistincte locum esse penitentiae: nec illud iursum quod Guilielmus ab eodem Bartolo relatus dicebat, in solo contractu do vt facias, locum esse penitentiae, non etiam in contractu do vt des. Est enim nullum iuris loco tale quicquam scriptum est, de contractu do vt des, ipsa tamen iuris ratio quae semper maxime attendenda est, euincit nullam posse conditionem differre inter contractus innominatos, qui a datione incipiunt: nec debuit moueri exemplo permutationis, in qua fateor non esse locum penitentiae ex l. 1. §. vlt. de ver. perm. Larga enim differentia est, inter contractum do vt des, & permutationem, non in eo solum quod contractus, do vt des, nihil aliud feret sit, quam permutatio quaedam inchoata & imperfecta: permutatio vero contractus potius do, quia de disti, aut si voles contractus do vt des, ex vtraque parte impletus, si permutatio ipsa perfecta sit, vt docuimus lib. 8. C. de iur. c. 9. & 10. sed etiam maxime in eo, quod permutatio non sit sine praecedente placito permutandi l. 3. & 4. C. de ver. perm. ob idque dicitur similis emptio in l. 2. inf. & C. ill. eod. tit. ex quo pacto nascitur obligatio naturalis, quae impedit ne penitentiae locus esse possit arg. d. l. qui ob rem 35. de cond. indeb. l. naturales 10. inf. de obl. & act. quamuis non impediat ne possit locus esse conditioni, si ex altera parte res non sequatur, quia id tacite in pacto permutationis actum ex vtraque parte intelligi debet, vt nisi tu ex parte quoque tua impletes, posses ego condicere, quod ex illa permutationis causa dedissem d. l. 1. in si. fiat contractum, do vt des, nulla vnquam actio praecedat, quae naturalis obligatio pariat ad impediendam dati repetitionem, in obligatione namque civili conueniunt, quia & in permutatione non minus quam in contractu, do vt des, traditio a me facta iuribus obligationi tuae cuiuslibet praebet d. l. 1. Quod

vero rationis loco Guilielmus adducebat, contractus innominatos diuidendos esse ex natura contractuum nominatorum, quibus assimilatur quasi contractus, do vt facias, assimilatur mandato, in quo diximus, posse locum esse penitentiae rebus integris omnibus §. restit. Inst. de mand. bene refellit pro nobis Bart. non ideo solum quod contractus, do vt facias, locationi propius accedat quam mandato nam & locatio verum esset, si tale factum proponeretur, quod locari soleret d. l. naturalis §. at cum do de praes. verb. in locatione autem nunquam est locus penitentiae l. qui operas 38. inf. locat. & mandato aequiparatur potius contractus, facio vt facias d. l. naturalis §. vlt. sed ob id etiam quod neque in mandato vnquam penitentiae locus adeo est, vt si quidem ea causa datum fuerit condici possit, nisi cum mandatum legibus interdictum fuit, vt in specie l. si mulier §. C. hoc ti. actio enim ipsa mandati sufficit ad mutuas omnes illas praestationes, quae ex mandati causa pendere possunt, Ex his apparet quid verum quidve falsum sit in loca illa distinctione, quam proponit Bart. circa totam hanc questionem, an in contractibus siue nominatis siue innominatis locus sit penitentiae, non enim pluribus ea profectum qui aut refellere lubet, ne longioras simus, si multa, quae iam diximus, repetamus, quae tamen inculcare necesse est: sicuti nequam distinctionem valde curamus, quam adfert idem Bart. in alia questione, quando defectus causae conditionem inducat, sufficit enim nobis ea dixisse, ex quibus intelligi clare possit, quid ex iuris ratione sentiendum sit, neque errores Bartoli praecipite in posterum agant, iunge quae scripti ad l. 1. & l. 3. in pr. & §. 2. sup. illud bene Bart. monet conditionem hanc locum habere in omni datione, quae fiat ob causam, si causa non sit secuta, licet ex ea datione non resultet contractus innominatus ex l. 1. §. si parenti sup. l. Senatus 35. §. 1. vers. ergo qui mortis causa inf. de mort. caus. don. Patet enim longe latius quam materia contractuum innominatorum & cum ex aequitate proficiscatur, vt sepius diximus, locum habere debet in omnibus casibus, in quibus eadem iuris & aequitatis ratio obtinet, cum autem quaeritur, an qui condicit, contractum ex parte sua perfecte implere prior debuit, de quo etiam Bart. tractat, distinguendum est, an detur condicio ex sola penitentia, an quasi causa non secuta, priore namque casu nil est necesse, vt prior perfecte impleuerit, quanto enim minus impletus contractus est, tanto facilius per penitentiam resiliari ab eo potest: posteriore vero secus est, quia non potest aduersario imputare, cur non impleuerit is qui prior non impleuit l. Iulian. 13. §. offerri de act. emp. Quid autem aliud est implere, quam perfecte complere, vt nihil desit l. vlt. C. de rei vind. Sed quid si contractus ex vtraque parte impletus est per traditionem, sed tamen desit postea impletus esse propter subsecutam euictionem, nam & de hoc quaerit Bart. ad eod. ille totum hunc tractatum diligenter prosecutus est, vti iam aequum feliciter ac subtiliter. Responderet autem hoc quoque casu, conditionem hanc ob causam dari causa non secuta competere ex l. vlt. inf. hoc ti. nec male, partim enim refert an causa omnino secuta non sit, an vero secuta esse desierit l. 1. inf. de con. fin. caus. sed excipere debuit contractum permutationis, ex quo tradita res si postea sit euicta, competit exemplum actionis ex empto in factum, actio ad id quod interest l. si permutationis 29. C. de euict. iund. l. 4. eo. ti. & l. 2. C. de ver. perm. condicio tamen etiam locum habere potest, si malit is, qui euictionem passus est, re suam repetere, quam agere ad id quod interest, dummodo res tradita & euicta non fuerit, venalis secundum distinctionem l. eod. tit. Sed ferre non possum quod Bart. excipit contractum transactionis quasi inno-

minatum, cum tamen transactio nihil nisi pactu sit, sed perfectum & pariens obligationem naturalem, atque ita impediens dati conditionem & pœnitentiam *l. quamuis 39. C. de transact.* non odio minuendum litium vt passim docet Bartolus, sed iure alterius pacti cuiuslibet quatuordecim nudis, ex quo si res vitinque data sit, & altera postmodum euicta, vt in *l. si profundo 32. eod. tit.* merito placuit dari actionem de euictione ad id quod interest, idque actione præscriptis verbis, non quasi ex transactione, sed quasi ex permutatione, vt in *d. l. si permutationis*, nisi quod hoc casu conditio locum non habet, quomodo habere solet secuta post permutationem euictione *d. l. i. in si. C. de rer. perm.* nempe quia pactum transactionis semper impedit conditionem, nisi de reddendis iis quæ data sunt, stipulatio interuenierit. *cum proponas 17. C. de transact.* nec mirum est, ad conditionem impediendam plus posse pactum transactionis perfectum, quam contractum innominatum imperfectum, vt à nobis latius disputari est in superioribus.

b. *Proculdubio repetetur, quod datum est. R. X. T. D. V. B.* In contractibus nominatis neque pœnitentia neque conditioni locus est, vt supra diximus ex *l. sicut 5. C. de obl. & action. l. in commodata 17. §. sicut in fr. Commodat.* Atqui si pecuniam tibi dem, vt pro me Capuam eas, locatio & conductio est, cum sit etiam factum eorum genere quæ locari solent *l. naturalis 5. §. at cum do inf. de præscrip. verb.* Ergo pecunia quam tibi dedi etiam si Capuam non eas, neque per pœnitentiam meam, neque quasi causa non secuta repeti poterit, atque ita scriptum est in *l. qui operas 38. inf. locat. D. C.* Contractus do vt facias, qui in hac lege initus proponitur contractus est innominatus, similis quidem locationi cum factum tale est, quod locari solet, sed in eo tamen dissimilis. quod imperfectus est, nec vilomodo eum obligat qui dedit, sed eum tantum qui accipit, vt disputauimus in precedentibus, admittit ergo locum pœnitentia, & ex pœnitentia conditioni. Atqui, inquit, factum hoc locari solet, ideo nimirum Accursius ponit, pecuniam fuisse datam in specie non in genere, vel hunc qui pecuniam accepit, non fuisse solitum operas suas locare: quorum vtrumque commentitium est. Prius verò etiam ineptum, pecunia enim tum quoque cum in genere debetur, numerari tamen non potest, nisi in specie, quia genus nec videtur nec tangitur, malo ego dicere id quod res est, ni fallor, non statim atque pecunia pro facto datur locationem esse, sed ita demum si mercedis nomine data sit, sicuti nec emptio est, statim atque pecunia pro re datur, sed ita demum si ea pecunia pro precio data sit, quia nec potest locatio esse sine mercede nec emptio sine precio, ex quo nimirum substantia emptionis consistit *l. pacta conuenta 72. de contr. empr.* Merces autem licet in pecunia tantum numerata consistat, sicut & precium, non tamen omnis pecunia numerata facit mercedem aut precium, sed ea sola de qua conuenit, vt precium sit, vel merces *l. vt. inf. hoc tit.* atque ita intelligi debere quod scriptum est in *d. l. naturalis 5. §. i. & §. at cum do de præscrip. verb.* Præsuppositis nimirum terminis habilibus, qui semper supponendi sunt *l. tutor 35. §. 1. sup. de iure iur. l. adigere 6. §. quamuis inf. de iur. patr.* Omnis enim venditio & locatio perficitur solo consensu, nec incipit vnquam à datione aut à traditione rei venditæ, vel locatæ aut à solutione precij vel mercedis, vt contractus do vt des. & do vt facias à quibus non tantum materia, sed etiam forma, & quod præcipuum est, ex incudi modo distinguuntur,

quamuis cum pecunia interuenit, pro re in contractu do vt des, aut pro facto, in contractu, do vt facias, incipiat eadem esse vtriusque contractus materia, nec nisi ex voluntate contrahentium, & ex modo ineundi estimandum super sit, an contractus nominatus ceteri debeatur an innominatus: quæ Pauli sententia mihi esse videtur in *d. l. naturalis §. i. & seq.* quos locos non aliter possis conciliare cum *d. l. vt. inf. hoc tit. & cum hac lege.* Porro in locatione neque pœnitentia locus est, neque conditioni, at neque restitutioni pecuniarum si per locatorem non stet, quominus operas suas præstet *d. l. qui operas*, quod sic accipiendum est, vt neque iudicio locati & conducti mercedem restitui oporteat, neque cognitione extraordinaria, præsidis si forte de Aduocati honorario tractetur *l. 1. §. Diuus Severus antep. inf. de var. & extr. ord. cognit. adhibendæ tamen sunt circa locationem & conductio nem quædam distinctiones, quas hic attigit Accursius, & de quibus dicendum latius erit ad *l. ex conducto 15. alius l. si vno §. item cum quidam inf. locat.* At in contractu innominato de quo nunc agimus, certum est pecuniam à te datam, si hæc causa ob quam data est, non culpa accipientis, sed fortuito casu secuta non sit, minime repeti posse *l. pen. C. hoc tit. sc. conditione ob causam dati quasi causa non secuta, nisi fortuito casum pœnitentia dantis præcesserit, aut etiam subsecuta sit.* Tunc enim repetetur pecunia non quasi causa non secuta sed ex pœnitentia, vt disertè scriptum est in hac lege, quæ sic concilianda est cum *d. l. pen. non quomodo conciliatur ab Accursio, an casus fortuitus contigerit in persona locatoris, an in persona conductoris, cum neque hic neque ibi agatur de contractu locationis, sed de contractu innominato, & de conditione ex pœnitentia quæ in contractibus, innominatis duntaxat locum habet, etsi vt verum fatear, durius mihi hoc videtur, quam vt possim mihi persuadere ita Vlpianum sensisse & scripsisse, sed iam inde ab illis verbis potest dici manum Triboniani videor mihi agnoscere, nam si iuris rationem cõsulimus, verius est, quod ait dicta lex *pen. C. hoc tit.* non posse repeti pecuniam datam ob causam, tamen si causa secuta non sit, si modò non culpa accipientis, sed casu fortuito contigerit, & stulta est adiectio & exceptio illa nisi dantem pœniteat, cum sera sit pœnitentia, postquam desit is qui accepit implere posse ex sua parte etiam si maxime velit, idque casu aliquo fortuito, quem nulla ipsius culpa præcesserit. Quotus enim quisque esset, quem non hoc casu pœniteret, vt qui iam sperare aliud nihil posset ab eo, cui dedit pecuniam, saltem conditionem ex pœnitentia sibi acquireret, quam aliter habere nullam posset? Fefellit proculdubio Tribonianum quod ab eodem Vlpiano scriptum viderat *l. §. i. & 2. sup.* In hoc contractum innominatum genere locum esse pœnitentia, nec animaduertit debere id intelligi, quadiu res integra est, & in potestate illius qui accepit pecuniam, vt contractum ex parte sua impleat, vel non impleat, nam quemadmodum sera est pœnitentia post contractum ex vtraque parte impletum, vt supra diximus, ita & postquam desit impleri posse, & quid casu fortuito, & citra illam ipsius culpam, cum hoc casu quantum ad eum pertinet, qui implere non possit, vt maxime velit, haberi debeat pro impleto, alioqui danda esset conditio ob causam etiam quasi causa non secuta, si non haberetur pro secuta, quod tamen disertè negatur in *d. l. pen.* Et hac ratione motu Vlpianum in hæc verba scripsisse non dubito, *Et cum per te non fieserit, dicendum est repetitionem cessare generaliter scilicet si-***

ue con-

ue condicere velim quasi causa non secuta, siue ex pœnitentia, ne aliter nobis interpretantibus eueniat, vt nullus futurus sit effectus illius propositionis, quantum ad causam conditionis. Quid enim tua refert an ob pœnitentiam meam cogaris mihi pecuniam reddere, an quia causa non sit secuta? sed Tribonianus, vt solitis suis distinctionibus & subtilitètionibus viam aperiret, immutauit primum absolutam conclusionem Vlpiani, & pro illis verbis dicendum est substituit potest dici quasi non nisi disputando id dici possit, vt bonus, sed miser Accursius interpretari vel inuitus cogitur: deinde subiecit sed cum licet ei pœnitere qui dedit, proculdubio repetetur id quod datum est, atque ita propositionem aperte, & indubitate falsam obtrudit nobis pro indubitate vera, & quia tamen videt, nec generaliter veram esse posse, quæ generaliter & indistinctè falsa est, incipit addere exceptionem nisi forte tua interfit non accepisse te ob hanc causam pecuniam. Et hoc rectè. Constat enim eo quoque casu, quo pœnitentia locus esse possit, nunquam tamen admittendam esse pœnitentiam quæ alij iniuriam factura sit *§. item si quis inf. l. nemo potest mutare 75. de regul. iur.* faceret autem iniuriam, si iam cepisset aduersarij interesse *l. si ita quis 15. §. Seia ad si. de verb. oblig. l. si post tres §. sup. si quis cautio. l. vtrique 22. sup. de recept. qui arbit. recep.* Ergo fateretur Tribonianus non esse locum pœnitentia, si cõperit tua interesse: at qui mox ille sibi, vt solet, cõtrarius aperte scribit, etiam si tua interesse cõperit, quod aliquid iam erogaueris ob perfectionem, vt ires Capuam quod non aliter fueras erogaturus, at tamen conditionem locum habere, quamuis addat quasi & motus ipse pœnitentia ita tamen vt præstetur tibi indemnitas eius quod expendisti, quasi verò ratio præstare tibi à me indemnitas nõ debeat tibi prodesset ad retentionem, & ad impediendum conditionem, quæ vel naturalis sola obligatio impediret *l. naturales 10. inf. de oblig. & actio. l. naturaliter 13. l. frater à fratre 38. l. Iulianus 64. & pass. inf. de condit. indeb.* Aut quidni saltem compensationem inducat ad concurrentem vsque quantitatem? *l. etiam 6. inf. de compens. An non enim tua non interest, potius non soluere, quam solutum repetere? l. 1. eod. l. si stipulatus 15. de fideiuss.* Distinguit autem Tribonianus in hunc modum, nam si ita res se habeat, vt licet nondum profectus sis, ita tamen rem composueris, vt necesse habeas proficisci, vel sumperis qui necessarii sint ad profectioem, iam fecisti, vt manifestum sit plus forte quam accepis te erogasse, conditio locum non habebit, sed si minus erogatum sit, conditio locum habebit, ita tamen vt indemnitas tibi præstetur eius quod expendisti. In qua distinctione illud etiam ineptum est, quod ponit Tribonianus te ita res tuas composuisse, vt necesse habeas proficisci. Quis enim casus esse potest in quo necesse habeas Capuam ire pro me inuito? Accursius vnum illum reperit, si iuraueris te iturum, quasi iurandum tuum facere possit, vt præcisa necessitate cogaris ad factum, quod est. hac vnica glossa, quasi singulari & mirabili, Doctores nostri inferre solent: at cui iurasti nisi mihi? Quis ergo te coget præter me: Porro si me pœniteat, vt ex facto ponimus, an non hoc ipso gratia tibi facio iurisdictionem non potius iurandum tuum habet hæc conditionem, nisi muret voluntate is cui iurasti? *vt. sup. Qui satis cogit. l. vt. in pr. inf. ad municip. l. remittit 6. sup. de iure iur.* Excidit ergo hæc ineptia Triboniano nimia, vt solet exaggeratione fingenti casum quæ ad suam distinctionem accommodat, nec satis ad id quod scribit attendenti. Rursus quod addit, vel sum-

Tom. II.

ptus qui necessarii sint ad profectioem iam fecerit, vt manifestum sit plus forte quam accepis te erogasse, multo ineptius & Triboniano dignius est. Quis enim te fingat tam stultum, vt pro me iturus Capuam, plus expendas quam accepis, nullis tamen factis sumptibus nisi necessariis, nulloque tibi opere tuæ precio relicto? Sed & quomodo fieri potest, obsecro, vt & manifestum sit, & dubium te plus expendisse in sumptus istos necessarios quam accepis? Et tamen vtrumque ponit Tribonianus his verbis, *vt manifestum sit plus forte*, quæ non nisi absurdè coniungi posse Accursius quoque vidit, nec est quod cum quibusdam respondeas, distinctionem manifestum referendam esse ad verbum erogasse, distinctionem autem forte ad plus, non enim distinctio hæc fieri potest, cum manifestum esse oporteat te non modò erogasse sed etiam plus erogasse, quam accepis, vt conditio locum habere non possit, quemadmodum ex posteriore distinctionis parte apparet, quæ ita concepta est, *sed si minus erogatum sit*, nam si non sit manifestum, te plus erogasse, vult Tribonianus conditionem non cessare, licet nec manifestum sit, te minus erogasse, tuum enim est tuam exceptionem probare, si vis intentionem meam excludere *l. in exceptionibus 19. iunct. l. 2. inf. de probat.* & in dubio standum est regulæ, quæ secundum Triboniani iurisprudentiam in proposito illa est, vt pœnitentia mea faciat locum conditioni, nisi manifestum sit, te plus erogasse quam accepis. Quæ tamen exceptio longè diuersa est ab illa, quam Tribonianus priorem posuerat, nisi forte tua interfit, & quæ sufficere certè poterat, non addita illa distinctione, an plus minùve erogaueris quam accepis: nam etsi minùs erogaueris, negari tamen non potest, quin tua interfit, & quidem tati quantum illud est quod erogasti. Debit ergo Tribonianus ad concurrentem vsque quantitatem denegare mihi conditionem, non solum vt eadem sit ratio partis ad partem, quæ rotius ad totum vulg. *leg. quæ de tota 76. supra de rei vindic.* sed etiam ne fiat tibi iniuria, si cogaris mihi totam pecuniam, quam à me accepisti reddere, & subinde quam expendisti repetere, denegata tibi non solum retentione, sed etiam compensatione, quam tamen certum est fieri ipso iure ad eam vsque quantitatem quæ concurrat *l. 4. l. si ambo 10. & seq. inf. de compensat.* saltem opposita doli mali exceptione in iudiciis strictis *§. in bona fidei 30. inf. de action.* Dolo enim facit qui petit, quod statim eidem restitutus est *l. dolo facit §. de doli mali except. l. si focer 44. §. Lucius solut. matr. l. in condemnatione 173. §. vt. de reg. iur.* quam porro verum sit totam hanc distinctionem Triboniani esse, clariùs exiis quæ ad *§. prox. & ad §. vt. huius legis* dicturi sumus, intelligetur. Mancus autem etiam fuit Tribonianus in eo quod non adiecit, cuius esse debeant ea omnia, quæ tu emeris vt te ad profectioem Capuam comparares, an tua, quia tibi emeris, an mea post præstitam tibi plenissimam indemnitate, an deniq. tua remanere si malis, sed ea lege, vt tanto minùs à me indemnitate gratia consequaris: ipsum namq. indemnitate nomen ostendit te in damno quidè manere non oportere, sed nec in lucro esse: æquius autem est, vt tuo sit arbitrio, an velis tibi habere & retinere, tanto minùs à me postea indemnitate nomine consecutus, an verò mihi omnia reddere quasi non fueris cõparatus, si nõ à me pecuniam accepisses, vt Capuam proficisceris, neque ab hac opinione Accursius aut Bartolus valde discrepat,

Z 3

¶ Si seruum quis tradiderit alicui ita, ut ab eo intra certum tempus manumitteretur: si pœnituerit eum, qui tradiderit, & super hoc eum certiorauerit, & fuerit manumissus post pœnitentiam: attamen actio propter pœnitentiam competit ei, qui dedit. planè, si non manumiserit, constitutio succedit. facitque eum liberum, si nondum pœnituerat eum, qui in hoc dedit.

Ad §. 1. Si seruum.

RAT. DV8. In traditionibus rerum quodcumque pactum appositum sit, id valere certum est, *l. in traditionibus 48. sup. de pact.* maxime si sit adiectum favore libertatis, quam pecuniarij damni causa intercidere durum certè est. *l. cum pater 77. §. cum existimaret de legat. 2.* nec facile ferendum est, ut qui libertate seruum suum donari voluit, eumque ob hanc causam alij tradidit, ut manumitteretur, muret postea voluntatem, si nulla mutandi causa superuenierit, tãrãmque in deuotionem quibusdam quasi uelamentis protegat, ut Iulianiani uerbis utar in *l. si quis argentum 35. §. ult. Cod. de donat.* Ergo si quis seruum suum alicui tradiderit, ita ut ab eo intra certum tempus manumitteretur, etiam si pœnituerit eum qui tradidit, si tamen post pœnitentiam manumissus seruus fuerit, nulla propter pœnitentiam competere potest conditio ei qui dedit, nec si is qui manumisit fuerit ante manumissionem certioratus de pœnitentia. Quid enim condicet? An seruum fortassis, qui iam manumissus, & liber est? At qui constat libertatem quæ semel competit, reuocari & retractari amplius non posse §. *si in iustis de eo cui libert. caus. bon. addic. l. 1. & tot. tit. C. si aduers. libert.* hanc porò de qua agimus, competere ex eo appareret quod à uero domino data est, cum is cui traditus fuit seruus manumissionis gratia, factus sit per eam traditionem dominus, ad eoque ea lege, ut manumitteret: neque per pœnitentiam tradentis desierit esse dominus, aut manumittendi ius amiserit: tantum abest, ut seruus hic comparari possit ei, qui uenditus vel traditus sit ea lege, ne unquam manumitti possit, & peruenire ad libertatem, de quo in *l. penult. G. si mancip. ita fuer. alien. l. ille seruus 9. §. ult. infr. à qui & à quib. manum. liber. non fiant*, quæ olim dicebatur alienatio malis condicionibus facta, nam imò uerò bonis condicionibus hic traditus est, qui in hoc traditus est, ut manumittatur: an uerò precium serui condicetur? Minime uerò, nec enim aliud condici potest, quàm quod datum fuit, ut diximus in præcedentibus. Precium autem non fuit traditum nec uerè nec interpretatiuè, sed seruus, an denique id quod interest, petetur? Ita putat Accursius post Ioannem Azonem, & Hugolinum: sed ego probare non possum, quia nunquam datur conditio ad id quod interest, sed actio præscriptis uerbis in eam rem necessaria est. *l. §. ult. de rer. perm. l. naturalis §. 1. & 2. de præscr. uerb. l. 4. §. & 6. C. de rer. perm.* Conditio autem quæ ex pœnitentia nascitur, comitem nunquam habet actionem præscriptis uerbis, ut supra docuimus. Difficile igitur est, dicere quænam actio illa sit & ad quid danda, quam hic §. ait dandam esse propter pœnitentiam ei qui dedit: adde quod etiam si seruus hic manumissus non fuisse ob pœnitentiam, de qua certioratus esset nouus dominus, adhuc tamen maneret seruus

accipientis, & in eius dominio, nec ideo condici posset à priore domino, quasi causa non secuta, cum non flet per accipientem, quominus eum manumittat, secundum ea quæ ad initium huius legis scripsimus, dummodo illud etiam concurrat, ut tempus nondum præterierit, intra quod ex lege contractus manumitti seruus hic debuerit. *l. 3. §. sed si tibi dederit sup.* ubi quod additur nisi pœnitentia non ita debet accipi, quasi sola pœnitentia, & pœnitentia certioratio sufficere possit aut debeat, ad impediendam manumissionem, aut ad obligandum eum qui de pœnitentia certioratus est, sed ut possit, is qui dedit, Stichum ex pœnitentia condicere ante manumissionem, atque ita instituto iudicio assequi, ut vel Stichus reddatur priuquam manumissus sit, vel lis æstimetur quanti fuit Stichus tempore litis contestatæ, ut æstimari solet in omnibus stricti iuris iudiciis. *l. 3. §. in hac infr. commod. l. hominem 37. infr. mandat. l. vinum 22. ubi dixi sup. de reb. credit.* non inspecto eo an Stichus hic fuerit postea manumissus necne, quia siue manumissus sit siue non, attamen non ideo reddendus est priori domino, sed æquè lis æstimanda est, & litis æstimatio in condemnationem deducenda, satisque ei esse debet, quod à die conditionis institutæ, & litis contestatæ, non potuerit eius condicio fieri deterior. *l. si post acceptum 18. & seq. sup. de rei uindict.* quia quale quid est cum petitur, tale dari debet. *l. 1. infr. de usufr.* Cæterum non potest siue pœnitentia siue pœnitentia certioratio uim habere litis contestatæ, usque ad eò, ut ab eo tempore nouus dominus prohibeatur seruum suum manumittere, aut si manumittat obligetur ad precij restitutionem, aut ad præstationem eius quod interest, sed quod me magis mouet, illud est, quod cum tibi seruum meum do, ut eum manumittas, non potest dici contractus hic innominatus, do ut ut facias, quomodo interpretes omnes existimant, ex quo dari conditio nasci ullo casu possit, sed contractus mandati est, quia uideo tibi mandasse, ut seruum meum manumitteres, cum non aliam ob causam tibi eum tradiderim, quàm quia non posses tu manumittere, nisi tuus esset. *l. 1. & tot. tit. C. de his, qui à non dominis manumissi sunt.* Atque ita Iulianus disertè scribit in *l. si hominem 30. infr. mandat.* ubi ait in hac specie, si hominem tibi dederit, ut eum manumitteres, & postea procurator meus prohibuerit, ne manumitteres, posse me agere mandati, si tu eum manumiseris, si modo procurator iustam causam habuerit interpellandi manumissionem serui, ueluti si compererit eum postea falsas rationes confecisse, aut insidias uiræ meæ struxisse, in qua actione ueniet proculdubio, nõ ut mihi reddatur seruus, qui iam liber est, sed quanti mea interest te procuratoris mei denunciationi paruissse, numquam enim ex mandato nascitur conditio, ut neque ex contractu ullo nominato, qui sit bonæ fidei cuiusmodi est mandatum, cum tamen omnes condiciones sint strictè distinguit quidem Iulianus, an iusta aliqua causa fuerit interpellandæ manumissionis, an

nulla,

nulla, quia prohibitio manumittendi facta fuerat à meo procuratore, qui nullum in eam rem mandatum speciale à me habebat, sed generale tantum cuius potestate non ei licebat, speciale uoluntatem meam reuocare, nisi ex tam iusta causa, ut credi possit me si sciuisssem fuisse reuocaturum. Sed si ego ipse mutata priore mea uoluntate, prohibuisssem tibi manumissionem, non dubitaret Iulianus quin omnimodo & indistinctè dati mihi contra te deberet actio mandati, ad id quod mea interesset, siue iustam causam prohibendi habuisssem aliquam, siue nullam, cum mandatum sit ex eorum contractuum genere qui licet nominati sint, reuocari tamen possunt rebus omnibus integris, quoties in solius mandantis gratiam factum est, ut diximus ad initium huius legis ex §. *redè Infr. de mandat.* ad eò ut nec mandati actio sit, ob id quod factum sit, post extingui per reuocationem mandatum, quoties id quod factum est, pro nullo & non facto haberi potest. *l. si uerò non remunerandi 12. §. pen. & l. si mandatum 15. infr. eod. tit.* Hoc enim addendum est, ut excludam hunc casum de quo agimus, de seruo à te manumisso post meam prohibitionem: quia mandati huius reuocatio facere non potest inutilem manumissionem, quæ nihilominus inuenitur facta à domino, quia nec reuocatio hæc dominium redere mihi potuit, quod per traditionem serui à me abcesserat, nouaque in eam rem retro traditione occupasset. *l. hoc iure 19. §. si quis dederit infr. de donat. l. ab emptione 58. sup. de pact.* In eoque differt hæc species à illa quam tractat Paulus in *l. pater 22. infr. de manum. uindict.* de seruo, quem si ius familias permittit primùm patris, deinde post mutatam à patre uoluntatem manumiserit, quem Paulus ideo liberum esse negat, quod à patre ipso manumissus uideri non possit, cuius tamen uerè seruus fuit non filij, denique quod à non domino, non ex domini uoluntate manumissus sit: at nos eum casum tractamus, quo tu factus per traditionem meam dominus seruum manumiseris, iam factum tuum licet meus primùm fuerit, quod uerba illa Iuliani demoustrant in *l. si uis uis prioris domini struxisset* ac proinde quo nulla mihi in seruum ipsam iam liberum actio possit competere, neque contra te, alia quam mandati propter reuocationem, ut me indemnem præstet, illa scilicet ratione, quod non debueris sciens reuocaram meam uoluntatem, eum manumittere, quem ubi dederam in hoc solum, ut eum manumitteres, cum mandatum hoc non nisi mea gratia factum esset, cuius tum interesset tanto beneficio affici hominem, *l. seruus ea lege 7. infr. de seru. ex port.* quamuis per consequentias etiam tua interesset, ex post facto propter liberum, quem tibi ex ea manumissione acquisiturus eras, sed non solent attendi, quæ non sunt nisi per consequentias. *l. 1. l. quod dicitur 7. infr. de auctor. tutor.* Aliud ergo dicendum fuisset, in alio quolibet contractu, qui non fuisset reuocabilis, puta si seruum meum tibi uendidisset, & ut intra certum tempus manumitteretur præcepissem, & postea mutassem uoluntatem & tu nihilominus manumississet, ut in specie *l. questum 2. eod. tit. de seru. ex port.* ubi cum quaeretur an aliquam eo nomine actionem contra te haberem, respondit Papinianus actionem ex uendito per serui manumissionem, etiam mutata uenditoris uoluntate, factam euauisisse: nimirum quia non sicuti mandatum ad nutum & arbitrium mandantis, ita & lex uenditioni dicta, uoluntate uenditoris im-

Tom. III.

mutari potuit, malè igitur nostri, ut legem illam cum hoc §. nostro concilient, respondent ibi tractari de contractu nominato, hic uerò de contractu innominato, in quo non etiam in illo sit locus pœnitentia, nam & hic agitur de contractu nominato, id est, mandati ut constat ex *l. si hominem*, sed debuerunt dicere agi in *l. l. questum* de contractu irreuocabili, in hoc autem §. ut & in *l. si hominem* de contractu reuocabili, quamuis nominato. Sed an non cadit hoc genus contractus in speciem contractus innominati do ut facias cum do tibi seruum meum, ut eum manumittas? Hoc enim est quod interpretes nostri intelligere non potuerunt, & quod nemo explicat. Dicendum est non esse contractum do ut facias sed mando ut facias quia quod à te faciendum est, uersatur circa illam ipsam rem quam tibi dedi, & cui certam legem dixi nec tua gratia, sed mea, cum id inter nos ageretur, ut tu ex eo contractu non locupletareris, nec aliam ob causam seruum meum acciperes, quàm ut eum manumitteres, nemo enim locupletior fit ex eo quod liberum acquisierit. *l. nemo prado est 126. §. 1. de regul. iur.* Atqui contractum innominatum omnium natura illa est, & esse debet, ut ex implemento eius qui prior dat vel facit, locupletior fiat is qui accipit, aut qui aliquid in suam uilitatem fieri patitur, nam nec alia ratione tenetur siue conditione, siue actione præscriptis uerbis, quàm quia æquum non sit fieri eum ex aliena iactura locupletior: quæ unica ratio fuit inducendarum conditionum omnium. *l. si & me & Titium 32. sup. de reb. credit. l. naturaliter 13. & l. seq. infr. de condic. indeb. l. rerum quidem 25. infr. rer. amot. l. iure nature 206. de regul. iur.* Cum igitur ex eo contractu quo tibi Stichum seruum meum dedi, ut eum manumitteres, nullum tibi commodum pecuniarium accesserit, consequens est, ut contractus hic innominatus dici non possit, neque rursus alio quàm mandati nomine censeri, nec denique aliam mihi contra te actionem parere quàm mandati, non quidem illo casu quo Stichum non manumiseris, cum fiat ipso iure liber ex constitutione Diuorum Marci & Commodi ad Aufidium Victorinum, ut scriptum est in hoc §. [latius enim accepta est illa constitutio, & protracta ad seruos quoque donatos. *l. 1. C. si mancip. ita fuer. alien.* & consequenter ad datos quoque ea lege ut manumittantur, ne alioqui melior sit conditio nudi mandatarij, quàm donatarij, aut deterior serui dati, quàm donati ea lege ut manumittantur, nullo etiam adiecto tempore intra quod manumitti debuerit. *l. ult. eod. tit.*] Sed illo solo casu quo manumiseris contra meam uoluntatem, & post meam prohibitionem, *l. si hominem*. His nimirum tot rationibus victus cogor dicere, totum hunc §. Tribonianum esse existimantis per summam iuris imperitiam, speciem hanc pertinere ad tractatum huius Tit. de conditione ob causam dati causa non secuta, & similem esse præcedentibus & sequentibus, in quibus agitur de contractu innominato, atque ita confundentis contractum mandati, cum contractu innominato, do ut facias, eo solo prætextu quod uterque per pœnitentiam sit reuocabilis re adhuc integra. Quanquam non ad eò audax fuit, ut conditionem hoc casu dederit, quasi ex hoc contractu competentem, quomodo scripserat in *l. 3. §. sed si tibi in fin. sup.* ubi diximus, sed actionem simpliciter, nec malè, si modò intelligas de actione mandati ex *l. si hominem* quam tamen nemo unquam

2 4

dixit, ex contractu Do ut facias, vel ex alio vilo in-nominato nasci vnquam posse: neque audentior fuit Accursius, qui quoniam hanc actio sit dicere au-fus non est, sed audacior Bartolus, & post eum cete-ri, ex quibus nemo dubitat, quin de conditione ob causam dati locus hic intelligi debeat. Hoc ve-rò est quod nos impugnamus. Sententia enim §. re-tinemus, dummodò de actione mandati intelliga-tur ex d. l. si hominem, ad quam neque Bartolus, ne-que alius quisquam pro Bartolo, aut Triboniano respondet, iunge l. si quis alicui 27. §. 1. eod. tit. qui lo-cus eandem ferè speciem tractat, & ex pœnitentia dat actionem mandati non conditione: Triboniani verò manū in hoc §. produunt ferè omnia contextus verba. Illud primū quod Vlpianus sic loquitur *si ser-uum quis tradiderit pro eo quod dicere voluit & de-buit si seruum quis dederit*, vt in d. l. si hominem & d. l. hoc iure 19. §. si quis dederit de donat. vt sic translationem do-minij significaret, quæ per dationem fit non per traditionem d. l. non videntur data 167. de regul. iur. d. l. vbi autem 75. §. vt. de verb. oblig. traditio enim solius possessionis translatio est, non etiam dominij l. i. & 3. de act. empt. nisi per consequentias, cum dominium & proprietates à possessione separari non potest l. ex empto 11. §. 1. eod. l. traditio 20. de acquir. rer. domin. l. pro-curator 8. C. de acquir. poss. Porro dominium quod in hoc seruo manumittendo habui, translatum esse à me in te omnino necesse est, vt manumittere eum possis, & verò ita Tribonianum sensisse apparet ex eo quod in fine §. sic loquitur *competit ei qui dedit non autem ei qui tradidit*, sed parum fuit Tribonia-no dandi & tradendi verba confundere, & ignosco facile, quia & Caius ita locutus est in d. l. si quis alicui §. 1. Deinde quod addit *vt ab eo intra certum tempus manumitteretur*, nihil enim hac parte refert, an adie-ctum sit certum tēpus ad manumittendum Stichum necne, sine manumissionem secutam proponas, si-ue non secutam, sed tantum an manumissionem pœnitentia & pœnitentiæ certioratio præcesserit an non, vt constat ex l. i. & vlt. C. si mancip. ita fuer. a-lien. d. l. si hominem, licet videatur constitutio eum ca-sum expressim designasse, quo venditus esset seruus ea lege, vt intra certum tempus manumitteretur l. 3. inf. qui sine manum. ad libert. peruen. l. seruum 8. §. 1. de iur. patron. Sed quemadmodum ea constitutio tam fa- uorabilis ad seruos donatos protrahata est, licet de venditis tantum locuta fuisset, d. l. i. ita & ad illum casum quo nullum tempus faciendæ manumissio-ni præstitutum esset d. l. vlt. C. si mancip. ita fuer. alien. tempus enim tacitè inesse intelligitur statim atque præstari libertas poterit, si non præstetur, quod si- gnificant verba illa d. l. vlt. ad libertatem qua præstari potuit, nec enim tam cito fieri semper manumissio potest, cum sit necessaria præsentia domini manu-mittentis serui, qui manumittitur, & prætoris alte-riusve magistratus apud quem fieri possit, qui que legis habeat actionem l. 2. & 3. sup. de offic. Procons. & §. vlt. inf. hac lege. Aliâque species est, de qua diximus in l. 3. §. sed si tibi dederit sup. hoc tit. Vbi distinguitur an manumissioni faciendæ certum tempus præfi-xum sit necne, cum tractatur de conditione dan-

2 ¶ Item si quis dederit Titio decem, vt seruum emat, & manumittat, dein-de pœniteat: si quidem nondum emptus est, pœnitentia dabit conditionem, si hoc ei manifestum fecerit, ne si postea emat, damno adficiatur: si verò iam sit emptus, pœnitentia non facit iniuriam ei, qui redemit: sed pro decem, quæ ac-cepit,

da quasi causa non secuta, non quasi ex pœniten-tia. Tertio quòd se intricat suo more Tribonianus, cum ita loquitur *si pœnituerit eum qui tradidit, & super hoc eum certiorauerit, & fuerit manumissus*. Vnam enim duntaxat personam designat, quasi idem sit, qui & tradidit, & certioratus fuit, & manumissus, cum ta-men de tribus diuersis personis intelligat, alia nam-bue persona est eius qui tradidit, alia eius qui cer-tioratus, alia eius qui manumissus fuit, ac proinde sic debuerat loqui Tribonianus *si pœnituerit eum qui tradidit, & super hoc quæ tamen locutio vide quàm insolens, & tam inuisitata prudentibus nostris quàm Triboniano familiaris eum qui accepit certiorauerit, & fuerit seruum manumissus*. Longè aliter & elegantius Iulianus noster eandem tractans speciem, nisi quòd intricatiorem propter admixtam personam procu-ratoris in d. l. si hominem. Denique quod ita loquitur *attamen actio propter pœnitentiam competit ei qui dedit*. nam cum dictio *attamen* sit aduersatiua, nihil ta-men est in præcedentibus, cui aduersetur, imò præ- cedentia omnia eò ferebant Tribonianum, vt hoc ipsum subiiceret, potiusque debuerat pro *attamen* scribere *ideo* aut quid aliud simile, per quod hanc sententiam superiori consequentem esse appare-ret: neque rursus verum est, conditionem de qua in tota hac lege agitur, competere ei qui dedit, sed actionem mandati, vt probauimus, nec denique a- ctionem mandati competere propter pœnitentiã, vt hæc sit causa proxima, & immediata conceden-dæ actionis mandati, sed propter manumissionem factam post pœnitentiam, certè quod sequitur in *vers. Planè verissimum est*, si is qui seruum accepit, vt eum manumitteret, non manumiserit, succedere cõstitutionem, faceretque liberum, si nondum pœ-niteat eum, qui dedit: est enim hoc casu locus con-stitutioni Diutorum Marci & Commodi ad Anfi-dium Victorinum, quia seruo suo legem dixit is, qui dedit eum vt manumitteretur non alieno, vt dixi-mus ad d. §. sed si tibi dederit. Sed tamen hanc ipsam clausulam Triboniani quoque esse, vt patet, appa-ret etiam ex eo, quod ita loquitur, *si non manumisit*, quasi in præcedentibus designata esset persona e-ius, qui seruum manumittendum acceperat, cum tamen præcedentia omnia verba actiua tradiderit, pœnituerit, certiorauerit de eo solo sint qui seruum dedit, de quo & postrema illa immediate præce-dentia *competit ei qui dedit*, de illo autem qui accepit vt manumitteret, nihil profus nisi per interpreta-tionem illorum verborum impersonaliter, & passiuè conceptorum & fuerit manumissus pro quibus debuerat Tribonianus scribere, & ille tamen manu-miserit, vt accommodatè posset nunc subiicere, Planè si non manumisit, ideo autem non requiritur certioratio pœnitentiæ, ad impediendam libertatem & pote- statem legis ac constitutionis, vt bene hic notant Accursius & Bartolus ex l. 3. inf. qui sin. manum. ad li- bert. peruen. quia lex semper certa est, vt ait Bartolus, & verè ex l. cum quidam 30. §. quod dicitur, sed meliùs ex l. ventre 84. de acquir. hered. de cuius sententia scri- psimus lib. 1. Coniect. cap. 10.

cepit, ipsum seruum, quem emit, restituet. aut si ante decepsisse^a proponatur, nihil præstabit, si modò per eum factum non est. Quòd si fugit, nec culpa eius contigit, qui redemit^b: nihil præstabit. Planè repromittere eum oportet^c, si in potestatem suam peruenerit, restitutum.

Ad §. 2. Item si quis dederit.

Hic quoque §. Triboniani certè est, vt & cætera omnia quæ sequuntur ad finem vsque legis, in eo-dem errore versatur Tribonianus, vt putet, si dederit tibi decem, vt seruum emas, & manumit-tas, contractum esse innominatum do ut facias, ex quo proinde nasci possit conditio. si me pœniteat, siue priusquam emas siue postquam emeris, & an-tequam manumittas, cum tamen hic quoque con-tractus non alius sit quàm mandati, & ex quo non alia quàm mandati actio nasci potest, non etiam conditio, siue pro decem agere quis velit, ante-quàm seruum emptus sit, siue pro seruo ipso iam empto, sed nondum manumisso, vt constat ex l. si procuratorem 8. §. vltim. & l. si mandassem 15. l. inter causas 26. §. vlt. l. si quis alicui 27. §. 1. l. qui negotia 34. §. vlt. & legib. seq. iunct. l. si dominem 30. inf. mandat. hinc decepti omnes interpretes, quod vt Bartolus fatetur sumus in tractatu de contractibus innominatis, qua sola ratione mouetur ille, vt contractum hunc di-cat innominatum, quamuis non dubitent, post Ac-cursium vocare procuratorem om qui seruum e-mit, nec tamen ad supradictas leges quicquam re-spondet, quæ dicunt esse mandatum, [vt nec pro-curator certè quicquam esse potest sine mandato l. 1. C. de procurat. l. 3. §. sed si forte iudic. sol.] nisi quod fa-teretur habere contractum hunc similitudinem ali-quam cum mandato, neque id tamen indistinctè, sed ita demum, inquit, si datum sit verum precium serui, vt emeretur & manumitteretur, non etiam si pars duntaxat precij: & tamen eo casu quo habeat hic contractus omnimodam, vt loquitur, similitu-dinem cum mandato, vult Bartolus post Accur-sium posse agi conditione ob causam, & quidem quod magis est, non ad pecuniam datam in em-ptionem serui, sed in ipsum quoque seruum em-ptum ex ea pecunia necdum manumissum: quod certè defendi ex iuris ratione non potest, extra ca-sum l. si non fortem 26. §. libertus, vbi dicemus infra de sandict. indeb. illud verò longè minùs admitti, quod Bartolus eo casu quo supradixit, contractum hunc non habere omnimodam similitudinem cum mán-dato, putat tamen non esse dandam conditionem ob causam, ad ipsum seruum ex pœnitentia eius, qui pecuniam dedit, sed ad solam pecuniam, relicta tamen ei, qui pecuniam accepit, potestate reddendi seruum, vel pecuniam, prout elegerit. ne rema-neat in damno, nam cum ex contractu mandati nunquam detur conditio, vt diximus, an non con-ueniens est, vt quanto magis accedit contractus hic ad mandatum, tanto minùs detur conditio ex eo, quanto autem longius recedit à contractu manda-ti, tanto magis conditio danda sit, quia & propius accedit ad contractum innominatum: sed quis non ignoscat libenter tot tantisque erroribus, quibus Triboniani authoritas æquè ac imperitia, & cau-sam & authoritatem dedit? Etsi nec apud Tribon-ianum vlla video vestigia huius distinctionis, quam Bartolus comminiscitur, an pecunia tanta

data sit ad emendum seruum, quanta necessaria fuerit ad totum precium, an quanta à parte dū-taxat precij. Nec rursus video qua iuris ratione hæc distinctio nitatur, nam quod hoc posteriore casu ait, me pecuniam dedisse magis tui gratia, quàm mei, non tollit actionem mandati, quatenus mea interest, & pro ea parte precij, quam tu ex mea pecunia solueris, nam & mandatum perinde consti-tit, si mea gratia fiat & tua, atque si vel mea tan-tum, vel mea & alterius, quamquam si verum ama-mus, hic totus contractus videtur factus mea gra-tia, & serui huius, quem mandauit tibi emendum, mea quidem gratia, vt seruum illum Stichum quem diligebam [de Sticho enim aut alio indiuiduo po-nendus casus est, non de seruo in genere, [vt malè Tribonianus ponit] in quem nulla cadere affectio potest] tanto beneficio afficerem, vt ex mea pecu-nia & emi & conse qui libertatem posset, gratia au-tem ipsius, vt beneficio meo & mea pecunia liber-tatem consequeretur, solùmque mandatum illud excipitur, quod tua tantum gratia sit, quia consi-lium magis est quàm mandatum, ideoque nec ob-ligatorium l. 2. inf. mandat. illud sanè credibile est. de-ceptum Tribonianum ex eo quod contractus hic man-datio modo concepti qui in hoc §. ponitur, proxi-mè accedere videatur ad contractum do ut facias in-nominatum, & ex quo nasci conditio solet, siue ex pœnitentia, siue ex eo quod causa non sit secuta l. naturalis 5. §. at cum do inf. de prescrip. verb. itemque a-ctio præscriptis verbis si causa secuta non sit, non tamen ex sola pœnitentia, vt ostendimus in præ- cedentibus, item ex eo quod in contractu mandati perinde locus est pœnitentiæ atque in contractu do ut facias. l. si verò non remunerandi 12. §. pen. l. si quis alicui 27. & d. l. si mandassem 15. inf. mandat. sed non tamen ad eundem finem, hoc est, ad inducendam vilo vn-quam casu conditionem, sanè si dederim tibi de-cem, vt Stichum tibi emas & manumittas, erit qui-dem mandatum, sed tua tantum gratia factum, & per consequens, non pariet mihi actionem manda-ti, quia nec quicquam mea interesse videri potest: qua de causa nec conditio tanquam causa non se-cuta mihi danda erit, siue non emeris, siue emeris, necdum tamen manumiseris, non enim magis con-ditio, quàm mandati, aliâve vlla actio dari potest ei, cuius nihil interest. Tantum abest, vt mihi hoc casu licere debeat pœnitere, cum nihil mea interest, Videor enim pecuniam quam dedi tibi tua gratia non tantum dedisse, sed etiam donasse l. cum ancil-lam 6. & seq. C. hoc tit. l. si maiores 25. C. de transact. l. cuius per errorem 53. l. donari 82. de regul. iur. Sed & cum mea interest, quia mandatum aut mea tantum, aut mea & tua gratia factum est, an non absurdum est pœni-tentiæ locum dare, à quo tempore res integra esse desinit? d. §. rectè Inst. de mandat. Atqui nemo non vi-det rem non esse integram, cum mandauit tibi, vt seruum emeris, & manumitteres, si iam emeris quamuis nondum manumiseris, iam enim seruus emptus est, quem non emisisses, si non ego manda- sem, in eamque rem tibi pecuniam dedissem & ta-men placet Triboniano, etiam hoc casu locum esse

pœnitentiæ, unde Bartolus infert, etiam si ex altera parte aliquid iam factum sit, ad implendum contractum si tamen nondum est perfectum, esse nihilominus locum pœnitentiæ, quod certe falsum est, non minus in contractu innominato, quàm in mandato, cum sufficiat omni casu rem desuisse esse integram, & cœpisse interesse illius in cuius fraudem & iniuriam consilium mutatur, ut diximus ad initium huius legis, quod nec Tribonianus negat, cum huius sententiæ rationem illam adfert, quia hoc casu pœnitentia non faciat iniuriam ei, qui redemit [vbi valde impropiè redemit pro emit. Omnis enim redemptio emptio est secunda, sed non vicissim omnis emptio redemptio] ob eamque causam velut remediij loco inducit, ut pro decem que à me accepisti, seruum ipsum quem emisti mihi restituas: quod in actione quidem mandati faciliè admitti potest, quia non plus mea interest, sed in conditione non item, in quam non aliud venire solet, ut diximus, quàm quod datum est, ut verò illud etiam veniat, quod ex altera parte impletum fuit, prorsus inauditum, & absurdum est: sed & in priore casu huius §. cum dedi tibi decem ut Stichum emas & manumittas, si antequàm emas me pœniteat, licet verum esset quod Tribonianus putat, & nos negamus dandam mihi ex pœnitentia conditionem, incepta tamen est adiectio illa *si hoc ei manifestum fecerit*, sed ineptior ratio quam subiungit *ne si postea emat damno adficiatur*. Illa enim ratio in mandato bona est, sed ut me tibi obliget actione contraria mandati *d.l. si mandassem 15. inf. mandat.* non autem cum de conditione queritur: quo casu certioratio pœnitentiæ necessaria est, non ob eam rationem ne tu ex pœnitentia damno adficiaris, sed potius ne mihi pœnitentia mea sit inutilis, si tu ex parte tua prius impleas, quàm fueris certioratus, omnes enim consentiunt etiam in contractibus innominatis, non nisi rebus omnibus integris pœnitentiæ locum esse posse, & postquam ex utraque parte impletum est, neutra ex parte actionem competere, alioqui pœnitentia semper faceret iniuriam ei, qui ex parte sua impleuisset, posterior, si ei qui prior impleuit, daretur etiam post alterius implementum conditio. Quemadmodum nec actio mandati ex pœnitentia competere mihi potest contra te, posteaquam seruum ex mandato meo emisti, ut manumitteres, quamuis nondum manumiseris, si modò manumittere paratus sis, nec imputari tibi quicquam possit, cur nondum manumiseris, itaque cum rationes dubitandi ad hunc §. multæ sint, ut constat ex superioribus, decidendi tamen ratio adferri pro Triboniano contra veram Iurisprudentiam nulla potest, sequitur apud Tribonianum,

a *Aut si ante decesserit.* R.A.T.D.V.B. Vnaquæque res perit domino, cuius enim alterius periculum esse melius, aut iustius potest, quàm domini? *l. qua fortuitis 6. l. pignus 9. C. de pignor. act. l. contractus 23. de regul. iur.* atqui dominium huius serui quem ponimus decessisse, antequàm fuerit manumissus, fuit emptoris qui eum sibi emit non illius qui pecuniam dedit, ut emeretur, cum emerit eum non solum suo nomine, quòd sufficeret, sed etiam quod magis est, ex sua pecunia. *l. 1. & per tot. tit. C. si quis alter. vel sibi.* Periculo igitur ipse mortuum eum esse necesse est, ac proinde defuncto quoque ipse eandem durare conditionem saltem æstimationis serui, quàm viuo eo corporis ipsius dandam Tribonianus putat *arg. l. 3. §. sed si tibi vers. qui in d. sup. hoc tit. l. in re furta 8. inf.*

de condit. furt. Præsertim cum possit ei imputari, cur non citius eum vel manumiserit vel reddiderit, quamuis per eum factum non sit, ut seruus moreretur: ponimus enim fato suo aut alterius facto peremptum, non ab eo ipso qui emit occisum: quo utriusque casu nemo diceret, eum suo facto liberationem sibi acquirere potuisse *l. si seruum 91. in princip. & §. nunc videamus inf. de verb. obligat.* D.E.C. Nihil imputari potest ei, qui accepta pecunia, ut Stichum emerit ac manumitteret, eum emit postea manumissurus, si modò non fuerit in mora manumittendi. Proinde si veram iuris rationem inspicimus, non est, quòd conditionem sive Stichi sive pecuniæ aut mandati actionem vllam vereatur, sive viuo Sticho, sive mortuo, nisi pœnitentia & pœnitentiæ certioratio præcesserit emptorem *d.l. si mandassem 15. inf. mandat.* Et tamen dat in eum Tribonianus conditionem ex pœnitentia eius, qui pecuniam dedit, & quidem ad seruum ipsum, inuita certè, ut ostendimus, Iurisprudentia. Meritò igitur ut falsissimam & iniuissimam sententiam aliquo temperamento leniret, adiecit Tribonianus, si ante decesserit hic Stichus, quàm fuerit restitutus, nihil præstare emptorem debere, si non & ipse mortis causam præbuerit: nam emptor qui etiam viuo Sticho, neque conditione, neque mandati actione teneri debuit, multo minus conueniri potest, post mortem Stichi suo fato defuncti: quamquam si Tribonianam Iurisprudentiam hac parte pro vera haberemus, distinguendum esset, non tantum an mortis causam emptor præbuisse, verum etiam utrum in eo restituendo, post institutam conditionem, aut saltem post certiorationem pœnitentiæ moram emptor fecisset, mora enim faceret ut defuncti quoque Stichi æstimationem præstare emptor deberet *d.l. in re furta d.l. si seruum 91. §. vlt. iunct. l. si ex legati 23 & seq. de verb. obl. sequitur.*

b *Quod si fugit nec culpa eius contigit qui redemit.* Hic quoque Tribonianus valde impropiè suo more vocat redemptorem, cum quem emptorem dicere debuerat, redemptores enim longè alio sensu à presentibus nostris dicuntur, & ab Vlpiano ipso, qui suis cæmentis alij ædificant in *l. redemptores 39. sup. de rei vindic.* & tum quoque cum de contractu emptionis tractamus, redemptio secunda emptio dicitur, quasi *retro emptio*, nunquam prima, sed Triboniani incertiam non minus impropietate verborum quàm iuris iniquitate detegi conueniens fuit. Planè quod in hoc *vers.* scribitur, si Stichus quem ex mea pecunia emisti, fugerit, neque culpa tua id contigerit, nihil te præstare debere, bonam rationem habet, & tam apertam, ut neque monendum, id fuisse videatur, solet enim hæc distinctio adhiberi in alieni serui possessore, siue bonæ siue malæ fidei possessior fuerit, ut in *l. si bona fidei 21. sup. eod. ill. tit. de rei vindic. l. item si cum 14. §. quatenus sup. quod met. caus.* At hic emptor plus quàm bonæ fidei possessior est, cum sit factus peremptionem verè ac licitè dominus, & ex mea voluntate, licet ex mea pecunia emerit *d.l. 1. & tot. tit. C. si quis alter. vel sibi* nihil ergo est quod ei possit imputari & propter quod teneri debeat de fuga serui proprii, etiam si minus diligenter in eo custodiendo versatus sit, nisi ponas fugisse post litem contestatam de conditione, quam contra eum dat Tribonianus: debuit enim ab eo tempore prospicere futurum, ut ad eius restitutionem quandoque condemnaretur ex Tribonianæ Iurisprudentia, & ideo maiorem in eo seruo custodiendo di-

do diligentiam præstare, secundum distinctiones positas in *d.l. si bona fidei*. Ex hoc porro fit tanto apertius, quod iam monimus malè Tribonianum questionem hanc concipere de seruo emendo in genere, cum debuerit concipi de Sticho, aut Pamphilo in specie, non solum quod in seruum genericè sumptum, nulla possit cadere adfectio, propter quam manumitti eum quis desideret, ut diximus, sed etiam quia si actum esset de homine in genere emendo, posset imputari emptori, cur fugitiuum emisset, & ideo adhibenda esset alia distinctio, an fugitiuum haberet actionem, eo nomine contra venditorem, an nullam, ut eo casu quo haberet, saltem cedere ac præstare illam cogereur ex *reg. l. quod debetur 51. in fin. inf. de pecul. l. in creditore 38. in fin. de euct.* quorum omnium nihil dici potest, cum actum fuit de Sticho aut Pamphilo emendo, sibi namque imputet is qui pecuniam dedit, ut hic vel ille emeretur, nec prius diligentior fuit in inquirendo qualis ille esset. Sequitur,

c *Planè repromittere eum oportet.* R.A.T.D.V.B. Non est onerandus repromissione is, qui nulla actione conueniri potest, alioqui superuacua esset cautio, qua tamen onerari nemo debet *l. hæc stipulatio 11. §. 1. inf. de legat. seruand. caus. caueat.* Non solum si fatidatio petatur, cum non tam facile sit inuenire fidei iusorem *l. 2. §. sed si dubitatur sup. de iudic.* sed etiam si nuda cautio quæ repromissione contenta esse solet, quæque sola in dubio cautionis nomine significatur *l. 4. C. de verb. signific. l. pacta conuenta 72. inf. de verb. signific. l. si dictum 56. de euct.* Est enim etiam onus aliquod nudæ repromissionis *l. 3. in princip. sup.* Unde est, quòd si sine dolo malo rem penes te depositam amiseris, non solum depositum non teneris, sed neque caueris & repromittere debes, si deprehenderit eam reddi, quamuis si ad te iterum peruenerit, depositum tenearis *l. si sine 20. inf. de pos.* Quanto minus igitur repromissione onerandus est hic, de quo agimus, eius serui nomine cuius dominus est, si nec depositarius tenetur repromittere pro re deposita, quæ est aliena: D.E.C. Dato vno absurdo & inconuenienti, multa sequi necesse est. Postquam igitur Triboniano placuit ita ius constituere, ut is cui pe-

cunia data est, ad seruum emendum, & manumittendum, teneatur conditione ob pœnitentiam eius qui dedit, etiam si pœnitentiam emptio serui præcesserit, illud etiam eodem errore fieri necesse est, quomodo Paulus loquitur in *l. & ex diuerso 35. §. 1. sup. de rei vindic.* ut si seruus hic fugerit, ideoque nec restitui per conditionem possit, saltem repromissione oneretur emptor, qui à restituendi necessitate liberatur. Depositarij alia ratio est, de quo in *d.l. si sine*, non quia durius adstringendus sit procurator, de quo hic agitur, cum etiam delectissima culpa teneatur *l. à procuratore 13. C. mandat.* quàm depositarius qui non tenetur, nisi de dolo, & lata culpa si non aliud conuenierit *l. 1. C. de pos. dict. l. contractus de regul. iur.* [ponimus enim nullam emptoris culpam in serui fuga interuenisse, ne quidem leuissimam, nisi fortè imputare pro culpa quis velit aduersarij pœnitentiam voluntariam, quod esset ridiculum] sed quia depositarius de solo tenetur dolo, & lata culpa, ut diximus, hic verò emptor ex Tribonianæ Iurisprudentia ob solam dantis pœnitentiam tenetur conditione, tamen si nulla penitus culpa eius intertulerit in mandato implendo. Ergo & quamuis citra vllam ipsius culpam seruus fugerit, repromissione tamen eum onerari æquum est, de eo seruo si in potestatem suam quandoque perueneris, restituendo, ut repromissio illa interim sit pro ea restitutione, quæ vi conditionis facienda esset, si seruus non fugisset: malè verò Bartolus Accursium reprehendit, in eo quòd emptorem hunc vocat procuratorem eius qui dedit pecuniam ad emendum seruum, quasi nullum hic sit mandatum, quod nos esse probauimus, nec tamen valde recedit à responsione Accursij, cum ait, emptorem hunc, licet verè procurator non sit, esse tamen procuratori similem, quia & contractus hic, quamuis sit innominatus, mandato tamen simillimus est: faceret proculdubio, & suauiter. Quid enim potest similius esse mandato, quàm mandatum ipsum? Si tamen simile dici potest, quod idem est, malè denique & Accursius & Bart. respondent ad *d.l. 3. in princip. sup.* non esse ibi locum repromissioni, quòd habeat exceptionem, qua satis tutus sit, nam longè alia vtriusque loci ratio est, quam ibi exposuimus.

3 ¶ Sed si acceperit pecuniam, ut seruum manumittat, si que fugerit prius, quàm manumittatur: videndum, an condici possit, quod accepit. & si quidem distracturus erat hunc seruum & propter hoc non distraxit, quod acceperat, ut manumittat: non oportet ei condici. planè cauebit, ut, si in potestatem suam peruenerit seruus, restituat id, quod accepit, & eò minus, quòd vilior seruus factus est propter fugam. Planè si adhuc eum manumitti velit is, qui dedit: ille verò manumittere nolit propter fugam offensus: totum, quod accepit, restituere eum oportet. Sed si eligat is, qui decem dedit, ipsum seruum consequi necesse est, aut ipsum ei dari: aut, quod dedit, restitui. Quòd si distracturus non erat eum, oportet id, quod accepit, restitui, nisi forte diligentius eum habiturus esset: si non accepisset, ut manumitteret, tunc enim non est æquum, eum & seruo, & toto pretio carere.

Ad §. 3. Sed si acceperit.

Pergit Tribonianus in suis persequendis distia-

tionibus, ex eodem errore profluentibus quo ille in superioribus credidit, esse contractum innominatum, do ut facias, si dem tibi seruum meum, ut illum manumittas, ut in *§. si seruum*, aut decem, ut Stic-

chum emas, & manumittas, aut pecuniam ut seruum tuum manumittas. Et hic casus est quem Tribonianus tractat ab his verbis usque ad finem huius legis, ita ut ultimus §. mihi hinc videatur esse inchoandus. Quærit ergo Tribonianus, si accepit quis pecuniam, ut seruum proprium manumittat, sique seruus fugerit, priusquam manumittatur, an condici possit, data pecunia, & distinguit, quomodo aliàs distingui solet, cum quaeritur an debitor, aut possessor rei alienæ naturali interitu rei post moram contingenti liberetur, *l. item si verberatum 15. §. ult. & l. seq. vbi diximus supr. de rei vindic. l. cum res 47. §. ult. infr. de legat. 1. l. si plures 14. §. ult. infr. deposit. an tu distrahturus eum seruum fueras, nisi pecuniam ad manumittendum eum accepisses, an verò non fueris distrahturus? Priore casu ait, non esse locum conditioni, sed sufficere ei qui pecuniam dedit, ut ei caueatur à domino serui, nuda scilicet repromissione de restituenda ea pecunia, si seruus in potestatem suam peruenerit, deducto tamen ex summa, pro qua cauendum est, eo quo vilior seruus factus est, propter fugam, posteriore verò casu vult restituere debere pecuniam, quæ data est, nisi fortè, inquit, diligentiùs eum habiturus esset, si non accepisset, ut manumitteret, quia tunc non sit æquum, & seruo & toto precio eum carere. Rursum in priore distinctionis casu subdistinguit, an is qui pecuniam dedit, adhuc manumitti seruum velit: dominus autem serui nolit propter fugam offensus, an verò malit is qui decem dedit, seruum ipsum consequi: priore casu placet Triboniano, serui dominum id totum quod accepit restituere vel seruum ipsum, vel quod pro eo manumittendo accepit, eque per conditionem reddere. Hic enim totius huius §. sensus est usque ad verba illa *sed vbi accepit* à quibus nostri vulgo inchoant §. *ult. huius legis*, tamen eundem tractatum prosequatur de hoc ipso seruo pro quo manumittendo pecunia data est, nisi quod ponit, decessisse ante manumissionem seruum hunc, quem prius posuerat fugisse. Apparet igitur ex tot distinctionibus & subdistinctionibus, soli Triboniano, & post eum Bartolo, at non etiam Vlpiano familiaribus tractare Tribonianum de conditione danda, ex hoc contractu quasi innominato, do ut facias, cum tamen videatur esse mandatum, perinde atque in superioribus casibus, & in hoc solum differens, quod factum est de seruo iam tuo manumittendo, mea igitur gratia, & tua, & aliena: mea quidem, quoniam hominem beneficio adfici interest hominis *l. si seruus 7. infr. de seru. export. augeri verò numerum hominum liberorum, interest etiam reipublicæ: tua verò ut decem habeas, & retineas, quæ tibi dedi, ut seruum hunc tuum manumitteres: aliena denique, id est, Stichum seruum tui manumittendi gratia, ut ex manumissione consequi libertatem possit. Ex quibus causis constat mandati obligationem rectè consistere, & ex ea proinde mandati actionem nasci posse, conditionem non posse, sed cum mandatum debeat esse gratuitum *l. 1. §. ult. mand. ne alioqui degeneret in locationem, vbi eundem scriptum est in proposito, cum data sit pecunia, non potest esse mandatum eod. vel emptio si data sit pro precio, veluti si seruus fuerit venalis, ut in hoc §. seq. Vel contractus innominatus si non sit venalis *l. naturalis 5. §. at cum do infr. de præscr. verb. iunct. l. 1. C. de rer. permut. De actione igitur venditi quoque tractare & quaerere Tribonianus debuit, cum tractet****

etiam de seruo venali non de conditione sola, sed neque vlla causa dubitandi suberat, an esset danda actio aliqua contra eum qui accepit pecuniam, ut seruum suum manumitteret, cum seruus sine culpa domini prius aufugisset. Quid enim est hoc casu, quod possis domino imputare, & propter quod distingui oporteat, an dominus cum distrahturus fuerit, necne, imò potius an aliqua eius culpa intercesserit in fuga serui, an nulla, & an in manumittendo seruo moram fecerit an non? Quamquam nec credibile est, euenire facile posse, ut seruus fugiat, qui iam iam manumittendus est, nec proinde, ut custoditi tam diligenter debeat, ne fugam struat: Sed mos hic est Triboniani, ut per huiusmodi distinctiones & subdistinctiones in perquirendis multis casibus suam ostendet diligentiam, ne quid prætermittit videatur, & tamen casum aliquem semper prætermittat, quod & hic ab eo factum est: prætermittit enim duas illas distinctiones, quæ maximè erant necessariæ, an domini culpa seruus fugerit, an non, quam adhibuerat in casu præcedente, & an manumissioni mora aliqua facta sit ante fugam necne, quæ adhibetur in §. *seq. vbi agitur de seruo, qui manumitti debeuerat ante manumissionem defunctus*, non enim maior causa fuit has adhibendi distinctiones in aliis casibus, quam in huius §. questione. Deinde quam obsecro, rationem habere potest illa distinctio, an distrahturus fueras seruum hunc, an non distrahturus, pro quo manumittendo pecuniam accepisti, cum accipiendo pecuniam, ut manumitteres, distrahtendi facultatem tibi præripueris, & distrahtendi consilium, si quod ante habebas, abiiceris? Est enim quod tibi imputes etiam si distrahturus alioquin fueras, cur malueris pecuniam accipere, ut eum manumitteres, nam hoc modo & quasi eius pecuniæ precio distrahere illum voluisti, & hanc distrahtendi speciem eligere maluisti, ut in *l. si is qui 4. C. si mancip. ita fuer. alien. Denique hoc saltem videris maluisse, ut in *l. si patre cogente 22. in fin. de rit. nupt. infr. at distinctio illa erat omnino necessaria, an dominus moram manumissioni fecisset, an non, quia post moram periculum omne pertinet ad morosum, d. *l. si ex legat. 23. cum l. seq. l. si seruum 91. §. sequitur & §. ult. infr. de verb. oblig. adeo que quod magis est, succedit hoc casu potestas constitutionis, quæ seruum hunc facit ipso iure liberum, ex quo tempore præstari libertas potuit, nec præstita est. *l. si is qui 4. §. ult. C. eod. & §. si seruum, vbi diximus supr. hac lege. Ut proinde seruo hoc facto libero priusquam fugeret, nullus his distinctionibus locus reliquus esse possit, multo minus conditioni, siue serui siue pecuniæ: maximè cum seruus venalis fuit, ut in prima parte distinctionis *l. naturalis 5. §. 1. de præscr. verb. iunct. l. 1. C. de rer. permut. Quid enim refert quod ad distrahtendum dominum serui pertinet, ut loquitur *l. inter omnes 46. infr. de furt. an seruus manumittatur, an distrahtatur, an denique moriatur? Nam si venalis non fuit, non potest certè locus esse constitutioni, cum is qui pro seruo manumittendo pecuniam dedit, non dixerit legem seruo suo sed alieno, ut dixi ad *l. 3. §. sed si tibi dedito & ad l. 5. §. 1. supr. Rursum nec illud defendi potest, quod Triboniano placet in *versic. Planè cauebit*, cum seruus fugit, cauere dominum debere, ut si in potestatem suam quandoque seruus peruenerit, restituat id quod accepit, nec tamen totum, sed eo minus quo vilior seruus propter fugam factus est. Cur non enim cauet, potius nuda scilicet repromissione de eo manumittendo,*******

tendo, cum in potestatem suam peruenerit: quandoquidem ad hoc ipsum accepit pecuniam, ut seruum manumitteret, non ut pecuniam redderet. Aut si hoc ita esse volumus, quasi in eius arbitrio & potestate manere debeat, an seruum manumittere velit, an non, quasi propter fugam offensus, ut Tribonianus loquitur in *versic. seq. Quidni ergo cauere eum cogimus de toto eo quod accepit restituendo? Nempe si admittere illud volumus quod idem Tribonianus subiicit in *versic. sequent. Planè si adhuc*, si reuersum à fuga seruum adhuc manumitti velit is, qui pecuniam dedit, Dominus verò nolit manumittere propter fugam offensus, totum quod accepit restituere eum oportere. An non enim satis voluntatem suam declarat dominus quod nolit hunc seruum manumittere, nec si in potestatem suam reuertetur, cum non vult cauere nisi de restituendo id, quod accepit, nec id quoque totum, sed eo minus quo vilior seruus factus sit, quem Accursus noster dubium euentum male interpretatur ex *l. item Labeo 12. & seq. supr. fam. eref. cum d. Nullus enim dubius euentus hic estimandus est, sed quanto vilior reuera seruus factus est propter fugam, quia nec in dubio quicquam positum est, nisi an seruus sit reuersurus. Sed neque hoc verum esse potest, quod scriptum est in *dict. versic. Planè si adhuc debere dominum id totum, quod accepit, restituere, si nolit seruum manumittere, propter fugam offensus, quasi debeat sibi imputare, cur non potius manumittat. Nam præter id quod hoc casu seruus, si venalis fuit, è vestigio rapitur ipso iure in libertatem, sola constitutionis potestate, ut diximus ex *dict. l. si is qui 4. & dict. l. ultim. Cod. si mancip. ita fuer. alien. & dict. §. si seruum supr. hac lege. manente scilicet eadem illius qui pecuniam dedit, voluntate, ut præsupponimus, *l. 1. & dict. l. ultim. Cod. si mancip. ita fuer. alien. Nulla ratio est, ut augeatur obligatio domini, ob id solum quod nolit nunc manumittere, offensus propter fugam, cum negari non possit, quin ea sit iustissima causa offensionis, & ab initio non ad aliud fuerit obligatus, quam ut caueret & repromitteret de parte duntaxat pecuniæ restituenda: detracto scilicet quanto vilior seruus propter fugam esse cæperit, quem si ante fugam, ut destinauerat, vendidisset, viliozem nunc non haberet. Illud autem multo minus ferri potest, quod subiicitur in *versic. sed si eligat. si eligat is qui decem dedit, ipsum seruum consequi, necesse esse, aut ipsum ei dari, aut quod dedit, restitui. Quamnam enim obsecro adferri ratio potest, ob quam sit æquum, electionem hanc dari ei, qui decem dedit, ut ipsum seruum consequatur, cum non seruum ipse dederit, ut in *d. §. si seruum sed decem? Quamnam verò actione seruum ipsum consequi poterit? Non alia vtrique, si Tribonianum consulis, quam conditione ob causam dati causa non secuta, quam solum dat Tribonianus, ex hoc contractu tanquam innominato: atque ita miser Accursus [quis enim eius non misereatur, quem Tribonianus, sub Vlpiani nomine, tam imprudenter decipiat?] interpretari hunc locum cogitur, ut electio hac fiat per conditionem ob causam dati, causa non secuta: quasi hæc conditio non solum pro re data proponatur, inquit, ut repe-*******

tatur, sed etiam, ut promissa præstentur, ut in §. *item si quis dedito supr. & l. 3. §. sed si tibi dedito. Quod tamen falsissimum est, & à Bartolo quoque merito reprehensum, & à Bartolo quoque merito reprehensum, non ob id solum, quod in eam rem comparata sit actio præscriptis verbis, ad consequendum id quod interest quasi manca conditionis potestate, cum nihil aliud sit conditio, quam dati repetitio, hæc præsertim, quæ idè specialiori nomine conditio ob causam dati appellatur, sed alia etiam, eaque optima, nec insubtili ratione, quod actio hæc sit ex earum numero, quæ extra id quod agitur, tacito quodam iure nascuntur, ut Pomponius loquitur in *l. is qui 13. infr. Comm. & quam proinde absurdum esset, dari ad implendum id quod agitur, & quod fieri debet, multo magis si quis dicat dari eam debere ad id, quod nullomodo promissum videri potest, id est, ad seruum ipsum restituendum, quem non restituere, sed manumittere ex contractu dominus debuerit. Aliud enim est, manumittere debere, aliud non manumissum restituere, aliud denique ob non factam manumissionem quanti actoris interest, præstare. Conditio nihil horum trium persequitur, actio præscriptis verbis nihil nisi vltimum, nunquam primum neque secundum. Quid enim esset absurdus, quam dicere conditionem, quæ nunquam datur ad implendum etiam id quod conuenit, dari ad implendum id quoque quod non conuenit? Sed non melius idem Bartolus hunc locum interpretatur, vult enim sic intelligendum esse, ut conditio quidem detur ei, qui pecuniam dedit, sed ad repetendam ipsam pecuniam directò, non etiam ad consequendum seruum, nisi officio iudicis, & ita demum, si restituere pecuniam nolit, aperte contra Triboniani verba, quæ dant electionem ei, qui pecuniam dedit, ut seruum ipsum possit consequi, si id malit, quam pecuniam repetere, cum tamen Bartolus sua ista interpretatione det electionem hanc ei, qui pecuniam accepit, sicut & tribuit officio iudicis quod ex Triboniani iurisprudencia acceptam ferendum est potestati actionis & conditionis, ut taceam, quod iam aliàs sæpius monui in actionibus stricti iuris, quales sunt omnes conditiones, officio iudicis locum esse non posse, cum in illis adstrictus sit iudex pedaneus formulæ tanquam glebæ, sed tantum in actionibus bonæ fidei & arbitriis: quamquam & Tribonianus ipse videtur mihi in hoc secum pugnare. Nam postquam scripsit, *sed si eligat is, qui decem dedit, ipsum seruum consequi scilicet quod eum malit sibi præstari, quam manumitti, & quam decem sibi restituere, statim subiicit necesse est aut ipsum ei dari, aut quod dedit restituere. Quibus verbis cum eum qui pecuniam accepit, constituat debitorum alternatiuum, aut dandi serui, aut restituenda pecuniæ, hoc ipso dat ei electionem, quam prius dederat actori, cum ex regula iuris & civilis & pontificij in alternatiuis electio sit debitoris *l. plerumque 11. §. vltim. infr. de iur. dot. atque ita fiet, ut vtrique electionem habeat, & neuter quod manifestam implicat contradictionem: posterior autem pars primæ distinctionis, quam Tribonianus concipit his verbis, *Quod si distrahturus non erat, eum oportet id quod accepit, restituere, scilicet totum, nullam quoque rationem habere: quam-*****

uisenim is qui pecuniam accepit, ut seruum manumitteret distracturus eum non fuerit, an ideo statim consequens est, ut pecuniam reddere omnimodo debeat, etiam si nihil ei possit imputari, cum ponamus citra ullam ipsius culpam seruum fugisse: Sed exceptio, quae statim sequitur, nisi forte diligentius eum habiturus esset, si non accepisset, ut manumitteret tunc enim non est equum eum et seruo et toto precio carere, longè ineptior est: primum, quia nec sciri, nec probari hoc vliomodo potest, an fuerit dominus hunc seruum diligentius habiturus, si pecuniam non accepisset, an verò negligentius nihilque nisi inextricabilem facti quaestionem & litis materiam, distinctio hec præbere potest. Deinde quia etiã ex facto cõstaret, fuisse dominum, tanto diligentius habiturum seruum hunc si pecuniam non accepisset ad eum ma-

4 ¶ Sed ubi accepit, ut manumitteret, deinde seruus decessit: si quidem moram fecit manumissioni, consequens est, ut dicamus eum refundere, quod accepit. Quòd si moram non fecit, sed cum profectus esset ad præsidem, vel apud quem manumittere posset, seruus in itinere decessit, verius est, si quidem distracturus erat, vel quo ipse vsurus, oportere dici, nihil eum refundere debere: enim verò si nihil eorum facturus erat, ipsi adhuc seruum obiisse: decederet enim, & si non accepisset, ut manumitteret: nisi forte profectio manumissionis gratia mortis causam præbuit: ut vel à latronibus sit interfectus, vel ruina in stabulo oppressus, vel vehiculo obritus, vel alio quo modo, quo non periisset, nisi manumissionis causa proficisceretur.

Ad §. ult. Sed ubi accepit.

Nova in hoc §. sed tamen circa eandem facti speciem quaestio proponitur de eo qui pecuniam accepit, ut seruum proprium manumitteret, qui tamen decessit ante manumissionem, an conditione ista teneatur, respondet verò Tribonianus ad quaestionem adhibitis, ut fecit hucusque suis distinctionibus, sed tamen nouis: ait autem distinguendum primò esse, an dominus qui proprium seruum, ex hoc contractu manumittere debuit, moram fecerit manumissioni necne, priore casu, inquit, consequens est, ut dicamus refundere eum debere, quod accepit: posteriore verò, si moram non fecerit, subdistinguit, an distracturus fuerat seruum dominus, vel eo ipse vsurus, an nihil eorum facturus. Priore casu concludit, oportere dici nihil refundere illum debere: refundere enim dicit eleganter, si diis placet, pro reddere & restituere, ut & paulo antè. Posteriore autem si nihil eorum facturus fuit, adhuc ipsi domino seruum obiisse, id est, ipsius periculo, ut per conditionem reddere pecuniam teneatur. Decederet enim, id est, decessisset, ut loquitur, & melius Accursius. *etsi non accepisset ut manumitteret*, sed ad hanc posteriorem subdistinctionis partem rursus addit exceptionem, nisi forte profectio manumissionis gratia mortis causam præbuerit, ut vel à latronibus interfectus sit, vel ruina in stabulo oppressus, vel vehiculo obritus, vel alio quo modo, quo non periisset nisi manumissionis causa proficisceretur, id est, profectus fuisset. Hic verò

numittendum, tanto maior tamen ratio est, ut a pecuniae restitutione condemnari debeat, cum negligentia quae in rebus propriis culpanda est, in alienis sit coercenda. *si constante 24. §. si maritus in solut. matr.* nec enim salua fide, & sine dolo, potest quis minorem alienis rebus, aut negotiis, quam sui diligentiam præstare. *l. quod Nerua 32. in si. depof.* Quãuis conetur Accursius respondere, non esse venilimile, ut fugere velit seruus, qui speret libertatem, id èo que nec solere dominum eos seruos quos vltro manumittere cogitet, diligentius custodire. Dicimus enim licere vnicuique in suis quidem rebus versari negligentius, sed in alienis non licere. *d. §. si maritus.* Sequitur vltimus §. æquè Tribonianus, quem nostri vulgo inchoant ab his verbis, quæ tamen nos mallemus vnico contextu legi:

quis non miretur mecum, constantem hanc Triboniani nostri, & inelegantiam & inscitiam, siue contextum verborum, qui totus insulsus & malè concinnatus est, siue iuris rationem ipsam intueamur: nam & cum mora facta est manumissioni, licet æquum sit teneri eum qui moram fecit, ut morte serui post eam moram contingente non liberetur, *l. 4. supra qui satisd. cogant. dict. l. si ex legati 23. & seq. l. si seruum 91. §. sequitur & §. vltim. de verborum obligationibus*, non tamen conditione illum teneri æquum est, ut reddat quod accepit, cum non sit hic contractus innominatus si seruus fuit venalis, sed actio vtli venditi, ut præstet quanti interest actoris quasi sit hic contractus venditionis aut saltem ad exemplum venditionis *dict. l. 1. Cod. de rer. permut.* in quo continebitur quicquid ei abest, propter contractum, & consequenter pecunia ipsa quam dedit. *l. si commissaria 13. Rat. rem haber. l. 1. de act. empt. l. in interdicto 6. Vnde vi. nisi hoc quoque casu potestatem constitutionis inducamus, ad faciendum seruum hunc ipso iure liberum, saltem si venalis fuerit, ut supra diximus ex l. 4. & vltim. Cod. si mancip. ita fuer. alien.* [nam si venalis non fuit, aliud est, nec potest videri pecunia data pro precio. *l. vltim. infra hoc tit. l. 3. §. sed si tibi dederò supra l. 1. Cod. de rer. permut.*] Quo casu nec de eo quod interest, siue per actionem venditi siue per actionem præscriptis verbis, quicquam quaerendum est, cum potestate constitutionis conuentio effectum suum habuerit *dict. l. vltim. & penult. Codic. si mancip. ita fuer. alienand.* quòd si moram in manumittendo seruo dominus non fecerit, indistinctè dicendum est, conditionem hanc

hanc cessare ob causam dati causa non secuta, secundum Proculi sententiam ab Vlpiano nostro relatam & probatam in *d. l. 3. §. sed si tibi dederò, verfic. sed si Stichus decesserit sup.* præsertim si ponas, quod Tribonianus ponit, profectum iam dominum ad Præsidem, vel alium apud quem manumittere posset, & seruum in itinere decessisse. Quam enim maiorem diligentiam præstare dominus poterat, ut manumitteret? Et cur hoc casu requiramus, prætereà ut dominus fuerit eum seruum distracturus? Quamuis Accursius putet locum illum iuxta distinctiones, quæ in hoc §. ponuntur intelligi debere, quod nos sibi iam refutauius: illud tamen multo minus probare possumus, quod Bartolus putat intelligendas esse has distinctiones de eo casu, quo eum qui pecuniam dedit pœniteat, dedisse, vel itaque ille ex sua pœnitentia habere conditionem. Nam præterquam quod Tribonianus in tota hac quaestione, quam inchoat ab illis verbis *sed si accepisset* nullam pœnitentiam mentionem facit. An non sera nimis est pœnitentia, postquam seruus decessit, qui manumitti debuit? Aut si ponas non modò pœnitentiam, sed etiam pœnitentiae certiorationem præcessisse, quid attinet tot istas distinctiones, & subdistinctiones comminisci, ad dandam ei actionem qui dederat pecuniam ad seruū manumittendum nisi ad eas seruum hunc fuisse venalem? Quo casu nec tractandum est de pœnitentia, cum sit contractus nominatus, multo minus de conditione cum ex contractu nominato non possit vllò casu dari conditio, nisi integra sint omnia. *§. vltim. Inst. de mandat. l. si mandassem 15. l. si hominem 30. inf. eod. ill. rit. nec magis ex pœnitentia, quam quali causa non secuta, quam tamen dat Tribonianus in toto hoc §. perinde atque in superiore etiam cum seruus venalis fuit, nisi in certis casibus quos excipit, nec tam ut conditionem tamen excludat, cuius ut video eximius ne dicam perditus amator est, quam ut dominum, cuius seruus decessit ab omni actione liberet. Nec potest sibi temperare Accursius, quin longiores istas distinctionum ambages miretur, & reprehendat, cum ait, breuius potuisse dici, totam quaestionem hanc eò recidere, ut si tibi dem pecu-*

niam, ut seruum tuum manumittas, & is mora interveniente, vel fugerit vel decesserit, non retineas pecuniam, sed si ante moram vel fugerit vel decesserit, vel quocunque casu videri potest, per me factum esse [sic enim absque negatione legendum est apud Accursium] ut neque seruum habeas neque serui precium, tu eò casu pecuniam retineas. Ex qua distinctione intelligimus Accursium existimasse, parum referre, an seruus fugerit an decesserit, eandemque distinctionem ex iuris ratione vtrique casui accommodari posse & debere. Quod & mihi videtur, neque improbabile esse hanc Accursij sententiam, nisi quod eam Tribonianus putat, eò casu quo pecuniam reddere debeas, tum quoque cum seruus venalis fuit, conditione te teneri, cum debuerit dicere teneri te actione venditi in id quod interest, aut vtili saltem actione ex empto *dict. l. 1. G. de rer. permut.* quemadmodum teneris mandati, si pecunia non interuenisset, ut in *l. si quis alicui 27. §. 1. l. si hominem 30. infr. mandat.* Facile enim mandatum quoties gratuitum non est, degenerat in emptionem & venditionem, cum pecunia veluti pro precio interuenit, sicut & in locationem & conductionem si merces interuenierit. *l. 1. §. vlt. infr. mandat.* sed si pecunia neque pro precio serui manumittendi, neque pro opera manumissionis [nec enim manumissionis opera talis res est quæ locari solet] sed in vicem serui manumittendi data sit, non potest is contractus alio iure censeri, quam contractus innominati, *do ut facias*, ex quo proinde & conditio ad repetendum id quod datum est, & præscriptis verbis actio, ad id quod interest dari potest *dict. l. naturalis §. at cum do infr. de præscrip. verb.* Ex his apparet, quàm verum sit, quod volumus totam ferè hanc legem Triboniani esse potius, quàm Vlpiani, delerique eam vna littura non explicari debuisse, nisi quicquid sub prudentum nominibus in Pandectis scriptum est, pro totidem Iustinianeis legibus, ex ipsa Iustiniani constitutione accipi oporteret. Valeat igitur hæc lex, & vim legis habeat tanquam Triboniani, at non certè tanquam Vlpiani, si me iucem ferre quis velit.

6. IDEM libro 3. Disputationum.

SI extraneus pro muliere dotem dedisset, & pactus esset, ut quoquo modo finitum esset matrimonium, dos ei redderetur, nec fuerint nuptiæ secutæ: quia de his casibus solum modò fuit conuentum, qui matrimonium sequuntur: nuptiæ autem sequutæ non sunt: quaerendum erit, vtrum mulieri conditio, an ei, qui dotem dedit, competat. Et verisimile est, in hunc quoque casum, eum, qui dat, sibi prospicere: nam quasi causa non secuta, habere potest conditionem, qui ob matrimonium dedit, matrimonio non copulato: nisi fortè euidentissimis probationibus mulier ostenderit, hoc eum ideo fecisse, ut ipsi magis mulieri, quàm sibi prospiceret. Sed & si pater pro filia det, & ita conuenit: nisi euidenter aliud actum sit: conditionem patri competere, Marcel- lus ait.

Ad l. Si extraneus 6.

RAT. DVB. Inclusio vnus, ut dici solet, exclusio est alterius. *Cum Prator 12. sup. de iudic. l. ex eo 18. infr. Tom. III.*

de rebus. & prouisio facta in vnum casum non debet porrigi ad alium, præsertim contrarium, & omnino diuersum. *l. commodissime 10. de liber. & posthum.* Extensio enim quælibet odiosa est, præsertim in AA. 2

stipulationibus caterisque contractibus *l. quicquid adstringendo 99. de verb. oblig.* quia imputare sibi debet is, qui contraxit, cur non dixerit legem apertius *l. veteribus 30. sup. de pact. l. labeo 21. infr. de contr. emp.* id eoque contra eum fieri debet interpretatio, si quid ambigui sit vel obsecuti, ut probatur ex dictis legibus & ex *l. si ita stipulatus 126. §. Chrysofonus infr. de verb. oblig.* Quamvis in ultimis voluntatibus extensio fiat, plerumque ex identitate, ut loquuntur, & maiestate rationis, de casu ad casum, licet non tam facile de persona ad personam *l. Gallus 29. §. & quid sit tantum infr. de liber. & posthum.* quia defunctorum voluntates plenius interpretantur *l. in testamento 12. de regul. iur.* Atqui ponimus extraneum, qui mulierem in potestate non habeat [sic enim diffinit Iustinianus in *l. vnic. §. extraneum Cod. de rei vxor. act.*] cum pro ea dotem daret, pactum esse, ut quoquomodo finitum esset matrimonium, dos ei redderetur, siue per stipulationem ea de re interpositam siue per pactum incontinenti appositam in ipsa dotis constitutione, & traditione *l. quoties 29. infr. solut. matrim. l. auia 6. Cod. de iur. dot.* atque ita solummodo fuisse conuentum de casibus, qui matrimonium sequuntur. Ergo si nuptiæ secuta non sint, videtur conuacasse, & dos non redderetur, quasi per argumentum à contratio sensu, ut in *l. si inter 6. §. cum inter infr. de pact. dotal.* non enim potest videri finitum matrimonium, quod necinitium accepit *l. Titio usufructus 96. de condit. & demonstr. l. non potest videri 208. de regul. iur.* ac proinde dici non potest eum, qui dotem sub hoc pacto dedit, in hunc quoque casum qui euenit, & qui nullomodo pacto comprehensus est, prospicere sibi voluisse. Exemplo eius, qui cum dotem pro muliere daret, pepigit in alterutrum duntaxat casum, vel mortis, vel diuortij, nam in alium casum, in quem non pepigit, dicimus mulieris esse actionem *l. si cum dotem 22. in princip. infr. solut. matrim.* De c. Semper in stipulationibus, caterisque contractibus sequimur id, quod actum est *l. semper 34. de regul. iur.* id autem in qualibet dotis datione, & constitutione actum tacite intelligitur, ut ita demum valeat, & teneat, si nuptiæ sequantur, habet enim hanc perpetuam, & necessariam conditionem *l. stipulationem 21. & seq. infr. de iur. dot.* quia nec dos esse potest sine matrimonio, cuius oneribus deseruiat *l. 3. eod. tit.* quamuis possit matrimonium esse sine dote. Idque est quod ait Paulus in *l. promittendo 41. eod. magis rem, quam verba intuenta esse: ergo si nuptiæ non sint secuta, reddi dos debet, non mulieri cui neque dos, neque dotis actio fuit unquam acquisita, sed ipsi extraneo, qui dedit, quasi nec dedit, nec tradiderit, nisi sub illa conditione, si nuptiæ sequerentur.* Nam & dominium & possessio transferri potest sub conditione, & in eum esse inpendenti *l. si ego 9. in princip. & §. si res eod. l. qui absenti 33. §. 1. de acquir. poss. l. de hereditate 19. §. pater infr. de castrens. pecul.* reddetur autem dos hæc per conditionem, de qua in hoc Tit. agit, ob causam dati causa non secuta, cum data sit ob matrimonium, quod tamen secutum non fuit, nec tamen quasi in hunc quoque casum, siue paciscendo siue stipulando sibi prospexerit, ut possit etiam ex stipulatione, si male, dotem hanc repetere, & conditione certi ex stipulatione *l. si quis certum 24. sup. de reb. credit. & Inst. de verb. oblig. in princip.* Sed quia paciscendo, ut quoquomodo finitum esset matrimonium, dos sibi redderetur, satis declarauerit nolle

se eam dotem donare, & perdere, si matrimonium non sequeretur: nam qui vult dotem sibi reddi, etiam secuto solutoque matrimonio, multo magis velle intelligitur, eam sibi reddi nuptiis non secutis: id est, non intelligitur abiicisse auxilium iuris communis, ex quo competit conditio nulla etiam stipulatione, nulloque pacto interueniente, satis enim ei est ad habendam conditionem, quod eam sibi per pactum non ademerit, nec pacto villo in eam rem indiget, cum sufficiat ius commune, quamquam nihil vetat, etiam pacto ita concepto, ut non secutis nuptiis, dos ei qui dedit reddatur, dari ex eo pacto hanc quoque conditionem, ob rem dati re non secuta *l. si donaturus 9. infr.* quia pactum hoc sicuti non est necessarium ad inducendam conditionem, ita neque eam tollit, si forte sit interpositum. Denique nec prodest, nec nocet, distinguendum tamen est, an is qui dotem numerauit mulieri, aut iussu eius sponte futuro, animum habuerit donandi mulieri, necne, nam si donare voluerit, utique conditio competit, sed mulieri cui donatum est, non ei qui dedit, non tamen à quo dos data sit inspiciendum est, quam cuius gratia, ut & in donationibus omnibus *l. hoc iure 19. §. si quis dedit infr. de donat. l. si sponsus 5. & pass. de donat. int. vir. & vxor.* in dubio tamen non præsumitur in constituente animum donandi vulg. *l. cum de indubito 25. infr. de probat.* quia donare perdere est *l. filium familias 7. §. de donat.* Quamquam fatendum est in dote aduentitia, qualis illa est, quecumque datur ab extraneo, ita ius olim fuisse, ut donandi animus in dante præsumeretur, id eoque nec soluto matrimonio, repetitione eius haberet, nisi eam sibi reddi expressim stipulatus esset: quæ dos receptitia dicebatur, ut Vlp. nosse in Fragmentis refert *Tit. de dot. reb. at non mulieri ipsi.* sed marito donata credebatur, cuiusque lucro cedebat, quod à Iustiniano immutatum est in *d. l. vnic. §. accedit C. de rei vxor. act.* ubi constituit, ut stipulatio ex parte mulieris, non mariti facta, censetur, si non eam sibi specialiter extraneus per stipulationem receperit. Ob eamque causam in proposita huius legis specie, stipulatus fuerat extraneus dotem sibi reddi, quoque modo finitum esset matrimonium, ne scilicet mariti lucro dos cederet, si pactio nulla interuenisset, atqui nullis secutis nuptiis, verendum non erat, ne dos cessura esset lucro accipientis, qui maritus nunquam fuisset: maritus enim sicut & dotem facit matrimonium, non dotales tabulæ, ut Papinianus loquitur in *l. donationes 31. infr. de donat.* id eoque nec fuerat necesse, ut casus hic non secuti matrimonij stipulatione & pactio illa comprehenderetur, cum non contra mulierem ipsam, sed contra futurum maritum hæc pactio interponeretur, ne donata ei dos videretur, dubitandi tamen ratio quæ iis verbis proponitur quia de iis casibus solummodo fuit conuentum qui matrimonium sequuntur, nuptiæ autem secuta non sunt magis eò pertinebat, ut conditio aduersus sponsum, deneganda, quam ut mulieri danda esse videretur. Nullo igitur secuto matrimonio, dubitandum non est, quin conditio ob causam dati causa non secuta, competere debeat ei qui pecuniam dederat, tanquam dotis futuram, licet hic casus stipulatione comprehensus non sit, quia sufficit, ut non obstat ei stipulatio, quamuis nec proficit longæque alia ratio est eius, qui stipulatur dotem sibi reddi in alterutrum casum soluti matrimonij, vel morte, vel diuortio, ut in *d. l. si cum dotem*

22. solut.

22. solut. matrim. Nam in alium casum, in quem non pepigit, dicimus esse mulieris actionem, quia constituentis siue patris siue extranei voluntas illa fuisse intelligitur, ut mariti lucro dos nullo casu cederet, sed ad eum reueteretur qui dedit, si contingeret solui matrimonium in eum casum, qui stipulatione comprehensus esset, ad mulierem verò perueniret, si alio casu de quo nihil conuenisset, matrimonium solueretur: nullo enim casu poterat lucro mariti cedere dos receptitia, sed ea tantum quæ manebat in puitis terminis, ut ita loquar, dotis aduentitiæ, idque non tam ex dantis voluntate & liberalitate, quasi donatum marito eam voluisset, si propius inspiciamus, quam ex mera iuris ratione, quod dominium dotis per traditionem translatum semel in maritum, non possit ab eo postea vel ignorante, vel inuito, discedere, nisi ab initio dotis dandæ ita conueniret *l. 1. infr. de iur. dot. l. dotis actione 9. C. solut. matr. l. doce 9. C. de rei vindic. §. 1. Inst. quib. licet alien. vel non.* Vnde est quod nec dos profectitia ad patrem reueteretur, soluto per mortem filie sine liberis matrimonio, nisi ratio miserationis contra stricti iuris rationem hoc ius euicisset *l. iure succursum 6. de iur. dot. ne ut illa lex ait, pater & amissa filia, & pecuniæ damnium sentiat.* Porò dotem receptitiam facit, quælibet stipulatio & pactio legitime ab extraneo interposita de dote restituenda sibi, quamuis in vnum duntaxat casum mortis aut diuortij: im-pedit ergo hæc pactio, ne ius vllum retinendæ dotis penes maritum remaneat, nec alio quoque casu, qui pactioe comprehensus non est, cum absolute verum sit, dicere dotem hanc receptitiam esse, non aduentitiam, & tamen cum in alium illum casum, de quo extraneus nihil pepigit, non possit eius esse actio, consequens omnino est, ut solius mulieris esse debeat, non solum favore mulieris, cuius nomine dos data fuit, sed etiam ne alioqui sit nullius. Verè enim hac parte illud obtinet, quod diximus inclusionem vnius esse exclusionem alterius, & eum, qui sibi in vnum nominat casum pepigit, non posse videri in alterum quoque pepigit, idemque iuris est, si non ab extraneo, sed à patre & dos data, & stipulatio interposita proponatur. Miror autem ingenia nostrorum, qui tam ex *d. l. si cum dotem* quam ex hoc loco inferunt casum omnium remanere in dispositione iuris communis. Nam in specie primum dict. *l. si cum dotem*, euidenter hoc falsum est, siue de ea dote loquamur, quæ à patre data sit, siue de ea quæ ab extraneo. Si quidem dos ab extraneo data, nullo pacto de ea restituenda interposito, cum sit merè aduentitia, mariti solius lucro cedit, tanquam qui eius dominus per traditionem factus sit, non etiam mulieris, ex dispositione iuris illius veteris, quod ex Vlpiani fragmentis vultimus, & cuius ignorantia interpretes nostri se in hunc errorem precipites gerunt. Dos autem à patre profecta, soluto per mortem mariti matrimonio, quamuis non ad patrem reueteretur, ne filia maneat indotata, quæ quando uiuit, & nubere iterum potest & dotem habere debet, repetitur tamen per actionem rei vxoriatæ communem patri & filia, sed cuius exercitium soli patri competit, ad agendum coniuncta filia persona *l. 2. §. vltim. l. 3. & 4. l. quoties 19. & pass. solut. matrim.* pactum igitur siue à patre, siue ab extraneo interpositum, de dote sibi restituenda in alterutrum casum soluti matrimonij per mortem, aut per diuortium non relinquit casum omnium in dispo-

Tom. III.

sitione iuris communis, sed ius commune immutat, in eo quod facit, ut solius mulieris sit actio, quæ alioqui aut communis esset patri & filia, aut nullatenus ad mulierem pertineret, dotis dominio penes maritum remanente in solidum, si morte mulieris matrimonium solueretur, aut retentis sextis in singulos liberos, ad dimidiam usque partem dotis, si diuortium interueniret, ut eodem loco supradicto Vlpianus refert, & nos pluribus docuimus *lib. 14. Coniecturarum.* in huius verò legis specie licet verum sit, casum non secuti matrimonij, qui pacto comprehensus non est, remanere in dispositione iuris communis, ut pariat conditionem ob causam dati causa non secuta, id tamen sit propria quadam & speciali ratione, quia nec de hoc casu cognatum intelligitur, sed de iis tantum casibus qui matrimonium sequi possent, nec cogitari etiam debent, cum nulla pactioe indigeret, qui dotem dabat, ut conuicere illam posset, si nuptiæ nulla sequerentur. Quandoquidem, ut diximus, nullum dotis retinendæ ius haberet is, cui tanquã futuro marito data dos fuisset, si nunquam maritus extitisset, aliud est, si pactum interpositum sit de dote restituenda in casum mortis, vel diuortij, non enim fieri potest, ut qui cogitat & paciscitur de vno casu, non cogitet etiam de alio, ut in *d. l. si cum dotem*, & in hac demum specie questionis locus esse potest & debet, an casus omissus, de quo se cogitatum fuit, remaneat in dispositione iuris communis, an verò propter pactum alia dispositio-nem recipiat, quod certe magis est, cum in eam rem sufficiat tacita voluntas, quæ ex pacti expressi verbis, per argumentum à contrario sensu, satis aperte colligitur *d. l. si cum dotem & dict. l. inter sacrum 26. §. cum inter infr. de pact. dotal.* Caterum multa quæstio est, si quis querat, an casus omissus, de quo nullo modo fuerit cogitatum, remaneat in dispositione iuris communis. Quidni enim remaneat, cum pactio-nes quantumlibet generales nunquam trahi debeant ad incogitata? *l. cum Aquiliana l. qui cum tutoribus 9. §. 1. non est ferendus 12. sup. de transact.* Et quid obsecro est, quod iuris communis dispositionem possit immutare præter conuentionem? Debuerunt ergo interpretes nostri ex hac lege id vnum inferre, quod ridiculum esset, ac indubitatum, ut casus omissus de quo nec per somnium fuerit cogitatum, remaneat in dispositione iuris communis. Et ita non pugnat hæc lex cum *d. l. si cum dotem*, in qua ideo non remanet casus omissus in dispositione iuris communis, quod de eo quoque fuerit cogitatum ab iis, qui in alium casum pepigerunt: nec aliud iuris hodie in huius legis specie obtinere credendum est, post Iustiniani constitutionem in *dict. l. vnic. §. accedit Cod. de rei vxor. act.* et si enim Iustinianus ibi constituit, ut in dote aduentitia, stipulatio ex parte mulieris interposita videatur de dote ipsi mulieri restituenda, id tamen ad eam dotem pertinet, quæ aliquando verè dos fuit, secutis scilicet nuptiis, non ad eam quæ nunquam, nec rursus ad eam, quæ secutis nuptiis aliquando verè dos fuerit, si extraneus, qui dedit, pactus sit, de ea sibi in omnem casum soluto matrimonio restituenda: atque hæc quidem & vera iuris ratione, cuius egregius magister Vlpianus fuit, rectissime disputatur: sed non satis conuenienter, ut puto, ad verba huius legis, quæ aperte dicunt, verisimile esse in hunc quoque casum eum, qui dotem dat sibi prospicere quamuis de his solis casibus fuerit conuentum qui matrimonium sequuntur, quasi non alia ratione possit

A A 3

habere conditionem hanc ob causam dati causa non secuta, quam quia sibi supradicta pactione verisimiliter prospexerit. Quod tamen non nisi valde ineptè dicitur, aut credi potest. Si quid enim in iure nostro certum, illud certissimum est, conditionem hanc non nasci ex conuentione aut expressa, aut tacita, sed ex sola natura, & æquitate negotij, extra id quod agitur, vt diximus ad §. penult. legis præcedentis arg. l. is qui in fin. in fi. Commod. Præterea falsum est, quod hæc lex ait verisimile esse eum, qui dotem dedit, sub hoc pacto restituendæ dotis, in casum soluti quoquomodo matrimonij, in hunc quoque casum non secutarum nuptiarum sibi prospexisse. Quomodo enim potest sibi prospexisse in eum casum, de quo non cogitauerit? Aut quis in dote constitueanda, & paciscendo de ea sibi in omnem casum soluti matrimonij restituenda, cogitet de ea dote, quæ nunquam dos sit futura? Rursum si de hoc quoque casu cogitatum est, cur non damus ei actionem ex stipulatione, aut præscriptis verbis ex pacto incontinenti apposto, potius quam conditionem ob causam dati causa non secuta, quæ sicuti semper ex æquitate datur, ita nec ferè vnquam, nisi ex necessitate, & cum alia deficit, quæ sit ex conuentione? Itaque non potest ratio illa explicari, quæ hæc ex Vlpiano adfertur, vt probet esse verisimile, vt is qui dotem dedit, in hunc quoque casum sibi prospexerit, nam inquit quasi causa non secuta habere potest conditionem. Dicendum enim potius erat ideo posse illum habere conditionem, quia paciscendo in alios casus, in hunc quoque sibi prospexerit, idque Accursius ipse præsentit, cum ad verbum illud prospicere, vt adapter rationem quæ sequitur, notat saltem tacite, nam &c. quasi nihil distet, an quis sibi prospiciat, an tantummodò non noceat, cum tamen inter has propositiones tantum distet, quantum inter meram negationem, & putam adfirmationem inter velle & non velle l. 3. de regul. iur. inter dare & non adimere aut adimere & non dare. Est enim medium quoddam inter prospicere & nocere scilicet nec prodesse sibi, nec nocere l. error facti 8. in fi. de iur. & fact. ignor. Nec verò de illo dubitatur in specie huius legis, an extraneus qui dotem dederat, bene sibi prospexisset ad eam repetendam, nullis quoque secutis nuptiis, sed potius an non sibi in hunc casum nocuisset, ob hoc solum, quod in casum soluti matrimonij sibi prospexisset: quod & verba illa legis demonstrant quia de his casibus solummodo fuit conuentum, qui matrimonium sequuntur quibus certè vera dubitandi ratio continetur, & quæ tamen verba non ad id pertinent, vt videatur is, qui dotem dedit, non satis bene sibi prospexisse, sed vt videatur sibi nocuisse, cum si nullam pactionem interposuisset, dubitari non oporteret, quin nullis secutis nuptiis conditionem dotis iure communi esset habiturus: cum igitur de illo tantum esset quæstio, an sibi per conuentionem ita conceptam nocuisset, an non stulta responsio est, verisimile esse bene illum paciscendo, sibi prospexisse in eum quoque casum, qui pactione non sit comprehensus? an non multo melius sibi prospexisset, si vel hunc quoque casum in pacto comprehendisset, vt in l. si donaturus 9. in fi. hoc tit. aut nullam omnino pactionem interposuisset? Debuerat ergo ita potius scribi, Et verisimile est in hunc quoque casum eum qui dat, non sibi nocere potuisse. Nam vt prospiciendo sibi in vnum casum censetur sibi prospexisse, in alium quoque casum,

qui non modò diuersus sit, sed etiam contradictorius dici certè non potest, casus porò secuti & non secuti matrimonij merè contradictorius sunt. Denique in tota hac lege nihil video, quod iuris rationi quadret, nihil quod in ipsa verborum structura bene cohæreat. Qua de causa iam aliàs monui in eam esse opinionem, vt hanc quoque legem, non minus quam præcedentem à Triboniano corruptam esse putem, & ad Triboniani potius quam Vlpiani sensum a commo datam: in quam sententiam mouet me ipsa quæstionis formula sic concepta *quærendum erit*, vbinam enim gentium, aut Vlpianus, aut quis alius ex prudentibus, sic vnquam locutus est? Taceo quod in proponenda facti specie verba illa *dosei redderetur* ambiguitatem quandam habent, vtum ad mulierem, an ad eum qui dotem dedit referenda sint, cum præcedentia etiam de muliere loquantur, licet sequentia non obscurè insinuent de eo, qui pro muliere dotem dedit, intelligi potius debere. Taceo etiam inconcinnam illam, sed Triboniano familiarissimam, casuum & temporum variationem, in illis verbis *an ei qui dotem dedit* quæ sunt temporis & paulò post *eum qui dat sibi prospicere* quæ sunt præsentis, & quæ in præteritum potius sic concipi debuerant *eum qui dedit sibi prospexisse*, item quod sequitur *qui ob matrimonium dedit matrimonium non secuto* aut breuius *qui ob matrimonium dedit non secutum*, nec enim copulari aut coniungi matrimonium bene dicitur, sed contrahi, personæ autem eæ sunt, quæ copulantur & coniunguntur matrimonio: quamquam nec eo sensu copulandi verbum prudentibus nostris vsitatum est, quasi minus fortasse honestum, sed soli Triboniano in iis Iustiniani constitutionibus, quæ de nuptiis primis, & secundis loquuntur, vt in l. imperialis 13. §. his illud adiungimus & seq. & l. si furiosi 15. & seq. C. de nupt. vbi & matrimonium ipsum copulam vocat, vt proinde matrimonium copulatum dicere, nihil aliud sit, quam dicere matrimonium coniunctum, aut, si ita loqui liceret, matrimoniatum: Sed quod me magis mouet, vt Triboniani manum agnoscam illud est, quod exceptionis loco subiicit, *nisi forte euidentissimis probationibus mulier ostenderit, hoc eum fecisse vt ipsi mulieri magis quam sibi prospiceret*, nam præter id quod Triboniano familiarissimæ sunt huiusmodi exceptiones, quæ probationes euidentissimas requirunt, tum quoque cum aut non sunt necessariæ, aut haberi nullomodo possunt, vt alibi sæpe monuimus & probauimus, dico fieri non posse, vt in proposita specie, id est, cum extraneus pro muliere dotem dedit, hoc pacto addito, vt si matrimonium quoquomodo finitum esset, dos ipsi danti redderetur, mulier probet eam conuentionem ita conceptam fuisse, vt mulieri potius quam ipsi paciscenti prospiceretur, in eum casum quo nuptiæ non sequerentur, cum in tota hac conuentione nullum verbum sit de muliere, vt per argumentum à contrario sensu, aut aliter conceptum conuentio à persona paciscentis ad personam mulieris transferatur. Itaque nouam aliam conuentionem supponere probari necesse esset, quæ pro muliere faceret, id est, ex qua constaret, eam extraneæ dotem dantis, atque ita vt diximus, paciscentis voluntatem fuisse, vt mulieri donata esset dos, si matrimonium secutum non esset, atqui donatio, licet etiam tacite fieri interdum possit, quamuis non nisi perraro, non alij tamen quam ei cui fiat traditio, l. cuius per errorem 53. de reg.

de reg. iur. quia donatio si ius vetus inspicias, non fit nisi per traditionem aut stipulationem, quamuis hodie fieri possit etiam nudo pacto l. si quis argentum 35. §. vlt. C. de donat. ideoque vix est, vt ex pactione inter alios facta, alij tertio donatum videri possit l. donationes 31. §. penult. in fi. de donat. in proposito autem extraneus, qui dotem dedit sponso, quasi futuro marito, licet mulieris nomine, neque cum muliere quicquam pactus proponitur, sed cum marito ipso aut qui maritus fore sperabatur, neque de muliere quicquam in pacto dixisse. Quæ igitur fronte aut probabilitate possit mulier dicere, sibi donatam fuisse dotem hanc ab extraneo, præferim qui pactus sit eam sibi reddi, post finitum quoquomodo matrimonium? Quenam, rogo, ista esset donatio, quæ in fauorem mulieris induceretur ex stipulatione quam extraneus pro se non contra seipsum interposuisset? arg. l. in ratione 30. §. tametsi vers. sed id non est verisimile in fi. ad leg. falcid. & per quam non sibi legem dicere voluerit, sed marito arg. l. Lucius 40. in fi. de fideic. liberr. Scio posse fieri, vt extraneus mulieri donaturus dotem tradat, aut numeret marito: sed cum id sit, iussu mulieris eam traditionem, & numerationem sponso fieri necesse est, vt in d. l. si donaturus 9. in fi. hoc tit. l. 3. §. vlt. l. 4. & 5. & pass. de donat. in fi. vir. & vxor. quod tamen hæc factum fuisse non proponitur. Sed & cum animus abest donandi mulieri dotem, quæ sponso traditur, inauditum est, vt donatio fiat in eum duntaxat casum, quo contingat non sequi matrimonium. Nam vel donationem absolute fieri necesse est, ac in omnem casum ita vt extraneus qui dotem dat & donat, eam sibi aliquo casu reddi non stipuletur, vel si quo casu dotem sibi reddi velit, eam casum exprimat, quo nuptiæ non sequantur potius, quam illum quo sequantur, vt apparet ex d. l. si donaturus, vbi opponitur casus donationis casui stipulationis interpositæ de dote ipsi qui dedit vllò casu restituenda: & cum is qui dotem dat, habet animum partim donandi mulieri partim non donandi, ponit Paulus ita contraxisse illum cum sponso, vt si nuptiæ secutæ essent, mulieri cui donatum volebat, dos acquireretur, si verò secutæ non essent, ipsi qui dotem dabat, redderetur, at è contrario, si quis etiam expressim paciscatur, vt secutis nuptiis, & his postea quoquomodo solutis, dos sibi reddatur, si verò secutæ non sint, dos mulieri acquiratur & reddatur inepta proculdubio, & præpostera conuentio est. Prius enim dotem esse oportet, quam vt mulieri acquiri, & reddi possit, dos autem non est, nisi secuto demum matrimonio, vt sæpius iam diximus, ex l. 3. & l. stipulationem 21. in fi. de iur. dot. & prius dotem aut pecuniam sic datam, vt dotalis aliquando fieret, prius ac quisitam esse mulieri oportet, atque ab ea datam & traditam, vel verè vel saltem, vt nostri loquuntur, interpretatiuè quam condicere dotem mulier possit. Id autem non aliter euenit, quam si extraneus, qui donare mulieri voluerit, cum ea contraxerit, hoc est, vel ipsi pecuniam numerauerit, aut aliam rem tradiderit, vel breuiore manu iussu eius sponso eam dederit, vt in d. l. si donaturus, vel ea saltem præsentè, vt in d. l. donationes 31. §. 1. in fi. de donat. Quo casu perinde habenda est pecunia dotis nomine data ab extraneo, atque si ab ipsa muliere esset data, cum in hac specie, vt & in aliis plerisque iuris partibus celeritate coniungendarum actionum vna occultetur d. l. 3. §. sed si debitorem de donat. in fi. vir. & vxor. ideoque nec alij, quam mulieri conditio hoc casu dari potest,

at non similiter, si non iussu mulieris, sed sua sponte maritus dotem sponso dedisse proponatur, licet mulieris nomine, quia cum conditio nihil aliud sit quam repetitio, eius est condicere qui dedit, & quod mulieris nomine data est, non facit quantum ad conditionem, vt ab ipsa muliere dos data esse videatur, nisi eo demum casu, quo dos verè sit, quæ tamen esse non potest ante matrimonium subsecutum. Prius namque est, vt sit dos, quam vt sit dos mulieris nomine data, & consequenter dicendum est, cum data dos fuit mulieris nomine, nihil ideo acquisitum esse mulieri, nisi vt soluto quædamque matrimonio, dotis actionem sit habitura, ad dotem illam repetendam à marito, sed nunquam conditionem: dotis, inquam, actionem, aut in omnem casum si in nullum is qui dotem dedit, eam sibi reddi stipulatus sit, aut in illum saltem qui stipulatione vel pacto extranei non fuerit comprehensus, vt in d. l. si cum dotem. At cum nullæ sunt secutæ nuptiæ, licet nulla dos esse, aut vnquam fuisse videri potest, ita neque data mulieris nomine, nec proinde mulieri competere vlla conditio potest, sed extraneo qui dedit, nisi donatio ipsi mulieri facta probetur, aut expressa aut tacita, id est, secundum ea quæ diximus, vel iussu, vel saltem præsentia mulieris interueniente. Quod cum accidit, nulla pactione indiget mulier, vt possit condicere nuptiis non secutis d. l. si donaturus. Tantum abest, vt indigeat pactione vlla extranei, aut probatione alia, quod extraneus paciscendo sibi dotem reddi solutis quo cunque modo nuptiis: hoc ipso prospicere voluerit mulieri, vt in casum non secuti matrimonij dos ei redderetur. Extra hos verò casus, si mulier velit ad acquirendam sibi conditionem ostendere, extraneæ dotem dantis eam mentem fuisse, vt prospiciendo sibi per pactum appositum, de dote soluto matrimonio restituenda, etiam mulieri prospicere voluerit in hunc casum, quo nuptiæ sequerentur, ridicula certè fuerit: voluntate enim expressa, id est, donatione in eam rem opus est, implicatè verò contradictionem, vt donandi animum habuerit extraneus, qui dotem quam dedit, pactus est sibi reddi, si finitum esset, quo quomodo matrimonium: multo magis autem absurdum fuerit, sic eius voluntatem interpretari, vt habuerit animum donandi mulieri dotem, non eo casu quo dos futura esset, id est, quo nuptiæ sequerentur, sed illo solo quo nec dos vnquam fuisset, id est, quo non sequerentur, deberet enim potius ita pactio fieri, vt in casum secuti matrimonij dos mulieri donata esset, in casum verò non secuti, non item, sed salua maneret conditio ei ipsi qui dedisset, vt in specie d. l. si donaturus. Cogitanti autem mihi, cur hanc Vlpiani disputationem corrumpere Tribonianus voluerit, aut suam nobis sub Vlpiani nomine obtrudere, sola ratio illa occurrit, quod ille mulieribus passim fauere plus æquo solitus non potuit concoquere, quod Vlpianus simpliciter, vt puto, & citra quæstionem scripserat, quasi rem indubitam, & positam extra omnem proflus controuersiam, dotis conditionem in specie proposita, non mulieri dandam esse, sed extraneo, proposuit primum quæstionem de re indubitabili, ac proinde stultam & ineptam, cui conditio danda esset, an mulieri an extraneo: deinde cum nec posset nec auderet apertè pro muliere respondere, respondet quidem pro modo inuitus pro extraneo, at ita vt contra maritum potius, quam contra mulierem respondere videatur.

illa enim ratio Nam quasi causa non secuta habere potest conditionem qui ob matrimonium dedit, matrimonio non copulato, non tam probat, cur extraneo potius, quam mulieri conditio danda sit, quam cur is qui accipit, conditione teneatur: sicuti nec probat, quod probandum erat, ideo teneri illum conditione, quod extraneus bene sibi in hunc quoque casum prospexisset, sed quia causa quæ fuerat danda dotis, secuta non est: mox ut intelligas id eum maxime agere, ut mulieri faueat, subiungit nisi forte evidenti-
*minus probationibus mulier ostenderit hoc eum fecisse, ut ipsi mulieri magis quam sibi prospiceret, ut scilicet, si mulieri ius deficeret, superesset tamen prætextus aliquis litigandi, tum accepto aliquo transigendi obtentu istiusmodi probationum evidentiissimarum quas allegare sufficiat ad iustam litis, & transactionis materiam præbendam, sequitur versic. sed est pater in quo additur, idem iuris esse in patre, qui dotem pro filia dedit, quod proximè dictum est in extraneo, nempe si pater pro filia nuptura pecuniam in dotem dederit, conditionem patri competere, idque Marcellum scripsisse, sed additur hic quoque eadem exceptio favore filia contra patrem nisi euidenter aliud actum sit quam tamen à Marcellio aut ab Vlpiano additam fuisse, ut non possim credere illud facit, quod multo difficilius est, ut ex pacto patris acquiratur conditio, aut alia actio saltem directa filia, quæ est in potestate, quam ut ex pacto extranei, cum pactum extranei in fauorem mulieris possit accipi pro donatione in mulierem collata, siue iussu eius dos viro data sit, siue ipsa præsentè d. l. si donaturus inf. & d. l. donationes 31. §. 1. de donat. at non etiam pactum patris, quia nec volens pater filiafamilias donare potest, ut nec aliter cum ea contra-
 here d. l. donationes §. pater filia l. si pater pen. eod. tit. l. siue*

7. IV LIANVS libro 16. Digestorum.

Qui se debere pecuniam mulieri putabat: iussu eius, dotis nomine, promissit sponso, & soluit. Nuptiæ deinde non intercesserunt: quesitum est, utrum ipse possit repetere qui pecuniam dedisset, an mulier? Nerua, & Atilicinius responderunt, quoniam putasset quidem debere pecuniam, sed exceptione doli mali tueri se potuisset, ipsum repetiturum, sed si cum sciret se nihil mulieri debere promississet, mulieris esse actionem: quoniam pecunia ad eam pertineret. sin autem verè debitor fuisset, & ante nuptias soluisset, & nuptiæ secutæ non fuissent: ipsum posse condicere, causa debiti integra mulieri ad hoc solum manente, ut ad nihil aliud debitor compellatur, nisi ut cedat ei conditicia actione.

Ad l. Qui se debere 7.

Præfatur hic Bartolus, esse legem hanc vnam ex difficilioribus, quas habuerit explicandas eo anno, quo Titulum hunc prælegebat, nec immeritò, est enim sanè perobscura, & ni fallor, malè ab interpretibus omnibus exposita, nec singulas legis partes & sententias more nostro teneque mur, & dubitandi, decidendique rationes ad omnes aptabimus. Tractat Iulianus de eo qui se pecuniam mulieri debere putabat, quam non debebat, siue omnino non deberet siue deberet quidem summo iure, sed tamen exceptione perpetua tutus esset. Vtroque enim casu quæ indebita pecunia est, & si soluta sit, repeti

emancipati 17. C. eod. l. 2. C. de inoff. donat. nec rursus potest pater dotis actionem sibi & filia, communem futuram per pactum etiam incontinenti, & in ipsa dotis datione appositum, in suam personam transferre, sed stipulatio in eam rem necessaria est d. l. si auia 6. C. de iur. dot. d. l. quoties 29. infr. solut. matr. qui vnus casus est ex illis, in quibus non potest fieri per pactum incontinenti adhibitum, in contractu etiam bonæ fidei quod possit fieri per stipulationem: ut & in l. quid si locus 11. supr. de relig. & sumptib. funer. l. seruus 7. infr. de seru. export. Quanto minus ergo poterit pater per solum pactum, adeoque per nudam pacti interpretationem acquirere conditionem filia, cui nec per stipulationem expressam acquirere illam possit, nisi in eum saltem casum, quo post mortem patris casus conditionis contingeret: l. pater 23. infr. de pact. dotal. l. Caius 45. solut. matrim. l. quodcumque 45. §. si quis ita de verb. oblig. qui tamen casus hic contingit statim, atque certum esse incipit non nisi secutum matrimonium, non expectata morte patris: nec sanè casus vnus dari potest, in quo possit conditio acquiri filia ex pacto patris, quale in hac lege proponitur, non solum si ad huius legis verba nihil addas, sed etiam si pro arbitrio suo singas tibi & diuines donandi animum in patre: nisi ad alium illum nostrorum errorem confugas, quo defendunt valere donationem inter patrem & filiam familias ex causa dotis, sic enim illi vulgo sentiunt ex l. Pomponius Philadelphus 35. supr. Famil. ercise. vbi tamen hunc errorem ex ipsius legis verbis confutauimus, & latius libr. 7. Coniectur. cap. 12. Quis ergo iam dubitet, quin verissimum sit, quod volumus, & tam multis probauimus, totam legem hanc, non Vlpiano, aut Marcellio, sed Triboniano soli adscribendam esse?

per conditionem indebiti potest l. si non fortem 26. §. indebitam infr. de condit. indeb. l. nihil interest 112. de regul. iur. Ponit autem hunc qui se pecuniam debere putabat, quam non debebat, mulieri, iussu eius eam pecuniam quantitatem dotis nomine promississe sponso & soluisse, nec tamen nuptias deinde secutas esse: querit utrum ipse possit pecuniam repetere qui dedisset, an mulier cuius nomine dedisset, non querit an sponsum conditione teneatur, certum enim est teneri, non secutis nuptiis, & quidem duplici ratione: vna, quoniam accepit indebitam pecuniam ab eo, qui debitor non fuit, quæ tamen ratio si esset vnica, non esset bona, si modo suum recepisset, quamuis ab alio, quam à vero debitore l. repetitio 44. de cond. indeb. altera quia accepit, pecuniam sibi ipsi

ipsi indebitam, & cuius non possit se dicere creditorem, neque eius qui soluit, neque mulieris cuius nomine promissa fuit, cum promissa sit in dotem, ac proinde sub tacita illa conditione, si nuptiæ sequeretur, quas ponimus sequutas non esse l. stipulationem 21. l. non enim 37. l. promittendo 43. infr. de iur. dot. l. si mulier 10. infr. hoc tit. Quod si secute essent nuptiæ, maritus neutra ratione conditionem pati cogeretur, nec magis priore, quam posteriore, quia licet non eo magis fiat verus debitor is, qui indebitam pecuniam promissit, quod nuptiæ postea secutæ sunt, nullam tamen exceptionem habere potest contra maritum, qui suum recepit, quique decipiendus non est, cum non aliter fuerit vxorem ducturus l. si donaturus 9. §. 1. infr. l. pure 5. §. pen. de doli mal. except. l. doli 19. infr. de nouat. & delegat. l. Titia 62. in fin. de iur. dot. Non secutus igitur nuptiis, cum locus sit conditioni, nec de eo debitori possit, quæstio illa sola superest, an mulieri danda sit conditio, in falso debitori, qui per errorem soluit ignoranter, aut scienter. Refert autem Iulianus Neruam & Atilicinium distinxisse, an falsus hic debitor soluerit scienter, an ignoranter, si ignoranter, quomodo soluit qui quibus debitor se putat, cum non sit ipsum repetiturum, non mulierem, sin scienter, mulierem, non ipsum. Et hic quidem apertus distinctio sensus est, sed ratio quam Iulianus adferit Nerua, & Atilicino, satis obscura est, & quæ præcipuas interpretibus nostris difficultates parit, cur conditio detur falso debitori ignoranter soluenti, non mulieri. Ratio his verbis concepta est quoniam putasset quidem debere pecuniam, sed exceptione doli mali tueri se potuisset. Difficultas autem ex eo nascitur, quod non satis aperit Iulianus, an de ea exceptione doli mali loquatur, quam falsus debitor, & ut loquuntur, putatus habuerit, contra mulierem ipsam, cuius se debitorem putabat, cum non esset, an de illa potius, quam contra sponsum ipsum habere poterit. Fieri siquidem potest, ut contra mulierem exceptio aliqua competierit, & quidem doli mali, quæ generalis est ex omnibus causis, ex quibus alia quælibet competit l. 2. §. & generaliter infr. de doli mal. except. Fieri etiam potest, ut nulla contra mulierem competierit, competit tamen contra sponsum agentem ad pecuniam dotis nomine promissam, nullis nuptiis secutis. Vtronis autem modo intelligas, dubitationis materiam illud præbet, quod is qui cum tutus esset doli mali exceptione soluit, non repetit, quoniam licet exceptio illa sit perpetua non annalis, ut actio, de dolo propter rationem positam in d. l. pure 5. §. vlt. de doli mal. except. nec famosa, quia nunquam exceptiones infamant, cum ex his nulla possit sequi condemnatio, sed tantum absolutio, at tamen est odiosa, & apud bonos & graves viros suggillat existimationem illius, cui obicitur l. 4. §. aduersus eod. tit. ideoque non potest obici iis personis, quibus aliqua debetur reuerentia l. licet 7. §. nec exceptiones infr. de obseq. parent. & patron. præst. Qui autem tutus est exceptione perpetua, sed odiosa, non habet conditionem, sedis demùm qui habet exceptionem, non modò perpetuam, sed etiam fauorabilem l. qui exceptionem 40. infr. de condit. indeb. Item quod in proposta specie non videtur posse locus esse exceptioni doli, quando quidem omnis exceptio præsupponit actionem, cuius nimirum illa exclusio est l. 2. inf. de except. nullam autem actionem, ex huius falsi debitoris promissione habere potest is cui promissum est, cum stipulatio hæc tacitam illam conditionem

& necessariam semper habeat, si nuptiæ sequerentur d. l. stipulationem 21. & seq. d. l. promittendo de iur. dot. quia possunt non sequi, & ex facto ponimus secutas non esse. Hinc nempe varia à nostris quæstio interpretaciones & responsiones, sunt qui dicant, scripsisse Iulianum quoniam pro quamuis, & sed pro tamen, quæ si non ponatur hæc clausula a causali, per modum rationis, ut Bartolus loquitur, sed potius aduersariuè. Alij cum Accursio sic explicant, ut ratio hæc non tam eò pertineat, ut sciamus, cur is qui pro muliere promissit & soluit, repetat, quam cur mulier ipsa non repetat, quia scilicet poterat hic tueri se exceptione doli contra mulierem, si non soluisset, sed addunt cum Azone, maxime ideo repetitionem hoc casu dari ei qui soluit, non mulieri, quoniam videtur eo quoque casu, quo hic qui soluit verus debitor fuerit, non eo minus dandam ei conditionem, & mulieri denegandam, ut Iulianus subiicit in versic. Si autem verè debitor fuisset: quamuis eo casu nulla ipsi contra mulierem doli mali exceptio competere potuisset. Atque ita fateri cogantur necesse est, non esse bonam hanc rationem & germanam, quæ etiam cessante idem tamen iuris obtineat. Veram autem rationem propter quam danda sit, hoc casu falso debitori repetitio, illam adferunt, quod cesset causa propter quam data fuerat pecunia, data enim fuerat dotis nomine, & contemplatione futurarum nuptiarum, quæ tamen nullæ intercesserunt. Itaque quod hic dicitur, de danda soluenti non mulieri conditione, intelligunt de conditione ob causam dati causa non secuta, de qua in hoc tit. non autem de conditione indebiti, & ita effugiunt obiectionem, quæ fit ex d. l. qui exceptionem, quæ non nisi de indebiti conditione loquitur. Latius enim certè patet conditio ob causam, quia supponit debitam fuisse pecuniam, quæ soluta est, nec repetitioni locum fore, si causa ob quam data est, secuta fuisset. Conditio autem indebiti non aliter locum habet, quam si solutionis tempore fuerit indebitum quod solutum est, non etiam si debitum fuerit, licet ex postfacto indebitum factum sit: quod contingit quoties sola illa ratio conditionem inducit, quod causa, ob quam datum fuit, secuta non est, nam neque ex hac causa competit exceptio doli statim ab initio, sed tantum ex postfacto d. l. 2. §. circa in fin. de doli mali except. Vnde sit, ut hæc duæ conditionis species nunquam possint concurrere, quia causas habent, non modò diuersas & separatas, sed etiam contrarias, adeoque contradictorias. Nam conditio indebiti respicit causam de præterito, conditio autem ob causam dari causa non secuta, causam de futuro, ut & Bartolus tractat. Sed præter id quod isti malam faciunt rationem Iuliani, quæ tamen optima est, ut probabimus, non diluunt obiectionem aliam, quam ex eo fieri diximus, quod doli exceptio locum habere non possit, eo casu quo nec vlla possit ex promissione nasci actio, ut in specie proposita ob conditionem, quæ tacite inest promissioni cuiuslibet factæ dotis nomine, nisi forte putant etiam nulla doli exceptione opposita repelli posse sponsum, si agat ex promissione nullis secutis nuptiis, tanquam qui non possit agere ex illa stipulatione, quasi condicionali ante conditionis euentum. In quo certè falluntur, si sic sentiunt: stipulatio enim dotis non eo minus pura dicitur, si nullam habeat aliam conditionem, quoniam tacita conditio nunquam facit condicionalem dispositionem, sed eum tantum habet effectum, ut suspendat & im-

pediat natiuitatem aut potius exercitium actionis, quousque condicio impleta sit, non tanquam formalis condicio, sed potius tanquam condicio sine qua non, ut ita loquar: id enim est, quod scribit Paulus in *l. interdum 73. de verb. oblig.* interdum puram stipulationem ex re ipsa dilationem capere, veluti si quis id quod in vtero sit, aut fructus futuros, aut domum ædificari, stipulatus sit. Tunc enim incipit actio, inquit, cum ea per rerum naturam præstari possunt. Pura siquidem stipulatio illa est, quæ nec diem habet, nec condicionem expressam, licet habeat tacitam. Expressa enim nocent, quæ non expressa, non nocent *l. si sic legatum 75. §. ille si volet deleg. 1. l. nonnunquam 52. de condic. & demonstr.* & aliud est, stipulationem puram capere dilationem ex re ipsa, ut Paulus loquitur in *d. l. interdum.* aliud verò stipulationem esse condicionalem, quamuis effectus idem sit, quod ad actum ipsum agendi, & exercitium actionis, cum expressa condicio est, facit non solum, ut incipiat agi posse ex quo tempore impleta est, sed ut exinde tantum incipiat deberi. Suspendit enim non tantum actionem, sed etiam obligationem, quæ actionem præcedit, & ex qua nascitur actio *l. cedere diem 213. de verb. signific.* Vnde fit, ut quod sub condicione debetur, si interim soluat, non solum repeti possit, tanquam indebitum *l. sub condicione 16. de condic. indeb.* sed nec liberet debitorem, interim quandiu condicio non existat *l. stipulatio ista 38. §. inter infr. de verb. oblig.* quia impossibile ac præpostere est, ut liberetur is qui nondum est obligatus, & solutio quæ liberationem parere non potest, parit necessario condicione *l. si non sortem 26. §. si centum l. cum is 32. §. 1. & vlt. de condic. indeb.* At quod debetur ex stipulatione pura, quamuis ex re ipsa dilationem capiat, tamē iam debetur, idēque nec solutum interim repetitur, quousque constet tacitam condicione, quæ & actionem & actionem suspendebat defecisse, nec existere amplius posse *l. prox. infr.* vbi tractatur de hac ipsa stipulatione, de qua in hoc loco, & quæ facta sit dotis nomine, ex qua si solutum sit, negat Neratius repeti interim posse, quandiu nuptiarum spes aliqua est, quod falsò diceretur, si interim esset omnino indebitum, quale illud est, quod sub expressa condicione promissum fuit *d. l. sub condicione.* Stipulatio enim dotis non eo minus pura est, quod ex re ipsa dilationem capiat, id est, ex matrimonio, quod futurum speratur, & sine quo dos esse non potest *d. l. 3. de iur. dot.* & idcirco non potest dici dos indebita, quæ ante nuptias soluta fuit, pendetque ex euentu an indebita futura sit, sed interim tamen debita est, debetque hæc res in numero earum poni, in quibus ex postfacto apparet, quid antè fuerit, ut in *l. qui res 98. in princip. & §. 1. de solut. l. quadam 15. de reb. dub. cui conuenit quod scriptum est in d. l. stipulationem 21. de iur. dot.* tum defecisse condicione stipulationis dotalis videri, cum nuncius remittitur, non antea, quasi condicio hæc non tam faciat stipulationem condicionalem, quomodo faceret, si expressa esset, quam resoluat eam sub condicione contraria, si nuptiæ non sequentur, ut dici solet in venditione facta sub lege commissoria, vel sub pacto additionis in diem *l. 1. deleg. commiss. l. 2. de in diem addit.* aut cum quis pure à Titio pecuniam stipulatus, eandem à Sempronio sub condicione nouandi animo stipulatur. Nam & hoc casu prior stipulatio non eo minus pura remanet, quandiu posterioris condicio pendet, & tamen resoluitur statim atque posterioris condicio existit, idēque nec antè agi

ex priorē potest, ne stipulator ante tempus petere videatur *l. pecuniam 36. supr. de reb. credit.* Habet enim in se tacitam condicione hanc prior stipulatio, si posterioris condicio non existat, & quamuis non eo minus pura sit, dilationem tamen capit ex re ipsa, id est, ex euentu posterioris stipulationis, idēque apparet euidentius ex eo, quod cum dotis datæ & promissæ eadem hac parte ratio sit, ut scilicet non magis in datione quam in stipulatione dotis necessaria sit condicione adiectio, quomodo partim scriptū, partim scribendum est, in *l. quia autem 23. de iur. dot.* ut bene Contius & Cuiacius monuerunt, constat tamen ex datione dotis etiam ante nuptias facta transferri statim dominium in accipientem, nisi expressè actum sit, ut nuptiis demum secutis nec antè efficiantur eius cui traditæ sunt *l. si ego 9. in princip. & §. 1. eod.* vbi dicitur vindicationem idē non competere illi qui dedit, sed condicione, quamuis non minus dominia transferri sub condicione, quam stipulationes contrahi possunt *l. omnia 7. & seq. supr. de reb. credit.* quo casu dominium interim remanet penes eum qui dedit *l. sed interim 11. cum pra. ced. de donat. int. vir. & vxor. l. de hereditate 19. §. vlt. infr. de cast. pecul.* Eodem igitur modo dicendum est, stipulationem dotis interim puram esse, & ex ea nasci confestim obligationem, licet non prius agi possit, ut & in *d. l. interdum,* ad eoque nec aliter, secutis quoque nuptiis, quam si nuptiæ consistant. Ita enim legitur quod est, ut puto in *d. l. stipulationem,* id est, consistant pro constat. Nam & verba illa si nuptiæ quæ vulgò accipiunt pro primis verbis condicione, nullum habent sensum, nisi addas *secutæ sint* aut quid aliud simile, & iam in præcedentibus verbis expressa fuerat dictio *constat* quæ vna melius totam legis sententiam regit, & elegantius quam repetita. Fuit autem necessaria ea adiectio, quia, ut exactio dotis competat, non sufficit secutæ esse de facto, ut aiunt, nuptias nisi consistant, & matrimonium iustum sit *l. vlt. infr. de condic. fin. caus.* aut iustum fieri, sine vilo hominis nouo facto possit *l. prox. infr.* Quæ omnia eò pertinent, ut intelligamus tum quoque cum mulier ipsa dotem aut dedit aut promisit, nulla expressim adiecta condicione, puram esse promissionem, aut dationem, præsentemque obligationem aut dominij translationem, ut si interim soluat, non possit dici indebitum solutum, multo igitur minus si quis mulieri promittat, aut tradat, ut ipsa det marito in dotem, ut in specie dicit *l. si ego in princip.* à quo non valde distat is, de quo in hac lege, id est, qui iussu mulieris dotem sponso promisit. Sic enim ferè est, ut breui manu videatur pecuniam dare mulieri, & illa eam sponso promittere dotis nomine, nisi quod illo casu liberaretur verus debitor, etiam non secutis nuptiis, qui hoc casu non liberatur, ut dicemus postea, quoniam promittendo nemo liberatur, nisi promittat per delegationem, quæ nullam habeat implicitam, neque expressam, neque tacitam condicione: parum namque in effectu refert, an condicione, an mora tantum, quid suspendatur, cum expectatur tale quid, quod possit existere, & non existere, quamuis aliud iuris esse solet, cum interuenit mora tantum temporis, quod certum sit, esse quandoque tandem euenturum, ut in *l. heres meus 79. de condic. & demonstr.* Ergo si sponso ex ea stipulatione, tanquam pura velit agere, & agat de facto, eo prætextu quod obligatio sit præsens, quamuis nuptiæ nondum sint secutæ, necessaria est doli exceptio, etiam facta delegatione,

gatione, & vtiliter opponitur, ut & cæteræ exceptiones, tum quoque cum debitor negat se ipso iure teneri, aut contendit se ipso iure liberatum, id enim semper tutius est *l. qui seruum 34. §. 1. de oblig. & act.* Et tamen hæc doli exceptio opponi non possit, ne quidem ex persona mulieris [id est, si qua contra mulierem ipsam agentem erat competitura] si nuptiæ secutæ fuissent *d. l. si donaturus §. 1.* Facit enim dolo malo sponso, & per occasionem iuris ciuile capiat lucrum ex damno alieno, qui ex stipulatione illa interposita dotis nomine agit statim, tanquam ex pura promissione, antequam nuptiæ sequantur, petatque proculdubio ante tempus, quod tacite inter d. l. pecuniam iunct. l. 1. §. 1. de doli mal. except. perinde atque is qui quod Capuæ dari stipulatus est, petit antè quam Capuam perueniri possit, nam & hunc casum superioribus æquiparat Paulus in *d. l. interdum 73. de verb. oblig.* nec maior vis est tacite condicione, quam taciti temporis, ad impediendum ne obligatio pura sit, quæ expressim nec tempus habet nec condicione. Bona igitur ratiocinatio est, ob quam Iulianus ex Nerua & Attilio defendit hunc, qui iussu mulieris pecuniam dotis nomine sponso promisit, & ante nuptias soluit repetiturum, non quasi indebitam, nec condicione indebiti, cum debita fuerit ex pura stipulatione, sed condicione ob causam dati, causa non secuta, quia licet soluta fuerit ea pecunia quæ iam debebatur, exigi tamen non poterat, nisi secutis demum nuptiis, poteratque sponso repellere exceptione doli agens ex ea stipulatione, antequam secuta esset causa ob quam facta fuerat promissio *d. l. 1. §. circa de doli mal. except.* Quare non est quod cum Accursio distinguas quadruplicem doli exceptionem vnam, quæ nascatur tempore contractus, ut si dolo me induxeris ad promittenda tibi decem, & quæ ideo sit odiosa, secundam, quæ succedat in locum exceptionis non numeratæ pecunie, & nascatur tempore quo agitur, non tempore confessionis, ut in *d. §. circa,* tertiam, quæ in locum exceptionis pacti, & iurifurandi præstiti, quas duas species exceptionis doli negat Accursius esse odiosas, idēque indebiti condicione ait ex ipsis dari posse, quartam verò quæ succedit in locum exceptionis facti vel intentionis, quando nec actor habet actionem, sed de facto agit, & sic reus quoque de facto excipit: quæ exceptio nec odiosa est: nec rursus, ut cum Bartolo addas quintam, quæ cum aliis omnibus exceptionibus concurrat, de qua in *d. l. 2. §. & generaliter de doli mal. except.* quia dolo facit quisquis id petit, quod quaque exceptione elidi potest, ut Vlpianus eo loco scribit: etiam enim fateor ex supradictis causis, & aliis variis doli exceptionem dari posse, dico tamen esse omni casu odiosam, propter insertum nomen doli quod optimè cuiusque suggillar existimationem apud bonos & graues viros *d. l. 4. §. aduersus eod.* idēque nec obicit vilo casu posse ei personæ, cui reuerentia aliqua debeatur *d. l. licet 7. §. 1. de obseq. parent. & patron. prest.* vbi hanc ob causam, non de exceptione, sed de exceptionibus doli generaliter & indistinctè Vlpianus loquitur: ne quis cum Accursio ad *d. l. qui exceptionem* distinguat doli exceptionem generalem à speciali, quæ hæc sola sit odiosa, illa non item. Quod certè falsum est: sed tamen odiosam esse hanc exceptionem, cum dico, ad ipsum doli nomen solam exceptio, non ad causam exceptionis: causa enim ipsa per se favorabilis est, etiam ex parte & persona illius qui obicit cum na-

turali æquitate nitatur, ne cui dolo suus contra naturalem æquitate proficiat *d. l. 1. §. 1. de doli mal. except.* Alioqui in factum quoque exceptiones quæ substituantur à præatore in locum exceptionum doli *d. §. aduersus,* sicut & actiones in factum, quæ subrogantur in locum actionis de dolo *l. non debet 11. §. 1. supr. de dolo l. si superstiti §. C. eod.* perinde essent odiosæ, cum eandem habeant causam, originem, & rationem, ne ex dolo suo lucrentur ij quibus tales exceptiones opponuntur. *l. me ex dolo 12. supr. eod. ill. tit.* ob idque nec magis dandæ essent contra parentes vel patronos quam actio de dolo vel exceptiones doli, ut intelligamus neque actionem ipsam de dolo, neque exceptiones doli esse alia de causa odiosas, quam quia doli & fraudis habent mentionem *l. 2. l. parent. §. vlt. & d. l. licet 7. de obseq. parent. & patron. prest.* non etiam si bonæ fidei mentio in actione vel exceptione fiat *d. l. non debet in fin.* Nisi quod actionem de dolo illud odiosior facit, quod infamiam introget condemnato, si modò ipse per se non per procuratorem iudicium acceperit *d. l. 2. de obseq. parent. prest. l. 1. & l. furti 6. §. si quis alieno supr. de his qui not. infam.* vbi legendum est sine dubio nec ego pro eo quod vulgò scriptum est nec ergo quod à nobis cum ad eum locum scriberemus, obseruatum non fuisse miramur. Nam & in præcedentibus retinenda est dictio *meus* quæ in *Pand. Flor.* adest licet lineis interclusa, & in vulgata editione malè deest. Cæterum tolle doli & fraudis mentionem, & retine causam atque originem exceptionis huius, nulla exceptio favorabilior est quam doli mali, ad eò ut nulla replicatione possit elidi *l. cum par delictum 154. de regul. iur.* quod in cæteris exceptionibus diuersum est, quæ omnes doli replicationem patiuntur. Quare nec ad doli exceptionem vllam pertinere puto, quod scriptum est in *d. l. qui exceptionem.* Non impediri repetitionem soluti per eam exceptionem, quæ detur odio eius cui debetur. Nam præter id quod non prætermisisset Martianus exemplum exceptionis doli, quæ omnium frequentissima est, semperque perpetua *l. pure 5. §. vlt. de doli mal. except.* Exemplum quod adfert ille de exceptione Senatusconsulti Macedoniani, ostendit satis de ea sola exceptione eum intelligere, quæ non tam ex æquitate vlla, quam mero creditoris odio sit comparata, & ciuili ratione magis quam naturali: quod de doli exceptione dici nullomodo potest. Idque probatur optimè ex hac lege, licet non tam de condicione indebiti loquatur, ut diximus, quam de condicione ob causam dati causa non secuta, quia doli exceptio quæ non aliam rationem habet, quam quod causa ob quam datum fuit, secuta non sit, ut in *d. l. 2. §. circa de doli mal. except.* non aliam condicione parere potest, quam quæ sit eiusdem rationis & originis, sed tamen eadem æquitate ratio, quæ inducit in hac specie condicione ob causam dati causa non secuta, inducit etiam condicione indebiti in suo casu. Est enim hoc omnibus condicioneibus commune, ut naturalem habeant æquitate, ex eaque proficiantur. Sequitur apud Iulianum,

a sed si cum scires se nihil mulieri debere. R. A. T. D. V. B.
Nemo sit debitor ex eo solo quod sciat nihil se alij debere. Obligationes enim omnes non nisi certis, & legitimis modis contrahuntur, inter quos hic non est *l. obligationum ferè 44. §. placet infr. de verb. oblig.* Ergo quamuis ille qui sponso soluit pro muliere, sciat se nihil debere mulieri, non eo minus tamen habere debet condicione: cum reuera nihil de-

beat, siue veritatem inspicias, siue opinionem. Alio qui perinde hoc casu eveniet, ut quis locupletetur ex damno & iactura alterius, quod semper à naturali ratione, & æquitate abhorret, *l. nam hoc natura 14. infr. de condit. indeb. Liure natura 206. de reg. iur. D. B. C.* Cuius per errorem soluti repetitio est, eius confitèdò dati donatio est *l. cuius per errorem 33. eod.* idèò que ei qui sciens indebitum soluit, numquam dator conditio, nec si soluerit ea mente ut repeteret *l. l. quod quis sciens 30. infr. de condit. indeb. l. indebitum 9. Cod. eod.* Ergo qui sciens se nihil debere mulieri, dotem nihilominus promittit sponso futuro mulieris nomine, credendus est donare velle, & qui dem non ei cui soluit, sed mulieri, cuius nomine & promittit & soluit. Exinde igitur incipit pecunia illa ad mulierem pertinere, ex causa donationis, & consequenter cum negare sponsus non possit, quin eam pecuniam à promissore acceperit ob dotis causam, quæ secuta non est, tenetur utique conditione mulieris, cui donatum voluit is qui pro ea soluit *l. si donatus 9. infr. hoc tit. Conditio, inquam, non indebiti, sed ob causam dati causa non secuta, ut disputauimus in præcedentibus.* Videtur enim hoc casu promissor donasse primam mulieri, & illa soluisse sponso futuro spe nuptiarum, quæ postea non sunt secuta, ut in *l. 3. §. sed si debitorem infr. de donat. int. vir. & vxor.* ubi dicitur in specie non valde dissimili celeritate coniungendarum actionum vnam occultari. Sed quid si donator hic promittit quidem sponso soluere, sed tamen nondum soluerit, & nuptiis renunciatum sit? dabitur mulieri ex illa promissione actio in promissorem, an in sponsum potius? De hoc enim querit Accursius, & respondet, quod & Bartolus probat, non alium, quam sponsum agere posse ex illa promissione cum ei facta sit, sed competituram mulieri aduersus sponsum conditionem, perinde ac competeret si pecuniam accepisset *arg. l. fin. C. ad leg. falciid.* quæ probat optimè, paria illa esse promittere & soluere. Sed liberabitur sponso tacita illam in se conditionem habeat, si nuptiæ sequantur, quomodo potest sponsum postquam renunciatum est nuptiis, agere contra promissorem ex illa stipulatione? *d. l. stipulationem 21. de iur. dot.* aut illa actione cedere, quam non habeat, aut quam si habet ipso iure, secundum ea quæ supra disputauimus, habeat tamen inutilem & inefficacem? *l. Stichum 95. §. pen. infr. de solut.* Nisi cupit eodem Bartolo velis actionem, quæ in persona sponsi est inefficax, fieri efficacem in persona mulieris *arg. l. vlt. in princip. C. de iur. dot. & l. Papinianus 28. mand. dat.* At neque hoc dici potest, cum mulieri sit longè commodius agere propria actione, quæ nunquam extincta fuit, contra suum debitorem, tanquam qui liberatus nunquam fuerit *l. non enim 37. infr. de iur. dot.* Eademque ratio facit, ut neque competere possit mulieri conditio aduersus sponsum, etiam si mulieri donatum debitor voluerit, quia eodem casu debet mulier habere conditionem, quo haberet ipse debitor si non donasset, hic au-

tem non haberet, quia nihil possit repeterè si qui nihil soluit, factique ei esse debet quod non possit cogi soluere, siue quod ex ea promissione non possit dari actio ante secutas nuptias *d. l. 21. de iur. dot.* Siue quod possit se tueri doli exceptione, si ante nuptias conueniatur, ut hæc lex ait, quæ idèò bene loquitur de debitore, qui non tantum promiserit, sed etiam soluerit, quo casu nullum nisi in conditione soluti potest auxilium superesse.

b Sin autem verè debitor fuisset. Non facile possum mihi persuadere vericulum hanc esse Iulianam, sed credo potius esse Tribonianam distinguentis suamore varios casus, eoque vndique conquirentis etiam illos qui ad instituta disputationem nil pertinent, quod & in proposito casu ab eo factum est. Nam cum Iulianus ex Nerva & Attilio tractaret casum illum, quo is qui non erat debitor mulieris, pecuniam tamen pro ea dotis nomine sponso promiserat, distinguendum fuit duntaxat, an putaret ille se debitorem, an verò sciret se nihil debere, ut prior casu passeret ipse condicere, posteriore autem non posset, sed mulier cui donasse ille videtur, at contrarius planè & contradictorius casus ille est, si promissor ille fuerit verus debitor, de quo nihil tractasse necrum & Attilianum ex eo appareret, quod verba illa ipse possit condicere, quibus ad propositam questionem responderetur, non possunt constitui & regi ab illis præcedentibus, *Nerva Attilianus responderunt*, scribendum enim erat consequenter superioribus in infinitum, *ipsum posse condicere, ut paullo antea, ipsum repetiturum.* Item mulieris esse actionem. Deinde quod Tribonianam familiarissimam est in suis distinctionibus, locutionem illam usurpare, *sin autem*, pro eo quod prudentes nostri solent exprimerè vnicò articulo, *sin*, aut duabus his distinctionibus, *si verò*, nam articulus, *sin*, idem significat quod, *si autem*. Sed manum & incitiam Tribonianam apertius illud detegit, quod subiicit, *& ante nuptias soluisse, & nuptiæ secuta non fuisset*, quomodo enim potest quis dici soluisse ante aut post nuptias, quæ nunquam fuerint secuta? Illud autè non nego verum esse, quod placet Triboniano, debitorem verum qui iussu mulieris soluit, pro eadotis nomine sponso futuro, posse ipsum condicere, non mulierem, quia cum per eam solutionem, quamuis iussu mulieris factam, non fuerit à muliere liberatus, nec liberari potuerit, nisi secutis demum nuptiis, consequens omnino est, ut solutio que ipsi liberationem acquirere non potuit, acquisuerit saltem conditionem *l. non enim 37. & l. præced. infr. de iur. dot. d. l. si non forem 26. §. si censum d. l. cum is 32. §. de condit. indeb.* & quidem contra eum ipsum cui solutum est, non contra mulierem, cui nec solutum est, nec solutio proficit *l. his solis 49. eod. tit.* et si enim iussu mulieris facta solutio est, ita ut perinde habendum videatur, ac si breuiore manu debitor mulieri eidemque creditrici suæ soluisset, mulier autem pecuniam suam in dotem sponso futuro dedisset *d. l. 3. §. sed si debitorem de donat. int. vir. & vxor. l. singularia 15. supr. de reb. credit. l. soluti 49. iunct. l. vero procuratori 12. §. sed est infr. de solut. l. si procurator 6. infr. de condit. indeb.* Id tamen in proposito idèò dici non potest, quia debitor non incepit à solutione, sed à promissione, quam iussu mulieris fecit, ac proinde non tam mulieris, quam suo nomine soluisse intelligitur, ut se ab ea promissione liberaret. Suo enim nomine soluisse quisque presumitur potius, quam alieno *l. 4. infr. de solut.* Que

resfa-

DE COND. CAUSA DATA LIB. XII. TIT. IV. 289

res facit, ut per eam solutionem liberari non poterit, neque ipsolare, neque per exceptionem *l. indebitam 47. infr. de condit. indeb. d. l. Papinianus 28. infr. mand. l. si quid possessor 31. supr. de hered. petit. & consequenter, ut ipsi soli conditio danda sit non mulieri, nec si ratam habeat solutionem, quamuis eorà sentiat Accursius, & eam secutus Bartolus ex *d. l. si procurator 6. infr. de condit. indeb.* Quid enim potest addere ratihabitio ad iussu præcedentem, quem initio legis posuit Iulianus interuenisse? *d. l. si procurator versic. Celsus*, siquidem non alium maiorem aut meliorem effectum habere potest ratihabitio, quam ut mandato æquiparetur *d. l. vero & d. l. soluti 4. vltim. C. ad SC. Maced.* Neque verò potest quis per ratihabitioem suam facere negotium, nisi quod ipsius nomine vel contemplatione gestum sit *l. si pupilli 6. §. sed si ego & §. item queritur supr. de negot. gest. & de hoc casu loquitur Paulus in d. l. si procurator*, non de illo, quo quis suo non alieno nomine soluerit, ut in specie huius legis: quare nec quicquam proficit si cum Bartolo dicas, mutari casum in hoc versic. & eam speciem tractari, in qua nullus mulieris iussu præcesserit, quod est omnino commentitium, aut si cum eodem Bartolo ad tuendum Accursij errorem replices, posse mulierem ratam habere solutionem, etiam non suo nomine factam à debitore, & ex ea ratihabitioem acquirere sibi conditionem contra sponsum, ex æquitate, inquit, de qua diximus in *l. cum fundus 31. §. seruum tuum supr. de reb. credit.* ubi defendit ille, quod ies quis agendo contra Titium, non aliud consequi potest, quam ut Titius cedat iis actionibus, quas contra Sempronium habet, permitendum ei esse, ut rectè agat contra Sempronium: nam præter id quod traditio illa Bartoli falsa est, cum eo casu quo actionis cessio necessaria est, non magis ex æquitate, quam ex rigore iuris agi sine cessioe possit *l. Modestinus 76. de solut. l. Stichum aut Pamphilum 95. §. pen. eod. l. ut fideiussor 36. de fideiuss. l. si res 59. l. rem hereditariam 65. infr. de eusc. l. si res obligata 57. de legat. 1.* non puto veram esse, quod hic Tribonia-*

nus ex suo ingenio docet, causam debiti manere integrâ mulieri ad hoc solum, ut ad aliud nihil debitor compellatur, nisi ut cedat ei conditio actio. Tunc enim actionis cessio sola pro iusta præstatione est, cum non alia de causa quis tenetur, quam quod aduersus alium habeat actionem *d. l. quod datur 51. infr. de pecul.* at in proposito debitor mulieris, etiam post solutionem sponso factam non idèò tenetur, quod habeat conditionem aduersus eum, cui pecuniam soluit dotis nomine, sed quia debitor mulieris est ex præcedente causa & obligatione, fortè muni, aut alia, quæ per solutionem illam sublata non fuit *d. l. non enim 37. infr. de iur. dot.* Manet ergo causa debiti integra mulieri, ut debitorem suum vrgere omnimodo possit ad solutionem, ac si non soluisset sponso futuro: salua tamen ipsi aduersus sponsum conditione, nisi quod si sponsum, qui pecuniam accepit, non esset solvendo ad eam restituendam, æquum esset mandati iudicio consequi eum indemnitate à muliere, si non id per ignorantiam facti per eum sponsum exceptione non summouerit *d. l. indebitam 47. in fin. de condit. indeb.* puta quod secutas fuisse nuptias putaret, nempe cum iussu & mandato mulieris soluerit. Est igitur tota hæc clausula Tribonianam, cuius manum detegunt etiam ablatiui illi absoluti *causa debiti integra mulieri manente.* Item insulsa illa verborum multiplicatio, *ad hoc solum manente ut ad nihil aliud debitor compellatur nisi ut cedat ei conditio actio*, pro eo quod paucioribus verbis dicere poterat, *ad hoc solum manente ut cedat ei conditio actio.* Quamquam nec stare simul ista possunt, ut integra actio mulieri maneat, & tamen pro pecunia quæ debetur, cogatur esse mulier contenta cessioe conditionis. Valde siquidem inuicantur, & labantur actio, quæ ad exactioem pecuniæ antea commanabat, si ex postfacto incipiat non competere, nisi ad extorquendam pro pecunia actionis cessioem. Ex his apparet non sine causa præfari Bartolum, esse hanc vnam ex difficilioribus legibus, cum explicata tota & defendi nulla ratione possit.

¶ Fundus dotis nomine traditus, si nuptiæ secuta non fuerint, conditio ne repeti potest: fructus quoque condici poterunt. idem iuris est de ancilla, & partu eius.

Ad §. I. Fundus.

RAT. DVV. Conditio, de qua hic agimus, nihil nisi repetitio est *l. 1. & pass. hoc tit. l. 1. infr. sit. prox. l. 1. & tot. tit. de condit. indeb.* Repeti autem non potest, nisi quod datum & traditum fuit, alioqui petitio ea dicenda esset non repetitio. Porro qui fundum dotis nomine dedit, non idèò videri potest dedisse fructus, qui ex eo fundo postea percepti sunt, nec eorum dominium transfuisse, quod ipse nunquam habuit *l. 1. §. cum prædium in fin. infr. de pignor.* nec notum est, ut ad vñ pertineat dominium proprietatis, ad alium verò dominium fructuum, ut cerne re est in fructuario, & bonæ fidei possessore *l. si fructuarius messem 13. supr. quib. mod. vsufr. amit. l. qui scit 25. §. 1. & vlt. infr. de vsur. l. bonæ fidei 48. de acquir. rer. domini.* nec permisceri oportet causam possessionis, proprietatis & fructuum, *leg. penult. de acquir. poss. adeoque nec vsufructus & fructuum, etiam cum de dote agitur leg. si vsufructus 66. de iur. dot. l. 4. de pact. dotal.* Cum ergo fundus alicui traditus est,

ex ea causa, ex qua dominium transferri in accipientem potuerit, translatum sit, si quando contingat, ut ex aliqua æquitate conditioni locus sit, siue indebiti, siue ob causam dari causam non secuta, siue ob turpem vel iniustam causam: an non aperte iniuquum est, cogi eum qui fundum accepit, fructus, quos nunquam accepit, restituere, & quos dominij iure perceperit, & ex fundo tunc suo? An non plus iuris habere debeat eorum retinendorum, quam si bonæ fidei possessor duntaxat fuisset, cum plus quam bonæ fidei possessor fuerit, qui fuit etiam dominus? Quid enim amplius facere potest bona fides, quam ut tantundem præstet, quantum veritas, ubi lex impedimento non est? inquit iuris regula in *l. bona fides 136. de regul. iur.* at qui hic de quo agimus, verè fuit dominus, alioqui nec conditione teneretur, cum ex demum personales actiones dicantur conditiones, per quas intendimus dari quid, hoc est, dominium in nos transferri oportere *§. appellamus & §. sic itaque*

Instit. de action. Dominium autem transferre non potest ille qui non habet l. traditio 20. de acquir. rer. domin. Fructus igitur fundi qui condicitur, in conditionem venire ipsi non possunt, illi saltem qui ante litē contestatam percepti sunt. Nam in fructibus post litem contestatam perceptis, ratio illa specialis videtur posse facere, ut in conditionem veniant quia quale quid est, cum petitur tale dari debet, nec tantum in vindicationibus l. pr. circa 20. l. & ex diverso 35. §. 1. l. qui restituere 68. sup. de rei vindic. sed etiam in actionibus in personam l. 2. infr. de vsur. cuiusmodi sunt conditiones omnes d. §. appellamus. Sed fructuum ante litem contestatam perceptorum alia ratio esse videtur, cum is qui eos percepit, non ex re aliena sed ex sua perceperit, adeoque quod magis est, ex prioris domini qui ipse fundum tradidit, voluntate: quae ratio etiam in malae fidei possessores attendi interdum solet l. de eo 63. in fin. iunct. l. si vxor 19. infr. de donat. int. vir. & vxor. De c. Conditiones omnes licet sint stricti iuris non bonae fidei, sunt tamen ex aequitate naturali comparatae, ne quis per occasionem iuris civilis, contra naturalem aequitatem ex aliena iactura locupletetur, ipso etiam legislatore civili permittente, quod pugnaret certe cum ratione civili, non minus quam cum naturali l. nam hoc natura 14. l. hac conditio 66. de condit. indeb. l. iure natura 206. de regul. iur. Ideoque sicuti praetor ex ea causa induxit exceptiones doli & metus l. 1. §. 1. infr. de doli mal. & met. except. Ita & legislator civiles conditiones omnes, quae ob eam causam dicuntur naturales in l. indebiti 15. de condit. indeb. non autem ut putat ibi Accursius, quod datur etiam ad naturales accessiones. At qui is in quem translatus est fundi dominium, locupletaretur ex aliena iactura, & quidem sine causa, si cum ipso fundo quem cogitur reddere fructus etiam omnes quos percepit, restituere, non cogatur, quos utique non percepisset, si non ipsius fundi dominium nactus fuisset, omnes igitur quos percepit, etiam ante litem contestatam debet reddere, ut omnia per conditionem in eum statum reducantur, in quo essent, si dominium in accipientem translatus nunquam fuisset l. videamus 38. §. 1. & seq. infr. de vsur. ubi tractatur specialiter de fructibus fundi quoque in dotem dati, & perceptis siue eo tempore, quo ad finem sperabatur, siue postea. Cum enim fructus non iure seminis percipiuntur & acquirantur, sed iure soli, ut scriptum est in l. qui scit 25. §. 1. de vsur. consequens est, ut sicuti dominium quod per traditionem à priore domino abcesserat, ad eum redit per conditionem [de ea siquidem conditione loquimur, quae non petitio est, ut certi conditio ex stipulatione, sed repetitio eius scilicet rei quae aliquando nostra fuit, quemadmodum initio diximus] ita & cum dominio fructus ad eum redeant, tanquam accessiones naturales & quas percepisset ille, & acquisivisset sibi, si rei sui dominium in alium minimè transulisset: Idque non tam ex aequitate aliqua, quod praecipue observandum est: quamvis conditiones ipsae ex aequitate nascantur, quam ex mera iuris ratione supposita, tamen conditionis aequitate & necessitate, adeo ut si quis per errorem & imperitiam fortasse iudicis obringerit in iudicio conditionis, eodem etiam necesse sit obtinere illum etiam in fructibus, exempli eius quod in rei vindicatione scriptum est in dicit. leg. & ex diverso 35. §. 1. sup. de rei vindic. ne causa fructuum à causa dominij separaretur

nec mirum videri debet huius possessoris, qui etiam verus dominus interim fuit, deteriorem conditionem esse, quod ad fructuum restitutionem attinet, quam nudi bonae fidei possessoris, huic enim bonae fidei possessori, qui ex re aliena quidem, sed quam suam putabat, & quasi ex sua fructus percepit, nihil est quod imputare possis, at ei qui dominium rei meae nactus est, ex ea causa propter quam ipsam reddere illud mihi debeat, imputari potest, aut cur mala fide nactus sit ex ea causa, quam sciebat vel nullam, vel turpem, vel iniustam esse, aut cur hodie velit retinere sine iusta causa, sine qua non facram traditurus, aut ex ea causa, quae iusta quidem ab initio fuerit, sed quae postea vel finita vel non secuta sit l. 1. & pass. infr. de condit. fin. caus. In eo quae observanda differentia est, quae à Paulo traditur in d. l. videamus 38. §. si actionem iunct. d. §. 1. infr. de vsur. in conditionem, per quam peto id quod meum fuit, & illam, per quam peto id quod numquam meum fuerit, ut si fundum mihi dari per tam conditionem certi ex stipulatione, de qua in leg. si quis certum 14. sup. de rebus creditis & §. 1. Infr. de verb. oblig. Hoc enim casu fructus non veniunt in conditionem, nisi qui post litem contestatam, acceptumque iudicium percepti sunt, idque non nisi ex aequitate, si Sabino & Cassio credimus, quos Paulus refert in dicit. §. si actionem, quamvis Papinianus hoc ipsum videatur referre ad strictam iuris rationem illam, quod quale quid est, cum petitur tale dari debeat, in d. l. 2. eod. tit. Cessat enim in hac certi conditione ex stipulatione ratio illa restituendorum fructuum ante litem contestatam perceptorum, quia is qui fundum ex stipulatione dare debuit, fructus ex re sua percepit, non ex mea, ideoque suos fecit, nec illos ego percepissem, quamvis non percepisset ipse, nisi eos demum, quos ei contigerit percipere post litem contestatam, qui causae appellatione continentur d. l. 2. & d. l. pr. circa 20. sup. de rei vindic. Nisi dies stipulationi adiectus sit, quo casu fructus post diem percepti veniunt in conditionem, iure saltem eius quod interest, si per promissorem steterit, quominus eo die fundus praestitus sit l. si fundum certo die 114. infr. de verb. oblig. at in condictione rei quae fuit aliquando mea, indistinctè veniunt fructus, & ex mero iuris rigore, ut dixi, non ex aequitate. Nec enim aequitas & officium iudicis ad ea extendi potest, quae ante acceptum iudicium contingerunt, nisi nominatim eis fuerint iniuncta, vel saltem per generalem clausulam, ex fide bona, quae in bonae fidei iudicis omnibus addi solebat l. Adiles 15. §. item sciendum est infr. de adilit. edit. & ex qua peti ratio debet, cur in bonae fidei iudicis fructus veniant, adeoque vsurae, non à die tantum litis contestatae, sed etiam ex die morae l. mora 32. §. in bona fidei l. vsura 34. l. & in contraria 37. & d. l. videamus 38. §. ex causa & §. penult. de vsur. Hæc verò Accursius noster non satis benè intellexit, qui actiones istas omnes videtur confunderet, quantum ad fructuum restitutionem, id est conditiones, quae sunt repetitiones cum iis quae sunt petitiones, & utraque cum actionibus bonae fidei, quasi in omnibus veniant fructus eodem modo. Quod ex iis quae diximus, apparet evidenter falsum esse, nam in conditionibus eius rei, quae aliquando fuit actoris, fructus omnes veniunt, etiam qui ante litem contestatam, adeoque ante moram ullam percepti sunt, ut constat ex hoc §. & l. cum quis

12. infr.

32. infr. hoc tit. l. indebiti 15. infr. de condit. indeb. d. l. videamus 38. §. 1. de vsur. In iis verò conditionibus per quas petimus, id quod nostrum numquam fuit, fructus quidem veniunt, sed iij tantum qui post acceptum iudicium percepti sunt d. §. si actionem d. l. 2. de vsur. d. l. cum fundus 31. in princ. sup. de reb. credit. at in bonae fidei iudicis fructus veniunt, etiam qui ante litem contestatam percepti sunt, sed tamen non omnes, at illi soli qui post moram percepti sunt d. l. mora §. in bona fidei d. l. vsura 34. l. & in contraria 37. de vsur. quomodo accipi debet, quod de fructibus ex indiciis bonae fidei omnimodo praestandis indistinctè scriptum est in d. l. videamus 38. §. ex causa & §. penult. eod. tit. nec enim ex bona fide & aequitate est, ut illius quoque temporis fructus praestentur, quo mora nulla contracta sit, satisque est, quod in iis solis morae ratio habeatur, & in ultimis voluntatibus l. 3. C. in quib. caus. non est necess. in integ. restit. l. 3. in princ. de vsur. l. si quis servus 34. l. Titia Scio 87. §. vsuras de legat. 2. non etiam in stricti iuris contractibus & iudiciis. Sunt ergo deterioris hac parte conditionis iudicia bonae fidei, quam conditiones, per quas repetimus id quod nostrum aliquando fuit: Sed vicissim sunt melioris in hoc, quod non modò fructuum, sed etiam vsurarum additamentum ex eodem morae tempore recipiunt d. §. in bona fidei d. l. 3. C. in quib. caus. quod in conditionibus etiam favorabilioribus secus est l. 1. C. de condit. indeb. l. quoties 4. C. de condit. ob turp. caus. nempe quia vsurae sunt accessiones civiles, non naturales, nec certum est eas percepturum fuisse illum, qui pecuniam condidit, quia non natura, sed iure percipiuntur l. si navis 62. sup. de rei vindic. id est non ex ipsa pecunia, quae sui natura sterilis est, sed ex negotiatione, id est ex stipulatione sine qua nec deberi possunt l. 3. C. de vsur. l. Titius 24. infr. de praeser. verb. sicut & precium rei venditae non ex ipsa re vendita percipiunt, sed ex venditione & negotiatione l. venditor 21. de hered. vel act. vendit. Is porro qui pecuniam condidit quae sua fuit, licet potuerit ex ea negotiari si habuisset, & vsuras stipulari, poterat tamen etiam non negotiari, nec stipulari, dentque sufficit non fuisse vsuras in stipulationem deductas, ut nullo modo debeantur d. l. 3. C. de vsur. quamvis in accessionibus frumenti, hordei, olei, & aliarum huiusmodi mercium aliud sit, ut etiam ex pacto nudo dum in continenti apposito deberi possunt l. frumenti 17. eod. tit. propter incertam earum rerum aestinationem, quae per tempora variatur l. oleo 23. eod. tit. Nec tantum hac parte alia ratio est fructuum, alia vsurarum, sed & in eo, ut cetera taceam, quod in iudicis strictis fructus quidem veniunt. Post litem contestatam d. §. si actionem, at vsurae non veniunt ob eandem rationem, quam proximè attingimus, quamvis ea, quae ante litem contestatam deberi ex stipulatione ceperunt, non desinant currere lite contestata, nec earum cursus interrumpatur per eam novationem necessariam, quam litis contestatio inducit. Quae sententia & ratio est l. lite contestata 35. infr. eod. ill. tit. de vsur. iunct. l. delegare 11. §. 1. l. aliam 29. infr. de novat. non enim sicut vsurae vicem fructuum obtinent d. l. vsurae, ita & conuerso fructus vicem vsurarum: illud autem circa legis huius interpretationem observatione dignum est, quod ait d. l. videamus 38. §. 1. eod. tit. in versic. sed est, etiam si per mulierem steterit, quominus nuptiae contrahantur, magis tamen esse, ut illa fructus recipere debeat. Etiamque sententiae ratio statim subiicitur in hæc verba, Ratio autem hac est,

Tom. III.

quod si sponsus non conveniebatur restituere fructus, liceret ei negligere fundum. Quae tamen ratio mihi videtur planè inepta & malè conclinnata: inepta quidem, quoniam non probat reddendos esse mulieris fructus eo quoque casu, quo per mulierem steterit, ne nuptiae sequerentur, quod tamen maxime probandum erat, cum in toto iure civili in praedictum eius per quem stat, ne quid fiat, pro factis id haberi debeat, tum quoque cum faciendi condicio expressa est, quanto magis si non sit nisi tacita? l. iure civili 24. de condit. & demonstr. l. Iulius Paulus 81. in fin. eod. tit. l. in iure civili 161. de regul. iur. Quamquam responderi potest quod rationis loco addendum erat, non fuisse metu dotis amittendae, quae nunquam dos fuisset contrahendam libentiam matrimoniorum contrahendorum, quae sicut inter inuitos non contrahantur l. si patre cogente 22. de rit. nupt. ita nec legitime contracta inter inuitos olim retinebantur, cum aequè libera essent diuortia, ac multo magis repudia l. 2. §. 1. & 2. & pass. de diuort. & repud. l. si sponsalibus 58. in princ. de iur. dot. alioqui mulier, quae etiam siue causa sponsalibus renunciaisset, maneret indotata, atque ita alij nubere prohiberetur, quod non tantum à ratione & aequitate, sed etiam à publica utilitate alienum esse l. 2. eod. l. 1. solus matrim. l. interest 28. de reb. auctor. iudic. p. s. aliis l. 1. de priu. leg. credit. Malè autem conclinnata est, ut dixi, ratio supradicta, propter insuam temporis, & verborum compositionem. Sic enim concipi potius debeatur, quod si sponsus non conveniretur ad restitutionem fructuum liceret ei fundum negligere, non quomodo contracta est per verba illa, conveniebatur & liceret. Nec rursus Latina videri potest illa locutio, conveniebatur restituere fructus, pro eo quod prudentes & bonae laetitatis auctores dicerent, ad restitutionem fructuum, estque hic purus graecismus Triboniano Graeco homini, & in latina lingua peregrino familiaris, sicut & illa temporum immutatio, ut ex tot Iustiniani constitutionibus, quas ille latino sermone conscripsit, videri potest: nec alius error ullus est, qui facilius excidat cuilibet aliena lingua, in qua non satis benè sit versatus, siue loquenti, siue scribenti. Triboniano autem tanto facilius, quod ille non tam dotibus, quam mulieribus favore impensius, & plus aequo volens, maluit novam & stultam rationem perquirere, quae solo mulierum favore niteretur, quam ex iure communi eam sumere, quae conditionibus omnibus conveniret. Nam si bona ratio esset extra causam & favorem mulieris, faceret utique ut in cæteris quoque personis idem dicendum esset, ut conditione ob causam dati causa non secuta, fructus conaequi deberet is quoque, per quem factus fuisset, ne causa secuta esset. Quod probabiliter defendi certè nullo modo potest d. l. in iure civili 161. in fin. de regul. iur. Debit igitur ratio specialitatis sumi ex favore dotium & libertate matrimoniorum ac repudiorum, ut diximus. Nec rursus video qua ratione verendum sit, ne maritus negligat fundum tanquam certus de fructibus non restituendis, quandiu incertus est, an matrimonium futurum sit, cum potius credere debeat futurum, qui certus est, per se nihil factum iri quominus matrimonium sequatur, quo secuto esset ille ipse pecunias suae negligentiae laiturus, & fundum dotalem incultum, tantoque deterior factum habiturus. Quinimò si ius ita esset, ut sponsus conventus conditione fundi ob nuptias dati, quae secuta non essent, nullos tamen fructus reddere teneretur, hoc

BB ij

ipso excitari deberet ad fundum tanto diligentius excolendum, ut tanto uberiores fructus interim perciperet, quos sciret nullo se casu restitutum. Quoadmodum è contrario quoties fructus restituendi sunt, nihil prodest possessori, quod per suam negligentiam vel nullos, vel minores perceperit, cum in quaestione fructuum generaliter animadvertendum sit, non an malæ fidei possessor fructus sit, sed an peritor fuerit fructurus, si ei possidere licuisset, ut scriptum est in *d. l. si nautis 62. in fi. de rei vindic.* Hic autem de quo agimus, qui rem que mea fuit, possidet, siue ex iniusta causa, siue non ex iusta, siue ex causa iusta quidem & honesta, sed quæ vel non secuta vel finita sit, aut denique sine causa, plus quam malæ fidei possessor est, quamvis sit dominus, cum etiam malæ fidei, ut ita dixerim, dominus sit *l. l. perpetuo 6. inf. tit. 1. l. 1. de cond. sin. caus. l. rerum quidem 25. inf. Rer. a. mor. non enim caret dolo l. 2. §. circa inf. de doli mali except.*

^a Idem iuris est de ancilla & partu eius. RAT. DVB. Partus non est in fructu, cum fructus omnes rerum

8. NERATIUS LIBRO 2. Membranarum.

Quod Seruius in libro de dotibus scripsit, si inter eas personas, quarum altera interim datum sit, repeti posse, sic intelligendum est: ut, si diuortium intercesserit prius, quam vtraque persona iustam ætatem habeat, sit eius pecuniæ repetitio: donec autem in eodem habitu matrimonij permaneant, non magis id repeti possit, quam quod sponsa sponso datis nomine dederit, donec maneat inter eos ad finitas. quod enim ex ea causa, nondum coito matrimonio, datur: cum sic detur, tamquam in dotem peruenturum: quamdiu peruenire potest^a, repetitio eius non est.

Ad l. Quod Seruius 8.

RAT. DVB. Certum est nuptias non consistere inter eas personas, quarum altera nondum nubilem ætatem habeat, non magis quam si neutra ex iis esset legitimæ ætatis, masculus sc. annorum quatuordecim, femina verò annorum duodecim, *Inst. de nupt. in princ.* Atqui non potest dos esse sine nuptiis *l. 3. inf. de iur. dot.* Ergo generaliter verum est, quod Seruius in libro de dotibus scripsit, si inter eas personas, quarum altera nondum iustam ætatem habeat, nuptiæ factæ sint, id quod dotis nomine datum est, interim repeti posse, & quidem conditione ob causam dati causa non secuta, cum negari non possit, ideo datam esse pecuniam, ut dotis statim fieret: non ut quandoque postea in causam dotis perueniret. In quo differt proculdubio hic casus ab eo quem Neratius quasi similem adfert, de eo quod a sponsa datum est sponso dotis nomine. Hoc enim casu, cum id quod ex causa dotis datur nondum coito matrimonio, sic detur tanquam in dotem aliquando peruenturum, merito placuit quamdiu peruenire potest, licet nondum perueniret, repetitionem eius esse non debere, quia nec alia mente datum est, quam ut suo tempore perueniret. At cum ob nuptias iam contractas aliquis datum est, quasi eo ipso instanti, & ab initio futurum dotis, apparet causam ob quam datum est, neque secutam esse, neque sequi vnquam posse. Nunquam enim fieri poterit, ut ab initio dos fuisse videatur, nec

natura hominum gratia cõparauerit. *l. vetus fuit quaestio 68. sup. de vsur. l. in pecudum 28. inf. de vsur.* Ergo quamuis non secutus nuptiis fundus, qui dotis nomine datus fuerat, condici possit, simul cum fructibus, qui ex eo percepti sunt, aut percipi poterunt: aliud tamè iuris esse videtur, si ancilla in dotem data sit, ut quamuis ea condici possit, partus nihilominus in conditionem non veniat, qui nec traditus fuit, sed apud nouum dominum editus. DEC. Partus licet non sit in fructu, attamen perinde ac fructus accessio naturalis est, ideoque ratio eadem locum habet, quam in fructibus usurpauimus, ut perinde ac fructus restituendus sit priori domino, licet non perinde ac ceteri fructus acquiratur bonæ fidei possessori. Est enim amplior & fauorabilior restitutio fructuum, quam acquisitio, & partus quamuis fructuum appellatione non contineatur, nomine tamen & appellatione causæ continetur *d. l. 2. de vsur. l. præterea 20. sup. de rei vind.* quia editus fuisse partus apud pristinum dominum, si non fuisset traditus ei qui nunc condicitur.

si in eodem habitu matrimonij legitimam ætatem ambo compleant. Quidni ergo interim locus erit huic conditioni, ob causam dati causa non secuta? Idque Seruium sensisse valde probabile est, neque interpretationem & distinctionem Neratij admittendum fuisse, si de ea interrogatus fuisset, ut constat ex dictione *interim* quæ ostendit intellexisse Seruium de eo casu, quo spes adhuc aliqua subesse futuri matrimonij, non quo diuortium siue de iure siue de facto, ut Accursius loquitur, intercessisset, priusquam vtraque persona iustam ætatem compleuisset. Et si non ignoro dictionem illam *interim* non tam ad repetitionem, quam ad dotis dationem referri oportere. Sic enim lex habet *quod dotis nomine interim datum est repeti posse* non autem ita *quod dotis nomine datum est repeti interim posse*. Sed tamen quis credat, sic Seruium sensisse, ut quod interim, id est, ante completam nubilem ætatem datum est dotis nomine, repeti possit interim quoque, sed post diuortium tamen quod secutum sit, priusquam nubilis ætas illa completeretur. Præsertim cum sit preposterum, ut diuortium sit, vbi nullæ sunt veræ nuptiæ *l. inter stuprum 101. §. diuortium l. inter diuortium 191. de verb. signific.* Quæ de causa solent nostri, post Accursium, dictionem hanc *diuortium* in hoc loco accipere pro repudio, ponuntque sponsalia etiam in casu Seruij præcessisse: quod tamen neque ipsius verbis conuenit, neque sequenti clausulæ, in qua tractatur de eo quod a sponso datum sit sponsæ dotis nomine. Nec sanè quicquam prohibet, nullis etiam præcedentibus sponsalibus nuptias contrahi, & quidem

& quidem legitimas inter eas personas, quæ sint illegitimæ ætatis: illegitimas vero si alterutra persona contrahentium legitimam ætatem nondum compleuerit. Et alia quaestio est, an illegitimæ & festinatæ nuptiæ inter eos contractæ, qui sponsalia iuste contrahere potuerunt, sponsaliorum saltem vim habeant. Quod etsi plerique putant *ex cap. 1. de despons. impub. in 6.* ad hanc tamen legem nil pertinet, in qua tractatur de pecunia data ob causam nuptiarum, non sponsaliorum: quæ causa non potest videri secuta, quamdiu secutum non est verum, iustumque matrimonium, nec sufficit durare spem matrimonij, nisi cum data est dos sponsaliorum tempore, intuitu & cogitatione futurarum nuptiarum, quæ sequi adhuc possunt, non autem cum dos data est propter nuptias quasi iam legitimè contractas, quæ tamen non valuerunt: nam eo casu nihil fit contra mentem contrahentium, etiam si repetitio interim inhibeatur nisi expressim renuncietur sponsalibus. Sed pro interpretatione Neratij illa decidendi ratio adferri potest, quod tum quoque cum sponsalia nulla præcesserunt inter personas minoris ætatis, & ceptum est a nuptiis illegitimis, spes tamen probabilis futuri matrimonij, si mulier apud virum compleuerit annum duodecimum, neque nouo vilo consensu opus est, ad nouum matrimonium contrahendum *l. minorum 4. inf. de iur. nupt.* ad eò ut perfici hoc casu videatur matrimonium, quod antè fuerat inchoatum, non autem conualescere, quasi quod antea irritum fuisset. Fuit enim potius in suspensio, quousque legitima ætas completeretur: alioqui non posset dotis datio conualescere, cuius condicio tacita semel defecisset. *l. licet 22. inf. de iur. dot.* Cum ergo possit matrimonium perfici ac legitimum fieri ex sola ætate legitima superueniente, nullo hominis, sed naturæ tantum facto interueniente, ut in *l. filius 28. §. filiusfamilias in fin. inf. de liber. & posthum.* consequens omnino est, ut interim non minus inhibenda sit repetitio eius, quod in dotem datum est, quam si a sponsa sponso datum esset, quandoquidem sponsalibus solis præcedentibus nouum consensum sequi necesse est, ut fiat matrimonium: qui tamen non æquè necessarius est, nec noua ductio in domum viri, cum puella præmatuè nupta duodecim annos apud virum compleuit. Est igitur bona horum casuum comparatio, quod pertinet ad inhibendam interim dotis repetitionem, quamdiu spes est, peruenturam pecuniam in causam dotis. Quamuis enim cum ceptum est a nuptiis id actum videatur, ut iam tum & ab initio pecunia dotis fieret, quod nec factum est, nec fieri potuit, attamen sicuti matrimonium ab initio imperfectum fit ex post facto perfectum solo cursu temporis, ita & dos quæ ab initio dos esse non potuit ex euentu iam tum dos fuisse intelligitur, cum matrimonij causam concomitetur, nec vlla noua dotis datione indigeat, sed tam citò vera dos esse incipiat, quam matrimonium est, aliud dici oporteret, si noua datio dotis esset necessaria. Quæ enim prius data fuisset absolute repeti interim posset, ut cun que sit, non puto interpretationem hanc siue Neratij sit, siue, quod facile crederem, Triboniani fauentis more suo dotibus, aut potius mulieribus, ne mulier tum quoque cum adhuc nupta non est, sit tamen in dotata, menti Seruij eiusque sensui conuenire. Nam præter id quod iam disputauimus, absurdum esse, ut de diuortio tractetur antequam perfectum sit matrimonium, esset

Tom. III.

hæc Seruij sententia de casu profus indubitabili: cum etiam si verum matrimonium, veræque dotis datio præcessisset, dotem tamen secuto vero diuortio reddi oporteret: nisi forte quis tam stultus sit, ut suspicetur maiorem vim esse nuptiarum imperfectarum, quam perfectarum ad retinendam dotem, quod esset ridiculum. Non nego tamen Seruij sententiam duram esse, nec audiri debere puellam minore annis duodecim quæ præmatuè nupsit, & dotem dedit, si pœniteat eam dotis datæ, nec tamen pœniteat festinati matrimonij. Quamdiu enim in eodem habitu matrimonij permanet, nulla ratio est, ut quæ adhuc nupta esse vult, dotem repetat, si cuncti nec quod sponsa sponso dotis nomine dederit, repeti interim potest, quamdiu manet inter eos ad finitas, scilicet sponsalia, quæ tamen non tam ad finitas verè est quam principium quoddam ad finitatis per futurum matrimonium contrahendæ non inter virum & uxorem, sed inter viri & cognationes *l. non facile 4. §. sed quoniam inf. de gradib. & ad fin. Quæ dubitandi ratio erat ad l. non ideo 5. C. de hered. instit.* Ut proinde tam impropiè ad finitatem hanc dixerit hic Neratius aut Tribonianus, quam in præcedentibus *diuortium* non pro repudio, cum nec vlla præcessissent sponsalia, sed pro nuda præmatuè contracti matrimonij pœnitentiæ? Quæ interueniente, & muliere domum viri deferente, nullis etiam aut repudij aut diuortij formulis usurpatis, dubitandum non est, quin eius quod dotis nomine datum fuerat conditio competat. Est enim hic contractus non dotis, qui non potest fieri sine vero matrimonio, sed innominatus, in quo proinde locus est pœnitentiæ ex parte illius qui dedit, quousque transeat in verum perfectumque matrimonium *l. si pecuniam 5. sup. hoc tit.* cum qua proinde non pugnat hæc lex, sed consentit potius, ut nec sit necesse dicere cum Accursio & Bartolo præcessisse sponsalia, quod in casu Seruij falsum planè est. Sed cum dos hæc data sit ex causa quasi præsentis & validi iam matrimonij, non potest diuidi pœnitentiæ, ut puellam, aut eum qui pro puella dotem dedit pœniteat quidem dotis datæ, sed non tamen festinatatum nuptiarum, ita ut in eodem habitu matrimonij permaneat. Et hoc nimirum est, quod ad Seruium annotare Neratius voluit. Planè sponsalibus contractis, quæ, ut nomen ipsum ostendit, non nisi per mutuum sponsonem solemnemque stipulationem contrahi possunt, cum sit contractus nominatus, certum est nihil facere nudam pœnitentiæ, sed repudij solemnitatem esse necessariam de qua in *l. 2. de diuort. & repud.* Simile quid à Papinianus factum obseruauit in *l. 3. in princ. inf. de vsur.* vbi constitutionem Imperatoris Antonini de nullis vrsuris intra iudicati tempora præstandis, cum dura nimis videretur, nec tamen auctoritatem eius aunderet vel posset infringere, sic tamen restringit per interpretationem, ut non alio casu locum habere possit, quam si debitoris mora nulla sententiam præcesserit, quod tamen fatetur ille vix vnquam posse contingere, nisi vno illo casu quæ adfert, quo falcidia interuenit, de quo scripsimus *libr. 7. Coniunct. cap. 1.* Idem præstat hic Neratius ad Seruium summæ auctoritatis iureconsultum, ut quia sententiam ipsius duram improbare non audet, eam saltem interpretatione sua quamuis parum probabilis leniat ac temperet.

^a *Quamdiu peruenire potest.* RAT. DVB. Potest fieri ut etiam misso post sponsalia repudio, adeoque fa-

BB 3

do, quantum fieri potest, ante contractas verè nuptias diuortio, eadem personæ rursus coeant in matrimonium, quo etiam casu dos quæ in prius matrimonium data fuerat, in posterius conuerfa intelligitur. *l. dotem 30. §. de iur. dot.* Ergo si sufficit, vt pecunia quæ dotis nomine data est, siue à puella præmaturè nupta, siue à sponsa, sponso peruenire in dotem quandoque possit, consequens erit, vt nullo casu possit repeti, quandiu eadem personæ viuent, nec si mediæ aliæ intercesserint nuptiæ, vt in *l. si sponso solubus 53. in princip. eod. tit.* quo tamen euidenter falsum est, vt hæc ipsa lex probat, & *d. l. licet 22. eod. tit. de iur. dot.* D. c. Et si verbum potest sui natura sit extensiuum in futurum tempus quodlibet, & ad omnem casum possibilem, vt Bartolus loquitur ex *l. de iniust. rupt. Aul. cur. relitum C. de iudic. viduit. tollend. l. ita stipulatus 115. in princip. de verb. oblig. l. si ita quis testamento 51. de leg. 2.* quomodo de verbo voler scriptum est in *l. 1. §. si quis addit & l. filii 6. §. 1. in fr. ad SC. Tert.* illi cum tamen restrictum est ad certam causam, non debet eam causam egredi, ne quidem inter easdem personas, multo magis autem ad alias personas extendi debet, sed interpretationem recipere ex vulgari illa clausula, quæ in ipsis quoque conventionibus omnibus subintelligenda est, *rebus sic stantibus l. continuus 137. §. cum quis in si. de verb. obl. l. cum quis 38. in princip. in fr. de solut.* Ergo in proposta specie tandiu cessare debet repetitio pecuniæ in dotem datæ, quandiu ea pecunia in causam dotis peruenire potest ex eo contractu, qui celebratus fuit, siue sponsalia fuerint, siue præmaturæ nuptiæ, non ex alia noua causa extrinsecus superueniente: itaque si renunciatum sit sponsalibus solemniter, vel

festinatis nuptiis quoquomodo, incipiet vtique competere dotis repetitio, non tanquam dotis, sed tanquam pecuniæ quæ in causam dotis nec peruenit adhuc nec peruenire amplius potest ex priore causa. *l. 1. C. de iust. & substit. l. vter ex fratribus 22. de condic. in solut. l. Titio centum 71. §. Titio genero de condic. & demonstr. d. l. si sponsalibus 53. de iur. dot.* Ex quo bene infert Bartolus, quoties quis renunciat omni iuri, quod in aliqua re habet, vel habere potest, aut possidet, debere renunciationem intelligi *rebus sic stantibus*, id est, de iure quod sit præsens, & iam natum vel re vel spe, non de illo etiam, quod postea ex noua causa superuenire possit. Quomodo nec statuliberum dicimus omnem seruum, qui ex quacunque causa possit in futurum consequi libertatem, [essent enim hoc sensu serui omnes dicendi statuliberi] sed eum solum cui libertas iam data sit in diem vel sub conditione. *l. 1. & 2. in fr. de statulib.* Illud sanè verum est, quod ex hac lege notat Accursius, quoties aliquid in pendenti est, expectandum interim esse, quocumque certum esse incipiat vel factum id esse, vel fieri amplius non posse ex *d. l. si sponsalibus l. dotis fructum 7. §. vlt. l. si debitor 30. in iudic. l. si is qui 56. §. vlt. §. de iur. dot. l. non omnis 19. l. pecuniam 36. sup. de reb. credit. l. de hereditate 19. §. pater familias in fr. de castres. specul. l. quadam 15. de reb. dub. l. qui res 58. in princip. & §. 1. de solut.* Item quod addit Bartolus speciale esse fauore matrimonij, vt qui puellæ nomine pecuniam, aut aliam rem dedit futuro marito, non possit ex pœnitentia repetere quandiu spes est futuri matrimonij, ne contingat ea ratione matrimonium impediri ex *l. si ego 9. in prin. & §. 1. in fr. de iur. dot.* Quod & nos scripsimus ad *l. prox. in prin. sup.*

9. PAVLVS libro 17. ad Plautium.

SI donaturus mulieri, iussu eius, sponso numeravi, nec nuptiæ secutæ sunt: id mulier condicet. Sed si ego contraxi cum sponso, & pecuniam in hoc dedi, vt, si nuptiæ secutæ essent, mulieri dos acquireretur, si non essent secutæ, mihi redderetur: quasi ob rem datur: & re non secuta, ego à sponso condicam.

Ad *l. si donaturus 9.*

RAT. DVB. Cùm quid datum fuit ob causam, quæ secuta non est, condictio ei competit qui dedit. Nam & condictio hæc nihil aliud est, quàm repetitio, vt diximus ad *§. 1. l. qui se debere 7. sup.* Repetere autem id demum potest qui soluit. Atqui pecunia quam ponimus sponso numeratam esse, non à muliere numerata est, sed à donatore, quomuis iussu mulieris, vt lex ponit. Ergo mulieri danda condictio non est, sed donatori, si nuptiæ secutæ non sint. D. c. Quod quis donaturus mulieri iussu eius sponso numerauit, non tam à donatore ipso, quàm à muliere datum videtur, ad quam pecunia ex donatione pertinet. Celeritate enim coniungendarum actionum vna occultatur. *l. 3. §. sed si debitorem in fr. de donat. in vir. & vxor. l. singularia 15. sup. sicert. per. l. vt mihi 21. §. 1. in fr. de donat.* condictio igitur mulieri danda est, non donatori dicitur. *l. qui se debere vers. sed si cum sciret.* nec nouum est vt alius soluat, alius repetat. *l. nec nouum est 5. cum duab. præced. in fr. de condic. in deb. vbi dicemus, neque pugnat d. l. 7. vers. fin. autem sup. vt ibi scripsimus.*

2. Sed si ego contraxi cum sponso. RAT. DVB. Quo-

ties quis cum sponso contrahit, & pecuniam ei dat in hoc, vt si nuptiæ sequantur, mulieri dos acquiratur, negari non potest quin dos mulieri donata videatur, non minus quàm in superiore casu. Ergo perinde dicitur dum est non secutis nuptiis dandam esse condictionem mulieri, non ei, qui pecuniam dedit. D. c. Conuentio facta in vnum casum, porrigi ad alium casum contrarium & contradictorium nunquam potest, etiam si esset casus ille omissus. *l. si dotem 22. in princip. in fr. de solut. matr.* multo minus si in casum illum contrarium alia pactio facta esset, in fauorem præsertim donatoris, cuius liberalitas nec ei captiosa esse debet, cùm donatio, si contractus est, non bonæ fidei contractus sit, sed stricti iuris. *l. eum qui 2. in fr. de donat.* atqui ponimus eum qui pecuniam dedit, ita cum sponso contraxisse, vt si quidem nuptiæ secutæ essent mulieri dos acquireretur, si verò secutæ non essent ipsi redderetur. Consequens igitur est, vt in eum casum quo nuptiæ secutæ non sint, mulier non sit donataria, ac proinde, vt non mulieri condictio danda sit, sed ei qui cum sponso contraxit, cùm in eum casum expressa conuentione sibi prospexerit, quæ etiam si tam expressa non esset, sufficeret tamen meo iudicio, pars illa conuentionis qua cautum est, vt si nuptiæ secutæ essent,

æ essent, mulieri dos acquireretur, bona enim conuentione est, vt eo igitur casu quo nuptiæ secutæ non sint, reddenda sit dos alij quàm mulieri. *arg. l. inter foerum 20. §. cum inter de pact. dotal.* Cui verò alij, quàm ei ipsi dedit? Negotium enim contractum est inter eum & sponsum, vt loquitur *l. 2. in fr. de cond. in deb. & Liuis genium 7. §. 1. sup. de pact.* quod Paulus noster exprimit his verbis *quasi ob rem datur* ex quo negotio sequitur dandam esse ciuilem actionem, id est, condictionem ei qui dedit, etiam si nulla specialis pactio de eo facta sit, alioqui erit quæstio de indubitabili, si quæras, an habere debeat condictionem non secutis nuptiis, ille qui dedit ea lege expressim adiecta, vt si nuptiæ secutæ non essent dos illi ipsi qui dedit, redderetur. Qua de causa putabam aliquando, quod etiam nunc videtur mihi probabile, irrepitua esse verba illa *si non essent secutæ, mihi redderetur*, & ex glossa interpretis alicuius in textum inuictæ, non ob id tantum quòd non solent Paulus de iure tam aperto respondere, sed etiam quia sic inita conuentione non competeret

condictio ob causam dati causa non secuta, sed condictio certi siue ex stipulatione si interposita esset stipulatio, siue ex contractu incerto & innominato si non esset interposita. *l. certi condictio 9. l. si quis certum 24. sup. de reb. credit.* ad repetendam ex conuentione pecuniam ea lege datam. Nunquam enim condictiones istæ concurrunt cum aliis specialioribus ex conuentione expressa descendentibus, tanquam quæ subsidiariæ sint, & à iure ciuili, aliis omnibus deficientibus comparatæ, ne iniquitas illa occurrat, vt quis ex aliena iactura locupletetur, quomodo alioqui locupletaretur. Et certè verba Pauli dantis condictionem ei, qui numerauit pecuniam non secutis postea nuptiis, ostendant non illaratione eum moueri, quòd ita conuenisset nominatim, sed quia ob rem datum esset, quæ secuta non fuisset, vt & in *l. si ego 9. in princip. in fr. de iur. dot.* Cetera quæ ad huius loci interpretationem adferri possent, pete ex iis quæ scripsimus ad *leg. si extraneus 6. & ad leg. qui se debere septimo in princip. supra.*

I Si quis indebitam pecuniam, per errorem, iussu mulieris, sponso eius promississet, & nuptiæ secutæ fuissent: exceptione doli mali vt non potest. maritus enim suum negotium gerit, & nihil dolo facit, nec decipiendus est. quòd fit, si cogatur in dotatam vxorem habere. Itaque aduersus mulierem condictio ei competit: vt aut repetat ab ea, quod marito dedit: aut vt liberetur, si nondum soluerit. Sed si soluto matrimonio maritus peteret: in eo duntaxat exceptionem obstare debere, quòd mulier receptura esset.

Ad *§. 1. Si quis indebitam.*

RAT. DVB. Sponsus cui mulier delegauit dotis nomine quasi debitorem eum qui debitor non erat, plus iuris contra eum habere non potest, quàm ipsa mulier, cùm secundus creditor cui delegatio facta est, non plus iuris habere debeat, quàm is qui delegauit. *l. nemo plus iuris 54. de reg. iur.* nisi quod habet hunc promissionem ex propria sua promissione obligatum: quæ res facit equidem, vt contra eum habeat summo iure actionem, sed quàm tamen æquum sit repelli exceptione doli mali, quia licet ab initio nihil dolo malo fecerit, cùm dotem ab eo stipulatus est, tanquam à mulieris debitore, nunc tamen dolo facit, qui perseverat ex ea stipulatione agere contra eum, qui se probet nihil mulieri debuisse, atque ita contractam esse obligationem ex falsa causa. *l. 2. §. circa in fr. de doli mal. except.* nec est, quod quis obiiciat commissorium hunc postquam soluerit sponso tantundem à muliere repetitarum, atque ita indemnitate consecutum, interest namque ipsius non soluere, potius quàm solutum repetere. *l. 3. de compensat. l. si stipulatus 15. in princip. de fideiuss.* Permittendum igitur est, vt se doli exceptione tueatur, vt & in specie *l. 2. aliud iuris est in fr. de donat. l. lulianus ait 7. in fr. de doli mal. except.* D. c. Exceptio doli contra eos comparata est, qui per occasionem iuris ciuilis lucrum captant ex damno alieno. *l. 1. §. 1. cod. ill. tit.* Arqui sponsus hic, idemque maritus [ponimus enim secutas esse nuptias] non captat lucrum ex damno alieno: nec enim causa dotis lucratua est sed onerosa, cùm deferriat oneribus matrimonij ad maritum pertinentibus. *l. ex promissione 19.*

Tom. III.

*in fr. de oblig. & action. l. dotis fructum 7. in princip. de iur. dot. l. pro oneribus 20. C. eod. l. vlt. §. 1. in fr. qua in fraud. credit. l. 1. Cod. de impon. lucrat. descript. lib. 10. nec proinde mulieris negotium gerit, cùm petit dotem sed suum, itaque nihil dolo facit propter quod doli exceptione repelli debeat, tantum quæ abest, vt quemquam decipiat, vt deciperetur potius si exigere prohiberetur, atque ita vxorem aut omnino indotatam, aut minus dotatam habere cogeretur, quam neque nulla, neque minore dote fuerat ducturus. *l. pure 5. §. si eum in fr. de doli mal. except.* Et in eo similis est causa patris & extranei. *l. quemadmodum 46. §. vlt. de iur. dot. l. apud Celsum 4. §. sed est mulier 21. de doli mal. except.* Multo que magis dicendum est, si delegatus debitor mulieri quidem debebat, sed vel doli vel qua alia exceptione summoueri poterat, non posse exceptionem illam habere locum in persona eius cui debitor delegatus est. *l. doli exceptio 19. in fr. de nouat.* Est enim hic delegatus similis ei qui donat, quoniam exceptionem remittere intelligitur quam sibi competere non ignorauit: quòd si per ignorantiam promiserit creditori, nihilomagus quidem exceptione aduersus creditorem vt poterit quia ille suum recipit, sed is qui delegauit tenebitur condictione vel incerti si pecunia soluta nondum sit, vel certi si soluta sit, idèoque postquam ipse præstiterit pecuniam ager etiam mandati iudicio, vt elegerit idem Paulus noster tractat in *l. si quis delegauerit 12. eod. tit.* Idèque est quod in hac lege idem Paulus scribit, aduersus mulierem competere ei condictionem, vt aut repetat ab ea quod marito dedit, condictione scilicet certi, aut vt liberetur si nondum soluerit, condictione nimirum incerti: quomodo accipi etiam debet quod scriptum est in *l. 2. Cod. de**

condict. indeb. Nihil ergo interest hac parte an omnino indebita fuerit pecunia, quam quis iussu mulieris in dotem sponso promissit, an verò debita quidem fuerit ipso iure, sed cuius petitio excludi poterit per exceptionem doli *l. nihil interest 112. de regul. iur.* Vtroque enim casu maritus securus est, siue per errorem & ignorantiam, siue sponte quis ei promiserit, nemo enim dolum facit qui suum commodum iure persequitur, inquit Accursius ex *l. 1. §. 1. de liber. hom. exhib. l. iniuriarum 13. §. 1. de iniur. l. si pupillus 41. de acquir. hered. l. pen. §. vlt. ad leg. Iul. de vi public. l. de-lator 44. de iur. fisci. l. si duorum 52. de action. empr.* Aliud iuris est si promissio facta sit ei qui lucrativam causam habeat puta donationis, non onerosam, vt in *d. l. 2. §. aliud iuris est & d. l. Iulianus ait 7. de donat.* Aliud item si quis non suo nomine, sed quasi tutor puellæ & ratione officij dotem ampliozem promiserit, quam cui præstandæ possint facultates puellæ sufficere. Excusandus enim est propter necessitatem officij ex *l. cum post mortem 43. §. 1. versu. Quid si mulier in fr. de admin. & peric. tutor.* Quamquam locus ille valde à Triboniano corruptus est, vt docui *libr. 6. Coniect. cap. 18. vbi vide iunge l. tutorem 22. in fr. de his quæ vt indign.*

a *Sed si soluto matrimonio.* RAT. DVV. Exceptio doli obstat ei qui petit id quod redditurus est illi ipsi à quo petit, at non etiam ei qui petit id quod redditurus est alij *l. dolo facit 8. in fr. de doli mal. except. l. in condemnatione 173. §. vlt. de reg. iur. l. si fover 44. §. Lucius solut. matr.* Atqui cum soluto matrimonio maritus petit dotem quæ ante contractas nuptias promissa ei fuerat, petit quidem id quod redditurus est, sed mulieri, non ei ipsi à quo petit. Ergo exceptionem doli pati non debet, ne de eo quidem quod mulier ex dote receptura est, si forte conuenierit, quomodo conuenire olim plerumque solebat, vt soluto matrimonio præsertim per diuortium, maritus partem dotis lucraretur, alia verò pars mulieri restitueretur, si mulieris culpa diuortium factum esset, aut etiam citra conuentionem propter liberos ex eo matrimonio susceptos retentis in singulos liberos sextis ad dimidiam vsque partem dotis, vt Vlpianus in Fragmentis refert *Ti. de dotib. & nos scripsimus in libris Coniecturarum.* DEC. Maritus exigens dotem soluto matrimonio quam ex parte sibi retinere, & ex parte mulieri restituere debet, partim suum, partim mulieris negotium gerit: suum, quatenus ex ea dote retenturus est, mulieris quatenus ei restituitur. Et sicuti quatenus suum negotium gerit, nulla doli exceptione repelli potest, quia nihil dolo facit nec decipiendus est, vt proximè diximus. Ita quatenus mulieris negotium gerit, non est audiendus si pro muliere indebitam

IO. IAVOLENVS libro I. ex Plautio.

SI mulier ei, cui nuptura erat, cum dotem dare vellet, pecuniam, quæ sibi debebatur, acceptam fecit, neque nuptiæ secutæ sunt: rectè ab eo pecunia condicetur: quia nihil interest, vtrum ex numeratione pecunia ad eum sine causa, an per acceptilationem peruenerit.

Ad l. Si mulier 10.

RAT. DVV. Licet verum sit dotem posse constitui per acceptilationem *l. promittendo 41. §. accepti quo-*

pecuniam petat, quam illi ipsi siue statim siue ex interuallo restituere debeat: nullus enim hac parte mariti fauor est, sed in solius mulieris utilitate ea res cederet, cui solutum intelligeretur, quicquid ipsi marito solutum esset, vt ei redderetur. Quid enim referre potest an mulier ipsa petat, an alius pro muliere? Repellendus igitur est hoc casu maritus doli mali exceptione, nec adiuuandus eo prætextu, quòd non statim restituere dotem mulieri debeat, sed ex interuallo, id est, annua bima trima die secundum ius vetus. Iure autem nouo post annum *l. vnic. §. ex actio C. de rei vxor. act.* Et si enim ita futurum est, vt priuatur interuallum medij temporis, nihil tamen in eo abstandi est, aut iniqui, cum id tempus ad restituendam dotem ei datum sit, non tam obligationis iure aliquo, quam ex mera iuris indulgentia, sicuti de tempore quod iudicatis datur scriptum est in *l. cum militi 16. §. 1. de compensat. l. vlt. C. de vsur. rei iudic.* Nec tam vt lucrum faciat maritus ex interuallum illo medij temporis, quam ne ex præcipiti solutionis necessitate damnum sentiat. Non enim tam facile pecunia restituenda in numerato est & in expedito *l. si dubitet 10. de fideiuss.* nec tam amarè, & vt inter infestos ius restituendæ dotis tractandum est, sed vt inter eos qui aliquando coniuges & maximo affectu coniuncti fuerunt, quomodo de donationibus inter virum & vxorem prohibitis scriptum est in *l. si id quod 28. §. si quas de donat. int. vir. & vxor.* Cæterum nulla fit iniuria marito, etiam si prohibeatur fructum vllum ex dote consequi totius illius temporis, quo maritus amplius non est. Quidnam ergo doli exceptione repellatur pro ea dotis parte quam mulieri restituere debeat ex interuallo, perinde ac si statim restituere cogeretur? Ne alioqui mulier cui nihil debetur, per mediam mariti personam consequatur quod ex sua consequi non posset. Nec quod post factam solutionem succurri posset debitori delegato, data ei aduersus mulierem conditione, vt diximus, æquitatem tollere potest obiciendæ exceptionis doli, cum inter sit eius qui cum nihil deberet, delegatus tamen est, tanquam debitor, non soluere potius quam solutum repetere *l. 3. de compensat. l. si stipulatus 15. in princip. de fideiuss.* Extra hunc casum non esset repellendus doli exceptione is qui id peteret quod etiam illi ipsi à quo peteret restituendus esset ex interuallo, propter commodum scilicet medij temporis, quod actori auferendum non esset, *arg. l. debitor 82. de leg. 2.* Bartolus more suo distinctionem adfert multiplicem, multatque habentem partes, quam tamen pluribus hæc persequi non conuenit, cum in ea quid verum quidve falsum sit ex iis quæ ad *l. qui se debere 7. & ad hanc legem scripsimus intelligi facile possit.*

que latione in fr. de iur. dot. id tamen ita intelligi debet si nuptiæ secutæ sint, cum in qualibet dotis constitutione siue per promissionem, siue per traditionem siue denique per acceptilationem fiat, ea condicio tacite intelligatur *d. l. promittendo in princ. l. stipulationem*

stipulationem 21. & seq. eod. tit. Idque est quod Scævola dicebat, & Vlpianus probat in *l. licet 43. eod.* acceptilationem matrimonij causa factam non secutis nuptiis nullam esse, idèoque pristinam obligationem perinde saluam & integram remanere ac si nulla acceptilatio facta esset *l. debitor 36. & seq. eod.* Atqui in hac specie in qua ponimus mulierem ei, cui nuptura erat, cum dotem dare vellet, pecuniam quæ sibi debebatur acceptam fecisse, non fuerunt secutæ nuptiæ. Ergo non valuit acceptilatio, nec proinde pecunia condici potest, quæ nec vlla numerata fuit, sed ex pristina obligatione tanquam quæ extincta non sit, agere mulier potest & debet, aut si pristina obligatio extincta esset, agere in id mulier deberet, vt obligatio illa restitueretur, nec tam condicere pecuniam quæ data non est, quam liberationem ex *l. 4. sup. hoc tit.* quam ita intelligere nostri solent. DEC. In arbitrio mulieris est quæ debitori suo acceptam fecit dotis causa pecuniam, vt dicat nullam esse acceptilationem, agatque si malit ex prima obligatione, ac si nulla acceptilatio interuenisset *d. l. licet & d. l. debitor & seq.* Sed tamen si non secutis quoque nuptiis malit ratam facere acceptilationem, non est prohibenda: nec querelæ occasio nem vllam habet debitor, qui ex ea causa conuenitur in qua ipse se constituit, stipulando acceptilationem, & quam mutare ipse non potest ni mulier velit *arg. l. si iudex 41. in fin. sup. de minor.* Poniò satis

ratam habet mulier acceptilationem, cum pecuniam, quam acceptam fecit, mauult condicere, quam ex pristina obligatione petere. Conditio enim præsupponit validitatem acceptilationis, vt & alterius cuiuslibet actus ex quo conditio nascatur *l. si non sortem 26. §. si centum l. cum is 32. §. 1. in fr. de cond. indeb. l. unct. l. 3. §. falsus procurator l. si sine iudice 22. l. vlt. §. 1. in fr. Rat. rem habet.* Permittendum igitur ei est, vt possit hoc casu pecuniam condicere, non liberationem, tamen si pecuniam nullam dederit, quia vt Iauolenus hæc scribit, nihil interest vtrum ex numeratione pecunia ad debitorem, an per acceptilationem peruenerit, nec alius Vlpiani sensus est in *d. l. 4. sup. hoc tit.* vt ad eam docuimus, neque est quod cum Accursio & Bartolo dicas fuisse hæc debitum præsens & liquidum. Ibi verò in diem vel sub conditione, nec rursus, vt cum Bartolo comminiscaris actum hæc fuisse, vt acceptilatio non haberet tancitatem illam condicionem, si nuptiæ sequerentur sed nōdus hic, quem dissoluere illi non potuerunt, eo quo diximus modo dissoluendus est. Bene autem Iauolenus hæc æquiparat acceptilationem numerationi cum acceptilatio vim solutionis habeat, & nihil aliud, quam solutio imaginaria sit *§. 1. Instit. quib. mod. tollit obl. l. pen. in fr. de sol.* Sic & præfari & peti intelligitur equipollent er, quod compensatur inquit Accursius ex *l. si filiofamilias 25. in pr. in fr. solut. matr. l. amplius non peti 15. in fr. Rat. rem habet.*

IO. IULIANVS libro II. Digestorum.

SI hæres arbitrato liberti certa summa monumentum iussus facere, dederit liberto pecuniam, & is accepta pecunia monumentum non faciat: condicione tenetur.

Ad l. Si heres 11.

RAT. DVV. Cum heres arbitrato liberti certa summa monumentum facere iussus est, & ex ea causa pecuniam liberto dedit, non tam cum eo contracti hæc certa lege videtur debet quam voluntati testatoris sui satisfecisse, nec tam dedisse pecuniam ad libertum obligandum quam ad se liberandum, denique ad distrahendum negotium potius quam ad contrahendum, vt de eo scriptum est, qui indebitam pecuniam soluit, quam putat se debere *l. 5. §. is quoque in fr. de oblig. & action.* Hic enim re vera debet quod soluit, & soluendo liberatur, ne actione ex testamento conueniri amplius possit. Non ergo potest habere conditionem etiam si libertus accepta pecunia monumentum non faciat, aut in monumentum minus coeget quam erogari testator voluerit, solutio enim quæ liberationem parit, nunquam potest parere conditionem, *l. si non sortem 26. §. si centum l. cum is 32. §. 1. in fr. de condict. indeb.* Idèoque non debuit heres pecuniam illam dare liberto, quin prius satisfecisset libertus se monumentum ex ea pecunia facturum *l. quibus diebus 40. §. vlt. in fr. de condict. & demonstr.* vt fieri aliàs solet quoties alicui legatur sub modo. Cauere enim legatarius debet de modo implendo, vt si non impleat legatarius, possit heres habere actionem ex stipulatu quam alioqui nullam habere posset: nam neque olim competeat pro modo actio ex testamento quam Gorgianus tandem concessit in *l. 2. C. de his quæ sub mod.*

Et tamen implendus omnino modus est non minus quam condicio, vt non circūueniatur voluntas testatoris. Id enim est quod dici solet, in legatis & fideicommissis etiam modum adscriptum pro conditione obseruari *l. 1. eod. tit. unct. l. si cui legatum 92. de cond. & demonstr.* quamuis reuera modus à conditione differat *l. libertas 17. §. hac scriptura l. Mania 44. de manum. testam.* In eo maxime quod condicio suspendit, modus non suspendit & condicio sit per se, modus autem per vt *l. cum ab eo 41. in fr. de contr. empr.* Ergo in proposita specie si satisfactionem non exegerit heres à liberto de monumento extruendo cum pecuniam ipsi in hanc rem dedit, imputare sibi debet, nec deòdanda ei condicio est. DEC. Non tantum heredis sed ipsius etiam testatoris maxime interest, adeòque Reipublicæ ne defuncti voluntas, præsertim tam iusta circumueniatur *d. l. si cui legatum iunct. l. vel negare 6. in fr. Testam. quemad. aper.* Nec minus cum testator modum, quam si condicionem adscripserit *d. §. hac scriptura & d. l. Mania.* Neque permittendum est liberto, vt impune fraudem faciat voluntati testatoris, quod tamen contingeret si accepta pecunia ad monumentum extruendum, aut omnino non faceret, aut in eam causam minus erogaret quam erogari testator iussit. Non enim legata ei est pecunia, sed vt nudus minister & executor electus videtur, vt in *l. si quis Titio 17. de legat. 2.* ad suscipiendam curam condendi corporis, & monumenti extruendi, vt in *l. Lucius 83. §. à te peto eod. tit.* vbi hanc ob causam dicitur si in monumentum ædificandum minus impensum sit, reliquam summam

heredis commodo proficere debere non eius cui summam dari testator noluit, ut monumentum extrueretur. Neque repugnat quod in specie huius legis *arbitratu liberti* monumentum fieri testator voluit. Non enim ideo videri debet eius arbitrio permisisse, ut ex ea pecunia monumentum faceret vel non faceret, eamque pecuniam aut totam aut pro parte sibi retineret, sed ut grati liberti vitæque boni officium in ea præstaret. Quod si non fecerit, conditione illum teneri æquum est, ne testatoris voluntati impunè illuserit. Accipiendo enim pecuniam ab herede ad extruendum monumentum, negari non potest quin aliquod negotium gerat per quod contrahitur *συνάλλαγμα*, & ex quo nascitur conditio, ut in *l. 2. infr. de condit. indeb. l. iuris gen-*

12. PAULVS libro 6. ad legem Iuliam & Papiam.

CVM quis mortis causa donationem fecerat, cum cõualuisset donator, condicit: fructus quoque donatarum rerum, & partus, & quod adcreuit rei donata, repetere potest.

Ad l. cum quis 12.

RAT. DVB. Donatio quælibet liberalitas est, nec ad negotij contracti causam perinet *l. interdium 14. infr. de precar.* vbi donatio contractui opponitur, & negotio gesto, atqui non nisi ex aliquo negotio gesto potest nasci conditio *l. iuris gentium 7. §. 1. supr. de pact. l. 2. infr. de condit. indeb.* Ergo si quis donationem etiam mortis causa fecerit, licet conualuerit donator, conditio tamen locum habere non potest, cum imputare sibi donator debeat, cur non melius sibi prospexerit interposita stipulatione, ut in eum casum quo conualesceret res donata sibi redderetur. Aut saltem danda potius ei est civilis actio Præscriptis verbis quæ & ex negotio gesto nasci solet *l. iuris gentium §. 1. l. naturalis 5. §. 1. & seq. l. si dominus 8. & pass. infr. de præscript. verb. quæ conditio.* DE C. Is qui mortis causa donat in hoc dissimilis est ei qui purè & absolute donat, quod non tantum de donatario cogit & de liberalitate in eum exercenda, sed etiam de seipso, ut si ex ea infirmitate conualuerit reddatur sibi. Mauult enim habere se quam donatarium, & amore vitæ recepisse potius quam dedisse, porro qua parte se cogitat negotium gerit. Proinde ex illo negotio æquum est nasci conditionem de qua in hoc Tit. ob rem dari non secuta. Vt ex Cassianorum sententia eleganter Paulus noster disputat in *l. senatus 32. §. sed mortis causa & seq. infr. de mort. caus. donat.* quæ lex sumpta est ex eodem Pauli libro 6. ad legem Iuliam & Papiam ex quo & hæc lex. Et quamuis donatio causa mortis æquiparari solet vltimis voluntatibus, magis quam contractibus, cum dicatur capi ad instar legari *l. etiam 15. l. illud 37. eod. tit. l. vltim. Cod. eod.* habet tamen hoc simile cum contractu, quod negotium gestum continet, siue fiat per traditionem siue per stipulationem, quia semper fit certa lege. Non illa quidem, ut si testator conualuerit, reddatur id quod donatum est, sed ut vel illo vel aliquo saltem alio casu fit repetitio dict. *l. senatus §. mortis causa in fin. iunct. l. si alienam 13. §. 1. eod. tit.* Nam vbi ita donatur mortis causa, ut nullo casu reuocari

potest *7. §. 1. supr. de pact.* Præsertim cum nec satisfationem heres ab eo exigere potuerit aut debuerit qui non sui commodi causa, sed tanquam nudus minister & executor eam pecuniam accipiebat, quæ nec fuerat ei legata, nec per fideicommissum relicta, ita ut nec liberatio vlla heredi per eam solutionem acquiratur. Vt proinde nec imputari quicquam heredi possit. Qui tamen etiam si non satis prudenter sibi ab initio prospexisset, non idcirco sibi ex postfacto prospicere prohibendus esset *arg. l. si res obligata 57. in fin. delegat. 1. ut secundum voluntatem testatoris monumentum ei extrueret, quod libertus non extruxisset.* Aliud esset, si quis per stipulationem aliquid dare vel facere arbitratu alterius promississet *l. si quis arbitratu 43. & seq. de verb. obl.*

ri possit donatio magis donandi causa mors est, quam mortis causa donatio, ut eleganter Marcianus scribit in *l. vbi ita donatur 27. eod.* Sed & in donatione facta inter viuos, potest interdum contingere, ut negotium aliquod geratur, scilicet cum facta est certa lege & sub modo, quod cum accidit, etiam ex ea datur conditio, si modus non impleatur *l. 1. & 3. C. de donat. que sub mod. l. vlt. C. de rer. permut.* Quamuis datur etiam præscriptis verbis actio donatori si eam eligit in id quod sua interest legem donationis impleri *d. l. vlt. l. legem 9. l. cum res 22. Cod. de donat.* Mirum igitur non est ei qui mortis causa donauit, dari conditionem quasi re non secuta si conualuerit, nec tantum si donationi hanc legem expressè dixerit, sed etiam si nihil dixerit, nisi se donare mortis causa, cum esset in infirmitate constitutus, sicut & qui donauit peregrinaturus, vbi à peregrinatione redierit, condicere potest. Est enim hoc commune omnibus mortis causa donationibus, ut conditionem & spem reddibendi aliquid habeant, in quo differunt à donatione inter viuos, quæ idè pura, simplex & absoluta dicitur à Papiniano in *l. deia 42. in princ. & §. 1. de mort. caus. donat.* Denique tum demum conditioni ex donatione locus est, cum certa lege donatio facta est siue inter viuos siue mortis causa, non si absolute quamuis facta sit à moriente, nisi moriens etiam mortis causa donare se addiderit, *d. §. 1.* vbi eleganter dicitur aliud esse si moriens quis donat, aliud si mortis causa. An verò condicatur donatio ipsa, an res donata, de quo laborat Accursius, parum curandum est, etsi non dubito quin conditio fiat ipsius corporis quod donatum est *arg. l. in re furtiua 8. infr. de condit. furt.* idè quæ nimirum & fructus & partus in hanc conditionem veniunt, ut sequitur in hac lege, quia sunt accessiones naturales non ipsius donationis quæ aliam donationem parere non potest, sed rei donata, ut Paulus docet verbis illis sequentibus *fructus quoque donatarum rerum.* Circa quem vericulum dubitandi, & decidendi ratio eadem est quæ ad *§. fundus l. qui se debere supr. vbi diximus. lunge l. videamus 38. §. 1. versic. idè quæ est si mortis infr. de vsur.*

13. MARCIANVS

13. MARCIANVS libro 3. Regularum.

SI filius contulerit fratri, quasi agniturus bonorum possessionem, & non agnoui: repetere eum posse, Marcellus libro quinto Digestorum scribit.

Ad l. si filius 13.

RAT. DVB. Cum filius emancipatus præteritus contulit fratri in potestate retento, quasi agniturus bonorum possessionem contra tabulas patris, ad quam alioquin admitti ex prætoris edicto non potuisset *l. ex demum 6. & pass. C. de collat. l. Prator 3. §. emancipatus & seq. infr. eod. tit.* verum quidem est, factam esse collationem ob causam, & eam causam secutam non esse, si postea idem filius qui contulit malit bonorum possessionem contra tabulas repudiare: sed tamen illud quoque verum est, non nisi per filium ipsam stare quominus causa sequatur, cum facta collatione potuerit agnoscere bonorum possessionem. Perinde igitur haberi debet quod ad ipsam pertinet, ac si bonorum possessionem agnouisset ex regula *l. iure civili 24. de condit. & demonstr. l. in iure civili 61. de regul. iur.* nec quod consilium mutauerit in fratris fortasse iniuriam, conditionem ei debet acquirere *l. nemo potest 75. eod.* Sibi enim imputet qui conferre maluit, cum non cogere. Debuerat enim prius bene explorare vires hereditarias, & an sibi expediret bonorum possessionem agnoscere, an repudiare cum sciret futurum, ut agnoscendo bonorum possessionem hereditariis oneribus implicaretur *l. si duo 38. infr. de acq. hered. l. 4. ad SC. Treb. DE C.* Collatio quæ ab emancipato fit filio in potestate retento habet tacitam illam conditionem, si emancipatus agnoscat bonorum possessionem, vel contra tabulas si factum sit testamentum, in quo emancipatus fuerit præteritus vel vnde liberi, si pater intestatus decesserit. Nam & ad hunc casum hæc lex pertinet, quamuis eam malè Accursius coarctet ad bonorum possessionem contra tabulas. Est enim introductum à prætore ius collationis utroque casu ex summa illa æquitate, quod conueniens sit ut sua conferant, qui appetunt aliena *l. 1. §. 1. & pass. de collat. bonor.* ne alioqui adereatur filius in potestate retentus, ad quem siue ex testamento siue ab intestato patris successio ipso iure tota pertinet, si per concursum fratris emancipati partem successio amitteret, nec vicissim ab ipso confereretur partem bonorum, quæ frater emancipatus sibi acquirit beneficio emancipationis, & quæ non sibi sed patri acquisisset, si emancipatus non fuisset, atque ita reperirentur hodie in patris communis hereditate ac inter fratres ex æquis partibus diuiderentur *l. cum duobus 52. alias l. si fratres §. idem Papinianus infr. Pro socio.* Vt quemadmodum prætor cum admittit filium emancipatum cum fratre in familia retento ad bonorum possessionem, siue contra tabulas siue vnde liberi, rescindit emancipationem *l. 3. §. si emancipatus de bonor. poss. contr. tabul.* ita in diuidendis bonis paternis eandem obseruet rationem, quam obseruaret si emancipatio nulla interuenisset: atqui nulla fit iniuria fratri in potestate retento, si

malit emancipatus bonorum possessionem repudiare, nec proinde subest hoc casu necessitas, aut æquitas vlla faciendæ collationis: neque potest frater in familia retentus conqueri si emancipatus auxilio & beneficio iuris prætorij uti nolit, cum liceat vnicuique iuri pro se introducto renunciare *l. pen. C. de pact.* nec potuerit frater in familia retentus quicquam iuris habere aut sperare in bonis emancipati fratris, si is quasi agniturus bonorum possessionem collationis nec sitatem sibi ipsi non imposuisset *l. si iudex 41. supr. de minor.* Quare nec vllam ex huius mutatione consilij frater iniuriam recepisse videri potest, cui seruantur eadem ipsa iura integra omnia, quæ habuisset, si emancipatus prætoris auxilium ab initio abiecisset: quod si collatio aliquod ei lucrum erat allatura, quia fortè plus contulisset bonorum frater emancipatus, quam ex agnita bonorum possessione fuerat recepturus, lucrum equidem hoc amittit filius in potestate retentus, sed nõ ideo damnum vllam incurrit. Aliud enim est lucrum non percipere, aliud verò damnum incurrere *l. quod autem 6. §. simili modo infr. quæ in fraud. credit. l. 3. in princ. vnde vi.* Prætoris autem propositum in edicto, de collationibus non illud est, ut liberis in familia retentis lucrum aliquod adferatur, sed ne damnum iis vllum ex agnitione bonorum possessionis, nullaque iniuria per emancipatos inferatur, quæ inferretur si ea saltem quæ sibi propter emancipationem acq. isauerunt, conferre non cogerebantur, prætor enim nemini vult beneficium suum esse captiosum *l. Paulus notat 8. infr. de stipulat. prætor.* Ergo cum emancipato repudiante bonorum possessionem deficiat condicio tacita, quæ inerat collationi, si emancipatus confers agnosceret possessionem, consequens omnino est, ut competat ex ea causa conditio bonorum collatorum *l. 1. §. 1. l. qui se debere 7. supr. hoc tit.* quæ amittit non nisi per eum stet quominus causa sequatur, perinde ac si staret per fratrem in familia retentum, quia emancipati arbitrio relicta voluit prætor an bonorum possessionem mallet agnoscere an repudiare, *l. si filius 12. de vulg. & pupill. subst.* nec quod filius emancipatus parum cautè ab initio destinauerit agnoscere bonorum possessionem facit, ut hoc ipso statim agnouisse illam videatur, cum in eam rem adeundus esset olim prætor *l. 3. §. acquirere de bonor. poss. vt & hodie iudex quilibet competens l. vlt. C. qui admitt. ad bonor. poss.* quod quoad factum non est, sicut omnia integra, idè quæ & penitentia locus est *l. 5. supr. hoc tit.* Non enim sola voluntas agnoscendæ bonorum possessionis facit bonorum possessorem. Aliud ergo esset, si agnita iam bonorum possessione vellet emancipatus ex penitentia condicere: hoc enim ei non liceret, solumque superesset ipsi beneficium restitutionis si fortè captus & minor proponeretur *l. nam posteaquam 9. §. si minor supr. de iureiur.*

14. PAULVS libro 3. ad Sabinum.

SI procuratori falso indebitum solum sit, ita demum à procuratore repeti non potest, si dominus ratum habuerit, sed ipse dominus tenetur, ut Iulianus scribit. quod si dominus ratum non habuisset, etiam si debita pecunia soluta

fuisse, ab ipso procuratore repetetur: non enim quasi indebitum datum repetetur: sed quasi ob rem datum, nec res secuta sit, ratihabitione non intercedente. vel quod furtum faceret pecuniæ falsus procurator, cum quo non tantum furti agi, sed etiam condici ei posse.

Ad l. Si procuratori 14.

Valde se torquent interpretes in huius legis explanatione, ut ex glossis Accursij, & commentariis Bartoli videre est. Nam cum procuratorum alij sint in rem suam, alij simplices, alij verò nudi ministri ac nunciij, & rursum alia sit conditio indebiti, alia ob causam dati causa non secuta, alia furtiva, de quibus omnibus hæc lex loquitur, alij denique sint veri procuratores, alij verò falsi, sed qui veri sunt per subsecutam ratihabitionem, emergunt varij casus, in quibus solutione facta falso procuratori tractandum est de condicione, quænam, & contra quem possit competere: nam si facta sit vero procuratori, hoc est, qui præcedens & sufficiens mandatum habeat, certum est acquiri ex ea solutione liberationem. *l. vero procuratori 12. inf. de solut.* Idemque est si mandatum aliquando habuit, nunc verò non habet, quia reuocatum fuerit si modò solutio facta sit bona fide, ac priusquam sciret debitor mandati reuocationem. *l. si seruus 32. l. qui hominem 34. §. si Titium l. cum quis 8. §. 1. inf. de solut.* ne bona fides ei noccat cui nihil imputari potest, cum imputari potius possit ei qui mandato reuocato non citius reuocationem debitori denūciauerit, nisi iustam debitor habuerit causam aliquam suspicandi mutatum fuisse creditoris voluntatem, ut in *l. si cum Cornelius 82. eod. tit.* neque hoc casu expectanda est ratihabitione, cum mandatum præcesserit. *l. si procurator 6. vers. Celsus inf. de cond. indeb.* Nam & qui aliquem præponit aut exigendis pecuniis aut suis negotiis omnibus, etiam debitoribus mandare intelligitur, ut ei soluant *d. §. si Titium.* quamuis aliquando contingat, ut ob malam fidem eius qui solutionem accipit, impediatur liberatio ne contingat ipso iure, sed tantum ope exceptionis *d. l. cum quis §. 1.* At cum falsus procurator est, cui solutum fuit, quia non potest liberatio contingere *d. l. qui hominem §. si nullo de solut. l. creditoris 8. C. de condit. indeb.* necesse est, ut conditio competat *d. l. creditoris*, ex illa iuris regula quæ habet solutionem, quæ ad liberationem non proficit, proficere ad conditionem, & contra, *l. si non sortem 26. §. si centum l. cum is 32. l. Neratius 63. de cond. indeb. d. l. cum quis 38 §. 1. & seq. de solut.* De illo tantum dubitari potest contra quem ea conditio danda sit, an contra verum creditorem, an contra procuratorem falsum, qui veri creditoris nomine solutionem accepit, nimirum si verè debitum fuit quod solutum est. Alioqui non de vero creditore tractandum esset, sed de falsi creditoris procuratore, qui rursum aut verus aut falsus esse potest. An autem verus sit an falsus nil attinet querere, quantum ad liberationem, cum verus creditor nullus est, nec enim liberatio vlla potest contingere, si nullum debitum, nullam obligationem præcesserit, potest tamen hoc etiam casu conditionem quærri & distingui, an verus procurator fuerit, an falsus. Hæc verò lex de falso tantum procuratore loquitur non de vero sed de falso procuratore creditoris siue falsi siue veri, ac primum de falso procuratore falsi creditoris, id est, de eo qui fingens se procuratorem, cum non esset, indebitam pecuniam alterius nomine recepit, de hoc autè sic Paulus scribit, si procuratori falso indebitum solutum

fit, ita demum à procuratore repeti nò posse, si dominus, id est, is qui creditor putabatur, ratum habuerit, sed hoc casu dominum teneri, ergo si è contrario dominus ratum non habeat, teneri procuratorem. Quamuis enim Paulus hanc secundam propositionem ex prima nò inferat, sed ad alium casum tractat de pecunia debita à falso procuratore exacta, id tamen prior propositioni consequens omnino est, nec vllam admittit dubitandi satis probabilem rationem. Quis enim alius indebiti condicione teneri potest, quam falsus procurator, cum indebitum solutum fuit, nec secuta vlla ratihabitione est? Nam nec vero procuratori mandare vnum dominis intelligitur, ut indebitam pecuniam exigat, quod nec sine dolo malo mandari possit *d. l. si procurator 6. §. 1. de cond. indeb.* Doli autem mandatum nullum esse potest, ut nec alterius cuiuslibet rei que iure fieri non possit *l. si pater filiosum 12. inf. de fraud. cred. l. creditor 60. §. vlt. inf. mand.* Sed quod ad priorem propositionem, quæ hinc Paulus ex Iuliano exprimit. Ratio dubitandi adferri illa potest, quod ratihabitione secuta falsi creditoris facere non possit, ut quod solutum est indebitum, fiat debitum, ergo neque poterit mutare causam condicione, ut alius ea condicione teneatur quam procurator, qui solutionem indebiti accepit, quicquid proculdubio indebiti condicione teneatur, si ratihabitione nulla secuta esset. Præsertim cum his solis condici possit pecunia quibus, quo quomodo soluta est, non quibus, solutio proficit *l. his solis 50. de cond. indeb.* Quid verò aliud addere ratihabitione domini potest quam ut ei proficere incipiat solutio, quæ alioquin soli procuratori fuerat profutura? Sed decidendi ratio fortior hæc est, quod ratihabitione equiparatur mandato *l. qui in aliena 6. §. 1. de acq. hered. l. vlt. C. de S. C. Maced. facitque negotium illius qui ratum habet etiam si reuelat ipsius non erat, si modò eius contemplatione gestum fuerit *l. si pupilli 6. §. sed si ego & §. ite quaritur sup. de negot. gest. etiam inuito eo qui soluit *l. si ego 24. eod. tit.* Secuta ergo domini ratihabitione, cuius nomine falsus procurator indebitum accepit, perinde haberi debet ac si solutione ipse accepisset *l. cum indebitum 57. §. 1. inf. de cond. indeb. & d. l. si procur. 6. §. 1. l. si quis offerenti 58. de sol.* Sed quænam conditio hoc casu dabitur siue contra dominum, siue contra procuratorem? An indebiti? An ob causam dati causa non secuta? An sine causa? An denique furtiva? Et quidem de condicione indebiti non potest dubitari quin cõpetat, cum pecunia verè sit indebita *d. l. si procur. §. 1. & d. l. cum indeb. 57. §. 1. de con. indeb. l. si indeb. 16. inf. pr. & l. si sine iudice 22. inf. Rat. rem hab. l. qui hominem 34. inf. pr. de sol. l. si vididero 80. §. si Titius & §. vlt. de furt. nisi soluta fuerit ab eo qui sciebat falsum esse procuratorem, quo casu videtur donata, & quidè procuratori ipsi non ei, cuius se dicebat esse procuratorem. Quæ admodum si scièter soluta esset vero procuratori falsi creditoris, non procuratori, sed creditori falso donata videretur: In traditionibus enim omnibus, sed maxime in donationibus voluntas eius potissimum spectanda est, qui donat, cuius gratia & contemplatione tradat, non autem eius qui accipit *l. qui mihi donatum 13. inf. de donat. l. unct. l. cuius per errorem 51. de regul. iur. l. 1. l. quod quis sciens 50. inf. de condit. indeb.****

Sed

Sed & conditio sine causa hoc casu competit, quæ valde generalis est, & cum indebiti condicione facile concurrat *l. 1. & vlt. & pass. de condit. sin. caus. l. d. que siue falso procuratori soluerim ob eam causam ut statim liberer, siue ut ille reddat pecuniam vero creditori, ut eo demum casu contingat mihi liberatio, vel ut in *d. l. si quis offerenti 58. de solut.* Nulla enim causa est consequenda liberationis per solutionem, cum nulla subest obligatio quam in necessarium antecedens omnis liberatio præsupponit. Sed an & conditio ob causam dati causa non secuta? Minime verò. Nec enim illa cõcurrit vnum cum condicione indebiti, à qua diuersam omnino & disparatam causam habeat, ut diximus ad *l. qui se debere 7. in principio sup.* Multò minus cum condicione sine causa, cui contradictoriè opponitur. Potest tamen interdum fieri ut conditio ob causam dati causa non secuta hoc quoque casu locum habeat, non etiam conditio indebiti, nec conditio sine causa, nimirum si falso procuratori solutum sit ea lege, ut falsus creditor, qui verus putabatur, ratam habeat solutionem intra certum tempus. Nam si non sequatur intra illud tempus ratihabitione, quæ fuit causa faciendæ solutionis, condici vique potest condicione ob causam dati causa non secuta, quamuis nec per subsecutam ratihabitionem possit contingere liberatio, quia factis est per ratihabitionem factum iri, ut possit condici pecunia falso creditori, cui alioquin condici non possit *d. l. si indebitum. 6. in princip. ratam rem habet.* sicuti nec possit condici falso procuratori, si ratihabitione sequeatur *d. l. si quis offerenti & d. l. vero procuratori. De solut. dicta leg. si procurator 6. de condit. indeb. l. si tibi dederim 25. inf. de donat. & hæc ipsa lege.* Quoniam, ut diximus, ratihabitione semper æquiparatur mandato, parum si quidem interest an intercesserit stipulatio, Ratam rem dominum habiturum, ut in *d. l. si indebitum*, an verò solutio facta siue ea lege ut rat habitio sequeatur. Non enim pactum nudum videri debet, quoties certa lege datum à iuribus probatur. *leg. si dominus 8. de præscript. verb. leg. vltim. Cod. de rerum permutat.* quod sufficit ad producendam conditionem, adeoque interdum actionem præscriptis verbis, *leg. naturalis 5. §. 1. & sequenti. inf. de præscriptione verb. leg. secund. in princip. inf. de condit. indeb.* Itaque si nullum tempus ratihabitioni præscriptum sit, agitamen adhuc poterit, ut certum tempus præsumatur intra quod ratihabitione præferatur, ut eo elapso, si nolit dominus ratum habere, conditionem procurator patiatur. Interim namque dum pendet ratihabitione, conditionem quoque pendere necesse est, cum ex pacto solutioni adiecto appareat non id egisse solventem, ut statim liberaretur, sed ut ratihabitione demum secuta *dict. leg. si quis offerenti.* De condicione furtiva dubitari minus potest, quin competat aduersus falsum procuratorem, ut in fine huius legis disertè scriptum est. Eo scilicet casu quo etiam furti actio teneatur, ut hinc & in *l. falsus procurator. 19. Cod. de furt.* Nempè cum intercepti & lucrandi animo accepit solutionem, ut in *l. cum quis 38. §. 1. inf. de solut.* Non enim furtum fit sine furandi & lucrandi conditio. *§. placuit Inst. de obligat. que ex delict. nasc. l. 1. §. penultim. leg. si quis fur 22. leg. falsus. 43. §. 1. leg. si quis simulabat 75. inf. de furt.* Euenire autem interdum potest, ut falsus quoque procurator accipiat solutionem bona fide, etiam si falsum procuratorem sciat, sed eius tamen quem*

Tom. III.

putat esse verum creditorem, si putet ratam eum habiturum solutionem, nec intercepti animo id faciat. Et ita intelligi debet et quod scriptum est in hac lege, & in dicta leg. falsus. 19. Cod. de furt. Quo casu cum nummi maneant debitoris, quia furtum non est modus acquirendi dominij, *d. leg. cum quis 38. §. 1. De solut.* condicionem quoque furtivam ei competere certum est, quæ non datur nisi domino *leg. prim. De condit. furt. leg. vltim. sup. vltim. quemadmodum caueat.* Sed an alia quoque condiciones competant, de quibus diximus, difficultus est dicere. Primum, quia non solent cum furtiva condicione concurrere, cum illæ non competant nisi non domino, hæc autem soli domino. Sunt verò ista contradictoria, dominum quem esse, & non dominum. *dicta leg. vltima.* Deinde quia quo casu dominum non transferatur in procuratorem, nec conditio indebiti, nec ob causam dati, nec sine causa competere potest: sed sola furtiva si furtum factum sit. Et tamen videtur Paulus in hac lege dare contra falsum procuratorem, qui nummos accipiendo furtum fecerit, non minus condicione ob rem dati re non secuta quam condicione furtivam, & actionem furti. Atque ita Ultramarinos nostros olim sensisse pro tuncda Martini opinione, Bartolus refert, probatque, quia (inquit) omnis conditio degenerat contra furem. Sed hoc falsum est. Sola enim conditio furtiva degenerat, ut contra naturam cæterarum condicione omnium detur domino, adeoque soli domino, cum cæteræ omnes dentur non domino aduersus dominum. Nec sicut odio furis hoc receptum est, quo pluribus & quidem contrariis & contradictoriis actionibus teneatur, *§. si itaque Inst. de action.* Ita & illud aut receptum aut recipiendum fuit, ut alia quoque condiciones aduersus furem competere, etiam illi qui dominus esset. Alioqui non fuisset necesse speciali iure condicione furtivam inducere, si in cæteris condicionebus idem iuris eodem furis odio posset obtinere. Verius itaque est, quod Accursius credidit. Id quod in hac lege scribitur de danda ei qui falso procuratori soluit & condicione ob rem dati re non secuta, & condicione furtiva, ad diuersos casus referri debere, ut nunquam possint illæ condiciones concurrere, quomodo potest furtiva conditio cum vindicatione: sed vno casu locum habeat conditio ob rem dati re non secuta, alio autem conditio furtiva. Illa quidem ob rem dati re non secuta, eo demum casu quo dominum trãstatum sit in falsum procuratorem, cui solutio facta est, id est quo non habuerit falsus procurator animum intercepti pecuniæ & furti faciendi, nec rursum is qui soluit, animum retinendi dominij quousque vel liberatio, vel ratihabitione secuta esset, sed alienandæ statim pecuniæ & liberationis statim consequendæ. Neque enim per solutionem acquiri potest liberatio, quin nummi alienentur, & in accipientem eorum proprietates transferatur *dicta leg. si quis offerenti leg. is qui 55. leg. si alieni 78. eod. titul. De solut.* Conditio autem furtiva eo tantum casu quo nummos si furtum factum sit à falso procuratore ob id quod animus furandi interuenerit, ut in *dict. leg. falsus procurator 19. Cod. de furt.* Impossibile namque est & implicat contradictionem, ut ex qua solutione quis sit dominus, etiam fur fiat, cum eos nummos falsus procurator contrectet ex domini voluntate, ut subtiliter ratiocinatur Vlpianus in *leg. falsus*

CC

creditor 43. §. 1. *in d. l. si vendidero* 80. §. si Titius & pte. *infr. de furt. & l. prox. seq. in fin. hoc tit.* Et ideo quoties legimus conditionem furtivam competere ei qui soluit, ponendum est, dominium translatum non fuisse in accipientem, siue falso creditori solutum sit ut in *l. quoniam* 18. *infr. de condic. furt. & in d. l. falsus creditor* 43. *in princip. de furt.* siue falso procuratori, ut in hac lege. Sicque Paulum nostrum sensisse ex eo clarissime apparet, quod postquam dedit soluenti conditionem ob rem dati re non secuta, si rati habitio nulla intercedat, subinde dat conditionem furtivam alternatim & distictim non coniunctim illis verbis, *Vel quid furtum faceret pecunia falsus procurator, cum eo non tantum furti agi, sed etiam condici ei posse*, sic enim legendum est cum eo ut in *Paul. Florent.* non ut in vulgaribus, cum quo. Furti vero actionem & conditionem furtivam coniunctim non distictim, quia ad eundem casum, licet ad diversos effectus, utraque actio pertinet *l. si pro fure* 7. §. 1. *infr. de condic. furt.* At hinc rursus illa incurrit hesitatio, quod cum quis procuratori quamvis vero soluit pecuniam quasi debitam creditori etiam vero non transfert dominium in procuratorem, quia nec id agit is qui soluit, quia de creditore cogitat, non de procuratore, nec procurator ipse siue verus siue falsus sit, quia negotium creditoris gerit non suum. *l. si ego* 24. *sup. de negot. gest.* Quomodo igitur conditionem habere potest is qui soluit procuratori etiam falso, cum post solutionem remaneat dominus, conditio autem, si solam furtivam excipias, numquam datur domino, sed tantum vindictio? Hac nimium obiectione victus Bartolus cogitur dicere, legem hanc qua parte dat conditionem non modo indebiti si falso procuratori indebitum solutum sit, sed etiam ob rem dati re non secuta si rati habitio nulla interuenit veri creditoris, restringendam esse ad eum casum, quo non solum furandi animus non fuerit, sed etiam consumptione pecuniae solutio conciliata sit, ut ea consumptio non minus proficiat conditionem ob rem dati re non secuta, quam ad conditionem certi, & indebiti ex *l. 3. §. subtilius* *sup. hoc tit. l. certi conditio* 9. §. si nummos *l. rogasti* 11. §. *vt. & l. seq. sup. de reb. credit.* Sed vereor ne nimis magna sit haec restrictio, parumque probabilis: cum in tota lege nulla consumptionis mentio fiat, nec nisi datione pecuniae Paulus intueri videatur. Malo ego restringere ad eum casum quo facta sit solutio falso procuratori siue debitae pecuniae, siue indebitae, eo animo ut confestim liberaretur solvens ab ea obligatione qua vel reuera tenebatur, vel teneri se putabat. Hoc enim ipso necesse est ut cogitauerit de dominio in procuratorem aut in creditorem, quem verum esse credebatur, statim transferendo: cum sine translatione dominij eius rei, quae soluitur, non possit contingere liberatio. Quae res facit, ut tum quoque, cum per procuratorem acquiritur proprietates creditori non potest, quod tunc accidit, cum procurator vel falsus est, ut in specie huius legis, vel speciale mandatum non habet ut in *d. l. si ego* (aliud enim esset in procuratore speciale mandatum habente, ut ad eam legem scripsimus ex *l. si procurator* 13. *infr. de acquir. rer. domin. l. per procuratorem* 8. *Cod. de acquir. poss.* acquiratur illa procuratori ipsi, ac proinde conditio soluenti contra procuratorem, quousque creditor ratum haberit, & contra dominum ipsum secuta rati habitio, cum ab eo tempore secuta rati habitio proprietates creditori acquiratur *d. l. si*

ego. Nihil autem vetat transferri dominium in procuratorem etiam qui sit falsus, cum ea sit voluntas soluentis, quemadmodum & ex stipulatione quae absentis procurator fecerit, actio procuratori ipsi acquiritur, non ei cuius fuit procurator, licet actione mandati cogatur ea cedere *l. possessio* 49. §. 1. *infr. de acquir. poss. l. 1. Cod. per quas person. nob. acquir.* Nec quod dici solet neminem errantem suam rem amittere *l. si procurator meus* 35. *de acquir. rer. domin.* ad hunc casum pertinet, in quo non errans dominus pecuniae, sed animo & proposito eius alienandae soluit eam falso procuratori, quamvis errat ac labatur in persona procuratoris aut domini, qui error non potest impedire translationem dominij *arg. l. si quis est existimaverit* 29. *in fin. principij sup. Commun. diuid. l. cuncti* nec error in causa alienationis impedit alienationem, nec obligationem error in causa obligationis, ut Bartolus quoque tractat ad *l. 2. C. de error. advocat.* probatque ex omnibus his Titulis qui tractant de conditionibus, quarum pleraeque supponunt errorem aliquem in persona tradentis, nec eo minus secuta esse translationem dominij, praesertim vero conditio indebiti, & conditio sine causa. Hoc igitur saltem casu fatendum est, conditionem indebiti posse aduersus procuratorem, quamvis falsum competere, & quidem statim, non expectato eo an rati habitio secuta sit, necne. Itemque conditio nem ob rem dati re non secuta si solutio facta sit ea quidem mente ut dominium statim transferatur in accipientem, sed ea tamen praeterea lege ut rati habitio sequatur, quae postea secuta non sit. Conditionem denique sine causa si quis falso procuratori soluerit indebitam pecuniam, causa hac adiecta ut statim liberetur, nulla enim potest esse, ut diximus, causa liberationis, ubi nulla obligationis causa praecedat. Et haec quidem omnia ad primam huius legis speciem potissimum pertinent, quae est de solutione indebitae pecuniae falso procuratori facta: quamvis idem iuris sit etiam si pecunia quae falso procuratori soluta est, debita fuisse proponatur, nisi quod eo casu non potest tractari de conditione sine causa, sed tantum de conditione indebiti aduersus procuratorem si facta sit solutio animo consequendae statim liberationis *d. l. si quis offerenti & d. l. creditoris* 85. *de furt.* Aut si ea mente ut sequeretur liberatio, cum dominus ratum habuisset, nec eo magis tamen dominij translatio differretur. Aut de conditione ob rem dati re non secuta, si rati habitio nulla sequatur, aut denique de conditione furtiva, si furandi animum falsus procurator habuerit: id enim est quod Paulus subiicit, ab illis verbis, *Quod si dominus ratum non habuisset*, ad finem usque legis, quae tota ex iis quae diximus, satis explicata relinquitur. Nec attinet disputare cum Bartolo an hic procurator fuerit in rem suam, an simplex procurator, an denique nudus minister, & nuncius. Nam in falsum procuratorem cadere non potest haec distinctio, sed in eum solum qui verus sit, qui porro nulla indiget rati habitio. Ideoque verba legis suadere videtur potius, ut intelligatur haec lex de eo qui soluit falso procuratori tanquam procuratori simplici, quod & Bartolus concludit cum Paulus hic det conditionem ob rem dati re non secuta si non interueniat rati habitio. Quamquam nec absurdum aut nouum est exigi etiam ab eo qui se simul et procuratorem in rem suam retrahat rem haberi a domino cuius mandatum nullum profertur, quod nec habere potest is quem ponimus esse

esse procuratorem. Interest enim soluentis ut possit agentem postea directis actionibus creditorem repellere *l. 3. C. de notat.* licet non ipse nomine, sed suo solutionem accipiat falsus in rem suam procurator, quod non satis bene videtur obseruasse Bartolus, allegans *l. debitor* 59. §. *vt. infr. ad Senatusconsultum Trebellianum*, qui tamen locus de haerede grauato loquitur, non de procuratore in rem suam. Nec e-

nim haeres procurator est fideicommissarij *d. l. postulate* 44. *ad fin. eod. tit.* Caetera igitur quae hic Bartolus tractat de procuratore in rem suam, vel de nudo ministro ac nuncio, praetermittimus consulti tanquam ad hanc legem minus pertinentia, alio fortassis commodiore loco, cum se praebit occasio, tractaturi.

15. POMPONIUS libro 22. ad Sabinum.

CVM seruus tuus in suspicionem furti Attio venisset, dedisti eum in quaestionem sub ea causa, ut, si id repertum in eo non esset, redderetur tibi is eum tradidit praefecto vigilum, quasi in facinore deprehensum. praefectus vigilum eum summo supplicio adfecit. ages cum Attio, dare eum tibi oportere, quia & ante mortem dare tibi eum oportuerat. Labeo ait, posse & ad exhibendum agi: quoniam dolo fecerit, quo minus exhiberet. sed Proculus dari oportere ita ait, si fecisses eius hominem. quo casu ad exhibendum agere te non posse, sed si tuus mansisset etiam furti te acturum cum eo, qui re aliena ita sit usus, ut sciret se inuito domino uti, aut dominum, si sciret prohiberetur esse.

Adl. Cum seruus 15.

De huius legis interpretatione quomodo accipienda sit & concilianda cum *leg. si dominus* 8. *infr. de praescript. verbor.* tam multa scriptis contra Accursij, Cujacij & aliorum omnium sententias, in *error. 5. & 6. decad. 83. de error. pragmat.* ut nihil adnotandum hic superstit, aut monendum. Adferemus tamen ad singula legis capita quae tria sunt, suas dubitandi & decidendi rationes tanto breuius.

1. *Agas cum Attio dare eum tibi oportere.* R. A. T. D. V. B. Impossibile nulla obligatio est, ut haberi iuris regula: Atqui impossibile est dari seruum qui iam perit, & summo supplicio affectus est. *l. si homo mortuus* 69. *de verb. oblig.* Ergo agere cum Attio non potes dare eum tibi seruum oportere: praesertim cum id quod Atilis autoritate factum est, tanquam vi maiore factum impediri abs te non potuerit, quia Magistratus licet per iniuriam aliquid facienti resistere nec potuisti, nec debuisti. Constat autem perempta re quae debebatur, obligationem extinguere nisi mora debitoris aliqua praecesserit: quam porro hic ponimus nullam praecessisse. *l. si ex legat. 23. & seq. eod. tit.* DE C. Quicquid datum est ob causam aliquam si causa secuta non sit, repeti potest conditione illa de qua in hoc tit. Atqui ponimus te seruum tuum dedisse Attio in quaestione id est ut ille ipse de eo quaestione haberet sub ea causa, quod is in suspicionem furti Attio venisset. Sed ea lege addita ut si id repertum in eo non esset tibi redderetur: & nulla de eo per Attium habita quaestione nullisque aliis contra eum prolatis furti probationibus, Attium hunc tuum seruum tradidisse Praefecto vigilum castigandum, quasi in facinore deprehensum, Praefectumque vigilum per summam iniuriam ex sola suspitione contra iuris regulam (quamquam non aliud esset etiam si furti probationes ea fuissent) summo illum supplicio

affectisse, quasi parum referret an seruus an quaestiones occideretur *leg. 2. ad leg. Aquil.* & quod iniquitas illa magni exempli publica utilitate compensari posset ad caeteros, seruos deterrendos ne tale quid committerent per nequitiam seruili ingenij cui nihil erat proclivius quam ut furta, sceleraque omnia maiora passim perpetrarent, ut apud Cornelium Tacitum dicebat ille, qui ob percussum occisumque vno ictu dominum, quingentos seruos sub eodem tecto commorantes summo supplicio affici debere clamabat in Senatu, tandemque ut ita constitueretur, obtinuerat. Alioqui certum est furti crimen in capite libero capitale nunquam fuisse, licet de eo criminaliter quoque agi iam olim potuerit *leg. interdum* 56. §. 1. & *leg. vt. infr. de furt. iunct. leg. capitalium* 18. §. *vt. de pena* Nec si atrociores fures essent, id est expilatores nocturni quae effractores *leg. 1. & 2. infr. de effract. & expilat.* licet contra scripserit vir doctissimus Iacob. Cuiac. *lib. 9. Obseruat. cap. 37.* Sicut & illud certum est Praefectum vigilum de capitalibus causis cognoscere non potuisse, sed ad Praefectum vrbis cognitionem remittere debuisse *leg. 1. C. de offic. praefect. vigil. leg. 3. §. primo* *sup. eodem illo titul.* Sed non poterat causa esse capitalis in seruum qui caput nullum in ciuitate habere credebatur *leg. tertia* *sup. de capitis minut. leg. nullomodo* 7. *infr. ad leg. Cornelianam de fals.* Ergo cum res secuta non sit, ob quam tu seruum tuum Attio dederas, nec vnquam compertum sit furtum ab eo factum fuisse, consequens est ut eo iam adhuc viuo coeperit tibi quaesita esse conditio ob rem dati re non secuta. Ab eo scilicet tempore quo seruus desijt reddi posse, id est a quo primo instanti summo supplicio affectus esse & morti coepit. Instans enim mortis vitae tribuitur, cum mortuus nemo moriatur, sed viuus *leg. vltim. de condic. institut. leg. qui duos* 18. §. *primo de manum. testam.* Porro quae tibi quaesita conditio est viuo seruo, ea morte serui intercidere non potuit,

cum non fato suo naturali perierit, sed facto Attij, qui eum Praefecto vigilum tradidit non quasi suspectum, ut de eo haberetur quaestio, quomodo conuenerat, sed quasi deprehensum in crimine ut citra aliam inquisitionem ex sola suspitione tua summo supplicio afficeretur, non enim æquè apud te fuerat periturus si tu eum Attio in quaestionem non dedisses, ut in *leg. si pecuniam §. in finem supr. hoc titul.* Bene igitur Pomponius concludit, Agere te posse cum Attio dare eum tibi seruum tuum oportere, id est posse te illum condicere (hoc enim demum est intendere dari oportere §. *appellamus Instit. de action.*) & quidem condictione illa de qua nunc tractamus, id est ob causam dati causa non secuta, vel potius ob rem dati re non secuta, *Quia & ante mortem dare eum tibi oportuerat.* Nam si conditio hæc nata non fuisset ante mortem serui tui, utique post eius mortem nasci & incipere non potuisset, siquidem ad eum casum res peruenisset à quo non potuisset actio incipere, ex *reg. leg. quia in eum casum 16. supr. ad leg. Aquil.* cum homo mortuus in obligationem & actionem deduci non possit *dict. leg. si homo mortuus*, nisi cum perit post mortem *leg. si seruum 91. §. ult. de verbor. obligat.* Sed quomodo, inquires, agatur ad hoc ut seruus ipse detur, ac non potius serui mortui aestimatio? ut in condictione furtiua *leg. in re furtiua 8. in princip. iunct. §. vltim. legis precedentis infr. de condict. furtiua leg. 1. C. eod. leg. si pecuniam §. §. primo supr. hoc titul.* Bartolus distinguit obligationes dandi & reddendi ab obligatione restituendi, ut ex hac possit agi non tantum ad rem, sed etiam ad rei aestimationem ex *dict. leg. in re furtiua & leg. si seruus 14. §. bene subrepto infr. de condict. furtiua & dict. leg. 1. C. eod. ex illis verò agendum sit ad rem præcisè, quamuis & condemnatio & executio possit fieri in aestimatione, ex *leg. Iulianus 3. infr. de confess. & leg. vlt. infr. qua sentent. fin. appell. rescind.* In quo miror certè ingenium Bartoli, qui leges illas, quæ loquuntur de condictione furtiua, intelligit de obligationibus restituendi, eo fortassis prætextu, quod per condictionem furtiua dominus rem suam petat, cum tamen certum sit per condictionem furtiua non minus, quam per cæteras condictiones, actorem intendere dari sibi rem oportere §. *sic inaque Instit. de action. in eo que ius singulare elucere, quod in condictione furtiua odio furis inductum est.* Sed & in eo errat Bartolus quod non videt actionibus omnibus commune illud esse, siue ad dandum siue ad reddendum, siue ad restituendum, aut aliquid denique faciendum deatur, ut litem aestimari per sententiã semper oporteat, nec nisi aestimationem in condemnationem deduci, ut indicatitia fieri faciliè ac citra vim & impressionem executio possit inuito etiam eodem modo, ut docuimus in *Chiliade nostra de error. pragmat. ex leg. 4. §. ait Prator infr. de re iudic. leg. 3. & vlt. infr. de condict. tritic. l. vinum 22. vbi diximus supr. de reb. cred.* Et ita hic quoque locus intelligi debet, quamuis nullum in eo verbum sit de aestimatione, nihil enim speciale hac parte potest habere conditio, ob rem dati re non secuta, & dissimile à cæteris condictionibus, tantò que minus cum agitur de condicendo homine iam mortuo, qui nisi in aestimatione prestari iam nullo modo potest. Videtur tamen à Pomponio nostro dissentire Papinianus in *l. si dominus 8. infr. de præscr. verb. vbi in eadem ut videtur specie dat domino actionem Præscriptis verbis, non etiam condictionem.* Nostri post Accursium & Bartolam re-*

spondent diuersas esse species, quod apud Pomponium seruus non fuisset aestimatus, apud Papinianum verò fuisset. Quod verissimum quidem est, & Papiniani verbis comprobatur, sed tamen ad rem omnino non pertinet, ut probauimus in *dict. Error. §. & 6. de cad. §. de error. pragmat. longè que alia conciliationis ratio querenda est, quam tibi attulimus.*

b *Labeo ait posse & ad exhibendum agi.* Refertur hæc Labeonis sententia à Pomponio ut reprehendatur, non in eo quidem absolute quod dabit in proposita specie actionem, ad exhibendum quasi absolute dari non debeat, sed in eo tantum quod absolute ac simpliciter eam dabit, id est non adhibita distinctione illa, quæ tamen omnino necessaria est, au tu dominium serui tui in Attium transferis, cum ei seruum tuum tradidisti, ut ipse de eo quaestionem haberet, an verò non transferis, ut si transferis, conditio tibi competat, quam dat Pomponius, sed non æquè actio ad exhibendum, quæ cum condictione nunquam potest concurrere: Si verò non transferis, conditio tibi competere non possit, quoniam non alius condictione tenetur quam qui dare possit, id est dominium transferre, quod porro transferre non potest qui non habet *l. traditio 20. de acquir. rer. dom.* Sed vindictio tibi danda esset, si seruus adhuc extaret. Quo precepto quia summo supplicio adfectus est, non alia tibi actio superesse possit quam ad exhibendum quæ preparatoria vindicationis est *leg. 1. supr. ad exhibend.* Non igitur in alio reprehenditur Labeo à Pomponio, quam in eo, quod credidit posse actionem ad exhibendum seruiam cum condictione concurrere, si tamen ita est, ut actionem ad exhibendum dandam putauerit, eo quoque casu quo competere possit conditio. Quod ego certè non puto probabile, ne cogamur dicere tantum lreconsultum quantus Labeo fuit, id ignorasse quod ex Principiis iuris scire quilibet possit ac debeat. Ratio tamen dubitandi siue pro Labeone, siue pro alio quolibet qui contra Pomponium sentire vellet, illa adferri potest, quod actio ad exhibendum detur omnibus, quorum ex iusta & honesta causa interest, puta si interdico aliquo sint vsuri vel optaturi, vel noxali aliqua actione experturi, quamuis non sint vindicaturi *leg. 3. §. sciendum est & §. sed & si quis cum seqq. & §. si mecum eod. illo titulo.* Atqui non potest negari quia eius qui condicturus est, interest maximè rem exhiberi, & quidem ex iusta & honesta causa. Quidni ergo etiam actio ad exhibendum ei dabitur? Et si enim datur regulariter contra eum solum qui exhibendæ rei facultatem habet *dict. leg. 3. §. vlt. & seq. leg. Celsus 5. in princip. eod.* datur tamen etiam contra eum qui fecit quominus exhibere possit, alioqui nec daretur contra eum qui dolo malo possidere desisset *dict. leg. Celsus §. idem Iulianus leg. Iulianus 9. in princip. eod. titul.* Sed decidendi ratio pro Pomponio est, quod actio ad exhibendum non nisi propter vindicationes aliaque actiones, in quibus de possessione queritur, comparata est, quia non potest res possideri nisi quæ sit præsens *leg. hac si res 47. de rei vindication.* In condictionibus autem omnibus de iure ac dominio queritur, non de possessione *dict. §. appellamus, & §. sic inaque. Institut. de actionibus.* non potest igitur teneri ad exhibendum is qui condictione aliqua tenetur, si furtiua excipias, quia contra furem qui

rem furtiua occultat, vel peremit, etiam actio ad exhibendum datur perinde atque conditio *dict. leg. si pro fure 7. §. 1. de condict. furt. leg. 1. §. vlt. infr. de tign. iunct.* sed non iure al quo singulari & odio furis, ut conditio, at iure communi & ordinario, quo tenetur etiam fur rei vindicatione, tanquam possessor, sicut & alius quilibet, ac proinde etiam ad exhibendum siue possideat, siue dolo malo deficiat possidere. Tenetur ergo non quia condici ei possit, sed quia vindicari ab eo res potest. Et hoc bene Proculus ad Labeonem annotauit, Proculique notam meritò Pomponius probat.

c *Sed si tuus mansisset.* RAT. DVV. Etiam illo casu quo seruus, quem Attio in quaestionem tradidisti, tuus mansit, quia scilicet non eo animo tradideris, ut dominium in Attium transferres, sed solum possessionem, non est tamen bona consecutus, ut Attius furtum tibi fecerit, ideoque etiam furti actione teneri debeat, & condictione furtiua, cum sine affectu furandi & lucrandi furtum non fiat §. *placuit Instit. de oblig. que ex delict. nascuntur.* In proposito autem non habuit Attius animum furti lucrifacendi, sed damni potius quod ex furto passus fuerat, reparandi. DEC. Species lucris est & quidem iniusti, animo suo nihil nisi vindictam & minas spiran-

ti satisfacere ex damno alieno, in eam que rem abuti re illa, quam à domino in alios vius quis acceperat, sicut & species lucris est itidem iniusti acquirere ex alieno beneficii debitorem *leg. si pigmore 54. §. primo infr. de furt.* ut elegantè ac subtiliter Accursius noster hic ratiocinatur. Atqui in proposita specie Attius, cui tu seruum tuum tradideras in quaestionem, retento tamen penes te dominio, cum eam te ignorantè Praefecto vigilum castigandum tradidit, quasi in furto deprehensum, vius est re aliena, & quidem ita ut sciret se inuito domino vii, & dominum si sciret prohibendum esse. Furtum ergo tibi fecit, nec potest videri dolo carere, qui tantam tibi fecit iniuriam, propter quam, etiam si seruus non decessisset, iniuriam tamen actione tibi Attius tenetur *leg. sed si vius 17. §. primo infr. de iniuriis.* Et improbum lucrum est, quod non bene pieque agendo percipitur *Novell. 1. de hered. & falcid. cap. 2. §. vltim.* Consequenter tenebitur Attius hoc casu etiam condictione furtiua, licet non hoc addat Pomponius, quia furtiua conditio semper consequens est actioni furti, quoties furti actio iure dominij defertur, quomodo Papinianus loquitur & distinguit in *leg. si vendidero 80. §. primo de furt.*

16. CEL SVS libro 3. Digestorum.

Dedi tibi pecuniam, ut mihi Stichum dares. vtrum id contractus genus pro portione emptionis & venditionis est, an nulla hic alia obligatio est, quam ob rem dati re non secuta? in quod procliuor sum. & ideo si mortuus est Stichus, repetere possum: quod ideo tibi dedi, ut mihi Stichum dares. finge alienum esse Stichum, sed te tamen eum tradidisse: repetere à te pecuniam poterò: quia hominem accipientis non feceris. & rursus si tuus est Stichus, & pro euictione eius promittere non vis: non liberaueris, quo minus à te pecuniam repetere possim.

Ad l. vlt. Dedi tibi.

Hanc quoque legem fulissimè & ex professo explicauimus *libr. 6. Coniectur. cap. 10.* Sed tamen explicabimus nunc more nostro per dubitandi, & decidendi rationes, ne quid de Rationalium nostrorum methodo ac instituto detrahatur. Iunge tamen quæ scribemus *ad leg. 1. in fin. infr. de rerum permutat. & ad leg. naturalis §. §. primo infr. de præscr. verb. b.*

a *Vtrum id contractus genus pro portione emptionis & venditionis est.* RAT. DVV. Cum dedi tibi pecuniam, ut mihi Stichum dares, atque ita ex vna parte interuenit res, ex altero autem pecunia, contractus adeò similis est emptioni & venditioni, in qua semper necesse est interuenire ex vna parte mercem, ex altera precium *leg. 1. infr. de rer. permut. leg. 1. de contr. empt.* ut Paulus scripserit, quod plus est, emptionem & venditionem esse in *leg. naturalis §. §. primo de præscr. verb.* Ergo debet habere vel omnia vel saltem quàm plurima, similia venditioni, non omnia ferè dissimilia: qualia sunt ea maximè quæ in hac lege Celsus tradit. Nam & contractus innominati ceteri qui similitudinem aliquam habent cum emptione, &

venditione, multa ex eius natura mutantur, ut cernere est in rerum permutatione *leg. 2. infr. de rerum permutat. leg. 1. & 2. C. eod. & in aestimatoria, de qua in leg. 1. infr. de aestimat. action.* quod & in aliis contractibus innominatis obtinet, similitudinem & adfinitatem aliquam cum alio quolibet in nominato contractu habentibus *dict. leg. naturalis §. penult. & l. Titius 24. eod. tit. de præscr. verb.* DEC. Non potest emptio esse aut venditio nisi de certo precio conuenerit *dict. leg. 1. de rerum permutat. leg. 2. §. 1. & dict. leg. 1. de contr. empt.* Substantia enim emptionis consistit ex precio *leg. pacta conuenta 72. versic. Paulus notat eod. tit.* Precium autem licet in pecunia numerata, & taxata consistere debeat, §. *precium Instit. de empt. & vendit.* non adeò tamen conuertitur cum pecunia numerata, ut quoties pecunia interuenit etiam quæ pro re detur, dicendum sit emptionem esse. Nec enim precium esse potest nisi id demum de quo inter contrahentes conuenit, ut sit precium, cum emptio & venditio ex iis contractibus sit quæ consensu solo, non etiã traditione perficiuntur, nec possunt à datione incipere. Cum ergo contractus incipit à datione, ut in specie huius legis, in qua dedi tibi pecuniam ut mihi Stichum dares, non potest videri contracta emptio, nec rursus permutatio, quæ proximè

ad venditionem accedit, quia permutatio non est contractus do vt des, sed do quia dedisti, vt pluribus probauimus eod. lib. 6. *Coniect. cap. 8. & 9.* nisi cum præcessit placitum permutationis, vt in *Lex placito 3. C. de rer. permut. d. l. 1. infr. eod. ill. tit.* non ergo potest hoc contractus genus esse pro portione, id est a similitudinem emptionis & venditionis, sed magis est, vt nulla hinc alia obligatio sit, quam ob rem dati re non secuta: ex qua proinde certum est nasci conditionem, ob rem dati re non secuta, de qua in lege etiam præcedente, & in toto hoc titulo, quæ tamen actio non excludit aliam actionem, quæ perinde nascitur ex contractu, do vt des, ad id quod interest eius qui dedit eam rem, quam alius vicissim dare debuit accepisse *d. l. naturalis §. 1. & §. at cum do.* Et ideo bene hinc Celsus ita loquitur, *an & hinc nulla alia obligatio est.* Vt intelligamus vnicam quidem esse obligationem, sed ex qua tamen duplex actio nasci possit, condictione scilicet & actio Præscriptis verbis, at non etiam actio ex empto vel ex vendito, id enim duntaxat agit Celsus tota hac lege, vt probet contractum hunc neque emptionem esse, neque similem emptioni: probat autem tribus non rationibus, vt male scribit Accursius, sed effectibus potius, qui dissimilitudinem horum contractuum consequuntur: nec repugnat quod Paulus scribit in *d. l. naturalis §. 1.* Si pecuniam tibi dero, vt rem accipiam, emptionem & venditionem esse. Id enim debet intelligi suppositis terminis habitibus, *l. tutor 35. §. 1. sup. de iur. iur.* id est, si conuentio de precio præcesserit, aut ea pecunia precij nomine data sit, nam, vt diximus, omne quidem precium consistit in pecunia numerata: Sed non e conuerso pecunia omnis numerata precium est, nec proinde necesse est, vt cum Ioanne diuines datam fuisse pecuniam, quasi speciem, puta decem quæ in illa arca sunt, vt in *l. planè 34. §. sed si non corpus, vers. sed hoc ita de legat. 1. aut cum Azone, quem Accursius & Bartolus sequuntur, totam huius legis rationem ad id referas quod de dando non de tradendo Stichum conuenerat. Etsi enim verum est non teneri venditorem ex vendito, vt det rem venditam, id est vt dominium eius in emptorem transferat, sed tantum vt tradat *l. 1. & 3. l. ex empto 11. §. 1. de action. empt.* magis tamen ad modum contractus in eundem respexit Celsus, quam ad verbum dandi vt apparet ex prima illatione, quæ his verbis continetur, *Et ideo si mortuus est Stichus, repetere possim, quod ideo tibi dedi vt mihi Stichum dares.* Nemo enim non videt eandem rationem locum habituram esse, tamen verbum tradendi pro verbo dandi in conuentione adpositum fuisse. Perinde namque dici posset, permittebam mihi repetitionem pecuniæ, quam ideo tibi dederim vt mihi Stichum traderes, cum hoc casu æquè verum sit, non esse rem secutam ob quam data fuit à me pecunia. Quamuis non negem reliquas rationes duas non aliunde, quam ex dandi verbo pendere.*

b *Si mortuus est Stichus, repetere possim.* R. A. T. D. V. B. Periculum rei venditæ solet pertinere ad emptorem, etiam si res nondum ei tradita sit §. cum autem *Instit. de empt. & vendit. l. 1. & 2. C. de peric. & commod. rei vend.* Ergo & hoc casu periculum Stichi ad me pertinere debet, qui si non emptor saltem emptoris loco sum. Atque ita videtur Paulus concludere in *d. l. naturalis §. 1. vers. sed si scyphos.* R. A. T. D. E. C. Non debet esse melior condicio eius qui contractum innominatum ex sua parte non impleuit, quam eius qui impleuit: quæ datur est contractus esse debet, vt est

in eo quod ex parte illius, qui impleuit, locus est per attentæ, non etiam ex parte illius qui nondum impleuit *l. si pecuniam §. supr. hoc tit.* Ergo si pecuniam tibi dederim vt mihi Stichum dares, periculo tuo debet Stichus viuere, non meo, nec aliud Paulum sensisse putandum est, nisi eo demum casu, quo sic eueniret vt periculo duplici onerareris, & eius rei quam à me accepisses, & Stichi præterea quem nondum mihi dedisses: vt in specie *d. vers. sed si scyphos.* Tam enim facile amitti possunt scyphi quam Stichus perire. Quod non similiter euenit, si dederim tibi quid immobile quod vel nullomodo, vel longè difficilius perire possit, aut pro Sticho pecuniam, quæ licet & ipsa tanquam mobilis valde lubrica & fragilis res sit, *l. si choros 79. §. 1. de leg. 3.* facile tamen eo periculo extimere te potest, qui pecuniam accepit, siue conuertendo eam in nomina, siue in emptionem prædiorum *Auth. monitione C. de adm. tutor.* Atque ita locos istos qui alioquin valde pugnare inuicem videntur concilian dos esse scripsimus *dist. cap. 10.* Probabilius ni fallimur, quàm si cum Ioanne comminutaris non fuisse de distractarum Stichi in specie huius legis, quem distractarum fueras apud Paulum, quod planè adiutorium est: nec distinctio ipsa valde probabilis tanquam de sumpta ex *l. 3. §. sed si tibi dedero & d. l. si pecuniam §. 5. vers. supr.* quos locos Tribonianus potius quàm Iureconsultus esse ostendimus. Non enim solent prudentes distinguere, an distractarum fueris necne, quod in animi tui destinatione sola positum est, sed an poteris distrahere necne, quod ex rerum statu consistit ac discerni facile potest *l. cum res 47. §. 1. de legat. 1.* mihi tamen probabilius nunc videtur, & conuenientius verbis Pauli, vt distinguamus an per te steterit vt Stichum dares, à quo tempore pecuniam meam accepisti an non, vt si per te steterit, quia cum primum dare potuisti non dedisti, hoc ipso videaris esse non solum in mora, sed etiam in culpa, quamuis nulla interpellatio præcesserit, quæ necessaria esse solet ad motam contrahendam *l. mora 32. infr. de iur. Quasi sit hic vnus ex casibus in quibus mora contrahitur re ipsa & ipso iure citra vllam interpellationem vt in l. 3. C. in quib. caus. non est necess. in integr. restit. l. curabit 5. C. de action. empt. l. Titia Seio 87. §. 1. vers. de legat. 2.* An non enim satis interpellaris, vt mihi des Stichum hoc ipso, quod à me pecuniam accipis, vt Stichum mihi des: Hoc igitur casu Stichum periculo tuo viuere æquum est non meo, cum tibi imputare debeas cur non citius Stichum mihi dederis, cum dare posses vt te ab eo periculo liberares, at si per te non steterit, forte quod à me pecuniam accepisti vt mihi Stichum dares, qui tum erat in prouincia, & Stichus prius decesserit quàm in potestatem meam peruenisset, vt eum mihi dare posses, æquius certe est periculo meo eum viuere, nec quicquam præstare te debere nisi culpam, vt Paulus loquitur, id est vt neque culpa tua Stichus perierit, neque post culpam & moram tuam in eo non soluendo contractam. Sic enim Paulus intelligo, & quod generaliter scriptum est in *l. pecuniam 10. C. hoc tit.* Pecuniam à me datam si hæc causa pro qua data est, non culpa accipientis, sed fortuito casu non est secuta, minimè repeti posse, nec enim casus fortuitus excusat, quem sine culpa, siue mora aliqua præcessit *l. 3. §. 1. vers. sed si Stichus* vbi diximus *supr. hoc tit.* Ex quo textu apparet id quod à Celfo hinc scriptum est, si mortuus sit Stichus repetere me posse pecuniam quam ideo tibi dedi, vt mihi Stichum dares, sic intelligi debere, si non dederis Stichum

Stichum quamplurimum dare potuisti, neque hæc valde magna, vel improbabilis suppletio est, quam & prima quæ apud Accursium est solutio, confirmat: qua enim fronte possis dicere periculo meo Stichum & viuere & mori, si qua tibi culpa imputari possit? Sequitur

c *Finge alienum esse Stichum.* R. A. T. D. V. B. eadem est quæ ad vericulum præcedentem, quod hic contractus, si emptio non est, similis tamen sit emptioni, cum ex vna parte pecunia, ex alia verò merx interueniat. Atqui venditor non ad aliud tenetur, quàm vt rem venditam emptori tradat: per quam traditionem fit, vt si dominus est dominium transferat, si minus vfucapiendi condicionem seque de euictione obliget *l. ex empto 11. §. 1. de action. empt. l. clauibus 74. de contr. empt.* nec idcirco quod rem quæ vendita fuit, alienam esse appareat, precij repetitio emptori datur: numquam enim ex contractu nominato datur conditio, nisi cum certæ rei contemplatione contractus initus est, qui alioquin initus non fuisset, & causa illa finalis secuta non est dolo malo emptoris, vt in *l. cum te fundum 6. C. de pact. int. empt. & vendit. iunct. l. ea condicione 14. C. de res. vend. dit. iunct. l. 35. & alio pass. eod. tit.* Ergo & ita proposita specie dicendum est, si alienus fuit Stichus quem tu mihi tradideris, non ideo repetere me à te pecuniam posse, sed satis mihi esse debere quod te habeam de euictione obligatum. D. E. C. Contractus quis & qualis sit, & an nominatus an innominatus ex modo in eadè dignoscendum est *l. si procuratorem 8. in princip. infr. mandat. l. non tantum 16. de S. C. Maced.* Innominati autem sunt omnes qui incipiunt à datione, nominati enim omnes incipiunt à conuentione *l. iuris gentium 7. in princip. & §. 1. supr. de pact.* atqui in contractibus innominatis locus est non solum poenitentia ex parte illius, qui dat, sed etiam conditioni si causa ob quam datum vel factum aliquid fuit, secuta non sit *Tot. hoc tit.* Ergo si Stichum alienum mihi tradideris, possum à te repetere pecuniam, quia verum est te Stichum non dedisse, cum eum non feceris meum. Dare siquidem nihil aliud est, quàm dominium transferre *l. vbi autem 75. §. 1. vers. infr. de verb. oblig. l. non videntur data 167. de regul. iur.* nec poenit ad dandum sufficit tradere, si is qui dat non sit dominus, quia tradere nihil aliud est quàm possessionem transferre *l. traditio 20. de acquir. rer. domin. l. 3. & d. l. ex empto 11. §. 1. & pass. de action. empt.*

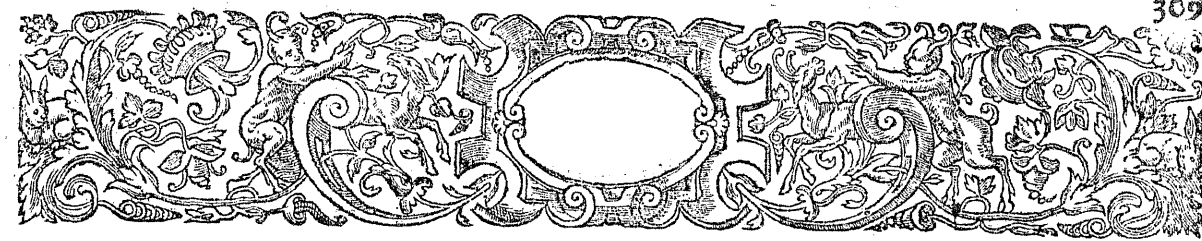
d *Et rursus si tuus est Stichus.* R. A. T. D. V. B. Si tuus est Stichus, dubitari non potest, quin eum mihi tradendo eius dominium in me transfuleris *d. l. traditio 20. de acquir. rer. domin. Feelsi ergo quod ex contractu facere debuisti, nec proinde permittebam mihi est, vt pecuniam possim repetere, quam tibi dedi, etiam si Stichus euictione nolis promittere siue satisfactionem à te exigam sine nudam repromissionem, cum in contractu nihil de eo dictum aut actum sit: Aut si ex hoc contractu etiam obligari te de euictione æquum est, agere contra te debeo, vt mihi caueas de euictione saltem per nudam repromissionem non conueniam repetere quomodo in venditione seruaretur *l. 2. infr. de euict. D. E. C.* Non videtur datum etiam id cuius dominium in alium translatum sit nisi quod ita datum est vt auocari nullo casu possit. Quid enim si priusquam Stichum mihi dares eum alij obligaueris qui postmodum iure pignoris sit à me auocaturus vt in *l. si rem meam 20. l. si quis aliam 46. l. qui res 98. de solut.**

Euictio siquidem non vna tantum est, si quis dominium rei petierit, & euicerit, sed & si quis actione Seruiana experiatur *l. si mancipium 34. vlt. §. 1. & l. seq. infr. de euict.* quod autem euiciatur in bonis non est *l. quod euiciatur 190. de regul. iur.* Ergo vt plenum dominium, & irrenocabile in me transfuisse videri possis, non modò translatum à te Stichi dominium esse oportet, sed etiam promissam mihi abs te euictionem puda saltem cautionem cum aduersus periculum dubij euentus nullum nisi cautionis remedium adferri possit *l. si post acceptum 18. supr. de res. vindic.* Proinde si nobis de euictione te obligare, cum hoc ipso dubium facias an Stichum irrenocabiliter meum feceris, perinde haberi debes ac si meum non fecisses, & consequenter teneri eadem conditione ob rem dati re non secuta: nec enim vlla mihi contra te potest actio competere ad hoc, vt caueas mihi de euictione, cum de eo nihil in contractu dictum sit, nec veniat ex natura contractus quomodo veniret ex contractu venditionis *d. l. ex empto 11. §. 1. de action. empt. d. l. 2. l. si dictum 56. l. si in venditione 60. de euict. l. pass. conuentione 72. de contr. empt.* Quamuis si ex hac quoque causa esset interposita duplex stipulatio, non minùs quàm ex causa venditionis committeretur *l. sciendum est 52. de euict.* Igitur ex hoc quoque intelligimus differre contractum hunc à contractu emptionis, vt & in aliis duobus de quibus diximus. Ceterum obseruandum est, quod & Accursius noster hinc notat, & nos iam in præcedentibus monuimus, non ex omni contractu innominato nasci posse conditionem, sed ex eo tantum qui à datione incipiat siue tibi dem vt des, siue vt facias *d. l. naturalis §. 1. & 2. de prescript. verb. & l. 1. §. vlt. de rer. permut.* aut ne facias, puta ne quid alienes *l. ea lege 3. C. hoc tit.* non etiam ex contractu Facio vt des, & Facio vt facias *d. l. naturalis §. 5. quod si faciam & seq.* Facta enim sicuti pro infectis haberi non possunt, ita neque condici *l. pen. eod. iunct. l. in bello 12. §. facti autem causa infr. de capt. & postlim. l. si non sortem 26. §. libertus infr. de condic. in deb. Illud difficius est, cur etiam ex donatione facta sub modo & certa lege detur conditio hæc ob rem dati re non secuta, si donatarius non impleat, quod promisit *l. 1. & 3. C. de donat. qua sub mod.* quamuis ex hac causa etiam præscriptis verbis actio competat *l. legem 9. l. cum res 12. C. de donat. l. vlt. Cod. de rer. permut.* cum donatio videatur esse contractus nominatus, non ab eo solum tempore quo Iustinianus constituit, vt nudo consensu perficiatur in *l. si quis argentum 35. §. vlt. C. de donat.* dum ne confundamus pactum de donando cum donatione, sed vetere quoque iure infecto, cum suum nomen proprium & elegans habuerit, si Bartolo credimus, qui contra Accursium ita disputat. Sed dicendum est, meo iudicio donationem licet habeat habueritque iam olim nomen elegans, in modo tamen in eundem similem esse & fuisse semper contractui innominato quatenus non à conuentione vlla incipit, sed à datione & traditione (de hac enim loquimur, non de illa quæ fit per stipulationem, quæque nihil nisi stipulatio est habens donationem pro causa *l. cum enim 6. infr. de donat.*) sitque nullo tractatu præcedente quia nec nisi liberalitatem & beneficium continet ex parte donantis *l. interdictionum 14. infr. de precar. l. Avisto 18. de donat.* vbi hanc ob causam distinguitur donationis causa à negotio & à contractu, vt intelligamus nullum inter donantem & eum cui donatur, geri negotium quod tractetur primum, deinde de*

trahatur, nam & inde contractus nomen fluxit, ut bene Jacobus Cuiacius obseruauit. Itaque si proprie & partite loqui volumus, donatio pura cum nullomodo contractus sit, neque nominatus contractus dici potest, neque innominatus, & stulta est quaestio an contractus nominatus an innominatus sit, si neque contractus est, nam cui nomen generis non conuenit, nec nomen speciei conuenire potest, quamuis quatenus obligat donantem ne penitere possit, contractus vim habeat. Quid enim aliud efficere contra & potest, nisi ut inducat obligationem? *dict. leg. iuris gentium in princip. & §. 1. supr. de pact.* Unde est quod pater filio familias donare non potest *leg. 2. C. de inoffic. donat. leg. siue emancipatis 17. C. de donat.* quod inter patrem & filium familias nulla possit contrahi obligatio *leg. imperator 50. infr. ad S. Trebellian.* Eoque videtur respexisse Modestinus in *leg. eum qui 22. infr. de donat.* cum ait in bonae fidei contractibus donationis speciem non deputari, sic inueniens quodammodo, esse igitur contractum quatenus omnis obligatio pro contractu habenda est *leg. omnem obligationem 20. supr. de iudic. sed stricti iuris.* Quamquam obseruandum est, quod nemo obseruat, in ea lege non de ea donatione agi quae facta sit per traditionem, quam nos solum negamus contractum esse, sed de ea quae per stipulationem, quae cum nihil aliud sit quam stipulatio facta ex causa donationis, ut diximus, utique non potest non esse contractus, & quidem stricti iuris, ut stipulationes omnes *leg. quicquid adstringenda 99. de verbor. oblig.* At cum donatio per traditionem quidem facta est, sed certa lege & sub modo, non autem pure, & absolute, negari certe non potest quin contractus sit, cum pariat obligationem, & actionem ciuilem, quia nimirum eo casu negotium aliquod geritur inter donantem & donatarium, *dict. leg. Aristo 18. de donat.* sed actionem utique non aliam, quam duplicem illam, quae ex contractu do ut facias, nasci solet, id est conditionem ob rem dati re non secuta, & Praescriptis verbis ad id quod interest donatoris *d. leg. 1. C. de donat. qua sub mod. dict. leg. ult. C. de ver. permitt. dict. leg. legem 9. & leg. cum res 22. C. de donat.* quia nec alia inter huiusmodi donationem & contractum do ut facias, differentia est, nisi quae inter haec verba *Do & Domo*, quoniam quisquis donat dat, sed non e conuerso quisquis dat, donat: nec eo minus tamen retinet donatio hoc etiam casu suum nomen donationis, quia non minus donat qui cer-

ta lege donat, quam qui pure & absolute, cum aequae sua sponte liberalitatem hic exerceat quamuis minore & certae rei contemplatione, sine qua non fuerat donaturus: quo casu diximus etiam ex contractu nominato, ut puta venditionis, posse locum esse conditioni *d. l. cum re fundum 6. C. de pact. ant. emp. & vendit.* neque tantum donationis nomen retinet donatio, quae fit certa lege & sub modo, sed etiam donationis simplicis & inter viuos, nisi cum facta est sub lege & conditione reddibendi: quo causa sumit nouam denominationem, & dicitur donatio causa mortis *l. Scia 42. in princip. & §. 1. de mort. caus. donat.* ex qua tamen sola conditio nascitur rem repetendam, cum casus euenierit, non etiam actio Praescriptis verbis *l. Senatus 32. §. 1. eod.* quia nec aliam legem & condicionem habet, quam ut aliquo casu res donata reddatur, quasi reuocata donatione *l. ubi ita donatur 27. eod. tit.* non quomodo in aliis donationibus sub modo factis, ut donationi satis fiat & donationis lex impleatur, nec enim donatio sub modo facta reuocari magis potest, aut alias leges & condiciones recipere, quam si pure & absolute facta esset, quia perfecta donatio nouas condiciones non admittit *l. perfecta 4. C. de donat.* quae sub modo & deliberare donatorem oportuit priusquam donaret, an donare vellet neque, non ex poenitentia donationem reuocare *leg. possessionem 31. velles necne 6. & pass. C. de reuoc. donat.* Non enim beneficio decipi donatarium sed iuari oportet *l. in commodato 17. §. si sit autem infr. commod.* Satisque debet esse donatori, quod habeat donatarium obligatum naturaliter ad *ut supra l. sed est 25. §. consuluu sup. de hered. pet. licet ea obligatio non possit facere, ut eo magis donatio videri debeat contractus, quia non ciuilibus obligatio est, sed tantum naturalis d. l. Aristo. nec aliter parit obligationem ciuilem, quam si donationi aliud mixtum sit negotium, ut ibidem scriptum est: mixtum autem esse intelligitur, quoties quis donauit certa quod aliter non fuerat donaturus, non etiam si donatio causam duntaxat aliquam impulsuam habuerit, solius enim causae finalis defectus non etiam impulsuae parit conditionem. Finalis autem causa ea demum esse intelligitur quae fauorem donatoris respicit non quae donatarij *l. 2. §. ult. & l. 3. eod. l. cum sale 72. §. falsam causam de condic. & demonstr.* Planè addito donationi pacto aliquo in fauorem donatoris potest donator mutare voluntatem, sed non reuocare liberalitatem ut Bart. hic tractat ex *d. l. Aristo & l. quasitum 8. infr. de seru. export.**

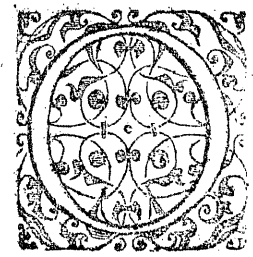
DE CON:



DE CONDICTIONE OB TURPEM VEL INIVSTAM CAUSAM.

TIT. V.

I. PAVLVS libro 10. ad Sabinum.



MNE quod datur, aut ob rem datur, aut ob causam, & ob rem, aut turpem, aut honestam, turpem autem, aut ut dantis sit turpitudine, non accipientis: aut accipientis duntaxat, non etiam dantis, aut vtriusque. Ob rem igitur honestam datum ita repeti potest, si res propter quam datum est, secuta non est. Quod si turpis causa accipientis fuerit^a, etiam si res secuta fuerit, repeti potest.

Ad l. 1. Omne quod.

RAT. DVV. Quicquid ob rem datur, etiam datur ob causam, cum res illa dandi causa sit, & similiter quicquid ob causam datur, etiam ob rem aliquam datur, cum non possit causa esse sine re aliqua *l. 2. §. circa infr. de dol. mal. except. l. cum enim 6. infr. de nouat.* Ergo non debuit Paulus distinguere id quod datur ob causam, ab eo quod datur ob rem, quasi sit duplex conditio, vna ob rem dati re non secuta, altera ob causam dati causa non secuta. DEO. Vidi ego qui diceret latius patere nomen rei quam causae, non enim omne quod datur ob rem aliquam ob causam etiam datur, licet quod ob causam datur etiam ob rem detur, si rei nomine intelligas omnia, etiam quae in faciendo consistunt. Sed si ea tantum quae dari possunt, habebunt se res & causa tanquam excedentia, & excessa, in proposito autem videtur rei nomen sumi strictius pro re danda non etiam pro refacienda, nomen verò causae pro refacienda tantum, non etiam pro re danda. Horum tamen sententia improbabilis mihi semper visa est: ita enim fieret ut conditio ob rem dati re non secuta nasceretur ex solo contractu. Do ut des, non etiam ex illo Do ut facias, & e conuerso ut ex contractu Do ut facias, nasceretur tantum conditio ob causam dari causa non secuta, non item ex contractu Do ut des: quod vtrumque tamen falsum est, ut constat ex *l. si procuratori 14. supr. tit. prox.* ubi datur conditio ob rem dati re non secuta, cum ratihabitio secuta non est quae tota facta est. Itemque ex *tot. tit. de condic. ob caus. dator.* C. Ex quo apparet quantum ad conditionem pertinet, nihil interesse an ob rem an ob causam datum aliquid sit, si modò de re futura vel de causa futura intelligas. Sed si de re futura, & de causa praeterita, quomodo Accursius noster bene hanc distinctionem interpretatur ex *l. damus 32. infr. tit. prox.* sicuti cum causam opponimus conditioni ut in *l.*

2. §. ult. & l. 3. de donat. aut poenae ut in *l. si iam facta sunt 11. de condic. & demonstr.* multum interest an ob rem futuram aliquid datum sit, an ob causam praeteritam. Priore casu locus est conditioni ob rem dati re non secuta, de qua in *Tit. praeced.* quae & conditio dicitur ob causam dati scilicet futuram causa non secuta, quoniam inter rem & causam futuram nihil distat, quemadmodum nec inter rem futuram & conditionem, sed hoc ita si res ob quam datum fuit, & quae secuta non est, sit honesta, ut sequitur in hac lege. At posteriore casu cum ob causam praeteritam aliquid datum est, quae falsa inuenitur, non est locus repetitioni, ut disertè scriptum est in *d. l. damus*, ubi dicemus. Quod si datum sit non quidem ob causam praeteritam, sed ob rem futuram, at quae tamen turpis sit vel iniusta, quae locus est repetitioni per conditionem, de qua specialiter in *hoc tit. & in C. ob turpem vel iniustam causam.* Separat enim hic Titulus duas illas causas tanquam diuersas [quamuis quod pertinet ad vim conditionis, eundem habeat effectum] quas tamen Accursius noster male confundit. Turpis enim res dicitur, quae est contra bonos mores, iniusta verò quae contra ius & leges ut in *l. conditiones 14. & l. filius 15. de condic. infr.* neque verò quicquid est contra ius & leges statim est contra bonos mores, quauis e contrario quicquid est contra bonos mores, sit etiam contra ius ciuile, cuius primum ac potissimum praecipuum est quo reliqua duo includuntur, Honestè viuere. Ad eò latius patent fines honestatis, quam iuris aut etiam aequitatis *l. non omne 14. de regul. iur. l. semper 42. de rit. nupt.*

^a Quod si turpis causa accipientis fuerit. Bene distinguit Paulus, cum ob rem turpem aliquid datum est an turpitudine sit ex parte accipientis tantum, an ex parte dantis solum, an ex parte vtriusque. Aliud enim atque aliud iuris in his casibus constituitur, inelipit autem ab eo casu quo turpitudine sit ex parte solius accipientis: Et ait esse hoc casu repetitionem, etiam si

res secuta sit: in eò que differre conditionem hanc ab illa de qua in Tit. superiore, quæ necessariò requirit vt causa secuta non sit, nisi proponatur secuta post moram aut post pœnitentiam, vt apud Accursium Ioannes notat ex l. 3. §. sed est tibi dedito & l. 5. §. si seruum supr. tit. prox. Exemplum est huius versiculi in princip. l. prox. seq. si dederim tibi decem ne sacrilegium facias, aut furtum, aut ne hominem occidas. R. A. T. D. V. B. Turpe est sacrilegium, aut furtum facere, aut hominem occidere, cum sint hæc omnia non modò contra leges, sed etiam contra bonos mores & publicam honestatem lædant l. generaliter 26. & seq. de verb. oblig. l. condiciones 14. & seq. infr. de condic. inst. Ergo sacrilegium, aut furtum non facere, & hominem non occidere honestum est, ac proinde quod eam ob causam datum est, ob turpem causam datum videri nõ potest. D. E. C. Honestè quidem facit quisquis à furto, sacrilegio, & homicidio se abstinet: sed turpiter, qui vt se abstinèat, pecuniam ab aliquo accipit. Debet enim sua cuique innocentia sibi esse præmium, nec amore pecuniæ sed solius virtutis, adeoque nec pœnæ formidine à sceleribus abstinendum est, & ad publicam vtilitatem maximè pertinet vt sola legum auctoritate coerceantur ho-

mines, ne delinquant, qui solo virtutis amore ad innocentiam inuitari non possunt, quæ nunquam venalis esse debet l. iuris gentium 7. §. si ob maleficium supr. de pact. Qui enim pecuniam accipit ne maleficium faciat hoc ipso testatur se facturum fuisse si pecuniam non accepisset, quod ipsum per se solum turpe est. Turpitudine enim delictorum omnium non tam in delictis ipsi, quàm in voluntate delinquendi consistit, quamvis cogitationis solius pœnam nemo patiatur l. qui iniur. d. 55. in princip. infr. de furt. iunct. l. cogitationis 18. de pœn. Sic Papinianus dicebat liberos ad paterna obsequia meritis prouocandos, non pactionibus adstringendos, vt Iustin. refert in l. si quando 35. C. de inoff. testam. similiter è contrario accidit aliquando vt accipiat quid honestè ob id quoque, quod tamè turpiter fiat, vt in pecunia, quæ meretrici datur. Et si enim turpiter facit quòd sit meretrix, honestè tamen accipit cum sit meretrix l. 4. §. sed & quod meretrici infr. hoc tit. Porò quod turpiter accipit, honestè iustèq; cõdicitur cum ex parte solius accipientis turpitudine versatur. Nam si vel ex parte solius dantis, vel ex parte vtriusq; aliud dicendum est, nec vlla dari potest conditio l. 3. & 4. §. quæries infr. hoc tit. l. 4. & l. pen. C. eod. l. 1. supr. de calumniat.

2. VLP IANVS libro 26. ad Edictum.

VT puta, dedi tibi, ne sacrilegium facias, neu furtum, neue hominem occidas. in qua specie Iulianus scribit, si tibi dedito, ne hominem occidas condici posse. Item si tibi dedito, vt rem mihi reddas depositam apud te, vel vt instrumentum mihi redderes.

Ad l. 2. V. puta.

Adferuntur in hac lege ab Vlpiano exempla duorum generum in quibus pecunia non datur turpiter, sed accipitur tamen turpiter, ita vt ex parte solius accipientis turpitudine versetur, ideòque & conditioni locus sit de qua in hoc tit. ob turpem causam. Priora illa sunt de quibus proximè diximus si pecuniam tibi dederim ne maleficium facias, puta sacrilegium aut furtum aut homicidium. Posteriora verò hæc duo, si pecuniam tibi dedito, vt mihi rem apud te depositam reddas, vel vt meum instrumentum. R. A. T. D. V. B. & D. E. C. D. eadem ferè quæ ad finem legis præcedentis: qui enim depositum reddidit vel instrumentum, licèt accepta pecunia, facit tamen quod debet. Nihil ergo turpiter: sed tamen verum est illum accipere pecuniam ob turpem causam, cum accipiat ob id tantum ne sit perfidus qui alioquin, si pecuniam non accepisset, perfidus

futurus fuisset. Nam quid aliud est, pecuniam te accipere, vt depositum mihi reddas, quam facto ipso testari te nolle reddere si nulla detur tibi pecunia? Atqui parum distat à fure, qui depositi restitutionem denegat, cum hoc ipso furtum faciat, ideòque etiam furtiua conditione teneatur l. si quis inficiatus 13. §. l. infr. de pos. neque ergo valde interit an accipias à me pecuniam ne furtum facias, an vt depositum mihi reddas, licèt vno casu causa dandæ pecuniæ sit affirmatiua, alio autem negatiua: quoniam effectus ipso res tota eodem recidit. Et vtroque casu turpitudine versatur, non quidem ex parte dantis, sed ex parte accipientis tantum, ideòque non impeditur conditio l. vlt. in princip. quæ ita accipienda est, quomodo benè interpretatur Accursius licèt verba illa repugnare videantur tamen turpiter datum est infr. hoc tit. Nec tantum conditio pecuniæ hoc casu competit, sed etiam actio depositi si pecuniam accepit vt depositum redderes d. l. l. vlt. in fin. infr. l. vlt. infr. de pos.

Sed si dedi, vt secundum me in bona causa iudex pronunciaret: est quidem relatum, conditioni locum esse. sed hic quoque crimen contrahit iudicem enim corrumpere videtur. & non ita pridem Imperator noster constituit, litem eum perdere.

Ad §. 1. Sed si dedi.

Duplex huius §. sensus adfertur ab interpretibus. Vnus ille, vt si quis iudici pecuniam dedit vt secundum se pronunciet, distinguen-

dum sit; an bonam causam habuerit; an verò malam, & iniustam, & quidem si bonam causam habuerit, possit condicere quod dedit, quasi hoc casu turpitudine versetur ex parte accipientis tantum, vt in aliis exemplis, de quibus di-

ctum prius est si verò malam & iniustam, non possit condicere, quòd eo casu turpitudine versetur non minus ex parte dantis, quàm ex parte accipientis. Alter sensus est, vt neutro casu conditio locum habeat, quia in vtroque turpitudine interueniat ex parte vtriusque: priorem interpretationem quam Bartolus probat, coniunctio legis sequentis adiuvat, in qua tractari incipit de eo casu quo & dantis & accipientis turpitudine versetur quasi de eo casu nondum tractatum sit in lege præcedente, sed de illo tantum quo ex parte solius accipientis adit turpitudine. Item quod in dictæ legis sequentis sine scriptum est *veluti si pecunia detur, vt malè iudicetur*. Quid enim faceret dictio illa *malè* si non aliud diceretur? At in contrarium & pro posteriore interpretatione illud verget fortiter, primum quod Vlpianus postquam varios casus attulit in quibus conditio locum habere debeat, quia in iis nulla turpitudine sit, nisi ex parte accipientis, subiungit hunc casum pro aduersariam, *sed si dedi*, tanquam non modò aduersam, sed alio etiam iure censendum, & in quo nullus conditioni locus esse debeat, propter mixtam ex vtraque parte turpitudinem. Deinde, quòd postquam retulit Vlpianus, non desuisse ex prudentibus qui responderint dandam ei conditionem qui iudici pecuniam dedit vt secundum se in bona causa pronunciaret, quasi nulla in eo esset turpitudine nisi ex parte iudicis, statim contrariam suam opinionem subiicit, cum adfert rationem, propter quam contra ipse se uiuat, illis verbis, *sed hic quoque crimen contrahit*. Sensus enim est, non illum dantat qui dat pecuniam iudici vt malè iudicet, sed hunc quoque qui dat vt pro se in bona causa iudex pronunciet, crimen contrahere. Non enim minus hic, quàm ille iudicem corrumpere videtur, adeò vt ab Imperatore Antonino constitutum sit litem eum perdere, & actionem amittere quòd diffidentia iustæ sententiæ in pecuniæ corruptela spem negotij reposuerit, vt habet l. 1. C. de pœn. iudic. qui mal. iudic. Nec sanè video quid ad hanc rationem pro Bartolo respondere quis possit, non enim negari potest, quin crimen contrahat & delinquit etiam hic, qui pecuniam dat vt benè pro se iudicetur, cum nihil vetet & bonam causam illum habere, & tamen quia de victoria certus esse non potest, in pecuniæ corruptela potius spem negotij reponere, nam quemadmodum qui malam causam habet, potest tamen casu obtinere vt loquitur l. posthumus 6. §. 1. supr. de inoff. testam. (vnde est quod nostri sententiam iudicis siue bonam siue malam, inter casus fortuitos non malè enumerant) ita & qui bonam causam habet, succumbere facile potest, non tantum per fordes, aut per gratiam vel irperitiam iudicis, sed etiam casu, id est, per imprudentiam iudicis ad facti cum constantias non satis prudenter attendentis l. si per imprudentiam 51. infr. de iur. l. exceptione 67. de fideiuss. l. seruo 65. §. cum prator infr. ad. S. C. Trebell. l. & ex diuerso 35. §. 1. supr. de rei vindic. Porò delictum & crimen vbi cumq; est, ibi etiam vt turpitudine sit necesse. Quod ergo data sit iudici pecunia pro bona causa, facere non potest vt eo magis conditioni locus esse debeat, cum nec possit facere, vt eo minus turpitudine ex parte dantis quoq; versetur. Atq; ita omnino cõtra Bartolum pro Vlpiano sentio: nec me mouet quod in l. prox. seq. Paulus tractas de eo casu quo turpitudine ex parte vtriusq; versetur, ponit datam esse iudici pecuniam vt malè iudicetur, nõ quia putem Paulum ex eorū

numero esse quos Vlpianus perstringit, cum nec Antonini constitutionem, nec ratiocinationem Vlpiani ignorare potuerit, sed quia cum alius casus esset controuersus quo data sit pecunia iudici ad benè iudicandum maluit & debuit Paulus exemplum adferre quod positum esset extra controuersiam de pecunia data iudici, vt malè pronuncietur: quo casu nemo dubitat, quin turpitudine sit ex parte vtriusq; nec proinde quin ea ratione cõditio impediatur: Sed qui diligentius re perpendit idè iuris esse vident, tamen si pecunia data sit iudici vt benè iudicetur. Nã nec pecunia iudicis litis, quã induxit Antoninus, ad aliud pertinere potest, quàm ad eum qui bonam causam habeat, cum in iactura malæ & iniustæ litis damnũ nullum esse possit. Et si verò aliud est litè principalem amittere, aliud verò conditionem nõ habere, quis tamè æquum putet quod vult Bartolus vt qui ob crimen quod commisit dãdo iudici pecuniã amittit litè, habeat nihilominus datæ pecuniæ conditionem? An nõ hoc esset frui minoribus eum, qui careret maioribus, quomodo Papinianus loquitur in l. cui pacto 5. de fern. ex port. Sunt qui putent hunc §. cum l. seq. sic coniungendũ esse, vt vtroq; loco vnus quasi syllogismus cõtineatur, cuius prima propositio sit in hoc §. secunda verò in l. seq. in hunc modũ: Cũ quis vt in bona etiam causa secundũ se iudicetur dat iudici pecuniã, crimè contrahit, ac proinde turpiter facit dãdo, non minus quàm iudex accipiẽdo. At quin vbi & dãtis & accipiẽtis turpitudine versatur, dicimus nõ posse repeti, veluti si pecunia detur vt malè iudicetur, sola deest cõclusio quæ tamen ex dictis propositionibus colligi facile ac suppleri potest. Sed ne hæc quoq; interpretatione probare possim illud facit nõ solum quod diuersorũ Iureconsultorũ, hæc leges sunt, sed etiam quòd lex sequens lógè melius cũ sine legis primæ, quæ eiusdè Pauli est, quàm cũ sine legis huius cõnectitur: nec rursus huic interpretationi cõuenire possunt verba vltima legis sequentis, *veluti si pecunia detur vt malè iudicetur*. Nã cũ prima propositio sit de eo qui pecuniã dedit vt benè iudicetur, mutaretur termini si minor propositio esset de eo qui dedisset pecuniã vt malè iudicaretur, constaretq; hic syllogismus ex quatuor terminis, quod nõ ferit Dialèctici, neque bonum esset argumentum ab eo qui pecuniam dedit pro obtinenda sententia in mala causa, ad eum qui dedisset in bona, nisi præsupponeres, & probares ex parte illius quoque turpitudinem versari: quod certè ita est. Ratio igitur *dubitandi* ad hunc §. illa est, quod cum dedi pecuniam iudici, vt secundum me in bona causa pronunciaret, nulla videatur ex parte meã esse turpitudine, quæ impedire debeat conditionem. Sed decidendi fortior illa, quod imò ex mea quoque parte turpitudine est, quandoquidem hic quoque crimen contrahitur, (sic enim legendum est, non vt vulgo *contrahit* cum de me in prima persona locutus esset Vlp.) Saltem post supradictam Antonini constitutionem in d. l. 1. C. de pœn. iudic. qui mal. iudic. quæ sanè videtur vt & aliæ pleræque Imperatorum constitutiones ex non delicto fecisse delictum: vt ante eam non valde errauerint, qui conditioni locum dederunt. Nec mirum videri debet, quod Bartolus obiicit pro absurdo, vt lex sequens nihil addat ad hanc legem si nostra interpretatio recipiatur. Fateor enim ita esse: Sed addidit Antoninus ad ius vetus, eiusque rationem hac parte immutauit, non principaliter (nec enim de danda vel deneganda conditione quicquã cõstituit) sed per necessarias tamè cõsequẽtias, quia delictũ nullũ etiã quod tale factũ sit

ex non delicto, potest esse sine turpitudine, nec turpitudine ex parte dantis eum condictione unquam concurrere. Denique (sufficit ut hæc lex addat aliquid ad legem sequentem, licet lex sequens nihil ad hanc addat. Quid? An ergo retinebitur ex pecunia, quam turpiter accepit ad iudicandum siue bene siue male? Retineret utique, si non ei cum alio res esset, quam cum eo qui dedit, ob regulam quæ ponitur in *l. seq.* quod ubi dantis & accipientis turpitudine versatur, non possit quod datum est repeti. Non enim hic locum habet quod aliis dici solet, in re obscura melius esse favere repetitioni quam aduentio lucro. *l. nō debet actori. 4. l. §. 1. de regul. iur.* nec enim res obscura est, cum apparet ex parte dantis adesse turpitudinem. Bene tamen hoc casu pronisum est à Iustiano *Novell. 12. 3. ut brig. in. in exord. l. 1. c. 2.* unde supra est *Auth. sed noua iure C. de pen. iudic. qui mal. iudic.* & constitutum ut si se ea pecunia applicetur. Quærit Accursius, quid si pecunia iudici non data, sed tantum promissa sit, pro ea verò data sint pignora, an possint repeti? Et respondet posse quia non magis possit pignus accedere obligationi inefficaci quam ei quæ nulla est *arg. l. 3. §. 1. infr. de constit. pecun.* Idem tamen putat ad *l. 2. C. cod. tit. distinguendum esse, an vellet is qui dedit agere vindicatione, an pignoratitia, ut pignoratitia quidem non possit, quia pignus nullum est, sed tamen vindicatione possit, quia rei pignoratitæ dominus manet. Ultramontani, quos Bartolus refert, negant vindicationem posse magis, quam pignoratitiam competere, quoniam aduersus vindicationem obici possit conuentio pignoris, quam si velit is qui vindicat elidere per replicationem illam, quod ea pignoris conuentio facta sit ob turpem causam, non sit audiendus tanquam qui propriam in eo allegat turpitudinem. Bartolus verò defendit, imò verò vtraque actione agi posse, eum neutra fundetur, inquit, ex turpitudine agentis, sed ex alio, quamuis in replicatione quæ ad iudicium agentis intentionem necessaria est, turpitudine ipsius allegetur, secundum ea quæ idem Bartolus tradat ad *l. alias 18. ubi diximus, supr. de iur. iur.* Subiungit tamen Bartolus posse has opinionum varietates & difficultates euitari, si is qui dedit pignora male agere ut à principali obligatione liberetur tanquam facta ob turpem causam *l. ex l. 1. hoc tit.* ut eo modo sublata principali obligatione pignoris quoque obligatio quæ non nisi accessoria est, euanescat, mihi Ultramontanorum sententia magis placet. Qui enim pecuniam turpiter iudici promisit, eoque nomine pignus dedit, fieri certe non potest, quin turpiter quoque pignus dederit, id eoque non magis ei permittendum est ut condicat possessionem pignoris (nam de condictione proprietatis tractari hinc nihil potest, cum proprietatis per pignus non transferatur *l. cum & fertis 35. §. 1. de pignor. act.*) quam ut condicat pecuniam si eam dederit, nec favorabilior potest esse hac parte condicio pignoris aut etiam possessionis, quam pro-*

prietatis: Ut verò vindicet rem pignoratam, non magis ei permittendum est, quia licet dominus maneat, pignoris tamen dati exceptione repetitur, nec replicare potest datum esse pignus ob turpem causam: quoniam ita fieret ut propria turpitudinem allegaret, quod non magis per replicationem facere potest, quam per actionem instituendam. Est enim generalis sententia huius Tituli, quicquid dicat Bartolus, ut nullum possit auxilium ei competere qui turpiter quid fecit siue ex turpitudine illa suam fundet intentionem siue replicationem tantum, quod quidem semper actor est. Qui enim conuenitur, licet ipse quoque turpiter fecerit, nullo tamen auxilio indiget, ut vincat, cum sit ipse possessor, & hoc ipso favorabilior in pari causa *l. 7. vii. possid. l. favorabilioris 12. 4. de regul. iur. l. infr. de pignor.* Nec alia Iureconsulti sententia est, in *d. l. alias 18. in fin. supr. de iur. iur.* ut ad eum locum documentum. Quod verò addit Bartolus posse illum qui dedit pignus agere ut liberetur à principali obligatione tanquam facta ob turpem causam ex *l. 1. C. hoc tit.* æquè ineptum est, non solum quod principalis obligatio nulla sit quæ turpem causam habet *l. generaliter 26. & seq. infr. de verb. oblig.* sed eoque nec liberatio vlla sequi possit, quæ præcedat etiam aliquam supponit obligationem, sed etiam quia quod scriptum est in *d. l. 1.* ad eum casum pertineat, quo quis ex promissione ob turpem causam facta conuenitur, non quo agat, ut ex interpretibus nostris ij obseruarunt, qui hac parte contra Bartolum responderunt, eiusdem enim iuris & æquitatis est agere quæ ut liberetur ab obligatione ob turpem causam contracta, quod nihil aliud est quam condicere ipsam obligationem, & agere ad repetitionem pecuniæ. Quid? si principalis obligatio & pecuniæ promissio nulla est, ut diximus, quomodo potest pignoris obligatio, quæ non nisi accessoria est, subsistere? Respondeo non quidem subsistere, sed tamen pignoratitæ rei retentionem perinde saluam esse ei, qui pignus accepit, ac si res vinculo pignoris teneretur, cum possessionem per manus domini, ac sine vitio accepit. Itaque si vindicatione conuenitur, tueri se debet non exceptione conuenti pignoris, ut Ultramontani nostri putabant, in quo errasse mihi videntur, sed nuda exceptione traditæ possessionis, si non per se ipsum tradita mihi huius rei possessio est ob causam ex qua quoque parte turpem, cum non tam de ipsius iure querendum sit, quam de non iure actoris qui rei suæ possessionem quam nunc auocare vult, vitio amisit, & transtulit ex turpi causa, ut in *l. 3. in fin. infr. de pignor. l. militis 36. §. veteranus in fin. infr. de testam. milit.* Vnde fit, ut si quo casu hanc possessionem postea iudex amittat qui pignus accepit, non sit ei permittendum, ut prætextu pignoris quod vera nullum fuit possessionem illam repetat, cuius nimirum retinendæ duntaxat ius habet, non etiam reposcendæ ut in *l. in hoc iudicium 14. §. 1. supr. commun. diuid. l. si in area 33. infr. tit. prox.* habiturus proculdubio etiam reposcendæ si pignus tenuisset.

3. PAVLVS libro 10. ad Sabinum.

Vbi autem & dantis & accipientis turpitudine versatur: non posse repeti, dicimus. veluti si pecunia detur, ut male iudicetur.

Ad l. Vbi autem 3.

RAT. DVV. Nunquam æquum est, ut quis ex alie na iactura locupletetur *l. nam hoc natura 14. infr.*

tit. prox. l. iure natura 206. de regul. iur. Netum quidem cum honesta causa dandi & accipiendi fuit quantum minus si ex turpi & inhonesto? Ergo etiam si dantis simul & accipientis turpitudine versatur, non

non est tamen ferendum, ut qui turpiter rem accepit eam retineat, & ex eius qui dedit damno locupletior fiat. DEC. Quoties nihil sine captione inuestigari potest, id sequendum est, quod minimum habet iniquitatis *l. quoties nihil 200. de regulis iuris.* Atqui vtrumque certe iniustum est, & eum qui turpiter dedit, actionem habere, ad repetendum id quod dedit, cum turpitudinis suæ pœnam illam pati debeat, ut nullam habere debeat repetitionem: Et eum quoque qui turpiter accepit, retinere, cum æquè publicam honestatem offenderit, & primum iuris præceptum, quod in honestè viuendo consistit. Et tamen alterutrum euenire necesse est, ut vel is qui turpiter accepit, retineat, aut qui turpiter dedit condicat: cumque ius omne aut in acquirendo, aut in conseruando, aut in amittendo versetur, ut ait *lex vltima supr. De legibus*, non magis hic, quam ille auxilio iuris villo dignus esse potest siue ad acquirendum siue ad retinendum. Minus tamen iniustum est retentionem dari ei qui accepit turpiter, quia iniustus & difficilior est dari actionem quam retentionem. Actio enim non datur nisi iure, retentionem autem plerumque occasione magis, quam iure, ut loquitur *lex secunda, De riuu*, id est non tam quod æquitas aliqua suadet dari retentionem, ut cum quid retinetur ex vi naturalis alicuius obligationis, ut in *l. naturales decim. De obligation. & action. aut in specie l. in hoc iudicium de sima quarta, paragraph. primo. Commun. diuiden. & l. si in area trigesima tertia, infr. tit. prox.* quam quæ nemo sit qui rem euincat aut possit euincere, quo casu nec si contra possessorem iudicatum esset, possessio tamen ei auferri possit, & etiam post condemnationem habere ei liceret *leg. habere licere quinquagesima septima, De euiction.* Hoc enim est quod solemus dicere, In pari causa, vel potius in pari non iure viriustque potiorum esse causam possidentis *leg. penultim. infr. hoc tit. lege secunda Codic. eod. lege vltim. in princip. infr. De condic. sine causa.* Et aduersus extraneos id est nullum ius habentes ad agendum & ad auocandam possessionem, etiam illam quæ vitiosa sit, prodesse *leg. vltim. infr. De acquirend. possession.* quia quisquis possidet, quamuis nullo iure, hoc ipso tamen plus iuris habet quod possidet, quam qui omnino non possidet *leg. secunda infr. Vti possid.* Denique habet retentionem potius quam ius retentionis. Quanquam non semper sit ut qui turpiter accepit ab eo qui ipse quoque turpiter dedit, retentionem habeat. Extorquetur enim lucrum ei aut à fisco

si ex parte dantis adsit etiam turpitudine, aut ab eo ipso qui dedit, si non ipse turpiter dedit *leg. in heredem quinta, in princip. supr. De calumniat.* Quid ergo si quis rem aliquam indiuiduam dederit, puta seruitutem, ob causam aliquam partim turpem, partim honestam? De hoc enim querit Accursius, vtrum totius rei danda sit aut retentio, aut condicio, cum pro parte dari non possit. Et respondet, quod & Bartolus probat, non malè, præualere honestam causam debere, non ut totum condicatur, quomodo tamen sensisse videtur Accursius, et *leg. tertia, paragraph. prim. infr. De iur. ssi.* sed ut altimatio partis reddatur *argument. l. cum filius septuagesima sexta, De legat. secund.* licet aliquando accidat ut potentior sit causa quæ nocet, quam quæ prodest *leg. tertia paragraph. vltim. infr. De seruati. Silan.* & dici solet in indiuiduis vtile vitium per inutile, *leg. penultim. in fin. De iur. Codic. leg. cum pater septuagesim. septim. paragraph. cum existimaret. De leg. secund. leg. stipulationes non diuiduntur septuagesim. secund. De verborum obligation.* Datur tamen interdum repetitio toties propter indiuiduitatem, ut ita loquat, ut in *specie leg. si non sortem vicesim. sexti. paragraph. si centum infr. tit. prox.* Nimirum propter errorem qui proponebatur eo loco interuenisse in solutione, ut Bartolus explicat. Idem Bartolus bene Accursium reprehendit, quod quætionem concipiens de re indiuidua, promittit adfert exempla seruitutis & equi, quasi equus perinde indiuiduus sit atque seruitus. Quod certe non ita est. Habet enim equus suas partes iuris, licet diuisione corporis nullas partes habeat non solum actu, ut in *specie leg. Manius sexagesim. sexti. paragraph. duorum De legat. secund.* Sed neque potentia. Ceterum potest quis habere dimidiam aut tertiam, autiamve quamlibet partem equi sicut & hominis perinde ac alterius speciei cuiuslibet *leg. secund. in princip. De verbor. obligat. lege stipulatus sum nona, paragraph. primo De solution.* At seruitus, quæ tota & in iure consistit, & iure indiuidua est, nullas omnino partes admittit, ne quidem iuris intellectu. Alioqui iure indiuidua dici non possit. Est ergo equus indiuiduus quidem ipsa in re sed non ipso iure, aut, ut loquar cum pragmaticis, indiuiduus est de facto non de iure: at seruitus, libertas, & si qua alia sunt huiusmodi, non minus de iure quam de facto indiuidua sunt. Quod non satis bene videtur intellexisse, aut explicasse Bartolus, qui equum absolute negat esse indiuiduum: cum tamen aliquo sensu sit etiam indiuiduus.

4. VIPIANVS libro 26. ad Edictum.

Idem, etsi ob stuprum datum sit. vel si quis in adulterio deprehensus, redemerit se. cessat enim repetitio. Idque Sabinus & Pegasus responderunt. Item si dederit fur, ne proderetur, quoniam vtriusque turpitudine versatur, cessat repetitio. Quotiens autem solius accipientis turpitudine versatur: Celsus ait, repeti posse. veluti si tibi dedero, ne mihi iniuriam facias.

Tom. III.

DD

Ad l. 4. Idem et si ob stuprum.

Exempla hæc alia sunt eius propositionis quæ tradita est in lege præcedente, vbi dantis & accipientis turpitudine versatur nõ esse locum repetitioni, vt puta, si quis ob stuprum faciendum dederit, vel si quis in adulterio deprehensus se aliquo dato redemerit: item si fur *ἐπιτροφεῖον* deprehensus aliquid dederit ne proderetur, nam hoc casu quoque versatur ex vtraque parte turpitudine, & ex parte furis & ex parte illius qui pecuniam accipit ne prodat: etsi enim furem prodere & indicare nemo cogitur, turpiter tamen pecuniam accipit, qui accipit ne indicet, vt bene noster ratiocinatur Accursius ex §. *si tibi infr.* vbi additur posse me condicere, quod à fugitiuo meo quis accepit, ne eum indicaret, quasi & ipse fur sit, aliud verò iuris esse si quis pecuniam acceperit vt furem vel fugitiuum indicet, quia non accipit hic turpiter, cum fures detegi & indicari etiam reipublicæ intersit, ne impunita furta remaneant. Eadem igitur ratio dubitandi & decidendi est ad huius legis initium, quæ ad legem præcedentem. Sed illud tamen obseruandum est, quod Accursius non omisit, si quis in furto vel adulterio, aliove flagitio deprehensus, dederit aliquid vel promiserit, ne occideretur vel in vincula conii-

1 ¶ Sed & quod meretrici datur, repeti non potest, vt Labeo & Marcellus scribunt: sed noua ratione non eò, quòd vtriusque turpitudine versatur: sed solum dantis: illam enim turpiter facere, quòd sit meretrix: sed non turpiter accipere, cum sit meretrix.

Ad §. 1. Sed & quod meretrici.

RAT. DV B. Nulla speciali & noua ratione opus est, vbi vetus sufficit, & quæ sit ex iure communi l. in causa 16. in princip. supr. De minor. Est enim semper ius commune fauotabilis speciali l. Imperatores trigessim. De reb. auctor. indic. possid. alias l. decimaquarta. De privileg. credit. Atqui ex iure communi est, vt quoties dantis & accipientis turpitudine versatur, toties cesset repetitio, secundum ea quæ proximè diximus & ad legem præcedentem. Ergo non alia noua aut melior ratio querenda est, cur id quod ob turpem causam datum fuit meretrici, id est ob stuprum, repeti non possit, cum eo casu turpitudine versetur ex vtraque parte & meretricis, & eius qui dedit. DEC. Turpiter quidem facit meretrix quòd sit meretrix, sed non accipit turpiter, quod etiam tanquam meretrici datum est, cum sit meretrix, vt eleganter ac subtiliter Labeo & Marcellus dixerunt, quod fortassis ante eos nemo dixerat, adeo fuit difficile veteribus distinguere actiones istas meretricias, quæ perpetuo se concomitantur. Omnes quidem in hoc consenserunt, vt quod meretrici datum esset, repeti nunquam possit, quia nec dubitare quisquam potuit, quia hoc casu versaretur turpitudine ex

ceretur, etiam illo casu quo iure id fieri non potuerit, posse illum repetere per actionem quod metus causa id quod per conditionem, ob turpem causam repetere non possit, quia ad hunc quoque Prætoris edictum pertinet l. nec timorem 7. versicul. Proinde si quis in furto & l. seq. supr. De eo quod met. caus. vbi diximus, nam in actione quod metus causa nihil aliud inquirat Prætor, nisi vtrum metu aliquo illato quid gestum sit d. l. isti quidem 8. in conditione autem ob turpem causam non tantum an turpitudine aliqua fuerit ex parte accipientis, sed etiam ex parte dantis, cum non sit ferendum, vt aduersario turpitudinem obiciat is, qui prior ipse turpiter fecerit, nisi enim prior ipse turpiter dedisset, alius turpiter accipere non potuisset: verumque est eum aduersarij turpitudini causam dedisse.

a Quoties autem solius accipientis. Hoc quoque iam diximus & explicauimus ad l. 1. §. vltim. & ad l. 2. in princip. supr. Vnde petendæ sunt rationes dubitandi & decid. ad hunc versiculum. Nihil enim referre potest an à me pecuniam acceperis ne facilegium aut furtum facias, an verò ne iniuriam: nam & illis casibus iniuria fit, nisi quod iniuriæ nomen latius patet tanquam genericum. Iniuria enim dicitur, quicquid non iure fit l. 1. infr. De iniur.

parte dantis, quæ sola vtiq; sufficit ad impedendam repetitionem. Sed non obseruauerunt veteres ex parte solius dantis versari eo casu turpitudinem, non etiam ex parte accipientis, quod cum accidit, longè minorem dubitationem res habet quin cessare debeat repetitio: quisquis enim proponit conditionem ob turpem causam, fundat eam ex aduersarij turpitudine non ex sua. Itaque nemo vnquam dixit conditione ista teneri eum qui non acceperit turpiter: proinde non impugnarunt Labeo & Marcellus veterum sententiam, quæ illa fuit, vt quod meretrici datum esset ob stuprum, condici non posset, sed rationem duntaxat qua mouebantur. Dices primam causam inspicere debere potius quàm secundam, vt causa faciendi magis spectetur quàm factum ipsum, quomodo eleganter Vlpianus noster loquitur in lege verum est, si meretricem trigesima nona. infr. De furt. vbi hanc ob causam respondet, quod à proposito nostro non valde abhorret, si alienam ancillam meretricem aperuerit quis vel celauerit furtum non esse, quia causa faciendi libido fuerit, non furtum. Sed respondebo eum Bartolo, Primam causam eo casu tollere causam & effectum secundi actus, quia facit cessare non quidem dolum, vt male addidit idem Bartolus, sed animum furandi sine quo furtum non committitur

mittitur. §. placuit Infr. De action. In proposito autem actus posterior meretricis in accipienda pecunia, non tollitur per primam causam turpem quæ fuit libidinis, sed potius fit in eius consequentiam, nec tamen turpiter, cum meretrici liceat etiam honestè pecuniam accipere ex qua victitet. Secunda igitur causa & immediata spectanda est non primaria, verum quid si pecunia meretrici non data sit, sed promissa tantum, an peti poterit? Accursius negat, quia turpis sit stipulatio ex l. generaliter 26. & seq. l. si flagitij 123. De verbor. obligat. & quia multa retineri honestè possint, quæ non perinde honestè peti possent l. 1. §. 1. De var. & extrar. cognit. Sed Bartolus Ultramontanos nostros & Cynum sequutus contrà putat, & verius. Non enim turpis videri potest stipulatio eius pecuniæ, quæ non turpiter accipi posset, & adfectionis gratia neque honestæ, neque inhonestæ donationes sunt prohibita: puta circa meretrices vt generaliter scriptum est in l. adfectionis 5. infr. De donat. Cõstat autem donatione fieri posse non minus per stipulationem, quàm per traditionem l. Papinianus 23. l. cum hic status 32. §. & generaliter cum l. seq. & pass. De donat. int. vir. & vxor. Solæ quæ donationes excipiendæ illæ sunt, quæ à milite sunt focar. l. 2. Cod. de donat. int. vir. & vxor. iunct. l. donationes in concubinam 11. in princip. infr. de donat. vel ab adolescente, id est à minore annis viginquinque luxurioso aut etiam à maiore, si fiant per viam mandati l. si verò non re numerandi 12. §. si adolescentis infr. mandat. vbi prioris propositionis ratio redditur, quia videtur cedere perituro minori, qui mandatu eius soluit, aut fideiubet pro meretrice, posterioris verò, quasi aduersus bonam fidem man-

datum illud sit, quæ ratio supponit mandatum esse contractum bonæ fidei, & actionem quoque mandati: proinde non posse illam ex hac causa conpetere. Non magis igitur contra maiorem quàm contra minorem, cum generalis ratio sit, quod non satis benè obseruatum est à Bartolo, nostrisque interpretibus, qui etiam in specie illius §. distinguunt minorem à maiore. Ceterum hæc ipsa ratio probat euidenter aduersus Accursium, aliud iuris esse in stipulatione quæ stricti iuris est, & conuenienter in actione quæ nascitur ex stipulatione, quæ & ipsa quoque stricta est, non vt actio mandati ex bona fide. Planè si alij mulieri quàm meretrici aliquid detur vel promittatur ob stuprum, nemo dubitat, quin turpiter faciat mulier siue pecuniam accipiat siue stipuletur, cum non sit meretrix. In eoque melioris conditionis est mulier quæ iam est meretrix, quin quæ nunc primum stuprum patitur. Meretrices enim sunt non omnes mulieres quæ in corpus suum peccant, vt vulgus opinatur, sed quæ eo viuendi genere publicè questum faciunt, & precio se prostituunt, & quas vitæ vilitas dignas legum obseruatione non credit, vt loquitur Constantinus in l. qua adulterium 29. C. ad leg. tul. de adulter. Neque hoc Bartolus ignorauit Sed quod obicit ex l. vlt. §. 1. infr. De oblig. & action. ad rem omnino non pertinet. Ibi enim neque de meretrice agitur, neque de promissione facta meretrici, sed de muliere salarium per literas constituyente mutuam affectionis testandæ & remunerandæ gratia, in quo nihil turpe. Nam sicuti non omnes masculorum adfectiones erga feminas sunt inhonestæ, d. l. adfectionis, ita neque læminarum erga masculos.

2 ¶ Si tibi indicium dederò, vt fugitiuum meum indices, vel furem rerum mearum: non poterit repeti, quod datum est, nec enim turpiter accepisti.

Ad §. 2. Si tibi.

RAT. DV B. Qui aliquid accipit vt faciat quod gratis, & ex sola honestate facere teneret, accipere turpiter intelligitur l. vlt. infr. hoc tit. Vt in indice diximus pecuniam accipiente ad benè indicandum l. 2. §. sed si dedi supr. hoc tit. & in eo qui à me accipit pecuniam ne mihi iniuriam faciat §. prox. supr. Atqui cogitur quis gratis ea facere omnia quæ ad publicam vtilitatem pertinent, inter quæ non postremum illud est, vt peccata nocentium nota sint, ne alioqui remaneant impunita l. eum qui nocentem 18. infr. De iniur. iunct. l. si à reo 70. §. vlt. De fideiuss. l. ita vulneratus l. 1. §. vlt. supr. ad leg. Aquil. Non possunt autem detegi fures, si non indicentur. Ergo qui vt furem indicium accipit, id est aliquid quod detur in præmium futuræ indicationis aut saltem ad prouocandam indicationem, turpiter accepisse videri debet, vt proinde conditione ob turpem causam teneri debeat, cum nulla hinc turpitudine sit ex parte dantis. Exemplo eius quod in hac ipsa lege scriptum est versicul. item si dederit, à fure pecuniam accipit ne eum prodat, turpiter accipere. DEC. Multum interest an quis pecuniam accipiat vt furem indicet an ne indicet. Posterius hoc turpe est, at illud non item nam si turpiter facit, qui pecuniam accipit, ne furem indicet, consequens omnino est vt honestè faciat qui accipit vt indicet. argum. l. prima

§. vltim. supr. Ne quis eum qui in ius vocab. vi exim. Et ratio diuersitatis euidentis est, quam & Accursius noster aduertit, quod aduersus publicam vtilitatem est, id facere per quod crimina detegi ac puniri non possint, quod sit accepta pecuniâ ne fur indicetur. Qui enim pecuniam accipit ne furem indicet hoc ipso proficitur se indicatum fuisse si pecuniam non accepisset: quam voluntatem & facultatem indicandi sibi præcipit accipiendo pecuniam ne indicet. At is qui accipit pecuniam, vt indicet, nihil facit contra publicam vtilitatem, imò vt potius proficit publicè qui hoc ipso se obstringit ad indicandum id quod alioqui nullo iure nec naturali nec ciuili indicare cogebatur. Nam nec publicam vtilitatem offendit is qui non indicat crimen, cum possit dummodò nihil faciat per quod eripiat sibi potestatem indicandi, cum volet, vis enim tota legum in eo est, vt possit quis facere si velit, nõ vt cogatur facere, etiam si nolit: sic dicimus facere contra leges eum qui præcipit sibi aut alteri facultatem liberam testandi l. pactum quod datali 13. C. de pact. l. stipulatio hoc modo concepta 61. De verb. oblig. Non etiam illum qui mauult intestatus decedere, quàm testatus: liberum enim cuique est ab intestato aut testato decedere l. conficiuntur 8. in princip. De iur. codicill. l. posthumus 6. §. 1. supr. De inofficioso testam. Item facere contra leges eum

qui pacificetur ne filius aut filia intestato patri succedat *l. ultim. infra de suis & legit. non etiam filium aut filiam*, qui patri iam defuncto etiam intestato, non vult succedere, cum habeat beneficium abfentionis, dum ne vnquam se miscuerit *leg. ei qui 12. l. necessarius 57. de acquir. hered. l. si filius 12. de vulg. & pupill. subst.* Sic denique dicimus, ne plura exempla conquiramus, contra leges facere legatarios, qui paciscuntur cum herede ne falcidiam ex legatis possit ille detrahere *leg. quod bonis 15. paragra. pho primo, d. ad leg. falcid.* cum tamen lex falcidia non cogat heredem falcidiam detrahere, si malit legata integra prestare, & plenam fidem testatori exhibere, vt loquitur *leg. ultim. Cod. eodem titul.* Similiter igitur dicamus facere, si non contra leges, saltem contra bonos mores, & aduersus publicam vtilitatem, eum qui accipit pecuniam ne furem prodar, sed non eum qui accipit, vt probat, & indicet, non magis quam eum, qui cum indicare possit, non vult tamen, nam sicuti furem indicare nemo cogitur, ita nec gratis indicare. Quomodo etiam dicimus eum, qui nocentem infamat, quod pl. s. quam indicare est, tale quid facere, quod sit vtile reipublice, ita vt primum magis quam pœnam mereatur *dist. l. eum qui nocentem.* sed tamen non ideo cogendum est, vt infamet, proinde nec prohibendum pecuniam accipere ne infamet. Qui enim honeste ac licite potest non indicare, non potest accipere turpiter, vt indicet. Placet in summa quod ex Azone Accursus hinc notat, licere alicui gratis non facere, quod tamen non gratis facere non licet. Licet enim tibi furem non prodere, si gratis, nullaque accepta pecunia id facias, at non gratis, id est, accepta pecunia id ipsum facere tibi non licet: contra verò furem prodere non solum gratis licet, sed etiam non gratis, acceptaque in eam rem pecunia, vt prodas, quia prode-

3 ¶ Quod si à fugituo meo acceperis, ne eum indicares, condicere tibi hoc, quasi furi, possum. sed si ipse fur indicium à me accepit, vel furis, vel fugitui socius: puto conditionem locum habere.

Ad § 3. Quod si à fugituo.

RAT. DVV. Eius est condicere qui dedit, & quidem ita si dominium transfuit, cum is qui condicit intendat dari sibi oportere §. sic itaque *Insti. de action.* dare autem nihil aliud sit, quam dominium transferre *leg. vbi autem 75. §. ultim. infra de verborum obligationibus l. non videntur data 167. de regul. iur.* Atqui ponimus datam tibi esse pecuniam à fugituo meo, non à me, & pecuniam tamen meam, ac cuius dominium in te transferre seruus meus inuito vel ignorante me non potuit. Non ergo mihi competere huius pecuniæ repetitio potest, præsertim per conditionem, sed potius per vindicationem, cum pecunia mea remanserit, maxime cum hic casus talis sit in quo factum serui non perinde haberi possit ac si à domino factum esset. Quis enim dominus pecuniam tibi daret ne fugituum seruum ei indicares? Propter quod Accursus noster hunc §. intelligit de eo casu, quo pecunia sit consumpta, vt vindicatione deficiente inducatur necessitas conditionis,

re non cogebaris, nec præmium aut potius indicamentum & iniuramentum aliquod dene-gandum est ei, qui rem aliquam facere velit, honestam quidem & licitam, sed quam tamen præ-terminare sine sceleris potuisset. Alioqui si non potuit sine pœna, nullo certe dignus est præ-mio, facitque turpiter, si quid ob eam causam accipiat. Non est omittendum quod Accursus & Bartolus hinc notant, quamuis cogi nemo possit, vt suum indicet, instante priuato cui furtum factum esse dicitur, siue per actionem siue per officium iudicis id postuletur, posse tamen cogi quem, vt indicet urgente Præ-side prouinciæ aut alio Magistratu ad cuius officium pertineat, vt malis hominibus pur-ger prouinciæ ex *l. congruit 13. supra de offic. Præ-sid. iurisd. leg. civile 5. Codic. de furt.* Alia quæstio est, an testimonium ferre quis cogatur contra fu-rem iam indicatum & accusatum. De quo ne-mo dubitat ex *Titul. de rebus cogend.* Ad eod. verum est posse accipi pecuniam ad furem indi-candum, vt etsi prouisi tantum sit, nec præ-stetur, comparata sit, in eam rem actio præscri-pta verbis *leg. silent 15. infra de præscrip. verb.* vbi præfatur Vlpianus eos qui sic pecuniam accipiunt non ideo fieri fures. Ex quo apertius intelligen-tur non facere turpiter eum qui furem non indi-cat, dum ne pecuniam accipiat, ob hoc ipsum, ne indicet. Cur enim id cogatur facere, quod a-liquam licet iniustam furti suspicionem apud aliquos possit inducere? Nec enim quisquam est qui certius indicare furem possit quam qui furti ipse conscius est, eique vel consilium vel opem dedit, vt proinde inferre liceat: tanto mi-nus igitur facere turpiter eum qui pecuniam ac-cipit, vt furem indicet, & consequenter non ti-mere eum conditionem, vt scriptum est in *d. l. solent.*

& quidem non illius de qua primum in hoc Tit. quæ dicitur ob turpem causam, sed de illa quæ ex iniusta causa datum reposcit, vt idem Accursus ad *l. sequent. apertius interpretatur.* sed malè, vt ex ratio-ne decidendi statim apparebit. Ratio igitur de-cidendi est, quoniam is qui à fugituo meo pecu-niam accipit ne mihi eum indicet, hoc ipso fur est. Facit enim quantum potest, & quidem dolo malo, vt seruo meo caream. Ergo tenetur condi-ctione furtiua etiam ratione serui ipsius, quamuis eum non possideat §. *ultim. Insti. de oblig. qua ex delicto nasci.* multo magis ratione pecuniæ à fugituo datæ quam possidet. Atqui conditio furtiua datæ domino contra furem ipsam eiusve heredem, non minus quam vindicatio contra quemlibet possessorem, nisi quod vindicatio non nisi præsen-tis rei esse potest, & extantis. Conditio autem siue furtiua siue alia quælibet rei etiam absentis a-deoque consumptæ *l. si pro fure 7. §. ultim. & l. seq. infra de condit. furt.* Dicendum igitur est posse me hæc pecuniam tibi condicere quasi furi: quomodo hic lo-quitur Vlpianus, vt intelligamus tractare illum de conditione furtiua quæ non datur nisi domino

l. i. 208.

l. i. 208. tit. non item de conditione quæ soli non do-mino datur ob turpem vel iniustam causam: ac proinde non esse restringendam huius §. senten-tiam ad eum casum quo pecunia consumpta sit, li-cet vindicatio quæ ex hac quoque causa competat, non nisi pro præsentis pecunia locum habere possit. Hinc verò apparet quam parum ad rem pertineat, quod Bartolus pro ratione dubitandi obicit condi-tionem hanc ob turpem causam non posse com-petere, quoties turpitudine versatur ex vtraque parte dantis & accipientis, quod in proposito euenit, cum fur aut fugitiuus qui sui ipsius furtum facit, quantum potest pecuniam datæ ne indicetur, vt initio huius legis scriptum est in *versic. Item si dederit.* Itémque quod respondet non posse quidem ipsam furem pecuniam repetere, sed alium posse. Nam præter id quod non videt de sola condi-tione furtiua mihi danda hæc tractari, non a-nimaduertit ineptam esse quæstionem de dan-da conditione illi ipsi qui pecuniam dedit, cum is proponatur seruus meus esse, ac præterea fugitiuus, qui proinde actionem nullam exercere potest. Ideoque nec mihi qui dominus sum, actio vlla competit tanquam quæ sita mihi per seruum. Sed proprio meo iure ago contra te conditione fur-tiua tanquam contra furem, quia pecuniam meam inuito me contrectasti, eamque etiamnum re-tines, atque ita eius furtum mihi fecisti.

a Sed si ipse fur indicium à me accepit. Id est pecu-

nam ob hoc ipsum datam, vt mihi furem indi-caret, quomodo interpretari sumus etiam in §. præcedente. RAT. DVV. Non facit turpiter qui pecuniam accipit vt furem indicet, quemad-modum supra proximè diximus. Ergo non potest ex hac causa competere conditio ob tur-pem causam neque contra furem neque contra furis aut fugitui socium. Nam de fugituo non loquimur, non solum quod cum seruus meus sit, non potest ille vel à me vel ab alio actione vlla conueniri *leg. 4. §. vix certis ex causis 51. De iudi.* Sed etiam quia non potest fugitiuus, meus esse adeo mihi ignotus vt ei ipsi dem pecuniam ad fugi-tiuum indicandum. DEC. Facit turpiter, qui cum ipse fur sit vel furis aut fugitui socius, pecuniam ta-men accipit ad furem indicandum. Hoc ipso enim facit furtum huius pecuniæ, ideoque & eius nomi-ne tenetur conditione non illa ob turpem cau-sam, sed furtiua quæ cum aliis conditionibus nun-quam concurrat, vt sæpius monuimus. In aliis enim conditionibus is qui agit fatetur se dominum non esse sed aduersarium, in furtiua verò dicit & probare debet se esse dominum. *leg. prima De conditio-ne furti.* Et ita locus hic meo iudicio intelligendus est. Nescio autem cur Accursus hinc adferat *l. im-metum 9. §. licet supr. Quod metus causa, & leg. si per impressionem penultimam Codice eodem*, cum iis locis nulla conditionis siue furtiue siue alterius mentio fiat.

5. VLPIANVS libro 3. ad Vrfium Ferozem.

SI à seruo meo pecuniam quis accepisset, ne furtum ab eo factum indicaret, si-
sue indicasset, siue non, repetitionem fore eius pecuniæ, Proculus res-
pondit.

Ad l. si à seruo 5.

RAT. DVV. & DECID. eadem est quæ ad §. vlt. legis præcedentis. Eadem enim vtriusque loci spe-cies & sententia est. Est ergo hæc quoque lex intel-ligenda de conditione furtiua non de rei vindica-tione, vt malè putat Accursus, & eum secutus Bar-tolus, non magis quam de conditione ob turpem causam. Ideoque nec adhibenda distinctio est, an extet pecunia, an verò consumpta sit, quamuis si malim ego agere vindicatione, quia dominium

nummorum quos seruus meus dedit, penes me re-mansit, & potest vindicatio etiam cum furtiua condi-tione odio furis concurrere. §. sic itaque *Insti. de action.* pecuniam extare necesse est. Vindicari enim nisi res quæ extat non potest, sed si consumpta sit, sola superest conditio furtiua, quæ non curat an furtiua res extet, an non: *leg. si pro fure 7. §. vlti-mo infra De conditione furtiua*, quia nec inquit, an is qui conuenitur possessor sit rei furtiue nec-ne §. *ultimo Institutionum de obligatione qua ex delicto nascitur.*

6. VLPIANVS libro 18. ad Sabinum.

PERPETUO Sabinus probauit veterum opinionem existimantium id, quod ex iniusta causa apud aliquem sit, posse condici. in qua sententia etiam Cel-sus est.

Ad l. Perpetuo 6.

Pertinet hæc lex ad secundam partem Rubricæ quæ est de conditione ob iniustam causam: dif-ferent enim causa iniusta ab ea quæ turpis est, licet Ac-cursus & Bartolus putent pro eodem poni in hoc titulo. Nam omnis quidem causa turpis iniusta est id est contra ius, cuius scilicet primum præceptum

est honestè viuere. Sed non è conuerso omnis cau-sa iniusta turpis est, cum ex aliis plerique causis possit quid iniustum esse, quam quia sit contra bo-nos mores vel publicam honestatem. Causa ini-usta generalior est, & latius patet quam turpis. Quare non est quod cum Bartolo dicas esse hanc legem intelligendam secundum præcedentes, & adhi-bitam distinctione, an turpitudine sit ex parte so-lius dantis, an ex parte solius accipientis, an

ex parte vtriusque. Locus enim est huic distinctioni, cum agitur de danda vel deneganda conditione ob turpem causam non etiam cum de conditione ob iniustam causam, quod verò addit Bartolus de lege præcedente adhuc ineptius est, nec enim agitur in ea de conditione ob turpem, vel ob iniustam causam, sed de furciva sola, ut docuimus & ad §. vlt. l. 4. *supr. R. A. T. D. V. B.* Imputare sibi debet quis rem suam alij dedit, cuiusque dominium transtulit, quamvis ex iniusta causa, præsertim si non sit ex iis personis, quibus ignorare ius permittitur de quibus in l. *regula 9. de iur. & fact. ignor.* Potuit enim & debuit consulere peritiores d. l. *regula §. pen.* vbi non tam errantes quam stulti dicuntur ij qui in iure errant l. *in bonorum 10. infr. de bonor. poss.* & cautius negotiari, sibi que melius prospicere l. 2. *C. de furt.* nec facile ferendum est, ut quis veniat contra factum suum etiam quod iure non teneat l. *post mortem 25. supr. de adopt.* non est igitur ei danda conditio, si modò nihil factum sit turpiter & contra bonos mores. **D E C.** Non tam civili quam gentium iure ita comparatum est, ut condici possint res quæ penes aliquem sunt, non ex iusta causa, ut scriptum est in l. *verum 25. infr. Rev. amot. l. si pignore 22. §. si prado infr. de pignor. action.* Vbi tamen legendum est addita negatione non proderit igitur, ut tibi dicemus & docuimus iam in libris Coniecturarum. Multo magis eæ quæ penes aliquem sunt ex non iusta causa. Grauius enim & peius est possideri quid ex non iusta, seu quod idem est, ex iniusta causa, quam non ex iusta. Hoc enim simplex abnutium est, ut Pau-

7. POMPONIUS libro 22. ad Sabinum.

EX ea stipulatione, quæ per vim extorta est, si exacta esset pecunia: repetitionem esse constat.

Ad l. Ex ea stipulatione 7.

R. A. T. D. V. B. Quod per metum vel per vim promissum est, atque ita malo more ac turpiter ex parte stipulantis, potest tamen liberè postea & sponte solui, si modò is qui soluit, in ipsa etiam solutione vim & metum passus non sit. Solutio enim subsecutis purgat metum & turpitudinem præcedentem l. 2. *C. de eo quod met. caus.* Ergo non est bona consecutio, ut si stipulatio & promissio per vim extorta sit, & solutio postmodum secuta ex ea stipulatione conditionem solutæ pecuniæ dari oporteat. Solutio enim tempus potius quam promissionis inspicendum est, cum quaeritur non de exactione eius quod per vim promissum est, sed de conditione soluti l. *prox. infr. D E C.* Solutio quidem spontanea ab eo facta qui etiam per vim & metum promittere coactus fuerat, purgat vim, & metum & turpitudinem præcedentem d. l. 2. *C. de eo quod met. caus. & d. l. prox. infr.* quamvis solutio videatur fieri in consequentiam præcedentis obligationis, quo casu solemus dicere tempus obligationis spectandum esse l. 1. *infr. qui potior in pignor. hab.* & initium contractus l. *non tantum 12. infr. de S. C. Maced.* quia nimirum quod ab initio fuit inuoluntarium, ex postfacto fieri potest voluntarium. At cum ex stipulatione per vim extorta stipulator agit, & pecuniam eo modo extorquet & exigit, solutio non potest dici spontanea sed coacta. Potest enim quis solvere equidem spon-

lus loquitur in l. *inter stipulantes 83. in princip. de verb. oblig.* illud verò quid positivum. Et ratio huius conditionis tota est ex bono & æquo, ne quis ex aliena iactura locupletetur, quod esset contra ius naturæ l. *nam hoc natura 14. l. hac conditio 66. de condit. indeb. l. iure natura 206. de regul. iur.* eaque conditio-num omnium generalis ratio est, ut diximus ad *Tir. de condit. ob caus. dat.* Sunt enim omnes ex bono & æquo d. l. *hac conditio*, ideòque naturales dicuntur, l. *indebiti 15. eod.* id est, naturali æquitate & ratione comparatæ, licet sint omnes iuris civilis. Eaque fuit & veterum omnium prudentum, & recentiorum perpetua sententia, ut Ulpianus ex Sabino & Celso hic refert, id est, quæ neminem habuit contradicentem. Distinguit tamen Accursius, nec malè an dominus ipse rem suam ex iniusta causa dederit, an alius alienam. Priore siquidem casu conditio hæc competit ei qui fuit dominus, quia rem quæ sua esse desit, vindicare amplius non potest quamvis extortit. *in rem 23. & pass. supr. de rei vindic. l. Quintus 27. §. argento infr. de aur. & argent. legat.* At si quis alienam rem ex iniusta causa etiam quasi suam tradiderit, non potest condicere rem, cuius dominus nunquam fuit l. *videamus 38. §. si actionem infr. de vstur.* Sed vindicatio domino danda est quandiu res extat, & eius possessor certus est, si verò consumpta sit, danda erit illi conditio aduersus eum qui consumpsit siue bona siue mala fide consumperit, si modò causam habuerit lucratiuam, non etiam si onerosam ex l. *si eum seruum 23. vbi diximus supr. de rebus creditis.*

te, & vltro, sed non exigitur quisquam nisi iniustus, sicut nec agitur nec iudicium redditur nisi contra iniustum qui non vult sponte solvere l. *si reus 73. supr. de procurat. l. si debitori 21. supr. de iudic. l. inter stipulantes 83. §. 1. de verb. oblig. l. 1. in fin. Cod. de filius pro patre* cum actiones non nisi contra perfidos iure civili comparatæ sint, ut ait Theophilus in *Inst. Tit. de action.* Proinde non potest solutio quæ extorquetur per vim exactiois purgare metum, qui in ipsa stipulatione interuenit, quandoquidem sit in consequentiam actionis & ex necessitate obligationis, quæ nihil aliud est, quam iuris vinculum quo necessitate astringimur solvendi l. *nihil aliud 51. de oblig. & action.* Non ex noua aliqua & libera voluntate. Dices eum qui ex stipulatione per vim aut metum extorta conuenit, posse se per metus exceptionem defendere l. 4. §. *vlt. de doli mal. & met. except.* atque ita inefficacem actionem constituere: propterea videri eum donare, si sciens remittat exceptionem qua uti potuisset si voluisset arg. l. *si quis delegauerit 12. infr. de nouat.* & consequenter ea ratione purgari metum. Quamvis enim non tam animo donandi quam odio & execratione litium maluerit solvere quam litigare, hoc ipsum tamen imputare sibi debet quod tanti habuerit lite carere l. 4. §. 1. *supr. de alienat. iudic. mut. caus. fact.* quia hoc maluisse videtur, ut in l. *spatre cogente 21. de rit. nupt.* Sed dicendū est, metum qui in stipulatione interuenit, præsumi durare etiam in solutione, quæ non sponte facta, sed per actionem aut actionis paratæ metum exacta est, tanquam quæ facta

facta sit in consequentiam præcedentis stipulationis, cum metus coactionis sit coactio, l. *nonisime 7. §. 1. quod fals. tutor. auctor.* quamvis potuerit reus tueri se per exceptionem si voluisset. Neque necesse est ut in soluendo quoque noua vis, vel nouus metus interuenierit, quomodo præsupponere videtur Accursius, cum sufficiat priorem durare vicia nec purgatum esse aut metum. Solæ ergo spontanea solutio metum hunc purgare potest, ideòque probare debet is qui vim aut metum intulit subsecutam fuisse sponte solutionem. Et ita accipiendum puto quod scriptum est in *dict. l. 2. Cod. de his que vi metisve caus.* cuius non illa sententia est quam plerique putant, & Bartolus hic probat, ut non sufficiat vim vel metum probari interuenisse in ipsa stipulatione nisi probetur etiam interuenisse in solutione. Sed hæc potius, ut is qui iam soluit quod promissit non sit credendus vi aut metu coactus fuisse ad promittendum, nisi probet etiam vi aut metu ad actum fuisse ad soluendum. Solutio enim non vi extorta facit verisimile, ut nec in promittendo adhibita vis illa sit vel metus. Ceterum si probet se in promittendo passum esse vim aut metum, sufficit ea probatio ut repetere possit, quod postea soluerit, licet Bartolus ad *leg. seq. contra* sentiat, non quasi præsumendum sit in solutione quoque vim interuenisse: sed quia sufficiat vim aut metum ab initio interuenisse ut solutio postmodum secuta, per vim quoque aut metum exacta esse intelligatur, tanquam quæ secuta sit in consequentiam violentæ vel metulose promissionis, l. *metum 9. §. sed quod Prætor supr. Quod met. caus. leg. damni 18. §. Sabini sententia infr. De damn. infect. l. infr. Qui potior in pignor. hab. lege tertia §. suo supr. de minor. leg. tertia & quarta Cod. de his que vi met. caus.* Sicut è contrario ex vi quæ interuenit in solutione inducitur præsumptio quod interuenit in ipsa quoque promissione ut in d. l. 2. *que hoc probat optimè. Cod. eod.* Et si enim non sit promissio in consequentiam solutionis, sicut sit solutio in consequentiam promissionis: sed tanquam quid ante cedens. Sunt tamen solutio & promissio actus correspondenti, ut ex vno actu facile de alio præsumi possit, quamvis ad repetendum id quod per metum aut per vim solutum est, non sit necesse vim vllam in promissione siue verè siue præsumptiuè interuenisse: sed sufficiat solutionem per vim exactam esse. Nam neque id quod iuste debetur per vim tamen exigendum est, l. *si miles 6. §. qui iudicati infr. de re iudic.* Et generaliter quod per metum aut per vim gestum est ratum haberi à Prætoribus nunquam oportet *dicto §. sed quod Prætor. & leg. si mulier 21. §. primo eodem titulo.* Spontaneam ergo solutionem probari necesse est solutam nimirum esse pecuniam vltro à debitore, non exactam per creditorem, ut solutio

purget vim quæ in promissione interuenit. Nam neque Bartolus negat sufficere, ut prior metus dureret præsumptiuè. Puta si quis vegetur ex instrumento contra quod nulla possit opponi exceptio, vel non nisi quædam exceptiones, inter quas hæc non sit, cuiusmodi sunt pleraque statuta de instrumentis, ut vocant, garētigiatis in Italia, aut si tyrannus compulerit me ad promittendum aliquid, & solutionis tempore adhuc tyrannus dureret, aut si vis illata sit vxori à marito ad contrahendum, aut quid aliud faciendum, quod ipsa postea fecerit durante adhuc matrimonio licet ex longo intervallo arg. l. 1. §. *qua oneranda infr. Quar. rer. act. non det. l. pen. infr. de furt. c. 1. Extr. quod met. caus. iur. c. 1. Fulcinius 7. §. quid sit cum quibus ex caus. in poss. §. 1. ext.* Planè si causa metus finita sit tempore solutionis omnes consentiunt, non posse solutionem reuocari prætextu metus præcedentis, quod & Bartolus ad *leg. sequentem* docet. Nec pugnat cum hac lege quod scriptum est in sequenti, si ob turpem causam promiseris Titio posse quidem te si petat, eum doli vel in factum exceptione summouere, sed tamen si solueris non posse te repetere: quod vim accipiendum est etiam si sponte solueris ut dicemus: Aliud enim est per vim promittere aliquid, aliud verò ob turpem causam. Potest siquidem aliquid promitti per vim, etiam quod honestam causam habeat, puta si quis cogatur per vim ut dorem mulieri constituat, aut ut quod debet soluat l. *non est singulis 196. de regul. iur.* Cum quid promissum est ob turpem causam, secuta solutio quantumlibet spontanea non purgat turpitudinem, quomodo vim purgat cum promissionem nihil turpem facit, nisi quod per vim extorta sit. Ideòque sublata proxima causa stipulationis quæ propter exceptionem inanis esset, pristina causa superest, id est turpitudinis quæ impedit repetitionem, ut Paulus in l. *seq. ratiocinatur.* At cum aliquid ob honestam causam promissum est, licet adhibita vi vel metu facit spontanea solutio, ut prior vis metusve purgetur, nec proinde causa repetendi vlla amplius superfit. Nec sunt ista confundenda, quomodo ab Accursio & Bartolo ad *legem sequentem* confunduntur. Et si enim turpiter facit qui vim aut metum infert, non ideò tamen stipulatur ob turpem causam, nisi addas fuisse vim adhibitam, vel metum, fortasse ad hoc, ut promitteres te daturum centum ad vim alicui faciendum, vel ad homicidium aut sacrilegium committendum, aut quid aliud simile, quo tamen casu turpitudinis est ex parte tantum stipulantis, non etiam ex parte promittentis, qui vim passus est. Cum tamen Paulus in *lege sequenti* eum casum tractet quo ex parte vtriusque versetur turpitudinis, iam ergo ad Paulum referri

8. PAULUS libro 3. Quæstionum.

Si ob turpem causam promiseris Titio: quamvis, si petat, exceptione doli mali, vel in factum summouere eum possis: tamen, si solueris, non posse te repetere: quoniam sublata proxima causa stipulationis, quæ propter exceptionem inanis esset, pristina causa, id est, turpitudinis, superesset: porro autem si & dantis & accipientis turpis causa sit, possessorem potioem esse, & ideò repetitionem cessare, tamen si ex stipulatione solutum sit.

Tom. III.

DD 4

Ad l. si ob turpem 8.

RAT. DV B. Is qui exceptione perpetua tutus fuit, si soluat, potest repetere dummodo favorabilis exceptio sit, non odiosa l. qui exceptio 40. infr. Tit. prox. Parum enim refert an quis nihil ipso iure debeat, an exceptione aliqua tutus sit, per quam auctorem possit summovere l. nihil interst 112. de regul. iur. At qui si ob turpem causam promiserit Titio, etiam quæ ex parte tua turpis sit, habes exceptionem doli, aut in factum de qua posteriore nemo dubitat, quin odiosa non sit, quamvis de doli exceptione plerique vulgo contrasentiant, ut scripsimus ad l. qui se debere 7. supr. tit. prox. Ergo si postea solueris, potes nihilominus repetere. DE C. Quod promissum est ob turpem causam in qua turpitudine versetur, etiam ex parte accipientis, non minus quam ex parte dantis, sicuti non solum peti non potest ob exceptionem, quæ adversus agentem competit, & quæ ex ipsius agentis persona æstimari debet, ut in l. militis 36. §. veteranus infr. de testam. milit. ita solum repeti nequit, quoniam sublata causa stipulationis, quæ propter exceptionem inanis esset, si ex ea ageretur, pristina & antiquior causa, id est, turpitudine superesset, ut Paulus hic ratiocinatur: quomodo aliàs Vlpianus scribit, sublata causa obligationis superesse causam pietatis in specie l. cum is 32. §. mulier infr. tit. prox. Constat autem, quoties & dantis & accipientis causa turpis est, possessorem esse potiorum l. 3. supr. hoc tit. l. 2. C. eod. l. vlt. infr. de condit. sin. caus. l. cum par delictum 154. de regul. iur. l. procurator 9. infr. de doli mali except. ubi additur acceptam turpiter pecuniam iustius penes eum esse qui deceptus est, quam penes eum qui decepit. Ergo verum est in proposito specie, cum ut ponimus, turpitudine ex utraque parte interuenit, cessare conditionem. Atque hic syllogismus est, quo unico tota hæc lex concluditur, ex quo apparet non eum casum hic tractari quo turpitudine ex parte accipientis tantum versetur, ut malè putat Accursius, puta, inquit, ut rem sibi commodatam restituar, vel furtum aut iniuriam non faciat quasi principium legis tractet de vno casu, finis autem de alio. Sed quo versetur ex utraque parte, turpitudine, ut verba legis postrema probant: nec proinde accommodatum est exemplum, quod Accursius & Bartolus adferunt, de eo qui per vim compulsi ad aliquid promittendum. Quoties enim aliquid per vim gestum fuit, nunquam fieri potest, ut ex parte illius qui vim, aut metum paritur, aliqua turpitudine interueniat, sed tantum ex parte eius, qui vim aut metum infert, quare & in eo qui vim aut metum passus est ad promittendum, si postea soluerit, distinguimus an sponte soluerit, an coactus & exactus, at non similiter in eo qui ob turpem aliquam causam promisit. Spontanea namque solutio solum vim & metum præcedentem purgat, non etiam turpitudinem aliam quamlibet, ut diximus ad legem superiorem, ex illa ipsa lege, iunct. l. 2. C. de his que vi metusve caus. non addo cum Accursio nisi acerrimus error interueniat, vel lubricum ætatis ex l. qui contra 4. C. de incest. nupt. Pertinet enim illa exceptio ad ea tantum, quæ non natura, & per se turpia sunt, in quibus errare aut decipi nemo potest, sed ob id tantum quod sint contra mandata & constitutiones Principum, quas aut scire aut interpretari & exequi quomodo oportet, non ita cuique obuium est. Nec rursus proxima

causa stipulationis illa intelligenda est, quæ adhibita fuit ob hoc ipsum, ut stipulatio fieret, pura vis vel metus, quomodo malè Azo apud Accursium interpretatur, sed illa potius, quæ nulla etiam vi adhibita iustam plenamque faceret stipulationem, quam alioqui vacuum & inanem esse oporteret l. 2. §. circa infr. de doli mali except. l. cum enim 7. iunct. §. vlt. l. preced. infr. de nouat. Inanis enim & vacua est stipulatio, quæ causam nullam habet, licet in ea vis interuenierit, & vicissim nulla quoque vi interueniente, non eo minus causam aliquam, eamque turpem habere potest stipulatio. In eoque miror interpretes nostros omnes hallucinatos esse, & proximam stipulationis causam intellexisse vim ad hoc adhibitam, ut promissor per stipulationem obligaretur. Fa-teor quod docet Accursius esse hæc tria diuersa, quæ in huiusmodi stipulatione interueniunt, causam, stipulationem, & solutionem: causam esse anteriorem stipulatione, & stipulationem solutione, sed nego, quod idem addit, solutionem sponte factam tollere effectum primæ, aut potius, ut loqui debuit, proximæ causæ stipulationis, id est, ut ille interpretatur, exceptionem quæ occasione illius primæ causæ dabatur, nego proximam causam stipulationis esse vim, vel metum, nego de exceptione metus intelligi posse verba illa stipulationis qua propter exceptionem inanis esset quomodo intelligi debent: debent secundum interpretationem Accursij, sed de exceptione doli vel in factum, de qua dictum est paulo antè: nego denique verba illa quoniam sublata proxima causa stipulationis sic accipi debere, quasi designent causam stipulationis, ne quidem eam quæ impediatur, ne alioqui vacua & inanis sit stipulatio, sed accipienda esse dico de stipulatione ipsa, quæ causa est solutionis, & dixisse Paulum causam stipulationis pro stipulatione quemadmodum & Vlpianus causam obligationis pro obligatione in specie d. §. mulier l. cum is 32. infr. tit. prox. est enim solutionis causa stipulatio, cum non alio iure nec alia de causa soluat promissor, quam quia per stipulationem obligatus fuit, ut ex ipsa obligationis definitione apparet, quam ponit Iustin. in Tit. de oblig. Sen-sus itaque Pauli est, sublata vi stipulationis, per exceptionem doli vel in factum, quæ adversus agentem ex stipulatione obici potuisset, solere quidem ideo competere repetitionem ex reg. d. l. qui exceptionem 40. infr. tit. prox. quasi solum sit, nulla præcedente stipulatione [quid enim refert an nulla stipulatio præcesserit, an talis quæ per exceptionem elidi possit?] Sed in proposito, tamen non idem dici posse, quoniam sublata causa proxima retentionis, & quæ soluti conditionem impedire debuisset, si nulla exceptio stipulationi obici potuisset, superest causa turpitudinis, quæ impedit repetitionem. Habet ergo possessor retentionem ex causa turpitudinis, qui nullam habere posset ex causa stipulationis, nec ad rem pertinet, quod ex causa stipulationis solum fuit. Ut proinde cessante causa stipulationis nihil iam superesse videatur, quod debeat impedire conditionem. Hic enim sensus est postremorum verborum huius legis tamen si ex stipulatione solum sit quibus verbis insinuat Paulus rationem dubitandi ex eo petitam, quod non possit negari factam esse solutionem ex stipulatione, ac proinde solum fuisse indebitum, quia non dicitur debitum, quod vel ex inutili vel ex inani stipulatione solum est. Quidni ergo reperetur solum per conditionem indebiti ex reg. d. l. qui exceptionem si non possit

possit per conditionem ob turpem causam? Causa enim & necessitas soluendi non turpitudine fuit, sed stipulatio, nam respondendum est, solutionem quidem factam esse ex stipulatione, quæ si non prorsus inutilis, saltem inanis fuit, propter exceptionem doli vel in factum: sed huic stipulationi addeò inesse turpitudinem ex utraque parte, ut non possit turpitudine à stipulatione separari, ita ut non magis verum sit, solum fuisse ex inani stipulatione, quam solum fuisse ex turpi, non enim sicut exceptio doli vel in factum, inanis reddit stipulationem, ita facit eam honestam, quæ in initio turpis fuit: imò verò turpitudine illa est, quæ promissori dat exceptionem, stipulatio siquidem actionem præbet stipulatori, turpitudine autem exceptionem promissori, & quidem doli vel in factum, quæ subsidiana est exceptionis doli l. 4. §. adversus infr. de doli mali except. quia dolo facit qui ex turpi stipulatione aliquid consequi velit, & contra publicam honestatem ex stipulatione, inquam non quæ turpem illam causam verbis expressis contineat [generaliter enim tales stipulationes ipso iure nullius momenti sunt, ut proinde agere eis non possit, & consequenter ad eas elidendas nulla sit exceptio necessaria l. generaliter 26. §. seq. infr. de verb. oblig.] sed quæ, nullâ expressâ causâ, atamem facta sit ob turpem causam quæ secunda longèque verior Bartoli ad hanc legem interpretatio est, ut Accursium nostrum adversus ultramontanos defendat. Expressa enim nocent, quæ non expressa non nocent, ut habet iuris regula, quomodo etiam in sententiis solemus distinguere cum querimus an ipso iure teneant, cum per errorem late sunt & contra rigorem aut potius vigorem iuris, ut appellati ab iis necesse sit, an verò etiam sine appellatione rescindantur, vtrum errorem expressum contineant, an non expressum l. si expressum 19. infr. de appellat. Nihil enim verat stipulationem, nulla etiam causa expressa fieri, & ex ea competere actionem ipso iure l. 2. §. circa de doli mali except. & tamen stipulationi inesse, ac subesse causam aliquam turpem, quæ non tantum præbeat promissori exceptionem doli, si ex ea stipulatione conueniatur: quod contingeret, si stipulatio facta esset sine causa d. §. circa. Sed etiam stipulatori retentionem, si promissor tam stultus fuerit, ut ei soluerit, siue sponte, siue coactus, omiſſa per errorem fortè aut imperitiam exceptione doli vel in factum quam opponere potuisset, quod enim nulla, neque honesta, neque turpis causa stipulationis est, exceptionem doli vel in factum tribuere promissori potest: at quod causa quæ subest turpis sit, præbet etiam stipulatori retentionem, non quasi ex stipulatione turpi nascatur obligatio aliqua naturalis, quæ possit parere ius retentionis [repugnat enim hoc æ-

quitati naturali, ex qua potissimum estimatur naturalis obligatio l. Stichum aut Pamphilum 95. §. naturalis infr. de solut.] Sed quia multo esset turpius dare propter turpitudinem, quæ ex parte quoque agentis versaretur, conditionem soluti ei qui communem turpitudinem allegare non posset, quin propriam aliegaret, idèoque nemine valente agere & condicere, necesse omnino est, id quod solum fuit, remanere penes possidentem, occasione magis, quam iure, ut pluribus docuimus ad l. 3. supr. hoc tit. arg. l. 2. infr. de riuis. Obicit Bartolus, spoliatum ante omnia esse restituendum ex l. si quis à se fundum 7. Cod. ad leg. Jul. de vi public. Ergo non esse audiendum eum, qui vim intulit, si adversus agentem actione quod metus causa, velit obicere exceptionem spontaneæ solutionis. Et respondet aliud esse, si quis agat interdicto aut alio remedio recuperande possessionis, aliud verò si actione quod metus causa, nec minus inter hæc distare, quam inter vim ablatiuam aut expulsiuam, ut ipse loquitur, & compulsiuam quæ habet consensum & voluntatem, licet coactam eius qui vim patitur l. si mulier 21. §. vlt. supr. Quod met. caus. Sed parum accommodatè ad hanc legem in qua, ut diximus, non tractatur de actione quod metus causa, nec de solutione per vim extorta, sed de stipulatione ob turpem causam interposita, ex qua solutio postea sponte secuta sit. Debuissetque potius fieri hæc obiectio ad legem præcedentem, in qua agitur de solutione exacta ex stipulatione, quæ per vim fuerat extorta, sicut & alia obiectio quam addit Bartolus ex l. 3. & 4. C. Quod met. caus. ubi ex eo quod quis recipit precium rei per vim venditæ, non tamen purgator vis aut metus, quam ille vocat turpitudinem, quasi verò de ea turpitudine Paulus hic loquatur, quod est ridiculum. ut supra ostendimus: eodem pertinet, quod idem Bartolus querit, quis debeat probare? An ille qui reperit, quod tempore solutionis turpitudine subesset, an ille qui conuenitur quod non subesset? In qua questione distinguit, an actor fundet suam intentionem ex turpitudine adhibita in contractu ex parte aduersarij, sed quam aduersarij idemque reus dicat sublatam esse per spontaneam solutionem, aut per subsecutam rati-habitionem, ut eo casu reus probare debeat, ex cap. super hoc extr. de renunciat. An verò actor fundet suam intentionem ex turpitudine, quæ interuenit non tempore actus celebrati, contra quem venit, sed tempore anteriori, ut puta, si quis dicat se promississe per vim & soluisse, ut hoc casu non sufficiat, probare vim interuenisse tempore contractus, nisi probetur interuenisse etiam tempore solutionis ex l. 2. Cod. quod met. caus. quasi hæc sit illius loci sententia, quod similiter à nobis resutatum est ad legem superiorem.

9. IDEM libro 5. ad Plautium.

SI vestimenta vtenda tibi commodauero, deinde pretium, vt reciperem, dedissem: conditione me rectè acturum, responsum est. quamvis enim propter rem datum sit, & causa secuta sit: tamen turpiter datum est.

Ad l. vlt. si vestimenta vtenda.

RAT. DV B. Si cum vestimenta tibi vtenda commodassem, dederim tibi precium, vt ea reciperem, negari non potest quin pecuniam dederim ob rem

& causam, nec rursus quin resilla & causa secuta sit, cum ponamus te vestimenta mihi reddidisse, ergo conditioni huius pecuniæ locus esse non potest. Tot. tit. supr. de condit. caus. dat. caus. non secut. DE C. Qui pecuniam accipit, vt id faciat, quod etiam nulla data pecunia gratis ex officio suo & iure facere

deberet, turpiter accipit, vel ob hoc ipsum quod accipiendo pecuniam demonstrat, non aliter se facturum fuisse, potentior enim esse debet per se auctoritas legum, quam ut pecuniae adminiculo aliquo indigeat: atquin is qui commodatum accepit, ad hoc obligatus est & naturali & civili iure, ut commodatum finito usu reddat commodatori, alioqui perfidiae, id est, fidei ruptae crimen incurrit, teneturque eo nomine quanti actor in litem iuraverit l. 3. §. in hac instr. Commod. l. ei apud quem §. infr. de post. Ergo turpiter pecuniam accipit, qui accipis à me, ut reddas mihi commodatum, sicut & qui accipit, ne furtum, aut homicidium, aut aliud maleficium faciat l. 1. §. vlt. & l. 2. §. supr. hoc tit. Proinde quamvis non possit locus esse conditioni, ob causam dati causa non secuta, de qua dictum est in tit. praecedente, competit tamen conditio ob turpem causam, quia turpitudine hic nulla versatur ex parte dantis, sed ex parte solius accipientis. Quomodo Accursius verba illa tamen turpiter datum est bene interpretatur, ut datum Paulus dixerit pro acceptum. Nec ad rem pertinet, quod ad repetendam hanc pecuniam etiam actio competit ex contractu qui & nominatus est & bonae fidei ut constat ex §. prox. & l. 3. §. infr. de doli mali except. l. si tutor 13. §. infr. de tutel. & ration. distract. Non enim potest ea res impedire con-

¶ Si ob rem locatam tibi, vel venditam à te, vel mandatam, ut redderes, pecuniam acceperis: habebis tecum ex locato, vel vendito, vel mandati actionem. quod si, ut id, quod ex testamento, vel ex stipulatu debebas, redderes mihi, pecuniam tibi dederim: conditio dumtaxat pecuniae datae eo nomine erit. idemque & Pomponius scribit.

Ad §. 1. Si ob rem.

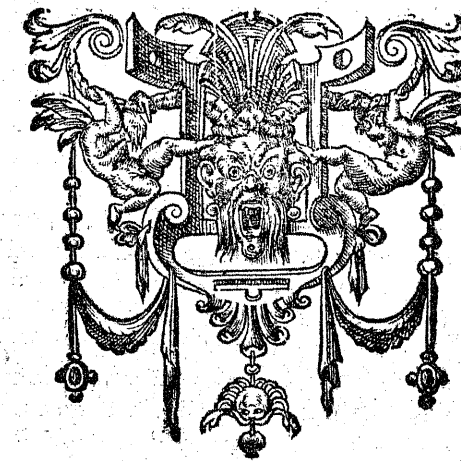
RAT. DVB. Ex contractu bonae fidei nunquam ad hoc agitur, ut quod ab uno ex contractibus alteri datum est reddatur, sed ut si fiat, quod promissum est, quodque fieri debuit, id quod interest praestetur l. ea condicione 14. Cod. de rescind. vendit. Ergo si ob rem locatam tibi, vel à te venditam, vel mandatam, ut redderes pecuniam acceperis, non debeo habere contra te ex locato vel ex vendito vel mandati actionem, ut reddas pecuniam, sed ut praestes mihi quanti mea interest, praesertim cum si pecuniam quam dedi habere malim, condicere illam possim. Sic enim hic §. rectè ab Accursio, ceterisque omnibus accipitur, ut in mea potestate sit agere ad repetitionem pecuniae, vel actione bonae fidei ex contractu, vel condicione quae stricti iuris actio est, ut hic §. cum initio legis consentiat, ubi datur etiam conditio commodatori ad repetitionem pecuniae datae, ut commodatum redderetur, quamvis eo nomine competat etiam actio commodati, quae bonae fidei est, sicut & actio depositi in specie l. vltim. §. infr. de post. iunct. l. 2. §. 1. §. supr. hoc titu. **DEC.** Multum interest, an repetere quis velit actione bonae fidei illud ipsum, quod ex contractu dedit, an verò quid aliud quod extra contractum, & ex postfacto dederit, ut contractus fides quae gratis impleri debuerat, ab eo qui accepit impletur, priore casu, nunquam actio bonae fidei datur ad repetitionem, extra casum l. cum te 6. Cod. de pact. int. empt. & vendit. quo-

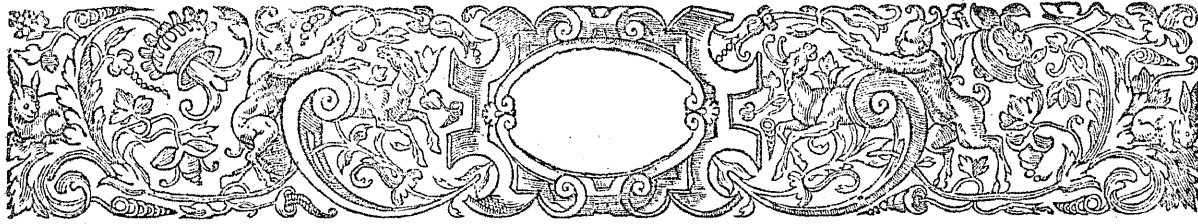
ditionem, ne alioqui eueniat, ut deterioris conditionis sit contractus, qui bonae fidei est, ob id solum quod sit bonae fidei: nam & similiter videmus actionem praescriptis verbis, quae nasci solet ex pacto incontinenti appposito, post contractum stricti iuris l. vltim. Cod. de rer. permut. l. si dominus 8. de praescrip. verb. infr. l. legem 9. l. cum res 22. Cod. de donat. competere etiam ex pacto appposito in contractu bonae fidei l. 2. Cod. de pact. int. empt. & vendit. licet actio quoque ex contractu ipso hoc casu competat, ut eadem lex ait. Itaque explodendi sunt, qui apud Accursium defendunt intelligendam esse legem hanc non de vero commodato, sed de precario, ex quo civilis actio nulla nascitur l. interdictum 14. §. infr. de precar. Est igitur separanda hac parte conditio ob causam dati causa non secuta, à conditione ob turpem causam, ut bene notat Accursius. Nam prior illa conditio nunquam potest concurrere cum actione bonae fidei, cum nascatur ex contractu innominato, contractus autem omnes innominati sunt stricti iuris: at conditio ob turpem causam facile potest concurrere cum actione bonae fidei, quia non est ex bona fide, ut quicquam fiat turpiter l. si verò non remunerandi 12. §. si adulescens infr. leg. creditor 60. paragrapho vltim. Mandat.

niam ea ratione contractus constitueretur irritus, ut ait dict. l. ea condicione. Atque ita in contractibus quaeque nominatis locus poenitentiae induceretur, quod esset contra iuris regulam l. sicut 5. Cod. de oblig. & action. Posteriore verò casu competit non solum conditio ob turpem causam dict. l. 2. §. 1. §. supr. sed etiam actio bonae fidei ex contractu ipso, quoniam pecunia illa non ex contractu data fuit, sed potius contra ipsum contractum, ex quo praestare mihi & reddere vltro rem debueras, cuius reddendae aut praestandae gratia, pecuniam habere à me per insignem perfidiam, & contra bonam fidem voluisti, porro quod contra bonam fidem à me accepisti, hoc abs te mihi reddi bonum & æquum est, id est, ex bona fide, summamque æquitate. Proinde venit ea praestatio in actionem bonae fidei, sicut & cetera omnia, quae sunt ex bona fide, & æquitate dict. l. vltim. iunct. l. bona fides 31. §. infr. de post. l. ex empto 11. §. vltim. l. bona fides 50. de action. empt. etiam illa, de quibus neque actum, neque cogitatum videri potest, inquit Accursius ex l. in bona fidei 7. §. infr. de eo quod cert. loc. & §. 1. Instit. de oblig. qua quasi ex contr. nascunt. nec tamen ea res impedit conditionem ob turpem causam, quae licet stricti iuris sit, attamen ex æquitate est, ut & ceterae conditiones omnes, eoque magis, quod æquitati iuris nihil tam aduersatur quam turpitudine, propter primum iuris praecceptum, quod in eo consistit, ut honestè viuamus l. iustitia 10. §. 1. §. supr. de instir. & iur. Vnde est, quod publicam honestatem offendi nullo casu ius nostrum patitur l. semper in conjunctionibus 42. §. infr. de ris. nupt. l. semper 197. iunct. l. non omne 144. de regul. iur. Ergo

Ergo quemadmodum solemus dicere, exceptiones doli pacti, & alias omnes, quia sunt omnes ex æquitate, inesse ipso iure bonae fidei iudicis l. 3. §. infr. de rescind. vendit. l. sed fidei 21. §. infr. solut. matrim. l. huiusmodi §. 4. §. qui seruum de legat. 1. adeoque actiones de dolo l. & eleganter 7. in princip. supr. de dolo l. si hominem 7. §. 1. §. infr. de post. ira dicendum est, quod pauci obseruant, etiam conditiones aduentitias, id est, non ex contractu ipso descendentes, sed ex facto aliquo extrinseco, quod contra bonam fidem superuenit, iisdem bonae fidei iudicis inesse, ut quod turpiter & contra bonam fidem factum est æquitate ipsius iudicij, quod bonae fidei est, vincitur. Quod in contractibus stricti iuris diuersum est, in quibus nec doli ipse vindicari potest, nisi per oppositam doli exceptionem §. in bona fidei Instit. de a. tion. itemque in arbitrariis l. sumptus 48. §. supr. de rei vindicat. l. Papinianus 14. §. supr. de Public. in rem act. Idque est quod Paulus noster ex Pomponio hinc subiicit, si ut id quod mihi ex stipulatu, vel ex testamento debebat, praestares mihi, pecuniam tibi dederim, conditionem dumtaxat pecuniae datae eo nomine competituram, non etiam actionem ex stipulatu, ut ex testamento, nempe quia actiones hae strictae sunt, nec minus actio ex testamento, quam ex stipulatu, ut hic locus omnium optime probat, l. iunct. l. aliis 6. ubi diximus supr. de in l. iur. l. si heres 6. §. infr. de eo quod cert. loc. quamuis in nonnullis imitetur actiones bonae fidei, nimirum in fructibus & vfuris legatorum ac fideicommissorum, ex die morae praestandis l. in minorum 3. Cod. in quibus caus. non est necess. in integr. restit. l. si quis seruo 84. l. Titia Seio 87. §. vfuras de legat. 2. Propter voluntatem scilicet testatoris, quae non illa fuit, ut moram heres faceret praestationi legatorum ac fideicommissorum l. si cui legatum 92. in fin. de condit. & demonstr. l. in fideicommissaria 18. ad Se-

natusconsultum Trebellianum, nihil autem testator dixit, neque cogitavit de eo casu, quo legatarius, vel fideicommissarius pecuniam heredi daret ad legatum, vel fideicommissum consequendum, & ideo non potest actio ex testamento porrigi ad hanc pecuniam repetendam, sicuti nec ad aliud quicquam quod legato vel fideicommissum non contineatur, & hoc est, quod dicimus, actionem aliquam strictam esse & stricti iuris, non posse scilicet extendi ad aliud quicquam extrinsecum, & in contractu, vel in testamento non comprehensum Nam quemadmodum quicquid adstringendè obligatis est, id nisi palam verbis exprimat, pro omisso habendum est l. quicquid 99. de verborum obligationib. ita neque ex testamento agi potest, nisi ad id ipsum quod legatum vel fideicommissum est, ne alioquin eueniat, ut in re testatoris liberaliores sumus ipso testatore, quod esset ridiculum l. debitor 59. in fine principij l. facta 63. §. si sub condicione infr. ad Senatusconsultum Trebellianum. Ceterum quo casu & conditio competit, & actio ex contractu bonae fidei, longè commodius, & vtilius est, agere iudicio bonae fidei quam conditione propter incrementum vfurarum, quae ex iudicij bonae fidei à die morae praestandae sunt l. mora 32. §. in bona fidei l. vfura 34. & 36. §. infr. de vfur. nunquam verò ex iudicij stricti iuris, nec proinde ex conditionibus l. quoties 4. Cod. hoc titu. l. 1. Cod. de condit. indeb. Ergo nec si detur conditio ei qui pecuniam heredi dedit, ut rem quae sibi testamento relicta est, acciperet: quoniam haec pecunia licet propter testamentum data sit, non tamen per actionem ex testamento, sed per conditionem repetitur: actio autem ex testamento sola illa est, quae inter strictas omnes habet priuilegium, ut fructuum & vfurarum additamenta recipiat d. l. 3. C. in quib. caus. non est necess. in integr. restit.





DE CONDICTIONE INDEBITI.

TIT. VI.

I. VLP IANVS libro 26. ad Edictum.

Nunc videndum de indebito soluto. Et quidem si quis indebitum ignorans soluit, per hanc actionem condicere potest. sed si sciens se non debere, soluit: cessat repetitio.

Ad l. i. Nunc videndum.

Elegans est, & per omnes ferè iuris nostri partes diffusus hic tractatus *De condictione indebiti*. Et quamuis debitorum siue perfidia siue contumacia eò rem hodie deduxerit, vt vix tandem soluant, quòd & naturaliter & ciuilitè debere se non ignorant, euenit tamen plerumque, vt de indebito soluto, & de indebiti condicione quari oporteat. Meritò autem præstantur nostri post Accursium varias esse species indebiti, & Accursius quidem tres constituit, sed Bartolus quatuor. Prima species eorum est quæ indebita quidem sunt ciuilitè, sed tamen debita naturaliter, cuiusmodi sine controuersia sunt ea, quæ nudo pacto promissa sunt, aut quæ sup- pillis sine tutoris sui autoritate promissæ, vel acceptæ mutua, nec locupletior factus est l. Stichum aut Pamphilum 95. §. naturalis de solut. Secunda est eorum quæ è contrario indebita sunt naturaliter, sunt tamen debita ciuilitè, vt si quid ex nuda literarum obligatiōe debeat, necdum tempus præterierit intra quod proponi potest querela vel exceptio non numeratæ pecuniæ, quamuis non desint, qui defendant obligari hunc & naturaliter & ciuilitè. Tertia species est eorum, quæ nec naturaliter, nec ciuilitè debentur, cuiusmodi sunt ea quæ vel nullomodo promissa fuerunt, vel non nisi sub condicione l. sub condicione 16. infr. hoc tit. Quarta & postrema, si Bartolo credimus, eorum quæ debentur quidem & naturaliter, & ciuilitè, sed tamen quorum petitio exceptione aliqua potest summoueri, de quibus in l. qui exceptionem 40. infr. ead. Cùm igitur quatuor sint species indebiti, quæstio est, an generaliter verum sit, quod Vlpianus in hac lege scribit, eum qui ignorans soluit indebitum, potest repetere, eum vero qui sciens, non posse, aut si generaliter verum non est, ad quam speciem ex supradictis, & quidem alij aliter sentiunt, vt videre est in Bartoli commentariis, & longa ipsius pro Accursio aduersus Vltimotanos disputatione, ego putò quicquid Accursius & Bartolus sentiant, siue naturaliter tantum siue ciuilitè tantum fuerit debitum, quod per errorem solutum

est, nullum repetitioni locum esse posse, siue per iuris, siue per facti errorem solutum esse proponatur, dum ne is soluerit, qui exceptione aliqua perpetua tutus fuit. Qui enim exceptione tutus est, aduersus actionem ex obligatione & naturali & ciuili simul competentem, hoc ipso definit obligatus videri & ciuilitè & naturaliter, cùm naturalis obligatio, quæ solo æquitate vinculo sustinetur, contrariæ æquitate potestate dissoluatur l. Stichum aut Pamphilum 95. §. naturalis inf. de solut. & exceptiones omnes æquitate nitantur, & quidem ea æquitate quæ potentior sit, quàm æquitas actionis: & verò de hoc tertio distinctionis huius membro nemo dubitat, propter regulam l. qui exceptionem 40. iunct. l. si non sortem 26. §. indebitum l. qui inuitem 30. l. cum is 32. §. 1. infr. hoc tit. nisi sciens exceptionem perpetuam sibi competere vltro soluerit, aut promiserit l. si is qui perpetua 24. eod. quia donasse & exceptionem remisisse intelligitur l. si quis delegauerit 11. infr. de nouat. l. indebitum 9. C. hoc tit. quod enim quis sciens se non debere soluit licet ea mente, vt repetat, repetere postea nunquam potest l. quod quis 50. infr. hoc tit. Excipiendæ tamen sunt exceptiones illæ, quæ non tam ex æquitate negotij, aut vt dicam melius, ex iniquitate actionis, quàm ex causa aliqua extrinseca proficiuntur, et si enim eiusmodi quoque exceptiones vim habent elidendæ actionis, alioqui exceptiones dicendæ non essent, si in eam rem non essent efficaces l. 2. infr. de except. In naturalem tamen obligationem non perimunt, quæ quoadiu subsistit, vtique impedit soluti repetitionem. Eius generis est exceptio rei iudicatæ, quæ competit vero debitori, etiam si per sordes, aut per imperitiam iudicis absolutus sit, non quod æquitas vlla faciat pro huiusmodi iudicato, quod tam iniquum esse ponimus, sed quia publice interest, rem iudicatam pro veritate haberi, vt aliquis tadem sit litium finis, tamen si per sordes, aut per gratiam, aut per errorem, & imperitiam iudicatum sit l. res iudicata 208. de regul. iur. l. seruo 65. §. cum prætor ad SC. Trebell. l. si fundus 16. §. si plurius inf. de pign. l. ex diuerso 35. §. 1. sup. de rei vind. Ideòque si debitor verus soluat siue pendente iudicio, siue post sententiam non repetit, quia naturaliter obligatus manet l. Iulianus verum debitorem 60. infr. hoc tit. Nec distinguo

cum

cùm Bartolo, an iudex ideo debitorem absoluerit, quòd non esset à creditore probatum, cum debere, aut quasi nullomodo deberet, aut tanquam si debitum contractum non esset, aut tanquam non debitum simpliciter, quod petebatur. Omni enim casu verum est, superesse naturalè obligationem, quæ per erroneam iudicis sententiam tolli nullomodo potuit §. sed naturalia Instit. de iur. natur. gent. & ciuili. §. vlt. Instit. de capit. dimin. cùm nec ciuili tollatur ipso iure, quippe quam saluà manere necesse est, ex eaque agi, vt exceptio rei iudicatæ locum habere possit l. euidenter 16. & tot tit. de except. rei iudic. d. l. si fundus 16. §. si plurius de pignor. & ridiculum est, quod tentat probare Bartolus, actionem hanc produci ex sola obligatione naturali remanente propterea, quòd obligatio illa naturalis habuerit aliquando admixtam secum ab initio ciuilem. Quid enim referre potest, an ab initio nulla fuerit ciuili obligatio, an fuerit quidem, sed ex post facto sublata sit? arg. l. nihil refert 4. infr. tit. prox. Tum verò quid si iustè lata sit sententia, & fuerit absolutus, qui tanquam debitor urgebatur, cùm verus debitor non esset, siue quòd numquam debuisset, siue quòd per solutionem, aut acceptilationem, vel quo alio modo debere desisset? An eo minus fortasse poterit actor iterum agere de facto saltem, vt loquuntur, vt per exceptionem rei iudicatæ illum repellere necesse sit? Et tamen nulla potest hic subesse naturalis obligatio, quæ retineat actionem contra non verum debitorem. Superest igitur etiam post iudicatum eadem ciuili actio, quæ antè competebat, aut instituta de facto fuerat, siue naturalis aliqua obligatio præcesserit, siue nulla, quoniam sententia non est modus tollendæ actionis, aut obligationis vilius, ideòque nec per rem iudicatam finirentur lites, nisi aduersus eum qui post iudicatum ex integro agere velleret, comparata in eam rem esset exceptio rei iudicatæ leg. sing. l. 6. & pass. de except. rei iudic. Denique exceptio rei iudicatæ nulla æquitate speciali nititur, quæ afficiat naturam, & qualitatem negotij, quomodo afficiunt exceptiones doli, pacti, & aliarum quæ sunt similes, cùm perinde locum habeat, siue bene siue malè iudicatum sit, leg. iudex posteaquam 55. de rei iudic. adè vt iudex qui de principali causa malè pronunciauit, cogatur etiam comperto errore, quod mirum est, de accessoriis quoque eodem errore pronunciare dict. leg. ex diuerso 35. §. 1. sup. de rei vindic. Eiusdem generis est exceptio diuisionis, quæ ex epistola Dni Hadriani datur fideiussoribus leg. inter fideiussores 16. & seq. infr. de fideiuss. & duobus reis ex constitutione Iustini in Nouell. 99. de duob. reis, vnde sumpta est Auth. hoc ita C. ill. tit. itèmq; exceptio discussionis, quam idem Iustinianus dedit & fideiussoribus, & tertius pignorum possessoribus Nouell. 4. de fideiuss. vnde sumpta est Auth. præsentè C. eod. tit. & Auth. hoc ita C. ill. tit. Qui enim his exceptionibus tutus est, si soluat etiam ignorans, siue per iuris, siue per facti ignorantiam non repetit leg. si testamento 49. §. penult. infr. de fideiuss. non quia exceptiones hæc sunt comparatæ ad rigorem iuris adiuuandam, vt malè putat Bartolus (sunt enim potius comparatæ ad rigorem iuris æquitate ac moderate atque quadam temperandam, cùm ex rigore iuris possit vnus ex fideiussoribus, & quilibet pignorum possessori à creditore rectè conueniri leg. 3. C. eod. leg. distractis 14. C. de pignor.) sed quia non faciunt quantitatem indebitam, quo-

Tom. II. l.

modo eleganter Papinianus noster ratiocinatur in dict. leg. si testamento §. pen. in illis verbis, & vtilior est vtroque casu illa sententia, solutionem non indebitæ quantitatis non debere reuocari, neque ad huiusmodi exceptiones pertinet illa iuris regula, quæ habet nihil referre, an quis ipso iure non debeat, an habeat exceptionem leg. nihil interest 112. iunct. leg. non videtur 13. leg. Marcellus 66. de regul. iur. leg. & eleganter 7. §. seruus sup. de dolo. Sunt enim exceptiones istæ ordinis tantum, non etiam iuris, id est, quæ ius & qualitatem actionis afficiant. Et dilatoriæ tantum sunt, non peremptoriæ, cùm non perimant negotium, sed retardent solum & differant exactiōem: denique temporales non perpetuæ quales esse oportet eas, quæ possint parere condictionem dict. leg. si non sortem 26. §. indebitum dict. leg. qui exceptionem infr. Hæc namque demum possunt parere condictionem indebiti, per quas fiat, vt in effectu nihil deberi intelligatur, & vt Papiniani verbo vtatur, quæ faciunt rem indebitam: de quarum tamen numero excipiendæ sunt etiam eæ, quæ licet actionem in totum excludant, odio tamen creditoris potius quàm favore rei comparatæ sunt à iure ciuili, nec tam naturali quàm ciuili æquitate, cuiusmodi est exceptio senatusconsulti Macedoniani dict. leg. quæ exceptionem. Hæc enim, & si quæ aliæ sunt huiusmodi, quia non tam æquitate propria, quàm odio creditoris nitentur, non tollant obligationem naturalem, ideòque nec pariunt repetitionem soluti leg. quia naturalis 10. iunct. §. vltim. leg. præcedentis infr. de SC. Macedon. Nescio autem cur Bartolus tractet hic de exceptionibus litis pendentiæ, aut fori incompetentis, tantumquam de exceptionibus inductis ad rigorem iuris conseruandum, præsertim cùm circa eas non possit occurrere quæstio de condicione indebiti, nisi ponas solutum fuisse id de quo lis pendebat, quo tamen casu certum esset, si id quod solutum esset, debitum fuisset, non posse locum esse condictioni indebiti d. l. Iulianus verum debitorem 60. infr. hoc tit. nempe quia exceptiones istæ non faciunt indebitam rem, quæ petita est, & vt ait Bartolus non respiciunt obligationem neque actionem, sed duntaxat conueniendi modum, & facultatem. Et certè si qua exceptio sit, quæ inducta dici possit, ad conseruandum iuris rigorem, ea maxime est exceptio rei iudicatæ, licet Bartolus contradicat, quandoquidem non aliam rationem habet illa exceptio, quàm quia publicè interest ad finiendas lites, & discordias quæ ex litibus nascuntur, sanctam esse & inuolabilem rerum etiam malè iudicatarum auctoritatem d. §. cum Prætor. l. 2. & pass. C. de iudic. nec potest defendi, quod mauit Bartolus, ponendam esse hanc exceptionem inter eas, quæ faciunt rem indebitam ciuilitè, & debitam naturaliter, cùm res iudicata non magis possit ciuilem obligationem tollere, quàm naturalem, secundum ea quæ supra disputauimus. Igitur extra illos casus, in quibus diximus fieri & naturaliter, & ciuilitè indebitam, per exceptionem, & extra supradictas distinctiones, dico id quod naturaliter tantum, aut etià ciuilitè tantum debitum fuit, si solutum sit etià per errorem siue iuris, siue facti non posse repeti, nisi cùm persona facit locum repetitioni, vt cõtingit in pupillo soluentem sine tutoris autoritate, id quod etià naturaliter & ciuilitè debeat l. interdum 29. infr. hoc tit. vbi addi-

EE

tur exemplum aliud de eo cui bonis interdictum est, quod generalius obtinet in iis omnibus, qui alienandi ius non habent, ex ratione posita in *l. quod si forte* 1. §. *ult. infr. de solut. & §. ult. infr. quib. alien. licet vel non.* & quidem in ea re, quæ naturaliter tantum fuit debita, longè minorem dubitationem res habeat, ut conditioni indebiti locus esse non possit, cum non possit dici omnino indebitum, quod saltem naturaliter debitum fuit, si que præcipuus effectus sit naturalis obligationis, ut impediatur soluti repetitionem *d. l. naturalis* 10. *infr. de oblig. & action. l. si de iussor* 16. §. *naturalis de fideiussor. l. naturaliter* 13. *& seq. l. si non sortem* 26. §. *libertus in fin. l. frater à fratre* 38. *in prim. ep. & §. 1. & d. l. Iulianus* 60. *infr. hoc tit. l. 3. in fin. supr. quod quisq. iur.* Is porro natura debet, quem iure gentium dare oportet, siue eius fidem secuti sumus ut in *l. cum amplius* 84. §. *si natura debet de regul. iur. siue nulla fide data, nec intercedente aliqua conuentione sola æquitas iuris gentium obligationem inducat, ut euenit in eo, cuius absentis, adeoque pupilli, vel furiosi negotia utiliter gesta sunt, quem constat non tantum naturaliter obligari, sed etiam ciuilitate, si cur & quoties ex re actio venit* *l. 1. & 2. & 3. §. pupillus* 1. *si pupilli* 6. *supr. de negot. gest. l. furiosus* 4. *infr. de oblig. & action. ne quis forte pu. et, q. iud. quidam crediderunt, contra quos Bartolus disputat, nullam esse obligationem naturalem, nisi quæ ex consensu nascatur, neque quæ ad solutio debiti naturalis per errorem, siue facti siue iuris facta sit, conditionem parere potest, sicut enim conditionem non illud parit, quod is qui soluit nollet soluisse, sed quod indebitum soluitur, ita neque retentionem debiti naturalis impedire illud potest, quod solutio facta sit ab errore, qui non soluit, si non errasset, eum error ille facere nequeat, ut indebitum sit, quod solutum est, quodque fuit reuera debitum iure naturali & gentium, eo tempore quo soluebatur. Denique tum demum quæstioni locus est, an quod per errorem siue iuris siue facti solutum est, repeti possit, cum verè fuit omnino indebitum, quod per errorem solutum est, non etiam si debitum quoquo modo fuit siue naturaliter tantum, siue tantum ciuilitate. Itaque non possum probare distinctionem illam, quam supra diximus Accursij, & Bartoli, vtram quid indebitum sit ciuile tantum, non etiam naturaliter, an verò naturaliter tantum, non etiam ciuilitate, quicquid enim tale est, nullomodo potest dici absolute indebitum, cum aliquo iure debitum sit, licet non omni iure: & indebitum illud duntaxat dicendum est, quod nullo probus iure debeat. Quemadmodum solemus dicere, non in totum videri falsum, quod veritatis primordio adiuuatur *l. cum filium* 76. §. *heres meus de legat. 2.* Aut ut loquitur Vlp. in *d. l. si non sortem* 26. §. *indebitum*, quod vel omnino non debeat, id est nullomodo, vel ad indebiti causam redit, ob exceptionem perpetuam debitori competentem: quo casu quamuis & naturalis & ciuilis obligatio salua remaneat, ut diximus, effectu tamen ipso vtraque si non sublata saltem inefficax redditur, propter æquitatem exceptionis, quæ tanquam potentior tollit vinculum prioris illius æquitatis, quo naturalis obligatio sustinebatur *d. l. Stichum* 95. §. *naturalis de solut.* quamquam autem obligatio, quæ ciuilis tantum est, nullo æquitatis naturalis vinculo nititur (alioqui esset obligatio non tantum ciuilis, sed etiam naturalis) ideo tamen parit retentionem non minus quam naturalis, quod absurdum sit minoris potestatis esse ciuilem obli-*

gationem, quæ maioris est ad agendum, & cuiusdam actionem non dari multo magis exceptionem & retentionem, ex regula *l. 1. §. si autem infr. de superfic. l. inuitus* 156. §. *cui damus de regul. iur. l. 1. de pignor.* nec quisquam dixerit solam obligationem naturalem impedire conditionem, quasi non eundem effectum habere multo magis debeat, ea quoque obligatio, quæ sit ciuilis tantum, sed dicimus obligationem naturalem, etiam quæ sit sola, impedire repetitionem, ne dubitare possimus multo magis obligationem, quæ sit ciuilis tantum, idem efficere & posse, & debeat, dum ne, quod sæpe accidit, exceptione aliqua perpetua elidatur, puta exceptione doli, ut in *l. 2. §. circa de doli mal. & met. except.* Exemplum adfert Accursius, & post eum Bartolus de obligatione litterarum, quæ ciuilitate tantum est, paritque actionem, sed quæ tamen intra biennium eliditur per exceptionem non numeratæ pecuniæ, ita quæ facta sit spe futuræ numerationis, qua non secuta nec consensus quidem vili promissoris interuenisse intelligitur, ex quo nata obligatio aliqua naturalis videri possit, ut Bartolus probat non male ex *l. qui pecuniam* 30. *supr. de reb. credit. l. pen. infr. que respignor. oblig. poss. l. 1. in fin. qui potior. in pignor. hab.* Errant enim illi qui putant videri hoc casu contractam obligationem sub conditione, ut inserant, nullam ergo interim ex huiusmodi promissione nasci obligationem, necque naturalem neque ciuilem *l. credere diem* 21. *de verb. sig. & ff.* Verum namque est, contrahit literis obligationem pure *rot. tit. de lit. oblig. infr. & l. non figura* 38. *de oblig. & act.* sed ciuile tantum, ex qua nascitur actio, & contra quam ideo necessaria est exceptio non numeratæ pecuniæ *l. si ex cautione* 3. *l. in contr. actibus* 14. *C. de non numer. pecun. aut cõditio obligationis l. si quasi* 7. *cod. tit. l. si cum exigua* 4. *C. de condit. ob caus. dator. quæ conditio locum habere non posset si nulla obligatio præcederet* *l. 1. infr. Tit. prox.* Nec minus errant etiam ij, qui putant ex ea literarum obligatione perinde nasci obligationem naturalem, atque ciuilem, nulla enim naturalis obligatio esse potest, ubi nullus consensus, nullaque æquitas subest, neque tamen eò magis competit repetitio soluti, quia sufficit obligationem subesse ciuilem ad impediendam conditionem *l. cum fidem* 4. *C. de non numer. pecun.* cum exceptio non numeratæ pecuniæ, quæ aduersus actionem ex illa ciuili obligatione competentem, non sit perpetua, sed temporalis. Biennio enim concluditur non minus quam querela ipsa non numeratæ pecuniæ: plane si poneres eum qui se literis obligauit spe futuræ numerationis, quæ nunquam secuta fuerit, velle se onerare probatione, quod nulla pecunia sit numerata etiã post elapsum biennium quod vti que facere potest, non quidè per exceptionem non numeratæ pecuniæ, quæ semper ut diximus biennio concluditur, sed per exceptionem doli *l. 3. C. eod. quæ perpetua est l. pure* 5. §. *ult. de doli mal. except.* Diceret competitur hoc casu conditionem indebiti, ex regula *d. l. qui exceptionem* 40. *hoc tit. iunct. l. qui se debere* 7. *supr. de condit. caus. dat.* nec repugnet *d. l. cum fidem* quæ post solutionem non denegat debitori conditionem indebiti soluti, sed tantum exceptionem non numeratæ pecuniæ, nimirum ne creditor etiam post acceptam pecuniã cogatur probare numeratam esse pecuniã, quæ iam ipsi fuerit reddita. Oneraretur enim ea probatione, si exceptio non numeratæ pecuniæ opponeretur *l. 1. cod. tit.* aut etiam exceptio doli intra biennium. In eo siquidem solo differunt, quod pertinet ad literarum obligationem spe futuræ numerationis contractam, quod exceptio non

non numeratæ pecuniæ semper biennis est, exceptio autem doli semper perpetua, quamuis alio iure intra biennium censenda, alio autem post biennium, quantum ad onus probandi, quia intra biennium probandi onus incumbit creditori, quod pecuniã numeratam, post biennium verò incumbit debitori, ut probet non fuisse numeratam. Eadem mihi videtur constituenda esse ratio earum quoque conuentionum, quæ per vim, aut metum, dolumve extortæ sunt, ut ex his scilicet nulla nascatur obligatio naturalis, sed ciuilis tantum. Et si enim contractus etiam in quo vis vel metus aut dolus interuenit, habet voluntatem eius, qui vim vel dolum passus est, quia etiam coacta voluntas, tamen voluntas est *dict. leg. si mulier* 21. §. *ult. supr. Quod met. caus. leg. si patre cogente* 22. *infr. de rit. nupt.* non sufficit tamen voluntas quælibet ad inducendam obligationem naturalem, nec consensus quilibet, sed is demum qui liber sit, & à libera voluntate, cum non assumeret naturalis obligatio, nisi ex vinculo æquitatis naturalis, quæ potest nonnumquam fauet ei, qui vim, dolumve admisit. Est enim contra ius naturale & gentium, ut homo homini infidetur, aut vim vel iniuriam inferat: alioqui nec ex iure naturali & gentium esset, vt vim vi repellere liceat, & dolum malum dolo bono *leg. ut vim* 3. *supr. de iust. & iur. leg. cum pater* 77. §. *Titio fratri anteq. de leg. 2.* Obligationis merè ciuilis alia ratio est, exigit enim solum iuris ciuilis vinculum, non tantum ad hoc vt producat ciuilem actionem, sed etiam vt per traditionem ex ea tanquam ex iusta causa factam dominium transferri possit, ex regula *leg. numquam nuda* 31. *de acquir. rer. domin.* Nemo autem dubitat, quin & stipulatio, & alius quilibet contractus per vim aut metum, vel per dolum extortus habeat vinculum iuris, cum etiam coacta voluntas, sit voluntas, vt diximus, licet nullum habeat vinculum æquitatis naturalis, & tamen repetitio soluti ex hac causa competit, non quasi sola obligatio ciuilis per se non sufficiat ad impediendam conditionem, etiam cessante obligatione naturali: sed quia aduersus actiones competentes ex contractu per vim aut dolum extorto competit exceptiones doli, & metus, quæ sunt perpetuæ, & æquitate naturali subnixæ, quarum ius proprium est, vt pariant conditionem *dict. leg. si non sortem* 26. §. *indebitum & leg. qui exceptionem* 40. *infr. hoc tit.* nempe si pecunia ex eiusmodi contractu debita soluta non sit à debitore nec per errorem, sed in consequentiam præcedentis obligationis exacta *leg. ex ea stipulatione* 7. vbi dixi *supr. tit. prox. iunct. leg. 2. C. de his que vi met. caus.* Difficilius illud videtur quod obiicitur ex *leg. si quis postquam* 37. *infr. de fideiuss.* Si quis postquam tempore tracto liberatus est, fideiussorem dederit, non teneri fideiussorem, quia erroris fideiussio nulla sit: sic enim nostri vulgo intelligunt, vt eo casu etiam solutum per errorem possit repeti, quamuis inquitur, per præscriptionem ciuilis obligatio sola tollatur, non etiam naturalis. Pugnat enim hæc sententia cum eo quod proxime diximus, id quod naturaliter tantum debetur, etsi per errorem etiam facti solutum est, nihilo magis posse repeti, cum negari non possit, quin præscriptio solam obligationem ciuilem tollat, non etiam naturalem, tanquam quæ ex æquitate merè ciuili inducta sit, & magis odio actoris negligentis, quam fauore rei, ut exceptio Macedoniani, non ex æquitate vlla natu-

rali, perinde atque vsucapio *leg. 1. infr. de vsucap. l. 3. & 4. C. de præscript. 30. vel 40. annor.* itaque quamuis exceptio præscriptionis perpetua sit, non potest tamen parere conditionem, salua manente obligatione naturali, quæ semper impedit repetitionem *d. l. 3. §. ult. supr. quod quisq. iur.* Sed tamen dicendum est, meo iudicio, Paulum in *d. l. si quis postquam*, non loqui de eo qui tutus præscriptione tantum temporis soluerit, aut fideiussorem dederit, sed quod nemo obseruat, de eo qui actione temporali non perpetua obstructus antea, & iam transacto tempore liberatus, fideiussorem dedit eius actionis nomine quæ amplius nulla erat, cum actiones temporales ipso temporis lapsu solo in totum extinguantur, ita ut ad eas elidendas nulla exceptio & præscriptio opus sit, cum ab initio ea lege inductæ sint iure honoratio, siue prætorio siue ædilitio, ne post certum tempus possint viuere: aded vt nec obligatio vlla naturalis videri possit ex ea causa superesse ad conditionem inducendam, aut ad obligandam fideiussorem, qui alioquin etiam obligationi naturali soli posset accedere *l. stipulatus sum* 6. *l. fideiussor* 16. §. *fideiussor eod. tit. l. is cui* 6. *de verb. oblig.* Proinde cum neque obligationis naturalis neque ciuilis neque actionis, sed merè erroris fideiussio illa sit, mirum non est, eam non videri. Aliãque ratio est debitoris qui tutus exceptione præscriptionis perpetua aduersus actionem aliquam ipso iure competentem dederit fideiussorem, aut soluerit, quamuis per errorem facti: Hic enim repetere ideo non potest, quia naturaliter obligatus manet, cum tempus non sit modus naturalis tollendæ obligationis *l. obligationum ferè* 4. §. *placet de oblig. & action. sed modus ciuilis non nisi posteriorum imperatorum constitutionibus introductus in d. l. 3. & 4. C. de præscript. 30. vel 40. annor.* Eademque ratio facit, vt fideiussor ex hac causa datus teneatur, quamuis non semper soluti repetitio & datio fideiussoris à pari procedant. Ob stare etiam sententiæ nostræ maximè creditur, quod scriptum est in *l. error* 9. *C. ad leg. falcid.* falcidiæ conditionem heredi competere, si forte per errorem facti non iuris soluerit fideicommissum integrum non detracta falcidiã, quam ex fideicommissis detrachere potuisset, cui conuenit quod scriptum est in *l. 1. & ult. eod. tit. l. regula* 9. §. *pen. de iur. & fact. ignor. l. si patronus* 20. §. *de illo infr. de donat. l. lex falcidia* 47. *infr. ad leg. falcid. l. cum quis* 10. *C. de iur. & fact. ignor. & in l. heres* 21. *infr. ad SC. Trebell.* Putat enim Bartolus post Accursium legata & fideicommissa integra deberi naturaliter, etiam post legem Falcidiam latam, & post senatusconsultum Pegasianum, quo quartæ reventio ex fideicommissis permissa est. Ego verò magis probo quod Vltimontani nostri iam olim contra Accursium defenderunt, heredem qui legatis aut fideicommissis ultra doctantem oneratus est, non magis naturaliter, quam ciuilitate esse obligatum, vt legata vel fideicommissa solida præstet, ac de legatis quidem & fideicommissis singularibus quæ per SC. Pegasianum exacta sunt per omnia legatis circa deductionem falcidiæ *l. 1. delegat. 1. iunct. §. sed quia versic. ex singulis infr. de fideic. heredit.* ius apertissimum est. Nam libera illa legandi potestas quam lex 12. *tabular.* induxerat, leges autem Furia & Voconia valde restrinxerant, non aliter fuit per legem Falcidiam restituta, quam si heres quartam totius hereditatis ante omnia habeat iure testamenti & hereditario, priusquam aliquid legare permittatur testatori *leg. 1. infr. ad leg.*

falcid. Vnde est quod portiois falcidiae vindicatio datur heredi non conditio, si ius vetus inspicias *leg. lineam margaritarum 26. leg. Plautius 49. eod. titul.* Id enim est quod prudentes nostri solent dicere, legata omnia per legem falcidiam, ipso iure & prorata rescari *leg. in quantitate 74. §. ult. eod. tit. & aded* acquiri iure publico retentionem falcidiae ex legatis, ut nec si velit heres, possit tamen eam remittere, ne quidem paciscendo cum legatis viuis & mandante testatore *leg. quod bonis 15. §. primo eod. titul.* quia priuatorum cautiores legum autoritate non censentur *leg. ult. de suis & legit.* quamuis legem exercere, & falcidiam ex legatis post mortem testatoris retinere inuitis non cogatur, satisfiat enim legi, si possit falcidiam deducere etiam si nolit, nec requirit praeterea lex ut velit eam possit. Nec proinde dubitandum est, quin faciat contra legem falcidiam testator, si iubeat solui legata in solidum non detracta falcidia, vel si quid aliud comminatur in fraudem legis falcidiae ut in *leg. Suius & Agerius 27. eod. titul.* lex enim falcidia quadrantem a testatore ipso tangi prohibet *leg. quia autem 6. vers.* ordo igitur in illis verbis *dummodò quadrans non tangatur infr. si quis omis. caus. testament.* Dixi si ius vetus inspicias, quia iure nouo aliud est, postquam placuit Iustiniana, ut falcidia prohiberi hodie possit a testatore *Novell. 1. de hered. & falcid. cap. 2. vnde sumpta est Auth. sed cum reverter C. ad leg. falcid.* Caterum si quod olim legabatur supra eod. autem, habebatur pro non legato, tanquam quod legatum esset contra legem: an non profus consequens est, ut ea portio quae per legem falcidiam retineri poterat, nullo iure deberetur, neque naturali neque civili? Atque ita Vramontani quos Bartolus refert, argumentabantur ex *leg. non dubium 5. C. de legib.* nec possum probare subtilitatem mirabilem Bartoli respondentis, legem falcidiam rescicare legata ipso iure quod ad dominium, sed non quod ad obligationem, quasi verò facilius sit, ut contra potestatem legis inducatur obligatio, quam ut dominium transferatur, contra quam disertè scriptum est in *dict. leg. non dubium*, ubi nec patitur imperatores, ut ad confirmandum id quod contra legem factum est, iustitandum vtiliter adhiberi possit, nec magis illud probare possum, quod addit idem Bartolus, legem falcidiam non resistere obligationi legatorum in solidum praestandum, quia, inquit, cum dicit quod quis possit legare quantum vult, dummodò remaneat quadrans penes heredem, non prohibet testatorem ultra dodrantem legare, sed praecipit quadrantem penes eum remanere debere. Quid enim aliud est, permittere testatori, ut quantum cuique civi Romano pecuniam iure publico dare legare volet, ius potestatisque ei sit, dum ita detur legatum ne minus quam partem quartam hereditatis ex testamento heredes capiant (haec enim fuerunt verba legis falcidiae, ut Paulus noster refert in *leg. 1. ad leg. falcid.*) quam ei prohibere ne quid supra & ultra dodrantem leget? Nec enim sunt supradicta affirmatiua quod pertinet ad quadrantem heredis, ut malè putat Bartolus, sed negatiua & consequenter prohibitiua. Et quod lex ait quantum pecuniam dare legare volet non eum sensum habet, ac si scriptam esset specialius etiam supra dodrantem, ut idem Bartolus interpretatur, sed ad differentiam priorum legum Furiae & Vo-

coniae, quarum altera non nisi ad mille vsque asses, altera non nisi ad certum vsque legatariorum numerum legare cuiquam permittebat. Quartae Pegasianae, quae ex fideicommissis non singularibus, sed vniuersalibus auctoritate Senatusconsulti Pegasiani deducebatur, alia ratio fuisse videtur. Est enim peinde illa atque falcidia legatorum contra voluntatem testatoris inducebatur, vnde nec magis prohiberi poterat, & falcidiae quoque nomen sibi adrogabat *leg. Titus 86. in fin. infr. ad leg. falcid.* Non tamen fecit SC. Pegasianam ut testator suam hereditatem totam fideicommittere prohiberetur, alioqui Senatusconsulti Trebelliani potestatem & auctoritatem sustulisset, quod non ita fuit, adiunandi enim & suppleendi potius quam tollendi Trebelliani gratia secutum est Pegasianum *§. ergo sequidem Instit. de fideicommiss. hered.* Sed permittit tantum heredi, ut ex eo fideicommissio quartam possit detrudere, *dict. §. sed quia eod. titul.* vel scilicet eo praemio inuitaretur heres ad adeundam hereditatem, ne alioqui fideicommissum in excideret desituito testamento *leg. si patroni 5. §. qui fideicommissum infr. ad SC. Trebell.* Ex qua differentia fluxerunt etiam illae quas Marcianus conuenit in *leg. in quartam 91. ad leg. falcid.* & illa praecipue, quod in falcidiam legatorum non imputantur, nisi ea quae iure testamenti & hereditario capiuntur. In Pegasianam verò quam vulgò nostri Trebellianicam vocant, omnia imputantur quae quocumque relicti titulo ad heredem peruenierunt, sicuti pluribus a nobis explicatum est *libr. 6. Coniect.* At qui dicat aliquis, siue legata solida heres soluerit, siue totam hereditatem nulla detracta quarta restituerit, dumne per errorem facti, perinde repetit, & è contrario siue sciens siue per errorem auri non facti soluerit, non repetit *leg. 1. & ult. & d. l. error. C. eod. tit. l. heres 21. ad SC. Trebell. infr. l. si sponsus 5. §. si quis rogatus infr. de donat. int. vir. & vxor. dict. leg. regula 9. §. pen. de iur. & fact. ignor. leg. si patronus 20. §. de illo de donat. leg. patrem 19. & seq. Quae in fraud. credit.* Respondeo iupradictos omnes nulli locos esse de falcidia fideicommissorum, non de falcidia legatorum, si excipias *leg. ult. C. ad leg. falcid.* quae nec dat conditionem, nec denegat vindicationem heredi, qui per errorem facti legata integra soluit, existimans fortè aut ampliores esse vires hereditatis, aut legata pauciora, minusve gratia, quam ex facto apparuerint, sed tantum ait, heredem qui plenam fidem testatoris exhibens in solidum legata praestitit, non posse postea praetextu legis falcidiae vii repetitione. Quod generaliter ita intelligendum est, ut nec vindicationem eo nomine habere possit, nec conditionem, in eoque fateor nullam esse differentiam inter legatorum falcidiam & fideicommissorum, id est quantum ad denegandam repetitionem: sed in causa denegandae repetitionis hanc pono differentiam, quod heres qui solida legata soluit omisso scienter legis falcidiae beneficio, licet id faciat ut plenius obsequium exhibeat voluntati testatoris, ideo tamen non repetit, quia ob hoc ipsum donare intelligitur, cum donari videatur id quod nullo iure cogente cõceditur *l. donari 28. de donat. l. cuius per errorem 55. l. donari 181. de regul. iur. & rem suam donare intelligitur, nõ alienam reddere. cum id praestitit cuius non modò retinendi, sed etiam vindicandi ius habuisset, si nullo ipsius facto intercedente legata solida ad legatarios peruenissent d. l. lineam margaritarum 26. ad*

leg. ad leg. falcid. iunct. leg. Quintus 27. §. argens infr. de aur. & argent. legat. Vnde & illud facile admitterem, ut inter coniuges ea quoque donandi forma & ratio prohibita censeri deberet, itemque, ut sit quis sciens falcidiam ex legatis retinere posse, nec tamen soluendo esse, mallet integra legata soluere fraudandorum creditorum gratia, posset falcidia per creditores reuocari interdicto fraudatorio, vel actione Pauliana, quia heres qui sciens omittit beneficium legis falcidiae, non tam occasionem solam acquirendi omittit, ut ille qui hereditatem aut legatum repudiat, quàm patrimonium suum diminuere credendus est, & idem Paulianæ actioni locum facit *leg. 1. 2. 3. & pass. ill. Tit. Quae in fraud. credit.* at in falcidia fideicommissorum omnia diuersa sunt *dict. leg. patrem 19. & seq. eod. tit. dict. leg. si sponsus 5. §. si quis rogatus de donat. int. vir. & vxor.* nec tam donare quàm debitum soluere videtur heres qui solida fideicommissa praestat. Quid enim aliud debuit quàm ut plenam fidem testatori suo exhiberet? *Tit. de fideic. hered. Instit. & Tit. de codicill.* atquin hoc ipsum praestat cum solidum fideicommissum soluit nulla detracta quarta. Ergo non donat, quandoquidem solutio debiti donatio non est, inquit *leg. hoc iure 19. §. penult. de donat.* & miror Tribonianum in *d. l. ult. C. ad leg. falcid.* sic loqui de herede solida legata dependente, ut dicat eum plenam fidem exhibere testatori, cum in legatis nihil sit, quod de fide testatoris exhibenda tractari possit, quippe quae non à fide heredum pendeant, ut fideicommissa, quae & nomen inde sumperunt, sed à iuris vinculo & potestate, nec precariis verbis sed imperatiuis & legis modo relinquantur, ut Vlp. in Fragmentis scribit *Tit. de legat.* nec quicquam fuisset facilius testatoribus, quàm legis falcidiae potestatem circa legata eludere & elidere, si fidem heredum in non deducenda falcidia implorare satis fuisset, siue per expressum fideicommissum siue per tacitum, utrumque enim factum in fraudem legis falcidiae videri debuisset, nisi fortè Iustinianus ea constitutione respexit ad ius nouum quod induxerat, non illud de quo iam diximus, ut liceret testatori falcidiam legatorum prohibere (non enim fuit illud ius Codicis, sed primum inductum *dict. Nouell. 1. cap. 2. de hered. & falcid.*) Sed aliud quo iam constituerat ut legata fideicommissis & fideicommissa legatis per omnia & in omnibus exaequantur *l. 2. C. commun. de legat.* Sed confusio foedissima nominum & rerum ista dicenda esset, quomodo idem Iustinianus loquitur in *l. ult. C. de legat. titul.* non exaequatio, nec potuit Iustinianus legatorum & fideicommissorum primum aui originem, adeo immutare ac pervertere, ut non semper verum sit fideicommissa ex fide heredum pendere primum, deinde ex Praetoris iurisdictione, non ex legum potestate, legata verò ex vinculo & potestate legum non ex heredum fide apudore: itaque non potest dici heres fidem fallere, qui legatum praestertim nullo iure ac iustititer se relicto non praestat, aut qui ex legato ritè relicto falcidiam retinet. Ergo nec fidem plenam exhibere, tamen si legata solida praestet, quomodo exhibet, qui fideicommissa solida soluit etiam in voluntate inutili relicta *dict. leg. 1. C. ad leg. falcid. leg. 2. C. de fideic. leg. fideicommissum 61. vbi uicemus infr. hoc tit.* Quemadmodum & quod supra diximus ex viri doctissimi Iacobi Cusacii potius quàm ex nostra vel Vlpianis sententia in *leg. 1. de legat. 1.* Per omnia esse

exaequata legata fideicommissis singularibus in detractone falcidiae etiam si maximè verum esset, non aded tamen generaliter intelligi deberet, iuxta iuris veteris rationem, ut non minus prohibitum sit testatori fideicommissis singularibus quàm legatis onerare heredem supra dodrantem. Etenim quemadmodum numquam feceris ut lex falcidia, quae de legatis tantum locuta est, de fideicommissis quoque locuta sit, quorum usus eo tempore nullus dum erat (lata enim lex est tempore Augusti adhuc Triumviri, Fideicommissa vero eiusdem Augusti iam Imperatoris facti temporibus coeperunt ut Iustin. refert in *dict. Tit. de codicill.*) ita nec potuit Tribonianus facere, ut lex falcidia prohiberit fideicommissi totam hereditatem supra dodrantem, nec proinde fideicommissis etiam singularibus, quae nostri vulgò malè particularia vocant, exhausti totas facultates hereditarias. Cur enim fideicommissa singularia magis quàm vniuersalia supra dodrantem prohiberentur? Neque cursum exaequatio legatorum & fideicommissorum singularium quantum ad deductionem falcidiae hoc ius inducere potuit ad effectum illum, ut vel fideicommissa singularia ipso iure rescarentur, vel in fideicommissis nulla fidei ratio habenda esset, eiusque naturae obligationis, quae per fidem testatori datam ab herede cõtrahi creditur, quam eo saltem tempore quo adit, dare intelligitur, si viuo testatori nullam dedit. Quod non similiter de legatis dici potest, quia licet heres adeundo hereditatem etiam cum legatis non minus quàm cum fideicommissariis, & creditoribus contrahere censetur *leg. 3. in fin. & leg. 4. infr. Quib. ex caus. in poss. eat.* nullam tamen illis fidem, aut ipsi etiam testatori dare intelligitur, nisi quatenus & hereditas & lex duodecim tabularum eum obligat. Porro neque hereditas, neque lex obligat heredem ad legata supra dodrantem, nec magis naturaliter, quàm ciuilitè, quem tamen obligat ad fideicommissa solida praestanda, nisi haecenus, ut quartam ex ipsis ad exemplum legis falcidiae senatusconsulti Pegasiani auctoritate possit deducere, si sui commodi maiorem quàm explendae fidei rationem habere velit. Verèque de falcidia fideicommissorum siue vniuersalium siue singularium dici illud potest, quod Bartolus dixit, malè de falcidia legatorum, permissam duntaxat eam esse, non etiam prohibitum testatori ne fideicommissat supra dodrantem *dict. §. sed quia Instit. de fideic. hered.* Ergo si solida fideicommissa heres praestiterit omisso scienter legis falcidiae beneficio, ut pleniorum testatori fidem exhiberet, non potest repetere, nec quartam conuicere, quia soluisse quod debuit potius, quàm de suo quicquam donasse intelligitur: si verò legata solida praestiterit, non ut pleniorum fidem quae in legatis nulla data est, sed ut plenius obsequium voluntati testatoris exhiberet, aequè non repetit, at alia nouaque ratione, quia portionem quam sibi retinere poterat quasi nec legatam, donasse videtur de suo, ex regula *dict. leg. cuius per errorem 53. de regul. iur.* quae ait, cuius per errorem solui repetitio est, eiusdem consultò dati donationem esse *leg. eum qui 21. §. primo supr. de inoff. testamento*, nisi persona soluentis, ut puta impuberis, locum faciat repetitioni, ut bene Accursius monet ex *leg. interdum 29. infr. hoc titul.* aut nisi ancipiti animo facta sit solutio ab eo qui

dubitabat an deberet necne, non enim tam facile animo transigendi id fecisse credendus est vt denegari ei debeat conditio si prober indebitum fuisse, vt à Iustiniano nostro constitutum est in leg. vlt. C. eod. Quod si heres non consulit, sed per errorem facti solida legata, vel solida fideicommissa siue vniuersalia siue singularia soluit, nemo dubitat, quin repetitionem heres omni casu habere debeat, sed cum hac vt puto differentia quod solutis legatis solidis, non reuocat nec repetit solida legata quæ soluit, sed eam tantum portionem quæ ultra modum legis falcidie soluta est, vt euenit in falcidia ex donatione causa mortis per traditionem factis deducenda leg. pen. C. ad leg. falcid. leg. 1. §. si quis ex mortis infr. quod legat. leg. cum pater 77. §. mater 2. & §. Menio 77. de legat. 2. & quidem non per vindicationem, vt male quidam putant ex dict. leg. lineam quæ non de hoc casu loquitur in quo factum heredis solutis interuenit, sed conditionem, & vt Papinianus loquitur in dict. §. Menio, reuocationem: quo nomine conditio significatur non vindicatio: quamuis non ignorem repetitionis nomine quod generalius est quam reuocationis, etiam vindicationem interdum significari: repetit enim rem suam is quoque qui eam vindicat, sed nunquam datur vindicatio ei cuius factum & voluntate dominium semel in alium translatum est per traditionem, estque hoc casu omnino necessarius vsus conditionis: tamen in portione quæ ex donatione causa mortis iure falcidie penes heredem manere debet, & quæ remanet ipso iure aliud sit, vt vindicari eam oporteat non conditio arg. dict. §. si quis ex mortis iunct. d. leg. lineam cum eo casu nullum heredis factum, nullaque traditio ab eo facta interuenit. At solutis fideicommissis solidis omisso per errorem senatusconsulti Pegasiani beneficio, non sola illa portio repetitur quæ ex Pegasiano retineri potuit sed totum fideicommissum d. l. heres 21. ad S. C. Trebell. quasi totum indebitum, vt & in l. qui exceptionem 40. §. si pars domus infr. hoc tit. quousque heres quartam sibi debitam ex eo retinuerit, cuius scilicet sola retentio ei permissa est, non etiam data vindicatio d. §. sed quia. Quomodo enim quartam ex fideicommissis retinere posset heres si fideicommissum ipsum integrum non haberet? non enim cum ipso iure minuatur fideicommissa per Pegasianum, quomodo minuuntur legata per legem falcidiam d. l. in quantitate 74. §. vlt. infr. ad leg. falcid. itemque donationes causa mortis d. §. si quis ex mortis & d. l. penult. C. ad l. falcid. quoniam ad legatorum non ad fideicommissorum exemplum capiuntur l. 2. supr. de Public. in rem act. l. 2. Marcellus 15. l. illud 37. infr. de mort. caus. donat. cur enim æquiparentur fideicommissis, cum iuris vinculum aliquod per se habeant vt legata, fideicommissa verò nullum: quamuis de donationibus causa mortis non magis quam de fideicommissis locuta esset lex duodecim tabularum, sed de legatis l. verbis legis 120. de verb. signific. Sed illa tamen hic remanet hæsitatio, cur heredi permittatur repetitio solidi fideicommissi per facti errorem soluti. Si verum est quod superioribus consequens videtur, fideicommissa solida deberi naturaliter ob fidem datam testatori, in eo que differre à legatis, obligationem verò naturalem impedire soluti repetitionem, tum quoque cum facti error interuenit. Sed dicendum est potius esse potestatem Senatusconsulti Pegasiani quam obligationis huius, si qua est quæ ex fide per heredem data

proficiscitur, quia nec liberum est heredi dare testatori fidem de soluendo integro fideicommissi etiam si maxime ad hoc velit se obstringere ne fenatusconsulti Pegasiani beneficio vtatur, cum non minor sit potestas fenatusconsulti Pegasiani quam legis falcidie, licet illa plenius & fauorabilius prospexerit heredi aduersus legatarios, quam fenatusconsultum aduersus fideicommissarios: vt proinde nulla heredis obligatio sit, ne quidem naturalis ad soluenda fideicommissa integra, non magis quam vt soluat legata solida, nec si fidem expressam dederit, non testatori tantum, sed etiam fideicommissariis arg. d. leg. quod bonis 15. §. 1. ad leg. falcid. iunct. dict. leg. vlt. de suis & legit. quia fenatusconsulti autoritas huic obligationi resistit ab initio, & consequenter obligationem omnem impedit tam naturalem quam ciuilem dict. leg. non dubium 5. C. de legib. in potestate igitur heredis manet, vt mortuo testatore vel plenam fidem quam ei dedit exhibeat, soluendo fideicommissa integra omisso scienter fenatusconsulti beneficio, vel non exhibeat, si male quartam ex fenatusconsulto retinere, aded vt nec iudex perfidus dici possit, quemadmodum iam supra diximus, cum iure communi & beneficio Pegasiani vsus sit, nec executio iuris habeat iniuriam leg. iniuriarum 13. §. infr. de iniur. leg. Gracchus 4. C. ad leg. Jul. de adult. Quomodo tamen perfidus dicendus esset, si obligationem naturalem, & fidem in re gentium datam violaret? dict. leg. cum amplius 184. §. in natura debet de regul. iur. id enim est quod Theophilus dicebat actiones iure ciuili non nisi contra perfidos comparatas esse. Atquin heres qui per errorem facti soluit integra fideicommissa, ex quibus falcidiam detracturus fuerat, si falcidie locum esse credidisset, nihil minus agit quam vt plenam fidem exhibeat testatori, aut beneficium fenatusconsulti abiciat, quia errantis nec voluntas vlla, nec consensus vllus est leg. si per errorem 15. supr. de iuris d. nihil ergo est propter quod denegari ei debeat conditio, & repetitio fideicommissi, non magis quam repetitio portiois falcidie heredi, qui similiter per errorem facti legata integra soluit. Regula enim iuris est facti errorem & ignorantiam non nocere, ne maribus quidem siue in damnis siue in compendibus d. l. error facti 8. & l. seq. in princip. infr. de iur. & fact. ignor. d. l. cum quis 10. in fin. C. eod. Iuris verò ignorantiam, vt ibidem scriptum est, nocere, aut potius, quod tamen aliquatenus diuersum est, non prodesse: quomodo Papinianus loquitur in l. iuris ignorantia 7. infr. eod. ill. tit. in quo tamen illa rursus incurrit dubitatio, cur error iuris impediat repetitionem portiois falcidie in legatis, & fideicommissi in solidum præstiti, cum Papinianus dicat in d. l. iuris & seq. iuris ignorantiam nemini nocere in damnis amittendæ rei suæ & suam potestatis. An non enim damnum patitur qui amittit quartam, quam siue ex legatis siue ex fideicommissis deducere & retinere potuisset? Respondendum est meo iudicio, heredi qui per errorem iuris integra legata vel fideicommissa soluit, & subinde vult condicere, non tam iuris errorem nocere, quam factum proprium & traditionis solutionemque à se factam, nec proinde tam de eo querendum esse, vtrum error iuris hoc casu noceat, quam vtrum prodesse debeat ad inducendam repetitionem. Regula autem eaque perpetua & generalis est, iuris errorem & ignorantiam nemini vnquam prodesse quamuis nec semper noceat d. l. iuris & seq. Misum igitur

igitur non est nullam ex eo iuris errore induci posse repetitionem, ad quam inducendam necesse est iuris errorem non tantum non nocere, sed etiam prodesse, nec enim ceutat de vitando damno amittendæ rei suæ is, qui fideicommissum solum integrum, ideo vult repetere, ne quartam amittat, cum amissa quarta non tam aliquod damnus rei suæ incurrisse, quam occasionem acquirendi amissæ videatur d. l. patrem 19. & l. debitorem 20. infr. qua in fraud. credit. cum quarta fideicommissorum non pertineat ad heredem ipso iure, vt docuimus, sed tantum ex Pegasiano ius habeat: quartæ ex fideicommissi quolibet si velit retinendæ. An ergo in falcidia legatorum aliud obtinebit? Ita cerè videtur, nam cum ipso iure remaneat penes heredem, tum quoque cum legatus iam vivo adhuc testatore penes legatarios fuit, ideoque vindicare eam heres possit d. l. lineam, vt & in donationibus causa mortis euenit d. l. si quis ex mortis D. quod legat. & d. l. pen. C. ad leg. falcid. Negari non potest, quin de damno rei suæ amittendæ certet heres qui de falcidia legatorum condicenda disputat, nec proinde tam indiget vt iuris errorem proficit, quam vt, quod minus est, ei non noceat, nec sanè vllam legem aut iuris rationem esse puto, quæ huic nõ tam nostræ, quam certissimæ Papiniani definitioni aduersetur, quod eam a scriptum est in d. l. error. 9. C. ad leg. falcid. ad falcidiam fideicommissorum licet singularium perti-

net non ad falcidiam legatorum, vt verba ipsa legis probant, sicut & quod in l. regula 9. §. vlt. infr. de iur. & fact. ignor. licet prima verba §. quæ ex loquentibus interpretanda & restringenda sunt, generaliora esse, & ad omnem falcidiam speciem pertinere videantur. Aded autem verum est quod dicimus falcidiam legatorum heredi acquisitam esse ipso iure, vt dubitatum olim fuerit, an heres qui testatoris voluntatem vltro secutus spondidisset se legata integra soluturum ex ea promissione, quamuis post mortem testatoris facta obligaretur, in eamque rem fuit necessaria Iustiniani constitutio in d. l. vlt. Cod. ad leg. falcid. quæ huiusmodi cautionem vult valere, reiecta legum veterum ambiguitate, scripserat enim Marcellus, de eo dubitari posse in l. si patronus 20. §. 1. infr. de donat. vbi tamen ad propositam ex Marcello dubitationem ita respondetur vt negare probabiliter nemo possit, quin tota illa responsio sit Triboniani respicientis ad Iustiniani constitutionem: est enim iisdem ferè verbis, cerè eodem sensu cõcepta. Alia quæstio est quam Bartolus non omisit de legatis & fideicommissis in testamento minus solemnè relictis, an saltem naturaliter debeantur, quod ille magis probat, quoniam soluta non repetuntur ex l. fideicommissum 61. infr. hoc tit. l. 2. C. de fideic. dicemus ad d. l. fideicommissum, necum Bartolo si tam longos exarimus in hanc legem Commentarios, materias confundamus.

2. IDEM libro 16. ad Sabinum.

SI quis sic soluerit, vt, si apparuit esse indebitum, vel Falcidia emerferit, reddatur: repetitio locum habebit. negotium enim contractum est inter eos.

Ad l. 2. Si quis sic soluerit.

RAT. DVB. Quod quis sciens indebitum soluit hac mente, vt possit repetere, postea tamen repetere non potest l. quod quis 50. infr. hoc tit. Ergo nec si soluerit hoc pacto expressim addito, vt si apparuit postea esse indebitum, vel falcidia emerferit, redderetur, repetitio locum habere poterit. Quid enim referte potest an ea mente solutio facta sit an eo pacto? Præsertim cum conditio indebiti non tam ex contractu nascatur, quam ex distracto, quia distracti potius, quam contracti negotij animum habere videtur is, qui soluit indebitum l. 5. §. si quoque infr. de oblig. & action. neque rursus ex pacto nudo potest nasci actio l. iuris gentium 7. §. sed cum nulla & seq. supr. de pact. Ergo neque conditio siue indebiti siue alia vlla, præsertim cum etiam si interposita esset stipulatio, perimeretur vtique conditio, & sola ex stipulatu actio superesset l. si sine 22. in princip. infr. rat. rem habet. Quemadmodum & dicitur, cum quis mutuum dat pecuniam, & sibi eam reddi stipulatur, nullam ex enumeratione nasci actionem sed ex sola stipulatione l. certi conditio 9. §. quoniam supr. de reb. credit. l. si ita 6. §. 1. & l. seq. infr. de nouat. conditio namque indebiti comparatur conditio ex mutuo, & mutuo indebitum §. si quoque Infit. quib. mod. re contr. oblig. & d. l. 5. §. si quoque de oblig. & action. non potest igitur hoc pactum facere vt eo magis conditio indebiti detur. DE C. Multum interest an quis sciens soluat indebitum, quamuis ea mente eoque proposito, vt postea repetat, an verò hoc expressim addito pacto vt si apparuerit esse indebitum, vel falcidia emerferit, reddatur, priore casu nudum soluentis propositum est, vt possit repetere, quod in mente retentum ni-

hil operatur l. si maiores 25. C. de transact. l. si repetendi 7. C. de condit. ob caus. dator. Posteriore autè casu pactum est, cui quid non nudum, sed traditione & solutione, cui coheret vestitum, quia negotij geritur, traditur inter soluentem & accipientem d. l. iuris gentium §. 1. supr. de pact. neque potest videri pactum nudum, quoties certa lege dari aliquid probatur l. si dominus 8. in fin. infr. de preser. verb. l. rebus 6. l. vlt. C. de res. permut. Cumque pactum hoc nullam habeat stipulationem tamen si perinde efficax sit ad agendum atque stipulatio, non potest parere actionem ex stipulatu quæ nouet conditioem vt in d. l. si sine, & d. l. si ita §. 1. & leg. seq. conditio igitur hoc casu soluenti competet, si postea apparuerit indebitum esse quod solutum fuit, aut falcidia emerferit, & quidem conditio indebiti, vt bene putat Bartolus, sicuti conditio ob causam dati causa non secuta locum haberet, si datum esset ob causam futuram, & conuentio interuenisset de repetendo si causa cessaret l. 2. C. de condit. ob caus. dat. l. 1. C. de donat. qua sub mod. non quasi conditio indebiti possit nasci ex pacto quamuis non nudo (nascitur enim semper ex solutione & traditione rei indebitæ, cum sit hæc obligatio ex earum genere, quæ re non consensu solo contrahuntur d. §. si quoque Infit. quib. mod. re contr. oblig.) sed quia pactum hoc conseruat & retinet ius conditionis, quæ alioquin intercederet si quis indebitum sciens soluisset, quamuis ea mente vt postea repetere d. l. quod quis. Qui enim sic paciscitur satis ostendit se non soluere scienter indebitum, sed velle sibi prospicere aduersus periculum illud ne quando tale quid obici ei possit, & ne quæstioni locus relinquatur, an per iuris an per facti errorem indebitum solutum sit, secundum ea quæ ad legem præ-

sedentem diximus. Quamvis si cum Accursio & Azone velit quis actionem præscriptis verbis hoc casu dare, ut id quod indebitum solutum est reddatur, is certe non erraverit. Competit enim illa actio quoties negotium aliquod gestum est, contractum tamen innominato & ex quo nasci actio quæ no-

I Si quid ex testamento solutum sit, quod postea falsum, vel inofficiosum, vel irritum, vel ruptum apparuerit, repetetur: vel si post multum temporis emerferit æs alienū^a, vel codicilli diu celati, prolati sunt^b: qui ademptione continent legatorum solutorum, vel deminutionem per hoc, quia aliis quoque legata relicta sunt: nam Diuus Hadrianus^c circa inofficiosum, & falsum testamentum rescriptit, actionem dandam ei, secundum quem de hereditate iudicatum est.

Ad l. 1. §. Si quid.

R A T. DVB. Cùm de indebiti solutione & conditione queritur, non aliud tempus inspicitur potest, quam quo solutum est, quia eo tempore quasi contractum intelligitur, cùm obligatio indebiti contractatur, id est, solutione & traditione, ut proxime diximus ex l. 5. §. in quoque de oblig. & act. & §. in quoque Instit. quib. mod. re contr. oblig. nam & in contractibus omnibus generale est, ut tempus contractus inspicere oporteat l. Rutilia Polla 69. infr. de contr. empt. l. si voluntate 8. Cod. de rescind. vendit. & vulgare nostrorum brocardicum est, qualitatem iunctam verbo intelligendam esse secundum tempus verbi ex l. in delictis 4. §. si extraneus supr. de noxal. act. cùm ergo dicit quis solutum à se indebitum, probare debet fuisse indebitum eo tempore quo soluit, at qui ponimus solutum fuisse ex testamento, quod non nisi postea falsum vel inofficiosum vel irritum vel ruptum apparuerit, ac proinde de cuius viribus solutionis tempore non dubitabatur, ut negari non possit quin bona fide & facta & accepta solutio sit, non ergo indebiti conditione teneri potest is cui solutum est, tantundemque debet ei prodesse bona fides, quantum veritas ex iuris regula in l. bona fides 136. de regul. iur. Nam quod ibi additur, ubi lex impedimento non est, ad hunc casum pertinere non videtur, cùm neque lex neque prætor prohibeat, quominus solvatur ex testamento, quod neque falsum adhuc, neque inofficiosum, neque irritum neque ruptum esse dicatur, dummodo adita sit ex eo hereditas quæ etiam ex testamento, quod falsum esse iam dicitur, adiri interdum potest l. cum falsum 46. infr. de acquir. hered. Multo magis autem si testamentum in eo sit ut de inofficioso iam iam argui possit, quamvis heres institutus id sciat, quia nec inofficiosi querela proponi potest nisi post aditam ex testamento hereditatem l. Papinianus 8. §. si conditioni supr. de inoff. testam. l. scimus 36. §. vlt. C. eod. Idemque de testamento rupto vel irritato dici posse videtur, cùm neque rumpi vel irritum fieri testamentum neque ruptum vel irritum factum pronunciarum possit, nisi quod aliquando tenuit l. nam est 5. & pass. infr. de iniust. rupt. & irrit. fact. testam. cur non ergo impudè solutionem accipere liceat ei cui etiam prætor actionem daturus sit ad extorquendam ab inuito quoque solutionem? Quomodo solemus dicere iniquum esse impudè non soluere eum quem prætor cogere possit ad solutionem l. quod autem 6. §. apud Labonem infr. qua in fraud. credit. Est enim multo facilius, ut possident qui iam solutionem accepit, detur ad impediendam conditionem retentio l. 1. infr. de pignor. l. in

men proprium habeat, nulla potest d. l. iuris gentium. §. 1. de pact. d. leg. si dominus. d. l. rebus & leg. vlt. C. de rer. permur. neque nouum est ut actio præscriptis verbis concurrat cum conditione l. naturalis 5. §. 1. & seq. infr. de præscrip. verb.

hoc iudicium 14. §. 1. supr. commun. diuid. l. si in arca 33. infr. hoc tit. D E C. Ex eo testamento quod vel falsum, vel inofficiosum, vel ruptum, vel irritum ab initio, id est, ante aditam hereditatem fuisse ex postfacto apparuit, neque legatum, neque fideicommissum, neque æs alienum, neque aliud quicquam deberi potest, ac ne quidem libertates siue directæ siue fideicommissariæ nisi à legitimis heredibus fuerint repetitæ l. generaliter 24. §. ex testamento infr. de fideic. libert. l. 1. C. eod. Nam falsum testamentum ipso iure nullum est, cùm nec testamentum sit, quia quod falsum est, nihil est. Inofficiosum verò licet ab initio testamentum sit, adeoque validum ex quo adiri hereditatem non modò possibile sed etiam necessarium sit, ut inofficiosi querela nasci possit, postquam tamen inofficiosum pronunciatum est, redit ad causam non testamenti, perindeque habetur ac si nec factum testamentum nec hereditas ex eo adita vnquam esset l. eum qui 21. §. vlt. supr. de inoffic. testam. Facit enim querela inofficiosi patremfamilias intestatum, adeoque quod mirabilis est, & contrariis regulas, interdum pro parte testatum & pro parte intestatum l. circa 24. eod. tit. quia rescindit defuncti indicia tanquam demeritis hominis & infanti l. 2. l. Titia 13. eod. Adeoque libertates nisi testamentum ex magna & iusta causa inofficiosum dici ceptum sit post quinquennium d. l. Papinianus 8. §. vlt. & l. seq. eod. ita ut is qui semel ex testamento heres fuit, æque contra iuris regulam heres esse desinat l. in substitutione 31. de vulg. & pupill. substit. Testamentum verò quod irritum factum est per capitis diminutionem, quæ testatori post testamentum factum superuenit, licet ab initio valuerit cùm fiebat, desit tamen valere viuo adhuc testatore, nec per legem confirmari proinde potest tempore mortis nisi testator ante mortem fuerit in pristinum statum restitutus, adeoque nec adiri ex eo hereditas potest l. si alienum 49. §. 1. de hered. instir. Quod autem ipso iure ruptum est siue viuo adhuc testatore, ut per aliud posterius testamentum rite factum siue eo iam mortuo per natiuitatem fortè posthumi præteriti ut in d. §. ex testamento l. 1. l. posthumus 12. & pass. de iniust. rupt. §. posteriore Instit. quib. mod. testam. infr. licet tum quoque valuerit, cùm fiebat itemque ipso etiam mortis tempore, in eum tamen statim deducitur, ut nec valuisse vnquam existimetur, nec adiri ex eo hereditas possit, imò nec suus heres quicquam existere quandiu in eo statu est, ut rumpi quandoque possit licet nondum ruptum sit l. ventre præterito 84. de acquir. hered. l. si filius 16. de liber. & posthu. quamvis sui heredes nulla indigeant aditione l. in suis 11. eod. l. in suis 14. de sum. & legit. at qui neque legata

neque fideicommissa neque libertates aliter ex testamento deberi possunt, quam si ex eo adiri aut aliter acquiri possit hereditas, ita ut nec sufficiat adiri posse nisi adita sit l. si nemo 9. infr. de testam. tutel. l. si nemo 18. de reg. iur. l. ea quam 14. C. de fideic. Consequens igitur est, ut quod ex supradictis testamentis solutum est, sit indebitum, adeoque in debiti conditione repeti possit, non enim quod testamentum ex postfacto pronunciatum falsum, aut inofficiosum, aut irritum, aut ruptum, facere potest, ut nō iā fuerit tale antea & eo ipso tempore quo soluebatur. Eset enim & pronūciatio declarata quale antea testamentum fuerit, neque tale facit, nec mutat statum testamenti nisi quatenus res etiam malè iudicata pro veritate habetur l. & ex diverso 35. §. 1. supr. de rei vindic. nec quod is cui ex aliquo eiusmodi testamento solutum est in bona fide fuerit, facere potest debiti, quod reuera fuit indebitum, quia lex impedimento est, que nec eiusmodi testamenta valere patitur, nec ex his deberi quicquam posse, nec obligationes iustas contrahi dominā que acquiri nisi certis & legitimis modis l. obligationum ferè 44. §. placet de verb. oblig. & actio. inter quos non est bona fides si sit sola: plus dico, etiam nisi auctore ac mandante prætoris solutio facta esset contentore, quo neque falsum adhuc neque inofficiosum, neque irritum, neque ruptum esse testamentum dicebatur, falsum tamen ei qui soluit manere conditionem indebiti, quoniam ea quæ de nouo emergunt, nouo indigent auxilio l. de atate 11. §. ex casu supr. de interreg. in iur. fac. nec res ante iudicata pro veritate haberi potest in eo de quo iudicatum non fuit, eam neque ad officium iudicis pertinet futurū post sententiam temporis tractatus l. 1. §. 1. in fin. de usur. Sed cui dabitur hæc legatorum repetitio? An bonæ fidei possessori qui soluit? An heredi qui hereditatem enicit? Vlpianus hic non aperit, sed in fine legis sibiicit actionem dandam ei secundum quem de hereditate iudicatum est. De quo postea dicemus.

a Vel si post multum temporis emerferit æs alienū. **R A T. DVB.** Cùm semel adita est hereditas, nec redit ad causam non aditam hereditatis (ut eos casus excludamus de quibus proxime diximus) omnis defuncti voluntas rata constituitur l. si patronus 55. §. qui fideicommissum infr. ad SC. Trebell. ac proinde nō minùs quod ad legata quam quod ad æs alienum. Ergo quævis post legata & fideicommissa ex testamento soluta æs alienum emerferit, non eo magis condici legata & fideicommissa possunt, quæ & bona fide accepta sunt à legatariis & fideicommissariis, & eo tempore quo adhuc lateat ære alieno non poterat heres hoc prætextu recusare solutionem, præsertim verò si ponatur non nisi post multum temporis æs alienū emerfisse, quomodo? Vlpianus hic ponit: quis enim erit huius periculi metuendi finis? aut quando parta legatariis & fideicommissis securitas, si accepta iam solutione expectandum habent? an post multa fortè iustria & annorum curricula emerfurum sit æs alienum, quod plerunque per multos annos latet, priusquam emergat & se exerat? An non absurdum & iniquum est rerum legatarum, aut fideicommissarum dominia tam diu manere in incerto? l. 1. infr. de usufr. nam & non valde dissimiliter videmus libertates conseruari, quæ in testamento inofficioso relictae sunt, si post quinquennium testamentum inofficiosum dici ceptum sit d. l. Papinianus 8. §. vlt. supr. de inoffic. testam. quamvis non post multum temporis fieri dicatur id quod sit post quinquennium,

sed id demum quod post decennium l. si cum fideicommissa 16. §. Aristo. infr. qui & à quib. manum. Adde quod heres ad eundem hereditatem, non minùs cum legatariis & fideicommissariis contrahere, aut saltem quasi contrahere videtur, quam cum creditoribus l. 3. §. vltim. cum l. seq. infr. quib. ex causis in poss. eat. quidni ergo tenebitur ex suo illo quasi contractu, tamen si æs alienum post multum temporis emerferit? Maxime autem si credas cum Bartolo legata & fideicommissa etiam in minùs solemnibus testamentis relicta deberi naturaliter, ut dicebamus ad legem præcedentem: quanto magis enim & ciuilliter, & naturaliter debentur ea, quæ data sunt in solemnibus testamentis? Quod si ita est, quidni naturalis illa & ciuillis obligatio impedit conditionem? D E C. Ex nullo testamento præstantur legata vltra vires patrimonij l. in ratione 11. §. quod vulgo ad fin. infr. ad leg. falsid. nec heredem oportet plus legatorum nomine præstare, quam ex hereditate boni sique defuncti ad eum peruenit, quamvis cesset falcidia l. 1. §. si is qui lex falso 17. §. non tantum ad SC. Trebell. §. 1. vlt. hoc solùm Instit. de singul. reb. per fideic. relicta. nec bene in hoc comparantur legatarij & fideicommissarij cum creditoribus. Etsi enim eadem lex duodecim tabularum est, quæ heredem & creditoribus & legatariis obligat l. vlt. C. de hered. act. aliter tamen his, aliter illis, nam creditoribus quidem obligat in solidum etiam si bona defuncti non sufficiant, quia cùm heres personam defuncti repræsentet, ita ut eadē persona esse existimetur Nouell. 48. de iur. iur. à mortuis. præst. in princip. l. heres & hereditas 22. infr. de usufr. non potest heres solidum æs alienum non debere, quod defunctus solidum debuit, debet que sibi heres imputare cur ea lege adierit l. si duo 38. infr. de acquir. hered. l. 1. C. si cert. per. l. 1. & 2. C. si vnus ex plurib. hered. debet. Vnde fit ut soluedo dicatur esse hereditas quæcunq. inuenit heredem l. libertus 36. de bon. libert. l. qua dotis 33. solut. matr. at legatariis non obligatur in solidum heres per legem duodecim tabularum, quia nec permittit ciui Romano ea lex testari de alieno sed tantum de suo l. verbis legis 120. de verb. signific. l. consuevitur 8. §. si post factum de iur. codicill. id demum autem ex bonis caluq. esse creditur, quod superest deducto omni ære alieno l. mulier bona 72. de iur. dot. l. non possunt 11. de iur. iur. l. sub signatum 39. §. bona de verb. signific. Et quamuis latius pateat hereditatis appellatio quam bonorum, quia hereditas non dicitur deducto ære alieno, cùm habeat commoda & incommoda l. si quis seruum 8. §. vlt. & l. seq. de legat. 2. l. 1. & 2. de bonor. poss. peruenisse tamen proprie etiam ex hereditate dicitur id demum quod deductis oneribus superest l. 2. §. peruenisse vers. illud tenent de heredi. vel act. vend. l. cogi 16. §. sed & si quis ad SC. Trebell. Ac præterea licet testator ille sit qui legat, obligatio tamen legatorum incipit ab herede l. hereditariarum 40. de oblig. & act. ar. æris alieni obligatio incipit à defuncto, tū quoque quādo agi eo nomine cū defuncto nō potuit, ut in exemplis l. hereditarium 7. de reb. author. iudic. possid. Deniq. creditores certant de damno vitando, ob idque sunt fauorabiliores, legatarij verò de lucro captando, & ideo tanto mirus fauorabiles l. vit. §. fin. verò creditores C. de iur. delib. l. quod autem 6. §. simili modo infr. que in fraud. credit. adeo autem verum est non deberi legata supra vires hereditarias, ut quāuis hereditas quæ non erat soluendo, inuenerit emptorem eo precio, quod sufficere legatorum solutioni possit, non eo magis tamen legata pleniora præstanda sint, quia licet persuaderi vix possit non

uisse, eam hereditatem soluendo, quæ talem emptorem inuenerit, magis tamen ex stultitia emptoris eam pecuniã videtur habere heres quàm ex bonis defuncti, quemadmodum nec legatariorum detrimentum esset, si heres malè minùque iusto precio res hereditarias vendidisset, vt eleganter Paulus noster ratiocinatur in l. 3. in princip. ad leg. falcid. Cùm igitur ex quantitate æris alieni quodcumque emergentis appareat legata quæ soluta sunt fuisse ab initio indebita, iam tum quoque eum soluebantur, ratio nulla est, quin per indebiti conditionem repeti possint. Imò verò ex huiusmodi causa potest minor restitui in integrum aduersus aditionem hereditatis: itemque maiores sed milites soli, nisi quibus specialipriuilegio, & citra exemplum id à Principe concessum est, vt Iustinianus scribit in §. extrapris versis. sciendum est. Instit. de hered. qualis. & differ. Non idem hodie iuris est, si ponas aditã esse hereditatem purè ac sine beneficio legis & inuictarij, postquam placuit Iustiniano, vt hic heres in pœnam neglecti beneficij teneatur legatariis in solidum non minùs quàm creditoribus, ita vt nec falcidiam ex legatis possit deducere etiam quæ non sit prohibita à testatore d. l. vlt. §. penult. C. de iur. delib. ante quam id proculdubio obrinebat, quod ex veteris iuris ratione supra diximus, vt legatorum nomine supra facultates hereditarias, nūquam heresteneretur, tamen si hereditatem purè adidisset, quã nec adire olim aliter potuisset, nec existimandum est fieri hoc casu ex postfacto indebita legata, quæ antea fuissent debita: sed ex postfacto apparet fuisse iam ab initio indebita siue post modicum siue post multum tēporis æs alienum emerferit: nō enim ratio vlla temporis haberi debet contra eum, cui culpa nulla imputari potest, quicquid sua diligentia temporis tarditatem prouenire, & anteuertit e non potuit. Aliq. ratio est libertatum, de quibus in d. l. Papinianus §. vlt. quarum scilicet fauor euicet, vt si querela inofficiosi testamenti nō nisi post quinquennium perlata sit, quod ratio quidem, sed tamen aliquando ex magna & iusta causa fieri potest, libertates, quæ competierunt non reuocentur, quas tamen summa iuris ratio reuocatas esse volebat, factio patrefamilias per Centumuirale iudicium intestato. Quod autem diximus here dem adentem non minùs quasi contrahere cum legatariis quàm cum creditoribus, dicere non potest vt eo magis debita fiant legata quæ ante aditionem & mortis tempore ex quo maximè æstimanda est quantitas patrimonij l. in quantitate 74. in princip. ad leg. falcid. indebita verè fuerunt. Nam & cùm heres speciali stipulatione se obstrinxit legatariis, non ideo tamen durius obligatur, quominus iisdem exceptionibus omnibus vti possit, quibus possit, si nulla stipulatio interuenisset l. i. §. si quis sub conditione infir. Vt legat. seu fideicom. seruand. caus. caueat. quod ergo contractus expressus facere non potest, nec quasi contractus faciet. Expressa enim illa stipulatio, quæ de legatis soluendis interponitur, licet aditionem ex testamento nouet l. cum filius 76. §. heres meus De leg. 2. l. si Stichum 8. §. 1. infir. de nouat. actionis tamen ex testamento naturam induit, & vicem representat d. §. si quis sub conditione quæ natura est omnium Prætoriarum cautionalium stipulationum l. 1. §. cautionales. De prætor. stipulat. De quibus videnda sunt quæ scripsimus l. 3. Cōiect. c. 3. Ex his verò intelligimus quã fallum sit quod putat Bartolus, legata iuris in minùs solemniter testamento relicta deberi naturaliter, cùm nec ea naturaliter debeantur, quæ in testamento so-

lemni relicta sunt, nisi quatenus per legem confirmantur, & deferuntur. Alioquin nec prætextu æris alieni postea emergentia condici possent, tanquam & naturaliter & civiliter debita.

b Vel Codicilli diu celati prolarij sunt. RAT. DVB. Codicilli per aliquantulum siue per multum temporis suppressi, celatque facere non possunt, quia verum sit testamento relicta solemniter & iustiter fuisse legata quæ in iis codicillis vel in totum adempta sunt, vel diminuta siue per diminutionem legatæ quantitatis siue per hoc quod aliis quoque legatæ relicta sint. Ergo non eo magis aucti possunt indebita ex testamento, quamuis non sint debita ex codicillis. Nō enim minùs solemnem voluntatem tamen curare debemus, quàm eam quæ solemniter fuit, nec proinde codicillos qui solemniter & obseruationem iuris nullam desiderant antepone re testamento, quod tot solemnitatibus constat & constituitur, maximè cùm habeat iuris regulam, debere vñ quodque dissolui eo modo, quo colligatum est, nec cuiori solennitate vulg. In nihil tū naturale 35. de reg. iur. leg. prout 80. de solut. ac proinde testamentum tolli testamento posteriore per se dolo & aucte solemniter, non codicillis, §. posteriore Instit. quib. mod. testam. infir. D. C. Codicilli testamentarij siue ante siue post testamentum facti testamento confirmantur, & veluti quædam testamenti pars cōsuetur. Ita vt quicquid in eiusmodi codicillis scriptum est, perinde habendum sit, ac si in testamento scriptum esset, id quod iure singulari codicillorum, vt Iulianus loquitur in l. 2. §. codicillorum infir. De iur. codicill. l. per. Testam. quem adm. aper. Vnde fit, vt quauis neque legata neque libertates in codicillis dari possint neque tutelæ, & alia si qua sunt quæ per modum legis relinquuntur verbis directis necesse est, nec se si codicilli ab intestato facti sint l. illud 13. §. 1. De iur. codicill. aliud tamen iuris sit factis ex testamento codicillis l. vlt. eod. tit. Ergo & per huiusmodi codicillos aditi possunt ea quoque legata, quæ in prioribus scriptura testamenti relicta sunt, ac si posteriore aliqua parte eiusdem testamenti adempta essent. Voluntas enim nouissima in legatis, vt in omnibus aliis vltimis voluntatibus attenditur, l. si mihi 12. §. vltim. De legat. l. si quis in princ. 2. De legat. 3. Quod si adimi codicillis in totum possunt, quidni multò magis minui vt Vlpianus arguit in l. iuris gentium 7. §. ad eod. sup. De pact. siue per delibationem aliquam datæ quantitatis ea diminutio facta sit, siue per aliorum adiectionem legatariorum, per quam fiat, vt legi Falcidie locus esse incipiat, cui alioquin nullus fuisset. Neque ideo tamen testamentum per codicillos tolli aut infringi existimandum est. Tot enim vis testamenti pedit ex heredis institutione, quæ idcirco in codicillis etiam testamento confirmatis fieri nunquam potest, ne per codicillos, qui ex testamento valerent ipsam testamentum quod vires ex institutione accipit confirmari videretur, inquit Papinianus in l. quod per manus 1. D. de iure codicill. Proinde quadiu durat institutio, itadiu etiam testamentum subsistit, licet legata omnia vel adimantur vel immutentur. Illud sane verum est difficilius adimi legata, quàm fideicommissa, quia licet omnia nuda voluntatis mutatione tolli possint, nulla quoque scriptura ne quidem codicillorum interueniente, necessaria tamen est heredi exceptio doli contra legatarios, quæ non est necessaria aduersus fideicommissarios l. 3. §. vlt. in i. l. sequi. infir. De adm. legat. nempe quia legata vinculum iuris habent, cùm per legis modum verbis directis & imperatiuis relinquuntur, non etiam fideicommissa, quæ

quæ verbis tantum precariis aut precativis, vt loquitur Vlpianus in Fragment. Tit. Delegat. Sed aliud est de iis legatis loqui, quæ nuda voluntate adempta sunt, aliud verò de iis quæ per posteriores codicillos testamento confirmatos. Hæc enim ipso iure adempta sunt, ita vt neque legatariis danda sit actio, neque heredi exceptio doli desideranda. Ergo si ex codicillis diu celatis prolarijque tandem appareat legata quæ testamento relicta fuerant, aut in totum adempta esse aut ex parte imminuta siue per testamentum, siue per potestatem legis Falcidie ob nouorum legatariorum accessionem inducenda, factendum est apparere ex postfacto, fuisse iam in de ab initio & ipso mortis tempore indebita legata quæ ex testamento soluta sunt, quatenus per codicillos adempta inueniuntur, & consequenter posse repeti per conditionem indebiti, tanquam soluta probabiliissimo errore facti, cùm heres diuinare nec poterit nec debuerit ea, quæ in codicillis tam diu celatis continebantur l. 3. §. cum transactio l. non est ferendus 12. vers. si eam sup. de transact. l. Lucius 76. §. vlt. ad Senatufconsultum Trebellianum. nisi vel ille ipse fuerit, qui celauit vel ceantibus dolo malo consenserit. Atqui, inquit, prætextu inuentionis postea reperitorum neque transactio neque senentia recedatur. l. sub prætextu instrumenti 19. C. de transact. l. sub specie 4. C. de re iudic. Cui potius ergo solutio legatorum? Sed respondendum est, in legatis solutis ita obtinere, ne alioqui contra voluntatem fiat, quod ex voluntate proficiscitur l. verbis civilibus 7. De vulg. & pupill. substituit. l. f. d. 63. §. si sub conditione l. debitor 5. in fine principij ad SC. Trebell. l. vlt. in fi. C. de reb. cred. & iuratur. nec solutionem simplicem pro transactioe accipiendam esse vult l. vlt. C. hoc tit. Quid ergo si dolo malo & fallaci persuasione legatarij heres solida legata soluerit, cùm legi Falcidie locus esset, nec cauerit sibi per stipulationem exiti si cuiusquam per leg. Falcid. videtur eadem fallacia qua abiecit auxilium Prætoris, abiecit etiam speciem & auxilium conditionis. Et iled necessaria ei est actio de dolo, l. si legatarius 24. sup. de dolo. vbi vide quæ scriptimus, quamuis putet Bartolus actionem de dolo cum indebiti conditione tanquam generaliori posse concurrere, cùm legatarij dolo intercessit.

c Nam diuus Hadrianus. RAT. DVB. Eius est condicere qui dedit, & eius repetere qui soluit, vt nomen ipsum repetitionis significare videtur, sicut & illi ipsi condicendum est qui solutionem accepit non etiam ei cui solutio proficit l. his solis 49. infir. hoc tit. Atqui heres qui adierat ex testamento quod postea fallum vel inofficiosum pronunciatum est, ille fuit qui ea legata soluit ex illo testamento cùm illud neque fallum neque inofficiosum esse crederet. Ipsi ergo dari debet condicatio non illi secundum quem de hereditate iudicatum est. D. C. Condicio indebiti naturalis est, id est naturalem habet æquitatem, vt & ceteræ conditiones omnes l. indebiti 15. l. hæc conditio 66. infir. hoc tit. ne scilicet alioquin eueniat contra naturalem æquitatem, vt is qui aliquid indebitum accepit, ex aliena iactura locupletetur l. nam hoc natura 14. eod. l. iure natura 206. De regul. iur. Illi ergo danda condicio est, qui alioquin damnatum pateretur, non qui aliter indemnitate consequi possit. Atqui damnatum legatorum perperam & indebitè solutorum non ad bonæ fidei possessorem pertinere potest, qui soluit, sed ad eum solum pro quo iudicatum est, quia bonæ fidei possessor qui bonæ fidei soluit ante motam de testamento contro-

uersam [alioqui sciens indebitum soluisse videtur leum qui 21. §. 1. sup. De inoffic. testament.] retinere potest ex hereditate quantum legatorum nomine persoluit, nec ad aliud virgeri potest, quàm vt directæ conditione cedat, quæ ipsi aduersus eos quibus solutū est competit l. quod si possessor 17. iunet. §. vlt. legis præced. sup. De hered. petit. Nempe si de suo soluerit, vt ea lex ait. Nam si de rebus hereditariis sufficit ei quod ex Senatufconsulto conueniri non possit, supra quam locupletior ex hereditate factus est, l. sed etsi 25. §. consultus eod. Non potest autem videri factus locupletior ex solutione legatorum, quæ ad veri heredis onus pertinebant. Verus autem heres cùm ea ratione indemnitate consequi nequeat, à bonæ fidei possessore mararetur utique in damno, cùm hereditatem tantò minorem à bonæ fidei possessore consecutus sit, nisi ei per conditionem succurreretur, aut directam, quæ ab ipso possessore cessat sit (quidni enim cogendus est cedere, cùm nullo suo vel incommodo vel dispendio id facere possit, l. in creditore 38. infir. De iur. i.?) aut vtilem ex propria persona, si malit, quod & ipsi commodius est. Directam enim habere ex suo capite proculdubio non potest, cùm non ipse soluerit, ob eamque causam necessarium fuit rescriptum Hadriani in hac specie, vt & Imperatoris Titi Antonini in specie l. sequi. ad dandam vero heredi vtilem conditionem, vt Papinianus subiicit in d. l. sequi. & Paulus in l. militis 36. §. miles in supremis infir. De testa. milit. & Vlpianus in d. l. Papinianus §. pen. de inoffic. testament. in illis verbis & hæc vtili adione repetuntur. Scilicet quæ repetuntur ab eo qui obtinuit, non ab eo qui soluit, vt præcedentia demonstrant. Et quod ibidem sequitur, si ante motam controuersiam legata soluta sint ferè, id est frequentius eum repetere qui obtinuit, non eum qui soluit: quia scilicet soluta videri debent hoc casu bona fide, tantòque dignior ille qui soluit, vt per retentionem liceat ei sibi consulere potius quàm per actionem. Nec pugnat quod rescriptum est in d. l. quod si possessor dandam esse bonæ fidei repetitionem. Id enim de repetitione intelligi debet quæ aduersus heredem verum ei detur non de conditione aduersus legatarios, latius quippe patet repetitionis nomen quàm conditionis, vt diximus. Ergo aliud est, si post motam controuersiam soluta sint, quia impatari hoc casu possit bonæ fidei possessor, cur non melius sibi cauerit interposita stipulatione, Eiusdem hereditate legata restitui nec iam bonæ fidei possessor manet, cui Senatufconsulto subuentum est, vt diximus, ne supra quam locupletior factus est, conueniri possit: sed tamen contra scriptum videtur in d. l. quod si possessor 17. de hered. petit. omni casu conditionem ei dandam pro quo iudicatum est, non ei qui soluit, quasi fauendum ei sit, qui saltem inspecto initio bona fide hereditatem possederit, nisi dicamus, quod ex Caio ita rescriptum est in d. l. quod si possessor, ab illis verbis, sed cùm cessante, vsque ad finem legis Tribonianeam æquitatem sapere potius, quàm Papinianeam, cùm ex prudentum omnium sententiã, bonæ fidei possessor hereditatis, non solum post litem contestatam, sed etiã post motam controuersiam fiat prædo d. l. sed etsi §. si ante l. si quis possessor 31. §. sicut eod. tit. ideò quod ex illo tempore indignus plane sit, cui siue ex verbis, siue vt Tribonianus maualt, ex sententiã Senatufconsulti subueniatur, quod Vlpianus vt patet significare voluit in d. l. Papinianus §. pen. postremis illis verbis ferè autem si ante controuersiam motam soluta sunt, qui obti-

336

ANTONII FABRI I. C. RATIONALIA

non repetet. ut intelligamus, si post motam controuersiam soluta sint, dandam esse repetitionem ei potius qui soluit, cum eo casu omnimodo teneatur ut indemnem præstare debeat petitori, quia nec dolo carere videtur is qui iam mota controuersia hereditatis legata dat sine cautionibus *l. dolo 41. infr. ad leg. falcid.* Hoc verò cum tam certius sit ut vix credi possit fuisse à Triboniano ignoratum, malo hunc errorem Triboniani ad illud referre, quod postrema illa Caij verba, *dandam ei esse repetitionem, quæ nos interpretati sumus de danda possessori repetitione contra heredem, videtur intellexisse de danda ei repetitione & conditione legatorum aduersus legatarios etiam illo casu, quo soluerit bona fide ante motam sibi de hereditate controuersiam, quod certè à Caij sensu alienum est, & à bonæ fidei possessoris utilitate, nisi tam stultus sit, ut actionem eligere malit quam retentionem. Cum igitur solu-*

3. PAPINIANVS libro 28. Quæstionum.

Idem est, & si, solutis legatis, noua & inopinata causa hereditatem abstulit: veluti nato posthumo, quem hæres in vtero fuisse ignorabat: vel etiam ab hostibus reuerso filio, quem pater obiisse falsò præsumpserat. nam viles actiones posthumo, vel filio, qui hereditatem euicerat, dari oportere in eos, qui legatum perceperunt, Imperator Titus Antoninus rescripsit, scilicet quòd bonæ fidei possessor, in quantum locupletior factus est, teneatur, nec periculum huiusmodi nominum ad eum, qui sine culpa soluit, pertinebit.

Ad l. idem est, & si, solutis 3.

RAT. DVB. & DECID. eadem est quæ ad initiũ *§. 1. legis præcedentis*, vbi non tantum de falso & inofficioso, & irrito factò testamẽto dictum est, sed etiam de rupto: adferuntur enim hic duo exempla rupti testamenti, ex quo soluta fuit legata ab herede scripto, qui bona fide hereditatem adierit, existimãs eam ad se pertinere: primũ est, si natus sit post aditionem & legatorũ solutionẽ posthumus, qui testamento paterno fuerat præteritus, & quem heres in vtero fuisse aditionis tempore ignorabat. Hoc enim addit Papinianus, & addere debuit, quia si heres sciuisset ventrẽ plenũ, quem præteritũ esse non poterat ignorare, vtiq. nõ nisi mala fide hereditatẽ ex eo testamẽto adire potuisset, cũ ex eo testamẽto, quod per agnationẽ posthumũ rumpi potest, nõ possit interiri hereditas *l. vtrũ 84. de acquir. hered. an autem pater ipse sciuerit, an ignorauerit plenũ ventrem fuisse eo tempore quo testabatur, nihil refert hac parte, id est, quod pertinet ad constituendũ heredẽ in bona fide, vt nõ ipsi conditionis necessitas imponatur, sed imputandũ & retinendũ ex hereditate facultas ei detur concessis ipsi posthumo vilius actionibus ad repetitionem legatorũ, quæ rupto per agnationẽ posthumũ testamento apparet ex postfacto fuisse iã ab initio indebita, idẽque cõdici posse. Alterũ exemplũ est, si ab hostibus reuersus sit, post aditam ab insituto hereditatẽ filius, quẽ pater obiisse falsò præsumpserat, idẽque præterierat: nã & hic quodque filius quandoquẽ reuersus, inueniens se à patre præteritũ licet non faciat testamẽtũ nullũ, quia eo tempore cõditi testamenti erat seruus hostiũ, qui proinde institui tãquã suus heres nec potuerat nec debuerat, rumpit tamẽ quasi agnatione propter filioam postliminij, quæ efficit, vt in ciuitate & patris potestate mã fuisse semper videatur *§. si ab hostibus infr. quib. mod. ius patr. potest. soluit. l. Gallus 29. §. quid si qui filius & seq. infr. de liber. & posthum. l. si quis filio 6. §. de iniust. rupt. l. pen. de suis & legat. ita sit, vt noua & in-**

o bona fide facta est, repetitio dan la est ei qui non soluit: nec enim hoc nouũ est *l. nec nouũ 3. infr. hoc tit.* Obserua tamen non esse hodie locum huiusmodi questionis, de repetitione legatorum ex eo testamento solutorum, quod postea inofficiosum pronunciatum est, postquã placuit Iustiniano, vt ex causa siue præteritionis, siue ex hereditationis rupto vel irrito factò testamento solæ institutiones conseruant, legata autem & cætera omnia salua remaneant *Auth. ex causa C. de liber. præter.* vt monuimus *ad d. l. Papinianus §. pen.* Idem ergo adnotandum est ad speciem *l. seq.* quæ est de legatis solutis ex testamento, quod agnatione posthumũ ruptum fuit, si cum interpretibus nostris eam Iustiniani constitutionem tam generaliter intelligas, vt paternam quoque præteritionem comprehendat, quod tamen probabile mihi nunquam visum, & plerisque operum nostrorum locis improbatum est.

3. PAPINIANVS libro 28. Quæstionum.

opinata causa hereditatẽ auferat heredi instituto, quẽ credibile est eodẽ testatoris errore mortuũ passisse illũ qui apud hostes viuebat, & ita hereditatẽ bona fide possidisse. Ea res facit, vt cum ex Senatũscõsulto, quod de hereditatũ petitionibus factũ est, ei subueniendum sit, ne supra quã locupletior factus est, teneatur *l. sed etsi 25. §. cõsultus & pass. supr. de hered. petit. idẽque possit legata hæc quæ ante motã controuersia soluit, quamuis indebita, heredi vero imputare *l. quod si possessor 17. supr. de petit. hered. dandæ sint viles actiones posthumo vel reuerso filio, qui hereditatẽ euicit in eos qui legata perceperunt. Atq. ita Diuus Antoninus Pius rescripsit, vt & Hadrianus in specie legis præcedentis, vbi totũ hoc filiũs explicauimus, & monuimus nõ esse correctã huius legis sententiã per Nouellã Iustiniani cõstitutionẽ 116. Vt eam de appellat. cognosc. §. aliud quoq. capitulũ, vnde sumpta est *Auth. ex causa C. de liber. præter.* Quid ergo si legatarij qui legata perceperunt, repediãtur nõ soluẽdo eo tempore, quo à filio cõueniuntur: An ad filium cui nihil imputari potest, periculũ pertinebit? an potius ad bonæ fidei possessorem qui soluit, nec sibi cauit interposita stipulatione, *Euicta hereditate legatarij restituitur* Ad filiũ, inquit Papinianus, nõ ad bonæ fidei possessorẽ qui sine culpa soluit, id est, cui nulla culpa imputari potest, ne quidẽ illa cur nõ sibi cauerit per supradictã stipulationẽ, cum nulla dum ei controuersia hereditatis mota esset: alioqui certè cũ exinde malæ fidei possessor & prædo factus sit, nõ videtur dolo carere, si legatariis nulla interposita stipulatione legata soluerit, vt proximẽ diximus *ex l. dolo 41. ad leg. falcid. l. si quid possessor 31. §. sicut supr. de petit. hered. vt ad legẽ proximã scripsimus, contra quam sub Caij nomine à Triboniano scriptum sit in *l. quod si possessor 17. eod. ill. tit.* nisi malis Tribonianũ in eo potius errasse, quòd Caij sensum nõ bene perceperit, quã quòd ei qui post motam controuersia iã factus prædo legata soluit, fauere voluerit contra iam a-***

peritem iuris rationem, vt ad *l. prox. interpretata sumus;*

mus. At qui, inquit, nec imputari filio quicquã potest, nisi forte illud posthumo cur natus sit, aut reuerso ab hostibus cur reuersus sit. Fateor, sed equius illud est, vt nõ moretur bonæ fidei possessor in dano, quam vt arceatur filius ab hoc incommodo, ne ad minus opulentiam patris veniat hereditatem, denique in pari causa, sicuti melior esse deberet condicio possessoris, ita cum neuter possessor est, debet

esse deterior condicio petitoris: condemnari enim nemo debet, quin aliqua aduersus eum subfita causa condemnationis, quamuis nec aduersus actorem quicquam sit, propter quod non debeat obtinere. Reo sufficit alterutrum probare, aut actorem non posse obtinere, aut se non debere condemnari, at actori vtrumque probandum est, & obtinere se debere, & reum condemnari oportere.

4. PAVLVVS libro 3. ad Sabinum.

Idem Diuus Hadrianus rescripsit, & si aliud testamentum proferatur.

Ad l. idem Diuus Hadrianus 4.

Eadem quoq. ad hanc legem dubitãdi & decidẽdi ratio est, quæ ad præcedentes. Nihil enim hæc lex continet, nisi aliud exemplum rupti testamenti per aliud posterius factum, ex quo adiri possit hereditas, licet nec adita sit *§. posteriori Inst. quib. mod. testam. infirm.* Ergo si heres priore testamento institutus, cum posterius ignoraret, hereditatem bona fide adierit, & priore testamento relicta legata soluerit, ante motam sibi de hereditate controuersiam, danda erit legatorum conditio utilis, aut heredi scripto in posteriore si ex eo hereditatem adierit, & euicerit, aut legitimo successori intestati, si is

5. VLPIANVS libro 16. ad Sabinum.

Nec nouum est, vt, quod alius soluerit, alius repetat. Nam & cum minor viginti quinque annis, inconsultè adita hereditate, solutis legatis, in integrum restituitur, non ipsi repetitionem competere, sed ei, ad quem bona pertinent, ab Arrio Titiano rescriptum est.

Ad l. Nec nouum 5.

RAT. DVB. & DEC. ad hanc legem eadem est, quæ ad *versic. Nam Diuus Hadrianus l. 2. in fin. supr. eod.* vbi ostendimus, cum alius soluit, alius verò repetit, conditionem illam quæ datur ei qui non soluit, vtilem esse, non directam, ei verò qui soluit, directã semper competere, si ea malit experiri, quam cedere illi qui euicit hereditatem: aut si malit heredi tantum reddere, quantum erogauit ex hereditate ad solutionem legatorum: quod tamen si fecerit, vtiq. stultus fuerit, cum sit longè cõmodius retinere quã agere, & non soluere, quam solutum repetere siue ab eodem siue ab alio *l. 3. infr. De compensat. l. si stipulatus 15. in princip. infr. De fideiuss. nec tantum iis casibus, de quibus hucusque diximus, hoc euenit, vt alius soluat, alius repetat, sed aliis etiam plerisque, quos hic Accursius congerit *ex l. prox. l. dominus 53. l. tutores 61. infr. hoc tit. l. cum fundus 31. §. 1. supr. De reb. cred. l. vlt. §. si verò C. de iur. delib.* Sed casus illi omnes dissimiles sunt, in quibus scilicet ei qui non soluit actio competit soli, & directã, ei verò qui soluit, nullã: at in casibus de quibus hucusque diximus, a tñõ in alio quem Vlpianus hic addit de minore, qui inconsultè adita hereditate solutisque legatis in integrum restitutus est, competit ei quoque qui soluit conditio indebiti & quidẽ directã, ei verò qui non soluit, tantum utilis, quod etiam pertinet, quod scriptum est in *l. quod si possessor 17. supr. De hered. petit.* de cuius sensu & Triboniani errore in illa Caij sententia interpretanda scripsimus *ad l. 2. §. vlt. supr.**

a Nam & cum minor. Hic verticulus nullam planè habet difficultatem, si cum Accursio eum intelligas de legatis indebitis, quæ minor 25. ann. soluerit, post aditam hereditatem, & antequam restitutus esset in integrum ad eam repudiandam. Quis enim dubitare possit, quid solutis legatis indebitis, cõpetat indebiti conditio pro eorum repetitione? Aut quis

eam conditionẽ daturus sit minori ipsi, qui legata soluit ex hereditate, quam postmodum repudiauerit: Planè si ponas eum soluisse de suo, magis est, vt quod indebitum soluit, imputare heredi non possit *l. item veniunt 20. aliã l. si possessor §. sed si vendidit supra. De hered. petit.* & ideo danda ei conditio est, nõ heredi: cum ipse minor, qui solutis legatis restitutus est in integrum, ad se abstinentium, ipse sibi controuersiam hereditatis fecerit, sibiq. vt ita dicam hereditatem euicerit, quam haberet hodie, si restitutionem non impetrasset, sibi ergo imputet, qui se in ea causa constituit *l. si iudex 41. supr. De minor. at cũ soluit, ille ex hereditate nihil habet, quod repetat à legatariis, cum nihil ei absit: is verò ad quem bona per restitutionem in integrum perueniunt, conditionem solus habere debet, tanquam cuius solius interit, & quidem aduersus legatarios qui indebita legata perceperunt: aduersus minorẽ verò qui soluit, nullam, cum restitutus in integrum plenissimã ipsi indemnitate, non damnũ aliquod nouũ adferre debuerit. In dano autẽ moraretur, si post imperatã restitutionẽ, & repudiatã hereditatẽ teneretur possessori bonorũ legata reddere, quæ eãdem iuuenili leuitate, & inconsulta facilitate indebita soluisset, sed malo ego locũ hunc intelligere de legatis solutis, quæ debita fuerint ex eo ipso testamento, ex quo minor adierat hereditatẽ, quã postea per restitutionẽ in integrũ omisit. Qui casus longè maiorẽ habet dabitandi rationẽ, illã nimirum, quod negari non possit, quin hæc legata verè debita fuerint, & quidẽ eo tempore quo soluebantur, cũ testamento solẽni & valido relicta essent. Quanam ergo ratione per conditionẽ indebiti repetentur. Præsertim cũ heres, qui semel heres per aditionẽ factus fuit, etiam postea per restitutionẽ in integrũ admittatur ad omnimittendã hereditatem, non eo minus heres maneat *l. aut Prator 7. §. sed quod Papin. supr. De min. propter regalã iuris, quæ extra certos casus, in quibus hic nõ est,**

FF

Tom. II.

nomine patitur, ut semel heres designat heres esse l. ei qui solvendo 38. de hered. instit. l. ex facto 43. §. ult. iunct. l. in substitutione 31. de vulg. & pupill. subst. nam si ei testamentum, & ex eo heres manet, qui non tantum solutioni legatorum obstrictus semel fuit, sed etiam legata soluit, quomodo fieri obsecro potest, ut fiant indebita, & intercedant? Hinc mirum cogitur Bartolus dicere, hereditatis aditione, quæ iure prætorio non teneat, ut puta rescissa per restitutionem in integrum, licet adhuc de iure civili non teneat, legata non confirmari eaque nullomodo deberi, & in eam rem textum hunc ait esse multum notabilem: & pro simili allegat, legata non confirmari regulariter per nudam sui heredis existentiam ex l. 1. §. ultim. infr. ut in possess. legat. excepto legato libertatis l. cum quasi 30. §. sed est si suus de fideicom. libert. l. sciendum est 31. de manum. testam. & vniuersali fideicommissio hereditatis l. ita tamen 27. §. si pater ad SC. Trebell. Fatetur tamen nuda sui heredis existentia confirmari tabulas pupillares ex l. si filius 12. de vulg. & pupill. subst. l. Iulianus 2. alias l. si pupillus de acquiren. hered. l. paterfamilias 8. de rebus author. iudic. possid. alias l. 13. de priuileg. credit. Quæ tamen omnia pace Bartoli dixerim, sunt ridicula. Primum enim constat in specie huius legis aditionem hereditatis ab initio tenuisse, non tantum civili iure, sed etiam prætorio, cum testamentum ex quo erat adita hereditas, non minus iure prætorio teneret, quam civili. Neque verò vllum casum pro Bartolo reperire meo iudicio facile quisquam possit, in quo hereditatis aditio, quæ ab initio tenet iure civili, non teneat etiam ab initio iure prætorio, quamuis è contrario multi casus sint, in quibus testamentum quod iure civili non valet, prætorio iure defenditur, ut in specie l. posthumus 12. l. filio prætorio 17. de iniust. rupt. & irrit. fact. testam. l. qui ex liberis 1. §. testamento de bonor. possessor. secundum tabulas. Nihil enim aliud exigit prætor ad dandam bonorum possessionem secundum tabulas interdum sine re, interdum etiam cum re futuram nisi ut septem testium signis signatæ sint, & testator haberet factionem testamenti utroque tempore, & testam. nti & mortis l. 1. §. exigit & seqq. eod. tit. l. Paulus notat 8. de prætor. stipulat. l. inter omnes 12. Qui satisf. cogant. Sed non ideo tamen bene quis dixerit, aditionem hereditatis tenere de iure prætorio, cum aditio sit modus acquirendæ iure civili, non iure prætorio hereditatis, quia heredem facere prætor non potuit, non magis quam legem, sed tantum bonorum possessorem §. quos autem Instit. de bonor. poss. neque rursus hereditatem deferre, sed duntaxat bonorum possessionem, licet bonorum possessores omnes sint loco heredum l. 1. 2. & 3. de bonor. poss. Fateor per restitutionem integram petitam à minore ad repudiandam hereditatem quam in consulto adierat, rescindi à prætor aditionem, id est, perinde haberi apud prætorem, ac si facta non esset: sed cum prætor hereditatis nomen adimere non magis possit, quam dare, non potest ea restitutio facere, ut aditio non teneat iure civili, neque ut heres non maneat, qui semel fuit, nec proinde, ut legata eo testamento relicta non maneat debita ipso iure, sicut enit. cum suus heres se abstinet bonis patris l. necessarius 57. de acquir. hered. Generaliter enim & perpetuò verum est, non esse sine herede illum qui suum heredem habet, quamuis se abstinentem d. l. cum quasi 30. §. sed est si suus de fideic. libert. siue suo iure se abstineat, ut suus heres l. impuberibus 11. & seq. de acquir. hered. siue petita in integrum restitutione, ut

in hac lege, & dicit §. sed quod Papinianus l. est ex modica 6. §. si filius & seq. de bon. libert. l. 1. §. si quis adita infr. ad SC. Tertull. Et quamuis Vlpian. in d. §. sed est si suus loquatur de libertatibus, sicut & in dicit l. sciendum, libertates autem siue directæ siue fideicommissariæ soleant esse fauorabiliores: Ratio tamen, qua mouetur, generalis est, & petita ex ratione mera iuris non ex fauore villo libertatis, neque rursus ponit Vlpianus in dicit §. sed est si suus subuenient esse directis libertatibus, quæ auxilio certè nullo indigent, ut constat ex dicit l. sciendum, sed fideicommissariis, quia parum est, debitas eas esse, si nemo sit à quo præstari possint. Quod in directis diuersum est, quæ ipso iure competunt, & dantur quidem à testatore, sed ita tamen, ut à nemine præstentur. Quomodo igitur, inquires, per conditionem indebiti possunt condici legata per eum, ad quem bona pertinerent, si non facta sunt per in integrum restitutionem indebita? Hoc enim est quod torfit Bartolum, & ex quo euoluere se non potuit. Sed dicendum est, quæ ratio fuit decidendi legata in eo testamento relicta, ex quo hereditatem minor adierat, & ab eo ante petitam restitutionem soluta, ipso quidem iure manere debita, sed tamen haberi pro indebitis, quod attinet ad prætorem, cuius solui est actiones etiam ipso iure competentes vel concedere, vel denegare, quia nunquam ille dabit restitutionem in integrum legatariis, ad neque creditoribus contra eum quem non habeat pro herede, siue beneficio abstentionis, siue auxilio in integrum restitutionis dicit. l. necessarius quæ hoc omnium optimè explicat, lunct. l. si filius 12. sup. de interrog. in iur. fac. d. l. ita tamen 27. §. qui ex Trebelliano ad Senat. consultum Trebellianum, ac proinde, cum post rescissam aditionem, quæ ex testamento facta fuerat, bona pertineant ad legitimum intestati successorem, si non aliquis substitutus sit, ut in dicit §. sed quod Papinianus leg. 7. de minor. Legitimus autem successor ille non fuerit oneratus legatis, quæ nec ab intestato relin. qui potuerunt, nisi per fideicommissum reperta sint à legitimis successoribus, ut in l. generaliter 24. §. ex testamento infr. de fideicommiss. libert. l. 1. Cod. eodem l. 1. & l. consueuntur 8. §. 1. infr. de iur. codicill. l. vltim. Cod. eodem. Consequens omnino est, ut si effectum rei in spicias magis, quam iuris potestatem & subtilitatem, indebita dici possint legata, non tam quòd nullo iure debeantur, quam quia nullomodo peti possint, denegante prætor actionem, quamuis ipso iure competentem, ut in dicit leg. necessarius. Ac tamen si nulla actione indigeant legatarij, quibus legata iam soluta sunt, non aliter tamen probare possunt legata sua esse debita, quam si probent talia ea esse, ut si soluta non essent, solui hodie deberent, data in eam rem actione, adeò ut quæ peti non possent, si soluta non fuissent, nec retineri soluta possint, non solum quòd neque naturaliter legata debeantur, quæ civiliter non debentur, ut contra Bartolum disputauimus ad leg. 1. supra. Sed etiam, quia eiusdem prætoris est dare iis exceptionem ad retinendam legata, [non enim fiunt retentiones nisi per viam exceptionis, conuento per actionem eo, qui vult vi retentione] cuius est dare actionem ad ea petenda. Quæ autem ratio impedit ne rescissa per in integrum restitutionem aditione dare velit actionem legatariis, eadem obstat, ne exceptionem quoque

quoque accommodare iis possit, nempe quia non habet hereditatem pro adita etiam si verè ad ta sit, & adita maneat iure civili. Quemadmodum è contrario accidit aliquando, ut habeat hereditatem pro adita ex testamento, quæ tamen reuera non sit adita, nisi ab intestato, ut si heres in fraudem legatariorum, & fideicommissariorum omittat hereditatem ex testamento, & ab intestato possideat hereditatem, quo casu legata quæ iure civili omnino intercederunt, & debita dici nullomodo possunt, iure tamen prætorio quasi debita conseruantur l. si duo 18. & seq. l. si dolo 24. in fin. & pass. l. ei quoque 13. infr. ut legat. seu fideic. seruand. caus. caueat. Si quis ommiss. caus. testam. Non enim difficilior est Prætori, imò facilius, ut hereditatis aditionem factam habeat pro non facta, quam ut non factam habeat pro facta. Eodemque sensu accipi debet quod scriptum est in d. l. 1. §. vltim. ut in possess. legat. si certum sit abstentio: necessarios heredes frustra edictam illud implorari, cum certum sit, inquit Vlpianus legatum vel fideicommissum non deberi nimirum ut non debeatur apud Prætor, qui nullam pro eo legato consequendo actionem datus sit, non autem ut iure ipso id est civili non debeatur, tam enim legatariis, quam creditoribus hereditariis obstrictus est suus heres, ipso iure etiam post abstentionem d. l. necessarius in illis verbis ut quamuis creditoribus hereditariis iure civili teneantur, tamen in eos actio non datur si velint derelinquere hereditatem. Lex enim duodecim tabularum de creditoribus & legatariis promiscuè locuta est, de quæ omnibus hereditariis oneribus, cum heredes siue suos & necessarios siue extraneos obligauit l. 1. Cod. si cert. petat. l. vlt. C. de hered. act. d. l. si filius qui patri 12. De vulg. & pupill. subst. Et certè secum pugnat Prætor, si pro debitore legatorum id est pro herede haberet eum, quem post concessam ipsi restitutionem in integrum, aut post abstentionem, iam non habet amplius pro herede d. l. si filius 12. De interrog. in iur. fac. Habet igitur eum sicut pro non herede ita & pro non debitore legatorum. Et consequenter quid mirum est, dare Prætor indebiti conditionem aduersus legatarios ei ad quem bona pertinent, iure intestati? Nam ipsi minori qui soluit, cum esset nomine & effectus heres, conditionem dare, ut supra diximus, non potest: non ob id solum, quòd ea verè debuerit tempore solutionis, sed etiam quia nihil eius iam interest post abstentionem, cum non nisi modò nomine heres remaneat d. l. est ex modica 6. §. si filius infr. De bon. libert. l. 2. §. sed si sint sui heredes 8. ad SC. Tertull. At legitimus intestati successor eam conditionem habere debet, quia eius valde interest, ut deincti bona omnia nullis legatis imminuta consequatur: non dico ut hereditatem habeat opulentior, quia hereditas quæ per aditionem hereditas esse desit, non potest per restitutionem in integrum ita restitui, ut rursus fiat hereditas & quidem legitima ex testamentaria, & ad proximum intestati successorem deuoluatur, alioqui nec heres maneret qui fuisset, si alius quoque fieri heres possit, cum vni duo in solidum heredes esse non possint l. quod contra 141 §. 1. De reg. iur. ideòque deficiente iure ac nomine hereditatis, dicimus nihil nisi bona ad proximum intestati successorem pertinere posse, ut hic Vlpianus loquitur, bene & Scauola in l. ex contract. 44. De re iudic. Vnde est quod nec directas actiones yllas habet, sed

tantum viles d. l. ait Prætor 7. §. sed quod Papinianus De minor. nec proinde nisi vilem conditionem in proposita specie, in qua debentur legata ipso iure, quæ tamen quasi in aebita repetuntur: neque rursus hereditatem repudiare dicitur qui restitutus est aduersus aditionem à se factam, sed se bonis abstinere d. §. sed quod d. l. est ex modica §. sed est De bon. libert. d. l. 1. §. si quis adita infr. ad SC. Tertull. licet alioquin extraneorum heredum sit repudiare, necessariorum verò se abstinere, nempe quoniam abstinemus propriis, repudiamus alienis, ut eleganter Cuiacius docuit. Falsum igitur est, quod absolute tradit Bartolus per nudam, ut ipse loquitur, sui heredis existentiam, legata non confirmari: confirmantur enim ita ut debeantur, sed iure civili non Prætorio, & confirmato semel testamento, omnis defuncti voluntas rata constat iur. l. si patroni 55. §. qui fideicommissum ad SC. Trebell. ac proinde legata, tutela, & cætera omnia quæ testamento continentur l. si hereditas 10. §. 1. infr. De testam. tutel. Sed non statim consequens est, ut iure prætorio peti possint. Quæ ratio fuit, propter quam Vlpianus in d. l. 1. §. vlt. ut in possess. legat. faciens edicti prætorij interpretationem atque ita respiciens ad ius prætorium non ad civile, scripsit si certum sit abstentio esse necessarios heredes. certum quoque esse legata, & fideicommissa non debent, hoc est peti non posse, id è quod frustra edictum illud à legatariis implorari, cum non ad alia legata vel fideicommissa pertineat, quam ad ea quæ peti possunt. Quamquam in eo quoque Bartolus errat, & quotquot sunt interpretes, qui cum eo nudam sui heredis existentiam vocant, & disputant, an nuda sui heredis existentia confirmet legata, vel fideicommissa vel libertates vel tabulas pupillares, non enim nuda sui heredis existentia dici hæc potest, qui confirmationis potestatem attribuimus, sed plena, quandoquidem non incipit esse nuda nisi post abstentionem. Abstentio autem cum sit facti, & exigat declarationem voluntatis, non potest fieri primo instanti post mortem patris, sed successui temporis, tractu aliquo indiget, ut fiat. Proinde toto illo tempore quod ab instanti mortis patris, ad instantem vsque abstentionis intercedit, faciendum est existentiam illam esse plenam, cum interim & nomine & effectu filius heres sit, & quidem ex testamento, si sit institutus, quandiu se nondum abstinuit, quamuis possit se abstinere l. 1. §. qui sunt in potestate infr. si quis ommiss. caus. testam. Atqui confirmatio testamenti quæ iuris tantum, non etiam facti est, fit in instanti sola legis potestate, nec tantum legis duodecim tabularum, sed etiam legis Velleæ in suo casu d. l. si hereditas §. 1. ad SC. Trebell. Ergo quamuis poneret, quod impossibile est, secundo post patris mortem instanti secutam esse filij abstentionem, primum tamen instans quod præcessisset, sufficeret, ut sui heredis existentia plena aliquando fuisset videretur, ad confirmandum in omnibus & per omnia testamentum. Hinc est quod per plenam illam non per nudam sui heredis existentiam confirmantur tabule pupillares, vel fatente ipso Bartolo ex dicit l. si filius qui patri 12. De vulg. & pupill. subst. itemque fideicommissa vniuersalia dicit. l. ita tamen 27. §. si pater ad Senat. consultum Trebellian non quia repudians vt causatur Bartolus, cogi possit ad adeundum [nihil enim tale tractari potest in tabulis pupillaribus, in quibus tamen idem iuris est]

sed quia non facit absentio, quin filius qui se abstinent remaneat heres, non tantum iure civili, sed etiam quod nemo fortassis ante nos obseruauit iure Pretorio, in iis omnibus neque commodum neque incommodum vllum versatur filij se absentis, cuiusmodi est confirmatio pupillarum ta-

bularum, quarum effectus in id tempus conferuntur, quo pupillus erit mortuus, itemque fideicommissorum vniuersalium, quae non nisi fideicommissariorum periculo restituuntur, vt nos alibi saepe laetius scripsimus. Est enim tractatus ille ab hoc loco satis alienus.

6. PAULVS libro 3. ad Sabinum.

SI procurator tuus indebitum soluerit, & tu ratum non habeas: posse repeti, Labeo libris posteriorum scripsit: quod si debitum fuisset, non posse repeti, Celsus. ideo, quoniam cum quis procuratorem rerum suarum constituit, id quoque mandare videatur, vt soluat creditori: neque postea expectandum sit, vt ratum habeat. Idem Labeo ait, si procuratori indebitum solutum sit, & dominus ratum non habeat, posse repeti. Celsus ait, eum, qui procuratori debitum soluit, continuo liberari: neque ratihabitionem considerari. quod si indebitum acceperit, ideo exigi ratihabitionem, quoniam nihil de hoc nomine exigendo mandasse videatur. & ideo, si ratum non habeatur, a procuratore repetendum.

Ad l. si procurator 6.

Ad huius legis interpretationem multa referri possunt, quae nos iam tractauimus ad l. si procuratori falso 14. *supr. De condic. caus. dat.* Ideo hic erimus breuiores. RAT. DVV. Cum procurator tuus indebitum soluit de tuo, & tuo nomine, nec tu ratam habes solutionem, non potest ipse procurator eam repetere *vers. vlt. huius legis*, quia neque de suo soluit, neque suo nomine: tu vero multo minus, quia cum ratum non habeas, factum tui procuratoris nulla ex eius facto tibi acquiri potuit actio *d. l. si procuratori 14. De condic. caus. dat.* Ergo absolute dicendum est pecuniam hanc repeti non posse. Quis enim alius, quam tu aut procurator tuus possit repetere? DE C. Procurator etiam verus qui soluit indebitum egreditur officium suum, & excedit fines mandati, quia debitor mandare quidem intelligitur procuratori, vt soluat veris creditoribus, vt scriptum est in hac lege, sed non vt cuiquam soluat indebitum aut maiorem quantitatem, quam quae sit debita *l. cum indebitum 57. §. 1. infr.* id enim & ab utilitate domini, & ab aequitate alienum esset, quotus enim quisque est, qui suum iactare velit, aut debeat? *vulg. l. cum de indebito 25. infr. De probat.* atque ita se obligat domino procurator, qui & de pecunia domini soluit, & ipsius nomine, vt praestet ei indemnitate contraria mandati actione. Ergo cum ipse interfuit, habere debet conditionem, vt habeat quod domino possit soluere & reddere, ei siquidem danda semper actio est cuius interest, non ei cuius nihil. Porro nihil interest veri domini, qui obstrictum habet procuratorem, vt diximus, quique nummos suos si adhuc extant vindicare potest, tanquam ab eo solutos qui alienandi ius nullum habuit, scilicet si vt ponimus ratam non habeat solutionem indebiti a procuratore factam: alioquin hoc ipso ratam haberet, quod indebitum condicere ipse vellet, quam porro si ratam haberet, directa vtique conditione indebiti pecuniam repetere possit, sicut eueniet in pecunia quam procurator absentis & ignorantis domini nomine mutuum dedisset: nam si quidem dominus ratam haberet numerationem competere ei condicere certi ex mutuo directa, si vero nomen repro-

barer, nullam actionem dominus haberet, procurator vero haberet vtilem *l. si absentis 4. C. si cert. petat.* nec enim mala argumentatio est a mutuo ad solutionem indebiti, & a conditione certi ex mutuo ad conditionem indebiti *l. 5. §. 2. quoque infr. De oblig. & action. §. 2. quoque Instit. quib. mod. re contr. oblig.* Domino igitur ratum non habente directa indebiti condicere nulla est, quae vel a domino vel a procuratore possit exerceri, sed vtilis tantum a procuratore, qui etiam si non esset soluendo, imputare tamen sibi dominus deberet, qui ratam habere solutionem, atque ita directam sibi acquirere conditionem non uisisset, in eum qui pecuniam indebitam accepisset, nisi quod actione mandati cogere procuratorem possit, vt ea vtili condicione cederet, si non mallet ipse dominus, cuius pecunia, & soluta & consumpta esset condicione illa subsidiaria experiri, quae ex consumptione acquiri solet iis omnibus qui pecuniam si extaret, vindicationem haberent. ne alioquin eueniret, vt ex ipsius iactura locupletaretur is qui pecuniam accepit *l. rogasti 11. §. vlt. & legib. seq. l. si & me 32. supr. De reb. cred. nec est contrarium quod in vers. vlt. huius legis scriptum est, neque tutorem neque procuratorem soluentes repetere posse, debet namque id intelligi, non de procuratore minoris, vt Accursius & Bartolus male explicant, nec rursus de eo casu quo procurator soluerit indebitum, vt iidem putant, quasi sensus sit, procuratorem minoris non posse repetere, nisi sicut quilibet maior possit, ratihabitione non secuta scilicet vtili actione, sed de procuratore quolibet etiam maioris, sed qui debitum soluerit, non indebitum. Et si enim nullam hic casus videtur habere dubitationem, vt illi obiiciunt, si de eo tutore aut procuratore intelligas, qui & de pupilli alteriusve domini pecunia soluerit, & ipsius nomine, habet tamen, si ponas tutorem hunc aut procuratorem suam pecuniam soluisse non ea quae fuerit pupilli vel domini, quasi sit illa indebita: pecunia enim pupilli, vel alterius domini illa est, quae debetur non pecunia tutoris vel procuratoris. Idem eoque bene adiecit Paulus ex Iuliano *neque interesse suam pecuniam, an pupilli, vel domini soluant* ne quis fortasse crederet, Iuliani sententiam de re indubitabili fuisse, nam nec alius ille casus, quem Paulus*

Paulus subiicit in hac lege, de procuratore, qui & de pecunia domini, & ipsius nomine soluerit debitum, adeo curere dubitatione visus est, vt eum pretermittendum putauerit, addita etiam ex Celsi ratione, quasi recedita, nec ita facile cuius obuia, quod cum quis rerum suarum procuratorem constituit, id quoque mandare videtur, vt soluat creditoribus, id eoque nec postea expectandum esse, vt ratum habeat. Quae ex ratione intelligimus non dubitasse Paulum in vers. quod si debitum fuisset, non posse repeti an debitum a procuratore solutum repeti possit a domino, sed an a procuratore ipso, nec rursus eo casu quo dominus ratam solutionem habuisset, sed quo nondum ratam habuisset: illa enim vnica occurrebat ratio dubitandi, soluto vero debito, quod dominus idemque debitor nihil expressim ac specialiter mandauerat de solutione, etiam vero creditori facienda, vt proinde ipsius ratihabitionem expectanda videretur, quasi pendente interim iure conditionis: diligenter enim mandati fines custodiendi sunt *l. diligenter 5. in princ. infr. mād.* Sed bene Paulus & Celsus respondet, non requiri in eam rem mandatum speciale, cum generale sufficiat, sicut & creditor censetur mandare suis debitoribus, vt soluant procuratori *l. qui hominem 34. §. si Titium de solut.* Praecedente autem mandato frustra expectari ratihabitionem, quae non potest esse nisi superuacua. Quid enim amplius facere potest ratihabitione, nisi vt aequiparetur mandato? *l. vlt. C. ad S. C. Maced.* Extatque haec ipsa Celsi sententia in *l. quodlibet 87. de solut.* Illud ergo duntaxat monendum supererat in fine legis, vt procuratori non esset danda soluti debiti condicere nec similiter tutori, neque si de sua pecunia soluisset: ita fiet, vt si principium legis huius, cum sine coniungas, nihil absurdum futurum sit, nihil contrarium, nihil denique superfluum: nec proinde necesse est, vt cum Azone & Accursio locum hunc intelligas de procuratore omnium bonorum, & habente liberam administrationem: sufficit enim vt habeat mandatum generale, quod esse potest citra bonorum omnium procuratorem cum libera administratione.

a Idem Labeo ait, si procuratori. RAT. DVV. Quod fit per procuratorem habentem generale mandatum, per dominum ipsum fieri intelligitur: nihil enim refert, an quis per se faciat, an per procuratorem *l. ita autem 5. §. quod si posteaquam infr. De admin. tutor. l. mandato generali 60. De procurat.* Atqui mandato generali continetur non solum, vt procurator exigat sed etiam vt debitores soluant procuratori, quasi & ipse hoc mandatum sit *d. l. qui hominem 34. §. si Titium infr. De solut.* Ergo quod procuratori solutum est indebitum, non procuratori debet condici, sed domino, etiam nulla secuta ratihabitione, nec enim is qui se debitorem putat, cum non sit, soluere eam pecuniam procuratori, nisi scilicet mandatum videri debitoribus omnibus in quorum numero se esse putat, vt ei soluerent mandatis acciperet solutionem, si non haberet in eam rem mandatum generale, vt proinde verum semper sit dicere, tum quoque cum indebitum solutum est occasione tamen mandati factam esse solutionem, praesertim si ponas factam esse bonafide, hoc est ab eo qui se debitorem existimabat, & procuratori id ipsum crederet. An enim debuit procurator oblati sibi solutionem recusare? Aut an debitor hic esset necne, dignitatis inquirere? Hoc vero sufficere videtur, vt occasione mandati solutum sit, *arg. l. debitor 59. in si. ad S. C. Trebell.* multa enim fiunt

occasione magis quam iure *l. 2. infr. De ritu, & qui occasione damni dat, & ipsum dare intelligitur l. qui occidit 30. §. in hac quoque supr. ad leg. Aquil. l. si damnum dat 169. De reg. iur. D. e. c.* In generali mandato non veniunt ea, quae quis verisimiliter mandaturus non fuerat, si de iis cogitasset, quemadmodum nec obligatione generali pignoris veniunt ea, quae verisimile sit non fuisse quem specialiter obligaturum *l. obligat. 6. infr. De pignor. l. qui peculij 46. infr. De pecul. at qui verisimile est, non fuisse dominum procuratori suo mandaturum, vt indebiti solutionem acciperet, quia non potest id fieri bona fide, cum eo modo fiat, vt quis ex aliena iactura contra naturalem aequitatem locupletetur *l. nam hoc natura 14. hoc tit. l. iure natura 206. De reg. iur.* mandato autem quantumuis generale sit, cum sit contractus bonae fidei, semper bona fides inest *l. creditor 60. §. vlt. infr. mand. l. si pater filiofam. 12. infr. Quae in fraud. cred.* Non ergo videri potest hanc solutionem indebiti accepisse procurator, tanquam procurator & mandati potestate, sed anquam alius quilibet, licet praetextu & occasione mandati acceperit, quod certe non sufficit ad dominum obligandum, nisi dominus quoque hanc suam debitoris esse crediderit, qui procuratori tanquam debitor soluit: plus enim potest hoc casu opinio domini, quam veritas, quantum ad hoc, vt de huiusmodi quoque debiti accipienda solutione in mandato generali cogitasse videatur, nec potest dominus imputare procuratori, cur id fecerit, quod verisimiliter dominus ipse facturus fuerat, si procurator non habuisset. Addit Bartolus aliam exceptionem nec improbabilem, nisi indebitum procuratori solutum apparebat prima facie debitum, ita vt alius quilibet bonus, & diligens paterfamilias eius solutionem recepturus fuerit, omni culpa cessante *arg. l. 3. in si. supr. l. quae vtiliter, De neg. gest.* At extra hos casus expectanda domini ratihabitione est, vt si acceptam a procuratore solutionem indebiti ratam habeat, ipsi condicatur non procuratori *l. si indebitum 16. l. si sine 22. in princ. infr. Rat. rem habet.* lam enim incipit voluntate ipsius facta esse solutio, quae facta est ipsius procuratori: quod satis est, vt conditione obligetur *d. l. qui hominem in princ. De solut. d. l. cum indebitum 57. §. 1. l. indebitum 47. infr. hoc tit. & ratihabitione facit negotium domini, cuius antea non erat, licet ipsius nomine & contemplatione gestum esset *l. si pupilli 6. §. item quaeritur l. si ego 24. supr. De neg. gest.* Et quemadmodum is qui procuratori debitum soluit, statim & continuo liberatur, nulla etiam expectata ratihabitione, quia id ipsum quoque veris debitoribus mandatum intelligitur, vt procuratori soluerent quodlibet debitum dummodo verum *d. l. qui hominem 14. §. si Titium & l. quodlibet 87. infr. De solut.* Ita & secuta ratihabitione in debiti soluti, cum perinde habendum sit, ac si domino ipse solutum esset, dicendum est eam solutionem quae liberationem parere non potest ei qui non fuit debitor, acquirere illi conditionem aduersus dominum. Hinc nostri notant, in generali mandato non venire illicitum, & recte: quauis enim nihil illicitum faciat procurator, qui indebiti solutionem accipit bona fide, ab eo qui se putat debitorem: esset tamen hoc illicitum in persona mandatis qui non similiter debitoris hunc esse putaret, id eoque nec mandasse hoc credendus est, ne alioqui fatendum sit voluisse illum ex aliena iactura locupletari, vt diximus *l. 3. §. si procurator supr. Quod quisq. iur.* Sicuti nec in dispositione prohibita videntur prohibita ea quae iuridica sunt, inquit Bartolus ex *l. damni 18. §. sed quid fiet infra. De damnat. infectio.* Ex quo inferat illa**

in mandato generali nunquam venire, ut procurator aliquid petat, per quod dominus in poenam aliquam incideret, speciali enim mandato hanc in rem oportet esse, nisi cum factum procuratoris imputari potest domino, puta si negligentem procuratorem constituerit l. 3. C. de procurat. l. si procuratorem

Iulianus ait, neque tutorem, neque procuratorem soluentes, repetere posse, neque interesse, suam pecuniam, an pupilli, vel domini soluant.

Ad §. 1. Iulianus ait.

Hunc §. iam explicauimus in precedentibus, & ostendimus intelligendum esse de eo casu, quo debitum a tutore, vel procuratore solutum sit, sed ex pecunia ipsius tutoris vel procuratoris, ut habeat sententiam diuersam ab ea quæ in principio legis scripta est, & ut nouam aliquam recipiat dubitandi rationem, quam nos ibidem attulimus. Sed neque verum est, procuratorem vel tutorem qui debitum soluit, non posse repetere. Repetit enim ipse non dominus aut pupillus, nisi rati habitio sequatur, ut Paulus ex Labeone in legis huius initio scribit de procuratore. De tutore verò, quod possit hac conditione repetere pecuniam quam pupilli nomine soluit, si modò eam rationibus pupilli non intulerit. Textus est in l. ult. §. 1. infr. hoc tit. Quo enim iure denegamus tutori, vel procuratori conditionem eius pecuniæ, quam indebitam soluisent nulla secuta rati habitio, cum non possit ea conditio acquiri domino, qui eam solutionem mandasse non intelligitur? Planè si dominus velit condicere potest, quia hoc ipso testatur, se ratam habere solutionem factam ipsius nomine arg. l. seruum Titij 4. infr. mandat. l. 3. §. 1. infr. Rat. rem habere. qui casus rati habitiois secuta semper excipiendus est. Cætera quæ hic Accursius & Bartolus congerunt ad propriam huius legis interpretationem parum pertinent, & à nobis magna ex parte iam explicata sunt ad l. si procuratori 1. 4. supr. de condict. caus. dat. nisi quod Bartolus docet, solutionem indebiti a tutore factam non posse a pupillo ratam haberi, ex eiusdem tutoris autoritate, cum non possit tutor fieri auctor in rem suam pupillo, idè quæ alterius tutoris autoritas necessaria est l. pupillus §. 1. l. quod dicitur 7. iunct. l. 1. infr. de auctor. tutor. Scilicet si de pecunia sua tutor soluerit, possitque ei imputari cur soluerit: interponeretur enim eo casu autoritas tutoris ad eum ipsum exonerandam, ut in rationibus reddendis eam pecuniam pupillo imputare quandoque posset, prætextu acquiritæ pupillo conditionis per eam rati habitioem. Quod si poneret tam probabilem fuisse tutoris errorem, cum de suo in-

8. §. si tutores infr. mandat. quamuis nihil veteret etiam procuratori ipsi qui fuit negligens, poenam infligi siue expensuram siue aliam. Idque plerumque æquius est, si negligentia illam contumaciam adnoxam habeat aut dolum l. 1. §. si procurator supr. si quis iudicent. non obtemp.

debitam pecuniam soluit pupilli nomine, ut nulla ei culpa adscribi possit, eique indemnitate eo nomine præstare pupillus debeat [id enim euenire posse putat Bartolus, quod tamen non facile possum admittere] ut proinde nullum ex eius solutionis rati habitioem damnus pupillus sensurus sit. Non negarem quod vult Bartolus, posse in eam rem illum ipsum tutorem, qui indebitum soluit auctoritatem pupillo præstare ad ratam habendam solutionem, quia & pupillus ipse posset solus ac sine tutore ad acquiendam sibi conditionem, cum possit pupillus ex omnibus causis extra causam hereditatis acquirere sibi sine tutoris autoritate l. obligari 9. eod. tit. Sed si tutor ex pecunia pupilli, & ipsius nomine indebitum soluerit, dubitandum non est quin possit tutor ipse repetere, nec tantum pupilli nomine, ut vult Bartolus, sed etiam suo, cum neque potestatem, neque mandatum à lege habuisse intelligatur, ut indebitam pecuniam pupillarem ipsius pupilli nomine solueret, non magis quam procurator habens generale mandatum, etiam cum libera, si volens, bonorum administratio. Tunc enim dum loco tutor habendus est, cum bene rem pupillarem administrat, non cum pupillum spoliat l. qui fundum 7. §. si tutor infr. Pro emptor. Planè si procurator pupilli, aut actor à tutore constitutus, indebitum soluerit, nemo dubitat quin possit pupillus tutore præsertim auctore ratam habere solutionem, adeoque sine tutore si omnimodo id utile & commodum pupillo futurum est. Fieri namque facile potest, ut propter inopiam & procuratoris qui soluit, & tutoris qui eum constituit, intersit pupilli habere potius conditionem suo nomine aduersus eum qui solutionem accepit, nulla etiam exacta cessione, quæ aliis plerisque casibus necessaria est, ut in l. si vendidero 80. §. vltim. infr. de furt. l. cum quis 38. §. 1. de solut. Denique omnia hæc ex sola pupilli utilitate æstimanda sunt, ne aliquod nimia subtilitate circa res pupillares vteremur, in ipsius damnus & perniciem retorqueretur, quod ipsius fauore constitutum esset, ut ait l. pen. C. ad S. Trebell. iunct. dicit. l. obligari 9. de auctor. tutor. l. non eo minus 1. 4. C. de procurat.

7. POMPONIUS libro 9. ad Sabinum.

Quod indebitum per errorem soluitur, aut ipsum, aut tantundem repetitur.

Ad l. Quod indebitum 7.

RAT. DVV. Illud solui condici & repeti potest, quod indebitè solutum fuit, non aliud, ergo illud ipsum quod solutum est. semper repetendam est, non tantundem, imò verò interdum longè plus re-

petitur quam solutum sit, ut puta cum fructus qui rei solutæ accesserunt condicuntur, & partus & si qua sunt alia quæ accessionum naturalium appellatione continentur l. indebiti 15. in princip. l. si non sortem 16. §. libertus l. in summa 65. §. ei qui infr. hoc tit. Interdum verò minus quam solutum sit, puta si quod solutum est, ex parte debeat, ut Accursius probat

ex d. l. in summa §. vlt. Sed malè, ut puto, quia quod eo loco Paulus scribit, indebitum esse quod omnino non debetur non scriptum est ad differentiam eius quod totum debetur, sed ad significandum id quod nullo modo debetur, non id quod nulla ex parte, ut ibi dicemus. Dicunt enim prudentes elegantè omnino non pro nullo modo, & longè alio sensu quam si dicerent non omnino l. Græcè 8. §. illud infr. de fideiuss. l. si non sortem 16. §. indebitum infr. Et alibi passim non igitur verum esse potest, quod hic Pomponius scribit, quod indebitum per errorem facti soluitur, aut id ipsum repeti, aut tantundem, maximè cum cæteræ actiones omnes non soleant competere, nisi ad hoc, ut idem reddatur, ut in deposito, commodato, venditione, permutacione aut similibus, vel ad hoc, ut reddatur tantundem, ut in mutuo l. 2. §. mutui datio l. 3. & passim supr. de reb. credit. At vix illa quæ competat ad vtrumque, ne quidem differentiam & alternatim, id est, ut vel idem, vel tantundem reddatur l. Lucius 24. infr. deposit. De cond. indebiti conditio pertinet ad eas res quæ & in specie consistunt, & in quantitate. Potest enim solui species quæ sit indebita. Potest etiam solui quantitas, quod in cæteris actionibus, quæ ex contractibus aut quasi contractibus nascuntur, diuersum est, dantur enim aut ad speciem tantum, ita ut non possint dari ad quantitatem, nisi si qua sit debita per modum speciei, aut è contrario ad quantitatem tantum ita ut non possint dari ad speciem: quemadmodum in mutuo: excipiendæ sunt stipulationes, quæ sicuti pendet ex negotio contracto, & tot ferè genera continent, quot sunt rerum contrahendarum, ut idem Pomponius noster loquitur in l. 1. versio. Conventionalis de verb. oblig. ita & ad res omnes pertinent, siue in specie, siue in quantitate consistant. Proinde si soluta sit species indebita dabitur conditio ad speciem, & ut id ipsum corpus quod solutum est, reddatur, nunquam ut tantundem, nisi fortè res perierit, quo casu necesse est veniri ad æstimationem, quod ad præstationem attinet, quia corpus quod non extat, præstari ipsum non potest, quamuis non eo minus petendum sit, si post mortem perierit l. in re furtiva 8. infr. de condict. furt. iunct. l. si seruum 92. §. vlt. de verb. oblig. l. pen. supr. de condict. caus. dat. nec tamen eo casu solo quo species debeat existimandum est, agi debere ad id ipsum quod datum est, sed etiam si quid consistat in pondere vel mensura, quod adhuc extat. Nam quemadmodum non translatò earum dominio, si extarent vindicari eas ipse possent & deberent, ita & translatò per eum qui soluit, dominio, eadem illæ condici debent, ut in eo similis sit vindicationi conditio: sed si res ille consumptæ sint, æstimationem condici necessario oportebit d. l. in summa §. in frumento infr. at si pecunia soluta sit, quæ indebita fuit, non illa ipsa corpora nummorum quæ soluta sunt, condicentur, sed tantundem, & ita hæc lex intelligenda est, ut hoc demum casu conditio indebiti similis sit conditioni certi ex mutuo, cui æquiparatur in l. si quis absentis §. si quoque infr. de oblig. & action. §. si quoque infr. quib. mod. re contr. oblig. Quis enim æquiparet eam in omnibus, cum mutuum non in aliis rebus possit consistere, quam quæ pondere vel numero vel mensura constant d. l. 2. §. mutui datio supr. de reb. credit. conditio autem indebiti etiam ad species pertineat? Esti verò mutuum non minus in iis consistit, quæ pondere & mensura constant, quam in iis quæ in quantitate, & pecunia numerata; hæc tamen diffe-

Tom. III.

rentia est, quod in iis quæ pondere ac mensura constant, non tantum quantitas est, sed etiam qualitas & bonitas, ut scriptum est in d. §. in frumento. vnde nasci etiam necesse est diuersitatem æstimationis, bono enim frumento datur melius l. vbi autem 75. §. 1. infr. de verb. oblig. at in pecunia numerata nihil est quod perpendere debeamus præter ipsam quantitatem l. si is cui nummos 94. vers. fin. autem de solut. idè quæ nummorum omnium eiusdem generis eadem vbiq; & certa est æstimatio l. 1. infr. de eo quod cert. loc. l. 3. de in lit. iur. Soluta igitur pecunia indebita non idem cond. condendum est, sed tantundem, nunquam autem conditio indebiti in eadem specie datur ad hoc, ut vel idem vel tantundem reddatur, quasi electio sit vel actoris vtrum petere malit, vel rei vtrum potius soluere, nisi quod si centum aureos indebitos tibi soluerim, qui adhuc extant, & condicam tibi tantundem, in tua potestate est, si velis illa ipsa corpora nummorum mihi reddere, quæ accepisti: sed reddes tamen non ut eadem ipsa quæ accepisti, sed ut tantundem. Nam quæ possent recipere functionem in sua specie, multo magis recipiunt in suo genere, cum eiusmodi res sunt quæ in genere & quantitate non in specie consistunt. itaque reddes mihi eadem quidem corpora nummorum, at non ut corpora, sed ut quantitatem. Vnde fit, ut si neque id ipsum neque tantundem ex eodem genere reddi possit, cesset conditio, ut in operis fabrilibus de quibus in l. penult. infr. de præscript. verb. d. l. si non sortem 26. §. libertus hoc tit. Observandum verò est posse quidem plus minùve condici, quam solutum sit, plus nimirum si, quod solutum est, auctum fuerit accessionibus naturalibus minus verò si aliquid ex eo quod solutum est, debitum fuisse appareat, sed nunquam plus minùve indebitum quia implicat contradictionem, ut conditio indebiti ad plus minùve detur, quam quod indebitè solutum fuerit, aut quod indebitum soluto accesserit. Et verò cum hæc indebiti conditio eam potissimum rationem habeat, quæ & cæteris conditionibus ferè omnibus communis est, ne is cui indebitum solutum est, ex aliena locupletetur iactura l. nam hoc natura 15. infr. hæcenus eam dari æquum est ne locupletior fiat is qui accepit, d. §. libertus vbi dicemus latius l. cum hi 8. §. si quis de alimentis supr. de transact. Itaque ad fructus quoque qui fundo soluto accesserunt licet, soluti ipsi non fuerint, hæc conditio pertinebit, quoniam alioqui ex iis possessor locupletaretur, petitor verò fieret pauperior, l. indebiti 15. infr. quod si soluta species in totum perierit, conditio quoque tota peribit: aut ex parte, si perierit res ex parte, aut æstimatio rei maior minorve si soluta species aut vendita sit, aut consumpta d. §. in frumento. quæ tamen distinctio non cadit in nummos, qui quoniam in mera quantitate consistunt, perire nunquam possunt vulg. l. incendium 11. Cod. si cert. petat. Sit tamen alienos nummos quis indebitos soluerit, non dominium eorum condicer quod nunquam habuit, quia in eo nec pauperior ipse, nec aduersarius locupletior factus est, sed solam possessionem quam amisit d. l. indebiti §. sed es nummi infr. & quidem per conditionem incerti, ut & in l. qui exceptionem 40. §. si pars domus cod. Est enim conditio indebiti duplex, certi vna, & incerti altera, quamuis conditio ex mutuo, cui prudentes nostri conditionem indebiti æquiparant, incerti nulla sit, sed certi duntaxat. Possessio autem est quid incertum, siue quatenus in facto siue etiam quatenus in iure consistit l. 1.

FF 4

§. si vir uxori l. possessio 49. in princip. & §. 1. de acquir. poss. d. §. si pars domus iunct. l. heres 21. ad Senatusconsultum Trebellianum habetque propriam suam naturam & æstimationem, à proprietatis natura & æstimatione distinctam l. naturaliter 12. §. nihil commune de acquir. poss. l. 3. §. ult. inf. vi possid. Planè quod Bart. obicit in obligationibus dandi idipsum peti quod

debetur, ad rem non pertinet, nam & in obligationibus dandi, veniendum est ad æstimationem, cùm lis per sententiam æstimanda sit, nec res ipsa petitur nisi per litem contestationem, quæ vera demum petitio est *l. amplius non peti 15. Rat. rem haber. de quo videnda sunt quæ scripsimus in vltima parte Chilianis nostræ de error pragmat.*

8. PAVLVS libro 6. ad Sabinum.

Quod nomine mariti, qui soluendo non sit, alius mulieri soluisset: repetere non potest: adeò debitum esset mulieri.

Ad l. Quod nomine 8.

RAT. DVV. Qui exceptione perpetua & favorabili tutus est, si per errorem facti soluat, repetit *l. qui exceptionem 40. iunct. l. si non sortem 26. §. indebitum inf. hoc tit. atqui maritus conuentus actione rei uxorie, & iudicio de dote habet exceptionem, & perpetuam & favorabilem, ne in plus quam facere possit conueniatur *l. sunt qui 16. l. non tantum 20. & seqq. inf. de re iudic. quam exceptionem perpetuam esse ex eo apparet, quod nullis temporis finibus, & spatiis concluditur: Favorabilem verò ex eo quod pro causa habet honorem ab uxore eiusve heredibus debitum personæ mariti ne propter necessitatem dotis restituendæ cogatur egestate laborare *l. in condemnatione 173. de regul. iur. item ex eo quod opponi quandoocunque potest. nec tantum post litem contestatam, vt exceptiones peremptoriae *l. prescriptioem 8. C. de except. sed etiam post sententiam & in executione iudicati *l. Nefennius 41. §. ult. inf. de re iudic. adeò vt ex ea causa etiam doli exceptio detur *l. ex diuerso 17. §. ult. solut. matrim. de qua nemo dubitat quin sit perpetua *l. purè 5. §. ult. de doli mali except. Ergo danda est conditio indebiti marito, qui totam dotem soluit, & supra quam facere potuerit, & consequenter ei quoque qui solidam dotem soluit mariti nomine, cùm maritus soluendo non esset. Neque enim deteriore condicione esse debet is, qui pro marito soluit, quam maritus ipse, præsertim quod ad indebiti conditionem pertinet. Nam quod in persona mariti, qui dotem reddere debuit indebitum fuisse creditur, quãto magis indebitum videri debet in persona extranei qui soluit mariti nomine? Nec ferèdum est quod Bartolus post Accursium nostrum, qui videtur idem sensisse, respondet exceptionem hanc non perpetuam esse, sed temporalem. Ideo, inquit, quod præsumendum sit, futurum aliquando diuitem eum qui nunc inops sit & egenus *arg. l. cura 4. §. deficientium inf. de muner. & honor. l. si defunctus 10. C. arbitur. tutel. Et si enim benè de suis ciuibus semper sperat civilis legillator, cùm tamen quærimus, an exceptio aliqua perpetua sit, an temporalis, nõ tam ad exceptionis materiam respicimus, quæ quoties ex facto futuro pendet, deficere faciliè potest, quam ad ius opponendæ exceptionis, quod per se semper est perpetuum, nisi vel lex, vel conuentio faciat temporale, vt ceterum est in exceptionibus non numeratæ pecuniæ, & pacti de non petendo ad tempus. *d. l. purè 5. §. ult. inf. de dol. except. & Tit. de diuers. tempor. prescript. DEC. Ex demum exceptiones perpetuæ & favorabiles conditionem indebiti pariunt, quæ afficiunt naturam & æquita-*********

tem propositæ actionis, & per quas intendit reus actorem summoueri oportere, tanquam cui nihil debeatur, denique per quas causæ succurritur, non autem soli personæ, quæ meruerit præcipuum fauorem, vt Papinianus loquitur in *l. exploratus 42. inf. de admistr. tutor. & nos explicauimus ad *l. 1. sup. atqui exceptio hæc de qua loquimur, ex earum genere & numero est, nec enim maritus, à quo dos petitur, negat debitam esse dotem, & quidem totam, nec proinde dicit aliquid esse indebitum ex ea dote, quæ ab ipso tota petitur, sed tantum contendit non debere vt rgeri supra quam facere possit, sed deduci debere quantum satis est, ne egestatè quæ nimirum fit, vt in iudicati executione exceptio hæc opponi possit, quia non impugnat iudicatum, vt nec exceptio compensationis *l. cum militi 16. §. 1. inf. de compensat. d. l. Nefennius 41. §. ult. de re iudic. d. l. ex diuerso 17. §. ult. solut. matrim. Quid enim iudicatum est contra maritum? Debere illum totam dotem quæ per rei uxorie actionem ab eo tota repetitur, id verò non negat maritus, sed ait habere se priuilegium, ne supra quam facere possit conueniatur. Possunt autem hæc duo simul stare *l. quod si maritus 2. inf. de pecun. constit. Nec tantum debetur mulieri tota dos, sed & tota peti potest, nec solum obligatio subest, sed etiam actio datur pro solida dote, sed quæ remanet inefficax, quatenus facere maritus non potest. Idque est quod Paulus hic scribit, secundum vulgarem editionem *ideo quia debitum est mulieri melius quam Florentiæ adeò debitum esset mulieri quamuis & illa bonum sensum habeat. Adeò autem verum est, dotem totam deberi mulieri a marito, etiam qui non sit soluendo, vt is quoque qui bonis cessit ex beneficio legis Iulia, non ideo sit libera: us. quominus factus locupletior possit exigi in solidum, sed tantum habet interim exceptionem ne conueniri & condemnari possit *l. 1. C. qui bon. ced. post. §. ult. Instit. de replicat. Quis ergo iam miretur conditione indebiti non posse repeti, quod debitum solutum est? Debitum, inquam, & naturaliter & ciuilitate, cùm verò nec à marito possit indebiti conditio ex hac causa exerceri, vt scriptum est in *l. seq. multo minus poterit ab extraneo qui soluit nomine mariti, qui que priuilegium nullum habet, ne in solidum conueniatur, quod nec mariti fideiussores habent, quia personæ priuilegium illud est, vt diximus, non causæ *l. exceptiones 7. inf. de except. l. etsi fideiussor 24. de re iud. imò nec mariti heres *§. 1. eiusd. leg. & l. seq. & d. l. Nefennius in princ. quamuis regulariter exceptiones omnes, quæ reo competunt, fideiussori quoque competant etiam inuito reo *l. omnes exceptiones 19. eod. Id enim ad eas solas pertinet, quæ rei coherent, non quæ personæ *d. l. exceptiones.***********

9. VLP. IANVS

9. VLP. IANVS libro 66. ad Edictum.

Nam & maritus, si, cùm facere nihil possit, dotem soluerit: in ea causa est, vt repetere non possit.

Ad l. Nam & maritus 9.

RAT. DVV. & DECID. eadem est, quæ ad legem præcedentem, nisi quod in persona mariti maior debitandi causa est, propter priuilegium personale quod habet, ne supra quam facere potest, conueniri possit, vt proximè diximus: adeò vt si maritus plus ex dote constituerit, quam facere poterat, teneatur quidem in solidum, quia debitum constituit, tamen non nisi in quantum facere poterit, condemnari debeat *l. 1. inf. de pecun. constit. Cur ergo nocebit marito soluisset cui non nocet constituisset? Cùm eadem soleat esse ratio promissionis & solutionis *l. vlt. C. ad leg. falcid. Sed respondendum est, longè minus esse promittere, quam soluere, & quamuis æquè competat indebitæ promissionis, atque indebitæ solutionis conditio, *l. 1. in princ. inf. Tit. prox. Id tamen eo casu procedere credendum est, quo aduersus obligationem & promissionem nulla possit dari exceptio: quod in proposito casu non euenit, cùm aduersus actionem de constituta pecunia eandem exceptionem habiturus sit maritus, quam haberet contra actionem de dote, vt non nisi in quantum facere possit, & conueniatur & condemnatur, nec solum si simpliciter pecuniam, quam ex dote debebat, constituerit, vt in *d. l. 3. sed et si per stipulationem eam promiserit, posteriori fortassis marito, vt in *l. si prior 31. inf. solut. matrim. quamuis ea promissio non sine nouatione fieri possit *l. dotem à patre 35. de iur. dot. nam siue nouandi animo, siue citra nouationem maritus id promiserit, quod ex dote debet, non aliud promississe intelligitur, quam quod cum effectu debet, vt benè tractat Bartolus, effectu autem nihil debet supra quam facere possit, propter exceptionem quam habet. Planè si nouandi animo certam quantitatem promississet, vix esset, vt exceptio-******

nem vllam habere deberet, qui per eiusmodi nouationem sibi nocuisset, vt in *d. l. dotem: quod & Bartolus benè sentit. Quod enim maritus facere non potest, deducendum est ex iudicio de dote siue certa, siue incerta quantitas dotis nomine debeatur: at non æquè ex certa quantitate quam maritus non iam iudicio de dote debeat, sed ex stipulatione nouandi animo interposita: Taxationis enim loco habenda est quantitas illa, quæ per stipulationem nouandi animo interposita est. Ex eo autem quod iam taxatum est deduci postea nihil potest *l. Marcio 41. §. 1. delegat. 2. de cuius sententia & lectione scripsimus lib. 7. Coniunct. cap. 3. At cùm solutio dotis in solidum facta est, nullus exceptioni locus relinquitur, quia nec actio vlla superest, quæ ex eceri possit, nec rursus conditioni indebiti, cùm debitum fuerit totum quod solutum est, fueritque in arbitrio mariti suo renunciare priuilegio, quomodo & alius quilibet potest *l. si iudex circumuento 41. sup. de minor. l. per. C. de pact. Non igitur bona semper est æquiparatio promissionis & solutionis, nisi cùm eandem vim habet promissio quam solutio scilicet, vt & actionem de dote perimat, quod fieri non potest, nisi per stipulationem, non etiam per constitutum quod sit nudo pacto *§. de constituta Instit. de action. & præterea naturam prioris illius actionis de dote: quod eo tantum casu euenit, quo stipulatio non tantum nouandi animo interposita sit, sed etiam expressa certa quantitate, vt diximus, & ita Bartolus quoque concludit, iunge *l. 1. inf. de pec. constit.*****

a Si cùm facere nihil possit, dotem soluerit. Atqui dicitur aliquis, sunt ista contradictoria, maritum nihil facere posse, & tamen dotem totam soluere, sed benè respondet Accursius, & clarius Bartolus, non potuisse maritum hoc facere, id est, totam dotem soluere de ducto ne egeret, sed fecisse tamen, & ege-

10. PAVLVS libro 7. ad Sabinum.

In diem debitor, adeò debitor est, vt ante diem solutum repetere non possit.

Ad l. In diem debitor. 10.

RAT. DVV. Cùm d. indebiti conditione queritur parum est, deberi quid ipso iure si peti nou. possit, adeò vt neque sufficiat actionem ipso iure competere, si eam prætor sit denegaturus, cuius est actiones omnes vel dare vel denegare, nam & de contratio sufficeret quid esse debitum iure pratorio, quamuis iure ciuili esset omnino indebitum, vt diximus ad *l. nec nouum 5. sup. hoc tit. Atqui quod in diem debetur, licet ipso iure ante diem quoque debeat, peti tamen nondum potest, quia cessat quidem dies ab initio, sed nondum venit *l. cadere diem 213. de verb. signif. totumque medium tempus ad soluendum promissori liberum relinqui intelligitur *l. quod certa 70. de solut. adeò vt non nisi præteritis omnibus partibus temporis quod solutioni dictum est,***

peti quicquam possit *l. qui hoc ann. 42. l. liber homo 118. §. 1. inf. de verb. oblig. Vnde est quod qui petit ante diem cadat causa tanquam plus petens tempore inspecta iuris veteris ratione *§. si quis agens Instit. de action. & qui soluit ante diem plus præstare dicitur, quam debeat *l. eum qui 15. aliis l. Lauolens inf. de ann. legat. Quidni ergo habeat conditionem indebiti, tanquam qui plus debito dederit? Vt in *l. qui exceptionem 40. §. si pars domus in fin. hoc tit. DEC. Quod in diem certam debetur licet peti nondum possit, at tamen iam debetur, & ita debetur, vt certum sit fore die adueniente, vt peti possit, quia diem venturam esse certum est. In eoque differat à cæteris, quæ ita debentur ipso iure, vt peti nunquam possint. Ergo si interim soluat non potest repeti, quia potest ante diem solui licet peti non possit *l. continens 137. §. cum ita de verb. oblig. iunct. l. stipulatio ista 38. §. inter in certam eod. tit. Alioquin non esset debitori liberum to-*****

eum tempus medium ad soluendum, si non posset interim soluere d. l. quod certa, & potest ipsius promissoris valde interesse, vt liceat ei non expectata die statim soluere, scilicet vt tanto citius liberet se ab obligatione, atque ita fiat locupletior l. si pupilli 66. in fin. de solut. nam si tempus adiectum esset, creditoris gratia non debitoris, quod interdum fit, non esset permittendum debitori, vt ante tempus solueret inuito creditori d. l. cum qui 15. de ann. legat. l. filiusfamilias 114. §. Diui i. delegat. 1. l. si ita relictum 43. §. Pegasus de legat. 2. l. uxorem 41. §. Seium maricum de legat. 3. l. qui Roma 122. in princ. de verb. oblig. Sed cum debitoris gratia adiectum fuit, quod in dubio praesumendum est, non debet in ipsius odium retorqueri quod ipsius favore constitutum est, vt ante tempus nihil ab eo peti possit. Non ergo debet habere conditionem indebiti, cum & debitum ipse soluerit, debitum, inquam, & naturaliter, & civiliter, & quod magis est, ex ea solutione locupletior factus sit. Et qua ratione hoc quod in diem debetur, ante diem solui potest, eadem compensari etiam ante diem potest l. quod in diem 7. in fr. de compensat. quia nimirum compensatio vim solutionis obtinet. Ideo autem loquimur de debito in diem certum, quia dies incertus facit conditionem non modò in testamen-

EL. VLP. IANVS libro 35. ad Sabinum.

Si is, cum quo de peculio actum est, per imprudentiam plus, quam in peculio est, soluerit: repetere non potest.

Ad l. si is, cum quo II.

RAT. DV. Nec pater ex contractu filii familias, nec dominus ex contractu serui tenentur nisi actione de peculio, ac proinde quatenus duntaxat inuenitur in peculio tempore rei iudicandae l. 1. l. quastum 30. l. si quis cum filiofamilias 44. & pass. in fr. de pecul. iniquum enim esset per eos quos in nostra potestate habemus, fieri conditionem nostram deteriore vitra id quod à nobis habent in peculium l. 1. c. ne filius pro patr. Nam nec qui cum ipsis contrahunt, aliud intuentur quam peculium quod habent tanquam proprium ipsorum patrimonium à rationibus dominicis separatam l. depositi 5. §. vlt. l. hinc queritur 19. §. 1. eod. tit. Ergo si is cum quo de peculio actum est, per imprudentiam & errorem facti plus quam in peculio est, soluerit, debet habere conditionem & repetitionem. Nam & si pater vel dominus actione de peculio conuentus det fideiussorem, non ad aliud fideiussor tenebitur, quam id quod iudicati tempore in peculio reperitur l. cum fideiubet aliquis 35. de fideiuss. DE C. Actio de peculio nascitur & datur in patrem vel dominum ex contractu filii familias aut serui, quia quisquis cum filiofamilias vel seruo contrahit, habet duos obligatos, filium quidem vel seruum in solidum, illum naturaliter & civiliter, hunc verò naturaliter tantum l. nec seruus 41. eod. tit. l. naturaliter 13. in fr. Patrem verò vel seruum duntaxat de peculio d. l. si quis cum filiofamilias. Ergo ex parte illius qui cum filiofamilias vel seruo tuo contraxit, negari non potest quin solidum debitum sit, etiam supra quam sit in peculio, quamuis ex parte patris vel domini nihil debeatur vitra peculium. Suum igitur recipit creditor cui solidum à patre vel domino soluitur, & consequen-

ter indebiti conditione teneri non potest, ex regula l. repetitio 44. in fr. hoc tit. Nec distinguendum est cum Accursio & Bartolo, an pater suo nomine soluerit, aut dominus an nomine filij vel serui, nam nec si suo nomine soluerit repetere potest, quod non indebitum dedit. Et verò cum loquatur hic Vlpianus de eo qui soluit, cum esset conuentus actione de peculio, importunum est & impertinens credere factam esse nomine filij vel serui solutionem ab eo, qui suo nomine, licet ex filij vel serui contractu conueniebatur. Vt taceam praesumendum esse in d. bio quemlibet soluisse suo nomine potius quam alicui l. 4. l. cum ex pluribus 97. in fr. de solut. nec obstat quod obiciunt ex l. 1. §. vlt. & l. 2. in fr. de pecul. constit. non obligari patrem qui actione de peculio conuentus constituit suo nomine plus quam sit in peculio, cum tamen obligetur, si constituat nomine filij vel serui, aliud enim est constituit a litere promittere, aliud verò soluere, vt diximus ad l. nam & maritus 9. in fr. Et quemadmodum maritus qui ex dote constituit plus quam facere poterat non ideo tenetur de constituta pecunia in solidum l. 1. eod. tit. & tamen si solidum soluerit, & supra quam facere possit, nihil repetit d. l. nam & maritus, nempe quia debitum soluit: ita & in proposito dicendum est, patrem vel dominum qui suo nomine constituit, supra quam sit in peculio, non teneri de constituta pecunia in id quod excedit, quia non plus ille debuit, nec potest obligatio constituti quae non nisi accessoria est, excedere principalem, sed tamen si solidum soluerit etiam suo nomine non posse repetere, quia non plus soluerit, quam creditor debeatur, non enim respiciendum est quantum is qui soluit, quomodo inspicendum est quantum debeatur is ipse quod constituit, quoties suo nomine constituit [nam & quod alius debet constituit, alius

alius potest l. haecenus 1. l. vtrum 27. & seq. de pecun. constit.] sed quantum debeatur ei cui soluitur, neque rursum quicquam verat patrem vel dominum nisi per imprudentiam soluerit, exonerare filium à naturali & civili obligatione aut seruum à naturali, sed cum per imprudentiam & errorem facti solutum est, vt Vlpianus ponit in hac lege non idem tractari potest. Aliud est si pater pro filio fideiussit, vt in l. si quis reum 5. §. vlt. de liber. legat. non enim potest ipse videri pro seipso fideiussisse & suo nomine, ergo ipsius filij nomine atque ita in solidum

se obstrinxisse, à qua obligatione proinde ita liberari potest, vt tamen remaneat obligatus de peculio tanquam pater, nisi voluntas testatoris qui liberationem ei legauit, ad hanc quoque obligationis speciem se extenderit. At si quis alius pro patre, vel pro domino fideiubeat, non potest ea fideiussio extendi vitra id quod coniectari potest. Aliud est si pater pro filio fideiussit, contra quam si pro filiofamilias vel seruo ipse fideiussisset dicitur leg. cum fideiubet trigesima quinta de fideiussor.

12. PAVLVS libro 7. ad Sabinum.

Si fundi mei vsumfructum tibi dederò, falsò existimans me eum tibi debere, & antè, quam repetam, decesserim: conditio eius ad heredem quoque meum transibit.

Ad l. si fundi 12.

Adfert Accursus duas huius legis interpretationes, vnam, vt loquatur de usufructu, quem fructuarius ipse alij dederit indebitum, cum putaret eum se de bere, & quem fructuarij heres velit possitque condicere, non quasi vsumfructum habiturus [nec enim heres fructuarij succedit in usufructu, cum cohareat persona l. 3. §. vlt. & pass. in fr. Quib. mod. usufructus amittit.] Sed vt repetat fructus praeteriti temporis, quo durauit usufructus, quod etiam heredi fructuarij licet l. qui vsumfructum 36. §. vlt. in fr. de usufructu l. si usufructus 6. in fr. de usufructu legat. Alteram, vt loquatur de usufructu, quem proprietarius fundi in eo fundo constituit & tradiderit quasi debitum, cum nullo iure deberetur, & quem proprietarij heres velit consequi non formalem sed causalem. Sed prior interpretatio verbis legis nullo modo conuenit. Repugnant enim prima illa si fundi mei vsumfructum tibi dederò, cum non possim rectè fundum meum dicere, cuius habeo solum vsumfructum, quin è contrario rectè dicimus fundum nostrum esse, etiam cuius fructus alienus sit l. rectè dicimus 25. de verb. signific. quia usufructus, licet emolumentum rei contineat, in iure tamen non in parte consistit l. M. uisus 66. §. fundo iunct. l. cum filius 76. §. dominus delegat. 2. Nec rursum re sua vsumfructus potest iure seruitutis, quia nemini res sua seruit l. vsumfructus 5. in fr. si usufructus pet. l. in re communis 26. urban. praed. Nec denique cedi potest usufructus iam constitutus alij quam proprietario l. si usufructus 66. de iur. dot. Secunda igitur interpretatio sequenda est, ad quam dubitandi ratio illa adfertur potest, quòd siue hanc legem de usufructu formali condicendo intelligas, quem ponimus indebitum fuisse traditum, constat non posse illum transire ad heredem, cum personae fructuarij cohareat, vt diximus, nec proinde eius conditionem, siue de usufructu causali, vt Accursus intelligit, eneniet vt aliud condicatur, quam quod indebitè solutum fuit: solutus enim fuerat usufructus formalis, & condicetur causalis, qui tamen à formali differt toto genere: formalis enim seruitus est & in iure consistit, causalis verò neque seruitus est, neque in iure consistit, sed in parte: formalis nunquam pertinet ad dominum proprietatis, causalis semper l. si cum argenteum 2. §. si fundum in fr. de except. rei iudic. Sed decidendi ratio illa est, quòd si qui non est nouum, vt alius soluat, alius repetat l.

nec nouum 5. in fr. hoc tit. ita neque vt aliud soluat, aliud condicatur l. si non sortem 26. §. libertus, vbi dicemus in fr. eod. maximè verò circa vsumfructum indebitè solutum, quia usufructus formalis differt à causali solà forma, non etiam materia, cum vterque habeat pro materia commodum & emolumentum fructuum, sed diuersa tamen ratione: formalis tanquam ex re aliena, causalis tanquam ex propria: sed tamen defendi optimè potest in specie huius legis eum ipsum formalem vsumfructum, qui indebitè traditus fuerat à proprietario, & constitutus per heredem eius, condici non causalem, sed qui tamen causalis futurus sit penes heredem, cum fuerit ei redditus, vt non insubtiliter Bartolus ratiocinatur. Cur non enim formalis quoque usufructus condici possit, sicut & obligatio, & seruitus alia qualibet ceteraque huiusmodi, quae etiam in iure consistunt? l. 1. & in fr. de iur. prox. l. 1. in princ. in fr. de condic. tritic. Veniant autem in hanc conditionem fructus praeteriti & ab eo indebitè percepti cui traditus indebitè fuerat usufructus: veniant autem non accessione, id est, tanquam naturales accessiones rei solutae indebitè, vt in l. indebiti 15. in fr. Sed tanquam res ipsa quae indebitè soluta fuit: et si enim differt usufructus à perceptione fructuum, quia usufructus meritorius est, fructuum autem perceptio meri facti d. l. si usufructus 66. in fin. de iur. dot. ius tamen percipiendorum fructuum, & ipsa proinde perceptio ex iure usufructus pendet, neque aliud emolumentum quam fructuum usufructus continet d. §. dominus l. cum filius 76. delegat. 2. cum verò conditio indebiti sicut & ceterae conditiones omnes sint & iuris civilis & rei persecutoriae, dubitandi causa nulla est, quin ex lege duodecim tabularum transirent ad heredem eius cui competierunt §. non autem in fr. de perpet. & tempor. act. cum in honorariis quoque actionibus idem obtineat l. in honorariis 35. in fr. de oblig. & actiom. Non enim fructuarij heres, sed proprietarij habet in hac lege conditionem aduersus fructuarium ipsum vel fructuarij heredem, ad repetendos fructus, quos ipse proprietarius eiusque heres percipisset si indebitum vsumfructum non soluisset, quòd si idem ille qui vsumfructum indebitum constituit & tradidit postea, sed nondum comperto errore fundum ipsum alij vendiderit, id est, nudum fundi proprietatem, non eo minus conditionis ius sibi suoque heredi retinebit, Non enim videri potest ius illud vendidisse, quòd sibi competere ignorabat vult. l. mater descendens 19.

supr. de inoff. testam. tantoque vilius fundum vendidisse intelligitur, quod nudam duntaxat proprietatem in emptorem transferat, quamvis aliud dicendum esset, si usufructus verus & a proprietate separatus venditionis tempore, postea iure consolidationis ad proprietatem rediret. Is enim quoque emptori cederet. *l. si conuenerit 18. §. si nuda infr. de pign. act.* Secuta verò condictione remanebit usufructus formalis penes condicentem, nec nisi finito eo plenam proprietatem habere emptor poterit perinde ac si proprietarius fundum deducto usufructu vendidisset. *l. qui usufructum 36. §. stipulatus sum supr.*

13. IDEM libro 10. ad Sabinum.

Naturaliter etiam seruus obligatur. idè si quis nomine eius soluat, vel ipse manumissus, vel (vt Pomponius scribit) ex peculio eo, cuius liberam administrationem habebat: repeti non poterit. & ob id & fideiussor pro seruo acceptus tenetur: & pignus pro eo datum tenebitur. & si seruus, qui peculij administrationem habet, rem pignori in id, quod debebat, dederit: utilis pigneraticia reddenda est.

Ad l. Naturaliter 13.

RAT. DVB. Serui non tam pro mortuis quam pro nullis habentur, nec tantum ciuili iure. *l. quod attinet 32. l. seruitutem 209. & l. vlt. de regul. iur.* Sed etiam iure pratorio. *l. qui testamento 20. §. seruus infr. qui testam facer. non poss.* Ita vt ne quidem extra ordinem computentur. *l. nullomodo 7. infr. ad leg. Cornel. de fals. quia nec habent caput in ciuitate l. 3. §. vlt. de capit. minut.* ergo nec debere seruus nec ei deberi proprie quicquam potest, cum obligatio omnis sit iuris vinculum, quo necessitate adstringimur alicuius rei soluendæ, secundum ciuitatis nostræ iura vt *Iustin. diffinit in Iustit.* Idè quod nec cum seruo vlla actio esse potest. *l. cum seruo 107. de regul. iur.* Proinde nec fideiussor pro seruo accipi posse videtur, nec pignus pro eo datum teneri, cum huiusmodi obligationes omnes sint accessoriæ, quæ sine aliqua principali consistere non possunt. *l. cum principalis 178. eod. tit.* nec possit durius obligari fideiussor quam principalis. *l. Gracè 8. §. illud commune infr. de fideiuss.* Ex fideiussione autem detur actio contra fideiussorem, & quidem ciuilis. *l. blanditus 12. & pass. C. eod. ex pignore autem hypothecaria iure pratorio in pignora §. ius Seruiana Infr. de action. De c. Naturalis obligatio in eo differt à ciuili, quod tota æstimatur ex facto magis quam ex iure, ex eo scilicet quod promissum aliquid sit, aut si quando ex iure quoque æstimare eam velis, ex iure naturali & æquitate æstimanda est. *l. Stichum aut Pamphilum 95. §. naturalis infr. de solut. 184. §. is natura debet de regul. iur.* atqui iure naturali quamuis non etiam iure gentium homines omnes sunt pares & æquales. *l. quod attinet,* & eorum quæ sunt facti, perinde capaces sunt serui ac domini. *l. qui heredi 4. 4. de condit. & demonstr.* Ergo seruus perinde ac dominus obligari & naturaliter, & quod magis est, etiam iure naturali potest, & eo sensu & debere & deberi ei potest, licet id minus proprie & abusuè relata ad factum magis quam ad ius ciuile appellatione debiti. *l. nec seruus 41. infr. de pecul.* Atqui naturalem obligationem subesse satis est, vt & fideiussor*

de usufructu. Atque ita ad propositam ab Accursio questionem ex ratione iuris respondendum est, non quomodo Accursius ipse & Bartolus respondent. Planè si poneres post contractum errorem factam esse venditionem fundi, nec nudæ proprietatis factam esse mentionem, conditio fructuum ei qui usufructum indebitè tradidit, salua erit, hereditate ipsius, sed eorum tantum qui venditionem antecesserunt, non ceterorum: quia fundi appellatione non nuda, sed plena proprietate significatur. *leg. si alij 19. infr. de usufruct. legat.*

& pignus possit ei accedere. *l. stipulatus sum 6. §. adhiberi l. fideiussor 16. §. fideiussor infr. de fideiuss. l. 4. de pignor.* et si enim non potest fideiussor in causam duriorem accipi, potest tamen efficacius obligari, ita vt contra eum dari possit actio, quæ contra debitorem ipsum dari nulla potest. *l. §. adhiberi & d. §. fideiussor.* Potest igitur etiam pro seruo & pignus accipi, & fideiussor cum seruus naturaliter & obliget & obligetur. *l. serui 4. infr. de oblig. & action.* Cui contra quens est, vt si pro seruo naturaliter obligato quis soluat, vel ipse manumissus, vel vt Pomponius scribit, ex peculio cuius liberam habet administrationem non possit esse locus repetitioni, quia naturalis obligatio, licet non sit sufficiens ad inducendam actionem, sufficiens tamen est ad impediendam conditionem. *l. naturales 10. eod. tit. d. l. fideiussor 16. §. naturales de fideiuss. l. 3. §. vlt. supr. quod quisque iur.* Dixi si vel ipse manumissus vel (vt Pomponius scribit) ex peculio. Sic enim legendum puto addita dictione vel vt comprehendantur duo casus quibus potest euenire, vt seruus soluat quod naturaliter debet. Vel enim soluit iam manumissus de suo, vel adhuc seruus ex peculio cuius habeat liberam administrationem: vt verò manumissus soluat ex peculio fieri nullomodo potest, quia paterfamilias peculium habere nequit, sed is tantum qui in patris vel domini est potestate. *l. vltim. in fin. Cod. de inoff. testam.* At multo minus fieri illud potest, vt in seruo manumisso adhibenda sit distinctio an liberam habeat peculij administrationem, necne, quia licet fieri possit, vt manumissus peculium suum retineat, nec ei peculium adimatur, quod nec in dubio ademptum intelligitur, cum manumissio inter viuos facta est. *l. 2. C. de pecul. eius qui libert. mer.* tamen fieri nequit, vt non habeat liberam administrationem is qui factus iam sui iuris plenum habet dominium eius pecuniæ quam habuerat antea in peculio, nunc habet in suo patrimonio, mutato scilicet & personæ & rei statu, vt in *l. cum quis 38. in princip. de solut.* quibus paterfamilias & dominus est, solus idem moderator est & arbiter. *l. in re mandata 21. Cod. mandat.* Et quoniam longè minor dubitatio est in eo qui manumissus soluit, quod in seruitute naturaliter debuit, cum eo tempore

potest in ipso arbitrio ac potestate sit, bonam fidem & naturalem suam obligationem agnoscere licet non poterit conueniri ex antegestis, id est quod gesserit ante manumissionem. *l. 1. §. & pass. C. an seruus pro suo fact.* post manumissionem. cõueniens tunc auctoritate Pomponij adducere in eo casu, quo seruus ante manumissionem velit soluere. Difficilius enim ipsi est bonam fidem agnoscere in præiudiciū domini soluendo ex peculio, quod verè domini est, nisi liberam ei dominus peculij administrationem concesserit. Quo casu ex ipsius domini voluntate soluisse intelligitur quod soluit vt se naturali obligatione liberaret, quæ scilicet per manumissionem tollitur, vt nec alia obligationes, quæ naturalè præstationem habent, tolluntur per capitis diminutionem. *l. eas obligationes 8. supr. de capit. minut.* A dè autè verum est, quod diximus, seruum posse & obligare & obligari naturaliter, & dominus ipse obligari seruo suo possit. *l. si quod dominus 64. infr. hoc tit.* vbi est textus elegans, quia quæ sunt facti non trahunt ad dominum dict. *l. qui heredi.* Nec hoc casu locum habet quod scriptum est in *l. placet 79. De acquir. her.* vt dicemus ad *l. frater à fratre 38. infr. & ad d. l. si quod dominus.* Accursius nos ter vulgata lectionis vicio deceptus valde laborat, vt explicet quomodo possit

Item quod pupillus sine tutoris auctoritate mutuum accepit, & locupletior factus est, si pubes factus soluat, non repetit.

Ad §. 1. Item quod pupillus.

Hic §. pertinet ad questionem illam sanè perdifficilem, de qua iam satis multa scripsimus ex proposito ad *l. contra 30. supr. de pact. & ad l. vlt. de iur. iur.* Videtur autè Paulus hoc loco negare, Pupillum qui sine tutoris auctoritate mutuum accepit naturaliter obligari, nisi locupletior ex ea pecunia factus sit. Ita enim plerique interpreti inferunt per argumentum à contrario sensu, ex illis Pauli verbis & locupletior factus est quasi si locupletior factus non esset, aliter resposurus Paulus fuisset, danda scilicet pupillo repetitione eius quoque pecuniæ, quæ pubes factus soluisset, quasi nec naturaliter obligato. Cui congruere videtur ratio, quæ in *l. seq. sub iicitur* ex Pomponio, quod natura æquum sit, nemine cum alterius iactura locupletari. Nec enim ratio hæc probare posset deneganda repetitione impuberi, qui sine tutoris auctoritate mutuum accepisset, nec locupletior ex ea factus esset, de quo scribit Licinius Rufinus in *l. pupillus 59. De oblig. & act.* enim nec iure naturali obligari, quod & de eo qui sine tutoris auctoritate stipulanti promissus scriptum est in *l. quod pupillus 41. infr. hoc tit.* Et tamen negari non potest, quin pupillus mutuum accepit naturaliter obligetur, eaq; naturalis obligatio pariat retentionem & impediatur conditionem. Sic enim scriptum est in *l. vlt. de iur. iur. l. cum illud 25. §. heres meus infr. Quando dies legat. ced. l. si pupillus 21. ad l. Falcid. d. l. Stichum aut Pamphilum 95. §. actio vers. aliquando de solut.* Quis autè etiam mutuum accepit accepit sine tutoris auctoritate. *l. si pupillus 35. supr. de recept. Qui arbit. recep. l. si pupillus 127. de verb. oblig. l. in si. de nouat. l. in numerationib. 44. de solut.* quæ ita ea lex tractet de pupillo qui mutuum accepit, non de eo qui per stipulationem promissus. Vnde est quod cõditionis in eadè gratia cogitur nostri dicere aut potius diuinare id, quod scriptum est in *l. pupil. & d. l. quod pupill. & in hoc §. de pupillo non aliter iure naturali obligatio siue ex mutuo, siue ex stipulatione quæ si factus sit locupletior, restringendū esse ad eum casum, quo pupillus vel infans adhuc sit vel cum ipso tutore suo contraxerit, quod plane cõmentitū est. Distinguen-*

Tom. II. I.

manumissus soluere ex peculio, cuius liberam habet administrationem, & fatetur nunc quidè non habere, sed antea habuisse, & idè legit habebat non habeat ac præterea supplet maximè quia videt in eo qui manumissus soluit, nihil referre, an dū esset in seruitute, habuerit liberam peculij administrationem an non, sed in eo tantum qui adhuc seruus soluit. Quæ omnia nemo non videt quàm à Pauli sensu sint aliena. Præsertim ab eo quod statim sequitur, si seruus qui peculij administrationem habet, rem peculiarè dederit pignori in id quod debeat vtilè pignoratitiam id est quasi Seruianam & hypothecariam de pignore persequendo reddendā esse, nimirum quoniam is qui liberam peculij administrationem habuit, etiā rem illā alienare potuit, vt idem Paulus nos ter ratiocinatur in *l. si conuenerit 18. §. vlt. cum l. seq. quæ in filiofamilias. idem iuris est ut infr. De pignor. act.* Est enim non alius, quàm qui dominus est, alienare aut pignori dare potest. *tot. tit. C. de reb. alien. non alienand.* Seruus autè non est dominus, ne tum quidè cum liberam habeat peculij administrationem, tantundem tamen iuris habet, quantum si esset dominus, quoties facit ex domini voluntate, siue vendat siue det pignori. *l. 2. l. si fundum §. eod. illo tit. l. 1. & tot. tit. C. si res pign. data sit.*

da est hac parte naturalis obligatio ab obligatione iuris naturalis aut gentium, itè quod obligatio naturalis quæ pupillus contrahit mutuum accipiendo, ab ea quæ contrahit promittendo siue per pactum siue per stipulationem, vt plurimè probant ad leges supradictas, nā dissensisse Iureconsultos in hac questione, quod alioqui necessariò dicendū esset, mihi persuadere nūquā potui, aut dicendū etiā erit dissensisse Paulū hinc à seipso in *d. l. si pupillus 21. ad leg. Falcid. & Pomponium quoque in l. seq. à seipso in d. l. vlt. de iur. iur.* Quæ quæ si solus hic §. obiceretur, responderi facile posset, nihil aliud hinc Paulū dicere, quod etiā Rufinus admitteret, pupillū qui sine tutoris auctoritate mutuum accepit & locupletior factus est, obligari iure etiā naturali, deo quod si pubes factus soluat, non repetere, quia vt subiicitur in *l. sequ. natura id est iure naturæ æquum est nemine cum alterius detrimento fieri locupletior, sed non idcirco esse consequens nec inferri posse per argumentum à contrario sensu, vt si non sit factus locupletior, ne quidè naturaliter sit obligatus. Non enim valet se per argumentum à contrario sensu scilicet cum in utroque sensu eadè ratio locum habet, quomodo certè iuris ratio facit vt siue pupillus locupletior factus sit siue non sit, fateri oporteat esse illū obligatū naturaliter, nec si pubes factus soluat, repetere in quā posse, nisi quod cum locupletior factus est, maior ratio suadet, vt non tantum naturaliter obligetur, sed etiā ciuilitè hodie ex rescripto Diui Pij. *l. si pupilli 6. in princ. l. Nefennius 34. supr. de neg. gest. l. 3. in prin. inf. cõmod.* Propter quam causam tãto minus permittendū est pupillo vt repetat. Quomodo enim pupillo soluenti daretur conditio cõtra quæ etiā non soluisset danda esset actio? Intellige, si modò pubes factus soluat, vt Paulus hinc scribit, non quasi solutio facta post pubertatem faciat pecuniā magis debitā aut indebitam, sed quia persona locum facit repetitioni, vt scriptum est in *l. in æternum 29. infr. hoc tit.* Cum enim pupillus nullam alienandæ suæ pecuniæ potestatem habeat, sequitur vt non possit sine tutoris auctoritate soluere, ne quidem eam pecuniam, quam tutore auctore vel mutuum accepit, vel stipulanti promiserit.*

GG

Nam hoc natura æquum est, neminem cum alterius detrimento fieri locupletio-rem.

Ad l. Nam hoc natura 14.

Regula hæc est naturæ, id est iuris naturalis neminem cum alterius detrimento fieri debere locupletiorē l. iure natura 206. de regul. iur. nec malè Accursius esse hoc etiam ex iure gentiū, nam in his reb. quæ nō sunt cōmunes hominib. cū brutis animantibus, sed solis hominib. cōueniūt, nō distinguitur ius naturale à iure gentium §. singulorū Instit. de rer. diuis. quia consentiunt in forma, cū vtrumq. æstimetur ex ratione naturali gentib. omnib. cōmuni, vt diximus ad l. omnes populi 9. supr. de iustit. & iur. Itaq. nō est quærēda ratio dubitadi ad hæc legē. In his enim quæ pro ratione habēt ius naturale & gentiū dubitandi causa satis probabilis nulla potest occurrere, quamuis nō desint casus qui possint obici in quib. æquitas hæc manifestè violari videatur, vt in vsucapione per quam sit, vt alienæ rei dominium acquiratur, & domino eripiatur citra ipsius domini voluntatem l. 1. & 3. & pass. infr. de vsucap. l. traditionib. 20. C. de pact. Sed cū bono publico sit induc̄ta vsucapio ne rerum dominia semper sint in incerto, vt scriptū est in d. l. 1. ac proinde ex æquitate merè ciuili, non est absurdum ciuilem legislatorem plus tribuere ciuili rationi & æquitati, quàm naturali, propter primam illam legem duodecim tabularū, quæ nullā prorsus exceptionem patitur, salus populi suprema lex esto, nam & naturalis quoque ratio ipsa hoc suadet, vt potior causa esse debeat publicæ vtilitatis quàm priuata l. ita vulneratus. §. ad fin. supr. ad leg. Aquil. Auth. res qua C. commun. de legat. Neque nouum est, vt æquitas pugnet cum æquitate. vincat autem illa quæ sit maior & potentior l. si seruus 61. §. quod verò infr. de furt. quamquam nec abiola. è verum est, per vsucapionem euenire, vt quis cum alterius damno & detrimento fiat locupletior. Est enim alia æquè certissima iuris ciuilis regula nullis exceptionibus debilitata, quod quis ex culpa sua damnum sentit, sentire eum non videri l. quod quis 203. de regul. iur. Nemo autem dixerit carere culpa illum, qui tam negligens est in rebus suis aut conferuandis aut conquirendis, vt rem suam ab alio possideri per tantum tempus & vsucapi patiatur, vt Iustinianus scribit initio Tituli de vsucap. Vnde fit, vt etiam alienationis nomine vsucapio contineatur l. alienationis 28. de verb. signific. l. si fundum 16. infr. de fund. dotal. Et ita bene Accursius noster hic ratiocinatur, cui licet Bartolus obiciat non esse bonam hanc rationem, quia fieri possit, vt is contra quem vsucapitur careat omni culpa, si fortè ins suum & vsucapientis possessionem ignorauit, quo etiam casu constat vsucapionem procedere l. vit. C. de prescript. long. tempor. Multo tamen peior est obiectio, et si enim non potest videri negligens in rebus suis conferuandis, ille qui

rem quæ ab alio vsucapitur, ignorat suam esse, negligens tamen valde est in rebus suis conquirendis, in cuius potissimum negligentia pœnam vsucapio introduc̄ta est dict. Tit. Instit. de vsucap. magna porro negligentia culpa est sicut & lata culpa dolus est l. magna negligentia 226. de verb. signific. Quod verò idem Bartolus post Dnum & Cynum respondet etie huac rigorem iuris scriptum in specie propter bonum publicum, qui rigor præfertur huic æquitati, in genere multo minus probari potest. Tantum enim abest vt hoc verum sit, vt potius contra rigorem iuris fatendum sit induc̄tam esse vsucapionem ex sola æquitate, sed ciuili, vt diximus, non naturalis. Rigor namque iuris ciuilis non minus quàm iuris naturalis facit vt id quod nostrum est, transire ad alium sine factio nostro non possit l. id quod nostrum 11. de regul. iur. l. si ego 9. §. si res infr. de iur. l. si res infr. de iur. dot. nec alteri per alterum iniqua condicio inferri debeat l. non debet 74. de regul. iur. quæ omnes iuris regulæ per vsucapionem violantur. Sed respicit Bartolus ad vulgarem illam nostrorum distinctionem de iuris rigore scripto, & non scripto, item de æquitate scripta & non scripta: quam nos toties refutauimus. Est igitur generalior & potentior prædicta illa regula legis, quod quis, quàm ea quæ proponitur in hac lege, non quia sit æquior, sed quia efficit ne ea quæ ponitur hoc loco & in aliis tam multis quos Accursius hic congerit, habeat locum possit. Non enim ait Paulus, natura æquum esse vt nemo ex aliena re locupletetur, sed addit cum alieno damno. Atqui damnum nullum est, quod quis ex culpa sua sentit, quia sibi suam quisque culpam imputare debet non alteri l. factum 155. de regul. iur. Non ergo pugnant inuicem hæc regulæ, vt alia aliam destruat, sed ita sunt comparatæ, vt quo casu vna locum habet, alia habere non possit. Errant igitur qui putant ex æquitate huius legis permitendum esse etiam prædoni, & malæ fidei possessori, vt expensas in alienam rem factas deducant, ne alioqui petitor ex aliena iactura locupletetur. Sic enim Tribonianus ratiocinatur, sub Pauli nomine in leg. planè 37. supr. de hered. petit. cū tamen negari non possit, quin culpa magna sit eius, qui prudens & sciens in alienam rem impendit, quem proinde æquus est de seipso conqueri & de damno quod ipse sibi irrogauit quàm de petitore, vt nos contra Molinæum, Cuiacium & Tribonianum ipsum disputauimus ad dict. leg. planè & in Childe nostra de error. pragmat. nec vllum sanè damnum sentire videtur possessor cui tam grauis & insignis culpa imputari potest, aut delenda omnino erit ex libris nostris regula d. l. quod quis.

15. PAVLVVS libro 10. ad Sabinum.

Indebiti soluti conditio naturalis est. & ideo etiam quod rei solutæ accessit, venit in conditionem: vtputa partus, qui ex ancilla natus sit: vel quod alluione accessit. immo & fructus, quos is, cui solutum est, bona fide percepit, in conditionem venient.

Ad l. Indebiti 15.

R A T I O N E. Actiones omnes sunt ciuiles leg. §. deinde ex his legibus supr. de orig. iur. nulla ve-

ro naturales, id est ex iure naturali aut gentium comparatæ. Omnes enim sunt induc̄ta iure ciuili aduersus perfidos iuris naturalis, aut gentium violatores, vt Theophilus in Instit. Tit. de actio-

de action. scribit, iunct. l. cum amplius 84. §. in natura debet de regul. iur. Constant liquidem actiones omnes ex certis & solemnibus formulis & conceptionibus verborum l. 1. & 2. C. de formul. & impet. act. sublat. Ius autem naturale nullas agnoscit solemnitates, vt neque ius gentium. Atqui conditio indebiti actio est, sicut & ceteræ condictiones omnes sunt actiones, & quidem personales quibus intendimus aduersarium dare nobis oportere §. appellamus Instit. de action. Ergo indebiti conditio ciuilis est non naturalis. D E C. Omnes quidem actiones sunt ciuiles, sed nō omnes ciuili ratione comparatæ: sunt enim quædam, quæ naturalem habent rationem, id est, ex bono & æquo æstimandam: eiusmodi autem est conditio hæc, vt & reliquæ omnes l. hac conditio 66. infr. hoc tit. vbi ratio redditur, quia id quod alterius apud alterū sine causa deprehenditur, reuocare consueuerunt, quò etiam pertinet, quod in superiore lege scriptum est, condictionem hanc ideo esse induc̄tam, quòd natura æquum sit, neminem cū alterius damno & iactura fieri locupletio-rem. Atq. ita bene Bartolus locum hunc explicat, & melius quàm Accursius, qui putat ideo dici condictionem hanc naturalem, non ciuilem, quòd in ea veniant accessiones naturales tantum non ciuiles. Illatio enim non ratio illa est huius sententiæ, vt Paulus docet verbis illis sequentibus, Et ideo quod rei solutæ accessit, venit in conditionem.

a Vt puta partus qui ex ancilla natus sit. R A T I O N E. Id demum per hæc indebiti condictionem reperitur, quod indebitum solutum fuit. Dicitur enim soluti indebiti conditio, vt ex principio huius legis constat, atqui soluta indebitè ancilla, non ideo partus qui post solutionem apud accipientem ex ea natus est, solutus videri potest, prius enim est vt in rerum natura fuerit, quàm vt solui potuerit, & ipsum repetitionis nomen ostendit, prius necessariò datū fuisse id quod reperitur. Ergo partus ex ancilla post solutionem natus sicut nunquam datus fuit, ita nec reperiri potest. D E C. Hæc conditio indebiti est, & naturalè habet æquitate, vt proximè diximus. Ergo in ea venire æquū est, quicquid solutæ rei naturaliter accessit, quia id habiturus fuerat actor si indebitū nō soluisset: æquè enim apud eum ancilla peperisset, atque apud eum cui soluta fuit. Ergo etiam partus ancilla in hanc conditionem venit: quamquam enim non est in fructu l. vetus fuit questio 68. supr. de vsur. l. in pœdum 28. infr. de vsur. ideoq. à fructibus in hac ipsa lege distinguitur, vt & in l. 2. infr. de vsur. l. præterea 20. supr. de rei vindic. & alibi passim. Attamen accessio naturalis est, perinde ac fructus: idem ergo est, & si quid per alluionem accesserit, quia alluio quoque incrementum naturale est, & latens l. ergo 30. §. alluio infr. de acqui. rer. domini.

b Immo & fructus. R A T I O N E. Fructus non veniunt in actionib. stricti iuris nisi ex die tantū litis contestatæ l. cum fundus 31. supr. de reb. credit. quia quale quid est, cū petitur tale dari debet d. l. 2. infr. de vsur. Peti autem res tunc intelligitur, cū litis contestatio fit, quæ priusquam fiat, actor nō tam petere dicitur, quàm velle petere l. amplius nō peti 15. infr. rat. rē habet. Sicut neq. in arbitrariis fructus veniunt ante litem contestatam d. l. præterea l. penult. & pass. de rei vindic. imò nec in bonæ fidei iudiciis veniunt fructus, nisi ex die moræ, sicut & vsur. l. mora 32. §. in bona fidei l. vsuræ 34. l. & contraria 37. & l. seq. §. penult. infr. de vsur. l. in minorib. 3. C. in quib. caus. nō est integr. restit. Atqui conditio indebiti stricti iuris actio est,

Tom. III.

sicut & conditiones omnes, quarum quippe nulla inter bonæ fidei actiones enumeratur in §. actionum Instit. de action. Ergo fructus in eam venire non possunt, qui ante litem contestatā percepti sunt, multo minus qui ante moram, quos tamen omnes venire Paulus hic scribit, etiam eos qui bona fide ac iure dominij ab eo qui indebitum accepit, percepti fuerint, cū tamē illi qui etiā post litē contestatā percepti sunt, vel ideo maxime restituendi sunt, quoniam mala fide percepti intelliguntur, siquid litis contestatio semper malā fidē inducit l. sed etsi 25. §. si ante supr. de peti. hered. l. si homo 45. supr. de rei vindic. Sed & alia nec minus valida dubitandi ratio ad hunc locū ex eo peti potest, quòd fructus nō tam seminis quàm soli iure percipiuntur l. qui sit 25. §. 1. infr. de vsur. & proprietatis causam necessariò sequuntur l. & ex diuerso 35. §. vbi autem supr. de rei vindic. Atquin is cui solutū fuit indebitū, fructus percipit, si modò fidum coluerit & fecerit, & seminis & soli iure suos illos fecit, nec enim datur vnquā conditio domino extra causam rei furtiue, sed ei semper qui dominus non est contra eū qui est dominus, l. vit. supr. de usufruct. quem adm. caueat. Cū per conditionem quælibet interdatur actor sibi dari oportere, dare autē nihil aliud sit quàm dominium transferre, id porro tuum facere nemo possit, quod suum non sit, §. scitæque Instit. de action. iunct. l. vbi autem 75. §. vit. de verb. oblig. Quæ ergo fieri potest, vt is qui condictione siue indebiti siue alia conuenitur, etiam fructus quos non solum perceptione, sed etiam iure dominij suos fecit, actori restituere teneatur? D E C. Actiones quidem omnes stricti iuris, quibus intendimus aduersarium dare nobis oportere, & quæ ideo condictionis appellatione generali continentur, dantur non domino contra dominum, sed non tamen omnes eiusdem sunt generis, & condictionis: aliquæ enim sunt quibus intendimus aduersarium dare nobis debere id quod nostrum neque est, neq. vnquam fuit, vt cūm agimus condictione certi ex stipulatione, aut ex mutuo vt in d. l. certi conditio d. l. 2. de vsur. l. 1. de condit. tritic. Aliæ verò sunt per quas intendimus dari nobis debere id quod nostrū aliquando fuit: cuiusmodi sunt condictiones indebiti, & sine causa & ob turpem causam. Ex his quib. persequimur id quod nostrum nunquam fuit, non possumus consequi fructus nisi à die litis contestatæ d. l. cum fundus, quia nō tam naturali quàm ciuili æquitate nititur, nec potest actor dicere se fructus illos habiturum fuisse, nisi à quo die petiit rem sibi dari, si data ei res fuisset, quemadmodum in rei vindicatione si fuisset ei restituta d. l. præterea 20. supr. de rei vindic. Ex aliis verò quibus eam rem persequimur, quæ aliquando nostra fuit, etiam fructus omnes consequimur quotquot à possessore eodem que domino percepti sunt, quatenus scilicet locupletior ex his factus est, vt mox dicemus ex l. si non sortem 26. §. libertus infr. hoc tit. quia cū naturalem habeant æquitatem, æquissimum est redire rem meā cum fructib. quos vtiq. percepissem, & haberem hodie, si eam rem non soluisset per errorem facti, aut sine causa, aut ob turpem causam. Et ita Paulus idem noster distinguit in l. videamus generaliter 38. §. si actionem infr. de vsur. iunct. l. qui se debere 7. §. vltim. l. cum quis 12. supr. de condit. caus. dat. l. in summa 63. §. ei qui infr. hoc tit. lunge quæ scriptimus ad d. l. cum fundus. Vsurariū alia ratio est, nec n. veniunt in conditione indebiti l. 1. C. hoc tit. nempe quia non sunt accessiones naturales, sed ciuiles, nec tam naturæ quàm iure percipiuntur, vt Papi-

G G 2

nianus loquitur in *l. si manū 62. sup. de reuindic.* ubi nos quid & quale hoc sit explicauimus.

C *Quos is cui solutum est, bona fide percepit.* R. A. T. D. V. B. Bonæ fidei possessor quilibet facit fructus suos sola perceptione interim *l. bona fidei 48. infr. de acquir. rer. domin.* id est, quando fundus cuius non est *l. qui ser 25. §. vlt. infr. de vsur.* (fundo enim cuius certo certum est si adus adhuc extantes, id est, nondum consumptos, si neque vsucapti sint, venire in restitutionem officio iudicis *l. certum 22. C. de rei vindic. & a. u. d. iustm. Tit. de offic. iudic.*) Absolutè uero acquirit bonæ fidei possessor eiusque lucro cedere secuta postmodum sine consumptione siue vsucapione *l. 4. §. post litem sup. fin. regund. l. 4. §. lana infr. de vsucap.* Id quod dicimus bonæ fidei possessorem quemlibet in percipiendis fructibus, uelut domini loco esse *d. l. bona fidei*, adeoque plus iuris habere quam fructuarium, cum hanc bonæ fidei possessoris statim atque separati sunt à solo, fructuarium uero non aliter quam si aut ipse aut alius ipsius nomine eos perceperit *l. si fructuarium messim 13. sup. quib. mod. vsus. fruct. amitt.* Atquin is cui tandus per errorem facti indebitè solutus est plus quam bonæ fidei possessor est, cum sit etiam dominus. Ergo fructus quos bona fide percepit, nullomodo restituere per hanc indebiti conditionem debet, præsertim uero si eos consumpserit. Non addo, uel vsucaperit, quia vsucapere nemo potest id quod iam suum est, cum id quod iam meum est magis meum fieri non possit *§. sic itaque Inst. de action.* Quamuis impleto tempore quo perfici vsucapere potuisset, absurdum uideretur possessorem ob id minus iuris habere, quod fuerit iam dominus, & quam habiturus esset si dominus non fuisset *l. in bello 12. §. si quis seruum infr. de capt. & post. l. m. mod. uero quod hoc est dicere, quos is, cui solutum est, bona fide percepit.* Quasi possit mala fidei possessor esse qui à domino emit, adeoque qui dominus ipse est: atqui hoc negat Iulianus in *l. si quis cum sciret 8. infr. pro empt.* Ergo frustra est distinguere cum Accursio & Bartolo, an bona fide an mala is cui indebitè solutus est, si uictus perceperit, tātū abest, ut uerū esse possit, quod Accursius hic tētat fructuū furtū tacere eū, qui indebitū sciens accipit ex *l. quoniam 18. infr. de condit. furt.* (quæ restringēda omnino est ad eum casum, quo dominū pecunię indebitæ nō potuerit transferri in accipientē, ut ibi dicemus) Rectè in hoc à Bartolo reprehēsus, quia rei suæ furtū facere nemo potest. *§. 1. Inst. de oblig. que ex delict.* **D. E. C.** Qui cōdicat fundū indebitū quē per facti errorem soluit, illud ipsum dominū reperit quod habebat antè quam solueret, & quod semper habuisset, si per errorem facti nō soluisset, eodēmq. dominij iure fructus percepisset, non ille cui fundus solutus est, quia nec dominus nec bonæ fidei possessor factus fuisset, si nō ei solutum fuisset per errorem. Ergo

¶ Sed & si nummi alieni dati sint, conditio competet, ut vel possessio eorum reddatur, quemadmodum & si falsò existimans possessionem me tibi debere alicuius rei tibi tradidissē, condicerem. Sed & si possessionem tuam fecissē, ita ut tibi per longi temporis præscriptionem auocari non possit: etiam sic rectè tecum per indebiti conditionem agerem.

Ad §. 1. Sed et si nummi.

R. A. T. D. V. B. Qui alienos nummos soluit, non transfert dominium, idè quod uel liberatur *l. si alieni 78. infr. de solut. l. Iulianus 47. §. 1. mandat.* Ergo non potest condicere, quia is demum condicere potest,

quæ ratio æquitatis inducit cōditionē fundi, eadē quoque dat causam restituendorum fructuum, & aliarum huiusmodi accessionum naturalium quæ fundo sua sponte accesserunt. Nec ius dominij, & plus quam bona fides eius cui cōdicitur, potest esse impedimētum, quoniam aliud est de acquisitione, aliud uero de lucro fructuū tractare *d. §. post litem*, & cuius in proposito causa restituendorum fructuum sit antiquior causa eorumdem acquirendorum, non est mirum potiorē esse causam ueteris domini quàm noui, & cōdicentis quàm eius cui cōdicitur, perinde in fructibus, quàm in dominio, ut ita causam eorum fructuū quoque, causa semper sequatur, ut in dubitandi ratione diximus ad uel sic. præcedentē ex *l. & ex diuerso 35. §. 1. sup. de rei vindic.* Sic dicimus, Si minor aut alius quilibet qui in integrū restitui potest, fructum uendiderit, deinde in integrū restitutus sit, fructus ei omnes restituendos esse, ex natura restitutionis in integrū, quæ omnia reponit in priorem pristinum statum *l. quod si minor 24. §. restitutio l. parit 27. §. si pecuniam sup. de minor. l. vnic. C. de reput. que sunt in iudic. in integr. restit.* In quo errant plerique interpretum antesignani pragmaticorum nostrorum, existimantes emptorē, quia bonæ fidei possessor est, quousque petita sit restitutio, nō alios fructus restituere cōpelli, quàm quos ex die litis contestata perceperit, quasi exinde mala fidei possessor factus: quod cerè nō ita est. Omnes enim fructus restituere debet nō ratione malæ fidei, quæ ante litem contestatam nec uilla est, nec esse potest, sed uel & potestate actionis, cuius natura ita fert, ut fructuum omnium restitutionē secum trahat, siue in integrū restitutio sit, siue cōditio indebiti, aut alia cōditio eius rei quæ aliquando fuerit mea. Sic enim idem Paulus noster distinguit in *l. uideamus 38. §. si actionem infr. de vsur.* Nempe quia non eadem subest ratio, aut æquitas restituendorum fructuum eius rei, quæ numquam fuit actoris, ut si cōditio certi ex liti-pulatione exerceatur *d. l. cum fundus 31. sup. de reb. credit. d. l. 2. de vsur.* neque distinguimus an possessor tāto tempore fructus restituendos possederit, quantum ad bonorum mobilium vsucapionem complendam necessarium est, cum repetantur potestate, ut dixi, personalisationis, quæ vsucapione nulla excluditur. Ceterum quod dicimus omnes fructus in conditionem indebiti venire, sic intelligendum est, ut eateus duntaxat ueniant quatenus possessor ex iis locupletior factus est *l. si non sortem 26. §. libertus infr. hoc tit.* Item deducta impenia quæ ad fructus percipiendos necessaria est *l. in summa 65. §. ei qui indebitum infr.* Locupletior autem ex fructibus perceptis factus esse possessor intelligitur, quoties tantumdem de suo fuerat erogaturus, ut bene hic notat Accursius ex *l. sed et si lege 25. §. quod autem & §. addo sup. de heredit. petit. & l. in pupillo 47. infr. de solut.*

qui dominium habuit, & is demum conditione tenetur, qui dare potest, id est, dominū trāsferre *§. sic itaque Inst. de action. iunct. l. ubi autem 75. §. vlt. de verb. obligat.* **D. E. C.** Conditio nomen per se nihil nisi repetitionē significat eius quod trāslatū fuit in alium,

trāsferri autem potest aliquando dominium cum possessione, aliquando possessio sine dominio, siue ab initio id actum sit ut dominium cum possessione, siue ut sola possessio trāsferretur et ut dominium cum possessione indebitè trāslatum sit, cōditio indebiti danda est ad repetendum cum possessione dominium, quod sicuti uix trāsferretur sine possessione, exceptis quibusdam casibus, de quibus in *l. 1. & 2. sup. de public. in rem act.* ita nec nisi per possessionem, cum qua semel coniunctum fuit *l. per procuratorem 8. C. de acquir. poss.* scilicet si ab ea separari non possit, ut ea lex ait, si autē possessio sola quoquomodo trāsata sit absque dominio, quia dominium penes solventem non erat, possessio quoque sola sine dominio condiceretur: ita enim fiet ex utraque parte ut neque abstrahatur sit, quicquid ei qui indebitū soluit, cum nihil trāsulerit nisi possessionē quæ recuperat, neque ex aliena iactura locupletetur is qui accepit, cum possessionem quæ solam acquisierat restituit. Taceo, quod etiam possessionis dominium quoddam est. Quicquid enim nostrum est, id ut in dominio nostro sit, proius necesse est. Possessionem uero nostram non minus uerè & rectè quàm dominium nostrum esse dicimus *l. 1. infr. de honor. poss. & in l. 1. C. Theod. eod. tit.* Idè quod quisquis trāsferet possessionē, dicitur etiā trāsferre dominū possessionis.

a *Quemadmodum si falso.* R. A. T. D. V. B. & **D. E. C. I. D.** eadem est quæ ad uerit. præcedentem: conuenit enim hic uerticulus cum superiore in eo quod uterque tractat de sola possessione trāsata: sed superior de possessionis translatione ab eo facta, qui id agebat, ut dominū quoque trāsferret, quod tamen quid erat alienum trāsferre non potuerat, hic uero de possessione trāsata ab eo qui se possessionem tantum trāsferre debere putabat, quam tamen nec debebat: utroque autē casu sicuti possessio sola trāsferretur, ita & sola possessio cōdicitur: id enim solum cōdici potest, quod indebitè trāslatū fuit, ut supra diximus: quid ergo si is in quem sola possessio trāsata fuerat, puta nummorum, de quibus agitur initio huius §. aut alterius cuiusdam rei mobilis, eā rē consumpserit, aliter uel amiserit? Respondent bene interpretes, consumptione sicuti conciliatur mutuum, ita & indebitū cōciliari, cum causa indebiti causæ mutui æquiparetur *§. si quoque Inst. quib. mod. re contr. oblig. & l. 5. §. si quoque infr. de oblig. & action. si modò consumptæ res sit in utilitate eius cui indebitè soluta fuerat possessio, quoniam & hoc casu contra æquitatē naturalē ex aliena iactura locupletaretur. Proinde cum hoc casu ea ipsa res & possessio, quæ indebitè soluta fuit, cōdici non possit, tantumdem necessariò condicendū est, ut in mutuo. Sed si amissa possessio sit, difficiliter uidetur, ut cōditiō ueneri debeat is, qui locupletior factus non est *arg. l. si non sortem 26. §. libertus infr. hoc tit.* Putat tamen Bartolus post Accursium etiam hoc casu condici posse tantundē quasi secuta tandem amissione dominium iam inde ab initio trāslatum fuisse intelligatur nummorum, ut ita is qui nummos accepit debitor generis ab initio constitutus esse uideatur ex *l. si filius familias 14. sup. de reb. credit.* Genus enim perire non potest *vulg. in incendium 11. C. si cert. petat.* Aliud ergo est si solutio facta sit in ea specie, quæ in genus trāsferretur & degenerare numquam possit, ut bene concludit Accursius ex *d. §. libertus.* Iud tamen mirum uidetur, quod pro possessione rei mobilis recuperanda detur actio personalis, cum interdici nullam detur, ut nostri tradunt ad *l. rem qua nobis 15. de acquir. poss.* Sed nouum*

non est, ut latius pateat cōditio, quàm interdici, cum ex facto nostro nascatur. Sic & cōditio trāsataria datur ad possessionē *l. 2. infr. de condit. trāsitar. & pignoratitia l. si rem 9. §. si quoque de pignor. act. iunct. l. si in area 33. infr. hoc tit.* quam tamen huic §. opponit Accursius quasi contrariam, quod in ea scriptum sit si is qui in aliena area ædificauit, possessionem ipse tradiderit, conditionem eum non habere, quia nihil accipientis fecerit, sed rem suam dominus habere incipiat, uel ut facilis responsio est, nihil in illa specie factum esse accipientis, ut lex ait, idè quod nec conditionem competere, quoniam aream quam possessor ædificauerat, iam erat accipientis, & possessio ædificij possessio quoque areæ est. In specie autem huius §. tractamus de trāsata possessione eius rei quæ nec dantis erat nec accipientis, sed aliena, uel quæ ita erat dantis, ut accipiens non possit dicere se rem suam habere nunc incipere.

b *Sed et si possessionem tuam fecissē.* R. A. T. D. V. B. In conditione indebiti nō ueniūt accessiones ciuiles, sed naturales tantum, ut diximus initio huius legis ex *l. 1. C. hoc tit.* Acqui quod accedit per vsucapionē, aut longi tēporis præscriptionē, accessio ciuilis est nō naturalis. Nec enim ius naturale aut gentiū vsucapionem uillam agnoscit aut longi tēporis præscriptionem, sed tantum ius ciuile, & ex ratione merè ciuili, de qua in *l. 1. infr. de vsucap. cōtra rationē naturalem, de qua in l. id quod nostrum 11. de regul. iur. & Tit. de vsucap. Inst.* Ergo si possessionem tuā fecerim, ita ut propter longi tēporis præscriptionē auocari te non possit per uerum dominū eius rei, cuius possessionē in te trāsuli, nō est mihi permitteudū, ut per indebiti conditionē tecū agā, ne alioqui nihil tibi pro sit longi tēporis præscriptio qui possidisti, sed mihi, qui per totū illud tēpus non possedi. **D. E. C.** Eadem ueniūt accessiones ciuiles nō ueniūt in cōditione indebiti, per quas, si uenerit, fieret ut danum aliquod possessor sentiret, puta si pecuniæ, quæ indebitè soluta est, vsuras præstare teneretur. Id enim duntaxat agit ciuilis legislator, ut omne lucrū auferat possessori, nō etiā ut damnū ei aliquod irroget. Unde est quod nec alix naturales accessiones in hanc conditionē ueniunt, quàm ex quibus possessor locupletior factus est, ut diximus ad initium huius legis ex *l. si non sortem 26. §. libertus infr. hoc tit.* Atqui cum per hanc conditionem indebiti auocatur accessio illa ciuilis, quæ per vsucapionem sit, & longi tēporis præscriptionem, nullum damnū possessori infligitur, sed lucrum duntaxat eripitur, quod per vsucapionem aut longi tēporis præscriptionē sibi acquisierat. Ergo eam quoque accessionē quamuis ciuilem in hanc conditionem venire æquum est, non minus quàm si esset naturalis. Sed qui fieri potest, ut longo tempore præscribat, uel vsucapiat is qui indebitum accipit, cum in mala fide esse uideatur, quæ non tantum vsucapionem impedit, sed etiam longi temporis præscriptionem *l. vnic. C. de transform. vsucap. Nimirum si is, cui possessionem tradidi bona fide, putauerit sibi esse debitam, quæ reuera fuit indebita, ut in leg. hominem 3. infr. pro suo.* Et ita nō malè Accursius: quamuis Bartolus existimet parum referre an sciens indebitum, an nesciens quis possessionem acceperit, quia quod bonam fidem requirimus in vsucapiente & præscribente, eod pertinet, ut mala fides impediatur vsucapionem, & longi temporis præscriptionem aduersus dominum, non etiam ut bona fides requiratur in accipiente respectu eius qui soluit indebitū. Est enim

qui accepit sciverit esse debitum, si tamen solventem credidit esse dominum, atque ita dominum in se translatum esse per solutionem, nihil vetat eum usufrucperere, & longo saltem tempore prescribere, quia quod ad dominum rei pertinet, non fuit in mala fide ex *l. si quis fundum 43. infr. de acquir. poss.* Et que Bartoli interpretatio ut subditur, ita probabilior mihi videtur. Nam quod in *d. l. hominem pro suo*, adhibetur distinctio an is qui debitum accepit, indebitum sciverit, an ignoraverit, rationem illam habet, quia indebitum solutum fuerat ab ipso domino, contra quem usufructio obiciebatur. Idem autem loquitur hic Paulus de longi temporis prescriptione, non etiam de usufructione, quia usufructio solus possessionis nulla est, cum sit adiectio dominij per continuationem possessionis temporis lege definiti *l. 3. infr. de usufr.* Ponimus enim translata fuisse possessionem solam, non etiam dominium, atque ita nullum adesse titulum ratione dominij, sine quo titulo non procedit usufructio *l. Celsus 27. eod. tit.* At longo tempore acquiritur etiam sola possessio potest, unde & nomen habet longæ possessionis, nec enim adiectionem dominij inducit, sed tantum parit exceptionem, ne a possessore auocari possit possessio, ut hic versuculus innuit, & diximus latè ad *l. penult. supr. de mort. infr. & ad l. si duo 13. §. Iulianus ait supr. de iure iur.* Et quamvis requiratur titulum non minus quam usufructio *l. 4. & pass. C. de prescrip. long. tempor.* sufficit tamen titulus translatæ possessionis ad solam possessionem prescribendam, nec dominij titulus a hoc exigitur, ut hic locus omnium optime probat. Cum verò detur conditio dominij non domino aduersus dominum, domino autem vindicatio contra non dominum, quærun nostris utrius actionis prior causa esse debeat an vindicationis an conditionis, & cur is, qui condicit, non repellatur exceptione ista de solo factis, qui peris, quod rediturus est *l. dolo 8. de doli mal. except.* Respondent autem post Bartolum, & rectè potiorum conditionis causam esse debere quam vindicationis, nec malè, sed mala tamen ratione aiunt enim conditionem hoc casu dari non tantum ad possessionem, sed etiam ad dominium, quasi dominium sit usufructione reconciliatum ut in mutuo *l. 1. §. appellata supr. de reb. credit.* Hoc verò falsum est. Conditio enim hoc casu datur non dominij, sed solus possessionis, cum per longi temporis possessionem dominium acquiri non possit, ut diximus, nec titulus aliquis præcesserit, ex quo sequi usufructio potuerit. Itaque non de usufructione Paulus hic loquitur, sed de longi temporis prescriptione, ut monuimus, quæ passim nostris interpretes cum usufructione confundunt valde imperitè, ac perniciosissimo errore. Nihilne ergo nisi possessionem condicit is, qui possessionem duntaxat indebitam tradidit? Nihil planè, nisi quod condicit possessionem cum ea utilitate, quæ per longi temporis prescriptionem accessit, scilicet ut à possessore auocari ea possessio non possit propter exceptionem, quæ per longi temporis possessionem acquiritur. Ergo falsum etiam illud est quod interpretes supponunt pro vero, huic, cui possessio condicitur, competere rei vindicationem, cum non detur ea nisi domino *leg. in rem 23. & pass. D. de rei vindic. dominium autem per longi temporis possessionem nullum acquiritur, nec vlla consequenter in rem actio, nisi cum post completam longi temporis possessionem deferente aduersario, possessor iuravit rem suam esse: quo casu*

etiam utilis actio possessori datur, sed propter iusurandum, non propter longi temporis prescriptionem *d. §. Iulianus ait*, ubi nos explicauimus. Enimvero si ponas, ut in principio huius legis, translatum fuisse cum possessione dominium rei indebitè solutæ, eadem quæstio recurrit, cur non potior sit causa eius cui condicitur, cum sit dominus, quam condicentis qui dominus non est. Verum facilis responsio est, antiquiorem esse causam conditionis, quam vindicationis, & consequenter potiorum, quia res soluta indebitè condicentis fuit antequam fieret eius cui hodie iuste condicitur. Et si cur conditio tollit si non intellectum saltem effectum acquisiti aduersario dominij, ita & impedit ne vindicatio vlla dari possit ei, qui per conditionem in eam causam deducitur, in qua esset si dominus nunquam fuisset, quomodo de potestate euiditionis Papinianus noster loquitur in *l. si patroni 55. §. vlt. ad SC. Treb.* conditio enim nihil nisi euiditio quædam est, sed quæ datur non domino ob id solam, quod dominus aliquando fuerit, & sine causa iusta dominium illud amiserit. Et quemadmodum dicitur usufructio non extingui causam pignoris, *l. usufructio 7. C. de pignor.* quia quæstio pignoris nihil commune habet cum intentione dominij nec vlla cum eo societate coniungitur, *l. 1. §. cum predictis infr. eod. tit. l. iusto errore 44. §. non mutat infr. de usufr.* Ita & quædam est ex iniusta illa dominij acquisitione, quæ sit per acceptam solutionem indebiti non posse conditionem extingui, quæ & anteriorem & iustiorum causam habet, sed extingui potius conditione vindicationem, quasi iam pro non domino habendus ille sit, qui in eo est, ut dominium quod vel sine causa vel ex iniusta causa habet, aduersario restituere mox debeat. Nec facile possit probare quod Bart. hic notat, posse fieri aliquo casu, ut etià acquisito per usufructioe dominio, possessio tamè sola indebitè soluta fuit condicatur, ut puta, inquit, si tradideris mihi possessionem ex vna causa, & ego ex alio titulo, & alia causa prescriperim, quoniam hoc casu proprietatis non accessit occasione proprietatis quæ à te habuit, sed ex alia causa. Quod certè falsum est. Dominium, quod per usufructioe acquiritur, sepe accedit possessioni *d. l. 3. de usufr.* cum sine possessione nulla possit esse usufructio *l. sine possessione 25. eod.* Et quædam id quod meum est, non potest magis fieri meum *d. §. sic itaque Inst. de action.* Ita nec possessio quæ ego per solutionem indebiti tuam feci magis tua fieri potest. Proinde verum sepe est te usufructio occasione eius possessionis, quæ à me habuit, & consequenter dominium quoque quod per usufructioe accessit restituere tibi mihi oportere. Est enim hic quoque casus ex illis in quibus dominium possessionem semel iunctum à possessione separari non potest, ut in *d. l. procurator 8. C. de acquir. poss.* quæuis dici soleat, quod & verum est nihil commune habere causam possessionis cum causa proprietatis *l. naturaliter 13. §. nihil commune infr. eod. tit. l. iur.* Scilicet cum proprietatis & possessionis causa formaliter & in abstracto consideratur, non etià cum in concreto. Itaque qui condicit possessionem, is in consequentià necessariam condicit etiam dominium quod possessioni quoquo modo accessit, unde quæ tandem accesserit, & quidè suo iure, adeo ut non idcirco veteri domino cuius dominium usufructio est, vlla actione teneatur, ut omnes interpretes post Accursium censentiat ex *l. si aliena 13. infr. de mort. caus. donat.* Quod autem obiicitur ex *leg. vlt. Cod. de his qui à non domin. manum. fuer.* ubi prescriptio tollit personale actionem, quæ alioqui dominum non esset

no esset competitura contra eum, qui alienum seruū per obreptionem factam Principi manumisit, bene diluit Bartolus ex eo quod prescriptio ibi perimit dominium, aut ut loqui debuit, inefficacem consti-

tuit actionem & vindicationem dominij, cuius sola ratio causam præbebat actioni personali, hic verò prescriptio non tollit causam personalis actionis, sed eam auget potius, & validat.

2 ¶ Sed et si usufructus in re soluta alienus sit: deducto usufructu, à te condicam.

Ad §. 2. Sed et si usufructus.

RAT. DVV. Usufructus in plerisque casibus pars dominij censetur *l. 4. supr. de usufr.* & cum remolumentum contineat saltem portionis instar obtinet *leg. cum filius 76. §. dominus de legat. 2. leg. qui usufructum 58. de verb. obligat.* Ergo si eam rem indebitè tibi soluerim cuius proprietatis ad me pertinebat, usufructus verò ad Titium, non est mihi permittendum, ut proprietatem condicam, non magis quam ut partem corporis pro indiuiso *arg. leg. si pona 19. §. si falsò infr. hoc tit. DEC. Usufructus in iure constituit non in parte leg. Mutui 66. §. fundo de legat. 2. leg. si à reo 70. §. si reo infr. de fideiuss.* nec permittenda est causa proprietatis cum causa usufructus *leg. pen. infr. de acquir. poss.* Nihil ergo vetat fundum, qui indebitè solutus est, etiam si usufructus in eo alienus sit (sic enim legendum hic est in re soluta non ut apud Accursium cum re soluta,) condicere in modo condicatur deducto usufructu. Hæc enim adiectio idè necessaria est, quoniam alioquin is qui fundum simpliciter condicere, plenam non nudam proprietatem auocaret, cum appellatione fundi plena proprietatis significetur *leg. si alij fundum 19. de usufr. legat.* atque ita repetere etiam id quod suum antè non fuisset, quasi extincto iam usufructu qui tamen alienus adhuc esset: hoc verò pugnat et vique cum naturali æquitate, quæ tamen conditiones omnes nituntur, ut ad initium huius legis diximus. E contrario fieri potest, ut qui nudam proprietatem in fundo habuit, eam quæ indebitè soluit, cum alius in eo fundo haberet usufructum, nec tamen eum possideret, etiam fructus condicatur, quamuis usufructum ipsum non possit, nec plenam proprietatem condicere, scilicet si possessor fructus illos perceperit, quia verum est accessisse fructus possessioni, quam à solvente indebitam habuit, nec alio iure quæsitos ei fuisse quam quia eos bona fide perceperit *leg. bona fidei 48. infr. de acquir. rer. domin.* cum à domino causam habuerit *leg. si quis cum sciret 8. pro emptor.* Cæterum si fructus nullos perceperit non magis fructus ei condici poterunt, quam usufructus qui alienus est: & ita bene post Accursium Bartolus: quod tamen intellige, si modò possessor nescierit usufructum ad alium pertinere, tamen si sciuit, non potest videri eos fructus bona fide perceperisse *dicit leg. bona fidei §. in contrarium*, quamquam vix fieri potest, ut nescierit usufructum ad alium pertinere, is cui nudatantum proprietatis soluta est, nisi acceperit eo

16. POMPONIVS libro 15. ad Sabinum.

SVb condicione debitum, per errorem solutum, pendente quidem condicione repetitur: condicione autem existente, repeti non potest. quod autem sub incerto die debetur, die existente non repetitur.

Ad l. Sub condicione 16.

RAT. DVV. Quod ex stipulatione condicionali debetur, quandiu pendet condicio, incertum est, an ex ea stipulatione deberi possit, idè que nec inte-

Tom. III.

rim peti potest ab eo, qui etiam deficiente condicione puram actionem habiturus esset *leg. pecuniam 36. supr. de reb. credit.* Eadem ergo ratione dicendum est, si id quod sub condicione debetur pendente condicione solutum sit, non posse id repeti

GG 4

antequam condicio defecerit, quia non potest dici certo ac verè indebitum, quod fieri adhuc potest, ut aliquo casu debeat. **DEC.** Quod sub condicione debetur, nullomodo deberi intelligitur, antequam condicio venerit, quia nec dies prius cedere intelligitur *leg. cedere diem 213. de verb. signific. leg. grege 13. §. final. infr. de pignor. leg. si quis reum §. §. idem Iulianus in finem infr. de liber. legat.* Ergo si interim solutum sit, repeti potest per hanc in debiti conditionem. Aliaque ratio est pecuniæ quæ vni purè debita, alij sub condicione nouandi auctore promissa, est de qua in *dist. leg. pecuniam*, quandiu enim deberi vni potest, verum est alij eam non deberi, idèque nec ab alio interim peti posse. Nos de ea pecunia loquimur, quæ vni tantum sub condicione debita & promissa est, ac proinde quam nec alius petere potest, nec is ipse cui promissa fuit, cum nec ei adhuc debeat. Proinde si interim soluta sit, nihil causa est, cur soluenti per errorem non sit danda conditio, quia ad impediendam conditionem non sufficit, ut quod solutum est, deberi aliquo casu possit, sed necesse est, ut aliquo iure iam debitum sit, eo tempore quo condicitur. Denique separanda est petitio à repetitione. Peti non potest, nisi quod certum sit iam debitum esse, alioqui ante diem petere actor videtur, idèque male agere *dist. leg. pecuniam in fin.* At repeti potest quicquid certum non est debitum esse, licet incertum sit an aliquo casu deberi possit, & fieri queat, ut postea debeat.

a *Condicione autem existente repeti non potest.* **RAT. DVB.** Superueniens existentia conditionis non facit quin verum sit solutum fuisse indebitum solutionis tempore inspecto. Adèd ut nec is qui soluit liberetur, tanquam qui non soluerit idipsum, quod promittit *leg. stipulatio ista 38. §. in incertam infr. de verb. obligat.* Ergo nec potest impediri conditionem indebiti soluti, ut qualitas iuncta verbo intelligatur secundum tempus verbi *leg. 4. §. si extraneus supr. de noxal. action.* **DEC.** Conditionis euentus facit, ut quod antea & solutionis tempore fuit, indebitum reperitur debitum eo tempore, quo de condicione quaeritur: non enim sufficit ad inducendam conditionem indebiti, ut fuerit aliquando indebitum, sed necesse est, ut tale sit eo tempore, quo condicitur. Ita namque sit, ut qualitas iun-

17. VLP IANVS libro 2. ad Edictum.

NAm si, cum moriar, date promisero, & antea soluiam: repetere me non posse, Celsus ait. quæ sententia vera est.

Ad l. Nam si, cum moriar 17.

RAT. DVB. Quod sub incerto die debetur, die demum existente non repetitur, at priusquam dies existat, si solutum sit, repetitur, perinde ac si sub condicione debitum fuisset, ut proximè dictum est in *versic. ult. legis præcedentis*. atqui dies mortis incertus est, ergo pro condicione haberi debet, etiam quod pertinet ad suspendendam debiti causam *leg. Statius Florus 48. §. Cornelio Felici infr. de iur. fisci.* ut proinde, si quod promissi dare cum moriar, viuis soluero, possim id repetere conditione indebiti. **DEC.** Incertum qui-

da verbo intelligatur secundum tempus verbi, quod non feret, si solutionis tempus inspicerecur, *l. ex parte 25. de solut.*

b *Quod autem sub incerto die debetur.* Malo legere *Quod item*. Nihil enim est in hoc versiculo, quod superiori sententiæ aduersetur. Est quæ hæc emendatio probabilior, quam si cum Iacobo Guiacio legas in verbis sequentibus *die non existente*, aut quod in idem recidit *die pendente*. Sic enim ille *libr. 13. Obseruat. cap. 20.* Et verò non alia versiculi huius ratio est, quam quia dies incertus pro condicione habeatur non inuis in contractibus *dist. leg. stipulatio ista 38. §. inter incertam de verb. oblig.* quam in testamentis *leg. dies incertus 75. de condic. & demonstr.* Ratio autem dubitandi non alia rursus, quam quod aliud sit deberi quid in diem, aliud verò sub condicione: sed intelligi hoc debet de eo quod debetur in diem certum, id est quem omnino venturum esse certum est *dist. §. inter incertam leg. quod certa 70. de solut. leg. cedere diem 213. de verb. signific. §. 1. Instit. de actil. tutor.* nam inter conditionem & diem incertum nihil vnquam interest, neque quod ad conditionem indebiti pertinet, neque alia vlla iuris parte. Incertum ergo diem hic intellige, qui certo opponitur, id est, qui an venturus sit necne, incertum est, non autem quem certum sit venturum esse, licet nesciatur quando. Nam de eiusmodi die incerto tractatur in *leg. seq. id est de die mortis*, qui & incertus dicitur in *leg. 1. de condic. & demonstr.* ad differentiam incerti, de quo in hoc versic. agitur. Et sanè incertum diem simpliciter, cum dicimus, eum intelligere debemus, cui magis hæc appellatio conueniat, id est, qui omnino sit incertus, non solum quando venturus sit, sed etiam, an aliquando, ut in exemplo quod adfert Accursius de die nuptiarum nam is dies quem venturum esse certum est, licet incertum sit quando, aliqua saltem ex parte certus est: nec aliud iuris est in condicione: etsi namque conditionem appellamus eam quoque, quam omnimodo extitutam esse certum est, parum tamen differt à non condicione, licet hoc incerti habeat quod nesciatur quando extitura sit *l. si pupillus 9. §. qui sub condicione infr. de nouat.* Et condicio propriè illa est, de qua nesciatur non solum quando futurum sit, ut impleatur, sed nec an aliquando impleri possit *l. quod si sub condicione 18. infr.*

dem est, quando dies mortis venturus sit, & eo respectu mortis dies rectè ac verè incertus dicitur, sed tamen certum est venturum aliquando esse, & hoc sensu certum est non incertus, & certo diei comparandus magis quam condicionei, præterquam si compares condicionei omnimodo extituras, de qua in *leg. seq.* & quæ nec pro condicione habetur, ut supra diximus *ex leg. si pupillus 9. §. qui sub condicione infr. de nouat.* Atqui quod in diem certum debetur, aut sub condicione omnimodo extitura, si solutum sit interim, non repetitur. Ergo nec quod ante mortem meam solui, quamuis non nisi mortis tempore dari debuérat *leg. hys*

heres meus vbi est textus elegans *D. de condic. & demonstr.* Itaque non exemplum legis præcedentis in hac ponitur, quæ prima interpretatio Accursij est, sed *aliter* quoddam, ac si scriptum hic esset, meritò Pomponium in lege præcedente locutum esse de die incerto id est merè incerto, & qui nihil ex vlla parte certi habeat. Nam si in diem mortis aliquid promissum sit, aliud dicendum esse, quia non profus incertus, sed aliqua ex parte certus dies ille est, cum non possit non existere, ita ut non tam condicione quam mora suspendi debitum videatur, quomodo Papinianus loquitur in *dist. leg. heres meus*, & ita si has duas leges intelligas, nihil in his erit quod absurdum aut inconueniens videri possit, non magis quam si per manifestiorem antithesim Vlpianus hic scripserit, *Alioquin si non sub die profus incerto, sed in diem mortis meo aliquid promisero.* Sic enim hæc lex superiori coniungenda est, & sententia Celsi accipienda, quam Vlpianus hic refert & probat. Itemque ita ut promissio facta per hæc verba, *cum moriar* aliam causam habeat, quam donationis, & sit promissio inter viuos, alioqui ceteretur donatio causa mortis, ut Bart. hic tractat *ex leg. Scie 42. D. de mortis causa donat. leg. Scie 11. de det. relig. un. leg. 1. C. vi adion. ab hered. & contra hered. incip. leg. hereditarium 7. de bon. authorit. iudic. pedit. leg. vltim. C. de contr. & committ. stipulation. leg. mortis causa 18. infr. de mort. caus. donat.* Miror autem Accursium separare hac parte legatum à stipulatione, quasi id quod ex stipulatione debetur sub die incerto, si interim solutum sit, repeti non possit, contra verò repeti possit legatum sub incerto die relictum, etiam quem venturum esse certum sit, aut quasi dies incertus in legato duntaxat pro condicione habeatur *dist. leg. dies incertus leg. talis scriptura 30. §. sed est sub condicione delegat. 1. non etiam in stipulatione.* Etsi enim verum est, quod Accursius adfert pro ratione dissimilitudinis, ex stipulatione conditionali spem transmitti ad heredem *leg. is cui 42. de obligat. & action.* non item ex legato *leg. 4. infr. quod dies legat. ced. leg. vnic. §. si autem sub condicione C. de caduc. tollend.* nimirum quia in stipulatione, quamuis conditionali factum aliquod stipulatoris interuenit, qui eo facto suo sibi suisque prouidere voluit *leg. si pactum 9. infr. de probation.* quod in legato secus est, quod totum pendet ex facto & voluntate testatoris, ut docuimus *libr. Coniect. capit.* Attamen non inuis in contractibus quam in testamentis dies incertus conditionem facit, ut supra diximus *ex leg. stipulatio ista 38. §. inter incertam infr. de verb. obligat. i. g. qui promissit 49. leg. sufficit 36. infr. hoc titul.* nec inuis parit conditionem indebiti, si ante diem existentem solutum sit, quam si ex causa legati in diem incertum relicti solutum esset, quia nec solui adhuc potest quod nondum debetur *dist. §. inter incertam*, & in legato quoque id obtinet ut ea demum solui possint, quæ certum est debitum iri, quamuis dies eorum nondum venerit, cuiusmodi sunt legata in diem certum relicta *dist. leg. 1. §. primo de condic. & demonstrat.* Denique paria sunt, ac ferè repeti non posse. Generaliter enim quicquid solui iam potest, ita ut solutum pariat liberatio-

nem, id si solutum sit, repeti postea non potest, cum fieri nequeat, ut eadem solutio pariat & liberationem & conditionem *leg. cum is 32. §. primo iunct. leg. si non fortim 26. §. si centum infr. hoc titul. leg. cum quis 38. §. primo & §. de peculio in fine leg. pupilli 96. §. vltim. infr. de solution.* Sicut nec illud fieri facile potest, ut solutio debiti facta vel liberationem non pariat, vel conditionem extra casum singularem *leg. Neratius 63. infr. hoc titul.* nulla igitur differentia est quod ad conditionem indebiti pertinet inter stipulationem & legatum, si dies incertus fuit, non magis quam si expressa fuerit condicio siue in legato siue in stipulatione. Illa tantum differentia obseruanda est, cum quid in diem mortis siue promissum siue legatum est, an in diem mortis creditoris aut legatarij dilata res sit, an in diem mortis debitoris & heredis. Posteriore hoc casu nihil incerti est, quia & creditorem & legatarium moriturum esse certum est, nec tam condicione quam obligatio suspenditur *dist. leg. heres meus.* Priore verò, licet debitorem pariter, aut heredem moriturum esse certum sit, incertum tamen est, an viuo eo creditor aut legatarius moriturus sit, an postea. Si mortuo iam eo, dubitationem res non habet, quin & quod promissum & quod legatum est, debeat heredi creditoris, itemque legatarij: ratione scilicet illa vtrique communi, quod stipulationis aut legati dies cesserit, quo casu etiam legatum transmittitur ad heredem. Si autem viuo adhuc promissore, aut herede, stipulatio quidem non intercidit, legatum autem intercidit, non quasi stipulationis dies cesserit, non autem legati (nam nec stipulationis condicionalis dies ante conditionis euentum cedit *dist. leg. cedere diem 213. de verb. significat.*) sed quia stipulatio condicionalis etiam cuius dies numquam cessit, transmittitur, legatum condicionalis non item propter rationem illam diuersitatis quam supra attulimus, idèque siue talis sit incertus dies, ut certum tamen sit eum tandem extitutum, siue profus incertus, ita ut nec an extitutum sit sciri possit, sed non debet hac parte separari dies incertus quisquis ille sit, siue mortis, siue nuptiarum à condicione expressa, neque rursus quantum ad conditionem indebiti siue ex stipulatione, siue ex legato solutum sit, sed ut omnia ex iuris ratione æstimentur, separandus est duntaxat casus, quo solutum sit, ante diei incertæ vel conditionis euentum, id quod certum sit, omnimodo debitum iri, ab eo casu quo solutum fuerit id quod incertum sit, an aliquando debeat, ut priore casu indebiti conditio denegetur, siue solutum sit, quod promissum, siue quod legatum fuit *dist. leg. qui promissit 49. infr. hoc titul.* Alia tamen ratio constituatur stipulationis & legati in eo, quod ex stipulatione certum esse potest debitum iri, quod si ex legato deberetur, non æquè certum esset, nempe quia ex stipulatione certum est debitum iri, quod debetur in diem mortis, non quod dies huius stipulationis cedat ante diem mortis, sed quia etiam si ante diem cedentem stipulator ipse moriatur, non eo inuis transmittit stipulationem ad heredem: at ex legato in diem mortis relicto certum non est debitum iri, quamuis perinde certum sit moriturum heredem, in

cuius mortis tempus legatum dilatatum est, quia non sufficit diem legati quancumque cedere, sed necesse est ut cedat viuo legatario, qui alioquin nihil ad heredem transmitteret: non cedit autem viuo legatario, si forte is viuo herede moriatur. *leg. si cum heres 4. infr. quand. dies legat. ced. dict. leg. heres meus*, ubi quæ proponitur prima species de legato in hæc verba relicto, *Hereditas mea cum morietur Titius, centum ei dato* in qua specie ait Papinianus legatum non tam condicione quam mo-

18. IDEM libro 47. ad Sabinum.

Quod si ea condicione detur, quæ omnimodo extatura est: solum repeti non potest: licet sub alia condicione, quæ an impleatur, incertum est, si ante solvatur, repeti possit.

Ad l. Quod si ea condicione 18.

RAT. DV B. Quod sub condicione debitum est, si interim solutum sit, repetitur *leg. sub condicione 16. supr.* Atqui condicio etiam quæ omnimodo extatura est, attamen condicio est. Fit enim & concipitur per articulum *si*, perinde atque alia qualibet condicio *leg. cum ab eo 41. infr. de contra. empr.* Quamquam nec aliud est si concipiatur per articulum *cum* ut puta *cum moriar* sicut in lege præcedente *leg. si Titio 22. vers. nec interest* ubi eleganter Pomponius *infr. quand. dies legat. ced. leg. qui promisit 49. infr. hoc titul.* Ergo etiam quod sub ea condicione debetur, quæ omnimodo extatura est, si solutum sit, repeti non potest. **DEC.** Condicio, quæ omnimodo extatura est, nomen quidem condicionis retinet, sed vim & potestatem condicionis non habet, quia licet in futurum conferatur, quod ad faciendam condicionem præcipue necessarium est *leg. itaque 39. supr. de reb. credit.* nullam tamen habet incertitudinem quantum ad euentum implementi, cum non possit non impleri, nec se habet indifferenter ad esse & non esse, ex quo potissimum substantia condicionis æstimatur, licet incertum sit quando impleatur

19. POMPONIVS libro 22. ad Sabinum.

Si pœnæ causa eius, cui debetur, debitor liberatus est: naturalis obligatio manet. & ideo solum repeti non potest.

Ad l. Si pœnæ causa 19.

RAT. DV B. Liberatio & obligatio secum inuicem pugnant. Facit enim obligatio debitum, quod liberatio facit indebitum. Ergo quoties debitor liberatus est in pœnam eius, cui debetur, obligationem aliquam manere impossibile est, & consequenter si debitor ita liberatus soluat, potest repetere quasi indebito soluto. **DEC.** Ratio iuris civilis aut prætorij iura naturalia corrumpere non potest *leg. eas obligationes 8. supr. de capit. minut. §. vltim. Institution. de legit. agnat. tutel.* atquin obligatio naturalis ex sola æquitate naturali æstimatur, *leg. Stichum aut Pamphilum 95. §. naturalis de solut.* Ergo quamuis ratio aliqua iuris siue civilis siue prætorij liberet debitorem,

ra suspendi, rationem non aliam habet, quæ quia legati huius dies non nisi viuo Titio possit cedere, siquidem cedit moriente Titio, instans autem mortis vitæ adscribitur, ut sapius diximus *ex leg. qui duos 18. §. primo de manum. testam. & leg. vltim. de condicon. institution.* Atque ita fortasse Accursius in posteriore sua interpretatione sensit: non tamen satis apertè, ut puto, explicauit, neque rursus Bartolus, licet hic paullo distinctius.

condicio, *leg. sufficit 56. infr. hoc titul. leg. heres meus 79. de condic. & demonstr. leg. si quis ita scripserit 33. de hered. institution.* Ergo quod sub condicione omnimodo extatura debetur, si interim solvatur, non potest repeti, perinde ac si purè debitum esset: nam & qui sub tali condicione stipulatur, purè stipulari intelligitur *leg. si pupillus 9. §. qui sub condicione infr. de nouat.* nec magis certum est iam deberi, quod purè debetur, quam debitum ita, quæ sub condicione omnimodo extatura promissum est, sicut & quod in diem certum, de quo in *leg. in diem 10. supr.* & rursus id quod in diem incertum omnimodo tamen euenturum, cuiusmodi est dies mortis, scilicet si debeatur ex stipulatione, non ex legato secundum eam distinctionem, quam docuimus ad legem præcedentem: cum qua non ita hæc coniungenda est, quasi superiori aduersetur, sed potius ut quod in præcedenti dictum est, de promissione facta in diem omnino extaturam, protrahatur ad promissionem factam sub condicione omnimodo extatura, & distinguatur ab ea condicione quæ sit verè condicio, itæque à die incerto qui sit omnino incertus, & an & quando, ut Bartolus loquitur.

ut in exemplis quæ congerit Accursius *ex leg. 3. §. vltim. supr. quod quisque iur. leg. extat 13. quod met. caus. leg. si quis in tantam. C. vnde vi l. in criminali C. de iurisdic. omn. iudic. & Nouell. de statut. & consuetud. contra libert. eccles. §. primo leg. qui exceptionem 40. infr. hoc titul. leg. sed si paterfamilias 9. §. vltim. & leg. seq. infr. de senatusconsulto Maced.* (est postremum hoc exemplum sumptum ex senatusconsulto Macedoniano displicet Bartolo, nec immeritò, cum Macedonianum non modò naturalem obligationem non tollat, sed neque civilem, *dict. leg. sed si paterfamilias 9. §. vltim. & leg. seq.* ubi dicemus) naturalis tamen obligatio remanet, quæ proinde impedit repetitionem soluti. Placet tamen quod Bartolus notat, non posse ex huiusmodi obligatione naturali induci compensationem,

nem, non ex *leg. quancumque 14. infr. de compensatio.* qua mouetur Bartolus, quasi in ea scriptum sit, non quancumque per exceptionem perimi possunt, in compensationem venire (contra enim generalis, Iauoleni sententia & regula est, ut ea demum & omnia quæ per exceptionem perimi possunt, in compensationem non veniant, id est ut nihil eorum quæ per exceptionem aliquam elidi possunt, compensari possit) sed quia nihil sit contra rationem iuris, aut civilis aut prætorij, cum repetitio soluti impeditur, siquidem id fit per solam retentionem: at fieret, si post liberationem civilem aut prætoriam induceretur compensatio, quoniam ipso iure compensatio fit *leg. si ambo 10. infr. de compensat. leg. si constat 4. C. eodem.* Itæque quoniam is qui compensat, non tantum excipere, sed etiam petere quodammodo videtur *leg. amplius non peti 15. infr. Rat. rem. habet.* non etiam ille qui retinet quod actor vult condicere, idem tractari potest si verus debitor per iniquam sententiam absolutus sit: nec enim eo minus remanet naturaliter obligatus, idèoque si soluat non repetit *leg. Iulianus verum debitorem 64. infr. hoc titul.* quem tamen nemo probabiliter dixerit posse compensationem pati, si summotus creditor prætextu subsistentis adhuc naturalis obligationis velit compensare id quod ipse inuicem debeat absoluto debitori. Est enim hic effectus naturalis obligationis ex iure civili, ut pariat compensationem, ex quo iure civili etiam illud est, ut sententia pariat liberationem, & pro veritate habeatur *leg. res indicata 208. de regul. iur. leg. ingenium 25. supr. de statut. homin.* an non verò etiam ille, ut naturalis obligatio impediatur repetitionem soluti? Ita verò: sed differentia il-

la est inter effectum hunc, & cæteros, quos producit naturalis obligatio, id est, ut pariat exceptionem, deductionem, & compensationem, quod in obicienda non modò exceptione, & deductione, sed etiam compensatione, quamuis ipso iure fiat, ut diximus, factum aliquod obicientis necessarium est, cui factio ius resistit siue civile illud sit, siue prætorium, quod debitori attulit liberationem; at in retinendo nullum factum retinentis versatur, sed ad retinendum sufficit, ut eam rem possideat, quam nec velit reddere, nec possit actor ei auferre, proinde nihil facit contra liberationem aduersario partem iure civili, aut prætorio, præsertim cum possessor effectus sit factio aduersarij, qui tamen si liberatus, soluit tamen, licet per errorem, quod in casu obiciendæ exceptionis, deductionis, & compensationis diuersum est. Is namque qui in creditoris pœnam, cum ei aliquid deberet, debitor liberatus est, si agat postea, & ex noua causa aliquid petat nihil facit, propter quod danda sit creditori, quamuis re vera & naturaliter creditor remaneat, aut exceptio, aut deductio, aut compensatio contra eum qui iure liberatus est, quamuis perinde naturalis obligatio omni casu subsistat. Illud non malè tentat Bartolus, hanc qui naturaliter obligatus manet, quamuis iure civili aut prætorio liberatus sit, teneri tamen in conscientia ut soluat. Nam cum is naturalis debeat, quem iure gentium dare oportet, cuius fidem secuti sumus *leg. cum amplius 84. §. primo de regul. iur.* fieri certè nequit, ut quod etiam iure gentium dari oportet, in foro conscientie non debeatur.

¶ Quamuis debitum sibi quis recipiat: tamen si is, qui dat, non debitum dat, repetitio competit. veluti si is, qui heredem se, vel bonorum possessorem falsò existimans, creditori hereditario soluerit: hic enim neque verus heres liberatus erit: & is, quod dedit, repetere poterit. quamuis enim debitum sibi quis recipiat: tamen is, qui dat, non debitum dat: repetitio competit.

Ad §. I. Quamuis.

RAT. DV B. Non potest fieri ut indebitum sit quod debetur creditori, quamuis ab alio, quam ab eo qui soluit. Ita enim fieret, ut quid esset idem debitum & indebitum, quod implicaret contradictionem, nec enim debet eadem res diuerso iure censerì, multo minus contradictorio *leg. eum qui ades 23. de iur. iur. indèque nimirum est quod ait lex. repetitio 44. infr. hoc titul.* et repetitionem nullam esse ab eo qui suum recepit, licet alius, quam qui soluit, debeat. Cui conuenit etiam quod scriptum est in *leg. de hereditate §. C. de petitione hered.* ubi dicitur hereditatis possessorem qui bona fide soluit creditoribus hereditariis euisa hereditate nihil ideo posse ab iis repetere cum suum receperint. Ergo verum esse non potest quod hic scribit Pomponius, si quis heredem se vel bonorum possessorem falsò existimans creditori hereditario soluerit, neque verum heredem liberari, & bonæ fidei possessorem id quod dedit posse repetere. Multòque minus quod generalius hic scribitur, quamuis debitum

sibi quis recipiat, si tamen is qui dat non debitum dat repetitionem competere. **DEC.** Multum interest an quis suo nomine soluat, quod alius debet, an alieno: Si suo nomine soluat sicut debitorem verum non liberat, ita soluti tantum indebiti habet condictionem, *leg. si quis possessor 31. in verbis illis finge enim eum dum se heredem putat, soluisse suo nomine. supr. de hered. petit. leg. cum quis 38. §. de peculio infr. de solutum leg. si de patre 5. Cod. hoc titulo.* Si autem alieno nomine, & liberat debitorem etiam inuitum nedum ignorantem *leg. soluendo 39. supr. eodem illo titulo leg. solutione 25. de solution. & sibi condictionem nullam acquirit dict. leg. repetitio, & dict. leg. de hereditate.* sed potius negotiorum gestorum contra eum quem liberauit, quamuis tum quoque cum eius liberandi animum non habuit *leg. qua vtiliter 45. §. vltim. supr. de negotior. gestorum.* Ergo si is qui heredem se vel bonorum possessorem falsò existimabat, creditori hereditario soluerit, non hereditario nomine, sed suo proprio, neque verus heres liberatus erit, & is, quod dedit repetere poterit, atque ita bene Accursius, Barto-

lus, & alij omnes locum hunc intellexerunt, qui alioquin pugnaret cum dict. leg. de hereditate & dict. leg. si quis possessor. & idem rectè Paulus in leg. in summa 65. §. vltim. infr. hoc tit. indebitum esse ait non tantum quod omnino non debetur, sed & quod alij debetur si alij soluat, aut si quod alius debebat, alius quasi ipse debeat soluat, quibus verbis quasi ipse debeat manifestè designatur ille, qui suo nomine soluit, non qui alieno, de quo etiam Africanus in dict. leg. cum quis 38. §. de peculio infr. de solut. vt intelligamus verum esse quod Bartolus ad hunc locum notat, indebitum considerari non tantum ex parte recipientis, sed etiam ex parte soluentis. Nec tamen probare possum quod addit idem Bartolus in dubio videri bonæ fidei possessorem hereditatis soluisse hereditario nomine potius quam proprio, puto enim suo potius soluisse videri leg. &

2 ¶ Si falsò existimans debere, tibi numos soluero, qui pro parte alieni, pro parte mei fuerunt: eius summæ partem dimidiam, non corporum, condicam.

Ad §. 2. Si falso.

RAT. DVV. Qui pro ea pecunia quam putat se debere, soluit nummos communes, id est partim suos, partim alienos, cum sit dominus eius partis quam in nummis illis habet, eius alienandæ ius vti que & potestatem habet l. si socius 16. supr. de reb. credit. Ergo pro ea parte nummos illos & corpora eorum singula potest condicere, non etiam dimidiam partem quantitatis, cum omnis conditio præsupponat alienationem & translationem dominij, nullius autem corporis partem alienare soluens potuerit quæ socij fuit d. l. si socius. DE C. In nummis non tam corpora ipsa quæ soluuntur, consideramus, quam ipsam quantitatem quæ ex iis efficitur l. si is cui 94. vers. sui autem communes infr. de solut. quantitas autem illa in iure consistit non in corpore, aded vt nummi ob eam causam separentur à rebus corporalibus, quasi non sint & ipsi corporales l. qui heredis 46. infr. hoc tit. Ergo qui cum se falsò debere putaret, soluit nummos communes eius summæ, potest & debet dimidiã partem condicere non singulorū corporum, etiam si singula corpora communia fuerint l. nam et si fur 13. §. vlt. supr. de reb. credit.

3 ¶ Si putem me Stichum aut Pamphilum debere, cum Stichum debeam, & Pamphilum soluam: repetam, quasi indebitum solutum. nec enim pro eo, quod debeo, videor id soluisse.

Ad §. 3. Si putem.

RAT. DVV. Etiam aliud pro alio volenti creditori solui potest, quamuis non inuito l. 2. §. 1. supr. de reb. credit. l. si non sortem 26. §. si centum infr. hoc tit. l. manifesti 17. l. si operas 10. C. de solut. Ergo si putem me Stichum aut Pamphilum debere, cum Stichum solum debeam, & Pamphilum soluam, repetere quasi indebitum non possum, DE C. Qui se putat Stichum aut Pamphilum sub disunctione, & alternatione debere, si Pamphilum soluat, non potest videri animum habere soluendi aliud pro alio, cum Pamphilum ipsum debere se arbitretur, nec igitur potest videri debitum soluisse, licet creditor eo animo acceperit quasi aliud pro alio solutum, cõcurrat enim necesse est animus & affectio soluentis cum animo & affectione recipientis l. in omnibus rebus 55. infr. de oblig. & actio. Ergo conditionem indebiti hoc ca-

magis 4. infr. de solut. leg. indebitam 7. infr. hoc tit. l. si fur 17. de in rem vers. l. Papinianus 28. mandat. cum se solum debitorem esse arbitretur: quod diuersum est in casibus quos in contrarium Bartolus post Guilielmum congerit ex l. 1. infr. de insti. act. l. cum post mortem 43. de admin. tutor. l. pro herede 20. §. 1. de acq. hered. licet enim vna tantum hæc obligatio sit eaque hereditaria, bona fides tamen possessoris facit hoc casu vt plus esse debeat in opinione quam in veritate, siue quod bona fides tantum possidentem præstare debeat quantum veritas, vbi lex impedimento non est, vt habet iuris regula l. bona fides 136. de reg. iur. siue quod is qui se heredem vel bonorum possessorem, quamuis falsò, existimat, suam obligationem ab hereditaria non distinguat: quasi hereditaria per aditionem hereditatis extincta & sola sua manente, de quo tamen vide quæ scripsi ad d. l. si quis possessor.

dimidiam partem, inquam, respectu numeri, puta quinque ex decem, non vna quinque magis quam alia vt Bartolus benè interpretatur, addens intelligendum hoc esse de conditione proprietatis & dominij non possessionis: Possessionem enim condici posse etiam alterius partis, quæ fuit aliena ex l. indebiti 15. §. sed si nummi supr. nisi secuta esset cõsumptio: quo casu totum condici posset, & quidem ratione etiam dominij, quasi conciliato indebito per cõsumptionem d. §. sed si nummi, sicut & mutuū eodem modo conciliaretur d. l. nam & si fur 13. §. vlt. vbi diximus supr. de reb. credit. nisi rursus consumens esset dominus partis, inquit Bartolus, quia tunc consumptione mutuū non conciliaretur. Quod si non sit secuta cõsumptio, fieri tamen aliquo casu potest vt totum condicendum sit, puta si nummi non ab initio fuerint communes & commixti, sed ex post facto & ex intervallo secuta cõmixtio proponatur, vt in l. si alieni 78. infr. de solut. Commixtio enim consumptioni æquiparatur quantum ad amittendum dominium quod ante immixtionem competebat d. l. si alieni l. 1. §. pratered infr. de separ. l. 3. §. vlt. & l. 5. in princip. supr. de rei vindic. leg. vsu fructuarium 62. §. si vinarium supr. de vsufr.

su competere fatendum est: planè si volens debitor volenti creditori aliud pro alio soluisse, non idem probandum esset, quia nec ex parte debitoris causa vlla esset, cur inuito creditore repetitio ei dari deberet, vt benè hic Bartolus notat, cum per eiusmodi solutionem debitor sibi liberationem quæruerit, solutio autem quæ liberationem parit, nunquam possit parere conditionem d. §. si centum l. cum is 32. §. 1. infr. hoc tit. Quid verò, si quis cum re vera Stichum aut Pamphilum deberet, & Stichum solum debere se putaret, Stichum soluerit: Nō repetet, quia debitum non indebitum soluit, tam enim verè Stichum quam Pamphilum debuit, & cum duæ res alternatiuè & diuinctim debentur, vtraque in obligatione est, quamuis ita vt alterutram duntaxat præstari necesse sit leg. si cui 18. de legat. 2. leg. Stichum aut Pamphilum 95. in princip. de solut. Et ita benè post Ioannem Accursium.

4 ¶ Si duo rei, qui decem debebant, viginti pariter soluerint: Celsus ait, singulos quina repetituros: quia cum decem deberent, viginti soluissent: & quod amplius ambo soluerint, ambo repetere possunt.

Ad §. vlt. Si duo rei.

RAT. DVV. Quod debent duo correi debendi si ab vno ex ipsis solutū sit, siue cõmuni siue etiã proprio nomine, aliū liberat, quoniã vna tantum obligatio est, que proinde vnica solutione tollitur l. 2. & 3. & pass. infr. De duob. reis Ergo fieri nō potest, vt quod posteriore loco solutū fuit, non sit indebitum, nec proinde vt conditio indebiti non cõpetat ei soli qui posterior soluit, non etiã illi qui prior, cū is verè debitum soluerit l. cum duo 25. vbi hoc ipsum disertè scriptū est infr. hoc tit. DE C. Multum refert an correi duo soluant ex ordine tēporis, id est vnus post aliū, an simul ambo & pariter, vt Vlpianus hinc loquitur, i est ita vt discerni non possit quis prior & quis posterior soluerit, quomodo Accursius benè explicat. Priore casu id obtinet quod scriptū est in d. l. cum duo.

Posteriore verò quod in hac lege, quia cum nesciri possit, quis prior soluerit, aut quis posterior, nō potest dici quis eorum debitum soluerit, & quis indebitum: & tamen constat soluta fuisse decem indebita, cum soluta fuerint viginti, nec nisi decem tantum deberentur. Ergo cum decem condici possint, dicendum est singulos qui dena soluerunt, posse quina condicere, etsi enim singuli dena debuerunt, vno tamen solente, omnium obligatio tollitur, quæ vna tantū fuit, vt diximus, vt proinde negari non possit solutū fuisse indebitū, & consequenter conditioni locū esse debere, ne alioqui ex alterutro, aut potius ex vtriusque iactura creditor locupletetur. Quod igitur amplius quam debetur ambo soluerunt, ambo repetere possunt, vt hic Vlpianus ex Celso scribit.

20. IULIANVS libro 10. Digestorum.

SI reus & fideiussor soluerint pariter: in hac causa non differunt à duobus reis promittendi. quare omnia, quæ de his dicta sunt, & ad hos transferre licebit.

Ad l. Si reus 20.

RAT. DVV. Multum distat obligatio fideiussoris ab obligatione correi debendi: quia plurium correorum debendi vna tantū obligatio est, eaque in personis singulorum æque principalis l. 2. l. 3. §. 1. De duob. reis. At rei & fideiussoris duæ obligationes sunt principalis vna, altera verò, quæ fideiussoris est, accessoria: licet vna tantum sit summa quæ ab vtroque debetur. Ergo si reus & fideiussor pariter soluerint, dicendum est, dandam esse reo conditionem non fideiussori, cū & prior solvere reus debuisset id quod ipse proprio nomine debuit, & fideiussor qui & ipse soluit, regressum aduersus eum habiturus sit siue mandati actione siue negotiorū gestorum l. ex mandato 20. §. 1. infr. mand. vt proinde duplicis solutionis incommodo futurus sit reus obnoxius, si non ei omnimodo detur conditio indebiti potius quàm fideiussori: quod in duobus correis debendi diuersum est, quorum alter si soluerit, nullum aduersus eum habere potest regressum, nisi cessa sint ei à creditore actiones l. rem hereditariam 65. infr. De cuius. l. si in rem 12. C. si cert. potat. nec proinde videtur magnū damnum passurus fideiussor, etiam si non detur ei conditio, cum à principali debitore indemnitate plenissimam sit cõsecuturus. DE C. Nemo ideo magis obligatur, quod ab eo sit repetiturus, postea quod soluerit l. nemo ided 171. De reg. iur. Proinde cum reus & fideiussor pariter soluerunt summam debi-

tam, id est ita vt nesciri possit quis eorum prior aut posterior soluerit, non eo minus videri debet fideiussor indebitum soluisse, quod à reo possit repetere. Fatendum enim est solutum fuisse indebitum tã à fideiussore quàm à reo, & consequenter vtrique conditionem parit summæ dandam esse: quomodo in duobus correis debendi diximus in lege præcedente. nam in cæteris quidem causis differt fideiussor à correo debendi, sed in hac causa vt Iulianus hinc scribit, nil differt, ne quidem iure nouo inspecto, quod Iustinianus induxit, vt reus ante fideiussorem cõueniri debeat Nouel. 4. De fideiuss. Auth. præfente C. eod. non enim prohibuit Iustinianus ne possit fideiussor prior solvere, si liberare se citius velit, sed tantum ne prior cogi & vrgeri ad solutionem possit. Itaque tamen ex ea constitutione inferre quis vellet, in dubio præsumendum esse fideiussorem posteriorem soluisse, quia reus prior solvere debuit, retenta tamen ea facti specie, quam Iulianus hinc proponit de reo & fideiussore qui pariter eodemque tempore soluerint, nullus aut dubitationi, aut præsumptioni locus relinquatur vt prior soluerit, itaque manet hæc lex incorrepta non tantum eo casu quo fideiussor beneficio Iustinianæ constitutionis renunciauerit, vt putat Bartolus, sed etiam si non renunciauerit, in eoque Accursius & Bartolus meo iudicio errauerunt. Simile aliquid est in l. sed & si quis 24. §. 1. supr. De vsufr. vbi vide quæ scripsimus.

21. PAVLVS libro 3. Quæstionum.

PLANè si duos reos non eiusdem pecuniæ, sed alterius obligationis constitueris, vt puta Stichi aut Pamphili, & pariter duos datos, aut togam vel denaria mille: non idem dici poterit in repetitione, vt partes repetant: quia nec solvere ab initio sic poterant. igitur hoc casu electio est creditoris, cui velit solvere: vt alterius repetitio impediatur.

Ad l. Plane si duos 21.

RAT. DVV. Cùm duo constituti sunt rei debendi non eiusdem pecunie vt in superioribus legibus, sed alterutrius [sic enim legendum puto, non vt vulgò alterius] obligationis, id est alternatiuæ & distinctiue, vt puta Stichus aut Pamphilus, æquè vna & eadem obligatio est singulorum corum, ac si eiusdem pecunie correi essent, nisi quod quandiu vtraque res extat, non potest alterutra peti absolute ne debitori electio auferatur l. 2. §. Scenola in fr. De eo quod cert. loc. l. plerumque 10. §. vlt. De iur. dot. l. Stichum aut Pamphilum 95. in princ. De solut. Ergo si pariter soluerint vnus Stichum, alius Pamphilum, nec sciri possit, quis prior soluerit, perinde dicendum est posse eum qui Stichum soluit repetere partem Stichi, & eum qui soluit Pamphilum repetere posse partem Pamphili, atque si dena singuli soluisent, posset eorum quisque dena repetere, nam & qui Stichum debet, parte Stichi soluta liberatur pro ea parte, & in reliquam duntaxat partem tenetur l. stipulatus sum 9. §. 1. in fr. De solut. cur non ergo partem Stichi si indebitè soluta sit, condicere poterit? DEC. Conditio indebiti soluti eodem modo danda est quo & solutio fieri potuit: quemadmodum enim non aliud per hanc conditionem repetitur, quam quod solutum fuit, ita nec alio modo, quam quo vel solutum fuit, vel saltem solui potuit, atque correi debitor Stichi vel Pamphili non potuerunt inuito creditore partem Stichi solvere, & partem Pamphili, atque ita cõsequi liberationem, quamuis si creditor partem Stichi accipere velit, sequatur liberatio d. l. 9. §. 1. l. 2. §. 1. De verb. oblig. Ergo nec Stichus partem condicere potest is qui Stichum soluit, nec Pamphilus partem is, qui Pamphilum: alioqui ille partem Stichi, hic partem Pamphili soluisse videretur: quod enim ex soluto non condicitur, solutum remanet penes creditorem, ac si nunquam solueretur. Igitur vel totus Stichus condicendus est, vel totus Pamphilus sicut ab initio vel totus Stichus, vel totus Pamphilus solui debuisset. Atqui non alius Stichum potest condicere quam qui Stichum soluit, nec alius Pamphilum,

22. POMPONIVS libro 22. ad Sabinum.

Sed & si me putem tibi aut Titio promississe: cùm aut neutrum factum sit, aut Titij persona in stipulatione comprehensa non sit, & Titio soluero: repetere à Titio potero.

Ad l. Sed & si me putem 22.

RAT. DVV. Cùm existimās me tibi aut Titio promississe solui Titio, si quidem neutrum eorum factum sit, id est si neque tibi neque Titio promiseram, non habet res dubitationem quin condicere Titio possim quod ei solui per errorem, quia omnino indebitum est, quod neque tibi neque Titio debui: sed si verum fuit, me tibi promississe, putavi autem personam Titij in stipulatione comprehensam esse, quasi adiecto eo solutionis gratia, & ei solui, quamuis verum sit personam eius in stipulatione comprehensam non esse, non tamen videtur eo magis danda mihi aduersus Titium conditio, cùm non eo minus verum sit debita esse tibi pecuniam quam quasi adiecto solui, quia etsi persona eius in stipulatione comprehensa esset, non quidem obligationis gratia quod fieri non potuit, cùm alij stipulari nemo possit, sed solutionis, perinde verum est, nihil Titio deberi, sed tibi soluti. l. eum qui 56. §. qui sibi l. Iulianus

quàm qui eum soluit. Ergo creditoris qui vtrumque accepit, sed alterutrum indebitè, electio est, vtri malit conditionem dari, nã si retinere Stichum malit, ei cõpetet repetitio qui soluit Pamphilum, si verò Pamphilum habere malit, conditionem Stichi habebit is, qui Stichum soluit: nec enim expectandum est, vt qui soluerunt consentiant, cū proculdubio electurus sit quilibet conditionem eius hominis quem soluerit, ille Stichus hic Pamphilus, præterquam quod ex iuris regula in alternatiuis electio est debitoris d. l. plerumque 10. in fr. De iur. dot. d. l. 2. §. Scenola De eo quod cert. loc. is autem qui & Stichum & Pamphilum accepit, cùm ei alteruter duntaxat deberetur, factus est ex creditore debitor ex causa conditionis & quidè alternatiuis, cùm incipiat debere aut Stichum, aut Pamphilum. Quæ ratio mouisse olim Vlpianum & Celsum videtur, vt in huiusmodi quæstione darent electioem creditori, qui solutionem accepisset, non debitori qui soluitur, contra quos tamen Iulianus & Papinianus putarunt, imò verò dandam esse electionem creditori qui ab initio etiam dandi habuisset. Quam sententiam Iustinianus noster tanquam veriorè præualere voluit in l. pen. C. hoc tit. Vlpiani tamen & Celsi sententia extat adhuc in l. si non fortem 26. §. pen. in fr. in fr. Sicut & sententiæ Iuliani vestigiū quoddam extat in l. cum is 31. in princ. in fr. Videtur autem Paulus in hac lege Papiniani & Iuliani sententiam magis probare, cū ait in hoc casu electionem esse creditoris, cui velit soluere id est indebitum reddere, vt alterius repetitio impediatur, sic innuens, non ergo in alio casu idem esse, fed debitoris potius electionem dari oportere, cur verò potius in hoc casu? Nempe quia plures soluerant, & tamè alteruter solus indebitum, sed ita vt nesciti posset vter ille esset, nec proinde vtri electio dari deberet, an ei qui Stichum soluisset, an ei qui Pamphilum: necessario igitur danda est creditori cui malit reddere. Consequenter dicendum est manere hanc legem etiam hodie incorrectam, nec ad eam speciem quam hic tractatur, Iustiniani constitutionem illam pertinere, quod & Cuiacius sentit lib. 8. obseruat. cap. 35.

131. §. 1. in fr. De verb. oblig. quod ergo Titij persona in stipulatione comprehensa non est, facere nõ debet, vt mihi facilius indebiti conditio dari debeat, qui nihil Titio deberem etiam si personam eius in stipulatione comprehensissem, quo tamen casu nemo diceret dandam esse mihi aduersus eum conditionem, quia quod sibi à me debitum esset, rectè Titio solutum fuisset perinde ac si Titio debuissem non tibi, aut ac si duo credendi correi fuissetis §. si quis alij in fr. De inutil. stipulat. DEC. Multum refert an persona Titij in stipulatione, per quam tibi promissi, comprehensa sit, quamuis solutionis tantum causa, non obligationis, an non: etsi enim vtroque verum est nihil Titio deberi, priore tamen verum est Titio rectè solui, tanquam adiecto, & ex ea solutione liberationem mihi perinde cõtingere contra te atque si tibi soluissem, quia solutio in extraneam quoque personam conferri iure potest d. §. si quis alij l. vero procuratori 12. §. penult. l. aliud est 106. De solut. Post-

Posteriore verò casu non potest solui Titio, vt ex ea solutione liberatio contingat, cùm Titij persona nullomodo in stipulatione comprehensa sit. Ergo priore casu solutio cùm pariat liberationem, non potest parere conditionem, posteriore autem solutio parit conditionem, quia non potest parere liberationem l. si non fortem 26. §. si centum & §. si decem in fr. hoc tit. condicam autem non tibi, licet me tibi debere putauerim, & Titij tuæ obligationi adiectum fuisset, sed Titio, quia nõ tibi, sed Titio solui l. his solis 49. in fr. Atque hæc vera & germana huius loci sententia & ratio est, non quam Accursius & Bartolus cõmi-

¶ Cùm iter excipere deberem, fundum liberum per errorem tradidi. incerti condicam, vt iter mihi concedatur.

Ad §. 1. Cum iter.

RAT. DVV. Si cùm in tradidit onefundi quem tibi retenta itineris seruitute vendidi, debere iter excipere, fundum liberum & nullo excepto itinere per errorem tibi tradiderim, nihil est quod indebitum videat tradidisse. Fundum enim tradidi quem ex contractu venditionis tradere debui, iter verò non tradidi, quia neque potui habere seruitutem itineris in re mea, antequam traderem, neque tu iter illud habere post factam tibi traditionem, cùm nemini res sua seruiat in re communi 26. vrb. an. præd. sup. l. vifruui 5. §. vifruui. petet. Ergo non possum iter condicere conditione indebiti, multo minus incerti vt iter mihi restituar, quomodo Pomponius hic loquitur, cū iter nunquam habuerim & indebiti conditio incerti nulla sit, si Accursio & Bartolo credimus, quorum ille post Ioannem locū hunc interpretatur de conditione sine causa ex l. 3. in fr. tit. prox. hic verò de conditione incerti, quæ proprium ius & nomē habeat, ita vt cum nulla alia possit concurrere. DEC. Cùm ego tibi fundum liberum tradidi, quem retenta seruitute itineris tradere debueram, verum est me tibi & debitum & indebitum aliquid tradidisse. Debitum quatenus fundum tibi tradidi, quem ex causa venditionis tradere debui, indebitum verò quia tradidi fundum liberum quem itineris seruitute affectum tradere debueram: itaque fundum conditione indebiti condicere non possum, quia sic fieret vt condicerem debitum, at neque rursus iter quod ego neque tradidi, quia nunquam penes me fuit, nec à te possum repetere qui nullum habes. Superest igitur, vt agere debeam contra te ad hoc, vt iter mihi restituar, id est vt seruitus itineris mihi constituar, quam haberem si retenta ea fundum tibi tradidisset. Potest enim seruitus constitui per retentionem & exceptionem, quæ fiat in ipsa rei propriæ traditione l. in tradendis 7. in fr. l. seq. sup. commun. præd. l. in traditionibus 48. sup. De pact. l. vlt. C. de pact. int. empt. & vendit. etiam quæ inutilis futura sit constituenti l. ei fundo 19. De seruit. l. venditor 13. commun. præd. quamuis alioquin inutiles sint seruitutes, quæ nec personæ vitales esse possunt nec prædiorum nihil aliud sint, quam ipsa prædia qualiter se habentia l. quid aliud 86. De verb. signif. consequens omnino est, vt qui fundum liberum tradidit quæ seruum tradere potuit, aliquid certè plus debito soluerit, vt & in l. qui exceptionem 40. §. si pars in fr. hoc tit. Plus enim longè est fundum liberum habere quàm seruum, ideòque dicuntur seruitutes prædiorum augere ius fundi dominantis, minuere autè ius fundi seruentis l. de puillo 5. & bellè Sextus Pedius in fr. De oper. noni. micit. At-

Tom. III.

niscuntur, quasi proprii facti ignorantiam prætere dere liceat, cùm agitur de damno vitando, vt hic & in l. vlt. §. licentia C. de iur. delib. non etiam cùm de lucro captando vt in l. quamquam 7. in fr. ad SC. Velleian. De quo ne quidem per somnium Pomponius cogitauit. Quoties enim de conditione indebiti tractamus, errorem facti aliquem interuenisse supponimus, & quidem ex probabili aliqua causa, qualiscunque & vndeconque illa sit, quæ ex facti circumstantiis pendeat, aut etiam ex imprudentia. Vt & in l. prox. in princ. l. cum is 31. in princ. & §. 7. in fr. l. creditor. §. vlt. in fr. De solut.

qui quod plus debito dedit, quamuis certè indebitum sit, incertum tamen est, non solum quod iura omnia etiam rei certæ incerta esse intelligantur, ne usufructu quidè excepto l. si fundi 12. sup. hoc tit. iunc. l. vbi autem 75. §. fundi certi in fr. De verb. oblig. Sed etiã, quia quicquid in faciendo, aut non faciendo consistit, incertum esse intelligitur §. qui id quod ead. leg. ergo conditionem hanc & indebiti esse necesse est, quia plus debito solutum fuit, & incerti, quia quod plus debito solutum est, incertum est, siue quod in factu consistat, siue quod omnes huiusmodi actiones quæ dantur ad factum, non aliud persequantur, quàm id quod interest l. quoties quis alium 81. eod. tit. l. si quis ab alio 13. in fr. De re iud. quod semper incertam quantitatem continet l. si cõmissa 13. in fr. Rat. rem haber. l. vlt. De prætor. stipul. l. vlt. sup. si quis in ius vocat. non ier. l. liber homo 118. §. vlt. De verb. oblig. quamuis etiã per aliam actionem quæ incerti possit peti restitutio seruitutis puta per actionem ex vendito vt in l. si ei 10. sup. commun. præd. l. 2. C. de pact. int. empt. & vend. Proinde falsum est quod vulgo putant conditionem indebiti semper esse certam, nunquam incerti. nam imò verò incerti est, quoties id quod indebitè solutum fuit, incertum est vt in hoc §. & d. l. qui exceptionem §. si pars in fr. l. si heres 5. in fr. & in l. si tibi liberum 8. vbi eadem species proponitur in fr. De act. empt. l. quod si nulla 60. De leg. 1. l. trib. 8. iunct. l. 4. §. 1. sup. De usufr. ear. rer. qua usu consum. Certi autè quoties certum petitur, licet ex incerto contractu l. certi cond. 9. vbi latius scripsi sup. De reb. cred. Longèque alia actio est quæ ciuili incerti aut in factu appellatur, de qua in l. si dominus 8. & seq. l. permixti 16. & pass. De præscr. verb. aut cõditio futiua incerti de qua in l. & ideo 12. §. vlt. in fr. De cond. furt. aut actio non ex stipulatione ad rem incertam, vt malè interdū loquitur Bartolus, sed ex stipulatu quæ alia actio est l. si quis certum 24. sup. De reb. cred. & Instit. De verb. oblig. in princ. quas cū indebiti incerti conditione malè cõfundit hic Bartolus, vt conditionem incerti nouam constituat, à conditione indebiti prorsus differetem, & cõmentitiæ suæ distinctionis, quam hic tam multis ex partibus cõponit, prætextu alique querat, quasi verò non aliter possint conciliari leges quas congerit, quàm si conditio indebiti incerti de libris nostris deleatur, cū tamè nulla sit, quæ neget incerti conditionem & indebiti dandam esse, si quod indebitè solutum est incertum fuerit. denique non omnis cõditio indebiti incerti est, neque rursus omnis cõditio incerti est etiã indebiti, sed si uti conditio incerti est, quoties incertum cõditur, & conditio indebiti quoties indebitum, ita & conditio incerti indebiti quæ ex vtraque constituitur, quoties vtrumque concurrat, vt quod solutum est, & indebitum sit & incertum, cætera dixi ad d. l. certi cond. 9. sup. De reb. cred.

HH 2

Elegantè Pomponius quærit: si quis suspicetur transactionem factam vel ab eo, cui heres est, vel ab eo, cuius procurator est: & quasi ex transactione dederit, quæ facta non est: an locus sit repetitioni, & ait, repeti posse, ex falsa enim causa datum esse. Idem puto dicendum, & si transactio secuta non fuerit^a propter quam datum est. Sed & si resoluta sit transactio^b idem erit dicendum.

Ad l. Eleganter 23.

RAT. DVB. Aliud est dari quid ob transactionem, aliud verò dari ob causam *l. in summa 65. infr. hoc tit.* ubi hæc quasi diuersa separantur. Ergo si quis suspicatus transactionem factam, vel ab eo cuius heres est, vel ab eo cuius procuratorem se sciat, vel denique si voles etiam à seipso, vt in principio legis præced. & quasi ex transactione dederit, quæ tamen nulla sit, quamuis falsa, vel nulla dandi causa fuerit, dicendum est cessare conditionem indebiti, quandoquidem non eo minus verum est, datum esse ob transactionem: quæ ad eò fauorabilis est, vt etiam si lis nulla subsit, sed tantum metus litis: dum ne quid per calumniam factum sit, inhibeatur repetitio *dict. l. in summa 1. 2. Cod. de transact.* Proinde dicendum videtur in hac quoque specie non debere locum esse repetitioni. Nam etsi existimans meti debere tradam cum nihil deberem, placet vsucapionem sequi posse, dummodo & tu putes debitum esse *l. si existimans 48. de vsucap. aliis l. penult. Pro solut. quasi sufficiente sola opinione tituli, quod & in aliis omnibus vsucapiendi causis plerique veteres crediderunt, quos etsi Ulpianus post Celsum refellit in l. Celsus 27. eod. in. de vsucap. fatendum tamen est in aliis plerisque iuris partibus magis inspiciendum esse, quod in opinione est, quam quod in veritate, vt in *l. si qui putat 15. & seqq. l. in repudianda 23. l. cum falsum 46. de acquir. vel amitt. hered.* **DEC.** Quod ex falsa causa solutum est, repeti quandoquidem potest, tanquam indebitum & conditione indebiti: falsa enim causa nulla est, in quo differt à turpi vel iniusta causa, de qua in *Tit. præcedente*, nec tamen parit conditionem sine causa, quia causæ prætextum aliquem, & nomen habet. Ideo que habet illa conditio sine causa proprium titulum, qui hunc sequitur, at de conditione ob falsam causam titulus alius nullus est, quam hic de conditione indebiti: quin id quod quasi ex causa transactionis debitum solutum est, cum transactio nulla præcessit, ex falsa causa proculdubio solutum est, vt Ulpianus ex Pomponio hinc scribit: ergo repeti per indebiti conditionem potest, tanquam solutum ab eo qui se putabat ex ea causa debere. Hoc enim necessario addendum est, quia si causa falsa ex qua solutum est talis sit, quæ mouere non potuerit solventem, vt se aliquid debere putaret, non ideo locus est repetitioni, quamuis causa falsa sit, *l. damus 52. infr. hoc tit.* Idem igitur est, si quis quasi ex compromisso condemnatus falso, ac per errorem soluerit, nam & is repetere potest *l. si non sortem 26. §. si quis quasi infra* quia & compromissum transactionis species quædam, aut saltem initium quoddam est.*

^a Idem puto dicendum, etsi transactio secuta non fuerit. **RAT. DVB.** Cum aliquid datum est ob causam

quæ secuta non est, locus sit conditioni ob causam dari causa non secuta, de qua diximus *Tit. 4. supr.* Non ergo conditioni indebiti, de qua dictum est in specie præcedente. **DEC.** Quod datur spe futuræ transactionis non tam ob causam dari intelligitur, quam ob rem aliquam: causa enim conferitur in tempus præteritum, res autem in futurum *d. l. damus infr. l. si ita legatum 12. infr. de condit. & demonstr.* ubi non ab similibus inter causam & pœnam differentia constituitur, re autem non secuta, ob quam aliquid datum est, competit specialior illa conditio, de qua *d. Tit. 4. supr. d. l. in summa 65. infr. hoc tit.* In eoque differt hic casus à superiore, in quo proponitur datum quasi ex causa transactionis iam factæ, quæ tamen nulla erat, conuenit autem in eo, quod utroque casu locus est repetitioni, licet alia & alia ratione, vt notat Accursius, itémque alia atque alia specie conditionis: non enim de sola conditione indebiti agitur in hoc *Tit.* sed de qualibet repetitione, vt constat ex *dict. l. damus, & dict. l. in summa*, & aliis quam plurimis. Conditionis nomen latius est quam repetitionis, cum eo nomine significantur actiones personales omnes, quibus intendimus dari quid nobis oportere *§. appellamus Instit. de action.* Sed repetitionis nomen, quo hinc Ulpianus utitur, vicissim latius est quam conditionis indebiti. Conditiones enim omnes de quibus in duobus titulis superioribus actum est, & agitur *in seq.* repetitiones sunt, sed conditiones indebiti non sunt.

^b Sed etsi resoluta sit transactio. **RAT. DVB.** Etiam si resoluta sit transactio, non eo minus tamen verum est, factam eam fuisse: quod enim factum est pro infecto haberi non potest *l. in bello 12. §. facta autem res infra de captiu. & postlim. l. denique 19. supr. ex quibus caus. maior.* Ergo si quid ex eiusmodi transactione resoluta solutum sit, non potest videri solutum ex causa, vel nulla, vel falsa, vel quæ non sit secuta, vt in duobus casibus proximè præcedentibus. **DEC.** Resoluta transactio, siue vi & potestate conuentionis alicuius in transactione ipsa appositæ siue ex noua & posteriore partium conuentione, vt in *l. si diuersa 14. Cod. de transact.* perinde habetur ac si facta nunquam fuisset. Quod & in contrariis aliis omnibus euenit, qui ipso iure resoluti sunt, & legitime, id est, iis ipsis modis quibus celebrati fuerant *l. ab emptione 38. supra de pact. l. 1. & 2. Cod. quand. lic. ab empt. disced. l. voluntate 10. in princip. & §. 1. infr. Quib. mod. pign. vel hypoth. soluit. l. 2. l. 4. §. sed & Marcellus infr. de in diem addit. l. 1. 2. & pass. de leg. commiss. Perinde igitur repeti potest, quod ex resoluta venditione solutum fuit, atque si vel nulla transactio præcessisset, vel nulla subsecuta esset, nisi quod hoc casu locus est conditioni indebiti. Sic & in conditione sine causa dicimus, siue ab initio sine causa promissum est, siue causa promittendi fuit, quæ tamen vel finita fuerit, vel secuta*

non sit locum esse conditioni sine causa *l. 1. §. siue ab initio & l. nihil refert 4. infr. tit. proxim.* Aliud tamen est finitam esse causam, aliud verò resolutam esse transactionem, non enim finitur causa cum contractus resoluatur, sed redit ad non causam: itaque non conditioni sine causa locus esse hoc casu potest, sed conditioni indebiti, quamquam si quis vellet; et-

iam conditionem sine causa hoc casu dare, nõ valde repugnarem *d. l. 1. §. vlt. De cond. sine caus.* Est enim generalis conditio sine causa, quæ proinde nõ minus quam conditio certi cum conditione indebiti potest concurrere. quod enim sine causa solutum est, non potest non esse indebitum, vt dicemus ad *d. l. 1. infr. tit. prox.*

¶ Si post rem iudicatam quis transegerit, & soluerit: repetere poterit idcirco, quia placuit, transactionem nullius esse momenti. hoc enim Imperator Antoninus cum Diuo patre suo rescripsit. retineri tamen, atque compensari^a in causam iudicati, quod ob talem transactionem solutum est, potest. quid ergo, si appellatum sit: vel hoc ipsum incertum sit, an iudicatum sit, vel an sententia valeat: magis est, vt transactio vires habeat. tunc enim rescriptis locum esse credendum est, cum de sententia indubitata, quæ nullo remedio attentari potest, transigitur.

Ad §. 1. Si post rem.

RAT. DVB. Patum est rem esse iudicatam quoniamque mandata sit executione sententia, vigor enim sententia totus in executione consistit *l. si longis 7. C. de execut. rei iudic. l. à Diuo Pio 15. in princ. infr. De re iudic.* Executionis autem euentus dubius esse potest, & plerunque est *l. quod debetur 51. infr. De pecul. quod sufficit vt transactio fieri rectè possit, cum & solus metus litis sufficiat l. 2. C. de transact.* Est enim semper satis iusta causa transactionis, quoties aut à lite aut à metu litis discedit *l. in summa 65. infr. hoc tit.* **DEC.** Transactio non potest fieri nisi de re dubia, alioqui nulla est *l. 1. supr. De transact.* atqui post rem iudicatam nihil dubij superest, quia res iudicata finè liti & controuersie imponit *l. 1. infr. De re iudic. l. singulis 6. infr. De except. rei iudic.* Cum res iudicata pro veritate habeatur *l. ingenium 25. supr. De stat. homin. l. res iudicata 206. De reg. iur.* Ergo post rem iudicatam facta transactio nullius est momenti, & ita bene Imperatoribus placuit: sed hoc intellige de re iudicata quæ certa sit, & indubitata, & quæ nullo remedio attentari possit, vt sequitur in fine huius §. Nã si incertum sit, an iudicatum sit, quia fortè negetur [sola enim negatio facit rem dubiam *l. vlt. C. quib. ad libert. proclam. non licet*] aut an sententia valeat, licet nondum appellatum sit, nec appellari adhuc possit [non enim appellari iure potest antequam constet & iudicatum esse & sententiam tenere] magis est, vt transactio vires habere debeat, multo magis si vel appellatio intercesserit, vel appellari adhuc possit *l. & post rem 7. supr. De transact.* quia nimirum his omnibus casibus lis adhuc subesse potest, inquit Ulpianus in *l. post rem iudicatam 11. eod. tit.* quãtis res iudicata dicatur etiam à qua appellatum est, aut appellari potest, vt bene hinc post Azonè disputat Accursius, probatq; ex hoc loco & ex eo quod appellatio dicitur extinguere iudicatum *l. furti 6. §. 1. supr. De his qui notat. infam. l. 1. §. vlt. infr. ad SC. Turpil. proinde non aliud erit, tamen à supremo Senatu iudicatum sit, quamuis ab eo appellari non possit, nõ magis quam olim à Præfæctis prætorio *l. vnic. supr. De offic. præf. prætor. nam & senatusconsultorum autoritas si non per appellationem, aliis tamen remediis attentari potest, vt puta per ciuilem supplicationem, &**

Tom. III.

erroris in facto propositionem quam Reuisionem vocant *Auth. qua supplicatio C. de præcib. Imp. offer. extra* hos casus neque post senatusconsultum, neque post rem à quolibet inferiore iudice iudicatam, facta transactio valere potest. Planè si dubius sit euentus executionis, ita vt in executione iudicati lis aliqua subsit, vel subesse adhuc possit, dubitari non oportet quin etiam super executione possit transigi, & consequenter post rem quoque iudicatam, non enim de sententiæ executione tractari potest nisi post latam sententiam *d. l. si longis d. l. à Diuo Pio in princ. & tot. tit. De execut. rei iudic.* Quid verò si res iudicata nouata sit per stipulationem Aquilianam, & in eam transfusa: nec enim dubitatur quin Aquiliana stipulatio nouet obligationes & actiones omnes *l. cum Aquiliana 5. & præced. supr. De transact. l. & vno 13. §. 1. infr. De acceptil. §. præced. Instit. quib. mod. toll. oblig.* Et certi iuris est interposita post iudicatum Aquiliana stipulatio, posse transigi, at non de re iudicata, quæ iam nulla est tanquam per nouationem perempta, sed de stipulatione aut potius de lite, quæ ex stipulatione nasci potest. Stipulatio enim initium est litis, cuius res iudicata finis est *l. minor 40. §. 1. supr. De minor. sed hoc intellige cum Bartolo, si modò Aquiliana illa stipulatio interposita sit verè non fictè l. 4. §. si ex conuentione infr. De re iudic. & ita bene illi intelligunt quod scriptum est in *l. si causa 22. Cod. de transact.* non quomodo nonnulli putant, quos refert & refellit Accursius, quæ de re iudicata transigi possit per Aquilianam stipulationem, quod certè falsum est. Adde, esse hoc ita quoque intelligendū, si non per calumniam super stipulatione certa & indubitata transigatur *l. in summa 65. infr. hoc tit.**

^a Retineri tamen atque compensari. **RAT. DVB.** Actus non possunt nec debent operari ultra intentionem agentium *vulg. l. non omnis 19. iunct. l. præced. supr. De reb. cred.* atqui pecunia quæ tanquam ex causa transactionis data est, non ideo data fuit vt in causam iudicati conuerteretur, sed vt obligatio, quam ex transactione post rem iudicatam interposita nata putabat is qui soluit, dissolueretur. Non ergo in causam iudicati retineri aut compensari potest. **DEC.** Res iudicata cum pariat actionem siue in factum siue iudicati eam velis dicere *l. actori 8. Cod. de reb. cred. ita & multo magis parit retentorem ex reg. l. 1. infr. De pignor. l. 1. §. si autem infr. De superfi. quãuis*

HH 3

obligationem naturalem non magis possit ind-
cere quam tollere, sed civilem tantum l. *Iulianus verū
debitorem* 64. *infr. hoc tit.* Multo magis etiam compen-
satione quantitatis scilicet indebiti solute ex causa
transactionis cum ea quæ ex iudicato debetur, sicut
enim compensatio fieri potest etiam contra iudi-

catum l. *cum militi* 16. §. 1. *infr. De compensat.* sicut & ex
alia causa qualibet l. *vt. C. eod. tit.* & pro iudicato cu-
ius causa omnium ferè favorabilissima est, propter
eà quod res iudicata, vt diximus pro veritate habe-
tur d. *res iudicata* 206. *De reg. iur. d. l. & post rem* 7. §. 1.
D. de transact.

2 ¶ Item si ob transactionem alimentorum testamento relictorum datum
sit: apparet posse repeti, quod datum est: quia transactio Senatusconsulto infir-
matur.

Ad §. 2. Item si ob transactionem.

RAT. DVB. De quacunque causa litigari potest,
etiam transigi posse dicendum est: ne alioqui nulla
superfuit ratio discedendi à lite quod iniquum esset,
cum & iusta causa sit transigendi si à lite discedatur
l. *in summa* 65. *infr.* & verecunda cogitatio sit eius
qui lites exercatur l. 4. §. 1. *supr. De alien. iud. mut. caus.*
fact. Atqui de alimentis etiam futuris litigari potest,
perinde ac de præteritis, nec minus si ex testamen-
to, quam si ex contractu debeantur. Quid enim est
tam certum & apertum, de quo litigari non possit?
Quidni ergo transigi etiam poterit? Quod si transi-
gi potest, ergo etiam quod ex ea transactionis cau-
sam solutum erit, non repetetur, ne permittatur re-
petere volenti factum proprium impugnare contra
l. *post mortem* 25. *supr. De adopt. D. c. Oratio* Diui Mar-
ci, de qua in l. *cum hi* 8. *supr. De trans. & Senatusconsulto*
ad eam factum [vt solebant fieri Senatuscon-
sulta ad orationes Imperatorum in Senatu recita-
tas l. 1. *infr. De reb. eor. qui sub tutel. in §. prox. proced.*

3 ¶ Si quis post transactionem nihilominus condemnatus fuerit: dolo qui-
dem id fit, sed tamen sententia valet: potuit autem is (si quidem ante litem
contestatam transegerit^a) volenti litem contestari opponere doli exceptionem. sed
et si post litem contestatam transactum est^b, nihilominus poterit exceptione do-
li uti post secuti. dolo enim facit, qui contra transactionem expertus, amplius pe-
tit. & ideo condemnatus, repetere potest^c, quod ex causa transactionis dedit. fa-
nè quid si ob causam dedit: neque repeti solet, quod ob causam datum est, cau-
sa secuta. sed hic non videtur causa secuta, cum transactioni non stetur. Cum igi-
tur repetitio eius oritur, transactionis exceptio locum non habet. neque enim
vtrumque debet locum habere, & repetitio, & exceptio.

Ad §. 3. si quis post transactionem.

RAT. DVB. Non potest ferri sententia & sequi
condemnatio, nisi aliqua lis subsit, cum sententia &
res iudicata finem liti imponat, per absolutionem
aut condemnationem l. 1. *infr. De re iudic.* atqui per
transactionem à lite disceditur l. *in summa* 65. *infr.* id-
eòque transactionis exceptio dicitur etiam liti si-
nicæ l. 2. *supr. De iure iur. l. fratru sui* 10. *C. de trans.* Vnde
est, quod opponi potest & debet ab initio litis, ad
impediendum litis initium & progressum, vt in hoc
ipso §. scriptum est. Ergo post transactionem inter-
positam non potest sequi condemnatio. D. c. *Trans-*
actio si non ficta sit interposita stipulatione aliqua,
non tollit actionem ipso iure, sed tantum per excep-
tionem, sicut & aliud pactum quodlibet: transac-
tio enim nihil nisi pactum est, si stipulatio non in-
terueniat l. *cum proponas* 17. l. *sub prætextu instrumento-*
rum 19. l. *siue apud acta* 28. *C. de transact.* cum ergo

super sit actio, ex qua proinde agi potest, [cum sine
actione agere nemo possit l. *si pupilli* 6. §. *ult. supr. De*
neg. gest.] consentaneum est, vt non impediat trans-
actio, quominus super ea actione iudicari possit, &
is qui pecuniam ex causa transactionis aliquid de-
dit condemnari, & consequenter sententia valeat
ipso iure, quamuis non careat dolo, is, qui post trans-
actionem per quam à lite discessit, nihilominus li-
tem persequitur, contra proprii facti conscientiam,
& ita extorquet condemnationem. Nemo enim ob
id solum condemnatur, aut summouetur quod sit
in dolo, sed quod opposita ei sit exceptio vel repli-
catio doli. Sic fit vt in executione iudicati possit is
qui transigit, obicere doli exceptionem contra vi-
ctorem, ne ex dolo suo lucrum actor sentiat. si ma-
lit condemnatus effugere iudicati executionem, quæ
repetere quod ex causa transactionis dedit, cum etiã
rei iudicatæ doli exceptio possit obicere l. 4. §. *Labeo ait*
infr. de

infr. de except. rei iudic. Planè non eo minus tenet sen-
tentia, quod dolo malo actoris aliquid factum sit,
cum et si per sordes aut per errores, aliterve peti-
tur iudicis lata esset sententia, nihilominus va-
leret, adeòque executioni mandanda eo casu esset,
propter rerum iudicatorum auctoritatem l. *seruo* 65.
§. *cum prætor infr. ad §. C. Trebell.* Miror verò Accursium
hic notare, iniquitatem tolerari aliquando: quasi
verò hic toleretur, vt & in l. *relegatorum* 7. §. *ad tempus*
infr. de interdict. & releg. l. nam posse equam 9. §. *si damnetur*
supr. de iure iur. l. 1. Cod. de plur. petir. ex eo scilicet quod
Vlpianus ait dolo quidem fieri, si post transactio-
nem quis condemnatus sit, sed tamen sententiam
valere: non enim toleratur iniquitas, quæ per doli
exceptionem corrigitur, data etiam repetitione
condemnato si soluerit ex causa transactionis ante
condemnationem, vt subiicitur in hoc §. Ita enim
fit, vt actor qui contra transactionem expertus ob-
tinet, alterutro lucro priuetur necessario, aut trans-
actionis, aut rei iudicatæ.

a Potuit autem is (si quidem ante litem contestatam
transegerit.) RAT. DVB. Non alius potest repelli ex-
ceptione doli quam qui in dolo est, in dolo autem
non est, qui iure suo utitur l. *si duorum* 52. *infr. de action.*
empt. Atqui iure suo utitur is qui agit, etiam post
transactionem, cum actio subsistat nec per transac-
tionem perempta sit ipso iure, vt supra diximus.
Ergo non potest doli exceptio locum habere con-
tra actorem, qui litem contestari vult etiam si transi-
egerit. D. c. *Doli exceptio* tunc locum habet, cum
quis per occasionem iuris ciuilibus contra naturalem
æquitatem lucrum captat ex damno alieno l. *infr.*
de doli mali except. Atqui in proposita specie, is qui
prætextu actionis sibi competentis ipso iure vult
litem contestari cum eo cum quo transigit, captat
lucrum ex damno aduersarij per occasionem iuris
ciuilibus, & quidem contra naturalem æquitatem,
cum veniat aduersus factum proprium, suamque
conventionem quod nemini facere licet l. *post mor-*
tem 25. *supr. de adopt.* Ergo doli exceptione repellen-
dus est, ex quo nostri vulgò post Accursium & Bar-
rolum inferunt, exceptionem transactionis impe-
dire litis ingressum & processum, non minus quam
exceptionem rei iudicatæ & iurifurandi quod in a-
liis exceptionibus peremptoriis secus est, ex *cap. ex-*
ceptionis extr. de liti contest. Quod et si verum est, quo-
ties contra pacti formam agitur, pura si ad sit pa-
ctum expressum de non petendo, aut de non am-
plius agendo [exceptio si quidem transactionis ni-
hil nisi exceptio pacti est, vt supra diximus] non ta-
men bene ex hoc §. probatur, in quo non de transac-
tionis, sed de doli exceptione loquitur Vlpianus,
quæ doli exceptio multum distat ab exceptione pa-
cti, eique subsidiaria est l. *& heredi* 21. §. 1. vbi dixi-
mus, *supr. de pact.* nec proinde locum habet, nisi cum
pacti & transactionis exceptio locum habere non
potest, puta si simpliciter transactum sit de negotio,
non subiecto aliquo pacto de non petendo, aut de
non amplius agendo. Illud planè verum est, ex
transactione nasci exceptionem doli.

b Sed si post litem contestatam transactum sit. RAT.
DVB. Per litem contestationem quasi contrahitur l. 3.
§. *idem scribit infr. de pecul. l. delegare* 11. l. *aliam* 29. *de no-*
nat. Vnde est quod in omnibus ferè iuris partibus
inspicitur tempus litis contestatæ l. *vinum* 22. vbi di-
ximus, *supr. de reb. credit. l. 2. infr. de vsur.* Ergo non de-
bet, nec potest transactio facta post litem contesta-
tam nocere, & exceptionem doli parere. Illud enim

maximè inspiciendum est, an dolo adfuerit tem-
pore litis contestatæ l. 2. §. *circa infr. de doli mali ex-*
cept. D. c. *Qui post litem contestatam transigit,* li-
cèt nihil ab initio fecerit ex eo tempore quo litem
contestabatur, nunc tamen dolo facit qui contra
transactionem expertus amplius petit, nec eo minus
danda est doli exceptio, post litem contestatam
cum dolo post contestationem inducitur, nec eni-
m potest doli exceptio esse ante dolum, & iudici
pedaneo qui à prætore post litem contestatam da-
tus est, omnium rerum officium incumbit, quæ in
iudicio versantur, ac proinde quæ pendente iudi-
cio contingunt l. *Aediles* 25. §. *item sciendum est infr. de*
adilit. edict. Nihil igitur refert vtrum antè an post li-
tem contestatam fiat transactio, quam equidem
constat etiam post litem contestatam, ac pendente
iudicio fieri posse. l. *si contra* 8. *C. de appellat. l. 1. §. quò*
autem sup. de calumniat.

c Et ideo condemnatus repetere potest. RAT. DVB. Sta-
tim ponitur in textu iis verbis sanè quidem ob causam
dedit. Nam vt sequitur apud Vlpianum quod ob
causam datum est, non solet repeti causa secuta.
Sed in proposito quod ex causa transactionis da-
tum est, negare non possumus quin ob causam da-
tum sit, nec rursus quin secuta sit causa, cum trans-
actio sufficiens sit ad producendam exceptionem
doli, vt modò diximus, ergo quod ex huiusmodi
transactionis causa solutum est, repeti non potest.
D. c. *Non videtur causa secuta* quoties transactio-
ni non statur. Atqui cum is qui transigit, nihilomi-
nus pergit litem persequi, perinde ac si non transi-
gisset, adeòque extorquet condemnationem appa-
ret nolle illum stare transactioni. Ergo quasi causa
non secuta, dicendum est repeti posse, quod ex cau-
sa transactionis solutum fuit, nempe si is qui transi-
git malit patri condemnationem, vt condicatur quod
dedit, quam obicere doli exceptionem ad euitan-
dam condemnationem, nec enim nisi valde iniuste
ac per iniuriam iudicis condemnari possit, opposi-
ta siue antè siue post litem contestatam doli excep-
tione, vt in l. *exceptione* 67. *infr. de fideiuss.* Porro nul-
la condemnatione secuta repetitioni locus esse non
potest, cum transactione vires suas exerente per
oppositam doli exceptionem, non possit videri non
secuta causa transactionis ob quam datum fuit.
Proinde is qui transigit siue ante siue post litem
contestatam, & ex causa transactionis aliquid de-
dit, eligere debet ante sententiam, an condemnari
malit, & repetere quod dedit, an verò malit vt ex-
ceptione & stare transactioni, vt effugiat condem-
nationem. Non enim debet vtrumque habere &
repetitionem & exceptionem, vt hinc Vlpianus sub-
iicit. Sicuti ex eodem actu solutionis non possunt
condictio & liberatio contingere l. *si non sortum* 26.
§. *si decem infr. hoc tit.* Quid verò si neque ante neque
post litem contestatam is qui ex causa transactionis
soluit, doli exceptionem opposuerit, atque ita se
condemnari passus sit: an in executione quoque iu-
dicati saluam habeat electionem, vel opponendæ
exceptionis doli, vel condicendæ solutionis? Vide-
tur enim posse illi imputari, cur non citius eam ex-
ceptionem opposuerit, suamque videtur ei consul-
tum, quod pecuniæ quam ex causa transactionis
dedit, habeat repetitionem. Sed tamen cum in iu-
dicati quoque executione doli exceptio locum ha-
bere possit, vt initio huius §. diximus ex l. 4. §. *La-*
beo ait infr. de except. rei iudic. magis est, vt adhuc ei sal-
ua sit electio. Licet enim sententia teneat, non ta-

men purgare: ceptionem doli. Et generaliter ad impedendam executionem iudicati admittuntur exceptiones omnes, quæ non impugnant iudicatum. *Et tamen si non 11. vbi dicimus infr. ad SC. Maced. l. Nennius 41. §. vlt. infr. de re iudic.* Et quod contra scriptum videtur in l. 2. C. sentent. resc. non poss. ad eas exceptiones peremptorias spectat, quæ impugnant iu-

4 ¶ Si qua lex ab initio, dupli, vel quadrupli statuit actionem: dicendum est, solutum ex falsa eius causa, repeti posse.

Ad §. vlt. si quæ lex.

RAT. DVB. Pœnæ dependere repeti non solent. *l. pœnæ 42. infr. hoc tit.* Ergo quod solutum est ex causa pœnalis alicuius actionis repeti non potest, multo minus si ab initio pœnalis actio illa fuit. Tanto magis enim pœnalis actio est, ad differentiam earum, quæ per inficiationem crescunt, nec proinde nisi ex postfacto pœnalis fiunt, ex quibus tamen si quid solutum sit, constat repeti id non posse, tamen si ex falsa causa solutum sit. *l. ea quæ 4. Cod. hoc tit.* DE C. Non possunt dici pœnæ dependere, quæ ex falsa causa quamvis pœnali solutæ sunt, crimen enim aliquod subesse oportet, ut pœna dici possit. *l. Gracchus 4. C. ad leg. iul. de adult.* Ergo si quid solutum sit ex causa pœnalis alicuius actionis, quæ dupli pœnam ab initio statuat, ut actio fuit nec manifesti, vel tripli, ut vi bonorum raptorum, aut quadrupli, ut furti manifesti, & ea causa falsa inueniatur, dicendum est solutum repeti posse, quia omnino indebitum est, causa verò falsa inuenitur, si nullum prorsus crimen admissum sit, puta si quis confessus sit, se furtum aut rapinam fecisse, cum tamen neque furtum subtractum, neque vi raptum quicquam fuerit: nam si factum sit furtum vel rapina, licet ab alio, quam ab eo qui soluit, repetitio nulla esse potest, quia verum est eum qui accepit suum recepisse ex *reg. l. repetitio 44. infr. hoc tit.* Est autem alia ratio eius, qui soluit ex falsa causa actionis merè ab initio pœnalis, & eius qui ex falsa causa actionis, quæ ex postfacto pœnalis fiat & per inficiationem crescat, non quia vani timoris æstimatio nulla sit, ut malè hic ratiocinatur Accursius ex *l. si quis ab alio 13. infr. de re iudic.* Sed ut melius idem ille ad *d. l. ea quæ*, quoniam is qui soluit indebitum ex falsa causa eius actionis, quæ possit per inficiationem crescere, videtur eo veluti precio decidere & transigere de periculo actionis, quasi malens damnum hoc quantum indebitum incurere quam periculum prestandi fortasse propter inficiationem dupli *arg. l. quid ergo 13. §. pœna grauior supr. de his qui notant. infr. l. 3. & 4. C. eod. ill. tit.* Quod in eo qui conuenitur, aut conueniri potuit actione merè ab initio pœnali non similiter dici potest. Quid ergo si solutum sit indebitum ex falsa causa actionis legis Aquiliæ? Dubitationem facit, quia ex vna parte actio legis

dicatum, nec nisi per viam appellationis & in causa appellatoria proponi possunt. Illud tantum ei qui transegit & soluit prohibitum est, ne & exceptione & cōditione simul utatur. Alterutro enim auxilio contentus esse debet. *l. qui hominem 34. §. vlt. infr. de solut. Nisi cum aliter actum est, inquit Accursius ex l. pen. sup. de transact. & l. cum proponas 17. C. eod. ill. tit.*

Aquilæ ex sui natura & ab initio pœnalis est. *l. inde Neratius 23. §. hanc actionem supr. ad leg. Aquil. §. his autem verbis Inst. eod. tit.* Ex altera verò parte, ex postfacto quoque fit magis pœnalis, & crescit per inficiationem ad duplum. *l. contra negantem 4. C. eod. tit.* Sed magis est, ut ceteri debeat iure actionis quæ ex postfacto fit pœnalis, ac proinde, ut solutum ex falsa eius causa non possit repeti propter periculum, quod subest ne pœna ipsa quæ actioni ab initio inest, crescat per inficiationem. *d. l. ea quæ.* Nec obstat hic §. qui intelligendus est de iis demum actionibus pœnalibus, quæ ita sunt ab initio pœnales, ut ex postfacto magis pœnales fieri non possint. Nec distinguo hac parte, an ille ipse, qui soluit, damnum dederit, an alius, quomodo tamen Accursius & Bartolus distinguunt: est enim ei distinctioni tunc solum locus, cum quaeritur an actione legis Aquiliæ possit quis ex sua confessione falsa condemnari, ut possit si confessus sit se illum occidisse quem alius occiderit, non etiam si eum quem nemo *d. l. inde Neratius §. vlt. & legib. seqq.* Sed aliud est de condemnatione, aliud verò de conditione indebiti quaerere. Notandus autem est hic casus, in quo solutum quamvis indebitum non repetitur: quando scilicet solutum est ex falsa causa eius actionis, quæ per inficiationem crescat ex *dict. l. ea quæ.* Alios congerit Accursius, si quis sciens indebitum soluerit, quâvis ea mente, ut postea repeteret. *l. quod quis 50. infr. hoc tit.* Cui similis est ille qui sciens se tutum exceptione perpetua nihilominus soluit, de quo in *l. prox. seq. & in l. si non fortem 26. §. indebitum 3. infr.* Item si falsò iurauerit creditor sibi deberi, cum iurandum pro veritate habeatur. *§. item si quis postulante Inst. de action. Item si iudicatum sit l. 1. C. hoc tit. l. si fideiussor 29. §. in omnibus infr. mandat.* Item si transcriptum *l. 2. Cod. hoc tit. & hac ipsa lege in princip.* Item si ex causa pietatis solutum probetur, ut in *l. cum in 32. §. mulier infr.* Denique si quis suo nomine soluerit, quod ab alio debetur, ut in *l. si pœna 19. §. 1. supr. l. in summa 65. §. vlt. infr.* Quibus tamen casibus obseruat Bartolus nec insubtiliter, causam quidem debiti expressam & remotam in superioribus casibus nullam esse, sed tamen proximam aliquam & tacitè subintellectam subesse, quæ impedit repetitionem, scilicet transactionis, donationis, aut quam aliam similem: quod certè verum est.

24. IDEM libro 46. ad Sabinum.

¶ Si is, qui perpetua exceptione tueri se poterat, cum sciret sibi exceptionem profuturam, promiserit aliquid, ut liberaretur: condicere non potest.

Ad l. si is, qui 24.

RAT. DVB. Debitor qui exceptione aliqua per-

petua tutus est, debitoris loco non habetur, sicut neque creditor ille qui exceptione perpetua summoueri potest. *l. creditores 10. l. creditor 55. de verb. signif. Debitor*

Debitor siquidem propriè intelligitur is à quo iniuncto exigi pecunia potest. *l. debitor 108. eod.* non autem potest exigi ab eo qui perpetua exceptione tutus est: imò nec ab eo qui temporali, quando tempora opponendæ exceptionis elapsa non sunt. Sed tamen de perpetua tantum non de temporali exceptione hic loquimur, quia non absolutè verum est, exigi non posse ab eo qui temporali duntaxat exceptione tutus est, cum post tempus si conueniatur solvere teneatur. Vnde est quod dicimus eum qui temporalem exceptionem timeret, similem esse conditionali creditori. *d. l. creditor*, quia sicuti conditionalis creditor non potest agere ante conditionis eventum. *l. cedere diem 213. eod. tit.* ita nec ille qui exceptione temporali aliqua summoueri potest, effectum vllum actionis suæ consequi, si intra tempus illud agat, quamvis summo iure possit agere. Ergo quod quis soluit quasi debitor, quamvis sciens se tutum exceptione perpetua potest repetere, non enim quod sciat sibi eam exceptionem competere, facit quominus competat. DE C. Exceptio quamuis perpetua competens debitori, non facit quin verè debitor maneat ipso iure: pendet enim exceptiones omnes ex æquitate iuris pratorij, quod actionem iure ipso competentem non magis tollere potest, quam ius civile in totum extinguere, sed tantum asperitatem iuris civilis corrigere ac emendare. *l. ius autem 7. §. 1. supr. de iustit. & iur.* Ergo quod quis soluit, sciens se tutum exceptione perpetua, non potest repetere, quia verè & ipso iure debitum est. De sciente enim tantum idèd Vlpianus hic loquitur, quoniam is qui sciens prudensque remittit exceptionem sibi competentem, donanti similis est-

se creditor. *l. si quis delegauerit 12. infr. de nouat.* cuius namque per errorem soluti repetitio est eius consulto dati donatio est. *l. cuius per errorem 53. de regul. l. indebitum 9. C. hoc tit. l. eum qui 21. §. 1. supr. de inoff. testam.* quod de ignorante non perinde dici potest, nemo siquidem videri potest repudiare, aut amittere ius quod sibi competere ignorat. *vulg. lamater dicens 19. eod. tit. de inoff. testam.* Ergo ad impediendam conditionem indebiti duo hæc coniunctim requiruntur, ut is qui soluit tutus fuerit exceptione perpetua, & ut tutum se sciuerit, alioqui conditio indebiti locum habet: sed neque omnis exceptio perpetua parere conditionem indebiti potest, sed ea demum quæ fauorabilis est, id est, quæ ex fauore & æquitate negotij proficitur non ex odio creditoris iuxta distinctionem. *l. qui exceptionem 20. infr.* Excipiunt etiam nostri eam exceptionem perpetuam quæ fit inducta ad rigorem iuris conseruandum, qualis est, inquit exceptio rei iudicatae. *ex l. Iulianus 64. & l. iudex 28. infr.* sed non satis benè. Habet enim illa exceptio rationem aliam specialem, quia nititur æquitate ciuili tantum non etiam naturali, ut ibi dicimus. Cæterum si quis sciens se tutum exceptione temporali soluerit, non eo minus repetere poterit, quia non tam donasse & exceptionem remiisse, quam antè tempus soluisse ac solutionem prorogasse intelligitur: id enim soluit quod finito exceptionis tempore æquè solvere cogi potuisset. *l. in diem debitor 10. supr. hoc tit.* Perpetuam itaque exceptionem esse oportet ut conditio inducatur. *d. l. qui exceptionem l. si non fortem 26. §. indebitum 3. & §. qui filiofamilias infr.*

25. IDEM libro quadragesimo septimo ad Sabinum.

¶ Cum duo pro reo fideiussissent decem, deinde reus tria soluisset, & postea fideiussores quina: placuit eum, qui posterior soluisset, repetere tria posse. hoc merito: quia, tribus à reo solutis, septem sola debita supererant: quibus per solutis, tria indebita soluta sunt.

Ad l. cum duo 25.

RAT. DVB. Cum pro vno reo fideiussores duo accepti sunt, qui decem fideiussissent, constat fideiussores singulos saltem quina debere, admissio inter eos beneficio diuisionis, quod habent ex epistola Diui Hadriani. *l. inter fideiussores 26. l. inter eos 51. infr. de fideiuss.* Ergo quamuis ambo quina soluerint, id est, quinque singuli, nihil ramen quasi indebitum solutum possunt condicere, aut si conditio eis danda est, utriusque dari debet vniciuique pro rata & virili, ut in *l. si pœna 19. §. vlt. supr.* non ei soli qui posterior soluit. DE C. Conditio indebiti datur, quoties solutum est, id quod solutionis tempore indebitum fuit, licet antea fuerit debitum. Refertur enim conditio hæc ad tempus solutionis, nisi quod sufficit etiam indebitum esse eo tempore, quo agi-

tur conditio indebiti. Atqui in propofita specie, cum duo pro reo fideiussissent decem ponimus reum deinde tria soluisse postea fideiussores singulos quina ex ordine, verum est dicere, non nisi septem fuisse debita, cum quinque soluta sunt ab illo ex fideiussoribus qui prior soluit, quibus quinque solutis, duo tantum ex decem in obligatione supererunt: consequens igitur omnino est, ut fideiussor qui posterior quinque soluit, soluat tria plus debito. Solum ergo ei conditio competit, ut tria quæ plus debito soluit possit repetere, alij enim debitum soluerunt. *l. vlt. §. Titius infr. hoc tit.* Diuersum est, si fideiussores pariter quina soluerint, id est, eodem tempore, ita ut nesciri possit quis prior aut posterior soluerit, ut in *l. si pœna §. vlt. supr.* vbi rationem differentiam attulimus. *lunge l. sed etsi quid 25. §. 1. supr. de usufruct.*

26. IDEM libro vicenimo sexto ad Edictum.

¶ Si non fortem quis, sed vsuras indebitas soluit, repetere non poterit, si fors debita soluit, sed si supra legitimum modum soluit: Diuus Seuerus rescripsit, (quo iure vtimur) repeti quidem non posse, sed forti imputandum: &

si postea fortem soluit, fortem quasi indebitam repeti posse^b. Proinde & si ante fors fuerit soluta, usura supra legitimum modum soluta, quasi fors in debita, repetuntur. quod si simul soluerit^d: poterit dici, & tunc repetitionem locum habere.

Ad l. Si non fortem 26.

RAT. DVV. Indebiti soluti conditio ei qui soluit competit: atqui sunt indebita usurae, quae nullo modo, aut aliter quam per stipulationem promissae sunt, indebita quidem iure civili, etiam si pactum nullum intercesserit, nisi stipulatio subsecuta sit *l. quamuis 3. Cod. de usur. l. Titius 2. 4. infr. de prescrip. verb.* Debita tamen naturaliter cum ex nudo pacto, si modo promissae sunt. Ergo quamuis fors debita fuerit, si tamen usurae debita non fuerint, quia nullo modo promissae sunt, & soluta sunt, dicendum est condici eas posse. Nihil si quidem verat fortem deberi, usuras vero non deberi: quia non quemadmodum usurae tanquam accessoria subsistere absque forte non possunt: ita nec fors sine usuris: potest principale esse sine accessoriis, non item accessoria sine principali *l. cum principalis 178. de reg. iur.* Non est igitur bona consecutio, si quis dicat cum Vlpiano, fortis debita usuras indebitas & solutas condici non posse, ob id solum quod fors debita fuerit, sic enim legendum hic est *si fortis debita soluit*, ut Florentia, non ut vulgo apud Accursium *si fortis debitas soluit*. Implicat enim contradictionem, si quis dicat usuras & indebitas esse & debitas absolute, quamuis fieri possit, ut indebita sint civiliter, debita autem naturaliter, quomodo locum hunc Accursius ob vicium vulgaris lectionis interpretati coactus est. DEC. Qui beneficium ab aliquo accepit, hoc ipso naturaliter obligatur ad *div. de cap. & ad remunerationem l. sed etsi 25. §. consultus supr. de hered. petis.* atqui beneficium nec leue accipit, qui gratuitam pecuniam nullis siue per stipulationem siue per pactum promissis usuris accipit, ergo hoc ipso se obligat ad *div. de cap. naturaliter*, ut proinde si usuras eius pecuniae vltro soluat, non possit eas repetere tanquam indebitas, cum naturaliter eas debuerit, illamque naturalem obligationem ea solutione agnouisse videatur, ut in *§. libertus 12. infr.* Vna enim liberalitas aliam liberalitatem facile prouocat in persona eius qui priore accepit *l. si verò non remunerandi 12. §. ibidem Papinianus infr. mandat.* Vnde est quod cum debitor gratuita pecunia utitur, id est, pro qua usurae nulla promissae sunt, potest tamen creditor de fructibus rei sibi pignoratæ ad legitimum usque modum usuras retinere *l. cum debitor 7. infr. quib. mod. pignor. vel hypoth. soluit.* Vbi notandum est Paulum non ita loqui, ut dicat posse creditorem fructus rei obligatae retinere, sed usuras de fructibus, quasi obligato ad *div. de cap. debitor*, non quidem ut fructus pignoris praeter creditori, sed ut usuras pecuniae creditæ ex fructibus rei obligatae redigendas ad modum usque legitimum. Quanto magis igitur si debitor ipse soluat creditori usuras, quamuis nullo modo promissas? Adest enim hoc casu multo expressior voluntas creditoris usuras debitori soluentis, quam pignus dantis. Proinde locus hic intelligi debet de usuris nullo modo promissis, atque ita etiam praetorio non minus quam civili iure indebitis [quae enim nudo pacto promissae sunt, ea iure praetorio debentur, quo pacta omnia quae nec contra leges nec contra bonos mores sunt, cõser-

uantur ad producendam non quidem actionem, sed exceptionem *l. iuris gentium 7. §. sed cum nulla & §. ait praetor supr. de pact.*] sed tamen si soluantur debitis in vicem remunerationis, & ut clarius dicam, usuras iure civili debitas facit stipulatio; iure praetorio pactum nudum. At in vicem remunerationis sola earum solutio, aut fructuum pignoris perceptio *d. §. consultus & dict. l. cum debitor.* Itaque priusquam soluantur omnino indebita sunt, at ubi soluta sunt debita reperiuntur naturaliter, tanquam agnita, ut diximus, per solutionem ea naturali obligatione. Atque ita locus hic meo iudicio intelligi debet, non quomodo Accursius intelligit de usuris nudo pacto promissis. Non enim dici possunt illae indebitae, licet nullo interueniente stipulationis vinculo exigi non possint.

a *Sed si supra legitimum modum.* RAT. DVV. Eadem usurae videntur in vicem remunerationis, & iure *div. de cap. de bitæ*, quae licet promissae nullo modo fuerint, soluta tamen sunt vltro à debitore, ut modo diximus. Ergo etiam supra legitimum modum soluta sunt, dicendum tamen est, non eo magis repeti eas posse. Modus enim legitimus usurarum, id est, qui olim à legibus praescriptus fuit, hodie autem à Iustiniano in *l. eos 26. Cod. de usur.* exigendis tantum aut promittendis etiam pecuniis, non vltro & liberaliter soluendis praescriptus est: & consequenter nec in fortem imputandum est, quod in causam usurarum nominatim exsolutum est. DEC. Quod lege fieri prohibitum est, non magis tacita quam expressa conuentione fieri potest, ne quod vna via prohibetur, concedatur altera *l. sine oportet 21. §. 1. infr. delegit. tutor. l. magis puto 5. §. si pupillus dereb. cor. qui sub tutel.* Atqui leges non patiuntur usuras immoderatas aut exigi aut promitti, non ob id solum quod odiosae sunt, ob naturam pecuniae [est enim pecunia res sui natura sterilis, quae aliam pecuniam gignere & parere non potest] sed etiam quia facile in infinitum, aut saltem in immensum excurrerent, nisi certo modo coercerentur, tum quoque cum vltro & donandi animo soluerentur, *arg. l. penult. §. 1. infr. de donat. iunct. l. Aquilius 27. cod.* Ergo nec supra legitimum modum solui eas etiam ex remunerationis causa permittendum fuit. Proinde merito Diuus Severus rescipit, repeti quidem eas non posse, cum ad legitimum usque modum fuerint naturaliter, ut diximus, debita, sed tamen quatenus legitimum modum excederent, forti imputandas esse, ut ex eo solutionis grauioris incommodo, debitor liberationem catenus consequatur, ut & in *l. creditor 102. §. vlt. de solut.* ita fit, ut ea solutio, quae conditionem usurarum illegitimarum parere non potest, quia fortem debitam esse verum est, pariat liberationem fortis pro ea parte, pro qua conditionem alioqui competere necesse esset.

b *Etsi postea fortem soluit, fortem quasi indebitam repeti posse.* RAT. DVV. In omnibus numerationibus & solutionibus maxime inspicendum est qua mente facta sint, ne actus operetur vltra intentionem agentis *l. non omnibus 19. & praed. supr. de reb. credit.* Et quamuis plerumque dubitetur, an solutio simplicitate facta in fortem cedere debeat, an in usuras, ut in *l. 1.*

l. 1. l. in his 5. §. 1. cum ex pluribus 97. infr. de solut. l. 1. Cod. eod. Cum tamen constat, in causam fortis solutum fuisse, aut in causam usurarum, dubitationi locus nullus relinquitur, an forti imputandum sit, quod in usuras solutum est, an contra. Atqui in proposita specie ponimus solutas esse usuras quasi usuras, non quasi fortem, & fortem debitam fuisse, quamuis usurae fuerint in debita. Ergo si post solutas usuras indebitas, etiam fors quae verè debebatur, soluta sit, non est admittendum ut ob factam solutionem usurarum indebitarum, fors quasi indebita repeti possit. DEC. Cum usurae omnino indebitae fuerint & soluta vltra legitimum modum, sicuti vsque ad legitimum modum quasi naturaliter & ob *div. de cap. debita*, ut supra diximus: ita quod modum legitimum excedit, non potest ad causam usurarum proficere, quae non magis postquam ante solutionem debita fuisse intelliguntur. Ergo necesse est, ut fortem ipso iure minuant, tantumque ex forte cedat, quantum ex solutione usurarum vltra legitimum modum ad creditorem peruenit, consequenter si fors ipsa quasi adhuc tota debita soluta sit, fatendum est posse condici quasi indebitam fortem illam quae posteriore loco soluta est. Fieri enim nequit, ut posterioris solutionis tempore indebitum non sit, quod iam solutum inuenitur *l. prox. sup. l. vlt. §. Titius 2. infr. hoc tit.*

c *Proinde etsi ante fors fuerit soluta.* RAT. DVV. Usurae post fortem soluta supra legitimum modum, non possunt minuire fortem iam solutam *l. indebitas 18. C. de usur.* Ergo nec iure fortis repeti sed potius iure usurarum, quod & innuere videtur Philippus Imperator in *d. l. indebitas*, contra quam hic ab Vlpiano scriptum sit. DEC. Usurarum solutio, quae non potest proficere ad minuendam fortem iam solutam quae fuit debita, prodest ad eam augendam, ut quemadmodum fuit debita quatenus primum soluta est, ita & sit indebita quatenus ex usurarum illegitimarum facta postea solutione aucta est. Ergo quod usurarum illegitimarum nomine post solutam fortem solutum est, condici tanquam indebitum potest, sed iure fortis non usurarum acfi

is, qui cum centum deberet, quinquaginta praeterea soluit supra legitimum modum usurarum, centum & quinquaginta fortis nomine soluisset, neque pugnat quod in *dict. l. indebitas* scriptum est, usuras postea solutas repeti posse: id enim ex hoc loco ita intelligendum est, ut tamen non quasi usurae sed quasi fors repetantur. Cur verò non quasi usurae? cum tanquam usurae soluta sint. Ideo fortasse quod usuras illegitimas lex nullo modo agnoscit, ac ne quidem usurarum nomine dignatur, usuras enim facit, & usurae non natura, sed iure percipi dicuntur in *l. si nautis 62. supr. de rei vindicat.* Subtilis sane quaestio haec est, habuitque dissentientes prudentes veteres, ut apparet ex *d. l. indebitas*, sed & subtilior, & verior opinio illa est quam Vlpianus hic probat, nec Imperator improbat in *d. l. indebitas*.

d *Quid si simul soluerit?* RAT. DVV. & DEC. D. ad hunc verticulum eadem est quae ad superiorem, nam videbatur eum qui fortem simul cum usuris illegitimas, atque ideo non fortem, sed tantum id quod supra legitimum modum usurarum soluit, condicere eum debere, sed magis est, ut quod usurarum illegitimarum nomine solutum est, cum usuris imputari non possit, forti impuretur, nouamque fortem faciat, sed indebitam totam, quae priori debita accedat. Quicquid enim supra legitimum modum usurarum promittitur, pro non adiecto quidem habendum est *l. placuit 29. infr. de usur.* sed non aequè pro non soluto, quod solutum est supra legitimum modum. Ergo dicendum est, hoc quoque casu repetitionem illicitarum usurarum locum habere, sed tanquam fortis, non tanquam usurarum, ut in specie precedente, cum occasione fortis fuerint soluta, ut & Bartolus hic tractat. Aliud est si quis iniucem creditor idemque debitor sit ante factam à se solutionem. Nam in his casibus in quibus compensatio locum non habet, si soluat, non habet conditionem, sed sui tantum crediti petitionem *l. qui iniucem 30. vbi dicemus infr.* In proposito autem casu is qui usuras illegitimas soluit, non fuit ante solutionem creditor, sed factus est per solutionem.

¶ *Supra duplum autem usurae, & usurarum usurae, nec in stipulatum deduci, nec exigi possunt: & soluta repetuntur: quemadmodum futurarum usurarum usurae.*

Ad §. I. Supra duplum autem.

RAT. DVV. Usurae non propter lucrum petentium, sed propter moram non solventium insignuntur *l. cum quidam 17. §. si p. illo infr. de usur. l. Titia Seio 87. §. usuras delega. 2.* Moram autem suam cuique facere aequum est *l. in condemnatione 173. §. pen. de regul. iur.* & consequenter ea poena coerceri, quae contractibus placuit, quidni ergo etiam supra duplum promissae per stipulationem usurae & exigi poterunt, & solui? multoque magis soluta retineri? DEC. Honestus modus seruandus est in omnibus, non immoderata cuiusque affectio & auaritia subsequenda *l. ex damni 40. in princip. infr. de damn. infect.* quae autem usurae supra duplum promittuntur, aut exiguntur, aut soluntur, honestum modum excedant, cum creditori cui libet quantumvis auaro & auaro satis esse debeat, quod fortis suae duplum ex usuris consecutus sit, nec ferendus est, si quid supra

duplum aut exigere velit, aut retinere, licet alio nomine quam usurarum & poenae nomine. Videtur enim illa promissio facta in fraudem legitimarum usurarum, ideoque nec valet *l. pecunia 9. l. poenam 43. infr. de usur. l. 4. de nautic. fauor.* Quod etiam respexit videtur Iustinianus in *l. vnic. Cod. de sentent. qua pro eo quod inter. vbi constituit, ut nec id quod interest, possit in casibus certis duplum excedere, cum tamen longè fauorabilior causa sit eius quod interest, quam usurae: aestimatur enim id quod interest, ex eo quod mihi re vera abest, quodque lucrari potui *l. si commissis 13. infra.* RAT. rem. haber. Idem est de usurarum usuris: nimia enim auaritia, & nimis improbum scenus est, si quis velit usurarum usuras non solutas quamuis per stipulationem promissas exigere, aut etiam solutas retinere, propter quod etiam in *l. macula macula huic hominum generi irrogatur l. improbum faenus 20. C. ex quib. caus. irrog. infam.* Et quia plerique ne usurarum usuras exigere videantur, usuras praeteritas in fortem conuertunt, ut non usurarum, sed*

fortis vsuras exigant, Iustinianus noster æquissima constitutione hoc districtè prohibuit in *l. vlt. C. de vsur.* id est, ne qua conuentione vsuras etiam præteritis in sortem redigere liceat, alioqui, inquit, non rebus, sed verbis lex imposita videretur. Et tamen non dubitant pragmatici nostri adfirmare, posse fieri per conuentionem & stipulationem, vt solutas vsuras, aut pro solutis habitas possit creditor debitori in nouam sortem computare, quasi ex nouo contractu, nouoque mutuo atque ita vsurarum vsuras exigere, secuti errorem Accursij in *dist. l. vlt.* quem tamen à cæteris interpretibus communiter improbatum esse Castrensis ibidem testatur. Et rectè, nihil enim apertius est, quam ea ratione aut potius subtilitate fraudem fieri constitutioni, nec tantùm sententiam, sed etiam verba Iustiniani apertè violari. Quod nos pluribus ostendimus in *Chiliade nostra de error. pragmaticis.*

^a *Quomodo futurarum vsurarum vsura.* Caue ne hoc ita intelligas, quasi futurarum dumtaxat vsurarum non etiam præteritarum vsuræ prohibita sint [omnes enim omnimodo prohiben-

2 ¶ Si quis falsò se sortem debere credens, vsuras soluerit: potest condicere. nec videtur sciens indebitum soluisse.

Ad §. 2. Si quis falso.

RAT. DVB. Aliud est sortem promittere & debere, aliud verò vsuras, nec quicquam vatat sortem debitam esse, vsuras verò indebitas, vt diximus initio huius legis. Ergo quod quis falsò crediderit se sortem debere, non potest facere quominus etiam sciens videatur vsuras indebitas soluisse, si eas soluerit, quas sciebat nec per stipulationem nec per pactum à se promissas fuisse. Atquin is qui sciens se non debere indebitum soluit, non potest condicere *l. quod quis 50. infr. l. si is qui 24. supr. hoc tit.* Cuius enim per errorem soluti repetitio est, eius consulto dati donatio est *l. cuius per errorem 53. de regul. iur.* Ergo non est permittendum ei qui vsuras indebitas soluit, sciens, vt eas condicat, quamuis sortem se debere falsò putauerit. DEC. Quisquis putat se sortem debere, quamuis eam non debeat, fieri nequit,

3 ¶ Indebitum autem solutum accipimus, non solùm si omnino non debeat, sed & si per aliquam exceptionem perpetuam peti non poterat. quare hoc quoque repeti poterit: nisi sciens se tutum exceptione, soluit.

Ad §. 3. Indebitum.

De huius §. sententia & ratione iam scripsimus ad *l. si is qui 24. supr.* Est enim vtriusque loci sensus idem, indebiti conditionem competere non solùm si omnino indebitum sit, quod solutum est, sed etiam si debitum ipso iure fuerit, exceptio tamen perpetua debitori competierit ad summouendum creditorem ne in effectu exigere quicquam potuerit, item eum qui sciens se tutum ex-

4 ¶ Si centum debens, quasi ducenta deberem, fundum ducentorum solui: competere repetitionem, Marcellus libro vicefimo digefforum scribit: & centum manere stipulationem: licet enim placuit, rem pro pecunia solutam, parere

tur, vt modò diximus ex *l. vltim. Cod. de vsur. l. placuit 29. infr. eod. ill. tit. l. improb. 20. Cod. ex quibus caus. infam. irrog.* Sed quia nec futurarum vsurarum magis quam præteritarum vsuræ permittendæ sunt, licet fauorabiliores videri possint, ea maxime ratio ne quòd in potestate sit debitoris eiusmodi vsurarum præstationem evitare soluendo priores, vt proinde sibi debeat imputare, si non soluat *argum. dist. l. pecunia 9. §. 1. l. Seio 12. infr. de vsur.* Sed non ita est, quia vsurarum vsuræ siue præteritarum siue futurarum nunquam permittendæ sunt, nec ferendus vllomodo anatocisimus *dist. l. vltim.* Ratione etiam illa, ne accessionis detur accessio, quia nec datur accidens accidentis, vt aiunt Philosophi. Ad eò autem verum est, non deberi vsuras vsurarum, vt nec fideiusor eo nomine dari possit, quia cum lex obligationi resistit, vt Bartolus loquitur, non potest ei accedere fideiusor *l. in cui bonis 6. de ver. obl. cum per mediam fideiusoris personam ad reum peruenitur l. cum lex 46. de fideius. l. non dubium 5. C. de legibus.*

vt vsuras indebitas sciens soluat, si quidem quisquis sortem debet hoc ipso licet vsuras non debeat, neque ciuilitèr neque naturaliter, si tamen eas soluat, videtur facere debitas, nec repetere illas potest, vt ad principium huius legis docuimus. Ergo quemadmodum nemo dicitur soluere sciens sortem indebitam quam putat se debere: Ita nec dici quisquam potest sciens soluere indebitas vsuras eius sortis quam falsò debere se arbitrat. Et hæc loci huius sententia est, non quam Accursius & Bartolus comminiscuntur de vsuris, quas debitor cum sciret se nullas debere, tamen promiserit, vt se à vexatione & necessitate sortis citius soluendæ liberaret. Nimirum intelligere non potuerunt, quomodo fieri possit, vt vsuræ nullomodo promissæ debeantur fortis quantumlibet debita. Itaque probat optimè hie locus nostram interpretationem ad primam huius legis sententiam.

ceptione perpetua nihilominus soluit repetere non posse, quia donasse videatur *l. cuius per errorem 53. de regul. iur. l. si quis delegauerit 12. infr. de nouat. & delegat.* Idem scriptum est in §. qui filios familias hac leg. & in *l. qui exceptionem 40. inf.* Eadem igitur sunt dubitandi & decidendi rationes ad vtrumque locum. Excipit Accursius exceptiones perpetuas Macedoniani & rei iudicatae ex *d. l. qui exceptionem & l. iudex 28. l. Iulianus 64. infr. hoc tit.* Nos ibi dicemus.

parere liberationem: tamen, si ex falsa debiti quantitate, maioris pretij res soluta est, non fit confusio partis rei cum pecunia. nemo enim inuitus compellitur ad communionem. sed & conditio integræ rei manet, & obligatio incorrupta. ager autem retinebitur, donec debita pecunia soluat^a.

Ad §. 4. Si centum.

RAT. DVB. Res soluta pro pecunia parit liberationem, puta si fundus solutus sit pro centum, dummodo ea solutio volenti creditori facta sit, nam quemadmodum aliud pro alio solui volenti inuito non potest *l. 2. §. mutui datio supr. de reb. credit. ita nec quicquam veiat aliud pro alio solui volenti l. manifesti 17. l. opere 20. C. de solut. l. precij causa 9. Cod. de rescind. vendit. l. 1. §. an potest infr. de pecun. constit. & Infr. tit. quib. mod. tollit. oblig. in princip. nec enim volenti fieri potest iniuria *l. in diem 9. §. 1. infr. de aqua & aqua plu. arcend.* Ergo si centum debens quasi ducenta deberem, fundum ducentorum soluerim, dicendum est eiusmodi solutione partam mihi esse liberationem pecuniæ debita, id est centum aureorum, nec proinde repetitionem fundi posse mihi competere, nisi pro parte dimidia, quasi pro ea tantum parte soluto indebitè fundo. Quid enim veiat fundum pro parte solutum esse debitum, pro alia verò parte indebitum, siquidem fundus ex earum rerum numero est, quæ commodari diuisionem recipiunt *l. 1. Cod. commun. diuid. DEC.* Nemo inuitus compelli potest ad communionem, in qua nec remanere quisquam inuitus cogitur *l. vlt. Cod. hoc tit.* propter discordias quas materia communionis excitare solet, quomodo loquitur Papinianus in *l. cum pater 77. §. dulcissimis de legat. 2. l. in re communi 26. vrb. pr. supr. nisi cum necessitas & impossibilitas diuisionis communionem inducit, vt in *l. 3. §. vltim. & l. 4. supr. de rei vindic.* Aut cum conuenit intra certum tempus à communionem discedere liceat vt in *l. in hoc iudicium 14. §. si inter socios supr. commun. diuid.* Nam quod Accursius noster excipit etiam casum illum, de quo Iustinianus in *l. 1. §. ad hac C. de anal. except. vbi constituit, vt nemo audeat neque familiæ exciscandæ neque communi diuidendo, sicut neque alterius personalis vllius actionis vitam vltra triginta annos extendere, ad rem non pertinet. De præstationibus enim personalibus intelligi id debet, quæ in iudicium familiæ exciscandæ & communi diuidendo veniunt *l. item: Labeo 22. §. familie supr. famit. excisc. l. 1. supr. commun. diuid.* non etiam ita vt post annos triginta cogantur condiuiores manere in communionem, nec diuisionem postulare possint, quod esset ridiculū. Atqui si cum tibi centum duntaxat deberem, cum ducenta deberem me putarè, soluerim tibi fundum ducentorum pro ducentis, eueniet, vt incidere nos in fundi communionem necesse sit, si non liceat mihi totum fundum condicere. Pars enim fundi penes te manebit tanquam data tibi in solutum, & pars altera iure conditionis ad me redibit, atque ita fundus ille inter nos pro æquis partibus communis erit, & quidem inuitus, quod esset absurdum. Necesse igitur est dicere per eam fundi solutionem non fuisse sublata obligationem centum aureorum, qui re vera debebantur, cum ea datio in solutam valere in totum non potuerit, nec rursus pro parte: & ita manet illa obligatio integra, totius fundi repetitionem competere. Quoties enim ex falsa debiti quantitate, id est pro maiore summa quæ debita esse credebatur, quam***

Tom. II.

quæ deberetur maioris precij res soluta est, non fit confusio partis rei cum pecunia. Alioqui compelleremur inuiti ad communionem. Ergo fundi integri conditio manet, & obligatio incorrupta, id est non extincta per dationem in solutum. Solutio enim quæ non parit liberationem, parit necessariò conditionem. Et è contrario, quæ liberationem parere non potest, parit conditionem *§. si decem infr. l. cum is 32. §. 1. hoc tit. leg. qui hominè 34. §. vltim. leg. cum quis 38. §. 1. & sequent. infr. de solut.* Ecce generaliter cum amplius solutum est quàm debebatur, nec inuenitur pars quæ repeti possit, totum esse indebitum intelligitur manente pristina obligatione *l. cum amplius 184. in princip. de regul. iur. l. si is qui 56. §. quod dicitur de iur. dot.* Nec proinde refert cum de datione in solutum tractamus, an facta sit, ex causa quæ falsa sit in totum, an ex ea quæ pro parte, idque propter indiuiduitatem contractus vt ita dicam *argum. leg. cum ex causa 139. de ver. oblig.* & quia is qui fundum integrum in solutum dedit ex debiti causa pro parte falsò, credendus est non fuisse partem daturus, nec is qui accepit partem accepturus effugiendæ communionis gratia *l. tutor 47. §. 1. supr. de minor. l. si quis aliam 47. infr. de solut. vbi hanc ob ipsam rationem dicitur, si res in solutum data creditori pro parte euicta sit, dandam ei esse vt antea totius debiti petitionem, ac si vel nulla datio in solutum facta, vel tota res in solutum data euicta esset. Aliam rationem adfert Bartolus in iis rebus quæ in specie consistunt, quia, inquit, non tantum valet pars separata à toto, quantum si aliis partibus vnita esset in toto ex *dist. leg. si quis aliam & leg. quod autem 11. §. vltim. infr. de in diem addit. & legib. seqq.* Sed hæc ipsa ratio non aliam rationem habet, quàm quia per acquisitionem totius fundi nulla inducitur communitio, quæ per acquisitionem partis induceretur. Facit enim hæc ratio preciosiorem totum fundum, quatenus totus est, quàm sit pars quatenus pars est. Nec pugnat quod ex Marcello Vlpianus subicit in *§. sequent. Si quis pecuniam debens, oleum dederit plaris precij, quasi plus debens, vel cum oleum dederit, oleum dederit, quasi maiorem modum olei debens, non totum oleum esse repetendum, sed superfluum olei duntaxat, & ob hoc peremptam esse obligationem. Id enim fit, quia per eiusmodi dationem in solutum nulla incidit communitio inter dantem & accipientem, non magis quàm si pro fundo debito pecunia in solutum daretur, vt in *§. idem Marcellus 6. infr.* Idemque euenit data in solutum qualibet alia re quæ in genere consistat. Recipiunt enim res eiusmodi functionem in suo genere. Sed secus est in iis quæ in specie consistunt, quia non æquè recipiunt functionem in sua specie.**

^a *Ager autem retinebitur donec debita pecunia soluat^a.* RAT. DVB. Non debet res indebita pro ea quæ debita est, retineri *l. vltim. Cod. de commod. l. obtentu 5. Cod. de crimin. expil. hered.* Atqui in proposita specie ager omnino indebitus est, pecunia autem debita, vt diximus. Ergo non potest ager retineri, donec debita pecunia soluat^a. DEC.

Multum refert an res indebita sit penes creditorem, sine aliquo debitoris facto, an iure aliquo quod a debitoris facto & voluntate causam traxerit, prioris casu non est locus retentioni, nec si res illa ad creditorem sine vicio pervenerit, nisi forte ob impensas, quae circa rem illam & in eius utilitatem factae sint ut in *l. si in area 33. infr. hoc tit. l. in rebus 18. §. possunt infr. commod. l. qua ratione 9. §. lura de acquir. ver. domin. l. Paulus 14. de doli mal. except.* Posteriori vero locus est, siue res illa fuerit a domino pignori data, cum etiam ob chirographariam pecuniam pignus retineri possit *l. vnic. C. ill. tit. etiam ob chirogr. a. pecun. pign. retin. poss.* siue, ac multo magis, si eius rei dominium in accipientem translatum fuerit, ut in hac specie. Etsi enim fundus in solum datus condicitur, propter vicium dationis in solum, non eo minus tamen verum est alienatum esse fundum, eiusque translatum fuisse dominium, quod alioquin condici & repeti non posset, cumque plus sit dominium habere, quam ius pignoris, quidni retinebitur donec ea ipsa praesertim pecu-

nia soluta sit, ob quam datus fuerat fundus in solum? Quidni etiam ob chirographariam pecuniam, licet ea res neque sit, neque unquam fuerit iure pignoris obligata? Plus siquidem iuris habet in re, ut diximus, qui dominium eius habet, quam qui nudum ius pignoris *l. in bello 12. §. si quis servum infr. de captiv. & postlim.* Quamquam longe maior ratio est, ut retentio detur propter eam pecuniam cuius occasione res ad creditorem pervenit, ut Bartolus loquitur, quam propter aliam *l. eleganter 24. §. qui reprobos infr. de pignor. act. l. si non inducitur 5. C. in quib. caus. pign. vel hypoth. tacit. contr.* Sic dicimus, si pignus sub hasta venditum sit, perperam tamen nec servatis solemnibus dandam esse emptori retentionem, donec soluto debito propter quod pignoris distractio facta est, si modo facta sit pro debito, eoque iure vivitur, argumento praecipue sumpto ex hoc §. ut scripsimus in Codice Fabiano *Tit. de distract. pignor. lunge l. si necessarius 8. §. si pignori infr. de pignor. act. l. quod dicitur 5. de impens. in res dot. al. fact. l. servus 30. infr. de action. empt.*

§ Idem Marcellus ait, si pecuniam debens, oleum dederit pluris pretij, quam si plus debens, vel cum oleum deberet, oleum dederit, quasi maiorem modum debens: superfluum olei esse repetendum, non totum: & ob hoc peremptam esse obligationem.

Ad §. 5. Idem Marcellus ait.

RAT. DVB. & DECID. Datio in solum vitatur in totum si in aliqua vel minima parte facta sit plus debito, ideoque & obligatio incorrupta manet, & quod solum est, condicitur, ut scriptum est in §. procedente. Atqui cum pecuniam debens oleum dedit pluris pretij quasi plus debens, aut cum oleum deberet, oleum dedit quasi maiorem modum debens, negari non potest quin aliqua ex parte solum sit plus debito, nec proinde quin datio in solum vitata sit in totum. Ergo dicendum est non modo superfluum olei esse repetendum sed totum, & consequenter integram manere obligationem. DEC. Non omnis datio in solum quae ex aliqua

parte sit pro indebito vitatur tota, sed ea demum per quam nisi vitaretur, fieret ut contrahentes innitantur in communionem. Hoc vero non contingit, nisi cum datus est fundus in solum, non etiam cum alia res quilibet recipiens functionem in suo genere, cuiusmodi sunt nummi, oleum, vinum, & alia huius generis quae constant pondere, numero & mensura, quia his casibus non illud ipsum quod solum est repetitur, sed tantumdem, ideoque quod nihil est, quot fiat commune iure eum qui dat, & eum qui accipit. Itaque non pugnat hic §. cum procedente, nec rursus is qui sequitur, sed ad aliam speciem pertinent, nec nisi rationem dubitandi ex prioribus desumunt.

6 Idem Marcellus dicit: si cum fundi pars mihi deberetur, quasi totus deberetur, aestimatione facta, solutio pecuniae solidi pretij fundi facta sit: repeti posse non totum pretium, sed partem indebitam.

Ad §. 6. Idem Marcellus dicit.

RAT. DVB. & DECID. eadem est quae ad §. precedentem. Nam cum pars duntaxat fundi mihi deberetur, nec ego proinde nisi partis precium deberem, solverim tamen totius fundi aestimationem quasi totus fundus mihi deberetur, non alia conditionis indebiti ratio constitui posse videbatur, quam si venditor putans se totum fundum debere, totum mihi ex causa venditionis tradidisset, quo casu totum fundum utique posset condicere & partem tradendae obligatio integra maneret. Cur non ergo perinde totum precium potero condicere, quod totum solvi, cum partem duntaxat deberem? An non eadem in omnibus debet esse causa emptoris quae venditoris, cum his contractus sit vltro citroque obligatorius *leg. 1. Cod. de suppress. libr. 12.?* Aut quid potest in-

teresse, an totus fundus solutus sit, an totius fundi aestimatio? Sed dicendum est, aliam esse obligationem venditoris, aliam emptoris. Obligatur venditor ad tradendam eam ipsam rem, quae fuit vendita, & quae in sua specie non recipit functionem. At emptor obligatur ad soluendum precium, quod cum in pecunia numerata consistere debeat, potest in aliis corporibus numerorum reddi, quam in quibus solutum fuit pro ea nimium parte quam indebitè solutam ponimus *l. 1. l. ex empto 11. §. 1. infr. de action. empt. §. precium Instit. de empt. & vendit.* Proinde licet non detur mihi conditio totius aestimationis soluta, sed partis duntaxat, non ideo tamen verendum est ne incidamus in communionem, quod contingeret soluto fundo integro cuius pars duntaxat debebatur. Solius ergo partis quae indebitè soluta est, conditio dari mihi debet non totius precij quod solvi.

7 Adeo autem perpetua exceptio parit conditionem, ut Iulianus libro decimo scripsit, si emptor fundi damnauerit heredem suum, ut venditorem

rem nexu venditi liberaret, mox venditor ignorans, rem tradiderit: posse eum fundum condicere, idemque, & si debitorem suum damnauerit liberare, & ille ignorans soluerit.

Ad §. 7. Adeo autem.

RAT. DVB. & DECID. eadem est quae ad §. indebitum *supr.* Sententia enim eadem est, perpetuam exceptionem parere conditionem. Exemplum autem subiecitur, si emptor fundi damnauerit heredem suum, ut venditorem nexu venditi liberaret. Nemo enim dubitat quin ex eo liberationis legato acquiratur exceptio venditori, si ab emptore ad rem venditam tradendam ex empto conveniatur, quoniam & actio ei vltro daretur, ex testamento ad petendam & consequendam liberationem. Ratio tamen dubitandi specialior in hoc casu illa occurrit, quod antequam ab herede liberetur venditor, negari non potest, quin & naturaliter & citiliter obligatus sit, cum neq. testator eum liberaverit, neq. heres fuerit in mora liberandi, ut Accursius nosse hic disputat, exemplo servi ab herede manumittendi qui quoad nec a testatore manumissus est, nec ab herede motus passus fuit, interim servus manet. Sed ratio haec illud tantum facit, ut non obstante liberationis legato possit venditor ab emptore conveniri tanquam ipso iure obligatus ex empto ad tradendam, non etiam ut ne habeat perpetuam exceptionem qua se tueri possit, quod sufficit ad inducendam conditionem *d. §. indebitum l. si is qui 24. §. 1. qui exceptionem 40. infr. hoc tit.* Est autem perpetua exceptio quae competit ex testamento, quo legata liberatio est, nisi proponas legatam eam fuisse ad te-

pus duntaxat, quo casu sicuti non nisi temporalis exceptio est, ita nec vlla conditione parere potest *l. si quis rem 5. §. huic patri infr. de liber. legat. l. in diem 9. §. 1. infr. hoc tit.* Idem ergo est & si creditor heredem suum damnauerit ut debitorem liberaret. Quis enim debitor quando liberatus non est obligatus maneat, habet tamen auxilium exceptionis perpetuae, qua tueri possit si conveniatur, ideoque si ignorans interim soluat, habet conditionem, ut sequitur in hoc §. Nam si sciens soluerit, aliud est, nec conditionem habere potest, qui exceptionem illam perpetuam sibi competentem remissit ac donasse intelligitur *l. si quis delegaverit 12. infr. de novat. dixi ad d. l. si is qui 24. §. 1. infr.* Quid si testator non damnauerit heredem, ut debitorem liberaret, sed eum ipse liberaverit? Multo magis conditio danda erit debitori, qui soluerit ignorans, si Azoni credimus, qui debitorem hoc casu adeo liberatum esse putat, ut neque naturaliter sit obligatus. Sed ego nullam inter hos casus differentiam esse arbitror, cum non possit testator legare liberationem nisi per damnationem, quia cum legatur liberatio, ea pecunia legari intelligitur, quae iam in dominio debitoris est *l. 1. §. 2. l. Aurelio 28. §. Cains de liber. legat.* Vtroque igitur casu exceptio necessaria erit legatario si prius conveniatur quam ipse vltro egerit, ut liberaretur. Et consequenter utroque casu debitori si ignorans soluerit, conditio competet.

8 Qui filiofamilias soluerit, cum esset eius peculiaris debitor: si quidem ignoravit ademptum ei peculium, liberatur: si scit, & soluit, conditionem non habet, quia sciens indebitum soluit.

Ad §. 8. Qui filiofamilias.

RAT. DVB. Non contingit liberatio debitori per aliam solutionem quam quae facta sit vero creditori, aut saltem vero procuratori veri creditoris *l. creditoris 8. C. hoc tit. l. vero procuratori 12. §. 1. infr. de solut.* Atqui peculiaris debitor filiofamilias cui peculium ademptum est, desinit per ademptionem debitor esse filiofamilias, nec potest filiofamilias peculiaris esse creditor qui peculium nullum habet: nec refert an debitor sciverit ademptum esse filiofamilias peculium, an ignoraverit, non enim scientia aut ignorantia debitoris causam crediti immutare potest, neque filiofamilias ex non creditore facere creditorem. Ergo is, qui filiofamilias soluit, si esset eius peculiaris debitor, si post ademptum peculium soluerit, quantum ademptum ignoraverit, liberari non potest, quando quidem ex die ademptionis cepit non aliam habere creditorem quam patrem, cui proinde non filiofamilias solvere debuit DEC. Solutio bona fide facta ei qui verus creditor, aliquando fuit, nec creditor esse desinit, nisi factio alterius quod debitor iussit ac probabiliter ignoravit, perinde liberat debitorem, ac si manenti vero creditori solvisset. Non ob id solum ne factio alterius circumveniat ignorantia miseri debitoris eui nihil potest imputari, cum alieni facti ignorantia semper sit probabilis *l. vlt. infr. pro suo.* Sed etiam quia imputari e contrariò potest ei qui vel retro-

cando mandatum vel adimendo peculium, vel quid aliud faciendo causam creditoris mutavit, cur debitorem de eo non certioratus erit *l. si quis servus 18. l. qui hominem 34. §. 1. Titius infr. de solut. §. rectè Instit. de mand. dat.* Denique bona fides tantum praestare debet, quantum veritas, ubi lex impedimento non est *l. bona fides 136. de regul. iur.* Atqui in proposita specie filiofamilias quando peculium habuit, verè fuit peculiaris creditor ex causa peculiari, & quamvis desierit esse creditor, cum pater ei peculium ademit, imputari tamen potest patri, cur eam ademptionem non denotaverit debitori, ne postea filiofamilias solueret. Vnde enim potuit ille diuinare ademptum fuisse peculium, quod nec ademptum praesumitur ex sola filiofamilias emancipatione, vel servi manumissione? *d. l. si quis servus 18. de solut. iunct. leg. si fideiussor 29. §. si cum debitor infr. mand. leg. si putator 31. §. 1. infr. ad legem Aquil.* Ergo si debitor filiofamilias, cui peculium ademptum est, soluerit, antequam resciret ademptum esse peculium, perinde liberabitur, ac si peculium ademptum non esset. Aliud est, si debitor ex nimia sua credulitate bonam fidem velit inducere, puta si soluerit ei qui nullum a creditore mandatum unquam habuit, & quem tamen mandatum habere putabat ut in *d. l. qui hominem §. si nullo de solut.* Non tamen enim bona fides dicenda illa est, quam credulitas nimia debitoris, qua creditori nocere aequum non est *leg. 1. §. dolum supr. de eo per quem factum erit quominus quis in iudic. sit.* Iunge quae scripsimus ad

leg. si quid possessor 31. §. vitum. *supr. de hered. petit. & ad leg. si procurator 14. *supr. de condic. caus. dat. leg. eius qui in provincia 41. *supr. de reb. credit.* Malè tamen Accursius hunc §. inducit ad questionem de monacho fugitivo, & quondam syndico accipiente mutuam pecuniam, quasi ex eo actu dicendum sit Abbatem quoque & civitatem obligari, si is qui mutuam pecuniam dedit, ignoret.**

¶ Si filiusfamilias contra Macedonianum mutuatus soluerit: & patri suo hæres effectus, velit vindicare nummos: exceptione summouebitur à vindicatione nummorum.

Ad §. 9. Si filiusfamilias.

RAT. DVB. Filiusfamilias, qui contra Senatusconsultum Macedonianum mutuam pecuniam accepit, quâvis obligetur naturaliter, ideòque non potest repetere quod soluit post patris mortem. *l. sed si paterfamilias 9. §. vlt. & l. seq. *infr. de SC. Macedon.* cū tamen patri heres extiterit, nō alio iure ceteri potest, quàm alius quilibet heres patris, & quàm pater ipse si viveret, cuius vicem repræsentat: non enim debet esse deterior condicio filiifamilias, ob id quod filiusfamilias sit, cū sit & heres *argum. l. 1. §. vitum. *infr. si quis à parent. manumiss. sit.* Atqui cū filiusfamilias soluit viuo patre, non alienatur nummi, qui magis sunt patris quàm filij, si non pater consenserit aut obligationi aut solutioni, & ideò vindicatio nummorum datur patri, & consequenter cuilibet patris heredi, cū eadē causa sit & esse debeat heredis, quæ fuit defuncti. *l. herede 59. l. hereditas 62. de regul. iur. l. nihil est aliud hereditas 24. de verb. signific. Ergo & filio ius idē cōpetere debet, vt nummos illos vindicare possit, cū in patris hereditate filiusfamilias plus iuris habeat quàm heres quilibet extraneus, vel ob hoc maxime quod etiā viuo adhuc patre iā heres & dominus rerū paternarum esse intelligatur. *l. in suis 11. *infr. de liber. & posth. l. 1. §. bergius de success. edict.* ita vt nulla ei aditione sit opus ad acquirendā patris hereditatē. *l. in suis 14. de suis & legit. Proinde si nummos cōtra Senatusconsultū creditos, & viuo patre solutos filiusfamilias vindicet, nulla exceptione repellendus est, cū suo iure id faciat, nec tanquā filiusfamilias, sed tanquā heres patris *arg. l. si paterfamilias 15. §. 1. *supr. de adopt. l. quedā 9. §. nihil interest *supr. de eand. DE C.* Nemini permittendum est, vt cōtra factū suum veniat ad suū cōmodū, licet ex alio & nouo iure & ex alterius persona. *l. post mortē 25. *supr. de adopt. l. est is qui 10. *infr. de distract. pignor.* Dolo enim facit quisquis per occasionem iuris civilis cōtra naturalem æquitatem captat lucrum ex damno alieno. *l. 1. *infr. de doli mal. except.* Atqui filiusfamilias vindicans nummos quos ex causa mutui soluerat viuo patre, licet eos vindicet tāquam heres patris, venit tamen cōtra factū proprium. Ergo nō debet ei permitti vt nummos illos vindicet, quos si hodie solueret repetere non posset, quamuis non eadē iuris ratio vindicationi obstat quæ obstat repetitioni. Repetitionem enim illud impedit, quod filiusfamilias naturaliter obligatus est adeoque ciuilitè, tamen si iuuetur exceptione Macedoniani. *l. quia natura-***********

rit. Difficilius enim est vt inducatur obligatio quàm liberatio, quia prouiores esse debemus ad liberationem quàm ad obligationem. *l. Ariamus 41. *infr. de oblig. & action.* Planè si debitor sciens ademptam esse filiofamilias pecuniam ei soluerit, neque liberatur, quia & ei soluit qui creditor nos erat, & mala fide, neque habet conditionem, quia sciens indebitum soluit, vt Ulpianus hinc scribit.*

l. ubi dicemus, at vindicationi non obstat hæc ratio, sed tantum æquitas illa, quod non sit audientis, qui contra factum suum venire vult, vt per occasionem iuris civilis lucrum caperet ex damno alieno. *l. 1. de doli mal. except.* Itaq. quod hinc dicitur filiumfamilias vindicantem quasi heredem patris nummos quos pater, si viveret, aut alius quilibet patris heres vindicare potest, non de alia vtique exceptione intelligi meo iudicio debet, quàm de exceptione doli, vt & in *l. item si 7. *alias l. sed Iulianus §. sed est filiusfamilias *infr. de SC. Maced.* quæ ferè sola contra vindicationem potest & solet competere. Nam quemadmodum vindicatio nō ex obligatione aliqua nascitur, sed ex presentis tantum possessione, non aliis. *24. §. sed si postulat *supr. de iudic.* ita neque vlla pacti exceptione summoueri facile solet. Denique non debet facilior aut fauorabilior esse petitio, quàm repetitio, & quâvis in directa rei vindicatione non de iure alicuius obligationis, sed tantum de dominio quaratur ei tamen qui & naturaliter & ciuilitè obligatus est, absurdū sanè sit permittere petitionem & vindicationem eius pecuniæ, quam si nunc solueret repetere nō posset, imò quæ nec viuo patre repetere potuit, soli enim patri aduersus solutionem à filiofamilias factam succurritur, vt nummos à filiofamilias solutos pater vindicare tanquam suos possit. *l. si filiusfam. 14. vbi diximus *supr. de reb. credit. d. l. sed si paterfamilias 9. §. 1. *infr. de SC. Maced.* Hoc igitur casu filiusfamilias nō repetet, neq. per vindicationem neq. per cōditionem, sed ab vtraq. obligatione & naturali & ciuili qua tenebatur, liberabitur, vt & in *l. cum is 32. §. 1. *in fin. *infr. hoc tit.* Quid? An non tutus fuit exceptione perpetua filiusfamilias antè quàm solueret, ne solvere cogere-tur? Ita sanè est, & tamen repetere non potest, siuo viuo siue mortuo iam patre soluerit, quia non tam ipsius fauore quàm odio creditoris ea exceptio cōparata est. *l. qui exceptionē 40. *infr. hoc tit. d. l. sed si paterfamilias 9. §. vlt. *infr. de SC. Maced.* Itaque non habet hic locum quod scriptum est in §. indebitum & §. ad eod. *supr. hac lege. & in l. si is qui 24. *supr.* Eum qui tutus exceptione perpetua soluit posse repetere, si non sciens soluerit, quod si pater obligationi filiifamilias cōsenserit, atq. ita cesset Senatusconsultus, nullus de vindicatione aut cōditione questionis locus relinquatur, siue patri heres extiterit filius siue non, quamuis tanto magis teneri eum oporteat cū patri heres fuit vt in *l. si permittente 4. C. de SC. Macedon.***********

¶ Si quis quasi ex compromisso condemnatus, falsò soluerit, repetere potest.

Ad §. 10. Si quis quasi.

RAT. DVB. Ad impediendā repetitionem sufficit

quod quis se putet condemnatum. *l. cum putarem 36. *supr. famil. erisc.* Ergo si quis ex compromisso condemnatum se quamuis falsò existimans soluerit, non*

non repetet, quia putat se condemnatum, præsertim cū reddita sint compromissa ad instar iudiciorum. *l. 1. *supr. de recept. Qui arbitr. *recep. DE C.* Aliud longè est, si quis putet se condemnatum ex sententia iudicis à Prætoris dati, & ex præscripto formulæ iudicantis, aliud verò si putet se condemnatum quasi ex compromisso per sententiam arbitri priuata litigatorum auctoritate constituti. Ex sententia enim iudicis nascitur actio. *l. actori 2. C. de reb. credit.* non etiam ex sententia arbitri, quia priuatorum consensus sicuti iurisdictionem dare non potest. *l. 3. Cod. de iurisdic. ita neque iudicem facere, quod iurisdictionis est. l. 3. *supr. eod. ill. tit.* at ne quidem exceptio, sed tantum pœnæ petitio. *l. 2. *supr. de recept. l. 1. Cod. eod. ill. tit.* Ergo, inquit, videtur sciens solvere indebitum is qui soluit quasi condemnatus ex compromisso, cū etiam verè condemnatus esset, nihil tamen ex ea condemnatione deberet, quam esse germanam ad hunc locum dubitandi rationem putat Bartolus. Sed respondendum est, quod & ipse responderet, parandum esse sententiæ arbitri metu pœnæ, non minùs quàm sententiæ iudicis pœnæ, & ideò perinde succurrendum esse illi qui falsò existimans se ex compromisso condemnatum soluit indebitum, quàm si ex alia quolibet falsa causa soluisset. Nec****

¶ Hereditatis, vel bonorum possessori, si quidem defendat hereditatem, indebitum solum condici poterit: si verò is non defendat, etiam debitum solum repeti potest.

Ad §. II. Hereditatis.

RAT. DVB. Is qui neque heres, neque bonorum possessor verè est, sed tantum hereditatem vel bona defuncti possidet bona fide, nullam ius habet retinendæ solutionis, siquid ei solutum sit à debitoribus hereditatis quasi defuncto debitum, siue debitum reuera fuerit siue indebitum, quia verum est, omni casu nihil hinc bonæ fidei possessori deberi, cū neque iure ciuili heres, neque iure prætorio heredis loco sit. Non enim quod bona fide hereditatem vel bona possidet, facit eum aut legitimum aut honorarium successorem. Ergo indistinctè dicendum est, id quod ei solutum fuit condici posse, siue hereditatem defendat, siue nō defendat, & siue defuncto debitum fuerit, quod solutum est, siue indebitum, quia quod hereditatem vel bona possessor hic defendat facere non potest, vt eò magis heres vel bonorum possessor esse intelligatur. *DE C.* Bonæ fidei possessor hereditatis vel bonorum, quādiu hereditatem vel bona defendit aduersus verum heredem, cū heredes aut bonorum possessoris titulo nitatur, & pendent ius iuris habeat hoc ipso quod possessor est, ius habet accipiendæ solutionis à debitoribus hereditatis, qui nec alium vllum habent cui tutius possint solvere, si statim nec expectato iudicij sine liberati velint per solutionem. Quāquam enim non liberantur ipso iure debitoribus hereditatis, quo primum instanti soluant bonæ fidei possessori, quia soluant alij quàm vero creditori, quia tamen potest eis contingere liberatio, & quidem ipso iure, si quādo condemnatus bonæ fidei possessor restituat pecuniam vero heredi, cū sufficiat pecuniam ad vtrumque creditorem quandoque tandem peruenire, nec ei auferriviam posse. *l. siquid possessor 31. §. vlt. de hered. petit. *in d. l. in perpetuum 61. *infr. de solut.* non potest interim locus esse cōditionis indebiti. *l. quod Seruius 8. *supr. de cond-****

Tom. III.

enim videri potest sciens indebitum soluisse is qui, putauit se non solueret, ad pœnæ solutionem cogi posse, sicut & is qui soluit ex falsa causa eius actionis quæ per inficiationem crescere potuisset. *l. ea qua 4. C. hoc tit.* In eo tamen melioris cōditionis est, quàm si ritè per sententiam iudicis condemnatum se credidisset, quod eo casu cōditionem non haberet. *l. cum putarem*, propter auctoritatem rei iudicatæ, quæ tanta est, vt sola iudicati opinio possit sufficere, non quidem ad dandam iudicati actionem, sed tamen ad impediendam soluti repetitionem. Quod tamen ita accipiendum esse videtur, si qua sententia & condemnatio lata sit, quamuis minùs ritè, quàm nihilominus ritè latam esse soluens putauerit, vt in *d. l. cum putarem*. Et si etiam sententia minùs ritè lata, nec sententiæ nomen meretur, *l. 4. §. condemnatum *infr. de re iudic. de facto* tamen lata est, & quod ex ea causa solutum fuit, ex causa iudicati solum creditur, quod non æquè dici posset, si quid solutum esset, quasi debitum ex ea sententia & condemnatione, quæ nulla omnino, ne quidem de facto lata esset. Nec sanè sola rei iudicatæ falsa opinio sufficere posset ad impediendam indebiti cōditionem, quia in eo nulla rei iudicatæ auctoritas veritatis.*

caus. dat. Præsertim cū ante sententiam de hereditate latam nesciri possit, quis iudicij ac litis euentus futurus sit, Ergo si è contrario bonæ fidei possessor hereditatis, aut bonorum non defendat hereditatem, dicendum est non posse ei condici, quod solutum ipsi fuit, etiam si defuncto verè debitum fuerit, quia neque ius neque colorem vllum habere potest, tanquam heres ille qui hereditatem non vult defendere. Quid enim aliud hoc est, quàm fateri se heredem non esse? Quare nec expectandum est, vt condemnatur, quomodo Accursius noster post condemnatoriam sententiam, non dubitatur, quin ei qui falsus heres pronunciatu est, condici etiam debitum possit, quod ei solutum fuerat, siue suo nomine, siue hereditario. Intere est enim creditoris solutū repetere, vt vero heredi soluedo liberari possit, nisi paratus sit falsus heres id quod accepit verbo heredi & veri restitueret. *l. si quid possessor 31. §. vlt.* Solutio enim quæ non parit liberationem, semper parit cōditionem cū ab ignoratè facta est. *§. si centum. *supr. & §. si decem *infr. hac lege.* Multò magis indebitū huic bonæ fidei possessori condicetur, quod etiam illi qui hereditatem defendit, & se heredem dicit, condicatur. Nam cui debitum solui potest, multò magis indebitum condici etiam potest, quoniam & ipsi defuncto si ei solutum esset, condiceretur. Duplex igitur distinctio hic necessaria est. Prior illa an bonæ fidei possessor hereditatis hereditatem defendat neque: Si non defendat non subdistinguiamus an solutum sit debitum an indebitum, quia omni casu tenetur cōditione indebiti: sed si hereditatem defendat, subdistingendum est an debitum defuncto fuerit quod solutum est, an verò indebitum, si debitum, condici non potest, si indebitum condici potest. Interpretès nostri non parum laborarunt in huius §. interpretatione contententes, an de verò herede intelligendus sit, an de falso, & vt loquitur pat-**

causam. Cui contentioni causam dedit vulgata lectio quæ habet *Hereditatis*, pro eo quod Florentina lectio melius *Hereditatis*, quamquam neutra lectio cerè ambigua est. Nam sicuti heredis appellatione alius significari non potest, quam qui verè heres est, ita nec hereditatis possessor alius intelligi quam qui bona fide eam possidet, cum heres

12. § Libertus, cum se putaret operas patrono debere, soluit. condicere eum non posse, quamvis putans se obligatum soluit, Iulianus libro decimo digestorum scripsit. natura enim operas patrono libertus debet. Sed & si non operas patrono sunt solutæ: sed cum officium ab eo desideraretur, cum patrono decidit pecunia, & soluit: repetere non potest. Sed si operas patrono exhibuit, non officiales, sed fabriles^b, veluti pictorias, vel alias, dum putat se debere: videndum est, an possit condicere. & Celsus libro sexto digestorum putat, eam esse causam operarum, ut non sint eadem, neque eiusdem hominis: neque eadem exhibeantur. nam plerumque robor hominis, ætas temporis, opportunitatque naturalis mutat causam operarum. & ideo nec volens quis, reddere potest. sed hæc (inquit) operas recipiunt æstimationem^c: & interdum licet aliud præstemus, (inquit) aliud condicimus: ut puta fundum indebitum dedi, & fructus condico: vel hominem indebitum, & hunc sine fraude modico distraxisti: nempe hoc solum refundere debes, quod ex pretio habes, vel si meis sumptibus pretiosorem hominem feci: nonne æstimari hæc debent? sic & in proposito, ait posse condici quanti operas essem conductorus. Sed si delegatus sit alij à patrono in officiales operas^d, apud Marcellum libro vicenimo digestorum queritur. & dicit Marcellus, non teneri eum, nisi forte in artificio sint^e, hæc enim, iubente patrono, & alij edendæ sunt, sed si soluerit officiales delegatus^g, non potest condicere: neque ei, cui soluit, creditori, cui alterius contemplatione solutum est, quique suum recepit: neque patrono, quia natura ei debentur.

Ad §. 12. Libertus.

R A T. D V B. Libertus, qui operas nullas patrono promittit neque per pactum, neque per stipulationem, non potest videri earum debitor sine iure civili sine honorario. Ius enim civile stipulationem requirit, prætorium verò & honorarium saltem exigit pactum nudum. Ergo si eas libertus per errorem soluerit putans se debere, poterit condicere tanquam indebitas. D E C. Naturalis obligatio impedit repetitionem soluti l. 3. in fin. sup. quod quisq. iur. l. naturales 10. in fin. de oblig. & action. l. naturaliter 13. & l. seq. & pass. hoc tit. Atqui libertus natura debet patrono operas obsequiales, & quæ generaliore nomine officiales appellantur, id est, ut Azo bene interpretatur, non quidem iure naturali, quod si fieri seruos nullos agnoscat, ita neque libertos l. 4. sup. de iustit. & iur. sed ratione quadam insita à natura quæ nos obligat ad *dividenda*, ut bene facienti beneficemus l. sed etsi 25. §. consuluit supra de hered. petit. ut diximus ad initium huius legis. Quoniam enim maiore beneficio quam libertatis patrono libertus obstrictus esse potest, cum libertas, ut habet iuris regula, sit res inæstimabilis: Non ergo conditionem habere libertas potest qui operas soluit, quamvis in eo erraverit, quod eas aut civili aut naturali iure à se debitas esse putaret.

non sit. Cum enim de eo qui non bona fide hereditatem possidet, Iureconsulti loquuntur, aut prædonem eum nuncupant, aut malæ fidei possessorem, ut vidimus, & diximus in Tit. de hered. petit. Non tamen utraque lectio vera est, sed Florentina sola, vulgaris verò falsa.

Quamquam si malis cum Accursio dictionem illam natura referre ad ius gentium, non valde repugnabo. Is enim natura debere dicitur, quem iure gentium dare oportet l. cum amplius 84. §. is natura debet de regul. iur. l. Stichum aut Pamphilum 95. §. naturalis de solut. Et in iis, quæ solis hominibus conveniunt ius naturale, & ius gentium pro synonymis accipiuntur §. singulorum Instit. de ver. diuis. Placet autem quod Bartolus hinc notat, quando aliquid soluitur ex vna causa ex qua est indebitum, retineri id posse ex alia ex qua sit debitum ex l. cum in corpus, in fin. de acquir. rer. domin.

a Sed etsi non opera patrono sunt soluta. R A T. D V B. Libertus, qui non operas soluit, sed cum ab eo aliquod officium duntaxat desideraretur, cum patrono decidit pecuniâ, & pro officio illo pecuniam soluit, non potest videri aut operas soluisse, aut quid aliud vice operarum, quas natura debuit, sed aliud quiddam extra causam operarum. Ergo nihil est quod impedire debeat, ne pecuniam illam quasi indebitè solutam possit condicere. D E C. Non tantum operas libertus patrono natura debet, sed etiâ omne officij genus. Nam nec alia ratione operas debet quam quia sunt diurnum officium l. 1. in fin. de oper. libert. ea præsertim quæ obsequiales & generaliore nomine officiales ob eam causam dicuntur, de quibus solis initium huius §. loquitur. Nam de fabrilibus,

brilibus, & artificialibus postea Vlpianus tractat. Cumque in honore & reverentia potissimum consistant, siue in faciendo sint, siue in non faciendo, negari non potest, quin ipsa etiam officia quæ patronus à liberto desiderat, natura debeantur perinde ac operas, cum nec alio iure castigetur libertus à Præfecto urbis, si quid in patronum peccaverit. quam quia in officio solus fuit, tum quoque cum neque contumeliam ei fecit, neque conuicium dixit leg. 1. in fin. de iure patron. leg. officio 5. Cod. de negot. gest. leg. 1. §. cum patronus sup. de officio præfecti urbis. Perinde igitur dicendum est repetere illum non posse, cum pro officio, quod patronus desiderabat, pecuniam ei soluit, ac si operas præstitisset. Quamquam repetitionem impedit illa etiam ratio, quam adfert Accursius, quod transactionis species quædam est, decidere pecuniâ cum patrono officium desiderante. Decidere enim pecunia de re aliqua nihil nisi transigere est in libris nostris. Transactionis autem nisi dicis causa & per calumniam facta sit, istam causam inducit impediendæ conditionis leg. eleganter 23. §. si quis post transactionem sepr. leg. in summa 65. in fin. hoc titulo.

b Sed si operas patrono exhibuit non officiales, sed fabriles. Distinguit Vlpianus in hoc vers. alo fabriles & artificiales operas ab officialibus, ut quod hucusque dictum est, operas à liberto exhibitas patrono condici non posse, ad officiales restringatur, nec ad fabriles & artificiales extendatur. R A T. D V B. Operas fabriles & artificiales non debentur natura ut officiales, sed ita demum si promissæ sint per stipulationem aut per iusturam in ipsa datione libertatis leg. ut iurifurandi 7. & pass. in fin. de oper. libert. leg. in liberto 77. de solutione. Ergo si eas libertus soluerit, cum debere se putaret, nec villas deberet, poterit condicere quasi indebitas, ut in eo differant ab officialibus. D E C. Ea causa est operatum, ut non sint eadem, si neque eiusdem hominis sint, neque eadem exhibeantur, nam plerumque robor hominis, ætas, temporisque opportunitas naturalis mutat causam operarum. Sic enim hic apud Vlpianum lege, ut in vulgaris codicibus non ut in Florentino *ætas temporis, opportunitatque naturalis*. Ergo nec volens patronus operas reddere poterit liberto, quas libertus per errorem indebitas ei soluisse, & consequenter non possunt operas illas, quamvis nec natura debitas condici, quia nec aliam ob causam datur conditio, quam ut reddatur quod indebitum solutum condicatur leg. penult. in fin. de præscript. verb.

c Sed hæc, inquit, opera recipiunt æstimationem. R A T. D V B. Operas in rerum natura non sunt leg. opera 9. in fin. de oper. libert. quia priusquam dies præterierit, quo præstari debuerunt, peti non possunt leg. 3. in principio, leg. si quis 13. §. iudicium leg. quoties 24. eodem. quoniam opera in actu consistit leg. 1. sup. de oper. servorum. ubi verò dies præterierit, iam alia sunt, quia alterius temporis. Ergo nec æstimationem recipere possunt, cum æstimari non possit id quod non extat leg. in actionibus 5. vers. planè de in lit. iur. Non entis enim nullæ sunt qualitates leg. si partem 19. sup. quemadmodum servit. amit. leg. si Titio 22. in fin. quando dies legat. ced. nec vlla proinde æstimatio. Ergo non Tom. III.

possunt operas æstimationem recipere, præsertim quæ per conditionem petantur: id ipsum enim condicendum est, quod solutum fuit aut tantundem ex eodem genere d. l. penult. in fin. de præscript. verb. iunct. leg. quod indebitum 7. sup. hoc tit. cum dicatur hæc conditio indebiti soluti leg. indebiti 15. sup. ponimus autem operas indebitas solutas fuisse, non earum æstimationem: multum enim differt rei æstimatio à re ipsa leg. si alij 42. §. primo sup. de usufruct. proinde nec operarum fabrilium æstimatio condici magis poterit, quam ipsa operas. D E C. Operas quia non possunt peti nisi præteritæ, perinde à libertis petuntur ac pecunia credita leg. à duobus 4. de oper. libert. ideoque quasi in pecuniâ & æstimationis præstatione consistere dicuntur leg. fabriles 6. eodem. Ergo si solutæ sint indebitæ, nihil prohibet earum æstimationem condici. Ad æstimationem enim necessarid recurrendum est, cum res ipsa præstari nullo modo potest dicit. vers. planè leg. vltim. Cod. de fideicommiss. libert. nec novum est, ut aliud solutum sit, aliud verò condicatur. Nam & cum fundus indebitus datus est, etiam fructus qui dati non sunt condicuntur dicit. leg. indebiti. Et si hominem indebitum tibi soluerim, quem tu bona fide modico precio distraxeris (aliud enim est si mala fide leg. in summa 65. §. penult. in fin.) non hominem ipsum cogaris mihi reddere, sed hoc solum refundere quod ex precio habes, & in quo locupletior factus es: imò, quod magis est, si hominem indebitum tibi solutum pretiosorem feceris tuis sumptibus, hoc quoque æstimari debet, nisi iurum quia conditio indebiti ex bono & æquo comparata est, ob id solum ne is qui indebitum accepit ex aliena iactura, contra naturalem æquitatem locupletetur leg. nam hoc natura 14. sup. leg. hæc conditio 66. in fin. hoc tit. non etiam ut damnum ei aliquod infligatur. Ergo & in specie proposita dicendum est libertum, qui operas fabriles indebitas patrono soluit, posse earum æstimationem condicere, non quanti libertus operas alij locaturus fuisset, sed quanti patronus ab alio conductorus, ne alioqui moretur in damno patronus, si præstare cogatur quanti libertus operas suas locare alij potuit, si non tanti conductorus patronus fuit, ut bene Accursius explicat. Neque verò id negat Marcianus in dicit. leg. penult. de præscriptis verbis. ubi de conditione duntaxat operarum loquitur, non de conditione æstimationis, ut & Accursius ibi bene interpretatur. Idem tamen malè putat, si is qui indebitum hominem accepit, pretiosorem illum suis sumptibus fecerit, nullam eorum sumptuum in conditione rationem haberi debere. Ita enim foret, ut in damno versaretur is quem conditio indebiti teneret, quem tamen in lucro non morari factis est. Sed Accursium sefellit mendam vulgaritæ lectionis, quæ sic habet non æstimari hoc debet cum tamen legendum sit, ut Florentinæ nonne æstimari hæc debent? per interrogationem scilicet quæ adfirmatiuum sensum faciat, non negatiuum.

d Sed etsi delegatus sit à patrono in officiales operas. R A T. D V B. Delegari potest quisquis debitor est, cum delegatio fiat volente duntaxat, & consentiente debitore leg. 1. Cod. de nouat. & delegat. neque verò interest debitoris cui soluat quod æ-

bet, dammodo liberetur. Ergo in officiales quoque operas, perinde atque in fabriles delegari libertus à patrono potest, tantòque magis quòd officiales patrono magis debentur, quàm fabriles. Debentur enim naturaliter, etiamsi neque per stipulationem, neque per iurandum promissæ sint, quod in fabrilibus secus est, ut supra diximus. D E C. Officiales operæ futuræ, de quibus solis Vlpianus hic loquitur, aded merè personales sunt, ut nec alij deberi possunt, quàm patrono, nec ab alio, quàm à liberto, cum proprietas earum & in edentis persona, & in eius cui eduntur consistat: Fabriles autem altæve eius generis sunt, ut à quocumque civemque solvi possunt, & cum in artificio sunt iubente patrono & alij edi possunt *dist. leg. opera 9. de oper. libert.* Ergo alij quàm patrono paritari operæ officiales nequeunt, nec proinde alij à patrono delegari, quia nec officium & obsequium alij quàm patrono libertus debet. Sic dicimus fideicommissum alij quàm fideicommissario paritari non posse, si vniuersale sit non singulare, nec à fideicommissario cedi alij posse ne quidem per delegationem, adeoque quod magis mirum est, nec ex causa dotis *leg. si mulier 59. §. ex ass. inf. de iur. dot.* ob rationem eandem personalitatis, ut ita dicam, quæ à Marcello adfertur eo loco. In fabrilibus ergo aliud iuris est, cum iubente patrono, alij quoque edi possunt, nec ided aliz sint quàm illæ ipsæ, quæ patrono debentur *d. l. opera iunct. l. quia alia 12. eod. tit.*

e Nisi forte in artificio sint. Ergo etiam officiales in artificio possunt consistere, debet enim exceptio esse de regula. Contrà quàm sensisse videatur Accursius, & post eum Bartolus, qui officiales operas ab artificialibus tanquam specie diuersas distingunt. Cùm tamen & officiales & fabriles artificiales esse possint, & similiter non artificiales. Artificiales autem nullæ esse possunt, quin aut officiales sint, aut fabriles, ita-

13. Si decem aut Stichum stipulatus, solvam quinque: quæritur, an possim condicere, quæstio ex hoc descendit, an liberer in quinque. nam si liberor, cessat conditio: si non liberor, erit conditio. placuit autem (ut Celsus libro sexto, & Marcellus libro vicesimo digestorum scripsit) non perimi partem dimidiam obligationis: ideoque eum qui quinque soluit, in pendenti habendum, an liberetur: petique ab eo posse residua quinque aut Stichum: & si præstitit residua quinque, videri eum & in priora debita soluisse. Sin autem Stichum præstitisset, quinque eum posse condicere, quasi indebita. sic posterior solutio comprobatur, priora quinque vtrum debita, an indebita soluerentur. Sed & si post soluta quinque, & Stichus soluatur: & malim ego habere quinque, & Stichum reddere: an sim audiendus, quærit Celsus: & putat natam esse in quinque conditionem, quamuis vtroque simul soluto, mihi retinendi, quod vellem, arbitrium daretur.

Ad §. 13. Si decem.

R A T. D V B. In obligatione alternatiua, vtraque res separatim considerata est in obligatione, ita ut qui eam soluit, totum id quod debet soluere dicatur *leg. Stichum aut Pamphilum 95.*

que habent se ut species indifferentes. Summa autem operarum diuisio illa est, ut aliz officiales sint, aliz fabriles, de quibus omnibus generaliter nostris tractant ad hunc locum, nos verò in Iurifrudentiæ nostræ Papinianæ scientia latissime ad Tit. de liberti. & dicemus proprio suo loco ad Tit. de oper. liberti. si dabit Deus Opt. Max. ut ad illum vsque Tit. Rationalia nostra feliciter perducamus.

f *Haec enim iubente patrono & alij edi possunt.* R A T. D V B. Aliz operæ sunt, quæ alij quàm patrono eduntur *dist. leg. quia alia 12. inf. de oper. liberti.* Ergo nec iubente patrono alij edi possunt, alioquin aliud solueretur, quàm quod deberetur. D E C. In officialibus quidem id verum est, sed non in fabrilibus, nec in officialibus quæ sunt artificiales, ut diximus ad versiculum, *Sed est delegatus ex dist. leg. opera 9. de oper. liberti.*

g *Sed si solueris officiales delegatus* R A T. D V B. Operarum officialium delegatus nullius momenti est *dist. versiculo: Sed est delegatus.* Ergo si eas delegatus soluerit per errorem dicendum est, condici eas posse aut creditor cui solutus sunt, aut patrono cuius nomine. Solutio enim quæ non parit liberationem parit omnimodo conditionem, §. proximi. *inf. Nisi in casu. leg. iteratus 63. hoc titul.* D E C. Reperitio nulla est ab eo qui suum recepit, licet alius soluerit, quàm qui debebat *leg. repetitio 44. inf.* Atqui in specie proposita creditor cui delegatus soluit, suum recepit, nomine patroni delegantis, qui verè debitor fuit. Ergo condici ei non possunt. Rursum naturalis obligatio impedit repetitionem soluti *leg. 3. in fin. sup. quod quisque iur.* atqui officiales & obsequiales operæ naturaliter debentur patrono liberto, ut diximus, initio huius §. Ergo nec patrono condici possunt. Igitur neutri. Si neutri consequenter nulli.

de solut. Ergo si quis decem aut Stichum alternatiue promiserit, negari non potest, quin decem debeat, & à tota obligatione liberetur, si decem integrè soluat. Proinde si quinque soluat, cur non saltem in illis quinque liberabitur? ut nimirum eadem sit ratio partis ad partem, quæ totius ad totum

ad totum: Aut si aliquid est, quod impediatur liberationem, quidam possunt ea quinque statim condici non expectato eueniunt reliquæ solutionis, cum solutio qualibet aut liberationem parere debeat, aut conditionem §. si centum *sup. leg. cum si 32. §. primo inf.* nisi in casu singulari *leg. Noratus 63. hoc titul.* Et tamen scribit hic Vlpianus ex Celsi & Marcelli sententia non perimi partem dimidiam obligationis, sed cum qui quinque soluit in pendenti habendum esse an liberetur, ideoque peti ab eo interim posse aut reliqua quinque aut Stichum. Cur verò reliqua quinque duntaxat, & non tota decem, quæ prius in obligatione fuerunt, si in quinque solutis, nulla fuit secuta liberatio? Aut cur Stichus totus peti potest, iam solutis quinque ex decem ab eo qui non nisi decem aut Stichum debebat? D E C. Quando solutio in eo est, ut possit parere liberationem, non potest id quod solutum est, condici, quia non potest omnino indebitum dici, quod adhuc debitum fieri potest *leg. quod seruus 8. in fin. sup. de condit. caus. dat. §. hereditatis sup. hac leg.* Sicuti nec in totum dicitur falsum quod veritatis primordio adiuuatur *leg. cum filius 76. §. heres meus de legat. 2.* Atqui solutis quinque ab eo qui decem, aut Stichum debebat, licet nulla percuiusmodi solutionem contingat liberatio, ne quidem in quinque, potest tamen aliquo casu adhuc contingere, scilicet si reliqua quinque postea soluantur à debitore, qui malit ea quinque reliqua quàm Stichum soluere. Ergo interim non possunt quinque illa condici, sed creditor relinquitur electio vtrum alia quinque malit petere, an Stichum: Et si quidem quinque petat, hoc ipso videtur solutionem priorum quinque imputare, in solutionem eorum decem, quæ distinctim & alternatiue cum Stichum debebantur: atque ita contingente liberatione in decem, sublataque Stichum obligatione nihil est quod de prioribus quinque solutis condicendis tractari possit. Sed si malit creditor Stichum petere, tum verò priora quinque condici poterunt, quasi indebitè soluta, & quæ debita amplius fieri numquam possunt, sublata per Stichum solutionem vtraque parte obligationis alternatiue. At verò cur non ab initio, & ipso solutionis tempore, solutis quinque non contingit liberatio in quinque? Nam & qui hominem aut decem stipulatus est, si quinque accepto fecerit, statim perimit partem stipulationis, ideoque non quinque aut hominem petere potest, sed quinque tantum vel partem duntaxat hominis *leg. qui hominem 17. inf. de acceptilatione.* Hoc verò cur ita in acceptilatione, nisi quoniam acceptilatio vim solutionis obrinet, ac imaginaria quædam solutio est §. primo *inf. quibus modis tollit. obligat.* Cur ergo diuersum in vera & naturali solutione? An fortè minoris potestatis est vera & naturalis solutio, quàm acceptilatio? Accursius noster multum hic laborat. Sed melius longè Bartolus distinguit acceptilationem à solutione: quia si solutio partit in vna re ex duabus alternatiue promissis, pareret liberationem præferem, & absolutam eueniret, ut pars quoque in alia re solui posset, puta in parte Stichum, atque ita solutionem vnius obligationis in diuersis rebus fieri contingeret, quod absurdum esset §. proximi. *inf. leg. in execut.*

85. §. pro parte *inf. de verb. oblig.* Hoc verò non contingit in acceptilatione, quæ licet solutionis vim, & instar habeat, fit tamen adhibita sola verborum, & iuris solemnitate, nullo corpore interueniente *leg. 1. §. si tamen hominem eodem titulo.* Proinde si certa res & species debeatur, nemo dubitat, quin parte Stichum soluta contingat pro ea parte liberatio, quia non potest hoc casu solutio in duabus rebus diuersis fieri *leg. stipulatus sum 9. §. primo de solutionib.* vbi additur, cum qui hominem debet, partem Stichum dando nulla ex parte liberari, sed nihilominus hominem debere, & hominem ab eo peti posse, nec prius liberationem debitori contingere, quàm Stichum partem reliquam soluerit, vel per actorem steterit, quominus eam accipiat, alioqui si is qui partem Stichum soluit, partem Pamphilum solueret, liberaretur in totum: quod certè esset ridiculum *dist. leg. 2. §. primo de verbor. obligat.* vbi tamen videtur Paulus ab Vlpiano nostro dissentire in illis verbis, *Sed aut statim repeti potest, aut in pendenti est, donec alia detur.* (Sic enim ibi legendum est non alius facta relatione ad aliam partem Stichum, cuius partem vniam solutam esse Paulus posuerat.) nisi dicamus, quod certè verum est, priorem illam partem sententiæ Pauli corrigi per posteriorem, quod prudentibus nostris familiare satis est, præsertim Paulo, ut in *leg. qui seruus 34. §. primo in fin. de obligation. & action. iuncta leg. debitorum 50. inf. de fideiussor.* Verius enim est dicere in pendenti esse liberationem in hac specie, & consequenter ipsam conditionem, ut Vlpianus hic ex Celfo scribit, quàm quod Paulus tentat in *dist. §. primo.* nasci statim liberationem, nam si nasceretur statim liberatio in quinque, alterutrum euenire necesse esset, ut vel alia quinque omnimodo deberentur, nec Stichum amplius peti posset, ne quidem distinctim, & alternatiue, vel Stichum pars solui posset ad tollendam integram obligationem: quorum vtrumque & falsum, & absurdum est. Neque verò mirari quis debet in pendenti esse liberationem, & ex euentu æstimandum esse an ab initio contigisse retro fingatur, necne. Nam & aliis casibus plerisque idem euenit, ut ex euentu & ex postfacto appareat, quid antè fuerit *leg. qui res 94. in princip. & §. primo inf. de solution. leg. quadam 15. de reb. dubiis.*

a *Sed & si post soluta quinque.* R A T. D V B. In alternatiua obligatione electio est debitoris ex regula iuris pontificij, & ciuili in *leg. plerumque 11. §. vltim. inf. de iure dot. leg. 2. §. scævola de eo quod certum locum.* nisi cum eligendi ius datum est creditori *leg. Stichum aut Pamphilum 95. in princip. de solut.* Atqui in specie proposita, si cum decem mihi abs te deberentur aut Stichum, in primum quinque mihi solueris, postea etiam Stichum, in tua potestate est, aut reliqua quinque aut Stichum petere, & consequenter incipio ego debere tibi quinque aut Stichum, atque ita sum tuus debitor alternatiuus. Ergo si malim habere quinque quæ accepi ex decem, & Stichum reddere sum audiendus, quemadmodum vtroque simul soluto, mihi retinendi vtrum vellem arbitrium daretur. D E C. Cùm ex decem soluta sunt quinque, nata statim est conditio quinque, tamen si natam esse non apparuerit, nisi ex

postfacto, id est, soluto demum Stichus, secundum ea quae proxime diximus. Nam cum per solutionem Stichi apparuerit, liberationem in prioribus quibusque solutus contingere nullam potuisse, (residua enim quinque solvenda erant, ut priora quinque soluta debita fuisse videntur,) consequens est, ut exinde eorum quinque conditio praecise nata, iam inde ab initio fuisse retrotrahatur. Quo posito illud etiam fit, ut in obligatione conditionis non possit dici Stichus esse, ne quidem alternatiue, sed ut debitum si malim Stichum quam quaque reddere, non magis quam ut faciam priora quinque debita, quae solutio secuta Stichi fecit apparere e debita. Ergo non sum audiendus, si malim ex decem debitis quinque indebitum soluta retinere, & Stichum debite solutum quasi indebitum reddere. Illud enim demum in conditionem venit, quod actor indebitum a se solutum dicit, & probat, non quod reus quasi indebitum vult reddere. Longeque alia ratio est huius speciei, & illius in qua utrumque in obligatione alternatiua positum simul solutum fit, quia tunc non magis vnius quam alterius rei

14 ¶ Idem ait, & si duo heredes sint stipulatoris, non sic posse, alteri quinque solutus, alteri partem Stichi solui. Idem, & si duo sint promissoris heredes. Secundum quae liberatio non contingit, nisi aut utriusque quina, aut utriusque partes Stichi fuerint solutae.

Ad §. ult. Idem ait.

RAT. DVB. Cum duo sint vnius stipulatoris heredes, obligatio dividitur inter heredes ex lege 12. tabular. leg. 1. Cod. si certum petat. leg. 1. & 2. Codic. si vnus ex pluribus heredibus debet. leg. vltim. Codic. de hereditatis actione, ac proinde quemadmodum quot sunt heredes, tot hereditates esse intelliguntur §. primo Instit. de legat. falcid. ita tot obligationes videri debent, cum obligatio sit hereditaria, & consequenter quae hereditatis causam & diuisionem sequatur. Ergo si duo sint heredes stipulatoris, qui decem, aut Stichum sibi dari stipulatus fuerat, & vnus ex heredibus soluat quinque, & alius partem Stichi, dicendum est, utrumque pro ea parte quam soluit, liberari, ac si vnus decem tantum, alius Stichum solum debuisset: quo casu nemo dubitaret, quin uterque pro ea parte quam soluit liberaretur leg. stipulatus sum §. primo infra de solutione. DEC. Obligatio hereditaria talis in heredes transit, qualis fuit apud defunctum, nec enim ex personis & numero heredum conditio obligationis immutari potest leg. 2. §. ex his de verborum obligatione. Atqui ponimus stipulatorem fuisse stipulatum a Titio decem aut Stichum, atque ita & decem & Stichum, sed disiunctim & alternatiue. Ergo & cum stipulator hic deceisset duobus relictis heredibus, fatendum est in singulos eius heredes transire obligationem illam actiuam, quae fuit penes stipulatorem, ut possit eorum quisque petere id ipsum quod petere defunctus potuit, id est aut decem aut Stichum. Est enim obligatio alternatiua indiuidua ha-

bita, ut ex duabus rebus alternatiue debitis vna pro parte solui non possit, itemque alia pro parte, sed alterutra totam solui oporteat, neque quia non utraq. absolutè in obligatione aut praestatione est, quomodo si quis decem & Stichum stipulatus esset, sed tantum alterutra aut quod verius est utraq. quidem in obligatione, sed alternatiue id est, ita ut alterutrum tantum electo faciendum sit, non vtriusque pro parte, ne alioquin eueniat, ut eiusdem rei obligatio in pluribus rebus soluat, quod absurdum esse diximus ad §. praecedentem ex l. 2. §. si tamen hominem & l. in executione §. §. pro parte infra de verb. oblig. d. l. 9. §. 1. de solut. Ergo ut contingat liberatio aut decem tota solui heredibus stipulatoris necesse est, aut Stichum totum, ideoque nec vnus ex heredibus stipulatoris agere ex hac stipulatione pro parte potest, ne alioqui plus petat, si aut decem tantum aut Stichum solum petat, quandoquidem ita fieret, ut adimeret debitori electionem quam stipulatio ei dedit, cuius forma immutari ex postfacto non potest §. plus autem Instit. de act. iunct. l. vero procuratori 12. §. pen. de solut. Quod si heres pro parte dimidia ad hoc ageret, ut vel dimidia pars decem, vel dimidia pars Stichi sibi solueretur, male etiam ageret, quandoquidem ex solutione ipsi facta non posset liberatio contingere, quousque alteri heredi aut alia pars pecuniae aut alia pars Stichi soluta esset, quam tamen non eo magis soluere promissor cogere, quippe cui alius heres agens posterior, & quae electione eandem dare deberet, aut partem pecuniae, aut partem Stichi mallet soluere, quia nec ab eo parte aliam pecuniae aut Stichi posset petere praecise, sed quemadmodum prior, aut partem pecuniae aut partem Stichi, eadem ratione, ne alioqui plus causa petere videretur d. §. plus autem: ita fit ut soluta vni ex heredibus stipula-

toris

toris parte pecuniae, alteri vero parte Stichi, nulla promissori contingat liberatio neque partis pecuniae, neque partis Stichi, quoniam nec defuncto stipulatori solutio ita fieri potuisset. Vnius enim rei obligatione contracta vnus quoque & eiusdem rei solutionem fieri oportet. Idemque est si quis non decem aut Stichum, sed decem aut hominem in genere, vel etiam Stichum aut Pamphilum stipulatus sit, & duobus relictis heredibus decefferit d. l. 2. §. 1. de verb. oblig. d. §. pro parte l. 8. §. eod. tit. d. l. stipulatus §. §. 1. de solut.

2 Idem est & si duo sint promissoris heredes. RAT. DVB. Non semper idem iuris est in pluribus heredibus

promissoris, quod est in pluribus heredibus stipulatoris etiam in obligationibus indiuiduis, ut constat ex l. 4. §. vlt. infra de verb. obligat. DEC. Aliud quidem interdum iuris est, nimirum cum diuersa iuris ratio ius quoque diuersum inducit ut in d. §. vlt. at in specie huius §. eadem iuris & aequitatis ratio locum habet in heredibus promissoris, quae in heredibus stipulatoris, ut ex his apparet quae proxime diximus. Ergo idem quoque in omnibus iuris est, ut liberatio non contingat, nisi aut vterque heredes quina soluerit, aut vtriusque partes Stichi fuerint solutae. Eadem igitur est ad hanc quoque versiculum dubitandi & decidendi ratio quae ad superiorem,

27. PAVLYS libro 27. ad Edictum.

¶ Vi loco certo debere existimans, indebitum soluit, quolibet loco repetet: non enim existimationem soluentis, eadem species repetitionis sequitur.

Ad l. Qui loco certo 27.

RAT. DVB. Qui soluit indebitum quasi mutuum contrahere intelligitur l. si quis absentis §. §. is quoque infra de oblig. & act. §. 1. Instit. quib. mod. re contr. oblig. at qui contraxit vniuersumque in eo loco intelligitur, in quo ut solueret se obligauit. contraxisse eod. tit. de oblig. & actione. Ergo multo magis ibi contractum esse intelligitur, ubi solutum est. Et consequenter dicendum est, in eo loco condicendum esse indebitum in quo solutum fuit, non autem vbiq. ut in hac lege scriptum est. DEC. Non eadem est repetentis indebitum, quae soluentis existimatio, qui enim soluit indebitum, quod putat se certo loco debere, idcirco soluit eo loco, quia scit futurum, ut si soluat eo loco possit conueniri actione arbitraria, vbiq. ad omne id quod intererit creditoris alio loco non solui l. 1. §. 3. & pass. infra de eo quod cert. loc. At vero quod indebitum solutum est, vbiq. indebitum est, nec quod certo loco solutum sit, facere potest ut alius locus debitum sit, quod eo loco, in quo solutum est, fuit indebitum. Ergo vbiq. repeti potest, quod certo loco indebitum solutum fuit, nec tantum alius locus in quibus solutio facta non est, ut Guilielmus verus glossator existimauit, quem Bartolus refert, sed ut longe melius Accursius, in illo etiam loco, in quo per errorem indebitum solutum est. Erat enim longe maior dubitandi ratio, propter quam videbatur in illo tantum loco condici posse in quo solutum fuerat, quam ut videretur locus ille excipiendus. Neque tamen melius idem Accursius & Bart. existimant huius legis sententiam illam esse, ut sicuti promissum in certo loco potest vbiq. peti, ita solutum indebitum certo loco potest etiam vbiq. peti non obstante errore soluentis, ita namque fit, ut eadem constitutio ratio obligationis contractae ad solvendum certo loco, & solutionis, cum tamen legis verba diuersam apertè constituent vtriusque rationem, non enim existimationem soluentis in-

28. IDEM libro 32. ad Edictum.

¶ Index si male absoluerit, & absolutus sua sponte soluerit, repetere non potest.

Ad l. Index 28.

RAT. DVB. Etiam si index male pronunciet sine per impericia siue per sordes aut gratiam, attamen res iudicata pro veritate habetur leg. seruo §. §. cum Praetor infra ad SC. Trebell. l. ingennum 25. supra de stat. homin. l. & ex diuerso 35. §. 1. de rei vin. act. Ergo si index verum debitorem absoluerit, quauis male absoluerit, si tamen absolutus soluerit repetere poterit, quasi indebitum verè dicit, quod per sententiam licet iniuriam pronunciatum est non deberi. DEC. Verus de-

bitor etiam si per sententiam iudicis absolutus sit, naturaliter tamen obligatus remanet, quia res iudicata modus civilis est non naturalis tollendae obligationis l. Iulianus 60. infra hoc tit. At qui naturalis obligatio impedit repetitionem soluti l. 3. §. vlt. supra quod quisq. iur. l. naturales 10. infra de oblig. & act. Dicendum ergo est repetere illum non posse, si postea soluerit sua sponte ut lex ait, hoc est vltro non vi & potestate alterius condemnationis, nam si posteriore aliqua sententia priori contraria soluere iussus solueret,

bitor etiam si per sententiam iudicis absolutus sit, naturaliter tamen obligatus remanet, quia res iudicata modus civilis est non naturalis tollendae obligationis l. Iulianus 60. infra hoc tit. At qui naturalis obligatio impedit repetitionem soluti l. 3. §. vlt. supra quod quisq. iur. l. naturales 10. infra de oblig. & act. Dicendum ergo est repetere illum non posse, si postea soluerit sua sponte ut lex ait, hoc est vltro non vi & potestate alterius condemnationis, nam si posteriore aliqua sententia priori contraria soluere iussus solueret,

vtique repetere non possit, quoniam quod ex rei iudicatur auctoritate soluitur, repeti nunquam potest leg. 1. C. hoc tit. nimirum quia licet sententia absolutoria iniusta non perimat obligationem naturalem, condemnatoria tamen etiam iniusta parit obligationem civilem, quæ non minoris obligationis esse potest quam civilis ad impediendam conditionem, neque hæc legi contrarium est, quod ait leg. qui exceptionem 40. infr. hoc tit. eum qui tutus est exceptione perpetua & favorabili, si soluat potest repetere, nisi enim exceptio rei iudicatur & perpetua, & favorabilis est, nullatenus æquitate naturali nititur, sed civilitatem, ut diximus. Ratio autem quæ conditionem impedire possit, natura-

lis tantum esse debet, non civilis, quia conditio hæc tota ex bono & æquo est, ut & cæteræ omnes leg. indebiti 15. in princip. ubi diximus supr. leg. hæc conditio 66. infr. leg. Stichum aut Pamphilum 95. §. naturalis de solut. Sunt qui ea verba huius legis sponte soluerit de eo intelligant, qui non tantum vitro soluerit, sed etiam sciens se non debere. Quomodo enim scire potest se non debere is qui adhuc debet naturaliter? Melius igitur alij sponte soluentem interpretantur eum qui non coactus soluerit, siue sciat, siue nesciat se naturaliter adhuc debere. Naturalis enim obligatio, quæ sola sufficit ad impediendam repetitionem soluti, non in opinione soluentis, sed in veritate consistit.

29. VLPIANVS libro 2. Disputationum.

Interdu[m] persona locum facit repetitioni: ut puta si pupillus sine tutoris auctoritate, vel furiosus, vel is, cui bonis interdictum est, soluerit. nam in his personis generaliter repetitioni locum esse non ambigitur. Et si quidem existant nummi, vindicabuntur: pro consumptis verò conditio locum habebit.

Ad l. Interdum 29.

RAT. DV B. Pupillus etiam sine tutoris auctoritate obligatur cum mutua pecuniam accipit, adeoque eam stipulanti promittit, adeoque fideiussorem dare potest leg. si pupillus 127. infr. de verbor. obligat. leg. Stichum aut Pamphilum 95. §. aliquando & §. naturalis de solut. leg. cum illud 25. §. heredes meus infr. quando dies legat. ced. leg. si pupillus 35. supr. de recept. Atqui naturalis obligatio impedit repetitionem leg. 3. §. vltim. supr. quod quisq. iur. leg. frater è fratre 38. infr. & pass. hoc titulo. Ergo etiam si pupillus sine tutoris auctoritate soluerit, quod sine eiusdem auctoritate promissit, repetere non poterit, multo minus si soluerit quod cum tutoris auctoritate promissum non modo naturaliter sed etiam civiliter debuit. Proinde factum est pupilli personam locum facere repetitioni, nec sanè potest locum habere conditio indebiti, quoties debitum fuit, siue naturaliter siue civiliter quod solutum est. Quod si ponas solutum esse id quod omni iure fuit indebitum, iam nulla erit differentia inter pupillum & maiorem. Nam & maiores si indebitum soluant condicunt. Dicitur neque pupillus, neque furiosus, neque prodigus, vllam rei suæ alienandæ potestatem habent, cum interdicta eis sit omnis alienatio §. nunc admonendi Instit. quib. alien. licet vel non, leg. 1. & pass. inf. de curat. furiosi dicit. leg. is cui bonis 6. de verbor. oblig. leg. pupillo 15. infr. de solut. carent enim iudicio, leg. pupillus 5. leg. obligari 9. & pass. de auctor. tutore. Furiosus etiam sentio leg. si tibi 8. §. vltim. de opt. legat. vnde est quod nihil omnino facere potest, ne quidem auctore curatore, sed omnia ipsius nomine agere curator debet, in quo grauior eius condicio est, quam pupilli leg. in negotiis 5. de regul. iur. Ergo si quid huiusmodi personæ soluerint, siue debitum fuit siue indebitum, habent ius repetendi, cum nec soluendi ius habuerint. Sed repetendi tamen aliter atque aliter. Nam si quod ab his solutum est adhuc extat, repetent per vindicationem, quia nec dominium quod habuerant amiserunt: quæ res impedit conditionem, quæ, ut sapius in hoc tractatu diximus, soli non domino datur contra dominum, numquam autem domino contra non dominum, excepta condicione furtina leg. vlt. supr. Vlt. quem adm. caueat. l. i. infr. de condit. furt. Si ve-

ro quod solutum est, extare desierit, & consumptum sit, quia per consumptionem amittitur dominium, nec alij quam domino cõpetere vindicatio potest, non possunt repetere per vindicationem, sed necessarium est auxilium, conditionis quod vindicationi hoc casu subsidiarium est, conditionis inquam non indebiti aut sine causa, ut male vulgo nostri post Accursium existimant, (nec enim credendum est, conciliari hoc casu indebitum consumptione, ut illi putant, licet aliquando cõcilietur ut mutuum, cum non possit cõsumptio facere indebitum quod etiam ante cõsumptionem debitum fuit, siue naturaliter tantum siue etiam civiliter, sed cui causam det sola persona cõdicentis, & quæ non aliud nomen habere possit quam generale cõditionis certi, quia nec nisi certum esse potest, quod solutum est, incertum si quidem & deberi, & cõdici incerti potest, quandiu scilicet promissum duntaxat non etiam solutum est, ut in l. si quis plus 31. infr. At solui non potest, nec proinde alia repeti quam certi cõdictione. In eoque necessariò separandus est pupillus à minore, contra quam etiam Accursius hæc arbitretur, neq; enim minori interdicta est numerorum suorum alienatio, & aliarum rerum quæ sine Prætoris decreto alienari possunt, si ius vetus inspicias, quod huius legis tẽporibus obtinebat Tot. tit. de reb. eor. qui sub tutel. infr. & de pr. ad. minor. C. & cui non fuit derogatum nisi per l. lex que 12. C. de admin. tutor. Sicuti nec quicquid verat obligari puberes etiam sine curatoribus suis l. puberes 101. de verbor. oblig. cum tamen pupillus neque mutua pecuniam accipiendo siue tutoris auctoritate, neque promittendo iure naturali obligetur l. quod pupillus 41. infr. l. pupillus 59. de verbor. oblig. quæuis non eo minus verum sit, naturaliter eum obligari, ut supra diximus, quod in furioso & prodigo secus est d. l. si cui bonis 6. de verbor. oblig. Quare nec probare possum quod Accursius non aliter dat pupillo cõditionem, quam si prius impetret in integrum restitutionem: quæ ad id quidè, & minori necessaria est l. vlt. C. si aduers. solut. sed pupillo non item, cum ipso iure non valeat solutio facta per pupillum sine tutoris auctoritate, quæ pupillus præsens si tutori quoque præsentem non habeat, pro absente habendus est leg. si pupillus 10. infr. quib. ex caus. in poss. eat. nisi pro tutore interuenierit, ut in leg. sanctimus 25. Cod. de admin. tutor. nec restitutor locum habere possit, aut saltem necessaria esse aduersus factum

factum quod ipso iure non tenet l. in causa 16. supr. De minor. l. 2. l. si quidem 11. C. de pr. ad. minor. nec leuior eiusdem Accursij error in eo est, quod alia facit causam pupilli, aliam verò furiosi & prodigi, ut pupillo danda sit conditio indebiti præhabita, ut ipse loquitur, restitutione, furioso autem vel prodigo cõditio sine causa, quoniam inquit soluendum non habuerunt, nam huius legis verba ostendunt harum omnium personarum eandem rationem esse, ut & in cæteris ferè omnibus eodem iure censei solent l. Fulcinius 7. §. plane interdum infr. quib. ex caus. in poss. eat. l. furiosus 46. De oblig. & act. & ratio iuris illa omnibus personis istis æque conuenit, quod alienandi potestatem nullam habeant. Differentia quidem est inter pupillum pecuniam mutuam accipientem, aut aliquid promittentem, & furiosum vel prodigum, quod isti ne quidem naturaliter obligentur. Pupillus verò etiam sine tutore naturaliter obligetur, ut iam diximus, sed inter pupillum soluentem, & furiosum vel prodigum nihil omnino interest, nec magis pupillo quam furioso datur, aut prodigo conditio indebiti, quam cum soluit tutore auctore quod sine tutoris auctoritate stipulanti promissit: quomodo accipi debet, quod scriptum est in d. l. quod pupillus 41. infr. nam cum persona hoc casu non possit locum facere repetitioni, necessarium est aliud medium inducendæ conditionis, indebitum scilicet, ut Bartolus bene vidit, qui hanc legem melius quam alius quisquam ex veteribus glossatoribus explicauit, licet non bene in omnibus, nam quo casu siue pecunia siue alia res quaslibet à pupillo vel furioso vel prodigo soluta vindicari possit eo casu si consumpta sit, conditio indebiti locum habere nequit, ut male Bartolus putat, sed quo casu nec si extaret, vindicari possit ob factam dominij translationem, eodem casu condicenda est siue extet siue consumpta sit, & quidem cõdictione indebiti, nunquam verò condicione sine causa, non enim sine causa penes aliquem esse potest videri, quod solutum est tanquam debitum, licet fuerit indebitum, quamuis latius pateat conditio siue causa quam indebiti l. 2. in §. vbi dicitur us infr. tit. prox. Et tamen, quod diximus furiosum & prodigum non obligari naturaliter, neq; fideiussore pro iis accipi posse, obstat valde quod scriptum est in l. Marcellus 25. infr. De fideiuss. vbi tractatur de fideiussore, qui pro pupillo sine tutoris auctoritate obligator & pro furioso vel prodigo interuenit Sed dicendum est, quod nos docuimus in libris coniecturarum, abundare in illa lege dictionem obligator, & intelligendū esse Marcellum de furioso & prodigo ritè obligatis, & pro quibus

fideiussor accipi poterit, sed qui tamen fideiussore dederint sine auctoritate curatoris, sicut & de pupillo qui fideiussore dedit sine auctoritate tutoris. Quo casu non obligantur fideiussori actione mandati, quamuis fideiussor ipse sit obligatus. Obstat etiam huic legi valde creditur, quod Marcellus scribit in l. si eius pupilli 64. infr. ad S. Trebell. Si eius mihi restituta sit hereditas qui pupillo sine tutoris auctoritate crediderat, & soluerit mihi pupillus, non posse illum repetere: id enim necessarium licet accipiendū est, si pupillus soluerit tutore auctore: semper enim supponendi sunt termini habiles l. vi gratiam 11. §. 1. infr. De muner. & honor. & quoties à pupillo aliquid promissum vel solutum legitur, pupilli quoque tutori interuenisse debemus intelligere, cum pupillus præsens, si tutoris quoque auctoritate præsentem non habeat, pro absente habendus sit d. l. pupillus 10. infr. quib. ex caus. p. §. ar. l. si non expedierit 6. §. 1. De reb. auct. iud. possid. Alioquin certe persona pupilli faceret locum repetitioni, ut in hac lege scriptum est, etiam si tale sit debitum quod crederet per inficiationem, quia licet in eo debiti genere conditio locum non habeat quæ indebiti est l. ea qua 4. C. hoc tit. hæc tamen conditio cui persona locum facit, emper & in omnibus habet locum, neque Accursius neque Bartolus hinc euoluere se potuerunt, quia legem hanc de condicione indebiti intellexerūt, distinguentes ius commune à speciali beneficio restitutionis in integrum, quod in hac questione omnino ridiculum est. Plane quamuis verissimum sit, quod hæc lex alia res quamlibet à pupillo facere locum repetitioni, si tamen aut civiliter aut naturaliter debitum fuit, quod pupillus soluit, prodest ei solutio, non tantum ad acquirendam condictionem, sed etiam si malit ad liberationem, quandoquidem ipsius interest ab obligatione qualibet etiam naturali liberari l. quod si furti 14. §. vlt. l. si pupilli 66. infr. De solut. Verum enim est factum eius pecuniam ad creditorē peruenisse, ut Vlpianus subtiliter disputat in l. non omnis 19. §. si pupillus ubi diximus supr. De reb. cred. Habet igitur electionem pupillus vtrum malit liberari, an condicere. Vtrumque enim beneficium ex eadem solutione consequi certe non potest l. si non sortem 16. §. si centum & §. si decem supr. l. qui hominem 34. §. vlt. infr. De solut. illud postremū ex hac lege notandum est, latius patere nomen repetitionis quam condictionis, repeti namque dicitur etiam quod vindicatur, nec tamen condicatur, sicut & latius patet generale nomen condictionis simpliciter quam speciale condictionis indebiti.

30. IDEM libro 10. Disputationum.

Qui inuicem creditor, idemque debitor est: in his casibus, in quibus compensatio locum non habet, si soluit, non habet condictionem, veluti indebiti soluti: sed sui crediti repetitionem.

Ad l. Qui inuicem 30.

RAT. DV B. Aut inuicem quis debitor & creditor est, ex vna eademque causa puta ex contractu venditionis vitro citroque obligatorio, aut ex variis & separatis causis, puta si debeam tibi centum ex causa mutui, tu verò mihi totidem ex causa depositi, priore casu siue venditor rem tradat ante solutum sibi precium, siue emptor precium soluat ante rem sibi traditam certum est tutum illum

fuisse exceptione perpetua ne aut rem tradere, aut precium soluere prior cogeretur l. Iulianus 13. §. offerri infr. De action. empt. quæ exceptio non potest esse non favorabilis, cum ex contractu ipso nascatur. Sunt enim exceptionem hæc omnium fauorabilissime, quas pragmatici nostri viscerales vocant, quod ex ipsis instrumenti visceribus proficiantur, atquin is qui exceptione perpetua eaq; fauorabilis tutus est, si soluat repetit. l. qui exceptio 10. infr. hoc tit.

Ergo in hac specie locus est conditioni. Posteriore autem casu cum ex separatis causis, id est debitor & creditor si compensationi locus sit, æquæ verum est, fuisse illum tutam exceptione perpetua & favorabili, cum nulla sit favorabilior compensatione quæ etiam solutionis vim obtinet, ac proinde conditioni indebiti locum esse, quando quidem non potest manere debitum quod vel solutum vel pro soluto habendum est. Ex l. si ambo 10. §. 1. *infr. de compens. l. si constat. C. eod. Et ita Bart. existimat ex l. quod dicitur 5. §. pen. *infr. de impetr. in reb. dot. fact.* Si verò compensationi locus esse non possit, fortassis debite speciei ad quantitatem aut ex causa depositi, & aliis multis casibus, quos hic Accursius congerit ex l. vlt. C. de compens. l. pen. C. deposit. adhuc tamen verum est eum qui solutionem accepit potuisse reconueniri & mutua petitione inquietari, dum ne post litem contestatâ l. um Papinianus 14. *in iud. Auth. & consequenter C. de sent. & interloc. omn. iud. cuius reconventionis & mutua petitionis privilegium illud est, vt vna eademq; sententia terminari debeat & ab eodẽ iudice l. v. §. 2. *sup. de quib. reb. ad eund. iud. eat.* vbi diximus, l. v. §. vlt. *infr. Quo sent. in appell. rescin. poss. & apud Gratianum Ti. de mut. pet.* Ergo dicendum est, omni casu posse illũ qui soluit condicere, ne vel compensationis vel mutua petitionis obiciendæ facultatem & privilegium amittat, præsertim cum nulla ex eo fiat iniuria ei qui solutionem accepit siquidem in eã causam reponatur in qua erat ante solutionem & in qua esset hodie si solutio facta non esset arg. l. si index circumuento 42. *sup. de minor. l. cum te 6. C. de pact. *infr. emp. & vend. De c. No potest repeti conditione indebiti id quod verum est, debitum fuisse cum solueretur, atqui non eo minus verum est, me tibi centum debuisse, cum ea soluerem quod tu vicissim totidẽ mihi deberes: cum ergo debitum acceperis, & hoc ipso debitorem amiseris, nulla dandæ mihi conditionis ratio superest, maximè cum hoc ipso locupletior factus sim per solutionem, quod à te sum libertus l. si pupilli 66. *in si. *infr. de sol. nec semel extincta obligatio restitui possit aut debeat l. qui res 98. §. aream de sol. Sati q; mihi esse debet, quod cum sim tuus creditor, eam pecuniã possim à te petere quam tu mihi debes. Non enim potest fieri contributio inuicem debiti & crediti, quæ compensationis diffinitio est l. *infr. de compens. quin locum habeat compensatio: quod cum accidit, tum verò quod ante fuit debitum, hoc ipso fit indebitum quod compensationis iure habetur pro soluto: ideoque conditioni indebiti eo casu locus est, nec de mutua petitione tractandum quicquam*******

31. IDEM libro 1. Opiniorum.

IS, qui plus, quam hereditaria portio efficit, per errorem creditori cauerit, indebiti promissi habet conditionem.

Ad l. Is qui plus 31.

RAT. DVB. Repetitio nulla est ab eo, qui suum accepit licet alius soluerit, quam qui solueret debuit l. repetitio 44. *infr.* Ergo nec repetitio vlla esse debet ab eo cui promissum est, quod ei debitum fuit, licet alius promiserit, quam qui debuit. Atqui cum debitori duo heredes extiterunt, quamuis diuidatur obligatio inter heredes ex lege 12. tab. pro hereditariis portionibus, verum tamen est creditori hereditario debitum fuisse totum, ac proinde non fuisse

superest, neque volo cum Bartolo distinguere an compensatio fiat ipso iure, an facto hominis, nam sicuti factum hominis semper necessarium est, quantum ad hoc vt compensatio obiciatur, [nec enim per iudicem suppleri vnquam potest, cum etiã quæ compensat petere videatur l. amplius 15. *infr. rat. reme habet.*] ita & compensatio ipsa fit semper ipso iure, præsertim hodie post l. vlt. C. de compensat. quamuis olim non nisi per exceptionem doli opponi posset in iudiciis strictis ex Diui Marci constitutione §. in bone fidei *instit. de act.* Idque est, quod Papinianus dicebat in *linter tutores 36. de admin. tutor. æquitatem meum ius compensationis inducere, lunct. d. l. si ambo 10. §. 1. *infr. de compens. d. l. si constat. C. eod.* Neque verò distinctio illa Bartoli conuenit verbis huius legis, quæ distinguunt duntaxat an compensatio locum habeat necne, non etiam vtrum ipso iure fiat an facto hominis, nam hæc lex ad eum casum pertinet, quo non possit compensatio habere locum neque de iure neque, vt ipse loquitur, de facto. Proinde absurda, ne dicam stulta est quæstio illa Bartoli, cur non habeat conditionem is, qui tutus est exceptione compensationis cum sit exceptio & perpetua & favorabilis, nec subtilior responsio, quam adfert quod compensationis exceptio ita exceptio est, vt sit etiam actio. Quasi verò ob id minus favorabilis esse debeat, cum è contrario dicendum sit, potius tanto favorabiliorem eam esse debere. Interest enim illius qui compensandi ius habet, vt retentionem habeat aut liberationem potius quam petitionem, retentionem si ei solutum sit, liberationem si soluerit, & in omni parte iuris facilius datur retentio sit quam persecutio l. 1. *infr. de pignor. l. 1. §. is autem *infr. de superfic. l. inuitus 156. §. 1. *derog. iur.* Cur ergo compensationis exceptio, quæ omnium favorabilissima est, ob id minus valeat ad inducendam conditionem indebiti, quam cæteræ quas Bartolus proprias vocat, quod etiam actionis vim habere possit? Nec alia lex quærenda est quæ apertius hanc hæc probet eum, qui tutus exceptione compensationis soluit posse indebitum condicere, quam quam hoc idem ipsum scriptum est in d. l. si ambo 10. *vers. simili modo in *infr. de compensat.* quod & Bartolus fatetur cogitur eo casu quo debitum cuius nomine opponi, compensatio poterit naturale fuerit tantum, ita admittens deteriores esse causas hac parte creditoris cui & ciuilitè & naturaliter debitum fuerit, quam eius cui naturaliter duntaxat quod absurdissimum certè est.****

se indebitum quod ei promissum est. Igitur si vnus ex heredibus cum ex dimidia tantum parte heres esset, totam quantitatem à defuncto debitam promiserit creditori, quamuis per errorem non debet habere conditionem promissi indebiti, multo minus incerti, cum certa sit quantitas, quæ & ab eo promissa, & creditori debita est. De c. Quamuis debitum sibi quis recipiat, tamen si is cui dat non debitum dat repetitio competit l. si pene 19. §. 1. *suprà hoc tit.* Scilicet cum suo nomine soluit non alieno, vt ibi explicauimus. Ergo quamuis debitum sibi quis

quis stipuletur, si tamen is qui promittit, indebitum promittat, dummodò suo nomine non alieno habere debet repetitione indebiti promissi. Hoc verò cuenit cum vnus ex duobus debitoribus hereditibus plus promittit quam efficiat portio eius hereditaria: non enim plus debet quam pro qua parte heres est quasi diuisa debitoris hereditate ex lege duodecim tabularum in tot hereditates quot sunt heredes d. l. 1. C. si cert. pet. l. vlt. C. de hered. actio. l. 1. §. 2. C. si vnus ex plurib. hered. debet. vel cred. §. 1. *l. *sup. de leg. falcid.* Proinde si quid cauerit & promiserit, non quidè pro coherede, sed suo nomine per errorem quasi aliquid amplius ipse debere supra portionem hereditariam condicere promissum indebitum poterit, & quidè conditione non sine causa, vt malè putat Accursius, sed indebiti & præterea incerti. Est enim, vt sæpius in hoc tractatu monuimus, duplex conditio indebiti, vna certi, quoties id quod condicetur certum est l. certum 7. l. certi conditio 9. *sup. de reb. cred. altera incerti, quoties incertum illud est quod in conditione venit vt in l. qui exceptionem 42. §. si pars *infr. hoc tit. l.***

32. IULIANVS libro 10. Digestorum.

CVM is, qui Pamphilum aut Stichum debet, simul vtrumque soluerit: si potest aquam vtrumque soluit, aut vterque, aut alter ex his defuerit in rerum natura esse: nihil repetet. id enim remanebit in soluto, quod superest.

Ad l. Cum is 32.

RAT. DVB. In obligatione alternatiua non vtraque res in obligatione est, sed alterutra duntaxat l. 2. §. Scaevola *infr. De eo quod cert. loc. l. per unque 10. in fin. De iur. dot.* Ergo cum is qui Stichum aut Pamphilum debebat vtrumque soluit, fatendum est alterutrum indebitum fuisse, & indebitè solutum, ac proinde si alte ex his postea decesserit alteri qui superest posse condici. Planè si ambo decesserint dubitationem res non habet quin verum sit, quod Iulianus hic scribit nihil repeti posse nisi forte vellet quæ dicere condici etiam hoc casu posse alterutrum astimationem, postquam placuit aliud posse solui, aliud condici & astimationem rei soluta posse repeti vt in l. si non fortem 26 §. libertus *suprà hoc tit.* Sed hoc in proposito dici non potest, quia tunc ad astimationis conditionem recurrendum est, cum alioqui fieret vt is qui solutionem accepit locupletaretur ex aliena iactura vt in specie d. §. libertus, quomodo hic Bartolus rectè notat, quod in specie proposita nõ euenit, quia ex morte perempti hominis lucrum percipi nullum potest, adeoq; nec hominis ante mortem perempti astimatio vlla est l. in actionibus 5. *vers. planè *suprà. De in lit. ur.* Proinde si ambo qui soluti sunt mortui sint, nihil est quod de ipsorum corporum aut de astimationis conditione tractari possit. De c. Non tam solutionis quæ conditionis tempus spectandum est, cum quaeritur quid veniat in hanc indebiti conditionem, quia id demum condicetur non quod ab initio indebitè solutum fuit, sed quod iudici accipiendi tempore inuenitur indebitum penes eum qui solutionem accepit, vt sæpius in hoc tractatu diximus, atqui cum ambo qui soluti sunt, decesserint ante propositam conditionem, nihil est quod condici possit, quia nec uicquã est, ex quo is cui solutum est locupletior factus sit, cum verò alteruter tantum decesserit, alter superest, qui licet faciat creditore occupatiorem, indebitum solutus dici non potest quia verum est alterutrum debitum fuisse: nec quicquã causetur est, cur debitis fuisse videatur ille magis, qui mortuus est, quã*

quod si nulla 72. De leg. 1. l. si heres 5. *in si. *infr. De act. emp. l. 2. §. aliud iuris erit & seq. *infr. De don. l. 3. C. hoc tit. in proposito autem incertum est quod condicetur, quia etiam si summa quæ & creditori debita & ab vno ex coheredibus promissa est, certa sit, non tamen ipsa condici potest, cum soluta non sit, sed promissio condicenda esset, si factum condici posset, at quoniam facta condici non possunt l. naturalis 5. §. sed si faciam *infr. De præscr. verb. eod. deueniendum necessario est, vt liberatione conditioni oporteat id est in id agi, vt creditor cui per errorem indebitè cautum est, liberet debitorem, & acceptum ei faciat, quod supra portionem hereditariam promissum ab eo fuit, vnde fit vt aliquando ad id agatur, vt debitor à tota promissione liberetur, aliquando, vt à parte tantum obligationis, quatenus nimirum indebiti promissum est inue in totum sive pro parte l. qui sine causa 3. *infr. ti. prox. cum verò liberatio sit facta, facta verò omnia sine incerta l. vbi autem 7. §. qui id quod in faciendo *infr. De verb. oblig. merito hæc incerti conditio dicitur non certi.******

ille qui superest, cum non magis mortui quã superstitis dominium creditori acquisitum fuerit, vt dici possit ei res suam perisse ex l. qua fortuitus 6. & l. pignus 9. C. de pign. act. nõ enim traditio sufficit ad transferendum dominium, alioqui cum vterque traditus sit dicendum esset vtriusque dominium in creditore translatum fuisse: quod tamen euidenter falsum est, cum alteruter duntaxat debitus fuerit, traditio autè sola & eius rei quæ nullo iure debita est dominium transferre non possit tantquam quæ sit nuda l. numquam nuda 31. *infr. De acquir. rer. dom.* et si verò alteruter debitus fuit, quia tamen incertum est, qui ille fuerit vterque soluto, fatendum est neutrum dominium translatum fuisse incipientem atque ita vtriusque dominium mansisse debitoris, cui proinde eum qui mortuus est perisse necesse est, eum verò qui superest remanere in soluto penes creditore, ne alioqui dum ei vtrumque dare volumus, vtrumque ipsi denegemus: aliud esset si quis decem aut Stichum debuisset. Non enim quantitas quæ in genere debetur perire vnquam potest l. incendium 11. C. si cert. petat & ideo si debitor & decem & Stichum soluerit, nullus quaestioni locus relinquitur quãdiu Stichus viuit, nisi quod illa emergit quaestio vtri danda sit electio in repetitione an debitori qui ab initio electionem habuit vtrum pecuniã an Stichum dare mallet, an potius creditori qui vtrumque accipiendo constituit se alterutrum restituendi debitor. In qua quaestione constat assentientes fuisse veterum prudentum sententias, & Iulianum quidè cuius est hæc lex debitori electionem dedisse repetendi quem vellet, quoniam ab initio dandi quem vellet, electionem habuisset. Quam sententiam & Papinianus quoque secutus est, & Iustinianus tandem comprobauit in l. penult. C. hoc tit. explosa Vlpiani & Celsi contraria opinione, de qua scripsimus ad l. si non fortem 26. §. si decem *suprà eod.* Hæc verò sententia longè minus dubitabilem efficit huius legis quaestionem, nam cum is qui Stichum aut Pamphilum debebat vtrumque soluit, & Stichus postea decesserit, an non stultus esset creditor, si mallet eligere Stichum mortuum eumque sibi in solutum retinere, & Pamphilum superstitem

reddere? Quamquam nec electio ista proprie dici potest, cum alter decessit, alter vero superstes est, cum mortui estimatio nulla sit, quæ præstari possit, ut modò diximus, nisi ponas decessisse Stichum post mortem debitoris, quo casu si electio creditoris fuit, & Stichus post electionem ab eo factam debitore in mora constituto decesserit, perinde solus ille qui decessit petendus est, ac si solus in obligatione deductus fuisset. *Stichum aut Pamphilum 95. in princ. De solut.* ubi Papinianus addit, si è contratio promissoris fuerit electio, defuncto altero eum qui superest æquè peti posse, non enim qui electionem habet, utrum ex duobus quem nolet soluat, facere tamen potest ut nihil soluat. *l. 2. §. Scavola in fr. De eo quod cert. ius. satis tamen est creditori, quod alterum qui superest petere possit, nec præterea illud etiam indulgendum ei est, ut possit si malit, defuncti hominis precium petere, quia debitoris mora facere quidè potest, ut qui mortuus est, vivere existimetur ad perpetuandam obligationem. l. si servum 9. §. sequitur & §. vlt. De verb. obligat.* at non etiam ut in creditore transferatur electio quæ ex stipulationis lege & ab initio fuit creditoris. Quid ergo si post solum vtrumque, Stichum & Pamphilum creditori, cui alteruter duntaxat debebatur, creditor conditione indebiti conuocatus in alterutro reddendo moram fecerit, quia neutrum reddere voluit, atque ita Sti-

1 ¶ Fideiussor cum paciscitur, ne ab eo pecunia petatur, & per imprudentiam soluerit: condicere stipulari poterit. & ideo quia reus quidem manet obligatus: ipse autem sua exceptione tutus est. nihil autem interest, fideiussor an heres eius soluat. quod si huic fideiussori reus heres extiterit, & soluerit: nec repetet, sed liberabitur.

Ad §. 1. Fideiussor.

RAT. DVB. Fideiussor qui pactus est ne ab eo pecunia petatur, non ideo liberatus est ipso iure, sed acquirit tantum sibi exceptionem pacti si conueniatur, quia conueniri adhuc potest cum remaneat ipso iure obligatus. *l. fideiussor 23. l. si vnus 27. §. pactus ne peteret, & pass. sup. De pact.* Ergo si postea per imprudentiam soluat, non potest condicere id quod soluit tanquam indebitum, cum ciuilitè id debuerit. Tantòq; minus quod non ideo futurum est, ut ex ipsius iactura creditor locupletetur, siue creditoris personam respicias qui verè creditor est, & cui salua remanet actio eaq; efficax contra reum principalem, cui pactum fideiussoris prodesse nullomodo potest. *l. fideiussoris siue ipsius etiã fideiussoris qui regressu habiturus est aduersus reum, & omne id quod soluerit repetiturus aut mandati actione aut negotiorum gestorum l. ex mandato 20. §. 1. in fr. mand. De c. Quisquis exceptione perpetua, eaq; fauorabili tutus est si soluat per errorè facti aut quod effectu idè est per imprudentiam, ut Iulianus hic loquitur, potest conditione indebiti solum repetere. *l. qui exceptionem 40. in fr. hoc tit.* Atqui pactum de non petendo factum cum fideiussore, siue in re sit, siue in personam, dummodò non sit temporale, parit exceptionem pacti perpetuam fideiussori, quamuis non profit reo. *l. si fideiussoris l. si quis reum 5. in princ. & §. 1. in fr. De liber. legat.* Ergo cum exceptione perpetua tutus sit, potest condicere, nec eo magis prohibendum est, quod à reo possit alia actione id ipsum repetere, sicut enim ea res nullam contra eum actionem tribuere potest. *l. nequò ideo 171. De reg. iur.* ita nec ei competentem adi-*

chus postea decesserit superstite Pamphilo? Respondet Bartolus, obligatum esse hoc casu creditorem, ut vel defuncti Stichi precium restituat, vel superstitem Pamphilum, non recedens, quia secundum Iuliani nostri & Papiniani sententiam electio remanet debitoris etiam postea quam vtrumque soluit, quæ electio ei adimi per creditoris moram non potest, ne alioqui melior condicio sit morosi quam non morosi creditoris. Proinde dicendum est solum Pamphilum qui superest, solum hoc casu posse, nisi malit debitor Stichi post mortem defuncti precium consequi. *arg. d. l. Stichum aut Pamphilum.* Sed si contrarium Vlpiani & Celsi opinionem sequamur, qui electionem quam debitor ab initio habuerat, transferebant in creditorem, erit omnino admittenda Bartoli sententia, ea ipsa ratione quam supra reddidimus. Cæterum ponimus cum Iuliano verumq; seruum pariter & eodem tempore solum fuisse, quoniam si alio atq; alio tempore solutio facta proponeretur, dicendum esset eum solum videri solum indebitum qui posterior solutus fuisset, & idcirco eum quoque solum repeti posse conditione indebiti, non etiam defuncti Stichi estimationem, cum Stichi præstatione contigerit liberatio, nec proinde alij quam domino suo perire Stichus poterit, diximus. *ad l. cum duo 25. sup.*

mere potest conditionem, alioqui posset contingere, ut in dano moraretur si forte rei principalis inopia mandati vel negotiorum gestorum actione inuilem redderet. *l. nam 6. sup. De dolo.* nihil autem refertan fideiussor ipse soluerit, an heres eius: quamquam enim pactum nullum de non petendo inter creditorem, & fideiussoris heredem intercessit, quæ ad hunc versiculum dubitandi ratio est: pacti tamen exceptio, quæ viuo fideiussori prodesse potuit, & cõpetiit, transit in heredem, & consequenter ius conditionis quod ex perpetua illa exceptione inducitur, nisi pactum sit merè personale. *l. si tibi decem 17. §. si quis paciscatur & l. idem in duob. 25. §. 1. sup. De pact. plane reus manet obligatus, ut hic Iulianus scribit, nec tantum ipso iure, sed etiam in effectu, cum nulla exceptione tueri se possit, quia pactum fideiussoris reo prodesse, ut diximus, non potest. *l. fideiussor.**

a Quod si huic fideiussori reus heres extiterit. RAT. DVB. Sicut alia est persona rei, alia fideiussoris, ita obligatio alia huius alia illius, ut ex eo apparet, quod proximè diximus, si cum fideiussore pactum sit de non petendo, reum manere obligatum, fideiussorè verò propria exceptione tutum esse, idèq; si de iussorem posse condicere quod soluit, reum non posse: ergo si huic fideiussori qui exceptione pacti tutus fuit, reus heres extiterit, & soluerit, perinde dicendum est posse eum condicere ex persona fideiussoris defuncti, quamuis ex propria non possit, atq; possit fideiussor ipse si viueret. Quæ admodum, n. persona defuncti, & heredis vna eademq; esse intelligitur. *Nov. 48. De iur. iur. à mort. præst.* ita & heredem necesse est vti posse iure defuncti, cum nihil aliud sit hereditas, quam successio in vniuersum ius, quod defunctus habuit. *l. hereditas 62. De reg. iur. l. nihil*

l. nihil aliud De verb. signifi. Proinde nec liberatus videri reus potest per solutionem à fideiussore factam cum nec fideiussor ipse solvendo se liberauerit, sed è contrario conditionem sibi acquisiuerit, quæ quoties competit, toties liberationem excludit, cum vna eademque solutio & liberationem, & conditionem simul parere non possit. *l. si non forem 26. §. si centum & §. si decem sup. l. si fideiussor 59. in fr. l. qui hominem 34. §. vlt. l. cum quis 38. §. 1. & seq. in fr. De solut. De c.* Cum reus fideiussori heres extitit, obligatio fideiussoria confunditur, quia non potest idè pro seipso apud eundem esse obligatus. *l. cum reus 14. l. heres à debitorè 21. §. seruo tuo in fr. De fideiuss.* Maiorem obligatio tollit minorem, inquit. *l. debitori 50. eod. tit. l. si duo 93. De solut. l. si reus 13. De duob. reu.* Sola itaque superest principalis obligatio, pro qua licet nihil solutum sit, cum & fideiussor solus soluerit, & in solam causam fideiussoriam sublata tamen per confusionem obligatione fideiussoria solaque manente principali, necesse omnino est ut in causam principalis obligationis cedat solutio, atque ita extinguat principalem obligationem. Quo admissio vtrumque statum consequitur, ut & reus liberetur perinde ac si soluisset, & conditionem habere nullam possit, ex supradicta iuris regula quæ non patitur, ut eadem solutio & liberationem pariat, & conditionem: quamuis non sit nouum, ut eadem solutio proficiat in varias causas ex diuersis respectibus promanantes, quæ proinde nec contrariæ sint nec incompatibiles, ut in *l. in numerationibus 44.* ubi exempla proponuntur. *in fr. De solut.* Miror verò Accursium & Bartolum hic quarere, an si agatur conditione indebiti ratione eius quantitatis soluta, quæ naturaliter tantum debebatur, possit condi-

2 ¶ Mulier, si in ea opinione sit, ut credat se pro dote obligatam, quidquid dotis nomine dederit, non repetit. sublata enim falsa opinione, relinquitur pietatis causa, ex qua solum repeti non poterit.

Ad §. 2. Mulier.

Non displicet quod post Cuiacium quidam malunt hic legere mater. Non enim quælibet mulier pietatis causa dotem pro alia muliere constituere intelligitur, sed ea tantum quæ mater est, aut auia, quæ filiam vel neptem dotare interdum etiam cogitur, nimirum si patris aut aui bona vel nulla sint, vel non sufficiant. *leg. neque mater 14. Cod. de iur. iur.* Officium enim paternum non maternum est lotare filiam. *leg. vlt. C. de dot. promiss. l. capite 19. in fr. l. vlt. nupt.* Sed tamen negari non potest quin officio pietatis fungatur mater, aut auia, quæ filiam vel neptem dotat. *arg. leg. Nesevinius 34. sup. de negot. gest. & hoc demum casu dotis causa pia dici potest, non tiam si persona extranea dote dederit aut proniserit.* In quo errant vulgo, qui tradunt indistinctè causam dotis piam esse, aut pia causa æquipandam. Ergo si mater in ea opinione sit, ut credat se pro dote filia suæ obligatam, cum non esset, doteque soluerit, aut aliquid dotis nomine dederit, egat Iulianus repetere eam posse. Ratio dubitanti est, quia sola matris opinio non potest facere dote debitam, quæ verè indebita est: plus enim est re quam in opinione, ut & in *§. si quis rem suam Instit. de legat.* Et erronea soluentis opinio indebiti conditionem inducit potius, quam excludit, in *l. qui se debere 7. leg. si donaturus 9. §. 1. sup. de con. F. caus. dat.* Quidni ergo conditioni locus esset: Sed ratio decidendi est, quæ in textu præ-

Tom. III,

ctiõni obliçi compensatio, ex *l. etiam 6. in fr. De compensat.* Quæstio enim supponit falsum, id scilicet quod naturaliter duntaxat debitum fuit, si solum sit posse repeti conditione indebiti, quod nos iam sæpius refutauimus: præsertim ad *l. 1. sup.* sed illud magis miror, quod negant posse compensari apertè contra *l. etiam 6. De compensat. l. 3. §. pupillus sup. De negot. gest.* & alias innumeras, quæ volūt etiam id quod naturaliter tantum debetur, perinde compensari posse, atque id quod ciuilitè quoque debeatur. Sed ut error ex errore nasci solet, postquam in eo errarunt, quod conditionem indebiti dandam putant si pecunia soluta non nisi naturaliter debita fuerit, ita & in hoc errore coguntur, ut denegent compensationem, ne quod vna via fieri prohibitum est, iniquum, altera concedatur contra. *l. si re oportet 21. §. 1. in fr. De tutor. & curat. dat.* & ne alioqui leges quæ dicunt, id quod naturaliter duntaxat debitum fuit, si soluat postea repeti, cum tamen nulla omnino adferri lex possit quæ hoc probet, non tã rebus quam verbis impouit videantur, contra *l. 2. C. commun. de legat.* Sic fit ut ex quatuor effectibus naturalis obligationis, quos alibi recensuimus, duo isti tollantur, qui sunt præcipui, & quorum vnus ille est, ut impediat repetitionem soluti. *l. 3. §. vlt. quod quisq. iur. alter ut inducat compensationem d. l. etiam.* Proinde cum negari non possit, quin compensandum sit, quod naturaliter tantum debetur, debentur potius interpretes absurdi illius euitandi gratia quod verentur, priorem errorem abiicere, & facerent quod nos volumus, nec posse condici naturaliter debitum, quod potest compensari. iunge *l. si fideiussor 29. §. non malè & §. vltim. in fr. mandat.*

ponitur, quod sublata falsa opinione superest causa pietatis, ex qua solum repeti non potest. *l. & si quis 14. §. interdum 7. sup. de religiof. & sumptib. funer. d. l. Nesevinius.* nisi in casu valde singulari. *leg. parrem 16. C. de nupt.* Planè si mater tutrix fuerit, & dotem tanquam tutrix dederit, nullus quæstioni locus relinquatur, an suo nomine possit condicere, quod non suo nomine soluerit. Sed & in dubio credenda est, ex officij sui necessitate potius quam ex causa pietatis dotem constituisse, & ex filia bonis paternis potius quam ex suis. *d. l. Nesevinius l. cum plures 11. §. cum tutor. leg. cum post 43. §. 1. in fr. de admin. tutor.* Ergo in muliere extranea quæ dotem quasi à se debitam pro alia muliere soluisset, responsum hoc Iuliani locum non haberet, cessante scilicet eo casu pietatis causa qua sola mouetur Iulianus: quamuis contra hic noster putet Accursius, nisi cum intelligas cum Bartolo de sorore, quæ dotem det sorori, aut de nutrice quæ det alumnae, aut etiã de muliere omnino extranea, sed diuite quæ dotè dederit mulieri pauperi, fauore ac intuitu paupertatis ex Bart. in *l. alio in fr. de alim. legat.* Alia quæstio est quæ idè Accursius proponit si mulier aliqua pro alia muliere dotè promiserit, siue per fideiussionem, siue alio quouis modo, nemo enim dubitat quin rectè obligetur & efficaciter, nec Velleiani exceptione se iuuare hoc casu possit. *l. si dotare 12. l. vlt. C. ad sc. Velleian. Causa enim dotis licet nõ semper sit pia, semper tamen est fauorabilissima propter admixtam causam.*

KK 3

& vtilitatem reipublicæ l. 2. *inf. de iur. dot. l. 1. solut. ma-
rim. l. interst. 18. de reb. auct. iudic. possid. aliis l. 3. de pri-
uileg. credit.* Hoc verò cum accidit, nemo dubitat,
quod omne id quod mulier obligata pro dote alteri-
us mulieris soluerit, repetere possit actione man-
dati vel negotiorum gestorum, vt alius fideiussor
quilibet l. ex mandato 20. §. 1. & pass. *inf. mandat. l. unct.
d. l. cum post §. 1. de admin. tutor.* Est igitur hic Iuliani
locus intelligendus de matre vel auia quæ putabat
se teneri suo nomine ad dotem pro filia vel nepte

3 ¶ Qui hominem generaliter promissit, similis est ei, qui hominem aut de-
cem debet. & ideo si cum existimaret se Stichum promississe: eum dederit: con-
dicet: alium autem quemlibet dando, liberari poterit.

Ad §. vlt. Qui hominem.

RAT. DVV. Quemadmodum hominis legatum
orationis compendio singulos homines, vt Papi-
nianus loquitur in l. Manius 66. *duorum de legat. 2.* ita
& hominis promissio generaliter facta per stipula-
tionem. Eadem enim hac par ratio est stipulatio-
nis quæ legati, vt ibidem scriptum est, quamuis pu-
gnare videatur quod Marcellus scribit in l. qui de-
cem 72. §. Stichum aut Pamphilum *inf. de solut.* De cui-
us tamen sententia & emendatione videnda sunt
quæ scripsimus lib. 2. *Coniect. cap. 15.* Atqui is qui
hominem certum puta Stichum aut decem debet,
si putans se Stichum præcisè debere Stichum sol-
uerit, non potest eum repetere, quia verum est eum
soluisse id quod verè debuit l. si is cui 19. *eod. tit.* Ergo
& si is qui hominem generaliter promissit, si putans
se Stichum debere Stichum soluerit, non magis re-
petere illum poterit, quia debitum dedit, longè quæ
alia causa est eius, qui putans se Stichum aut Pam-
philum debere, cum Stichum solum deberet, sol-
uit Pamphilum. Hic enim repetet, quia soluendo
Pamphilum nec soluit, quod debuit l. si pœna 19. §. si putem
supr. hoc tit. vbi diximus. DE C. Qui hominem gene-
raliter promissit, similis est ei qui hominem æquè in
genere & incertum, aut decem promissit. Generise-
nim debitor perinde habet electionem, quem ex
hominibus certis velit soluere, ac si omnes eos sub
alternatione promississet l. 2. §. 1. *de verb. oblig.* quamuis
sit debitor generis purè. At qui in obligatione alter-
natiua generis certi aut quæritaris, si quis vnâ rem
ex pluribus eiusdem generis soluerit, potest repe-
tere, si eam soluerit quasi solum debitam, quia nec
verè fuerat debita in specie. Dixi, si in obligatione
alternatiua sit genus, vt in exemplo quod hic adfert
Iulianus, si quis hominem aut decem promissit,
nã si in alternatiua obligatione sint duæ species, pu-
ta si quis Stichum aut Pamphilum promissit, licet
solum Stichum debere se crediderit, si tamen eum
soluerit, non repetit d. l. si is cui quia verum est de-
bitum eum fuisse, cum in obligatione alternatiua
vtraque species ponatur ad obligationem l. si duo
128. *inf. de verb. oblig. d. l. qui decem 72. §. Stichum aut
Pamphilum de solut.* Quod in obligatione generis di-
uersum est, nullus enim certæ speciei debitor est,
qui generis debitor est, vt bene ac subtiliter Barto-
lus post Accursium argumentatur. Ideo quæ obser-
uandum est, quod Bartolus non vidit, non ita scri-
bere Iulianum, vt dicat eum qui hominem genera-
liter promissit similem ei esse qui Stichum aut Pam-

dandam, non de ea muliere quæ soluerit sciens, aut
putans se pro alia muliere obligatam, vt bene con-
cludit Accursius. Nam si pater ignorans filiam di-
uertisse dotem ex causa promissionis numerauerit,
habet tamen conditionem indebiti, sed de dote
agere debet l. si pater ignorans 41. *inf. solut. matrim.*
Nempe quia non fuit indebita dos, quæ promissa
erat, neque diuertium, quod pater ignorauit, facit
eam indebitam, sed reddendam actione de dote,
soluta quippe matrimonio.

philum debet, sed ei qui hominem in genere aut
decem. Hic namque non magis Stichus debitor est,
quàm si hominem duntaxat generaliter promissis-
set. Quid enim potest adiectio illa facere aut decem
vt Stichus debeatur? Bona igitur Iuliani illatio est,
quæ subiicitur in illis verbis, *Et ideo si cum existimaret
se Stichum promississe, eum dederit, condicet.* Nam et si ho-
minem in genere aut decem promississet, idem con-
tingeret, neque necesse est, vt cum Accursio & Bar-
tolo existimes dictionem idè non suo loco positam
esse, ac sublata ea legendum & si cum existimaret se
Stichum promississe, eum dederit, mox reponendam di-
ctionem idè ante verbum condicet quod est ridicu-
lum. Planè non esset bona illatio, si Iulianus in præ-
cedentibus scripsisset quomodo nostri tradunt ni-
mis generaliter obligationem generis esse similem
cuilibet obligationi alternatiuæ, quod certè falsum
esset, non modò quantum ad conditionem inde-
biti, sed etiam quantum ad ius ipsam obligationis.
Debitor si quidem generis nullius certæ speciei de-
bitor est, & idcirco cum erret si se putet certæ spe-
ciei debitorem, mirum non est dari ei condictionem
certæ illius speciei quam per errorem soluerit,
quamuis si nihil per errorem fecerit, nihil possit re-
petere, quia perinde liberatur soluendo Stichum
ac si cum ipsum solum debuisset præcisè, vt subiicitur
in hoc §. & in l. cum incertus 13. *de legat. 1.* Solutio
autem quæ liberationem parit, eadem parere condi-
ctionem non potest, vt toties diximus ex §. 1. *huius
legis & l. si non fortem 26. §. si decem supr. hoc tit.* Non igitur
comparanda est obligatio generis obligationi
alternatiuæ simpliciter, sed is qui hominem promissit
ei qui hominem in genere aut decem promissit.
Quid ergo si quis hominem in genere aut Stichum
promissit? Inepta erit stipulatio, cum promissio
Stichi in generali hominis promissione contineatur,
nec proinde possit electio cadere inter genus &
speciem, quia nec genus nisi in certa aliqua sua spe-
cie solui potest: ob id quæ bene potuit exemplum
Iulianus in eo qui hominem in genere aut decem
promissit, vt & Iustinianus in §. si quis agens 33. *vers.
hunc autem Instit. de action.* vbi certè delenda est in
verbis stipulationis dicitio Stichum, vt sequentia pro-
bant, in quibus de hominè generaliter solum a-
gitur non de Sticho. Sed & illa inter obligationem
generis & alternatiuam certarum specierum diffe-
rentia est, quod qui Stichum aut Pamphilum prom-
missit, alterutrum qualiscumque sit dando libera-
tur. Qui verò hominem in genere debet, si ex causa
legati non liberatur dando vilissimum & pessim-
um, quia nec ea testatoris voluntas fuisse intelli-
gitur l. si heres generaliter 110. *de legat. 1.* Si verò ex causa
stipulationis,

stipulationis, dando quemlibet, vt hic scriptum est,
ac proinde etiam vilissimum liberatur arg. l. fideiussor-
um 52. *inf. mandat.* quamuis Accursius noster tam

ad hunc quàm ad illum locum contra sentire possit
Azonem videatur, dandum scilicet aliquem ex me-
diocribus non vilissimum aut pessimum.

33. IDEM libro 39. Digestorum.

SI in area tua ædificassem, & tu ædes possideres: condictio locum non habe-
bit: quia nullum negotium inter nos contraheretur: nam is, qui non debi-
tam pecuniam soluerit, hoc ipso aliquid negotij gessit. cum autem ædificium in
area sua ab alio positum dominus occupat, nullum negotium contrahit. Sed
& si is, qui in aliena area ædificasset, ipse possessionem tradidisset: condictio-
nem non habebit: quia nihil accipientis faceret, sed suam rem dominus habe-
re inciperet. Et ideo constat si quis cum existimaret se heredem esse infulam he-
reditariam fulisset: nullo alio modo, quàm per retentionem, impensas serua-
re posse.

Ad l. Si in area 33.

RAT. DVV. Si ego in area tua ædificauerim cum
tu ædes possideres, locupletaberis proculdubio ex
mea iactura contra naturalem æquitatem, cum
quicquid ædificatum est in area, cedat solo tan-
quam superficies, ac proinde in eius vtilitatem cui-
us solum est l. qui res 98. §. aream *inf. de solut. l. 2. inf.
de superfic.* Atqui ratio quæ indebiti conditionem
induxit, non alia est quàm ne quis ex aliena iactura
locupletetur l. nam hoc natura 14. *supr. hoc tit.* Ergo &
in hac specie permittendum mihi est, vt condicam
aut domum ipsam in l. qui exceptionem 40. §. si pars
inf. aut saltem impensas à me factas. DE C. Condi-
ctio indebiti nascitur ex quasi contractu, ac proinde
de ex aliquo negotio gesto, & quasi ex mutuo l. §. §.
*is quoque qui non debitum inf. de oblig. & act. & §. penult.
Instit. de oblig. qua ex quasi contr.* licet extra id quod a-
gitur, vt bene Accursius noster addit ex l. is qui 13.
in fin. inf. Commod. Qui enim soluendi animo dat
indebitum, distrahendi potius quàm contrahendi
negotij animum gerit: at qui nullum negotium ges-
tum videri potest inter te & me, cum in area tua
ædificauit fortassis te absente, vt credibile est, & in-
norante. Nec enim contrahi potest, nisi inter plu-
res & quidem scientes ac consentientes l. in omnibus
bus 55. & l. 57. de oblig. & action. Ergo non potest hoc
usu condictio indebiti locum habere. Multumque
iuncta ratio est eius qui pecuniam indebitam sol-
uit: alteri enim soluit, ac proinde hoc ipso negotium
iquod geritur inter dantem & accipientem: at
in ædificio in area tua, non persona tua interue-
nit, sed tantum res tua in quam impendo: ea verò
negotij vilius gerendi incapax est. Et consequenter
ue tempus illud inspicias, quo ego in aream tuam
impendo, nullum gero tecum negotium. Siue tem-
us illud quo tu ædificium à me in area tua possi-
m occupas, nullum negotium inter nos contrahi-
t, sed tu iure tuo vteris, & rem quæ iam tua est, ti-
habere incipis.

a Sed et si quis in aliena area ædificasset. RAT. DVV.
Im is qui in aliena area ædificauit, possessionem
licij ipse tradidit, negari non potest quin nego-
m aliquod geratur inter ipsum & eum qui acci-
piat, non enim tradi quicquam potest nisi sit qui ac-
iat. Ergo hoc saltem casu fatendum est, condi-
m locum esse posse, non minus quàm si quis

nummos indebitos alij soluat, nec sanè dubitari
potest quin casus hic maiorem dubitationem ha-
beat quàm superior. DE C. Negotium quidem ali-
quod geritur inter eum qui ædificium tradit, &
eum qui accipit, sed non tale negotium per quod
fiat aliquid accipientis. Quod enim ædificatum est
in area aliena, iam inde à quo tempore ædificatura
est cæpit pertinere ad areæ dominum, quamuis in-
gnorantem, adeoque inuitum, quando quidem ne-
mo facere potest, aut prohibere, quin & naturali &
ciuili ratione superficies solo cedat d. l. 2. *de superfic. l. 1.
3. §. sed si supra ædes inf. vti possid. d. l. qui res 98. §. aream
de solut.* nec superueniens traditio quicquam adii-
cere potest dominio iam antea quæsito, quia quod
iam meum est, magis meum fieri non potest §. sic ita-
que *Instit. de action. l. in bello 12. §. si quis seruum inf. de
captiu. & possim. reuers.* Ergo condictionem habere
non potest is, qui ædificauit & tradidit, cum nihil
accipientis fecerit, & hoc casu æquè ac superiore
suam rem dominus habere incipiet quam ante tra-
ditionem non habebat. Cur ergo, inquires, non ha-
bet saltem possessionis, quam transtulit, condictio-
nem? vt in l. indebiti 15. §. sed si nummi *supr. hoc tit.* Nam
& possessionis quoddam est veluti dominium, vt i-
bi diximus. Respondendum est cum Bart. in d. §. sed
si nummi, factam fuisse accipientis possessionem,
quæ nec ipse antea erat, nec ipsi debita. In propo-
sita verò specie diuersum esse, quia quod diximus,
superficiem solo cedere, non tantum ad proprietari-
tis, sed etiam ad possessionis causam pertinet, vt
quicquid solum possidet, etiam superficiem hoc ip-
so possidere intelligatur d. l. 3. §. sed si supra ædes *inf. vti
possid.* potestque dominus areæ vindicando suum
dominium, etiam si ædes non possideat, at tamen æ-
dificij ab alio extructi possessionem auferre, non
quidem tanquam suam, sed tamen quasi aliquo-
modo sibi debitam, cum quicquid alienam rem in-
iuste detinet eam petenti, quandoque & vindican-
ti domino restituere sic obligatus l. & ex diuerso 35. §.
1. *l. qui restituere 68. & l. vltim. & pass. supr. de rei vindic.*
Proinde vt condictio indebiti locum habere possit,
duo concurrere oportet. Vt & negotium aliquod
gestum sit vno dante, & alio accipiente, & vt ali-
quid factum sit accipientis. Itaque malè nostri ob-
ficiunt quod scriptum est in l. qui exceptionem 40. §.
si pars inf. posse condici totam domum, vt impensa
repetatur. Ibi enim dominium domus per fidei-
commissum relicte translatum fuerat in accipien-

tem ab herede, quod nostri non intellexerunt, ut ad eum locum dicemus.

b Et idem constat si quis cum existimaret se heredem esse. RAT. DVB. In petitione hereditatis etiam si prædo ille sit, qui impensas fecit, quamvis imputari ei possit cur sciens in alienam rem impenderit, benignius tamen est, ut in eius quoque persona impensarum rationem haberi oporteat, ne petitor ex aliena iactura lucrum faciat, & id ipsum officio iudicis continetur, ut disertè scriptum est in *l. planè 38. supr. de hered. petit.* Ergo multo magis in bonæ fidei possessore hereditatis, de quo solo hæc lex loquitur, id est, qui existimans se heredem insulam hereditariam fulserit, idem probandum est, ut non modo per retentionem impensas servare possit, sed etiam per actionem ei ex æquitate dandam quæ nec prætori denegatur. *l. si pupilli 6. §. sed si quis supr. de negot. gest.* hæc tamen saltem ut ei permittatur sine læsione prioris status rei eos sumptus quos fecerit auferre. *l. domum 5. c. de rei vindic.* Atque ita Martinus & Azoniam olim crediderunt legem hanc non nisi de stricto iure loqui ex æquitate, tamen contra dicendum esse quem errorem etiam ex recentioribus modernis Parisiensis, & alij nonnulli parum peritè & contra hanc legem secuti sunt. DEC. Qui in aliena area ædificavit quam suam esse existimabat [hoc enim est bonæ fidei possessorem esse] non eo animo ædificat, ut alium sibi obliget, cum rem suam se gerere arbitretur, ideoque nec actionem vllam sibi acquirit, sed tantum retentionem. *l. in hoc iudicium 14. §. 1. supr. Commun. divid. l. si quis cum 29. eod. tit.* Opposita scilicet doli mali exceptione. *l. Paulus respõ-*

dit 14. infr. de doli mali except. Proinde si retentionem quam solam habet omittat, nulla ratione alia consulere sibi potest. *l. heres 21. infr. ad SC. Trebell.* Ergo nec conditionem habere potest ob allatas proximè rationes, quandoquidem neque ædificando negotium aliquod gessit cum domino area, neque tradendo possessionem ædificij quicquam fecit accipientis. Esti autem ratio hæc in malæ fidei possessore locum non habet, qui in eam rem impendit, quam scit non esse suam, alia tamen ratio facit, ut nec retentionem habere possit, quam bonæ fidei possessori concedimus, scilicet quia sumptus quos in rem alienam sciens fecit donasse intelligitur. *l. aded. 7. §. ex diverso 12. infr. de acquir. rer. domin. l. si servus 26. §. si olium 25. supr. ad leg. Aquil. l. qui alienum 14. infr. de donat.* Prædonis alia ratio est de quo in *d. l. si pupilli §. sed & si quis.* non enim donandi animum habere videri potest qui è contrario habet depradandi. Sed tamen nec ille melioris conditionis esse debet, quam bonæ fidei possessor, ut actionem aliquam habere debeat ad sumptus repetendos, quam nec bonæ fidei possessori accommodamus, ut constat ex hac lege & *d. l. v. hoc iudicium §. 1.* Sed melioris tamen quam malæ fidei possessor hæc tamen saltem habeat retentionem. *d. l. planè,* idque ex æquitate & benignitate, sed cui causam det non tam prædonis fauor, qui certè nullus esse potest, quam odium petitoris qui ex aliena iactura locupletari velit, de quo tamen vide quæ scripsi latius ad *dist. l. planè & ad l. in fundo 38. supr. de rei vindic. & libr. 2. Coniect. cap. 1. & in Chilia de error. pragmatic. deced.*

34. IDEM libro 40. Digestorum.

IS cui hereditas tota per fideicommissum relicta est, & præterea fundus, si decem dedisset heredi, & heres suspectam hereditatem dixerit, & eam ex Trebelliano restituerit: causam dandæ pecuniæ non habet. & ideo quod eo nomine, quasi implendæ conditionis gratia dederit, conditione repetet.

Ad l. Is cui hereditas 34.

RAT. DVB. Quod conditionis implendæ causa datur, licet magis ex voluntate eius qui dat, quam ex mente & iudicio testantis aut iure testamenti dari intelligatur. *l. si quis sub conditione 8. infr. si quis omis. caus. testam. l. Mauius 55. de condic. & demonstr. l. inter mortis 38. de mort. caus. donat.* attamen non sine causa datur, cum implendæ conditionis causa detur. Prius enim est, ut condicio impleatur, quam ut quis habere possit, & consequi quod sub ea conditione sibi relicta est. *l. facta 63. §. si sub conditione ad Senatusconsultum Trebellianum.* Ergo semel datum condici postea non potest, nempe si causa secuta, & condicio impleta sit. Atqui in proposita specie, cum is cui tota hereditas per fideicommissum relicta est, & præterea fundus si decem heredi dederit, conditionem implevit & decem dedit, obligavit sibi heredem, ut fundum quoque daret. Ergo condicere quasi indebita decem quæ dedit, non potest, præsertim si non modo hereditatem, sed fundum etiam habeat cum hereditate: denique ad impediendam conditionem sufficit heredem habere, hæc decem ex fideicommissarij, qui dedit, voluntates. Quid enim cogebat eum decem dare, si non vltro

dare, & fundum habere maluisset? Nec quod heres suspectam hereditatem dixerit, eam quod ex Pegafiano inuitus adire & restituere coactus fuerit, ad rem facere videtur, cum ea res causam restituendæ hereditatis afficere duntaxat videatur, ut perinde ex Trebelliano tota restituatur hereditas, ac si sponte adita & restituta fuisset, non etiam causam præstationis fundi, qui cum hereditate nihil commune habet, nec enim aut hereditas aut hereditatis pars vlla in fundo aliæve re qualibet singulari consistere intelligitur. *l. quamvis 14. infr. si quis omis. caus. testam.* cumque voluntas etiam coacta sit voluntas, quid obsecro potest interesse vtrum coactus heres, an sponte hereditatem adierit. *arg. l. si mulier 21. §. vlt. supr. Quod met. caus. l. si patre cogente 22. infr. de rit. nupt.* Sed neque coactio aliud auferre heredi potest, quam quod ex iudicio defuncti habuit, & iure testamenti: in quo numero non sunt ea quæ conditionis tantum implendæ gratia, ac proinde mortis causa potius capiuntur. *d. l. Mauius & aliis supradictis.* DEC. Quisquis hereditatem suspectam dicit, eamque ex Pegafiano coactus adit & restituit, in ea causa se constituit, ut neque commodum neque incommodum vllum ex ea hereditate, aut ob eam hereditatis additionem retinere debeat, & ex eius testatoris voluntate, cuius supremas preces destituit quantum

quantum potuit. *l. 4. lita tamè 27. §. qui suspectam & l. si paroni 41. §. qui fideicommissum & pass. infr. ad SC. Trebell.* Atqui tractamus de eo herede qui rogatus fuerit totam hereditatem restituere ex precepto fundo Corneliano, ac præterea ipsum quoque fundum sub ea conditione, si fideicommissarius ei decem daret. Ergo cum ponamus coactum illum ex Pegafiano & adire hereditatem & restituere, non potuit fundum illum, licet extra causam hereditatis constructum sibi retinere, nec fideicommissario restitutionem eius denegare, tamen si decem illa conditionis implendæ causa fideicommissario non accepisset: aded Senatus apud eum nihil ex ea hereditate quam dereliquit, voluit relinquere. *dist. l. si paroni §. quid ergo vers. aded Senatus eod. tit.* Consequens igitur est, ut neque fideicommissarius causam vllam habuerit dandi ea decem neque heres retinendi, cum nullo conditionis implemento in eam rem opus fuerit, ut is fundus fideicommissario acquireretur. Proinde quod conditionis implendæ causa hereditatum est à fideicommissario per indebiti conditionem repetetur, ut hinc Iulianus concludit. *Indebiti, inquam, non ob causam dati causa non secuta, ut quidam putant, quia coactio facit indebitum quod antea fuit debitum, nec dici potest causam secutam non esse, cum heres fundum tradiderit, de quo nec dubitatur quin penes fideicommissarium manere debeat, sed tantum an fideicommissario permitendum sit, ut pecuniam quam ei conditionis implendæ causa dederat, auferat. Neque obstat, quod ea quæ conditionis implendæ causa dantur, non dantur tanquam debita, sed potius ex dantis voluntate, ut supra diximus ex *l. si quis sub conditione 8. infr. si quis omis. caus. testam.* Debentur enim si non præcisè saltem causatiuè, ut Bartolus loquitur, si quis lucrum aliquod consequi velit, aut damnum evitare, quod alter non potest, quam si impleat conditionem. *arg. l. si non sortem 26. §. si quis falsò & §. si quis quasi supr. hoc tit.* Nec probo distinctionem Bartoli, an conditionis implendæ causa detur aliquid ob causam de futuro, an ob causam de præterito: & an ut is qui dat, consequatur aliquid facto hominis, an vero ipso iure absque facto hominis re ipsa executionem suam trahente, quasi hoc posteriore casu videatur solutio fieri ob causam de præterito, velut, inquit, si conditionis implendæ causa detur aliquid ad libertatem, quæ relicta purè fuerat, consequendam, aut ad consequendum legatum purè relicta quando legata est res testatoris, cuius dominium ipso iure & recta via transire possit in legatarium: ut si ob causam de præterito datum sit, conditionis implendæ gratia, conditio indebiti locum habeat, si vero ob causam de futuro conditio detur ob causam dati causa non secuta ex *l. 1. §. si parendi supr. de condic. caus. dat.* Quomodo enim fieri potest, ut quod implendæ conditionis causa datur, non detur ob causam de futuro: Quantumvis enim res quæ post impletam conditionem deberetur, trahat secum suam executionem, hoc ipsum tamen nunquam nisi ex postfacto fieri potest, cum ipsa conditionem prius impleri semper necesse sit, ante quam ius ipsum exereat. vires suas possit, ut videre est in exemplo illo, quod adfert Bartolus de libertate purè data, nec enim potest libertas illa competere, nisi condicione demum impleta, non magis quam si factum hominis aliquod in eam rem requireretur, ob rationem generalem positam in *d. l. facta 63. §. si sub conditione infr. ad**

SC. Trebell. In alio vero exemplo, quod adfert Bartolus de eo, quod implendæ conditionis causa datum est, ad consequendum legatum, quando legata est res testatoris aperte falsum est, quod ille putat solutionem illam trahere secum suam executionem ipso iure, quasi hoc casu nihil impediat, quominus dominium rei legatæ transferatur ipso iure, & recta via in legatarium. Et namque qui hereditatem vel legatum ita accepit, si decem dederit, neque hereditas, neque legatum aliter acquiri potest, quam si post impletam conditionem id egerit scriptus heres vel legatarius per quod hereditas aut legatum acquiritur, id est, quam si hereditatem vel legatum agnouerit. *l. ei qui 13. infr. de condic. & demonstr.* nempe quia conditionis implementum delationem duntaxat hereditatis vel legati inducit, ut postea acquiri possit. *l. delata 151. de verb. signifi.* non etiam acquisitionem. Neque simile est quod adfert Bartolus de eo, qui soluit indebitum, qui licet ideo soluat, ut ipsa solutio liberetur, non ideo tamen, inquit, solvere dicitur ob causam de futuro, sed ob causam de præterito, quoniam liberatio ita & ipso iure consequitur solutionem. Nam si illud falsum est causam proximam solutionis indebiti faciendæ esse liberationem. Est enim soluitur indebitum sicut & debitum ea mente, ut liberatio sequatur, causa tamen proxima soluendi non alia est, quam quia debetur, aut deberi existimatur id quod soluitur, liberatio autem speratur tanquam certissimus & indubitatus effectus solutionis. Imò vero cum soluitur indebitum, nulla potest sequi liberatio, quia nec obligatio vlla præcessit, & tamen non defuit causa soluendi, opinio scilicet debiti, quæ ex postfacto falsa reperitur, ideoque nimirum si aliud nihil impediat indebiti conditionem inducit. *l. cum is 32. §. mulier supr.* Denique liberatio causa finalis est solutionis, sed non efficiens aut impulsiva, qualem esse oportet eam quæ conditionem inducit siue præteritum tempus respiciat siue futurum. Nam quæ distinctio ponitur in *l. damus 12. infr. hoc tit.* alio pertinet, ut ibi dicemus & ad *l. in summa 65. eod. tit.* Debuit igitur Bartolus dicere distinguendum esse, an id propter quod implendæ conditionis causa datum aliquid fuit, desierit deberi facto eius qui dedit, ut in specie *dist. l. 1. §. si parendi supr. de condic. caus. dat.* an facto eius qui accepit, ut in hac lege. Priore casu non potest locus esse conditioni indebiti, quia non debet esse in potestate eius qui dedit, ut faciat indebitum, quod si vellet ipse, maneret debitum. Quemadmodum si quis implendæ conditionis causa decem dederit, ut hereditatem sibi ea conditione delatam adire vel legatum consequi possit, mox postquam dedit, hereditatem ipse vel legatum repudiaverit, impleta siquidem conditione in ipsius arbitrio & potestate erat, ut hereditatem agnosceret aut legatum, proinde si repudiare maluerit, condicere quidem poterit, sed conditione ob causam dati causa non secuta, quia fuerat data pecunia, ut hereditas vel legatum acquireretur, cuius tamen acquisitio secuta nulla est, non etiam conditione indebiti, cum ex sola voluntate illius, qui pecuniam dedit, acciderit, ne pecunia omnino debita etiam hodie sit. Præsertim cum nec inutiliter data sit pecunia, cuius datione effectum est, ut delata fuerit hereditas aut legatum, cuius repudiatio alioqui nec sequi potuisset, cum prius delatum quid esse oportet quam repudiari possit. *l. si ita sit scriptum 45. §. si sub conditione infr. de legat. 2. l. 1. §.*

decretalis de success. edit. Prius autem condicio impleri debeat, quam ex condicionali dispositione aliquid deferatur *d. s. si sub condicione & l. cedere diem 213. de verb. signific.* At posteriore casu cum facto eius qui pecuniam accepit, indebita sit pecunia quæ reuera fuit debita, nihil causæ est, cur alia quærat condicio, quam indebiti ad repetendum id quod verè fuit indebitum. Eiusque rei exemplum elegans est in specie huius legis, in qua is cui tota hereditas restituta fuit, & præterea legatus fundus si decem heredi dedisset, datis decem & accepto fundo nihilominus decem condicere potest, tanquam facta indebita ex voluntate & facto heredis, qui post accepta decem suspectam hereditatem dixit, nec nisi coactus eam restituit, atque ita indignum se fecit, qui ob eam hereditatis aditionem quicquam retineret, id est, ne quidem pecuniam conditionis implendæ gratia datam, quia nec fundum fideicommissario legatum retinere possit, quamuis extra fideicommissi causam constitutum, cum non eo minus verum sit, esse illum hereditarium, nec alio iure ad heredem peruenisse, quam quod is hereditatem adierit: quandoquidem aditio illa coacta in omnibus iis quæ ad commodum aut incommodum heredis spectant, pro non aditione habeatur, ut diximus *ex d. l. ita tamen 27. §. qui suspectam ad S. C. Trebell.* Ideoque nimirum hoc casu restituitur hereditas ex Trebelliano, ut Iulianus hinc loquitur, quia restituitur tota & sicuti testator voluit *§. sed quia Inst. de fideic. heredit.* Nam cum restituitur quarta, restituitur ex Pegasiano, quod Accursius noster non intellexit ponens rogatum esse heredem de restituendo hereditate post tantum tempus, ut medio tempore tot fructus percipere potuerit, quot possint sufficere ad quartam, de quo tamen nec cogitavit Iulianus. Ita que miror tantopere Accursium & nostros laborare an fundus in hac specie fideicommissario legatus hereditarius fuerit, an heredis, sed illud magis quod ponunt fuisse proprium heredis, nec obtent, inquit, verba illa huius legis *tota hereditas.* Vnde nec pudet quosdam apud Accursium delere dictionem *tota.* Quasi non possit tota hereditas restitui præcepto tamen & retento aliquo fundo hereditario, contra quam scriptum sit in *§. si quis vna Inst. de fideic. heredit.* Sed nec desunt, qui ponant fundum hunc ad fideicommissarium non peruenisse, existimantes fieri non posse, ut si peruenit permitendum sit fideicommissario repetere pecuniam quam implendæ conditionis causa dedit, nec animaduertentes heredem qui cogente fideicommissario inuitus adiit non posse fundum retinere, quo retento vel præcepto iustus erat hereditatem totam restituere, nec proinde pecuniam conditionis implendæ causa datam à fi-

deicommissario, ut is quoque fundus restitueretur, quia nullum, ut diximus, commodum ex aditione coacta sentire debet. Commodum autem est, non minus si quod implendæ conditionis gratia datum est, permittatur ei retinere, quam si fundum ipsum hereditarium, licet fundus ipse tanquam ex legato capiatur, pecunia autem non nisi mortis causa *d. §. si quis vna & d. l. inter mortis, §. de mort. caus. donat.* Difficilior obiectio est quæ fit *ex l. qui heredi 44. §. cum hereditas vers. sed cum suspectam infr. de cond. & demonstr.* vbi disertè Paulus scribit, si suspectam hereditatem heres dixerit, & adierit, & restituerit, dubitari quidem an ei auferendum sit ex causa fideicommissi etiam id quod implendæ causa heredi datum est, sed benignius esse in hoc casu nihil ei auferri. Quæ verba plerisque mouerunt, ut dicerent Iuliani sententiam, quæ in hac lege extat, referendam esse ad iuris rigorem, Pauli verò ad æquitatem & benignitatem. Quod sanè esset probabile si aliud melius dici nihil posset. Malo tamen aliam sequi interpretationem Accursij & Bartoli, distinguendum, an implendæ conditionis causa datum sit aliquid heredi à fideicommissario, an ab alio extraneo, ut si à fideicommissario danda sit ipsi contra heredem conditio, ut qui periculo suo adiri iussit hereditatem, omne commodum, quod propter aditionem heres habuit consequatur, si autem ab extraneo, neque is qui dedit, neque fideicommissarius possit condicere, non is qui dedit, quia fundum pro pecunia habet, quem non haberet si pecuniam conditionis implendæ causa non dedisset. Non item fideicommissarius, quia licet heredem adire coegerit, adita tamen semel hereditate etiam iussu prætoris tota defuncti voluntas rata constituitur *d. l. si patroni 41. §. qui fideicommissam infr. ad S. C. Trebell.* nec minus ad legatariorum, quam ad ipsius fideicommissarij utilitatem. Ita que non est cur fideicommissarius heredi auferre velit pecuniam, quam ab extraneo accepit, ut daret ei fundum, sicuti nec fundum, ipsi extraneo auferre potest, nec conuenit cur heredi pecuniam extraneus dederit, quam alij conditionis implendæ causa dare non potuit *d. §. cum hereditas.* Quamuis indignus sit heres qui coactus adiit, cui permitti debeat hanc pecuniam retinere, si summo iure cum eo agatur, quandoquidem nec eam hodie haberet, si non adiiisset, nisi cum in ipsius arbitrio & potestate testator posuit, ut non adiret, quemadmodum in *l. debitor 59. ad finem principij ad S. C. Trebell.* Sed æquius tamen est & benignius nihil hoc casu auferendum heredi, nec debere fideicommissarium ei inuidere, quod neque ex hereditate, neque ex iudicio testatoris, neque ex pecunia, vllòve alio fideicommissarij incommodo heres habeat.

35. IDEM libro quadragensimo quinto Digestorum.

Qui ob rem non defensam soluit, quamuis postea defendere paratus est, non repetet, quod soluerit.

Ad l. Qui ob rem 35.

RAT. DVB. Ob rem non defensam non committitur stipulatio iudicatum solui, quandiu potest extiterit qui defendat *l. 3. §. penult. iunct. l. iudicatum 6. inf. iudic. solui.* At qui etiam posteaquam lis contestata est

ex clausula ob rem non defensam adhuc defendi quis potest, & purgari mora quæ in defendendo admittitur *dict. l. 3. §. vltim. l. etsi post tres 8. supra si quis caution.* Ergo quod ex ea causa quasi ex commissa iam stipulatione solutum est, condici potest, exemplo eius quod solutum fuit ab eo qui tutus erat exceptione perpetua *leg. qui exceptionem*

40. *infr.*

40. *infr.* Nam nec dubitandum est quin exceptionem habeat quisquis ex stipulatione iudicatum solui ob rem non defensam conuenitur post moram, si modo purget moram, & paratus sit se defendere *d. l. etsi post tres. Dec. Purgari quidem potest mora, sed re integra d. l. etsi post tres. l. si ita quis 135. §. Seta in fin. infr. de verb. oblig.* At qui res non est integra, cum aut solutio iam facta aut condemnatio secura est *l. iam autem 5. infr. iudic. solui.* Sera igitur moræ purgatio est, post factam solutionem ad inducendam conditionem. Neque verum est exceptionem aliquam ei competere, qui moram contraxit, nisi ex quo purgare moram paratus est *d. l. etsi.* Proinde si ante soluerit, fatendum est factam esse solutionem eo tempore quo exceptionem nullam adhuc habebat is qui soluit, & consequenter nullum conditioni locum esse: aliud enim est, ut bene notat Bartolus, exceptionem aliquam habere, aliud verò aliquam habere posse: nam qui potest habere, ad-

huc tamen non habet, sicut & longè diuersum est, purgari moram posse, aliud verò purgaram iam esse, quæ enim purgari adhuc potest, certe iam purgata non est. Et placet valde, quod hinc addit Bartolus, moram quæ transtulit periculum in debitorem, aut creditorem, non eo minus hunc ipsum effectum habere, quod purgari adhuc possit, quia remanet mora, quandiu purgata non est *ex l. sancimus 26. in fin. C. de fideiuss. l. qui decem 72. in princip. & §. 1. de solut.* Quando autem & quandiu purgari possit, alia quæstio est, quæ tractari solet ad *l. insulam 84. de verb. oblig.* Planè post factam executionem siue ab homine, ut in specie huius legis, siue etiam à lege dummodo ipso iure, ut addit hinc Bartolus, nec vllò facto hominis expectato, vix est ut purgationi moræ locus aliquis relinquatur. Tunc enim iam res, est in termino, ut loquuntur philosophi, nec variationem vllam recipere amplius potest, *l. si is cui 19. de legat. 2.*

36. PAVLVS libro quinto Epitomarum Alfeni Digestorum.

Seruus cuiusdam, insciente domino, magidem commodauit. is, cui commodauerat, pignori eam posuit, & fugit. qui accepit, non aliter se redditurum aiebat, quam si pecuniam accepisset. accepit à seruulo: & reddidit magidem. Quæsitum est, an pecunia ab eo repeti possit. Respondit, si is, qui pignori accepisset magidem, alienam scisset apud se pignori deponi, furti eum se obligasse. Ideoque si pecuniam à seruulo accepisset redimendi furti causa, posse repeti. sed si nescisset alienum apud se deponi, non esse furem. Item si pecunia eius nomine, à quo pignus acceperat, à seruo exsoluta esset: non posse ab eo repeti.

Ad l. Seruus cuiusdam 36.

RAT. DVB. Pignus alienæ rei non valet *l. 1. & tot. tit. C. si alien. res pignor. dat. sit l. & quæ non duntaxat 15. §. quod dicitur infr. de pignor.* quamuis alienæ rei venditio valeat *l. rem alienam 28. de contr. empr.* nempe quia per venditionem nihil aliud agitur, nisi ut venditor ad rem tradendam obligetur, vel de euictione teneatur, per dationem verò pignoris, ut res ipsa quæ datur pignori afficiatur: quod certè alio quàm domino ipso eam obligante fieri nullomodo potest. Est enim pignoris obligatio vinculum reale non personale *l. pignoris 17. infr. de pignor. l. pignoris 15. C. eod.* Ergo si is qui rem alienam siue sciens, siue ignorans pignori accepit, pecuniam acceperit ab alio, quam ab eo ipso qui pignus dedit, aut cuius voluntate ea pignoris datio facta est, dicendum est indebitam esse pecuniam, quæcumque eo nomine data est, ideoque per indebitum conditionem repeti posse, nec adhibendam distinctionem esse, quam hinc Paulus adhibet, an alienam rem apud se pignori deponi sciuerit is, qui pecuniam credidit, an ignorauerit. Non enim ignorantia accipientis facere potest, ut eo magis valeat pignus rei alienæ. Dec. Multum refert an is qui rem alienam pignori accepit, alienam eam sciuerit, an ignorauerit. Si sciuit, furti se obligauit hoc ipso quod rem alienam inuito, id est, inscio, & ignorante domino contrectauit *l. ancilla 12. Cod. de furt.* Et consequenter si postea pecuniam ab eo qui rem pignori dederat, furti redimendi gra-

tia acceperit [aliud enim est si pecunia soluta sit eius nomine, qui pignus dederat, ut scriptum est in fine huius legis, cum is verè pecuniam debuerit, nempe si bona fide consumpta sit, nam extantem vindicare dominus possit, si neque ex eius voluntate soluta esset, neque is ratum habuisset, ut bene hinc notat Accursius] dubitandum non est, quin non modò indebitam pecuniam, sed etiam sine causa acceperit, quamuis non turpiter, ut malè putat Accursius, nihil enim turpiter facit, qui pecuniam quam furi mutuam dedit, recipit, licet ipse furto se obstrinxerit non mutuam dando pecuniam, sed alienam rem scienter pignori accipiendæ longè diuersa causa est eius pecuniæ, quam quis à fugituo meo accepit, ne cum indicaret. Hic enim non solum fur est, sed etiam quasi fur, & furtiue pecuniæ patitur conditionem *l. 4. §. vlt. supr. Tit. prox.* Si verò is qui alienam rem pignori accepit, alienam ignorauit sicuti furtum, non admittit, ita neque prohibendus est eius pecuniæ quam mutuam dedit, solutionem bona fide recipere, quia & bona fide pignus acceperat, nec furti redimendi, sed pignoris tantum luendi causa pecunia hoc casu data videtur potest, quamuis non potuerit inuito domino pignus retinere quousque reddita esset pecunia, si non vltro reddita fuisset *l. 2. C. de furt.* Sic enim accipiendum est in *versic. Quod si nescisset alienum apud se deponi non esse furem.* Conditio igitur hoc casu locum non habebit. De magide cuius hinc mentio fit quid sit, vide apud Gothofredum.

Seruum meum insciens à te emi, pecuniãque tibi solui. eam me à te repetiturum, & eo nomine conditionem mihi esse omnimodo puto: siue scisses meum esse, siue ignorasses.

Ad l. Seruum meum 37.

R. A. T. D. V. B. Etiam alienæ rei venditio valet hætenus, vt obligetur venditor ad rem tradendam & de euctione, vt diximus ad leg. *præced. ex l. rem alienam 28. inf. de contr. empt.* Ergo & obligari emptorem oportet ad precium vicissim præstandum *l. ex empto 21. de act. empt.* & consequenter si solutum sit precium, repeti non potest conditione indebiti. Quis enim possit indebitè solutum dicere id ad cuius solutionem virgeri & cogi potuisset? *arg. l. quod autem 6. §. apud Labonem inf. Quam fraud. cred.* D. e. c. Aliud est, veditorem alienam rem vendere, aliud verò emptorem suam rem emere. Et si enim tum quoque cum res quæ venditur, emptoris est, aliena res venditur, non ideò tamen valere veditio potest, quia nec emptio valet, cum suæ rei emptio subsistere non possit *l. neque pignus 45. de reg. iur.* non solum si sciens dominus, sed etiam si ignorans rem si æmerit *l. sua rei 16. de contr. emp. nisi cum ab initio id agitur, vt dominus solam rei suæ possessionem emat, quæ sit penes venditorem l. fin. empt. 34. §. rei sui eod.* Cum ergo nec venditio hoc casu valeat nec emptio, consequens est, vt neq; precium ab emptore deberi possit, ac proinde, vt si à domino per errorem solutum sit, cõdici possit, adicci per errorem id est, ab eo qui rem suam

ignorans emit *d. l. sua rei.* Nam si quis prudens & sciens rem suam emerit, conuentumq; eius precium soluit, proculdubio nõ repetet, quia cõnasse id videtur, ex regula *l. cuius per errorem 53. & adonari 81. de reg. iur.* licet ea mente soluerit quasi postea repetiturus *l. quod quis sciens 50. inf. hoc tit.* Distinctio igitur necessaria est ex parte emptoris qui rem suam emit & precium soluit, sciens emerit, an ignorans, vt priore casu cesset repetitio, posteriore non item *d. l. sua rei.* At ex parte venditoris nulla adhibenda distinctio est, quia siue sciuerit venditor, siue ignorauerit rem esse emptoris, non tenet contractus, nec vllam causam habet retinendi precij quod omni iure indebitum accepit, nisi, vt diximus, emptor sciens indebitum soluerit. Ad denda & alia exceptio est, nisi quis rem suam emerit sub conditione, quod fortè speraretur eius esse desinere. Tunc enim emptio rei suæ valet *l. existimo 61. de contr. empt.* sicut & stipulatio *l. existimo 98. de verb. obl. & consequenter precij obligatio & solutio tenet, nec proinde potest nasci cõdicio precij ex solatione quæ parit liberationem l. si non sortè 26. §. si centum & §. si decem sup. hoc tit. l. qui hominem 34. §. vlt. inf. de solut. Ergo si ex qua alia causa veditio inuolida sit, quod potest variis casib. contingere, idem dicendum erit, quod Iulianus in huius legis specie scribit, cõdicioni precij tanquã indebiti loci fore.*

38. AFRICANVS libro 9. Quæstionum.

Frater à fratre, cum in eiusdem potestate essent, pecuniam mutuatus, post mortem patris ei soluit. quæsitum est, an repetere possit. respondit, vtique quidem pro ea parte, qua ipse patri heres extitisset, repetiturum^a. pro ea verò, qua frater heres extitisset^b, ita repetiturum, si non minus ex peculio suo ad fratrem peruenisset. naturalem enim obligationem, quæ fuisset, hoc ipso sublatam videri, quod peculij partem frater sit consecutus. ad eò vt, si prælegatum filio eidemque debitori id fuisset^c, deductio huius debiti à fratre ex eo fieret. Idque maximè consequens esse ei sententiæ, quam Iulianus probaret^d, si extraneò quid debuisset, & ab eo post mortem patris exactum esset: tantum iudicio eum familiæ eriscundæ recuperaturum à coheredibus fuisse, quantum ab his creditor actione de peculio consequi potuisset. Igitur & si re integra familiæ eriscundæ agatur: ita peculium diuidi æquum esse, vt ad quantitatem eius indemnità coherede præstetur. porrò eum, quem aduersus extraneum defendi oportet, longè magis in eo, quod fratri debuisset, indemnem esse præstandum.

Ad l. Frater à fratre 38.

Hæc lex quam Bartolus præfatur re & fama esse difficilem, si qua alia est, in toto corpore iuris latissimè à nobis explicata fuit *libr. vlt. Coniect. cap. vlt.* nec longiore hæc indiget tractatione. Adferemus tãtùm rationes dubitandi & decidendi ad singulos versiculos, vt quanto breuior erit tractatio, tanto clarior & dilucidior inueniatur, speciem legis non obscure Africanus expressit primis illis verbis *Frater à fratre, cum in eiusdem patris potestate essent, pecuniam mutuatus post mortem patris ei soluit.* Neque breuius neq; apertius exprimi res potuit. Quæstio autem quæ ex proposita facti specie nascitur, æquè breuiter & a-

perre sequentibus illis verbis, *Quæsitum est, An repetere possit.* Tota itaque legis difficultas in responsione est, responderet autem Africanus cum distinctione in hæc verba:

a Respondit, vtique quidem pro ea parte qua ipse patri heres extitisset, repetiturum. **R. A. T. D. V. B.** Cum duo fratres in eiusdem patris potestate constituti simul contrahunt, sicuti certum est non posse illos, inuicem obligari ciuilitè, obstante scil. iure patriæ potestatis, quod efficit, vt & patris & liberorum omnium qui in eius potestate sunt, vna eademque persona esse existimeretur *l. imperator 50. inf. ad. §. C. Trebell. l. ne eum filiosfamilias 16. inf. de furt. l. si nulla 4. sup. de iudic.* ita constat posse illos inter se obligari naturaliter, vt omnium

apertissimè hæc lex probat, cum ita loquitur Africanus *Naturalè enim obligatione qua fuisset & in §. proq. inf. Nã manere naturalè obligationem & in vers. cõtra pater, ibi Nam hic quoque manere naturalem obligationem eodem argumento probatur.* Naturalis enim obligatio tota ex factio æstimatur, ita vt etiam seruus domino & conseruus cõseruo naturaliter obligetur *l. nec seruis 41. inf. de pecul. l. sed si damnus 9. §. peculium & seq. & pass. eod. tit. l. Stichum aut Paraphilum 95. §. naturalis inf. de solut. l. si quod 64. inf. hoc tit.* Ad ea verò quæ facti sunt, non potest ius patriæ vel dominicæ potestatis pertingere *l. qui heredi 44. inf. de condic. & demonstr. l. quod dicitur 130. de verb. oblig.* Quod dicitur ergo & pater filio & filius patri in cuius potestate est, & frater fratri naturaliter obligabitur? Vnde est quod quauis pater filiosfamilias naturaliter obligari possit, fideiussores tamè pro ea obligatione filio dare non potest, quia fideiussores obligatio quæ semper aut ciuilitè aut nulla est, patri per filium acquireretur *l. si quis pro eo 56. §. 1. inf. de fideiuss. atq; ita vt lex ait, est fidei pro eodè etic obligatus, quæ tamen ratio mala esset, si filius non obligaretur patri, non enim possit videri fideiussores obligatus pro patre, qui nullomodo esset ipse obligatus: Dicitur quæ potest esse, non obligari fideiussores, id eò quod nulla esset obligatio, ne quidè naturalis, cui fideiussores possit accedere. Quod si fideiussores obligatio naturalis tan ùm esse possit, proculdubio vtiliter acciperetur fideiussores pro patre, hætenus scilicet vt is filio naturaliter obligaretur, nec verendum esset, vt per filium reacquireretur patri: quomodo malè Bartolus existimat. At qui constat naturalis obligationis effectum præcipuum illum esse, vt impediatur soluti repetitionem tota hæc lege & *l. Iulianus vari debitorum 60. & pass. hoc tit. l. 3. §. vlt. sup. Quod quisq. iur. l. naturales 10. inf. de oblig. & action. Ergo dicendū est quod frater debitor fratri creditori soluerit, repeti nõ posse, nec magis post mortem patris quàm viuo patre, nec rursus magis pro ea parte pro qua frater debitor patri heres extitit, quàm pro qua nõ extitit. Et hæc obiectio tantum momenti est, vt Franciscum Hotomanum coegerit responsi huius partè priorem emendare, & addita negatione legere nõ *repetiturum.* Porrus infulse & neptè: Jacobum verò Cuiacium in eã ite sententiam, quæ fuit iam olim Ioannis, Accursij & veterum ferè omnium, vt obligatio naturalis fratri quidè creditori primùm quæ sita sit, sed quæ tamen per eum ipsum acquiratur patri non minus quàm ciuilitè. Quasi non alia ratio adferri possit, propter quam Africanus noster ita distinguere debuerit, vt quod frater debitor fratri creditori post mortè patris soluit, vtq; repeti possit, pro qua parte is patri heres extitit, pro alia verò parte non possit repeti, nisi cum distinctione illa an minus ex peculio fratris debitoris ad fratrem creditorem peruenerit, an tantundem: æquè insubtiliter & contra iuris rationem, cum fieri nequeat, vt naturalis obligatio acquiratur & filio & patri per filium, sed vel filio tantum vel patri tantum: Quod quidem quicquid acquiratur patri per filium, ita acquiratur vt ne momento quidem temporis acquisitione in persona filiosfamilias cõsistat, vt in obligatione ciuilitè cernere est *l. placet 79. inf. de acquir. hered.* Atqui non negant isti, nec negare possunt quin obligatio hæc naturalis acquiratur primùm filio. Ergo fateantur necesse est, non posse illam acquiri patri, alioquin dicendum esset, eodem instanti acquiri eam & patri & filio, quod profus impas-**

Tom. III.

sibile est. Sicut & quod idem addunt duas hæc esse obligationes naturales, vnã quæ filio acquiratur, & in eius persona remaneat, alterã quæ per filium acquiratur tanquã heredi, quod certè ridiculū est. Alia igitur ad priorem huius responsi partè ratio decidendã, quæ res est, ea verò nõ alia, quã quæ mox sequitur. **D. e. c.** Peculium filiosfamilias moriente patre cõfunditur, cū hereditate & ex peculio fit hereditas *l. certū est 13. C. famil. erisc.* Peculium in quã profectiui de quo solo hic loquimur, nam in castrensi aliud est *l. si filiusfamilias 4. eod. tit.* nec enim peculium esse potest, nisi quatenus & quãdiu à filiosfamilias possidetur, quia paterfamilias peculium nõ habet *l. vlt. in fin. C. de inoffic. testam.* Ergo & peculiaris obligatio, quæ filiosfamilias quæ sita fuerat viuo patre cõtra fratrem, ex peculiari fit hereditaria per mortè patris, atqui hereditas paterna & quicquid hereditatis est, diuiditur inter fratres eosdèmq; patris heredes pro hereditatis portionib. *l. 1. C. si cert. petat. l. vlt. & pass. C. de heredit. action. l. 1. & 2. C. si vnus ex plurib. hered. debet.* Ergo & hæc quoque peculiaris obligatio, cui consequens est, vt pro qua parte frater debitor patri heres extitit, repetere possit, cum pro ea parte factus sit sui ipsius creditor, atq; ita debitor simul, & creditor: Quæ res parit confusionè, ac proinde totam obligationem extinguit, nec tantum confusionis iure, sed etiã solutionis potestate *l. debitori 50. l. Grauius 71. l. heres à debitore 21. §. seruo tuo & seq. de fideiuss. l. Stichum aut Paraphilum 95. §. aditio de solut.* Itaq; perinde fit confusio naturalis obligationis quæ sita filio, etiam si nõ sit quæ sita patri, atq; si per filium familiam patri acquisita fuisset. Fit enim confusio in extraneo herede, qui fuit debitor, aut creditor defuncti, non eo instanti quo paterfamilias moritur, aut quo primùm mortuus est, sed quo hereditas acquiratur: in suo autem herede statim atque patri heres existit, quod cõtingit primo instanti post mortem patris, nõ quia in suis heredib. idè sit instans delatæ & acquiri: & hereditatis, vt dicebat Cuiacius, sed quia in iis acquisitio fit eo ipso instanti, quo in aliis fit delatio *l. in suis 11. de liber. & posthum. l. in suis 14. de suis & legit. cumque statim atq; pater mortuus est, filiosfamilias fiat paterfamilias, & sui iuris, & ita peculium habere desinat, eodè instanti succedit potestas iuris, quæ & peculium facit hereditatem, & obligationem, quæ peculiaris fuit, hereditaria, vt diximus, tãtò, quàm si pater viuus naturalè obligationem sibi per filium acquisisset: Vt proinde nil necesse sit, cum Accursio & Cuiacio dicere quæ sita fuisse obligationè patri ad hoc, vt inueniatur ratio, propter quã danda sit fratri debitori repetitio soluti pro ea parte, pro qua heres patri extiterit, sufficit enim obligationè hanc factã esse hereditariam, licet nõquam fuerit paterna. Quod nec Accursius, nec alius quisquam ex nostris intellexit: Scribit enim ille non aliam huius responsi rationem adferri posse, quàm quia pro parte debitor heres extiterit quasi creditori, quod certè falsum est, nam neque pater fuit vnquam creditor ex persona fratris, qui mutuum dedit, neque debitor ex persona fratris, qui accepit. Confunditur autem hæc obligatio peculiaris, non per solam collationem & communicationem peculij, sed per successionem, quatenus frater debitor successit patri in ea obligatione, at non quasi peculiari, sed quasi hereditaria, & ita tamen hereditaria, vt numquam fuerit defuncti, sed post ipsius tantum mortem cõ-*

L. I.

perit, & esse hereditaria. Nec enim nouum est, ut aliquid sit hereditariū aut actiue aut passiuē, quod tamen à defuncti persona nunquam inceperit. *l. hereditariū 7. infr. de reb. aucthor. iudic. possid. l. hereditariū 40. de oblig. & action. l. si per imprudentiā 51. §. non minus infr. de iur. Itaque si poneret fratrem hunc debitorem abstentum esse ab hereditate patris, perinde quidem obligatio peculiariis definirer esse peculiariis, & fieret hereditaria, quia non faceret abstentio, quin filiusfamilias per mortem patris fieret paterfamilias, & consequenter incapax habendi peculij d. *vlr. C. de inoff. testam. sed tamen non ideo possit repetere, quod soluisset iure confusionis, quia nulla ex parte patri successisse intelligeretur. l. si filius 12. de interog. in iur. fac. Nec rursus quasi solutio per peculij collationem debito, quia non tam contulisse quam amisisse peculium videretur. Ad eod vt neque conueniat ex propria obligatione deberet, nisi in id quod facere posset, etiam si extraneo debuisset. l. 2. infr. quod cum eo qui in alien. potest.**

b Pro ea verò qua frater heres extitit. *R. A. T. d. v. b.* Non potest videri confusa naturalis obligatio fratris debitoris pro ea parte, qua non ipse, sed frater creditor patri heres extitit, cum pro ea parte non sit idem sui ipsius debitor & creditor: quæ sola ratio est, vt proximè diximus, inducendæ confusionis. Frater enim, qui viuente patre fratri pecuniam peculiarem credidit, æquè post mortem patris remanet creditor, sed cum hac tamen differentia, quod ex peculiari creditore factus est hereditarius, propter confusionem illam peculij cū hereditate d. *l. certum est 13. Cod. famil. ercisc.* Et quamuis ex peculio fratris debitoris ad fratrem creditorem non minus peruenerit, quam ei debeatur pro qua parte is patri heres extitit, non ideo tamen magis confusio vlla induci potest, at nec solutio, cum peculium illud viuio quidem patre licet filij fuerit, magis tamen fuerit patris l. 3. §. sed verum l. patri 27. in princip. *supr. de minor. mortuo autem patre defierit esse peculium, & factum sit hereditas, ex quo fit, vt non tam ex peculio fratris debitoris, quam ex patrimonio patris, aut ex eiusdem hereditate, videatur frater creditor pro qua parte patri heres extitit, partem debitor sibi pecuniam esse consecutus. Non ergo fieri potest, vt pro ea parte naturalis obligatio sublata sit ad inducendā soluti repetitionē, quamuis ex peculio fratris debitoris non minus ad fratrem creditorē peruenerit, quam ei deberetur, pro qua parte extitit heres patri. Non enim tollitur obligatio siue naturalis siue ciuilib per solutionem factam ex pecunia creditoris, aut alterius quam ipsius debitoris l. Iulianus 47. §. 1. *infr. mandat. l. Casus 17. l. si alieni 78. & pass. de solut. Fratris autem creditor soluta intelligitur pecunia quæ ipsius fuit, pro qua parte patri heres extitit, quia fuit hereditaria. De c. Peculium filijfamilias, veluti propriū eius patrimonium est d. §. sed verum l. 5. §. peculium dictum est l. hinc queritur 19. §. 1. l. si ex duobus 32. l. peculium & ex eo 39. l. quoties 47. §. 1. *infr. de pecul. Et ideo, quem admodum frater fratri, qui in eiusdem patris potestate est, pecuniam peculiarem credendo acquirit sibi naturalem obligationem contra fratrem, perinde acti ex pecunia omnino sua crederet, ita & frater debitor soluendo ex peculio suo se ab obligatione naturali liberat, non minus quam si ex pecunia omnino sua puta castrensi solueret viuio patre: Vtrumque enim ex voluntate patris, qui vtriq. filio peculium concessit, fieri intelligitur. Quid au-***

tem refert, an pecunia quam frater debitor in peculio habuit ad fratrem creditorem peruenerit viuio patre, an mortuo? Et si enim mortuo patre defuerit esse peculium, & sit hereditas, eadem tamen pecunia est, ex qua frater debitor soluere antea, & se liberare potuisset, & quæ auxit hereditatem à quo instanti ex pecunia peculiari facta est hereditaria: Tantòque minore portionem hereditariam haberet hodie frater creditor, si minus ex peculio suo frater debitor in assem hereditarium contulisset. Effectu igitur rei inspecto qui semper potissimum inspectendus est. *l. debitor 59. in illis verbis, videamus de effectu rei infr. ad S. Trebell. dicendum est, perinde liberari fratrem debitorem per confusionem & communicationem peculij, atque per solutionem, ne alioqui sola iuris ratio quæ peculium extinguit, vt ex ea peculio hereditatem auget, damno adficiat fratrem debitorem qui peculium suum bene administrauerat, & habuerat unde fratri creditori solueret, quomodo in alia specie, licet dissimili argumentatur Papinianus in l. 3. *infr. de separa. Atqui nemo dubitat, quin solutione tollatur omnis obligatio, & quin pro soluta debeat haberi pecunia, quæ à debitore ad creditorem peruenerit leg. non omnis 19. §. si pupillus supr. de reb. credit. l. quid si forte 14. §. vlt. de solut. Verum igitur est, si pro qua parte frater creditor patri heres extitit, non minus ex peculio fratris debitoris ad eum peruenerit, quam pro hereditaria illa portione debeatur, sublata esse naturalem obligationem: Præsertim cum quæstio hæc tractanda sit inter fratres iudicio familiæ erciscundæ, quod bonæ fidei est, idè quæ præstationes omnes recipit quæ sunt ex bono & æquo §. actionum 25. & sequ. *infr. de action. Et si nec quicquam verat etiam post acceptum inter fratres iudicium familiæ erciscundæ, quod sepius accipi non potest, tractari inter eos de conditione indebiti, quomodo tractaretur inter heredes extraneos, si quid forte alteri ab altero indebitè solutum probaretur. Et ita hic locus omnino accipiendus est: nam de iudicio familiæ erciscundæ inter fratres accepto, incipit tractare Africanus nofer in specie, quæ statim sequitur,***

c Ad eod vt supra legatum filio eidemq. debitor id fuisse. Ratio est, qua probat Africanus, naturalem obligationem fratris debitoris hoc ipso sublata fuisse, pro qua parte frater creditor patri heres extitit, quod non minus ex peculio fratris debitoris frater creditor sit consecutus. Hæc autem ratio est, quia si pater testamento suo fratri debitori peculium prælegasset, officium arbitri familiæ erciscundæ in hereditate inter fratres diuidenda tale esse deberet, vt ex prælegato illo peculio partem fratris debitoris hereditaria deduci iuberet. Est enim ille vnus ex naturalis obligationis effectibus, vt pariat deductionem l. sed si damnus 9. §. peculium & pass. *infr. de pecul. atqui deductione illa facta, nemo dubitaret, quin sublata esset obligatio naturalis, quasi solutionis potestate. Deductio enim potestatem habet solutionis, & per eiusmodi deductionem peculium fratris debitoris ad fratrem creditorem catenus peruenerit. Ergo idè esse debet etiam si per hereditatis diuisionem inter fratres sine arbitrio facta, tantundem ex peculio fratris debitoris ad creditorem fratrem peruenerit, quantum est in eius portione hereditaria. Nā & hoc casu idem euenit, vt peculij fratrem partem frater consequatur, atq. ita habeat vnde sibi ipsi*

ipsi satisfaciatur. *R. A. T. D. V. B.* Cum pater vni ex filiis suis eidemq. debitori peculium prælegauit, officium arbitri familiæ erciscundæ tale esse oportet, vt patris iudiciū & voluntatē sequatur l. filij 16. l. filia 18. l. vlt. & pass. *C. famil. ercisc.* Ergo patri non debet vt ex peculio illo prælegato frater creditor quicquam deducatur. De c. Iudiciū familiæ erciscundæ bonæ fidei est §. actionū *infr. de action. Proinde nihil nisi æquitatem ante oculos habere iudex debet, vt testatoris quidè sequatur voluntatē, quātū fieri potest, sed eatenus tamē, quatenus bonū & æquū patitur §. in bonæ fidei 26. eod. *vir. atqui bonum & æquū est, satisfieri fratri creditori ex peculio fratris debitoris, quatenus alteri debet: naturalis enim obligatio æquitatis vinculo sustinetur l. Stichū aut Paphilū 95. §. naturalis de solut. Cūq. non possit ea obligatio quæ naturalis tantū est, pariter actionē, necesse est, vt creditori prospiciatur officio arbitri per viā deductionis & retentionis, aut etiā, si aliter fieri non possit, adiudicationis l. 3. l. Pōponius 8. l. si filia 20. §. 1. & pass. *supr. famil. ercisc. vt quod naturalis obligationis efficacia obtinere nō potest, adminiculo & officio arbitri familiæ erciscundæ supplicetur, vt in d. l. vlt. C. famil. ercisc. l. 2. C. de inoff. donat. Ergo iubere debet iudex, vt quæ frater fratri debet, pro qua parte frater creditor patri heres extitit, ex peculio fratri prælegato deducatur.***

d Idè, maxime consequens esse et sententia, quam Iulianus probat. Alia hæc ratio est, qua probat Africanus nō æquitatē deductionis ex peculio fratris debitoris, pro qua parte frater creditor patri heres extitit, sed æquitatē repetitionis, quæ fratri debitori danda est contra fratrem creditorem, pro qua parte is patri heres fuit, & quatenus heres ex peculio fratris debitoris consecutus est. Nā si quid vnus ex filiis extraneo creditori debuisset, & ab eo post mortē patris creditor exegisset, solidā scilicet debitā quantitātē, æquū esset tantū eū iudicio familiæ erciscundæ recuperare à coheredib. quantum ab his creditor actione de peculio consequi potuisset l. hinc consequer 18. §. si filiusfamilias *supr. famil. ercisc. id est, pro ipsorum portionib. hereditariis: quamuis filius ipse eidemq. debitor si ex parte heres à patre institutus sit, nihilominus actionē de peculio in solidū pati cogatur l. quæstus 30. §. si verò si. *ius sit *infr. de pecul. quia & ex persona sua ipse solidum debet l. si quis cū filiofamilias 44. eod. Sed ea res nō facit, quin duplici remedio ei succurri oporteat, quorū alterū est, vt pro parte nomē coheredis redimat d. §. si verò, alterū, vt contra coheredē habeat iudicium familiæ erciscundæ d. §. si filiusfamilias, alioqui locupletaretur coheres ex ipsius iactura, quatenus ex peculio filijfamilias debitoris locupletior factus esset, cū tāto maiorē, vt diximus, habeat portionem hereditaria. Igitur, inquit Africanus, etsi re integra familiæ erciscundæ iudicio agatur, ita peculū diuidi æquū est, vt ad coheredē vsq. eius quantitatem indemnitas præstetur frater debitor ab extraneo co-***

herede. Porro si æquū est defendi filij debitorē aduersus extraneum, longè magis, inquit Africanus ex Iuliano, in eo quod fratri debuisset, in dēnis præstāndus est. Cur enim detor condicio esse debeat fratris debitoris aduersus creditorē fratrem, quā aduersus extraneū? Est autē omnib. his casib. ratio illa cōmunis, quod æs alienū filijfamilias qui peculū habuit, nō rā ipsius filijfamilias qui cōtraxit quæ peculij onus est l. de posui 38. §. *vlr. *infr. de pecul. idè quæ ad patrem quoq. pertinet, quāuis nō ipse cōtraxerit, vt ad finem vsq. peculij actione de peculio teneatur d. l. si quis cū filiofamilias, & cōsequēter ad heredes quoq. patris pro hereditariis portionib. Sequitur ergo peculij quocunq. ierit, & quisquis habet peculū siue tanquā peculū, siue tanquā in hereditate conuersum, is onus quoq. æris alieni tanquā onus peculij sentire debet. Ita enim fit, vt neutri fiat iniuria, quæ alioqui fieret euidēter ei qui totū debitū soluisset, nec tamen nisi partē peculij apud se retineret. His igitur omnib. cōsequens est, quod initio huius legis Africanus respondit fratri debitorē, pro qua parte frater creditor patri heres extitit, ita repetiturum quod soluit, si nō minus ex peculio suo ad fratrem creditorem peruenerit. Nihil enim aliud agit Africanus his duabus allatis rationibus, nisi vt probet sublata esse pro ea parte obligationē naturalem, quæ frater debitor fratri creditori tenebatur, quasi solutione facta ex ipso peculio, quod adnexū semper habeat onus æris alieni, & cōsequēter locū esse repetitioni, quam sola obligatio naturalis impedire poterat. In eod. errauimus, cū scripsimus *lib. vlt. Coniect. cap. vlt. Africanū nō id agere, vt probet fratrem debitore posse repetere quod soluit pro parte hereditaria fratris coheredis, si non minus ex peculio suo in fratrem creditore trāstulerit, sed id potius vt probet nō posse repetere, si aut nihil, aut minus ex peculio fratris debitoris ad fratrem creditore peruenerit. Nulla enim dubitādi causa est eo casu, cū nihil interueniat propter quod naturalis obligatio sublata videri possit. Et quod Africanus scribit in vertice. *Naturalis enim obligatio quæ fuisse, hoc ipso sublata videri quod peculij partē frater sit consecutus, ostendit satis in eo solo Africanū laborare, vt doceat, sublata esse per cōmunicationē & participationē peculij obligationē naturalem fratris debitoris, vt inferat, posse igitur illum repetere, quāuis non tam extraneo peculio quā ex paterna hereditate, vt in dubitandi ratione diximus, solutum fratri creditori videretur: & ita omnino sciendum est. Cætera quæ nostri ad primum hoc legis huius responsum tractant consulto præmittimus, non ob id solum quod à nobis iam tractata satis & confutata sunt in Coniecturis, sed etiam quia non ad aliud profunè quam vt legis huius interpretationem, quam facilem & planam attulisse nobis videmur, faciant dissi-****

1 Quæsitum est, si pater filio crediderit, isq. emancipatus soluat, an repetere possit. respondit, si nihil ex peculio apud patrem remaserit, non repetiturū. nā manere naturalem obligationem, argumēto esse, quod extraneo agere intra annū de peculio, deduceret pater, quod sibi filius debuisset. Contra si pater, quod filio debuisset, eidem emancipato soluerit, non repetet: nā hic quoq. manere naturalem obligationem, eodem argumento probatur: quod si extraneus intra annū de peculio agat, etiam quod pater ei debuisset, computetur. Eademque erunt, & si extraneus heres exheredato filio soluerit id, quod ei pater debuisset.

Ad §. 1. *Quæstum est.*

R. A. T. D. V. B. Etsi cum pater filio suo quem in potestate habet, credidit pecuniam, naturalis obligatio inter patrem & filium contrahitur, ut supra diximus, & interpretis quoque hoc casu fatetur, atque secuta emancipatione, si filius iam emancipatus patri soluat, alia persona videtur esse quæ soluit, quæ debuit, quia capitis diminutio quæ per emancipationem contingit, alia quodammodo emancipati personam facit, adeo ut emancipatus filius patri suo extraneus quodammodo esse intelligatur. *l. qui etiam 55. in fin. de rit. nupt.* Vnde profecta est ratio, & necessitas inducendi Edicti de capite minutis, inter ceteras partes edicti de restitutionibus, in integrum, ut obligationes quæ per capitis diminutionem intercederent, restituerentur. *l. 1. §. 3. vlt. de capite. minut.* Ergo quod filius emancipatus patri soluerit, tanquam indebitum repeti poterit: Nam & per emancipationem, perinde atque per mortem patris, eximitur filius à patria potestate, & fit paterfamilias, ac proinde incapax habendi amplius peculij. *l. vlt. C. de inoffic. testam.* Ergo nec capax esse potest retinendæ obligationis vilius peculiaris siue actiue, siue passivæ, cum peculiaris obligatio nulla esse possit, ubi peculium nullum est. Quia ratione putant Iohannes, Azo, & Accursius, si pater qui à filio suo mutuam pecuniam accepit, eum postea emancipaverit, et in emancipatione peculium ipsi ademerit, non remanere illi filio obligatum ex *l. si quis seruo 18. in fin. de solut.* ubi scriptum est seruo manumisso, cui peculium in manumissione ademptum est, peculiares debitores solvere postea non posse, si peculium ademptum fuerit. De C. Capitis diminutio non tollit iura naturalia, nec eas obligationes, quæ sunt ex bono & æquo & naturalem habent præstationem, quia civilis ratio iura naturalia corrumpere non potest. *Leas obligationes 8. sup. de capite. minut. §. vlt. Instit. de legit. agnat. tutel.* Atqui naturales obligationes non ita ex iure quam ex facto estimantur, ut diximus, ex *l. si quod dominus 64. in fin. de rit. l. nec seruus 41. in fin. de pecul. nec tam iuris, quam æquitatis naturalis vinculo sustinetur. l. Stichus aut Paphilus 95. §. naturalis de solut.* Ergo naturalis obligatio, quæ inter patrem & filium familias contracta est, patre mutua credente pecunia, etiam post emancipationem manere fatendum est, & idcirco si filius emancipatus patri soluat, quod ei filius familias debuit, repetitioni locum non esse. Est autem hic locus omnium apertissimus ad probandum quod supra docuimus, inter patrem & filium familias non solum contrahi posse obligationem naturalem, sed quod magis est, ita contrahi, ut non acquiratur patri: alioquin pater accipiendo pecuniam mutuam à filio, quo casu constat æquè obligari eum naturaliter filio, ut scriptum est in *vers. prox. seq.* sibi ipsi obligaretur: quod cum natura ipsa non patiarur. *l. ne cum filiofamilias 16. in fin. de furt.* non minus naturalis obligationem impedit, quæ civilis. Et hæc ratio est, quæ Accursium movit, ac ceteros existimantes, naturalem, quæ inter fratres contrahitur, obligationem acquiri patri, ut aliud tametsi senserint in ea obligatione naturali quæ inter patrem & filium directo contrahitur, quomodo ipsi loquuntur, non oblique per intermedia alterius personam. In quo miror virum doctissimum Iacobum Cuiacium contra putasse, quasi cum pater mutuam pecuniam à filiofamilias suo accipit, non eo minus obligatio naturalis quæ acquiratur filio, hoc ipso reacquiratur patri, sed tamen non intelligatur acquisita quamdiu pater peculium penes filium suum manere patitur: quod minus evidenter certe falsum est. Quomodo enim posset ipso iure quæ sita esse

patri, quin sibi ipsi pater obligatus esset? Et quid si filius nihil in peculio habeat præter eam summam, quæ patri credidit? Quid rursus si pater filio peculium ademerit? An eo minus obligatus ei manebit pater, cum filius ipse creditoribus omnibus peculiaribus extraneis maneat obligatus? ut pro Hugolino contra Iohannem & Azonem Bartolus bene disputat ex *l. ideos 45. §. præced. in fin. de pecul.* Denique quid absurdius, quæ dicere, in patris esse potestate, ut naturalis suam obligationem qua tenetur, facto suo extinguat, & per solam ademptionem peculij. *l. 2. §. Scævola in fin. de eo quod cert. loc. l. si seruum 91. §. non videamus in fin. de verb. oblig.* Illud sane non nego, quod in Cōiecturis suis docui, obligationem quidem naturalem acquiri filio, non etiam patri, & in ipsius filij persona manere ac consistere, siue pater filio peculium ademerit, siue peculium penes filium manere patiarur. Sed ita tametsi ut effectus omnes obligationis naturalis acquiratur patri, siue id quod naturaliter debetur deducendum sit, siue cōpensandum, siue retinendum, ex quo fit ut cōuentus pater de peculio ex contractu filij possit deducere, quod ille filius alteri filio debet, in eiusdem patris potestate constituto. *l. sed si damnus 9. §. præterea in fin. de pecul.* quo potissimum argumento motus ac deceptus fuit Cuiacius, nepe quia obligatio ipsa naturalis tota facti est, ut diximus, effectus autem omnes obligationis naturalis sunt iuris. Quæcumque porro iuris sunt, trāsferuntur à filio ad patrem, & à seruo ad dominum, non etiam illa quæ sunt iuris. *l. qui heredi 44. de codic. & demōstr. d. l. quod dicitur 130. de verb. obligat.* Nam neque deductio, neque retentio, neque compensatio fieri potest, quin acquiratur id quod deducitur, vel retinetur, vel cōpensatur. *l. filium quem 24. C. famul. eris.* Acquisitionis autem omnino incapax est filius familias, nisi cum pater non vult per eum sibi acquiri. *l. placet 79. de acquir. hered. l. si à parent. quis manum. sit.* Nec tametsi cōsequens est, ut verum sit, quod vult Bartolus obligationem naturalem acquiri filio nomine tantum, non etiam effectu. Acquiri enim effectu etiam ipso apparet manifeste ex hoc §. in quo aperte scribit Africanus, quod pater filio suo debuit, si emancipato soluerit, non posse eum repetere, nimirum quia eo tempore iam capax est filius acquisitionis, nec prius querendum est, cui acquisitio sit obligationis naturalis effectus, quam acquirere dii: epus venerit. *d. l. si quod dominus 64. in fin. hoc tit. ubi scriptum est, id quod dominus seruo suo debuit, si manumisso soluat, quævis existimans aliqua ei se actione teneri non posse dominum repetere, quia naturale debuit agnoverit, cum tametsi ante manumissionem eide soluisset, nemo dubitaret, quin id ipsum quod solutum esset, domino acquireretur: sicut & in specie huius §. vers. seq. si quod pater filio suo naturaliter debuit, ante emancipationem soluisset, haud dubie & sublata esset per solutionem naturalem obligatio, & rei solutæ dominum eide patri per filium acquireretur. Nam cum sint diversa instatia contractæ obligationis, & secute acquisitionis, non quæadmodum implicat contradictionem, ut pater sibi ipsi quicquid debeat, ita ei implicat, ut illud ipsum quod pater filio debuit, si ab eo solutum filio sit, patri per filium acquiratur: quoniam aliud est de obligatione naturali, aliud de dominio tractare, cum dominum sit iuris, obligatio autem naturalis meri facti, & non nisi partim ex mero facto, partim ex æquitate estimanda.*

a Si nihil ex peculio apud patrem remanserit. Ergo si pater filium emancipando peculium ipsi ademerit, illudque sibi retinuerit, quod filius post emancipationem ei soluerit, repeti poterit, tanquam indebitum solutum: cum pro soluto habendum sit, quicquid per

per emancipationem apud patrem ex filij peculio remansit. Vnde enim potuit aut debuit filius nisi ex peculio solvere, ac obligationem peculiarem dissolvere? Cumque æs alienum filij familias peculium habentis sit onus peculij, ut ad initium huius legis diximus ex *l. depositi 38. §. vlti. & aliis pass. in fin. de pecul.* fieri certe nequit, ut & peculium filij pater retineat, & filij creditor remaneat. Denique retentio peculij, quam nostri minus latino vocabulo, sed latiore significatione perventionem vocant, solutionis vim obinet, idcirco, prodest ad dissolvendam naturalem obligationem, ut & alia solutio quælibet: nempe si tantum ex peculio apud patrem remanserit, quantum fuit in naturali filij obligatione, nam si minus remanserit, non contingeret liberatio, nisi ad concurrentem usque quantitatem. Ex quo intelligimus non sola peculij ademptione patrem liberari, sed sola eius perceptione, non enim plus facere potest ademptione peculij, quam si alio quolibet modo extinguitur sit peculium: puta reb. omnib. peculiaribus, peremptis. *l. peculium nascitur 40. in fin. de pecul.* nisi quod peculium si non adimatur emancipato filio cōcessum ei intelligitur. *l. donationes 31. §. pater qui filia in fin. de donat. l. siue emancipatus 17. C. cod. si verò adimatur remanet penes patrem, & prodest filio ut à patre liberetur.*

b Nam manere naturalis obligationem. Laborauerat Africanus in prima huius legis specie, ut probaret sublata esse naturalem iur. fratres obligationem partim confusione, partim participatione peculij. Nunc laborat, ut probet naturalem obligationem inter patrem & filium familias contractam, si pater filiofamilias crediderit, non tolli per emancipationem: probat autem hoc argumentum, quod si post filij emancipationem extraneus aliquis creditor peculiaris ageret annali actione de peculio contra patrem, ex *l. 1. §. tot. tit. quæ d. de pecul. act. est annal.* deduceret pater quod sibi filius debuisset, ut semper fit in actione de peculio. *l. sed si damnus 9. §. peculium & pass. in fin. de pecul.* etiam post mortem filij eadem actione annali de peculio contra patrem ageretur. *d. l. 1.* Ergo nec mors, nec emancipatio filij admittit patri naturalem obligationem. Est enim deductio, ut sæpius diximus, vnus ex effectibus naturalis obligationis, non potest autem effectus esse sine causa, nec argumentatio vlla melior quam ab effectu subsistente ad causam subsistentiam. Porro nulla hæc dubitandi ratio est, nisi quæ à nobis adferretur ad *l. 1. in fin. quæ d. de pecul. act. annal. est.*

c Contra si pater. Sensus est, id est quod proxime dictum est de filio qui patri obligatus fuit naturaliter, & cōtrario dicendum esse, si filius patri crediderit & pater eidem emancipato soluerit: non enim repetet, quia æquè naturalis obligationem agnovit, quæ impedit soluti repetitionem. Eadem igitur ad hanc speciem dubitandi ratio est, quæ ad superiorē. Eodemque prorsus, sed inuerso tamen argumento vult Africanus, ut probet in hac quoque specie naturalis obligationem manere. Nam si quis extraneus peculiaris creditor ageret de peculio contra patrem intra annum post emancipationem, aut post mortem filij, cōputandum esset in filij peculio etiam quod pater ei debuisset, tãquam autem naturali illa obligatione filio acquisita contra patrem. Nam quæadmodum deductio quæ fit ex peculio, ostendit naturalem adhuc obligationem subsistere, ita & cōputatio quæ fit huius obligationis naturalis ad augmentum peculij: non enim cōputari posset in peculio, & peculium augere obligatio naturalis, quæ iam extincta esset. Cōstat autem in peculij filij vel serui cōputari, quod ei pater vel dominus debuit. *l. quam*

Tuberensis 7. §. sed & id quod. in fin. de pecul. nec puto distinguendum esse hac parte casum mortis filij à casu emancipationis, quomodo distinguit Accursius. cum ait ratiocinationem hanc Africanum non esse necessariam: et si enim mortuo filiofamilias nulla superesse potest obligatio, nec naturalis, nec civilis, quomodo superesse eodem emancipato. *l. creditor 18. in fin. de SC. Macedonæ* quia nec hereditas filij familias vlla est, in qua trāsferre possit naturalis obligatio. *l. qui contra 11. in fin. de fideiuss.* quomodo trāsferret mortuo patrefamilias, qui naturaliter tantum obligatus fuisset, ut puta impubere. *l. si eius pupilli 64. in fin. ad SC. Trebell.* At tamen cum de actione de peculio tractatur, quæ ex edicto prætoris intra annum post mortem, vel emancipationem filij instituitur, nulla differentia est, quia iam inde ab eo tempore quo naturalis obligatio contracta est, pater cum filio egisset, aut filius cum patre ratione posuisset intelligitur. *d. l. sed si damnus 9. §. præterea l. ex facto 52. in fin. de pecul.*

d Eademque erit & si extraneus heres. R. A. T. D. V. B. Naturalis obligatio cum ex facto æstimetur, ut sæpius diximus, facta autem merè personalia sunt, videtur coherere personæ, in de qua fieri ut à filio vel seruo non trāsferat ad patrem vel dominum. *l. nec seruus 41. in fin. de pecul. l. si quod dominus 64. hoc tit. in fin. l. qui heredi 44. de condic. & demōstr.* Ergo nec in herede trāsferre potest, quia in eum nec trāsferret cetera quæ merè personalia sunt. *l. quia tale 13. in fin. l. præced. in fin. solut. matrim. l. ex pluribus 42. de admin. tutor. l. sciendum est 25. in fin. de re iudica.* De C. Hereditas personæ defuncti representat, in omnibus præsertim defuncti obligationibus, siue naturales sunt, siue civiles, & siue actiue, siue passivæ, quia ex facto defuncti proficiscitur & servat originem: quæ maxime inspicendum est, cum de trāsmissione queritur: nam & inde fit, ut stipulatio condicionalis, etiam pendente conditione defuncto stipulatore in herede ipsius trāsmitteretur. *§. ex condicionali Instit. de verb. oblig. at legatum conditionale non est. l. si cui 42. de oblig. & action.* Ergo & naturalis obligatio patris, qua filio tenebatur, trāsferre potest in heredem patris extraneum, adeoque quod magis est, ab herede in vniuersalem hereditatis fideicommissarium, ut distert scriptum est in *d. l. si eius pupilli 64. in fin. ad SC. Trebell.* Aliud est in privilegiis personarum, datis quia non trāsferuntur ad heredem: quod pertinet supra allatæ leges: nec mirum videri debet obligationem naturalem trāsferre in heredem, quæ non trāsferat in patrem vel dominum: nam in herede trāsferat, quia defuncti iam quæ sita fuerat: in patrem verò, vel in dominum, id est trāsferre non potest, quia si trāsferret, necesse esset ita trāsferre, ut ipsi filio aut seruo non quæ acquisita fuisset, ne vno quidem temporis momento. *d. l. placet 79. de acquir. hered.* Quod tamen ne fieri possit, illud impedimento est, quod obligatio naturalis tota, ut diximus, ex facto, estimatur, nec factum filij factum est patris, nec factum serui factum domini. *d. l. qui heredi.* Et obseruandum est, non ita loqui Vlpianum in *d. l. placet* ut dicat, omnia omnino acquiri patri per filium, vel domino per seruum, quomodo Cuiacius post Azonem nimis generaliter interpretatur, ut naturales quoque obligationes cōprehendat, sed ait, quoties acquiruntur, ut intelligamus non igitur omnia, nec sepe acquiri. Porro si quid vspiciendum est, quod acquisitionem paternam, aut dominicam effugere poterit iure veteri, fatendum certe est obligationem naturalem in eo esse numero. Loquitur autem hic Africanus de exheredato filio, quia si coheres institutus esset, fieret confusio pro qua parte patri heres extitisset quasi succedente creditore debitori, nisi ab hereditate patris abstentus filius proponeretur, ut ad initium huius legis diximus.

2 ¶ Legati satis accipi: &, cum fideiussor mihi soluisset, apparuit indebitum fuisse legatum. posse eum repetere existimauit.

Ad §. ult. Legati.

RAT. DV B. Ei danda est conditio indebiti, cui abest quod indebitum soluit, ne ex ipsius iactura alius locupletetur. *nam hoc natura 14. sup. hoc tit.* At qui cum legati alicuius nomine heres fideiussorem dedit (quem dare debet ex edicto vt *legat. seu fideiussor. seruand. caus. caueat.* siue in diem siue sub condicione legatum sit, adeoque si etiam purè, nec statim legatum præstetur *l. etia 15. ill. tit.*) si postea quam à fideiussore legatum solutum est, appareat fuisse indebitum, puta quonia testamentum inofficiosum pronunciatum, aut ex qua alia causa irritum factum est, vt in *l. 1. 2. & seq. sup. hoc tit.* nihil abesse videtur fideiussori, qui legatum soluit, cum habiturus sit regressu actione mandati aduersus heredem pro quo soluit, sed heredi qui ad hoc ipsum obligatus est, vt fideiussorè indemnè præstet, id enim abesse cuiq. intelligitur, in quo est obligatus *l. si quis mandatu 28. sup. de negot. gest.* Ergo heredi ipsi danda est conditio indebiti, non quomodo hic scriptum est, fideiussori. DEC. Ei danda indebiti conditio est, cuius pecunia indebitè ad alium peruenit: nec enim negari potest quin damnatum sentiat ex amisso rei suæ dominio, si non statim ei per conditionem succurratur aduersus eum ipsum qui accepit, quamuis ab alio indemnè seruari possit. Sicut enim nemo idè obligatur quod ab alio postea sit repetiturus *l. nemo ideo 17. de regul. iur.* ita neque actionem quam aduersus unum habet ob id solum amittere debet, quod aliam aduersus alium exercere possit, cum actio quæ adicitur nunquam priorem tollat, quia nec pluribus a-

39. MARCIANVS libro 8. Institutionum.

SI quis, cum à fideicommissario sibi cauere poterat, non cauerit: quasi indebitum, plus debito eum solutum repetere posse, Diui Seuerus & Antoninus rescripserunt.

Ad l. Si quis cum à fideicommissario 39.

RAT. DV B. Multum distat cautio præstanda heredi à fideicommissario, à fideicommissio, quod heres fideicommissario præstare debet, nec quod heredi cauere fideicommissarius debeat, facit vt eo minus fideicommissum ab herede debeat. Habent enim fideicommissum, & cautio quæ fideicommissi nomine præstanda est, causas suas separatas, cum fideicommissum quidem ex testamento debeat: cautio verò non nisi ex edicto prætoris, siue de cautione illa intelligas, quæ legatorum & fideicommissorum omnium seruandorum causa præstari debet ex generali edicto, vt *legat. seu fideiussor. seruand. caus. caueat.* quæ mihi probabilior huius loci interpretatio esse videtur, siue cum Accursio de cautione interponenda ex edicto, si cui plus quam per *leg. falcid. de qua in l. 3. §. item sciendum est & §. ult. iunct. l. 1. §. hodie & pass. ill. tit. si cui plus quam per leg. falcid.* Siue denique de cautione, quæ à fideicommissario præstanda interdum est, pro indemnitate heredis, vt in *l. cum heredis 36. iunct. l. debitor 59. in fine principij infr. ad SC. Trebell.* Nam alia duo exempla quæ adfert Accursius ex *l. patronus 60. infr. ad SC. Trebell. de patrono,* qui ex debita tantum portione institutus fideicommissio aliquo grauatus est, & de eo qui pro fideicommissio relicto sub condicione quæ in non faciendò consistit, Mucianam cautionem non obtulit ex *l. Muciana 7. de condic. & demonstr. mihi non videatur ad rem pertinere: cum*

tionibus hominis vnus indemnitati consuli quicquam prohibet, dum ne bis idem consequatur *l. 1. §. 1. infr. quod legat. l. si quis dolo 51. infr. de re iudic.* At qui in propòsita specie fideiussor ille est, quem ponimus soluisse legatum indebitum, non heres. Ergo fideiussori non heredi danda legati indebitè soluti conditio est, scilicet si suo nomine soluerit, quod & in dubio præsumendum est *l. 4. infr. de solut. non etiam si nomine heredis, alioqui danda esset heredi conditio aduersus legatarium, mox repetitio fideiussori actione mandati contra heredem *l. indebitam 47. infr. hoc tit.* Ita enim accipiendum esse hanc §. omnes consentiunt: nec fideiussori nocebit, quod legatum debeat ex sua promissione & stipulatione, non ex testamento, quod inofficiosum pronunciatum, aut aliàs irritum factum sit. Quamuis enim stipulatio legatorum sit cautionalis, idè que interponatur vt nouet actionem ex testamento *l. 1. de prætor. stipulat. iunct. l. cum filius 76. §. heres meus delegat. 2.* tamen actionis ex testamento quam nouat naturam induit, & vicem repræsentat, ita vt si quis sub condicione legatum stipulatus, pendente condicione decesserit, stipulatio euanescat, quia negatum transmitteretur *leg. 1. §. si quis sub condicione.* Vbi additur huic stipulationi easdem causas & condiciones inesse quæ legato insunt. Proinde si qua sit exceptio quæ petenti legato opponi soleat, eandem ex stipulatu quoque agenti opponendam esse. De quo tamè videnda sunt & tenenda quæ generalius & specialius de cautionalium omnium stipulationum natura scripsimus *libr. 3. Coniect. l. ca. 1.**

in specie *l. patronus* nullo cautionis remedio fieri possit, vt valeat fideicommissum, quod patrono ex debita tantum parte institutum in iunctum est, *l. patronus,* quæ idè condicione dat fideicommissi purè & absolute, non autè interim & quousque cautio præstita sit, quæ nulla hoc casu deberetur, in legato autem quod relictum est sub condicione quæ in non faciendò consistit, Muciana cautio desideretur, non vt heredi prospiciatur, sed vt legatario, id est vt possit ille prius etiam quam impleta sit condicio, legatum petere, quod alioqui nec viuo legatario deberetur tanquam nondum impleta condicione, nec post impletam condicione, quæ scilicet, sicut nò potest impleri nisi morte legatarij, ita nec impleta esse nisi ipso mortuo, & eo tēpore quo acquirendi legati amplius capax non est. Deniq. Muciana cautio non nisi loco remedij introducta est & causatiuè, vt Bartolus loquitur, id est si legatarius deberi legatum velit, quod alioquin omnino indebitum esset. Ergo vt propòsitè dubitadi ratione concludamus, si heres eum à fideicommissario fideicommissum petere cautione vicissim à fideicommissario debitum non petierit, & nihilominus fideicommissum soluerit, non est ei permittendum vt condicione indebiti fideicommissum repetat, quod negari non potest debitum esse. Quod ni enim dicimus potius dandam heredi ex edicto actionem, vt debita cautio præstetur: vt in *l. qui iniucè 30. sup. hoc tit.* Præsertim postquam placuit etiam post solutum legatum vel fideicom-

de commissum, cautionem illam exigere posse *d. l. 1. §. item sciendum est infr. si cui plus quam per leg. falcid. neque verò diffidet Bartolus condicione indebiti hoc casu locum habere non posse, sed ait danda esse condicione incerti, quasi quæ, si Bartolo credimus, à condicione indebiti separanda sit, sed malè, vt à nobis iam sæpius probatum est in superioribus. Conditio cuius indebiti duplex est: vna certi de qua in *l. patronus & pass. hoc tit.* Alia incerti, qualis illa est de qua Marcius hic tractat, & in *l. seq. §. si pars infr. DEC.* Indebiti conditio locum habet, non solum si quid omnino indebitum solutum sit, sed etiam si quid plus debito, quia & illo casu ex parte indebitum est. Sed ex qua parte? Hoc verò neciri potest, cum cautio pro fideicommissio debita totum fideicommissum afficiat, cuius proinde nulla pars debetur, quin totius fideicommissi nomine cautio præstita sit. Totum ergo fideicommissum necessa-*

rio condicendum est, & quidem condicione indebiti, sed incerti, vt diximus, non autè certi, quia licet fideicommissum quod condicatur certum sit, non tamen repetitur tanquam absolute, & simpliciter indebitum, sed tanquam indebitum interim, id est quousque cautio præstita sit. Repetitur ergo ad hoc solum vt cautio præstetur, quod quonia facti est & in faciendò consistit, hoc ipso incertum est *l. vbi autem 75. §. qui id quod infr. de verb. oblig. idè que non nisi condicione incerti indebiti locus esse potest, vt & in *leg. quid sit nulla 60. de legat. 1. leg. si dominus 8. & seq. de præscr. verb.* Ad hanc legem valde pertinet quod scriptum est in *leg. heres 21. ad SC. Trebell.* quam ab Accursio & glossatoribus prætermittam esse mitor, & de cuius sententia ac emendatione scripsimus *Decad. de errorib. pragmaticorum. Error.* melius quam in quibus *10. decad. 26.* Iunge quæ dicam ad *leg. de Error. 51. infr.**

40. IDEM libro 3. Regularum.

QUI exceptionem perpetuam habet, solutum per errorem repetere potest. Sed hoc non est perpetuum. nam siquidem eius causa exceptio datur, cum quo agitur, solutum repetere potest: vt accidit in senatusconsulto de intercessionibus. vbi verò in odium eius, cui debetur, exceptio datur, perperam solutum non repetitur: veluti si filiusfamilias contra Macedonianum mutuum pecuniam acceperit, & paterfamilias factus soluerit, non repetit.

Ad l. Qui exceptionem 40.

RAT. DV B. & DECID. ad hanc legem eadem est quæ ad *l. si non forte 26. §. indebitum sup. hoc tit.* vbi eadem sententia proponitur, quæ tamen in hac lege pluribus explicatur, & adhibita distinctione illa, an exceptio perpetua quæ ante solutionem competebat, & cuius prætextu is qui soluit, præterdit repetitionem soluti, tanquam indebiti, inducitur sit fauore eius cui datur, qualis est exceptio Velleiani de intercessionibus mulierum, an potius odio eius contra quem datur: qualis est exceptio Macedonianum aduersus eum qui filiofamilias pecuniam credit, vt priore casu exceptio perpetua inducat repetitionem soluti non etiam posteriore *l. sed si paterfamilias 9. §. ult. infr. de SC. Maced.* vbi Vlpianus aliis quidem verbis, sed non dissimili sensu scribit, eos qui perpetua exceptione tuti sunt, ita demum solutum non repetere, si ob penam creditorem actione liberati sunt, non etiam quod exonerare eos lex voluerit. Iunge *l. si paterfamilias 19. in princ. sup.* Porro filiusfamilias qui à creditore mutuum pecuniam accepit extra voluntatem patris, & extra eos casus, quibus Macedonianum cessare placuit, non ideo à condicione certi liberatur, ne cum effectu conueniri à creditore possit, quod exoneratum eum Senatus velit, sed odio tantum creditoris, & in penam illius qui mutuum pecuniam filiofamilias credit in necem fortasse patris, cuius vita ex eius mutui causa etiam periclitari potest *l. 1. §. si autem solui infr. eod. tit. tit.* Quod in senatusconsulto Velleiano de intercessionibus mulierum contra est. Voluit enim Senatus exoneratas esse mulieres, quæ contra ordinis amplissimi decretum intercesserint, ne cum effectu obligari possint: fauore scilicet infirmitatis & imbecillitatis sexus, non autem quod villo dignus sit odio is qui cum muliere bona fide contrahit, licet tam intercedere non ignoret. Contra hanc tamen

distinctionem illa dubitandi ratio vrgere non potest, vt quis renunciet iuri in fauorem suum introducto, quam vt renunciet ei iuri, quod odio alterius comparatum est. Licet enim cuiilibet iuri suo renunciare *leg. pen. C. de pact. l. si index circumuento 41. sup. de minor.* atqui renunciat iuri suo, qui perpetuam exceptionem qua tutus erat, omittit, maualitque soluere quam ipsa vti, donantique similis esse dicitur in *l. si quis delegauerit 12. infr. de nouat. & delegat.* Cur ergo repetet potius is qui fauorabili exceptione tutus fuit, quam qui odiosus? imò, si verum amamus, cum fiat odio creditoris qui contra senatusconsultum filiofamilias pecuniam credit, vt exceptione perpetua repelli debeat? An non facere idem odium deberet, vt etiam posset repeti, quod huic creditori solutum esset? In repetitione siquidem fauor repetentis versatur, odium verò illius qui condicione tenetur. E contrario enim quia fauore mulierum Velleiani exceptio introducta est, damus mulieri repetitionem, quæ id soluit, quod beneficio exceptionis perpetuæ potuerat in perpetuum retinere. Sed pro decidendi ratione respondendum est, Condiciones omnes, præsertim verò condicione indebiti, ex bono & æquo comparatas fuisse, & ex æquitate naturali *leg. nam hoc natura 14. & seq. sup. leg. hac conditio 66. infr. hoc tit.* eas autem exceptiones perpetuas, quæ non tam fauore excipientis, quam odio aduersarij inductæ sunt, non tam naturali aliqua æquitate nituntur, quam ciuili: idè que non posse parere indebiti soluti repetitionem. Eiusmodi est, vt diximus, exceptio Macedoniani. Quænam enim naturalis æquitas suadet aut patitur, vt filiusfamilias qui mutuum à creditore pecuniam acceperit, non cogatur eam reddere? An verò facere senatus potuit vt non remaneret naturaliter obligatus? *leg. quia naturalis 10. eod. tit. de SC. Maced.* Quid verò aliud est obligatum quem esse natura?

Tom. II I.

LI. 4

liter, quam obligatum esse ex æquitate naturali? *leg. Stichum aut Pamphilum 95. §. naturalis de solut.* Ut ergo naturalis illa obligatio effectum suum non habeat, qui in eo maxime elucet, ut impediatur repetitionem soluti *leg. 3. §. vlt. supr. quod quisq. iur. leg. naturales 10. infr. de oblig. & action. leg. frater à fratre 38. & pass. supr. & infr. hoc tit.* necesse est ut æquitas illa qua naturalis obligatio nititur, contraria æquitate, eaque potentiore debilitetur. Qualis æquitas illa est, quæ perpetuam exceptionem in fauore excipientis potest inducere. Nullus enim fauore esse potest ad excipiendum, si non eam causam foueat, quæ naturalem in se habeat æquitatem. Itaque quamuis mulier quæ contra Velleianum intercessit, perinde sit obligata naturaliter, atque filiusfamilias qui contra Macedonianum mutuum pecuniam accepit, non prohibetur tamen quod per errorem soluerit repetere, quoniam naturalis æquitas, quæ fauore mulierum inducit ex autoritate senatusconsulti perpetuam Velleiani exceptionem facit, ut vel nulla superesse intelligatur naturalis obligatio mulieris, tanquam cuius vinculum contrariæ æquitatis vinculo sublatum sit: ut in *dict. §. naturalis*. Vel facta sit infirmior, quam ut soluti repetitionem impedire possit. Maior enim æquitas & potestas exceptionis vincit primam illam æquitate naturalem obligationis, neque verò nouum est, ut æquitas cum æquitate pugnet, & fortior vincat infirmior *dict. §. naturalis & leg. si seruus 61. §. quod verò infr. de furt.* At Macedoniani exceptio quamuis a quæ perpetua sit, eandemque senatus autoritatem præ se ferat, quia tamen non tam naturali quam civili æquitate nititur, nec tollere potest, nec vincere naturalem illam obligationem, quæ etiam post senatusconsultum ex mutuo nascitur. Proinde nec impedire retentionem soluti, quam naturalis obligatio creditori solutionem accipienti peperit. Hinc verò intelligimus quam grauius nostri errent in eo quod putant, Velleiano senatusconsulto renunciari posse, quia possit quilibet, ut diximus, fauori suo renunciare, Macedoniano non posse, quod non nisi creditoris odio comparatum sit, neutra enim renunctio permittenda est, ne alioqui facile sit vtriusque senatusconsulti potestatem eludere, muliere vel filiofamilias renunctante senatusconsulto eadem facultate qua contrahit, ut in mulierum contractibus & intercessionibus, apud nos, qui errorem interpretum secuti renunctationes istas admittimus, quotidiano vsu experientia comprobauit, *leg. quidam 29. in fin. infr. ad SC. Velleian.* denique priuatorum cautiones, & conventiones legum, atque senatusconsultorum autoritate, ceteri nunquam debent *leg. vltim. infr. de iur. & legit. pen. infr. ad senatusconsult. Velleian.* nec magis filiusfamilias quam mulier. Quod & in cæteris conventionibus iuris est, quæ si fiant ad obtundendam aciem legis vel senatusconsulti, priusquam lex aut senatusconsultum vires suas exere potuerit, nullius momenti sunt, tanquam factæ contra ius publicum. Valent verò, si postquam legum iunctati & potestati satisfactum est, interuenerint *leg. si quando 35. §. & generaliter Cod. de inoffic. testam. leg. quod bonis 25. §. primo leg. Seim & Agerius 27. infr.*

ad leg. falcid. Quemadmodum enim voluntas legis illa est, ut filius etiam inuitus possit legitimam cõsequi in bonis patris vel matris, non etiam vniuertus eam consequatur: item que legis falcidicæ & senatusconsulti Pegasiani, ut possit heres etiam inuitus quartam ex legatis & fideicommissis detrachere, non etiam, ut detrahat inuitus *leg. si sponsus 5. §. si quis rogatus infr. de donat. int. vir. & vxor. leg. patrem 19. & seq. infr. qua in fraud. credit.* Ita & variisque senatusconsulti Macedoniani & Velleiani voluntatem & potestatem illam esse fatendum est, ut & filiofamilias competat exceptio Macedoniani aduersus creditorem, à quo mutuum accepit pecuniam, & mulieri exceptio Velleiani aduersus eum apud quem intercessit, etiam si neque filiusfamilias, neque mulier eiusmodi exceptionem velit sibi competere, sed non etiam ut ea exceptione sibi competente uti cogantur, si nolunt. Ceterum si quid contra factum & conuentum sit, sine à filiofamilias siue à muliere, per quod natiuitas exceptionis eaque utendi potestas impediatur, nullius momenti illud est tanquam factum in fraudem senatusconsulti, siue Velleiani, siue Macedoniani *dict. leg. 3. §. is autem solus in fin. & leg. item si 7. alias leg. sed Iulianus §. mutui dationem infr. de SC. Maced. dict. leg. quidam 29. §. primo ad senatus. Velleian.* Illud etiam obseruatione dignum est, malè nostros hanc legem sic intelligere, quasi Marcianus distinguat, an exceptio sit fauorabilis, an odiosa: aliud enim longè est, tractare de exceptione quæ odiosa sit, ut ipsi loquuntur, aliud verò de ea quæ inducta sit odio creditoris, quomodo Marcianus hic vult nos loqui: potest liquidem fieri, ut exceptio aliqua sit odiosa certo respectu, ut puta exceptio doli, quæ licet infamiam non irroget, famam tamen & existimationem suggillat apud bonos & graves viros, *leg. 4. §. aduersus infr. de doli mal. except.* ideoque nec à liberis contra parentes, nec à libertis contra patronos obici potest *leg. licet 7. §. nec exceptiones infr. de obseq. parent. & patron. prest.* nec tamen comparata sit odio eius cui obicitur, sed ex summa æquitate naturali, fouente causam excipientis, ut in hac ipsa doli exceptione contingit, quæ licet ideo comparata esse dicatur, ne cui dolus suus contra naturalem æquitatem proficit, aut potius, ne quis per occasionem iuris civilis contra æquitatem naturalem lucrum capter ex damno alieno, quomodo scriptum est in *leg. 1. de doli mal. except.* Hoc ipso tamen intelligimus naturalem æquitatem potissimum hanc exceptionem niti, & idcirco non tam odio eius cui obicitur inductam esse quam fauore obicientis. Idque apparet euidentius ex eo quod licet nō alij possit exceptio hæc obici, quam ei qui ipse dolum admisit, ex parte tamen obicientis in rem est, nec requiritur, ut is ipse dolum passus sit, *l. 2. §. plane eod. tit.* nempe quia naturalem in se habet æquitatem, & ad fauorem causæ respicit magis quam ad odium actoris: alioqui & conditio indebiti odiosa dicenda esset: cum non detur aduersus alium quam qui ex aliena iactura contra naturalem æquitatem locupletari velit *d. l. nam hoc natura 14. vbi diximus supr. qui semper odio certè dignus est, & quidem maximo, tanquam qui ius ipsum nature infringat l. iure natura 106. de regul. iur.* Hinc igitur est, quod quisquis doli exceptione titus fuit, quæ perpetua semper est *l. pure 5. §. vlt. de doli mal. except.* si per errorem soluerit repetit *l. qui se debere 7. vbi diximus supr. de condit. caus. dat.* quomodo ceteri de quibus

Mar-

Marcianus in hac lege, qui exceptionem habent in sui fauorem introductam. Nec proinde cum interpretibus valde laborandum est, ut distinguamus doli exceptionem specialem à doli exceptione generatili, quæ cum aliis exceptionibus plerumque concurrunt, aut ut quinque doli exceptiones constituamus, quod nos iam satis refutauimus ad *d. l. qui se debere*. Exceptioni Macedoniani similior est exceptio præscriptionis longissimi temporis quippe quam posteriores Imperatores induxerunt, non tam fauore debitoris aut possessoris, quam odio negligentis, nec tam ex æquitate aliqua naturali quæ repugnat potius, nec patitur, ut id quod nostrum est, nobis sine facto nostro auferatur *l. id quod nostrum 11. de regul. iur.* nec ut cuiquam mortalium ignoanti condicio iniqua per alium inferatur *l. non debet alteri 74. eod. tit.* sed æquitate merè civili, ut & vltimo, ne rerum dominia semper sint in incerto *l. 1. de vsurpat. & vsucap. & ut diligentior quisque fieret ad res suas repetendas, & actiones suas exercendas l. vlt. C. de annal. except. l. vlt. C. de præscript. long. temp. l. 3. & pass. C. de præscript. 30. vel 40. annor.* Igitur si quis tutus exceptione perpetua longissimi temporis siue triginta siue etiam quadraginta aut plurium annorum nihilominus soluerit, non repetet condictione indebiti, quia bonâ fidem agnouit, & naturalem obligationem quæ per huiusmodi exceptionem nec nomine nec effectu tollitur. Eoq;

iure passim vitimur. Nam & quod magis est, si verus debitor à iusto creditore conuentus per iniustam iudicis sententiâ absolutus sit, & postea soluerit, non reperit *l. Iulianus 60. infr. hoc tit.* nimirum quia licet rei iudicata æquæ quæ perpetua sit, non tamen æquitate naturali nititur, sed potius civili. Quid enim si per imperitiam iudicis, aut per gratiam, aut quod foedius est, per fordes iudicatum sit? Quis putet ex naturali æquitate hoc casu competere exceptionem rei iudicatæ? Et tamen perinde standum est rebus ita iudicatis propter rerum iudicatarum auctoritatem *l. seruo 65. §. cum Prætor inf. ad SC. Trebell. l. si per imprudentiam 51. de euic. l. exceptio 67. de fideiuss. l. & ex diuerso 35. §. 1. supr. de rei vindic.* Alioqui nullus esset litium finis, & faciliè accideret, ut repetita sæpius litæ, contraria pronunciarentur *l. singulis 6. infr. de except. rei iudic.* Quæ ratio & æquitas merè civilis est, ut nemo non videt. Proinde naturalem obligationem tollere non potest, nec eius effectum ad inducendam repetitionem soluti *dict. leg. Iulianus*, cuius hæc vera & germana ratio est, non quam Accursius, Bartolus & alij adferunt, quod exceptio rei iudicatæ inducta sit ad conseruandum iuris rigorem. Quamuis Bartolus malit hoc intelligere de exceptione litis pendens, quasi de ea tantum loquatur Paulus in *d. l. Iulianus*, quod nos ad eum locum latius refutabimus.

¶ Si pars domus, quæ in diem per fideicommissum relicta est, arserit ante diem fideicommissio cedentem, & eandem heres sua impensa refecerit: deducendam esse impensam ex fideicommissio constat. & si sine deductione domum tradiderit, posse incerti condici, quasi plus debito dedit.

Ad §. 1. Si pars domus.

R. A. T. D. V. B. Conditio indebiti non nascitur nisi ex aliquo negotio gesto per quod res fiat accipientis, *l. si in area 33. supr. hoc tit.* atqui nullum negotium geritur inter heredem, qui ædificat in area per fideicommissum relicta, & fideicommissarium, quia cum superficies & naturali & civili ratione cedat solo, *l. 2. infr. de superfic.* non potest quod in area ædificatum est, ad alium pertinere quam ad fideicommissarium, ad quem & area ipsa pertinet. Ergo si pars domus, quæ in diem siue certam siue incertam per fideicommissum relicta est, arserit ante diem fideicommissi cedentem, id est siue viuo adhuc siue iam mortuo testatore, & eam heres sua impensa refecerit, & tamen sine deductione domum tradiderit, non potest habere condictionem indebiti siue certi siue incerti, sed imputare sibi debet, cur retentionem quam solam habebat, omiserit *ex reg. leg. ex quibus 51. infr. hoc tit.* Quid enim fecit accipientis? *d. l. si in area vers. sed et si is & l. si vrbana 54. infr. & l. heres 21. infr. ad SC. Trebell.* Hac nimirum ratione victi interpretes comminiscuntur, legatam in hac specie fuisse domum alienam, aut quæ esset heredis, ut per traditionem ab herede postea factam aliquid ab eo in legatarium transiisse dici possit, quod factum fuerit accipientis. Ridiculè non enim de domo legata Marcianus hic loquitur, cuius dominium si fuerat testatoris, recta via transire in legatarium potuerit *l. à Titio 64. infr. de furt. l. legatum 80. de legat. 2.* Sed de domo per fideicommissum relicta, quæ licet fuerit in dominio defuncti, non prius tamen acquirit fideicommissario potuit, quam ei tradita sit ab herede:

Nec enim dominia fideicommissorum quæ iure veteri in specto legibus erant incognita, transire in fideicommissarium poterant nisi per traditionem, adeoque secuta traditio: non ideo tamen fideicommissarius sicbat dominus iuridicus rei per fideicommissum relicta, sed tantum bonitarius, quasi nuda esset traditio, quæ iustâ & legitimâ causam non haberet *l. qui vsum fructum 3. supr. si vsufr. pet. l. Herennius 42. infr. de vsur. l. numquam nuda 31. de acquir. rer. domin.* Gerit ergo heres negotium aliquod cum fideicommissario quâdo partem cõbustam domus hereditariæ per fideicommissum relicta sua impensa refecit, & refecit tradit, atque ita per traditionem facit ipsam accipientis. Proinde æquum est dari condictionem heredi, si domum totam non deducta refecit, impensa restituerit, quia negari nō potest quin plus debito soluerit, cum impensam quam deducere potuerat, non deduxerit, ut & in lego præcedente, vbi diximus. Ponimus autem refecit esse partem domus ab herede, quia si à testatore refecit esset, nullam actionem eo nomine heres contra fideicommissarium haberet, nullamq; deductionem impensæ, quâ totam fideicommissum, & fideicommissarij lucro cedere oporteret, etiâ si tota domus exusta proponeretur, dummodo particulatim refecit esset, quâuis ita, ut nihil penitus ex pristina materia superesset, quia non eo minus fideicommissum duraret *l. si ita legatum 65. §. vlt. de legat. 1. l. domos hereditarias 58. eod. tit.* Nihil tamè interest an pars domus arserit, an tota post mortem testatoris, quia si ab herede refecit sit, siue tota, siue per partes impensa ei omnimodo à fideicommissario præstanda est, & ex fideicommissio deducenda: Ceterum si viuo testatore domus arserit tota, di-

stinguendum est, an in eodem loco, eademque area testator aliam domū edificauerit necne, ut priore casu, si fideicommissum intercidat, nisi testatorem aliud sensibile appareat, quāvis area esset relicta in qua secundū edificium extructū est d. §. vlt. Posteriore vero casu fideicommissū subsistat areæ quæ post totam domū exstam adhuc superest, & quæ ex legato vindicari aut ex fideicommissio peti potest d. l. domus hereditaria & l. si grege legato 22. in fin. de legat. 1. Itaque quicquid in illa area ab herede edificatū est, id ut legato vel fideicommissio cedat, necesse est, sed non facit ea res quin totā impēlam ab herede factā ex fideicommissio, aut ex legato deduci oporteat. Hæc si proprietatis ædium legata, vel per fideicommissum relicta fuerat. Nā si ususfructus constat redactis & depressis ad areā vsq; ædibus ususfructū extinguunt, nisi per partes & demolita sit domus, & refecta l. quid tamen 10. §. 1. & pen. sup. quib. mod. usufr. amitt. Facilius enim extinguitur legatum aut fideicommissum ususfructus quam proprietatis, ut ibi diximus, an verò distinguemus utrum in diem certā fideicommissum relictum sit, an in incertū? Aliter enim cedit fideicommissi dies cum in diē certā relictuū est, aliter verò cum in diem incertam. Priore casu cedit fideicommissi dies statim à morte testatoris, quia diem venturā esse certū est. Posteriore verò nō cedit nisi postquam dies exiit, quia dies incertus pro conditione habetur l. dies incertus 75. de condic. & demonstrat. l. 4. §. 5. & pass. inf. quando dies legat. ced. Itaque cum ponimus aream domū ante diem fideicommissi cedentē, si dies certus fuit, perinde est ac si poteremus viuo adhuc testatore domū arsisse: Si verò dies incertus fuit, potuit arsisse etiam post mortē testatoris. Ergo sequenda ea distinctio est, quā attulimus supra, cum distinximus, an viuo an mortuo testatore pars domus cōbusta sit. Probabilius tamen est, ut de eo fideicommissio Marcianus hinc loquatur, quod relictuū ierit in diē incertum.

2. ¶ Si pactus fuerit patronus cum liberto, ne operæ ab eo petantur: quid quid postea solutum fuerit à liberto, repeti potest.

Ad §. vlt. si pactus.

RAT. DVB. Pactum ne operæ à liberto præstentur, videtur esse contra debitam patrono reuerentiam, quæ facit ut operas libertus patrono debeat naturaliter l. si non sortem 26. §. libertus in fin. vbi diximus sup. hoc tit. Ergo est contra bonos mores l. alia 14. §. eleganter inf. solut. matrim. ac proinde non potest tunc licite naturalē obligationem. Quod enim dici solet naturalē obligationē tolli pacto contrario l. Stichū aut Pamphilū 95. §. naturalis de solut. tum verè dicitur, cum pactū iustū est, quomodo Papinianus loquitur, id est neq; legibus neq; bonis moribus contrarium, ut bene interpretatur hinc Bartolus. Superest igitur etiam post pactū de non petendis operis naturalis obligatio liberti, quæ solutarū operarum repetitionē impedit. Dicitur. Pactum de non petendis per patronum operis à liberto, non ad alias operas referri potest, quā ad eas quæ alioquin peti possent. Frustra enim pacisceretur quis de non petenda ea re, quæ nullo etiā pacto interposito peti tamen non possit, atqui nō alias operas exigere ac petere patronus à liberto potest, quā quas libertus ipse in accipienda libertate, aut stipulanti patrono, aut per iniurandum promiserit l. 3. 4. l. vlt. iurifurandi 7. & pass. inf. de oper. libert. Nā quæ promissæ non sunt, retinentur quidem, nec repetuntur, si præstite sint, tanquam naturaliter debita d. §. libertus sed peti tamen non possunt, quia ciuilitate nō debentur, ex na-

Nam quod in diē certū relinquitur, post diē potius relinqui dicitur d. l. §. 1. quando dies legat. ced. ambiguitatis ut puto vitandæ gratia. Quamquā quod ad retinendam huius sententiā attinet, nihil refert an viuo an mortuo demum testatore domus arserit, dummodò non à testatore ipso refecta sit, sed ab herede, quod nisi post mortē testatoris nūquā heres facturus sit. Ideo autē locutus videtur Marcianus de parte domus nō de tota domo exstata, ne alioqui totum fideicommissum indebitè solutū videri magis posset, si totam domū heres suis sumptibus refecisset: cum enim pars tantum domus exstata est, ante diē fideicommissi cedentem & ab herede refecta, minor dubitandi causa est quin fideicommissum non totū fuerit indebitū, illud tamen verū est hoc casu solutū plus debito fuisse, quod sufficit ad dandā indebitū conditionem d. l. prox. præced. sup. Tamen tū priorē etiā causa nō eo magis totū indebitè solutū dici posset, quando quidem etiā tota domo cōbusta superesset arca, quæ in fideicommissio remaneret, atque ita faceret ne totū quod solutū esset, indebitū videri deberet: neque igitur est dicere idè de parte domus ante diem fideicommissi cedentem exstata, locutū esse Marcianum, quia si tota domus viuo testatore exstata fuisset, eademq; viuo etiā testatore refecta, nullū fideicommissum superesset, d. l. si ita legatū §. vlt. nec totum plus debito, sed etiā totū fideicommissum indebitè solutum esset, idè quod indebitū quidem conditione repeteretur, sed certi non incerti.

a. Possit incerti condici. Et tamen indebiti, noll enim cum Accursio, & Bartolo conditionem indebiti à conditione incerti hac parte separare, secundum ea quæ diximus ad legem proximè præcedentem, vbi rationem attulimus cur incerti hoc casu agendum sit non certi, de quo etiam tractauimus in Error. 10. Decad. 26. de error. pragmat. vbi vide.

turali enim obligatione sicuti repetitio non est soluti, ita nec petitio non soluti. Ergo si post contractam à liberto siue per stipulationem siue per iniurandum obligationē operarum conuenierit inter patronū & libertū ne operæ illæ præstentur, dicendum est sublatā eiusmodi promissione obligationē naturalem, & quicquid operarū nomine postea solutum erit repeti posse, nec iniustū videri pactum debere, aut contra bonos mores, cum sicut in patroni potestate fuit, ut libertū ad præstandas operas obligaret, ita in eius arbitrio esse debeat, ne quid operarū nomine à liberto possit exigere: quod fit si paciscatur de operis non petendis d. §. naturalis l. si vnus 27. §. pactus ne peteret sup. de pact. Esset sanè contra bonos mores pactum, & contra debitā patrono reuerentiā, si cōueniret, ut etiā solutæ à liberto operæ repeti possent. Sed cum conuenit, ut non petantur etiam quæ promissæ sunt, pactū incipit à patrono qui sibi legem utiq; dicere potuit, & ius suū etiā circa naturalem operarū obligationē lædere. Et ideo quicquid postea libertus operarū nomine soluerit, indebitū videri debet, indebitūque cōditione repetendum, quasi solutū ex ciuili obligatione potius quā ex naturali. Credendus enim quisq; est ex ea causa soluisse, ex qua efficacius potuit conueniri l. 1. & seq. l. cum ex pluribus 97. inf. de solut. nec dubitatur, quin pactū de non petendo tollat obligationē naturalem d. §. naturalis, & inducat soluti tanquam indebitū repetitio-

tionem l. cum in 32. §. 1. sup. Non ergo hac parte obliquales operas à fabrilibus & artificialibus distinguere debemus, ut ab Accursio & Bartolo factum est, sed promissæ & quæ si pactum de non petendo interpositum non esset, peti possent, ab illis quæ nun-

quam promissæ naturaliter tamen debita ac soluta essent. De quibus repetendis tractari nunquam potest, nisi cum per facti errorem soluta sunt ab eo, qui se putabat eas iure ciuili aut prætorio debere d. §. liberum.

41. NERATIUS libro 6. Membranatum.

¶ Quod pupillus, sine tutoris auctoritate, stipulanti promiserit, & soluerit: eius repetitio est, quia nec natura debet.

Ad l. Quod pupillus 41.

RAT. DVB. Pupillus etiam sine tutoris auctoritate stipulanti promittendo naturaliter obligatur l. 1. in fin. inf. de nouat. idè quod si de iustorem dare potest l. si pupillus 127. inf. de verb. oblig. l. Stichum 95. §. naturalis de solut. l. si pupillus 35. sup. de recept. qui arbit. recep. l. vlt. vbi diximus sup. de iureiur. quem viq; dare non possit, si non magis quam furiosus aut prodigus naturaliter obligaretur l. & cui bonis 6. inf. de verb. obligat. Obligationem enim aliquam aut ciuilem aut saltem naturalem subesse oportet, cui fidei iustoria possit accedere l. stipulatus sum 6. §. vlt. & l. seq. l. qui contra 11. l. fidei iustor 16. §. fidei iustor inf. de fidei iust. Atqui naturalis obligatio impedit repetitionem soluti, ut in hoc tractatu toties diximus ex l. si pena 19. in princip. l. si non sortem 26. §. libertus l. frater à fratre 38. & pass. sup. hoc tit. l. 3. §. vlt. sup. quod quisq; iur. Ergo contra quā in hac lege scriptum sit, dicendum est, quod pupillus sine tutoris auctoritate stipulanti promiserit, si soluerit repetere non posse, quia id natura debet. Idè quod nimirum coguntur Accursius, Bartolus, cæterique interpretes nostri legem hanc de eo pupillo intelligere, qui adhuc sit infans, aut qui cum ipso tutore suo contraxerit, & ei aliquid promiserit, quæ eademmodò & quod de pupillo mutuam pecuniam accipiente scriptum est in l. pupillus 59. inf. de oblig. & action. Pupillum mutuam pecuniam accipiendo siue tutoris auctoritate ne quidem iure naturali obligari, quod tamen prorsus commentitium & ridiculum est. Dicitur. Cuius natura debet, quem iure gentium dare oportet, cuius fidem secuti sumus l. cum amplius 84. §. si natura debet de regul. iur. Atqui verum non est, pupillum siue stipulanti alicui promiserit, siue mutuam pecuniam sine tutoris auctoritate acceperit, iure gentium dare quicquam oportere, aut eum qui cum huiusmodi pupillo contraxerit, si dem eius secutum esse. Quænam enim fides esse potest quam sequare illius, qui nullo adhuc iudicio præditus esse intelligatur, qui que à furioso hac in re parum distet l. pupillus 9. inf. de acquir. hered. l. Fulcinius 7. §. planè interdum inf. quib. ex caus. in possess. eat. quicquid illa etiam ignotat, quæ videt l. 1. C. de fals. monet. cumque vicio ut ita dicam, ipsius naturæ fiat, ne pupillus absque tutoris auctoritate sibi consulere per ætatem possit, quis credat posse illum aut naturali aut gentium iure, quod hac parte vnus & idem est, obligari? Obligatur tamen naturaliter, quatenus obligationem naturalem non tam ex iure etiam naturali, quā ex facto est manus l. nec feruus 41. inf. de pecul. Verum enim est pupillum & stipulanti promississe, & mutuam pecuniam accepisse, vnde fit, ut & fidei iustorem dare possit. Nec enim ex eo deterior fit condicio pupilli, si æquæ sine tutoris auctoritate fidei iustorem dederit, quia fidei iustor regressum aduersus eum habere mandati actione

nullum possit l. Marcellus 25. inf. de fidei iust. Sed non tamen consequens est, ut ea naturalis obligatio damno aliquo afficere pupillum debeat, quomodo afficeret si esset ille iure naturali & gentium obligatus. Omnes enim effectus naturalis obligationis accepti ferendi sunt iuri ciuili, puta ut retentionem patriæ deductionem, exceptionem, compensationem, ut diximus ad d. l. frater à fratre 38. §. quæstus sup. Atqui contra iuris ciuilis regulas est, ut pupillus absque tutoris auctoritate obligetur promittendo & paciscendo l. contra iuris 28. sup. de pact. l. obligari 9. inf. de author. tutor. & contra morem ciuitatis Romanæ leg. more nostræ ciuitatis 8. inf. de acquir. hered. §. nunc admodum Insti. quib. alien. licet vel non l. 1. §. de pupillo inf. de constit. pecun. Ergo nō potest naturalis illa obligatio, quæ ex pupilli promissione nascitur, impedire repetitionem soluti, cum iure gentium indebitam pecuniam soluerit l. indebitam 47. inf. hoc tit. Aliud est si mutuam pecuniam quā sine tutoris auctoritate acceperat, soluerit: non enim contra iuris ciuilis regulas est, ut pupillus citra auctoritatem tutoris mutuam pecuniam accipiat, cum accipiendo fieri possit locupletior atq; ita etiam iure gentium obligari eo casu, quod ei non fuit interdendum, idè quæ si mutuam pecuniam quam acceperat soluerit, aut pubes factus aut ex tutoris sui auctoritate, ita ut persona locum non faciat repetitioni, non repetit d. l. Stichum aut Pamphilum 95. §. additio de solut. l. cum illud 25. §. heres meus quando dies legat. ced. d. l. vlt. sup. de iureiur. l. interdum 29. sup. hoc tit. l. si pupillus 21. inf. ad l. falcid. l. si eius pupilli 64. ad SC. Trebell. scripti lat. ita ad d. l. vlt. de iureiur. & ad l. naturaliter 13. §. vlt. sup. hoc tit. Verum igitur est quod Neratius hinc feribit, quod pupillus sine tutoris auctoritate stipulanti promiserit, si soluerit, posse repetere, non quia naturaliter non debeat, sed quia nec natura debet, id est nullo iure, ne quidem naturali & gentium: quomodo debere illum oporteret, ut quod sine tutoris auctoritate promissum soluisset, non posset repetere: alioqui secum pugnaret ius ciuile, si retentionem contra pupillū daret ex ea promissione, quæ contra iuris ciuilis regulas facta esset: at nō pugnat secū, tamen si retentionem der eius pecuniæ, quæ ex causa mutuæ soluta est, quia iuris ciuilis regula nulla est, quæ mutuam pecuniam sine tutoris auctoritate dari prohibeat, quamvis pupillus qui mutuam pecuniam sine tutore accipit, non magis iure naturali obligetur, quā qui aliquid sine tutoris auctoritate promissit: vtroque tamen casu obligatur naturaliter, sed vno casu ita ut effectum habeat naturalis obligatio, alio verò casu, non item. Deniq; separanda ista sunt obligari quem naturaliter, & obligari iure naturali, ut nos docuimus in libris Coniecturarum. Obligatio: est naturalis constituitur potest quælibet æquitas naturalis quantumlibet generalis, quæ alia est, ut quis impleat quod promissit l. 1. sup. de pact. l. 1. inf. de

est sit. pecun. At ut quis obligetur iure naturali, talé æquitas. Et sic oportet, cui alia æquitas potestior nulla repugnet, semper enim potentior æquitas vincit debiliorem d. §. naturalis l. si servus 61. §. quod verò in fr. de furt. Hic autem maior æquitas naturalis facit pro

42. VI PLAVVS libro 68. ad Edictum.

Poenæ non solent repeti, cum dependant sunt.

Ad l. Poenæ 42.

RAT. DVB. Poenæ omnes sunt odiosæ l. servus ea lege 7. in fr. de seru. export. & penales quoque omnes actiones l. omnes penales 26. l. constitutionibus 33. in fr. de oblig. & action. l. ex penalis 58. de reg. iur. Ergo poenarum repetitio tanto favorabilior etideri debet, si quando iam soluta, & dependant sunt. DE C. Odiosa semper caua est etus, qui poenam soluit, non quia soluerit, sed quia antequam solueret, id non fecerit, per quod eum tunc poenâ poterat, videtur enim hoc maluisse arg. l. si patre cogente 12. in fr. de rit. nupt. nec enim poena vlla committi potest, nisi vel ob factum id quod fieri nõ debuit, vel ob nõ factum id quod fieri debuit §. vlt. in fr. de verb. obligat. l. qui non facit 12. de regul. iur. itaque culpa aliqua semper præcedit poenâ, & hoc respectu possunt videri poenæ omnes etiam favorabiles, in respectu vilitate publica, & salute Reipublicæ, quæ, ut Plato dicebat, non minus poena, quam præmio retinetur, neque verò poena esset, si soluta posset repeti. Quid enim aliud est solutam poenam velle repetere, quam aut legibus si poena legalis fuit, aut conventionibus, si conventionalis, velle illudere? Bene igitur regula iuris habet, id quod à quoquo poenâ nomine exactum est, neminem cogendum ei restituere l. quod à quoquo 46. de regul. iur. Et id quod poenâ nomine à debitore exactum est, lucro cedere creditoris l. id quod poena 74. in fr. de solut. l. si pignore 22. vers. sed quod ipse debitor in fr. de pignor. act. l. si debitor 79. in fr. de furt. Obseruandû tamen est, si quando poena ex conventionione debeatur in vicem & taxationem eius quod interest, ut evenit plerumque in prætorii stipulationibus l. vlt. in fr. de prætor. stipulat. d. §. vlt. in fr. de verb. oblig. & in iudiciis bonæ fidei, non quidem restitui poenam semel solutam, sed imputari tamen in condensationem, quæ ex bonæ fidei iudicio petatur l. quod si ex stipulatu 42. l. duo societatem 71. in fr. Pro socio. l. prædia 28. de action. empr. Improbis

43. PAVLVS libro 3. ad Plantium.

Si quis iurasset se dare non oportere, ab omni contentione discedatur. atque ita solutam pecuniam repeti posse, dicendum est.

Ad l. Si quis iurasset 43.

RAT. DVB. Is qui iurat se dare non oportere, non ideo iurat se nihil debere, ne quidem naturaliter. Est enim illa formula actionum civilium quæ conditiones appellantur §. sic itaque & §. appellamus in fr. de action. ac proinde quæ nihil commune habet cum naturali obligatione, ex qua scilicet neque actio datur, neque formula. Ergo etiam si reus iuraverit actore deferente se dare non oportere, non eo minus remanet naturaliter obligatus, sicut & is, qui per imperitiam aut iniuriam iudicis absolutus est, cum esset verus debitor, ideoque si postea soluerit, non repetet quia naturalis obligatio impedit repe-

pupillo, ne cum effectu obligetur, quia per naturam ipsam sit, ne possit sibi coaluere, quemadmodum diximus, & natura ipsa consilio eius quasi parum firmo resistit ut in l. 4. de ser. export.

enim est, & contra bonam fidem facit quisquis vult iterum consequi, quod iam accepit l. si quis dolo 51. in fr. de re iudic. in fr. l. bona fides 57. de regul. iur. non tamen consequens est, ut qui iam in poenam iacit, eam omnimodo solvere cogi possit. Potest enim adhuc cavere poenam, iis scilicet casibus quibus purgari mora potest, ut diximus, ad l. qui ob rem 35. in fr. de hoc tit. vide l. ianctimus 26. C. de fideiuss. Sed ubi soluerit, nullas aut repetitioni aut poeniteriæ locus superest d. l. qui ob rem. ad eò autem poenâ dependant non solent repeti, ut si quis metu poenæ solvendæ convenit ex ea actione, quæ per infirmitatem possit crescere, ac poenalis fieri, soluerit in debitum, non possit repetere l. ea quæ 4. C. hoc tit. item ut quamvis poenam quis præstiterit altera gerens negotia, si tamen ob factum suum præstiterit, nec ab eo cui soluit repetere illam possit, nec ab alio cuius negotia gerebat, recuperare l. qui proprio 46. §. item contra supra de procurat. Sui enim facti poenam, quique iure non alius debet: Poenam tamen si ex conventionione debita & soluta fuerit legitimam esse oportet, nec legitimam modum excedere. Alioqui etiam soluta repetetur l. si non forte 26. §. supra duplum supra hoc tit. l. 4. de nautic. favor. l. pecunia 9. in princip. l. placuit 29. de usur. Porro quod ad hanc legem nonnulli adferunt quasi simile ex l. si poena 19. in princip. supra ad rem non facit. Ibi enim agitur de poena creditoris cui solutum est. Hic verò de poena debitoris solutis. Denique hæc lex est de poenis debitis, non de indebitis: ideoque parum pertinet ad hunc Titulum, nisi hoc sensu, ut quæ solutæ fuerunt, tanquam debitæ, non eo magis repeti possint, tanquam indebitæ, quod is qui soluit paratus sit moram purgare, & id facere, quod si antè fecisset, poenam solvere non debuisset. Poena enim debita, quando purgari mora potest, indebita fieri potest, sed post solutionem non potest d. l. qui ob rem. Inge l. 1. D. de leg. Jul. de ambit. l. 3. §. condemnatio de tab. exhib. vide Cuiac. lib. 8. Obs. cap. 39.

tionem leg. Iulianus verum debitorem 60. in fr. hoc tit. Præsertim cum iusiurandum æquiparari soleat rei iudicatæ l. 2. supra de iureiur. DE C. Iusiurandum interponi solet, ut ab omni contentione discedatur, & idcirco quoties ex delatione iuratum est, (alioqui non tam aduersario, quam sibi iurasse quis videretur) non aliud amplius queritur, quam utrum iuratum sit. Remissa quaestione an debeatur quasi hoc iureiurando satis probatû sit & l. 3. in princip. & §. dato iur. supra eod. ill. tit. Ergo nulla obligatio superesse potest post iusiurandum, ne quidem naturalis, quæ possit impedire repetitionem soluti. Unde est quod scribitur in dict. leg. 2. de iureiur. maiorem esse vim iusiurandi quam rei iudicatæ, nec sanè iure,

iureiurando minus quam iusto pacto naturalis obligatio tollitur l. vlt. ubi diximus eod. tit. l. Stichum aut Pamphilum 95. §. naturalis De solut. Habet enim iusiurandum naturalem æquitatem, cum ex conventionione proficiatur, ideoque vim transactionis obtinere dicitur d. l. 2. tutor pupilli 35. §. 1. eod. adeoque quod magis est solutionis l. iusiurandum 27. eod. Nemo autem dubitat quin solutione omnis tollatur obligatio, nec minus naturalis quam civilis, quæ omnia in ex-

ceptione rei iudicatæ diversa sunt, quæ civili tantum æquitate nititur, ut diximus ad l. qui exceptionem 40. supra. quia neque ex conventionione nascitur, cum iudicium reddatur in iuratum l. inter stipulantes 83. §. 1. De verb. oblig. neque iusiurandi obstat formula. Nam & cum qui natura tantum debet, quæ amaris iure civili & per actionem ac formulam conveniri non possit iure tamen gentium dare oportet l. cum amplius 84. §. si natura debet. De reg. iur. l. indebitum 47. hoc tit.

44. IDEM libro 14. ad Plantium.

Repletio nulla est ab eo, qui suum recepit: tamen ab alio, quam à vero debitor, solutum est.

Ad l. Repletio 44.

RAT. DVB. Indebitum non modò ex persona eius cui soluitur, sed etiam ex persona soluentis æstimatur l. si poena 10. §. 1. supra hoc tit. Vbi discretè scriptum est, quamvis debitum sibi repeti recipiat, tamen si is qui dat non debitum det, repetere poterit. Ergo si alius soluerit, quam qui debuit, licet vero creditori soluerit, repetere poterit. An non enim respectu soluentis indebitum est, quicquid ille non det, ut quis alius reuera debuerit? DE C. Multum interest an

quis suo nomine soluat, quasi ipse debeat, quod alius debet, an verò alieno nomine, illius scilicet qui verus debitor est. Priori casu repetitio est per conditionem indebiti, quia indebitum est, non tantum quod omnino non debetur, sed & quod alij debetur si alij solvatur, aut si id quod alius debebat, alius quasi ipse debeat solvat l. in summa sexagesim. quim. §. vlt. in fr. hoc tit. At posteriore casu repetitio nulla est, & ita intelligi hæc lex debet, ut constet ex l. de hereditate 5. C. de pet. her. ed. l. si quid possessor 31. in princip. supra eod. illo tit. l. si à patre 5. C. hoc tit. l. cum quis 38. §. de peculio in fr. De solut. dixi ad d. l. si poena §. 1. lunge l. si quis delegaverit 12. in fr. De nouat. l. pure §. 5. penultim. in fr. De doli mal. exception. & l. qui heredis 46. in fr. hoc tit.

45. IAVOLENVS libro 2. ex Plautio.

Si is, qui hereditatem vendidit, & emptori tradidit, id quod sibi mortuus debuerat, non retinuit: repetere poterit: quia plus debito solutum per conditionem, rectè recipietur.

Ad l. Si is, qui hereditatem 45.

RAT. DVB. Heres cui defunctus aliquid debuit, siue naturaliter tantum, siue etiam civiliter, definit esse creditor defuncti hoc ipso, quòd tanquam heres debitoris fit sui ipsius debitor, atque ita confusione omnis extinguitur obligatio, & naturalis quoque, non minus quam civilis, cum natura ipsa impedimento sit, quominus debere sibi quisquam possit l. ne cum filiofamilias 16. in fr. De furt. l. debitori 50. De fideiuss. l. debitori 7. C. de pact. Atqui semel extincta obligatio nunquam reuiviscit l. qui res 98. §. aream in fr. De solut. Ergo si is qui hereditatem vendidit, eam emptori tradiderit, nec quod sibi defunctus debebat retinuerit, repetere nihil poterit, præsertim cum imputare sibi debeat, cur non ex venditione id ceperit, aut si retinendi ius aliquod habuit, cur retentionem quam solam habebat omiserit l. si in area 33. supra hoc tit. l. heres 21. in fr. ad S. C. Trebell. l. in hoc iudicium 14. §. 1. supra Commun. diuid. Certum enim est obligationem quæ per aditionem hereditatis confusa, & per confusionem extincta semel fuit, nunquam rescitari ad agendum, licet ad excipiendum & retinendum prodesse possit l. in imponenda 6. l. irritum 8. C. ad leg. falcid. Non ergo prodesse potest ad dandam conditionem indebiti. DE C. Emptor hereditatis, licet heres non fiat, quia is qui semel heres fuit, semper heres perseverat l. 2. Cod. de hered. vel act.

Tom. III.

vendit. l. ei qui solvendo 88. De hered. in fr. l. ait Prætor 7. §. sed quod Papinianus De minor. §. restituta in fr. De fideiuss. hered. vicem tamen heredis in omnibus obtinet l. 2. §. cum quis in fr. De hered. vel action. vendit. quia inter venditorem & emptorem hereditatis id agi intelligitur, ut nec amplius nec minus iuris in emptorem transeat, quam fuit penes venditorem d. l. 2. in princip. Atqui penes venditorem, eundemque debitoris heredem nihil ex hereditate peruenisse intelligitur, nisi quod deducto ære alieno superesse potuit d. l. 2. §. peruenisse, & quemadmodum cum debitor creditori suo heres extitit, ratio quædam inter heredem & hereditatem ponitur, ut intelligatur maior hereditas ad heredem peruenisse, quasi soluta pecunia, quæ debebatur hereditati, & per hoc minus in bonis heredis esse: ita ex contrario, cum creditor debitori suo heres extitit, minus in hereditate habere videtur, tanquam hereditas ipsa heredi soluerit, ut eleganter Paulus scribit in l. si ei 41. §. vlt. in fr. De euct. l. qua dotis 33. in fr. solut. matrimon. l. Stichum aut Pamphilum 95. §. aditio vers. aliquando De solut. Ergo quamvis cum quis debitori suo heres extitit, creditor confusione esse desinat, æquissimum tamen est emptorem hereditatis ei teneri dict. l. 2. §. cum quis in fr. De hered. vel action. vendit. cumque heres adeundo debitoris sui hereditatè sibi ipsi ex ea soluisse videatur d. l. si ei §. vlt. consequens omnino est, ut si postea hereditatè vendiderit, ac sine vlla retentione tradiderit, plus debito soluisse videatur, Eam

M M

namque duntaxat hereditatem quam vendidit, tradere debuit, vendita verò hereditate, non aliud vendidisse intelligitur, quam quod superesset deducto eo quod defunctus heredi debuisset. Nā et si quoquo nomine obligatus erat venditor propter hereditatem, quamvis nondum id præticiisset, perinde tamen agere ex ea causa cum emptore possit d.l. 2. §. vii. Ergo quod plus debito hic heres soluit, per conditionem recipere illum posse dicendum est: per conditionem, inquam, indebiti & certi, non incerti. Nec enim condicenda est hereditas, ut retineri possit, quod ex ea nondum tradita retineri potuisset, quomodo in specie l. qui exceptionem 40. §. si pars & in l. si quis cum 39. sup. condicetur totum fideicommissum solum, ut impensa quæ ex eo deduci potuerat, retineatur, sed ea tantum quantitas

condicenda est, quæ heredi eidemque venditori debita fuit, & quæ certa est: et si enim non eam quantitatem soluit, sed hereditatem venditam, debitamque tradidit, attamen eam ipsam quantitatem emptori tradidisse intelligitur, quam sibi iam soluisse videbatur l. 4. l. si mulier 10. sup. De condic. caus. dat. Ergo & eam ipsam quantitatem condicet, quæ plus debito soluit, quoniam & ipsa sola indebita est: quod & Bartolus bene docet ex l. 5. §. si dos infra. De impens. in reb. dotal. fact. vbi non tota dos deducitur, quæ sine impensarum necessariiurum deductione soluta fuerat, sed ea tantum quantitas, quæ pro impensis necessariis compensari potuit, tanquam quæ ipso iure minuant dotem d.l. 5. in princ. & l. quod dicitur 15. eod. tit.

46. IDEM libro 4. ex Plautio.

Qui heredis nomine legata non debita, ex nummis ipsius heredis soluit, ipse quidem repetere non potest, sed, si ignorante herede nummos eius tradidit, dominus, ait, eos rectè vindicabit. eadem causa rerum corporalium est.

Ad l. Qui heredis 46.

RAT. DVB. Conditio indebiti ei competit, qui indebitum soluit, siue suo nomine soluerit, siue alieno, cum prorsus indebitum est id quod solutum fuit: nam si fuit ab alio debitum, adhibenda ea distinctio est, quam attulimus ad l. si pars 19. §. 1. & ad l. repetitio 44. sup. At cum à nullo fuit debitum, quidni conditio ei competet qui soluit, & quidem siue ex suis siue ex alienis nummis soluerit: nam & hoc ipso quod ex alienis nummis indebitum soluit, se obligat ei cuius nummi fuerunt à quo scilicet neque verum, neque præsumptum mandatum habere vnamquam intelligitur arg. l. si procurator 6. §. Celsus sup. hoc tit. l. si procurator 14. sup. De cond. caus. dat. Id porro in quo quis alij obligatus est, ei abesse videtur l. si quis mandatu 23. in fin. sup. De neg. gest. Quidni ergo ei conditio competit? Quemadmodum è contratio dicimus, his solis condicendam esse pecuniam quibus quoquomodo soluta est, non quibus solutio proficit l. his solis 49. infra. hoc tit. Ergo si quis heredis nomine legata non debita, quamvis ex ipsius heredis nummis soluerit, dicendum est condicere, eum posse, cum indebitam iure gentium pecuniam soluerit, ut scriptum est in l. prox. infra. Dec. Omnis conditio præterquam ex causa furtiva præsupponit translationem dominij quæ facta sit à soluente in accipientem. Nemo enim rem suam condicit, nisi à fure l. vii. sup. V. sup. quem caueat §. sic itaque infra. de action. atquin is qui heredis nomine legata non debita ex nummis ipsius heredis soluit, nullum dominium transfuit, quod habuerit, quia nec vllum habuit l. nemo plus iuris 54. De reg. iur. Dominium autem quod fuit heredis ita transfuit, si herede mandante aut saltem sciente soluerit, sed ea res conditione acquirere heredi potest, non item ei qui soluit, præsertim, cum etiam heredis nomine soluerit d. l. prox.

47. CELSVS libro 6. Digestorum.

Indebitam pecuniam per errorem promissisti. eam, qui pro te fideiusserat, soluit. ego existimo, si nomine tuo soluerit fideiussor, te fideiussori, stipulatorem tibi

infra. iunct. l. videamus 38. §. 1. & §. si actiorem infra. De vsur. Sed si herede ignorante solutum sit non potest ea solutio parere conditionem ne quidem heredi, cui dominium nummorum suorum ignoranti auferri non potuit l. id quod nostrum 11. De reg. iur. Ergo is qui heredis nomine legata non debita de ipsius heredis nummis soluit, duplici ratione conditionem habere non potest: & quia de nummis heredis soluit, non de suis, & quia heredis nomine, non suo: heres autem ipse condicere poterit, si eo sciente nec contradicente solutio facta sit, quod si eo ignorante, conditionem quidem non habebit, quia dominus nummorum suorum manet, sed ob hanc ipsam rationem habebit vindicationem, quæ cum iure dominij sic coniuncta est, ut quisquis se dominum alicuius rei potest dicere, eius quoque vindicandæ ius habeat l. in rem 23. & pass. sup. De rei vind. l. Quintus 27. §. argento infra. De aur. & argent. legat. Ergo si nummi consumpti sint, quia vindicari non poterunt, condicendi erunt per heredem, ut bene hic notat Accursius, scilicet ut idem ille ait, si dominus ratâ habeat solutionem ex d. l. si procurator 6. l. interdum 29. sup. l. rogasti 11. §. vii. & legib. seqq. sup. De reb. cred.

a Eadem causa rerum corporalium est. Eadem certè dubitandi & decidendi ratio est in rebus corporalibus, quæ in nummis. Obseruandus autem hic locus est quo probatur, nummos in rerum corporalium numero non haberi, non quia nummi possint esse sine corporibus §. incorporales infra. De reb. corpor. & incorpor. sed quia in nummis non tam corpora inspicimus, quam quantitatem l. si is cui nummos 94. infra. De solut. Quantitas autem est quid abstractum, quod nec oculis videri neque manibus tangi potest. Et verò pecunia ad res omnes æstimandas comparata est, non ut ipsa per alias res æstimetur l. si ita fideiussorem 42. infra. De fideiuss. Scripsi fufissimè in Tract. De variis nummorum debitorum solutionibus, aduersus Carolum Molineum.

tibi obligatum fore: nec expectandum esse, ut ratum habeas: quoniam potest videri id ipsum te mandasse, ut tuo nomine solueretur. Sin autè fideiussor suo nomine soluerit, quod non debebat, ipsum à stipulatore repetere posse: quoniam indebitam iure gentium pecuniam soluit. quò minus autem consequi poterit, ab eo, cui soluit, à te mandari iudicio consecuturum: si modò per ignorantiam, petentem exceptione non summouerit.

Ad l. Indebitam 47.

RAT. DVB. Nemo credendus est mandasse alteri ne quidem procuratori generali, ut soluat indebitum, sed speciale mandatum in eam rem exigitur, aut subsecutari habitio, quæ mandato æquiparari possit l. si procurator 6. sup. hoc tit. iunct. l. vii. C. de SC. Macedon. & de ratihab. Ergo si pecuniam indebitam per errorem promiseris dato fideiussore, & fideiussor eâ tuo nomine soluerit, non est danda tibi conditio indebiti, sed fideiussori qui soluit, perinde ac si suo nomine soluisset, nisi tu ratam habeas factam tuo nomine solutionem, ac proinde expectandum est, ut ratum habeas, quod tamen hæc lex negat. Dec. Quisquis pro alio mandante fideiubet, hoc ipso mandatum speciale à debitore intelligitur habere, ut creditori soluat, nisi ex postfacto causa aliqua interuenierit propter quam eiusmodi mandatum reuocatum videri debeat ut furor, ut in l. si quis alicui 48. De acquir. hered. aut quid aliud simile l. si fideiussor 29. in princ. & §. 1. & seq. infra. mandat. l. si cum Cornelius 82. infra. De solut. Nihil enim est quod possis imputare fideiussori, qui soluendo etiam posteaquam tempore liberatus erat, fidem impleuerit dicit. l. si fideiussor §. vltim. & pudori suo pepercerit l. Quintus Mucius 48. infra. eod. titul. mandat. atqui frustra expectatur aut exigitur ratihabitio, cum præcessit mandatum. Quid enim aliud facere possit ratihabitio, quam ut mandati vicem suppleat? Ideo autem locutus sum de eo qui debitore mandante fideiussor fit, quia & pro absente, ac ignorante fideiubere quis æquè vtiliter potest, quo tamen casu sicut mandati actio locum habere non potest, cum mandatū nullum intercesserit, sed tantum negotiorum gestorū l. ex mandato 20. §. 1. eod. tit. ita nec mandatum vllum habere videri potest ad soluendum, qui nullum habuit ad fideiubendum, cum ea solutio fiat in consequentiam necessariam fideiussoris, nec possit effectus regulari, ut loquuntur, nisi à sua causa l. i. infra. qui potior in pign. hab. Multo magis dicendum est huic legi locum non esse, si, quod interdum quamvis per raro accidit, pro reo præsentem ac verentem quis fideiussor: quo casu nec mandati nec negotiorum gestorum actionem ne vtiliter quidem habere illum placuit l. si pro te 40. eod. tit. Placet autem valde, quod Azo & Bartolus ad hanc legem notat, licet generatius in omnibus casibus, in quibus mandatum speciale requiritur si mandetur alicui nominatim id, ad quod habeat necessariam consequentiam, illud quod per se requirit speciale mandatum, isto casu veniet sub virtute præcedentis mandati. Verba enim ipsissima sunt Bartoli ex l. 2. sup. De iurij. l. ad rem mobilem 56. l. ad legatum 62. sup. De procur. & l. qui proprio 46. §. item queritur l. vel in operis 36. l. qui procuratorem 57. eod. titul. l. sed si pupilli 11. §. de quo palam infra. De instr. action. Vnde infert ille quod non minus nota-

tu dignum est. si restitutio in integrum petatur incidenter, quamvis regulariter ad eam petendam speciale mandatum necessarium sit l. illud 25. §. 1. & l. seq. sup. De minor. si tamen id quod fuit mandatum specialiter, expediti aliter non possit, speciale mandatum hoc casu non requirit: aliud est si quæ postea fiunt, non habeant necessariam consequentiam ad præcedentia ut in l. cum procurator 13. §. vlt. infra. De oper. noui nunciat.

a Sin autem fideiussor suo nomine soluerit. RAT. DVB. Etiam quod fideiussor suo nomine soluit tanquam fideiussor, ex causa mandati præcedentis soluere intelligitur, nec enim hodie solueret, nisi antea fideiussor soluisset. Ergo nihil interest an tuo nomine fideiussor indebitum soluat an nomine debitoris, cum vtroque casu soluat ex causa fideiussoria, ac proinde vtroque casu dicendum est conditionem debitori competere aduersus stipulatorem, non fideiussori. Dec. Quoties de indebiti conditione queritur, illud maxime inspiciendum est, non tam à quo, quàm cuius nomine solutum sit. Nam quemadmodum si veri debiti causa præcederet, per solutionem liberaretur verus debitor, cuius nomine solutum esset non soluens ipse qui nihil deberet, ita liberatione nulla subsequente, quia nulla præcessit obligatio, conditionem ei competere dicendum est, qui eâ solutione liberaretur, si qua obligatio præcessisset. Id enim consequens est ei, quod in hoc tractatu roties diximus, solutionem quæ non parit liberationem, parere conditionem, & contra l. si non sorte 26. §. si centum & §. si decem l. cum is 32. §. 1. sup. l. Neratius 63. infra. hoc tit. l. qui hominem 34. §. vlt. infra. De solut. Cui ergo alij acquiratur conditio, quam ei cui esset acquiritur liberatio, si solutum debitum fuisset? At qui non alij potuit acquiri liberatio quam vero debitori, cuius nomine facta solutio fuisset, ergo nec alij acquiri conditio in proposito specie quam fideiussori qui suo nomine soluit, quia & is liberaretur si pro quantitate debita fideiussisset, & haberet debitorem eo nomine obligatum actione mandati, quamvis eadem solutione & debitor ipse liberaretur, sed non quemadmodum liberatio communis est reo & fideiussori ex solutione, quam alteruter eorum fecerit §. 1. infra. quib. mod. tollit. oblig. ita & conditio vtriusque communis esse potest: idcirco enim liberatio communis vtriusque est, quia licet duplex sit obligatio, vna rei altera fideiussoris, vtriusque tamen vna & eadem causa est, quæ vnicâ solutione tollitur, at cum nulla præcessit obligatio, nihil est quod communem vtriusque acquirere possit conditionem, sed illud necessariò inspiciendum est, cuius nomine solutio facta sit, quæ distinctio in hoc tractatu sicut præcipua ita perpetua est, ut ex his apparet quæ diximus ad l. si pars 19. §. 1. l. frater à fratre. §. vlt. & ad l. repetitio 44. sup. nisi cum quis procurator in rem suam constitutus fuit, si enim soluerit indebitum, licet alieno nomine, ipse tamen repetit l. vii. §. Titium

inf. Miror verò Accursium & Bartolū huc transferre quod scriptum est in *l. Papinianus 28. inf. mandat.* Ibi enim non de fideiussore agitur, sed de mādatore, qui in eo differt a fideiussore, quod ipsius obligatio causam propriam habet, & ab obligatione debitoris separata. Debitor enim ideo tenetur, quia mutuum pecuniam accepit, aut aliter contraxit, mādator verò quia cum eo contrahi mandavit *l. si literas 7. C. mandat.* Vnde est quod olim multa singulari quodā iure recepta erant in mandatoribus, quæ in fideiussoribus non obtinebant. Quale illud erat inter cætera, ut electo mandatore fideiussor liberaretur, & contra, quod in fideiussoribus, confideiussoribus & correis debendi diuersum erat, *vt. C. de fideiuss.* Proinde nec liberabatur ipso iure reus per solutionem, quam mandator fecisset suo nomine ac propter suum mandatum *d. l. Papinianus 8. inf. mandat.* Quomodo tamen soluente fideiussore etiam suo nomine & ex causa fideiussionis, debitor ipso iure liberabatur, ideoque & mandati habebat actionem *§. si quid autem Inst. de fideiuss.*

b *Quo minus autem consequi poterit.* RAT. DVV. Quod fideiussor indebitum suo nomine soluit, acquirit ei conditionem indebiti aduersus stipulatorem, ut proximè diximus, non debitori pro quo fideiussit. Ergo sicuti fideiussoris commodo cedit acquisitio conditionis, ita & eius periculo atque incommodo cedere debet, si fortè ob inopiam stipulatoris minus ab eo consequi ex cōdictione possit quam ipsi debeatur. Ex *reg. l. secundum naturam 10. de reg. iur.* DEC. Fideiussori qui ex falsi debitoris mandato fideiussit, non debet officium suum esse damnosum *l. si seruus 61. §. quod verò inf. de furt.* Effet autem damnosum, si quod minus à stipulatore ob eius inopiam consequi poterit, nec à debitore consequi possit actione mandati. Nulla enim & inanis actio est quam debitoris eludit inopia *l. nam is 6. sup.* De dolo quatenus scilicet per inopiam sit ne creditor totum consequi quod sibi debetur, possit. Ergo quod minus à stipulatore, cui soluit fideiussor, consequi poterit mandati iudicio, id eum à debitore consequi æquum est.

c *Si modo per ignorantiam petentem exceptione non summoerit.* RAT. DVV. Ignorantia vnus non debet nocere alteri. Ergo nec ignorantia fideiussoris debitori, qui si exceptione aliqua aduersus creditorem tutus fuit, nec debitor fuisse intelligitur. Debitor enim verè is tantum est à quo inuito exigi pecunia potest *l. debitor 108. de verborum significationibus*; non etiam is qui per exceptionem aliquam præsertim quæ perpetua sit, summoerere petentem potest *l. creditores 10. l. creditor 55. eodem.* Nihil enim

48. IDEM libro 6. Digestorum.

Qui promisit, si aliquid à se factum sit, vel cum aliquid factum sit, dare se decem: si prius, quam id factum fuerit, quod promisit, dederit: non videbitur fecisse, quod promisit, atque ideo repetere potest.

Ad l. Qui promisit 48.

RAT. DVV. Is qui cum in diem aliquid deberet ante diem soluit liberatur, cum plus præstet quam debeat *l. eum qui 15. aliàs l. Lauolens infra de annuis legat.* quia totum medium tempus habet liberum ad soluendum *l. quod certa 70. infra de solut. l. cont-*

interest, si effectum rei inspiciamus, an quis nullam ipso iure actionem habeat, an verò eam habeat quæ per exceptionem infirmetur *l. nihil interest 112. de regulis iuris.* Proinde cum debitor, qui exceptione aliqua fortassis perpetua repellere creditorem potuit, atque ita condemnationem effugere, qua tandem ratione aut æquitate condemnari poterit fideiussori, eo prætextu, quod exceptionem debitori competentem ignorauerit, eaque propter ignorantiam non opposita vel condemnari se passus sit vel vltro soluerit? Ita namque fit, ut officiosa fideiussio in debitoris fauorem facta in eius odium & perniciem retorqueatur, quod non nisi iniquum videri potest. DEC. Alieni facti ignorantia semper probabilis est *leg. vltim. infra Pro suo l. qui in alterius 42. de regulis iuris.* Nec imputari potest misero fideiussori, qui rogatus aut etiam vltro, ut amici officium impleteret, fidem suam pro alio obtinuit, si non diuinauerit exceptionem quæ debitori competebat, magisque debitori imputari potest cur non fideiussorem certiorauerit, eique denunciauerit ne solueret. Ergo si fideiussor per ignorantiam soluerit, non opposita exceptione quam debitori competere ignorabat, non eo minus actionem mandati habere debet contra debitorem, ut suam indemnitate eamque plenissimam consequatur *l. si procuratorem 8. §. si ignorantes l. si fideiussor 29. in princip. & §. si cum debitor infra mandat.* nempe si ignorantia facti fuerit, non iuris dicitur *l. si fideiussor §. non male.* Quid enim si exceptionem rei non personæ coherentem, quam sciebat debitori competere, sibi tamen non competere putauerit? Error ille iuris est non facti *l. exceptione. 7. iunct. l. omnes 19. infra de except.* ideoque nocere fideiussori debet non debitori, cui nihil hoc casu imputari potest. Nam etsi fideiussor exceptione sibi & debitori competente vltus esset, ac nihilominus per iniuriam iudicis condemnatus fuisset, nullum eo nomine regressum contra debitorem haberet, quia iniuriam quæ fideiussori facta esset, penes eum manere esset æquius, quam ad alium transferri, ut eleganter Paulus respondit in *l. exceptione 67. de fideiussor.* vbi quod additur scilicet *si culpa tua iniuste damnationis causam præbuerit* irrepitum proculdubio est, & ex glossa imperiti alicuius interpretis, ut post Iacobum Cuiacium alibi non semel monuimus. Extra hunc casum non debet officium fideiussoris ei damnosum esse quoties nihil est quod imputari ei possit dicitur *l. si seruus 61. §. quod verò infra de furt.* Iunge *l. si per imprudenciam 51. infra de euict.*

nuus 137. §. cum ita de verborum obligationibus. Nisi cum dies apposita est in fauorem creditoris *l. si ita relictum 43. §. Pegafus de legat. 2.* Ergo & qui sub conditione aliqua debet, si quasi purè debeat statim soluat, liberandus est, quia æquè verum est, plus eum præstare quàm debeat, quod si plus, ergo illum ipsam præstare quod debet, quandoquidem in cōparatio

etiam

etiam positius continetur *l. in eo 110. de reg. iur. l. minus solutum 12. de verb. sign.* Atquin is qui promisit, cum aliquid à se vel ab alio factum erit, sub cōdictione promisisse intelligitur. Verque enim articulus *si & cum* facit cōdiciōem *nē l. 1. §. pen. & l. 2. l. heres meus 79. §. 1. & pass. de cond. & demonstr. l. si Titio 22. quoad dies leg. ced. l. si cui legatur 49. §. hoc autem legatum De leg. 1.* Ergo si ante cōdicionis implementum soluerit, quod promisit, atque dicendum est eum liberari, non enim contra ipsum, sed pro ipso adposita erat cōdicio, ne ante impletam eam conueniri posset. Porro si solutio hæc liberationem parit, utique non potest parere cōdicionē ex *reg. l. si non fortem 26. §. si centum & §. si decem supra. & l. qui hominem 34. §. vlt. infra. de solut.* DEC. Omnis liberatio supponit præcedentem obligationem à cuius vinculo debitor liberetur *Tot. tit. Inst. quib. mod. toll. oblig. l. decem 116. de verb. obli.* atqui ex stipulatione aut legato conditionali nulla nisi existente demum cōdicio obligationi nascitur: nec enim prius dies cedit, diem verò cedere est incipere deberi *l. cedere diem 213. de verb. signif.* in eoque differt obligatio concepta in diem certam ab obligatione conditionali, nam eius quod in diem certam deberetur, dies statim cedit, quamvis nōdum venerit, hoc est deberi quidem incipit, sed exigi tamen nondū potest *d. l. cedere diem*, vnde est quod dicimus, eū qui in diem, nimirum certam debitor est, adeo esse debitorum, ut si interim soluat, non possit repetere *l. in diem 7. supra. hoc tit.* quia debitum iri certum est quod in creditore conditionali diuersum est *l. sub cōdicio 26. eod.* nec tantum inter certam diem & cōdicio-

nem differentia hæc admittenda est, sed etiam inter certam diem & incertam, nam & quod in diem incerta dies facit cōdicionem, nec tantum in testamento *d. l. dies incertus 75. de cond. & demonstr.* sed etiam in contractibus *l. stipulatio ista 38. §. inter incertam de verb. obli.* vbi ex eo infert Vlpianus, illud ipsum quod in hac lege scribitur, eum qui in diem incertam promisit, si aliquid factum sit, vel cum aliquid factum erit, nisi postquam id factum erit, dederit, nō videri fecisse quod promisit, nec proinde soluisse quod debuit. Cui consequens omnino est, ut habeat ergo cōdicionem, ex supradicta iuris regula. Sufficit enim ad cōdicionem ut incertū sit debitum iri *l. sufficit 58. infra. scilicet si per errorem dedit ei putas se debere.* Hoc enim semper in isto tractatu suppleendum est, ut bene Accursius notat *l. 1. supra. l. quod quis sciens 5. & pass. hoc tit. l. cuius per errorem 53. de reg. iur.* Porro quod hic & ibi scribitur inter *si & cum* nullam esse differentiam, quantum ad faciendam cōdicionem, intellige nisi collata sit conuentio in voluntate debitoris, nam si quis promiserit *si voluerit* inutilis est promissio *l. sub hac cōdicio 8. de oblig. & act.* Si verò promiserit *cum voluerit* placet valere promissionem nec aliter fieri inutilem, quam si prius moriatur promissor quam constituerit *l. centesimis 46. §. pen. & vlt. de verb. oblig.* ut scilicet capiat ea interpretatio per quam actus sustineatur potius quam pereat *l. quoties 80. eod. tit. l. fideicommissa 116. §. sic fideicommissum & seq. de legat. 3.*

49. MODESTINVS libro 3. Regularum.

His solis pecunia condicatur, quibus quoquomodo soluta est: non quibus proficit.

Ad l. His solis 49.

RAT. DVV. Cōdicio indebiti ideo comparrata est, ne quis ex aliena iactura contra naturalem æquitatem locupletetur *l. nam hoc natura 14. & seq. supra.* atqui cum vni indebitum solutum est, alij verò solutio proficit, locupletatur ex aliena iactura, non ille cui solutum est, sed cui solutio proficit, ergo non solus ille cōdicio teneatur, cui solutio proficit, sed ille quoque & potius cui solutio proficit. Sicut & euenit cum de cuius iactura queritur, ut non ille teneatur, cui pretij venditionis solutum est, sed is demum cui pretij solutio proficit *l. si ob causam 13. C. de euict.* DEC. Cōdicio indebiti nascitur ex negotio gesto *l. si in area 33. supra. hoc tit.* & ex quasi contractu *l. si quis absentis 5. §. is quoque infra. de obl. & action.* atqui negotium non geritur, nisi inter soluentem & accipientem, in quem translatus est per solutionem dominium *d. l. si in area*, ac proinde qui nō potest ex ea solutione factus non esse locupletior, ergo ei soli condicendum est cui quoquomodo soluta fuit pecunia, id est, ut interpretatur Accursius, siue falsus debitor ei soluerit per se siue per verum procuratorem, aut [quod ego addo ob dictionem illam quoquomodo à Modestino additam] siue indebiti solutionem acceperit ille suo nomine siue alieno. Semper enim verum est, solutum ei fuisse, & solutionem illam esse, quæ quia liberationem parere non potest, parit necessariò cōdicionem, in eoque alia ratio soluentis est, alia accipientis: qui enim soluit alieno nomine, numquam habet cōdicionē,

sed is tantum qui suo *l. indebitam 47. vbi diximus supra.* Sed cōdicio teneatur, qui quis accipit ipse solutionem siue suo nomine, siue alieno, nam obligatio quæ ex indebiti solutione nascitur, quasi ex contractu non aduersus alium dirigi potest, quam eū qui solutionem accipiendo quasi contraxit, ut in omnibus ceteris personalibus actionibus euenit que personales sunt nec in rem scriptæ, ut contra eos competant, qui contraxerunt & mutuum pecuniæ ipsi acceperunt, non etiam contra eos ad quos pecunia peruenit *l. non aduersus te 15. C. si cert. per. l. eum cui mutuum 13. C. de oblig. & action.* Porro cōdicio indebiti nascitur quasi ex mutuo & ad instar mutui dicitur *§. is quoque & Inst. quib. mod. re contr. oblig. §. 1.* Eadem igitur iuris ratio & regula est in cōdicio indebiti, que in cōdicio certi ex mutuo. Quid ergo si is qui indebitum accepit, soluendo non sit? an non hoc saltem casu æquum sit in subsidium teneri eum, cui solutio proficit? Placet mihi quod Accursius & Bartolo, posse hoc casu dari cōdicionem in eū quoque cui solutio proficit, si causam habeat lucratiuam ex *l. vlt. §. 1. supra. de eo per quem fact. erit.* Etsi enim ratio iuris quam proximè attulimus, deficere videtur, æquitas tamen cōdicionis non deficit aduersus eū, qui alioquin ex aliena iactura locupletaretur *arg. l. si eum seruum 23. supra. de reb. credit. l. plane si filium 94. §. 1. in fin. de legat. 1. sic in l. 2. §. item variis infra. de aqua, & aqua plu. arcend.* Quæ ratio euidenter cessat in eo, qui causam habet onerosam. Non enim sit locupletior is cui solutio proficit, quæ non proficeret, si nihil ei abesset.

Tom. I II.

MM 3

Quod quis sciens indebitum dedit hac mente, ut postea repeteret, repetere non potest.

Ad l. Quod quis sciens 50.

RAT. DVV. Vulgarum philosophorum, & prudentum nostrorum verbum est, Actus nunquam operari ultra intentionem agentium *l. si ego 18. & seq. supr. De reb. cred.* at qui ponimus indebitum à sciente quidem solutum fuisse, sed ea mente tamen, ut postea repeteret, ergo quamvis dici soleat, cuius per errorem soluti repetitio est eius consulto dati donationem esse *vulg. l. cuius per errorem 33. De reg. iur. id tamen in proposita specie locum habere non potest, in qua sicuti constat de animo repetendi. ita & de animo non donandi, neque verò quiquam, aut iniustus, aut ignorans, rem suam donat, cum donatio esse non possit, nisi quæ à liberalitate causam habeat, nec liberalitas vlla intelligi in eo qui habeat animu repetendi *l. si repetendi 7. C. de cond. ob caus. dator. DEC.* Conditio indebiti auxilium iuris est ex æquitate inductum, ut errantibus & per imperitiam lapsis, non ut stultis subveniatur *l. regula 9. §. vlt. infr. De iur. & fact. ignor.* At qui sicut errat ille qui ignorans indebitum soluit, quod putat se debere *l. i. & pass. supr. ita stultus est, quisquis indebitum sciens soluit, cū donandi animum habeat, donare autem sit perdere *l. filius familias 7. infr. De donat.* sed stultior ille qui sciens se non debere soluit, tamen hac mente, ut postea repeteret. Hic enim quodammodo habet ludibrio auxilium, & æquitate legum, ut loquitur Iustinianus in *l. vlt. §. vltim. C. de bon. qua. liber. existimans maiorem propositi sui & voluntatis, quàm iuris fore potestatem: quod neque in dispositionibus inter vivos neque in ultimis voluntatibus fieri vnquam potest *l. vlt. infr. De iur. & leg. l. nemo potest 55. De legat. 1. iur. gentium 7. §. ait Prator & §. si paciscar. supr. De pact.* Quo exemplo dicere soleo æquè stultos esse testatores, qui condito solènter testamento clausulam quam vocant derogatoriam adiciunt, ut si contingat aliud posterius ab iis fieri, quæ solemnè testamentum illud tamen valere nolint, nisi hæc aut illa verba in posteriore addita reperiantur. Lex enim, quoties solemnè testamentum est, auctoritatem ei***

51. IDEM libro 6. ad Quintum Mucium.

EX quibus causis retentionem quidem habemus, petitionem autem non habemus: ea, si soluerimus, repetere non possumus.

Ad l. Ex quibus causis 51.

RAT. DVV. Is qui ius habet retentionis rectè intendit se non debere id quod inuito aduersario retinere possit. Si enim deberet, cur ei daretur retentio, tametsi eo nomine petitionem nullam habere possit? Denique tam necesse est debitum esse quod inuito aduersario retineri, quàm quod peti potest. Ergo etiam ex quibus causis retentionem quidem habemus, petitionem autem non habemus, si soluerimus, repetere possumus, quia quod nobis debitum fuit ab aduersario, illud ipsum aduersario à nobis deberi non potuit. Et verò cū retentioni ut plurimum locus sit opposita doli exceptione *l. Pau-*

suam impertitur, ut illud haberi velit pro lege, ridetque quasi stultam testatoris voluntatem contrariam, qui legibus ipse per eiusmodi clausulam derogatoriam voluit illudere, de quo videnda sunt quæ pluribus scripsimus in *Chilade De error. pragmat.* Quare nec valde interesse puto, an qui soluit sciens indebitum ea mente ut postea repeteret, eam mentè expresserit in soluendo, an non expresserit, & cū expresserit, an accipiens consenserit, an dissenserit, quomodo Accursius distinguit, quasi eo casu quo accipiens consensit, repetitio locum habere debeat, sed per actionē Præscriptis verbis non per conditionem indebiti ex *l. reb. 6. C. de rer. perm. & l. 2. supr. hoc tit.* Omni enim casu puto repetitio locum esse, sed hoc ultimo casu per vindicationem, non per actionē Præscriptis verbis, neque per conditionem, neque enim alienantur nummi, qui sic dantur, ut statim recipiantur, nec si fuerint verè debiti *l. qui sic soluit 55. infr. De solut.* multo minus si fuerint indebiti: conditio autem indebiti locum habere non potest, nisi & negotio aliquo gesto & translatò dominio, *d. l. si in arca 33. supr.* Actio verò Præscriptis verbis non nisi aliquo gesto negotio *d. l. reb. & l. vlt. eo. l. iur. gent. 7. §. 1. supr. De pact. l. si dominus 8. & pass. infr. De presc. verb.* Nullū autē negotiū gerit, qui sciens indebitū soluit, eo pacto expresso, ut postea repeteret, sed actū facit ridiculū & illusoriū, ex quo proinde nulla obligatio nasci potest, neque ad agendū neque ad excipiendum, ut in *l. non solum 31. infr. De oblig. & actio.* Longèque alia ratio est eius qui sic soluit legatum, ut si apparuisset esse indebitum, vel lex falcidia cernerisset, redderet, de quo in *di. l. 2. supr.* Ibi enim repetitio & quidem indebiti locum habet, quia negotium contractum est inter eos, ut lex ait, nec adiectio ridicula est, & illusoria, sed utilis nempe dubitationis tollendæ gratia *l. qua. dubitationis 81. De reg. iur.* nam & non adiecta ea conventionione, perinde conditio indebiti locum haberet, si post legati solutionem appareret esse illud indebitum, aut legis falcidiæ rationem, quæ solutionis tempore latebat, postea cernerisset *l. 3. 4. & seqq. supr. hoc tit.*

lus respondit 24. infr. De doli mal. except. Is autem qui exceptione perpetua tutus est, si soluat, possit repetere *l. qui exceptionem 40. supr. hoc tit.* consequens omnino videtur, ut qui retentionem solam habuit, non etiam petitionem, si tamen soluat, nihilominus possit repetere: nam qui retentionem habet utique ut possessionem etiam habeat, necesse est, quamvis non similiter quisquis habet possessionem, habeat etiam retentionem Ergo alienat saltem possessionem quisquis omittit retentionem: at qui alienatio possessionis sufficit ut conditioni indebiti locus esse possit *l. indebiti 15. §. sed si nummi supr.* Quidni ergo ei qui retentionem habuit, & soluit, d. bimus conditionem, ut saltem possessionem condicere possit, ut in *l. heres 21. infr. ad Sc. Trebell.* DEC. Conditio nihil

nihil nisi repetere est. Quisquis autem repetit, petit. Ergo ex quibus causis retentionem tantum habemus, petitionem autem non habemus, si soluerimus fieri non potest, ut repetamus, ne alioqui solutio quæ prodesse non solet nisi ad inducendam liberationem, non profit hoc casu nisi ad inducendam petitionem, quæ alioqui non competeret, scilicet si retentio sit facti non iuris, ut bene Cuiacius interpretatur. Nam quod quis ipso iure retinere potuit ex debito, tanquam diminuto ipso iure, si solvatur, condici potest *l. seruus 30. in princip. infr. de action. emp. l. 5. §. penult. de impens. in reb. dotal. fact.* Et quod contra scriptum videtur in *d. l. heres*, viciōsam ostendit legis illius lectionem. Scriperat enim Iureconsultus similem non esse *Aristo ait illis, qui retentiones quas solas habent, omiserunt*, non quo modo legitur vulgo similem eum esse *Aristo ait, ut docuimus in Chilade de error. pragmat. ex l. si in arca 33. supr.* Quod autem obiecimur de exceptione perpetua, qua si tutus quis sit & soluat, repetit, secundum distinctionem *d. l. qui exceptionem*, ab huius legis sententia omnino alienum est. Tunc enim exceptio perpetua parit conditionem, cū id solutum est, quod ei

debeatur qui perpetuam habebat exceptionem. Nos autem de eo loquimur qui exceptionem doli, aliamve perpetuam sibi competentem omisit per quam retinere poterat, id quod sibi debebatur: nec rursus ad rem facit, quod is qui retentionem omittit, hoc ipso alienat possessionem, non enim eam possessionem alienat, quam possit condicere, sed cuius retentionem duntaxat ius habebat, si iure suo vti voluisset, aut sciuisset: ut ea demum possessio indebitè alienata condici possit & repeti, quæ si ab alio detineretur, nullo iure nulloque prioris possessionis facto interueniente, peti per eum possit aut recuperari aliquo interdicto possessorio, aut aliquo in rem actione, ut euenit in persona eius qui Publicianam exercet *§. namque Instit. de action.* multo magis in eo qui directam & civilem habet rei vindicationem. At is qui retentionem solam habet, omni legum auxilio destituitur ad recuperandam possessionem suam, si eam sine culpa quoque sua amiserit: multo igitur magis si possessionem ipse in alium per indebitam solutionem transfulerit, iunge quæ scripta in *di. l. qui exceptionem §. si pars supr.*

52. IDEM libro 27. ad Quintum Mucium.

Damus aut ob causam, aut ob rem, ob causam præteritam: veluti cū ideo, quod aliquid à te consecutus sum, vel quia aliquid à te factum est: ut etiam si falsa causa sit, repetitio eius pecuniæ non fit. ob rem verò datur, ut aliquid sequatur: quo non sequente, repetitio competit.

Ad l. Damus 52.

RAT. DVV. Quicquid repetitur per conditionem indebiti, repetitur tanquam indebitè solutum ob causam respicientem ad tempus præteritum: eademque datur hæc conditio, qui soluit quod per errorem putauit se debere. In quo maxime differt hæc conditio indebiti à conditione ob causam dati causa non secuta, de qua in superioribus Titulum habuimus. Causam enim ibi intelligimus futuram, & quæ si sequatur pariat liberationem, si non sequatur, conditionem. Ergo non est bona distinctio, quæ hic à Pomponio traditur, an datum sit ob causam, an verò ob rem, ut si ob causam præteritam, veluti cū ideo quod aliquid à te consecutus sum, vel quod aliquid à te factum est, ut etiam si falsa sit causa, repetitio eius pecuniæ non fit, ob rem verò dari dicatur, cū datur, ut aliquid sequatur, quo non secuto repetitio eius competat, ut & in *l. 1. §. 1. supr. tit. prox.* Nam & ob causam dari dicitur, quod datur ob rem futuram *di. Tit. de condit. ob caus. dat.* DEC. Causa præterita potest esse duplicis generis, vna quæ sit obligatoria, id est, quæ si vera esset, obligaret soluentem ad faciendam solutionem, altera verò, quæ obligatoria non sit. De posteriore tantum intelligi hic locus debet, non etiam de priore, ut bene explicat Bartolus, & exempla legis demonstrant *lunct. l. si ita legatum 12. in fin. De condit. & demonstr. l. in summa 65. §. id quoque infr. hoc tit.* De priore verò non de posteriore intelliguntur leges omnes quæ dant conditionem indebiti, ut *l. leganter 23. in princip. supr.* quæ de transactione loquitur cuius causam obligatoriam esse nemo nescit, & miror cur ab Accursio tanquam huic legi contraria opponatur,

nisi quod distinctionem hanc causæ præteritæ obligatoriæ vel non obligatoriæ non videtur percipisse. Distinguit enim duntaxat, an is qui soluit, ideo soluerit quia putabat se debere, an verò, quia donare voluerit, quasi huic legi locus esse nullus debeat, nisi cū animo donandi solutio facta est, quod probare non possum, quoties enim donandi animus adest, non requirimus qualis causa sit, ob quam datum est, an præterita an futura, & cū præterita an obligatoria necne, ad impediendam repetitionem, quæ rei donatæ nulla vnquam est, nisi cū donatio facta est ob causam aliquam finalem quæ secuta non sit, ut in *l. 2. §. vlt. infr. de donat. l. 1. 3. & pass. C. de donat. qua. sub mod.* Semper enim defectus causæ finalis impedit effectum dispositionis, paritque exceptionem doli etiam in legatis, & ultimis voluntatibus *l. cum tale 72. §. falsam & l. demonstratio 7. infr. de condit. & demonstr.* Quamquam dici potest cum Accursio, aliud esse in ultimis voluntatibus, aliud verò in dispositionibus inter vivos: quod in ultimis voluntatibus datur actio pro legato ex voluntate testantis, licet causa legandi falsa fuerit: notum enim obest legato, quia causa legandi legato non cohæret, ut subtiliter tractat Papinianus in *d. §. falsam.* Et ideo potest esse locus exceptioni doli, si probetur testator aliàs legaturus non fuisse, ut ibidem subiicitur, ne alioqui contra voluntatem id fiat, quod ex voluntate proficiscitur. Nam & in testamentis doli exceptiones locum habent *l. 2. infr. de doli mali except.* at in dispositionibus inter vivos quæ non ex vnus, sed ex duorum consensu & voluntate pendunt, non admittimus quæstionem voluntatis, an qui promisit ob causam præteritam non obligatoriam, non aliter fuerit promissurus: nisi ex conventionis verbis ipsam expressum constet, aut

ambo contrahentes consentiant, alioqui propo-
situm in mente vnius ex contrahentibus retentum
nihil operatur, vt bene disputat Bart. ex l. si repetendi
5. C. de condit. ob caus. dator. l. 3. §. si quis quasi ad fin. supr.
eod. ill. tit. At qui conditio indebiti nascitur ex quasi
contractu, vt toties diximus ex l. 5. §. in quoque infr. de
oblig. & action. §. 1. Instit. quib. mod. re contr. oblig. Non
ergo prodesse debet ei qui indebitum soluit, quod
putabat se debere ex causa praterita non obligato-
ria, si dicat se non fuisse soluturum si causam falsam
esse putasset, sed & alia ratione dicendum est non
posse hic tractari de exceptione doli danda ei qui
soluit, aut quæ parere debeat conditionem ex d. l.
qui exceptionem 40. supr. Nam qui soluit quod puta-
bat se debere ex causa praterita non obligatoria, is
priusquam solueret, nulla actione poterat conueni-
ri, ergo neque habere exceptionem siue doli siue
aliam, quippe cum omnis exceptio præsupponat ac-
tionem l. 2. & pass. D. de except. Postea verò quàm sol-
uit non indiget exceptione, sed conditione ad re-
petendum: condicere autem non potest post solu-
tionem is qui antequàm solueret, perpetua exce-
ptione tutus non fuit, quæ Accursij nostri ratio-
natio ad hanc legem nec infubtilis est. Et tamen
eam Bartolus improbat, quia, inquit, posito quod
soluens fuisset tutus exceptione doli in casu de quo
loquimur, non esset tamen exceptio doli adhi-
biti

§. PROCVLVS libro 7. Epistularum.

Dominus testamento seruo suo libertatē dedit, si decē mihi det. seruo igno-
rante id testamētū non valere, data sunt mihi decē: quæritur, quis repe-
tere potest. Proculus respondit: Si ipse seruus peculiare nummos dedit, cum
ei à domino id permillum non esset: manent nummi domini. eosque non per
vindicationem, sed in rem actione petere debet. Sin autē alius rogatu serui, suos
nummos dedit: facti sunt eius: eosque dominus serui, cuius nomine dati sunt,
per conditionem petere potest. sed tam benignius, quàm vtilius est^b, recta via
ipsum, qui nummos dedit, suum repetere.

Ad l. Dominus 53.

RAT. DV B. Dominus qui dat libertatem seruo, si
decem mihi det, intelligitur semper ei permittere,
vt ea decem soluat de peculio, itēque vt solu-
endo transferat dominium nummorum in accipien-
tem inuito etiam herede. Nec aliud remedium he-
redi superest si nummos saluos facere velit, nisi vt
vetet seruum dare: sic enim fiet, vt & statuliber ad li-
bertatem perueniat quasi impleta conditione cui
parere prohibitus est, & nummi heredi non pereant
l. 3. §. vlt. supr. de condit. ob caus. dat. iunct. l. si filia 20. §. vlt.
supr. Famil. ercisc. Ergo non potest verum esse quod
Proculus in hac lege scribit, si seruus hic peculia-
res nummos dederit, cum id ei à domino permis-
sum non esset, manere nummos domini, eosque
non per conditionem petere dominum debere,
sed per vindicationem, & in rem actionem. DE C.
Testamentum minus solemne & inualidum nul-
lius momenti est, nec vllam producere potest aut
obligationem, aut transferendi dominij facultatem
l. si iure 18. de legat. 3. l. ex ea scriptura 29. infr. qui te-
stam. facer. poss. At qui ponimus in specie proposita te-
stamentum non valuisse. Non ergo videri potest,

ia promittendo, seu contrahendo, sed in petendo:
quæ exceptio non impediret repetitionem ex l. qui
se debere 7. supr. de condit. ob caus. dat. Sed reprehensio
mala est, cum ostenderimus exceptionem doli in
proposito locum habere non posse. De exceptione
autem quam vocant facti, & intentionis, iam satis
multa scripsimus ad d. l. qui se debere, & ad d. l. qui ex-
ceptionem. Illud sanè non displicet, quod Bartolus di-
stinguit ex d. l. demonstratio 7. §. quod autem iuris est &
seq. de condit. & demonstr. an causa exprimat per mo-
dum causæ an per modum conditionis, vt priore
casu obtineat, quod in hac lege scriptum est, non
etiam posteriore, quia defectus conditionis cuius-
libet semper facit indebitum, id quod sub condi-
tione siue promissum siue solutum fuit, siue præte-
ritum, siue præsens tempus aut futurum condicio
respiciat: quamuis propriè condicio non sit, nisi
quæ in futurum conferatur l. cum ad præsens 36. & seq.
supr. de reb. credit. vbi scripsimus, cæterum probat op-
timè lex hæc quod ex ea plerique notant, condi-
tionem ob causam, vel ob rem dati causa vel re
non secuta, nunquam posse cum indebiti condi-
tione concurrere, quandoquidem habent causam
& originem omnino differentem, sed & ex peni-
tentia potest conditio ob causam dati competere,
vt Accursius notat ex l. si pecuniam 5. supr. de condit. ob
caus. dat.

voluisse testator, vt ex peculio seruus solueret, cum
solutio proficere hoc casu non possit ad libertatem
cuius solius intuitu & fauore, statulibero permis-
sum id fuit, manent ergo nummi heredis, nisi spe-
cialiter heres seruo permisit, vt eos daret ser-
uus, vindicationem igitur heredi hoc casu compe-
tere dicendum est, non etiam conditionem quæ
nunquam cum vindicatione concurrat, nisi contra-
furem l. vlt. supr. vsufr. quem caueat §. sic itaque Instit. de
action. Nec obstat quod in l. seq. scriptum est. Ex his
omnibus causis quæ iure non valuerunt, vel non
habuerunt effectum, secuta per errorem solutione
conditioni locum esse. Id enim accipi debet sup-
positis terminis habilibus, id est, si translatum fue-
rit dominium l. si vrbana 55. in fin. infr. Vindicatio igitur
non conditio hoc casu competit. Aut si dolo
malo possidere desiderim cum scirem testamentum
non valere, actio ad exhibendum dati contra me
poterit l. rogasti 11. §. vlt. supr. de reb. credit. Alioqui vin-
dicatio omnimodo danda est. Sed hoc ita si nummi
extent: nam si consumpti sint, vindicari vtique non
possunt, sed condicendi sunt quasi conualescente
indebitum, sicut & mutuo, per consumptionem l. si à
furioso 12. cum seq. l. si ego 18. §. 1. & pass. supr. de reb. credit.
l. 5. §. in quoque infr. de oblig. & action. §. 1. Instit. quib. mod.
re contr.

re contr. oblig. l. indebiti 15. §. sed est nummi supr. hoc tit. &
d. l. rogasti 11. §. vlt. de reb. credit.

a Si autem alius rogatu serui suos nummos dedit.
RAT. DV B. is qui rogatu serui nummos mihi dedit
conditionis implendæ causa, vt ad libertatem per-
ueniret, non eo animo fuit, vt dominium nummo-
rum in me transferret, nisi in eum casum quo post
impletam conditionem libertas seruo esset com-
petitura, non enim mihi prodesse voluit, sed seruo
cuius rogatu pecuniam mihi dedit, vt & in l. si pater-
familias 40. infr. de hered. instit. Ergo cum libertas ser-
uo competere non possit, quia testamentum non
valuit, nec dominium nummorum in me transla-
tum fuisse dicendum est, ac proinde vindicationem
eorum heredi hoc casu, vt & superiore competere
non conditionem quæ dominij translationem
semper supponit: aut saltem adhibenda videtur di-
stinctio quam adhibet Vlpianus in l. si ego 9. in princ.
infr. de iur. dot. An is qui rogatu serui nummos mihi
dedit, ea lege dederit, vt ita demum mei fierent si
seruus liber esse posset, an ita vt statim fierent mei,
vt hoc tantum posteriore casu condici possint, prio-
re verò vindicari. DE C. Ex quibus causis conditio
acquireretur seruo si esset sui iuris, necesse est, vt
per eum acquiratur ipsius domino d. l. si paterfami-
lias 1. acquiruntur 10. §. 1. l. qui bona 23. §. generaliter & §.
vlt. l. communis 45. infr. de acquir. rer. domin. l. 1. & tot. tit.
de stipulat. seruar. At quid si seruus de quo hic agitur,
liber fuisset, & pecuniam mihi dedisset ob rem ali-
quam quæ secuta non esset, conditio ei compe-
teret. Ergo quæ acquiri ei non potest conditio, quia
seruus manet, domino eius acquiratur, non etiam
illi qui rogatu eius mihi nummos dedit. Ille enim
mihi quidem soluit, quia conditionis implendæ
causa pecuniam mihi dari oportuit, sed tamen sol-
uit non tanquam mihi, sed tanquam seruo donatu-
rus ad acquirendam ipsi libertatem. Itaque non fe-
cuta libertate seruus ipse si agere ex hac causa pos-
set, condictionem haberet, non ille qui dedit mihi,
vt in l. qui se debere 7. l. si donaturus 9. supr. de condit. caus.
dat. Nec quod ab hoc seruo, neque conditio ne-
que alia vlla actio exerceri possit, facere debet, vt
eom- gis conditio teneri debeam soluenti, quia
cum de conditioe quæritur, non tam inspicien-
dum est à quo aut cui solutum sit, quàm cuius gra-
tia & nomine, vt hæc lex omnium optimè probat in
illis verbis eosque dominus serui cuius nomine dati sunt,
per conditionem petere potest. Iunge l. indebitam 47. supr.
l. cum indebitum 57. in princ. infr. Conditio igitur soli he-
redi tanquam domino serui contra me danda est,
non ei à quo numos accipi. Sed cur non vindicatio,
vt in superiore casu? Nimirum quia ex dantis vo-
luntate pecunia statim & recta via sit accipientis l.
sed si paterfamilias 9. §. 1. infr. de SC. Macedon. quod &
Accursius & Bartolus bene viderunt. Potest sanè ac-
tio ad exhibendum locum habere exclusam non mi-
nus conditioe quàm vindicatione, si poneres ex-
tare adhuc nummos eosque mala fide datos serui
nomine, cum is testamentum non valere sciret, arg.
d. l. rogasti 11. §. vlt. supr. de reb. credit. Quod pertinere vi-
dentur verba illa initio huius legis posita seruo igno-
rante id testamētū non valere. Nisi malis ea addita ad
probandum solutionem factam hic per errorem nō
à sciente. Quod certè ita est. Nec adhibenda est
hoc casu distinctio, quam adhibet Vlpianus in d. l. si
ego. Ibi enim agitur de re in dotem data ante nu-
ptias, cuius dominium transferri potuit in accipien-
tem, aut statim, aut tum demum cum insecuta es-

sent nuptiæ. Hic verò tractamus de pecunia data
implendæ conditionis causa, ac proinde cuius do-
minium ante impletam conditionem transferri
necesse fuit & ad eam implendam, ita vt nec alia
mens esse potuerit eius, qui conditionem implere
debeuit, nec quod in hac specie testamentum non
valuerit, translationem dominij impedire potest,
quia quod conditionis implendæ causa datur, ne-
que ex testatoris voluntate & iudicio capitur, ne-
que iure testamenti l. si quis sub conditione 8. infr. si quis
omnis caus. testam. l. Manius 55. de condit. & demonstr. l. ad
veterani 30. §. 1. l. id autem 76. l. in quartam 91. in fin. infr.
ad l. falcid. sed ex sola dantis voluntate. Sufficit igitur
eum qui rogatu serui pecuniam mihi dedit, me-
tem illam habuisse, vt in me dominium nummo-
rum suorum transferret ad implendam condicio-
nem, quæ nec aliter impleri potuit, vt diximus. Vn-
de illud etiam fit, vt neque ex eo impediti transla-
tio dominij potuerit, quod ex inutili testamento li-
bertas non competere. Prius enim est, vt condicio-
nem impletam dominiumque translatum esse o-
porteat, quàm vt de conditionis implere effectu
quæri possit. Et quod libertatis acquisitio secuta
non est, conditionem tantum parit ex regula legis
proximè sequentis, non etiam vindicationem. Et si
enim dici solet, verissimumque est, nunquam tra-
ditionem nudam dominium transferre etiam quæ
à domino facta sit, nisi iusta aliqua causa præceden-
te l. nunquam nuda 31. de acquir. rer. domin. iustam ta-
men causam intelligere debemus, non quæ vera et-
iam sit, sed quæ iusta esset, si esset vera: in proposito
autem iusta esset causa conditionis implendæ, &
dandæ in eam rem pecuniæ, si verum esset testa-
mentum valere, quod validum putabatur, cum ta-
men esset inutile.

b Sed tam benignius quàm vtilius est. Tota hæc ad-
ditio quæ perlegantem huius legis sententiam de-
struit, merum Tribonianum commentum est, æquita-
tem sibi more suo fingentis ex cerebro, vt veram
iustamque rationem iuris euerat. Vt pluribus do-
cuimus lib. 8. Coniectur. iur. ciuil. cap. 8. Duo enim sup-
ponit quæ euidenter falsa sunt. Vnum est, dandam
conditionem ei qui rogatu serui soluit mihi de-
cem, quemadmodum heredi & domino serui con-
tra me dandam eam esse Proculus respondit. Alter-
rum est, circuitus vitandi gratia æquius esse, vt ea
conditio, quæ soluenti dari contra heredem pri-
mum deberet, recta detur ei contra me, quasi cele-
ritate coniungendarum actionum vnam in hac
specie occultari oporteat, vt & in l. 3. §. sed si debito-
rem infr. de donat. int. vir. & vxor. Prius certè falsum es-
se ex eo intelligimus, quod nullo casu fieri potest,
vt in proposita specie duplex conditio competat,
vna soluenti contra dominum, altera domino con-
tra me, siue serui nomine simpliciter data mihi sit,
pecunia, siue ea lege ne ad dominum serui vllò ca-
su perueniret. Priore siquidem casu heredi contra
me datur conditio, vt diximus, nulla soluenti con-
tra heredem cui nec soluit, nec eius nomine solue-
re voluit. Posteriore verò, si admittamus ea lege da-
ri potuisse mihi pecuniam ne ad heredem eundem-
que dominum serui pecunia vllò casu perueniret, e-
què dicendum est conditione teneri heredem
non posse, in quem transferri dominium non po-
tuerit ob contrariam domini voluntatem d. l. si vrbana
55. infr. Si verò neque conuentio hæc valeat, dan-
da igitur conditio heredi, qui dominium num-
morum pro seruo solutorum amittit, non soluenti

contra heredem cui nihil solutum est, licet solutio ei proficiat *l. his solis 50. supr.* Quod si ita est, ut contra heredem dari conditio soluenti non possit, sed heredi tantum conditio soluenti magis falsum erit, dandam esse soluenti conditionem aduersum me, non illa tantum ratione, quod ego nummos istos, non tam ab eo qui mihi soluit, accepisse videar, cum non suo, sed serui nomine, mihi eos soluerit *arg. l. indebitam 47. supr.* Sed etiam quia quisquis ita loquitur, ut dicat posse quem recta & euitato circuitu aliquem conuenire, & celeritate coniungendarum actionum vnam occultari, præsupponit duas competere actiones, & quæ longa, ut loquuntur, manu exerceri possint, quod hic dici non posse ostendimus. Et cum id contingit, ut in specie d. §. *sed si debitorem*, nullam actionis cessionem requirimus, nec vllam faciendæ cessionis necessitatem. Itaque faciunt aperte contra huius legis verba, qui eam intelligunt de illo qui soluerit mandato serui, nec tamen donatam ei pecuniam voluerit: quasi ex eo

54. PAPINIANVS libro 2. Quæstionum.

EX his omnibus causis, quæ iure non valuerunt, vel non habuerunt effectum, secuta per errorem solutione, conditioni locus erit.

Ad l. Ex his omnibus causis 54.

RAT. DVV. Conditio siue indebiti siue alia quælibet extra furtiuam non potest competere, nisi dominio in accipientem translato, ut proximè diximus *ex l. prox. infr. l. si in area 33. supr. hoc tit.* atqui ex his causis quæ ab initio iure non valuerunt, dominium transferri non potest, puta ex testamento nullo vel iniusto. Iustam enim oportet esse causam traditionis, ut per traditionem tum quoque cum à domino facta est, dominium transferatur *l. nunquam munda 31. infr. de acquir. rer. domini.* Idemque est si testamentum quod ab initio valuit, postmodum agnatione postumi ruptum esse dicatur: quod enim ab initio valuerit, non obligat efficacius heredem, cum postea rumpatur ipso iure, adeò ut non modò posteaquam ruptum est, nihil ex eo deberi possit, ne quidem libertates nisi repetitæ sint à venientibus ab intestato *l. generaliter 24. §. ex testamento infr. de fideic. libert. l. 1. C. eod.* sed nec antequam ruptum sit, quandiu rumpi potest *l. venire præterito 84. infr. de acquir. hered.* Ergo si quid ex eiusmodi testamento traditum fuerit, quamuis indebitum sit, per vindicationem tamen, non per conditionem indebiti repetendum est. Planè cum testamentum ab initio ita valuit, ut ex eo adiri possit aditæque sit hereditas, quamuis postea rescissum sit per querelam inofficiosi testamenti, aliud defendi potest, quoniam aditio quæ facta magis quam iuris est, non facile profecta haberi possit. Sed tamen in contrarium adhuc illud mouet, quod per querelam inofficiosi testamentum redigitur ad causam intestati, adeòque is qui semel ex testamento adit & heres fuit, heres tamen esse definit contra vulgarem regulam iuris *l. in substitutione 33. lex factio 43. §. ult. infr. de vulg. & pupill. substit.* Ergo etiam hoc casu indebiti soluti vindicatio; non conditio danda est, contra quam tamen scriptum sit in *l. 2. §. 1. supr. hoc tit.* DE C. Error & falsitas in causa traditionis non impedit quominus dominium per traditionem à domino factam transferatur dummodo fiat traditio ex causa iusta, id est, quæ si vera esset, iusta esset, ut diximus ad legem

fiat, ut habeat ille contra dominum serui actionem de peculio, in quo cum hæc actio reperitur per quam possit dominus à me condicere id quod mihi solutum est, illam saltem actionem præstare accedere teneatur *ex l. quod debetur 51. infr. de pecul.* Nam si ita esset, alterutrum necessariò fatendum esset, aut dari soluenti conditionem ex iure cesso quod verba illa *recta via* non patiuntur *l. si res 59. infr. de euit. l. si res obligata 57. de legat. 1. aut* permitti ei agere quasi ex cessione, cum nulla tamen cessione interueniret, quod stultius est, ut ex iisdem legibus apparet, & ex *l. Modestinus 76. de solut. l. alterius 20. §. 1. & l. seq. infr. de tutel. & ration. distr.* Nec contrarium est quod Paulus respondit in *l. cum fundus 31. §. 1. supr. de reb. credit.* ut ex iis quæ ad locum illum scriptis, apparet, proinde & quod de circuito vitando nostri post Accursium & Bartolum tam diligenter tractant, ex tot legibus quas Accursius noster hic congerit, ad huius loci sententiam tractatumque pertinere nullomodo potest.

præcedentem. Est autem iusta causa testamenti ad transferendum ex eo dominium, etiam si reuera non valeat, dummodo valere existimetur. Conditio ergo locus hoc casu esse debet, non autem vindicationi, nempe quoties dominium translatum est in accipientem. Sic enim hæc lex intelligi debet, ut diximus ad legem superiorem *ex l. prox. infr. & l. si in area 31. supr. hoc tit. l. 1. & 2. supr. Tit. prox.* nec aliud iuris est, si solutio per errorem à domino facta sit ex aliqua causa, quæ ab initio quidem valuerit, sed tamen non habuerit effectum, ut Papinianus noster hic subiungit. Parum enim est valuisse causam ab initio, si postea non habuerit effectum, aut si etiam habuerit quidem, sed tamen habere postea desierit. Non enim videtur secutus effectus, nisi duret secutus *l. 1. §. siue ab initio infr. tit. prox. sicuti licimus, non videri versus quod non durat versus l. supra patre 10. §. versus infr. de in rem vers. l. Papinianus 20. in fin. supr. de minor. cum similibus.* Exemplum adfert Accursius, si quid traditum aut solutum sit ex causa venditionis validæ, sed à qua tamen postea recessam sit mutua voluntate contractentium, ut in *l. ex empto 11. §. si qui vina infr. de action. empt. l. cum re 6. C. de pact. int. emptor. & vendit.* Non ad id cum Accursio aut per restitutionem in integrum, quia solius restitutionis in integrum potestas in eam rem sufficit, cum nihil aliud sit restitutio in integrum, quam redintegrandæ rei vel causæ actio, ut Paulus in sententiis diffinit, nec proinde conditio vlla in eam rem necessaria est *l. quod si minor 24. §. restitutio l. patri 27. §. si pecuniam supr. de minor. l. vnic. C. de reput. quæ sunt in iudic. in integr. restit.* Separanda tamen hac parte videtur causa quæ ab initio iure non valuit, ab ea quæ valuit, sed non habuit effectum, non quasi vtraque conditionem non pariat, sed quia quæ prioris generis est, parit conditionem indebiti, quæ verò posterioris, conditionem potius sine causa *d. l. 1. §. siue ab initio infr. Tit. prox. nisi* vel turpis vel iniusta causa proponatur, quæ possit inducere conditionem specialiter ex ea causa comparatam, de qua in *Tit. prox. supr.*

55. IDEM

55. IDEM libro 6. Quæstionum.

SI vrbana prædia locauerit prædo: quod mercedis nomine acceperit ab eo, qui soluit, non repetetur: sed domino erit obligatus. Idemque iuris erit in veteris nauium^a, quas ipse locauerit, aut exercuerit. Itē in mercedibus feruorum, quorum operæ per ipsum fuerint locatæ. nam si feruus non locatus^b mercedem, ut domino, prædoni rettulit: non fiet accipientis pecunia. Quod si veteras nauium^c, quas dominus locauerat. Item pensiones infularum acceperit: ob indebitum ei tenebitur: qui non est liberatus soluendo. Quod ergo dici solet, prædoni fructus posse condici^d, tunc locum habet, cum domini fructus fuerunt.

Ad l. Si vrbana 55.

RAT. DVV. Prædo nihil omnino iuris habet in percipiendis fructibus rei alienæ, & quam scit esse alienam: cum fructus percipiantur, & acquirantur non iure feminis, sed iure soli *l. qui sit 25. §. 1. infr. de usufr. nisi* quod bonæ fidei possessio quantum ad fructus pertinet, domini loco est *l. bonæ fidei 48. infr. de acquir. rer. domini.* Ergo nec in mercedibus prædiorum vrbanoꝝ quicquam iuris habere potest, quandoquidem mercedes, non nisi fructuum vice debentur, sunt enim loco fructuum *l. mercedes 29. in fin. l. ancillarum 27. in fin. supr. de hered. petit. nec* quod prædo ipse prædia locauerit, ius illius augere potest, cum non nisi mala fide locare poterit, tantòque magis imputari potest ei, cur depradandi animo ad alienam rem inuadendam & locandam accesserit. Proinde si conductor prædoni soluerit, quod ei ex locatione debuit, conditio ei danda est tanquam indebiti soluti. DE C. Merces prædiorum locatorum, sicut & precia rerum venditarum non tam ex re ipsa quam ex contractu & negotiatione percipiuntur *l. venditor 21. infr. de hered. vel act. vendit.* Ergo si prædo vrbana prædia locauerit, mercedes ipsi debentur quia locauit, non domino qui non locauit. Itaque si soluta sint, non possunt tanquam indebitæ repeti per conditionem indebiti, cum appareat esse debitas, & ex persona conductoris, qui eas promisit, & ex persona locatoris qui ipse locauit, qui que locando nec domino, nec alij quam sibi personalem ex locato actionem acquirere potuit. Nec enim actio ex contractu inter alios nasci potest, quàm inter eos ipsos qui contraxerunt, aut eorum successores *l. quacunque 11. infr. de oblig. & action. l. stipulatio ista 38. §. alteri de verb. oblig.* nam si conductor etiam domino esset obligatus, uti que non posset liberari soluendo prædoni. Satis ergo esse debet ei qui à prædone conduxit, quod prædoni soluendo sit liberatus, eaque ratio sola sufficit ad impedendam conditionem *l. si non sortem 26. §. si centum & §. si decem supr. l. qui hominem 34. §. vltim. infr. de solut.* Quod & Papinianus in hac lege docet, cum in vltima huius legis specie dicitur conditionem ei, qui prædoni soluit veteras nauium & pensiones infularum, quas dominus ipse locauerat *quia, inquit, non est liberatus soluendo*, sed cur de prædiorum duntaxat vrbanoꝝ conductioe Papinianus hic loquitur? An non & rustica locari possunt, nec minus à prædone, quam ab alio quolibet? Ita sanè est. Ideòque nec aliud iuris esse putat Accursius in rusticis prædiis à prædone locatis, dummodo colonus sit num-

marius, non etiam partiarius, nempe quia ut addit Bartolus, soluti à colono partiario fructus essent prædonis, qui semper fuissent domini, ac proinde de quorū conditione disputare colonus non posset, qui eorum dominus nunquam fuisset. Quod diuersum est cum locatio siue vrbani siue rustici prædij facta est in pecunia. Quæ enim postea per colonum pecunia soluitur, cum sit soluentis, sit accipientis prædonis, indeque materia nascitur disputandi de conditione in persona conductoris, si non impediret conditionem, illa ratio quod colonus qui prædoni soluit, & ante solutionem obligatus fuit prædoni, & per solutionem liberatus. Qui quis enim ei soluit, cui fuit obligatus, licet nullam satis iustam eius obligandi causam habuerit creditor, attamen liberatur *l. 1. §. si rem 32. infr. de posit. l. filie 28* vbi est textus elegans *infr. de solut.* Imò quod magis est, si fugitiuus meus, cum se pro libero gereret, nummos mihi subreptos tibi bona fide accipienti crederit, tunc postea ei solueris æquè bona fide, placet liberari tæ me, quamuis mihi non ipsi obligatus fueris *l. fugitiuus 19. eod. tit.* nimirum quia reddidisti bona fide pecuniam ei ipsi à quo acceperas, quod satis est ad acquirendam liberationem. Cum ergo is qui prædoni eidemque locatori suo soluit liberetur, mirum non est, si non habeat conditionem, at nec rursum dominus eam pecuniam ab inquilino vel colono solutam; prædoni potest condicere, sed alia ratione, scilicet quia eius pecuniæ dominus nunquam fuit, licet fructuum fuerit. Duo enim illa, ut sæpius diximus, necessariò requirantur ad dandam alicui conditionem, nempe, ut eius rei quam condicere vult, dominium & ante habuerit, & postea amiserit, nam si nunquam habuerit, nec vindicare potest nec condicere. si vero habuit, neque amiserit, condicere non potest, sed vindicare. Ergo quod Papinianus noster subiicit, *sed domino erit obligatus*, non ita debet accipi quasi prædo, qui nulla conditione tenetur soluenti, teneatur domino, sed sic potius, ut dominus prædiorum habeat prædonem obligatum hereditatis petitione, ut merces quas exegit præster, aut quanto maiores percipere dominus potuisset, *l. si nauis 62. §. vlt. supr. de rei vindic.* Nam quod Bartolus hic tractat de cedendis à prædone contra conductorem actionibus *ex l. Iulianus 30. supr. de hered. petit. ad rem* non pertinet, cum ponamus iam esse factam à conductore prædoni solutionem in petitionem vero hereditatis certum est, venire non modò fructus, sed etiam mercedes vice fructuum acceptas *d. l. ancillarum 27. in fin. & d. l. mercedes 29. supr. de hered. petit. nec* solum aduersus prædonem, sed etiam quod

magis est contra bonæ fidei possessorem, hac sola differentia, quod bonæ fidei possessor, non tenetur, nisi quatenus locupletior ex iis fructibus & mercedibus factus est *l. sed etsi 25. §. consuluit eod. tit.* Prædo autem & alius malæ fidei possessor hereditatis quilibet in solidum. Nam & extantibus fructus vindicare dominus potest, etiam speciali actione in rem à quolibet possessore, tanquam quorum dominus semper manserit, consumptos verò à malæ fidei poss. flore condicere siue antè siue post litem contestatam percepti sint. *l. certum 22. C. de rei vindic. l. si pignora 22. §. si prædo in fr. de pignor. act. l. pen. C. de condic. ex leg. & apud Instin. de offic. iudic. §. 1. A bonæ fidei verò possessore non item, quia facit ille fructus suos sola perceptione *d. l. bonæ fidei 48. de acquir. rer. domin. l. si fructuaris messeri 13. sup. quibus mod. usufruct. amitte.* lucratum verò consumptione aut viciatione *l. 4. §. post litem sup. su. regul. l. 4. §. lana in fr. de v. succap.**

a Idemque iuris erit in vecturis nauium. RAT. DVV. & DECID. eadem est quæ ad initium huius legis. Nulla enim differentia ratio est inter mercedes prædiorum à prædone locatorum, & vecturas nauium, quas prædo ipse locauerit, aut exercuerit, eum vecturæ nauium sicut & vsturæ non tam natura quam iure, id est, ex negotiatione percipiuntur *d. l. si nauis 62. sup. de rei vindic.* Quomodo etiam mercedes seruorum, quorum operas prædo ipse locauerit, in quibus idem iuris esse Papinianus subiicit, & rectè nam & illæ ex negotiatione factæque prædonis percipiuntur.

b Nam si seruus non locatus. Hucusque tractauit Papinianus de pensionibus prædiorum à prædone locatorum, itèmq; de vecturis nauium, quas prædo ipse locauerit, aut exercuerit, & de operis seruorum similiter à prædone ipso locatis. Nunc aliam tractat speciem de seruo qui à prædone ipso non locatus, suas operas ipse per se locauerit, easque acceptas prædoni tanquam domino retulerit. Quo casu negat Papinianus accipientis fieri pecuniam. RAT. DVV. Nihil interesse videtur, an mercedes seruorum ad prædonem peruenierint per seruos ipsos, an per manus conductorum: atqui si à conductoribus soluta prædoni fuisset pecunia, utique facta esset accipientis, ut supra diximus, ergo & cum seruus ipse se locauit, & operarum suarum mercedes acceptas prædoni tanquam domino retulit. DEC. Valde interest, an seruus seipsum locauerit, an à prædone ipso locatus fuerit. Priore casu non tantum obligatio, & actio per seruum acquiritur domino, sed etiam dominium pecuniæ pro operis solutæ seruo. Quicquid enim seruus acquirit, cum sibi acquirit non possit, necesse est ut acquirat domino, vel homini libero, à quo bona fide possideatur, & cui bona fide seruiat *l. acquiruntur 10. §. 1. & seq. l. qui bona fide 21. de acquir. rer. domin.* Prædo autem neque dominus est neque bonæ fidei possessor. Nihil ergo ei acquiri per seruum potest, nec si seruus seruiat bona fide putans prædonem esse dominum. Bonam enim fidem in possessore esse oportet, non in seruo, sicut è contrario mala fides serui non noceret bonæ fidei possessori. Porò dominium pecuniæ seruo solutæ, quod per seruum domino quæsitum fuit, fieri non potest, ut inuito vel ignorantia domino auferatur *l. si ego 9. §. 1. in fr. de iur. dot. l. id quod nostrum 11. de regulis*

iuris. Melior enim condicio nostra per seruos fieri potest, sed deterior non potest *l. melior 133. eodem.* non potest igitur accipientis fieri pecunia, quam seruus à se acceptam prædoni quasi domino retulerit. Cui consequens est, ut nec eam prædoni condicere dominus possit, cum eius dominium amiserit, sed eam debeat vindicare. Alia species est, quæ ab Vlpiano tractatur in *l. 1. §. si rem à seruo 32. in fr. de pos. vbi ait, si rem à seruo depositam restitueris Titio, quem dominum eius putasti te actione depositi non teneri, nempe quia, ut lex subiicit, dolus tuus nullus intercessit.* Ex causa verò depositi nemo tenetur nisi de dolo, aut de lata culpa. quæ dolo æquiparari possit, nisi aliud conuenierit *d. l. 1. §. si conuenit & l. quod Nerua 32. eodem titul.*

c Quod si vecturas nauium. Tertia hæc species est quam Papinianus tractat, si non prædo, sed dominus prædia vel nauem locauerit, prædo autem vecturas nauium & pensiones insularum acceperit. In qua specie respondet Papinianus, eum qui prædoni per errorem soluerit habiturum conditionem, quia, inquit, non est liberatus soluendo. RAT. DVV. Ex locatione facta ab ipso domino pecunia non alij quam domino deberi potest. Nam si prædoni, cum ipse locauit, pecunia debetur non domino, ut diximus in prima specie: non potest domini ius esse infirmius quam prædonis, ut quod domino promissum est, alij quam domino debeatur. Ergo etiam si ea pecunia prædoni soluta sit, non tamen potest facta esse accipientis. Idèoque dicendum est, non conditionem eius pecuniæ illi qui soluit dandam esse, sed domino vindicationem, ut in alia specie, de qua proxime scripsimus: aut si admittamus, ex ea solutione translatum fuisse dominium in prædonem, quod necessariò admittendum est, si cum Papiniano dicamus teneri eum conditione. Quidni etiam fateamur soluentem liberatum esse ipso iure, cum per errorem & probabilem facti ignorantiam soluerit ei, quem credidit habuisse ius accipiendæ solutionis. Est enim hic vnus ex effectibus bonæ fidei, quæ per iustam facti alieni ignorantiam facile inducitur, *leg. si quis seruo 18. & seq. l. qui hominem 34. §. si Titium in fr. de solution. leg. eius qui in prouincia 41. supra de rebus credit. §. item si Instituit. de mandat.* DEC. Non ius obligationis creditori quæsitæ transfertur in creditorem dominium rei, ex ea obligatione solutæ, sed traditio sola per dominum facta animo transferendi dominij ex iusta aliqua causa præcedente, licet erratum sit in causa, ut diximus ad *leg. dominus 53. supra ex l. nunquam nuda 31. de acquir. rer. domin.* Atqui ponimus pecuniam debitam quidem fuisse domino fundi, sed à debitore eodèmq; domino pecuniæ solutam fuisse prædoni. Ergo eius dominium nec domino fundi acquiri potuit, nec alij quam prædoni: proinde conditionem aduersus prædonem habere debet is qui soluit, non autem dominus vindicationem. Idcirco autem damus conditionem soluenti, quia & pecuniæ suæ dominium in accipientem transtulit, & tamen soluendo liberatus non fuit: nec enim sola soluentis bona fides sufficit ad acquiritandam ei solutione liberationem, nisi factum aliquod interuenierit creditoris, quod bonæ fidei causam & initium præbere potuerit. Alioqui non tam bona fides ea dicenda est, quam

inimiam debitoris credulitas, & falsa persuasio quæ debitori ipsi nocere debet potius quam creditori, ut diximus ad *leg. si quid possessor 31. §. vltim. sup. de hered. petit. & ad dict. leg. eius qui in prouincia. Ex dict. leg. qui hominem 34. §. si nullo de solut. leg. cum fundus 31. §. primo sup. de reb. credit. leg. 1. §. dolum sup.* De eo per quem facti erit, idque locus hic omnium optimè probat: ergo cum solutio prædoni facta non liberauerit soluentem, necesse est, ut acquisiuerit ei conditionem, ex regula quam in hoc tractatu toties inculcauimus, & quæ tam sæpe repetenda est, solutionem quæ non parit liberationem parere conditionem, & contra *leg. si non sortem 26. §. si centum & §. si decem leg. cum is 32. §. primo leg. indebitam 47. sup. hoc titul. dict. leg. qui hominem §. vltim. de solut.* etiam aliter atque aliter parit solutio aut liberationem aut conditionem, parit enim liberationem ex voluntate contrahentium, quia id agitur, ut per solutionem tollatur obligatio: parit verò conditionem, extra id quod agitur, ut eleganter scribit Pomponius in *leg. is qui 33. §. vltim. in fr. commod.* Denique omnis solutio fit in ordine ad liberationem, non etiam ad conditionem. Quid ergo si prædoni soluta sit pecunia, eamque prædo postea domino restituerit? Nemo dubitat quin hoc casu liberetur debitor, adeò que ipso iure *dict. leg. si quid possessor 31. §. vltim. sup. de hered. petit. dict. leg. qui hominem 34. §. si prædo de solut.* Ergo ex eadem supradicta iuris regula, is qui prædoni soluit, non habebit aduersus eum conditionem, quia nec metuet personalem actionem domini, cui antea fuerat obligatus, cum hodie liberatus sit.

d Quod ergo dici solet, Prædoni fructus posse condici. Refert Accursius vericulum hunc ad secundam huius legis speciem, quam esse diximus de mercedibus operarum ætui à seruo ipso locatarum. In qua tamen specie nihil aliud Papinianus dixit, nisi quod nos explicauimus, si eam pecuniam pro operis solutam seruo, seruus prædoni quasi domino retulerit, non fieri illam accipientis. Quæ ratio vindicationem domino contra prædonem tribuit, ut docuimus, non conditionem: sed debet id intelligi de eo casu, quo pecunia extet, non quo sit consumpta. Nam pecuniæ dominium, quod do-

mino quæsitum fuerat, necesse est ut per consumptionem amiserit, idèoque amissa cum dominio vindicatione, solum ei auxilium in conditione superesse potest. Sed non est exemplum hoc ad Papiniani sententiam meo iudicio accommodatum: non quasi Papinianus de naturalibus tantum fructibus intelligat, non etiam de ciuilibus, & obuentionibus, quomodo intellexisse videtur Accursius, sed potius, quia de solis ciuilibus in hac lege tractatur, in quos potest illa cadere distinctio, an domini fuerint necne, non autem in fructus naturales, qui cum non conventionis, sed solius iure percipiuntur, nunquam possunt non fuisse illius qui dominus soli fuit antequam consumerentur, unde & vindicari per eum possent, si extarent *dict. leg. certum dict. leg. qui sit §. primo de usur.* etiam si à bonæ fidei possessore percepti essent. Ergo si à prædone, & percepti & consumpti sint, conditione eos repetet dominus à prædone, non etiam fructus ciuiles & obuentiones, nisi eo casu quo dominus fundi earum quoque dominus fuerit, quod euenit in operis serui, à seruo ipso locatis, & per eundem seruum prædoni tanquam domino solutis, quarum precia & mercedes si extaret pecunia, vindicari possent, consumptæ verò per prædonem pecuniæ condicuntur: est autem hæc conditio furtiua, ut bene Accursius, & Bartolus interpretantur, etiam si prædo fundi fur non est, quia non sit furtum rei immobilis, quod tamen ad fructus ex eo fundo perceptos attinet, furtum eorum facit, cum sciat eos se contrectare inuito domino *leg. si seruus 61. §. locauit in fr. de furt. nec quod fructus illos percipere quodammodo cogitur, tanquam ad quorum restitutionem obligatus esset, etiam si nullos percepisset dict. leg. si nauis 62. §. vltim. sup. de rei vindic.* excusat prædonem quo minus percipiendo fructus eorum furtum faciat, cum in ipso poenam ita comparatum sit *dict. §. vltim. leg. nisi ex re 33. §. primo sup. de hered. petit. & consequenter furtiua conditione teneatur, nec tantum si consumpti sint, sed etiam si extet, non enim adhibetur in conditione furtiua ea distinctio, quæ in aliis conditionibus adhibetur *leg. si pro fure 7. §. vltim. leg. in re furtiua 8. & pass. in fr. de condic. furtiu.**

56. IDEM LIBRO 8. QUESTIONUM.

Sufficit ad causam indebiti, incertum esse temporaria sit, an perpetua exceptionis defensio. Nam si quis, ne conueniatur, donec Titus consul fiat, paciscatur: quia potest, Titio decedente, perpetua fieri exceptio, quæ ad tempus est, Titio consulatum ineunte: summa ratione dicetur, quod interim soluitur, repeti. ut enim pactum, quod in tempus certum collatum est, non magis inducit conditionem, quam si ex ea die debitor soluisset: ita profertur defensio iuris, quæ causam incertam habet, conditionis instar obtinet.

ad l. Sufficit 56.

RAT. DVV. Is demum qui tutus exceptione aliqua per errorem soluit, repeti, qui exceptione perpetua tutus fuit, eaque fauorabili non odiosa, secundum eam interpretationem, quam attulimus ad *leg. qui exceptionem 40. iunct. leg. si in qui 24. sup. hoc titulo.* Ergo si exceptio talis sit,

de qua dubitari possit, an perpetua futura sit, an temporalis, repetitioni locus interim esse debet: cur enim perpetuæ exceptioni priuilegium hoc damus, nisi ad exclusionem, & differentiam exceptionis temporalis. Nam & in eo casu, quod pro creditoribus non habentur ij qui exceptione perpetua repelli possunt: Qui verò temporalem duntaxat exceptionem verentur, conditionem creditorum loco habentur *leg. creditorum*

res 10. leg. *creditor* 55. de verb. signific. nam si qua exceptio extra sua tempora opponatur perinde habenda est, ac si numquam competisset, quia nec amplius competat. D e c. Ius semper certum est leg. 2. *infr. de iur. & fact. ignor.* Quid enim in Republica certum esse possit, si ius incertum esset? Atqui ius ex facto oritur leg. *si ex plagis* 52. §. primo *supr. ad leg. Aquil.* Facta verò, licet quæ sunt præterita certa sunt, tum quoque cum à nobis ignorantur, futura tamen incerta sunt leg. *vbi autem* 75. §. qui id quod *infr. de verb. oblig. leg. cum ad præsens* 37. & *seqq. supr. de reb. credit.* Ergo, ut ex facto incerto ius certum constitui possit, necesse est, inspicere non quid in facto illo incertum sit, sed quid certum, nam & in facto incerto aliquid certi est, atqui cum ob incertitudinem facti, ex quo aliqua exceptio nasci potest, incertum est an temporalis an perpetua sit exceptio, ut puta si pactus sit debitor ne conveniatur, donec Titius Consul fiat (quo casu moriente Titio antequam Consul factus sit, perpetua sit exceptio, quæ quamdiu Titius vivit, non nisi temporalis est, & Titio consulatum in eunte interdicat) hoc tamen certum est, quod interim solvitur, necdum esse debitum, nec certum esse debitum iri, nondum est debitum, quia nondum Titius Consul fuit: neque rursus certum est debitum iri, quia incertum est an Titius Consul aliquando futurus sit. Interim ergo factum est, conditionem in debiti competere, quæ ut competat, non est necesse, ut quod solutum est, certum sit debitum non iri, sed satis est, ut certum sit hoc ipsum incertum esse an futurum aliquando sit, ut debeat, quia ut debitum quid videri possit, & tanquam debitum, si solutum sit, retineri, necesse omnino est, ut vel iam debeat, vel saltem aliquando debitum iri certum sit leg. *in diem* 7. leg. *quod si sub conditione* 18. *supr.* Itaque quod ad conditionem in debiti pertinet, nihil interest an promiserim tibi centum si Titius Consul factus erit aut cum Titius Consul factus erit, quibus etiam verbis condicio expressa continetur leg. *qui promisit* 48. vbi diximus *supr.* an verò purè, sed subiecto pacto de non petendo, donec Titius Consul fiat. Etsi enim aliàs multum interest, an differatur exactio in id usque tempus, quo aliquid factum sit, an verò ipsa obligationis substantia in id tempus conferatur leg. *Julianus* 20. *infr. de iur. dot. leg. eandem* 9. §. primo *infr. de duob. reis.* in proposito tamen nihil interest, non quia conditio in debiti privilegium hoc mereatur tanquam favorabilis, in qua scilicet is qui condicit, certat de damno vitando, quomodo ratiocinatur Accursius, nec quòd eiusdem effectus sint in omnibus, nec nisi initio differant, ut ait Bartolus, sed quia his omnibus casibus eveniat, ut certum sit,

57. IDEM libro 3. Responsorum.

Cum in debitu, impuberis nomine, tutor numeravit: impuberis conditio est.

Ad l. Cum in debitu 57.

R A T. D V B. Conditio in debiti danda est ei qui dominium amisit, tradendo rem aut pecuniam quam non debebat. Nascitur enim conditio & ex aliquo negotio gesto, & ex translatione dominij leg. *si in area* 33. *supr.* Atqui tutor qui nomine pupilli solvit in debitu, quasi pupillari creditori, qui cre-

dit non omnimodo debitum iri, quòd aliquo casu fieri potest, ut non debeat, quæ res sufficit ad conditionem, ut diximus. Et hæc vera certè huius legis ratio est, non quam adfert Accursius, quòd in dubio magis attendatur exceptionem posse perpetuam esse, quàm quòd possit esse temporalis, aut quòd in dubio magis interpretari debeamus in causam impediendam, quàm in aliam, ut loquitur Bartolus, aut quòd viderem addit, dubium interpretandum sit perpetuum. Sed quia ut prima huius legis verba dicere habent, sufficit ad causam in debiti incertum esse an temporalis sit, an perpetua exceptio defensio, nec proinde ex aliqua præsumptione hoc sit, sed ex illa certitudine, quòd pendente eo, an perpetua, an temporalis futura sit exceptio, certum tamen est, interim esse incertum aliquando debitum iri, & consequenter certum est adhuc esse in debitu, præsertim rerum status inspecto. Futurus enim status durat incertus est, ut verò sciat, an hodie conditio in debiti competat, præsens status inspicere necessarium debet, ut & in specie leg. *sub conditione* 10. *infr. de assign. libert.* nisi quòd ibi par constituitur ratio conditionis & diei certæ in conditione autem in debiti non item, quia quòd sub conditione debetur, nullomodo interim debetur, quòd verò in diem certum, iam debetur certè, licet peti nondum possit, quia diem venturum esse certum est *dict. leg. in diem* 7. leg. *sub conditione* 16. leg. *qui promisit* 48. *supr. hoc tit.*

a *Ut enim pactum quod in certum tempus collatum est.* Argumentatur Papinianus à die certo ad conditionem incertam, sed contraria ratione: ut quemadmodum siue promiserit quis centum post Calendas Martias, siue ab initio præterierit Martias peti non possit, quòd interim solvit, repetere non potest, quia utroque casu certum est debitum iri *dict. leg. in diem* 7. *supr. leg. obligationum ferè* 44. §. *placet* *infr. de oblig. & action.* nec posteriore casu pactum magis inducit conditionem, quàm si ab initio ex die promissum esset, ita profors, inquit, defensio iuris quæ causam incertam habet, conditionis instar obtinet, id est efficit, ut quemadmodum quòd sub conditione debetur, si interim solutum sit, potest repeti, ita & quòd solutum est, pendente ac incerto eo an temporalis, an perpetua futura sit, exceptionis defensio. Malè igitur in fine huius legis quidam libri habent, *conditio instar obtinet*, legendum enim est, ut & apud Accursium *conditio*, quia conditio propriè non est, quæ ita concepta fuit *donec Titius Consul fiat*, sed tamen conditionis vim habet, quia suspendit effectum purè alioquin dispositionis.

dit non erat, ipse est qui negotium gerit, & qui dominium nummorum quos solvit transfert in accipientem, non pupillus, maxime verò, si addas cum Accursio, ut augeas dubitationem, solutos nummos tutoris fuisse, non pupilli, nec enim pupillus ipse etiam si contraxisset, dominium tamen nummorum tutoris sui transferre in accipientem potuisset. Tutori ergo ipsi qui in debitu solvit, licet pupilli

pupilli nomine solverit, conditio in debiti danda est, non pupillo, accedit quòd licet tutor personam pupilli repræsentet, & vice domini sit leg. *si in puteum* 11. §. *an ignoscitur* *infr. quod vi aut clam.* tunc tamen domini loco habetur, cum tutelam ex bona fide administrat, non cum pupillum spoliat leg. *qui fundum* 7. §. *si tutor* *infr. pro emptor.* An non verò pupillum spoliat tutor, qui pupilli nomine solvendo in debitu, hoc ipso facit pupillum pauperiorem? Nam neque in generali mandato censetur mandat procuratori, ut solvat in debitu, idè quæ si procurator meus in debitu solverit, non prius tamen acquirat mihi conditionem, quàm ego ratum habuero, sicut nec conditione vlla me obstringit, si meo nomine in debitu acceperit §. *proxim.* *supr. leg. si procurator* 8. *supr. hoc tit.* Quòd autem non potest facere procurator, habens generale mandat, cum libera administratione, nec tutor intelligitur posse facere, quasi mandat generale habeat à lege. Ergo ut pupillo detur conditio in debiti à tutore solvi, dicendum est expectandum saltem esse, ut pupillus ratam habeat solutionem. D e c. Tutor in omnibus ferè pupilli loco est, & vice domini præterquam si mala fide tutelam administrat, & spoliandi pupilli gratia *dict. §. an ignoscitur* *dict. §. si tutor* *leg. interdum* 56. §. *qui tutelam* *infr. de furt.* non autem spoliat, sed ex bona fide administrat, licet non utiliter qui solvit per errorem in debitu, quòd putat esse debitum, id enim agit, ut solvendo quòd à pupilla deberi putat, eam liberet à creditore, atque ita faciat locupletiozem leg. *si pupilli* 66. *in fin. de solutione.* Ergo perinde acquirit conditionem pupillo, cuius nomine solvit, atque si pupillus ipse solveret, nec minùs si ex suis nummis, quàm si ex pupillaribus solveret, cum solverit pupilli nomine. Nam etsi pupillus ex tutoris nummis in debitu solveret, dummodò ex ipsius tutoris voluntate, sibi tamen acquireret conditionem, non tutori, quia cum de in debitu, & in debiti conditione quæritur, non tam inspicendum est, à quo solutum sit, aut ex cuius pecunia, quàm cuius nomine leg. *in debitu* 47. vbi diximus *supr.* neque verò expectandum est, ut pupillus eam tutoris solutionem ratam habeat, ut sibi acquirat conditionem, cum id quòd à tutore gestum est à pupillo ipso non ab alio gestum esse videatur, in quo plus iuris habet tutor,

quàm procurator quilibet, ut solet in cæteris ferè omnibus plenior esse potestas, habita à lege quàm si ab homine eam quis habeat. Nullo enim hominis facto opus est, ut lex seipsam in præteritum, quòd in mandato, & provisione hominis præteritum est leg. *mandato generali* 60. *supr. de procurat. leg. generali mandato* 34. *infr. de rit. nupt. leg. obligatio* 6. *infr. de pignor.* Merito igitur Papinia: us generaliter, & indistinctè hæc scribit, si tutor impuberis nomine in debitu numeraverit, impuberis conditionem esse non tutoris: nam & generaliter verum est, quòd ex Iuliano Vlpianus scribit *in dict. leg. si procurator* 8. §. *ultim.* *supr.* neque tutorem, neque curatorem, neque procuratorem solventes, repetere posse, nec interesse suamne, an pupilli, vel domini pecuniam solverint, dummodo non suo, sed pupilli vel alterius domini nomine. *In dict. dict. leg. in debitu.* Planè quòd in debitu tutor de suo pupilli nomine solvit, quamvis creditori falso, cui solvit condicere non possit, reputabit tamen pupillo in reddendis rationibus tutelæ, cum ex sua pecunia fecerit pupillum locupletiozem, acquirendo ei conditionem: quæ porrò si cedere ipsi pupillus malit, quàm contra falsum creditorem fortassis inopem conditione agere, audiendus erit, ut eam conditionem tutor periculo suo exerceat *argument. leg. quod si possessor* 17. *supr. de hered. petit.* cum non teneatur tutori actione tutelæ alia ratione, quàm quia tutor factus & sumptu suo conditionem illam pupillo quæruerit. Ex regula leg. *si quid possessor* 31. *in princip. eod. & leg. quod debetur* 51. *infr. de pecul.* Iusto tamen errore tutoris factam esse solutionem oportet, ut acquirat conditionem pupillo, quia sicuti persona tutoris factam esse solutionem oportet, ita & factum tutoris factum pupilli est, nec scientiam, aut ignorantiam pupilli valde attendimus, qui nec quicquam scire in ea ætate intelligitur leg. *pupilli* 9. *infr. de acquir. hered. ne quidem illa que videt leg. 1. Codicè de fals. monet.* Illud tamen observatione dignum est, & superioribus valde convenit, quòd si tutor qui pupilli nomine solvit in debitu eidem pupillo in reddenda tutela non reputaverit, siue per obligationem siue per imperitiam id fecerit, necdum pupillus conditionem exercuerit, tutori danda ea conditio est, non quidem contra pupillum ipsum, sed contra creditorem leg. *ultim.* §. *tutor* *infr. hoc tit.*

1 §. Creditor, ut procuratori suo debitum redderetur, mandavit. maiore pecunia soluta, procurator in debiti causa convenietur, quòd si nominatim, ut maior pecunia solveretur, delegavit: in debiti cum eo, qui delegavit, erit actio. quæ non videtur adempta, si frustra cum procuratore lis fuerit instituta.

Ad §. 1. Creditor.

R A T. D V B. Conditio danda est ei non qui solvit in debitu, sed ei cuius nomine solutum est, ut diximus ad initium huius legis & ad leg. *in debitu* 47. & ad leg. *repetitio* 44. *supr.* Atqui is qui solvit in debitu procuratori, tanquam debitor debitoris, licet contra voluntatem domini solverit, solvit tamen nomine creatoris sui, qui ex minore

Tom. I I I.

quantitate debitor erat procuratoris. Ergo creditori suo non sibi conditionem acquirit contra procuratorem. D e c. Cum quis mandavit procuratori suo debitum solveretur, & maior pecunia soluta est, quàm debebatur, potest imputari culpa ei qui solvit, cur maior & in debitu pecuniam solverit, siquidem mandatum ei nominatim erat, ut debitum solveret, non ut in debitu. Ergo in debiti conditione conveniendus non est procurator à domino, qui debitum solvit mandando, in de-

NN 4

bitum solui potius prohibuit, sed ab eo qui contra mandatum & voluntatem domini indebitum soluit, quique ob eam causam directa mandati actione obstructus est, ut mandantem indemnem præter argument. *leg. indebitam 47. supr.* Nam nec quicquam interesse videtur domini, aut ei abesse ob indebitum solutum, cum pro consequenda indemnitate regressum habeat contra mandatarium *vulg. leg. is qui actionem 9. de regulis iuris.* Planè conditionem hanc contra alium, quam contra procuratorem habere debitor, qui nomine creditoris sui soluit, non potest: nam contra creditorem suum, qui nihil mandauerat, nisi ut procuratori debitum redderetur, quoniam obsecro iure ageret conditione indebiti, aut quoniam colore? In eoque differt hic casus à sequenti: nam nec videri potest indebitum solutum eius nomine qui debitum duntaxat soluit mandauerat. Ceterum si solutionem indebiti ratam habeat creditor, quod euenit, si malit ipse agere contra procuratorem, ut in *leg. si procurator 8. supr.* non est prohibendus condicere procuratori. Sed hoc casu exercebit conditionem suo periculo, nec audiendus erit, si forte mutata voluntate malit agere, mandati contra mandatarium ob inopiam procuratoris, aut conueniendi eius difficultatem, ut in *leg. quod si possessor 17. in fin. supr. de hered. petit.* Sibi namque imputet, cur mandatarij eiusdemque debitoris sui factum, quod improbare potuerat, & debuerat, ratum habere maluerit.

a *Quod si nominatim ut maior pecunia solueretur delegauit.* R A T. D V B. His solis pecunia condicenda est, quibus quoquomodo soluta est, non quibus solutio proficit *leg. his solis 49. supr.* Atquin debitor, qui ex delegatione sui creditoris plus debito soluit, cum ei nominatim mandatum esset, ut maiorem quantitatem solueret, soluit procuratori sui creditoris non ipsi creditori, qui eum delegauit. Ergo cum procuratore ipso debet agere conditione indebiti, non cum eo qui delegauit, quandoquidem procurator ille est qui indebitum accepit. D E C. Qui ex forma delegationis, maiorem pecunie quantitatem creditoris sui procuratori, eidemque creditori soluit, quam quæ debebatur, non alio iure censeri potest, quam si creditori ipsi suo soluisset, cuius non tantum nomine, sed etiam mandato soluit. Breui enim manu censetur creditori suo soluisse, tum creditor ipse suo etiam creditori, & vnus hic casus est ex iis, in quibus celeritate coniungendarum actionum vna occultatur *leg. 3. §. sed si debitorem infr. de donat. in vir. & vxor. leg. singularia 15. supr. de reb. credit.* Ergo debitori debitoris qui soluit indebitum, conditio danda est, non contra procuratorem, qui indebitum accepit ab eo qui mandati formam secutus minus soluere non potuit, sed contra delegantem ipsam, non tam quia delegauerit, quam quia delegando videatur ipse solutionem accepisse. Itaque nihil hac parte fit contra regulam *dict. leg. his solis.* Nam quisquis debitorem suum creditori suo delegat, sicuti soluere ipse creditori suo intelligitur *leg. quamuis 8. §. interdum infr. ad senatusconsult. Velleian. ita & vicissim à debitore suo solutionem accipere.* Sed illud tamen mirum est, conditionem indebiti dari debitori delegato aduersus delegantem ob solutum delegantis nomine, plus quam ab ipso deberetur. An non enim sufficere delegato debet, quod sit ipse à creditore suo liberatus,

cui rotum illud debebat quod creditori delegantis soluit? Nisi dicamus, quod certe verum est, ex solutione post delegationem facta non posse liberationem soluenti contingere nisi ad concurrentem usque debiti vtriusque quantitatem, ut in tantum liberetur, in quantum liberat, non vitra. Atquin solutio in proposita specie non liberat, delegantem, pro ea quantitate, quæ fuit procuratori indebita: ergo nec liberat soluentem, pro eadem ipsa quantitate, & consequenter necesse est, ut solutio, quæ liberationem soluenti parè non potuit, eidem pepererit conditionem. Ex regula *leg. 5. non sortem 26. §. si centum & §. si decem leg. si urbana 55. supr. leg. qui hominem 34. §. vlt. infr. de solut.*

b *Quæ non videbitur precepta si frustra cum procuratore his fuerit instituta.* R A T. D V B. Quisquis male agit, & male litem instituit, causa cadere debet, tametsi bonam causam foueat, quia imputare sibi debet, cur non melius, & ex consilio iureconsulti litem instituerit, adeoque licet plus tantum petierit, siue re, siue tempore, siue loco, siue causa *§. si quis agens instit. de action. leg. 1. Cod. de plur. petit.* Ob eamque nimirum causam iure civili comparatæ sunt actiones præscriptis verbis, & in factum ad euitandum periculum malæ electionis *leg. si gratuita 16. & pass. infr. de præscr. verb.* Semel enim malè electa vna actione ad aliam regressi non licet *leg. quod in herede 9. §. eligere infr. de tribut. act.* Ergo in proposita specie, si debitor debitoris à creditore suo delegatus, plus debito soluit procuratori, eidemque creditori creditoris, & ex ea causa egerit conditione indebiti cum procuratore, qui solutionem accepit, non est ei permittendum, ut agat iterum contra delegantem, sed omni auxilio destitutus imputare sibi debet, malam suam electionem, & cur aduersus procuratorem, quam contra delegantem agere maluerit. D E C. Aliud est malè agere, aliud verò nihil agere *leg. vnic. in fin. supr. quando dies vsufr. legat. ced.* Malè agit qui actionem sibi competentem, non satis ritè, aut minus rectè, exercet, qualis ille est, qui quoquomodo plus petit *dict. §. si quis agens.* at nihil agit is, qui sine actione agit, cum id fieri iure non possit *leg. si pupilli 6. §. vltim. supr. de negot. gest. leg. quoties 9. §. & generaliter infr. de admin. tutor.* Agit autem sine actione is, qui actione aliqua experitur vel nullo modo competente, vel contra vnum quidem competente, sed contra alium aduersus quem non competebar, instituta. Quoties enim actio aliqua exercetur, non illud tantum inspiciendum est, quod ad personam actoris pertinet, an actionem aliquam habeat, sed etiam ex parte rei qui conuenitur, an ille sit qui ea ipsa actione conueniri possit. Alia quaestio est de eo, qui cum de eadem re plures actiones haberet, elegit minus vtilem sibi, & aliam prætermisit ut in *dict. §. eligere.* Hic enim variare & electionem mutare non potest, quia eam actionem quæ competebar, & vtilior futura erat, abieciisse videtur, aliam minus vtilem, sed tamen competentem eligendo. Atqui in proposita specie conditio indebiti contra procuratorem qui indebitum accepit, non nisi frustra exerceri potuit, quia contra eum nulla competebar, cum nihil nisi ex forma delegationis debitor soluisset procuratori. Ergo non ob id adempta vel consumpta videri debet conditio, quæ aduersus delegantem competiit: non enim frustra exerceretur actio, si eum

si eum haberet huiusmodi lis effectum, ut actionem competentem consumeret, quæ tamen consumeretur, si contra eum aduersus quem competebar, exerceretur: consumitur enim actio, quæcumque exerceretur, si competat *leg. habeat 13. infr. de instit. action. leg. si sic stipulatus sum 133. in fin. de verb. obligat.* Non igitur nocet electio facta frustra, sed nocet tamen ea, quæ male facta est, id est contra eligentis utilitatem, magis quam contra iuris rationem. Sic

in *leg. 2. §. data de option. legat.* & aliis legibus quas hic multas adducit Accursius, licet malè factam electionem ab ea quæ frustra facta sit, non distinguat, in quo errat certè meo iudicio: nec enim Papiniani mos est, ista confundere, sed dictionem frustra accipere pro eo quod est inutiliter *leg. verbis 5. in principio infr. ad legem falcidiam leg. verbis civilibus 7. de vulgari & pupillari subst.* non pro eo quod est male.

§8. IDEM libro 9. Responsorum.

Seruo manumisso fideicommissum ita reliquit, si ad libertatem ex testamento peruenerit. is post acceptam sine iudice pecuniam, ingenius pronuntiat: indebiti fideicommissi repetitio erit.

Ad l. Seruo manumisso §8.

R A T. D V B. Condiciones impossibiles in legatis institutionibus, & aliis vltimis voluntatibus habentur pro non adiectis, nec viciant vltimam voluntatem, sed viciantur *leg. 1. de condic. instit. leg. obtinuit 3. de condic. & demonstr. §. impossibiles instit. de hered. institut.* quod in stipulationibus, & dispositionibus inter vivos secus est *leg. non solum 33. de oblig. & action.* Atqui conditio illa omnino impossibilis est, si seruum iam manumissus ad libertatem ex testamento peruenerit: nec enim is qui iam liber est, magis liber fieri potest. Ergo non eo minus valere debet fideicommissum sub huiusmodi conditione relictum, ac proinde si solutum sit quasi debitum etiam sine iudice & spontanea solutione, conditioni locus esse non potest. Quis enim admittat fideicommissum debitum condici, cum ea quoque fideicommissa quæ indebita sunt, si tamen fidei explendæ gratia soluta sint, minime repetantur *leg. fideicommissum 62. infr. hoc tit. leg. 3. Cod. de fideicommiss.* D E C. Ea demum conditio impossibilis reicitur, & pro non scripta habetur in vltimis voluntatibus, quam testator iam possibilem esse sciuit, non quam possibilem esse credidit. Plus enim plerumque est in opinione testatoris, quam in veritate, ut in exemplo quod affert Accursius ex *leg. quo loco 20. §. primo infr. de hered. instit.* Voluntas enim testantis quæ in testamentis dominatur, & totum facit *leg. si mihi 12. in fin. de legat. 1. nec melius nec aliter percipit, & explorari potest,* quam ex ipsius opinione *leg. vltim. de hered. instit. leg. cum mater 28. supr. de inest. testamento.* Scilicet in istis quæ ex testatoris voluntate pendent, secus si ex iuris potestate, ut in exemplo quod affert Bartolus, si testator heredem aliquem instituerit ex re certa, & aliam in solidum quem putabat viuere, cum tamen esset iam mortuus. Non enim ob id minus heres in solidum erit is qui ex certa re fuit institutus, quia ius hereditatis neque in certa re consistere, neque diuidi nisi per legem 12. tabul. potest, neque rursus induci, ut quis in paganis decedat pro parte testatus & pro parte intestatus *leg. 1. §. si ex fundo infr. de hered. institut. leg. ius nostrum 7. de regul. iuris iuncta leg. si miles vnum ex fundo 6. leg. ex militari 11. §. vltim. & leg. seq. infr. de testamento milit.* Atqui testator, de quo hic Papinianus loquitur, cum per alieni facti ignorantiæ, & errore probabilem seruum esse crede-

ret eum, qui iam erat manumissus, putabat esse possibilem conditionem illam, sub qua fideicommissum relinquebat, si fideicommissarius ex eo testamento ad libertatem peruenerit, atque ita si liberatus fieret non si ingenius esset. Ergo si testatoris errorem secutus heres fideicommissum hoc soluerit, quasi nactus seruum libertatem ex huiusmodi testamento, repetitioni locus esse poterit, quasi indebito soluto, quia quod sua conditione euadente futurum erat debitum, eadem conditione deficiente sit necessarium indebitum. Scilicet cum conditio sui natura possibile est, & talis quæ possit existere, aut non existere: qualis hæc est, de qua disputamus. Non enim est impossibile, nisi per accidens, & ex suppositiore, quia iam manumissus inuenitur, qui manumittendus sperabatur, nihil autem interest an hic fideicommissarius ingenius pronuntiat sit per sententiam iudicis, quia fuerat iam manumissus, an si vult nullo etiam iure, cum etiam ingenium sententia faciat, quia res iudicata pro veritate habetur, ut bene Accursius notat ex *leg. ingenium 25. supr. de stat. homin. leg. res iudicata 208. de regulis iuris leg. seruo 61. §. cum Prator ad senatusconsult. Trebellianum.* Quamuis nec quicquam prohibeat homini iam libero libertatem per fideicommissum vtiliter adscribi, ut si is postea in seruitutem redactus proponatur, petere tamen possit libertatem, si modò mortis tempore vel conditionis existentis inueniatur seruus, ut idem Accursius noster notat, ex *leg. generaliter 24. §. si homini libero 3. infr. de fideicommiss. libert.* Sed hoc ita, si eundem testatoris errorem supponamus, qui hominem hunc re vera liberum, seruum tamen esse putauerit: alioqui casum hominis liberi, fortunamque aduersam expectari, neque naturale, neque civile est *leg. inter stipulantes 83. §. sacram de verborum obligat.* Rectè autem Papinianus adicit, *accepta sine iudice pecunia,* quia si interueniente iudice, & ex autoritate iudicati soluta esset, de indebiti conditione tractari nihil posset *leg. si fideiusor 29. §. in omnibus infra mandatum leg. 1. Cod. de hoc titulo.* Alia causa est fideicommissi, de quo in *dict. leg. fideicommissum 62. infr. eod.* quod etiam si fuerit indebitum solutum, tamen non repetitur, scilicet cum fidei explendæ gratia solutum est, ut illa lex habet.

NN 3

SI fideiussor iure liberatus, soluerit errore pecuniam: repetenti non oberit. si verò reus promittendi, per errorem, & ipse postea pecuniam soluerit^a, non repetet: cum prior solutio, quæ fuit irrita, nec naturale vinculum dissoluit, nec civile, si reus promittendi tenebatur.

Ad l. Si fideiussor 59.

RAT. DVB. Quod à reo promittendi, & à fideiussore debetur, vnum & idem debitum est. Nec enim obligatur fideiussor, si ad aliud se obliget, quam ad illud ipsum quod à principali reo debetur l. gratè 8. §. si quis Stichum leg. si ita fideiussorem 42. infr. de fideiuss. Ergo quamvis debitoris fideiussor iure liberatus sit ex aliqua causa, quæ tamen debitorem ipsum principalem in obligatione retinuerit. Si fideiussor per errorem soluerit, non eo magis permittendum ei est, vt repetat tanquam indebitum, cum reus ipse promittendi adhuc sit obligatus. DEC. Vnum equidem, & idem debitum est, quod à reo & à fideiussore debetur, sed tamen alia rei, alia fideiussoris obligatio est, vna principalis, alia accessoria: nec quicquam vetat liberari fideiussorem manente obligatione principalis debitoris, aut principalem debitorem manente obligatione fideiussoris, puta si alteruter per pactum nudum de non petendo liberatus sit, non etiam per acceptilationem, quoniam obligationem vtramque acceptilatio extingueret, non etiam pactum de non petendo, præsertim quod esset personale leg. si quis reum 5. infr. de liberat. legat. leg. nisi hoc actum 22. supr. de pact. l. et per iusturandum 13. §. si fideiussori infr. de acceptil. leg. cum is 22. §. fideiussor supr. hoc tit. Ergo quamvis liberato fideiussore maneat reus obligatus, facere id non potest, quominus fideiussori qui per errorem soluit, danda sit indebiti repetitio.

^a Si verò reus promittendi per errorem & ipse postea pecuniam soluerit. RAT. DVB. Vnica solutio totius debiti per fideiussorem facta sufficit ad extinguendam, & debitoris principalis & fideiussoris obligationem §. i. Instit. quib. mod. tollit. obligat. non enim quod alia debitoris alia fideiussoris obligatio est, vt modò diximus, necessitatem inducit duplicis faciendæ solutionis leg. si fideiussor 29. in princip. & §. si cum debitor infr. mandat. Ergo si fideiussor, quamvis iam liberatus ipse soluerit, multo magis dicendum est, eam solutionem quæ proficere non potest ad liberandum fideiussorem, qui iam liberatus est, proficere saltem ad reum liberandum, quia non est difficilior, vt vna liberatio inducatur, quam vt duplex. Proinde si reus promittendi per erro-

rem & ipse pecuniam soluerit, quam fideiussor iam soluerat, dicendum est posse illum repetere conditione indebiti, quippe quia duobus eandem quantitatem debitam soluentibus, conditio semper ei danda est, qui posterior soluit leg. cum duo 25. supr. leg. vlt. §. Titius infr. hoc tit. DEC. Solutio per fideiussorem facta, ita demùm & fideiussorem ipsum soluentem, & reum quoque liberat, si fideiussor vel suo nomine soluerit, cum vterque adhuc deberet, vel nomine debitoris, quia tunc liberato debitore, ipse quoque fideiussor cuius obligatio non nisi accessoria est, per consequentias liberatur. Nam & idem contingeret, si dolo malo fideiussoris puta hominem promissum occidentis, debitor liberatus esset, secundum Iuliani sententiam à Papiniano nostro relata in leg. si fideiussor 19. supr. de dolo. Quod si fideiussor iam liberatus soluerit nomine debitoris, nec dubitandum est, quin eum liberet ipso iure: sed si soluat suo nomine, nec se liberat, cum sit iam liberatus, nec debitorem principalem, quia non eius nomine soluit, sed suo, vt in leg. indebitam 47. supr. hoc tit. Habet ergo ipse conditionem indebiti, vt modò diximus, quia solutio quæ ad nullam liberationem proficit, necessariò proficit ad conditionem indebiti leg. cum is 32. §. fideiussor. supr. Cui omnino consequens est, vt quod reus per errorem, & ipse postea soluit, non possit dici indebitum, nec proinde repeti per conditionem indebiti, quoniam vt eleganter Papinianus ait, prior solutio quæ fuit irrita, & quæ ideo fideiussori conditionem peperit, neque naturale vinculum dissoluit, & potuit, neque civile quo reus promittendi tenebatur. Quod ergo dicimus ei qui posterior soluit, dandam esse conditionem, & indebitum fecit, quod antea erat debitum: alioqui si prior solutio indebiti facta sit, conditio exinde competet soluenti, atque ita impedit ne posterior solutio quæ proficit ad liberationem, proficiat ad nonam conditionem, si modò reus promittendi tenebatur aut naturaliter, aut civiliter, quomodo alterutrum eorum adesse necesse est, vt fideiussoria obligatio potuerit accedere leg. 1. leg. 6. §. vltim. & seq. leg. fideiussor 16. §. fideiussor infr. de fideiuss.

60. PAULI vs libro 3. Quæstionum.

Iulianus, verum debitorem post litem contestatam, manente adhuc iudicio, negabat soluentem repetere posse: quia nec absolutus^a: nec condemnatus repetere posset. licet enim absolutus sit, natura tamen debitor permanet. similemque esse ei dicit^b, qui ita promisit, siue nauis ex Asia venerit, siue non venerit: quia ex vna causa alterius solutionis origo proficiscitur. Vbi autem quis, quod

quod purè debet^c, sub conditione nouandi animo promisit: plerique putant, pendente nouatione solutum repeti posse: quia, ex qua obligatione soluat, adhuc incertum sit. Idemque esse, ac si diuersas personas ponas eandem pecuniam purè, & sub conditione, nouandi animo promisisse. sed hoc dissimile est. in stipulatione enim pura, & condicionali, eundem debiturum certum est.

Ad l. Iulianus 60.

RAT. DVB. Iudiciorum exitus semper dubius & incertus est l. quod debetur 51. infr. de pecul. Vnde & aleam iudiciorum passim dicimus, quia fieri potest vt casu obtineat ille qui alioquin succumbere deberet l. posthumus 6. §. 1. in illis verbis & casu obtinuerit, supr. de inoffic. testam. aut per imperitiam, aut per sortem, aut per gratiam aliamve iniuriam iudicis l. 3. §. 1. infr. de pignor. l. si per imprudentiam 51. infr. de cuius. l. seruo 65. §. cum prator ad SC. Trebell. l. exceptione 67. de fideiuss. Atqui vt conditio indebiti competat, sufficit incertum esse an id quod soluitur debeatur: nec satis est, vt possit aliquo casu deberi si nò omnino certum sit, aut iam deberi, aut saltem debitorum amiri l. iustitiam 56. vbi diximus supr. Ergo si debitor post litem contestatam manente iudicio soluat, quamvis verus debitor sit potest repetere, quia fieri potest vt absoluator, & pronuncietur nihil eum debere quo casu res iudicata pro veritate haberetur l. res iudicata 208. de regul. iur. DEC. Non potest dici incertum quod ex nullo euentu inducitur vt Bartolus hic loquitur, & vt idem addit, non potest quis esse melioris conditionis in casu dubij, quam in casu certi. Atqui euentus iudicij non alius esse potest, quam vt debitor vel condemnatur, vel absoluator l. 1. & 2. infr. de re iudic. Porro siue condemnatus solueret non repeteret l. si fideiussor 29. §. in omnibus infr. mandat l. seruo 58. supr. hoc tit. l. 1. C. eod. Siue absolutus esset, adhuc tamen non posset repetere, quia naturaliter obligatus remaneret. Nec enim sententia absolutoria tolleretur naturalem veri debitoris obligationem, vt sequitur in textu. Ergo etiam si pendente iudicio soluat, quamvis exinde neque condemnatio neque absolutio sequi vlla possit, nisi eo sensu, quo dicimus iudicia omnia esse absolutoria, postquam reus actori satisfecit §. vlt. Instit. de perpet. & tempor. act. Dicendum tamen est repetere nihil eum posse.

^a Quia nec absolutus. RAT. DVB. Res iudicata pro veritate habetur propter rerum iudicatarum auctoritatem l. ingenuum 25. supr. de stat. homin. d. l. res iudicata 208. de regul. iur. d. l. seruo 65. §. cum prator infr. ad SC. Trebell. At qui is qui tanquam debitor à creditore conuentus est, non potest absolui, quin debitor non esse pronuncietur. Ergo si absolutus sit, quamvis verus debitor fuerit, perinde tamen habendus est, ac si verum esset nihil eum debere, & consequenter si soluat potest repetere conditione indebiti. Quis enim est qui se veirus non debitorem possit dicere, quam de quo pronunciatum est, nihil eum debere: Nam nec negari potest, quia is qui absolutus est, tutus sit exceptione rei iudicæ quæ & perpetua, & fauorabilis est, vt nemo necesse est. Quisquis porò eiusmodi exceptione tutus est, si soluat repetit l. qui exceptionem 40. supr. Ergo & hic repetere potest, qui absolutus soluit, ac proinde multo magis si pendente iudicio, ex quo scilicet fieri poterat, vt absolutio sequeretur, quod

Tom. III.

sufficit ad inducendam conditionem indebiti dicit. leg. sufficit 56. supr. DEC. Rerum iudicatarum auctoritas tota est ex iure ciuili, & ex mera ratione iuris ciuilibus, vt aliquis litium finis esse possit, ad retinendam inter ciues concordiam qua sola reipublicæ salus continetur l. 2. & pass. C. de re iudic. l. fratris 10. & pass. C. de transact. l. in summa 65. §. 1. infr. hoc tit. l. singulis 6. de except. rei iudic. Interest namque illis etiam cui per sententiam iudicis sit iniuria, vt quam citissimè illis expediat l. 1. C. de admin. tutor. Nec habet ea res quicquã cõmune cū ratione & æquitate naturali, præsertim si iniusta & iniqua sententia proponatur, qualè necesse est esse per quã verus debitor absoluitur, quem ex contrario cõdenari oporteret omni iure & naturali & gentiũ & ciuili. cū amplius 84. §. is natura debet de regul. iur. l. index 28. supr. Et verò solemnitates omnes sunt iuris ciuilibus, nullæ penitus iuris naturalis aut gentium sine quibus tamen nec ad iudicem, nec ad sententiam perueniri potest. Cùm ergo exceptio rei iudicæ nulla æquitate naturali nitatur, sed ciuili tantum, apparet non esse illam ex earum numero, quæ aut naturalem obligationem possint tollere, quæ ex solo naturalis æquitatis vinculo æstimatur l. Stichum aut Pamphilum 95. §. naturalis infr. de solut. aut indebiti conditionem inducere, secundum ea quæ scripsimus ad d. l. qui exceptionem: Quod à nostris interpretibus non bene intellectum fecit, vt iuris huius rationem ex eo petierint quod exceptio rei iudicæ inducta sit ad rigorem iuris conseruandum, itemque exceptionem quam vocant litis pendentiæ, quod est ridiculum, sicut & quod Bartolus hic tentat, ex sententia iudicis nasci obligationem naturalem, ob id quod æquitas iuris gentium illa sit, vt maioribus parere debeamus, quasi verò quisquis iudici parere obligatus est, hoc ipso naturaliter, aut iure gentium obligetur ei, cui fuit per iniustam sententiam condemnatus, aut à naturali obligatione liberetur, ob id solum quod per iniquam sententiam fuerit absolutus. Contra quam disertè in hac legè scriptum est, iis verbis, Licet enim absolutus sit, natura tamen debitor permanet. Ex qua etiam ratione apparet, quam falsum sit, quod idem Bartolus errore perpetuo defendit, id quod naturaliter tantum fuit debitum, quocumq. facti errore solutum sit, posse repeti: addens in specie huius legis aliud esse: ideo quia naturalis obligatio comitè habuerat ciuilem, propter quam tunc etiam cùm ciuilibus obligatio per sententiam elisa est, naturalis tamen quæ superest, potentior esse debeat, ad impediendam repetitionem: quod æquè commentitium est. Verus enim debitor ille quoque est, cùm de retentione sola quæritur, qui naturaliter tantum debet dicit §. is natura debet & l. quod enim 7. infr. de fideiuss. Et in huius ipsius legis specie fieri potest, vt verus debitor sit absolutus, idè quia naturali tantum obligatione tenebatur, non etiam ciuili, ex qua sequi posset condemnatio. Nec illud quoque probare

possum, quod Bartolus tot distinctionibus & sub-
distinctionibus operat, huius legis interpretationem,
ut difficilem faciat, quæ vix facilius alia vlla
in hoc titulo est, præsertim eam distinguit post Accur-
sum, an idem absolutus sit verus debitor, quod
probatum non fuerit eum debere (quod in dubio
præsumendum esse ait, tum quoque cum debitor
absolutus est simpliciter) an quia sit probatum, ni-
hil eum debere: quasi priore casu non eo minus
competere possit conditio soluti, nisi nouæ ac
meliores debiti probationes adferantur: posteriore
verò, tantum sententia ius faciat, & pro veritate
habenda sit. Nam cum lex ponat verum debito-
rem absolutum esse, qui naturaliter fuerat obliga-
tus, quis non videt quæstioni locum esse nullum
posse, nisi probato debito: Petenda igitur tota hu-
ius legis ratio ex eo est, ut diximus, quod res iudi-
cata, præsertim iniquè & contra regulas iuris natu-
ralis nihil commune habeat cum obligatione &
æquitate naturali, neque ad naturalem illam obli-
gationem tollendam, neq. ad inducendam repe-
titionem, quæ semper impeditur quoties aliqua
subest naturalis obligatio, siue aliam civilem obli-
gationem ab initio comitem aliquam habuerit siue
nullam l. 3. s. vlt. sup. quod quisq. iur. d. l. quod enim
7. infr. de fideiuss. l. naturales 10. de oblig. & actiō. l. cum
illud 25. s. heres quam d. dies legat. ced. l. frater 38. l. si id quod
64. & pass. hoc tit.

b *Similemque esse ei dicit.* Sensus est eum qui tan-
quam debitor conuentus soluit, pendente iudicio
non posse repetere, si verus debitor fuit, quia in
omnem iudicij euentum, id est siue absolutum
continget, siue condemnari non sit repetiturus,
quemadmodum, inquit Paulus ex Iuliano, si quis
ita promiserit, siue nauis ex Asia venerit siue non venerit.
Nā cum & hoc casu alterutrum accideere necesse sit,
ut vel nauis ex Asia veniat vel non veniat (sunt enim
ista contradictoria inter quæ mediū nullū est) cōse-
quens etiam est, ut si debitor soluerit pendente eo,
an nauis ventura sit necne, numquam possit repe-
tere, quia in omnem euentum qui potest contin-
gere, certam est, fore ut debeatur, perinde ac si pro-
missam esset sub condicione omnimodo extitura
l. quod si sub condicione 18. sup. l. si pupillus 9. s. qui sub
condicione infr. de nouat. Et si enim duæ videntur hic
esse condiciones, quarum vtraque separatim sum-
pta potest existere, & non existere, cum tamen sint
inter se contradictoria, sic haberi debent, ac si vna
tantum esset conditio, duas habens partes. ut & in
l. hac scriptura 26. infr. de condic. & demonstr. Quarum
partium cum alterutram euenire necesse sit, illud
etiam dici potest, quod ita promissam est, sub con-
dicione omnimodo ex natura promissam intelligi
debere, id est purè d. l. si pupillus 9. s. qui sub condicione
infr. de nouat. ideoque nec solutum repeti posse, quia,
ut Paulus subiicit, ex vna causa alterutrum (sic enim
legendum est, non ut vulgo alterius) id est, ex alteru-
tra causa, solutionis origo proficiscitur.

c *Vbi autem quis quod purè debet.* Hic quoque ver-
ficulus malè ab interpretibus acceptus est. Sic enim
existimant post Ioannem, Azonem, Accursium, &
Bartolum, ut bene senserint illi quos Paulus refert
putasse, si quis id quod purè debet sub condicione
nouandi animo promiserit, & pendente nouatione
soluerit, posse illum repetere, quod tamen non
ita est. Nam imò verò dicendum est, non posse illū
repetere, ut Paulus in fine legis concludit. Ratio

quam mouebantur, & quæ apud nos & apud Paulum
dubitandi causa est, adfertur à Paulo iis verbis, quia
ex qua obligatione soluat adhuc incertum sit, id est, an ex
obligatione pura, quæ non nisi sub condicione noua-
uata sit, an ex condicionali nouante, cum nondum
conditio extiterit. Certum enim est, cum id quod
purè debetur, nouandi animo sub condicione pro-
mittitur, non fieri nouationem, nec proinde putam
obligationem periri, nisi existente demum secun-
dæ stipulationis condicione l. quous 14. iunct. l. si sti-
cium 8. s. i. inf. de nouat. & de legat. atqui an extitura sit
conditio incertum est: Ponimus enim promissum
esse nouandi animo sub condicione quæ vera con-
ditio sit, nō quæ omnimodo extitura, quæ nec pro
condicione habenda est, ut modò diximus ex l. si pu-
pillus 9. s. qui sub condicione eod. tit. Ergo nec cer-
tum esse potest, ex qua causa soluerit, an ex priore
& pura stipulatione, an ex posteriore eaque con-
dicionali: & consequenter dicendum est condi-
tioni locum esse postè ex regula l. si fideiuss. 56. sup. At-
que ita veteres illi prudentes parum prudenter ra-
tiocinabantur, ac præterea utebantur argumento
à simili, ut putabatur, si diuersas personas ponamus
eandem pecuniam purè, & sub condicione promi-
sisse, id est Titium purè, Sempronium verò sub con-
dicione animo nouandi. In qua specie nemo dubi-
tat, ne Paulus quidem, quin siue Titius, siue Sem-
pronius, pendente condicione soluerit, possit cōdi-
cere, quia scilicet nescitur adhuc quis debitor sit
an Titius, an Sempronius. Si enim existeret conditio,
Sempronius debebit, non Titius, si deficiet, debe-
bit Titius, non Sempronius. Sed pro nobis & pro
Paulo decidendi ratio est, quam idem Paulus in si-
ne legis adfert iis verbis, Sed hoc dissimile est. In stipula-
tione enim pura & condicionali eundem debitorum certū
est. Quibus verbis cōuellit, & rationem contra sen-
tentiam, & argumentū illud à simili quo nitentan-
tur. Et si enim verum est, quod illi dicebant, quādiu
nouationis conditio p̄c̄det, incertū esse ex qua causa
solutio facta sit, an ex obligatione pura, an ex con-
dicionali. Illud tamen certū est, ab eo factam esse qui
omnimodo debitorus ipse est, siue nouationis con-
ditio existeret siue deficiet. Porro quisquis id soluit,
quod in omnem euentum debitorus est, numquā
potest cōdicere, ut ad initium huius legis diximus.
Ergo condicionis locus esse hoc casu non potest:
Longèque alia species est, & dissimilis quam isti
pro simili habebant. Cum enim diuersæ personæ
sunt, quarum vna purè promiserit, altera sub con-
dicione, nesciri potest quandiu pendet conditio
quisnā ex promissoribus debitorus sit, an Titius qui
purè promiserit, an Sempronius qui nouandi animo sub
condicione, ideoque vterlibet eorum soluerit repetere
poterit. Patū enim est quod hoc quoque casu certum
sit, omnimodo debitum iri siue ex prima siue ex
secunda stipulatione, si non etiam illud certum sit,
omnimodo debitum iri ab eo ipso qui soluit. Et ita
lex hæc tota intelligenda est, quod & à nobis iam
satis sup̄e q. disputatum & probatum est lib. 4. Con-
uict. cap. vlt. Itaque in refutandis Accursij & Bartoli
ad hunc locum commentariis, non erimus longio-
res sicut nec in prosequendis cæteris, quæ hic tra-
ctat Bartolus de effectu sententiarum & rerum iu-
dicatarum. Qui non est proprius loci huius tracta-
tus. Nec nos Rationalia scribimus ad Bartolum,
sed in Pandectas.

61. SCÆVOLA libro quinto Responforum.

Tutores pupilli quibusdam creditoribus patris ex patrimonio paterno sol-
uerunt: sed postea, non sufficientibus bonis, pupillum abstinerunt: quari-
tur, an quod amplius creditoribus per tutores pupilli solutum est, vel totum,
quod acceperunt, restituere debeant? respondi, si nihil dolo tutoris factum esset,
tutori quidem, vel pupillo non deberi, creditoribus autem aliis in id, quod
amplius sui debiti solutum est, teneri.

Ad l. Tutores 61.

R A T. D V B. Repetitio nulla est ab eo qui seū
recepit, licet alius soluerit, quam qui debuit l. repe-
ditio 44. sup. Multo minus ab eo qui suum recepit,
cum ille ipse soluit, qui debuit. At qui cum tutores
pupilli qui patri suo suus heres extitit, soluerunt
ex patrimonio paterno paternis creditoribus, vtrūq.
verum est, & eos debuisse, qui soluerunt, & eos ac-
cepisse quibus solui debuit. Tenentur enim sui he-
redes non minus quam extranei, ut satisfaciant pa-
ternis creditoribus: nec quod abstineandi beneficiū
habent à prætoribus, facit eorum condicionem hac par-
te meliorem, nam priusquam se abstineant, non eo mi-
nus statim heredes sunt aut ex testamento, aut ab
intestato l. 1. s. qui sunt in potestate infr. si quis omis. caus. 1.
vestam. id est prius etiam quam se immiscuerint l. in
suis 11. de liber. & posthum. l. in suis 14. de suis & legit.
Postquam verò se abstinerunt, adhuc verum est,
non esse sine herede patrem, qui suum heredem
habet quamuis se abstinentem l. cum quasi 30. s. sed
est suus infr. de fidei. liber. ideoque remanent sui heredes
et si obligati erant. hereditariis post abstincio-
nem perinde atque antea, quāuis non patitur præ-
tor eos agere vel conueniri, quia quod ad prætoris
artinet, non habentur heredum loco l. necessarius 57.
de acquir. hered. l. si filius 12. sup. de interrog. in iur. fastend.
in iis scilicet quæ ad ipsorum commodum vel in-
commodum spectant, non quod ad cætera l. ita ta-
men 27. s. si pater filium infr. ad SC. Trebell. l. pater fami-
lias 28. de reb. aucthor. iudic. possid. alias l. 13. de priuileg. cre-
dit. Ergo quod creditoribus paternis solutum est à
tutoribus pupilli, qui patri suus heres extitit, con-
dici condicione indebiti nullomodo potest, neq.
per pupillū cuius nomine solutum est, neq. per tu-
tores qui soluerunt, multo minus per cæteros cre-
ditores, qui nihil soluerunt, & cum quibus nullum
negotium gestum est, quæ licet veri creditores
& ipsi sint, non possunt tamen facere, ut quod aliis
æquè veris creditoribus solutum est, indebitum
dici possit, cum imputare sibi potius debeant, cur
non fuerint diligentiores in suo persequendo, nec
inuidere debent cæteris quibus satisfactum est,
quod sibi vigilauerint: Quandoquidem iura vigi-
lantibus scripta sunt non negligentibus. l. non enim 16.
sup. ex quib. caus. maior. l. pupillus 24. sup. qua in fraud.
credit. vbi idem Scæuola noster cuius hæc lex est, in
hac ipsa proposita quæstione an per gratificationem
tutorum creditores solutionem acceperint, an nō,
ut si per gratificationem, reuocetur id quod solu-
tum est ad eandem quantitatem & portionem quā
cæteri creditores latuit fuerint pro rata: Si verò iu-
stè exegerint, cæteri autem creditores neglexerint
exactiores, & inter ea res facta sit deterior, vel mor-
talitate, vel subactis rebus mobilibus vel rebus
soli ad irrim perducis, id quod acceperint dili-
gentiores creditores reuocari nullo pacto possit:
quoniam alij creditores lux negligentia expen-
sum damnatum ferre debeant. Quod si cum in eo ef-

sent bona pupilli, ut vniuersi deberent, soluta mihi
sit pecunia, iterum distinguit ibidem Scæuola, an
oblata mihi sit à debitore soluerit, quam qui debuit l. repe-
ditio 44. sup. Multo minus ab eo qui suum recepit,
cum ille ipse soluit, qui debuit. At qui cum tutores
pupilli qui patri suo suus heres extitit, soluerunt
ex patrimonio paterno paternis creditoribus, vtrūq.
verum est, & eos debuisse, qui soluerunt, & eos ac-
cepisse quibus solui debuit. Tenentur enim sui he-
redes non minus quam extranei, ut satisfaciant pa-
ternis creditoribus: nec quod abstineandi beneficiū
habent à prætoribus, facit eorum condicionem hac par-
te meliorem, nam priusquam se abstineant, non eo mi-
nus statim heredes sunt aut ex testamento, aut ab
intestato l. 1. s. qui sunt in potestate infr. si quis omis. caus. 1.
vestam. id est prius etiam quam se immiscuerint l. in
suis 11. de liber. & posthum. l. in suis 14. de suis & legit.
Postquam verò se abstinerunt, adhuc verum est,
non esse sine herede patrem, qui suum heredem
habet quamuis se abstinentem l. cum quasi 30. s. sed
est suus infr. de fidei. liber. ideoque remanent sui heredes
et si obligati erant. hereditariis post abstincio-
nem perinde atque antea, quāuis non patitur præ-
tor eos agere vel conueniri, quia quod ad prætoris
artinet, non habentur heredum loco l. necessarius 57.
de acquir. hered. l. si filius 12. sup. de interrog. in iur. fastend.
in iis scilicet quæ ad ipsorum commodum vel in-
commodum spectant, non quod ad cætera l. ita ta-
men 27. s. si pater filium infr. ad SC. Trebell. l. pater fami-
lias 28. de reb. aucthor. iudic. possid. alias l. 13. de priuileg. cre-
dit. Ergo quod creditoribus paternis solutum est à
tutoribus pupilli, qui patri suus heres extitit, con-
dici condicione indebiti nullomodo potest, neq.
per pupillū cuius nomine solutum est, neq. per tu-
tores qui soluerunt, multo minus per cæteros cre-
ditores, qui nihil soluerunt, & cum quibus nullum
negotium gestum est, quæ licet veri creditores
& ipsi sint, non possunt tamen facere, ut quod aliis
æquè veris creditoribus solutum est, indebitum
dici possit, cum imputare sibi potius debeant, cur
non fuerint diligentiores in suo persequendo, nec
inuidere debent cæteris quibus satisfactum est,
quod sibi vigilauerint: Quandoquidem iura vigi-
lantibus scripta sunt non negligentibus. l. non enim 16.
sup. ex quib. caus. maior. l. pupillus 24. sup. qua in fraud.
credit. vbi idem Scæuola noster cuius hæc lex est, in
hac ipsa proposita quæstione an per gratificationem
tutorum creditores solutionem acceperint, an nō,
ut si per gratificationem, reuocetur id quod solu-
tum est ad eandem quantitatem & portionem quā
cæteri creditores latuit fuerint pro rata: Si verò iu-
stè exegerint, cæteri autem creditores neglexerint
exactiores, & inter ea res facta sit deterior, vel mor-
talitate, vel subactis rebus mobilibus vel rebus
soli ad irrim perducis, id quod acceperint dili-
gentiores creditores reuocari nullo pacto possit:
quoniam alij creditores lux negligentia expen-
sum damnatum ferre debeant. Quod si cum in eo ef-

is bonis patris se immiscere dicitur, qui remoto familiaris vinculo pro herede gerere videretur. *Leum bonis 86. de acquir. hered.* Ita & quod facit repudiatio in extraneo, facit absentio in suo herede, nisi quod repudiari hereditas quæ semel fuit adita, non potest. *l. sicut 5. C. de repud. vel abstint. hered.* Abstineret autem potest suus heres etiam qui se immiscuit, ut modò diximus: atqui si pupillus hic ante factam creditoribus solutionem se abstinuit, nullum ius habuisset soluendi creditoribus hereditariis, & transferendi in eos dominij pecuniarum, aliarumve rerum iis solutarum, quia statim atque pupillus aliusve suus heres quilibet se abstinuit, bona sub creditoribus fiunt, eaque subinde à creditoribus possideri tandemque venire necesse est, nec eorum condicionem deteriore exinde facere is qui se abstinuit, potest, & absentio quancumque facta retrahitur ad tempus mortis patris, ne alioqui videatur filius pro parte temporis & nomine, & effectu heres fuisse patris, pro alia verò parte temporis non fuisse. Quod in filio perinde absurdum esset atque in extraneo, ut pro parte temporis heres fuisse & pro parte non fuisse videretur, nisi militis heres proponeretur. *l. miles ita 41. de testam. milit.* Ergo si tutores pupilli quibusdam ex creditoribus patris solidum soluerint, indeque fiat, ut nò super sit, unde aliis omnibus æquè in solidum satisfieri possit, consequens omnino est, ut competat repetitio soluti, tanquam indebiti non quidem pupillo ipsi aut tutoribus (non quia debitores aliquando fuerint, cum potestas absentio tollat intellectum immixtionis. *arg. l. si patroni 55. §. vlt. infr. ad SC. Trebell.* sed quia nihil ipsorum interest, cum soluerint ex bonis paternis, in quibus nihil amplius iuris habent propter absentioem) sed creditoribus qui alioquin morarentur in damno, si non ipsis per eam repetitionem consulere. Nec quod negotium cum iis gestum nullum sit ad rem facit, cum ex necessitate iuris & ex ordine rei gestæ negotium ceperit ad eos pertinere, quo casu non est novum, ut quod vntus soluit alius repetat. *l. nec novum est 5. supr. hoc tit. l. s. scilicet ex cuius alioquin iactura is qui indebitum accepit locupletaretur: sic in l. pen. C. de non numer. pecun.* At qui ponimus, in quibus, solutum fuisse

creditoribus, non dolo malo, id est, per gratificationem, sed bona fide, & creditoribus libi vigilantibus, quicquid autem bona fide ante absentioem à pupillo, aut ipsius nomine à tutoribus, gestum est, id omnimodò servari & ratum haberi debet. *d. l. si nò expedierit §. 1. d. l. pupillus & l. quoties 44. infr. de acq. hered.* Nihil ergo creditoribus quibus bona fide solutum est, per alios auocari debet: sed respondendum est, cæteris omnibus paribus parum quoque creditorum omnium causam esse debere, cum par & æquale ius habeant in bonis communis debitoris, neq. gratificationi tutorum locum ullum superesse, si omnes æquè fuerint diligentes, aut si bona iam possessa fuerint. Carentem si qua negligentia iis quibus solutum nihil est, imputari possit, non esse peccatum, ut diligentibus quicquam auocetur. *l. si mulier 31. supr. de minor.* Et ita leges legibus concordare promptum est, inquit, *l. vnic. C. de inoffic. dotib.* si leges quæ non distinguunt per alias, quæ distinctionem adhibent, intelligantur. Quamquam neque lex hæc ad id indistinctè loquitur. Primum enim distinguit Scævola, an ex patrimonio paterno tutores soluerint, an ex aliis pupilli bonis, ut & in *d. l. si non expedierit §. 1.* Deinde an dolo malo tutorum aliquid factum sit, id est per gratificationem, quæ vix potest esse sine dolo, cum creditores omnes æquè instant, an sine dolo malo & bona fide, quo casu si forte creditores quibus solutum est, per gratificationem tutorum soluendo non sint, placet in eos subsidianè de dolo actionem dari. *l. idèque 5. & seq. supr. de dolo.* Illa certè distinctio necessaria fuit, quam tamen Scævola noster non attingit, an bona à creditoribus possessa sint, necne: quia vbi possessa sunt par & æqualis omnium causa est, quæ dispar & deterior fieri a biuio pupilli aut tutorum non potest. *d. l. quod autem 6. §. sciendum que in fraud. credit.* Illud denique observandum est, legem hanc & supradictas omnes, quæ ad huius legis speciem pertinent, ad chirographarios tantum creditores pertinere, qui parrem crediti causam habeant nò ad hypothecarios, quorum privilegia nò ut illos ù æstimantur ex causa. *l. privilegia 32. de reb. auct. iudic. possid.* Sed ex tempore *l. 4. & pass. C. qui potior in pign. hab.* simile quiddam est in *l. vlt. §. si verò creditores C. de iur. delib.*

62. MARCIANVS libro. 4. Fideicommissorum.

Fideicommissum in stipulatione deductum, tamen non debitum fuisset, quia tamen à sciente fidei explendæ causa promissum esset, debetur.

Ad l. Fideicommissum 62.

RAT. DV B. Ex testamento quod vel ab initio nullum fuit, vel ex postfacto ruptum est ipso iure, puta agnatione posthumi præteriti, neque fideicommissum, neque legatum, neque aliud quicquid deberi potest, nisi quæ in testamento relicta sunt, repetita sint à venientibus ab intestato. *l. generaliter 24. §. ex testamento infr. de fideic. libert. l. 1. C. eod. l. ex ea scriptura 29. infr. qui testam. facer. poss.* Nec distinguenda est hac parte naturalis obligatio à civili, nam cum testamentorum ius non ratione aliqua naturali indutum sit, sed merè civili contra naturalem potius rationem, quæ non patitur, ut quis de rebus suis disponat in id tempus, quo non erit dominus, (quomodo disponit quisquis testamentum facit. *l. 1. eod. l. deo que meritò placuit, non nisi certis solemnitatibus adhibitis fieri possit testamentum, ut legis vim & potestatem habere possit*) fieri certè nò potest, ut obligatio aliqua naturalis ex testamento

nascatur, quæ obliget heredem, ut ex testamento nullo vel rupto quicquam præster. Nam & cum testamentum valet, non tamè alia quàm civili ratione teneri heres potest, ut legata & fideicommissa etiam debita præster, siue dicis ideo illum teneri quòd vna eademque cum defuncto persona esse censetur, *Novell. 48. de iur. iur.* Siue totum hoc ius referas, ut referèdum certè est, ad legem illam duodecim tabularum, *Paterfamilias vri sua rei legasset ita ius esto l. verbis legis 120. de verb. signific. l. vlt. C. de heredit. action.* Ergo si fideicommissum, quod in testamento nullo, aut rupto inutiliter relictum fuerat, in stipulationem deductum sit, & solutum poterit condici tanquam indebitum, multòque magis si promissum duntaxat fuerit, condicetur liberatio conditione incerti. *l. 2. §. 1. & l. 3. vbi diximus supr.* Nec quod ab herede sciente fideicommissum non valere, & explendæ fidei gratia, stipulatio interposita & solutio facta sit, iuris causam mutare potest, & facere

facere si fideicommissum debitum, quod re vera est indebitum. **D. N. C.** Fideicommissa hæc in testamentis perinde ac legata relinquuntur, in eam tamen habent causam & rationem iuris separatam, quod quemadmodum ab initio non tam iuris vinculo aliquo quàm heredum pudore ac robore, si fidem fallerent continerentur, ut Iustinianus scribit in *tit. de fideic. heredit.* Ita nec hodie legis vim obtinent, quamvis ex necessitate iuris præstentur, neque ex mera, ut olim heredes fidei pendeant, quia licet legis est impetare, non rogare. *l. legi virtus 7. supr. de legib.* fideicommissa ve duntaxat quæ verbis præcatis & obliquis, non quæ directis & imperatiuis relinquuntur, ut Vlpianus diffinit in *insti. tit. delegat.* Porro vnaqueque res facildè redit ad primam suam naturam. *l. si vnus 27. §. pactus ne peteret in fin. supr. de pact.* Nec quod fidei commissa iam inde à temporibus Augusti iuris vinculum aliquod habere ceperunt, ius eorum immittit, ut hodie minus quàm olim ex fide ac robore heredum pendeant, sed auxilium potius, ut nec si veli heredes solutionem eorum recusare possit, si modò in testamento solemnè relicta sint: quo casu capiuntur ad exemplum legatorum, præsertim post Iustinianum constitutiones in *l. 1. & 2. C. commun. de legib.* Sed si in testamento minus solemnè vel rupto, aut irritò factò relicta proponantur, nihil vetat meliorem eorum esse hodie conditionem quàm legatorum, hæc enim saltem, ut quamvis sint indebita, quantum ad hoc ne peti possint, perinde tamen & promitti & solui possint. explendæ si fidei gratia, atque si etiam non infirma manerent, nec vllò iuris vinculo continerentur. Eligium hæc lex restrictè vendit ad fidei commissa, nec extendenda ad legata quæ non explendæ fidei causa, sed vel ex mera iuris necessitate, vel nullo modo præstantur si ius illud inspicias, quod obtinuit ante Gratiani constitutionem, quæ extat in *l. non dubium 16. §. 1. C. de testam.* Ideòque non nisi de fideicommissis Marcianus hic tractat, & Scævola in *l. cum qui 21. §. item questum est. supr. de inoffic. testam. l. 2. l. si veritas 13. l. vlt. C. de fideic. l. si sponsus 5. §. si quis rogatus de donat. int. vir. & vxor. l. patrem 19. & seq. infr. qua*

63. GAVS libro singulari de casibus.

Neratio casum refert: vbi si quis id, quod soluerit, repetere non possit: quasi debitum dederit: nec tamen liberetur. velut si is, qui, cum certum hominem deberet, statuliberum dederit. nam ideo eum non liberari, quòd non in plenum stipulatoris hominem fecerit, nec tamen repetere eum posse, quòd debitum dederit.

Ad l. Neratio 63.

RAT. DV B. Solutio quæ non parit liberationem, solet parere conditionem, & contrà, quæ non parit conditionem, parit liberationem, ut sapius in hoc tractatu diximus ex *l. si non sortem 26. §. si centum & §. qui filios familias & §. si decem l. cum ù 12. §. 1. supr. hoc tit. l. qui hominem 34. §. vlt. infr. de solut.* Atqui cum is qui hominem siue certum siue incertum promissit, statuliberum soluit, non potest nasci liberatio, quia promissor hominem promissum perfectè stipulatoris non fecerit, ut & Caius hic ex Neratio faceret, quia nimirum statulibero implicitus est casus libertatis. *l. vlt. supr. si ex no. al. caus. legat. & quæ pendente die vel conditione statuta libertatis statuliber interim sit verè servus l. statuliberum 9. in princip. de statulib.* eueniente tamen quancumque die vel conditione euincitur servus in libertatem,

in fraud. credit. *l. regula 9. §. pen. de iur. & fact. ignor. l. in testamento 38. de fideicom. libert.* Itaque delenda omnino sunt, quæ Accursius & Bartolus hic tractant & *ad l. 1. supr. de obligatione naturali, pro legatis & fideicommissis ex testamento minus solemnè soluendis inducenda, & in eorum locum substituenda sunt, quæ nos de testamentis imperfectis & minus solemnibus scripsimus in *Decad. 35. de error. pragmat.* maxime in *Error. 7.* Nam apertè Marcianus loquitur de fideicommissis, quod debitum non sit, constat autem cum de indebiti condictione loquimur, debiti vel indebiti rationem naturaliter esse intelligendam. *l. si quod 64. infr.* Idcirco autem Marcianus in hac lege loquitur de fidei commisso, quod explendæ fidei gratia promissum sit à sciente & coniecta relictum, ut loquitur *d. l. 1. C. de fideic.* quia si ab eo promissum per stipulationem aut solutum esset, qui putasset testamentum valere, nec fideicommissum sibi iniunctum esse sciret, non posset fauor fidei commissi efficere, ut eo minus repeti fideicommissum posset, quare & de sciente loquitur Paulus in *d. l. cum qui 21. §. de inoffic. testam.* ut indebiti fideicommissi denegat repetitionem. Dices, nullum ergo esse hac in re privilegium fideicommissi cum generale illud sit, ut quod quis sciens indebitum soluit ea quoque mente, ut postea repetere, nullam tamen repetitionem habere debeat. *l. quod quis 50. vbi diximus supr.* Nec debuisse Marcianum verba illa addere explendæ fidei gratia, cum priore sufficerent à sciente sed respondendum est, in cæteris causis solutionem indebiti scienter factam pro donatione haberi. *l. cuius per error 53. de regul. iur.* At in fideicommissis fauorabilior è causam præsumi, ut explendæ fidei gratia potius quàm donandi animo, aut promissum aut solutum esse videatur. *d. l. 5. §. si quis rogatus de donat. int. vir. & vxor.* Quæ ratio facit, ut inter eas quoque personas inter quas donatio non valeret, solutio tamen fideicommissi etiam omni iure indebiti, valere debeat iure explendæ fidei. *d. §. si quis rogatus & d. l. patrem 19. & seq. qua in fraud. credit. d. l. 2. C. de fideic.**

adèd ut nec medio tempore servus fuisse videatur. Parumque distat is qui statuliberum soluit, ab eo qui liberum iam factum, nisi quod potest condicio libertatis deficere, aut statuliber ante diem vel conditionem mori. Ergo qui statuliberum soluit, cum non liberetur, potest condicere statim, non expectato euentu diei vel conditionis: atque ita concludit Africanus in *l. cum quis 38. §. qui hominem infr. de solut.* quod tamen negat hic Caius ex Neratio, quia hominem debitum soluerit. Scio quòd Accursius & Bartolus respondent, ut Africanum cum Caio & Neratio conciliat, loqui Africanum de eo qui hominem in genere promissit, Caium verò de eo qui certum: quod & verba viri quæ textus præsupponunt, & certè negari non potest, quin is qui Stichum in specie promissit, si eum soluat, quamvis statuliberum, magis soluat hominem debitum, quàm si hominem in genere pro-

mississet. Et si enim hominis stipulatio sicut & legatum orationis compendio singulos homines continet, ut Papinianus ait in *l. Manius 66. duorum de legat. 2.* difficilius tamen est, ut qui hominem in genere promissit soluendo Stichum statuliberum, videatur soluere debitum hominem, cum alium quemlibet dare possit, quam qui Stichum in specie promissit. Hic enim alium quam Stichum dando liberari nunquam potest: sed tamen etiam promissio nominatim Stichum, eoque statulibero effecto, non esse conditioni locum placuit Pomponio in *l. si mihi 92. §. 1. de solut. itemque*. Otaueno & Vlpiano in *d. l. statuliberum 6. §. pen. de statulib.* At noua & contraria ratione, qui putarunt soluto Stichum quamuis statulibero, liberationem contingere, in quo isti non tantum à Calo nostro, & Neratio, sed etiam ab Africano dissenserunt. Ratio autem qua mouentur illa est, quod etiam si Stichus ante solutionem factus esset liber, adhuc tamen debitor liberaretur, quoniam, ut scriptum est in *d. §. pen.* ea sola in obligatione possunt consistere, quae pecunia liti praestari que possunt, in quorum numero libertas non est. Si ergo libertas superueniens extinguit obligationem, cur statulibertas sola impedit liberationem? Nam in statulibero sicut implicitus est casus libertatis, ita fieri non potest, ut ea spes libertatis futurae impediatur liberationem, quam libertas ipsa iam acquisita pleno iure pareret. Nec sane video quid ad hac rationem pro Neratio aut Africano respondere possit quisquis pro iis contra Otauenum Pomponium, & Vlpianum sentire vellet. Et ego plane cum istis sentio, neque dubito quin hac in quaestione Iureconulti dissenserint, id eo quod minus laboro in iis conciliandis, qui video nihil aliud interpretes nostros in hanc rem adferre posse, quam ut dicant in hac lege solutum esse Stichum ab eo cuius factus statuliber ille effectus fuerit, aut post moram ab eo contractam: quod verumque plane commentitium, & nugatorium est. Scripsi latius *lib. 2. Coniect. cap. 7.* Negandum igitur est quod Caius ex Neratio hic supponit cum qui Stichum debet, si statuliberum soluat, non liberari quasi in plenum stipulatoris hominem non fecerit. Quamuis ea ratio bona esset si alia quam li-

64. TRYPHONINVS libro 7. Disputationum.

SI quod dominus seruo debuit, manumisso soluit, quamuis existimaret ei se aliquid tamen actione, tamen repetere non poterit: quia naturale debitum agnouit: ut enim libertas naturali iure continetur, & dominatio ex gentium iure introducta est: ita debiti, vel non debiti ratio in conditione naturaliter intelligenda est.

Ad l. si quod dominus 64.

RAT. DV B. Seruus quoad seruus est, pro nullo habetur nec prius incipit personam aut statum habere quam fuerit manumissus *l. 3. §. ult. & l. 4. sup. de cap. minur.* Vnde est quod per manumissionem serui dicitur constitui dicitur personae, vna domini, alia serui *l. si P. philo 10. inf. de opr. legat.* Itaque quod si seruo manumissus iterum redigatur in seruitutem, nouus homo videtur esse *l. seruus 27. inf. de adim. legat.* Ergo quod dominus seruo debuit, si manumisso soluerit, siue putans se aliqua ei actione teneri siue nulla, dicendum est posse illud repetere, tamen quia aliquid soluerit, quam cui debuit. Non enim sufficit ad impediendam conditionem indebiti, quod debitor sit ille qui soluit, nisi creditor etiam ille sit qui accipit *l. repetitio 44. sup.* **DEC.** Quemadmodum libertas naturali iure continetur & dominatio ex iure gentium introducta est, cum naturaliter esset

bertatis causa impediret ne solutus Stichus in plenum stipulatoris fieret, quia quando si eieci soluta aliquid deest, non potest per solutionem contingere liberatio, & ea ipsa species petenda est *leg. etiam 27. de solut.* vtpote si res qua soluta est, alij sit obligata, ut per quasi Seruianam auocari possit *l. si rem meam 20. l. quires 98. in princip. eod.* Perpetua enim iuris regula illa est, liberationem ex solutione contingere, ita demum si id quod tibi debeam ad te peruenerit, & nihil tibi absit, nec quod solum est euinci aut repeti possit *l. in perpetuum 61. eod. l. Iulianus 131. §. 1. de verb. oblig.* Itaque decidendi rationes ad hanc legem non alia adferenda sunt, quam quae in ipsa lege ponuntur, quarum alia est per se, ut qui Stichum soluit statuliberum, non liberetur, quia plenum stipulatoris hominem non fecerit. Altera ad spectat, vtrum possit tamen postcere, quia debitum dederit. Et de hac quidem posteriore non dubitatur quin vera sit, in eoque omnes consentiunt si Africanum excipias *d. §. qui hominem*, vbi tamen loquitur de homine promisso, non in specie, sed in genere, cuius longe alia ratio est, quemadmodum diximus, quia non praecise hic aut ille debetur, sed de priora tota inter prudentes contentio fuit. Est haec lex sumpta ex Caij libro singulari de casibus, in quo non nisi quosdam casus singulares tractauit à communibus iuris regulis abhorrentes, inter quod esset hic planè singularissimus si vetus esset, quamquam iuris regula non adfirmat, posse aliquam solutionem ita fieri, ut liberationem pariat, neque conditionem. Sed negat parere liberationem, quoties parit conditionem, & contra parere conditionem quoties parit liberationem: quomodo Accursius & Bartolus rationantur. Neque tamen casum illum videre possumus in quo id accidat, ut ex solutione aliqua neque liberatio nascatur, neque conditio si hunc excipias qui ob eam causam & Neratio & Calo singularis visus est, & quem tamen nec Otauenus nec Pomponius nec Vlpianus excipiendum putauerunt, nec nos quoque excipiendum arbitramur, cum soluto Stichum statulibero acquiratur soluenti liberatio, ut ostendimus.

omnes homines eius conditionis, id est liberi *l. 4. & 5. sup. de instit. & iur.* vbi diximus, ita & debiti vel indebiti ratio in conditione naturaliter intelligenda est, quomodo Tryphoninus eleganter hic scribit, id est cum de conditione indebiti disputamus, non tantum inspicere debemus, an iure gentium vel civili, quam vtrum iure naturali debeatur: quod enim dicimus ob distinguere hac parte ius naturale à iure gentium *l. cum amplius 84. §. si natura debet de regul. iur. l. si non forte 264. §. libertas sup. hoc tit. l. Stichum aut Pamphilum 95. §. naturalis inf. de solut.* in his personis verum est, quae iure gentium non minus quam naturali in personarum numero computantur, esse enim personam aliquam oportet iure gentium, & quae debeat & cui debeat ad inducendam obligationem iuris gentium, ut prius persona inuenienda sit, quae de iure quaeri oporteat *l. quidam referunt 14. inf. de iur. codicill.* Ius autem gentium ex quo dominationes

INTRO-

introductae sunt, illud est quod fecit, ut serui pro nullis haberi ceperint *dict. l. 5. de instit. & iur.* quamuis hoc ad ius civile tantum referre Vlpianus videatur in *l. quod attinet 32. de regul. iuris*, ad differentiam scilicet iuris naturalis, ut eadem lex explicat, non autem iuris gentium, quod hac parte abhorret omnino à iure naturali, & civili propius cohaeret, tanquam à quo nihil aut parum distet quoties Romani eo iure vtruntur quo caeterae gentes omnes vtuntur, dum ne propria ratione aliqua civili, sed ea quae sit tota ex iure gentium, quod hic contingit. Sicque accipi etiam debet quod saepius docuimus, ius naturale non distingui à iure gentium, nisi ratione materiae, quod ius naturale versetur circa eas tantum res, quas homines non soli faciunt, sed quae hominibus communes sunt cum brutis animantibus, ius verò gentium circa eas quae solis hominibus conueniant *l. 1. §. ius naturale vbi diximus supra de instit. & iur.* Id enim verum est in his rebus, in quibus omnium hominum eadem ratio & condicio est. Seruorum autem & liberorum hominum profus dispar est iure gentium ex quo dominationes, captiuitates & seruitutes ita introductae sunt, ut iure gentium pertinere ad ius civile, ut non maior feret seruorum quam pecudum, & quadrupedum ratio habeatur *l. 2. supra ad leg. Aquil.* Neque necesse est, ut cum Bartolo caeterisque interpretibus distinguamus duplex ius gentium primum, ut vocant, & secundarium: quam distinctionem nos abundè refutauimus ad *dict. leg. 4. & 5. de instit. & iur.* & in nostra Iurisprudentia Papinianae scientia. Atquin obligatio naturalis non nisi ex iure naturali aestimatur, soloque naturali aequitatis vinculo sustinetur *dict. §. naturalis*, cuius capaces sunt serui non

minus quam liberi, siue ut dominos sibi obligent, siue ut dominis obligentur *l. nec seruus 41. i. si a de pecul.* Porro naturalis obligatio impedit repetitionem soluti. Ergo si quod dominus seruo debuit, manumisso soluerit, non potest repetere, quia naturale debitum agnouit, siue aliqua actione siue nulla teneri se crediderit, nec quod per manumissionem seruus fiat noua persona, ut diximus, ad rem facit. Id enim fit iure gentium & civili, non naturali, quo inspecto idem certè homo manet qui antea, eadem igitur naturalis quoque obligatio quae antea fuit, natura enim nescit fictiones vllas, & naturaliter quid fieri cum dicimus veritatem facti solum demoramus *dict. l. nec seruus l. 3. §. aperire inf. ad Senat. consultum Silianianum.* Ex quo fit, ut obligationes naturales non tollantur capitis diminutione, quia ex bono & aequo & ex natura ipsa proficiuntur *l. eas obligationes 8. sup. de cap. minur.* Proinde cum naturalis obligatio semel acquisita seruo sequatur manumissum, consequens omnino est, ut effectus quoque naturalis obligationis causam suam sequatur: & post manumissionem duret ad impediendam soluti repetitionem: nec ad rem pertinet quod vulgò iactari solet, seruum quicquid acquirit, non sibi acquirere, sed domino, ita ut in eius persona ne quidem momento temporis consistat acquisitio *l. placet 79. de acquir. hered.* nec posse seruum contrahendo cum domino sibi acquirere quod ipsi domino acquireret, si cum alio contraheret *l. sed & si quid 15. §. si seruo vers. & regulariter sup. de usufruct. l. liber homo 118. in princip. inf. de verb. obligat.* Id enim ad civiles tantum obligationes & acquisitiones pertinet, non ad naturales, ut docuimus ad *l. frater à fratre 38. sup.*

65. PAVLVS libro 17. ad Plautium.

In summa, ut generaliter de repetitione tractemus, sciendum est dari aut ob transactionem, aut ob causam, aut propter conditionem, aut ob rem, aut indebitum, in quibus omnibus quaeritur de repetitione.

Ad l. in summa 65.

RAT. DV B. Non est distinguendum per plura membra, quod potest distinguere per pauciora. Atqui poterat sufficere distinctio illa quae ponitur in *l. damus 51. supra hoc tit.* quae duobus tantum membris continetur: aut enim damus ob causam aut ob rem, ut tibi iure consultus scribit, in quibus duobus nemo non videt contineri etiam id quod ob transactionem datur, & quod tanquam debitum, cum sit indebitum.

DEC. Distinctio quae plura membra continet eo elatius & distinctius rem explicat, semper enim quae generalius dicuntur, aliquid obsecuri continent: ut in proposito, cum dicimus quicquid datur, vel ob causam vel ob rem dari, in obsecuro relinquitur, an de ea causa intelligamus, quae sit praeter-

ita duntaxat, an de ea etiam quae futura: & si de praeterita, an de ea tantum quae non sit obligatoria, de qua sola agitur in *dict. l. damus*, ut ibi explicauimus, an de illa etiam quae sit obligatoria, qualis est causa transactionis, & ea quae parit conditionem indebiti: accommodatior igitur, & clarior distinctio est, quae in hac lege ponitur, cum generaliter de repetitione tractatur, ut quod datur, vel ob transactionem datur, ut in *l. eleganter 23. supra hoc tit.* vel ob causam scilicet praeteritam nec obligatoriam, vel propter conditionem implendam, ut in *l. in cuius hereditas 34. supra* aut ob rem scilicet futuram, ut in *d. l. damus*, aut indebitum quasi debitum. In quibus omnibus speciebus quaeritur de repetitione, nec tamen idem respondetur, ut ex iis quae in hac lege sequuntur apparebit. Simile quid Accursius noster adfert ex *§. alio institut. quibus modis testam. instrument.*

I Et quidem quod transactionis nomine datur, licet res nulla media fuerit, non repetitur. nam si lis fuit, hoc ipsum, quod à lite disceditur, causa videtur esse. sin autem euidens calumnia detegitur, & transactio imperfecta est, repetitio dabitur.

Tom. III.

OO

Ad §. I. Et quidem.

Et quidem quod transactionis nomine datur. RAT. DV B. Quod transactionis nomine datur, si res nulla media fuerit, id est, ut bene Accursius explicat, si nihil sit quod ab eo qui dar, debeat, omnino indebitum videtur, tanquam quod neque ob rem, neque ob causam datum videtur possit, tamen si lis aliqua sublit aut metus litis, nec enim lis facit debitum, sed duntaxat dabitur an id de quo lis est debeat. *l. vlt. Cod. quib. ad libert. proclam. non licet l. 4. §. 1. sup. de alien. iudic. mut. caus. fact.* Ergo repeti omnimodo potest conditione indebiti. D E C. Materia transactionis non versatur circa rem debitam, sed tantum circa rem dubiam, in quo maxime differt transactio a pacto, quamvis & ipsa nihil nisi pactum sit, cum stipulatio non interuenit *l. 1. sup. de transact.* At quidem dubiam lis facit et in iniusta adeoque metus litis, quod magis est. Hoc ipsum igitur quod a lite disceditur, aut saltem a metu litis sufficiens causa transactionis est ad impediendam soluti quasi indebiti repetitionem *l. 2. Cod. eodem de transact.* Verecunda enim cogitatio eius est qui lites execratur, quique tanti habuit carere lite, ut scriptum est in *dict. leg. quart. paragrapho primo de alienat. iudic. mut. caus. fact.* Illud sane omnino requiritur, ut ex causa transactionis aliquid detur vel promittatur, vel retineatur. Transactio enim nullo dato vel promisso vel retento fieri non potest *l. transactio 38. Cod. de transact.* Sed hoc dicimus non requiri, ut quod ex transactione datur vel promittitur vel retinetur ex alia anteriore causa debeat, neque ut vicissim ab aduersario qui eam eo nomine praestet. Satis enim praestitisse intelligitur qui eo veluti praemio inuitatus, quod ei datum vel promissum, vel ab ipso retentum est, a lite discessit, aut ab eo iure quod habebat, mouendae quandoque litis. Nihilque est quod tam favorabiles faciat transactiones, quam quod per eas a lite disceditur. Cumque omnino duae viae sint per quas litibus finis imponi potest, transactio & res iudicata, nemo non videt quam maior in eo sit transactionum utilitas, per quas & sumptibus & vexationibus iudiciorum parcitur *l. minoribus 6. sup. de minor l. 1. supra de inoffic. testam. l. 1. Cod. de administr. tutor.* Vnde est quod solemus dicere nullum fore litium finem si a transactionibus bona fide interpositio & a rebus iudicatis impunè discedatur *l. fratris 10. Cod. de transact. l. 2. Cod. de re iudic. iunct. l. 1. infra eodem ill. titu.* Ideoque causas vel lites transactione finitas rescripto imperiali resuscitari non oportere *l. causas 16. Cod. de transact.* Quod ego sic intelligo, etiamsi praetextas laesionis immodicae ad rescindendam transactionem obtendatur, ex *l. Lucius 78. §. vltim. infra ad Senatusconsultum Trebellianum*, vbi nec ei qui supra quadruplum laesus fuerat, succurritur si transactionem proponatur. Semper enim verum est, eum qui transigit tanti habuisse lite carere. Quod sufficit ad impediendam transactionis rescissionem, licet reuera non tantam habuerit causam timende litis. Non enim praescribendum ei tunc ad quem usque modum iniustam litem timere deberet *l. 4. in fin. infra ad Senatusconsultum Trebellianum l. si in testamento 22. in fin. infra si quis omni. caus. testam.* Nisi

minoris aetatis fauor intercedat qui semper meretur restitutionem in integrum, quoties minor etiam intra dimidiam laesus probatur *tot. titul. Cod. si aduers. transact. l. si superstit. §. Cod. de dolo.* Neque vero fieri potest, ut certa sit laesionis probatio, qualem esse oporteret ad transactionem rescindendam, cum nesciri possit, quis exitus iudicij futurus erat, si transactum non fuisset *l. quod debetur 51. infra de pecul. l. posthumus 6. §. 1. supra de inoffic. testam.* An non enim fieri poterat, ut qui se per transactionem laeum conqueritur, multo grauiorem iacturam ex iniqua fortassis & iniuriola iudicis sententia passurus esset? *l. si per imprudentiam 51. de exiit. l. 3. §. 1. infra de pignor. l. seruo 65. §. cum Praetor ad Senatusconsultum Trebellianum.* Ratio igitur dubij euentus cui per transactionem obtinuit itum est, non patitur, ut ex causa laesionis quae certa esse deberet, & quidem inspecto praesens tempore contractus *l. 2. l. si voluntate 8. Cod. de rescind. vendit. transactio rescindatur l. 1. Cod. de pact. l. si pater puella 12. Cod. de inoffic. testam. l. penult. Cod. de solut.* Quare nec Bartolus qui primus opinionem hanc tantopere damnosam reipublicae inuexit, ut exemplo contractuum bonae fidei transactiones quoque ex causa enormis, ut vocant, laesionis, rescindi possint beneficio *d. l. 2. Cod. de rescind. vendit.* temperare tamen sibi non potuit quin sententiam suam quasi duriorum hac veluti interpretatione leniret, ut scilicet in transactione aliter aestimanda sit enormis illa laesio, quam in caeteris contractibus, subducto scilicet, ut ipse loquitur *dubio litis euentu.* Quod tamen quomodo aut per testes aut per iudicem ipsum, qui de laesione cogniturus est, fieri possit, nemo vnquam dicere aut diuinare potuit, ut non immerito Baldus contra Bartolum disputans, hanc trufam esse dixerit. De quo videnda etiam sunt quae nos pluribus in hanc sententiam pro Baldo contra Bartolum ex professo disputauimus in *Chiliade de error. pragmat.* Hinc verò intelligimus quam male nonnulli verba illa Pauli in hoc §. *licet res nulla media fuerit* sic interpretentur ac si scriptum esset *licet res nulla sublit.* Litem enim aliquam subesse semper oportet aut saltem metum litis ut transactio iure facta videri possit *d. l. 2. C. de transact.* Et ideo bene Paulus statim subiicit *nam si lis fuit* quibus verbis non mutat casum, sed eundem ipsam prosequitur, in quo posuit nullam mediam fuisse.

a Sin autem euidentis calumnia detegitur. RAT. DV B. Etiam lis quae per euidentem calumniam instituitur, metuenda est, nec vituperandus ille qui metu calumniae litis transigit, tantumque aestimat lite carere. Ergo & hoc casu transactio valere debet, perinde atque cum lis iniusta est. Quid enim tantopere inter calumniosam & iniustam litem interest? Proinde quod ex eiusmodi transactionis causa solutum est, repeti non posse dicendum est.

D E C. Calumnia cum sit falsitas & mendacium, nihil est. Ergo materiam praebere non potest iustae transactionis, quomodo potest vera lis quamquam iniusta. Non enim eo minus vera lis est, quod sit iniusta: calumniola autem vera non est, sed per calumniam efficta & dicitur causa, ut prudentes loquuntur, ut subesse aliqua lis videatur, quae re vera nulla subest. Hoc igitur casu quasi nulla subsistente materia transactionis, dicendum est, imperfectam esse transactionem: cum quicquid

quicquid perfectum est constare debeat ex materia & forma. Si quid ergo ex eiusmodi transactione solutum sit, repeti poterit, quasi prorsus indebitum & ex nulla transactione solutum. Vnde nostri tractant, an transactio cui dolus causam dedit ipso iure nulla sit, ut de bonae fidei contractibus dici solet *l. & eleganter 7. sup. de dolo.* an vero per doli exceptionem aut replicationem elidenda sit ut in *l. sub praetextu instrumentorum 19. Cod. de transact.* Et alij quidem distinguunt an ex parte actoris, an ex parte rei dolus interuenierit. Alij verò aliter, ut locum hunc conciliant cum *d. l. sub praetextu.* Bartolus verò ideo negat doli exceptionem in proposita specie competere, quia repetitio soluti locum habere non posset ei qui soluisset, tunc odiosa exceptio doli. Ex *l. qui exceptionem 40. sup. hoc tit. Parum subtiliter nam doli exceptio cum naturali aequitate nitatur, favorabilis cerè est, non odiosa, ideoque si quis ea tunc soluerit repetere potest, ut diximus ad *dict. l. qui exceptionem ex l. qui se debere 7. sup. de condit. caus. dat.* Deinde non agitur hic de dolo qui in ipsa transactione interuenit, nec qui transactioni causam dedit, sed per quem factum sit, ut calumniola lis institueretur, quae iniustae transactioni causam iustae praerberet. Denique transactio non est contractus, si nulla stipulatio interposita sit, sed nudum pactum ex quo cum nulla nascatur actio, sed tantum exceptio, nec proinde doli exceptio locum habere hoc casu potest, ed tantum replicatio, quoties ei qui transigit solua superest post transactionem actio, per nullam stipulationem nec acceptationem elia *d. l. sub praetextu* stipulatione verò interposita iam transactionis contractus non est, sed stipulationis transactionem pro causa habentis *l. cum enim 7. iunct. §. vlt. legis proced. infra. De nouat. stipulationem verò contractum esse stricti iuris non bonae fidei nemo ignorat. Fa-teor eas demum transactiones ratas esse quae bona fide non dolo aut vi vel metu interpositae sunt *l. interpositas 13. C. de transact.* Sed eares non facit transactiones bonae fidei, tum quoque cum contractus**

sunt, sed stricti iuris. Cum in hoc etiam contractuum genere bona fides desideretur, quatenus non tam aequitatem significat, quam opponitur dolo malo *l. bonam fidem 4. C. de obligat. & action.* Et cum dicimus, Transactiones dolo malo, aut vi vel metu interpositas, ratas haberi non debere, non id significamus ipso iure nullas esse, siue dolus iis causam dederit, siue in eas inciderit, sed infirmari eas opposita doli mali vel exceptione vel replicatione *dict. l. sub praetextu.* Dummodo vera aliqua lis praecesserit siue iusta siue iniusta aut iustus metus etiam improbat litis, at non si quis per euidentem calumniam litem mouerit, aut minatus sit, ut ab inuitio iniusta extorqueret transactionem, ut in specie huius verific. in qua nec quaestioni locus superest, an transactio sit ipso iure nulla, quae defectu materiae nec factio ipso vlla est, ut explicauimus. Nec illa rursus Bartoli distinctio admitti potest an transactio interposita sit dolo malo super contractu bonae fidei, an super contractu stricti iuris, ut priore casu non etiam posterior transactio sit nulla, ut quemadmodum inquit contractus bonae fidei nullus est, cum dolus ei causam dedit, ita etiam distractus seu contractus resolutus adhibitus super eo contractu dolo causam ei dante sit nullus *arg. l. tutela Cod. de in integr. restitut. minor.* Cum enim omnis transactio inducat nouationem & prioris obligationis, maxime si fiat per stipulationem Aquilianam *l. Aquiliana 4. & seq. sup. de transact.* habet illa propriam suam naturam a prioris contractus quicquid ille sit siue bonae fidei siue stricti iuris, natura differentem. Denique quod ob transactionem etiam dolo malo factam solutum est, vel prima actione si precepta non sit repetitur, vel actione De dolo *d. l. sub praetextu & l. actione 4. eod. tit.* sed conditione indebiti, nunquam extra casum huius §. Illud planè verum est multum referre an transactio facta sit super dolo malo ut in *d. l. actione & l. 1. C. de plus petit. an dolo malo.* Nam & super dolo malo fieri transactionem bona fide nihil prohibet.

2 ¶ Id quoque quod ob causam datur, puta quod negotia mea adiuta ab eo putau, licet non sit factum: quia donari volui (quamuis falsò mihi persuaserim), repeti non potest.

Ad §. 2. Id quoque.

Exemplum hic proponitur solutionis factae ob causam sed praeteritam, & non obligatoriam ex qua causa si quid solutum sit, quamuis falsa fuerit persuasio, conditio tamen nulla competit, quoniam is qui soluit, donandi animum habuisse intelligitur, licet donandi veram causam nullam habuerit. Non enim error in falsa causa transferendi domi-

nij impedit translationem, ut neque error in falsa causa obligationis impedit obligationem *l. damus 52. sup.* vbi diximus, & eadem rationes dubitandi & decidendi, quae huic §. conuenirent, attulimus. Et illam quoque quaestionem tractauimus, quam Accursius & Bartolus hinc attingunt. Quid si is, qui dedit tibi centum putans adiuta te negotia tua, quae tamen neglexeris, non aliter fuerat tibi donaturus, Vide itaque ea quae ad legem illam scripsimus.

3 ¶ Sed agere per conditionem propter conditionem legati, vel hereditatis, (siue non sit mihi legatum, siue ademptum sit legatum) possum, ut repetam, quod dedi: quoniam non contrahendi animo dederim. quia causa, propter quam dedi, non est secuta. Idem, & si hereditatem adire nolui, vel non potui, non idem potest dici, si feruus meus sub conditione heres institutus sit, & ego dederò: deinde manumissus adierit. nam hoc casu secuta res est.

Ad §. 3. Sed agere.

Exemplum est soluti ob rem quidem futuram, sed conditionis tamen implendæ causa ad acquirendam hereditatem vel legatum, cuius tamen acquisitione nulla postea secuta sit. In quo genere soluti dicimus conditioni locum esse, quia licet datum sit conditionis implendæ causa, & condicio per eandem implenda sit, res tamen pro cuius acquisitione futura condicio implenda fuit, secuta non est: quæ ratio parit repetitionem, quia nec causa vlla danda eius pecuniæ fuit, vt scriptum est in *l. si cui hereditas 34. sup. hoc tit.* Non enim contrahendi animo data videtur pecunia, sed tantum implendæ conditionis gratia, vt siue hereditatis, siue legati acquisitione siue alia quælibet sequi posset, scriptum est lausimè ad *d. l. si cui*. Vbi vide.

a. *Legem est esse hereditatem adire nolui vel non potui.* RAT. DVB. Is qui heres institutus sub conditione si decem Titio daret, Titio implendæ conditionis causa decem dedit, si postea hereditatem adire noluerit, cum posset, sibi debet imputare cur noluerit, nec repetitionem habere potest eo prætextu, quod res propter quam implevit, conditionem secuta non sit, cum per eum steterit quominus secuta sit, non per eum qui pecuniam accepit *l. pen. C. de cond. ob caus. dator.* In iuris scilicet arbitrio & potestate non est, vt aditio sequatur, vel non sequatur, quæ tunc ex animo & voluntate adeptus pendet. *l. qui in aliena 6. §. vltim. l. pro herede 20. l. gerit 88. De acquir. heredi.* Idque esse videtur quod habet iuris regula, in omnibus causis pro facto accipiendum esse id in quo per aliquem mora sit quominus fiat *l. in omnibus 39. De reg. iur.* nec quod in potestate heredis instituti ab initio fuit, vt pecuniam implendæ conditionis causa daret, vel non daret, facere debet, vt in eiusdem arbitrio esse oporteat, vtrum datam pecuniam repetere possit, necne, quia prius quam daret, prudentius & maturius deliberare debuit, vtrum sibi expediret dare, & conditionem implere. An non enim stultus est, qui pecuniam dat implendæ conditionis causa, vt hereditatem adeat, quæ postmodum repudiata velit? Et sicuti nemo ex solo facto suo potest ab inuito aduersario se liberare *l. si seruum 91. §. nunc videamus. De verb. oblig.* ita nec illud ferendum est, vt quis ex sola sua voluntate & penitentia dominium reuocare possit quod in alium transfuit *l. velles necne 6. C. de reuoc. donat.* & accipientem conditione obstringere, nisi in casibus in quibus penitentia locus esse potest, vt de contractibus innominatis dici solet, & de conditione ob causam ei danda qui prior ex parte sua contractum innominatum implevit cessante aduersario implere ex sua parte *l. si pecuniam 5. sup. De cond. caus. dat.* vbi latè scriptum, inter eos autè casus in quibus penitentia locus esse solet, hic non est, si quid implendæ conditionis gratia solum sit. Est enim quod implendæ conditionis causa accipitur, non iure testamenti percipitur, mortis tamen causa capitur ex dantis eiusdemque domini voluntate, quod sufficit ad dominij translationem in perpetuum inducendam *l. qui precio 8. l. inter mortu 38. & pass. inf. De mort. caus. donat. & capion. l. id autem 76. inf. ad leg. falcid. l. Manius 51. in fin. De condic. & demonstr. Plandè cum is qui pecuniam implendæ conditionis causa dedit, vt hereditatem adiret, eam adire non potuit, aliud iuris esse videtur, quia nihil est quod*

ei imputari possit. Dicitur. Quod implendæ condicio nis causa datur, non ideo tantum datur, vt condicio impleatur, sed etiam vt acquisitio sequatur propter quam impleri conditionem oportuit. Nec enim conditionis implementum sufficit ad acquisitionem, sed ad hoc tantum, vt acquisitio sequi tandem possit *l. ei qui 13. inf. De condic. instit.* Ergo si post datam conditionis implendæ causa pecuniam impediatur acquisitio ex aliqua causa, vnde tandem impedimentum proficiatur, verum est dicere non esse rem secutam propter quam impleta est condicio, idè quæ causam pecuniæ dandæ nullam subesse, quæ possit impedire repetitionem, si pecunia data sit ad hereditatem adeundam, quam postea heres institutus non adierit, siue quod adire noluerit, siue non potuerit. Non enim cogendus est heres institutus propter commodum eius qui pecuniam conditionis implendæ causa accepit, implicare se oneribus hereditatis *l. non est cogendus 51. inf. ad senatusconsult. Trebell.* Nec ei præscribendum est, vt adeat hereditatem, vel vt causam adferat ob quam noluit adire, cum variæ esse possint, eaque iustæ *l. si in testamento 22. §. vltim. si quis omis. caus. testament. l. quia poterat 4. ad senatusconsult. Trebellian.* Quid enim si ex post facto res alienum emerit, quod tempore conditionis implendæ latebat? Cur institutum cogamus aut pecuniam quam conditionis implendæ causa dedit, amittere, si hereditatem repudiata velit? Aut damnosam sibi hereditatem adire, vt pecuniæ quam sine causa dedisse probatur, repetendæ ius sibi præcipiat & facultatem? Ex eo autem quod de adeunda hereditate loquimur, intelligimus ad extraneos heredes, non ad suos huius loci sententiam pertinere. Extraneorum enim est adire, aut repudiare, suorum verò se immiscere aut abstinere *l. eum bonis 87. De acquir. heredi. §. vltim. instit. De heredi. qualit. & differ. Sunt enim sui ipso iure heredes citra vllam aditionem & ante apertas tabulas *l. in suis 11. De liber. & posthum. l. 1. §. qui sunt in potestate si quis omis. caus. testam. l. in suis De suis & legit.* Et ideo deterior in hoc est condicio suorum heredum, quam extraneorum, quod si conditionem dandæ pecuniæ, quæ iis iniuncta est, impleant hoc ipso fiunt heredes non tantum nomine, sed etiam effecta, ita vt nec abstinere amplius possint *l. iam dubitari 86. in princ. & §. 1. inf. De heredi. instit.* Idque non tam vt conditionis expletæ, quàm potestate iuris & iure potestatis, quomodo eleganter & subtiliter loquitur Paulus in *l. conditionibus 5. De condic. & demonstration.* Quod in extraneis heredibus secus est *dict. leg. ei qui 13. De condic. instit. sic in leg. prim. in fin. sup. De condic. caus. dat.* vbi diximus. Merito igitur Paulus hic scribit idem esse, si hereditatem cuius adeundæ gratia vt conditionem implerem, pecuniam tibi dederam, adire vel noluerim vel non potuerim. Sequitur,*

b. *Non idem potest dici si seruus meus.* RAT. DVB. Parum interesse videtur, an tibi decem dederim conditionis implendæ causa ad hereditatem adeundam, deinde hereditatem adire, vel noluerim vel non potuerim, an verò seruus meus sub conditione dandæ pecuniæ heres institutus sit, & ego pecuniæ ei numerauero, vt tibi daret, deinde is manumissus adierit. Est enim hoc posteaote casu secuta est aditio quæ superiore secuta non fuit, at tamen quod ad me attinet, non potest videri secuta cum eiusmodi aditio-

aditione non acquiratur mihi hereditas, sed seruo instituto qui aditionis tempore manumissus inuenitur. *§. seruus autem vers. alienus instit. De heredi. instit. l. nihil interest 12. in princ. sup. De inoff. testam.* Ergo & hoc casu condicio pecuniæ mihi danda est quasi re non secuta. Dicitur. Cum seruus meus heres instituitur sub conditione dandorum tibi decem, non id agit testator, vt mihi qui testamenti tempore dominus sum, acquiratur omnimodo hereditas, sed ei qui aditionis tempore dominus reperierit, siue ego ille sim, siue alius novus dominus, adeoque ipsi seruo si cum adibit hereditatem, sui iuris inueniatur *d. vers. alienus.* Vtrum ergo ex his tribus contingat fatendum est, secutam rem esse adita quodcumque per seruum hereditate & cuiusque tandem here-

ditas quæ sita sit, data enim est pecunia seruo vt hereditatem adire posset, quæ nec nisi expleta conditione delata esse intelligitur *l. facta 63. §. si sub conditione ad S. C. Trebellian. l. delata 151. De verb. signif. atque ita vt hereditatem adeundo ei acquireret cui acquiritur iure posset. Cum autem disputatur cui per aditionem acquiratur hereditas, non testamenti aut mortis testatoris tempus inspicimus, sed aditionis quod in legato secus est, in quo inspicier dum est præcisè tempus, quo dies legati cedat, ad eò vt si tempore quo dies legati cedere inciperet, alieni iuris fuerit legatarius, domino legatum debeatur, quamuis seruus post diem legati cedentem liber factus sit, vt bene Accursius noster explicat, ex *l. si post diem 5. §. vlt. & l. si vsusfructus 14. inf. Quand. dies legat. ced.**

4 ¶ Quod ob rem datur, ex bono, & æquo habet repetitionem, veluti si dem tibi, vt aliquid facias, nec feceris.

Ad §. 4. Quod ob rem datur.

Est hæc quarta species soluti, in qua de conditione & repetitione quaritur, si ob rem aliquam datum sit, scilicet futuram, & res secuta non sit, in qua dicimus locum esse repetitioni & conditioni, non quidem indebiti sed ob rem dati re non secuta *tot. tit. De cond. caus. dat. caus. non secuta. & l. damus 52. sup. hoc tit. vbi diximus.* Differt autem hæc species à superiore, quia licet in vtraque conditioni locus sit, quasi re non secuta: in illa tamen datur, quia non ob rem futuram immediate, sed conditionis implendæ gratia, per consequentias verò, vt post implicitam conditionem res aliqua sequatur, quæ alioqui non sequeretur. In hac autem specie datur immediate ob rem futuram, quæ si non sequatur, repetitioni locus est ex bono & æquo. Sed cur ex bono & æquo? An non enim ipsa iuris strictio ratio facit, vt quod ob rem datum est, re non secuta & condicatur? Quæ dubitandi ad hunc §. ratio est: sed respondendum est, ideo dici hanc repetitionem dari ex bono & æquo, quia quisquis dat aliquid ob rem futuram hoc ipso contrahit *συνδραγμα* cum

eo qui accipit *l. iuris gentium 7 §. 1. sup. De pact. nec repetendi animo id facit, sed contrahendi, ob idque obligatum habet aduersarium, vt ex parte sua impleat quod promisit, aut præstet quanti actoris interest ciuili aditione præscriptis verbis *d. §. 1. & l. naturalis 5. §. 1. & seq. inf. De præscript. verb.* In quo differt hic ab eo qui dedit implendæ conditionis causa, vt res aliqua sequeretur. Is enim nec contrahendi animo dedit nec repetendi, sed implendæ tantum conditionis gratia, vt scriptum est in §. præcedente. Et tamen in illa quoque perinde atque in hac specie conditioni locus est re non secuta, & quidè similiter ex bono & æquo, quia extra hoc quod ab initio agebatur, hæc obligatio nascitur tacito quodam iure *l. si qui 13. in fin. inf. commod.* quod in conditionibus omnium iuris est. Adfert autè Paulus exemplum, si dem tibi vt aliquid facias, nec feceris. Itaque comprehendit hæc species duo genera contractuum innominatorum, Do vt des, & Do vt facias. De quibus in *d. l. naturalis §. 1. & seq. De præscript. verb.* At non etiam duo alia illa Facio vt des, & Facio vt facias, quoniam facta cum pro infectis haberi nunquam possint, nunquam condicuntur *d. l. naturalis §. quod si faciam* vbi dicimus.*

5 ¶ Ei, qui indebitum repetit, & fructus & partus restitui debent, deducta impensa.

Ad §. 5. Ei, qui indebitum.

RAT. DVB. & DEC. ad hunc §. eadem est, quæ ad indebitum *15. in princip. & ad l. si non fortem 26. §. libertus vers. & interdum sup. hoc tit.* quibus locis eadem sententia proponitur quæ in hoc §. vt in conditionem indebiti veniant fructus & partus, & aliæ si quæ sunt accessiones naturales, non etiam ciuiles, quoniam indebiti conditio naturalis est. Veniunt autem non tam officio iudicis, quam iure actionis, vt bene Accursius hic post Ioannem ex *d. §. libertus.* Alioqui non venirent fructus, nisi qui post litem contestatam & acceptum iudicem percepti essent, quod non ita est *l. 2. l. videamus 38. in princ. & §. si actio-*

nem inf. De vsur. Sed additur hæc, quod non fuit prætermittendum, fructus in conditionem indebiti venire deducta impensa. Nam nec fructus vnuquam intelliguntur nisi deductis sumptibus qui ad eos colligendos necessarii sunt idque naturali quadam ratione quæ etiam in prædonibus locum habet *l. si à domino 36. §. vlt. sup. De heredi. petit.* Quanto magis in eo qui rem sibi à domino ipso traditam accepit? Hic enim plus quam bonæ fidei possessor est, cum sit etiam dominus *l. si quis cum sciret 8. inf. Pro emptor.* Nec sanè vllus casus interuenire potest, qui hoc genus deductionis impediatur, inquit Iulianus in *l. fundus 51. sup. Famil. ercisc. lunge 1. vlt. inf. De impens. in reb. dotal. fact.*

6 ¶ In frumento indebito soluto & bonitas est repetenda: & si consumptum sit frumentum, pretium repetet.

Tom. III.

OO 3

Ad §. 6. In frumento.

RAT. DVB. Quod indebitum soluitur, aut ipsum aut tantundem repetitur *l. quod indebitum 7. supr.* Ipsum quidem si in specie consistat, tantundem verò si in genere, ut ibi explicauimus. Atqui frumentum est ex earum rerum numero quæ in genere consistunt, & in suo genere functionem recipiunt *l. 2. §. mutui datio supr. de reb. credit.* Ergo si frumentum indebitè solutum sit, tantundem repetendum est, non frumenti soluti precium, quemadmodum si frumentum mutuo datum esset, nam & indebitum quasi mutuum & pro mutuo est *§. is quoque Instit. quib. mod. re contr. oblig.* Nec quod in frumento bonitas quoque spectanda sit ad rem facit, nam & in mutuo id agitur, ut tantundem reddatur in eadem bonitate & qualitate *l. cum quis 2. supr. de reb. credit. & tamen non eo minus tantundem frumenti reddendum est, conditione certi ex mutuo, non autem frumenti precium. DEC.* In conditione indebiti illud tantum inspicimus in quantum factus sit locupletioris, qui conditione tenetur *l. si non fortem 26. §. libertus supr. hoc tit.* Ideo enim conditio hæc comparata est, non ut actoris indemnitati plenissime consulatur, sed ne is qui indebitum accepit, ex alia iactura locupletetur *l. nam hoc natura 14. supr. l. pro. infr. hoc tit.* Atqui si frumento consumpto quod indebitè solutum fuerat, tantundem frumenti condiceretur, licet in eadem bonitate & qualitate, ut euenit in mutuo, facile accideret, ut in plus vel minus teneretur is, qui accepit, quàm in quo factus esset locupletior. Est enim frumentum ex earum rerum numero, quæ non tantum in genere consistunt, sed etiam pro temporum & locorum varietate aliam atque aliam recipiunt æstimationem *l. 3. infr. de eo quod cert. loc. l. oleo 23. iunct. l. frumenti 17. Cod. de vsur.* Ne igitur actori aut reo fiat iniuria, necessario dicendum est, indebiti frumenti consumpti precium venire in conditionem indebiti, non frumentum ipsum neque quod consumptum est, quia non extat amplius, neque tantundem quia in eo vel plus vel minus contineretur, quàm in conditionem venire debeat, nec facile fieri potest, ut in huiusmodi rerum genere quod tantundem est, sit etiam tantum. Et ita bene hic docet Bartolus nisi quod reo tantum consulere vult ne in plus teneatur quàm quanto locupletior factus sit, cum tamen actori æquè consulendum sit, ut non minus consequatur quàm sit id in quo reus locupletior factus est: tam facile autem posset hoc quàm illud contingere, si tantundem frumenti etiam æquè boni reddendum esset, non precium consumpti. Quid ergo si frumentum solutum indebitè adhuc extet, necdum sit consumptum? Non precium frumenti hoc casu repetendum erit, quia periculum hinc nullum subest, ne in plus vel minus quàm oporteat condemnentur is qui indebitum accepit, sed vel illud ipsum frumentum quod solutum est, quamuis possit solo cursu temporis factum esse deterius, vel quia functionem recipiat in suo genere, tantundem in eadem bonitate & qualitate: atque ita erit hoc casu locus ei quod scriptum est in *dict. l. quod indebitum.* Quod tamen nescio an Bartolus noster vide-

7 ¶ Sic habitatione data, pecuniam condicam, non quidem quanti locare potui, sed quanti tu conducturus fuisses.

Ad §.

rit ac perceperit, sanè quod Accursio placet intelligendum esse hunc §. de frumento, quod solutum sit, tanquam debitum in specie, non in genere, sicuti suspensum est Bartolo, ita mihi non probatur: cum sit commentitia interpretatio, quæ nullis §. verbis adiuarur: nec possit frumenti solutum fieri in genere, sed tantum in specie. Genus enim cum in iure consistat non in corpore, neque videtur neque tangitur, nec proinde soluitur. Cumque in conditione indebiti nihil aliud querendum sit, quàm in quo factus sit locupletior is qui debitum accepit, ut diximus, ex *d. l. nam hoc natura & dict. §. libertus*, apparet nihil omnino interesse ad reum in plus vel minus obligandum, vtrum ei solutum sit frumentum quasi debitum in genere, an quasi debitum in specie, cum ea soluentis opinio non possit accipientem facere minus locupletem, aut locupletior: vtroque enim casu idem soluitur, nec plus aut minus vno quàm alio, quemadmodum autem bonitas frumenti consumpti ea demum æstimanda est quæ fuit non cum frumentum solueretur, sed cum consumeretur, ne alioqui in plus vel minus teneretur is qui consumpsit, quàm in quantum factus sit ex eo locupletior, ita & si adhuc extet tantundem quidem repetendum est, sed in ea bonitate quæ fuit non solutionis tempore sed propositæ conditionis. Non enim locupletior factus videri potest is qui accepit in ea bonitate, quæ fuit tempore solutionis, si quo tempore conditio instituitur, bonitas illa decreuerit sine mala fide accipientis. Quid enim si frumentum ipse corrupisset immixta siligine, vel hordei quantitate? Equum certè esset teneri eum, ut tantundem redderet in ea bonitate quæ fuisset cum frumentum solueretur, alioqui dolus ei suus prodesset. Planè quod Bartolus hic contra Paulum disputat, in obligationibus dandi post rem peremptam agendum esse, nihilominus ad rem non ad precium ex *l. pen. supr. de condit. caus. dat.* alienum est ab huius loci sententia. Tunc enim id procedit, cum res quæ dari debuit, perempta est post moram, quia est vnus ille ex moræ effectibus, ut res post moram perempta extare adhuc videatur, ideòque & peti adhuc possit, licet præstari amplius non possit *l. si seruum 91. §. sequitur & §. vlt. infr. de verb. oblig.* At nos tractamus eum casum, in quo frumentum etiam nulla mora interueniente consumptum adhuc præstandum sit, quatenus scilicet is qui indebitum frumentum accepit, & suo iurè consumpsit, inuenitur factus ex eo locupletior, ut nimirum eatenus conditione teneatur. Atqui reperitur factus locupletior in frumenti consumpti precio, cum frumentum in suos vsus consumpsit. Tantundem enim de suo comparare & erogare debuisse, si indebitum hoc frumentum non accepisset *l. sed etsi 25. §. quod autem in fr. supr. de hered. petit. l. si lincus familias 18. infr. de in rem vers.* Ergo precium frumenti consumpti necessariò ei condicendum est, nec de frumento ipso citra moram & bona fide consumpto tractari quicquam amplius potest. Neque nouum est, ut in conditionem indebiti aliud veniat, quàm quod solutum fuit, præsertim verò solutæ rei precium, & æstimatio *d. §. libertus*, vbi diximus.

Ad §. 7. Sic habitatione data.

RAT. DVB. Quod indebitum solutum est, aut id ipsum in specie repetendum est, aut tantundem in genere, ut pro ratione dubitandi scripsimus ad §. præcedentem ex *l. quod indebitum 7. supr. hoc tit.* Atqui cum habitacione data indebitè pecuniam condico, neque id ipsum quod dedi repeto, neque tantundem. Ergo permitendum mihi non est, ut pecuniam condicam. DEC. Non est nouum, ut aliud soluiatur, aliud verò condicatur, ut proximè diximus ex *l. si non fortem 26. §. libertus supr. hoc tit.* vbi soluto indebitè fundo etiam fructus condicuntur, & solutis operis que non debebantur, earum æstimatio repetenda est. Idem igitur & in proposito euenit, ut habitacione data indebitè, possim & debeam condicere pecuniam, id est, precium habitacionis, quemadmodum in §. præcedente consumpto frumento, quod indebitè solutum fuit, non frumentum ipsum condicatur, quod consumptum est, neque tantundem, sed frumenti consumpti precium. Itaque bene hic §. præcedenti subiungitur his verbis *sic habitacione data*, tanquam similem habens iuris rationem, eandemque dubitandi & decidendi causam. Habitacione enim perinde ac frumentum consumitur sed frumentum vsu habitacione etiam non vnus habitacionis vnus diei non eadem que alterius diei habitacione est. Et quemadmodum Celsus eleganter dicebat vsu fructu quod quotidie constitui & quotidie amitti *l. 1. §. interdum sup. de vsu. ad res.* Ita & de habitacione similiter dici posse videtur, quotidie illa constitui, & quotidie amitti, quoniam & prædij vrbani fructus in diuina habitacionis commodo consistit *litem queritur 13. §. qui impleto in fr. infr. locat.* Denique habitacione magis in facto, quàm in iure consistit *l. pen. supr. de caput. mutat.* Quæ autem facti sunt nunquam condicuntur, ut diximus ad §. quod ob rem supr.

8 ¶ Si seruum indebitum tibi dedi, eumque manumisti: si sciens hoc fecisti, teneberis ad precium eius: si nesciens, non teneberis: sed propter operas eius liberti, & ut hereditatem eius restituas.

Ad §. 8. Si seruum.

RAT. DVB. Etiam si seruum indebitum tibi dederim, feci tamen tuum, alioqui non possem eum condicere meum manentem, nisi à fure *l. vlt. supr. v. usufru. quem caneat §. sic itaque Instit. de action.* Et quamuis non desint, qui putent eum qui indebitum sciens accepit, fructum facere ex *l. quoniam 18. infr. de condit. furt.* verius tamen est nunquam posse furem dici eum qui ab ipso domino, & ex eius non modo voluntate, sed etiam manibus possessionem rei nactus est, cum non tantum bonæ fidei possessor sit, sed etiam dominus *l. si quis cum sciret 8. infr. pro emptor.* Et quod contra scriptum videtur in *d. l. quoniam* ad eum casum restringi debet, in quo quis sciens indebitum accepit à non domino, pura à procuratore siue falso siue vero falso debitoris, ut ibi dicemus. Atqui quisquis serui dominus est, eum manumittere pro suo iure potest, si aliud nihil impediatur, ut eos casus excipiam de quibus in *Tit. qui & à quib. manum. liber. non sicut.* Nec ob datam seruo suo libertatem precium eius dare cuiusdam cogitur excepto casu *l. quidam 25. §. si quis filium infr. ad Senatusconsultum Tre-*

Tom. III.

a Non quidem quanti locare potui. RAT. DVB. Tanti mea interest quanti habitacionem locare alij potui, non quanti fueris tu conducturus *l. si natus §. 26. generaliter supr. de rei vindic. l. si commissaria 13. infr. rat. rem habet.* Ergo cum permitendum mihi sit, qui habitacionem tibi indebitè dedi, ut pecuniam condicam, condicere debeo quanti locare habitacionem potui, non quanti conducturus fueris. DEC. Conditio indebiti neque iure actionis neque officio iudicis persequitur quanti actoris interest, sed tantum quanto locupletior reus factus est, ut lucrum ei omne etripiatur, non etiam ut actori plenissima indemnitas præstetur *d. l. si non fortem 26. §. libertus supr.* Atqui ob id quod habitacionem indebitam à me habueris, non potes videti factus locupletior, quanti locare alij eam potuisses, sed quantum à me conducturus illam fuisses, quod plerumque minus est, pro conductoris scilicet persona & qualitate: satis igitur mihi esse debet, quod conditione indebiti tantam pecuniam possim à te condicere quantum tu conductionis nomine præstaturus fuisses, si indebitam habitacionem à me non habuisses. Quod si habitacionem indebitam nec à me nec ab alio habueris, sed simpliciter in domo mea habitaueris, placet quod vult Bartolus dandam mihi contra te conditionem non quidem indebiti, cum factum meum nullum interuenit, per quod aliquid, quod meum erat tuum fecerim *l. si in area 33. supr. hoc tit.* Sed sine causa ad tantam pecuniam quanti tu fueras conducturus, quia in tantum duntaxat potes videri factus locupletior *arg. l. pro. infr. & l. 1. infr. Tit. pro.* Non enim requirit conditio sine causa quod requirit conditio indebiti, ut aliquid ex meo tuum fecerim, sed tantum ut aliquid ex meo sit penes te sine causa. Vnde est quod nec conditio sine causa comparatur mutuo, quomodo conditio indebiti *l. 5. §. is quoque infr. de oblig. & action. & §. is quoque Instit. quib. mod. re contr. oblig.*

bellianum, de quo alibi scripsimus, & si qui alij sunt similes. Ergo si seruum indebitum tibi dederim, eumque manumiseris sciens indebitum, siue sciens iam inde ab initio & eo tempore quo tibi dedi, siue tunc tantum cum manumisti dicendum est, te ad reddendum mihi precium non teneri. DEC. Conditio indebiti comparata est, ne quis ex aliena iactura lucrum faciat *l. pro. infr. l. nam hoc natura 14. l. si non fortem 26. §. libertus supr.* Lucrum autem est, & quidem improbum quoties quis ex alieno largitur, ut sibi acquirat beneficij debitorem *l. si qui pignore 54. §. 1. infr. de furt.* Acquirat autem sibi debitorem beneficij, & quidem maximè, quisquis seruum dat libertatem, licet dici soleat non fieri locupletior eum qui libertum adquisit *l. nemo prædo est 126. §. 1. de rigul. iur.* Porro libertas semel data neque reuocari per eum qui dedit, neque condici per aliam potest *§. si is qui Instit. de eo cui libert. caus. bon. addic.* Illud ergo vnum superest quod dici possit, ut eius serui precium mihi per conditionem reddere tenearis, ut saltem precium succedat loco rei. Est enim verum est non precium tibi à me datum esse, sed seruum, aliud verò esse seruum ipsum, aliud verò serui precium *l. si alij 42. §. 1. supr. de vsu fru. l. vlt. Cod. de*

© 4

fidei libere. Illud tamen negari non potest, quin & ego dando tibi seruum hoc ipso factus sum pauperior in precio, quod ex venditione serui consequi potuisssem, & tuo ipso instanti factus sis locupletior quanti eo tempore seruus fuit, quia & tanti vendere potuisses si voluisses. Nec quod manumittere illum malueris, quam vendere, conditionem aut serui aut precij acquisitionem tollere mihi potuit, quia licet manumittendo seruum, atque ita pro seruo libertum acquirendo non sis factus locupletior, perinde tamen habendus es, ac si precium penes te haberes cum tanti haberis carere precio, ut libertum eum haberes. Habes ergo precium equipollenter &, ut ita dixerim, eminenter. Proinde æquum est te verum iustumque precium mihi reddere, cum sciens indebitum seruum manumiseris, vel ob hoc ipsum ne condici amplius tibi posset, ne alioqui dicendum sit in potestate tua fuisse conditionem mihi competentem solo facto tuo adimere, teque à conditionis periculo liberare contra *l. ult. supr. de pact. l. si seruum 91. §. nunc videamus infr. de verb. oblig. l. Gramus 71. §. pen. infr. de fideiuss.* Nec nouum est, ut res aliqua indebitè soluta sit, nec ipsa tamen, sed precium eius condicitur, ut in specie *d. §. libertus*, ubi diximus. Quoties enim æquitate desiderij naturalis ratio aut dubitatio iuris moratur, iustis decretis temperanda res est *l. in ambiguis 85. §. ult. de regul. iur.* Et rursum quoties nihil sine captione inuestigari potest, id eligen- tum semper est quod minimum habeat iniquitatis *l. quoties 20. eod.* In proposito autem nihil minus iniquum dici potest, quam ut tu qui sciens & prudens seruum indebitè tibi solutum manumisisti, ut & mihi condicendi eius & tibi restituendi facultatem præripes, saltem ad precij restitutionem mihi tenearis. Ut & in specie *l. si is cui 39. infr. de mort. caus. donat.*

Si nesciens, non teneberis, sed propter operas eius liberti. RAT. DVB. Non alius conditione tenetur, quam qui vel locupletior factus est, & quatenus locupletior effectus fuit vel prudens & sciens fecit, ne in plus locupletiareretur, ut in superiore casu, atqui cum hominem indebitum tibi dedi, & tu nesciens indebitum accepisti, acceptumque manumisisti, neque potes videri factus locupletior per acquisitionem liberti *d. l. nemo prodo est 126. §. 1. de regul. iur.* neque imputari tibi potest cur eum manumiseris, cum bona fide id feceris nesciens te conditione teneri. Ergo nulla æquitas præstitur, ut conditione aliqua tenearis, nec magis propter operas liberti, quam ad precium eius restituendum. Cum operæ hominis in fructu sint *l. 3. & 4. supr. de oper. seruor.* Bonæ fidei autem possessor fructus omnes faciat suos *l. bonæ fidei 48. de acquir. rer. domin.* multo magis autem ille qui dominus est, qui nec consumptos nec extantes, nec iure actioni nec officio iudicis restituere vnquam cogitur. Et verò cum negari non possit quin accipiendo à me seruum quamuis indebitum factus sis eius dominus, cum verò eum manumisisti, ex domino

9 ¶ **I**ndebitum est, non tantum, quod omnino non debetur: sed & quod alij debetur, si alij soluitur: aut si id, quod alius debebat, alius, quasi ipse debeat, soluat.

Ad §. ult. l. indebitum.

De huius §. sententia iam scripsimus ad *l. si pæna*

patronus, an non planè iniquum fuerit cogi te mihi restituere, quam iure patroni tibi acquisueris, & quæ fortassis nunquam ad me peruenisset, si eum tibi non dedissem, quia nec fuisset vnquam fortasse manumissurus? **D**ic. **C**ondictio species quædam euictionis est, quæ tollit intellectum factæ solutionis, ut in *l. si patroni 55. §. ult. infr. ad S. Trebell.* Atqui si non tibi dedissem Stichum, quasi debitum, cum esset reuera indebitus, tu neque operas eius aut ex operis quicquam lucri percepisses, neque bona ipsius aut hereditatem tanquam liberti tui, quia nec libertus tuus esse potuisset, qui à te manumissus nunquam fuisset. Nec tamen negare potes, quin & in hereditate illa & in operis factus sis locupletior per solutionem indebiti. Nulla ergo tibi sit iniuria si per conditionem indebiti auferam tibi omne id in quo locupletior factus es, quòdque hodie non haberes, si tibi indebitum non soluissem. Planè ut serui precium mihi reddas, non teneris, quia nec in eo factus es locupletior, nec dolo tuo factum est, quominus eatenus locupletior factus sis. Sed et si alio quam patroni iure hereditatem liberti acquisueris, non debeas ea res meum ius augere in causa conditionis, cum non quasi patronus id acquisueris, sed quasi alius quilibet *l. si verò 6. §. item quicquid i. fr. solut. matrim. l. si quis seruum 2. de action. empt. l. si paterfamilias 15. §. 1. supr. de adopt. l. debitor 9. §. ult. infr. ad S. Trebell.* Illud non est prætereitendum quod Accursius notat, aliam rationem esse heredis qui seruum à se ex legati causa præstandum siue sciens, siue ignorans manumisit. Hic enim omnimodo tenetur legatarius, ut saltem precium ei præstet *§. si res legata 6. l. i. de legat. l. si quis inquilinus 12. §. 1. delegat. 1.* quia omnimodè eum oneratum testator voluit, quam de iuncti voluntatem nullo ille facto suo potuit eludere. In proposito autem specie is, qui sciens indebitum seruum accepit, & manumisit, non tenetur nisi ex æquitate, nec rursus ex æquitate nisi quatenus locupletior factus est, aut per eum stetit, quominus factus sit, non est autem factus locupletior, nec pro locupletiore habendus, qui seruum ignorans indebitum accepit & manumisit, nec ea manumissione aliquid præter libertum acquisiuit, ut bene hic Accursius ratiocinatur. Sanè quod addit similem huic esse legatarium, qui cavit heredi vulgari cautione si cui plus quam per leg. facid. ut si res legata penes legatarium interim sine dolo malo pereat non teneatur heredi *l. 1. §. ult. & l. 2. & 3. infr. ill. Tit.* Ego non ita faciliè probare possum, qui video multum distare, an res debita facto suo pereat, an facto debitoris etiam iusto & cum bona fide coniuncto, itèmq; non generis, sed speciei debitorem esse legatarium, qui legatum accepit præstita cautione, quia nec solutio fieri vnquam potest in genere, sed semper in specie, ut diximus ad *§. in frumento supr.*

19. §. 1. l. si non sortem 26. §. indebitum & ad l. repetitio 44. supr. hoc tit. in quibus locis omnibus eadem sententia proponitur, quæ in hoc §. nisi quod hic apertius exprimitur, quantum ad indebiti conditionem pertinet.

pertinet, indebitum dici non si quis simpliciter soluat, quod ipse non debeat, alius verò debeat, sed si cum nihil ipse debeat, soluat tamen quasi debeat: quo casu verè indebitum est, quod soluitur, licet ei qui solutionem accipit, hoc ipsum quod soluitur ab alio debeat: Ideòque condictio indebiti danda est ei qui soluit, nec locus est regulæ quæ negat

repetitionem vllam esse ab eo qui suum recepit, licet alius soluerit, quam qui debuit *dic. l. repetitio.* Procedit enim illa regula quoties is qui soluit alieno nomine soluit, & quasi alius, non quasi ipse debeat *l. cum quis 38. §. de pectilio in fin. infr. de solut. l. si quid possessor 31. in princip. De hered. petit. supr.*

66. PAPIANVS libro 8. Questionum.

Hæc condictio ex bono & æquo introducta, quod alterius apud alterum sine causa deprehenditur, reuocare consuevit.

Ad l. Hæc condictio 66.

Non aliam habet hæc lex dubitandi aut decidendi rationem, quam quæ ad totum hunc Titulum pertinet, adeo quæ ad vniuersum tractatum de conditionibus. Non enim videbatur permittendum ei, qui facto suo dominium rei suæ in alium transfuisset, ut contra factum suum veniret, & ab aduersario suo dari sibi debere intenderet, quod prior ille aduersario dedisset, cum nemini permittendum sit, ut contra factum suum veniat, si modò factum illud à iure non sit improbatum *l. post mortem 25. supr. de adopt. l. vlt. C. de pact. int. empt. & vendit.* Sed tamen æquitas, quæ omnes omnino conditiones induxit & repetitiones *l. pen. in fin. infr. ad S. Trebell. l. cum hi 8. §. si quis de alimentis vers. sanè supr. de transact. non patitur, ut ex aliena iactura quis locupletetur l. iure natura 106. de regul. iur. l. nam hoc natura 14. supr. hoc tit.* Ideòque quod ex alieno apud alium sine causa nulloque iure esse reperitur, ex bono & æquo auocatum est, ut ex aliena iactura quis locupletetur naturalis est & gentium *l. rerum 25. infr. Rer. amor. l. prox. §. quod ob rem supr.* Excipit tamen Accursius casum *l. 1. §. interest infr. si ventr. nomin. mulier in poss. miss.* quasi quod ibi penes mulierem etiam sine causa esse deprehenditur, ab ea tamen auocari non possit, sed malè ibi agitur de fructibus à muliere in possessionem missa ventris nomine bona fide consumptis, qui proinde nec amplius penes mulierem esse deprehenduntur, nec sine causa cum & Prætoris auctoritate, & bona fide percepti, adeoque etiam consumpti sint. Nec valde refert, an quod alienum fuit

tale manserit, an verò factum sit accipientis: nisi quod posterior hic casus inducit conditionem indebiti, quæ omnimodo exigit, ut quod alienum fuit, translatum sit in alium facto & voluntate domini, factumque sit accipientis *l. si in area 33. supr. hoc tit.* Prior verò casus potest inducere conditionem sine causa, quæ generaliore causam habet quam conditio indebiti: nec aliud requirit, nisi ut quod etiam hodie alterius adhuc est, apud alium tamen sine causa esse deprehendatur: quod cum accidit, possessio quidem frequentius quam dominium in conditionem venit [est enim conditio interdum solius etiam possessionis à dominio seiunctæ, adeòque conditio indebiti, ut vidimus in *l. indebiti 15. §. sed si nummi supr. hoc tit.*] sed tamen potest fieri, & verò sit plerumque, ut per conditionem sine causa etiam dominium auocetur, nempe quod non facto prioris domini, sed alia quavis ratione ad possessionem peruenerit, dummodo sine causa penes eum hodie sit *l. 2. 3. & 4. & pass. infr. Tit. prox. l. 2. 3. & 4. C. de condit. ex leg. & fin. caus. l. seruus quem 30. vers. secundum que infr. de action. empt. & l. si & me & Titium 32. supr. de reb. credit.* quam de conditione sine causa accipientem esse rectè scripsit Cuiacius ad hanc legem. Nam ut idem Cuiacius in Paratilis docet, conditio sine causa concurrens quidem plerumque cum conditione indebiti, cæterisque conditionibus, sed interdum tamen etiam sola datur, ut in specie *d. l. si & me & in l. 2. infr. Tit. prox.* intellige ergo hanc legem quomodo voles, aut de conditione indebiti, aut de conditione sine causa, dum ne condictiones istas confundas. Iunge quæ scripti ad *d. l. prox. §. quod ob rem supr.*

67. SECVOLA libro 5. Digestorum.

Stichus testamento eius, quem dominum suum arbitrabatur, libertate accepta, si decem annis ex die mortis, annuos decem heredibus præstitisset, per octo annos præfinitam quantitatem, ut iussus erat, dedit: postmodum quam se ingenuum comparit: nec reliquorum annorum dedit, & pronuntiatus est ingenuus: quæsitum est, an pecuniam, quam heredibus dedit, ut indebitam datam repetere: & qua actione possit? respondit, si eam pecuniam dedit, quæ neque ex operis suis, neque ex re eius, cui bona fide seruiebat, quæ sita sit, posse repeti.

Ad l. vlt. Stichus testamento.

RAT. DVB. Conditio indebiti non habet locum, nisi cum aliquid datum est ob causam præteritam, eamque sui naturæ obligatoriam *l. damus 52.*

ubi diximus *supr. hoc tit.* Atqui cum Stichus testamento eius quem dominum suum arbitrabatur, libertate accepta sub ea conditione, si per decem annos continuos decem heredi præstaret, decem per octo annos præstitit, non ob causam præteritam præstitit, sed ob futuram, ut scilicet post decem

nium libertatem directam ex defuncti testamento consequeretur: quæ tamen causa non potest sequi in persona eius, qui iam tum & liber & ingenuus erat, qui que talis per sententiam pronuntiatus est. Nec enim qui iam liber & ingenuus est, magis liber & ingenuus fieri potest, neque dubitandi causa vlla relinquatur, quin talis sit post sententiam de ingenuitate redditam, quæ pro veritate habetur *l. ingenuum 25. supra de stat. homin. l. res iudicata 208. de regul. iur.* Ergo quod per octo annos præstitum est per conditionem indebiti repeti non potest. Atque ita Accursius noster & Azo sentiunt, existimantes legem hanc quæ dat Sticho repetitionem intelligi debere de conditione ob causam dati causa non secuta ex *l. 3. §. si liber homo supra de condit. caus. dat. caus. non secut. l. cum ancillam 6. l. si liber 9. Cod. eodem.* Quod tamen Bartolus non probat, veriore existimans Itnerij sententiã, qui de conditione indebiti responsum hoc intelligebat. Nec aliud mihi iudicium est, sed non ratione illa qua potissimum mouetur Bartolus, quod vnaquæque lex debeat intelligi secundum naturam tituli sub quo posita est ex *l. Imperator 16. infra de in diem addit.* [non enim ita scripsit Scæuola sub Tit. de condit. indeb. sed libro quinto Digestorum, & constat in libris nostris multas leges esse sub alienis Titulis collectas, quas ideo nec malè fugitias solet Cuiacius dicere] At potius, quia mera iuris ratio facit, vt de indebiti conditione lex hæc intelligi debeat, nimirum quia in hac specie non immediatè ob causam futuram libertatis aquirendæ, data fuerat pecunia ne ab eo qui sciebat se non teneri, vt malè Azo credidit [alioquin non posset repetere, qui se ens dando indebitum donasse videtur *l. cuius per errorem 53. de regul. iur. l. si quis 24. l. si non fortem 26. §. indebitum l. quod quis 5. supra hoc tit.*] sed ob causam præteritam adferri, ut conditionis testamentariæ, eiusque implendæ gratia sed per errorem. In quod differt hæc species ab illa, de qua in supra dictis legibus quæ dant conditionem ob rem dari non secuta, Cui tum demum locus est, cum quis iam liber pecuniam dedit ad hæc immediatè, vt manumittatur: non etiam vt pareat conditioni. Causa enim dandæ pecuniæ nulla est in persona eius cui adscripta condicio est, id promerendam libertatem cum iam liber esset, vt & in specie *l. si cui hereditas 34.* vbi diximus supra. Aliaque ratio est eius de quo in *l. 1. §. 1. supra de condit. caus. dat.* id est, qui pecuniam dedit implendæ conditionis causa, vt hereditatem sibi acquirere posset, quam postea vltro repudiauerit. Habuit enim is causam dandæ pecuniæ vel ob hoc ipsum, vt hereditatem repudiare posset, quam

I ¶ Tutor creditori pupilli sui plus, quam debebatur, exsoluit: & tutelæ iudicio pupillo non imputauit. quæro, an repetitionem aduersus creditorem haberet. respondi, habere.

Ad §. 1. Tutor.

RAT. DVB. Cum indebitum tutor impuberis nomine numerauit, impuberis non tutoris conditio est *l. cum indebitum 57. supra.* Nunquam enim tutores aut procuratores alieno nomine soluentes repetunt, siue suam, siue pupilli aut domini pecuniam soluerint *l. si procurator 6. in fin. supra.* quia scilicet non suo nomine soluerunt, sed alieno, vt ibi diximus. Ergo non est adhibenda distinctio, quæ hinc adhi-

porò repudiare non poterat, antequam esset delata *l. 1. §. decretalis infra de success. edit. l. illud 77. de acquir. hered.* nec rursus delata poterat videri hereditas ante impletam conditionem *l. facta 63. §. si sub condicione ad Senatusconsultum Trebellianum l. ei qui 13. de condit. instit.* Proinde secuta repudiatione conditioni locus est non indebiti, sed quasi re non secuta. At in specie quam tractat hinc Scæuola, non subest aliqua causa dandæ pecuniæ, ne quidem implendæ conditionis gratia, cum iam liber & ingenuus esset Stichus cui adscripta fuerat condicio ad libertatem promerendam, cum iam liber esset, & ingenuus.

a Respondit, si eam pecuniam dedit. Proposita erat Scæuolæ duplex quæstio, an in hac specie repeti posset pecunia per octo annos soluta ab eo, qui obligatum se putabat, vt per decem annos continuos decem annua heredi præstaret conditionis implendæ causa. Item qua actione repeti deberet. Et quidem ad posteriorem quæstionem nihil respondet Scæuola quasi absurdus, inquit Accursius. Idem fortasse, quod dubitari quidem poterat: vtrumne conditio indebiti competeret, an potius ob rem dati re non secuta, quæ vix vnam possunt concurrere *l. damnus 52. supra.* Sed de conditione sine causa, quæ generalior est, dubitari non poterat, quin ea saltem competeret, quando quidem & cum aliis præteritæ competit, & sola præteritæ datur, vt diximus ad legem præcedentem. Sed ad anteriorem quæstionem propositam, quæ plus habet difficultatis, respondet Scæuola cum distinctione, si eam pecuniam Stichus dedit, quæ neque ex operis suis neque ex re eius cui bona fide seruirebat quæ sita sit, repeti pecuniam posse. Quæ distinctio dubitandi rationem illam habet, quod per liberam personam nihil alij quæri possit *l. solutum 11. §. per liberam infra de pignor. act. l. stipulatio ista 38. §. alteri de verborum obligationibus l. 1. Cod. per quas person. nob. acquir.* Sed fallit ea regula in libero homine bona fide alij seruiente. Acquirunt enim tam ex operis suis, quam ex re illius, cui bona fide seruit suo possessori. Ex aliis vero causis omnibus sibi *l. acquiruntur 10. §. idem placet l. qui bona fide 23. in princ. de acquir. rer. do. min.* Ergo quod ex operis suis vel ex re bonæ fidei possessoris acquirunt Stichus soluerit, non est æquum vt possit repetere, cum non ex sua sed ex ipsius possessoris pecunia soluerit. Sunt enim omnes hæc quæstiones quæ de conditionibus occurrunt ex bono & æquo diiudicandæ *l. prox. & l. in summa 65. §. quod ob rem l. indebiti 15. supra hoc tit. l. si & me 32. supra de reb. cred. l. cum hi 8. §. si quis de alimentis vers. sanè supra de transact. l. pen. in fin. infra ad SC. Trebell.*

betur à Scæuola: vtrum tutor in reddendis tutelæ rationibus eam pecuniam quam impuberis nomine soluit, ipsi reputauerit necne, sed in distinctè dicendum est, denegandam ei conditionem, quasi nullum damnum sentiat qui ex culpa sua sentit, cum imputare sibi debeat, cur non reputauerit, cum posset. DEC. Quod impuberis nomine solutum consequi tutor potest, siue directa tutelæ actione siue contrario & vtili tutelæ iudicio, eius conditionem habere quidem tutor non debet, sed pupillus cuius nomine indebitum tutor soluit: sed quod

quod consequi & repetere à pupillo non potest, id cum repetere ab eo qui indebitum accepit æquissimum est, ne alioqui in damno ipse maneat, qui autem indebitum accepit ex ipsius iactura locupletetur contra naturalem æquitatem *l. nam hoc natura 14. supra.* At qui tutor qui actione tutelæ à pupillo conuentus rationes ei reddidit, nec quod indebitum eius nomine soluerat ipsi reputauit, nulla amplius ratione indemnitate consequi à pupillo potest, quia non nisi semel tutelæ agi potest, nec rursus contrario tutelæ iudicio postquam semel directo actum est, cum sufficiat directum non minus tutori quam pupillo, si quid ille vicissim tutori reputa-

re aut ab eo petere velit. Non enim coparatum est contrarium iudicium tutelæ nisi ne cogatur tutor expectare, vt pupillus agat tutelæ si forte tardius agere velit, quia sciat se tutoris sui esse debitorem *l. 1. §. vlt. de contr. tutel. & vtil. act. iunct. l. nisi finita 4. in princ. & si adhuc & l. si cum adhuc 16. de tutel. & Rat. distr.* Ergo alterutrum venire necesse est vt vel in damno maneat tutor, qui per errorem soluit indebitum, nec id pupillo actione tutelæ reputauit, & ex eius damno fiat locupletior falsus creditor, aut vt danda ei sit contra falsum creditorem, qui indebitum accepit indebiti conditio.

2 ¶ Titius cum multos creditores haberet, in quibus & Seium, bona sua priuatim facta venditione, Mæuio concessit, vt satis creditoribus faceret: sed Mæuio soluit pecuniam Seio tanquam debitam, quæ iam à Titio fuerat soluta. quæsitum est, cum postea reperiantur apochæ apud Titium debitorem partim solutæ pecuniæ, cui magis repetitio pecuniæ indebitæ solutæ competit, Titio debitori, an Mæuio, qui in rem suam procurator factus est? respondi secundum ea, quæ proponerentur, ei, cui postea soluisset.

Ad §. 2. Titius.

RAT. DVB. Ita quidem est, vt cum duo non simul & pariter, sed diuersis temporibus eiusdem obligationis quantitatem soluerunt, conditio indebiti danda sit ei, non qui prior, sed qui posterior soluit, cum prior solutio ritè facta [de hac enim sola loquimur] indebitam fecerit pecuniam, quæ posteriore solutione continetur *l. cum duo 25. supra hoc tit.* Sed tamen constat, ita hoc verum esse, si is qui posterior soluit, non alieno, sed suo nomine soluerit. Semper enim cum de conditione quæritur, inspicendum est, non iam quis soluerit, aut ex cuius pecunia, quam cuius nomine solutum sit, vt proximè scripsimus ad §. præcedentem ex *l. indebitam 47. & l. in summa 65. §. vltim. supra eodem.* Atqui ponimus Titium quidem qui in huius §. specie verus fuerat debitor, priorem soluisse, posteriorem verò Mæuio, sed hunc tamen tanquam procuratorem Titij & ex conuentione cum Titio facta, vt creditoribus eius omnibus satisfaceret. Ergo Titij nomine non suo, ita vt quod Mæuio solutum sit, Titius ipse soluisse videatur. Quid enim refert an per se quis soluat, aliudve quid faciat, an per procuratorem? *l. si procurator 6. supra hoc tit. l. ita autem 5. §. quod si quis infra de admin. tutor.* Cum igitur Titius ille sit, qui vtramque solutionem fecisse intelligitur, priorem quidem per se, posteriorem verò per Mæuio. Cui obsecro alij quam Titio pecuniæ bis solutæ conditio potest competere? DEC. Quod facit procurator in rem suam constitutus facit quidem alie-

no nomine, sed ad suum tamen commodum, subdique periculo. Et idem perinde habendus est, ac si suo nomine faceret, ita vt nec ab eo qui procuratorem ipsum constituit reuocari possit, mortuoque procuratore re integra transeat mandatum etiam in eius heredes *l. illam 33. Cod. de donat. l. qui stipendia 9. Cod. de procur. vbi dicitur militem quamuis inoffensa disciplina militari alterius procurator esse non possit, in rem tamen suam honestè fieri procuratorem posse, cum eocasu rem suam non alienam gerat, tamen contentio ex alterius persona bona fide sumatur. Atqui ponimus Titium cum plurimos haberet creditores, priuatim facta venditione bonorum suorum omnium, ea concessisse Mæuio, ita vt creditoribus omnibus satisfaceret; eaque lege bona Titij omnia sibi haberet: quomodo etiam donatio fieri interdum solet *l. hereditatem 28. infra de donat. l. cum res 22. Cod. eod. tit.* Atque ita Mæuio in rem suam factum esse procuratorem à Titio. Ergo si Mæuio soluat, quod iam Titius soluerat, danda conditio est non Titio sed Mæuio, quia & posterior soluit & suo nomine soluisse intelligitur. Iunge *l. si quis in rem suam 28. iunct. §. vltim. legis præced. supra de procurat. l. 3. supra Famil. eriscund.* De apochis autem de quibus hinc agitur & de antapochis videtur *l. plures apochis 19. Cod. de fid. instrum.* Apocha fit in fauorem debitoris de recepto, Antapocha verò in fauorem creditoris de soluto, ne possit debitor negare se in præteritum soluisse, quod in posterum quasi tutus præscriptione nolle soluere. Et ita bene hinc Accursius.*

3 ¶ Idem quæsit, an pactum, quod in parationibus adscribi solet in hunc modum, *Ex hoc contractu nullam inter se controuersiam amplius esse*, impediatur repetitionem? respondi, nihil proponi, cur impediret.

Ad §. 3. Idem quæsit.

RAT. DVB. Non potest exerceri conditio indebiti, vt nec alia vlla actio sine lite, multo minus

sine controuersia aliqua quæ litem semper præcedit *l. sed etsi 25. §. si ante supra de hered. petit.* Ergo pactum quod adscribi solet in parationibus, id est, in computationibus hinc inde ita factis, vt nihil debeat vt in *l. Iulius Paulus 81. infra de condit. & de-*

monstr. l. Stichus 40. in fin. de statulib. subiecta etiam mutua stipulatione Aquiliana in hunc modum, ex hoc contractu nullam inter se controuersiam amplius esse fieri non potest, ut in sui generalitate conditionem quæque indebiti non contineat, quasi ei renunciasse intelligitur is qui nullam aduersario controuersiam se amplius facturum promisit. Cùm enim possit quilibet fauori suo renunciare, & iuri pro se introducto l. si index 4. supra de minor. l. penult. C. de pass. quidni etiam conditioni indebiti renunciare pro arbitrio poterit, siue expressè, siue tacitè, is qui indebitum soluit.

D e c. Conditio indebiti non alij datur quàm ei qui per errorem & putans se debere soluit: alioqui donasse uideret non soluisse, si prudens & sciens soluerit l. cuius per errorem 13. de regul. iur. l. 1. l. si deicommissum 62. & tot. hoc tit. Atqui errantis nulla voluntas, nullus consensus est l. si quis per errorem 15. supra de iurisdic. l. 2. in princip. supra de iudic. l. nihil consensus 116. §. vltim. de regulis iuris. Implicat ergo contradictionem, ut qui soluendo indebitum acquirit sibi conditionem indebiti, cogitet de amittendo eius auxilio & beneficio, cùm acquiratur conditio soluenti extra id quod agitur, ut eleganter scriptum est in l. si quis 13. in fin. in fr. Commod. Et qua error sciuitate soluit indebitum, eadem & conditioni indebiti renunciasse credendus esset. Quod tamen si apertis expressisque uerbis fecisset, adiecta etiam clausula, quam Bartolus à notario additam supponit, *sciens se non debere*, utique admitterem nullum conditioni locum superfore, at non propter renunciationis clausulam, ut vulgo nostri male autumant, sed quia nec ab initio vlla vn-

4 ¶ **Lucius Titius Gaius Seio** minori annis viginti quinque pecuniam certam credidit, & ab eo aliquantum usurarum nomine accepit, & Gaius Seius minoris heres aduersus Publium Mæuium à præside prouinciæ in integrum restitutus est, ne debitum hereditarium solueret, & nec quicquam de usuris eiusdem fortis, quas Seius minor annis viginti quinque exsoluerat, repetendis tractatum apud præsidem, aut ab eo pronuntiatum est. quæro, an usuras, quas Gaius Seius minor annis viginti quinque, quoad viueret, creditori exsoluerat, heres eius repetere possit? respondi secundum ea, quæ proponerentur, condici id, quod usurarum nomine defunctus soluisset, non posse. Item quæro, si existimes repeti non posse, an ex alio debito heres retinere eas possit? respondi, ne hoc quidem.

Ad §. vlt. Lucius Titius.

RAT. DV B. Fieri hoc potest, ut si fors principalis non debeat, usuræ fortis vllæ debeantur, quia sublato principali accessorium quoque tolli necesse est l. eos 26. Cod. de usur. l. cum principalis 178. de regulis iuris. Ergo posteaquam petita restitutione in integrum aduersus debitum fortis, pronunciatum est pro herede minoris sortem nullam deberi, consequens necessarium esse videtur, ut de usuris quoque cognitum & pronunciatum intelligatur, debitas nullas fuisse, ac proinde repetitionem earum quas minor quasi debitas soluerit, locum esse. Præsertim cùm terminato per sententiam principali negotio, nulla de usuris aut fructibus lis superesse possit vel debeat, ac vnus litis finis alterius præ-

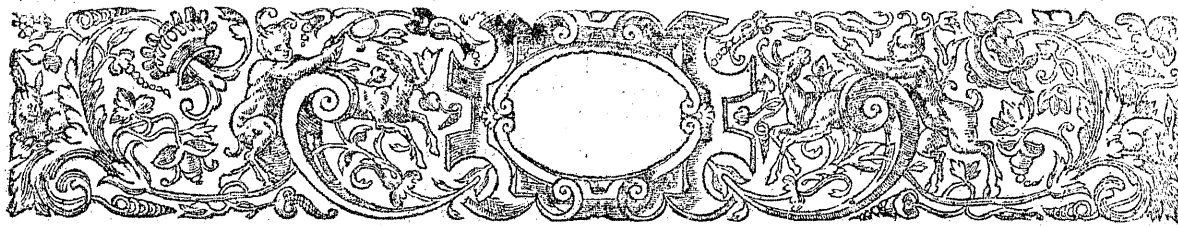
quam competisset ei, qui sciens indebitum soluisset, siue ea mente soluisset, ut postea repeteret, siue simpliciter l. quod quis 50. supra l. indebitum 9. C. eodem. Stulta igitur hoc casu renunciatio est, & inutilis, tanquam facta iuris non competentis. Quinimò dicerem pactum hoc, quoniam haberet vim expressæ donationis, non aliter valere posse moribus nostris, quibus omnes omnino donationes cuiuscunque donationis, & quoquomodo factæ, dum ne fauore nuptiarum & in contractu matrimonij, egent insinuatione, quàm si fuerit insinuata. Cùm tamen quod quis sciens indebitum simpliciter soluit, non eo magis repeti possit, quod donatio, quæ per eiusmodi solutionem facta esse intelligitur, non fuerit insinuata. Insinuationem enim requirunt donationes expressæ, non quæ tacitè duntaxat factæ intelliguntur. Denique generale est, ut executiue clausulæ, id est, quæ in vltima contractus parte circa ipsius executionem apponuntur, nihil vnquam addant dispositiui, sed potius ex natura principalis contractus interpretationem accipiant: quod optime probare noscitur solent ex hoc potissimum §. & ex l. vltim. Cod. de non numer. pecun. l. si decerta 31. Cod. de transact. l. tres fratres 35. l. emptor 47. §. Lucius supra de pact. Tunc autem maxime hoc procedit, inquit Bartolus, quando ille qui huiusmodi generalibus clausulis niteretur, esset in dolo. Nunquam enim dolus incognitus remissus intelligitur, aut cùm error renunciantis proficisceretur ex testamento incognito, ut in l. vltim. Cod. de reb. credit. l. de his 6. supra de transact. l. Lucius 78. §. vlt. inf. ad SC. Treb. l. vlt. §. vlt. de leg. 2.

beat exordium l. terminato 3. Cod. de fructibus & lit. expens. l. 4. Cod. de deposit. l. qui per collusionem 49. §. 1. in fr. de action. empt. Adde quòd in integrum restitutionis proprium est, ut omnia reponat in pristinum statum, nec minus quantum ad usuras & fructus, quam quod ad sortem ipsam aut fundum attinet l. quod si minor 24. §. restitutio l. patri 27. §. si pecuniam supra de minor. l. vnic. Cod. de rebus. que sunt in iudic. in integr. restit. Alioquin non esset plena restitutio, quæ non in omnibus subueniret, ac omnia in integrum restitueret, l. 1. Cod. de sentent. pass. & restit.

D e c. Usuræ solutæ eius fortis quam constat debitam esse, non possunt esse indebitæ, quamuis neque per stipulationem adeoque nec nudo pacto promissæ sint l. si non sortem 26. in princip. vbi diximus supra hoc titu. Naturaliter enim eas debent satis agnoscit ille, qui soluit in vicem & remunerationem

zationem commodi quod ex aliena pecuniæ grauitate vlti percipit arg. l. cum debitor 8. in fr. in quibus caus. pign. vel hypoth. tacit. contr. Atqui ponimus usuras à minore solutas fuisse eius fortis nomine, quæ verè debebatur. Omnis enim restitutio in integrum præsupponit obligationem ipso iure tenere, contra quæ restitutio postulat. Alioquin nec egeret, nec vti posset restitutione is qui ipso iure tutus esset, quia nunquàm extraordinarium auxilium ei dandum est, cui ordinarij sufficit l. in causa 16. §. 1. supra de minor. l. si quidem 11. C. de prod. minor. Cùm ergo debita fors fuerit, usuras quoque eo nomine vltro solutas debitas quoque fuisse dicecundum est, non adhibita illa distinctione, quæ necessaria est, cùm de usuris a dhuic debitis nec lum solutis, & separato iudicio post litè de sorte peractam petitur agitur, an in obligatione sint, an tantum in officio iudicis d. l. qui per collusionem §. 1. de action. empt. d. l. 4. Cod. de dep. & d. l. terminato: quia postquam solutæ sunt, nullus de earum petitione, & an debeantur, tractandi locus superest, sed tantum de earum repetitione an restitui debeant, quasi nullo iure perceptæ. Atqui solutio spontanea facit esse debitas, quæ alioquin essent omnino indebitæ: nec restitutio in integrum quæ ex postfacto facit sortem indebitam, cuius tanquam debite nomine usuræ solutæ fuerant, ad usuras porrigi potest, quarum solutio per se tenuit ab initio & de quibus in iudicio restitutionis in integrum nihil tractari fuisse proponitur, & sententiæ omnes etiam quæ de restitutione in integrum late sunt, adeò stricti iuris esse intelliguntur, ut nunquam per interpretationem extendi debeant ultra id quod sententiæ verbis difertè comprehensum est, nec ad alia referri quàm quæ in iudicio acta & tractata sunt l. 1. & 2. C. de fideiuss. minor. Plane dubitandum non est, quin potuerit minoris heres sicut & minor ipse restitui in integrum aduersus usurarum solutionem, quia de omni eo quod à minore gestum est, si modo læsus sit, restitutionem in integrum petere, & minor ipse & minoris heres quilibet potest l. 1. l. ait prætor 7. in princip. supra de minor. in fr. l. non solum 6. de in integr. restit. Nec factè potest contingere, ut ratione fortis minor læsus fuerit, & restitueret, sed quin usurarum quoque nomine idem beneficium & auxilium mereatur. Sed aliud est, restitutionem in integrum etiam pro usuris solutis petere potuisse, aliud verò petiisse: quemadmodum supra diximus ad l. qui ob rem 35. hoc tit. aliud esse quem habere exceptionem, aliud verò habere posse. Sic & debitori qui non soluit, prodesse debere quod creditori suo satisfecerit, sed non prodesse quod satisfacere velit l. item liberatur 6. §. 1. in fr. quib. mod. pign. vel hypoth. soluit. An ergo poterit heres minoris post finitum de sorte principali iudicium restitutionis in integrum, pro usuris quoque tanquam indebitè solutis petere restitutionem? Ita putant Accursius & Bartolus, nec male, cùm alia res futura sit, quæ in posterius iudicium deducetur, nec tantum si minor aliquid promiserit, polliceatur ei prætor in integrum restitutionem, sed etiam si soluerit aut quid aliud omnino gesserit d. l. ait prætor in princip. Et quæuis non posset tractari de in integrum restitutione ratione usurarum, quin rei actanda esset questio de in integrum restitutione petita, & ià iudicata fortis nomine, non posset tamen ea res posteriorum quæstionem impedire prætextu exceptionis rei iudicatæ, quia euidenter iniquum esset, ei nocere exceptionem rei iudicatæ pro quo iudicatum esset l.

euidenter 16. in fr. de except. rei iudic. Cùmque in integrum restitutione minorum omnia expediantur cognitione prætoriana non iure alicuius actionis d. liquidum si minor 24. §. vlt. supra de minor. absurdum est quærere, an superstit aliqua actio, cui officium iudicis mercenarium, ut nostri loquuntur, subseruire possit necne de quo in l. qui per collusionem 9. §. de act. empt. Idque est fortasse quod Accursius & Bartolus de officio iudicis nobili hinc tractant, et si tota illa distinctio de iudicis officio nobili & mercenario tanquam commentitia nobis numquam placuit, & sapius à nobis reprobata est. Cæterum restitutionem in integrum ex hac causa peti omnino necesse est, ut hinc Scæuola respondit, neque simile est quod scribitur in l. quod in diem 7. §. si rationem in fr. de compensat. etiam petitionem illam cuius ratio in priore iudicio habita non est, in posteriore moueri posse, quoties in priore nihil de ea diffinitiuè pronunciatum est. Id enim tum obtinet cū res debita petitur. Usuræ autè de quibus tractamus omnino indebitæ sunt, nisi petita prius in integrum restitutione, per quam pronuncietur restitui eas debere. Quid enim si contra pronuncietur non debere restitui, siue per sortem, siue per imperitiam, aut quoquomodo per iniuriam iudicis id factum esset? Iudicij enim euentus semper dubius & incertus est l. posthumus 6. §. 1. supra de iust. restit. l. quod debetur 51. in fr. de pecun. Id eoque debitum dici nullo modo potest quod non nisi petita prius in integrum restitutione peti potest, cum nec sufficiat peti eam nisi concedatur. Quare ad rem non pertinet si quis obiciat debitum hoc usurarum factum esse indebitum per restitutionem in integrum pro sorte petita, & ià incipere esse sine causa penes creditorem, penes quæ fuerant antea ex iusta causa, quod sufficit ad inducendam conditionem, si non indebiti, saltem sine causa l. 1. §. vlt. in fr. tit. prox. Est enim ei conditioni locus quoties causa redit ad non causam. Respondemus enim non ita in hac specie contingere, quia etià post obtentâ de sorte restitutionem in integrum remanent nihilominus usuræ bene solutæ quoad earum quoque nomine petita & concessa restitutio non est. Potest quidem causa propter quæ usuræ bene solutæ sunt, redire ad non causam, scilicet si etiam earum nomine restitutio in integrum petatur & concedatur. Sed aliud est redire posse ad non causam, aliud vero iam rediisse, ut diximus. Eadem ratio facit, ut neque obponi possint usuræ istæ cum eo quod vicissim à minoris herede creditori debeatur. Et si enim in quoque quod naturaliter tantum debetur, in compensationem venire potest, perinde atque quod debetur civiliter l. etiam 6. in fr. de compensat. saltem tamen est naturaliter debitum ià esse, quod per in integrum restitutionem peti potest, quousque petita & concessa sit restitutio, quia vtrum concedenda sit, necne in causæ cognitione positum est, cuius euentus siue ob probationum incertitudinem, siue ob iudiciorum aleam, non nisi dubius & incertus esse potest. Idque est quod in vltima huius responsi parte Scæuola respondit, si ex alio debito eas usuras retinere minoris heres velit, iure scilicet compensationis, ne hoc quidem ei permittendum esse. Prius enim est, ut eas sibi vel naturaliter, vel civiliter debitas esse doceat (quod tamen nisi petita prius obtentâque in integ. restitutione facere non potest) quàm ut eas vel petere possit, vel compensare: nam & qui compensat hoc ipso quodammodo petit amplius 15. in fr. Rat. rem habet.



DE CONDICTIONE SINE CAUSA,

TIT. VII.

29. VLPPIANVS libro 43. ad Sabinum.

ST & hæc species conditionis, si quis sine causa promiserit, vel soluerit quid indebitum. quia autem promisit sine causa, condicere quantitatem non potest, quam non dedit: sed ipsam obligationem.

Ad leg. 1.

RA T. D. V. B. Videtur hæc conditio sine causa esse genus quoddam generalissimum conditionum omnium, potius quam certa quædam species à cæteris distincta, cum sub se comprehendat cæteras conditiones omnes tanquam genus suas species, quandoquidem cum omnibus concurrat, vt ex singularum enumeratione docet hic Accursius. Concurrit enim cum conditione indebiti, de qua diximus Tit. superiore, leg. hac conditio 66. ill. tit. Item cum conditione tam certi si certum petatur, quod penes alium sit sine causa, quam incerti si incertum, puta si quis promiserit aliquid sine causa, vt condicenda sit liberatio, quemadmodum in hac lege scriptum est *inuit. leg. certi 9. supr. de reb. credit.* Item cum conditione ob causam §. sed si ob causam & sequen. hac ipsa lege. Item cum conditione ob turpem, vel iniustam causam §. final. *infr. leg. perpetuo 6. supr. de condit. ob turp. vel iniust. caus.* Denique cum conditione furtiua, si forte fur, aut prædo fructus aliquos ex re furtiua, vel vi ablata perceperit. Nam & conditione furtiua tenetur, cum eorum fructum fecerit *leg. in re furtiua 8. §. vltim. infr. tit. prox. leg. si seruus 61. §. locauit. infr. de furt. & conditione sine causa, cum eos sine causa retineat leg. pen. Cod. hoc tit. de condit. ex leg. & sin. caus.* nempe si consumpti sint, vt iam eos vindicare dominus non possit; alioqui aut vindicandi sunt, aut condicendi conditione furtiua, quæ sola cum vindicatione potest concurrere §. sic itaque *Instit. de act.* non autem conditio sine causa quæ, cum vindicatione numquam concurrat *leg. vltim. supr. usufruct. quemad. caueat.* Ergo debuit Vlpianus hæc scribere, conditionem sine causa, esse genus potius, quam speciem conditionis. DEC. Conditio sine causa non potest dici genus, nec generalissimum, nec medium, quia non prædicatur tanquam genus de cæteris conditionibus, tanquam de suis speciebus. Ne quidem de iis cum quibus concurrat, sed de ea prædicatur conditio sumpta in genere, illa autem adiectio sine causa, dicit essentialiam differentiam à qua sumit propriam denominationem. Bene igitur Vlpia-

nus scribit, esse hanc speciem conditionis, non enim ob id minus species est, quod sit generalissima, vt Accursius noster loquitur, & cum cæteris quoque speciebus conditionis concurrat. Et præterea non semper concurrat cum aliqua ex cæteris, sed aliquando sola per se locum habet, vt diximus ad d. l. hac conditio 66. *supr. tit. prox.* & habet quædam specialia, quale illud est, vt detur etiam ex contractibus nominatis, quod non concurrat cum conditione, ob causam dati causa non secuta vt in *leg. prox. infr.* Quod in conditione ob causam dati causa non secuta dinerium est, quæ numquam datur ex contractu nominato, ne in eo fiat locus penitentiae *leg. si pecuniam 5. & leg. vltim. vbi diximus supr. de condit. ob caus. dat.* Ergo sine quis sine causa promiserit, sine etiam sine causa indebitum soluerit, & conditioni indebiti locus esse poterit, & conditioni sine causa, sed cum hac tamen differentia quantum ad hanc & illam conditionem, quod qui aliquid sine causa soluit, condicere eam ipsam quantitatem aliamve rem quam soluit, qui vero promisit duntaxat, non potest condicere quantitatem quam non dedit, (quamsis interdum possit fieri, vt condicatur etiam non data quantitas, si tale quid datum fuerit, quod in pecuniam verti necesse sit, vt monet hic Accursius ex l. si non sortem 26. §. libertus *supr. tit. prox.*) sed tantum ipsam obligationem: quomodo Vlpianus hæc loquitur, vt liberatio sequatur *leg. 3. infr.* Cuius tamen sententia male ab interpretibus nostris post Accursium sic accepta est, quasi Vlpianus differentiam his verbis voluerit ponere inter conditionem indebiti & conditionem sine causa, vt pro data quantitate competat quidem conditio indebiti, sed pro quantitate promissa, competat conditio tantum sine causa. Quod certe non ita est, ponit enim Vlpianus differentiam duntaxat inter quantitatem solutam & promissam, quod licet pro vtraque locum habeat duplex conditio indebiti & sine causa, aliter tamen atq. aliter vtraque exercetur, si quantitas data, vel promissa sit. Nam quantitate indebiti soluta datur & conditio indebiti & sine causa ad quantitatem ipsam: quæ tamen si tantum promissa sit, datur vtraque non ad quantitatem, quæ data non est, sed ad ipsam

ad ipsam obligationem. Error autem hic Accursij ex alio eoque perpetuo eiusdem errore fluxit, quo existimat separandam semper esse conditionem indebiti à conditione incerti, quasi conditio indebiti incerti nulla esse possit. Cum tamen verissimum sit, quod sæpius docuimus ad Tit. præcedentem, esse duplicem conditionem indebiti, vnam certi si certum quid indebitum solutum sit, aliam incerti si quid incertum cuiusmodi sunt obligationes omnes, & cætera quæ in genere & in re, non in specie consistunt, iteque ea quæ in facto *sed est me putem 22. §. 1. l. qui exceptionem 40. §. si pars supr. tit. prox. l. quod si nulla 60. de legat. 1.* Itaque quoties de obligatione, aut quod effectus idem est, de liberatione condicenda queritur, quæ vtraque iuris est,

incerti quidem conditione agere promissor debet ad liberationem *l. 3. infr. hoc tit.* Sed tamen conditione incerti indebiti si id promissor malit, non minus quam incerti sine causa. Et hic loci huius manifestus sensus est, in quo dat Vlpianus vtramque conditionem, & indebiti & sine causa non minus pro quantitate promissa, quam pro soluta. Nec leuior eiusdem Accursij error in eo est, quod putat nihilominus dari conditionem certi ad liberationem, & tum quoque cum agitur ad interesse. Quod est ridiculum, sicut enim id quod interest semper incertum est *l. vltim. infr. de prætor. stipulat.* ita nec fieri potest, vt incerti conditione vniquam petatur, sed semper incerti, vt pluribus docui ad d. l. certi conditio, & alibi sæpe.

¶ Sed etsi ob causam promisit, causa tamen secuta non est: dicendum est, conditionem locum habere.

Ad §. 1. Sed etsi ob causam.

RA T. D. V. B. Non sunt multiplicandæ actiones sine causa, vt neque cæntia inquirunt philosophi, *l. 1. supr. de public. in rem action. l. in nate. Saussey 31. infr. locat.* Atqui cum datum aliquid est ob causam, quæ secuta non fuit, competit hæc dubie conditio, quæ in eam rem specialiter comparata est, diciturque conditio ob causam dati causa non secuta de qua in *Tit. 4. supr.* Ergo nil necesse est in hoc eodem casu inducere conditionem sine causa: præsertim cum alio atque alio iure vtraque conditio censeatur: nam conditio quidem sine causa competit ex contractu etiam nominato *l. prox. infr.* At non ite conditio ob causam dati causa non secuta *l. si pecuniam 5. supr. ill. tit. de condit. caus. dat. caus. non secuta.* Et diximus proxime ad initium huius legis. DEC. Nihil vetat in vno eodemque casu plures actiones competere, vt eligendi arbitrium actor habeat, qua potius actione experiri malit *l. quod in herede 9. §. 1. infr. de tribut. act. l. cum filius 76. §. variis de legat. 2.* Est enim aliquando commodius vnâ agere quam alia, pro diuersitate personarum, aut extremorum, vt pragmatici vocant, in vnaquaque actione probandorum §. ceterum *Instit. quod cum eo.* Est autem aliquando commodius agere conditione ob causam dati, quam sine causa, vt puta, si is qui rem suam dedit, vt aliquid sequeretur malit re adhuc integra

id repetere quod dedit, quam id fieri & sequi propter quod dedit, siue penitentia motus siue quâ alia ratione *d. l. si pecuniam.* Quisquis enim agit conditione sine causa in potestate & arbitrio aduersarij relinquere videtur, an ex parte sua velit implere: implendo siquidem faceret, vt iam non posset dici penes eum esse sine causa, id quod accepisset: at non similiter is qui agit conditione ob causam dati causa non secuta. Satis enim ei ad victoriam, vt probet causam nondum esse secutam, licet paratus sit aduersarius facere, vt sequatur: quia nomen ipsam actionis respicit tempus præteritum, cum è contractio nomen conditionis sine causa ad nullum tempus certum restricta admittat quando cunque implementum, quandiu dati restituitio facta non est. Non ergo sunt impedienda conditio ob causam dati causa non secuta, propter conditionem sine causa, neque rursus hæc propter illam, sed vtraque si non semper & omni casu forsus necessaria, vtilis tamen aliquo casu esse potest. Sic & in conditione cautionis ante benenium vtraque conditio locum habet, quia nulla numeratione secuta verum est, & non esse rem secutam ob quam emissa cautio fuerat, & ideo esse instrumentum cautionis sine causa, penes eum cui non fuerat traditum nisi spe futurae numerationis *l. vlt. C. hoc tit. de condit. ex leg. & sin. caus.*

2 Siue autem ab initio sine causa promissum est: siue fuit causa promittendi, quæ finita est, vel secuta non est: dicendum est, conditioni locum fore.

Ad §. 2. Siue autem ab initio.

RA T. D. V. B. In contractibus & obligationibus omnibus initium duntaxat spectandum est, non progressus, aut exitus negotij *l. si tantum 12. infr. de SC. Maced. l. si procuratorem 8. in princip. infr. mandat. l. 1. §. si seruus deposuit 5. infr. de pos. l. 3. §. scio in fin. supr. de minor.* Ergo & in conditione sine causa dicendum est, spectandum esse initium, vt si ab initio iusta fuerit aliqua causa promittendi, licet eo finita sit, aut non secuta, conditio tamen sine causa locum habere non possit, quia verum sit causam non deuisse. DEC. Nihil refert, verum ab initio sine causa datum quid vel promissum sit; an vero causa propter quam datum est, vel non secuta sit, vel iam finita *l. 4. infr.* quia vtroque casu idem rei effectus est, qui semper attendi debet *l. 1. §. 1. supr. quod quisq. iur. l. pen. §. docere de 30. per quem factum erit l. debitor 59. vers. videamus infr. ad SC. Trebell.* Et semper verum est nihil præstitum esse ex parte eius qui ab

alio quid acceperat, vt vicissim daret aliquid vel præstaret. Proinde nullam potest iustam habere causam id retinendi, quod ob eam causam datum ei fuerat: & consequenter conditione sine causam teneri dicendum est. Cui conuenit, quod plerique prudentum veterum pro regula iuris habuerunt, irrita fieri ea quæ ad eum casum peruenerunt, à quo incipere non potuerunt *leg. quia in eum casum 36. supr. ad leg. Aquil. leg. debitor 82. de leg. 2. leg. existimo 98. de verb. oblig.* Quasi nihil interfit, an aliquid ab initio sit tale, an vero ex postfacto deueniat ad tale, vt Bartolus loquitur ad d. l. 4. *infr. l. iuris gentium 7. §. fin. autem supr. de pact.* Quamquam non placuit omnibus antiquis ea regula, præsertim Papiniano, vt constat ex *l. verbis 5. infr. ad leg. falcid. §. ex contrario Instit. de legat. dict. leg. existimo leg. in ambiguis 35. §. 1. de regul. iur.* Nec tamen ad rem pertinebit, si quis ex eodem Papiniano obijciat, quod scriptum est in *leg. cum filius*

76. §. heres meus delegat. 2. non videri in totum esse falsum quod veritatis primordio adiuvatur. Ibi enim tractat Papirianus de actione ex testamento nouata per stipulationem interpositam legati nomine, & ait posse non prorsus falso dici debitum adhuc ex testamento: quod post factam nouationem ex cautionali stipulatione debetur: nempe quia stipulationibus omnibus cautionalibus illud commune est, ut earum actionum quas nouant, naturam induant & vicem representent l. i. §. I. de prator. stipulat. vt scripsi pluribus lib. 3. Corneli. cap. 1. Itaque in specie rei effectum semper verum est, legatum testamento relictum & in stipulationem deductum

3 ¶ Constat id demum posse condicionali, quod vel non ex iusta causa ad eum peruenit, vel redit ad non iustam causam.

Ad §. ult. Constat.

Eadem serè dabitandi, & decidendi ratio est ad hunc §. quæ ad superiorem. Nam cum dicimus, posse conditione sine causa condici alicui, quod ad eum sine causa peruenit, initium rei inspiciamus, cum verò dicimus eadem conditione posse condici etiam id quod redit ad non iustam causam, effectum & exitum rei magis significamus, qui semper attendi potissimum debet, vt proximè diximus. Non autem quemadmodum id quod ab initio, ex iusta aliqua causa datum vel promissum fuit, potest facile ex post facto redire ad non causam, ita è contratio quod ab initio sine causa datum vel promissum fuit, redire potest ad iustam

causam, quæ nulla vnquam fuit. Redire enim nihil potest ad id à quo nunquam abscesserit l. filio 23. de liber. & posthum. l. si vnus 27. §. pactus ne peteret in fin. sup. de pact. At causa quælibet ided facile potest redire ad non causam, quia vnaquæque res incipit à suo primo non esse, & à suo esse ad primum illud non esse facile reuertitur. Obserua tamen aliud esse, si quis dicat causam rediisse ad non causam, aliud verò si quis dicat posse redire. Vt enim conditio hæc sine causa locum habeat, non sufficit causam posse redire ad non causam, sed illud omnino requiritur, vt iam redierit. l. vltim. §. vlt. sup. tit. prox. vbi diximus.

2. IDEM libro 32. ad Edictum.

SI fullo vestimenta lauanda conduxerit: deinde amissis eis, domino pretium ex locato conuentus præstiterit, posteaque dominus inuenerit vestimenta: qua actione debeat consequi pretiū, quod dedit? & ait Cassius, eum non solum ex conducto agere, verum & condicere domino posse. ego puto, ex conducto omnimodo eum habere actionem. an autem & condicere possit, quæ situm est, quia non indebitum dedit? nisi fortè, quasi sine causa ei datum sit, putamus condici posse. etenim, vestimentis inuentis, quasi sine causa datum videtur.

Ad l. si fullo 2.

R A T. D. V. B. Quod ex causa iudicati solum est, nunquam per conditionem reperitur propter rei iudicate autoritatem quæ semper & in omnibus salua esse debet, tum quoque cum per sordes, aut imperitiam, aliamve iniuriam iudicis malè iudicatum est, vt dixi ad l. seruo manumisso 58. sup. Tit. prox. ex l. i. C. eod. tit. de condic. indeb. l. si fideiusor 29. §. in omnibus infr. mandat. l. seruo 65. §. cum prator infr. ad Sc. Trebell. Nec est quod cum Accursio distinguitur hac parte conditionem indebiti à conditione sine causa, quasi per hanc potius quàm per illam venire quis possit contra rem iudicatam. nam vt bene cõtra Accursium disputat Bartolus, nulla vnquam actio dari potest, vt neque exceptio per quam liceat condemnato impugnare iudicatum, nec proinde hac in re maius privilegiū habere potest conditio sine causa, quàm conditio indebiti. Neque rursus dicere possis cum eodem Accursio, conuentum in hac lege fullonem extra iudicium, non autem in iudicio ad excludendam cõdemnationem. cum enim Vlpianus ponat conuentum cum actione ex locato, intelligit proculdubio conuentum esse in iudicio, nec enim quisquam actione aliqua extra iudicium conueniri potest: Quamquam non

statim conueniens est, vt secuta sit cõdemnatio, cum possit quis conuentus per iudicem soluere non expectata cõdemnatione quo casu dicimus omnia iudicia esse absolutoria §. vlt. Instit. de perpet. & tempor. action. Sed pauci sunt qui se in iudicio conueniri patiuntur, qui non etiam patiuntur se condemnari. Et ided cum legimus conuentum aliquem in iudicio postea soluisse, & præstidisse quod petebatur, in dubio præsumendum est soluisse ex cõdemnatione vt in l. rem mibi 21. infr. commod. Ergo si fullo vestimenta lauanda conduxerit, deinde amissis his conuentus actione ex locato, & condemnatus precium domino præstiterit, non est querendum qua actione repeti possit precium quod ex sententia & cõdemnatione solutum est. De conditione autem multo minus dubitari potest, quin non competat, cum fuerit omnimodo debitum precium quod à fullone solutum est post amissionem vestimentorum, quæ lauanda conduxerat. obligatus enim erat ex contractu, nulla etiam secuta cõdemnatione, vt vestimenta redderet, quibus amissis non poterat reculare, vt saltem pro vestimentis precium eorum solueret. Proinde nec sine causa videri potest precium illud vestimentorum ad dominum peruenisse, vt conditione sine causa potius quàm indebiti possit illud repetere. De c. Nihil

Nihil interest an ab initio datum aliquid sit sine causa, an ex post facto causa illa finita sit. §. vlt. l. prox. sup. & l. 4. infr. hoc tit. In propofita verò specie licet iusta causa fuerit dandi à fullone precij vestimentorum, quæ ille & lauanda conduxerat, & culpa sua amiserat (alioqui non tenebatur ex locato, si non leuem saltem culpam contraxisset l. si vt certo. §. §. nunc videndum infr. Commod. l. contractus 23. de regul. iur.) causa tamen illa dandi finita est, à quo tempore vestimenta illa reperta sunt & apud dominum esse coeperunt, ne & rem & precium habeat, vt ait Accursius ex l. eleganter 25. §. si quis post transactionem sup. tit. prox. cum alia dandi precij causa nulla fuerit, quàm amissio vestimentorum, & ne dominus re sua simulque precio carere cogere. Ergo æquum est dominum reddere fulloni precium non tantum actione ex conducto, quæ cum sit bonæ fidei, datur ad omnia quæ aut ex illo contractu, aut in cõsequentiã contractus ex bona fide præstari necesse est, §. in bonæ fidei Instit. de action. eiu. de quib. nec dicitur quicquid, nec cogitatur est l. in bonæ fidei §. inf. de eo quod corr. loc. Sed etiam conditione non quidè indebiti, quia negari non potest, quin solutionis tempore debitum fuerit, sed sine causa, quæ in eo maxime differt à conditione indebiti: quoties de iure debiti pronunciatum est, quod quisquis vult solum cõdicere hoc ipso impugnat iudicatum, quandoquidem indebitum esse contendit quod iudex debet pronunciat. At is qui conditionem sine causa exercet, non dicit indebitum fuisse solutionis tempore quod vnicum in conditione indebiti præcisè spectandum est, sed hoc tantum contendit, esse re hodie sine causa penes eum qui conuenitur, siue quod causa dandi ab initio nulla fuerit, siue redierit ad non causam vt in d. l. i. §. vlt. sup. l. 4. infr. l. 2. §. pen. ad leg. Rhod. de iact. l. sed adde 19. §. si quis cum infr. locat. l. 2. C. de re iudic. quod vtrique verum esse potest, etiam si & iudicati & solutionis tempore fuerit verè debita, vt in huius legis exemplo manifestissime apparet. Deniq; conditio indebiti respicit tempus præteritum factæ solutionis, conditio autem sine causa tempus præsentis propositæ actionis. Nihil ergo prohibet etiam post rem de precio soluendo iudicatum dari actionem fulloni ad conditionem precij per huiusmodi cõdemnationem sine causa, tanquam quæ nullo modo iudicatum impugnet non magis quàm actio ex conducto, per quam similiter precium repeti posse diximus, aut contrarium iudicium commodati in specie d. l. rem mibi 21. infr. ill. Tit. commod. aut exceptiones pleræque, quas dicimus opponi posse etiam post sententiam & in executione iudicati, quando scilicet tales sunt, vt non impugnent iudicatum: cuiusmodi sunt exceptiones solutionis, compensationis, ne quis supra id quod facere potest, conueniatur si sit ex iis personis quæ tale habent priuilegium, & alie si quæ sunt similes l. si cum militi 16. §. i. infr. de compensat. l. Neseimus 41. §. vlt. l. & exheredatam 49. infr. de re iudic. Liberum tamen est cuiuslibet, vt pro arbitrio dicat in hac specie cõdemnationem interuenisse aut non interuenisse, cum vtroque casu perinde futurum sit, vt conditio sine causa locum habeat, conditio autem indebiti denegetur. Vlpiani tamen verba magis suaderè videntur, non fuisse aliquam cõdemnationem fecerat: alioqui non prætermisisset ille rationem istam denegandæ conditionis indebiti, quod res esset iudicata dicit leg. 1. Cod. de condic. indeb. Nisi fortè verendum putabat,

Tom. III.

ne quis ex eo inferret, conditionem igitur sine causa dari posse etiam contra rem iudicatam: quod certè falsum est, nec bona esset collectio, dicitur sufficere differre conditionem sine causa à conditione indebiti, quod conditio indebiti nunquam datur post rem iudicatam, quia non posset eo tempore dari quin iudicatum impugnet, vt ostendimus: at conditio sine causa dari potest, etiam post rem iudicatam, dum ne contra. Maior tamen dubitandi ratio esse videbatur, propter quæ dari non deberet conditio sine causa, nempe quod sit illa subsidiaria, & ex bono & æquoduntaxat introducta, vt ceteræ conditiones omnes, quæ non ex contractu nascuntur l. hac conditio 66. vbi diximus sup. Tit. prox. idedque nec danda sit, quoties comperit alia actio ex contractu per quam actor ad suum commodum peruenire possit l. qui iniuriam 30. sup. eod. ill. tit. prox. Atqui comperit hic fulloni actio ex conducto, vt precium quod dedit restituatur, sicut & in specie d. l. rem mibi, contrarium iudicium commodati & actio item ex conducto in specie d. l. sed adde 19. §. si quis cum in annum infr. locat. Respondet Bart. aliud hac parte iuris esse in conditione indebiti, aliud verò in conditione sine causa, nec tamen vllam adfert rationem diuersitatis, idedque statim subicit verius esse, vt dicamus actiones istas competere ad diuersa: conditionem enim dari præcisè ad restitutionem soluti precij, actionem verò ex contractu alternatiuè ad hoc, vt vel reddatur res vel æstimatione. arg. l. in commodato 18. §. vlt. infr. commod. quod ego satis verè dicit arbitror, nec enim certè conditio danda esset ad id ipsum præcisè ad quod posset actio ex contractu competere l. vlt. vbi diximus sup. de condic. ob turp. caus.

Nisi fortè quasi sine causa. R A T. D. V. B. Videbatur fullo vestimenta, quæ amiserat, emisse dando eorum æstimationem domino, cum litis æstimatione facere soleat emptionem l. 2. infr. pro emptor. idedque dandam ei esse actionem, non modò personalem, siue ex contractu, siue conditio illa sit, sed vtilem in rem actionem, & Publicianam, dummodò culpa tantum non etiam dolo & fraude vestimenta amiserit l. eius rei 46. l. culpa 63. l. si qui dolo 69. & seq. sup. de rei vindic. vbi diximus. aut scitem quasi emptori nominis videbatur dandas esse contra dominum vtilis actiones dicit leg. si culpa. Plus enim cautionis est in re, quàm in persona l. plus cautionis 25. de regul. iur. Videnturque vestimenta abesse domino post solutam æstimationem, non tam ex causa prioris contractus, quàm ex noua causa æstimatione litis & præstite æstimationis l. si seruus 21. §. 1. versic. & ided in fin. infr. de iust. D e c. Multum interest, an precium præstetur tantum precium ipsius rei petita, an verò tantum precium culpæ quæ causam præbeat actioni, vt post Hugonem, & Iacobum Butrigarium, subtiliter distinguit Bartolus: soluta enim æstimatione vel acquirit dominus soluenti, sed non similiter æstimatione culpæ. Atqui cum ex contractu & ob culpam suam conuenitur à me is qui causam à me habuit, vt fullo in specie huius legis, & commodatarius l. d. rem mibi 21. infr. commodat. conueniuntur proculdubio ratione culpæ non ratione rei quæ non possident, quia eam amiserunt: non ergo possunt rei dominium sibi acquirere per solutionem æstimationis, sed tantum personalem actionem per quæ precium quod soluenti repetatur ab eo qui quæ rem ipsam habeat, pro quæ

PP. 3

precium solum fuerat. Quod longè diuersum est in eo, qui non ex contractu aliquo conuentus, sed tanquam rei possessor æstimationem præstat, ut eximat se à vindicatione, dominumque à petitione sua summoneat. Summo enim domino nulla fit ei iniuria, si dominium quod eius fuerat, in possessorem transferatur soluta æstimatione quasi contracta emptione: at fieret iniuria domino, & commodatori, si ob acceptam æstimationem culpa ab eo, qui ex contractu tenebatur, amitteret rei suæ dominium, de quo in illa actione non tractabatur: neque enim agebat tanquam dominus, sed quia fulloni vestiment a lauanda locauerat, aut alij rem commodauerat, perinde acturus etiam si aliena vestimenta aut lauanda locasset, aut commodasset. Quo tamen casu nemo diceret, acquisitum ei fuisse ex solutione precij dominium rei alienæ, aut dandam illi vtillem Publicianam ob precium eisolutum, qui dominus non fuisset. Simile est quod in depositi, locati, & commodati iudicio, quamquam dolo aduersarij res ablit, tamen condemnato fucurri solet, ut ei actionibus suis dominus cedat *l. in*

3. IVLIANVS libro 8. Digestorum.

Qui sine causa obligantur, incerti conditione^a consequi possunt, vt liberentur. nec refert, omnem quis obligationem sine causa suscipiat^b, an maiorem, quam suscipere eum oportuerit, nisi quod aliàs conditione id agitur vt omni obligatione liberetur: aliàs, vt exoneretur, veluti qui decem promissit, nam si quidem nullam causam promittendi habuit: incerti conditione consequitur, vt tota stipulatio accepto fiat. ac si cum quinque promittere deberet, decem promissit: incerti conditione consequetur, vt in quinque liberetur.

Ad l. Qui sine 3.

RAT. DVB. Obligatio facta sine causa videtur nullus esse in omni iure, vt Bartolus hic tractat, ex *l. cum de debito 23. §. ult. inf. de probat.* Sunt enim omnes obligationes ad hoc comparate, vt sibi vnusquisque acquirat, quod sua interest *l. stipulatio ista. 38. §. alteri de verb. oblig.* Nihil autem interest eius qui acquirendi causam nullam habet: aut si quis contra Bartolum velit defendere, quod verius est, tenere ipso iure obligationem etiam quæ facta sit sine causa, certum tamen est, posse eum qui ex eiusmodi obligatione & stipulatione agit, doli mali exceptione summoueri, quia licet ab initio nihil dolo malo fecerit, nunc tamen facit cum perverserit, ex ea stipulatione petere *l. 2. §. circa inf. de doli mal. except.* Quid ergo necesse est ei qui sine causa promissit, dari conditionem incerti sine causa, vt liberetur, cum possit tutus esse exceptione doli quoties contulerit, præsertim cum melius sit rei partes sustinere, quam a scotis *l. favorabilioris 125. de regul. iur.* Nec simile est si quis obliat, eam qui exceptionem habet non numeratæ pecuniæ, non eo minus actionem quoque habere, per quam cõqueratur de pecuniâ non numeratâ si vltro agere malit, quam ex pectore, vt cõueniam *l. si quasi 7. §. seq. leg. in contrah. lib. 1. in princip. C. de non numer. pecun. l. vlt. Cod. hoc tit. de condit. & leg. §. in caus.* Ita enim ius constituit in illa specie necesse fuit, quis exceptio non numeratæ pecuniæ semper temporalis fuit, & olim quinquennio concludabatur, hodie biennio *dist. l. in contrah. lib.* Non est autem in potestate illius cui competit exceptio non numeratæ pecuniæ vt supra quinquennium, vel biennium conueniatur *l. petenda 6. C. de tempor. in integr. restit.* Ergo ne esset in potestate improbi creditoris adimere illi exce-

positi *12. inf. de re iudic.* quod diuersum est in eo, qui dolo malo rem alienam possidet, aut dolo de fuit possidere *d. l. is qui dolo 69. §. seq. sup. de rei vindic. cat.* Is enim extrapria & improbitate sua actionem sibi acquireret, vt scriptum est in *l. nec quasi 70. eod.* quod esse non debet. itaque *fullo 12. §. 1. inf. de furt. ac in specie d. l. in depositi* acquirat sibi actionem beneficio cessionis depositarius, conductor & commodatarius, non ex sua improbitate, sed ex suo contractu, licet per improbitatem ipsius fiat, vt ex suo contractu cõueniatur. Et ita leges supradictæ quæ alioquin maxime pugnare iuuicem videntur, conciliandæ sunt, non quomodo ab interpretibus nostris, quorum plerique id quod scriptum est in *d. l. is qui dolo* referunt ad ius strictum, quod verò in *d. l. in depositi*, ad æquitatem. De lauandis à fullone instrumentis & quo ordine, quomodo fieri id deberet, præscripsit lex Metella, ad eò fuerant curæ omnia vel minima veteribus Romanis, vt ex Plinio, Cuiacio & Scaligero notat hic doctissimus & diligentissimus Gothofredus.

ptione, dilata in longius tempus actione, quæ quissimâ fuit dari ei actionem æquæ temporale de nō numeratæ pecuniâ, vt querelâ suâ quam iure exceptionis deferre nō poterat, antè quam cõueniretur, deferret iure actionis. At doli mali exceptio quâ in hac specie competere diximus, non similiter temporalis est, sed perpetua *l. pure 5. §. vltim. de doli mal. except.* Nullū ergo erat periculum amittendæ exceptionis propter quod etiã actio dari ei deberet, nã & dici solet, nihil interesse an quis actione nō habeat ipso iure, an verò eâ habeat quæ per exceptionem infirmetur *l. nihil. interst. 112. de regul. iur.* D E C. Interest eius qui obligatus est sine causa, siue etiam sine causa, vt quâ citò fieri potest liberetur, aut soluendo si sit verus debitor, aut citra solutionem si sine causa se obligauerit, nec tãtū vt liberari possit opposita exceptione si conueniatur, sed etiam proposita vltro actione conueniri vnquam possit. Nam & cum exceptio aliqua etiã perpetua cõpetit, periculum adhuc subest ne per errorem & imprudentiã omittatur *l. qui exceptione 40. sup. tit. prox. l. si fideiussor 29. inf. mandat.* quo casu cõdēnatio sequitur ac si nulla exceptio cõpeteret quia nec diuinare eam iudex potest, nec si sciat nō oppositâ supplete, cum sit facti. Tit. C. vt que desunt aduoc. part. ind. suppla. & fieri potest, vt exceptione etiam iusta & cõpetente reus vsus sit, nec eo minus tamen cõdēnatur siue per iniuriã iudicis, siue quod iniuriã damnationis causâ ipse culpa sua præbuerit vt in *l. exceptione 67. inf. de fideiuss.* Tutius ergo est, vt qui debitor dicitur nō tantū exceptionis, sed etiã actionis iure liberatione vrgeat, si consequi eam possit: quod commo- dè fit per acceptilationem, vt hæc lex docet, & *l. si quis reum 5. inf. de liber. legat. §. 1. Instit. quib. mod. tollit. oblig.* Secuta. n. acceptilatione, atq. ita sublata omni obli-

obligatione securus est is, qui antea debitor fuerat, cum amplius conueniri non possit. Nemo enim sine actione agere potest *l. si pupilli 6. §. vlt. sup. de negot. gest. l. quoties 9. §. & generaliter inf. de admin. tutor.* Qui autem conueniri non potest, nec condemnari potest, quia omnis condemnatio actionem præsupponit *l. inf. de re iudic.* ne quidem per iniuriã iudicis, quia nec sine actione dari quicquam iudex potest, cum dari actionem à Prætoribus post litem contestatam & dari formulam, aut iudicem, aut iudicium paria sint *l. 2. C. de pedum iudic.* Denique tutius est libera. i. quem ipso iure quam ope exceptionis, licet in dubio tutius sit, exceptionem sibi competentem obicere, quam quasi parta ipso iure liberatione exceptionem omittere *l. qui seruum 34. §. 1. inf. de oblig. & action.* Quod ergo is qui sine causa promissit potest habere doli exceptionem perpetuam si ex ea stipulatione conueniatur, non debet facere quominus etiam actio ei vltro danda sit, id est conditio incerti sine causa, per quam ad hoc agat, vt liberetur. Sic in *l. 3. C. de condit. indeb. l. si indebitum 15. C. de fideiuss.* Nec distinguendum est cum Bartolo, an causa nulla omnino in promissione expressa sit, an verò aliqua quidem, sed que in rei veritate vt ipse loquitur, et nulla. Nam & cum nulla protus expressa causa est in stipulatione, non eo minus tamen stipulatio tenet ipso iure vt ex ea conueniri promissor possit, ad eòque condemnari, si non sibi prospiciat opposita doli mali exceptione *d. §. circa.* solam enim verborum solemnitate requirit stipulatio, ad inducendam ipso iure obligationem, non item aliquam obligationis causam. Porro quo casu doli exceptio prodesse potest promissori si conueniatur, eodem casu etiam actio eidem accommodari potest & debet, vt liberationem vigere vltro, & consequi possit: condicere enim quantitatem non potest, quam non dedit, sed tantum obligationem *l. 1. vers. qui autem sup. hoc tit.* Ex quo loco iuncta hac lege apparet, effectum obligationis condicendæ, non aliam esse, quam vt liberatio sequatur. Et longè aliud esse condici obligationem, si quis propriè ac partitè loqui velit, aliud verò condici liberationem. Tum enim liberatio condicenda est, cum iam facta est, nec ad alium suum condicatur liberatio, quam vt is qui verè liberatus est, restituat se in obligationem vt in *l. 4. sup. de condit. caus. dat.* itaque sunt ista merè opposita, & contradictoria, Condici obligationem & liberationem: in quo plerique errant.

a *Incerti conditione.* Querit Accursius & post eum Bartolus, an hoc si nomen actionis alicuius, quæ specialiter dicitur conditio incerti, an verò qualitas quædam actionis ex eo nomen habens, quod deur ad rem incertam. Sed iam motui sepius præfertim a *l. 1. sup. & au. l. sed si me putem 22. §. 1. sup. tit. prox.* esse hanc tantū qualitatem & differentiam actionis: esse enim omnes conditiones, siue indubitæ, siue ob causam dari causa non secuta, siue ob turpem vel iniustam causam, siue hanc de qua agimus, siue causâ suâ furtiuam, aliàs certâ, aliàs incerti. Certi quoties certum petitur de quibus in *leg. certi conditio 9. sup. de reb. credit.* Incerti verò quoties incertum petitur, vt puta quanti actoris interest, aut vt aliquid fiat, puta acceptilatio ad inducendam liberationem, vt in hac lege. Quicquid enim consistit in faciendo per se incertum est *l. vbi autem 75. §. qui id quod de verb. oblig. & obligatio faciendi, si factam non sit, resolutur in obligationem & præstationem*

Tom. III.

eius quod interest *l. si quis ab alio 13. in fin. de re iudic.*
b *Nec refert omnem quis obligationem sine causa suscipiat.*
RAT. DVB. Non semper idè de parte ad partem iuris est, quod de toto ad totum, vt in specie *l. quando C. de distract. pignor.* vbi dicitur solato quidem toto debito pignus totū liberari, sed si quid vel minimum solutioni dedit aut fortis aut vsurarum, nullomodo liberationem pignoris contingere, ne quidem pro ea parte pro qua solutio debiti facta est, quamuis & pecunia quæ debetur diuidua sit, & fundus qui pignori datus fuit. Quod & scriptum est in *l. 1. & 2. C. de reb. vendit. pignor. imped. non poss. l. 1. & 2. C. si vnus ex plurib. hered. debet. vel credit.* Similiter igitur & in proposita specie dicendum est, si quis maiorem obligationem susceperit, quam suscipere debuerit, puta si decem promissit cum quinque duntaxat promittere deberet, aut in totum aut nulla penitus ex parte condicendam esse obligationem: & alioqui eueniat, vt vnus idemque contractus diuerso iure censetur, quod iuris ratio non facile admittit *vulg. leg. eum qui ades 23. inf. de vsucap.* De c. In his quæ omnino diuidua sunt, vt Bartolus hic loquitur, idem iuris est de parte quod ad partem, quod est de toto quod ad totum *leg. quæ de tota 76. sup. de rei vindic.* In hoc enim rerum genere vna quæque pars efficit suum totum non vniuersale sed particulare. Atqui obligationes omnes, quæ in quantitate consistunt, diuidua sunt *l. 2. de verb. oblig.* quia & quantitas ipsa diuidua est, sicut è contrario dicimus stipulationes non diuidi earum rerum quæ indiuiduae sunt *l. 2. l. 4. leg. stipulatio non diuiduntur 72. leg. in executione 85. §. pro parte eod. tit.* Potest enim fieri, vt ex decem promissis quinque promissa sint ex iusta causa, quinque verò sine causa: nec eadem semper causa est debendi decem, quæ debendi tantū quinque, cum in maior quidem summa minor insit, sed non contra *l. 1. §. si stipulatio eod. tit. l. in eo 110. in princip. de regul. iur. l. cum furti 9. sup. de in lit. iurand.* Consequens igitur est, vt in proposita specie, si is qui quinque tantum debebat, decem sine causa promissit, incerti conditione consequi debeat, vt non in totis decem, sed in quinque tantum liberetur: cum tamen si nullam causam promittendi habuisset, incerti conditione consequeretur vt tota stipulatio accepto fieret. Alia ratio est pignoris de quo in *d. l. quando C. de distract. pignor.* & aliis supra in dubitandi ratione adductis. Est enim pignoris causa indiuidua, vt Papinianus ait in *l. rem hereditariam 65. inf. de iust. nam nec verisimile est creditorē qui pignus accepit pro centum, vllam partem pecuniæ creditorum fuisse, si non est pignus datum pro totis centum fuisse *l. heredes 25. §. idem obseruatur sup. fam. ercisc. l. si rem alienam 9. §. omnia pecunia inf. de pignor. act.* Eademque causa est contractuum quos credibile est non fuisse contractores pro parte inuitos, vt euenit in emptio- nibus & donationibus in solutum *l. cum ex causa 139. inf. de verb. oblig.* nec enim credendus est venditor partem fundi venditurus fuisse ei cui totum vendidit, neque emptor partem fundi empturus quem totum emit, aut in solutum accepit *l. tutor 47. §. 1. sup. de minor. l. si quis aliam 46. inf. de solut.* ob incommoda nimirum communionis *l. si non sortem 26. §. si centum sup. Tit. prox. iunct. l. in re communi 26. urban. pr. edior. l. cum pater 77. §. dulcissimus delegat. 2.* At non similiter possis dicere, cum qui decem promissit, cum quinque duntaxat deberet, non æquè promissurum fuisse quinque, si stipulator quinque tantum non etiam decem suscipi-*

PP 4

Nihil refert, vtrumne ab initio sine causa quid datum sit, an causa, propter quam quid datum est, secuta non sit.

Ad l. Nihil refert 4.

RAT. DVB. & DECID. ad hanc legem eadem est, quæ ad §. pen. l. 1. *supr.* vbi eadem omnino sententia proponitur, nisi quod hinc Africanus tractat tantum de causa non secuta, Vlpianus verò in d. §. *penult.* de causa etiam finita, ac proinde secuta. Nec enim finiri posset, quæ nunquam secuta esset, nec initium habuisset *leg. Titio usufructus 96. infr. de condic. & demonstr.* Miror verò esse hunc casum ab Africano prætermisum, cum magis conueniat conditioni sine causa, quam casus ille quo causa secuta non sit: admittit enim ille & inducit maiore quodam iure conditionem sine causa, quam non æquæ possis inducere, si causa secuta sit & finita. Nomen enim ipsum repugnat conditioni ob causam da-

ti causa non secuta: contra verò cum causa quæ ab initio aliqua fuit, ex postfacto finita est, æquè locus esse debet conditioni sine causa, atque si nulla ab initio fuisset: quia verum est eo tempore quo agitur, quod in hac conditione maxime spectandum est, cum neque ad tempus præteritum respiciat neque ad futurum, iam nullam esse causam licet aliquando fuerit, non enim amplius est, quod finem essendi, vt ita loquar cum philosophis, iam accipit, ideo autem datur conditio sine causa secuta non sit, siue finita fuerit, quoniam alioquin utroque casu vt ex alieno damno locuples fieret is qui accepisset: quæ generalis ratio est inducendarum conditionum, & repetitionum omnium *leg. cum hi §. si quis de alimentis vers. sanè supr. de transact.*

5. PAPIANVS libro II. Questionum.

Avunculo nuptura, pecuniam in dotem dedit, neque nupsit, an eandem repetere possit, quæ situm est: dixi, cum ob turpē causam dantis, & accipientis pecunia numeretur, cessare conditionē: & in delicto pari potiorē esse causam possessoris, quam rationem fortassis aliquem secutum respondere, non habituram mulierem conditionem. sed rectè defendi, non tã turpem causam in proposito, quam nullam fuisse: cum pecunia, quæ daretur, in dotem conuerti nequiret. non enim stupri, sed matrimonij gratia daram esse.

Ad l. Avunculo vlt.

RAT. DVB. Cum ob turpem causam dantis & accipientis pecunia numeratur, cessat conditio, quia in pari delicto potior est causa possessoris *l. penult. supr. de condic. ob turp. caus. l. 2. C. eod.* Atqui turpes sunt & illicitæ nuptiæ inter auunculum & sororis filiam, adeoque neptem & proneptem, quia his per se avunculus loco parentis est *§. fratris autem iust. de nupt. l. sororis 39. infr. de rit. nupt.* Ergo si sororis filia auunculo nuptura dotem ei dederit, quævis postea non nupsit, dicendum est conditionem cessare, quia in eo vniuersæ turpitudine versatur. **DEC.** Matrimonij & dotis causa semper honesta est, & fauorabilis ob admixtam vtilitatem reipublicæ *l. 1. infr. solut. matr. l. 2. & 3. de iur. dot.* Atqui in proposita specie sororis filia auunculo nuptura dotem ei dedit, non stupri causa, sed matrimonij. Ergo non ob turpem causam, sed potius ob honestã: nec quod non nisi turpiter matrimonium inter huiusmodi personas sequi potuit, ad rem facit, nam præter id quod ponimus secutum non fuisse, nihil aliud ex eo inferre possis, nisi quod vult Papinianus, nullam hinc potius quam turpem fuisse causam dotis dandæ, cum ea pecunia in dotem conuertri nequeat, quia nec matrimonium sequi vllum potest, impossibilitate iuris quæ impossibilitati facti paritæ æquiparatur *l. filius 15. cum l. præced. infr. de condic. instit.* Dicendum igitur est, locum esse hoc casu conditioni sine causa: & ita Papinianus noster subtilissimè concludit, nam in conditione ob turpem causam proxima causa inspicienda est, non remota, vt bene hinc Bartolus tra-

ctat *ex l. 3. §. sed quod moxtrici supr. de condic. ob turp. caus.* In proposito autem causa proxima fuit dotis dandæ ob matrimonium, quævis tale matrimonium non nisi turpiter & illicitè contrahi poterit. Quid ergo si matrimonium secutum esset? Et quidem si contrahentes matrimonium, neque vis neque factam ignorarunt, nullam penitus habere possunt excusationem, nec dubitandum est, quin hoc casu non tantum lucra nuptialia, omnia eis auferenda sint *l. qui contra 4. C. de incest. nupt.* sed etiam dos ipsa fiat caduca *l. si quis 6. eod. tit. l. vxori maritus 27. infr. de usufr. legat. l. incesta 52. l. dote 61. infr. de rit. nupt.* Nam nec fœminis hoc casu parcitur etiam quoad pœnam ex legibus publicorum indiciorum irrogandam. Quamuis si sola iuris Romani observatio interueniret nec iure gentium incestum committeretur, esset mulier per iuris ignorantiam à crimine excusanda *l. si adulterium 38. in princip. & §. 1. & seqq. infr. ad leg. tal. de adult.* Solutus Bartolus tentat an dici possit mulierem etiam si vis & factum sciat, non eo magis tamen prohibendam condicere dotem quam dedit: & in eam sententiam procliuor est, vt non perdat dotem, quia eam habeat, non vt lucrum, sed vt quid sibi proprium, & ex causa onerosa, quasi neque ratione turpitudinis repelli debeat, vt Papinianus hinc respondit, neque ratione indignitatis, quippe quæ non ab alio ei posse obici quam à fisco, sed in hoc tamen fallitur. Nam vt melius docet Accursius, ne quidem ignorantia mulieris eã excusat ab amissione dotis, sed tantum à pœna criminis, nisi sit error facti, & quidem accersimus, vt loquitur *d. l. qui contra iunct. d. l. incesta & d. l. dote & d. l. si quis 6. C. de incest. & inutil. nupt.* & quod à Papi-

Papiniano in hac lege contra responsum videtur, non ad mulieris ignorantiam, & errorem sine facti sine iuris referendum est, (cum tractet Papinianus eum casum quo par delictum fuerit vtriusque contrahentium, quod tamen nullum esset, interveniente facti errore, quia neque consentiant, neque delinquant qui errant. Idque ex sequenti specie clarius apparet.) sed ad id quod non magis de facto, quam de iure fuerat secutum matrimonium, quo secuto aliud sapè Papinianus respondisset, non tantum ratione turpitudinis (ea namque ratio mulieri tantum adimeret conditionem non etiam dotem marito) sed ob id maxime quod propter contractum illicitum & dolo malo matrimonium dos caduca facta esset, & fisco applicanda *d. l. incesta d. l. dote l. 2. §. 1. d. l. Claudius 13. de his quæ vt indigni.* nisi talem proponeres mulierem, quæ non posset videri deliquisse, quod ab alio pura tutore suo, decepta esset vt in *l. vlt. de leg. 1.* loquitur enim de iis qui communem delinquenti causam habuerunt contrahendo prohibitas nuptias, vt in specie huius legis. Alioqui competeret mulieri quæ aut ius aut factum ignorasset conditio ob causam dati causa non secuta, quoniam ad conditioem illam impediendam non sufficit causam secutam esse de facto, si iure non habuerit effectum *l. 3. §. si liber homo de condic. ob caus.* Sed tamen hoc etiam, nisi fallor, æquè vale, quia id intelligi debet, quoties ea causa saltem aliquo casu sequi potest vt in *d. §. si liber homo.* nec eim per se impossibile est causam manumittendi, sed tantum in homine iam libero. Ceterum si absolutè sit impossibile causam sequi, ob quam aliquid datum est, non eo minus cessat repetitio, vt dicitur scriptum est in *l. dictam legem 8. C. de condic. ob caus. dator.* quia imputare sibi debet, qui vltro dedit ob causam aliquam, quam sciebat sequi nullo modo posse quasi & hic donasse videatur ex regula *l. cuius per errorem 53. de regul. iur.* eiusmodi autè est si sororis filia quasi avunculo nuptura, ei dotem dederit, cum matrimonium illud sequi nunquam possit. Impossibiles enim conditiones censentur, non minus eæ quæ de iure, vt loquuntur, impossibiles sunt, quam quæ de facto, vt iam diximus *ex d. l. filius 15. & præced. de condic. instit.* quia quod honestè facere non possumus, nec facere nos posse credendum est, vt eleganter Papinianus loquitur in *d. l. filius.* Quod si defacto impletæ sint, nec pro impletis habendæ sunt ad vtilitatem & commodum eius qui impleuit, sed tantummodò in ipsius damnum & pœnam, vt quod turpiter, & contra leges factum est, earundem legum seueritate vindicetur, & auferantur omnia quæ per occasionem illiciti matrimonij ad alterum ex coniugibus ab altero perueniunt. Quod etiam iure vetere obtinebat *l. vxori maritus 27. infr. de usufr. legat.* nec ad rem pertinet, quod in specie huius legis sponsalia quoque prohibita sunt, non minus quam nuptiæ *l. ratio 16. infr. de sponsal. l. si quis tutor 60. §. quamuis de rit. nupt.* siue per verba de præfenti facta sint, siue per verba de futuro: quam distinctionem iuri civili incognitam ius canonicum primum induxit, nam neque Papinianus ponit contracta fuisse vlla sponsalia: & quamvis contracta essent, omni tamen casu admitterent iure civili locum pœnitentiæ, quam ipsæ etiam incestæ nuptiæ interdum admittunt: scilicet hæcerimmo facti errore factæ sint, & coniuges errore commisso statim & sine vlla procraftinatione coniunctionem diremerint *d. l. qui contra iunct. d. l. incesta & d. l. dote & d. l. si quis 6. C. de incest. & inutil. nupt.* & quod à

Bartholomeo in hac lege contra responsum videtur, non ad mulieris ignorantiam, & errorem sine facti sine iuris referendum est, (cum tractet Papinianus eum casum quo par delictum fuerit vtriusque contrahentium, quod tamen nullum esset, interveniente facti errore, quia neque consentiant, neque delinquant qui errant. Idque ex sequenti specie clarius apparet.) sed ad id quod non magis de facto, quam de iure fuerat secutum matrimonium, quo secuto aliud sapè Papinianus respondisset, non tantum ratione turpitudinis (ea namque ratio mulieri tantum adimeret conditionem non etiam dotem marito) sed ob id maxime quod propter contractum illicitum & dolo malo matrimonium dos caduca facta esset, & fisco applicanda *d. l. incesta d. l. dote l. 2. §. 1. d. l. Claudius 13. de his quæ vt indigni.* nisi talem proponeres mulierem, quæ non posset videri deliquisse, quod ab alio pura tutore suo, decepta esset vt in *l. vlt. de leg. 1.* loquitur enim de iis qui communem delinquenti causam habuerunt contrahendo prohibitas nuptias, vt in specie huius legis. Alioqui competeret mulieri quæ aut ius aut factum ignorasset conditio ob causam dati causa non secuta, quoniam ad conditioem illam impediendam non sufficit causam secutam esse de facto, si iure non habuerit effectum *l. 3. §. si liber homo de condic. ob caus.* Sed tamen hoc etiam, nisi fallor, æquè vale, quia id intelligi debet, quoties ea causa saltem aliquo casu sequi potest vt in *d. §. si liber homo.* nec eim per se impossibile est causam manumittendi, sed tantum in homine iam libero. Ceterum si absolutè sit impossibile causam sequi, ob quam aliquid datum est, non eo minus cessat repetitio, vt dicitur scriptum est in *l. dictam legem 8. C. de condic. ob caus. dator.* quia imputare sibi debet, qui vltro dedit ob causam aliquam, quam sciebat sequi nullo modo posse quasi & hic donasse videatur ex regula *l. cuius per errorem 53. de regul. iur.* eiusmodi autè est si sororis filia quasi avunculo nuptura, ei dotem dederit, cum matrimonium illud sequi nunquam possit. Impossibiles enim conditiones censentur, non minus eæ quæ de iure, vt loquuntur, impossibiles sunt, quam quæ de facto, vt iam diximus *ex d. l. filius 15. & præced. de condic. instit.* quia quod honestè facere non possumus, nec facere nos posse credendum est, vt eleganter Papinianus loquitur in *d. l. filius.* Quod si defacto impletæ sint, nec pro impletis habendæ sunt ad vtilitatem & commodum eius qui impleuit, sed tantummodò in ipsius damnum & pœnam, vt quod turpiter, & contra leges factum est, earundem legum seueritate vindicetur, & auferantur omnia quæ per occasionem illiciti matrimonij ad alterum ex coniugibus ab altero perueniunt. Quod etiam iure vetere obtinebat *l. vxori maritus 27. infr. de usufr. legat.* nec ad rem pertinet, quod in specie huius legis sponsalia quoque prohibita sunt, non minus quam nuptiæ *l. ratio 16. infr. de sponsal. l. si quis tutor 60. §. quamuis de rit. nupt.* siue per verba de præfenti facta sint, siue per verba de futuro: quam distinctionem iuri civili incognitam ius canonicum primum induxit, nam neque Papinianus ponit contracta fuisse vlla sponsalia: & quamvis contracta essent, omni tamen casu admitterent iure civili locum pœnitentiæ, quam ipsæ etiam incestæ nuptiæ interdum admittunt: scilicet hæcerimmo facti errore factæ sint, & coniuges errore commisso statim & sine vlla procraftinatione coniunctionem diremerint *d. l. qui contra iunct. d. l. incesta & d. l. dote & d. l. si quis 6. C. de incest. & inutil. nupt.* & quod à

Infigeretur: quis multum interese, an errore matrimonium illicitè contrahatur, an verò contumacia

iuris & sanguinis contumelia concurrant d. l. si adulterium 38. §. 1. de adult.

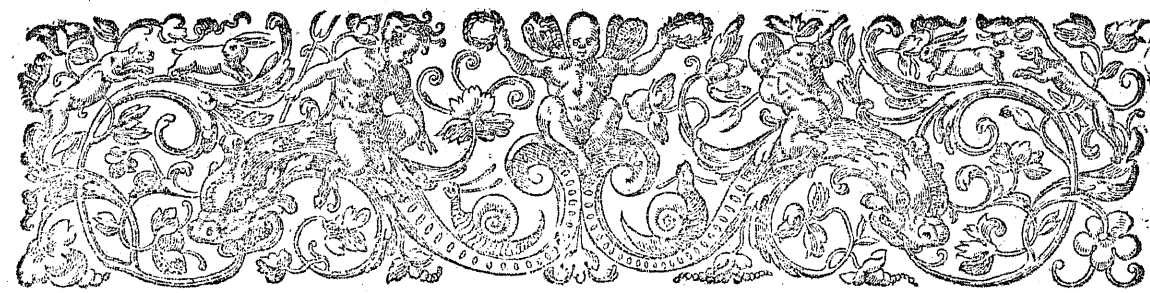
I Nouerca priuigno, nurus socero pecuniam dotis nomine dedit, neque nupsit. cessare conditio prima facie videtur: quoniam iure gentium incestum committitur. atquin magis in ea specie, nulla causa dotis danda fuit. conditio igitur competit.

Ad §. 1. Nouerca

Est hæc species sicut lima superiori, easdemque ferè rationes recipit dubitandi, & decidendi, nisi quod maior hinc ratio subesse videbatur, propter quam dicendum esset conditionem cessare, quoniam cum nouerca priuigno, aut nurus socero nubuit, incestum iure gentium committitur, quemadmodum & quoties ex gradu ascendentiū vel descendentiū quis uxorem ducit l. vlt. infr. de rit. nupt. ubi additur hoc crimen, quia ignorans non potest, cum sit contra ius gentium, quod gentibus & personis omnibus patet, excusari non posse, neque adhibendam esse hoc casu distinctionem illam, quæ adhiberi alià. scilicet, ùm non nisi ex iuris Romani observatione contrahitur, vt cum quis ex latere eam ducit, quam vetatur aut adhibere, quam impeditur. An palam & publicè an verò clam contractum sit matrimonium, vt palam deus quentes tamquam errantes peccata maiore excusentur, etiam verò committentes, vt contumaces plebentur: Et si namque inter nouercam & priuignum, socerum & nulum non nisi adfinitatis præteritæ veneratione prohibita sunt nuptiæ §. adfinitatis Instit. de nupt. (vnde Accursius & Ioannes occasionem suam perierunt existimandi perperam, matrimonium hoc iure tantum civili esse illicitum, & interdictum, illud verò de quo in principio huius legis etiam iure naturali vtrumque aduersus expressa illa Papiniani verba quoniam iure gentium incestum committitur) sunt tamen hæc personæ ex gradu ascendentiū & descendentiū, cum socer patris loco sit, & nurus loco filia l. quia parentis 14. infr. solut. marr. itemque nouerca loco matris, & priuignus loco filij d. §. adfinitatis. quod nemo dixerit de sororis filia nupta auunculo. Sunt enim isti ex latere, licet auunculus quoque parentis loco esse dicatur in l. sororis 39. infr. de rit. nupt. ratio est scilicet officij & proximæ coniunctionis, non gradus: Ideoq; excusari aliquomodo potest mulier, quæ auunculo nupsit etiam quem esse auunculum sciuit d. l. vlt. & l. qui in prouincia 57. §. 1. eod. l. si adulterium cum incestu 38. §. 1. vers. quare mulier infr. ad leg. iul. de adult. non etiam nouerca quæ priuigno, aut nurus quæ socero. Sic in l. ne cum filiofamilias 16. infr. de furt. Paulus scribit non tantum iuris civilis constitutionem, sed etiam naturam ipsam impedimento esse, ne cum filiofamilias

agere pater possit, non magis quam cum seipso, tamen si tota eius iuris ratio pendeat à patris potestate quæ facit, vt eadem patris & filij potestate esse existimetur: & quæ ipsa tamen patris potestas tota iuris civilis est non naturalis Instit. de patr. potest. in princip. Iunct. l. imperator 50. ad SC. Trebell. d. que pre. cul. iudicio est, quod Papinianus hinc significare voluit su prædictis illis verbis, quoniam iure gentium incestum committitur, quod sequentia illa ostendant atquin magis in ea specie. Vt intelligamus, quantum magis prohibuit esse matrimonium, inter socerum & nulum, nouercam & priuignam, quam inter sororis filiam & auunculum. Tanto tamen quidem excusari posse eas personas, quæ incestum iure gentium commiserunt, quam si iure tantum civili id commisissent, quia ius gentium, hac parte ius naturale est, quod natura ipsa & naturalis ratio atque homines omnes homines docuit, sed tamen tanto magis verum esse nullam dandæ dotis causam fuisse, eo casu quo matrimonium sine incestu contrahi non potuit, ideoque non minus in hac specie, quam in superiore, imò longè magis dandam esse mulieri conditionem eius pecuniæ, quæ non propter incestum, sed propter futurum matrimonium data esset, conditionem, inquam, sine causa, dummodò non sint secuti nuptiæ. Hoc enim omnimodo addendum est, quod nec Papinianus præremisit: alioqui omnino dos caduca fieret, nec allegatio vlla erroris admitti posset contra incestum, quod iure gentium admissum probaretur, si error iuris esset d. l. vlt. de rit. nupt. & d. l. si adulterium 38. vers. quare si mulier, siue error facti in ea persona, quæ vel nouerca, vel nurus fuit, neque enim conditionem suam ignorare potuit, vt nec priuigni vel soceri cuius aut nouerca, aut nurus fuit, nec ad hunc casum aptari potest exceptio posita in fine l. qui contra 4. C. de incest. nupt. Dicendum igitur est contra quædam Ioannes, & Accursius senserint, in superiore specie admissum fuisse incestum iure duntaxat civili: in hac verò posteriore etiam iure naturali & gentium vtriusque tamen casus, quod ad hanc conditionem sine causa pertinet, eandem prorsus esse rationem nullis secutis nuptiis, quæ tamen diuersa esse posset, si nuptiæ secutæ essent, nec nisi de delicto excusando, & grauioribus aut leuioribus pœnis coercendo quæreretur.

ANTO-



ANTONII FABRI
I. C. SEBVSIANI IN SVPREMO
SABAVDIÆ SENATV PRÆSIDIS

Primarij

RATIONALIA

IN LIBRVM TERTIVM DECIMVM PANDECTARVM

Ad TIT. I.

De conditione furtiva.

VLPPIANVS libro 18. ad Sabinum.

IN furtiua re soli domino conditio competit.

Ad l. 1. In furt.

RAT. DVB. Condicere nihil aliud est, quam intendere dari sibi ab aduersario aliquid oportere & appellamus 16. Instit. de act. Dare autè nihil nisi dominium transferre l. vbi autem 75. §. vlt. infr. de verb. oblig. non videntur data 16. de regul. iur. Atqui quod iam meum est, non magis fieri meum potest l. in bello 12. §. si quis seruum 7. infr. de capt. & possim. adeoque nec meum esse ex pluribus causis, sed ex vna tantum, quamuis ex pluribus causis deberi quid nobis possit l. non vt ex pluribus 159. de regul. iur. Ergo fieri nequit vt conditio furtiua, de qua in hac lege agitur & in toto hoc Tit. detur domino, ne quidem contra furem. Præsertim cum domino possit dari contra furem vindicatio, vt & aduersus alium possit furem quemlibet, licet actio quoque ad exhibendum l. ancilla 12. C. de furt. §. sic itaque 14. Instit. de action. Est enim conditio non modò contracta, sed etiam contradictoriè opposita vindicationi, quandoquid vindicatio soli domino competit l. id rem 23. & pass. de rei vindicat. l. quimus 27. §. argento infr. de aur. & argent. leg. Conditio autem soli non domino, vt diximus. Sunt autem hæc contradictoria, esse quem eiuſdem rei dominum, & non esse: allegans porro contraria non est audiendus, maxime si actiones contrarias commutare velit, multo minus si contradictorias l. C. de furt. nec ad rem facere videtur, si quis respondet cum Iustiniano in d. §. sic itaque, odio furum ita comparatum esse aduersus stricti iuris rationem, quòd pluribus actionibus teneantur: non enim potest odium furis lacere vt res furtiua quæ iam est actoris magis fieri eius possit, aut vt fur conditione furtiua conuentus do-

minium rei furtiue, quod ipse non habet, transferat in actorem, contra regulam l. nemo plus iuris 54. de regul. iur. cum furtum non sit legitimus modus acquirendi, aut amittendi dominij. Frustra igitur, & nulla iuris aut necessitatis ratione conditionem furtiuam comparatam esse fatendum est, sed & certum est, conditionem hanc dari etiam tutori pro re furtiua pupilli l. interdum 56. §. qui tutelam infr. de furt. cum tamen cõiter tutorem non esse dominum rei pupillaris, sed tutorem duntaxat & defensorem, ergo nec illud verum est, quod Vlpianus hic scribit, in re furtiua soli domino conditionem competere. Sed neque illud etiam verum est, dari eam contra solum furem, cum detur etiam contra prædonem fundi & rei immobilis l. 2. inf. de cond. & tritic. cuius tamen certum est furtum fieri nõ posse §. quod autem Instit. de vsucap. l. quam rem 38. inf. eod. ill. tit. De c. Qui rem alienam furatur, id agit quantum potest, vt eius dominium sibi acquirat: & verò sibi acquireret proculdubio, si furtum esset legitimus modus dominij acquirendi. quod enim dicitur furtum nihil aliud esse, quam interuersionem possessionis leg. 1. §. vlt. infr. de furt. eam rationem habet quòd possessio quæ facti magis, quam iuris est, interuerti facillè potest, inuito etiam & infcio possessore ac domino, dominium verò non item, quia iuris est l. id quod nostrum 11. de regul. iur. l. si ego 9. §. si res inf. de iur. dot. Ergo quamuis fur non ideo fiat dominus rei furtiue, nullam tamen querelæ occasionem habet si ea actione conueniatur, qua conueniri iure posset, si voluntas eius effectum habuisset, id est, si per furtum factus dominus fuisset. Atqui eo casu nemo dubitat, quin conditione posset conueniri, quia ex turpi & iniusta causa nec sine scelere alienæ rei dominium habere ccepisset. Ex generali regula l. perpetuè c. supr. de cond. ob turp. vel iniust. caus. l. 1. §. vlt. supr. tit. proz. l. rerum

ANTONII FABRI I.C. RATIONALIA

25. *infr. rer. amot.* Merito igitur conditione tenetur, non illa quidem quæ datur ob turpem, vel iniustam causam, quia ex turpi & iniusta illa causa dominus factus non est, sed speciali conditione in eam rem comparata, quæ furtiva dicitur, ob hoc solum, quia fieri dominus voluit. Idem autem vindicatione tenetur, quia possessor tantum non etiam dominus est, quod si non magis possessor sit, quàm dominus puta si res furtiva perempta sit, vindicatione conueniri utiq; non potest, quæ non datur nisi cõtra possessor rem officium 9. l. si qui destinavit 24. & pass. *supr. de rei vindic. cum nascatur ex prætenti possessione l. non alius 24. §. sed si postulat sup. de iudic. neq; rursus actione ad exhibendũ, quæ similiter nõ datur nisi contra possidẽtem, aut eum qui dolo malo desitit possidere l. 3. §. vlt. l. si ad exhibendum 8. l. de eo 12. §. vlt. & pass. *supr. ad exhib.* Est igitur hoc saltem casu non solum utilis, sed etiam necessaria conditio furtiva ad rem ipsam persequendam, quæ extare desit, ne alioqui impunitè rem furtiuam domino abstulerit, nec eius recuperandæ ratio vlla superfit, quamuis si pœnam persequi dominus velit, paratam habeat in eam rem furti actionem l. si pro fure 7. §. 1. & vlt. *infr. hoc tit.* nec ad rem pertinet, si quis dicat, perempta re furtiva non magis cõditionem eius posse cõpetere, quàm vindicationem, cum non magis fieri possit, vt rei peremptæ dominium detur, quàm vt possessio eius restituatur *leg. vique 16. supr. de rei vindic.* differentia namque conditionis & vindicationis hac parte in eo est, quod per vindicationem non potest peti nisi res præsens, & quæ demonstrati digito possit per vulgarem hanc vindicationis formulam, *Hanc rem ex iure Quiritium meam esse aio l. 1. eod. tit.* Per cõditionem verò quæ actio personalis est, peti res debita potest etiam quæ perempta sit, si modo aliqua mora præcesserit, quæ facere possit, vt ea ipsa res quæ petiit, adhuc extare, & debita esse videatur l. si seruum 91. §. sequitur & §. vlt. *infr. de verbor. obligat.* Atqui semper in fare id euenit, vt non modo sit debitor rei furtivæ quousque illam restituerit, sed etiam perpetuam moram in ea restituenda facere intelligatur *leg. in re furtiva 8. §. 1. infr. hoc tit.* quia nec eam auferre ab initio debuit l. vlt. eod. Ergo quod furtiva res perempta sit etiam casu fortuito, & citra vllam ipsius culpam, non debet eum liberare, quominus pevinde cõditione teneatur, ac si res adhuc extaret. Nec furtiva cõditionem impedire illud debet, quod furti actionem saluam habeat contra furem, aut in duplum si furtum nec manifestũ fuerit, aut in quadruplum si manifestum: nam cum furti actio pœnam petat legitimam, conditio autem furtiva rem ipsam, neque furti actio per conditionem, neque conditio per furti actionem consumi potest *dist. l. si pro fure 7. §. 1. infr. l. si pignore 54. §. cum furti infr. de furt.* non enim esset pœna quadrupli vel dupli mera pœna, si furem à rei furtivæ etiam peremptæ restituendæ necessitate liberaret, ea verò restituendæ rei furtivæ etiam peremptæ necessitas, non nisi per conditionem furtiuam induci potest. Conditio igitur furtiva merè rei persecutoria est, & quidem sui natura, & in prima sua intentione, non vt aliæ pleræque actiones arbitrio tantum iudicis l. 4. §. vlt. *supr. de alienat. iudic. mut. caus. fact. l. si cum dos 8. §. 1. infr. rer. amot.* pœnalis nullomodo est, quia licet odio furis comparata sit, vt diximus *d. §. sic itaque Instit. de action.* non tamen vt pœnam aliquam persequatur, sed vt rem ipsam solam, tota pœna in furti actionem collata, neque igitur famosa est cum sit conditio. *Cel.**

fat enim ignominia in cõditionibus omnibus, licet ex turpi & famosa causa pendeant l. cessat 36. *infr. de obligat. & act.* cuius nec accommodatus nec certius exemplum adferri potest, quàm in hac conditione furtiva quæ hand dubiè pendet ex delicto, id est ex furto l. si duo 13. §. idem *Julianus supr. de iur. iur. l. si ambo 10. §. quoties infr. de compensat. sed si damni 9. alias l. peculium §. siue autem infr. de pecul. l. si mulier 21. §. hac actio infr. rer. amot.* Furti enim causam famosam esse nemo ambigit l. 1. l. furti 6. & pass. *supr. de his qui notant. infam. l. infamem 7. infr. de public. iudic.* negari tamen non potest, quin actio turpis sit, quia furti mentionem & exprobrationem quandam continet l. nec quicquam 56. *iunct. l. proced. infr. pro socio. id eõq; non datur coniugi in coniugem ob reuerentiam præteriti matrimonij, nisi à Triboniano perperam in l. 3. §. sed & cum vxore rer. amot.* fuitque ob eam causam inducendum singulare iudicium Rerum amotarum l. 1. & 2. l. pen. & pass. eod. tit. In quo grauitè meo iudicio erravit Iacobus Cuiacius, & qui eum secuti cõtra nos scripserunt, conditionem hanc & pœnalem esse, & famosam: vt inferant, quod absurdus est, non dari eam in solidum aduerfus heredem, eontrà quàm ab Vlp. disertè scriptum est in *lin. conditio 9.* vbi dicimus *infr.* Est autem verissimum est quod in hac lege Vlp. ait conditionem furtiuam soli domino dari, datur tamen etiã tutori pro pupillo, qui tutor dominus quidem non est, sed tamen domini loco est *d. l. interdum 56. §. qui tutelam de furt. l. si qui in puceum 11. §. an ignoscitur infr. quod vi aut clam.* Scilicet quandiu ex bona fide administrat, nec pupillum spoliat l. qui fundum 7. §. si tutor *infr. pro emptor.* datur autem non solum contra furem, sed etiam contra furis heredem *l. prox. lex furtiva 5. infr. hoc tit.* Itemque contra raptorem, qui etiam fur est, sed improbor *litem si cum 14. §. qui vim intulit supr. quod met. caus. l. 1. l. 2. §. ceterum & vlt. infr. vi bonor. raptor.* Item contra pædonem *d. l. 2. infr. de condit. tritic.* Cur enim melior causa sit pædonis quàm furis? Nam & prædo fur esset, si rei immobilis furtum fieri posset. Illud cerè nõ probo, quod Iacobus Cuiacius in Paratilis scripsit, posse hanc actionem dari etiam contra mulierem, quæ mariti res amouit. Teneatur enim actione rerum amotarum, non conditione furtiva, nisi si tanquam heres furis conueniatur, aut ex furto quod ei fecerit, cui heredes suius aut etiam nobis priusquam nuberet *d. l. 3. §. sed & cum vxore. rer. amot.* Non enim actio rerum amotarum conditio est, vt docti pluribus in postrema parte *Chiladis de error. pragmat.* Planè quin heredi mulieris condici possit etiam conditio furtiva, si malit maritus contra eũ agere conditio, ne, quàm actione rerum amotarum, non ambigitur *l. contra 6. §. item heres & seq. eod. tit.* non tamen datur conditio hæc cuilibet domino, sed ei demum cui subrepta res est, vel heredi eius, ideòque non datur legatario rei subreptæ, siue ante siue post mortẽ defuncti subrepta sit, quãuis dominũ rei legatæ transeat recta via in legatariũ, satisq; ei esse debet, quod habeat vindicationem *l. sed nec legatarius 11. infr. hoc tit. iunct. l. legatum 80. de leg. 2. l. à Titio 64. infr. de furt.* Cum autem duæ sint species conditionis furtivæ, vt & aliarum cõditionum omniũ; vna certè per quã res ipsa furtiva petitur, quæ semper certa est, alia incertè per quã agitur ad id quod interest, (tametsi Accurs. hæc posteriores furtivæ esse malè neget) sola ea quæ certè est, datur domino soli cõtra furem heredem ve eius. Et ita intelligi hæc lex debet. Itemque *leg. vlt. supr. usufruct. quemadmod. cau.* Quæ verò incertè est, datur etiam

etiam non domino, si modo eius interfit ex honesta causa, puta creditori pignoratitio l. & ideo 12. §. vltim. *infr. l. si pignore 22. in princip. infr. De pi-*

gnor. actio. Et hoc bene Cuiacius in Paratilis ad hunc titulum.

2. POMPONIVS libro 16. ad Sabinum.

Conditio ex causa furtiva & furiosi, & infantes obligantur, cum heredes necessarij extiterunt: quamuis cum eis agi non possit.

Ad l. Conditio 2.

RAT. DVB. Conditio ex causa furtiva non alius teneri potest, quàm qui ipse furtum fecit, aut heres eius *lex causa 5. infr. hoc titul.* Atqui neque furiosi neque infantes possunt ipsi furtum facere, cum furtum sine affectu furandi non fiat §. placuit *instituit. De oblig. que ex delict. nasc.* huiusmodi autem personæ omni affectu careant, quæ nec animum nec sensum ferè vllum habere intelliguntur *l. si tibi 8. §. vltim. D. de opt. legat. l. Fulcinus 7. §. planè interdum 11. infr. quib. ex caus. in possess. eat.* neque rursus hereditatem furis sibi acquirere, ne quidem tutore vel curatore auctore, cum hereditas sine animo acquiri non possit, nec per tutorem aut curatoris personam *l. pupillus 9. l. gerit 88. & pass. infr. de acquir. hered. l. potuit 5. C. de iur. delib. l. deo.* que necessaria olim erat decretalis bonorum possessio quæ tutori dabatur nomine infantis, & curatori nomine furiosi, cum neque hereditas, neque bonorum possessio edictalis acquiri aliter eis possit, *l. i. fr. de bonor. possess. infant.* Ergo nullo modo fieri potest vt furiosi, & infantes conditione ex causa furtiva teneantur. DVB. Etiam furiosi & infantes sui & necessarij heredes sunt patri, cum æquè ac ceteri sint in potestate patris mortis tempore, primũque in ea gradum teneant in causa succedendi, quæ suorum & necessario rum heredum descipio est *l. scripto 7. infr. vind. liber.* Nec minùs quàm alij liberi sunt domini rerum paternarum, etiam viuo adhuc patre *lin. suis 11. infr. de liber. & post.* Ideòque nulla indigent aut additione aut immixtione *lin. suis 14. infr. de suis & legit.* cum ipso iure existant & appareant heredes *vl. §. fin. verò perpetuo C. de cur. furios. l. 1. §. qui sunt in potest. infr. si quis omis. caus. test.* Nec quod se possint abstinere quidquam facit, vt inquit Vlpian. *ibid. & rectè.* Absentio enim tum quoque cum iam est secuta, nihil aliud efficere potest, nisi vt suus heres in iis omnibus, quæ ad commodum vel incommodum Prætorem *l. necessarius 57. infr. de acq. hered. l. si filius 12. vbi diximus supr. de interrog. in iur. faciend.* Ceterum etiam post abstinentiam remanet heres, qui semel heres fuit, & verè dicitur non esse sine herede eum

qui suum heredem habet, quamuis se abstinentem *l. cum quasi 30. §. sed & si suis infr. De fiduciomm. libert.* Tantum abest vt verum sit, quod Bart. docere solet, post introductum à Prætore beneficium abstinenti, non aliter habendum suum heredem pro herede siue iure ciuili siue prætorio, quàm si probetur se immiscuisse, & hæc locutum esse Pomponium secundum rigorem iuris ciuili non considerato beneficio abstinenti: quæ omnia certè falsa sunt. Nam si quo casu necessaria possit esse immixtio ad hoc, vt suus heres possit tanquam heres conueniri, utique maxime in casu huius legis probatur *l. est fer.* ne tam facile furiosi & infantes turpi actione ex persona furis contumirentur, cum tamen è contrario tanto magis conueniri possint, quod abstinenti licet ius habeant, facultatem non habent. Est enim abstentio animi & consilij, non minùs quàm immixtio *d. l. necessarius l. impuberibus 11. & seq. l. cum bonis 87. & pass. eod. titul. De acquir. hered. quamuis possit tutor vel curator eos abstinere perinde ac immiscere, l. pen. infr. De auctor. tutor. l. tutores 61. supr. De condit. in del. l. ex contractu 44. infr. De re iud. Nam licet cum furiosis ipsis & infantibus agi non possit, vt sequitur in hac lege, quia legitimam personam standi in iudicio non habent ne quidem auctore tutore vel curatore, cum ipsorum tamen tutoribus vel curatoribus agi potest *l. 1. §. sufficit de admin. tutor. l. Licinius 48. §. 1. De leg. 2.* Nec à Bartoli errore longè distat noster Accursius, cum ad hanc legem aduertat notat *sed hodie posse suos heredes abstinere.* Quasi verò iam temporibus Pomponij curius est hæc lex, non potuerint, aut quasi sufficiat, quod possint abstinere, ne conueniantur conditione furtiva, quod vtumque factum est. Planè vbi tutor infantem abstinent, aut curator furtiui, constat non posse illis teneri conditione furtiva, vt nec alia actione hereditaria, quantum ad hoc vt conueniantur ipsi vel eorum tutores, vel curatores, tametsi adhuc ipso iure teneantur *d. l. necessarius.* Ergo si furiosi & infantes non sui heredes sint sed extranei, id est ab alio quàm à patre instituti non possunt teneri conditione furtiva, quia nec heredes esse possunt nisi nouo iure *ex l. si infanti 18. C. de iur. delib. & d. l. vlt. lin. autem ex alia & §. penult. C. de curat. furios.**

3. PAVLVS libro 9. ad Sabinum.

SI condicatur seruus ex causa furtiva, id venire in conditionem certum est; quod interfit agentis, veluti si heres sit institutus, & periculum subeat dominus hereditatis perdendæ, quod & Iulianus scribit. Item si mortuum hominem condicat, consecuturum ait pretium hereditatis.

Tom. III.

99

Ad l. si condicatur 3.

RAT. DVB. Non potest eadem conditio siue furtiva siue alia esse certi simul & incerti, sunt enim hæc qualitates & denominationes non modò contrariæ, sed etiam contradictoriæ. Atqui cum seruus condicatur ex causa furtiva, conditio furtiva certi est, quia seruus certus est l. certum 7. sup. De rebus creditis. Cum verò petitur id quod interest agentis, puta si seruus ille sit heres institutus, & dominus periculum subeat perdendæ hereditatis, quia iam non possit imperare seruo subrepto, ut hereditatem adeat, conditio incerti est, quandoquidem id quod interest, semper incertum est leg. vltim. sup. de prest. stipulation. Ergo si condicatur seruus ex causa furtiva, dicendum est in conditionem non posse venire id quod interest agentis, præsertim cum furtiva conditio sit stricti iuris, ut & ceteræ conditiones omnes. quarum nulla est quæ numeretur in §. actionum Instit. de action. In quo actionum genere certum est, non venire id quod interest, sed tantum in bonæ fidei iudiciis in quibus condemnatio fit ex bono & æquo §. In bonæ fidei eodem titul. l. exemptio 11. §. vltim. infr. De action. empt. leg. si in venditione 60. & pass. infr. De euiction. DEC. Id quod interest æstimatur ex eo quod actori abest, aut quod lucrari potuit leg. si commissis 13. infr. rat. rem habere. ideoque in ipsa rei persecutione continetur §. rei persequenda Instit. de action. l. in honorariis trigesima quinta infr. De obligation. & action. Atqui conditio furtiva rem persequitur, & est sui natura rei persecutoria leg. si pro fure septim. paragraph. prim. infr. hoc titulo. Nec minùs plenam quam meram rei persecutionem continet, non tantum quod ad fructuum restitutionem, sed etiam quod ad æstimationem quanti plurimi res fuit, leg. in re furtiva octava. paragraph. prim. & vltim. infr. Non autem contineret plenam rei persecutionem, nisi in eam veniret etiam id omne, quod agentis interesset, tanquam hæc etiam causa ipsi corpori cohæreat, ut Paulus loquitur in leg. proinde paragraph. prim. iunct. leg. sequent. in princip. & leg. sequent. paragraph. Iulianus supra ad leg. Aquil. Tanti enim seruus subreptus fuisse intelligitur, quantum lucri afferre Domino suo potuisset, si subreptus non fuisset, quia hereditatem adeundo iussu Domini heredem eum fecisset. Idque adeò verum est, ut quamvis in actione furti, non id quod interest, dupletur, vel quadrupletur, sed tantummodo verum rei pretium leg. in furti actione quinquagesim. infr. De furt. Nec datur actio furti ad rem, sed ad pœnam, ut diximus ex leg. si pignore quinquagesim. quart. paragraph. cum furti eodem titulo. tamen etiam furti iudicio actor hereditatem consequatur, si modò mortuus sit seruus antequam iussu Domini adierit leg. si quis vxori quinquagesim. secund. paragraph. penultim. eodem titulo. Itaque præstatur hoc casu id quod interest, iure & vi ipsius actionis, nec tanquam quid diuersum à seruo, sed tanquam causa cohærens corpori & æstimationi serui. Nec proinde mutatur qualitas & denominatio actionis. Semper enim est conditio certi, quia seruus ipse condicatur, nec sit incerti ob id quod etiam id quod interest præstetur. Denique ser-

ui furtivi æstimatio potest ex postfacto crescere, sed decrescere nunquam potest dict. leg. in furti actione in princip. eodem. Quare nec est, quod quis obiiciat, conditionem hanc furtivam esse stricti iuris, cum id quod interest, petatur hoc casu, non tanquam accessio, ut in iudiciis bonæ fidei, nec tanquam quod per se solum & separatim debeatur, ut in actione ex stipulatu interdum evenit leg. quoties 81. leg. cum stipulatus centesim. decima tertia, paragraph. vltim. & l. sequent. infr. De verbor. obligationis. sed tanquam pars quædam ipsius rei furtivæ ac debitæ, eique cohærens, ut ex eo apparet, quod actiones furti & legis Aquiliæ perinde sunt stricti iuris, in quibus tamen idem observari ostendimus. Notandum autem est, quod in hac lege Paulus scribit, multum referre, an seruus ex causa furtiva condicatur iustus, an mortuus. Nam si vivus, non venit omnimodo in actionem pretium hereditatis, in qua fuerat ille institutus, sed quanti æstimabitur periculum quod subibit dominus hereditatis perdendæ, si, fortè contingat mori seruum ante aditam iussu domini hereditatem. Nam nec pluris interest agentis, cum quandiu seruus vivit, fieri possit ut restitatur, & adeat hereditatem: quo casu nihil poterit videri interesse actoris ratione hereditatis, quæ amissa non erit, nam nec locupletior factus intelligitur dominus ob hoc solum quod seruus eius institutus sit, cum multis de causis accedere possit, ne iussu domini adeat leg. pretia rerum sexagesim. tert. paragraph. eadem causa est infr. ad leg. Falcid. Itaque periculum duntaxat hoc casu æstimandum est, quod dominus subit hereditatis perdendæ, ut Paulus loquitur, non autem hereditatis perditæ, ut malè Accursius interpretatur, quasi Paulus hinc tempus sumpserit pro tempore. At cum mortuus homo condicatur, qui neque restitui amplius domino, neque hereditatem adire potest, pretium hereditatis omnimodo venire debet in æstimationem, quia certum est tanti agentis interesse leg. inde Neratius paragraph. idem Iulianus, ad leg. Aquil. paragraph. illud Instit. eod. dict. leg. si quis vxori 52. paragraph. penultim. De furt. Venit autem eo casu pretium hereditatis simul cum pretio serui mortui, quod necessariò præstandum est, cum corpus ipsum præstari non possit dict. leg. si pro fure 7. paragraph. conditio & dict. leg. in re furtiva 8. infr. hoc titulo. Quamquam ipsum etiam corpus mortuum condici potest, quasi adhuc vivum propter moram quam fur in re furtiva restituenda semper facere intelligitur dict. leg. in re furtiva & leg. vltim. hoc titulo. ut dixi ad leg. prim. sup. ex leg. si seruum 91. paragraph. vltim. De verbor. obligation. leg. penultim. sup. de condit. ob caus. In eoque errat Bartol. ad hanc legem & ad dict. leg. in re furtiva, distinguens obligationem rei dandæ ab obligatione rei restituendæ, quasi in hactantum non illa peti possit æstimatio, quasi verò conditio furtiva competat ad rem restituendam, non etiam ad dandam. Quod vitæ falsum est, quia in conditione furtiva, ut & in alia qualibet actor, quamvis dominus intendit adquirendam dare sibi oportere paragraph. sic itaque Instit. de actionib. verum tamen est, eum qui conditio furtiva convenitur, non dare rem sed restituere, quia dominium quod non habet, trans-

transferre in alium non potest, præsertim verò cum iam sit dominus, & dare nihil aliud sit quam dominium transferre l. vbi autem 75. §. vltim. infra de verborum obligationibus.

4. VLP IANVS libro 41. ad Sabinum.

SI seruus, vel filiusfamilias furtum commiserit: condicendum est domino sid, quod ad eum peruenit. In residuum autem, noxæ seruum dominus dedere potest.

Ad l. si seruus 4.

RAT. DVB. Nunquam alius con ditione furtiva tenetur, quam fur ipse, aut heres eius, ut scriptum est in l. proxim. sequent. Atqui dominus furis neque fur ipse est, neque furis heres, nisi eo sensu quo veteres heredes debebant pro domino §. vltim. Instit. de hered. qualitat. & different. Ergo quod seruus subripuit, condici domino non potest.

DEC. Cum seruo nulla actio esse potest leg. cum seruo 107. de regulis iuris, quia cum iure civitatis pro nullo habeatur leg. quod atinnet 32. de regulis iuris, legitimam personam standi in iudicio habere non potest leg. serui decima quarta de obligationibus & actionibus Necesse est ergo iuris facit, ut is cui furtum factum est, non alij possit condicere quam domino, cui nec vlla in eo sit iniuria, cum ex delicto serui quolibet teneatur hæcenus, ut vel damnnum deciderat vel seruum noxæ dedit leg. prima & pass. supra de noxal. action. Ergo ita res temperanda est, ut quod ad dominum peruenit, condici ei possit. Pro residuo verò quod non per-

uenit, noxæ seruum dedere dominus possit, si non indemnitate plenissimam actori præstare dominus malit, ut in leg. quoties 29. infra de contrah. emptor. leg. seruus quem 30. de action. emptor. leg. si heredis seruus 48. de legat. 1. ne grauiore damno seruus delinquendo afficiat dominum, quam quanti seruus ipse est. Quæ ratio sola fuit inducendarum actionum noxalium paragraph. summa autem ratione Instit. eodem. Alia igitur causa est filiofamilias, qui furtum fecit, quoniam ei ipsi condici potest, non etiam patri, ut scriptum est in leg. proxim. sequent. In quo Accursius, Bartolus & alij interpretes passim decipiuntur, existimantes eadem hac parte rationem esse filiofamilias & serui, itémque patris & domini scilicet, et, quia vident primis verbis huius legis proponi quæstionem de seruo vel filiofamilias promiscuè nec animaduertunt eam coniunctionem huius legis cum leg. aliter tamen responderi in seruo hac in lege, aliter verò in filiofamilias in l. seq. vbi dicemus. Quamquam illud etiam probabile est, verba illa huius legis vel filiofamilias irrepsisse ex glossa imperiti alicuius interpretis, ut docuimus in Error. 2. Decad. 78. de error. pragmat. & in Error. 9. decad. 79.

5. PAVLVS libro 9. ad Sabinum.

EX furtiva causa filiofamilias condici potest. nunquam enim ea conditio: ne alius, quam qui fecit, tenetur, aut heres eius.

Ad l. Ex causa 5.

RAT. DVB. Solet eadem esse causa patris & domini, sicut filiofamilias & serui, præsertim verò in iis quæ ex facto filiofamilias, vel serui, ad patrem aut dominum perueniunt, & peculium auerunt, ut saltem quatenus peculium locupletius factum est, teneantur: nec enim magis æquum est locupletari patrem ex delicto filij, quam dominum ex facto & delicto serui l. 3. §. ex furtiva infra de pecul. Atqui cum seruus furtum fecit, condicendum est à domino id quod ex furto illo peruenit, ut scriptum est in leg. proxim. præced. Ergo & cum filiofamilias furtum fecit, etiam patri condici potest, quod ad eum peruenit ex furto filij: atque ita Accursius & Bartolus ad dict. l. proxim. præced. sentiunt quasi hac parte nulla sit differentia inter patrem & dominum, filiumfamilias & seruum.

DEC. Filiusfamilias cum sit civis Romanus, & caput habeat in ciuitate, non minùs quam pater Tom. II I.

familias l. nam civium 4. supra de stat. hom. ex omnibus causis siue ex contractibus siue ex delictis continere & condemnari potest leg. filiofamilias 39. de obligationibus & actionibus l. tam ex contractibus 57. supra de iudic. In quo differt à seruo, qui neque caput neque statum habet quandiu seruus manet leg. 3. §. vltim. & leg. 4. supra de cap. min. Ideoque nec agere nec conveniri potest l. vix certis ex causis 53. supra de iudic. l. cum seruo 107. de regulis iuris. Ergo quamvis cum seruus furtum fecit, condicendum sit domino id quod ad eum peruenit ex mera iuris necessitate, quia ipsi seruo condici non potest, si tamen filiofamilias idem admiserit, condicendum ipsi est, non etiam patri, quia ille ipse est, qui furtum fecit, non pater. Nunquam enim hac conditione furtiva tenetur alius, quam qui ipse qui furtum fecit, aut heres eius: pater autem furis adhuc viuentis neque ipse fur est neque heres furis, & ita hæc lex intelligi debet & coniungi aduersariæ legi præcedenti, ad indicandam differentiam, quam tollunt interpretes, inter patrem & dominum, filiumfamilias & seruum, ac, si scriptum hinc esset, Ex causa verò furti-

ua &c. Nam cum in superiore lege propofita effet quaestio filiofamilias & seruo promiscue[si tamen adiectio illa vel filiofamilias non est interpretis, vt ad superiorem legem monuimus] nihil tamen ibi respondetur de filiofamilias & patre, sed tantum de seruo & domino: hic verò è contrariò de solo filiofamilias & patre, nihil verò de seruo & domino. Illa namque ratio Pauli *nunquam enim ea condictione alius quam qui furtum fecit tenetur, aut heres eius*. Non tantum probat filiofamilias condici posse, sed etiam & hoc maximè, patri verò ipsi condici non posse, quia cum negatiua sit ratio, conclusio quoque, quæ ex ea inferitur, negatiua esse debet, iunge *l. quod si minor 24. §. si seruus supra de minor*. Nec obstat quod contra scriptum putant in *l. Iulianus penult. infra hoc tit.* Non enim ibi agitur de condictione furtiua, sed de actione rerum amota-

rum, quæ nec conditio nec furtiua est, vt dicemus ad illum locum. At neque de directâ actione rerum amotarum lex illa loquitur, sed de vtili tantum, vt constat ex *l. vna quoque filia §. infra rerum amotarum*. Denique de actione de peculio, quæ contra patrem, & dominum perinde datur, non de condictione furtiua, quæ nullo casu contra patrem dari potest: in summa quantum hac parte interstitit inter filiofamilias & seruum: iterum que inter patrem & dominum vel ex eo maximè apparet, quòd ex delicto serui dominus tenetur scilicet noxali actione, pater verò ex delicto filiofamilias nullo modo, sed tantum ex contractu de peculio *l. §. si filiofamilias supra de his qui effud. vel deiecer.* Nisi hæc tenus ne ex delicto filiofamilias vel serui peculium locupletetur *d. §. ex causa*. Iunge quæ scripsimus *lib. 4. coniect. cap. 1.*

6. VLPPIANVS libro 38. ad Edictum.

Proinde, & si ope, & consilio alicuius furtum factum sit, condictione non tenetur: & si furti teneatur.

Ad l. Proinde 6.

RAT. DVV. Is cuius ope & consilio furtum factum est, licet ab initio fur non sit, facile tamen postea fur esse incipit, scilicet si rem subreptam vel minimum contrectet, cum id faciat inuito domino, & eo affectu, vt furtum committatur: opem enim ferre is demum dicitur, qui ministerium atque adiutorium ad subripendas res præbet. Hoc verò sine earum contrectatione fieri vix potest: quod in eo qui duntaxat consilium dat, id est, qui persuadet & impellit atque instruit consilio alicui ad furtum faciendum, diuersum est *leg. in furti actione §. 1. & seq. iunct. leg. qui seruo 36. §. vlt. inf. de furt.* Ob eamque nimirum causam furti semper tenetur is cuius ope & consilio furtum factum est, vt in hac lege scriptum est & supra dictis locis. Furti inquam nec manifesti. Nam manifesti teneri nunquam potest *l. is qui opem 34. infra de furt.* Ergo & condictione furtiua teneri potest, vt scriptum videtur in *leg. sape 51. §. vlt. infra de verborum significationibus*. Et verò cum grauior sit actio furti, quæ pœnam legitimam petit, quam conditio furtiua, quæ rem ipsam tantum persequitur *leg. proxim. paragrapho primo infra leg. si pignore 54. paragrapho tertio infra de furt.* Absurdum sanè videtur condictione furtiua non posse eum conueniri, qui etiam furti actione teneatur, nimirum si rem ipsam furtiuam possideat, qua de causa etiam vindicatione conueniri posset.

DEC. Nunquam alius furtiua condictione tenetur, quam qui ipse furtum fecit, aut heres eius vt in superiore lege scriptum est. Nam cum furtiua conditio non nisi odio furis aduersus com-

7. IDEM libro 42. ad Sabinum.

Si pro fure damnus decifum sit: condictionem non impediri certissimum est.

Decifione

Decifione enim furti quidem actio, non autem conditio tollitur.

Ad l. Si pro fure 7.

RAT. DVV. In condictione furtiua venit omne id quod interest agentis, ita vt non tantum emergens damni ratio habeatur, sed etiam si lucri cessantis *l. 3. vbi diximus sup. hoc tit.* Ergo si damnus pro fu e decifum sit, id est, si indemnitas actori sit præstita, non minus conditio furtiua tollitur, quam actio furti, imò, tãto magis, quòd furti actio pœnam petit legitimam, conditio verò furtiua rem ipsam persequitur *§. prox. inf.* vt proinde improbus videatur actor, qui bis eiusdem damni æstimationem consequi velit *l. si quis dolo 51. in fine infra de re iudic. l. bona fides 57. de regulis iuris*. Quod non magis odio furis permittendum est, quam in alia qualibet causa: alioquin dicendum esset ne quidem per condictionem furtiuam tolli vindicationem, vel contra, quod tamen factum est *l. si pignore 54. §. cum furti infra de furt.* DEC. furti decifio, id est, conuentio per quam æstimatur damnus quod à fure datum est, proficiscitur ex lege duodecim tabularum verbis illis *Dupl. one damnus decifio*. Ideò que dicitur legitima conuentio *l. legitima 6. & l. si tibi 17. §. 1.* Vbi diximus *l. si vnus 17. §. pacta qua turpem supra de pact.* Cuius conuentiois ea potestas est vt tollat ipso iure actionem ex eadem lege competentem, & quidem ipso iure *l. post decifionem 13. & Cod. de furt. dict. l. si tibi §. 1.* vbi duo exempla proponuntur de pacto furti & iniuriarum. Nec enim alia de causa huiusmodi pacta comparata sunt, quam ne alioqui nulla superesset ratio euitandæ actionis furti aut iniuriarum, atque ita sedandam litium & discordiarum, quarum materiam

hæ actiones præbent. Atqui lex duodecim tabularum furti tantum actionem pœnalem in duplum induxit pro furto nec manifesto, ad cuius exemplum postea prætor actionem furti manifesti in quadruplum comparauit *§. 1. Institut. de perpet. & temp. action.* At de condictione furtiua nihil in lege duodecim tabularum expressum est, quam postea induxit media Iurisprudencia per interpretationem ad legem duodecim tabularum odio scilicet furum, vt eorum audaciam magis ac magis coereret. *§. sic itaque Institut. de action.* Ergo verum est quod in hac lege Vlpianus scribit, si pro fure damnus decifum sit, lege duodecim tabularum ita permittente, furti quidem actionem, quæ eadem lege est, tolli ipso iure, condictionem verò furtiuam non impediri, quippe quam certum est dari ad rem ipsam furtiuam, quæ in furti actionem pœnalem nunquam venit *l. qui vas 48. in princip. infra de furt.* quamuis etiam in furti actionem damni & eius quod interest ratio habeatur *l. in furti 50. in princip. l. si quis uxori 52. §. penult. eodem titul.* Nec est contrarium quod idem Vlpianus dixit in *leg. si duo 13. §. Idem Iulianus supra. de iureiur. eum qui iurauit se furtum non fecisse, de toto iurasse videri, & ideò non magis conditicia, quam furti actione teneri*. Nam cum furtiua conditio, perinde ac ipsa furti actio, ex furto nascatur, & iusturandum pro veritate habeatur, fieri certè nequit, vt qui iurauit se furtum non fecisse, non liberetur à condictione furtiua, perinde atque à furti actione, vt diximus. At ex furti decifione confessio non negatio furti inducitur. Condicionem igitur furtiuam nihilominus manere fatendum est.

I Furti actio pœnam petit legitimam, conditio rem ipsam. ea res facit, vt neque furti actio per condictionem, neque conditio per furti actionem consumatur. is itaque, cui furtum factum est, habet actionem furti, & condictionem, & vindicationem: habet & ad exhibendum actionem.

Ad §. 1. furti.

RAT. DVV. In furti actione etiam ratio damni habetur, adeòque lucri cessantis, vt proximè diximus ex *leg. si quis uxori 52. paragraph. penult. infra de furt.* Quamuis id quod interest neque dupletur neque quadrupletur, sed verum duntaxat rei pretium *leg. in furti 50. in princip. eodem*. Ergo furti actio non tantum pœnam petit legitimam, sed etiam rei persecutionem continet, sicut & conditio furtiua, & consequenter dicendum est vna actione proposita tolli alteram: ne alioqui actor bis idem consequatur, quod ne quidem contra furem quantumcumque flagret odio recipiendum esse docuimus proximè ad initium huius legis.

DEC. Furti actio siue manifesti siue nec manifesti merè pœnalis est: quia nihil nisi pœnam persequitur: actio quidem furti nec manifesti pœnam legitimam quam lex duodecim tabularum in duplum iniecit, furti verò nec manifesti pœnam ho-

norariam, quam prætores in quadruplum introduxerunt *§. ex maleficiis. Institut. de action. & §. 1. de perpet. & temp. action.* Rem verò ipsam quæ subrepta est, furti actio nunquam persequitur *l. qui vas 48. in princip. infra de furt.* E contrario autem conditio furtiua sui natura est merè rei persecutoria, nec nisi rem ipsam ex se persequitur, & id quod interest tanquam quid rei furtiue cohærens, vt diximus ad *l. 3. supra ex leg. proinde 22. supra ad leg. Aquil.* Pœnam verò nullo modo, tanquam quæ nec pœnalis, nec famosa actio sit, vt manifestè probatur ex hoc *§. & seq. iunct. l. cessat 36. infra de obligationibus & actionibus*. Consequens igitur est, vt neque furti actio per condictionem consumatur, nec conditio per furti actionem, cum nihil commune habeat pœna cum rei persecutione *leg. si pignore 54. paragraph. cum furti infra de furt.* pœna, inquam, legalis, vt Accursius loquitur, aut honoraria. Nam si sit conuentionalis, siue iussu prætoris, aut Iudicis interposita conuentio sit, siue nuda voluntate contrahentium, non tam pro pœna habetur, quam pro rei persecutione, tanquam

interposita in vicem & taxationem eius quod interest vt in *dict. l. vltim. de pretor. slip.* Ideoque si is qui iam rem habet cuiusmodi pœnam adhuc petat, doli mali actione repellendus est *l. apud Celsum 4. §. Labeo ait 7. infr. de doli mali except.* Ex hac autem differentia quæ in hac lege ponitur inter actionem furti & conditionem furtiuam, illa etiam nascitur, quod quamuis heredes furis actione furti conueniri non possint, rectè tamen conueniuntur conditione furtiuæ *§. prox. infr. & l. i. infr. de priuat. delict.* quia rei persecutio extra pœnam est, inquit *l. ancilla 12. C. de furt.*

a *Is itaque cui furtum factum est.* RAT. DVV. Vindicatio & conditio non possunt in eandem personam pro eadem re & regulis iuris concurrere. Vindicatio enim dicit se dominum, qui autem condicit fatetur dominum esse aduersarium: ergo is cui furtum factum est, licet habeat actionem furti contra furem, conditionem tamen & vindicationem habere non potest: nunquam enim audiendus est qui allegat contraria, multo minus contradictoria etiam contra furem *l. i. C. de furt.* Dicit. Speciale est in fure, & singulari eius odio inductum, vt non tantum vindicatione, sed etiam conditione furtiuæ conueniri possit *§. sic itaque Instit. de act. & l. vlt. supra vsu fruct. quem. cau.* Sed aliter vindicatione, aliter conditione. Nam vindicatione non aliter tene-

2 ¶ **Conditio rei furtiuæ, quia rei habet persecutionem, heredem quoque furis obligat: nec tantum, si viuat seruus furtiuus: sed etiam, si decesserit: sed & si apud furis heredem diem suum obiit seruus furtiuus, vel non apud ipsum, post mortem tamen furis: dicendum est, conditionem aduersus heredem durare. Quæ in herede^b diximus, eadem erunt & in cæteris successoribus.**

Ad § 2. Conditio.

RAT. DVV. Solus fur conditione furtiuæ tenetur *l. si duo 13. §. Idem Iulianus supr. de iureiur.* Atqui heres furis fur tamen non est nisi rem furtiuam de nouo contrectet inuito domino, & animo furandi: quo casu persona possessoris mutata, nascitur noua furti actio, itémque conditio, priore tamen manente *l. interdum fur 56. in princ. infr. de furt.* Imò verò fieri non potest, vt heres furis rem furtiuam contrectet, seque eo nomine & propria persona obliget, aut actione furti aut conditione furtiuæ, cum res perit viuo adhuc fure. Et tamen hoc etiam casu aperte scribit hinc Iulianus conditione furtiuæ teneri heredem: non ergo tanquam furem, sed tanquam heredem furis, neque ea proprio, sed ex alieno delicto. Ergo pugnat hæc Vlpiani sententia cum iuris ratione, sed multo magis cum ea propositione quam habent plerique pro certissima iuris regula, actiones, quæ ex delicto proficiuntur, etiam si sint merè rei persecutoria, nunquam tamen dari contra heredem, nisi de eo quod peruenit. In eoque conuenire cum pœnalibus mixtis, differre autem à merè pœnalibus, quas iidem negant dari vllò modo de ere contra heredem, nec si locupletior ex defuncti scelere factus sit. In quo probando mirum est quantopere se torserit non ita pridem vir quidam magni inter suos nominis pereruditus sanè nec insubtilis, qui ex professo contra nos scripsit **Benedictorum per Antiphrasim libros quatuor, vt**

probaret non quod prius pro Cuiacio contra Vlpianum verius quam contra nos, tam pertinaciter defenderat, conditionem furtiuam, quia sit ex delicto, non posse dari in solidum contra heredem, sed inuersa iam sententia, planèque peruersa iuris prudentia, conditionem furtiuam quam fatetur vel inuitus cogitur, dari in solidum contra heredem, non nasci ex delicto, sed ex sua, inquit, sua causæ figura, quasi fieri nequeat vt nascatur ex delicto & detur nihilominus in solidum contra heredem. In quo non tantum nos habet aduersarios, & omnes quotquot vnquam prudentes aut prudentum interpretes de conditione furtiuæ scripserunt, si vnum Accursium excipias ad hunc §. sed ipsum etiam Doctorem suū Cuiacium, qui maluit aduersus expressam Vlpiani sententiam in hoc §. & in *l. 9. infr.* negare conditionem furtiuam dari in solidum contra heredem, quam in tam absurdum errorem incidere, vt diceret conditionem furtiuam non nasci ex delicto, contra quam apertissime scriptum est in *l. si ambo 10. §. quoties infr. de compensat. l. si mulier 71. §. hac actio infr. rer. amot. d. l. si duo 13. §. idem Iulianus supr. de iureiur. l. sed si damnum alias l. peculium §. sine autem de pecul. infr. & l. si seruus 4. supr. tit.* vbi dicitur ex hac causa conditionis furtiuæ dari noxalem actionem in dominum, quæ tamen non datur nisi cum actio ex maleficio nascitur *l. 1. §. cum seruus supr. de his qui deiecer. vel eff. & tot. tit. de noxal. act.* Sed decidèdi ratio quam adfert Vlpian. in hoc §. errores istos omnes aut potius ineptias euidenter profigat. Ait enim Vlpianus dare conditionem furtiuam etiam aduersus

aduersus heredem filii, quia, inquit, rei habet persecutionem, vt intelligamus nihil hac re fieri iure singulari, quod tamen etiam Bartolus & alij male crediderunt, sed ex iuris communis regula, quæ statim de non probaretur, vel ex hoc vno tamen loco confirmaretur, actiones omnes ciuiles quæ sui natura sunt merè rei persecutoria, licet nascantur ex delicto, dari tamen in solidum contra heredem. Non enim dantur quatenus ex delicto sunt nec sub illa præcisè & malitate, sed quatenus rei persecutionem sui natura continent. In quo actionum genere nihil habet heres quod causari possit, cur ex iis conueniri non debeat, cum defuncti personam repræsentet. Probaturque hæc nostra sententia aut potius ratio ab Vlpiano hæc allata, ex pluribus aliis locis ad quos dum respondere vult aduersarius, nihil nisi aerem verberat, alii que mille se inuoluit erroribus. Ac primum probatur ex *§. his verbis Instit. de leg. Aquil.* vbi scriptum est actionem legis Aquiliæ non dari contra heredem, idè quod sit pœnalis, quod in ea fiat æstimatio supra quam damnum datum sit: tum subiicitur *Quæ actio transitura fuisse scilicet in heredem, & in solidum, si vltra damnum nunquam lis æstimaretur, nec enim aliter is locus intelligi potest, quam vt eo casu transitura fuerit actio in solidum contra heredem, quando quidem tum quoque cum pœnalis est transit nihilominus in heredem de eo quod ad ipsum peruenit quamuis pœnalis sit *l. Inde Neratius 23. §. hæc actionem supra ad leg. Aquil.* Cur verò transit in solidum contra heredem, si lis in eam non quam supra damnum æstimaretur, nisi quia esset merè rei persecutoria, ex parte tam actoris quam rei? Et tamen an eo minus oblecto esset ex delicto? An verò etiam dicerent aduersarij fore illam eo casu ex quasi contractu aut ex sua causæ figura, vt illi de conditione furtiuæ somniant? Daretur ergo in solidum contra heredem ex mera ratione iuris: nec tamen ex alia regula, quam ex ea quæ ponitur hæc ab Vlpiano, quod actiones ciuiles quæ sunt sui natura merè rei persecutoria, ex parte tam actoris quam rei, danda sit in solidum contra heredem, id est, etiam si aut nihil aut minus ad eum peruenit. In quarum numero esset vtique actio legis Aquiliæ, si in ea lis nunquam vltra damnum æstimaretur, nec sanè ad textum illum responderi potest quicquid aduersarij canuissent. Nam quod aiunt ex vno & altero loco tam obscure & controuerso non debere sumi generale iuris regulam, ridiculum certè est: quid enim est in *dict. §. his autem verbis*, quod tam obscure vel per incertam & imprudentiam interpretis videri aut fieri possit? Tolerabilius est quod vulgares interpretes iactare solent, quoties textu aliquo vrgentur ad quem non habent quid respondeant, non esse faciendum fundamentum super textu qui recipiat varios intellectus. Quamquam ne id quidem aduersariis nostris effugium præbere aliquod possit: quem enim aliam intellectum supradicta Iustiniani verba possent admittere? Nisi forte illum quem iidem aduersarij subtiliter si diis placet inuenerunt, ex æstimantem actionem quidem legis Aquiliæ transituram fuisse in heredem in solidum, si vltra damnum nunquam lis æstimaretur: at non quod actiones ex delicto merè rei persecutoria in solidum competant aduersus heredem, vt nos cum Vlpiano defendimus, multo minus quod actio merè rei persecutoria tunc esset, sed quod eo casu quo nunquam vltra damnum lis*

æstimaretur, ea æstimatio, inquit, similis foret venditioni, in quam quasi venditionem succedere heres toleraretur iustus, quam in delictum vt vt procreans actionem merè rei persecutoriam *arg. l. sed & si 7. §. 1. supra de Public. in rem act. l. si propter 22. infr. rerum amotarum l. 3. infr. pro emptor.* Quasi verò iam occisus homo & mortuus possit vendi, quod certè ridiculum est dicere, cum in hominum commercio non sit, qui nec in rerum natura est, nec spe quidem *l. nec emptio 8. l. & si consensum 15. infr. de contrah. empt. l. si homo mortuus 69. infr. de verborum obligationibus l. 4. supr. qui satisdant. cog.* Quamuis interdum æstimari hominem mortuum necesse sit, & actori satisfiat, vt in hac ipsa actione legis Aquiliæ, de qua tractamus, & in conditione furtiuæ si furtiuus homo perierit *l. prox. infr. hoc tit.* Et in specie *l. in actionibus, vers. plane supra demonstr. lit. iur. l. si feruum 91. §. vlt. de verborum obligationibus infr.* Non enim omnis æstimatio facit venditionem, sed eius tantum rei quæ extat & vendi adhuc potest, vt in *dict. l. si propter & alii contra nos adductis, quibus possis iungere l. eius rei 46. cum seq. supr. de rei vind.* Nimirum id agunt aduersarij subdole, quantum possunt, vt actionem quoque legis Aquiliæ comminiscantur ex contractu vel quasi contractu descendere potius quam ex delicto, perinde atque conditionem furtiuam: ita variantes pro arbitrio contractum, vel quasi contractum in delictum, & delictum in contractu vel quasi contractu, quod nec quidem eos pudet tandem adfirmare: quam tamen mirabilem metamorphosim iidem ipsi nec immerito alibi vocant. Alia enim contrahendi causa est, alia delinquendæ inquit Vlpian. in *l. 1. §. sed si cum quolibet infr. de exercit. action.* Rideamus ergo ista & contemamus, non refutemus, quamquam non possumus prætermittere nimis absurdum esse, si quis dicat transituram fuisse actionem legis Aquiliæ contra heredem si nunquam vltra damnum lis æstimaretur tanquam succedente hoc casu herede in quasi venditionem potius quam in delictum: nec enim illa quasi venditio vlla esse posset ante præstitam æstimatorem, quam tamen præstari omnimodo necesse esset propter delictum. Obligaretur ergo heres in solidum quatenus heres delinquentis, non quatenus heres emptoris, nam qui seruum occidisset, nec eius æstimatorem adhuc præstisset, delinquens tantum nunquam verò emptor fuisset, inciperet siquidem emptio ab herede qui primus & solus litis æstimatorem præstisset, non à defuncto, quamuis præstandæ æstimatorem necessitatem ex delicti sui causa heredi reliquisset. Neque rursus posset ea quasi venditio impediri eo quoque casu, quo supra damnum lis æstimaretur. Nam & cum in rei vindicatione actor in infinitum, & sine vlla taxatione iurauit, vt in *l. qui restituere 68. supr. de rei vind.* Præstita litis æstimatio à possessore nolente per contumaciam rem restituere, non eo minus facit emptionem & venditionem, adeoque transfert dominium rei æstimatæ in possessorem si res sit præfens *dict. l. eius rei & seq. eodem tit.* Nihil ergo facit ad inducendum in actione legis Aquiliæ commentum hoc quasi venditionis, an vltra damnum lis æstimetur, an non. Itaque prudenter faciunt aduersarij qui hanc suam interpretationem ita concludunt *saltem ita nobis videtur donec explicatio suggeratur non melior, nisi quod fecissent prudentius si meliorem à Deo mentem precati fuissent, meliorem enim explicationem frustra expectant, quamuis petentem*

certè afferre non potuerint.

TERTIA probatio nostra est ex *L. Gaius Seius infra de Senatusconsulto Syllaniano*, ubi tractans Paulus de sorore herede instituta à fratre, qui cum languesceret questus fuerat occidi se veneno, qui cum suo, & quæ neglecta ultione decesserat. Querit, an, si extiterit aliquis qui bona defuncti nunciaret fisco, morte sororis extinctum sit crimen? Et respondet causam de qua queritur, cum sit pecuniaria, morte ingrata heredis extinctam non videri. Sensus enim est, actionem quam Senatusconsultum Syllanianum induxit contra heredem, qui defuncti necem ultus non est, quamvis descendat ex crimine heredis, qui necem defuncti omnimodo vlcisci debuit, ne ingratus videretur *L. cum fisco 9. eod. tit.* quia tamen merè pecuniaria & rei persecutoria est, quæ scilicet non ad irrogandam heredi pœnam aliamquam datur, sed ad hoc tantum ut ei tanquam indigno bona auferantur *L. i. inf. de iur. fisci. l. 1. & 3. Cod. de his quibus ut indigni morte heredis non extinguuntur, licet crimen ipsum extinctum sit: sed perinde contra heredem heredem quamvis innocentem competere. Atque contra primum heredem competeret qui ingratus fuisset. Est igitur hoc tertium exemplum actionis civilis (introducitur enim est S. C. Syllaniano) ex delicto, id est, heredis ingratitude proficiscens, & quæ tamen quia ex sui natura merè rei persecutoria est ex parte tam actoris quam rei, datur contra heredem heredis in solidum, etiam si minus ex occisi bonis ad eum peruenit quam ad primum heredem peruenisset, ne quis fortè cum aduersariis respondeat, teneri hoc casu heredis heredem quasi possessorem quemlibet non tanquam heredem. Nam cum bona defuncti auferenda sint heredi, tanquam indigno, & post aditam ab ipso hereditatem *L. necessarios 5. §. non aliam & L. Senatusconsulto 8. §. 1. de S. C. Syllan. l. cum fratrem 9. Cod. eod.* Nec is cui tanquam indigno bona auferuntur idè designat heres esse *L. ex factis 43. §. vltim. inf. de vulg. & pupill. subst.* Omnino conueniens est, ut causa persecutionis bonorum ob inultam mortem defuncti non alio iure contra heredis heredem tractari possit, quam quasi contra heredem, & eo profus modo, quo contra heredem ipsum primum tractaretur, quasi bonis illis per primum heredem scelere acquisitis, ac proinde heredi secundo extorquendis, ut solent cætera lucra turpia *L. in heredem 5. sup. de calumniat.* Quæ licet non extorqueantur heredibus, quatenus ad eos peruenierunt, extorquentur tamen tanquam heredibus non tanquam possessoribus quibuslibet, quoniam & ad eos pertinet defunctorum famam & innocentiam, si qua sit, defendere, ne quid scelere quæsisse videantur. Eaque sententia est *L. Lucius 9. inf. de iur. fisci.* vbi dicitur extincto crimine non ideo persecutionem eorum quæ scelere quæsis sunt, esse denegandam. Et quod aduersarij obiciunt, fisco vindicationem bonorum competere, verum quidem est post causam bonorum publicationis peractam, si in ea fiscus obtinuerit, quem tamen plerumque contingit succumbere, sed causam publicationis præcedere & ante peragi necesse est, quod neque cum possessore quolibet, neque cum alio quam cum heredis herede fieri certè potest. Et verò teneri heredis heredem hoc casu non quasi possessorem sed quasi heredem & supra etiam quem ad eum ex scelere defuncti peruenit, ex eo apparet, quod cum heres ipse qui defuncti necem ultus non est, ex eo manifestè apparet, quod d*

quemadmodum heres indignus omnes fructus quos percepit & consumpsit, adeoque fructuum in hereditate inuentorum & exinde perceptorum vsuras cogitur reddere *d. l. i. C. de his quibus ut indigni.* Ita & heres heredis, ne meliore conditione sit, quam defunctus: cum tamen neque ex fructibus à primo heredem consumptis, neque ex vsuris fructuum aut exactarum pecuniarum, quarum vsuras nullas fortasse primus heres perceperat, ad secundum heredem peruenisse videri possit. Item ex eo quod fideicommissum, quod ex bonis fisco restituentis heres indignus deducere alioqui potuisset, sicut heres ipse indignus non potest deducere *L. propter 21. §. 1. inf. de S. C. Syllan.* quia dolus eius punitus est, ut inquit ibi Papinianus: ita neque heredis heres deducit. Atque ea ratione plus certè restituit fisco quam ex scelere heredis ad eum peruenit ex bonis occisi. Nec enim antiquius illud fideicommissum, quod deduci poterat, de bonis occisi fuerat, sed de bonis alterius qui occisum grauauerat *L. coheredi §. cum filia de vulg. & pupill. subst. l. sequens questio 68. l. cum pater 77. §. Titio fratri antepen. deleg. 2. l. in imponenda 6. & l. irritum 8. Cod. ad leg. fals.* Nec proinde ex scelere primi heredis fideicommissum illud ei quaesitum fuerat, sed ex liberalitate primi testatoris. Absurdum namque esset deductionem, quam primus heres ex bonis fisco restituentis facere non potuit, permitti secundo heredi facere, qui tanquam heres conuenus non plus iuris habere potest quam is à quo causam habeat.

QUARTA probatio est ex *L. fraudati 8. in princ. inf. de public. & vectigal.* vbi scriptum est fraudati vectigalis crimen ad heredem eius qui fraudibus contraxit transmitti, id est, persecutionem rei quæ ob fraudatum vectigal in commissum incidit licet descendat ex crimine fraudati scilicet vectigalis, dari tamen in heredem, & quidem in solidum, quia quod ad commissum attinet, merè rei persecutoria est actio. Nec dissimiliter in *L. eodem 11. §. illicitarum eod. tit.* Paulus scribit, illicitarum mercium persecutionem heredem quoque affligere. Vbi notandum est quod persecutionem dicit non vindicationem. De hoc ipso enim semper & ante omnia cognoscendum & agendum est, an illicitæ merces fuerint, quisquam sciri possit, an commissio locus sit. In eamque rem necessaria est actio & facti cognitio & pronuntiatio, cum ex plerisque causis fieri possit, ut vel in commissum merces non ceciderint, vel excusandus sit ille qui vectigal fraudasse dicitur, ut in *L. vlt. §. si propter necessitatem & seqq. vsque ad fin. eod. tit.* Dicitur autem hæc actio persecutio, quia in personam est, nec tamen iuris ordinarij habet executionem, ut in *L. pecunia 178. §. actionis de verbor. signif.* solus enim Procurator Cæsaris de commissis cognoscit, ut de aliis causis ad fiscum pertinentibus quamvis non de crimine *L. 1. & 2. l. cum aliquid. Cod. vbi caus. fiscal. l. 3. Cod. de his quibus ut indigni.* sicut nec alius, quam Cæsar ipse legem facere potest, quæ commissi pœnam irroget aut quæ vectigalia imponat *L. vectigalia 10. l. Cæsar 15. eod. tit.* Vlpianus denique in *L. commissis 14. eod. tit. de public. & vectig.* disertè scribit commissis vectigalium nomine etiam ad heredem, id est, contra heredem transmitti, & commissi persecutionem sicut aduersus quilibet possessorum, ita & aduersus heredem competere, quod proculdubio non aliter accipi potest quam ut competat contra heredem etiam si non sit possessor. Alioqui nihil adderet Vlpianus, cum addit dari etiam contra heredem, si, ut putant aduersarij, non alia

alia de causa, quam quia possessor esset, teneretur, nam & illa inter possessorem commissi & heredem fraudatoris differentia admittenda est, quod possessor licet non aliam ob causam teneretur quam quia possessor est, ita nec in plus quam quod possidet, quandoquidem nec nisi vindicatione conueniri potest, quæ datur contra possidentem & quatenus possidet. At heres fraudatoris, quia personali quoque actione & persecutione teneretur *dicit. §. illicitarum*, ut scilicet defuncti qui fraudasse dicitur, innocentiam possit defendere, probando nihil in fraudem legis commissum esse, teneretur proculdubio in solidum probata fraude defuncti, etiam si nihil ad eum ex commissis rebus peruenit, quia scilicet mera rei persecutio teneretur ex sententia nimirum & ratione huius nostri §. alioqui nihil differret ab herede publicani, qui contra edictum prætoris ill. citè aliquid exegisset, nam & in eum heredem quatenus factus esset locupletior, actio danda esset *L. 4. in princ. eodem tit. de public.* Denique si non teneretur heres fraudatoris, nisi quatenus possessor esset, ut volunt aduersarij, vitæ suo nomine non quasi heres teneretur, & inepta esset quaestio, an in heredem dari deberet, quæ non daretur nisi contra possidentem *L. de eo 12. §. vlt. vbi est tex. elegans supra ad ex. hib.* Et mala est aduersariorum iatiocinatio, cum in herede fraudatoris personali actione teneri non posse ex eo, quod in *dicit. l. commissis 14.* dictum est commissum statim desinere eius esse qui crimen contraxit, dominiumque rei vectigali acquiri. Id enim tacitam conditionem necessariò recipit, si modò crimen admittum esse probetur, de quo ante omnia cognosci & pronunciari oportet. Deinde & fraudatoris & rem commissam tradi ad pœnam, ut Marcianus loquitur in *L. vlt. §. 1. in fine eod. tit.* Ne aliter posito iure accideret, ut fisco crimen obiciunt omnimodò credi oporteret, & ad criminis probationem sufficeret accusatio, quod tamen nec in crimine læsæ Maiestatis receptum est, quod etiam ab heredibus purgari potest antequam hereditas fisco vindicaretur *L. vlt. infra ad leg. Jul. maiest. Lex iudiciorum 20. infra de accus.* vbi à generali regula quæ habet, ex delictis etiam publicis pœnam incipere ab herede non aliter posse, quam si viuo reo accusatio mota sit. Excipit Modestinus crimina repetundarum, & maiestatis, quæ etiam mortuis reis, cum quibus nihil actum est, placuit tamen exerceri posse contra heredes ut nisi defunctorum innocentiam probauerint, & crimen purgauerint, bona fisco vindicentur, nec quod interim reus nihil ex bonis suis alienare possit, nec seruum vllum manumittere, ut in *ead. l. sequitur* facere potest, ut iam pro condemnatio haberi debeat, sed ut fisci commodis consulatur, si condemnationem tandem sequi contingat, quam præcedere semper oportet, ut fisco vindicationem habere possit, quomodo eadem lex probat: tamenque *lex post contractum 15. infra de donat. l. quaesitum 15. infra qui & à quibus manumiss. l. vlt. non sicut l. eius qui 29. infra de iur. fisci.* Quisquis enim accusat, crimen deferat, delatum adprobet, cum probauerit, & victoriam reportaturus & gloriam, ut Imp. loquuntur in *L. iubemus 4. C. ad leg. Jul. repetund.* Inge duas postremas leges, quæ ex Paulo & Marciano additæ sunt in *tit. C. ad leg. Jul. maiest.* Hinc verò quintam summam conclusionis nostræ probationem, nam si qua actio est, quæ ex delicto sit, & quidem atrocissimo, & quæ circa secundum aduersario-

quatenus ad eum peruenisset, hæc maxime actiones essent, quæ ex criminibus læsæ maiestatis, peculatus, & repetundarum proficiscuntur, & tamen quia sunt rei persecutoria, & quatenus meram rei persecutionem continent, dantur in heredem & quidem in solidum, etiam si aut nihil aut minus ex defuncti scelere ad eum peruenit: alioquin nihil haberent singulare huiusmodi actiones, cum ex cæteris quoque publicis iudiciis omnibus sicut & ex priuatis quæ à delicto trahunt originem semper & omni casu turpia lucra heredibus extorquentur *d. l. in heredem supra de calumniat. l. fisci 38. de regalis iuris l. vlt. Cod. ex delict. defunct.* Sed & cum ex quo quis aliquod ex supradictis causis crimen contraxit neque ex bonis suis alienare quidquam neque manumittere possit *dicit. Lex iudiciorum & dicit. l. quaesitum 15. qui & à quibus man.* Apparet si quid reus malè alienauerit quod postea perierit, ita ut neque res neque pretium in hereditate inueniatur, condemnandum nihilominus heredem, ut conuictio reo estimationem fisco præster, ergo etiam id quod ad eum non peruenit, ac proinde fandum est, teneri hoc casu heredem non quatenus possessor est, ut volunt aduersarij, sed quatenus heres est, nec sola rei vindicatione, ut iidem existimant, sed actione ipsa ex crimine, quatenus tamè meram rei persecutionem non pœnam corporalem continent. Id enim est quod Papinianus scribit in *L. donationes 31. §. vlt. infra de donat.* Ratas esse donationes non posse quæ post crimen perduellionis contractum factæ sunt *vlt. inquit, crimen illud heredem quoque teneat nisi nondum postulat vitæ decesserat.* Quamquam meo iudicio separandum est crimen læsæ Maiestatis à cæteris repetundarum, peculatus & de residuis, quia in crimine læsæ Maiestatis bonorum ademptio siue ipsi reo siue heredi eius infligatur, mera pœna est non rei persecutio, nec enim bona eius qui Maiestatem læsæ dicitur, fuerunt vnquam fisci aut reipublicæ aut Cæsaris nisi fortè eo sensu quo Seneca scripsit omnia esse Cæsaris, sed imperio scilicet, non dominio. At in criminibus repetundarum, peculatus & de residuis nulla quaestio est, nisi de ablata & subrepta pecunia publica, ut ea nimirum restituatur *L. vlt. infra ad leg. Jul. pecul.* Vbi ratio hæc redditur cur tria illa iudicia similiter in heredem, ut in defunctum exercentur, quia inquit Papinianus, in his tribus iudiciis quaestio principalis pecuniæ ablata moueatur. Est enim cum repetundarum vel peculatus pecuniariæ agitur, pœna est quadrupli *L. 1. Cod. ad leg. Jul. repet. l. sacrilegij 6. in fine l. pen. inf. ad leg. Jul. pecul. & lege de residuis damnatus amplius tertia parte, quam debeat, punitur l. 4. §. qua lege eod. tit.* quæ pœna quadrupli etiam in heredem datur (alioquin non similiter exerceretur in heredem, ut in defunctum *d. l. vlt.* nisi quod contra heredem duntaxat datur in heredes intra annum ex verbis ipsis legis Iulie repetundarum *L. 2. infra ad leg. Jul. repet.*) Ea tamen pœna non venit nisi in consequentiam principalis quaestionis cuius respectu actio est merè rei persecutoria, idèoque ex ipsa iuris civilis regula transiret in solidum aduersus heredem. Et quidem etiam post annum & in perpetuum, ni verbis legis Iulie contra cautum fuisset, ex quo magis intelligimus dari actionem repetundarum contra heredem quatenus heredem & in solidum non ut aduersarij volunt quatenus contra possessorem quilibet, & de eo tantum quod ad eum peruenit, nam si daretur tanquam contra possessorem & de eo tantum quod ad eum

peruenisset, utique daretur post annum & perpetuo ex regula legis 4. infra de interd. l. 1. in princip. l. 3. §. 1. infra de vi & vi arm. Cessante enim post annum lege Julia reperundarum atramen quod scelere defuncti quaeritum esset, heredi semper auferre oportet l. cum falsi 12. infra ad leg. Cornel. de fals. Nunquam enim permittendum est ut heres ex defuncti scelere daretur dict. l. 5. supra de calum. dict. l. sicut 38. de reg. iur. dict. l. vnic. Cod. ex delict. defuncti. & aliis sexcentis. nam quod aduersarij suo ingenio contrariam regulam astruunt, ex maleficiis merè pœnales actiones in heredem rei profus non competere etiam si aliquid ad eum peruenit, apertissimè falsum est, & repugnans legibus omnibus, quæ dicunt turpia lucra heredibus esse extorquenda sine vlla actionum distinctione, imò verò, quo magis actio pœnalis est, eo minus æquum est turpe lucrum defuncti apud heredem remanere, licet pœna in heredem non transeat dict. l. cum falsi dict. l. in heredem 5. de calum. Actionem enim de calumniatoribus quæ in quadruplum datur, merè pœnalem esse non mixtam apparet euidenter ex l. si quis 7. in princ. & §. 1. eodem tit. Vbi is qui pecuniam dedit ne calumnia non fieret, pecuniam quam dedit, repetit, & ego nihilominus ago in quadruplum quod proinde hoc casu totum pœna est. Et falsi accusationem criminalem ex lege Cornelia de falsis descendente totam merè pœnalem esse nemo dubitat, & tamen finita accusatione & extincto crimine morte rei, constat heredem teneri, ut turpe lucrum omne restituat d. l. cum falsi. Neque verò in tot legibus quas aduersarij aduersus nos congerunt, & quibus integras onerant paginas, ex quibus probari non negamus actiones merè pœnales in heredem non transire, vlla tamen lex est quæ adiiciat quod illi comminiscuntur, nisi aliquid ad heredem peruenit. Qua de re si vel vnam legem proferant, libèter cedimus, & victos nos agnoscimus. Nec mouemur ex dict. l. 2. ad leg. Iul. repet. quæ actionem reperundarum quamuis rei persecutoriam, ut supra diximus, anno tamen finiri vult aduersus heredem. Id enim speciali quodam iure verbis ipsius legis Iulie ita constitutum est, miseratione heredis contra quem iudicium similitur, ut contra defunctum exerceri solet, dict. l. vlt. id est, ut interpretati sumus, etiam cum pœna quadrupli [ut tantum possit in his iudiciis privilegium criminis & accusationis, quantum in aliis potest litis contestatio dict. l. ex iudiciorum] qua tamen in perpetuum teneri heredem eo prætèxtu, quòd principalis quaestio sit de rei persecutione, durissimum sanè esset: sed illud tamen multo durius, ut heres de eo quod ad ipsum ex scelere defuncti peruenisset, post annum non teneretur, cum in eo nullus heredis favor esse possit & debeat, cur in minus teneatur, quam defunctus. Quod tamen Accursius cæterique interpretes ad dict. l. 2. non videntur percipisse, existimantes non teneri heredem actione illa reperundarum, ne quidem de eo quod peruenit nisi intra annum. Sed longè imperitius faciunt aduersarij, qui quod scriptum est in dict. l. vlt. ad leg. Iul. pecul. heredem similiter teneri in tribus illis iudiciis peculatus, reperundarum, & de residuis, sic intelligunt, ut non teneatur nisi tanquam possessor, quasi verò nec defunctus teneretur, nisi quatenus possessor, non autem quia deliquisset. Vnde & tandem eò amentia deueniunt, ut bonorum defuncti vindicationem, quæ fitco datur post condemnationem defuncti memoriam, dicant procedere ex

lege ipsa Julia magis quam ex delicto, quasi actiones & actiones quæ ex legibus publicorum iudiciorum descendunt, non sint ex delicto, nisi fortè putant crimina ipsa publica non esse crimina ne delicta. Confirmatur ergo nostra regula optimè dict. l. vltim. pecul. quæ vult tria supradicta iudicia si militer dari in solidum contra heredem, proptere quòd in principali quaestione quæ est de ablata pecunia, meram rei persecutionem contineant, licet persecutionem illam pœna quadrupli concomitur intra annum: quasi in omni actione non tam accessorium spectandum sit, quam principale prædominans, cuius naturam sequitur semper accessorium. Quod si tota quaestio esset de ablata pecunia non etiam de pœna, darentur proculdubio tri illa iudicia contra heredem, etiam post annum tanquam merè rei persecutoria, quamuis non et minus futura essent ex delicto.

VI. conclusionis nostræ PROBATIO est ex l. pupillum 111. §. 1. de regulis iuris. Vbi Caius scribit in heredem non solere transire actiones pœnales e maleficio, veluti furti, damni iniuriæ, vi bonorum raptorum, & iniuriarum. Ex quibus exemplis apparet sic intelligi Caium, ut actiones illæ pœnales non transeat in solidum aduersus heredem, nam de eo quod ad heredem peruenit, transire in eum actionem damni iniuriæ, id est, legis Aquiliæ iam supra diximus ad l. Inde Neratius §. hanc actionem supra ad leg. Aquil. Ita ergo scripsit Caius de actionibus e maleficio pœnalibus, ut comprehenderet omne quidem actiones pœnales siue merè pœnales, qualis est actio furti, siue mixtas, quales sunt damni iniuriæ & vi bonorum raptorum §. vi autem 19. & præcedent. Inst. de act. Nam & mixtæ ex pœnalibus dicuntur absolute pœnales & pœnalium naturam habent, ut non magis dentur contra heredem quam merè pœnales dict. §. hanc actionem) Sed ad exclusionem actionum ex maleficio, quæ non sunt pœnales, ac proinde quæ sunt merè rei persecutoria, ut scilicet dentur contra heredem, ergo in solidum licet sint ex maleficio. Alioqui si non darentur nisi de eo quod ad heredem peruenit, nulla esset propterea hac parte differentia inter actiones ex maleficio pœnales saltem mixtas (ne de merè pœnalibus iterum cum aduersariis disputemus) & merè rei persecutorias. Atque ita debuisset Caius regulam concipere de actionibus omnibus ex maleficio explicitè & in distinctè, non de actionibus ex maleficio pœnalibus. Item ad exclusionem & differentiam actionum ex contractu pœnalium, quæ non dantur nisi dolo interueniente, & ad puniendum dolum quæ licet sint pœnales, dantur tamen aduersus heredem in solidum, quia ex contractu rei que persecutione descendunt l. si hominem 7. §. datur, vbi dicemus latius infra de pos. l. ex depositi 12. l. ex contractibus 49. de obligationibus & actionibus. l. ad ea 157. §. in contractibus de regulis iuris. licet aliter Tribonianus scripserit in §. aliquando Inst. de perpet. & temp. act. Quod si actiones ex contractu pœnales transeunt in solidum aduersus heredem, multo facilius admittendum est, actiones ex maleficio quæ non sunt pœnales, sed meram rei persecutionem continent in solidum quoque aduersus heredem competere, in quo numero certè est conditio furtiua si qua vlt. quam alia dict. l. in condicione 9. infra hoc tit. Septima eiusdem nostræ conclusionis probatio sumi potest ex leg. liberum 9. de reliq. & sumptibus funer. vbi tractans Caius de actione in factum quæ datur

contra

contra eum, qui prohibuit mortuum eò inferre quòd inferendi ius fuit, aut mirari se cur constare videatur eam neque heredi, neque in heredem dari, nec dubitat quin & heredi & in heredem danda sit: quod & scriptum est ab Vlpian. in l. si filius familias 31. §. 1. eod. tit. scilicet in solidum non de eo tantum quod pertinet, ut male aduersarij nostri interpretantur. rationem enim Caius adfert, quia sola pecuniariz quantitatis ratio in eam deducitur, nulla profus pœna, adeò ut nec pœnæ nomine concepta sit ad puniendum dolum aut factum eius qui prohibuit, non magis quam interdictionem quòd prohibetur vis fieri, & quod ex eadem causa competere lex ait. In quo valde singulare ius est huius actionis, ut quamuis sit & ex delicto & prætoria & valde similis actioni iniuriarum [quæ ad eum locum erat ratio dubitandi] nullomodo tamen sit pœnalis ne quidem ex parte rei, sed meram rei persecutionem ex vtraque parte contineat. Vnde sit, ut vel ipsa iuris prætorij non minus quam iuris civilis ratione etiam post annum dari debeat & in solidum contra heredem, ex regula l. in honorariis 35. de oblig. & action.

a Nec tantum si viuat seruus furtiuus, sed etiam si decesserit. Rectè Vlpian. hunc versiculum adiecit, ut ostenderet præcipuam differentiam, quæ est inter vindicationem & conditionem furtiuam, quia vindicatio non datur nisi quando viuat seruus, cuius scilicet morte dominium amissum & extinctum est, quia vindicatio nascitur ex præsentis possessione l. non alias 24. §. sed si postulat sup. de iudic. Possessio autem nulla esse potest hominis mortui qui iam nullus est. At conditio furtiua serui furtiuu durat etiam seruo mortuo §. vltim. Inst. de oblig. quæ ex delict. nasc. Quia licet rem persequatur, in personam tamen non in rem actio est: actiones autem in personam non extinguuntur peremptione rei debitæ quoties perit res post mortem, quia præcipuus morè effectus ille est, ut persequetur obligationem & actionem l. si seruus 91. §. sequitur & §. vlt. de verb. oblig. fur autem moram semper facere intelligitur ut iam scriptus monuimus ex l. prox. §. 1. & l. vlt. infra hoc tit. Apparet autem ex versiculo sequenti horum verborum sententiam illam esse, ut conditio furtiua duret etiam viuo adhuc fure seruo furtiuus decesserit, ac proinde etiam si ex furto illo nihil ad furis heredem peruenit, neque enim peruenisse quicquam potest, cum seruus furtiuus viuo fure decessit, subiungit enim Vlpianus, sed etsi apud furis heredem diem suum obierit seruus furtiuus, ut intelligamus esse casum illum diuersum à superiore. Et cum quaeritur, an condicione furtiua heres furis teneatur nihil penitus interesse, an viuat seruus furtiuus an decesserit, nec rursum cum decessit, an viuo fure, an post mortem furis decesserit, qui quam referre, an apud heredem an apud alium decesserit, ut sequitur in hoc textu. Id enim agit Vlpianus, ut omnes casus exprimat qui possunt incidere, quemadmodum bene Bartolus vidit. Itaque parum subtiles sunt aduersarij qui hæc verba, sed etiam si decesserit restringunt ad eum casum quo seruus furtiuus decesserit post furis mortem non eo viuo ob id solidum quòd præcedentia illa, nec tantum si viuat seruus furtiuus intelligi debeant de seruo furtiuo qui viuat post mortem furis, quasi verò sint duo illi casus oppositi & sibi aduersantes, si post mortem furis seruus viuat aut decesserit, cum tamen non possit seruus decessere post mortem furis

quin post eiusdem mortem vixerit, ita ut secundum hanc interpretationem casus mortis includat casum vitæ. At erunt omnino casus oppositi & pugnantes illi, si seruus adhuc post mortem furis viuat, aut viuo adhuc fure decesserit. Quod perinde est ac si Vlpianus scripserit, siue post mortem furis viuus adhuc seruus furtiuus siue iam viuo fure mortuus proponatur, proinde qui contra Vlpianum potius quam contra nos disputant, conditionem furtiuam non dari nisi de eo quod ad ipsum peruenit, textum hunc effingere non possunt. In quo tam apertè Vlpianus scribit furis heredem teneri condicione furtiua etiam eo casu quo constet nihil ad eum peruenire ex furto potuisse. RATIO igitur DVV. ad hunc versiculum ex ipsorum aduersariorum argumento petenda est, si generaliter verum esset quod illi volunt, actiones omnes ex delicto esse pœnales, actiones autem pœnales contra heredem in solidum non dari, ac ne quidem de eo quod peruenit si actiones merè pœnales sint, sed tantum si mixtæ ex d. l. pupillum 111. §. 1. de reg. iur. Atqui conditio furtiua datur ex delicto, ut toties probauimus, & inculcauimus. Ergo non debuit dari in heredem eo casu quo res furtiua viuo adhuc fure perierit, atque ita nec peruenit nec peruenire potuerit. Sed DIC. RAT. est, quòd imò verò actiones omnes quæ sunt sui natura merè rei persecutoria, licet sint ex delicto, dantur nihilominus in solidum aduersus heredem, qualis est conditio furtiua & aliæ de quibus supra diximus. Falsum enim est quod aduersarij pro vero supponunt, nec vilo iuris loco probare vnquam possint actiones omnes ex delicto esse pœnales, sicuti nec actiones omnes pœnales sunt ex delicto, cum ex iis plurimæ sint ex contractu, aliquo tamen dolo, & consequenter delicto rei interueniente d. l. si hominem §. 1. infra de pos. & aliis supra citatis, nam & actio rerum amotarum ex delicto est l. si mulier 21. §. hæc actio infra de amor. Quod nec aduersarij negant, & tamen non est pœnalis, quia non pœnam, sed meram rei persecutionem continet, ut ibidem scriptum est, licet non nisi arbitrio iudicis tanquam quæ sit arbitraria, ut & illa de qua in l. 4. alias l. non solum §. 1. supra de alienas iudic. mura causis fact. Id quæ nos probauimus pluribus in vlt. par. te Chiliadis de error. prag. vbi totam hanc quaestionem fufius tractauimus & melius quam antè à nobis factum esset lib. 4. coniect. cap. 1. Sed neque possint aduersarij vllam actionem proferre quæ sui natura sit rei persecutoria, cuiusmodi est conditio furtiua, & quæ tamen non datur in solidum aduersus heredem: ut neque vllam merè pœnalem quæ non datur contra heredem de eo quod peruenit, excepta actione furti, quæ ita datur ad meram pœnam, ut contra heredem danda non sit, nec de eo quod ad eum peruenit: nimirum iure singulari, quia contra furem non tantum actio furti comparata est, sed conditio furtiua, quæ longè durior est in heredem quam de eo quod peruenit, cum datur in solidum, an non enim stultus esset legislator siue civilis, siue honorarius, si actionem furti daret in heredem de eo quod peruenit, cum possit & debeat ille teneri in solidum ex condicione furtiua? Nam & eadem ratio facit, ut actio vi bonorum raptorum, quamuis non sit merè pœnalis, sed mixta, & cæteræ mixtæ omnes, vel fatentibus aduersariis dentur in heredem de eo quod peruenit, hæc tamen nullo modo detur in heredem ne in id quidem quo locupletior factus est l. 2. §. vlt. infra vi bonor. raptor. Vbi rationem Vlpianus reddit. Quia putauit prætor sufficere condicione

rem furtiuam, quæ scilicet datur contra eum quoque qui vi bonorum raptorum tenetur *l. ex causa 5. sup. §. 1. infr. ad hoc tit.* Ergo debuerunt aduersarij vel negare eadem audacia actiones mixtas dari in heredem de eo quod peruenit, propter actionem hanc solam vi bonorum raptorum, vel desinere argumentari ex sola actione furti, vt probent actiones merè pœnales omnino non dari in heredem, id est, ne de eo quidem quod ad ipsum peruenit.

b *Quæ in herede.* R. A. T. D. V. B. & D. E. C. Eadem est in honorariis successoribus, quam attulimus in herede: est enim hic versiculus intelligendus nõ de successoribus, quibuslibet, puta qui utulo aliquo singulari,

8. IDEM LIBRO 27. ad Edictum.

IN re furtiua conditio ipsorum corporum competit. sed vtrum tam diu, quam diu existit: an verò & si deserint esse in rebus humanis? & si quidem obtulit fur sine dubio nulla erit conditio. si non obtulit: durat conditio æstimationis eius. corpus enim ipsum præstari non potest.

Ad l. in re furtiua 8.

R. A. T. D. V. B. Conditio furtiua datur ad ipsius rei furtiua persequutionem *l. prox. §. 1. sup.* Ergo si res furtiua perempta sit, non potest durare conditio neque corporis furtiui, quod iam nullum est, neque æstimationis, quia non fuit æstimatio subrepta, aliud enim est res ipsa, aliud æstimatio *l. si alij 42. §. 1. sup. de ventr.*

D. E. C. Res debita si post moram debitoris perierit, vtique perit debitori, in cuius pœnam & odium habetur pro adhuc extante *l. si seruum 91. §. sequitur & §. vltim. de verborum obligationibus l. in actionibus 5. versic. plane sup. de in lit. iur. l. pen. sup. de cond. caus. dat.* Atqui fur quatenus debitor rei furtiuae semper moram facere intelligitur in ea restituenda, quam nec ab initio auferre debuit *§. prox. infr. & l. vltim. hoc tit.* Ergo vel purgare moram illam debet per obligationem realem, nullaque condicione vel dilacione suspensam *l. qui decem in primo. & §. 1. infr. de solut. l. parui refert 17. infr. hoc tit. l. vltim. Cod. hoc tit. l. interdum 73. §. vlt. de verborum obligationibus*, vel si fur non obtulerit, necesse est durare condictionem furtiuam hactenus scilicet, vt ipsa quoque corpora furtiua peti adhuc possint *dict. l. si seruum §. sequitur & §. vltim. de verborum obligationibus*, sed tamen vt præstari debeat æstimatio, quia corpus ipsum quod perit præstari amplius non potest, vt hinc Vlpian. scribit. Corpus enim ipsum proculdubio in petitione est, æstimationis autem in solutione tantum, vt bene hic Accursius notat ex *l. cum qui 56. §. vlt. & dict. l. si seruum 91. §. vlt. de verb. oblig. iunct. l. si seruus 14. §. bone infr. hoc tit.* Quamuis Bartolus etiam æstimationem condici posse putet re furtiua perempta, quasi obligatus sit fur rem restituere non rem dari, quod tamen iam refutauimus ad *l. 3. sup.* Ex eo autem quod hic scriptum est durare condictionem, etiam si res furtiua in rebus humanis esse deserit, non adhibita distinctione an contra furem detur, aut contra furis heredem, nec rursus an viuo fure an post ipsius mortem res furtiua perierit, apparet verum esse quod supra docuimus, generaliter & indistinctè condictionem durare aut contra furem aut contra furis heredem, quamuis seruus furtiuus viuo fure perierit, atque ita nihil ad eum ex furto peruenit. Et fanè cum heres teneatur condicione furtiua,

vt emptionis succedat in rem furtiuam (neque enim isti condicione furtiua tenentur *l. ex causa 5. sup.* vt nec alia vlla personali actione *l. aris alieni 15. C. de donat. l. vlt. §. 1. de contr. empr. l. 1. §. si heres ad Senatuconsultum Trebellianum l. vltim. Cod. de heredit. action*) sed de successoribus iuris siue ciuiles sint, siue honorarij, vt bene Ioannes & Azo iam olim interpretati sunt ex *l. nec legatarius 11. hoc tit. l. quadam sunt 8. §. nihil interest sup. de edend.* At honorarij successores iuris, & ceteri, qui heredum loco sunt, licet non sint vere heredes, eodem tamen iure cententur in qualibet ferè iuris parte *l. 1. 2. & 3. infr. de bonor. possess. cum similibus.*

etiam si rem non possideat, vt Iustinianus scribit in *§. vlt. Instit. de oblig. quæ ex delict. nasc.* quid potest interesse, an ideo heres non possideat rem furtiuam, quod ea iam viuo adhuc fure perierit, an quia post mortem furis? Quod autem in hac lege scriptum est, si quidem fur rem furtiuam obtulerit, nullam esse condictionem, constat ita debere accipi, vt idem tamen iuris sit, si in aliud nomen aliumque statum obligationis nouandi animo res furtiua transferatur *dict. l. parui refert 17. infr.* Itemque, si citra nouationem & delegationem res furtiua per stipulationem simplicem promittatur domino, vt in *dict. l. qui decem 72. §. Item responsum est infr. de solut.* sed hoc posteriore casu præsentem rem esse oportet, non etiam superiore *dict. l. parui & dict. §. Item responsum est.* Obserua tamen, quod Accursius bene notat, oblatione rei furtiuae tolli quidem condictionem furtiuam, sed non pœnalem actionem furti *l. qui ea mente 65. infr. de furt. l. si pignore 14. §. cum furti eod.*

a *Durat conditio æstimationis eius.* R. A. T. D. V. B. Res quæ extare desit, etiam post moram non potest à Iudice æstimari sine delatione iurifurandi *l. in actionibus 5. versic. plane sup. de iureiur.* Atqui nusquam scriptum est in condicione furtiua iurari posse in litem, quamuis id ipsum scriptum sit in actione furti in *l. cum furti 9. eod. illo tit.* Ergo post peremptam rem furtiuam non potest durare conditio æstimationis eius.

D. E. C. Tunc necessarium est iusiurandum in litem ad æstimandam rem peremptam in actionibus stricti iuris, cuiusmodi sunt condictiones omnes cum eius temporis æstimatio præcisè ineunda est, quæ agitur pro re iam perempta, vt in *d. versic. plane & l. seq. vbi diximus*, at in condicione furtiua, cum res perempta æstimatur, nullius certi temporis ratio habetur, sed eius quanti plurimi vnquam res fuerit *§. prox. infr.* ita tamen vt æstimatio nunquam egrediarur retrosum iudicij accipiendi & litis contestatæ tempus *l. 2. §. quæstium infr. de priuat. delict.* Quæ æstimatio quanti plurimi faciliè sciri potest, etiam nullo delato iureiurando, non minus quam in actione legis Aquiliae, an qua certum est nunquam iurari *l. sit lex 21. & pass. sup. ad leg. Aquil.* Ergo nihil vetat etiam in condicione furtiua durare condictionem æstimationis etiam post rem furtiuam peremptam: alioquin rei furtiuae interitu etiam contingente post moram, quam fur semper facere intelligitur,

liberatio

liberatio furis contingeret contra omnes iuris regulas *d. l. si seruum 91. §. vlt. de verb. oblig. l. pen. sup. de cond. caus. dat. caus. non secut.* Atque ita melior esset conditio furis, quam alterius debitoris cuiuslibet in

I Si ex causa furtiua res condicatur: cuius temporis æstimatio fiat, queritur placet tamen id tempus spectandum, quo res vnquam plurimi fuit: maximè cum deteriorem rem factam fur dando non liberatur: semper enim moram fur facere videtur.

Ad §. 1. Si ex causa.

R. A. T. D. V. B. In æstimatione ineunda rei debita ex iudicio stricti iuris, inspiciendum est præcisè tempus litis contestatæ *l. vinum 22. sup. de reb. cred. l. vlt. infr. de cond. tritic. l. hominem 37. infr. mand.* In quo differunt iudicia stricti iuris à iudiciis bonæ fidei, in quibus spectatur vtro tempore res pluris fuit an moræ an rei iudicatæ *l. 3. §. in hac inf. commod. l. 3. §. si per venditorem infr. de act. empr.* at æstimari rem quanti plurimi vnquam fuerit, siue in bonæ fidei iudiciis siue in strictis, nusquam scriptum est. Atqui conditio furtiua est stricti iuris, vt cæteræ omnes condictiones *§. actionum 25. Instit. de act.* Ergo nec in condicione furtiua spectandum est id tempus, quo res vnquam plurimi fuerit. D. E. C. Odium furis, vt alia pleraque induxit, ita & hoc inter cætera, vt res furtiua æstimari debeat quanti plurimi vnquam fuerit. Non quidem à die furti admissi, sed à tempore litis contestatæ in tempus vsque sententiæ, ne aliqui eueniret, vt per continuationem furti melior fieret conditio furis *l. inficiando 67. §. infans infr. de furt.* Quo exemplo etiam mulier quæ mariti res amouit, tenetur actione rerum amotarum quanti plurimi res amotæ fuerint: crescit enim æstimatio in illa etiam actione, vt in condicione furtiua rei, quia veritate furtum facit mulier, licet lenis coerceatur *leg. pen. infr. rer. amot.* Melior tamen est conditio furis itémque mulieris, quæ res amouit, quam eius qui contra legem Aquiliam vulnerauit hominem vel occidit. Hic enim tenetur quanti plurimi vnquam fuit homo ex die admissi delicti, in actione autem rerum amotarum & condicione furtiua æstimatio quanti plurimi non egreditur retrosum iudicij accipiendi tempus *dict. leg. 2. §. quæstium est infr. de priuat. delict.* Nascentur autem differentia tunc ex verbis legis Aquiliae, quæ sic habeat, *Quanti id in eo anno plurimi fuit leg. 2. leg. ait lex 21. sup. ad leg. Aquil.* tum ex natura condictionis furtiuae, itémque actionum stricti iuris omnium, in quibus nulla haberi potest ratio æstimationis, quæ præcessit litis contestationem: siue quia quale quid est cum petitur, tale dari debet vt ait Papin. in *leg. 2. infr. de vsur.* siue quod imputare sibi actor debeat, cur non acius egerit. Iura enim diligentibus s. b. uenient non negligentibus *leg. non enim sup. ex quib. caus. maior leg. quod autem 6. §. sciendum leg. pupillus 24. infr. qua in fraud. cred.* Nec ad rem facit quod fur ex die furti admissi semper moram facere intelligatur vt scriptum est in *hoc §. & in leg. vltim. infr.* Ea namque ratio est condictionum, & iudiciorum omnium stricti iuris, vt in illis nulla penitus moræ ratio habeatur, quantum ad augendam obligationem s. d. uenturæ quantum ad eam perpetuandam *leg. si seruum 91. §. sequitur & §. vltim. infr. de verb. oblig.* Ex quo apparet, quam ridiculum sit moueri illud æstimationis quanti plurimi, quod interpretes nostri inau-

mora constituti, quæ tamen debet esse deterior, vt reuera est in eo, quod fur præstat æstimationem quanti plurimi quam ceteri debitores nunquam præstant vt dicemus in *d. §. prox. seq.*

terunt, in omnibus bonæ fidei iudiciis à die moræ vsque ad condemnationem quod illi docent ad *dict. leg. vinum 22. sup. de reb. cred. & ad dict. leg. 3. §. in hac inf. commod.* Nam si quo casu odium moræ posset inducere æstimationem quanti plurimi ex die moræ, proculdubio mora & odium furis, hoc maxime induceret contra furem in condicione furtiua: Nec maior esset ratio spectandi præcisè temporis litis contestatæ ad excludendam maiorem temporis præcedentis æstimationem, quam ad excludendam sequentis: cum in vtroque violetur natura cæterarum condictionum & actionum stricti iuris, vt fur grauius coerceatur.

a *Maximè cum deteriorem rem factam fur dando non liberatur.* R. A. T. D. V. B. Potest res furtiua fieri deterior solo cursu temporis, aut aliquo casu fortuito, citra culpam vllam debitoris, quo casu videtur spectare periculum ad creditorem, cum nihil possit imputari debitori, nec quisquam casus fortuitos præstare debeat *leg. contractus 13. in fin. infr. de reg. iur.* Maximè verò si is qui creditor est idem dominus proponatur. Tritum enim est casus omnes fortuitos ad dominum pertinere *leg. qua fortuitis 6. leg. pignus in bonis 9. Cod. de pignor. act.* Atqui in condicione furtiua hoc euenit, vt quisquis creditor & actor est, eundem esse dominum necesse sit *leg. 1. sup. h. tit. l. vltim. sup. vsufr. quem. cau. §. sic itaque Instit. de act.* Ergo fur dando rem furtiuam licet deteriorem factam dummodo siue culpa sua liberari debet. Præsertim cum nec alia res sit, quam quæ subrepta fuerat, quæ hodie deterior redditur. Ad eò vt nec audiendus fur esset, si pro re furtiua deterior facta meliorem aliam neque furtiuam veller invito domino reddere. Neque enim aliam rem persequitur conditio furtiua, quam illam ipsam, quæ furto subrepta est, vt ex initio huius legis apparet. Et ex *§. 1. leg. prox. preced. D. E. C.* Non videtur reddi ea res quæ deterior redditur *dict. leg. 3. §. 1. infr. commod.* Nam qua parte facta est deterior, non tantum vilior quoque facta fuit, sed etiam perisse quodammodo intelligitur, *leg. 3. infr. de cond. tritic.* Quid enim aliud est rem fieri deteriorem quam ex parte perire? Ergo non est permittendum furi, vt rem furtiuam deteriorem factam reddendo liberetur; maximè cum non possit res facta esse deterior apud furem, quin post moram furis id contigerit, quandoquidem ex eo instanti, quo furtum admisit moram contraxisse intelligitur, eamque continuasse, quo vsque rem restituat, vt sequitur in hoc *§. & in leg. qui furtum 16. & leg. vltim. infr. hoc tit. leg. vltim. C. de cond. ob stirp. caus.* vbi dicitur hoc casu moram in re ipsa fieri, id est citra vllam interpellationem vt in *l. 3. C. in quib. caus. in integr. rest.* Certum autem est quicquid contingit rei debita post moram debitoris, id periculo debitoris cedere *l. si ex legati 13. & seq. infr. de verb. oblig.* Neque vero faciliè potest fieri, vt mora contrahatur sine culpa *l. sciendum 21. & seq. l. mora 32. infr. de vsur.* vbi latius Deo fauente dicemus.

R. R.

Ad §. vltim.

RA T. D. V. B. In ceteris conditionibus fructus non veniunt nisi qui post acceptum iudicium percepti sunt, idque ex æquitate, ut ex Cassio Paulus scribit in leg. videamus 38. §. si actionem infr. de vsur. Ergo in conditione furtiva non possunt venire fructus quos à die furti admissi fur percepit, de quibus tamen sine dubio loquitur hic Vlpianus, cum ait, fructus quoque in hanc actionem venire. D. B. C. Ceteræ constitutiones dantur non domino, qui tamen dominus fuit, & aduersus dominum: hæc autem domino aduersus non dominum, & quod magis est, aduersus furem, & consequenter malæ fidei possessorem, qui proinde lucrum facere fructuum ex re aliena non debet, cum fructus acquirantur iure soli & dominij leg. ex diuerso 35. §. 1. supr. de rei vind. leg. qui scit 25. §. 1. infr. de vsur. præterquam si à bonæ fidei possessore percepti sint dict. leg. qui scit §. vltim. & leg. bonæ fidei 41. infr. de acq. rer. dom. Mirum igitur non est fructus omnes à fure perceptos siue extent, siue consumpti sint, venire in conditionem furtivam, extantes quidem tanquam proprios actoris, & eodem iure quo respisa, quæ actoris est, quasi qui ex nouo furto nouaque contractatione ad furem peruenit. int. leg. si seruus 14. §. bonæ subrepto infr. hoc tit. leg. si seruus 61. §.

locum infr. de furt. Consumptos vero, quia actoris esse debent iure proprio conditionis. Nam etsi vindicatione ageret dominus aduersus furem aliumve quemlibet possessorem, extantes quidem vindicare posset, consumptos vero condicere leg. certum est 23. C. de rei vind. Et apud Iustinum. Instit. de off. iudic. Porro quicquid à fure poterat dominus vindicare, potest etiam iure singulari, id est, per conditionem furtivam condicere, quod vero vindicare non posset, id quia nec condicere iure singulari potest, cum non sit dominus, necesse est ut condicatur iure communi: & ita hic locus intelligi meo iudicio debet. Ex quo præterea notari volo, longè differre fructus ab æstimatione quanti plurimi contra plerofque ex pragmaticis nostris existimantes eum, cui præstatur æstimatio quanti plurimi, nihil præterea sine fructuum siue aliarum accessionum nomine conlequi debere, quasi & ipsa æstimatio quanti plurimi accessio nostris sit cuius aliam accessionem dari non oporteat, nam & imò vero æstimatio quanti plurimi res ipsa est quæ debetur, fructus autem siue principaliter siue accessorie debeantur, aliud quiddam sunt à re ipsa separatim, ut pluribus à nobis tractatum est Def. 9. Cod. Fabr. de vsur. & mor. Iunge tamen quæ dicemus ad l. si seruus 21. §. cum per venditorem infr. de act. emp.

9. IDEM libro 30. ad Edictum.

IN conditione ex causa furtiva non pro parte, quæ peruenit, sed in solidum tenemur, dum soli heredes sumus. pro parte autem heres, pro ea parte, pro qua heres est, tenetur.

Ad l. In conditione 9.

Hæc lex est quæ amplissimum à nobis tractatum exigeret si ad ea omnia respondere vellemus, quæ nobis obiecta sunt ab iis qui pro tænda Iacobi Cuiacij sententia contra nos ex professo scripserunt ad in pugnandam Vlpiani, quam nos hic defendimus, sententiam: existimantes conditionem furtivam, quia sit ex delicto, non posse dari in solidum contra heredem, sed de eo quod ad ipsum peruenit nisi lis contestata sit cum defuncto, aut nisi heres furis rem furtivam contractauerit: aut, quod illi addant de suo, si datur in solidum contra heredem non esse illam ex delicto, sed vel ex quasi contractu vel ex variis causarum figuris, & ut ipsi loquuntur, ex sua suæ causæ figura. Etsi autem errorem hanc satis superque refutauimus in postrema parte Chilianis nostræ de errorib. pragmat. & ad l. si pro fure 7. §. vlt. supr. quia tamen video tantopere sibi eos placere, & blandiri in hac sua opinione comprobanda, quasi nihil verius & ad iuris nostri principia accommodatius excogitari à quoquam poterit, conquisitis vnde quæque rationibus ad quatuor vsque & vnginti. Erit fortasse consultius respondere hoc loco ex ordine ad singulas, ne aut ipsi aut studiosi iuris plerique quos audio expectare auidè, ut ad quatuor illos Benedictorum libros respondeamus, silentium nostrum sic accipiant quasi non tam victos nos, quod parum esset, quàm Vlpianum & prudentes ceteros, quorum nemini in mentem vnquam venit ut contra Vlpianum sentiret, desipuisse hac in re fateamur. Cumque nobis ad quatuor illos libros respondēdi

nec animus nec otium nobis sit, quibus nec ferè suis nisi cursum legendi, ne Rationalium nostrorum Institutum aut deseramus, aut interpolemus: hoc tamen assequemur, ut ex his quæ nunc dicemus, facile sit cuique intelligere, quàm subtilia & elegantia sint cætera, quæ illi in carpendis & labendis passim scriptis nostris quasi inepta & reprehensibilia cumularunt, de quibus tamen etiam singulis dicemus aliquid, sed suis locis, & cum in eos textus inciderimus, quibus illi contra nos abutuntur, ut cuiuslibet appareat nec istis remoris posse nos detineri, quin navigationem institutam peragamus, nec tamen pati velle, ut quæ ipsi tam audacter pro veris & Benedictis venditant, pro talibus habere quisquam possit, nisi qui malit cum iis omnino desipere quàm cum prudentibus bene sentire.

I. Obiciunt in sola furis persona cerni odium illud legis actoris, quo effectum est, ut extra pœnam dupli, vel quadrupli, quæ per actionem furti manifesti vel nec manifesti petitur, etiam conditione furtiva teneatur §. sic itaque 14. Instit. de action. Id autem quod taliter odium & personale est, non debere personam furis egredi, nec ad innocentem heredem transire arg. l. vsus aquæ 21. supr. de vsu & habit. l. in omnibus 68. de reg. iur. l. vitia 11. Cod. de acq. poss. Præsertim, inquiunt, cum quod isto modo odiosum est, suo modo aliquam pœnæ speciè præ se ferat arg. l. qui exceptione 40. supr. de condic. indeb. l. sed si paterfamilias 9. §. pen. infr. de SC. Maced Respondemus, odio quidem furis inductam esse conditionem furtivam, quæ ex iuris ratione neque domino dari vnquam posset, neque cum vindicatione concurrere,

tere, sed non illud etiam, ut fur actione rei persecutoria in solidum teneatur, etiam si res furtiva extare desierit. Est enim hoc ex ratione iuris communis, cum ex die admissi furti mortem semper facere videatur in restituenda re furtiva, quam nec auferre ab initio debuit l. vlt. infr. hoc tit. Eadem ergo iuris ratio facit, non furis odium, ut eius heres in solidum quoque eadem actione merè rei persecutoria teneatur, non quia fur sit aut aliquo dignus odio, sed quia furis heres d. l. si pro fure 7. §. vlt. supr. nec in speciem pœnæ alicuius, ut isti cauillantur, cum furtiva conditio nulla ex parte sit pœnalis, sed in consequentiam aditæ hereditatis, quam adire non debuerat, si eodem iure quod defunctus censeret hac parte nolebat. Furis enim hereditatem ad eundem quasi contraxit cum domino cui furtum factum est, ut iisdem actionibus merè rei persecutoria teneatur quibus defunctus tenebatur. Id est & conditione, & vindicatione, & actione ad exhibendum d. l. 7. §. 1. supr. l. 3. §. vltim. & l. seq. infr. quibus caus. in possess. ear. Non tamen actione furti, quæ quoniam merè pœnalis est, nihil nisi criminis pœnam persequitur. Crimen verò simulque pœna criminis morte furis extinguitur, in quo sicut heredi prodest innocentem esse, ita eidem nocet furis nocentis heredem eum esse.

II. Obiecto huic non valde dissimilis est. Ait enim in solafuris non etiam in heredis eius persona cerni odium facti, id est delicti, ex quo conditio furtiva nascitur & competit l. si ambo 10. §. quoties de compensat. Delictum autem omne morte eius qui fecit extinguitur leg. 5. de calumniar. leg. quod diximus 16. §. vltim. quod met. caus. l. Lucius 9. de iur. fisci. l. cum falsi 12. ad leg. Corn. de fals. Ergo ad heredem non transire causa hoc est delicto, neque effectum transire posse, id est actionem ex delicto procreatam ad eius coercionem argum. leg. 2. de legib. Respondemus furtum quidem morte furis extinguatur & consequenter actionem furti quæ merè pœnalis est, sed non æquè conditionem furtivam, quia licet descendat ex delicto, meram tamen perfectionem rei continet dict. leg. si pro fure 7. §. vlt. supr. nec vllomodo pœnalis est. Et stultum esse consecutionem, ut quia delictum omne delinquentis morte extinguitur, ipsa etiam rei persecutio extingatur: quæ nec in pœnalis actionibus extinguitur, quominus heres in id saltem quod ad eum ex defuncti scelere peruenit, teneatur, ut ex iis ipsis supradictis legibus appareat, quibus illi contra nos nituntur. Denique fallum est, quod isti pro vero supponunt comparatam esse conditionem furtivam ad furti coercionem. Coercitio enim solam rem petit non pœnam d. l. 7. §. 1. supr. l. qui vas 48. in princip. l. si pignore 53. §. cum furti infr. de furt.

III. ARGUMENTUM est, ante litis contestationem eo qui aliquid deliquit defuncto, successores eius in quantum ad eos peruenit, conueniri debere, non in solidum leg. vnic. Cod. ex delict. defunct. Furem autem qui rem alienam inuito domino contractauit, non aliquid deliquisse, sed multum. Eo igitur ante contestatam litem defuncto heredem ipsius non in solidum, sed in quantum ad ipsum peruenit conueniendum esse. Dicimus propositionem generaliter veram esse in actionibus omnibus pœnalibus, nec tantum mixtis, ut aduersarij putant, sed etiam meris, ut supra probauimus ex l. in heredem 5. supr. de calumniar. leg. cum falsi 12.

infr. ad leg. Corn. de fals. l. sicuti 38. de regul. iur. Nulla enim lex est quæ actiones merè pœnales à mixtis hac parte separet, excipienda tantum est actio furti ex actionibus merè pœnalibus, & actio Vi bonorum raptorum ex mixtis, quia putauit prætor sufficere conditionem furtivam leg. 2. §. vltim. vi bonor. rapt. tanquam quæ datur in heredem, non de eo tantum quod peruenit, sed in solidum dict. leg. 7. §. vltim. supr. & hac lege: Sicut & ex publicis iudiciis excipienda sunt crimina læsæ maiestatis, repetundarum, peculatus, & de residuis, quæ defuncto etiam reo ante litem contestatam perinde contra eius heredem exerceri possunt, ac si lis cum defuncto contestata fuisset leg. ex iudiciorum 20. infr. de accusat. leg. vltim. ad leg. Iul. pec. Sed negamus supra dictam propositionem pertinere ad actiones ciuiles merè rei persecutorias sui natura licet ex delicto descendentes, cuiusmodi est conditio furtiva d. l. 7. §. vltim. supr. Estet & actio legis Aquiliæ, si in ea nunquam his ultra dæmnum æstimaretur §. his autem verbis 9. Instit. de leg. Aquil. leg. in d. Neratius 23. §. hanc actionem supr. eod. ill. tit. Sunt & aliæ pleræque actiones, de quibus supra diximus ex leg. Cæsius 22. infr. de SC. Silan. leg. fraudati 8. l. cotem 11. §. illicitarum leg. commissæ 14. infr. de public. & vltigal. leg. donationes 31. §. vltim. de donat. dict. leg. vltim. ad leg. Iul. pecular. Ex quibus locis omnibus petendæ sunt exceptiones ad supradictam regulam, ne quis eam à nobis ingenio nostro euerit calumniatur, aut fingit à nobis regulam ex vnicò exemplo conditionis furtivæ, & ex hoc vnico iuris loco desumptam. Quamquam nemo nescit regulam æstimandam esse ex iure, id est, ex vera rectâque iuris ratione, non ex exemplorum multitudine, præsertim si ut in proposito exempla in contrarium nulla proferantur. Quodnam enim exemplum proferunt aduersarij, aut quem etiam iuris locum, ut probent falsissimam illam suam conclusionem, quam vocant regulam, in actionibus ex delicto ciuilibus, & merè rei persecutorias defuncto ante contestationem reo successores eius in solidum non teneri, sed de eo tantum quod ad ipsos peruenit? Ego certè ex tot legibus quibus illi paginas integras in hanc rem onerant, nullam video quæ de huiusmodi actionibus loquatur, aut ad vllam earum aptari possit. Ideoque cautè illi & asturè, sed non satis ex bonâ fide, ut gloriantur, regulam suam confusè, mixtam & in solle conceperunt de actionibus ex delicto tam mixtis quàm merè rei persecutorias ut rudioribus imponerent facilius, allatis promiscuè, & confusè quoque tot legibus: quæ omnes loquantur de actionibus criminalibus publicorum iudiciorum, quæ sunt merè pœnales aut de prætorias, quæ licet ex parte actoris sint, ut plurimum rei persecutoria, at tamen ex parte rei sunt pœnales, tanquam à prætore conceptæ ad puniendum factum & dolum eius qui conuenitur, vnde & pœnales passim appellantur, quoties scilicet ex delicto & dolo proficiuntur leg. huius actionis 9. §. 1. inf. quod fals. tutor. author. leg. prætor ait 9. §. vlt. & leg. seq. infr. de reb. auibor. iudic. postd. nulla penitus de actione ciuili descendente ex delicto, quæ sui natura & ex vtraque parte tam actoris quàm rei sit merè rei persecutoria, actiones enim ciuiles tum quoque cum ex delicto & dolo eius, qui conuenitur, descendunt, non tam comparatæ sunt, ut puniant factum, & dolum eius qui deliquit, quàm ut actoris indemnitati consulant, in quo maxime differunt

à pratoris: & idcirco nusquam pœnales, aut quod
 item est, pœnæ nomine conceptæ appellatur.
 Quod si vel vnum exemplum proferrent aduersarij
 alicuius actionis civilis ex delicto descendens
 & merè rei persecutoria, quam lex aliqua diceret
 non dari in solidum contra heredem, addita ra-
 tione *quia esset ex delicto* cederemus libentissimè,
 & regulam inuis contra nos esse fateremur pro-
 pter illa verba *quia esset ex delicto*: significarent e-
 nim regulam ex qua esset sumpta ratio, eaq̃ se con-
 cepta per modum regulæ, quamvis exemplum a-
 liud proferri nullum posset, nec alius iuris textus.
 Non enim Sol eo minùs speciem constituit apud
 philosophos, quòd sit vnicus: quia sufficit si plures
 Soles essent, eandem fore omnium naturam &
 conditionem quæ huius Solis est. Nam & D.
 Thomas sentit, singulos Angelos singulas species
 Angelorum constituere, licet sint ipsi singulae.
 Nec rursus ignoro multa esse iuris nostri Principia,
 multaque propositiones, quæ ex vno tantum iuris
 loco probari possunt, nec idcirco tamen suspicet
 veritatis esse debeant. Quale illud est fortasse quod
 Africanus respondit in *l. penult. supr. de reb. credit. in
 vers. Neque enim*, non sicut illud receptum est, vt de-
 bitor soluentis Stichus manumissio quem igno-
 rauerint manumissum liberentur. Ita hoc quoque
 receptum, vt Stichus hic creditendo nummos defun-
 cti creditoribus ignorantibus, alienare eos possit.
 Item quod de vulgari tacita scriptum à Modestino
 creditor in *l. 4. de vulg. & pupill. substit.* Quonam e-
 nim alio loco vulgari tacite mentionem à pru-
 dentibus factam esse reperias? Et si ille quoque
 locus aliter longè intelligendus nobis videtur, vt
 docuimus in Chiliadis nostræ secunda parte. Eodè
 ergo iure vrantur iam aduersarij, & vinctos se ag-
 noscant in ea regula stabilenda quam nos con-
 stituimus, de actionibus civilibus cum ex delicto quidè
 descendens sed merè rei persecutoria contra
 heredem in solidum dandis, cum casu non vno
 tantum exemplo conditionis furtiue, vt illi crimi-
 nantur, sed aliis pluribus illa stremus: neque ex hac
 sola lege, vt Cuiacius credidit, qui ausus est scribere,
 si hæc lex non esset, neminem fore qui non ad-
 mitteret conditionem furtiuam in solidum aduer-
 sus heredem dari non debere, sed de eo tantum quod
 ad heredem peruenisset. Sed etiam ex *d. l. si pro fure
 §. vlt. supr.* qui locus omnium optime & apertissime
 probat, non modò verissimam esse propositionem
 quæ in hac lege ponitur, sed etiam propositionis
 rationem à regula quam nos constituimus depen-
 dentem, cum Vlpianus scribit conditione fur-
 tiua obligari furis heredem scilicet in solidum, id-
 eò inquit, *quia rei habet persecutionem*. Quænam e-
 nim obsecro esset ratio illa, si non esset vera & ge-
 neralis iuris ratio & regula, actiones quamvis ex
 delicto descendentes, si merè sint rei persecutoria
 dari in solidum contra heredem? Ratio igitur ab
 Vlpiano allata, quamvis non faciat, probat tamen
 regulam, aut ridiculus cerrè fuit Vlpianus, cum
 hæc rationem sibi finxit, vt nobis saliam regulam
 insinuarer.

IV. ARGUMENTVM est, toties in heredem dari
 actionem de eo, quod ad ipsum peruenit quoties ex
 defuncti dolo conuenitur. Ex iuris regula quæ po-
 nitur in *l. toties 44. de regul. iur.* Heredem porro qui
 ob furtum defuncti conditione furtiua conuenitur,
 ex defuncti furto conueniri *l. si duo 13. §. idem
 Iulianus supr. de iur. iur.* & per consequens etiam ex

eius dolo, cum citra dolum fieri furtum non possit
*l. merè 51. in f. Pro socio. l. si quis inscius 13. §. f.
 infr. de poss.* Ergo non nisi de eo quod peruenit con-
 ueniri eum debere. Respondemus esse quidem il-
 lam iuris regulam, sed ex eo desumptam quod re-
 gulariter actiones ex delicto descendentes sunt
 pœnales, pratoria quidem omnes sine vlla, vt pu-
 to, exceptione, civiles verò quam plurimæ, ac pro-
 inde restringendam esse ad actiones merè pœna-
 les & mixtas, ex quibus generaliter & in distinctè
 vnum est, teneri heredem de eo tantum quod
 peruenit, exceptis, vt supra dixi, actionibus furti,
 & Vi bonorum raptorum, itemque Repetundarum,
 Peculatus, & De residuis, sed non esse exten-
 dam ad actiones civiles merè rei persecutorias, quæ
 licet sint ex delicto, nullo tamen modo sunt pœ-
 nales, neque ex parte actoris, neque ex parte rei,
 cuiusmodi est conditio furtiua, itemque alia
 actiones de quibus diximus. Nec tam inspicien-
 dum est in his actionibus quòd heres ex defun-
 cti delicto conuenitur, quam quod actione merè
 rei persecutoria. Hæc enim sola ratio est, quæ
 heredem semper obligat in solidum, nec minus si
 actio ex delicto descendat *d. l. 7. §. vlt. supr.* quam si
 ex contractu *l. si hominem 7. §. i. f. de poss. l. ex deposit.
 12. l. ex contractibus 49. infr. de oblig. & act. l. ad ea 157. §.
 vlt. de regul. iur.*

V. OBIECTIO superiori similis & contigua
 est, toties in heredem dari actionem in solidum, quoties
 ex suo delicto conuenitur *d. l. toties 44. de regul. iur. l.
 quod in herede 9. §. vlt. infr. de tribus act.* Furti verò
 heredem non conueniri ex dolo suo, qui ob eius
 furtum, cuius heres est, conuenitur. Dicimus veram
 esse regulam adfirmatiuè, sed non si conuer-
 tatur, negatiuè, quasi non possit in solidum tene-
 ri heres, nisi ex suo & proprio dolo conueniatur.
 Nam in solidum tenetur tam quoque ex do-
 lo defuncti conuenitur, si actio sui natura meram
 rei persecutionem contineat, siue ex delicto, siue
 ex contractu descendat, vt modò diximus & pro-
 bauimus.

VI. OBIECTIO est, ex facinore defuncti he-
 redem non debere dampnum sentire ex *l. 3. infr. de vi
 & vi armat.* Sabiret verò dampnum heres furis ex
 delicto defuncti, si in solidum teneretur eo casu
 quo res furtiua ad eum in solidum non peruenisset.
 Respondemus, heredem quidem furis subire hoc
 casu dampnum, at non ex facinore defuncti, sed ex
 facto proprio, quòd furis hereditatem sateundo,
 quam repudiare aut aliter omittere potuerat, vltro
 se obligauerit omnibus oneribus hereditariis, &
 cum domino cui furtum factum est, ita quasi con-
 traxerit *leg. 3. §. vltim. & leg. sequent. infr. quib. ex caus.
 in poss. eat.* Nam qui sciuit aut scire debuit, actiones
 civiles sui natura merè rei persecutorias trans-
 ferre in solidum aduersus heredem, quamvis descen-
 dentes ex delicto, ea lege & conditione furis he-
 reditatem adiiisse videtur *leg. si duo 38. infr. de acquir.
 hered.* Sibi ergo imputet si dampnosam hereditatem
 adiiit *leg. si hereditatem 32. infr. mandar. leg. 4. ad S. C.
 Trebell.* aut si lucrosa sit, dampnum illud cum lu-
 cro maiore compenset. Semper enim soluendo
 intelligitur esse hereditas, quæ inuenit heredem
*leg. libertus 36. de bon. libert. l. qua doris 33. solut. matrim.
 iunct. reg. l. quod quis 203. de regul. iur.*

VII. OBIECTIO est, sufficere heredem
 quoties ex defuncti scelere conuenitur non in lu-
 cro versari, ideòque, nec ultra id quod ad eum
 peruenit,

peruenit, condemnari ipsum debere *d. l. 3. de vi & vi
 armat.* non autem in lucro versari heredem, etiam si
 in solidum non teneatur, si modò condemnatur in
 id quod ad ipsum peruenit. Respondemus, in actio-
 bus quidem merè pœnalibus, aut mixtis ita esse, sed
 non in ciuilibus merè rei persecutoris, licet ex de-
 licto descendens, à quibus non de eo querend-
 um est, an in lucro versetur heres, an in damno,
 sed an in indemnitate actoris plenissime satisfactum
 sit, siue actio descendat ex contractu siue ex de-
 licto.

Addunt VIII. OBIECTIONIS loco illud, quòd
 ad furti heredem peruenit, propterea ei condici posse
 videri vt turpe lucrum ei extorqueatur *l. in honora-
 rius 35. de oblig. & action. d. l. scuti 38. de regul. iur.* Hanc
 verò rationem cessare in eo herede ad què omnino
 nihil ex defuncti furto peruenit. Respondemus si-
 militer (omnes enim hæc obiectiones, vt nemo non
 vider, in idem ferè recidunt) rationem illam obli-
 gandi heredis de restituendo eo quod ad ipsum
 peruenit, vt turpe lucrum ei extorqueatur, ad a-
 ctiones aut merè pœnales aut mixtas pertinere, ne
 prætenti criminis morte extincti heres ex scelere
 defuncti locupletetur *l. 5. de calumn. l. vnic. C. ex de-
 lict. defuncti. l. cum falsi 12. infr. ad leg. Cornel. de fals.* sed
 in actionibus ciuilibus merè rei persecutoris, quæ
 nis ex delicto descendens aliam esse rationem,
 quæ facit, vt in solidum transeat in heredem, il-
 lam nimium quam adfert Vlpianus in *d. l. si pro fu-
 re 7. §. vlt. supr.* quia rei persecutione continent, in quo
 proinde actionum genere neque de lucro neque
 de damno heredis querendum est, sed de eo dun-
 taxat quid & quantum actori abbit, vt ei plenissi-
 mè satisfiat.

IX. OBIECTIO est, in contractibus successores
 ex dolo eorum quibus successerunt, in solidum tene-
 ri, hoc est vnumquemque pro ea parte pro qua
 heres est *l. ad ea 157. §. vlt. iunct. l. hoc iure 152. §. vlt. de
 regul. iur. l. ex depositi 12. l. ex contractibus 49. infr. de ob-
 lig. & action. Ergo, inquit, aliud est in delictis l. v-
 nic. C. ex delict. defuncti. Atqui conditio furtiua vide-
 tur esse ex delicto (sic enim loquuntur ne absurdè
 facere videantur, si cum prudentibus nostris abso-
 lutè & simpliciter dicant esse ex delicto) non so-
 lum respectu contractatæ rei furtiua, sed etiam
 fallaciæ & doli mali, sine quo furtum nullum com-
 mittitur *d. l. merè 51. pro socio.* Respondemus aliud
 quidem iuris esse in delictis, aliud verò in contra-
 ctibus, sicut & alia causa est contrahendi, alia de-
 linquendi *l. 1. §. 2. infr. de exercit. act.* quia actiones quæ
 nascuntur ex delicto regulariter sunt pœnales, aut
 meræ, aut mixtæ, prætoria quidem omnes ex parte
 rei, civiles autè quàm plurimæ. Actiones verò quæ
 ex contractibus nascuntur, omnes sunt rei persecuto-
 ria etiam ex parte rei, nullæ prorsus pœnales, nisi pro
 pœnalibus habere quis velit eas per quas pœna cõ-
 uentionalis petitur, de quibus in *l. stipulatio ista 38.
 §. alteri de verb. oblig. l. vlt. de stipulat. prator. l. si pacto quò
 panam 14. C. de pact.* Sed non sunt hæc actiones pœna-
 les eo sensu quo illæ de quibus nunc agimus. In his
 namque actionibus pœna iure conventionis non
 vi & potestate actionis infligitur. Cæterum si quæ
 sint actiones ex delicto descendentes, quæ non mi-
 nus quàm actiones ex contractu meram rei perse-
 cutionem contineant, eadem omnium ratio hæc
 parte est, vt in solidum dari debeant contra here-
 dem, quasi non tara causa & origo actionis spe-
 ctanda sit, vt aliàs fieri solet *l. qui in quod 33. in prin-**

cip. infr. de donat. l. tutor 69. de fideiuss. quàm vis & po-
 testas iudicij. Et verò parum refert an actio nascatur
 ex delicto, an verò ex contractu quidem, sed ita
 tamen vt non aliter locum habere possit, quàm si
 dolo & delictum interueniat, vt in *l. si hominem 7.
 §. 1. infr. de poss.* Vtroque enim casu delictum in a-
 ctione versatur, & dolo solus condemnationi cau-
 sam præbet. Non igitur distinguendum est an actio
 ex contractu nascatur an ex delicto, sed an detur ad
 pœnam criminis, an ad meram rei persecutionem.
 Et perpetuus aduersariorum nostrorum error in
 eo est, quod in actionibus ex delicto descendenti-
 bus meram rei persecutionem habent pro pœna
 delicti, aut saltem cum delicti pœna confundunt,
 cum tamen nihil commune habeat persecutio rei
 cum persecutione criminis aut pœnæ *d. l. qui vas
 48. in princip. l. si pignore 54. §. cum furti infr. de furt. d. l. si
 pro fure 7. §. 1. supr. hoc tit.*

X. ARGUMENTVM est, Actionem quæ in
 solidum ex dolo defuncti contra heredem datur,
 necesse esse ex contractu rei que persecutionem de-
 scendere *d. l. si hominem 7. §. 1. de poss.* Hoc verò, in-
 quiunt, ecquid aliud est, quàm vt intelligamus a-
 liud iuris esse, si actio descendat ex delicto, rei que
 persecutione? Negamus propositionem quatenus
 ita concepta est, vt necesse sit actionem quæ in soli-
 dum ex dolo defuncti contra heredem datur, de-
 scendere ex contractu, rei que persecutione. Nec e-
 nim sic lex loquitur vt dicat esse hoc necesse. Sed
 rationem adfert, cur in actione depositi ex dolo de-
 functi heres in solidum teneatur, quia inquit Vlpianus,
*hic dolo ex contractu rei que persecutione descen-
 dit.* In quibus verbis non tam inspicendum est
 quod lex ait *ex contractu* quàm quod subiicit *rei que
 persecutione*. videntur enim addita præcedentia illa
ex contractu non tam ad excludendam causam de-
 licti, quàm quia causa contractus adiunctam sem-
 per & comitem habet rei persecutionem; causa verò
 delicti pœnam, eamque non transitoriam in he-
 redes, sed si quando contingat (contingit autem
 non semel, nec in conditione furtiua tantum,
 quemadmodum in superioribus ostendimus) vt a-
 ctio nata ex delicto nihil nisi meram rei persecu-
 tionem contineat; non est separanda causa delicti
 à causa contractus, sed actionis effectus magis in-
 spiciendus est qui in vtroque actionis genere totus in
 rei persecutione consistit *d. l. 7. §. vlt. supr. & hac lege.*

XI. ARGUMENTVM est, Actionem de
 alienatione iudicij mutandi causa facta non esse
 pœnalem, sed pertinere ad rei persecutionem *l.
 4. §. vlt. supr. de alienat. iudic. mut. caus. fact.* Et tamen
 quia videtur ex delicto dari, non esse dandam in
 heredem vel in similem successorem, vt neque post
 annum *d. §. vlt. iunct. l. 5. 6. & 7. eod. tit.* Ergo multo
 minùs conditionem furtiuam aduersus heredem
 dari in solidum debere, tanquam quæ si ex delicto
 est, magis ex delicto agnoscat dari quàm illa. Re-
 spondemus, Actionem illam de alienatione iudicij
 mutandi causa facta, quæ in factum actio dicitur
 in *l. 1. & pass. ill. tit.* non esse ciuilem, qualis est furti-
 ua conditio, actio legis Aquiliae, persecutio com-
 missi & accusationes ex legibus publicorum iudi-
 ciorum peculatus repetundarum & de residuis,
 sed prætoria, edicto scilicet illo prætoris de quo
 in *d. l. 1. comparatam*, ideoque non esse merè rei perse-
 cutoriam ex vtraque parte, qualis etiam est fur-
 tiua conditio; sed ex parte actoris tantum
 persequentis quanti sua interest, ex parte autem

mut. caus. fact.) sed quia res amotas iussa reddere arbitrio iudicis noluerit illa per contumaciam parere, ita ut non tam amotionem & furtum mulieris quam contumaciam puniti grauius æquum sit, quæ arbitrariarum omnium actionum natura & condicio est §. *prætorica Instit. de act. l. qui restituer. 68. supr. de rei vin. l. 1. & l. tutor 8. supr. de in lit. iur. l. vlt. infr. de fideiussor.* Porro si actio rerum amotarum & prætorica & arbitraria est, ut est, negariam non potest quod nos in postrema Chiliadis nostræ parte defendimus, non esse igitur conditionem: & ita negatione addita legendum esse in *dict. l. rerum 26. infr. rer. amot.* Certissimum enim est, quod nec aduersarij possunt negare, conditiones omnes esse ciuiles, & stricti iuris, nullam penitus aut prætoriam aut arbitrariam. Et certè si qua posset esse arbitraria, ea maxime esset, de qua nunc tractamus, conditio furtiua, vel ob hoc saltem, ut æstimatio rei furtiue posset ex contumacia in infamitum crescere per iusiurandum in litem, supra etiam quam ferret æstimatio quanti plurimi, ex *l. 1. supr. de in lit. iurand.* Aequum enim est durius agi cum fure, quam cū cæteris, qui alio cuiuslibet conditionis genere tenentur. Neque verò tantopere insultare aduersarij & cum illo suo, ô me, exclamare debuerunt aduersus id quod in Chiliade scripsimus, actionem rerum amotarum nihil habere communitate cum causa dominij, vel proprietatis, quia nec per eam tantum intenditur dari quid, sed tantum reddi vel restitui oportere ex *d. l. 8. §. 1.* Ideoque res nec viri proprias nec dotales id est verè & merè alienas, etiam actione rerum amotarum peti posse: cum id ipsum disertè scriptum sit in *l. si concubina 17. §. vlt. eod. tit.* Teneri scilicet eo iudicio illam quoque mulierem, quæ res viro suo pignori datas amouerit, item in *leg. si rem 20. eod. tit.* vbi Marecellus scribit, si rem alienam quam maritus bona fide emerat, vxor amouerit, vel opem furi tulerit, idque diuortij causa fecerit, rerum amotarum iudicio damnari eam debere, & meritò: nam etiam si alienum quid maritus tenebat quod in bonis eius non esset, titulo fortassis locati, vel depositi, vel commodati, aut in quo aliquod aliud ius ipse haberet, ex bonis tamen eius erat, ipsiusque intererat non amoueri, quod sufficit ut actionem rerum amotarum habere possit, quomodo & de actione vi bonorum raptorum scriptum est in *l. 2. §. in hac actione infr. vi bonor. raptor.* ex quo loco apparet quod scriptum est in *leg. 1. in fine C. rer. amot. doce tui iuris res ablata esse*, non ad ius dominij restringendum esse, ut putant aduersarij, sed de iure quolibet quod maritus in rebus amotis habeat, intelligi debere: mei enim iuris esse dicitur, quicquid tale est, ut in eo ius aliquod habeam, licet dominium meum non sit *d. §. in hac actione.* & quod lidem addunt in actione rerum amotarum iurari in litem *d. l. si cum dos §. 1.* alium autem quam dominum vulgò ad iusiurandum non admitti *l. non enim 9. eod. tit. & l. tutor 8. supr. de in lit. iur.* adhuc imperitius est. Non enim negamus posse maritum agere rerum amotarum de rebus propriis vel dotalibus, sed dicimus posse etiam agere de alienis: neque tamen dicimus posse in litem iurare, si pro alienis agat, sed tantum si pro suis propriis vel dotalibus, sicuti solet dici, in actione quidem furti iurari in litem *leg. cum furti 9. de in lit. iurand.* sed non aliter tamen quam si iure dominij ea furti actio deferatur, ut ibi diximus ex *l. si vendidit 80. §. 1. infr. de furt.* Latius enim patet quod ad res amotas pertinet actio rerum amotarum, quam ea-

rum vindicatio aut conditio. Nam ob res amotas vel proprias viri vel etiam dotales vindicatio competit si extant *l. ob res proprias 24. infr. rer. amot. l. vlt. C. eod.* Itemque conditio certi si in rerum natura esse desierint *d. l. si concubina 17. §. non solum eod. tit. & in potestate viri est, qua actione velit uti *dict. leg. ob res proprias*, id est an actione rerum amotarum siue res extant siue non extant, an potius vindicatione si extant, aut condicione certi si non extant, quomodo intelligenda est *d. l. ob res amotas.* non autem ut sit in potestate viri an vindicatione uti malit an condicione. Nam quemadmodum vindicatione uti non potest pro rebus non extantibus: Ita neque condicione pro extantibus, sed rerum tamen amotarum agere potest pro vtriusque, adeoque quod magis est, etiam ad mulierem ipsam non peruenit *leg. si & si diuortij 19. in fin. eod. tit.* Ob res verò amotas quæ nec propriæ viri nec dotales fuerunt, sola competit actio rerum amotarum *d. l. si concubina §. vlt. & d. l. si rem 20. infr. eod. ill. tit.* non etiam vindicatio neque conditio nisi domino cum alienæ res fuerunt, quæ amotæ sunt *leg. sed & domino 18. eod. tit.* præterquam si de condicenda sola earum possessione tenentur, nam iure gentium condici possunt res, id est rerum possessio ab his omnibus qui eas non ex iusta causa possident *l. contra 6. §. sed si morte & l. rerum quidem 25. eod. tit. rer. amot.* vbi Martianus cum scribit maritum ipsas res posse condicere, ea locutione possessionem significare voluit non proprietatem: Latet enim rerum proprietates, & ipsam rem eam dicimus, id magis significamus, quod ex re apparet & in promptu est, ac proinde possessione quæ corporalis est & corporeis sensibus acquiritur, nam & condici potest sola possessio *leg. in delictis 15. §. sed si nummi supr. de cond. in del.* Cumque lex dicat iure gentium condici posse quod alijs non ex iusta causa possidet *d. l. rerum quidem*, aut quod apud alium ex iniusta causa esset ut in *d. §. item si heres & l. per petuò 6. supr. de cond. in del.* Cumque lex dicat iure gentium condici posse quod alijs non ex iusta causa possidet *d. l. rerum quidem*, aut quod apud alium ex iniusta causa esset ut in *d. §. item si heres & l. per petuò 6. supr. de cond. in del. ob turp. vel iniust. caus.* Omnino consequens est ut sola possessio hoc casu condici possit, quæ sola est penes mulierem amouentem, non etiam dominium, quod neque apud eam esse neque apud maritum vnquam fuit. Ex quo magis intelligimus rerum amotarum actionem nullo penitus casu posside condicione, siue de proprietatis siue de possessionis condicione intelligamus. Idque probatur aperitissime ex *d. l. rerum quidem 25.* vbi Martianus postquam scripsit rerum amotarum iudicium sic habere locum, si diuortij consilio res amotæ fuerint, & secutum fuerit diuortium (dummodò diuortij causa eas quoque res amotas intelligamus, quas mulier non solum post susceptum diuortij consilium, sed etiam ante amouerit, si cum postea discederet eas celauerit *d. l. si concubina §. diuortij, causa res amotas*, sic enim legendum est *eod. tit.*) subiungit, sed si in matrimonio res marito vxor subtraxerit, cessare rerum amotarum actionem, sed posse maritum ipsas res condicere. Quid enim potuit scribi apertius, ut intelligeremus, rerum ergo amotarum iudicium condicione non esse? Alioquin perinde esset ac si diceret cessare hoc casu actionem rerum amotarum & non cessare, quod esset ridiculum, & contradictorium. Cui consequenter subiiciendum fuit in *leg. seq.* veluti rationis loco rerum amotarum actionem condicione non esse. Nec sanè putamus quicquam verius dici posse, quam quod primi obseruauimus addendam esse in ea lege negationem. Alioqui aut iuris sententia, aut iuris ratio*

ratio consistere nullo modo poterit. Sed hæc de rerum amotarum actione sufficit aduersus reprehensorem ualeat. Cætera enim quæ ad huc tractantur & ad arbitrarías actiones generaliter pertinet, latius profectus sumus in Chiliade, ex qua per se possunt quæ ad aduersariarum obiectiones, præsertim circa actiones arbitrarías respondere possunt.

XIII. OBIECTIO est, Ex delicto oriri actionem rerum amotarum *l. si mulier 21. §. pen. eod. tit. rer. amot.* Quod nihil aliud est, nquiunt, quam ut furtiua aliqua conditio sit ex *l. rerum 26. eod. tit.* quia licet lenius sit verbum amouendi *leg. pen. eod.* ac propter honore matrimonij placitum magis quam furandi *l. 1. & 2. eod. vlt. in fine C. de furt.* ex vno tamen delicto & furto vtraque actio oritur *dict. leg. si mulier §. vlt.* hac tantum differentia, quod in actione rerum amotarum requiritur furtum, in condicione autem furtiua magis exprimitur. Ergo, inquit, si actio rerum amotarum non datur vltra id quod peruenit ad heredes *l. vlt. C. eod.* quantum magis condicione furtiua non vltra dari æquum erit? ut potest quæ oritur ex maiori adhuc furto quaterus matrimonij fauor in eo cessat: hæc enim ipsissima aduersarior am verba sunt. Ad quæ licet iam satis superque responderitis in superioris obiectionis confutatione, addendum tamen est grauiore eos labi errore, cum nunc agunt actionem rerum amotarum non modò condicione esse, quod iam dixerant, sed etiam esse furtiua: aliqua condicione, aut, ut alibi loquuntur, speciem aliquam condicione furtiua, quod longè est aliud est. Quid enim erat necessè iduc à Prætoris singulare iudicium rerum amotarum, si actio rerum amotarum esset conditio, & quidem quasi furtiua? Annon sufficere conditio ipsa furtiua potuisset? Veiùm quàm absurdè hoc dicatur, vel ex eo maxime apparet, quod conditio furtiua soli domino competit *l. 1. sup. hoc tit.* Actio autem rerum amotarum competit etiam non domino, ut proximè probauimus ex *leg. si concubina 17. §. vlt. & l. si rem 20. eod. tit. rer. amot.* & ideo in condicione furtiua intendit actor sibi dari oportere §. *si itaque Instit. de act.* In actione autem rerum amotarum res amotas reddi & restitui *leg. si cum dos §. 1. eod.* Sed nec alia condicione species competere potest coniugis, cuius res amotæ sunt: non enim competit ceteræ condicione nisi ei qui dominus non sit *leg. vlt. supr. vlt. quem. cau.* Maritus autem cuius res amotæ sunt, non desinit esse dominus, ut nec alius quisquam per fartum. Consequens ergo est ut actio rerum amotarum neque furtum neque alia conditio dici possit, ac proinde ut addenda sit omnino negatio quam nos addimus in *d. leg. rerum 26. eod.* Faciemus tamen & condicione furtiua & actionem rerum amotarum nasci ex vno eodemque furto: in quo fieri ut mulier quæ res marito datas pignori amouit duplici actione, sed diuersis personis, teneatur actione quidem rerum amotarum marito cui reddi eas oportet, condicione autem furtiua domine qui eas pignori dederat, itemque furti actionem, quamuis non vtrique, sed alterutri tantum agere permittendum sit *d. l. si concubina 17. §. vlt. cum leg. seq. & l. si vxor 28. eod. tit. rer. amot.* Nec bona consecutio est, ut quoniam vtraque actio ex vno eodemque delicto oritur, vna proinde eademque actio sit eiusdemque naturæ & condicione. Et si namque in eo conueniunt, in alijs tamen plerisque differunt, quæ nos ad superiorem obiectionem attulimus, & quæ faciunt, ut quamuis

actio rerum amotarum danda non sit ad heredes vltra id quod ad eos peruenit, quia nec rei perfectionem continet nisi arbitrio iudicis, & pœnæ nomine concepta est ad coercendam mulierem in locum actionis furti, non minus quàm condicione furtiua *d. l. pen. rer. amot.* in condicione tamen furtiua aliud dici oportet, quæ & ciuilis est & stricta & sui natura merè rei persecutoria, etiam ex parte illius qui conuenitur.

XIV. Aduersariorum OBIECTIO est, prætorum denegasse vi bonorum raptorum actionem in id quod ad heredem peruenit, ut scriptum est in *l. 2. §. vlt. infr. vi bonor. rapt.* Ergo condicione furtiua id duntaxat quod ad heredem pertinet, condicione esse non solidum: Alioqui, inquiunt, quo colore dixisset Vlpianus sufficere conditionem? Nos verò dicimus cum bona eorum venia, stultam esse consecutionem. Nam sicut in eo quod plus est, continetur quod est minus *l. in eo 110. de reg. iur.* Ita & in eo quod amplius est quàm quod sufficit, continetur proculdubio id quod sufficit. Ergo cum in solido contineatur id quod peruenit, quis non videt ei, quia actio vi bonorum raptorum vellet experiri aduersus heredis raptoris de eo tantum quod ad ipsos peruenisset, sufficere debere condicione potest? Eo igitur sensu dicit Vlpianus sufficere condicione ei cui bona vi rapta sunt, quoniam is qui solidum consequitur, multò magis consequitur id quod peruenit. Nec idcirco verendum est ut actione desituatur is qui humanitate ductus id tantum recipere vellet quod ad heredes raptoris peruenisset. Qui enim potest si velit solidum exigere ab herede, an non potest si malit contentus esse eo quod ad heredem peruenit? Et verò nisi ita ius esset, malè prætor putasset sufficere condicione. Esset enim multò incommodior conditio furtiua cæteris paribus, quàm actio vi bonorum raptorum propter difficultatem probandi dominij §. *commodum Instit. de interd.* Quæ probatio in furtiua condicione necessaria est *l. 1. supr. in actio* ne autem vi bonorum raptorum necessaria non est: Sufficit enim probare actorem sua interesse *d. l. 2. §. in hac actione de vi bonor. rapt.* hac autem probatio non est difficilis, licet probare quanti interfit difficile sit *l. vlt. infr. de stipul. prætor.* Erant enim iam aduersarij in eo quod sic loquuntur, ut dicant prætorum non ampliasse actionem vi bonorum raptorum in hunc casum quo heres raptoris conueniendus sit. Nec enim ita Vlpianus loquitur, nec loqui potuit, quia Prætor hac parte naturam actionis vi bonorum raptorum restrinxit veritè quàm non ampliasse, cum cæteræ actiones pœnales & mixtæ & puræ dentur in heredem de eo quod ad eum peruenit, hac vna excepta ex Prætoris, & actione furti ex ciuilibus ut supra diximus: Vtraque propter condicione hanc furtiua, quæ hunc vtriusque illius actionis defectum commodissime supplet, ac cumulatifimè.

XV. OBIECTIO est, Morte furis interire posse condicione furtiua ex *l. si tutor 9. §. vlt. & l. seq. infr. de tutel. & ration. distr.* Quæ tamen non posset interire furis herede exiliente soluedo, si ita ius esset, ut daretur in solidum contra heredem, siue tota res subrepta, siue pars, siue nihil ex defuncti furto ad eum peruenit. Ego verò facere non possum quin miret ingenia istorum qui ut sibi blandiantur, non erubescunt verba legum corrumpere, cum tamen

adedo scrupulofis sint, vt nunquam velint emendari, lex enim decima non ita loquitur, vt dicat conditionem furtiuam, quæ cõtra tutorem furem competit, morte tutoris interire posse: sed ait Paulus præcisè *quamvis enim morte tutoris intereant*, cum Vlpianus in §. *vt. legis præcedentis* de actionibus furti, & damni iniuriæ contra eundem tutorem competentibus locutus esset. Proinde si verbum illud pluralis numeri *intereant*, non minùs ad conditionem furtiuam, quàm ad furti & damni iniuriæ actiones referre quis cum aduersariis velit, fatendum est absolute Pauli eam esse sententiam, vt conditio furtiuam morte furis intereat, non minùs quàm actiones furti & damni iniuriæ, quas constat morte furis non solum interire posse, vti si loquitur, sed etiam vsque adeo interire, vt nec post furem possint viuere. Idque in actione quidem furti expeditissimum est quæ morte furis ita extinguitur, vt in eius heredem nullomodo detur, ne quidem de eo quod peruenit, de quo nec ipsi dubitant. In actione verò damni iniuriæ, id est legis Aquiliæ, etsi aliud quiddam esse videtur, quia datur in heredem de eo quod ad ipsum peruenit *l. inde Neratius 23. §. hanc actionem supr. ad leg. Aquil.* Idem tamen iuris est quod in actione furti, vt ea quoque morte furis intereat *d. l. 10.* quia non eo minùs interire dicitur actio morte furis aut alterius, qui damnum dedit, quod salua sit contra heredem de eo quod ad ipsum peruenit. Id enim sit non tam vi & potestate actionis quasi adhuc viuentis, quàm quod turpia lucra heredibus extorqueri oporteat *l. in heredem 5. supr. de calumniar. l. 4. l. cum falsi 12. infr. ad leg. Cornel. de fals. l. ficuti 38. de regul. iur. l. vnic. C. ex delict. defunct. l. in honorariis 35. de oblig. & iur. Vbi pro eo quod aduersarij solent dicere actiones pœnales & ex delicto descendentes non transire in heredem nisi de eo quod peruenit, Paulus ait actiones honorarias, quæ post annum non datur nec in heredem dari absolute, sed addit statim *vt tamen lucrum ei extorqueatur*. Vnde fit vt quoties prudentes nostri sic loquantur, dicant actionem aliquam, quæcunque tandem illa sit, dandam esse in heredem, sic intelligi debeant, vt danda sit in solidum, non autem de eo solo quod peruenit. Et contra vbi negant transire actionem contra heredem, sic exaudiri debeant, vt non transeat actio in solidum, quamuis transeat de eo quod peruenit, vt omnium manifestissimè probatur *ex d. l. 10. de tutel. & rat. dist. iunct. d. leg. 3. §. hanc actionem supr. ad leg. Aquil.* Quod etiam pertinet quod nos monuimus in præcedentibus, tam multas leges quæ dicunt, actiones rei persecutorias, quamuis ex delicto descendentes dari contra heredem *d. l. si pro fure 7. §. vt. supr. & hac lege §. his autem verbis 9. Instit. de leg. Aquil. l. liberum 9. in fin. l. si filiusfamilias 18. §. 1. supr. de reliq. & sumptib. funer. l. fraudati 8. l. cotem 11. §. illicitarum l. commissæ 14. infr. de public. & veftig. non alio sensu donari posse, quàm vt eiusmodi actiones dentur, & transeant in solidum aduersus heredem, cum de eo quod peruenit, transeant actiones etiam illæ, quæ dicuntur non transire, & morte delinquentis interire. Atqui constat furtiuam conditionem dari in heredem, ideoque nimirum non aucti sunt aduersarij scribere, quod minùs euidenter falsum esset, conditionem furtiuam morte furis interire, quomodo de actionibus furti & damni iniuriæ scriptum est à Paulo in *d. leg. 10.* sed tantum posse interire, quod ex prudentibus nemo vnquam dixit, ne quidem de actione furti, vel damni iniuriæ. Etsi enim aliquo casu fieri potest vt**

non intereant, puta si lis cum defuncto contestata sit *l. constitutionibus 33. l. sitendum est 38. de oblig. & action. id tamen sit per accidens propter litis contestationem, nec eo minùs dicuntur actiones illæ sui natura morte furis interire. Scio Marcianum in *l. pœnales 32. ad leg. falsar. ita scribere, vt dicat actiones pœnales posse morte reorum intercidere: sed ita id accipi debet, vt quoad rei viuunt, possint actiones illæ intercidere eorum morte, quia possunt ipsi mori. Sed iis morientibus intercidit omnimodo, nec dicendum est, eo instanti inspecto posse illas intercidere, quomodo aduersarij intelligunt. Sed & obseruandum est de actionibus tantum pœnalibus, loqui Marcianum. Ergo non item de conditione furtiuam, quæ nullomodo pœnalis est. Et tamen faciunt tandem isti eandem penitus rationem actionis furti & conditionis furtiuæ, quasi non magis hæc quàm illa transire possit in heredem, nisi lite contestata. Quod ridiculum est, nec vsquam proditum. Denique cum actiones furti & damni iniuriæ sui natura morte furis intereant, conditio furtiuam & contrario proorsu nullo casu interit, nec potest interire siue furis heres soluendo sit, siue non sit. Inopia namque debitoris quisquis ille sit, numquam extinguit actionem ipso iure, sed tantum inanem & inefficacem eam constituit *l. nam is 6. supr. de doct. Idque interim tantum & tantisper, cum fieri possit vt qui hodie soluendo non est, postea fiat soluendo, vt conueniri & exigi efficaciter possit §. vt. Instit. de action. l. si dubitet 10. §. filiusfamilias infr. de fideiuss. Qui tamen conueniri numquam possit, si actio semel interuisset, quia semel extincta numquam reuiuiscit *l. qui res 98. §. arcam de solut. iunct. l. continuis 137. §. illud de verb. oblig.* Absurdum igitur est verba illa Pauli in *d. l. 10. quamuis morte tutoris intereant*, ad conditionem furtiuam perinde atque ad actiones furti & damni iniuriæ referre, eo prætextu, quod de tribus illis actionibus coniunctim locutus esset Vlpianus in §. *vt. legis præcedentis*. Debeat enim recipere interpretationem secundum terminos habiles, & facta relatione ad rationem iuris, præsertim cum ex diuersorum prudentum libris duo illi textus deprompti sint, qui proinde non eandem possunt habere sententiam, quam haberent, si vnus tantum iureconsultus, id lex esset ex eodem loco sumpta, vnaque periodo conclusa. Quamquam ne tum quidem aliunde quàm ex vera merâq. iuris ratione petenda esset interpretatio. Iuris autem ratio facit, vt quemadmodum conditio furtiuam ab actionibus furti & damni iniuriæ separari nõ debet in eo quod Vlpianus scribit in *d. l. 9. §. vt.* ceteras actiones, præter tutelam, aduersus tutorem competere, etsi adhuc tutelam administrat, veluti furti, damni iniuriæ, conditionem, ita omnino separanda sit, in eo quod subiicitur ex Paulo in *l. seq.* eas actiones morte furis interire, vt scilicet de actionibus furti & damni iniuriæ duntaxat id intelligatur, non etiam de conditione furtiuam. Et diuersitatis ratio pereuidens illa est, quod actiones furti & damni iniuriæ sint pœnales, conditio autem merè rei persecutoria. Quidni ergo pro separatim haberi debeant ea, quæ aded separatim habent iuris actionem? Ignosco tamen aduersariis qui in hac obiectione tuenda, quàm à viro doctissimo Iacobo Cuiacio sumperunt, tãtopere laborant. Sed non ignosco pertinaciam, cum supradictas responsiones illas ferè omnes, quas proximè articulamus, ex coniecturis nostris, & ex Chilade addiscere potuerint, sibi que tandem in eo satisfacere debeant.***

runt,

rint. Feccissent verò ni fallor, si non studio contradicendi nixio premerentur.

XVI. Aduersariorum Obiectio est, Conditionem rei furtiuæ, quia habet rei persecutionem, heredem quoque furis obligare, nec tantum si viuat furtiuus seruus post mortem furis, sed etiam si decesserit. Quod illi sic intelligunt, si decesserit æquè post mortem furis, vt verba illa *post mortem furis*, quæ Vlpianus expressim adiecit ad vtrumque casum mortis & vitæ referantur, nempe vt appareat seruo qui subreptus fuerat defuncto, non aliter obligari heredem conditione furtiuam quàm si seruus ille ad eum peruenierit. Possent verò ad hanc obiectionem sufficere, quæ nos in illius §. explicatione scripsimus, nisi diluenda esset calumnia, quam iidem aduersarij nobis obiciunt, dum aiunt, suppleri eos receptum textum & deprauare, mutareque eius sententiam, additis ad verbum *decesserit* duobus illis verbis *viuo fure*, in quo manifestè nobis imponunt. Interpretatio enim hæc nostra est, non suppletio: si quidem duos casus Vlpianus exprimit, non modo contrarios inuicem, sed etiam contradictorios, eum ait, *nec tantum si viuat seruus furtiuus, sed etiam si decesserit*. Fatemur verba illa, *nec tantum si viuat seruus furtiuus*, sic intelligi debere, si viuat eo tempore quo heres furis conditione furtiuam conuenitur, ac proinde post mortem furis. Nec enim viuo fure quisquam eius heres aut esse, aut conueniri potest, cum viuentis non sit hereditas *l. 1. infr. de hered. vel act. vend. l. 1. infr. pro herede*. Sed negamus sequentiam illam *sed etiam si decesserit*, ad eundem casum referri debere, quod decesserit seruus furtiuus æquè post mortem furis, alioquin non erit nouus casus & contradictorius, sed idem ille qui fuerat antea expressus, non enim potest seruus furtiuus post mortem furis decedere, quin post mortem eius etiam vixerit, quia mors vitam præsupponit, quandoquidem nemo mortuus moritur sed viuos *l. qui duos 18. §. 1. de manum. testam. l. vt. infr. de cond. insti.* Itaque aduersariorum interpretatio perinde facit ridiculum Vlpianum ac si scripsisset quomodo ipsi intelligunt, *nec tantum si viuat seruus furtiuus post mortem furis, sed etiam si viuat post mortem furis*. Nos autem de contrario sic eum sensisse volumus quasi scripserit, *nec tantum si viuat seruus furtiuus post mortem furis, sed etiam si non viuat*. Quid enim aliud est *decesserit*, quàm *nõ viuere*: In quo obseruandum est non ita scribere Vlpianum, *sed etiam si decesserit* quomodo scribendum erat, vt referretur mors serui ad id tempus quo heres furis conueniretur, sed etiam si decesserit, vt id quoque tempus complecteretur, quo seruus furtiuus viuo adhuc fure decessisset. Itaque sicuti casus ille *si seruus furtiuus viuat post mortem furis*, excludit expressè casum illum quo seruus viuo fure decesserit, ita sequentem casum, quem Vlpianus exprimit iis verbis *sed etiam si decesserit*, siue contrarium esse velis, siue contradictorium, necesse est intelligi de furtiuo seruo qui non post mortem furis, sed viuo eo decesserit, vt concludamus non esse necessarium ad dandam furtiuam conditionem aduersus heredem, vt ad eum quicquã peruenierit. Ex quo apparet quàm inepta sit aduersariorum replicatio, cum dicunt secundum nostram interpretationem fieri, vt verba illa *post mortem tamen furis*, quæ subinde Vlpianus subiicit, sint superuacua, cum sint & contrario ampliatua, potius ad illum quoque casum comprehendendum, qui nondum in præcedentibus fuerat comprehensus, quo seruus furtiuus siue apud here-

dem siue apud alium post mortem tamen furis decessisset. Nam ex duobus præcedentibus primus ille erat, quo seruus furtiuus viuere tempore institutione contra heredem conditionis furtiuæ: secundus autem ille, quo decessisset viuo iam adhuc fure. Supererant ergo duo alij casus adiciendi, vnus ille quo apud heredem ipsam, alius quo apud alium quemlibet seruus furtiuus post mortem furis decessisset proponeretur. Et ita Bartolus quoque locum illum bene interpretatus est, non duobus tantum casibus obseruatis, vt ab aduersariis factum est, sed quatuor, quibus tota facti huius contingentia concluditur, vt nullus prætermisus dici possit. Suaues verò sunt aduersarij, qui cum fateri tandem cogantur vel inuiti satis concionam fore nostram interpretationem, si conditio furtiuam ex delicto non nasceretur, hoc tamen admissio quod iam negare non audent, vt sit ex delicto, impediri se dicunt ea dictione *tamen* ne possit illam pro vera agnoscere. Quasi alius sit contextus verborum, & alio sensu donandus, si conditio furtiuam ex delicto proficiscatur, alius verò & contextus & sensus si non ex delicto. Sed suauiores, meo palato, cum dicunt & concludunt in dubio suam opinionem preualere debere tanquam rei gerendæ aptiorem, abutentes in hanc rem regula *leg. quatuor 67. de regul. iur.* Et quasi magis congruam iuri communi, quod illi tale esse sibi fingunt, vt actiones quæ ex delicto descendunt, ac rei persecutionem continent in heredes non transeant vltra quàm peruenit, nulla tamen ne vna quidem lege ailata, quæ commentitiam & fictitiam regulam hanc probare possit, cum illa sua adiectione *ac rei persecutionem habent*. Non illa certè quam vnica adferunt tanquam aptiorem *l. vnic. C. ex delict. defunct.* vbi de rei persecutione verbum nullum, vt nec alio iuris loco qui neget actiones ex delicto descendentes transire contra heredem vltra id quod ad ipsum peruenit. Ideoque nec mirum est, tantopere illos laborare, vt probent particulatim *sed* quæ sui natura aduersatiua est, tam esse aptam ad coniungenda sequentia cum prioribus, quàm ad ea disiungenda ac si pro *sed* scriptum esset *nam*. Sed ista iam omitamus, quæ minùs clara sunt, & ad obiectionem decimam septimam veniamus quæ sicuti ex Cuiacio deprompta, ita subtilior videtur & difficiliorem habere responsionem.

XVII. Igitur Obiectio est, Viuo filiofamilias in patrem quatenus ex filiofamilias factu locupletior factus est, conditionem furtiuam non negari in *leg. 3. §. pen. infr. de pecul.* Ex persona tamen sua non teneri patrem nisi de eo quod ad ipsum peruenit *ex leg. si seruus 4. supr. hoc tit.* aliàs verò ex persona filiofamilias in peculium *ex leg. Iulianus pen. infr. eod.* id est quatenus peculium filij inde locupletius ad patrem peruenit *d. l. 3. §. pen. de pecul.* Ergo quemadmodum pater nec ex sua, nec ex filij sui persona tenetur in solidum peculium, sed tantum in id quo locupletius peculium factum est, cum tamen pater filij sui heres quodammodo sit in peculio *l. 3. §. Pomponius adiecit supr. de minor. l. si statulibera 6. §. si filiusfamilias infr. de statulib.* Ita neque heredem furis in solidum teneri debere, ne pro viribus quidem hereditatis: quasi nulla diuersitatis ratio satis commoda inter patrem & heredem excogitari possit, quia, inquit, licet successor commodorum & incommodorum vniuersalis non sit pater (alioqui foret idem qui heres, nec quasi heres diceretur) successor tamen etiam vitiorum est, sed in quantum locupletius

ad eum peruenit peculium, successor verò quem quasi heredem appellamus. Addunt, conditione furtiua teneri solum eum qui furtum fecit, aut heredem eius *l. ex furtiua 5. supr.* Heredis autem verbo in conditione furtiua omnem successorem venire *leg. si pro fure 7. in fin. supr.* quasi heredem verò in suo genere heredem esse aut saltem successorem aliquem, eodem planè effectu, inquit, quo dicimus usufructum, & quasi usufructum, Seruianam & quasi Seruianam, dotem & quasi dotem, Tributariam & quasi tributariam, Publicianam, & quasi Publicianam *leg. 2. supr. de usufr. ear. rer. §. item si quis Instit. de action. l. 3. de fund. dotal. l. pen. infr. de exercit. act. l. nec quasi 70. supr. de rei vindic.* Ut intelligamus, inquit, substantià quidem verum usufructum distinguì à quasi usufructu, Seruianam à quasi Seruianam, dotem à quasi dote, Tributariam à quasi Tributaria, Publicianam à quasi Publiciana, sed re tamen & effectu conuenire. Quod si ita est, ut hinc responsione ordiamur: concludere igitur aduersarij debuerunt, patrem conditione furtiua teneri debere in solidum, sicut & is qui verus heres esset teneretur. Quod tamen iidè negant, cum fatentur patrem non teneri conditione furtiua ex persona propria, sed tantum ex persona filij, quia nec ipse fur est, nec heres furis *ex d. l. 5. supr.* Admittunt enim mortuo filio familias extingui peculium, & patrem non iure hereditario, sed iure peculij bona filij occupare, ac quidem non tam quasi de nouo acquisita, quam quasi nunquam adempta *leg. 1. §. si is qui bona 22. infr. de collat. l. proponatur 9. de castrens. pecul.* Vique adeò ut audeant dicere futurum, ut pater teneri non posset, ne quidem de eo quod ad ipsum ex furto filio familias peruenisset, nisi eatenus velut vna persona cum filio furtum, quod filius fecit, vna quodammodo fecisse intelligeretur *ex §. si quis alij versic. ei verò Instit. de inutil. stipulat. ne ex furto filij locupletetur impundè d. l. 3. §. penult. infr. de pecul.* In quo rursus video labi eos valde imperitè. Sic enim faciunt filij furis patrem quoque furem, quod ante eos nemo vnquam dixerat. Et verò ita dici non posse, apparet satis ex eo quod Paulus in *d. l. ex furtiua*, scribit, soli filio familias qui furtum fecit condici posse, non etiam patri, quòd ea conditione nunquam alius teneatur, quàm fur ipse, aut heres eius: nec ad rem pertinet, quod isti pro ratione adferunt, patris & filij personam vnã eandemque esse videri. Fictio enim illa iuris civilis est, quæ sicuti ex patriæ potestatis iure proficiscitur *leg. ne cum filio familias 16. infr. de furt. l. imperator 50. ad S. C. Trebell.* quæ tota iuris civilis est *Tit. Instit. de patr. potest. ita & ad ea tantum pertinet, quæ iuris sunt, non etiam ad illa quæ sunt facti l. quod dicitur 130. infr. de verb. oblig.* Quæ enim facti sunt non transeunt à filio ad patrem, neque à seruo ad dominum *l. qui heredi 44. de condic. et demonstr.* Delicta autem omnia facti sunt non iuris, cum iniuriam semper adnexam habeant, quia non iure fiunt *l. 1. de iniur. vnde & passim admittit dicuntur à Papiniano in l. Stichum aut Pamphilum 95. de solut. & alibi sæpe.* Ergo falsum est, quod isti volunt, & pro certo supponunt, patrem furis conditione furtiua teneri in quantum ex furto filij peculium locupletius factum est. Neque verò ita loquitur Vlpianus in *d. l. 3. §. pen. de pecul.* sed ait è contrario potius, ex furtiua causa filio familias condici posse, in patrem verò vel in dominum dandam esse actionem de peculio, in quantum locupletior ille ex furto factus esset, quia iniquissimum sit ex furto filio fami-

lias vel serui patrem vel dominum locupletari impundè. Idè nque esse subicit circa rerum amotarum actionem, ut filio familias nomine ia id quod ad patrem peruenit, competat de peculio actio. Eiusque sententiæ rationem Paulus ex Meia & Fulcinio reddit in *l. 3. §. si filio familias infr. rer. amot.* quia displicuit eam furci obligari, id est quia causa actionis rerum amotarum non est pœnalis, quomodo esset si mulier ob res amotas furci obligaretur; regula enim iuris est ex pœnalibus causis non solere in patrem, de peculio actionem dari *l. ex pœnalibus 58. de reg. iur.* Nemo autem dubitat quin causa furti sit pœnalis, ex qua ratione intelligimus, si filio familias furtum alij quàm patri fecerit, quoniam & furtum facit, & furci obligatur, non debere actionem ex ea causa de peculio in patrem dari. Neque verò aliter scriptum est in *d. l. 3. §. pen. infr. de pecul.* vbi quamuis proponatur quæstio an in patrem vel dominum actio de peculio danda sit ex furto filio familias vel serui, de patre tamen nihil respondetur, sed tantum de domino dandam, scilicet actionem de peculio in ipsum quatenus locupletior factus est, quia iniquissimum est ex furto serui locupletari: Quæ tamen contentia etiam in domino falsa est, nonnulla solum ratione, quòd ex pœnalibus causis non magis in patrem quàm in dominum actio de peculio danda sit, sed illa etiam, quòd ex delicto serui dominum conueniri possit noxali actione, & per eam actionem cogi ut vel damnum præster, vel seruum noxæ dedat *l. 4. supr.* Ex delicto autem tantum non etiam ex contractu actio noxalis dari potest, de peculio verò ex contractu non ex delicto *l. 1. §. si filio familias supr. de his qui effud. vel decic.* Quare nec puto Vlpiani esse, sed Triboniani potius, quod de actione de peculio in dominum danda, ex delicto serui scriptum est in *d. l. 3. §. pen. infr. de pecul.* de quo tamen ne hic longiores simus, videnda sunt quæ scripsimus *de cad. 78.* Illud autem multo magis falsum est, quod aduersarij non modò quasi verum supponunt, sed etiam quasi scriptum in *d. §. penult.* non denegari conditionem furtiua in patrem quatenus ex furto filio familias locupletior factus est. Id enim Vlpianus neque sensit, neque scripsit eo loco, nec de conditione furtiua loquitur, vel in dominum ex furto serui danda, sed tantum de actione de peculio, quæ nihil commune omnino habet aut simile cum conditione furtiua. Dominus conditione furtiua & noxali præterea actione tenetur ex furto serui, at actione de peculio non tenetur, pater ex furto filio familias, neque actione de peculio, neque conditione, ne quidem de eo quod ad ipsum peruenit, sed ipse tantum filio familias, qui ex ea causa non tantum furti actione, sed etiam conditione obligari & conueniri potest *d. l. pen.* nec idèd tamen videndum est, ut ex furto filij pater impundè locupletetur, cum filio familias sicuti ex ea causa conueniri potest, ita & condemnari possit, ex condemnatione verò filij postea pater de peculio conueniri *d. l. 3. §. idem scribit l. est condemnatus 35. supr. de noxal. act.* neque de conditione furtiua accipiendum est, quod ex Iuliano scriptum legitur in *l. pen. infr. hoc tit.* de conditione in peculium danda contra patrem, si filio familias res amouerit, sed de conditione sine causa vel non ex iusta causa, ut ibi dicemus. Aliaque longè hac parte ratio est conditionis furtiua, alia actionis rerum amotarum, quia cum actio rerum amotarum nec famosa sit, nec turpis, licet pœnæ nomine concepta sit ex parte illius qui conuenitur, facilius longè est, ut de

eo quod ad patrem peruenit, detur saltem utilis ut in *leg. vna 5. infr. rerum amot.* quàm conditio furtiua quæ turpis est, & furti improbrationem continet *leg. nec quicquam 56. infr. profectio.* Quam etiam ob causam nihil absurdi est, ex causa rerum amotarum dari actionem de peculio in patrem ex persona filio familias *dict. leg. 3. §. vltim. rerum amot.* quia licet etiam actio rerum amotarum ex furto filia pendat *dict. leg. si mulier 21. §. hac actio & §. vltim. eod.* pœnalis tamen causa non est, quia non obligatur illa furti, ut supra diximus & explicauimus *ex dict. leg. 3. §. vltim.* Itaque non potest Tribonianus nisi valde infulsè argumentari in *dict. leg. 3. §. pen. de pecul.* ab actione de peculio, contra patrem danda ex causa rerum à filio familias amotarum ad actionem de peculio, æquè dandam contra patrem ex furto filio familias. Quandoquidem in hoc casu offendetur regula *dict. leg. ex pœnalibus 58. de regul. iur.* quæ in alio non offenditur. Sed fecisset multo insoluitus, si cum aduersariis argumentatus fuisset ab actione rerum amotarum ad conditionem furtiua, de qua sola nunc disputamus. Insultissimè verò omnium faciunt, in eo quod cum fateantur patrem non posse teneri conditione furtiua, quia neque fur sit, neque furis heres, attamen eò tandem delabuntur, ut dicant teneri eum debere tanquam quodammodo heredem filij, & quasi quod scriptum est in *d. l. si pro fure in fin.* de conditione furtiua etiam contra quemlibet successorem danda, etiam ad patrem potrigipossit, quod est ridiculum, cum de solo iuris successore locus ille intelligi debeat, ut ibi explicauimus. Quamuis pater filij institui dicatur post ipsius mortem quasi heres heredis in *dict. leg. si instituta 6. §. si filio familias de testulib.* Scilicet quòd ad hoc ut in eius persona condicio impleri possit ad obtinendam libertatem, idque fauore libertatis quæ alioqui facillè intercederet, si non in persona saltem patris mortuo filio impleri condicio possit. Non tam ergo quòd pater sit heres filij, quàm ne desit persona cui possit dari pecunia impendende conditionis causa. Quod verò addunt *ex d. l. 3. §. Pomponius adiciit supr. de minor.* ad rem minus pertinet: ibi enim heredem dixit Vlpianus ex Pomponio pro domino, ut & in *leg. de hereditate 19. §. 1. de castrens. pecul.* ut docuimus in Rationalibus & libris Cõiect.

XVIII. OBIECTIO est, Conditione furtiua non teneri alium, quàm qui furtum fecit aut heredem eius *dict. leg. 5. supr. hoc tit.* Idèd autem à fure in solidum rem furtiua condici posse, quia rem alienam furandi animo contrectauit. Quia ratio etiam furis heres, si eandem rem iure hereditate ad se deuolutam animo furandiclam suppressisset, non tantum conditione furtiua, sed & actione furtiua tanquam nouus fur teneretur *arg. l. vlt. supr. de ead. l. in depositis 9. l. de eo 18. infr. de deposit.* ac nos de eo heredem loquimur, qui furtum ipse non fecerit, nec alia de causa teneatur, quàm quia furi successerit, ac proinde qui ipse nil deliquerit. Ergo, inquit, nulla ratio est, ut ex defuncti delicto in solidum condemnatur, si ad eum res ablata in solidum non peruenierit, *arg. leg. 1. vlt. eod. tit.* Nam furem, quoniam ab initio res tota ad eum peruenit, in solidum teneri æquum est, propter moram quam perpetuò in re furtiua facere intelligitur *leg. vlt. C. hoc tit. & l. prox. infr.* Heres autem quia furtum ipse fecit, nec talem moram committere intelligitur, nec furti tenetur. Ergo nec ad aliud teneri potest, quàm ut id quod ad se peruenit restituere iubeatur, ne ex furto de-

functi lucrum faciat. Respondemus ineptam primùm esse maiorem syllogismi huius propositionem, Perinde enim est, ac si diceret furem non teneri conditione furtiua, nisi quia fur est, cum nemo sine contrectatione fur fiat. Et sanè ita est: fur non teneretur conditione furtiua, nisi quia & quatenus fur est. Sed negamus in herede furis eandem rationem locum habere. Non enim teneretur heres conditione furtiua, quia fur sit, sed quia furis heres *d. l. 5. d. l. 7. §. vlt. supr.* Atqui non eo minus furis heres est, quòd rem furtiua nunquam contrectauerit, siquidem heredem facit aditio hereditatis aut gestio pro herede, non etiam furtiua rei contrectatio. Stultum ergo est inferre quod isti inferunt, heredem furis ideo non teneri conditione furtiua, quòd rem furtiua non contrectauerit, eo casu quo nihil ad eum peruenit, quia fur non nisi propter contrectationem tenebatur, nec rursus verum est quod iidem supponunt, furè idèd teneri in solidum, quòd ad eum tota res ab initio peruenit. Nam & eo casu quo nihil ad eum peruenit, nullumque lucrum ex furto senserit, perinde tamè in solidum tenetur, puta si in furto manifesto deprehensus aut occiderit, aut effregerit, aut effuderit id quod interceptat *l. prox. infr.* Furtum enim licet sine affectu lucrandi non fiat, non magis quàm sine contrectatione sine lucro tamen interdum fit, quamuis sine contrectatione nunquam, vnde etiam est, quod mulier quæ res amouit, teneretur actione rerum amotarum, tamen si ad eam res non peruenierit *l. sed est 19. infr. rer. amot.* Itaque cum quæritur quare fur conditione furtiua teneatur, non est bona illa ratio, si quis cum aduersariis respondeat, ut turpe lucrum ei extorqueatur, sed quia fur est, & rem furtiua contrectauit, quamuis ad eum nihil lucri ex furto peruenit. Ergo neque in persona heredis illud inspicendum est, an lucrum aliquod ad eum peruenit ex re furtiua, sed illud tantum an furis heres sit, quoniam actio merè rei persequutoria est *d. l. si pro fure 7. §. vlt. supr.* Illud denique multò magis falsum est, furem idcirco teneri conditione furtiua in solidum, quòd in re furtiua moram facere perpetuam intelligatur, quam tamen heres furis non facit. Prius enim est, ut quis fur sit, quàm ut in restituenda re furtiua moram facere cõseatur, necesse siquidem est, ut furtum iam fecerit, qui nunc moram facit: & quod fur perpetuò moram in re furtiua facere intelligatur, materiam præbet in eunda æstimationis quanti plurimi res furtiua fuit à tempore litis contestatæ, in tempus vsque rei iudicandæ, sed conditionem furtiua quæ ex ipso furto nascitur, non inducit, alioqui nasceretur ex mora, non ex furto, quod esset ridiculum dicere.

XIX. OBIECTIO est, furem ad quem nihil ex furto peruenit, furti quidem teneri, sed conditione furtiua non teneri, ut videre est, inquit, in eo qui opem consiliunve dedit *l. proinde 6. supr. hoc tit.* quia cum condici ea res tantum possit, quæ ablata est *l. vulgaris 21. §. vlt. infr. de furt.* non alij furi ea condici debeat, quàm qui ipsa potitus est, quia nihil ad eum peruenit. Quanto æquius igitur in herede idem obtinere debet, ad quem nihil omnino peruenit. Respondemus non plura hinc verba esse, quàm errata. Falsum enim est, furem ad quem nihil ex furto peruenit, non teneri conditione furtiua, Finge furem manifestum, qui in furto deprehensus occiderit, vel effregerit, vel effuderit id quod interceptat. Quid obsecro ad eum peruenisse

dici potest? Nihil penitus. Et tamen constat furem hoc casu condictione furtiua teneri, & hoc solo casu posse condictionem furtiua cum actione furti manifesti concurrere *leg. proxim. infr.* non ergo tenetur idem fur condictione furtiua, quod res furtiua ad eum peruenerit, sed quod furtum fecerit, nec postea res furtiua in domini potestate redierit. Nam si peruenerit, quomodo contingit in quolibet furto manifesto extra illos tres casus occisionis, effractionis, aut effusionis, vtiue condicio extingueretur, quia purgatum esset vicium furti ea re quae subtracta fuerat, in domini potestate reuersa, *dict. leg. proxim. infr.* vnde & ab eo tempore vsu capi potest, cum antea non posset *leg. 4. §. quod autem & seqq. infr. de vsucap.* Itaque vt condicio furtiua locum habeat, non illud inspiciendum est, an res furtiua ad furem peruenerit, sed illud duntaxat requirendum, vt ad dominum ipsum non peruenerit. Sed & falsum est eum qui opem vel consilium furi dedit, furem esse eo quoque casu, quo nihil ad eum ex furto peruenerit. Requiritur enim vt rem furtiuam contrectauerit: alioqui nec fur est, nec furtiua condictione tenetur, licet furti actione teneatur, scilicet nec manifesti, nam furti manifesti conueniri nullo casu potest *leg. in qui opem 34. infr. de furt. leg. sepe 53. §. 1. de verborum significat.* Quod si fur esset, vtiue omnimodo furtiua condictione teneatur *l. ex causa 5. & seqq. supr. eod.* Sic & in actione rerum amotarum quae ad condictionem furtiuam propius accedit, quam ad furti actionem. Dicimus, si vxor diuortij tempore fures in domum mariti induxerit, & per eos res amouerit, quamuis ipsa nihil contrectauerit, attamen rerum amotarum iudicio eam teneri *leg. sed nisi diuortij 19. infr. rerum amot.* vbi Vlpianus addit, verum itaque esse quod Labeo scripsit, vxorem rerum amotarum teneri etiam si res amotae ad eam non peruenerint. Illud vtiue non nego eam tantum rem quae per furtum ablata est, condici posse *dict. leg. vulgaris 21. §. vltim. de furt.* Sed aliud est dicere ablatam rem esse domino vel possessori, aliud vero ad furem peruenerit, cum fieri possit, vt & ablata sit per furem, & tamen ad furem non peruenerit, vt in exemplis quae attulimus circa personam furis manifesti, qui furtiuam rem vel occiderit, vel fregerit, vel effuderit *dict. leg. proxim. infr.* Falsissima ergo illa quoque illatio est, multo & quius esse in herede idem obtinere, quod in fure, vt condictione furtiua teneri non debeat, si nihil ad eum peruenerit.

XX. OBIECTIO eadem ferè est, aut certè eiusdem ponderis. Aiunt enim heredem eiusdem parifque potestatis esse, cuius fuit defunctus *l. heredem 59. de regul. iur.* Ponunt autem pro certo furem condictione furtiua non teneri, qui rem furtiuam nunquam habuit, indeque fieri aiunt, vt quod ab alio quam à domino suo seruus subripuit, eius nomine furti quidem teneatur factus liber, sed condici ei non possit nisi liber contrectarit *leg. quod ab alio 15. infr. hoc tit.* Quasi huius iuris ratio illa sit, quod condicio hæc ad rei persecutionem pertineat *leg. si pignore 54. §. cum furti infr. de furt.* Res autem quam seruus in seruitute subripuit, quandoquidem eo in statu suum nihil habeat, aut peruenerit ad dominum quo casu ei condicenda est *leg. 4. supr. hoc tit.* Aut ad ipsum seruum iam factum liberum quo casu ipsi condicitur, quia tunc liber contrecta-

uit, aut ad alium peruenerit vel interit durante seruitute. Et eo casu, inquit, in aperto est, non posse rem ablatam recuperari à iam libero, quoniam ad eum nihil peruenerit ex *dict. leg. quod ab alio leg. verum 11. in princip. supr. de minor. §. si seruus 6. Instit. de noxal. action. leg. serui & filij 17. §. primo infr. de furt.* Nos vero dicimus istos in iuris ratione reddenda quamuis manifestissima cœcutire. Cum enim seruus alij quam domino suo furtum fecit, idem post manumissionem furti tenetur, quia noxa caput sequitur *leg. quod dicitur 18. eod. leg. licet 4. Cod. an seruus pro suo fact. post manum. teneat.* Condictione autem furtiua idem non tenetur si non factus liber itetum contrectauerit, non quia fur esse per manumissionem desierit (alioqui nec furti teneretur) nec rursus, quia nihil ad eum peruenerit, vt aduersarij autumant, sed quia ex ius quæ in seruitute seruus gessit, & vt nostri loquuntur, exante gesto conueniri seruus post manumissionem non potest *leg. 1. 2. 3. & vltim. eod. tit. actione scilicet ciuili, qualis est condicio furtiua, & criminalis enim actio furti contra eum salua est, ne delictum impunitum remaneat, quamuis furtiua quoque condicio ex delicto pendat. Neque enim ideo criminalis actio est, sed merè ciuili, cum ad rei persecutionem, non ad criminis vindictam pertineat *leg. si pro fure 7. §. 1. supr.* Concludamus igitur contra quam aduersarij faciunt. Quemadmodum extra causam & personam illius, qui in seruitute furtum commisit, fur quilibet tenetur condictione furtiua hoc ipso, quia fur est, licet nihil ad eum ex re furtiua peruenerit, ne vno quidem temporis momento: ita & furis heredem quemlibet eadem condictione teneri debere ob hoc solum quod furis heres est, quamuis ne momento quidem temporis ex re furtiua quicquam ad eum peruenerit. Sic fit vt eiusdem iuris sit heres furis, cuius & defunctus fuit. Alioqui dicendum erit furem quoque illum esse debere, vt furis exemplo furtiua condictione teneatur.*

XXI. OBIECTIO longe lenior est: Aiunt fures condictione furtiua teneri si appareat eos dare oportere *§. sic itaque Instit. de action.* id est si appareat eius rei quæ nobis abest eos esse fures. Ergo nec eorum heredes aliter condictione furtiua teneri dicendum est, quam si eos quoque dare oportere appareat. Atqui inquit, non potest dici heredem furis dare oportere, nisi aliquo saltem momento res furtiua ad eum vel rota vel aliqua ex parte peruenerit. Vt sicuti is cui furtum factum est, non aliter habet vindicationem contra furem, eiusve heredem quam si is rem furtiuam possideat, nec ad exhibendum, quam si res ablata à fure teneatur: ita nec furtiua condicio aduersus heredem aliter possit competere, quam si vel momento vno contrectationem defuncti quamuis bona fide continuauerit, ne alioqui emergat iniquitas, si ex delicto defuncti demus contra heredem condictionem eius rei quam nunquam habuerit. Negamus assumptionem, quia heredem furis dare oportet, etiam si nihil vnquam penitus ad eum ex re furtiua peruenerit, sicut & furem ipsum dare oportet certum est, quamuis rem furtiuam interceptando vel occiderit, vel fregerit, vel effuderit *leg. proxim. infr. iunct. dicta leg. sed nisi diuortij 19. infr. rer. amot.* quia nihil aliud inquirimus, nisi an fur ille sit, qui furtiua condictione tanquam fur conuenitur, aut an heres furis. Nam in actionibus quæ ex vtraque parte meram rei persecutionem continent, cuiusmodi est

est condicio furtiua, semper insè repetitur id quod actus abest, licet reus id nec habeat nec vnquam habuerit, alioqui nec fur ipse qui in furto deprehensus rem furtiuam vel occidisset, vel fregerit, vel effuderit, condictione ista teneretur, contra *dict. leg. proxim. infr.* vt in precedentibus disputauimus. Denique nullus omnino casus est, in quo heres furis non teneatur condictione furtiua *leg. ex furtiua 5. supr.* id est siue solidam siue aliquid siue nihil prorsus ad eum peruenerit, quia rei habet persecutionem *dict. leg. si pro fure 7. §. vltim. supr.* Ex quo inferri necesse est, dari ergo eam in solidum aduersus heredem. Ad quid enim aliud daretur, cum nihil omnino peruenerit? Er percutit isti principium, cum supponunt vulgarem actionem ex delicto naturam eam esse, vt non dentur in heredem nisi de eo quod ad ipsum peruenerit. Nam sicuti vera est propositio in actionibus ex delicto, quæ vel merè vel mixtè pœnalis sunt, aut saltem pœnalis nomine conceptæ, quas etiam pœnales dici supra probauimus, quamuis ex parte actoris nihil nisi meram rei persecutionem continent: Ita falsissima est in his quæ sui natura meram rei persecutionem ex vtraque parte continent, quamuis ex delicto proficiantur.

XXII. OBIECTIO est, Condictionem furtiuam esse quodammodo pœnalem in persona furis, cuius scilicet odio inductam est, vt & perpetuam moram facere intelligatur, & ad æstimationem teneatur quanti plurimi vnquam fuerit res furtiua ex die litis contestatæ ad tempus vsque condemnationis *leg. proxim. §. 1. supr. leg. vltim. infr. hoc titulo leg. 2. §. quæsitum de primæ delict.* Sed in persona heredis furis non esse vllomodo pœnalem, cum nullo prorsus odio dignus videri possit furis heres qui omnino innocens est. Atqui, inquit, pœnalis esset, si contra heredem furis lis vltra damnam æstimaretur, & quanti plurimi res à tempore litis contestatæ vnquam fuisset, aut si heres quoque furis perpetuam moram in re furtiua facere intelligeretur. Quod tamen in necessarium antecedens dicendum esset ad obligandum heredem furis in solidum, etiam si nihil aut minus ex re furtiua ad eum peruenerit. Negamus condictionem furtiuam esse vllomodo pœnalem ne quidem in persona furis, cum sit merè rei persecutoria, nec fieri pœnalem ex eo quod in ea præstetur æstimatio quanti plurimi, aut quod fur perpetuam moram facere videatur. Sunt enim ista idio quidem furis inducta, sed non in pœnam, quia furis pœna tota actioni furti relinquatur, quæ sola pœnam persequitur, condicio autem nihil nisi rem ipsam. Nam neque æstimatio quanti plurimi aliud est, quam res ipsa, vt aduersarij fatentur: nec quod fur perpetuam moram in re furtiua restituenda facere censetur, aliunde proficiat, quam quia nec ab initio auferre ac subripere eam debuit, vt Tryphoninus ratiocinatur in *leg. vltim. infr.* Itaque cum heres furis etiam in vicia possessionis succedat *leg. cum heres 11. infr. de diuers. tempor. præscript. leg. vicia 11. Cod. de acquir. poss.* licet non sit successor delictorum, conueniens est, vt heres furis hæcenus in eadem causa sit, in qua & fur fuit, vt non minus quam fur ipse, & ad æstimationem quanti plurimi teneatur, & perpetuam moram facere existimetur, non proprio aliquo heredis odio, sed quia cum furis heres sit, in vdiu quæque furis succedit. Alioqui nullo casu

posset condictione teneri, nec si tota res furtiua ad eum peruenerit, cum eo casu possit etiam per vindicationem conueniri, solo autem furis odio sit receptum, vt qui vindicatione tenetur, etiam furtiua condictione teneatur *dict. §. sic itaque Instit. de action.* Quod si vno casu succedit heres in odium furis, cur non & in cæteris omnibus? Imputet enim sibi quod furis hereditatem siue sciens siue ignorans adierit, atque ita omnibus oneribus hereditariis, quibus defunctus ex propria persona tenebatur, extra pœnas delictorum vltro se obstrinxerit *leg. que dotis 33. solut. matrimon. leg. 5. §. vltim. & leg. 4. infr. quibus ex caus. in possess. eat. leg. si duo 38. de acquirend. hered.* Quamquam si verum amamus, odio quidem furis inducta est condicio, sed non aliquo furis odio transit in solidum aduersus heredem, at ex mera iuris regula, quia merè rei persecutoria est. Sed & in eo errant turpiter aduersarij, quod tractant de præstanda per heredem æstimatione quanti plurimi in condictione furtiua etiam eo casu quo ante obitum furis citra litis contestationem extincta esset res furtiua, quasi verò rei peremptæ æstimatio possit adhuc, postquam perempta est, crescere, quod non modo falsum, sed etiam ridiculum est *l. 3. infr. de condit. tritic.*

XXIII. OBIECTIO eòdem se è recidit quod superior. Aiunt enim actionem furti bitembrem esse, vnam quæ merè pœna persequendæ gratia competit, atque in specie actio furti vulgò dicitur *l. sed actione 50. infr. pro socio.* alteram, quæ quasi species quædam actionis furti datur ad rem recipiendam, & condicio furtiua appellatur, de qua illi intelligunt quod scriptum est in *l. interdum 56. §. 1. de furt.* nimiram vt inferant non minus condictionem furtiuam quam actionem furti odio furum inductam esse. Iam verò inquit, si heres furis dignus esset odio furis, hoc ipso fur esset, quoniam heres esset. Atqui dignus est hoc odium vt cum morte furis (debuerat potius scribere *cum vita.*) moriatur, quam vt in persona heredis amplietur, ne obsteret iuris canonici regula in Cap. odia de regul. iur. in 6. Addunt, quo pluribus actionibus fures tenentur, eo grauius delicta ipsorum coerceri *dict. §. sic itaque 14. Instit. de action.* Pœnam verò nihil aliud esse quam delictorum coercionem *leg. aliud frans est 131. de verbor. significat.* Ex delicto autem & propter delictum coerceri, esse aliqua pœna affici. Porò nulla pœna ex delicto defuncti heredem teneri. Ergo, inquit, ne ista quidem pœna specie teneri heredem oportet, alioqui ex dolo defuncti teneretur. Respondemus, verum quidem esse condictionem furtiuam odio furis comparatam esse, quò non pluribus modò, sed etiam contrariis & contradictoriis actionibus teneatur *dict. §. sic itaque,* sed illud falsum, esse illam speciem actionis furti. Differt enim toto genere ab actione furti, cum sit illa merè pœnalis, hæc verò merè rei persecutoria, vt toties diximus. Nec simile quicquam habet, nisi quod amba ex delicto & furto nascuntur, quò pertinet quod scriptum est in *leg. si duo 13. §. idem iuriamus supr. de iureiur.* eum qui iurauit se factum non fecisse, non magis condicendum quam furti actione conueniri posse, quia de toto iurasse videatur, sed ita vt actio furti quia merè pœnalis est, contra solum furem detur. Condicio autem furtiua quia merè rei persecutoria nec vllomodo pœnalis est, etiam contra heredem & quidem in soli-

dum, non quia fur sit aut furis odio dignus, ut aduersarij supponunt, sed quia cum sit heres, transeunt in eum actiones omnes rei persecutoria, quæ contra defunctum competebant, etiamsi ex delicto proficiantur, nec enim absurdum est generi quem ex delicto defuncti, dum ne ad pœnam conueniatur, sed ad rem ipsam restituendam, unde fit ut quamuis odium furis simul cum ipsius vita finiatur, quatenus personale est, non ideo tamen finiri etiam debeat actio rei persecutoria ex causa illius odij comparata, quominus transeat etiam in heredem. Alioqui concludendum erit cum aduersariis, conditionem furtiuam non magis dandam esse in heredem, quam in rei persecutoria sit, quam si pœnalis esset, cum etiam pœnales transeat contra heredes de eo quod ad ipsos peruenit, & paria sunt dicere, actionem aliquam non dari contra heredem, & dari de eo quod peruenit, sicut è contrario, paria sunt, dicere actionem aliquam transire contra heredem, quia rei persecutoria sit, & transire in solidum, quomodo de conditione furtiuæ scriptum est in *dict. leg. si pro fure 7. §. vltim. supr. & in hac lege.* Fallum item est, quod iudem aduersarij probare nituntur, conditionem furtiuam hoc ipso esse pœnalem, quod odio furis induta sit, quo pluribus actionibus coercatur. Nam coercionis verbum etiam si ad pœnam maximè pertinet, tamen ad rei quoque persecutionem pertinet, ut cernere est in actione rerum amotarum, quæ licet induta sit ad mulierem coercendam, tamen leuius, ut ait *lex perult. infr. ill. titulo rerum amotar. pœnalis* tamen nullomodo est eo sensu quasi pœnam aliquam persequatur (nihil enim nisi rei persecutionem continet *leg. si mulier 21. §. hac actio eod. titulo.*) nisi quod pœnæ nomine concepta est ad puniendum improbum factum amotionis, ut sunt alia fere omnes actiones prætoris, quæ non nisi interueniente dolo dantur, licet meram rei persecutionem, aut per se, aut arbitrio iudicis contineant *leg. 4. §. vltim. & seqq. supr. de alien. iudic. mut. caus. facta leg. huius 9. §. primo infrà quod fals. tutor. leg. Prætor ait 9. §. vltimo de rebus auctoritate. iudiciorum possidentis.*

XXIV. Et vltima OBIECTIO aduersariorum est omnium leuissima, quæ tamen fortissima esse potius debuisset. Petunt enim principium, cum alunt actiones omnes ex delicto descendentes, etiam eas, quæ merè rei persecutoria sunt, aduersus heredes competere de eo tantum quod ad ipsos peruenit, non etiam in solidum. Hoc verò est quod nos toties negauimus, & quod ab istis probandum maximè fuit, nec tamen vnquam probatum ne vno quidem iuris loco, ac nec exemplo etiam vno. Nimirum in actionibus ciuilibus, quæ tum etiam cum ex delicto proficiuntur, nunquam tamen pœnæ nomine concipiuntur, quod in prætoris diuersum est, ut supra ostendimus. Sed illud mirabilius est, ne dicam ingeniosius, si conditio furtiuæ similiter in solidum contra heredem daretur, atque contra furem ipsum fore, vt ex merè rei persecutoria, qualem esse eam non negant, fieret merè pœnalis, si forte nihil aut minus ex delicto defuncti ad heredem perue-

nisset, quia, inquit, pœna esset ex causa & vi delicti quod tu non feceris, prætare id quod nunquam habueris. Cùm potius dicere debeant futurum, vt desineret conditio furtiuæ esse merè rei persecutoria in personam heredis si non daretur contra eum in solidum, ex natura cæterarum omnium merè rei persecutoriarum, & fieret merè pœnalis aut saltem mixta, si ex natura pœnalarum actionum non daretur contra heredem in solidum, sed de eo tantum quod ad eum peruenisset. Tritum autem est, & tralatitium ex persona heredis conditionem & naturam obligationis, & actionis hereditariæ non immutari *leg. 2. §. ex his infrà de verborum obligation. non erat necesse fateor, ad minutores istas profusque futiles obiectiones tam suscipere, quod ad maiora, & meliora parauimus. Sed tamen nobis quibus ad egregios illos quatuor Maledictorum libros ex professo respondendi neque otium, neque studium est, faciendum certè fuit, vt circa quæstionem hanc, quæ sola tot Maledictis causam dedit, aliquid responderemus, ne cum opinionibus, quas damnamus, etiam reprehensoris ingenium contempnere videremur. Non insubtile sanè, nec ineruditum si quam in tot erroribus propugnandis operam posuit, in veritate nobiscum tuenda collocasset: nomen tamen hucusque peperimus, ne maior illi ex scriptis nostris inuidia, ne dicam infamia apud posteros, quam laudis & gloriæ materia pareretur. Cætera, quæ ille tanquam alter Cuiacius, sub Mercatoris nomine aduersus Gasparem Schifordeggerum amicam nostrum non minus quam contra nos scripsit, nos Schifordeggero discutenda & refellenda relinquimus, ne responsionis gloriam, si qua erit, & amicissimo & subtilissimo Iureconsulto, cui plurimum debere nos agnoscamus, inuidere ac præcipere voluisse videamur. Nec tamen præremittimus, si quando se præbebit occasio, vt in eas leges incidamus, in quibus explicandis tam infeliciter se aduersarius exercuit, vt errores ipsius refellamus, nostrasque quas ille vellicauit, confirmemus sententias, ne posthac verendum habeat, ne quid per nos detrimenti iurisprudencia patiat. Sufficiat hæc castigasse, vt ex iis quæ diximus, possit quicquid intelligere, quasi quantoque sine ingenio, siue iudicio cætera commentus ille sit, qui contra nos scripsit.*

Pro parte autem heres. RAT. DVB. Cùm res furtiuæ ad vnum ex pluribus heredibus tota peruenit, constat eum solum teneri conditione furtiuæ, tanquam qui solus habeat totius rei restituendæ facultatem, quomodo de re commodata scriptum est in *l. 3. §. heres infr. Commod. & de rationum editione ab vno ex heredibus faciendâ in l. si quis ex argentariis 6. §. 1. supr. de edend. non ergo inspiciendum est, pro qua parte hereditaria quis heres extiterit, sed pro qua parte furtiuam rem possideat. Et ita concludit Accursius post Azonem, sed ego non probo, vt ex iis quæ mox pro decidendi ratione adferemus, intelligatur. DEC. Conditio furtiuæ quamuis rei persecutionem contineat *l. si pro fure 7. §. vltim. supr. licet tamen continet, vt contra eum quoque heredem datur, qui nihil ex re furtiuæ possidet, perinde ac si possideret d. §. vlt. & §. final. Infr. de oblig. quæ ex delicto nascunt.* Ergo si plures sint heredes furis, quorum vnus totam rem furtiuam possideat, non eo minus tamen*

tamen pro hereditariis portionibus singuli teneri debent. Idque facit ratio stricta iuris quæ obligationes & actiones omnes, quibus defunctus obstringebatur, diuidit ipso iure inter heredes omnes pro hereditariis portionibus potestate legis duodecim tabularum *leg. 1. C. si cert. petat. l. vlt. C. de heredit. actio. l. 1. & 2. C. si vnus ex plurib. hered. debet.* Exceptis actionibus iis quæ non dantur in heredes, nisi de eo quod ad eos peruenit. In illis enim si tota res ad vnum solum ex pluribus heredibus peruenit, consequens est, vt is quoque solus teneri debeat *leg. si plures 9. infr. de vi & vi armat.* Nec aliud esset in actione commodati, quam in conditione furtiuæ nisi arbitrio boni iudicis conueniret ita statere, vt is solus ad rei commodatæ restitutionem condemnaretur, qui commodatam rem solus totam possidet, vt scriptum est in *d. §. heres.* Est enim bonæ fidei iudicium commodati, ideoque etiam in actione pro socio idem iuris est *l. actio 65. §. antep. infr. pro socio.* At non etiam in conditione furtiuæ, quam toties diximus stricti iuris esse, vt & cæteras conditiones omnes *§. actionum. Infr. de actio. nec rursus perperpetuum est, vt qui ex heredibus rem hereditariam solus possidet, solus quoque personali actione conueniendus sit, & condemnandus. Quid enim si cum defuncto lis contestata fuerat? Erant singuli heredes conueniendi pro sua quisque parte hereditaria *l. 2. §. vlt. de prætor. stipulat. quod & Accursius hæc statueret. Quidai ergo & in conditione furtiuæ idem obseruamus fure mortuo ante litem contestatam, cum sit actio stricta, quod obseruaretur post litem contestatam in cæteris, quæ bonæ fidei sunt, aut quæ tanquam prætoris ex mente Prætoris interpretationem recipiunt, ac proinde ex bono & æquo, cuiusmodi sunt stipulationes omnes prætoris? *leg. in conuenientibus 52. infr. de verb. obligat. l. in prætoris 9. de stipul. prætor.* Ex quo apparet quam parum subtiliter vir doctissimus Iacobus Cuiacius, vt**

10. IN Eodem libro 38, ad Edictum.

Sive manifestus fur, siue nec manifestus sit, poterit ei condici. Ita de sumum autem manifestus fur conditione tenebitur, si deprehensa non fuerit à domino possessio eius. cæterum nemo furum conditione tenetur, posteaquam dominus possessionem adprehenderit. & ideo Iulianus, vt procedat in fure manifesto tractare de conditione, ita proponit; furem deprehensum, aut occidisse, aut fregisse, aut effudisse id, quod interceperat.

Ad l. Sive manifestus 10.

RAT. DVB. Non potest fur conditione tenebitur, postquam dominus rei furtiuæ eius possessionem adprehenderit, vt scriptum est in hac lege, quia cum non detur nisi ad rei persecutionem & recuperationem *l. si pro fure 7. §. 1. & vlt. supr. hoc tit. l. si pignore 54. §. cum furti infr. de furt. stultum esset ac illud iurum condicere onem furtiuam ei dare, qui rem iam haberet: Atqui fur manifestus ille dicitur, qui in furto ipso deprehensus est, vt loquitur *leg. 3. eod. titulo.* Quod cum accidit si i vix potest, vt res furtiuæ simul cum fure ipso non adprehendatur à domino. Ergo non videtur locus esse hoc casu conditioni*

Tom. III.

furtiuæ. DEC. Sufficit euenire posse quibusdam casibus, vt fur manifestus deprehendatur, nec tamen res ipsa furtiuæ adprehendatur, vt puta si fur manifestus & in *uir capax* deprehensus rem quam subripiebat aut occiderit aut fregit, aut effuderit. Quos casus specialiter Iulianus notauit, vt Vlpianus hæc refert, non quasi alij nulli sint, quod n. alè Placentinus glossator existimabat (quid enim si cum vidisses furem subripientem, & ad eum comprehendendum accurrisses, ille abiecto furto effugisset, sic enim legendum est non *adicto in leg. si quis in seruitute 7. §. pen. eod.* vtique fur manifestus est, ne tantum si à domino rei furtiuæ, sed etiam si ab aliquo visus sit *l. 3. §. 1. eod. tit.* & tamen neque occidit, neque effregit, neque effudit) sed quia, vt Azo dicebat;

SS 3

sunt hæc exempla indubitabilia, quod & Bartolus post Accursum probat. His ergo casibus nihil vetat & furem esse manifestum, & rem furtivam nihilominus ab eo non apprehendi cui furtum factum est, & consequenter conditionem furtivam durare, & domino adversus furem competere, quæ alioqui re furtivam cum fure deprehensa, nec videri nata posset. Sunt & alia quædam in actione furti manifesti singularia, quæ inter cætera illud est, vis qui opem furti tulit, quamvis fur esse possit, si forte rem furtivam contrectaverit, ita ut & conditione ista interdum teneatur, ut diximus ad l. proinde 6. supr. ex l. sape 53. §. 1. de verb. signific. fur tamen manifestus esse nunquam possit, nec furtiva conditione teneri l. is qui

1 ¶ Ei quoque qui vi bonorum raptorum tenetur, condici posse, Juliani libro 22. digestorum significat.

Ad §. 1. Ei quoque.

RAT. DVB. Conditione furtiva non alius tenetur, quam qui fur ipse est, aut heres eius leg. ex causa 5. supr. At qui separata sunt crimina furti & rapinæ, sicut & separati tituli de furtis & vi bonorum raptorum, prorsus que separatae actiones, nam actio furti nec manifesti civilis est ex lege duodecim tabularum, nec datur nisi ad duplum. Actio autem furti manifesti prætoria est, & datur ad quadruplum §. 1. Instit. de perpet. & tempor. action. At vi bonorum raptorum licet æquæ sit prætoria, non tamen datur nisi ad triplum pœnæ nomine, licet simplicium quoque contineat, quia datur ad quadruplum ideoque mixta actio dicitur, non merè pœnalis, quales sunt actiones furti §. ex maleficiis & seq. Instit. de action. Ergo non est bona conlectutio, ut quia furti condici potest, etiam raptori condici possit. DEC. Etiam raptor fur est, & quidem improbius, ut Iustinianus scribit in tit. vi bonor. rapt. Instit. post Vlpianum in leg. 2. §. ceterum infr. eod. ill. tit. & in leg. item si cum 14. §. qui vim intulit supr. quod met. caus. Ergo si conditio furtiva locum habet contra furem, multo magis habere debet contra raptorem. Quod cum ita sit, illud magis mirum videri potest. Cur ergo actio vi bonorum raptorum non datur nisi ad triplum, cum actio furti manifesti detur ad quadruplum, ut diximus & plerumque is qui raptor est, fur manifestus sit, adeoque fure manifesto improbius, nisi dicamus Prætorum in actione hac proponenda ad id potius respexisse quod

2 ¶ Tandiu autem conditioni locus erit, donec domini facto dominium eius rei ab eo recedat, & ideo si eam rem alienaverit, condicere non poterit.

Ad §. 2. Tandiu autem.

RAT. DVB. Etiam si dominium rei furtivæ ex postfacto recedat ab eo qui furtum passus est, & qui furti tempore dominus fuit, non eo minus tamen verum est, & furtum factum esse, & furem ab eo tempore moram semper fecisse in restituenda re quam nec ab initio auferre debuit leg. in re furtiva 8. §. primo supr. leg. vltim. infr. hoc titulo. Ergo non eo minus teneri debet conditione furtiva quousque rem furtivam ipse restituerit, aut aliter ea res in domini potestatem redierit.

opem 34. infr. de furt. Quisquis enim fur manifestus est, ab initio fur est. Qui verò furi opem tulit, is non quam fur est ab initio, sed sit ex postfacto, & ex superiore contrectatione. In fure nec manifestus, versa sunt omnia: nam fur nec manifestus semper tenetur conditione furtiva, quia fieri nequit, rem furtivam aliquando non habuerit penes quod sufficit licet eam habere postea deserit, quæ nec ab initio auferre eam debuit l. vlt. infr. Et is que qui opem, vel consilium furi dedit, licet ab initio fur non sit, ex postfacto tamen, ut diximus, si potest fur nec manifestus, scilicet si rem furtivam contrectare cæperit dict. leg. sape 53. §. primo de ver. signific.

actiones furti siue manifesti siue nec manifesti, per hanc non tolluntur, ut neque actio legis Aquilæ d. §. ceterum, non ut ex omnibus actionibus fur condempnari possit, sed ut electionem habeat is cui bona vi rapta sunt quam actionem malit experiri in leg. cum filius 76. §. variis de delegat. 1. et si in pœnalibus actionibus hoc amplius est, quod nunquam aliam consumit l. nunquam 60. de oblig. & act. l. 2. inf. de priuat. delict. Item quia in raptorem non facile credit illa distinctio manifesti, & non manifesti, ideoque media pœna eligenda fuit, id est tripli quæ et inter pœnam dupli & quadrupli, vel ideo ne scilicet bona vi rapta sunt, probandum habeat, an rapinam manifestam fuerit, an non manifesta. Illud certè in actione ista vi bonorum raptorum valde singular est, quod quamvis sit pœnalis mixta ex rei persecutione, non magis tamen datur in heredem de e quod ad ipsum pervenit quam ad furti d. l. 2. §. vlt. infr. vi bonor. rapt. quamvis regulare sit, ut actione omnes ex delicto descendentes quamvis merè pœnales dentur in heredem quatenus ad eos pervenit ne alieno scelere ditentur, & ut turpia lucra eis extorqueantur leg. 5. supr. de calumn. leg. sicuti 38. de regul. iur. leg. vnic. Cod. ex delict. defunct. Sed hoc ius propriam habet rationem, quam Vlpianus exprimit in dict. §. vltim. quia putavit Prætor sufficere conditionem furtivam, quæ contra heredem raptoris datur non minus quam contra raptorem ipsum, & quidem in solidum, ut explicavimus & docuimus ad legem præcedentem.

rit. Quomodo non quidem de furti actione, sed de rei furtivæ inhibitione usufructu scriptum est in leg. 4. §. quod autem & seqq. infr. de usufruct. DEC. Conditio furtiva soli domino datur leg. 1. supr. id est ei qui & furti tempore dominus fuerit, & eo tempore quo condicit adhuc dominus sit. Nec sufficit eius interesse, cui furtum factum est, quomodo sufficit in actione furti §. furti autem actio Instit. de oblig. qua ex delict. Ergo si dominum rei furtivæ à domino discesserit quocummodo, dū factum ipsius aliquo interveniente, puta si rem furtivam alienaverit, aut legaverit siue furi siue extraneo, dicendum est eum amittere conditionem. Sibi que debet impu-

impunitate qui vltro id amisit sine quo conditionem habere non potuit. Qui enim vult necessarium antecedens, is ut etiam necessarium consequens velit, necesse est. Proinde si dominus absque vltro facto suo dominium amisit, salva ei conditio esse debet, ut scriptum est in l. & ideo 12. infr. Alia causa est actionis legis Aquilæ quæ ubi semel competit non extinguitur per alienationem rei, quia non ad rem ipsam datur, ut conditio furtiva sed ad damni estimationem, quæ nec morte nec alienatione rei vulnerari potest l. huius scriptura 15. §. 1. supr. ad leg. Aquil. quod & Bartolus hinc benè docuit. Iunge l. quæcumque actiones 56. infr. de oblig. & action.

a Et ideo si eam rem alienaverit. RAT. DVB. Alienatio dicitur omnis actus per quem dominium transfertur l. 1. C. de fund. dotal. Alienationis 28. de verb. signific. At qui dominium sine possessione transferri non potest, cum traditionibus tanquam transferatur non contractibus l. traditionibus 20. C. de pact. Et quemadmodum nuda traditio nunquam transfert dominium, nisi fiat ex iusta causa & habili ad transferendum dominium l. nunquam nuda 31. de acquir. rer. domin. l. 3. supr. si usufr. petet. ita neque iustam causam & habitilem ad transferendum dominium præcessisse sufficit, nisi traditio sequatur §. cum autem Instit. de empr. & vendit. §. venditæ Instit. de usufr. l. 1. C. quand. lic. ab empr. disced. At qui ponimus rei furtivæ possessionem esse adhuc penes furem. Fieri ergo nequit, ut dominus cui res furto subtrahita est, eam rem alienet, a que ita conditionem amittat. DEC.

3 ¶ Vnde Celsus libro 12. digestorum scribit, si rem furtivam dominus pure legaverit furi, heredem eius condicere non posse. Sed & si non ipsi furi, sed alij: item dicendum est, cessare conditionem: quia dominium facto testatoris, id est domini, discessit.

Ad §. 3. Vnde Celsus.

RAT. DVB. Conditio furtiva non solum ei competit, cui res subrepta est, sed etiam heredi eius, in quem scilicet transeunt ex lege duodecim tabularum actiones omnes quæ defuncto competebant l. prox. infr. At qui cum dominus cui res furtiva subrepta fuerat, eam alij legavit, non eo minus verum est, heredem esse ac manere illum qui furti institutus, & viuis quod defunctus habuit, successorem: legata enim sunt et diminuant & delibent hereditatem l. legatum est 16. de legat. 1. ius tamen & qualitatem heredis non diminuant, quominus perinde maneat vniuersi iuris successor ac si legatum nihil esset. Non enim sine legatarij iuris successore l. quidam 9. §. 1. supr. de edend. §. legatariis Instit. de testam. ordin. Ergo quamvis dominus rem furtivam legaverit siue furi siue extraneo, dicendum est, non eo minus conditionem heredi saltem esse debere. DEC. Furtiva conditio non alij quam domino potest competere, ut diximus ad §. prox. ex l. 1. supr. At qui cum legata est res furtiva, siue furi ipsi siue extraneo, verum est eius dominium iam non ad heredem, sed ad legatarium pertinere, & quidem facto testatoris, qui non minus ab herede suo quam à seipso dominium illud abicere voluit. Legatum enim, & ei legata dominium transfertur via à testatore in legatarium l. à Titio 64. ad fin. infr. de furt. nunquam factum heredem, ut Papianus loquitur in l. legatum 80. de legat. 2. nempe si per vindicationem aut perceptionem legatum sit, non etiam per damnationem aut per sinendi mo-

Tom. III.

Pleraque sunt species, in quibus dominium sine possessione & transfertur, & acquiritur l. 1. 2. & 3. ubi diximus supr. de public. in rem act. ubi exempla adferuntur de legatis & mortis causa donationibus, quibus benè addit Accursus adiudicationes quæ sunt officio arbitri in iudicis familia eriscundæ, communi dividundo & finium regendorum §. vltim. Instit. de offic. iudic. l. & ideo 12. §. 1. infr. hoc tit. Fuerunt enim sex modi omni acquirendi iure Quiritium dominij, inter quos sicuti fuit traditio facta ex iusta causa, ita & a iudicario & lex quæ nulla indiget traditione, ut sepius docuimus ex Vlpiani fragmentis tit. 19. de acquir. rer. Ideoque cautè Vlpianus hinc locutus est de domino, qui alienavit rem furtivam, non de eo, qui vendidit, neque enim venditio sine traditione alienatio est, sed iusta alienationis causa & habilis ad transferendum dominium per subsecutam traditionem d. l. nunquam nuda. Exempla verò huiusmodi alienationis subiiciuntur in domino qui rem furtivam legavit, aut qui ad iudicium diuisionis locum provocavit. Quamquam nec aliud est, si dominus possessionem rei furtivæ nactus sit, aliter quam per restitutionem ab ipso fure factam, deinde eam rem alienaverit d. l. quæcumque 56. de oblig. & act. Conditio enim furtiva, quæ per acquisitionem possessionis rei furtivæ amissa non fuerat, ut neque furti actio, per alienationem tamen subsecutam extinguitur quamvis ipsa furti actio non extingatur, ut Bart. hic post glossam concludit ex l. qui ea mente 65. infr. de furt. l. vlt. arbor. furt. casar.

dum. His enim posterioribus casibus dominium rei legata remanet penes heredem, quousque per traditionem legatario factam ab herede discesserit, quia facta & voluntate heredis opus esse testator voluit. Nec sanè hic locus de alio genere legatariorum quam de duobus prioribus intelligi potest. Ergo quamvis rei legata dominium non discedat à testatore, nisi eo demum mortuo, ita ut viuis ille conditionem furtivam quam prius habuit, non amittat ne ipso quidem instanti mortis, quippe quod vitæ tribuatur non morti l. vlt. infr. de condic. instit. l. qui duos 18. §. 1. de manum. testam. non potest tamen conditio furtiva tanquam hereditaria transire in heredem, quia nec res ipsa furtiva unquam fuit hereditaria. De illo namque testatore loquimur, qui rem furtivam pure legaverit, ut Vlpianus hinc adicit, non de illo qui sub conditione, in quo certè aliud iuris est, quia res sub conditione legata interim & pendente conditione pleno iure est heredis l. & post litem 12. §. 1. supr. famil. erisc. iunct. l. 1. cui via 11. §. 1. supr. quem. servit. amice. leg. generaliter 29. §. 1. infr. qui & à quib. manum. l. si servus 14. ubi dicimus infr. hoc tit. Nihil autem interest, an ipsi furi, an alij extraneo res furtiva legata sit, nisi quod cum ipsi furi legata est, facilius est ut ei conditionem remississe testator videatur. Cæterum perinde utroque casu verum est dicere, neque rem ipsam furtivam neque ipsius conditionem in hereditate unquam fuisse, & ipsius domini facto dominium ab hereditate discessisse: quod sufficit, ut heres furti condicere non possit. Remanet tamen actio furti in herede

SS 4

ditate vt ad §. præcedentem scripsimus, quia non eo minus verum est, & furtum factū fuisse & impunitum esse non debere, nisi actio furti per pactum legitimum sublata & extincta sit *l. legitima 6. l. si tibi 17. §. 1. l. si vnus 27. §. pacta qua turpem sup. de pact.* Non enim nisi certis & legitimis modis tolli actio furti potest, quæ & ipsa est legitima, inter quos modos non est legatum rei furtiua, nec si furti ipsi factum proponatur: aliaque longè ratio est conditionis furtiua, quæ cum non nisi ad rem ipsam persequendam detur *l. si pro fure 7. §. 1. sup. l. si pignore 54. §. cum furti infr. de furt.* frustra certè nullòque iure da-

II. PAVLVVS libro 39. ad Edictum.

Sed nec legatarius condicere potest. ei enim competit conditio, cui res subrepta est, vel heredi eius. sed vindicare rem legatam ab eo potest.

Ad l. Sed nec legatarius II.

RAT. DV B. Conditio furtiua competit domino rei furtiua, vt proximè diximus *ex l. sup.* Vnde est quod non datur herede eius cui res subrepta est, si ea res alij legata fuerit per vindicationem, quia heres hoc casu nec dominus est, nec vnquam fuit rei subrepta *l. prox. §. vltim. sup.* Atqui legatarius per vindicationem dominus est rei furtiua, quia legatum perinde facit rem legatam legatarij, atque heredis heredis res singulas nunquam factam heredis *l. legatum 80. delegat. 2. l. à Titio 64. infr. de furt.* Ex quo fit, vt legatarius hic habeat vindicationem tantquam dominus, vt in hac ipsa lege scriptum est. Quidni ergo etiam conditionem furtiua, & quia dominus est, & præterea odio furis, quò pluribus actionibus teneatur: §. sic itaque *Instit. de action.* Alioquin eneniet quod absurdum videtur, vt fur neutri conditione teneatur nec heredi, quia dominus nō sit, nec legatario qui dominus est, quodd res ei subrepta non fuerit. **DEC.** Non alij potest furtiua conditio competere, quàm ei cui res subrepta est, aut heredi eius, sicuti nec contra alium datur, quàm contra furem, aut heredem eius *l. ex causa 5. sup.* Vt intelligamus quàm verum sit, quod diximus in superioribus conditionem furtiua, vt maximè furum odio comparata sit *d. §. sic itaque*, esse tamen comparatam in fauorem etiam eius cui res subrepta est. Alioqui danda vtique esset legatario contra furem tantquam domino, si ex parte actoris non nisi ius dominij, ex parte verò furis solum ipsius odium versaretur. Atqui verum est, non esse rem furtiua subreptam legatario, cum furti tempore neque dominus neque possessor fuerit, licet hodie dominus sit: ei ergo furtiua conditio clari nullo modo potest, satisque esse ipsi debet, quod habeat quasi dominus directam rei vindicationem. Id enim potest quilibet vindicare quod possit suum dicere & contra *l. in rem 23. §. pass. sup. de rei vindic. l. Quintus 27. §. argento infr. de aur. & argent. legat.* Ex hoc verò apparet, vt conditio furtiua alicui competat duo hæc necessariò concurrere debere, vt & ei res subrepta sit eo tempore quo erat dominus, & vt dominus manserit in id vique tempus quo condicere cœperit, aut vt saltem sit heres eius cui cum adhuc esset dominus, res subrepta fuit. Hoc enim sufficit: at non item vt heres sit eius qui fuit dominus, si non & ipse dominus sit. Non est contrarium quod in *l. si dominum 47. infr. de furt.* Paulus scribit, si dominum rei subrepta quacunque ratione mutatum sit, nono domino furti actionem competere, nec minus legatario quàm heredi, vel bonorum possessori, id enim ad furti actionem non

retur heredi, ad quem noluit testator rem furtiua pervenire, sed ad legatarium quilibet ille si sine furti sine extraneus: Quia ratione tamen conditio furtiua ipso iure competere posset heredi, attamen doli mali exceptione repellendus esset tanquam qui aduersus testatoris sui voluntatem experiretur *l. 1. §. vlt. de doli mal. except.* Sed tamen non est necessaria furti exceptio doli mali, quia nec summo iure agere heres potest, cum dominus non sit vt diximus, quamuis nec legatarius ipse qui dominus est, condicere eo magis possit, vt subiicitur *in leg. seq.*

ad furtiua conditionem pertinet, sicque debet intelligi, vt ex noua furis contractatione nascatur legatario hæc furti actio non ex veteri. Noua enim contractatio nouum quodammodo furtum effici *l. si quis rem pignori 66. §. 1. cod. tit.* quemadmodum si res subrepta in dominum potestatem rediisset, & iur sus ei subrepta esset, haberet idem dominus nouam furti actionem ex noua contractatione, non minus veterè ex veteri *l. interdum fur 56. cod.* In proposito autem cum res furtiua legata est, non potest legatarius habere actionem furti ex veteri contractatione, quia furis successor non est, sed habere eam heres si legata res non esset, atque ita obmutatum in eius persona dominium duas haberet actiones furti, eisdem rei nomine contra eandem personam, ex veteri scilicet & ex noua simul contractatione, quomodo & de adrogatore scriptum est in *l. si cum quia in hostium 41. §. 1. cod.* Est enim adrogator quasi heres & vnusquisque furis successor *Instit. de acquir. per adrogat. l. qui ex liberis 11. §. testamento infr. de secund. tabul.* In eoque observandum est, plus iuris habere heredem, alij nve quemlibet vnusquisque successorem quàm defunctus ipse habuerit. Nec enim assidua contractatio furis nouam aduersas eum parit furti actionem, nisi cum in eius potestatem res furtiua rediit *d. l. interdum fur & l. ei qui 9. de furt.* Denique vel personam domini mutatam esse oportet, vel interpolatam, & renouatam in eiusdem domini persona possessionem, vt noua furti actio nasci possit ex assidua contractatione, vt paria sint, rem ad dominum priorem reuerti, aut dominium mutari, vt Accursius & Bartolus hic notant. Quo exemplo addit Bartolus idem dicendum esse, si iurisditio mutata sit & locus territorij, vt qui furtum Florentiæ fecit, si Perusij rem furtiua contractare perferret, possit etiam Perusij conueniri, perinde ac si Perusij furtum fecisset: quod non est improbabile. Nam & hæc dominij mutatio quædam est *arg. l. qui furere 20. sup. de stat. homin.* nec quod legatarius rem legatam defuncto subreptam nunquam possederit, impedire potest ne furti actionem habeat, quamuis furtum nihil aliud sit, quàm interuersio possessionis *l. 1. §. vltim. de sur. l. rem qua nobis 15. in fin. de acquir. poss.* (Vnde est quod rei hereditaria furtum fieri nequit *l. hereditaria 68. & seqq. de furt. l. 1. §. Scævola si is qui testam. lib. eff. iust.*) Sufficit enim per heredem stare quominus legatarius possit incipere possidere rem legatam, quam possideret proculdubio, si subrepta non fuisset. Nam nec alia ratio est, propter quam heredi eius qui furtum passus est, actio furti ex noua contractatione dari debeat, *l. si abduca 10. C. de furt.* aut fructuario in specie,

et l. si homo 35. infr. de vsucap. Et ita benè noster Accursius, quamuis Bartolus more suo longiore distinctione rem hanc totam inuoluat, magis quam explicet, illud solum benè notans, sufficere rem, quæ subrepta est, possessam ab alio fuisse tuo nomine, vt tibi actio furti adquiratur. Sic enim acquiritur proprietario & heredi, si res cuius vnus fructus alicui legatus est, subrepta sit legatario iam vrenti & fruenti *dict. leg. si homo in fin.* item que creditor si res subrepta sit debitori ante traditam creditor possessionem, aut si debitor ipse eam rem pignoratam vendiderit *l. in actione 19. §. vltim. dict. leg. si is qui rem pignori 66. in princip. infr. de furt.* Illud vnum explicandum superest. Cur non sicut actio furti, ita & conditio furtiua sit ambulatoria, quomodo Accursius loquitur, vt in legatarium transire possit, saltem ex noua furis contractatione? Idem Accursius duplicem rationem adferret, vnâ, quod furtiua conditio sit diuisa, tanquam contra naturam condictionum omnium & contra ius induca *l. vltim. sup. vsufr. quemadm. caueat.* & consequenter restringenda ad præsentia non autem amplianda neque extendenda ad futura *arg. l. cum quidam 19. de liber. & posthum. l. hoc modo 64. in fin. de condic. & demonstr.* alteram quod alia actione possit legatarius sibi consulere id est, vindicatione, vt in hac ipsa lege scriptum est. Mihi

12. VLPPIANVS libro 18. ad Edictum.

ET idè eleganter Marcellus definit libro 7. ait enim. Si res mihi subrepta, tua remaneat: condices. Sed & si dominium non factio tuo amiseris, æquè condices. In communi igitur re^b, eleganter ait interesse, vtrum tu prouocasti communi diuidendo iudicio, an prouocatus es? vt si tu prouocasti communi diuidendo iudicio, amiseris conditionem: si prouocatus es, retineas.

Ad l. Et idè 12.

RAT. DV B. Ad inducendam conditionem furtiua duo coniunctim requiruntur, vt proximè diximus, nimirum vt & ei condicere sit subrepta sit, & vt idem ille sit dominus rei subrepta furti tempore. Ergo si res tua quam mihi commodaueras mihi subrepta sit, quamuis ea tua remaneat, dicendum tamen est non posse te condicere, quia non tibi sed mihi subrepta est. **DEC.** Furtum quod fit commodatario, fit etiam commodanti, qui per commodatarium retinet & dominium & possessionem rei commodatae *l. rei commodatae 8. & seq. infr. commod.* nec enim commodatarius possidet, cum non habeat rem animo domini, nec eam teneat nisi nomine commodantis *l. si quis rem 20. infr. de acquir. poss. l. si quis rem 59. infr. de furt. l. rem mihi commodasti 21. infr. commod.* Ergo si mihi subrepta sit restua, quam ego commodati nomine tenebam, non mihi conditio furtiua competet, sed tibi, sed hoc ita si modò res tua remaneat: nam si eam vendideris vt in *d. l. si quis rem* aut aliter factio tuo eius dominium amiseris, non magis tibi quàm mihi competere poterit conditio, quæ nunquam datur nisi domino, vt supra diximus.

^a *Sed est dominium.* **RAT. DV B.** Conditio furtiua non datur nisi domino, vt modò scripsimus *ex l. 1. sup. hoc tit.* Ergo si quis dominium rei suæ & sibi subrepta quoquomodo amiserit, saluam conditionem habere non potest, neque distinctioni locus relinquatur, an factio suo an alieno dominium amiserit. **DEC.** Nihil imputari potest ei qui ex necessitate rei suæ dominium amiserit, quia nec alienatio necessaria ferè alienationis nomine continetur

neutra fati videtur accommodata, sed illa longè probabilior, quodd conditio furtiua nascatur ex delicto, ac furto, & quidem quod factum sit domino: ac proinde dominum esse necesse est, eum qui agit conditione furtiua eo ipso tempore quo furtum factum est, vt qualitas iuncta verbo intelligatur secundum tempus verbi *l. 4. §. si extraneus sup. de moral. action.* Actio autem furti licet æquè ex furto nascatur, non tamen ex eo furto quod domino factum fuisse necesse sit, sed ei cuius tantummodo interfuit ex honesta causa *l. cuius interfuit 10. infr. de furt.* Negari porò non potest, quin etiam interfuit legatarij, quamuis ex post facto, quia cum interfuerit defuncti, nec iam interfuit heredis propter legatum extraneo relicto necesse est, tamen id quod defuncti ex ea causa interfuit, transire non possit in legatarium tantquam singularem non successorem, non alterius tamen hodie interesse, quàm legatarij, & idcirco nouam actionem furti ex noua contractatione ei acquiri, licet veterem quam defunctus ex veteri contractatione habuit, habere non possit, & ita omnino sentiendum est: malè itaque Accursius hanc furti actionem quæ legatario competit, ambulatoriam vocat, cum non veteri illa sit, quæ defuncto competerat, sed noua quæ nunc primum legatario datur ex noua, vt diximus, contractatione.

^b *In communi igitur re.* **RAT. DV B.** Dominium sine possessione non transfertur *l. traditionibus 20. C. de pact.* Atquin rei communis subtractæ possessionem neuter ex sociis habet. Ergo nec per diuisionem transferre dominium alter ex sociis in alterum potest: Quodd si ponas rei subtractæ possessionem ad socios vel ad vnum ex ipsis rediisse, alia ratio erit, per quam conditio impeditur, quia scilicet possessio rei furtiua ad dominum rediit *l. siue manifestus 10. in princip. sup.* Nullo igitur casu potest verum esse, quod hic dicitur facta rei communis diuisione saluam esse ei, qui prouocatus fuit conditionem. **DEC.** In iudiciis familiarum eriscunda communi diuidendo, & finium regundorum speciale ac singulare ius est, ex lege *instabul.* vt per solam adiudicationem sine vlla traditione dominium transferatur in eum cui res adiudicata est, aut in totum, aut pro parte *§. vltim. Instu. de offic. iudic. l. item Labeo 22. §. 1. & seq. & pass. sup. famul. eriscif.* Est enim adiudicatio vnus est antiquus lex modis transferendi iure Quiritium dominij, vt Vlpianus distictè scribit in Fragment. Tit. 19. *de acquir. rer.* Non ergo necesse est, vt rei furtiua possessio ad conditionem redeat, aut ad vnum ex ipsis, vt per diuisionem inter eos factam dominium transferri possit: loquimur autem de iudicio communi diuidendo,

non de actione pro socio, ac proinde de ea re quæ sit communis circa societatem. Nam cum societas interuenit, si modò bonorum omnium facta traditio interuenire intelligitur, ad indicendam inter socios communicationem omnium bonorum l. 1. & 2. *infr. pro socio*. Et similiter in resoluenda societate nulla retrotraditione opus est, cum facta quoque interuenisse censeatur, ut eiusdem naturæ sit resolutio contractus, cuius & contractus ipse quomodo ratiocinatur Bartolus ex l. de tutela 7. C. de in integer. restit. minor. Quamquam in coerrat Bartolus, quod neque specialem societatem certarum rerum distinguit ab vniuersali societate, in qua sola creditur traditio tacita interuenisse, nequid videt in hac lege tractari de iudicio communi diuidendo, non de actione pro socio, quæ rationem iuris habet omnino separatam. Nam sicut in iudicio communi diuidendo nulla traditio tacita aut facta requiritur, sufficiente adiudicatione, ita in iudicio pro socio necessaria est factio traditionis, cum in eo nulla fiat adiudicatio. Item in eo quod putat in societate etiam vniuersorum bonorum dissoluenda posse rei subreptæ dominium transferri sine traditione, quod neque in ea contrahenda transferri possit. Requiritur enim saltem tacita & facta traditio d. l. 2. Pro socio quæ tamen nulla interuenisse fingi potest, carum rerum nomine, quæ à neutro ex sociis possidentur, in quo numero sunt res subreptæ. Nam & iuris fictiones veritati respondere debent. l. confessionibus 13. & l. seq. §. 1. *supr. de interrog. in iur. faciend.* ne alioqui plus possit factio in casu ficto quam veritas in casu vero. Nemo enim tradere potest rem quam non possideat, cum traditio nihil aliud sit, quam datio possessionis l. 3. in princip. *infr. de action. empt.*

c. Eleganter ait interesse in communi diuidendo iudicio. R. A. T. D. V. B. Nemo inuitus cogitur manere in communione leg. vltima. Cod. commun. diuidun. Sicut nec quisquam in communionem incidere compellendus est leg. si non sortem 26. §. si certum *supr. de condit. indeb.* Nimirum propter difficultas, quas materia communionis excitare solet, inquit Papinian. in leg. cum pater 77. §. dulcissimi-

¶ Neratius libris Membranarum Aristonem existimasse refert, eum, cui pignori res data est, incerti conditione acturum, si ea subreptasit.

Ad §. 1. Neratius.

R. A. T. D. V. B. Non potest factum fieri rei incertæ sed certæ duntaxat, quia nec incertæ res, sed certæ tantum possideri potest l. 3. incertam l. locus 26. *infr. de acquir. poss.* Ergo nulla conditio furtiua incerti esse potest, sed certi solummodo, cum & ex causa furtiua conditio certi detur l. certi 9. §. 1. *supr. de reb. credit.* nam cum dicatur conditio certi vel incerti ex eo quod ad rem certam detur aut ad incertam, conditio autem furtiua meram rei persecutionem contineat l. si pro fure 7. §. vltim. *supr.* id est corporis ipsius subtracti l. in re furtiua 8. eod. quod tamen incertum esse numquam potest, ut diximus, qui tandem fieri queat, ut conditio furtiua sit aliqua incerti? D. E. C. Conditio furtiua duplex est, vna quæ datur in rem ipsam furto subtractam, & hæc semper conditio certi est, nec datur nisi domino, de qua intelligi debet quod scriptum est in l. 1. *supr. & in l. vlt. usufr. quem. cau.* Alia verò quæ datur non ad rem ipsam subtractam, sed ad id quod interest eius cui subtracta fuit, qualis ea est, quæ datur creditori pignoratitio, & aliis huiusmodi, quorum ex iusta

causa de legat. 2. leg. in re communi 26. *supr. Urban. præd.* Ergo parum interest, quis ex sociis ad diuisionem prouocatus sit, aut prouocauerit, cum omni casu & in vtriusque personâ videatur alienatio esse necessaria. Vnde est, quod Bartolus defendit, nec malè ex diuisione facta inter coheredes nulla domino directo laudimtia deberi, nec magis à prouocante quam à prouocato, cum non aliter possit coheres, aut alius conditio sibi prouidere aduersas incommoda communionis iniuriæ socio quam prouocando eum ad diuisionem. D. E. C. Cum de furtiua conditione quaeritur, potest imputari ei, qui ad diuisionem prouocauit, cur non egerit conditione furtiua ante prouocationem. Poterat enim, si voluisset. Ergo si prius ad diuisionem prouocet, quam condicatur factio suo rei communis dominium, quod in vnaquaque parte rei habebat, vltro amittit, ideoque & conditionem, quam eius dominij ratione exercere potuisset: quod non similiter imputare possit ei qui ad diuisionem prouocatus fuit. Elegans igitur est in hac quaestione distinctio Marcelli, ut si prouocatus in communi diuidendo iudicio ad diuisionem, conditionem amiserit, si verò prouocatus es eam retineas. Quam distinctionem bene Accursius sic explicat, ut si mihi adiudicata sit res communis te prouocante conditionem amiseris, quam pro tua parte habebas, & ego condicam non tantum pro parte quæ mea remansit, sed etiam pro ea quæ ex adiudicatione ad me peruenit, si verò tibi prouocanti adiudicata sit, conditio mihi remaneat mea partis, tibi etiam tuæ partis similiter. Ex quo notat Accursius sufficere hoc vltimo casu aliquando interestuisse mea in conditione, licet hodie non interest, quod in actione furti expeditum est l. inter omnes 46. in princip. *infr. de furt.* Sed extra hunc casum vix est, ut conditio cuiquam competat, cuius non interest tempore ipso propositæ actionis: cum & dominum esse illum necesse sit, fieri autem nequeat, ut eius qui dominus est, non interest l. si vendidero 80. §. 1. & l. si dominium 47. *infr. de furt.*

& honesta causa interest, & hæc cum non detur ad rem ipsam, sed ad id tantum quod agentis interest, non inquirat, an is qui agit, sit dominus, quod esset superfluum, sed an eius interest. Prior semper est conditio certi, quoniam, ut diximus, res quæ condicatur, semper certa est: Posterior verò semper conditio incerti, quia id quod interest, semper incertam quantitatem continet l. vltim. *infr. de stipulat. praetor. l. si pignore 22. infr. de pignora. act.* Et in hoc grauissimus error est veterum omnium interpretum, qui post Accursium & Bartolum negant conditionem hanc incerti speciem esse conditionis furtiuae, nouamque actionis speciem constituere quæ dicatur conditio incerti, quomodo & in tractatu de conditione indebiti, solent negare conditionem vllam indebiti esse incerti: Quod nos ita præcedentibus non vno loco refutauimus, præsertim ad l. 1. in fin. *supr.* ex Iacobo Cuiacio in Paratilis ad hunc titulum. Similis ferè distinctio est in actione furti, ut alia deferatur iure dominij, alia verò iure eius quod interest leg. si vendidero 80. §. 1. *infr. de furt.* nisi quod furti actio nunquam conditio est. d.

est d. l. si pro fure 7. §. 1. *supr.* l. si quis pignore 54. §. cum furti *infr. de furt.* Quid ergo si quis non dominium rei subtractæ habeat, sed tantum possessionem? Conditio furtiua habere non poterit, cum non sit dominus, sed habebit triticariam leg. 2. *infr. de condit. vritic.* Cur non verò vtilem furtiua? Nempe quia talis conditio nulla prodita est, neque constituenda, ut de actione ad exhibendum Paulus loquitur in leg. cum seruum 16. *supr. ad exhib.* Item quia conditio possessionis non datur ad id quod interest, sed ad possessionem ipsam. Quid denique, si nec dominium habeat is cui res subrepta est, nec possessionem, nec ius vllum in re? puta depositarius commodatarius & alius huiusmodi personæ, quæ non tam possident, quam sunt in possessione? leg. si quis ante 10. de acquir. poss. leg. 3. §. sed si in qui 20. eod. tit. leg. cer. de 6. §. si qui rogauit *infr. de precar.* Putant nostri hos omnes omni actione destitui iure communi, sed eis succurrendum esse per actionem in factum vel officio iudicis ad possessionem, vel conditionem ex leg. si coloni 14. Cod. de agricol. & censu. lib. 11. Tit. 47. Mihi contra videtur: cum enim etiam depositario & commodatario & colono furtum fiat, de iureque iis actio furti ad id quod interest §. furti autem actio & seqq. Tit. de oblig. qua ex delict. nascunt. leg. vltim. Cod. de furt. adeoque contra ipsum etiam dominum si eorum interest ut in leg. si in qui rem commodasset 59. *infr. de furt.* quidni etiam conditio furtiua incerti iis accommodabitur, perinde ac pignoratitio creditori? Est enim pignoratitius creditor plus iu-

13. PAVLVS libro 39. ad Edictum.

EX argento subrepto pocula facta condici posse, Fulcinius ait, ergo in conditione poculorum, etiam celaturæ æstimatio fiet, quæ impensa furis facta est, quemadmodum si infans subreptus adoleuerit, æstimatio fit adulescentis, quamuis cura & sumptibus furis creuerit.

Ad l. Ex argento 13.

R. A. T. D. V. B. In re furtiua conditio sit ipsius corporis quod subtractum est leg. in re furtiua 8. *supr.* Atqui subtracto argento non ideo magis verum est pocula ex eo argento facta subtracta esse: aliud enim est argentum, aliud verò poculum ex argento factum, sicut & argentum infectum differt toto genere ab argento facto, cumque forma illa sit, quæ da. esse rei, & ex qua res denominatur leg. Iulianus 9. §. si quis rem *supr. ad exhib. leg. proponatur 76. de iudic.* Consequens est, ut alia res sit poculum ex argento subrepto factum, quam argentum ipsum quod subreptum est. Ergo is cui argentum subreptum est, non idcirco pocula ex argento facta potest condicere. D. E. C. Eadem omnino materia est argenti subtracti, & poculorum ex eo argento factorum, nec differunt ista inter se nisi forma. Ergo quemadmodum argenti subtracti conditio ei competit, cui argentum furto subtractum est, ita & poculorum ex eo argento factorum, nec tantum hoc secundum sententiam Sabinianorum, qui in quaestione illa de dominio speciei ex aliena materia confecta dominum materiam præferbant ei qui nouam speciem fecisset, sed etiam si Proculianorum qui contra præferbant formam materiam, suo denique Erficundorum, qui distinguebant, an talis esset materia quæ redigi in sua initia posset, an quæ non posset l. aded 7. §. cum quis *infr. de acquir. rer. domin. §. cum ex aliena Instit. de rer. diuis. l. quantum 78. §. illud delegat. 3.* Pertinet enim tota illa di-

stinctio ad eum qui ex aliena materia speciem nouam facit & suo nomine & bona fide, in quo numero fur non est, cui non debet permiti, ut rem quam alienam esse sciuit & subripuit, suam faciat, nouam ei formam adiciendo, nec alioqui esset in eius potestate ius domini lædere, & alienæ rei dominium sibi per furtum acquirere, itaque hoc veluti remedio, si non ab ipsa furti actione saltem à conditione furtiua liberare, quod certè & ridiculum esset & iniuriam l. si quis v. xori 51. §. si quis massam *infr. de furt.*

a. Etiam celaturæ æstimatio fiet. R. A. T. D. V. B. Id tantum condici potest furti, quod ab eo subreptum est leg. sed nec legatarius 11. vbi diximus *supr.* Atqui celatura poculorum subrepta non est, cum furti tempore argentum infectum esset, eamque celaturam sumptibus furis facta esse ponamus. Ergo in conditione furtiua poculorum, quamuis ex argento subrepto factorum æstimatio celaturæ fieri non debet, adeoque nec celatura ipsa venire in conditionem furtiua. D. E. C. In conditione furtiua sit conditio ipsorum corporum, quando extant leg. in re furtiua 8. *supr.* Atqui celatura poculorum quamuis sumptibus furis facta non facit, quo minus idem sit corpus argenti, quod subtractum fuit, idemque dominium subtractæ materiam secundum ea, quæ proximè diximus. Ergo etiam celatura & celaturæ æstimatio venire debet in conditionem: nec in eo vlla sit furti iniuria, qui imputare sibi debet, cur in rem furtiua quam alienam esse sciebat, sumptum

fecerit: quem proinde videtur donasse, quomodo hic notat Accursius, & probatur ex *leg. si seruus servum 27. §. si olium 24. sup. ad leg. Aquil. iur. leg. qui alienum 14. infr. de donat.* Cūque fur in re furtiva morari, semper facere intelligatur, quādiu eam non restituit *leg. in re furtiva 8. §. vltim. sup. leg. vltim. infr.* credendus est iur eo quoque tempore furtum fecisse, quo celaturam poculorum suis sumptibus fecit. Quemadmodum si infans subreptus sit, qui deinde apud furem cura & sumptibus ipsius furis adoleverit, non tam infantis, quā adolescentis furtum factum esse intelligitur *leg. inficiando 67. §. infans infr. de furt.* vbi eleganter Celsus addit, nihil esse tam ridiculum, quā exstimare meliorem furis condicionem propter continuationem fur-

14. IULIANVS libro 22. Digestorum.

Si seruus furtivus sub condicione legatus fuerit: pendente ea, heres condictionem habebit. & si, lite contestata, condicio extiterit, absolutio sequi debet, perinde ac si idem seruus sub condicione liber esse iussus fuisset, & lite contestata, condicio extitisset. nam nec petitoris iam interest hominem recipere: & hæc, si res sine dolo malo furis eius esse desit. Quod si pendente condicione iudicaretur, iudex æstimare debet, quanti emptorem inuenerit.

Ad l. Si seruus 14.

R A T. D V B. Pendente condicione rei per vindicationem legatæ, pendet quoque illius rei dominium, nam si legati condicio extiterit, utique dominium ab initio & ex die mortis testatoris legatarij fuisse videbitur, si verò defecerit, nunquam legatario erit acquisita. Atque ita hic casus vnus est ex illis, in quibus ab initio res dubia est, & ex postea reproducitur, vt Marcianus loquitur in *leg. quædam sunt 15. infr. de reb. dub.* Vnde est quod legatum sub condicione relictum repudiari interim non potest, non solum quia necdum delatum esse intelligitur *leg. si ita sit scriptum 45. §. si sub condicione de legat. 2.* Delatum autem tempore debet præcedere sicut acquisitionem, ita & repudiationem *leg. delata 151. de verbor. signific.* Sed etiam quia quisquis repudiat siue hereditatem siue legatum, certus esse debet de iure suo *leg. in repudianda 23. infr. de acquir. vel amit. hered.* Certus autem esse non potest legatarius pendente condicione, cū ignoret vtrum ea extitit sit *leg. si qui heres 13. leg. qui hereditatem 17. eod. titul.* Ergo & pendente condicione legati si res legata interim furto subtrahatur, condictionem quoque rei furtivæ pendere dicendum est, cū causam dominij adnexam habeat, nec alij detur quā domino *leg. 1. sup.* **D E C.** Dominium rei per vindicationem legatæ sub condicione interim pleno iure est heredis *leg. & post litem 2. §. res qua sup. famil. erisc. leg. generaliter 29. §. 1. infr. qui & a quib. manum. liber. non s. n. leg. si cui 11. §. sup. quemadmod. seruit. amit.* neque ideo dici potest, aut non esse heredis, aut esse in pendenti, quod aliquo casu dominium ab eo possit discedere, scilicet eueniente quandoque legati condicione *leg. non ideo 66. sup. de rei vendic.* Præsens enim rei status inspicendus est, cū sit certus, licet ex postfacto variari possit, cū ipsa quoque variatio sit incerta, tuncque facile accidere possit, vt condicio legati non existat, quā vt existat, alioqui non esset verè condicio, si non haberet se indiffe-

ti esse debere: esset autem melior, si impensa quā in re furtivam fecisset, ei restitenda esset, aut si rei furtivæ æstimationem quæ ex postfacto creuisset, æquè domino restitueret non teneretur *l. pen. infr. ver. amot.* vbi dicitur idem iuris esse hac parte in actione quoque rerum amotarum quod in condicione furtiva. Denique generale est, vt fur impensas quas in rem furtivam fecit, quamvis viles ad eoque ne essarias nunquam repetat *l. 1. Cod. de infant. exposit.* quod an æquè generaliter in quolibet matæ fidei possessore obtineat, alia quæstio est, quā nos tractauimus *lib. 2. coniect. cap. 16.* Sed melius & latius in *secunda parte Chilianis nostræ de errorib. prægmaticis.*

renter ad esse, & non esse, quod contingeret, si omnimodo extitura esset *leg. quod si sub condicione 17. sup. de condic. indob. leg. si pupillus 9. §. qui sub condicione infr. de nouat. leg. cū ad præsens 37. & seq. sup. de reb. credit.* Ideoque nec ponitur exemplum hoc inter cætera de quibus in *dict. leg. quædam sunt.* nec enim hoc casu res ab initio dubia est, sed certa, nimirum si res per vindicationem aut præceptionem legata est, non etiam si per damnationem, aut per sinendi modum, vt diximus ad *leg. sed nec legatarius 11. sup.* atqui condicio furtivæ datur domino *leg. 1. sup. leg. vltim. vltim. quem. cauat.* Ergo in proposita specie danda est heredi, tanto magis quod nec legatario dari vllō casu potest, id est quamuis legati condicio extiterit, quia res est subrepta non est, sed heredi *dict. leg. sed nec legatarius.* Planè in actione furri aliud est, nec eum extinguatur amissione aut mutatione dominij *l. inter omnes 46. infr. de furt.* vbi ratio redditur, quia competit furri actio, non ideo quia nunc abest, sed quia vnquam beneficio furis abfuerit: at condicio furtiva non alia de causa competit, quā quia res furtiva nunc abest domino.

a Et si lite contestata condicio extiterit. **R A T. D V B.** Cū existit condicio legati quod per vindicationem sub condicione relictum fuerat, dominium quidem rei legati transit in legatarium, ac proinde in necessarium antecedens discedit ab herede, sed tamen inuito, adeoque quasi nunquam fuerit heredis perinde ac si legatum ab initio purum fuisset *l. legatum 80. delegat. 2.* Tam enim in legati quā in stipulationibus ita ius est, vt dispositio condicionalis quælibet perinde habeatur post conditionis euentum, ac si ab initio pura fuisset *l. qui potior 11. §. 1. iunct. l. qui balneum 9. §. sed et si heres inf. qui potior. in pignor. hab.* Atqui dominus cui res subrepta est, & cui proinde condicio furtivæ semel cōpetere, non aliter amittit condictionem, quā si dominij facto suo amitrat *l. siue manifestus 10. §. tandem & §. vltim. iunct. l. seq. sup.* Ergo etiam si lite contestata condicio legati extiterit, non ideo tamen sequi debet absolutio, vt à condicione

ditione furtiva, quā contra furem heres quasi dominus exercebat, fur liberetur, præsertim cū in iudicij & per litem contestationem quasi contrahatur *l. 3. §. idem scribit infr. de pecul. delegat. 11. §. 1. l. a. tiam 29. infr. de nouat.* ideoque in cæteris ferè omnibus maximè spectari soleat tempus litem contestatæ *l. vinum 22. sup. de reb. credit. l. vltim. infr. de condic. tritic. l. 2. de vsur. l. si post acceptum 18. sup. de rei vindic.*

D E C. Factum testatoris legantis rem aliquam siue suam siue heredis factum est heredis, non ob id solum quod heredis & defuncti vna eademque persona esse existimetur *Novell. 48. de iureiur. à morient. præsit. in princip.* Sed etiam, quia heres adeundo hereditatem defuncti intelligitur quasi contra here cum legatariis, non minus quā cum hereditariis creditoribus *l. 3. §. vltim. & l. seq. infr. quib. ex caus. in possess. cat. l. 5. §. heres quoque infr. de obligat. & action. nec aliam ob causam tenetur heres, etiam inuitus legata soluere, quā quia hereditatem adeundo semel voluit, quod sufficit *l. in diem 9. §. 1. de aqua & aqua plu. arcend.* cū sciverit aut scire debuerit non alia lege adiri hereditatem à se potuisse *l. si duo 38. de acquir. hered.* Aditio namque hereditatis licet non faciat legatum quod ex defuncti voluntate ac liberalitate proficitur *l. legatum est 36. de legat. 2.* Est tamen condicio sine qua valere legatum non potest, cū non adita hereditate sicuti testamentum ipsum destituitur, ita & legata ceteraque omnia corruant, quæ testamento data erant *l. si nemo 9. infr. de testament. tutel. l. si nemo 181. de regulis iuris l. ea quam 14. Cod. de fideicom.* Perinde igitur condicionem amittere debet heres, cū legati condicio post litem contestatam extitit, atque si rem legatam sponte alienasset. Nam & alienationis verbo etiam illa continetur alienatio quæ per legem fit non minus quā quæ per hominem *l. alienationis 28. de verborum signific. l. si fundum 16. de fund. dotat.* quia semper aliquid hominis factum intercedit, cui legis potestas & auctoritas innititur, nihil autem interest, an legati condicio existat ante an post litem contestationem: nam quæ iuris ratio impedit potest contestationem litem, eadem si post litem contestatam superueniat, impedit ne ad condemnationem perueniri possit, cū litem contestatio magis facti sit quā iuris, condemnatio autem iuris quā facti. Vnde est quod in condemnando semper eum statum inspicimus, qui est tempore rei iudicandæ, non qui fuit tempore litem contestatæ *l. item videndum 18. §. penultim. sup. de hered. petit. l. quæstium 30. in princip. infr. de pecul. l. eleganter 23. §. si quis post transactionem, vbi diximus sup. de condic. indob.* Nisi cū agitur de inuenta rei debite æstimatione extra condicionem triticariam *leg. penult. & vltim. infr. de condic. tritic. leg. vinum 22. sup. de reb. credit.* ob rationem positam in *leg. 2. infr. de vsur. l. si Calendis u. infr. de rei iudic.* Consequens igitur est quod Bartolus hîc benè notat, si lite pendente, id est, post litem contestatam actoris ius pereat, sequi omnino debere absolutioem, vt in huius legis specie Iulianus disertè scribit, seruo furtiuo legato sub ea condicione, quæ post litem contestatam extiterit, perinde, inquit, ac si idem seruus sub condicione liber esse iussus fuisset, & post litem contestatam condicio extitisset. Vtriusque verò sententiæ rationem subicit nam nec petitoriam interest hominem recipere, quia sicuti nemo auditur agere aut excipere,*

Tom. III.

re volens, nisi cuius interest *l. 3. §. 1. infr. de verborum obligationibus, l. ille à quo 13. §. si de testamento ad Senatusconsultum Trebellianum l. 2. §. circa infr. de doli mali except. cū & obligationes & actiones omnes ad hoc comparatæ sint, vt vnusquisque sibi acquirat quod sua interest *l. stipulatio ista 38. §. alteri de verborum obligationibus l. nihil aliud 51. de obligation. & action.* Ita nec audiendus quisquam est ad inchoatam litem prosequendam si eius interesse defuerit, dummodo id acciderit sine dolo vllō possessoris. Hoc enim est quod addit Iulianus *& res sine dolo malo furis eius esse defuerit*, nam non debet dolus possessoris ei patrocinari, vt facto tuo actoris ius laedere, ac liberationem sibi acquirere possit *l. Gracianus 71. §. pen. infr. de fideiuss. l. vltim. sup. de pact. l. si seruuum 91. §. nunc videamus de verborum obligationibus l. non debet alteri 71. de regulis iuris.* Puto autem in proposita huius legis specie sequi absolutioem debere, non tantum ab instantia & obseruatione iudicij, vt malè putat Bartolus, sed etiam à petitione & actione ipsa. Nulla enim actio superesse potest ei, cuius nihil amplius interest, vt diximus. Et sanè ratio hæc non tam ad instantiam, quā ad actionem ipsam tollendam pertinet.*

b Quod si pendente condicione iudicaretur. **R A T. D V B.** Id quod pendet non pro eo habetur ac si iam sit *leg. si damnatum dat 169. §. 1. de regulis iuris.* Atqui condicio, quæ nondum extitit adhuc, pendet, & quidem ita vt se indifferenter habeat ad esse & non esse, quia necesse est, vt possit existere & non existere, quemadmodum supra dictum est. Ergo non perinde haberi debet, ac si iam extitisset aut defecisset. Nec igitur danda heredi condicio est, nec pro eo iudicandum, si pendente condicione iudicetur, sed potius contra eum, cū condicio quæ nondum extitit, similior esse videatur defectæ condicione quā impletæ, nisi quod differentia inter vtramque illa est, quod defecta condicio dicitur absolute non extitisse: quæ verò impleta non est, nondum extitisse *l. hæc condicio 10. in fine principij infr. de condic. & demonstr.*

D E C. Etiam condicio quæ pendet, alienius utilitatis est, quia licet nondum extiterit, potest tamen existere, & dubius ille euentus quantumlibet incertus, certo tamen precio æstimari potest, velut iactus retis aut aleæ *l. propter spem 23. sup. de famul. eriscund. leg. si iactum 11. infr. de actione empt. leg. cū hereditatem 7. de heredit. vel action. vendit. leg. mortis causa 18. §. vltim. de mort. caus. donat.* Ergo non idcirco absoluendus fur est, quod pendente legati condicione heres contra eum agar condicione furtiva, cū adhuc in eo sit condicio, vt possit existere: sed non ad aliud fur condemnabitur, quā ad eam quantitatem quæ ex illius spei venditione redigi potest. Tanti enim res vnaquæque esse intelligitur quanti vendi potest, vt ex hoc maximè textu probari vulgò solet, & ex *l. 1. §. si heres infr. ad Senatusconsultum Trebellianum l. si quis uxori 52. §. penult. l. si vendidero 80. §. 1. infr. de furt. nempe homini scienti condicionem rei, vt Bartolus hîc notat ex *dict. l. mortis causa §. vltim.* & ex communi hominum existimatione non ex priuati hominis adfectione *l. precia rerum 63. infr. ad leg. falcid. l. si seruum 33. sup. ad leg. Aquil.* nec vno aut altero momento, sed pluribus diuersisque temporibus. Idque non tantum si de rei mobilis,*

T T

sed etiam si de immobilis venditione tractetur, quānis in eo differant res mobiles ab immobilibus, quōd immobilium, quā locum mutare non possunt, precia sunt longē minū incerta, quā mobiliū, quā non modō pro temporum, sed etiam pro locorum varietate mutantur *l. 3. infr. De eo quod cert. loc.* Item quōd immobilium rerum aestimatio plerūque ex earum redditu in eunda est *l. si fundum per fideicommissum 92. De legat. 1.* Interdum etiam ex adfectione emptoris propter loci opportunitatem, aliāve causas quas Iureconsultus enumerat in *l. 1. §. & aliās videamus infr. Si quid in fraud. patron.* Sufficit enim vt tanti habuerit emptor rem emere, cum nemo ex necessitate emat, sed ex voluntate & electione, quod in venditore plerūque eus est, vt alibi tractauimus *Decad. De error. pragm. circa interpretationem l. 2. C. de rescind. vendit.* Non est superioribus contrarium quod scriptum est in *l. 4. §. condemnatio versic. & si sub condicione infr. De tabul. exhib.* Si sub condicione legatum sit, nec exhibeantur tabulae testamenti, sic aestimandum esse legatum in interdico De tabulis exhibendis quasi existente condicione, adeō vt nec compelli debeat ad cauendum de restitutione, si postea condicio legati defecerit. Habet enim illud interdico speciale rationem, quia penale est, & poena hęc contumaciā meritō præstat ab eo qui tabulas testamenti non exhibet, vt ibidem Vlpianus disertē scribit. Et si aliam quoque diuersitatis rationē adfert Bartolus, quōd ibi inquit, non erat ius de præfenti, sed sperabatur adesse, & recedere in condicionis euentum. Hic verō erat ius iam competens heredi de præfenti, sed quod in condicionis euentum abesse vel recedere sperabatur: quod equidem verē dicitur, sed ratio Vlpiani magis mihi probatur. Illud sanē verum est, multum referre, an is agat, cui ius agendi de præfenti non competit, vt in hac lege, an verō is cui ius agendi iam competit, licet in futurum recedere debeat in euentum condicionis, vt in *d. versicul. et si sub condicione, & in l. in lege Aquilia 40. supr. ad leg. Aquil.*

1 ¶ Cauere autem ex hac actione petitor ei, cum quo agitur, non debet.

Ad §. 1. Cauere.

Hunc §. iam explicauimus proximē. RAT. DVV. Propter incertum futuri euentus & pendens condicionis videtur necessaria cautio, cum existēte legati condicione futurum sit, vt legatam debeat legatario, nec vnquam heredis fuisse videatur, *l. legatum 80. De legat. 2. l. & post litem 12. §. res qua supr. Famil. ercisf.* DEC. Non solet cautioni locus esse, cum non pluris res aestimatur, quā quanti nomen vendi potest *l. in lege 45. §. 1. ad leg. falcid. l. 1. §. si heres ad SC. Trebell.* itēque cum restitutionis periculum nullū subest, vt in proposito, in quo illud amplius est, quod indignus est fur cui caueatur, non solū quōd imputari ei possit cur non rem restituat, vt Accursius noster dicebat ex *l. & ex diuerso 35. §. positur supr. De rei vind.* [quid enim si qua iusta de causa restituere amplius non possit: sed etiam quia cautiones omnes non nisi ex æquitate præstantur, quæ furi & doloso suffragari nunquam potest *l. pen. in fin. infr. ad SC. Trebell. l. quōd si dolo 69. & seq. supr. De rei vind.* Nam

Priore casu non prodest agenti ad obtinendā condemnationem, quōd condicio possit existere, posteriore verō prodest, quōd possit deficere. Magis obstare videtur quod contra Proculum Paulus scribit in *l. in lege Falcidia 45. §. 1. infr. ad leg. Falcid.* in his legatis quæ sub condicione relicta sunt, si quaratur de lege falcidia, non debere videri tantum esse in legato, quanti nomen venire potest, sed cautionibus melius rem temperari: sed benē responder Bartolus multum quoque interesse, an quis recipiat debitum, quod nullo casu restituere debeat soluenti, vt in specie huius legis, quo casu nulla præstandæ cautionis necessitas vel vtilitas subest, vt scriptum est in *versic. l. q. an verō de eo debito agatur quod ei ipsi qui soluit, restituendum sit aliquo casu, puta emergente lege Falcidia, vt in d. §. 1.* quo casu propter incertum restitutionis cautio certē necessaria est: Et si Proculi sententiam, quam Paulus ibi improbat, Iulianus probasse videtur, itēque Vlpianus qui Iulianum refert in *d. l. 1. §. si heres infr. ad SC. Trebellian.* ratione illa quam ibidem Vlpianus adfert, quōd ea sententia plures quæstiones dirimat, quæ ex cautionum interpositione passim emergunt. Quid enim cautionis præstatio aliu l. quā noue in futurum litis materia est? Placet etiam illa distinctio Bartoli, quoties ex delicto agitur, an delictum culpa tantum admissum sit, vt in lege Aquilia in qua etiam leuissima culpa sufficit *l. in lege 44. supr. ad leg. Aquil.* An verō etiam dolo malo, vt in condicione futuri? Nec enim furtum fit vnquam sine dolo malo, & semper æquum est durius agi cum eo qui dolum quā qui culpam admisit. Quanquam in eo minū cautē loqui videtur Bartolus, quod non animaduertit in lege Aquilia, cum culpa puniatur, multo magis dolum puniri *l. qui occidit 30. §. in hac quoque actione eod. §. ac ne is quidem Insti. eod.* Nec eo minū tamen verum esse illo quoque casu differentiam esse inter actionem legis Aquiliæ, & condicionem futuri, ob diuersitatis rationem illam, quam supra attulimus.

& tum quoque cum rem futuriū restituere fur non potest, adhuc tamen in ea restituenda moram facere intelligitur *l. si pro fure 7. §. vlt. l. in re furtiua 8. §. vlt. supr.* quia nec eam auferre ab initio debuit *l. vlt. infr. hoc tit.* Quod autem Azo rationis loco adferbat, non agi hoc casu ad rei precium, sed ad quāti res est non possum probare: nam & cum rei tantum aestimatur, quanti nomen eius vendi potest, precium illud rei est, & quidem iustum ac verum, cum in eo statu nec aliter nec melius aestimari res possit. Sed & illa etiam huius §. ratio est, quōd illo etiam casu quo existeret condicio legati, non eo magis tamen futuri condicio legatario competeret, quoniam ei subrepta res non fuit *l. sed nec legatarius 11. supr.* Itaque securus est fur, seque à condicione futuri in plenum liberat, cum heredi condicenti rem futuriū restituit pendente condicione, quam nullo penitus casu alij dare vel restituere iuberi possit, non magis quā si post existentem quoque legati condicionem dominium rei legatæ ad legatarium minime pertineret.

2 ¶ Boue

2 ¶ Boue subrepto & occiso, condicio & bouis, & corij, & carnis domino competit, scilicet si & corium, & caro contrectata fuerint: cornua quoque condicentur. Sed si dominus condicione bouis pretium consecutus fuerit, & postea aliquid eorum, de quibus supra dictum est, condicet: omnimodo exceptione sum mouebitur. Contra si corium condixerit, & pretium eius consecutus, bouem condicet: offerente fure pretium bouis, detracto pretio corij, doli mali exceptione sum mouebitur.

Ad §. 2. Boue subrepto.

RAT. DVV. Non potest vna eadēque res diuerso iure censi *vulg. l. eum qui ades 23. infr. De usu. cap.* Atqui bos constat ex carne, corio & cornibus, tanquam ex partibus suis integralibus, sine quibus ne quidem intellectu percipi potest. Ergo boue subrepto & occiso, etiam caro & corium & cornua condici poterunt ex vetere & prima bouis contrectatione, nec alia nouaque contrectatione opus est, vt pro carne, corio & cornibus futuriæ condicione locus fiat. Præsertim cum futuriæ condicio sit vindicationi, si non simillima, saltem proxima, quandoquidem non datur nisi domino *leg. 1. supr. l. vltim. V usufruct. quem. caueat.* Mortuo autem boue qui meus fuit, nemo dubitet, quin & caro & corium & cætera, quæ ex boue supersunt, vindicare possim tanquam mea, quandoquidem meum est, quicquid ex re mea superest, eiusque vindicandi habeo *leg. solum 49 §. 1. supr. De rei vindic. iunct. leg. Quantum 27 §. argento infr. De aur. & argent. leg.*

DEC. Multum interest, an bouem mihi subreptum potuerim petere tanquam meum actione in rem, & directa vindicatione, an verō actione in personam quasi mihi debitum. Priore casu mortuo boue non eo minus & carnem & corium & cornua, quæ supersunt, vindicare possum, quia mea sunt, cum ex re mea supersint. Et verō cuius essent alterius? Et si enim mors, modus est amittendi dominij eius rei quæ moritur, quia extare desinit, siquidem res quæ non est, dominum habere non potest; non tamen extinguit dominium, earum rerum quæ etiam post mortem ita supersunt vt alicuius vtilitatis esse adhuc possint, cuiusmodi sunt caro, & corium bouis, & quæcunque ex eo mortuo supersunt, quomodo extinguit usufructum *leg. pensultim. supr. quib. mod. usufruct. amitt.* At posteriore casu si debitum tantum mihi bos fuit viuus, non possum eum mortuum petere, nec partes eius integrales, quæ mortuo eo supersunt, quia quod extincta specie superest, aliud quiddam est, & in nouam speciem transit, quæ non similiter debita dici potest. Illud enim duntaxat debitum dici potest, quod in obligatione est, in obligatione autem bos duntaxat formaliter fuit, non caro aut corium bouis *leg. mortuo boue 49. De legat. 2.* vbi scriptum est, Mortuo boue qui legatus fuerat, neque carnem, neque corium deberi legatario. Quo verbo deberi Paulus significat tractare se de eo boue qui petatur tanquam debitus, & per actionem personalem ex testamento, quamuis per vindicationem legatus proponatur. Et si enim rei legatæ per vindicationem dominium transit recta

Tom. III.

via in legatarium *leg. à Titio sexagesim. quart. infr. De furt.* quasi nunquam factum heredis *leg. legatum octuagesim. delegat. 2.* multum tamen interest, an per actionem in rem & per vindicationem petatur, an verō per actionem personalem ex testamento, quæ non minus pro legatis per vindicationem competit, quā pro legatis per damnationem *leg. cum filius septuagesim. sext. §. variis Delegat. 2. leg. prim. Codic. commun. de legat.* Similiter igitur & in proposta *l. ecie*, quamuis bos futurius, quem ponimus, quando vixit, condici furi potuisse, sed ante quā condiceretur, mortuum esse vindicari potuerit iure domini, per eum cui subreptus fuerat, & eo mortuo quicquid ex eo superest, etiamnum vindicari possit, condici tamen post mortem amplius non potest, neque quod ex eo superest, quia dominus, qui condicionem futuriæ exercet licet sit dominus, non tamen condicet tanquam dominus, sed tanquam is cui ex causa furti debetur *l. sed si damnum aliās leg. peculium paragr. sine autem infr. De pecul.* nec rem suam persequitur quasi suam, quod vindicationis proprium est, sed quasi sibi debitam, ideōque intendit aduersarium non tam restituere quā dare sibi oportere, vt toties in hoc tractatu scripsimus *ex §. sic itaque Insti. de action.* atqui nihil fur debet, nisi ex causa furti, nec rursus alterius rei furtum fecisse videri potest, quā eius quæ ab eo contrectata est. Furtum enim non fit sine contrectatione. Ergo cum bouem vitum contrectauerit, quatenus bos fuit, non carnem aut corium, consequens est, vt boue mortuo non possit condicione futuriæ teneri carnis & corij nomine, nisi & corium & carnem mortui iam bouis contrectauerit, vt Iulianus subtiliter hic scribit. Nam & cum duo sunt eiusdem rei domini in solidum, non tamen quisquam eorum partis corporis dominus est, sed totius corporis pro diuiso dominium pro parte habet *l. §. vltim. infr. Commod.* nempe cum de partibus integralibus agitur, non de quota iuris *l. si stipulatus 9. §. 1. De solut. longe l. in commodato 17. §. duobus infr. Commod.* vbi dicitur eum qui totum aliquid commodauit, non rectē acturum commodari de singulis partibus totum illud integranibus: nec pugnat quod dici solet, ex assiduitate contrectationis nouum furtum fieri non posse *l. qui 9. infr. De furt.* Id enim pertinet ad eum casum quo eadem species assidue contrectata sit, non quo alia res & noua facta, licet ex prima: quod hic contingit. Noua siquidem res facit nouam contrectationem & assiduam inerrumpit, sicut & diuersitas personarum id faceret. Ac præterea dissolutio totius in partes suas integrales, non potest non tollere speciem ipsam integram, totque nouas species constituitur

TT 2

quot antea fuerant partes integrales iunctæ, nunc disjunctæ & separate. De illo non dubitatur quin bos etiam mortuus condici possit, perinde ac si adhuc viueret *dist. leg. si pro fure. §. vltim. & d. l. in re furtiua in princip. supr.* idque est quod subiicitur in sequenti versiculo,

a *Sed si dominus conditione bonis precium consecutus fuerit.* RAT. DVB. Aliud est bos, aliud verò caro aut cori in bonis, vt proximè diximus, ac proinde aliud precium bouis, aliud verò precium carnis, aut corij. Vnde est quod caro aut corium mortui pecoris negatur esse in fructu, quia mortuo pecore usufructus extinguitur *l. pen. supr. quib. mod. usufr. amitt.* Ergo etiam si dominus agens conditione furtiua precium bouis consecutus sit, & postea vel carnem vel corium condicat, non eo magis exceptione summouendus est. Nam neque exceptio rei iudicatæ locum habet, quoties a iura res in iudicium deducitur, quam quæ prius deducta fuit *l. cum quaritur 12. & seq. inf. De exception. rei iudic.* sicut neque cum alia persona est, quæ nunc agit *tot. tit. Codic. Int. alios action. vel iudic. aliis non nocet.* DEC. Improbabilis est, & dolo malo facit, qui bis idem consequi velit *l. si quis dolo 51. in fin. inf. De re iudic.* Atquin is qui per bouis conditionem precium eius iam consecutus est, si carnem, & corium adhuc petat, id ipsum petat quod iam. Neque enim duplex caro est, aut duplex corium, bouis viui & mortui, sed vna & eadem caro, vnum & idem corium licet alio atque alio respectu, nec fieri potest vt bouis mortui precium dominus consecutus sit, quin & carnis & corij precium ea æstimatione contineatur. Quid enim æstimare possis in boue siue viuo, siue mortuo, si carnem & corium excludas? Etsi verò aliud est corium ipsum, & caro ipsa, aliud verò carnis & corij æstimatio *l. si alij 42. §. 1. supr. De usufr. l. vltim. Cod. de fideicom. libert.* nihil tamen abesse dici potest domino, cui hos subreptus fuit, si precium bouis iam sit consecutus: succedit enim æstimatio in locum rei in hac quoque actione, quamuis specialiter *dist. leg. in re furtiua in princip.* quia nec ad aliud comparata hæc conditio est, quam vt dominus indemnitate a fure aut furis herede consequatur. Perinde autem indemnitas est, cui rei furtiua æstimatio fuit præstita, atque is cui res ipsa furtiua, maximè verò si ponas peremptam esse, vt in hoc *§. rem furtiuam*, cuius corpus ipsum præstari amplius non possit *dist. leg. in re furtiua*, vbi scripsimus.

3 ¶ Idem iuris est, vuis subreptis. nam & mustum, & vinacia iure condici possunt.

Ad §. 3. Idem iuris est.

RAT. DVB. Non potest condici nisi illud ipsum corpus quod subreptum est *l. in re furtiua 8. supr.* At qui subreptis vuis non ideo mustum subreptum videri potest, nec vinacia: sunt enim aliud vuae, aliud verò & mustum & vinacia. Ergo subreptis vuis nec mustum nec vinacia condici possunt. DEC. Compressis vuis atque ita in forma sua specificata extinctis, superest tamen mustum ex his vuis factum, superest etiam vinacia. Ergo & condici possunt, non minus quam caro & corium mor-

Cum ergo nihil ei abesse intelligatur, si tursura carnem ipsam & corium bouis mortui petat, repellendus est exceptione, non quidem rei iudicatæ, vt perperam nostri putant, sed doli mali quæ ceteris exceptionibus deficientibus subsidiaria esse solet. Neque verò punit Iulianus condemnationem vllam secutam, sed autem duntaxat esse conditione furtiua, ea autem actione consecutum fuisse actorem precium bouis: Proinde nascitur exceptio non ex eo quod actor egerit contra furem, sed quod ab eo exegerit. Alioqui si egisset tantum neque doli mali, neque rei iudicatæ exceptione repellere meo iudicio posset. Quare nec illud ad rem pertinet quod nostri obiciunt, euidenter iniquum esse exceptionem rei iudicatæ ei proficere contra quem iudicatum est *l. euidenter 16. inf. De exception. rei iudic.* non enim hoc casu exceptio rei iudicatæ furi proficit, sed domino dolo proprius nocet, doli que exceptio, quæ ex dolo illo proficiscitur.

b *Contra si corium condixerit.* RAT. DVB. Qui plus petit, repelli debet à petitione totius *l. 1. §. item quaritur inf. De aqua quorid. & est.* vbi à tota aqua ducenda prohiberi potest is, qui maiorem aquæ quantitatem ducit, quam cuius ducendæ ius habeat. Atquin is qui postquam corium condixit, & precium corij consecutus est, adhuc bouem vult condicere, vti que plus petit. Ergo repelli debet à petitione totius, nec proinde cogendus est offerre precium bouis detractò precio corij. DEC. In indiuiduis id obtinet. Æstimatio autem de qua hîc agitur, cum in pecunia numerata consistat, semper diuidua est. Neque tam plus petit hic, quam dolo facit qui bis idem vult consequi, vt supra diximus. Ideoque non causa cadit, quomodo cadebat olim is qui plus petebat *§. si quis agens Instit. de action. leg. 1. Codic. de plus petit.* sed doli mali exceptione summouetur, quod Bartolus non intellexit, existimans in proposita specie dominum causa non cadere, nec in totum repelli, quia plus petierit absque dolo malo, quod falsum est, sicut & quod idem Bartolus addit, non cecidisse olim à causa eum qui etiam dolo malo plus peteret, si non etiam illud concurrebat, vt dolo malo cautionem ab aduersario in plus exegisset: atque ita debere accipi quod scriptum est in *d. §. si quis agens.* aperte contra quam scriptum sit in eo *§.*

tui bouis, sed cum eadem distinctione, vt quemadmodum qui precium bouis per conditionem iam consecutus est, si corium postea condicat, doli mali exceptione repellendus est. Ita & qui vvas subreptas condixit, & earum precium percepit, si mustum iterum aut vinacia velit condicere æquè doli exceptione repellatur. Itémque è contrario si mustum prius aut vinacia condixerit, deinde vvas ipsas quæ subreptæ fuerunt, velit condicere. Atque ita debet accipi quod scriptum est in *l. si quis vxori 52. §. si quis massam inf. De furt. vt quod ei loco decet, ex hoc suppleatur, iunge quæ dixi ad *l. ex argento 13. supr.**

15. CELS.

15. CELS vs libro 12. Digestorum.

Qvod ab alio seruus subripuit, eius nomine liber factus furti tenetur. condici autem ei non potest, nisi liber contrectauerit.

Ad l. Quod ab alio 15.

RAT. DVB. Noxa caput sequitur *l. si cum quis 41. §. quando in infra de furt. l. 1. Cod. de noxal. act. l. licet 4. C. an seruus pro suo fact.* Atqui conditio furtiua nascitur ex noxa & delicto, vt diximus ad *l. si pro fure 7. §. vltim. & l. 9. supra hoc tit. ex l. si ambo 10. §. quoties inf. de comperat. l. sed si damnum 9. alias l. peculium 8. siue autem infra de pecul. l. si mulier 21. §. hac actio Rer. amor.* Ergo quando seruus viuus, qui furtum fecit, quamuis postea liber factus sit, perinde tamen teneri debet conditione furtiua, atque actione furti ex veteri contrectatione, ex qua etiam furti adhuc tenetur, neque necesse est, vt noua sequatur contrectatio, vt quasi ex nouo furto conditio obligetur.

DEC. Separandæ sunt hæc parte actiones ex delicto quæ dantur ad vindictam criminis, ab iis, quæ dantur ad rei persecutionem. In iis quæ sunt prioris generis procedit quod dicimus, noxam caput sequi, ne alioqui delicta impunita remaneant, non etiam in posterioribus, quia sunt ciuiles actiones, ex quibus nunquam seruus teneri potest. ex eo quod gessit in seruitute, neque durante seruitute, neque post manumissionem *d. l. licet & tot. tit. C. an seruus pro suo fact. post manumiss. ten. l. eum actum 17. supra de negot. gest.* Prioris generis est actio furti, posterioris verò conditio furtiua. Merito igitur Celsus hîc distinguit, an pro furto quod seruus in seruitute fecit, alij quam domino conueniatur actione furti post manumissionem an conditio furtiua, vt furti quidem conueniri possit, quæ pœnalis est, ne furti sine pœna remaneat *l. ita valuerat 51. ad fin. supr. ad leg. Aquil. l. Stichum aut Pamphilum 95. in princ. de solut.* at non etiam conditio furtiua quæ omnino ciuilis nec vllomodo pœnalis est, sed rem ipsam furtiuam tantum persequitur *d. l. si pro fure 7. §. 1. supr. l. si pignore 54. §. cum furti infra de furt.* Rei autem persequutio nulla potuit ab initio nasci contra seruum, cum quo nulla ciuilis actio esse potuit *l. cum seruo 107. de reg. iur.* sed tantum criminalis & pœnalis ex delicto *l. serui 14. de oblig. & action.* Noxa verò ea demum ca-

put sequitur, quæ ab ipso noxæ instanti delinquentem obligat: aut enim pœnæ quis subiicitur statim atque delinquit, & eo ipso instanti, aut nunquam. Atqui seruus cum facit furtum subiicit se pœnis furti siue pecuniariis siue corporalibus: hæc sola differentia quod pro pœna pecuniaria interim agi cum seruo non potest, qui neque stare in iudicio potest, neque pecuniam habere ex qua soluat, quomodo habet in pelle vnde corporalem furti pœnam luat. Conditione autem furtiua, quæ non pœnalis vlla ex parte, sed omnino rei persecutoria est, nullomodo tenetur, nec quod verè fur est, facere tamen potest, vt conditio furtiua conueniri possit, sed condicendum est domino id quod ad eum peruenit, in residuum verò noxali actione agendum *l. si seruus 4. supr. hoc tit.* vbi totam rem hanc explicauimus: noua igitur contrectatione serui opus est post manumissionem, vt pro furto quod in seruitute fecerat conueniatur furtiua conditio, ac non etiam vt furti actione. Cur verò loquitur Celsus de eo quod seruus subripuit ab alio quam à domino? Nempe quia furti nomine, quod seruus domino suo fecerit, nulla obligatio inter dominum & seruuum contrahi potest, nec magis criminalis quam ciuilis, vt ex ea post manumissionem conueniri seruus possit à domino: qui eum conuenire domini potest & debet, vt loquuntur Imperatores in *l. vlt. C. an seruus pro suo fact.* Datio enim libertatis omnem præcedentis delicti memoriam quod ad dominum decet, nec minus si ad criminis vindictam, quam si ad rei persecutionem agere dominus velit. Ex his intelligimus quam malè Accursius, & Accursium secuti nonnulli hæc lege abutantur, vt probent, conditionem furtiuam non nasci ex delicto, quasi actiones omnes ex delicto ad criminis vindictam dari necesse sit, nullam verò ad meram rei persecutionem, quod certè falsum est. Inferre potius ex hac lege debuerunt, conditionem furtiuam nullomodo pœnalem esse, multoque minus criminalem, nam si pœnalis & criminalis esset, non minus in ea quam in furti actione noxa caput sequeretur.

16. POMPONIUS libro 38. ad Quintum. Mucium.

Quoquoque ex furtiua causa obstringitur. quæ differt ab actione commodati in hoc, quod etiam si sine dolo malo, & culpa eius interierit res, conditione tamen tenetur: cum in commodati actione non facile ultra culpam, & in depositi ultra dolum malum teneatur is, cum quo depositi agitur.

Ad l. Qui furtum 16.

RAT. DVB. Is demum conditione furtiua tenetur, qui rem alienam furto subripuit, sicuti nec alius ea conditione agere potest, quam cui res subrepta est *l. prox. l. sed nec legatarius 11. supr. hoc tit.* Atqui commodatarius, vel depositarius qui re deposita, vel commodata vitur aliter, quam vti debuit, non ideo tamen rem depositam, vel commodatam domino subripit. Retinet enim dominus non modò proprietatè, sed etiam possessionem rei depositæ vel commodatæ per depositarium & commodatarium *l. rei commodati*

Tom. II.

8. & seq. inf. Commod. l. licet 17. §. 1. inf. deposit. Non ergo potest hoc casu conditio furtiua locum habere, sed eo tantum casu quo depositarius vel commodatarius in re restituenda dolum admittat, nec velit eam reddere *l. si quis inficiatus 13. in pr. & §. 1. eod. tit.* DEC. Etiam depositarius & commodatarius furtum faciunt, cum re deposita vel commodata vituntur aliter, quam dominus deponendo vel commodando noluerit. Furtum enim fit, non solum cum quis intercepti causa rem alienam amouet, sed etiam generaliter, cum quis alienam rem inuito domino contrectat *§. furtum autem fit Instit. de oblig. quæ ex delict. nasc. l. qui*

T T

umenta 40. l. si is cui 71. l. si pignore 54. in princip. infr. De furt. id est que furtum diffinitur interuersio non tantum possessionis, sed etiam usus rei alienæ l. 1. §. vlt. eod. §. 1. Infr. de oblig. qua ex delict. nasci. At qui quisquis furtus est, hoc ipso furtiua cōditione adstringitur domino, si modo agi cum eo possit l. 4. §. 5. supr. Ergo is etiam qui furtum admisit re commodata vel deposita utendo aliter, quam debuit cōditione furtiua, perinde obstringi potest, ac si rem ipsam depositam vel commodatam subripuisset. Nec eo minus tamen tenetur actione depositi vel Commodati. Nemo enim adiiciendo delictum liberat se à contractu l. si seruam 91. §. nunc videamus infr. De verb. oblig. l. 2. De priuat. delict. Sed tamen altera actio altera perimit aut ipso iure, aut quod est tutius, exceptione, scilicet cum actor ex altera indemnitate consecutus est l. qui seruam 34. §. si is cui De obligat. & action.

a Quæ differt ab actione commodati. RAT. DVV. Etiam si casu fortuito res deposita vel commodata perierit, ac citra omnem omnino culpam vel depositarij vel commodatarij, potest tamen interdū teneri depositarius vel commodatarius etiam Depositi actione, vel Commodati, nimirum cum dolus vel culpa præcessit casum l. si ut certo 5. §. sed interdum infr. Commod. l. 1. §. si rem depositam 25. infr. Depositi. At qui fur & culpam, & quod magis est, moram in re furtiua contrahere intelligitur, quam diu eam non restituit, quam nec ab initio auferre debuit l. in re furtiua 8. §. vlt. supr. l. vlt. infr. hoc tit. Ergo

17. PAPIANVS LIBRO IO. QUESTIONVM.

Parui refert ad tollendam cōditionem, offeratur seruus furtiuus, an in aliud nomen, aliūmq; statum obligationis transferatur. nec me mouet, præsens homo fuerit, necne: cum mora, quæ eueniebat ex furto, veluti quadam delegatione finiatur.

Ad l. Parui refert 17.

RAT. DVV. Fur quamdiu rem furtiuam non restituit, moram in ea restituenda facere intelligitur l. in re furtiua 8. §. c. supr. l. vlt. infr. hoc tit. At qui nouatio quamuis priorem obligationem tollat, rei tamē restitutionem non continet, idēque nec debitorem in plenum liberat, sed ita ut transfundat præcedentem obligationem in sequentem l. 1. infr. De nouat. Quod in solutione diuersum est, quæ omnē omnino perimit obligationem, ne minus naturalem quam civilem §. 1. Infr. Quib. mod. tollit. obligat. Etsi autem oblatio sola quantumlibet realis (de hac enim sola intelligendi sunt l. reconsulti quoties de oblatione loquuntur) non eandem vim habet, quia nec solutionis loco est, nisi se cuncta demum oblatione l. acceptam 19. C. de vsur. l. oblatione 9. C. de solut. ad hoc tamen prodest quod & priorem morā purgat, & creditorem sine causa recusantem in mora constituit l. si seruam 91. §. sequitur De verb. oblig. l. qui de cem 72. in princ. & §. 1. De solut. Idēque mirum non est cōditionem furtiuam tolli per oblationem, nec idē cōsequens est, ut perinde tolli debeat per nouationē, quæ nec rei restitutionem continet, ut diximus. nec dominum in recipiendā rei mora constituit. Ergo multum refert ad tollendā cōditionem furtiuam an offeratur res furtiua, an in aliud nomen aliūmq; statum obligationis, quod per nouationem fit, maximē verō per delegationē, transf-

fieri nequit, ut non de casu quoque fortuito teneatur depositarius, vel etiam commodatarius, qui præterea fur est, quamuis ille qui nihil nisi commodatarius est, de culpa tantum, sed qualibet teneatur. Depositarius verō duntaxat de dolo d. l. si ut certo §. nunc videndum Commod. §. item is cui Infr. quib. mod. re contr. oblig. DEC. Non omnis culpa vel mora commodatarij aut depositarij, quæ casum præcedit, obligat commodatarium vel depositarium de casu fortuito sed ea demum quæ ad casum illum ordinata est, ut Bartolus non malè loquitur ex l. vlt. §. 1. infr. De leg. Rhod. de iact. At qui culpa & mora quam depositarius, vel commodatarius contrahit in re furtiua non restituenda, non est ordinata ad casum quo ea res postea pereat, cum æquē salua manere possit penes furem, atque penes dominum. Ergo non potest ea res augere obligationem commodati, vel depositi, ut ob id magis & durius obstringatur depositarius vel commodatarius actione depositi aut Commodati. Proinde illa inter actiones istas quæ ex contractu proficiuntur, & cōditionem furtiuam quæ ex delicto nascitur, manebit differētia, quod re perempta citra culpam vllam commodatarij, aut citra dolum depositarij, nulla Depositi vel Commodati actio supererit, sed cōditio tamen furtiua supererit, per quam dominus à depositario vel commodatario plenissimam indemnitate consequatur, at non tanquam à depositario vel à commodatario, sed tanquam à fure.

feratur. DEC. Nouatio quælibet, ac præsertim delegatio priorem obligationem perinde tollit, atque solutio l. solutione 23. De solut. In eōque maiorem vim ac potestatem habet quàm oblatio, quæ non nisi ad purgandam moram prodest, & ad constituendum creditorem in mora. Nec enim fieri potest, ut prior tollatur obligatio siue ex contractu, siue ex delicto nascatur, quin mora quoque deleatur, quæ ex ea obligatione contracta fuerat: sufficit autem ad tollendam cōditionē furtiuam, ut mora illa tollatur quam in restituenda re furtiua contrahere fur intelligitur, non quasi exinde furtiua res haberi debeat pro restituta, si non etiam illud concurrat, ut post oblationem res perierit (est enim ille vnus ex moræ effectibus ut rei periculum transferat in moratorē l. si ex legati 23. §. seq. De verb. oblig.) Sed quia per oblationem solam dummodò veram, non fictam perinde purgatur odium furis, atque ipsam rei restitutionem: quo solo furis, odio inducta cōditio est §. sic itaque Infr. de action. ex hoc apparet, facilius tolli personalem obligationem, quæ parit cōditionē, quàm cæteræ obligationes tollantur, quæ vtiq; etiam post oblationem supersunt: Est enim oblatio modus constituendi aduersarium in mora, aut purgandi moram, si qua ex parte offerentis præcesserit, non etiam tollendæ obligationis, aut actionis. Itaque est etiam hoc singulare, ut & alia pleraque, in cōditionē furtiua, & ratio diuersitatis non illa tantum est, quam

modò attulimus, quod post oblationē nullum furis odium supererit, quo solo innitebatur cōditio, sed etiam quia non vsque ad eodē fur per eiusmodi oblationem liberatur, ut non adhuc per vindicationem tanquam possessor conueniri possit, cum & ipse possessor remaneat, & aduersarius dominus: quæ duo media sunt, & ut pragmatici loquuntur, extrema vindicationis. Non enim oblatio sola mutare dominium potest, nec modus est amittere di aut acquirere dominij. Ergo neque tollendæ vindicationis. Nec est contrarium quod per eiusmodi oblationem furti actio non tollitur sicut neque per pœnitentiam l. qui ea mente 65. infr. de furt. Id enim fit quia furti actio pœnam delicti persequitur, delicti autem veritas ne quidem per rei furtiua restitutionem ipsam deletur. At cōditio furtiua licet æquē ex furto nascatur, attamen non nisi f. nis odio comparata est, quod post oblationem licet sine causa recusantem rei furtiua restitutionem nullam, ut diximus, superest.

a Nec me mouet præsens homo fuerit nōne. RAT. DVV. Oblatio fieri non potest nisi rei præsentis, sicuti neque traditio, cum nihil aliud sit traditio quam datio possessionis l. 3. in princip. infr. de action. empr. Possessio autem non potest actu corporeo apprehendi non potest l. in princip. §. 5. penult. infr. de acquir. poss. ne cogens vllum potest agere in distans, ut aiunt, philosophi. Vnde est quod quoties traditio ficta interuenisse intelligitur ad transferendum dominium, rem præsentem esse oportet, ne alioqui poterior sit traditio ficta quam vera l. eius rei 46. §. seq. supr. de rei vindic. At qui nouatio hæc per quam dicimus tolli cōditionem furtiuam equiparatur oblationi, eundemque effectum habere dicitur, ergo præsentem rem esse oportet, ut per nouationem quoque cōditio tollatur. Atque ita Marcellus sensisse videtur in dict. l. qui decem §. idem responsum est de solut. vbi ait, si quis cum subreptus sibi seruus esset sub cōditione stipulationis fuerit quicquid furem dare facere oportet, furem quidem cōditione liberari si oblati seruam accipere dominus noluit, sed si tamen cum in prouincia fore seruus esset, stipulatio intercesserit, & priusquam facultatem eius restituendi manifestaretur fur vel promissor decesserit seruus, aliud dicendum esse, cum non possit videri fur eum propter absentiam obtulisse.

DEC. Alia ratio est purgandæ moræ per oblationem, alia verō per nouationem. Purgatur mora per oblationem ita demum si præsentia rei interueniat, quia nec offerri verè potest, nisi id quod præsens est, quæ præsentia intercedente, negari non potest, quin pro tradita haberi debeat ea res, quæ ne tradita sit per solum creditorem steterit. Ex regula l. in omnibus causis 39. §. 1. in iure citilis 161. de regul. iur. At per nouationem ideo purgatur mora, quia prior obligatio tollitur, ex qua fuerat contracta mora: sublata namque obligatione, nulla præcedentis moræ ratio haberi potest, perinde autem tollitur obligatio per nouationem absente ea re, quæ in stipulationem deducitur, atque si præsens illa fuisset: stipulationem enim inter præsentem quidem, at non etiam de re præsentem fieri necesse est l. de verb. oblig. Bene igitur Papinianus ait nihil referre, an præsens fuerit seruus furtiuus, an absens, cum in stipulationē nouandi animo interpositam transferebatur: cum vtroque casu perinde mora furis purgetur, & quidem, si nouatio expressim facta sit, siue per delegationem, siue alio quouis modo, expeditum est. At

que ita Papinianum Accursius noster cum Marcello conciliat, ut Marcellus eum casum tractet quo stipulatio simpliciter interposita sit, Papinianus verò illum quo nouandi animo. Quam conciliationem sine vna rationem & nos sequi sumus ad l. in re furtiua. Neque verò melior alia etiamnum occurrit. Sed nunc me mouet, quod postrema illa huius legis verba: in mora quæ eueniebat ex furto veluti quadam delegatione finiatur innuunt non obscure, nullam hinc delegationem veram præcessisse, nisi quæ ex promissoris mutatione induci tacite solet, cum aliud actum non est l. vlt. C. de nouat. Qui casus ille ipse est quem Marcellus supradicto loco tractat. Et verò non esse necessariam nouationem ad purgandam moram furis, in eamque rem sufficere simplicem stipulationem, apparet euidenter ex eo quod Vlpianus hanc ipsam quæstionem ex eodem Marcello tractans in l. scire debemus 29. §. vlt. de verb. oblig. ait, si à fure hominem sibi stipulatus, non valere stipulationem, sed ita demum si stipulatus sim, Quod furem dare facere oportet. Nemo enim rem suam stipulari potest, ne quidem à fure, nisi sub cōditione l. nemo rem suam 82. eod. tit. quod pertinent verba illa sub cōditione apud Marcellum in dict. §. idem responsum est. Hoc enim casu idem accidit quod in aliis plebisque, ut expressa nocent, quæ non expressa non nocent, quomodo habet iuri regula. Quod si postea, inquit Vlpianus sine mora decessisse proponatur seruus, non teneri furem cōditione Marcellus ait quasi purgata scilicet mora per stipulationem, non autem quasi facta nouatione, sequitur enim apud Vlpianum ex eodem Marcello quamdiu enim viuit, cōditio poterit, quod utique falsum esset, si cōditio per nouationem facta fuisset sublata, ut in l. vlt. in fin. infr. Rat. rem habet. At si decessisse proponatur seruus furtiuus, in ea cōditione est, ut euanescat cōditio propter stipulationem, ut ibidem Vlpianus subiicit, nec tamen addit an præsentem fuisse seruum necesse sit tempore interpositæ stipulationis: sed cum Marcelli sententia & autoritate nitatur, vix est, ut aliam interpretationem recipere possit, quam ex Marcello ipso qui præsentiam necessariam esse putat, ut stipulatio simpliciter nec nouandi animo interposita vim oblationis habere possit, cum nec offerri verè seruus possit nisi qui præsens est: at Papinianus vult stipulationem hanc similiorem esse delegationi, quam oblationi, nempe cum dominus non à fure ipso sed ab alio stipulatus est, dari quod furem dare facere oportet. Alioqui, quid obsecro haberet simile aut commune promissio ab ipso fure facta cum delegatione, quæ non nisi per mutationem personæ potest contingere? Ergo quemadmodum delegatio præsentiam rei quæ promittitur non requirit, sed tantum personarum contrahentium, ita nec in hac stipulatione serui subrepti præsentiam requiri Papinianus credidit ad purgationem moræ. Idē fortasse, quod satis offert is qui stipulanti daturum se promittit, etiam citra nouationem, & delegationem, licet res præsens non sit, quia nec statim soluere aut tradere eam vult, sed cum ex stipulatione agitur. Sibi que debet imputare dominus, qui pro oblatione & restitutione rei promissorem nouum habere maluit, furtiuamque cōditionem sibi ex causa furti partam ad initium alterius & nouæ petitionis redigere, ut in l. minor 41. supra de minor. Quod si à fure ipso dominus rem furtiuam simpliciter stipulatus sit, nec animo nouandi facilius admitti sententia Marcelli potest, ut ad pur-

gandam moram necesse sit, presentem esse seruum tempore stipulationis, aut saltem in eo loco ubi restimendi eius facultatem nancisci fur potuerit, anrequam seruus moreretur *dict. §. idem responsum est*, quoniam hoc casu neque oblatio vlla facta videri potest, quam tamen Marcellus exigit, neque delegatio, aut quasi delegatio, que ex sententia Papiniani necessaria est, quoties oblatio vera vel ficta deficit, nec tamen interuenisse videri potest, cum eadem persona est promissoris que fuit primi debitoris. Concludamus igitur procedere Marcelli sententiam, cum fur ille est qui promissit, Papiniani ve-

ro, cum alius: in hac tamen posteriore specie Marcellum à Papiniano dissentire, quatenus in ea quoque presentiam serui furtiui exigit, non etiam in priore in qua nec Papinianus aliud existimauit. Itaque quod hinc dicitur in aliud nomen sic intelligo a se scriptum esse, in alium debitorem & in alterius debitoris personam. Et quod sequitur aliumque statum obligationis, ostendit Papinianum nihil aliud exegisse ad purgandam furis moram tollendamque conditionem, nisi vt mutaretur status obligationis, non item vt nouaretur & in totum perimeretur.

18. SCÆVOIA libro 4. Quæstionum.

Quoniam furtum fit, cum quis indebitos nummos sciens acceperit, videndum est, si procurator suos nummos soluat, an ipsi furtum fiat. & Pomponius epistularum libro octauo ipsum condicere ait ex causa furtiua. sed & me condicere, si ratum habeam, quod indebitum datum sit. sed altera conditione altera tollitur.

Ad l. Quoniam 18.

RAT. DVV. Etiam cum quis per errorem indebitos nummos soluit scienti falso creditori, transfert nihilominus nummorum dominium, id est que habet conditionem indebiti quam alioqui non haberet, si dominium translaturum non esset. Nec enim datur illa domino, vt nec alia vlla conditio, sola furtiua excepta *l. vlt. sup. v. usufruct. quem. caueat. nisi forte quis putet conditionem indebiti non dari nisi aduersus eum qui indebitos nummos ignoranter accepit, quod nihil aliud est quam destruere totum illum tit. de condit. indeb. vt Bart. loquitur. Atqui nemo rei suæ furtum facit, vt constat ex furti definitione posita in l. 1. inf. de furt. & initio Tit. inf. de oblig. que ex delict. nasc. extra aliquos casus de quibus in §. aliquando eod. tit. & in l. si is qui rem pignori 66. inf. de furt. Ergo qui nummos indebitos sciens accepit, aut furtum non facit, aut conditione indebiti non tenetur.*

DEC. Contretractio rei alienæ inuito domino furtum est *dict. l. 1. de furt.* Inuitum autem accipere eum debemus non tantum qui contradicit, verum eum quoque qui consensisse non probatur, vt in Edicto de procuratoribus *l. filiusfamilias 8. §. inuitus supra de urban. pred. nisi putet se ex voluntate domini contretractare, nec enim furtum sine animo furandi & lucrandi committitur §. placuit de oblig. que ex delict. nasc. l. inter omnes 46. §. recte dictum est l. qui re 76. de furt. At qui errantis nullus consensus est *l. nihil consensui 116. §. vlt. de reg. iur. l. si quis per errorem 15. sup. de iuris. l. sed hoc ita 20. inf. de aqua & aqua plu. arcend. Errat autem qui labitur in persona creditoris, siue putet verum creditorem eum, qui re vera falsus est, & tamen simulat se verum creditorem, vt in *l. falsus 43. in princip. de furt.* siue falsus procurator sit, siue veri siue falsi creditoris, vt in *l. si procuratori falso 14. vbi diximus, sup. de condit. caus. dat. l. si vendidero 80. §. vltim. infra de furt.* Siue denique pro creditore Titio alius Titius dolo malo subiectus sit, qui se creditorem esse dicat, vt in *l. si qui uxori 52. §. cum Titio & in l. si is qui rem pignori 66. §. si tu Titium eod. tit.* Quibus casibus error soluentis non aliunde nascitur, quam ex dolo eius**

qui accipit solutionem, is vero dolo nihil nisi furtum est, vt & in *l. si vendidero §. falsus autem.* Quod non similiter dici potest de eo qui proprio suo errore, nimirum que sua facilitate deceptus soluit falso creditori, etiam scienti: ergo superioribus casibus fatendum est eum, qui sciens indebitos nummos dolo malo non tam accipit quam extorquet à non debitore furtum eorum nummorum facere; etsi enim soluti sunt à domino, & quidem animo transferendi dominij, soluti tamen sunt sub ea veluti conditione tacita, si creditor ille sit qui accipit solutionem, vt Accursius hinc notat *arg. l. si me in vacuum 34. inf. de acquir. pos. l. voluntate 10. Quib. mod. pign. vel hypoth. solui l. si iure 18. delegat. 3.* Soluuntur enim à dubitante & titubante debitore, quod longè diuersum est in eo, qui vltro solutionem offert ei quem certè putat, licet per errorem, verum esse creditorem. Nulla enim solutioni huic condicio talis inest *si sit creditor nec magis tacita quam expressa, vt non male Bartolus hinc distinguit, Porro quo casu nummorum furtum facit is qui nummos accipit, certum est dominium eorum non transferri in accipientem *l. falsus 43. in princip. de furt.* Alioquin eodem instanti conditio furtiua & nasceretur & extingueretur postquam sua voluntate dominus rei furtiua dominium amisisset *l. siue manifestus 10. sup.* quod esset ridiculum, vt idem quoque Bart. subtiliter argumentatur ex *l. Titio cum morietur 51. sup. de usufruct. l. promissor 21. §. 1. inf. de pecun. constit.* Consequens igitur est, vt eorum nummorum nomine conditio furtiua competat soluenti tanquam qui dominus manserit, cum soli domino hæc conditio competat *l. 1. sup.* Non etiam conditio indebiti, quæ domini amissionem & translationem præsupponit: ac proinde si procurator meus tibi falso creditori scienti nummos suos soluerit cum ipsi furtum factum sit, non mihi, furtiua conditio non mihi competet, qui non sum dominus, sed ipsi quasi domino, nec si ratum habeam, quia rati habitio non facit me dominum, sed acquiritur mihi hoc casu conditio indebiti, quia ratam habendo solutionem à procuratore meo factam, hoc ipso me obligo ad præstandam ei indemnitate: quæ res facit, vt mihi non furtiua quidem, sed tamen indebiti soltem conditio acquiri debeat *dict. l. si vendidero 80. §. vlt. iunct. §. cum**

etiam si Titius infra de furt. vbi Papinianus eleganter & subtiliter more suo totam questionem hanc latius tractat. Quod si nummorum qui soluti sunt dominium in accipientem translaturum esset, neutra procuratori meo conditio competeret, id est, neque furtiua neque indebiti, sed mihi soli conditio indebiti, secuta demum rati habitio, vt bene Accursius noster notat ex *l. si procurator §. sup. de condit. indeb.* Sed & superiore casu, id est, cum furtiua conditio non mihi, sed procuratori meo acquisita fuit, si postea procuratore meo contra me agente ratam habeam solutionem, eique indemnitate præstare paratus sum, æquitas facit, vt per doli mali exceptionem cogendus sit furtiua conditioe mi-

hi cedere, ne bis idem consequatur *d. §. si Titius & d. §. vlt.* Non tantum autem conditionem furtiuam habet procurator, qui soluit falso & dolo creditori, sed etiam actionem furti *d. §. vlt.* Ergo quod in hac lege subiicitur *sed & me condicere ait, si ratum habeam quod indebitum datum sit*, non de conditione furtiua intelligi debet, quæ nõ magis duobus competere in solidum potest, quam illud fieri, vt duo sint eiusdem rei in solidum domini *l. 5. §. vlt. inf. commod.* nec magis de vili quæ nulla est quam de directa, vt male nonnulli apud Accursium existimant, sed de sola conditione indebiti, vt idem Accursius bene explicat.

19. PAVLVS libro 3. ad Neratium.

Iulianus ex persona filix, quæ res amouit, dandam in patrem conditionem in peculium, respondit.

Ad l. Iulianus 19.

RAT. DVV. Actio de peculio non solet dari in patrem vel in dominum, nisi cum ex contractu actio venit *l. 1. §. si filiusfamilias sup. de his qui eff. vel deiec.* Atqui actio rerum amotarum non ex contractu nascitur, sed ex delicto, sicut & conditio furtiua *l. si mulier 21. §. hæc actio inf. Res. amot.* Ergo ex persona filixfamilias quæ mariti res amouit, actio de peculio in patrem dari non potest. Quod si legem hanc non de actione de peculio intelligas, quomodo nos ipsi explicauimus *decad. 78. Error. ad finem, sed de furtiua conditioe, quomodo alij plerique explicant, alia erit fortior que dubitadi ratio quod conditioe furtiua nunquam alius tenetur, quam qui ipse furtum fecit aut heres eius, non etiam pater furis qui neque fur ipse neque furis heres est *l. ex furtiua 5. sup.* item quod ex pœnalibus causis actio de peculio in patrem non datur *ex pœnalibus 58. de regul. iur.* Causa autem conditioe furtiua pœnalis est, cum nascatur illa ex furto, quod actionem furti pœnalem parit, quamuis conditio ipsa furtiua pœnalis non sit, vt docuimus ad *l. in conditioe 9. sup.* Ergo neque conditio furtiua ex persona filixfamilias, quæ mariti res amouit, contra patrem danda est, ne quidem in peculium. **DEC.** Non est patri permittendum, vt ex delicto filix impune locupletetur: qui locupletaretur si neque actione de peculio, neque conditioe furtiua conueniri posset, eatenus saltem quatenus ex delicto filix, quod nec aliud re vera quam furtum est, peculium locupletius factum esset *l. 3. §. ex furtiua inf. de pecul. l. 2. §. vlt. inf. Res. amot. iunct. l. vlt. eod.* Ergo ex persona filixfamilias quæ mariti res amouit, patrem quoque teneri equum & iustum est. In eoque prudentes omnes veteres consenserunt. Sed qua actione conueniri debeat, non æquè constanter decreuerunt. Mela enim & Fulcinius, quos Paulus refert probatque in *l. 3. §. vlt. Res. amot.* actionem de peculio in eam rem dandam esse putauerunt, quod causa actionis rerum amotarum non sit pœnalis, quomodo causa conditioe furtiua, quia displicuit eam furti obligari ob honorem scilicet ac pudorem matrimonij *l. 1. & 2. eod. tit. l. vlt. §. vlt. C. de furt.* Atque ita putarunt non offendi supradictam iuris regulam, quæ non patitur, vt ex pœnalibus causis in patrem vel in dominum actio*

de peculio detur *d. l. ex pœnalibus 58. de reg. iur.* Alij vero conuenientius putarunt, vt quod ex rebus per filiam amotis ad patrem peruenit, vili iudicio actionis rerum amotarum petendum sit, quæ Papinianus fuit sententia in *l. vna quoque filia 5. res. amot.* Quæ & mihi probabilior videtur, & iuris regula magis consentanea. Nam quod Mela & Fulcinius dandam putabant actionem de peculio, licet non pugnet cum *d. l. ex pœnalibus* pugnat tamen cum alia iuris regula, quæ negat actioni de peculio locum esse, nisi cum actio quæ contra filium vel seruuum competit ex contractu venit *d. §. si filiusfamilias.* Qua ratione fortassis motus Iulianus, vt fuit iuris prudentissimus, & religiosissimus, non creditit actionem de peculio locum habere hoc casu posse, sed potius conditionem furtiuam, at non simpliciter & in solidum, vt aliis solet competere, sed in peculium duntaxat, id est, quatenus in peculio est, & in solidum peculium, non quatenus ex eorum amotione locupletius peculium factum est, vt Accursius interpretatur & quomodo ex furto serui datur in dominum, nam in residuum contra dominum noxalis est *l. 4. sup.* quæ contra patrem ex delicto filij noxalis esse nunquam potest, cum filius qui deliquit conueniri ipse ex persona sua possit *l. ex furtiua 5. vbi diximus eod.* Neque vero qui putarunt actionem de peculio ex persona filixfamilias quæ mariti res amouit contra patrem dandam esse restrinxerunt eam actionem ad id quo locupletius peculium factum sit, sed in peculium simpliciter & de peculio dari dixerunt, quod non nisi de solido peculio intelligi certè potest *d. l. 3. §. vlt. res. amot.* in cuius sine quod scribitur non teneti patrem iudicio rerum amotarum post mortem filix nisi quatenus pater ex ea re locupletior factus est, ostendit factis non idem dicere Melam & Fulcinius voluisse, cum actionem de peculio contra patrem dandam esse scripserunt, quamuis Tribonianus sub Vlpiani nomine contra scripserit in *d. l. 3. §. pen. in fin. de pecul.* Videtur autem Iulianum illud mouisse, quod conditio furtiua, licet ex delicto non ex contractu nascatur, perinde tamen cuiuslibet & merè rei persecutoria est, ac si ex contractu nasceretur, nec pœnalis aut famosa vllomodo est: ad eoque nec turpis tanquam quæ furti exprobrationem continet, si detur cum adiectione illa in peculium quomodo dabat eum Iulianus. Ostendit enim adiectione illa patrem non

ex persona sua conueniri per conditionem, sed ex persona filij, qui solus peculium habere potest non etiam paterfamilias l. vi. C. de inoff. testam. l. si quis cum filiofamilias 4. q. 4. infr. de peul. Hæc quidem paulò aliter in Chiliade explicauimus, sed ut nobis interpretatio quam nunc attulimus magis arrideat, illud facit quod durius sanè est, ut conditionem Iulianus dixerit, aut pro actione de peculio, aut pro actione rerum amotarum. Neutra enim conditio dici ullomodo potest, neque rursus mirum uideri debet in quaestione quæ prudentes cæteros dissentientes habuerit, Iulianum nouam & temperatiorem, ut ita dixerim, opinionem induxisse. Dices, secundum hanc interpretationem fore, ut durior sit condicio patris cuius filia res amouit, quam sit domini cuius seruus furtum fecit, cum hoc casu dominus non teneatur conditione nisi quatenus ad eum peruenit, pater uero ex amotione filiefamilias in solidum pe-

culium. Sed respondeo quod iam attigi, imò meliorem esse conditionem patris, quia supra eam quantitatem quæ in peculio est, nullomodo tenetur, dominus autem de residuo quod ad eum non peruenit, etiam noxali actione conuenitur d. l. 4. sup. Conuenit autem Iulianus cum Papiniano in eo quod denegat contra patrem actionem de peculio, quam Mela & Fulcinius dabant, sed dissentit in eo quod dat Papinianus, uile iudicium rerum amotarum: Iulianus uero conditionem furtiuam, eamque non uilem quæ nulla est, ut toties diximus, sed directam, item in eo quod Papinianus dat uile iudicium rerum amotarum contra patrem, de eorum quod ad ipsum peruenit, Iulianus uero conditionem in solidum peculium, quemadmodum si actione de peculio pater conueniretur: in quo rursus Iulianus cum Mela & Fulcinius consentit.

20. TRYPHONINVS libro 15. Disputationum.

Licet fur paratus fuerit excipere conditionem, & per me steterit, dum in rebus humanis res fuit, condicere eam, postea autem perempta est: tamen durare conditionem, veteres uoluerunt: quia uideretur, qui primo inuito domino rem contractauerit, semper in restituenda ea, quam nec debuit auferre, moram facere.

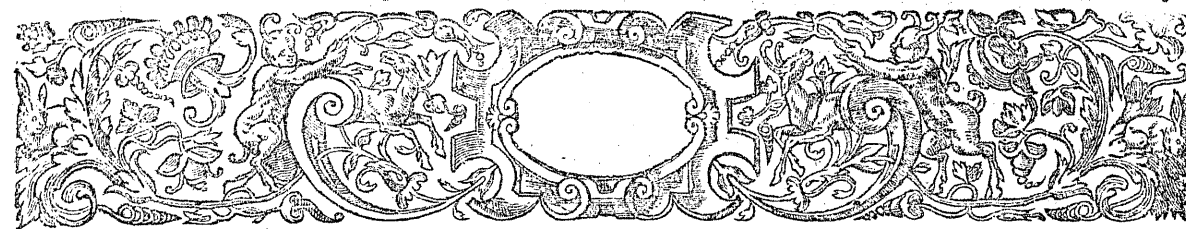
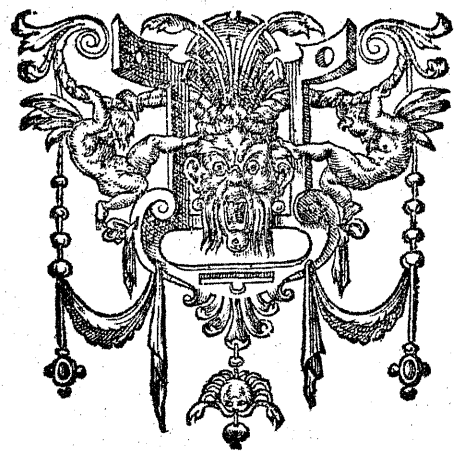
Ad l. ult. Licet fur.

RAT. DVV. Etiam is qui solutioni moram fecit, si tamen iudicium accipere paratus fuit, non uideatur moram fecisse l. si quis solutioni 24. l. paratum 47. infr. de usur l. qui sine dolo 63. de regul. iur. l. si residuum 5. C. de distract. pign. Ergo si fur paratus sit iudicium accipere & excipere conditionem furtiuam aduersus dominum, & per dominum steterit dum in rebus humanis res fuerat, eam condicere, posteaque res perempta sit, dicendum est finitam esse conditionem, tanquam finita mora, quæ faciebat, ut conditio duraret.

DEC. Fur qui primum inuito domino rem contractauit, semper in restituenda ea re moram facere

intelligitur, quia nec eam auferre ab initio debuit l. in restituenda 8. §. 1. sup. Ergo non debet ei prodesse ad purgandam moram, quod iudicium accipere & conditionem excipere paratus sit. Nec enim qui paratus est iudicium accipere, uideatur ideò rem restituere, at potius rei restitutionem denegare, quam ne restituat litigare malit. Ac præterea facilius est, moram contrahendam impedire, quod sit cum debitor iudicium accipere paratus est, quam contractam purgare: quamquam nec ad impediendam moram sufficit paratum esse debitorem accipere iudicium, nisi iuste ad iudicium prouocet d. l. si quis solutioni & sine dolo malo d. l. qui sine, quorum neutrum cadere in furem potest, qui semper in dolo est, nec iuste unquam ad iudicium prouocare potest, non magis quam iuste furtum facere.

DE



DE CONDICTIONE EX LEGE.

TIT. II.

PAVLVS libro 2. ad Plautium.

Si obligatio lege noua introducta sit, nec cautum sit, eadem lege, quo genere actionis experiamur, ex lege agendum est.

Ad l. unic. Si obligatio.

RAT. DVV. Sicut actiones omnes personales nascuntur ex personalibus obligationibus l. licet 42. §. ea obligatio sup. de procurat. Ita & personales obligationes ex contractu vel quasi contractu, aut ex delicto vel quasi delicto, aut ex variis causarum figuris l. 1. in princip. infra de oblig. & action. In quibus omnibus obligationibus inducendis & confirmandis auctoritatem legis interuenire necesse est, uide & ciuiles actiones dicuntur, & legitimæ, ad differentiam prætoriarum quæ à lege nec inducuntur nec confirmantur, sed à prætoribus, qui legem facere non potuit l. 1. supra de Publician. iur. §. quos autem Instit. de bonor. possess. l. 2. Cod. de quadr. prescrip. Rursus actiones omnes aliter diuiduntur, ut ex contractu sint, vel ex facto vel in factum, inquit Vlpianus in l. actionum 25. §. 1. de oblig. & action. Ergo vel nulla est obligatio & actio ex lege, vel omnes hoc nomine donanda sunt.

DEC. Obligaciones quidem & actiones ferè omnes ciuiles & legitimæ descendunt ex lege duodecim tabularum, & ex prudentum ueterum ad eam legem interpretatione l. 2. §. postea & §. deinde ex his legibus, ubi diximus, supra de orig. iur. Sed tamen quemadmodum emergentibus nouis casibus quibus lex duodecim tabularum non prospexerat [nec enim lex uilla ita scribi potest, ut omnes casus comprehendat l. neque leges 10. & seqq. supra de legib.] nouas obligationes & actiones pro communi ciuium utilitate induci necesse fuit, ut exigere quisque posset id quod sibi deberetur. Ita nouas leges ferri necesse fuit quæ nouas obligationes & actiones illas inducerent, & ex quibus proinde agendum esset quoties iis legibus cautum non reperiretur quoniam alio actionis genere experiendum esset. Unde enim nisi ex lege ipsa ius & nomen actionis sumeretur? Nouas autem leges hinc intelligimus omnes quotquot securæ sunt legem duodecim tabularum, quæ sola uetus lex dicitur & ius antiquum adeoque antiquissimum l. tutelæ 7. supra de capit. minut. l. ultim. infra de regul. Canon. l. 1. 2. & 3. supra de hered. petit. l. quoties duplici 91. de iur. iur. Benè autem Paulus in hac lege addit, nec cautum sit quo genere actionis experiamur, quia cum ex ipsa dicitur, quo genere actio-

nis experiendum sit, ea legis auctoritas facit, ut illa ipsa actione agi oporteat, nec quicquam causæ est cur generale nomen conditionis ex lege retineamus, cum specialius aliud nomen habemus. Est enim omnis actio tanto certior & accommodatior, quanto specialior est. Finge noua aliqua lege aut constitutione inductam esse nouam speciem contractus: Cur dicamus agendum esse conditionem ex lege, cum agi possit ex ipso contractu? Exemplum elegans & accommodatum adfert Bartolus ex constitutione Zenoniana, quæ ius & contractum emphyteuticum antea incognitum prima introduxit §. ad eò Instit. de locat. l. 1. & tot. tit. C. de iur. emphyt. Itaque non conditionem ex lege illa Zenonis agendum erit eo casu, sed ex contractu ipso emphyteutico, ut benè Bartolus contra Accursium, cæterosque interpretes disputat. Sed quod addit de obligatione literarum non æquè probare possum, nec enim uilla lex est quæ contractum illud induxerit, sed sola prudentum auctoritas, & uis ac necessitas commerciorum, estque genus illud contractus omnium ferè antiquissimum, quamuis exceptio non numeratæ pecuniæ posterioribus tantum temporibus, & à posterioribus Imperatoribus introducta sit, ut Iustinianus refert in tit. deliber. oblig. Tunc igitur conditio ex lege locum habet, cum per legem ciuilem obligatio aliqua immediatè inducitur, nec lege exprimitur aliud nomen actionis, ut Bartolus hinc notat. Exempla adfert Iacobus Cuiacius ex lege Iulia & Cincia, & ex legibus Talaris, Accursius uero ex plerisque Imperatorum constitutionibus, quæ extant in Codice, & quæ nouum ius nouumque genus actionis induxerunt. Ut ex l. si quis argentum 35. §. fin. C. de donat. l. 1. Cod. de suffrag. l. ultim. §. fin. autem Cod. de petit. hered. l. ultim. §. licentia Cod. de iur. delib. l. si quis in tantam Cod. unde vi. Quibus addit Bartolus l. inuenus 14. Cod. de sacrosanct. eccles. l. Christianis 6. Cod. de pagan. & sacrific. & templ. l. si per impressionem 11. Cod. de his qua vi met. causa sunt l. ne in arbitrio 4. Cod. de recep. arbitris l. 1. C. de fideicom. l. 1. Cod. si per vim vel alio mod. l. meminert l. momentanea l. non abs re C. unde vi l. si quis conditionem 25. Cod. de locat. l. pen. & ult. Cod. de litigios. Item Auth. inuenus C. de episcop. & cleri. Auth. habita Cod. ne filius pro patr. Auth. & omnino Cod. ne uxor pro marit. Auth. qui semel C. quomod. & quand. iud. Auth. item possessor Cod. qui potior, in

error est, quod ait primis verbis huius legis non remoueri, quin conditio certi in aliis rebus quam in pecunia numerata locum habeat, sed triticariam remoueri, ut locum non habeat in pecunia numerata: quasi Vlpianus non denotet hic naturam conditionis certi, sed triticariam. Nam imò verò tam id agit Vlpianus, ut exprimat naturam conditionis certi, quam ut naturam triticariae conditionis: & factum est, per conditionem certi aliud peti, quam pecuniam numeratam, eo nimirum sensu quo supra explicauimus. Actio enim tum esse incipit, cum datur à pratore per formulam, per quam & iudex datur post litem contestatam: à quo tempore constat nihil nisi pecuniam numeratam peti, quamuis fundus tempore contestationis fuerit petitus. *l. fundum 28. infr. de nouat.* Fit enim nouatio per contestationem *leg. delegare 11. §. 1. l. aliam 29. eod. tit. & ea demum petitio verè dicitur quæ per contestationem fit. l. amplius non peti 15. infr. rat. rem habet.* Et quidem in eam petitionem quæ fit per litem contestationem, illud ipsum omnino deducendum est, quod fuit in obligatione, ac proinde fundus non pecunia, si fundus non pecunia debebatur. *l. certum 6. l. cum fundus 31. supr. de reb. credit. & d. l. fundum 28. de nouat.* Sed in petitionem quæ fit in iudicio post litem contestatam datamque à pratore actionem, dico nunquam deduci, nisi pecuniam numeratam, cum certi conditione agitur, secus verò esse in conditione triticaria, per quam scilicet res ipsa, quæ debita fuit ante contestationem, perinde petitur post litem contestatam, vsque ad sententiam. Itaque cum dicimus certi conditionem generalem esse, ita accipi debet, ut ex quacunque quidem causa detur, & ex quocunque contractu, siue certo, siue incerto, dummodò certum sit quod debeat, & quod petitur, siue in specie siue in quantitate consistat: *dict. leg. certum & dict. leg. certi conditio*, sed non ut per eam actor quicquam aliud consequi aut petere ex die litem contestatam possit, quam pecuniam numeratam, cum per triticariam res ipsa etiam in iudicio petatur, quamuis per eam actor æquè nihil nisi pecuniam consequatur, quia etiam in triticaria lis omnimodo æstimanda est. *d. l. 3. infr.* Nec verendum est, ut malè iud. cet. iudex qui pro fundo aut tritico petio. condemnat reum ad æstimationem *arg. l. vltim. Cod. de fideic. libert. cum id faciat non tantum ex mera iuris necessitate, ut post sententiam iudicati executio aliqua inuito etiam condemnato fieri possit sine vi & impressione per capionem pignorum d. l. à Diuo Pio 15. §. si pignora & pass. de re iudic.* Sed etiam ex præscripto formulæ, à qua nec si velit, possit vnquam recedere. Proinde generalior est triticaria, quam conditio certi si tempus illud inspicias, quod inter contestationem & sententiam medium intercedit, non etiam si tempus ipsum litis contestatæ, aut ferendæ sententiæ. Nam & in certi conditione litis contestatio fieri potest pro rebus omnibus, certis tamen, etiam si in specie non in quantitate consistant. Condemnatio autem etiam in triticaria fieri debet in pecuniam numeratam, perinde ac in conditione certi. Est etiam generalior triticaria in eo quod per eam petuntur etiam res incertæ & iura, ut sequitur in hac lege, quæ tamen per certi conditionem peti non possunt, quia nec digito demonstrari, nec per relationem ad aliud quid certum, certa fieri iura possunt, cum sint incorporalia. *Tit. de reb. corpor. & incorp. apud Iustin. d. l. cer-*

tum 6. supr. de reb. credit. Nemo autem petis, meo iudicio, quam Iacobus Cuiacius vim & naturam conditionis huius triticariae explicauit, cum scripsit in conditione certi iudicem datum inferuire contractui, arbitrij inopem: In hac verò triticaria æstimare rem petitam habita ratione loci & temporis, quæ verò sit hæc quoque actio arbitraria, ut illa de eo quod certo loco, de qua dicemus *Tit. prox.* Quod certè non ita est. Sunt enim conditiones omnes stricti iuris, nec minus triticaria, quam cæteræ, nulla penitus arbitraria, nisi cum præmissi loci adiectus est. Neque sanè in toto hoc *Tit.* videas factam mentionem vllam adiecti loci vel temporis, vltentius rationem habere iudex possit aut debeat, nisi in *l. vlt. hoc tit.* quæ non de triticaria est, sed de conditione certi, & ostendit potius non posse locum esse conditioni triticariae quoties loci vel temporis ratio habenda est, quia eo casu præcisè æstimari lis debet in respectu eo tempore vel loco quo dari res debuit, nec potest ex postfacto æstimatio crescere vel decretere, ut in triticaria. Reliqua quæ ad huius conditionis tractatum pertinent, petenda sunt non ex *lib. 16. Coniurarum nestrarum*, vbi pleraque malè scriptimus, cum huius conditionis vim & potestatem adhuc ignorauerimus, sed ex postrema parte *Chiliadis nostræ de error. pragmat. Chiliade 83.* vbi omnia melius, subtilius, & verius.

b *Quare fundum quoque per hanc actionem petimus.*
R. A. T. D. V. B. Fundus, si denominationem adiciat Cornelianam, aut Sempronianam, tam certus est, quam pecunia numerata, & quantitas centum aureorum. *l. certum 6. supr. de reb. credit. l. stipulationem 74. & seq. infr. de verb. oblig.* Ergo per certi conditionem peti potest perinde ac pecunia numerata. *DE C.* Peri quidem potest & debet fundus ipse vsque ad litem contestatam, & in ipsa litis contestatione si erat in obligatione, sed post litem contestatam datamque formulam, à quo tempore actio & iudicium incipit, non debetur nisi pecunia, quia nec aliud in iudicium conditionis certi deduci intelligitur, nisi quanti fundus fuit tempore litis contestatæ. *d. l. cum fundus 31. de reb. credit. iunt. leg. sequent. eod. tit. & leg. vltim. infr. hoc tit. dict. leg. fundum 28. infr. de nouat. leg. hominem 37. infr. mandat.* Cum tamen in iudicium conditionis triticariae, si per eam fundus petatur, ipse quoque fundus deducatur, non eius æstimatio, quæ præcisè fuerit tempore latæ sententiæ *leg. 3. infr.* Multum ergo interest an fundus debitus petatur per conditionem certi, an per triticariam, nullo etiam adiecto loco vel tempore. Adiectio enim loci facit actionem arbitrariam non triticariam: adiectio verò temporis non magis arbitrariam quam triticariam, ut contra Cuiacium dicemus ad *leg. 3. infr. tit. prox.*

c *Esti veltigalis sit.* **R. A. T. D. V. B.** Fundus veltigalis ille est, cuius retinendi potestatem possessor habet, etiam inuito domino quando veltigal soluit: quem & vindicare potest vtili in rem actione, si forte nulla sua culpa possessionem amisit *leg. 1. & tot. tit. vbi diximus supr. si ager veltigal. & emphyt. petat.* Non ergo potest venire in conditionem siue triticariam siue aliam, quia per conditionem sicuti nunquam petimus id quod nostrum est nisi à fure, ut sequitur in textu: Ita petimus

petimus semper id quod nostrum fuit *leg. videamus 38. in princip. & §. si actionem infr. de vsur.* Fundus autem veltigalis neque in possessoris dominio vnquam fuit, neque ita est domini, ut absolute possit eum suum dicere. *l. lex veltigali fundo 31. infr. de pignor. l. si fuita 15. §. si de veltigalibus infr. de damn. infect.* Per conditionem verò quamlibet etiam furtiuam intendimus aduersarium dare nobis oportere. *§. si itaque & seq. Instit. de action.* *DE C.* Tam qui veltigalem fundum possidet, quam qui eius fundi dominus est, ius aliquod in eo fundo habet, cuiusque iuris dominus est. Ergo condicere ius illud potest, non quidem per conditionem certi, quoniam iura omnia cum incorporalia sunt, incerta esse creduntur. *l. vbi autem 75. §. fundi autem & seq. versic. qui verò infr. de verb. oblig.* sed per triticariam, per quam incerta & consequenter etiam iura petuntur. Fundus enim veltigalis partim in re, partim in iure consistit. Quidni ergo per triticariam condici poterit, sicut & cætera quæ in iure tantum consistunt? Illud obseruatione dignum est, quod ad factum non magis datur triticaria, quam conditio certi, sed diuersa ratione. Conditio quidem certi, quia facta omnia sunt incerta *leg. vbi autem 75. §. quid quod de verb. oblig.* Triticaria verò quia licet ad res quoque incertas detur, non tamen datur ad pecuniam numeratam: in omnibus autem facti obliigationibus succedit in locum obligationibus facti obligatio præstandæ pecuniæ. *l. si quis ab alio 13. in fin. de re iudic.*

d *Sive ius stipulatus quis sit veluti usufructum.*
R. A. T. D. V. B. Vltusuctus portionis iustitæ obtinet, in eoque differit à seruitutibus prædiorum vtrotumque, tam vtbanorum quam rusticorum. *l. cum filius 76. §. dominus de legat. 2.* quia emolumentum rei continet. *l. Marius 66. §. fundo eod. tit.* ideoque in multis casibus dominij iustitæ obtinere dicitur. *l. l. si Titio 35. §. 1. supr. de vsur. l. qui usufructum*

¶ Rem autem suam per hanc actionem nemo petet, nisi ex causis, ex quibus potest: veluti ex causa furtiua, vel in re mobili vi abrepta.

Ad §. 1. Rem autem suam.

R. A. T. D. V. B. Conditio triticaria concurrat cum cæteris conditionibus omnibus præterquam cum certi conditione generali, ut supra diximus. Atqui conditio furtiua datur etiam domino *leg. 1. supr. de condit. furt.* Ergo etiam conditio triticaria potest dari domino, ut rem quoque suam condicat. *DE C.* Nulla conditio est, per quam non intendat actor dari sibi rem oportere. *§. si itaque Instit. de action.* Cumque dare nihil aliud sit, quam dominium transferre *leg. vbi autem 75. §. vltim. infr. de verb. oblig.* apparet id quod meum iam est, dari mihi amplius non posse, quia nec magis meum fieri potest *dict. §. si itaque leg. non ut ex suribus 91. de regul. iur. leg. in bello 12. §. si quis seruum infr. de capt. & postlim.* Nisi cum agitur contra suum, cuius odio hoc receptum est, ut non minus conditione quam vindicatione teneatur *leg. vltim. supr. vsur. quem caueat.* Atqui conditio triticaria tam verè conditio est, quam cætera conditiones, eiusdemque naturæ & potestatis est. Ergo per eam æquè intendit actor dari sibi oportere. Et consequenter rem suam petere per hanc conditionem nemo potest, nisi ex quibus causis potest specialior realia condicere, id est contra furem. Habet enim hoc casu conditio triticaria naturam condi-

tionis furtiuae, sicut & aliis casibus naturam retinet earum conditionum cum quibus concurrat. Planè, qui etiam suæ rei possessionem possit quis per hanc actionem condicere nemo dubitat, sicut & per conditionem indebiti *leg. indebiti 15. §. sed si nummi vbi dixi supr. de condit. indeb.* Possessio enim cum facti sit magis quam iuris, ad alium pertinere potest, licet proprietatis rei sit mea, quando quidem nihil commune habet proprietatis cum possessione *leg. naturaliter 12. §. nihil commune leg. penult. infr. de acquir. poss.* Itaque qui possessionem rei suæ ab alio detentam condicit, rem alienam condicit non suam. Nam & possessio rei appellatione generali continetur. *l. prox. in fin. infr.*

a *Vel in re mobili vi abrepta.* Putauimus aliquando posse meliore sensu legi, *re immobili vi abrepta.* Non quod ignoraremus raptorem esse furem improbiorem *leg. item si cum 14. §. qui vim intulit supr. Quod met. caus. leg. 2. §. ceteri infr. vi bonor. rapt. i. eod. que rei immobili non magis rapinam quam furtum fieri posse. §. quod autem Instit. de vsucap. leg. quam rem 38. infr. eod. ill. tit.* sed ut Vlpiani sententia latius acciperetur, & ad rem quoque immobilem extendetur. Sed nihil certè mutandum est. Nam ut bene Accursius monet, tam abripi quam rapi res mobilis tantum dicitur, immobilis verò inuadi. *§. pen. Instit. vi bonor. rapt.* Et quemadmodum dicimus,

etiam illi qui vi rapuit condici posse furtiva condicione l. siue manifestus 10. §. ei quoque supr. de condic. furt. Ita & monendum fuit posse dari triticariam condicionem rei propriae aduersus raptorem, non

minus quam contra furem, exemplo condictionis furtivae. Nam contra eum quoque dari debere, qui alium de fundo vi deiecit, subiicitur in leg. prox. seq.

2. IDEM libro 18. ad Sabinum.

Sed & ei, qui vi aliquem de fundo deiecit, posse fundum condici Sabinus scribit, & ita etiam Celsus. sed ita, si dominus sit, qui deiectus condicat. ceterum, si non sit, possessionem eum condicere Celsus ait.

Ad l. Sed & ei 2.

RA T. D V B. Condicione triticaria nemo rem suam persequi potest, nisi iis ipsis casibus quibus possit eam persequi per condicionem furtivam §. ult. l. prox. supr. At qui per furtivam condicionem nemo potest fundum condicere, quia rei immobilis furtum fieri nunquam potest, ut proxime diximus. Ergo nec per triticariam condicere fundum vi possessum quisquam potest. **D**E C. Condicio triticaria sicuti latius patet, quam condicio certi, ut diximus ad initium legis praecedentis, ita & latius quam condicio furtiva. Haec enim ad res mobiles tantum pertinet, non ad immobiles, neque ad iura, quorum scilicet furtum fieri non potest, quia nec possideri possunt, Tit. Instit. de reb. corp. & incorp. Triticaria verò & ad res immobiles, & ad iura quoque competit d. l. prox. supr. Et diversitatis ratio evidens illa est, quia condicio furtiva nascitur ex furto l. si ambo 10. §. quoties infr. de compensat. l. sed si damnus 9. alias l. peculium §. siue autem infr. de pecul. ita ut ubi furtum non est, neque condicio furtiva locum habere possit l. si duo 13. §. idem Iulianus supr. de iureiur. At triticaria non item: Et sicuti lex Atinia de rebus furtivis lata est, ne possint vlucari

3. IDEM libro 27. ad Edictum.

In hac actione si quaeratur, res, quae petita est, cuius temporis aestimationem recipiat? verius est, quod Servius ait, condemnationis tempus spectandum. si verò deserit esse in rebus humanis: mortis tempus, sed de praedictis, q. d. latius, secundum Celsum erit spectandum: non enim debet novissimum vitae tempus aestimari: ne ad exiguum pretium aestimatio redigatur in seruo fortè mortifere vulnerato. In utroque autem b, si post moram deterior res facta sit, Marcellus scribit libro 20. habendam aestimationem, quantum deterior res facta sit. & ideo, si quis post moram seruum eluscatum dederit, nec liberari eum quare ad tempus morae in his erit reducenda aestimatio.

Ad l. In hac actione 3.

Vix alia est in toto iure nostro lex quae obscurior & difficilior esse credatur, nec immeritò apud eos, qui conditionis triticariae naturam & potestatem ignorant. Mihi nulla videtur facilior, & ex iis quae ad legem primam scriptumus, remanet iam ni fallimur, propemodum explicata, ait Vlpianus in hac actione, id est in condicione triticaria, si quaeratur res, quae petita est cuius temporis aestimationem recipiat, verius esse quod Servius ait condemnationis tempus spectandum esse. In quo illud primum occurrit, quod interpretes omnes mirantur, cur petito per triticariam homine debitor aestimatio ipsius deducatur in condemnationem.

RA T. D V B. quia in condemnationem deducendum est illud ipsum quod petatum fuit, & deductum in libellum, ut sententia sit conformis libello l. vi fundus 19. supr. commun. divid. & fatuus iudex esse dicitur qui iudicat ultra petita l. vii. C. de fidei. libert. ubi de hoc ipso iudice tractat Iustinianus

qui pro petito homine condemnavit reum ad aestimationem. Sed decidendi ratio est, quia prator in edicto de re iudicata & de sententiarum effectu & executione voluit in actionibus omnibus litem à iudice aestimari per sententiam, ut iudicati executio aliqua fieri posset, quae alioqui non posset citra vim & impressionem, siue ad dandum siue ad faciendum quis condemnaretur l. 4. §. ait prator infr. de re iudic. Pecunia enim sola est, quae per pignorum captionem & distractionem explicari commodè potest, invito etiam condemnato, & ipso tamen non hoc vel illud facere, sed pati tantum coactò l. à Diuo Pio 15. §. si pignora & pass. eod. tit. Idque pluribus à nobis ostensum est in error. 1. & 2. & 7. De ead. 85. Neque hinc repetemus. Sed addemus hanc ipsam iudicandi rationem, aut potius necessitatem, licet à Triboniano stulta & absurda dicatur in dist. leg. vltim. C. de fidei. libert. & ab Accursio nostro fatua ad hanc legem, apud veteres tamen prudentes non solum receptam, sed etiam indubi-

indubitatum fuisse, nec eius rei luculentiorum probationem vllam quaerendam esse, quam quae exat in dist. leg. vltim. C. de fidei. libert. ubi refert Iustinianus, in specie illa de herede iusto dare seruum legatio ad eum manumittendum, si heres seruum dare noluerit, sed litigare maluerit, & condemnatus ad litem aestimationem eam praestiterit, dubitatum fuisse apud veteres iuris interpretes, an aliquod obstaculum libertati ex hac causa procederet. Non ait dubitatum fuisse, an sententia eo modo concipi posset aut deberet. Quid enim fuisset stultius, quam iuris quaestionem movere circa eius sententiae effectum & executionem, quae perperam ac nullo iure lata esset? Sed ait dubitatum fuisse duntaxat, an ex eiusmodi sententia mandata executioni libertas impediretur. Videbatur enim impediri, cum non posset libertas praestari neque ab herede qui serui aestimationem legatio ex condemnatione praestitisset neque à legatario qui seruum non haberet, sed pro seruo aestimationem ipsius accipere iustus esset. Nec sanè ratio vlla esset conservandae huius libertatis, nisi aliqua ex parte ad S. C. Rubrianum pertinere videretur, de quo in leg. cum verò 26. §. subuentum & seqq. infr. de fidei. libert. Videtur enim hic casus proxime accedere ad illum de quo in §. vltim. dist. leg. cum verò, ubi tractat Vlpianus, si heres latitet à quo seruus legatus fuerat, legatarius verò qui libertatem praestare rogatus fuerat, praesens sit, an Senatusconsultum Rubrianum deficiat. Et ait deficeret, & libertatem impediri, si ponas legatarium eius serui dominium nunquam natum fuisse. Senatus enim eum duntaxat casum complexus est, quo ij à quibus libertatem praestari oportet evocati à pratore adesse noluerint dist. §. subuentum. In proposito autem latitat heres, qui libertatem praestare iustus non est, legatarius verò praesens est, qui libertatem dare iustus fuit. Ob eam nimirum causam subiungitur ex Paulo in leg. sequi. principem hoc casu adendum esse, ut & in hac specie libertati prospiciatur. Quo exemplo non male Iustinianus supradictam constitutionem edidit ad conservandam libertatem. Quid enim refert, an heres laetetur ne à legatario conveniatur, an verò sui copiam faciat, sed ut litiget cum legatario, praestetque ei aestimationem serui, seruum verò ipsum sibi retineat? Sed male Iustinianus occasionem ferendae novae constitutionis, & materiam sumpsit ex stultitia iudicis, cum ex mera ratione ac necessitate iuris eam sumere potius debuisset, mitarique prudentum veterum stultitiam, non novi iudicis qui secundum veterem Iurisprudentiam iudicasset. Videtur autem Tribonianus in illa constitutione ad ius illud novum respexisse, quod ipse totam veterem Iurisprudentiam pervertendo induxerat in leg. qui restituere 68. supr. de rei vendic. ut ibi docuimus. Esti lex illa ad actiones tantum arbitrarias pertinere videtur, non etiam ad actiones strictas, cuiusmodi sunt actiones omnes tam ex stipulatione quam ex stipulatu, itemque condictiones, & consequenter triticaria, ut diximus. Quare non est quod cum Accursio, Bartolo aliisque interpretibus dicamus hominem debitum, qui in specie huius legis petitus fuerat per triticariam, fuisse quidem adhuc in rerum natura tempore sententiae, sed non in dominio debitoris, qui proinde cum petitoris eum perfecte facere non posset, condemnari debuere ad aestimatio-

Tom. I. I.

nem: totum enim hoc commeatitium & diuinatum est. Nec minus illud quod Bartolus tanquam subtilior de ingenio suo subiungit, fuisse in rerum natura hominem tempore sententiae, sed petuisse ante iudicari executionem, quasi verò lis aestimetur in iudicati executione duntaxat si iudicatio non satisfiat, non autem per sententiam ipsam & condemnationem l. prox. infr. Atque hic primus nostrorum in huius legis interpretatione error est. Sequitur alia longè grauior huius legis difficultas, quae alium quoque, & grauiorem interpretum errorem inuexit in eo quod Vlpianus ex Seruij sententia scribit verius esse, in hac actione spectandam eam aestimationem quae est tempore condemnationis.

RA T. D V B. In actionibus omnibus stricti iuris, quoties de ineunda rei debita aestimatione quaeritur, inspiciendum est praesens tempus litis contestatae l. vinum 21. supr. de reb. credit. l. prox. infr. l. 3. §. in hac infr. commod. l. hominem 37. mandat. l. fundum 28. de no. uat. & deleg. Est enim hoc proprium iudiciorum bonae fidei, ut in iis rei iudicandae tempus spectetur d. §. in hac, aut morae utro tempore res plura fuit l. 3. §. si per venditorem de action. empr. At qui condicio triticaria est stricti iuris, ut & ceterae condictiones omnes, si sufficiens est, ut est, actionum omnium bonae fidei enumeratio apud Iustitiam in §. actionum Instit. de action. Ergo in triticaria perinde atque in condictionibus ceteris omnibus tantum lis aestimanda est per sententiam, quantum praesens fuit tempore litis contestatae. **D**E C. Ex eo tempore quidque estimandum est, quo solui novissime potuit l. si Calens 11. infr. de re iudic. At qui res per triticariam condicionem petita potuit solui vltimo instanti ante condemnationem, eiusque solutio hand dubiè perperisset debitori liberationem §. vlt. Instit. de perper. & tempor. act. ubi dicitur iudicia omnia hoc sensu esse abolutoria. Ergo si ea res soluta non sit ante sententiam, tempus condemnationis in ea praesens spectandum est: Instans enim illud primum est, quo res petita praestari & solui posse desinit, quia semper lis aestimanda est per sententiam. Litis autem aestimatio, nisi in pecunia numerata, fieri nullomodo potest. In ceteris condictionibus omnibus aliud iuris est, in quibus scilicet pecunia deberi incipit, & res petita solui posse desinit ex tempore litis contestatae propter novationem, quae sit per contestationem, & quae tamen nulla sit in triticaria, quoniam in ea hoc ipsum expressim agitur, ut nulla fiat, sed ut illud ipsum quod in obligatione & petitione fuit tempore litis contestatae, in eadem causa maneat usque ad tempus rei iudicatae. Valeat ergo Placentinus, qui dixit legem hanc intelligendam esse de condicione triticaria, quae proficitur ex contractu bonae fidei, quasi verò possit aliqua condicio triticaria esse bonae fidei, aut ex contractu bonae fidei nasci actio stricti iuris: contra quam scriptum sit in l. in bona fidei 7. vers. si tamen infr. tit. prox. Aut quae si condicio triticaria generalis dicatur, ideo quod ex quolibet contractu etiam bonae fidei possit consistere, ac non potius quod ad res omnes competat praeterquam ad pecuniam numeratam & ad factum. Valeant itè, qui distinguunt speciem debiti à rebus ceteris, ut in specie debita, & per triticaria petita tempus condemnationis spectetur, in ceteris verò rebus quae in pondere, numero, & mensura consistunt, tempus litis contestatae. Obstat enim lex quae sequitur in hoc tit. ubi postquam dixit Caius, si merx aliqua petatur per condicionem certis

V V 3

quæ nec loco nec tempore certo dari debuerit, spectandum esse tempus quo petita est, id est litis contestatæ, subiungit de cæteris rebus idem iuris esse. Sed neque quod scriptum est in *dist. leg. 3. §. in hac commod.* ad alium casum pertinere potest, quam quo species debeatur, ut antithesis aliqua sit inter contractum commodati, & contractus stricti iuris, quandoquidem extra commodati causam sunt res omnes, quæ pondere, numero, & mensura constant *dist. leg. 3. §. vltim. & leg. 4. eod. tit.* Valeat etiam quod Balgarius, & post eum Bartolus dixit restringendam esse hanc legem ad eum casum, quo res per triticariam petita pluri fuerit tempore condemnationis, nõ enim distinguit Vlpianus, an pluri eo tempore fuerit, an minoris, sed condemnationis tempus præcisè spectandum esse ait: Non etiam quomodo interpretes ferè omnes vulgo intelligunt, ut in triticaria quoque spectandum sit, quanti plurimi res vnquam fuerit à tempore moræ ad tempus vsque condemnationis. Quod est ridiculum. Nam neque in bonæ fidei iudiciis id obtinet, in quibus spectamus tantum vtro tempore res pluri fuit, aut moræ, aut condemnationis *l. 3. §. vlt. infr. de action. empt.* quomodo accipi debet quod scriptum est quantum ad bonæ fidei contractus pertinet in *d. l. 3. §. in hac commod.* Quanto minùs ergo in strictis iudiciis id obtinebit: Deniq. inauditum est in libris nostris nomen æstimationis quanti plurimi extra casum legis Aquiliæ *l. 1. l. ait lex 21. supr. ad leg. Aquil. & conditionis furtiuae l. in re furtiua 8. §. 1. vbi diximus supr. de condit. furt. l. 2. §. quæsitum infr. de priuat. delict.* vbi tamen additur quod ad sententiam nostram confirmandam valde facit, etiam in conditione furtiua æstimationem quanti plurimi non egredi retrosum iudicij accipiendi tempus, id est litis contestatæ. Cur non enim egrederetur ad tempus vsque furti commissi, si à tempore moræ etiam in strictis iudiciis æstimatio quanti plurimi deberetur, cum ab eo tempore fur moram semper facere intelligatur, nec odiosior mora vlla sit quam quæ furti est *d. l. in re furtiua §. 1. & l. vltim. eod. tit.* Concludamus ergo, ad eò non attendi tempus moræ in contractibus stricti iuris, quod ad inuendæ rei æstimationem attinet, vt nec in conditione furtiua contra furem ipsum attendatur. Neque obstat quod in fine huius legis scriptum est, quod interpretes omnes decepit, si homo debitus & per triticariam petitus deterior post debitoris moram factus sit, ad tempus moræ æstimationem reducendam esse. Aliud enim est deteriorem factum esse hominem post moram, aliud verò factum esse viliorẽ. Est enim quisquis deterior sit, hoc ipso sit vilior: potest tamen fieri vilior etiam is qui tamen nullomodo factus sit deterior. Nec videtur præstari homo debitus, si post moram præstetur deterior *dist. leg. 3. §. si reddita infr. commodat.* cum tamen non eo minùs præstari possit, quod factus sit vilior dum ne deterior. Sed & longè aliud est dicere, reducendam esse æstimationem ad tempus moræ, vt Vlpianus ex Marcello in fine huius legis loquitur, aliud verò æstimandum esse hominem quanti plurimi vnquam fuerit à tempore moræ, quomodo interpretes nostri intelligunt. Prioris enim locutionis sensus est, inspiciendum esse præcisè tempus moræ, id est, quanti res fuerit vltimo illo instanti quod præcessit deteriorationem. Posterior autem locutio è contraria totum illud tempus com-

plectitur, quod deteriorationem subsequens est. Denique sic Marcellus loquitur, habendam esse æstimationem quanti deterior res facta sit post moram, vt intelligamus solus deteriorationis, non etiam totius rei debitæ faciendam esse æstimationem, cum mora deteriorationem præcessit. Itẽmque nullam penitus moræ rationem habendam si res debita vilior tantum facta sit, non etiam deterior, quamuis mora præcessit: quæ sententia interpretum errorem manifestissimè conuincit, qui monstrum hoc, vt appellare soleo, æstimationis quanti plurimi etiam in conditione triticaria, cæterisque stricti iuris contractibus inducunt, quoties mora aliqua præcessit, licet nulla deterioratio interuenierit. Suaves verò sunt interpretes, qui in inuenda æstimatione rei debitæ etiam ex contractu stricto, ideo tempus moræ spectari volunt, quod tanti lis æstimanda sit quanti res fuit eo tempore quo dari debuit, vt scriptum est in *leg. sequent.* Dari autem debuit etiam ante litem contestatam, sic enim ad hanc legem argumentatur Accursius, nec videt Casum in *leg. prox. sequent.* cum ita loquitur, cum casum tractare, quo res certo die dari debuerit, extra quem casum aperit profiteretur Caius, tanti litem æstimandam quanti tunc res fuerit, cum iudicium acciperetur: alioqui nec tempus moræ spectandum esset, nec quanti plurimi ab eo tempore res fuisset, vt volunt interpretes, sed tempus ipsum contractus, quo res ipsa purè promissa fuerit, aut quanti plurimi ab eo tempore res fuit, cum ab eo tempore dari debuerit. Igitur quemadmodum non attendimus tempus illud, quo dari res debuit, quod omneque interpellatio & mora secuta sit, iuxta ipsorum interpretum sententiam, ita neque tempus moræ, si qua per interpellationem extrajudicalem secuta sit: Non quasi in stricti iuris contractibus nulla contrahi mora possit per interpellationem extrajudicalem, sed tantum per litis contestationem, vt quidam malè crediderunt, sed quia in iis nullus moræ effectus esse potest ad augendam principalem obligationem, sed tantum ad eam perpetuandam, hætenus vt siue res debita perierit, siue deterior facta sit post moram, nihil tamen de obligatione principali detrahatur, sed talis res præstanda sit qualis ante moram fuit, *leg. si ex legati 23. & sequentib. leg. si seruum 91. §. sequitur & sequent. & vltim. infr. de verb. oblig.* Idque ad eò verum est, vt tum quoque cum species debita post moram perierit, non tamen æstimanda sit, quanti fuit tempore moræ, multoque minùs quanti plurimi fuerit à tempore mortis ad tempus vsque moræ, sed quanti est, cum petitur, quod quoniam æstimari non potest citra ius iurandum in litem, quia rei quæ non extat, nulla præsens est æstimate, ideo nimirum in strictis quoque actionibus hoc casu ex necessitate iuratur in litem *l. in actionibus 5. §. planè supr. de in lit. iur.* Cuius ius iurandi præstandi nulla subest necessitas, si æstimanda res esset quanti plurimi à tempore moræ fuisset, vt cernere est in actione legis Aquiliæ, in qua occisus homo æstimatur commodissimè quanti plurimi eo anno fuit, sine vlla ius iurandi delatione. Itẽmque in conditione furtiua, in qua furtiuus homo, si post litem contestatam mortuus sit, æstimatur quanti plurimi fuit non à tempore moræ, id est admissi furti,

sed

sed à die tantum litis contestatæ ad tempus vsque mortis, nec vilo in eam rem iur iurando est opus, sed eo tantum casu quo seruus ante litem contestatam decessisse proponatur, ne alioqui deterioris conditionis sit furtiuus conditio, quam cæteræ conditiones omnes, & actiones stricti iuris. Illud ferri nulomodo potest, quod vult Accursius, nullam esse hac parte differentiam inter actiones bonæ fidei & strictas, cum de inuenda rei debitæ æstimatione quaeritur, sed tantum cum de accessionibus agitur, id est de fructibus, de vfuris, & de eo quod interest accessorie debito. Differentia enim apertissimè ponitur in *d. l. 3. §. in hac infr. Commod.* vbi de æstimanda tantum re agitur, non de fructibus aut de vfuris, probaturque eadem differentia ex aliis legibus supra in hanc rem citatis. Nec verius est, licet subtilius videatur, quod Bartolus tradit ad *d. §. in hac,* eo tantummodo casu admittendam esse differentiam inter contractus bonæ fidei & stricti iuris quo debita res æstimanda sit per ius iurandum in litem, sicque intelligi debere quod scriptum est in *d. §. in hac,* non etiam cum aliis modis & probationibus res æstimatur. Pugnãt enim hæc quoque sententia cum verbis *d. §. in hac,* vt ibi dicemus. Sequitur in hac lege,

a Si verò defierit esse in rebus humanis. RAT. DVV. Iudex non potest sine delatione ius iurandi æstimare rem, quæ non extat *l. in actionibus 5. §. planè supr. de in lit. iur.* Ergo ius iurandum actoris in litem hoc casu necessarium est, nec permitti debet iudici, vt litem æstimet in spectro tempore mortis, ne quidem sumpto eo tempore *de m. d. c. l. 1. vlt. lex ait. D. C.* Multum interest, an homo debitus perierit post moram & ante litem contestatam vt in *d. §. planè,* an verò post litem contestatam siue mora aliqua præcedente, siue nulla. Priore casu necessarium est ius iurandum in litem, quia sicuti homo debitus, & post promissoris moram mortuus, peti adhuc potest *d. leg. si seruum 91. §. vlt. de verb. oblig.* Ita æstimandus est ac si viueret in spectro præcisè tempore quo petitus est, id est litis contestatæ: Dici autem non potest citra ius iurandum in litem, quanti eo tempore æstimandus sit homo iam mortuus, & qui amplius nullus est. At posteriore casu subdistinguedum est, an debitus homo & post litem contestatam mortuus, petitus esset per conditionem certi, an per triticariam. Si per conditionem certi æstimandus est quanti fuit præcisè tempore litis contestatæ, quod facile sciri potest eo quoque mortuo, & quidem citra ius iurandum in litem, cum illo tempore vixerit, quemadmodum contingit in actione legis Aquiliæ, vt diximus. At si per triticariam neque æstimatio illa spectari potest, quæ fuit præcisè tempore litis contestatæ, quia in huiusmodi actione litis contestatio non facit, vt res ipsa deberi desinat, eiusque precium deberi incipiat, quomodo in conditione certi, aliisque actionibus omnibus siue bonæ fidei siue stricti iuris contingeret, neque rursus illa æstimatio quæ est tempore condemnationis, cum eo tempore iam defierit viuere, & consequenter defierit præstari posse: Necessariò igitur ea æstimatio facienda est, quæ fuit tempore mortis. Lariùs tamen & *de m. d. c. l. 1. vlt.* ne alioqui ad exiguum penèque nullum precium redigatur æstimatio, si præcisè inspicatur, vltimum instans vitæ seruo mortiferè vulnerato, quodnam enim precium esse potest serui iam iam mortuari? Dices ita futurum vt moroso debitori magis noceat mora extrajudicialis per sim-

plicem interpellationem contracta, quam iudicialis commissæ per contestationem. Sed respondendum est id fieri non propter moræ extrajudicialis potestatem, sed potius ex necessitate iuris, & quia mora extrajudicialis, licet eam vim habeat, vt obligationem perpetuet, non tamen habet eam vim, vt eius ratio aliqua possit haberi in inuenda æstimatione rei debitæ post moram peremptæ: Quia si haberi aliqua possit, inspiceremus quanti res fuisset præcisè attento tempore moræ, neque actoris ius iurandum in eam rem exigeremus, quod proinde necessarium est, ne alioqui actor non tam minus quam nihil consequi possit, acque ita fiat inanis & illusoria obligatio, quæ tamen ne intercedat per moram perpetuatur. At cum mora iudicialis contracta est per litis contestationem, nihil causa est, cur alterius temporis æstimationem exigamus, quam quæ fuit tempore litis contestatæ, si conditione certi, non triticaria actum sit, quia & illud ipsum tempus inspiceremus si seruus viueret *l. hominem 37. infr. mandat.* Aut si triticaria non certi conditione actum fuerit, eam æstimationem inspiciemus quæ fuit tempore mortis id est primo illo instanti quo ex vulnere mortifero infirmari cepit. Ex regula *d. l. 1. §. Calendis 11. infr. de re iudic.* non item illam, quæ fuit tempore litis contestatæ, quia in actione triticaria non facit contestatio, quin etiam post litem contestatam species quæ adhuc petitur, adhuc præstari possit. Hinc porò euidentiùs apparet, quam falsum sit, quod interpretes somniant de æstimatione quanti plurimi etiam in specie huius legis in eunda. Nam si æstimatio quanti plurimi hoc casu deberetur, quid necesse esset ad eam æstimationem recurrere, quæ mortis tempore *de m. d. c. l. 1. vlt.* sumpto reperiretur? An nõ lariùs & verius *de m. d. c. l. 1. vlt.* fieret æstimatio condemnato promissore quanti homo à tempore litis contestatæ ad tempus vsque mortis valuisset? An non plaris fuit homo post litem contestatam priusquam vulneraretur mortiferè quam quo tempore cepit ex vulnere infirmari? Tractat liquidem Vlpianus eum casum, quo petitus homo post litem contestatam decessit, non quo post moram extrajudicalem, & ante contestationem, ac proinde in quo secundum interpretes deberetur æstimatio quanti plurimi homo fuisset à tempore extrajudicialis moræ, si qua ante litem contestatam contracta probaretur? Perisse enim hominem post litem contestatam ex eo constat, quod ponit Vlpianus fuisse peritum per triticariam, petitio autem nulla fieri intelligitur nisi per contestationem. Qui enim nondum litem contestatus est, non tam petit quam petere vult *d. l. amplius 15. infr. rat. rem habet.* Et verò cur ita scriberet hinc Vlpianus non enim debet nouissimum vitæ tempus spectari si non ita ius esset, vt in æstimanda re debita certi alicuius temporis rationem haberi præcisè oporteret, non autem in toto illo temporis spatio negari quod à die moræ in diem vsque mortis serui aut condemnationis intercessisset? Nam neque in bonæ fidei iudiciis in quibus pleniores & vberiores præstationes fiunt, æstimatio vnquam præstatur, quanti plurimi res fuerit à tempore moræ ad tempus vsque rei iudicatæ, sed vtro tempore res pluri fuit aut moræ aut condemnationis, vt Vlpianus loquitur in *l. 3. §. vlt. de action. empt.* Quod & in aliis ferè omnibus iuris partibus æquè obseruatur etiam in æstimando eo quod interfuit, vt ad certum præcisè tempus restringatur æstimatio, neque ex eo, quod

pluris vel minoris postea interesse ceperit, recipiat actio augmentum vel diminutionem l. ubi exigitur 8. §. 1. *supr. de edend. l. 4. §. hac autem actio infr. vi bonor. rapt. l. is qui in puteum 11. §. quod ait Prator quod vi aut clam. d. l. fundum 28. de nouat. l. 3. §. diui fratres de iur. fisci. l. 5. §. vlt. *supr. de ser. corrupt. l. cum certum 9. de aur. & argent. legat. d. l. vinum & l. prox. infr.* Sequitur*

b In utroque autem. Id est siue res extet tempore condemnationis, siue ante condemnationem perierit post litem contestatam, non item si perierit ante contestationem post moram extra iudicalem. Nec enim hunc casum tractat Vlpianus, sed quo res debita perita sit per triticariam, nam prius quam petatur, licet iam debita sit, nesciri tamen adhuc potest, an & quando futurum sit, ut petatur, & cum petetur, an per conditionem certi, an per triticariam, inter quas actiones nulla est differentia quod ad ius debiti, & obligationis pertinet, sed tantum in hac vel in illa actione eligenda & exercenda, post litem contestatam ait lex,

c Si post moram res deterior facta sit. Non ait Vlpianus si vilior quomodo ad interpretum errorem confirmandum loqui debuisset, sed si deterior. Aliud enim est, fieri rem deteriorē, aliud verò fieri vilio-rem. Non potest e quidem res fieri deterior, quin hoc ipso fiat vilior, sed potest fieri vilior etiam non facta deterior. Ad eoque quod magis mirum est, fieri potest per accidens, ut facta deterior fiat tamen preciosior aucto precio rerum quæ sunt eiusdem speciei vel generis. Finge commune precium seruorum tempore moræ fuisse vigenti aureorum, tempore verò subsequenti auctum esse, usque ad quadraginta aureos. Seruus post moram eluscatas adhuc poterit æstimari triginta aureis, qui antequam eluscatas esset, non fuerat dignus nisi viginti, sed qui tamen hodie dignus esset quadraginta si non esset eluscatas. Idem que multo facilius eueniret in frumento, vino, & aliis mercibus quarum precia in singulos ferè dies mutantur. Quam enim læpe accidit, ut frumentum vel vinum deteriorationem carius tamen vendatur, quam quanti fuit ante deteriorationem, sed semper vilius tamen quam si deterioratum hodie non esset? Rem aliquam vilio-rem factam cum dicimus, nihil nisi valoris diminutionem significamus, cum verò factam deteriorē, significamus diminutionem substantiæ. Res debita etiam si facta sit vilior nihilominus solui potest, ex eaque solutione contingit liberatio, sed facta deterior, quamvis preciosior in quantitate precij, quod ex ea eligi potest, mutato aucto que, ut diximus, rerum eiusdem generis precio, non potest solui, ut ex ea solutione inuito creditore debitor liberetur, quomodo scriptum est in hac lege & in d. l. 3. §. si red- dita *infr. Commod.* Scilicet si facta sit deterior post moram aut per culpam debitoris, alterutrum si quidem sufficit leg. qui sibi 33. §. 1. *infr. de solut. d. l. si ex legati 23. & seq. l. si seruum 91. §. sequitur & seq. & §. vlt. *infr. de verb. obligat.* Et ideo bene Vlpianus ex Marcello subiungit, re facta deteriorē habendam esse æstimationem quanto deterior res facta sit, non autem quanto vilior. Potest enim fieri, ut etiam subdubio precio deteriorationis res præterea vilior facta sit, quo tamen casu Marcellus non diceret reducendam esse ad tempus moræ æstimationem, nihil enim debitoris interest, an crescat, vel decrescat æstimatio rei debite, nec si post moram ea diminutio con-*

tigerit, si modò debitor ex contractu stricto terrebatur, dum ne ea valoris diminutio ex superueniente deterioratione contingat. Semper enim periculo debitoris qui in mora fuit, cedit deterioratio, quia & eius periculo cederet si tota res periret. Quæ enim sit deterior, ex aliqua parte perit, quatenus scilicet deterior facta est. Cum autem post Marcellum & Vlpianum dicimus, re facta deteriorē post moram, habendam esse rationem, quanto deterior res facta sit, & ad moram tempus reducendam esse æstimationem, ut in fine huius legis scriptum est. Non illud significamus quod putant interpretes, æstimandam esse rem quanti plurimi fuit a tempore moræ, adeoque nec quanti res illa fuit inspecto præcisè tempore moræ, aut potius instanti illo ultimo quod deteriorationem immediatè præcessit, non dum secuta contestatione, quo instanti potest res debita plus esse aut minoris quam fuerit tempore moræ, sed hoc potius, tanti litæ æstimandam quanti esset tempore condemnationis res extans, aut tempore mortis *de mortis sumptio*, perempta post litem contestatam, si post tempus moræ deterior facta non fuisset. Finge hominem debitum post promissoris moram eluscatum adhuc viuere tempore condemnationis, sed propter eluscationem non esse dignum nisi triginta aureis, qui si eluscatas non fuisset, dignus esset quadraginta, ut in exemplo superius allato. Hunc ipsum verò seruum antequam eluscatas esset, ac eo tempore quo mora per impellationem congruo loco & tempore factam commissa est, non fuisse dignum nisi viginti, quod eo tempore commune seruorum precium vilius esset? An in conditione triticaria æstimabimus eum viginti duntaxat aureis, hoc est quanti fuit seruus integer tempore moræ, an triginta quanti est tempore condemnationis propter eluscationem? An denique quadraginta, ac eo tempore quo mora per impellationem illam non nisi ad viginti teneretur, qui si mora facta non esset, teneretur ad triginta, etiam deteriorato, & eluscatas seruo, adeoque ad quadraginta si eluscatas homo non fuisset. Sensus ergo Marcelli & Vlpiani est, inspicendum esse tempus moræ, ut sciatur qualis seruus æstimari debeat, ut nimirum æstimetur integer, non autem eluscatas, sed non ut sciatur qualiter & quanti æstimati debeat, semper enim litæ æstimanda est inspecto tempore condemnationis, aut mortis, sed integri hominis, non eluscatas quæ porrò integri hominis æstimatio non potest fieri, nisi reduceretur ad tempus moræ quo erat seruus integer. Itaque coniungendum est tempus moræ cum tempore condemnationis vel mortis, non ut litæ æstimetur vtro tempore res pluris fuerit, quomodo in bonæ fidei contractu contingeret d. l. 3. §. vlt. *de act. empt.* sed ut æstimetur homo quanti est tempore condemnationis, nulla habita ratione vilitatis quæ per deteriorationem post moram superuenit, sed perinde ac si post moram deterioratus non esset. Planè non aucto seruorum precio, atque ita quod necessario consequens est, imminuta serui debiti propter deteriorationem post moram æstimatione, tempus moræ præcisè spectandum erit. Et ita commodè intelligi hic versic. poterit, si ad huc casum restringatur quo nulla mutatio superuenit in precio communi seruorum, sed tantum in æstimatione serui debiti. Est enim ille casus paullo alienior

& ræ

& rarior quo seruorum omnium precium auctum sit vel imminutum, nec facile mutandi sunt termini. Quod si post moram & ante litem contestatam debitus homo esset mortuus, tum verò æstimandus esset, non quanti fuisset tempore moræ aut mortis, sed quanti tunc cum peteretur, & consequenter per auctoris iusurandum in litem, cum aliter non possit iudex rem quæ non extat, sed tamen pro extante adhuc habetur ex præsentis tempore æstimare, ut supra diximus ex d. l. in actionibus 5. versic. planè *supr. de in lit. iur.* Atque hæc quidem germana mihi

videtur huius legis interpretatio. Ratio igitur dubitandi specialior illa est ad hunc vel scilicet, quod in actionibus strictis qualis est conditio triticaria, ut & alia qualibet, non solet haberi ratio moræ, sed tantum in contractibus & iudiciis bonæ fidei leg. mora 32. §. in bonæ fidei l. videamus 38. §. pen. l. & in contraria 36. *inf. de vsur. l. 3. C. de in integr. rest. minor.* Sed decidendi illa fortior quod in iudiciis strictis, licet non habeatur ratio moræ ad augendam obligationem, habetur tamē ad eam perpetuandam siue debita res post moram in totū perierit, siue deterior facta sit, ut docuimus,

4. CAIVS libro 9. ad Edictum Prouinciale.

SI merx aliqua, quæ certo die dari debebat, petita sit: veluti vinum, oleum, frumentum: tanti litem æstimandam Cassius ait, quanti fuisset eo die, quo dari debuit. si de die nihil conuenit: quanti tunc, cum iudicium acciperetur. Idemque iuris in loco esse: ut primùm æstimatio sumatur eius loci quo dari debuit: si de loco nihil conuenit, is locus spectaretur, quo peteretur. Quod & de ceteris rebus iuris est.

Ad l. vlt. Si merx aliqua.

Huius legis interpretatio non alia à nobis expectanda est, quam quæ ex illi colligi potest, quæ ad legem proximam scripsimus, & ad l. vinum 22. *supr. de reb. credit.* ubi ex Sabino eadem omnino sententia proponitur, quæ hic ex Cassio. Fuerunt enim Sabini & Cassius eiusdem scholæ auctores, earundemque opinionum sectatores, unde alij prudentes Sabini & Cassiani dicti, ad differentiam Procollanorum, qui licet non semper, plerumque tamen contra Sabinum & Cassium sentiebant. Itaque mirum est Accursium opponere hanc legem quasi contrariam dictæ legi vinum, cuius tamen non modò idem sensus est, sed eadem quoque propemodum verba, nisi quod in d. l. vinum scribitur, Si de die quo vinum præstari debuerit, nihil conuenit, tanti æstimandum esse quanti tunc fuit cum petiturum est. Quod Accursius eo loco intelligit, etiam extra iudicium, dum modò congruo loco & tempore. Hic verò Caius scribit tanti æstimandam eo casu litem quanti tunc merx fuit, cum iudicium acciperetur. Sed non sunt hæc contraria. Petiturum enim id demum dicitur quod per litem contestationem petitum est, ut sæpius diximus, quia is qui controuersiam aut manatur aut mouet, necdum tamen litem contestatur, non tam petit quam petere vult, inquit l. amplius non peti 15. *rat. rem habet. iunct. l. sed si 25. §. si ante *supr. de pet. hered.* Quod Accursius in sua illa interpretatione non bene obseruauit. Præcipua legis huius difficultas in eo est, quod pugnare videtur cum l. prox. *supr.* Illa enim vult in conditione triticaria spectari eam æstimationem, quæ sit tempore condemnationis, hæc verò eam, quæ tempore accepti iudicij, & litem contestata. Et pugnaret sanè si hæc quoque lex ut superior de conditione triticaria intelligeretur, neque conciliationis ratio vlla satis commoda iniri meo iudicio posset. Nam quod vulgò putant, legem superiorem loqui de specie debita, hanc verò de merce, verum quidem est, sed tamē etiam de specie hæc lex loquitur in postremis illis verbis, Quod & de ca-*

teris rebus iuris est, quæ scilicet in specie non in genere, ut merces consistunt. Neque rursus differentia rationem vllam probabilem adferre possunt, quæ hac parte speciem à merce distinguunt. Est enim species perire potest, & perit facile, non etiam merx, ut nec aliud quicquam eorum quæ recipiunt functionem in suo genere, quoties per modum generis debentur *vulg. l. incendium 11. C. si cert. petat. l. in ratione 30. §. incerta *inf. ad leg. falcid.* Cum tamen species extat nec aut perempta aut deterior post moram facta est, quid impedit quominus æstimetur inspecto tempore litem contestata, sicuti merx, aut merx quoque inspecto tempore rei iudicandæ ut species? l. 3. §. in hac *infr. Commod. l. hominem 37. *infr. mandat.* quæ & de homine loquitur, & de conditione certi ex stipulatione, ut & lex fundum *Cornelianum 28. *infr. de nouat.* de fundo debito ex stipulatione. Negandum igitur est loqui hanc legem de conditione triticaria, quamvis sub hoc Tit. posita sit, sed potius de conditione certi, de qua & in d. l. vinum d. l. hominem & d. l. fundum. Nam nec triticaria locum habere vnamquam potest, si res debita fuit, soluenda certo die, quia eius temporis æstimatio hoc casu præstanda est præcisè, nec quicquam prodesset agere triticaria ut condemnationis tempus spectaretur *dict. l. vinum & hac lege & d. l. hominem lunct. l. quoties 59. & seq. *infr. de verb. oblig.* nec de qualibet conditione certi, sed de ea quæ ex mutuo non de ea quæ ex stipulatione. Quæ tamen omnia quam rationem habeant, quia pluribus explicauimus in error. 4. & 7. *decad. 84. de error. pragmat.* nec malè, ut nobis videtur, & longiore tractatu indigent, consulto hic prætermittimus, ut te, mi Lector, ad perlegendam probandamque Chilianem nostram, præsertim verò vltimam illam partem, inuitemus. Quod si rationes dubitandi & decidendi specialiores ad hanc quoque legem quaris, eas vide quas attulimus ad d. l. vinum, cuius cum eadem sententia sit, quæ huius legis, ut diximus, non alias proculdubio admittere potest, siue dubitandi siue decidendi rationes.****



DE EO QVOD CERTO LOCO DARI OPORTET.

TIT. III.

CA IVS libro 9, ad Edictum Prouinciale.

ALio loco, quàm in quem sibi dari quisque stipulatus esset, non videbatur agendi facultatē competere. sed quia iniquum erat, si promissor ad eum locum, in quem daturum se promississet, nūquam accederet, quod vel data opera faceret, vel quia aliis locis necessariò distringeretur, non posse stipulatore ad suū peruenire: ideo visum est, vtilem actionē in eam rem cōparare.

Ad l. Alio loco 1.

Explicito conditionum omnium tractatu difficillimo certè ac obscurissimo, succedit tit. De eo quod certo loco dari oportet. non minùs difficilis, & perplexus quàm superiores, in quo agitur de actione vtili & arbitraria, quæ nec aliud quàm huius tituli nomen habet de eo quod certo loco. Videtur autem huic titulo hinc subiungendo causam dedisse quod scriptum est in l. vlt. tit. preced. de in eunda per conditionem certæ æstimatione rei, quæ certa die aut certo loco solui debuit, si aut non sua die soluta sit, aut non suo loco, de eo quod certa die dari debuit, nec datum est, titulum nullam Prætor proposuit, nec actionem vllam vtilē & arbitrariam, quia quod Calendis Ianuariis præteritis dari debuit, si datum non sit, multo magis dari debet Ianuariis sequentibus, quia saltem hodie dandum est, quod iam olim dari oportuit l. si sterilis 21. §. cum per venditorem in fin. infr. de action. empt. Itaque sufficit in eam rem directa actio ex stipulatione, vt quocunque tempore peti possit, ad eò vt nec prius nascatur actio & conditio certæ stipulatione, quàm totum tempus præterierit, quod stipulatione comprehensum erat leg. qui hoc anno 42. leg. liber homo 118. §. decem leg. continuis 137. §. cum ita de verb. oblig. Plus enim tempore actor peteret, si ante totum illud tempus præteritum peteret, quod liberum est debitori ad soluendum leg. quod certa 70. de solut. leg. stipulatio ista 38. §. inter incertam de verb. oblig. At loci alia ratio est, nec enim locus vnus in alio continetur, ac proinde quod certo loco solui promissum est, in alio peti non potest directa actione. Ob eamque causam fuit necesse proponi à Prætor actionem hanc vtilem, & arbitrariam, De eo quod certo loco. per quam permittitur stipulatori etiam alio loco petere, sed æstimata tamen vtilitate loci, in quo fieri solutio debuit ex parte tam actoris quàm rei leg. 2. §. nunc de officio infr. hoc tit. RAT. DVV. Contractus omnes ex conventionione legem accipiunt leg. 1. §. si conuenierit infr. de posit. præsertim verò stipulationes conventionales, quæ inde nomen acceperunt leg. 5. leg. in conuenionalibus 52. infr. de verb. oblig. & quæ ad eò pendunt ex verbis, vt quicquid stipulatione comprehensum

est, id fieri oporteat, quicquid autem ommissum est, pro omisso haberi leg. quicquid adstringende 99. eod. tit. Atqui ponimus stipulationem ita conceptam esse Caput centum dari. Ergo fieri nequit vt alibi quàm Caput ea centum petantur, alioqui ageretur ex stipulatione non tantum præter sed etiam contra verba stipulationis. Nec enim locus minùs quàm dies in stipulatione adiectus facit partem stipulationis l. 1. §. editiones supr. de euerd. quasi stipulator eligendo vnum locum videatur aliis renunciare arg. l. vlt. C. de pact. conuenit. Indè quæ est quod qui certo loco dare promissit, eam æstimationem debet, quæ in eo loco fuit, vbi solutio fieri debuit l. vlt. supr. tit. proxi. l. vlt. §. 2. supr. de reb. credit. Nam & contra axillæ quicquid intelligitur in eo loco, in quo vt solueret se obligauit l. 3. infr. de reb. auctor. iudic. possid. l. contraxisse 21. de oblig. & act. l. omnem 21. supr. de iudic. DE C. Nunquam debet esse in potestate debitoris an debeat, aut an soluat l. 2. §. Scasola infr. l. sub hac conditione 8. infr. de oblig. & action. Est enim obligatio iuris vinculum quo necessitate adstringimur alicuius rei soluendæ, secundum civitatis nostræ iura, vt Iustinianus diffinit in Instit. tit. de oblig. & act. vt proinde vbi necessitas illa non est, nec obligatio esse aliqua videri possit l. stipulatio 17. infr. de verb. oblig. Atqui esset in potestate & arbitrio promissoris, qui certo loco dare promississet, vt nūquam solueret, nec vllibi gentium conueniri posset. Quid enim si ad eum locum in quem daturum se promississet, nūquam accederet, siue data opera & dolo malo id faceret, siue quia aliis locis necessariò distringeretur? An non esset iniquum etiam cessante dolo promissoris, ad eòque nulla ipsius culpa interueniente, puta si urgente quò alio creditore in carcere detrusus sit, nullam misero creditore superesse rationem debiti sui consequendi? Nec enim vnquam talis interpretatio fieri debet stipulationis, vt inutilis fiat stipulatio l. Titia 134. §. 1. de verb. oblig. l. si ita stipulatus 126. §. Chrysofonus versplanè eod. Bene igitur Prætor visum est si actione directa profusus deficiente vtilē in eam rem compararet, vt quocūque loco conueniri per arbitrariam posset is qui certo loco dare promississet, nec vtrouique tantum id est in loco vel domiciliij vel solutionis, vt malè Accursius hic notat, sed vbi que leg. si duo 16. §. 1.

16. §. 1. infr. tit. prox. perinde atque is qui nullo certo loco debet, de quo in l. cum qui 43. supr. de iudic. l. qui loco certo 27. supr. de cond. ind. quamuis ille qui certo loco dare promissit, alibi solvere inuito stipulatore non possit l. per. vbi dicimus infr. Hæc autem actio cur dicatur vtilis, nō est difficile intelligere, cum de tur ex sola æquitate, vt & cætera omnes vtilēs & præter, cōtra que verba stipulationis, ex quibus tantum potest directa competere. Sed cur arbitraria dicatur per emphasim & antonomasticè, ita vt arbitrariam simpliciter cum dicunt Iureconfulti hanc intelligant, difficilius est dicere, cum nec ei conueniat diffinitio arbitrariarum actionum, quam tradit Iustin. in §. præterea Instit. de act. in quibus, inquit, nisi parcatur arbitrio iudicis, cōdemnatio fieri ex bono & æquo debeat. Certum enim est in actione ista nullum præcedere arbitrium de re restituenda, quod in cæteris arbitrariis omnino præcedere necesse est, vt sequi possit cōdemnatio, sed resecta perueniri ad cōdemnationē nec duas hinc ferri sententias, vnā quæ arbitrio causam præbeat, aliam verò quæ cōdemnationem vel absolutionem cōtineat, quomodo in cæteris actionibus arbitrariis contingit leg. qui restituat 68. supr. de rei vindic. Vnde fit, vt in hac actione de eo quod certo loco semper reus cōdemnandus sit, ad solutionem in eo loco, in quo cōuenit, faciendā, non tantum si per eum steterit, quo minus destinato loco facta solutio sit, sed etiam si per actorem (quamuis in minore quantitate cōdemnandus sit hoc casu de resecto) scilicet eo quod in suis interest solvere potius suo loco) absque eodas verò nunquam, nisi in casu l. 4. §. 1. hoc tit. vt pluribus doctores de ad. 90. & 91. de error. pragmat. maxime verò in Error. 3. & 4. & dicimus ad d. l. 4. §. 1. Sed dicendū est quod nos etiam explicauimus in Error. 1. & 4. d. d. l. de ad. 91. d. d. hanc actionem arbitrariam, quod in ea fiat semper cōdemnatio arbitrio iudicis l. 2. §. vlt. l. 3. l. centum 8. infr. non item in cæteris arbitra-

2. VLP. IANVS libro 17 ad Edictum.

Arbitraria actio vtriusque vtilitatem continet, tam actoris, quàm rei. quod si rei interest, minoris fit pecuniæ cōdemnatio, quàm intentatum est. at, si actoris, maioris pecuniæ fiat.

Ad l. 2. Arbitraria.

RAT. DVV. Hæc actio cum sit arbitraria & vtilis, nulla potest parere cōdemnationē nisi ex æquitate l. 4. §. 1. infr. Atqui æquitas non paritur, vt in eodem casu vtilitatis vtriusque litigatoris ratio habeatur, id est & actoris & rei. Nam vel alteruter tantum in mora est, vel vterque, vel neuter: si alteruter tantum, æquitas dicit vt habenda sit ratio vtilitatis aduersarij, cui nihil imputari potest, quisquis ille sit, siue actor siue reus. non etiam illius, cui aliquid imputari potest, ex regula l. quod quis 203. de reg. iur. si verò vterque in culpa sit vel in mora, neutrius vtilitas æstimanda est, sed vtriusque culpa compensanda vt in l. ambo 10. infr. de compensat. l. viro 39. solut. matr. aut potius vtilitas eius negligenda est, qui posteriore morā contraxit, semper enim posterior mora nocet, & purgat priorem l. qui decem 72. in princ. & §. 1. infr. de solut. l. si seruum 91. §. sequitur de verb. oblig. l. illud pen. infr. de peric. & commod. rei vendit. Quid si neuter in mora nec in culpa fuit, æquum est totius rei vtilitatem spectari non etiam actoris. Est enim actio hæc actoris potissimum gratia cōparata est, ne alioquin iacturam debiti sui facilè incurteret, si alibi quàm in loco solutioni destinato conuenire debitorē

riis: in quibus scilicet arbitrium iudicis nullum est circa faciendam cōdemnationem, sed tantum circa rei restitutionem imperandam. Fit enim in iis & fitur arbitrium ex bono quidem & æquo d. §. præterea, sed tamen cōdemnatio secundum eam formam quæ vel edicto Prætoris constituta est, vt in actionibus, Quod metus causa de dolo & aliis plerisque similibus, vel ex ipsis legibus, vel deniq; auctoritate prouidentur: vt ex singularum exemplis in Childe à nobis demonstratum est, ita vt si æquitas alicuius præterea aliam cōdemnationem facere iudex vellet quàm quæ singulis actionibus præterea est, non esset ei permittendum. Habet autem locū hæc actio ex stipulatione, & ex ea nascitur, vt cōsta ex hac lege, & apertius scriptum est in l. prox. §. 1. infr. vt intelligamus non æquè nasci eam ex aliis contractibus, non solū qui sunt bonæ fidei in quibus sola potestas formulæ in hanc rem potest sufficere, ob vbi illa ex bona fide quæ in distandis à Prætor bonæ fidei actionibus nūquam prætermittitur l. in bona fidei 7. infr. iunct. §. in bona fidei Instit. de action. sed etiam iuris iuris sunt puta ex mutuo, quia conditio ex mutuo cum nascatur ex numeratione, potest exerceri quolibet loco etiam directa, quamuis conuenit vt certo loco soluat, cum non obligationis sed solutionis tantum causa possit, locus a iudicis in contractu mutui, vt dicimus ad l. aut mutui §. infr. hoc tit. Quod & in cæteris omnibus contractibus excepta stipulatione iuris est. Porro ne quid ex stipulatione nascitur arbitraria, nisi cum locus stipulationis insertus est obligationis tantum causa, vt si promissum sit Caput centum dari hac leg. & d. l. prox. §. 1. infr. Nam si solutioni tantum adiectus sit, potest actio directa sufficere. Verum de his omnibus vide quæ scripsi latius dist. de ad. 90. & 91. vbi & reserata videbis fere omnia quæ Accursius, Bartolus, & alij circa hanc tractatum peccauerunt.

suum non posset, cum tamen ex æquitate non minùs quàm ex necessitate comparata sit, eam secum legem & condicionem trahit, vt indemnitati rei consulti oporteat, cui certè alioqui fiat iniuria, si in alio loco, quàm qui solutioni destinatus est, conueniatur. Nam nec congrua esset interpellatio ad constituendum debitorem in mora, tanquam quæ non congruo loco facta esset leg. mora 32. infr. de vsur. l. qui Roma 122. in princ. de verb. oblig. Quæ fortassis ratione motus Accursius scripsit ad hunc locum, semper habendam esse rationem vtilitatis rei, actoris verò non aliter quàm si imputari aliquid reo possit. Sed malè: nam siue verum est, non aliter æstimandam esse vtilitatem actoris, quàm si reo aliquid imputari possit, scilicet quod in loco solutioni destinato non soluerit, cum possit, nec ad eum accesserit locum, in quo & conueniri potuisset, & solvere debuisset: Ita falsum est habendam esse rationem vtilitatis rei, quoties ei imputari aliquid potest. Quæ admodum vix etiam est, vt reo prospiciatur, quin actori imputari aliquid possit, vel ob hoc ipsum quod alio loco debitorem cōueniat, quàm in quem dari stipulatus fuerat, nisi cum id facit ex necessitate, quod aliter ad suum peruenire non possit, vt loquitur Caius in l. prox. preced. Ergo fieri nequit vt in

ANTONII FABRI I.C. RATIONALIA

hac arbitraria actione vtriusque litigatoris utilitas æstimetur, vt Ioannes putabat, quem Accursius refert & probat. D.E.C. Vtriusque utilitatem dixit hic Vlpianus, pro alterutro. Et ita hic locus intelligi omnino debet, vt constat ex *l. centum Capua 8. infr. & ex l. vnic. C. hoc tit. vbi conuen. qui cert. loc. dar. promif.* vt nimirum aliquando actoris solius utilitatem inspicere oporteat, aliquando solius rei, nūquam verò vtriusque. Illud enim potissimum spectare, & ante oculos habere debet iudex, qui huic actioni additus est, per quem factum sit, vt alio loco agatur, quam vbi solutio fieri debuit, an per actorem, an per reum: vt actoris utilitas æstimetur si per reum steterit, aut rei si per actorem. Nūquam vtriusque simul. In eoque Ioannes sanè errauit, tametsi Accursius & Bart. eum sequantur. Effectus autem huius iuris ille est, quòd si rei interest, minoris pecuniæ sit cōdēnatio quam

intentatū est, si verò actoris, in maiore quantitate fieri debet cōdēnatio, & æstimata vtriusque casu omni utilitate loci quam actor vel reus amittit, ut id quòd alio loco agatur, nō adhibita distinctione, quam Accursius hic adhibet, an interest ratione rei an ratione personæ, vt in exemplo quod adfert de restitutione in integrū: Sufficit enim quoquo modo interesse ratione loci, & ita bene hic Bartolus cōtr. Accursiū. Ita fit vt per arbitrariā istā actionē petatur, quidem ea præcisè quantitas quæ debetur, sed nunquam cōdēnētur reus ad eā præcisè quantitatē qua petitur. Quod & in cæteris arbitrariis iuris est, sed diuersū in eo, quod in cæteris sēper in plus cōdēnatur reus, quia sēper in culpa & mora est q̄ iudicij arbitrio parere noluerit *l. qui restituere 68. supr. de re. vindic. l. vlt. inf. de fideiuss.* nūquā in minus, quia nūquā actor in culpa est. Iūge *§. vlt. infr.* & quæ ibi dicemus.

¶ Hæc autem actio ex illa stipulatione venit, vbi stipulatus sum à te, Ephesi decem dari.

Ad §. 1. Hæc autem actio.

RAT. DVB. Actio arbitraria nascitur etiam ex mutuo *l. aut si mutua 6. infr. hoc tit. & ex testamento l. si heres 5. eod. & ex constituto l. si duo 16. §. 1. infr. tit. prox.* Ergo non tantum ex stipulatione, sed etiam ex cæteris actionibus stricti iuris. Nam de actione ex testamento, nemo dubitat, quin sit stricta leg. aliās *6. supr. de in lit. iur.* quamuis quod ad fructus & vturas pertinet, imitetur naturam actionum bonæ fidei leg. in minorum *3. C. de in integr. restit. minor.* Atque ita vulgò interpretes omnes sentiunt, actiones arbitrarias fieri ex strictis, nullamque esse actionem strictam, quæ non adiectione loci possit fieri arbitraria. D.E.C. Stipulatio sola admittit, vt locus inferatur stipulationi, non tantum solutionis, sed etiā obligationis causa, si excipias actionem ex testamento, cum heres legatum vel fideicommissum certo loco dare iussus est *d. l. si heres, vbi dicemus infr.* Nam conditio certi, cæteræque conditiones omnes, quæ sunt stricti iuris omnes, non ita loci adiectionem admittunt nisi solutionis causa, idēque nec per adiectionem loci sunt arbitrariæ, sed facit tantum adiectionem loci, vt æstimationem rei debitor & petitor fieri oporteat, inspecto quanti res fuit tempore litis contestatæ in eo loco in quo fieri solutio debuit *l. vinum 22. supr. de reb. credit. l. vlt. supr. tit. prox.* Obligationes enim omnes ex quibus proficiuntur conditiones omnes, nascuntur ex re aliqua, & ex negotio, non ex verbis, excepta conditione certi ex stipulatione, & conditione incerti ex stipulatu, quæ nascuntur ex verbis & obligatione verborum *tit. de verb. oblig. l. sitit. in princip.* Quare neque ex omni stipulatione venit actio arbitraria, sed ex illa tantum in qua locus adiectus fuit obligationis gratia, quam Vlpianus exprimit illis verbis *Capua centum dari.* Quibus verbis nemo non videt locum Capuæ ita esse insertum obligationi, vt nec intellectu concipi possit huius stipulationis substantia sine loco: aliter quam si concepta sic esset stipulatio *Centum dari soluenda Capua.* Eo namque casu fatendum esset non fuisse adiectum locum ad substantiam obligationis, sed tantum ad effectum solutionis vt in *l. heres absens 19. §. vlt. supr. de iudic. l. quaro 100. infr. de solut. l. qui Roma 122. in princip. de verb. obligat.* quod longè diuersum est *l. eum qui ita 56. §. qui sibi vers. quod si soli infr. de verb. oblig. l. Stichum aut Pamphilum 95. §. quæsitum de solut.*

ac proinde nulla hoc casu subest necessitas aut utilitas inducendæ actionis arbitrariæ, cum possit stipulator agere directa actione ex stipulatione contra promissorem, aut in loco domicilij etiam si debitor non ibi inueniatur, aut in loco solutioni destinato si ibi inueniatur, ita vt alterutro defendere se omnino debeat, aut ni id faciat, cogatur pati venditionem bonorum *d. l. heres absens §. vlt. l. 1. 2. & 3. infr. de reb. aucthor. iudic. possid.* At per arbitrariam conueniunt nullo loco potest debitor, nisi in quo inueniatur, ne quidem in loco domicilij, quoniam directa actio, quæ ex stipulatione competit, vt agatur Capuæ, omnem alium locum excludit præter eum in quē collata stipulatio est, nec minus locum domicilij, quàm loca cætera. Nam quæuis stipulator qui centum Capuæ sibi dari stipulatus est, directam actionem habeat, non arbitrariam ad conueniendū promissorem Capuæ *l. 1. supr.* Perinde tamen requiritur vt inueniat eū Capuæ atque si ageret arbitraria. Alioquin nulla esset necessitas inducendæ arbitrariæ, tametsi nunquā debitor accederet ad eum locum in quem collata stipulatio fuisset, quod tamen euidenter falsum est *d. l. 1. supr.* Cæterum non est existimandum actiones arbitrarias esse sui natura strictas, vt vulgò interpretes existimant. Tertiam enim speciem actionum constituunt, tam à strictis quàm à bonæ fidei actionibus differentem *§. præterea l. instit. de action. l. 3. §. in his infr. de vsur.* sed maxime à strictis, in quibus nulla vnquam bonæ fidei aut æquitaris ratio habetur, cuius tamen ratio sēper habenda est in arbitrariis *d. §. præterea*, maxime verò in hac de eo quod certo loco, in qua potissimum æquitatem ob oculos habere sēper iudex debet *l. q. in fin. infr.* Fateor nasci hanc ex stipulatione, quæ sui natura stricta est *l. quicquid adstringenda 99. de verb. oblig. & adiectione loci ad substantiam obligationis fieri hanc actionem ex stricta arbitrariam, vt scriptum est in hoc §. & l. prox. supr.* Sed nego perinde strictas cæteras per adiectionem loci posse sēper fieri arbitrarias *d. l. vlt. supr. tit. prox. l. vinum 22. supr. de reb. credit.* Nego item cæteras arbitrarias puta vindicationem directam, aut Publicianā, aut hypothecariam, aliisque similes nasci ex actionibus strictis, aut habere quicquam simile aut commune cum strictis, sunt enim omnes sui natura & ab initio arbitrariæ, nunquam strictæ, vt pluribus docuimus in postrema parte *Chilidius nostra de error. pragmat.*

¶ Si quis Ephesi decem, aut Capuæ hominem dari stipulatus, experiatur non debet detracto altero loco experiri: ne auferat loci utilitatem reo. Scæuola libro quintodecimo quæstionum ait, Non utique ea, quæ tacite insunt stipulationibus, sēper in rei esse potestate. sed quid debeat esse in eius arbitrio: an debeat, non esse. Et ideo cū quis Stichum aut Pamphilum promittit, eligere posse quem soluat, quamdiu ambo viuunt: cæterum vbi alter deceffit, extinguere eius electionem, ne sit in arbitrio eius, an debeat, dum non vult viuum prestare, quæ solum debet. Quare & in proposito eum, qui promissit Ephesi aut Capuæ: si fuerit in ipsius arbitrio, vbi ab eo petatur: cōueniri non potuisse: sēper enim alium locum electurum. sic euenire, vt sit in ipsius arbitrio, an debeat, quare putat posse ab eo peti altero loco & sine loci adiectione. damus igitur actori electionem petitionis. Et generaliter definit Scæuola petitorum electionem habere, vbi petat: reum, vbi soluat: scilicet ante petitionem. Proinde mixta (inquit) rerum alternatio, locorum alternationi, ex necessitate facit actoris electionem & in re propter locum: alioquin tollis ei actionem, dum vis referuare reo optionem.

Ad §. 2. Si quis Ephesi.

Præfandum necessariò est, interpretes nostros malè hunc §. sic intelligere, quasi separandus sit à *versic. Scæuola*, & quasi alia lex illa sit, quam inchoant ab illis verbis *non utique*, & illa Scæuolæ, cum hæc sit Vlpiani. Sunt enim etiam sequentia Vlpiani nunc Scæuolam, nunc Iulianum, nunc etiam Marcellum referentis. Loquitur nimirum de Scæuola, sicut de Iuliano & Marcello in tertia persona. Et verba illa *non utique ea quæ tacite stipulationibus insunt regi à præcedentibus illis Scæuola libro quintodecimo quæstionum ait* ostendunt sequentia sēper in rei esse potestate. Scribendum enim erat *sunt non esse* si Scæuolæ scribens non Vlpiani referentis verba essent: & verò hanc ipsam speciem quæ proponitur in hoc §. de eo qui Ephesi decem, aut Capuæ hominem dari promissit, eandemque quæstionem, an in vno ex his locis detracto altero experiri possit, Vlpianum prosequi in sequentibus constat euidentissimè ex *versic. Quare & in proposito* vbi post intermixtum aliud exemplum de eo qui duas res in vno eodēque loco alternatiue debuit, credit Vlpianus ad quæstionem propositam initio huius §. & contra quam hic scriptum sit, concludit ex Scæuola posse stipulatorem in alterutro loco sine alterius loci adiectione petere, quod in illo loco solui promissum fuerat. Interpretes sefellit non solum quòd Scæuolæ dictum pro noua lege, quæ Scæuolæ non Vlpiani esset, vt diximus, acceperunt, sed etiam, quòd Scæuolæ sententiam corruptè legerunt. Nam cum in Pandectis Florentinis scriptum sit, & bene, *an debeat, non esse.* Et idēd cū quis Stichum. Sic enim legendum est repetita littera S in dictione *qui ex sequenti littera S maiuscula quæ est in verb. Stichum* more perpetuo & familiari librario Florentino. Quem morem Antonio Augustino notissimum, hic tamen non fuisse ab eo obseruatum miror. Is enim *libr. prim. Emendat. cap. 9. textum hunc quasi*

mendosum sic emendat, vt pro *cum legat eum.* Hæc bet siquidem hæc lectio *eum qui* bonum sensum quem non habet illa *cum qui Stichum* nisi nobiscum legas *cum quis Stichum* quo nihil verius, neque expeditius. Vulgaris verò interpretis quidam dictionem illam *eum* nullius sensus esse videns putauit mancā & imperfectam esse vocem, mauique reponere *locum.* Sic enim habet vulgatā lectio quam Accursius secutus est & post eum cæteri *sed quid debeat esse in eius arbitrio, an debeat non esse, & ideo locum.* Et quod sequitur *Qui Stichum & Pamphilum promittit*, habent pro §. separato, diuersoque à sententia præcedente. Quæ omnia peridicula certè sunt & absurda. Quem enim sensum habere obsecro potest illa locutio, & ideo *locum.* An non prorsus mancū & imperfectum? Nisi cum Accursio suppleas lineam integram hoc modo *scilicet dicimus in eius arbitrio non esse sēper.* Quo sensu debnerat siue Scæuola siue Vlpianus scribere & ideo *locum* non affirmatiue, quomodo scriptum voluit, & idēd *locum.* Quam melius secundum lectionem nostram, nulla etiam facta emendatione, cum librario Florentino sic legimus, *Et ideo cū quis Stichum aut Pamphilum promittit, eligere posse quem soluat quamdiu ambo viuunt, cæterum vbi alter deceffit extinguere electionem, ne sit in eius arbitrio an debeat, dum non vult viuum prestare quem solum debet.* An non enim est optima illatio ex eo, quod immediatè Vlpianus ex Scæuola scripserat, posse in arbitrio debitoris esse quid debeat, sed an debeat non esse? Potuimne aliud accommodatius exemplum adferri vllum? Sed omnium optimè quadrat quod sequitur, *quare & in proposito*, quæ verba rursus malè interpretari Accursius cogitur, vt error ex errore solet fluere, quasi Vlpianus scripserit aut Scæuola in *proposito casu obscure*, inquit, *proposito à Scæuola is verbis, & ideo locum non esse*, qua interpretatione imponit primum Scæuolæ qui non ita scripsit si vulgatam lectionem sequare, sed simpliciter &

ideo locum. Neque rursus verum est etiam admissa interpretatione Accursij casum vllum proponi iis verbis & *ideo loci dicimus in eius arbitrio non esse.* Thesis generalis est, nō specialis hypothesis. Et casū adhuc quærimus in quo possit & debeat dici locū non esse in arbitrio promissoris, cum sub alternatione locorum aliquis promittit. Eum verò ipsum casum quem nos frustra quærimus, idem Vlpianus an non aperte exprimit, cum addit *eum qui promittit Ephesi aut Capuæ.* Vbinam verò casum illum proposuerat nisi in principio huius §. Ergo ab his verbis *si quis Ephesi* vique ad §. *si quis ita*, vnus, idēque §. est, & continuata tractatio De eo qui Ephesi decem aut Capuæ hominem promittit, an possit Ephesi decem petere detracto altero loco Capuæ, nullāque mentione facta hominis qui alternatiuē Capuæ dari debuit. Nam hunc ipsum casum tractari & repeti in d. *versic. Quare & in proposito*, licet nulla hic neque pecuniæ neque hominis mentio fiat, probatur etiam ex *versic. proinde*, vbi ponit Vlpianus eū te casum tractare, in quo mixta sit alternatio rerum alternationi locorum. Non enim mixta esset in hoc exemplo *Ephesi aut Capuæ decem* sed in illo de quo in hoc §. *Ephesi decem aut Capuæ hominem.* Et verò mixta hæc alternatio est rerum & locorum quæ ex necessitate facit actoris electionem & in rem, hoc est etiam ratione rei propter locum, ne alioqui tollas actionem stipulatori, dum vis reo referuare optionem. Iam ergo dubitandum non est, quin ita legēdus sit hic §. vt diximus. Restat tantum vt explicemus quomodo sit intelligendus. Ideo enim difficultis & obscurus visus est omnibus interpretibus, quod finis §. hoc modo pugnaturus sit cum principio, & sententia Scæuolæ cum sententia Vlpiani. Hoc verò sibi persuadere interpretes non potuerunt, vt tam citò tamque facile Vlpianus sententiā suam correxerit *arg. l. non ad ea 89. De cond. & demonstr.* Et Rogerium vnum ex veteribus glossatoribus qui iam olim ita senserat, Accursius nominatim reprehendit, quod licet actor in locis habeat electionē, habet tamen, inquit, ob hoc solum ne sit in Rei arbitrio, an debeat, non autem ob hoc, vt reus in altero loco conuentus alterius loci non prætendat vtilitatem: in quo ipso tamen fallitur. Implicat enim contradictionem, vt electio locorum ex iuris necessitate danda sit actori, & tamen actor electionis suæ pœnam illam patiat, vt ex ea causa præstare debeat Reo quantum eius interest non esse relictam Reo electionem, quod enim sit iure non modo permittente, sed etiam cogente, pœnam certe nullam meretur *vulg. l. Gracchus 4. C. ad leg. iul. de adulter.* In proposito autem fauemus actori ex mera iuris necessitate, vt Scæuola dicebat, vt & in *speciel. si mulier 59. §. ex assē in fin. infr. De iur. dot.* Et sanè ita est omnino vt Rogerius dicebat. Corrigit Scæuola sententiā Vlpiani, aut potius id quod Vlpianus scripserat, non tam ex sua quam ex aliorum opinione, qui ante Scæuolam ita responderant, quasi ex iuris ratione, vt si quis decem Ephesi aut Capuæ hominem dari stipulatus experiri velit, non debeat detracto altero loco experiri, id est Ephesi præcisè decem petere, ne, inquit, auferat loci vtilitatem reo: nec tantum loci, sed etiā rei, cum aliud promissum sit Ephesi, aliud Capuæ, & fieri queat, vt promissori facilius sit hominem Capuæ dare, quam decem Ephesi. Et verò fatendum est plausibilem esse hæc rationem, quæ veteres prudentes illos mouebat, vt pro Reo responderent, cum in alternatiuis obliga-

tionibus omnibus tacitè id actum videatur, vt electio sit promissoris, nisi cum in contrarium expressè actum & dictum est, vt electio sit stipulatoris *l. plerumque 10. §. vltim. infr. De iur. dot. l. Stichum aut Pamphilum 95. in princ. infr. De solut. cap. in alternatiuis De reg. iur. in 6.* Sed Scæuola longè melius ac subtilius vidit quod priores non viderant, non vti que ea quæ tacitè insunt stipulationibus semper in Rei esse potestate, sed ita rem temperandam & distinguendā, vt in potestate & arbitrio Rei esse possit quid debeat, sed ita rem temperandam non possit. Sub hac enim conditione *si volumus* nulla profus sit obligatio, & pro non dicto habendum est quod præstare si nolis, cogi non possis *l. sub hac 8. De oblig. & act. l. stipulatio non valet 17. De verb. obligat.* cum obligatio nihil aliud sit, quam iuris vinculum quo necessitate adstringimur alicuius rei soluendæ, vt diximus ad *l. 1. supr. ex obligationis diffinitione* quam à Iustiniano habemus in *tit. Inst. De oblig.* Vnde fit, inquit Scæuola, vt cum quis Stichum aut Pamphilum promittit, quæ rerum duntaxat non etiam locorum alternatio est, eligere promissor possit quod soluat, id est, Stichum an Pamphilum quamdiu ambo viuunt. At vbi alteruter deceat, extinguatur electio, & qui solus superest, omnimodo præstandus sit, ne sit in arbitrio promissoris an debeat, dum non vult viuum præstare eum quem solum debet *d. l. Stichum aut Pamphilum in princ.* Nec est quod addas cum Accursio *fortassis vel mortui precium ex l. cum res 47. §. sed si Stichus De leg. 1.* Sunt enim verba illa proculdubio imperiti & errantis, turbantur tamen interpretis, cum idem Vlpianus noster in precedentibus aperte scribat, si ex duobus seruis alternatiuē legatis alteruter deceat, alterum omnimodo præstandum. Quid enim illud est omnimodo nisi idem quod si Vlpianus scripserat, *nulla heredi reliqua electione.* Nam neque mortui hominis præsens precium vllum esse potest, nisi quod iudex per iurisiurandi delationē æstimauerit mortuo post moram homine debito *l. in actionibus 5. §. planè supr. De in lit. iur.* neque solet Vlpianus noster, aut alius quisquam ex prudentibus, ad eō turbantur loqui, vt neque solent illi qui veram iuris rationem callent. Interpretet verò fecellit, vt arbitrator, quod paulo antè scripserat Vlpianus, superfluitatem præstandum esse, aut absentis æstimationem. Quasi verò sicut absens æstimari potest, ita & mortuus possit, aut quasi homo mortuus suo fato ante moram debitoris possit remanere in obligatione siue pura siue alternatiua: quod etiā falsum est. Sola enim mors id facere potest *l. si fideiussores 19. supr. De dolo l. si seruus 91. §. sequitur §. nunc videamus & §. vlt. De verb. oblig. & d. l. Stichum aut Pamphilum 95. De solut.* Verum igitur est quod Scæuola dicebat, nec Vlpianus negat, eum qui Stichum aut Pamphilum promiserat, mortuo alterutro solum debere illum, qui viuus superest, atque ita in ipsius arbitrio futurum non quid deberet, sed an deberet, si adhuc electio ipsi aliqua superesset. Semper enim eligeret præstare mortuum qui nullus esset, neque præstari amplius possit, ne viuum præstare cogere. Ex quo magis intelligimus, quam verum sit, quod proximè diximus, mortui precium nullomodo deberi, non enim esset in potestate debitoris an deberet alteruter ex seruis mortuo, etiam seruata ipsi electione, si adhuc aut Stichum viuū, aut Pamphilum mortuum precium deberet, idque ad eō verum est, vt etiam si facto & culpa debitoris Pamphilus sit mortuus, si tamē postea Stichus quoque sine culpa debitoris moriatur, nullo-

nullo modo ex stipulatione agi possit, ne quidem ad occisi Pamphili æstimationem, cum in illo tempore quo Stichus moriebatur, non commiserit stipulationem, vt eleganter ac subtiliter ratiocinatur Pamprinianus in *dict. l. Stichum aut Pamphilum §. 1.* Porro quemadmodum in exemplo illo quod propositionis suæ confirmandæ causa attulit Scæuola de eo, qui Stichum aut Pamphilum debebat, & eligere poterat, vtrum præstare mallet, & cui tamen alterutro mortuo adimimus electionem ne in eius arbitrio sit an debeat, apertissimum est adimi electionem promissori quam ab initio habuit, ne alioqui adimatur stipulatori actio. Ita & in proposito casu de quo cōcepta primū fuit quæstio, si quis Ephesi decem aut Capuæ hominem dari promittit, fatendū necessariū est eadem penitus vigente ratione electionem debere stipulatoris esse vbi petat, non autem rei vbi ab eo petatur. Alioqui nullomodo conueniri poterit neque Ephesi neque Capuæ, quia semper alium locum eligeret, quam eum in quo conueniretur, vt neutriubi conueniatur ita sequeretur & eueniret idem absurdū, vt in eius arbitrio sit an debeat. Similis penè ratio est in *l. si idem 11. sup. de iurisd. l. inter stipulantes 83. §. 1. infr. de verb. obl.* Consequens igitur omnino est, vt possit stipulator altero loco ab eo petere etiam sine alterius loci adiectione, corā quam Vlpianus primū scripserat, qui & ipse quasi victus tam vera & subtili ratione Scæuolæ transit libenter in eius sententiā, cum ita concludit *damus igitur actori electionem petitionis.* Rectè verò *petitionis* at non etiam solutionis. Nam ne quis forte putet darius agere Scæuolam cum promissor, si omnem omnino electionem ipsi auferat, & vt quibus intelligat non nisi coacta ratione fieri, vt electionem petitionis actori concedamus, subiungit Vlpianus ex eodem Scæuola, *Et generaliter definit Scæuola petitionem electionem habere vbi petat, reum vbi soluat.* Itaque nulla promissori sit iniuria, cum possit ille eligendo prius vbi soluat, id est, soluendo vbi volet, impedire ne actor possit vnquam eligere vbi petat, atque ita eligendi facultatem actori præcipere. Quod cum ita sit, tanto certè absurdior & iniquior est Accursij nostri sententiā, iam à nobis superius confutata, exiitimatā auctore electionem occupante petendi vbi volet, non eo minus æstimandam esse vtilitatem alterius loci in fauorem rei, cum imputari reo possit, cur nō aduersus incommodum illud sibi prospexerit soluendo vtrubi maluisset, antequam actor petendi locum elegerit. Nec simile est, quod cum debitor actione arbitraria conuenitur alio loco, quam in quo ex verbis stipulationis dare debuit, vtilitatis tamen loci ratio habetur fauore debitoris, qui tamen poterat ab initio vbi que soluere *l. continuis 137. §. cum ita de verb. oblig.* Potuit enim quidem vbi que soluere antequam certo loco deberet, id est, priusquam ad locum in stipulatione comprehensum perueniri posset, quomodo actus ille intelligendus est, at nō posteaquam certo loco debere cœpit, is enim qui certo loco dare promittit, nullo alio loco quam in quo promissit soluere inuito stipulatore potest *l. pen. infr.* Non enim fuit necessaria actio arbitraria pro reo, cui facultas soluendi non eripitur, etiam si alio loco quam in quem collata solutio est, soluere prohibeatur, sed pro stipulatore cui adimeretur actio, si non ei quocunque loco agendi facultas concederetur. In quæstione autem proposta, cum quis Ephesi decem aut Capuæ hominem dari promittit, si conueniatur Ephesi auctore locum illum eligente,

non arbitraria actio illa est, sed directā quæ in eo ipso loco qui stipulationis verbis comprehensus est, exercetur *l. 1. supr. l. 4. in princ. infr.* Proinde quamuis detracto altero loco experiat, & ita alterius illius loci vtilitatem reo auferat, non ideo tamen vtilitas loci æstimanda est, quæ nunquam æstimatur nisi ex æquitate, cum arbitraria agitur, non autem cum in eo ipso loco in quo dari res debuit, itēque cum actor auferat reo electionem, quam tamen hic non auferat, sed iure suo vitur agendo Ephesi, quandoquidem ex stipulatione sic concepta *Ephesi decem aut Capuæ hominem dari* ius ab initio quæsitum est stipulatori, vt electionem loci ad petendum habere omnimodo deberet, non etiam promissor vbi ab eo peteretur: nec quod electio fuit promissoris, vbi mallet soluere, ad rem facit: electionem enim loci ad soluendum habuit quidem reus, sed ante petitionem, vt Vlpianus hic ex Scæuola subiungit, non autem postquam Ephesi ab eo petendum est per contestationem, cum in eius contestatione apud prætorem facta, & in accipiendo iudicio quali contrahatur *l. 3. §. idem scribit infr. de pecul. l. delegare 11. §. l. aliam 29. infr. de nouat. & delegat.* Nam & inde est, quod in inuenta rei debita æstimatione ex contractu stricto inspicimus tempus litis contestare, tanquam nouissimum instans, quo solui res potuit *ex l. si Calendi 11. infr. de re iudic. vt diximus ad l. penult. & vltim. supr. tit. prox.* Item quod sic concepta stipulatione fundum illum si illi non dederis, mihi dare spondes, dicimus finem dandi alteri fore quando iudicium acciperetur, & ideo occupantis fore actionem *l. si Titius 9. infr. de verborum obligationibus.* Denique ne cætera omnia conquiramus, in omnibus faciendi obligationibus purgari posse moram vsque ad litem contestatam, non postea *l. si insulam 84. eod.* Petitionem itaque hic intelligere debemus non extraiudicalem illam interpellationem, quæ ad moram contrahendam sufficeret *l. mora 32. infr. de vsur.* sed litis contestationem quæ petitionis nomine propriè significatur *l. amplius non peti 15. infr. rat. rem habet. l. sed est 25. §. si ante sup. de hered. petit.* Ad quam vsque permittitur promissori variare quoties velit *l. cum qui certarum 138. §. 1. de verb. oblig. l. si quis stipulatus 57. §. 1. de solut.* Non tantum autem locorum electionem damus stipulatori in stipulatione illa, de qua in hoc §. agitur, sed etiam rerum, non vt cum agit Ephesi, possit ibi petere aut decem aut hominem, sed vt decem præcisè, ac si stipulatio simplex hoc modo concepta fuisset *Ephesi decem dari.* Idque in necessariam consequentiam, quia cum debitor non promissor sit *Ephesi decem vel hominem sed Ephesi decem vel Capuæ hominem* fieri certè nequit, vt stipulator ex ea stipulatione decem vel hominē Ephesi petere possit. Quæuis enim nullā videatur stipulator iniuriā facere promissori, cum petendo Ephesi decem vel hominē dari electionem, an pecuniā soluere malit an Stichum: malè tamen agit, qui hominē nullomodo deductū in stipulatione deducit in petitionē, quia nihil potest peti ne quidē alternatiuē quod prius non sit in obligatione *l. illud aut illud 25. infr. tit. prox. l. si duo 128. in fin. de verborum obligationibus.* Proinde si melius loqui volumus, non tam acquirit sibi hoc casu stipulator electionem rei, quo petitur, quam adimit reo electionem rei soluendæ: aut acquirit sibi quidem electionem etiam rei soluendæ, sed eius tantum quæ debeat in eo loco quem eligit. Non enim potest eligere locum Ephesi ad petendum, quin hoc ipso cogatur eligere decem

Ad §. 5. Qui ita stipulatur.

RAT. DV B. Quicquid adstringendæ obligationis est, id nisi palam verbis stipulationis exprimitur, pro omisso habendum est. *l. quicquid adstringende* 99. *infr. de verb. obligat.* Hoc enim est quod dici solet stipulationem esse stricti iuris adeoque strictissimi, eum nihil aliud sit quam verborum solemnium conceptio & obligatio. At qui tempus quod in stipulatione adicitur, non tantum obligationis, sed etiam solutionis gratia pars est stipulationis, non minus quam summa ipsa in stipulationem deducta. *l. 1. §. editiones supr. de edend.* Ergo si quis ita stipulatus sit *Ephesi decem dari* nec tempus adiecerit, non potest dici tempus vllū inesse huic stipulationi, cum nullum expressum sit, & consequenter non est prohibendus stipulator ex ea stipulatione agere per arbitrariam alibi quam Ephesi prius etiam quam Ephesum perueniri possit. *Dec. Semper* in stipulationibus perinde ac in cæteris contractibus sequimur id quod actum est, de quo si nō appareat, tum deum sequimur id quod expressim dictum est. *l. semper in stipulationibus* 34. *De reg. iur.* Multa enim tacite aguntur in contractibus & negotiis quibuscumque, tamen non exprimitur, & quæ nec exprimi est necesse. *l. pen. infr. de iur. l. inter socerum* 26. *§. cum inter* *infr. de pact. dot. l. 3. supr. de reb. credit.* Imò quod magis est, interdum etiam extra id quod actum fuit, obligatio quæ tam tacita nascitur quæ actionem quoque parit, ut euenit in conditionibus omnibus. *l. qui* 13. *§. vlt. infr. commod.* Quid autem magis actum videri debet, quam uti ne rei alicuius impossibilis contracta videatur obligatio, quæ nec expressa contractantium voluntate contrahi possit, *l. impossibilium* 185. *De reg. iur. l. non solum* 31. *De oblig. & act. l. impossibilis* 7. *l. si homo mortuus* 69. *De verb. oblig.* At qui certum est impossibile esse, ut qui Romæ aliōve quolibet loco extra Ephesum promittit decem Ephesi dari, ea decem det Ephesi priusquam Ephesum perueniri possit. Ergo ut valeat stipulatio, quæ alioqui valere non posset, fatendum necessarium est tempus tacite inesse huic stipulationi, intra quod scilicet Ephesum perueniri possit. *l. eum qui Calendis* 41. *§. 1. l. continuus* 17. *§. cum ita eod. tit.* vbi latius & eleganter explicat Venuleius, quodnam & quantum tempus illud esse debeat. Maligna enim est interpretatio, per quam fit, ut stipulatio corrumpatur, quæ benigna interpretatione potius adiuvanda est, ut valeat. *l. si ita stipulatus* 126. *§. Chrisogonus versic. sequens stipulatio* l. Titia 134. *§. 1. iunct. l. quoties* 80. *eod. tit. l. quoties* 12. *De reb. dub.* Consequens igitur est, ut si stipulator prius agat ex ea stipulatione quam Ephesum perueniri potuerit, non tam malè agat, ut aliàs solet, qui ante diem agit, quia tempore plus petit. *§. si quis agens* *Instit. de action.* quam perperam, ut ex Iuliano, Vlpianus hinc loquitur, id est nihil agat, ita ut nec actionem eo nomine competitorum consumat, quia necdum nata est, adeoque nec obligatio vlla ut in *l. vnic. in fi. supr. Quand. dies vsusfr. legat. ced. l. eum qui* 41. *§. penult. de verbor. oblig.* Neque aliud est in legatis. *l. 1. §. vlt. de condict. & demost.* & in stipulatione operarum liberti. *l. quoties* 24. *infr. de oper. libert.* Vide quid simile in *l. promissor* 21. *§. 1. infr. Tit. proxim.* Sic & condicio interdum tacite inest stipulationi, ut stipulatio quæ ex conceptione verborum videtur pura, dilationem tamen ex tacita conditione recipiat ut in *l. interdum* 73. *De verbor. obligat.* Quamuis rarò id accidat, ut vel dies vel condicio quæ expressa non est, tacite subintelligi debeat, id est, nisi cum id actum fuisse apparet, ut

benè Paulus explicat in *di. §. Chrisogonus in fin.* Vbi addit, quod maximè notandum est, personam tamen nisi expressa sit in stipulatione, nunquam extrinsecus subintelligi debere, in eoque differre à tempore & conditione. Nec certè dari casus vllus potest in quo id actum videri possit, ut persona aliqua suppleatur.

a. *Quare verum puto quod Iulianus ait.* RAT. DV B. Semper id actum intelligi debet inter contrahentes, ut actus valeat potius quam ut sit inutilis. *di. l. quoties* 80. *De verb. oblig. l. quoties* 12. *De reb. dub.* & aliis supra citatis. An non enim ridiculus sit, qui dicat se actum derisorium facere voluisse: nam nec stipulatio aliter fieri intelligitur quam si quis seridò interroganti, seridò respondeat in quo maximè differre stipulatio à pacto nudo. *l. iuris gentium* 7. *§. quod seridò* *supr. de pact.* Id quod Varro dicebat *libr. 5. de ling. Lat.* non omnem qui dicit *Spondeo* obligari ex sponso, sed duntaxat eum qui seridò sic respondeat, & animo se obligandi. Ob eamque causam non omnibus verborum conceptio facit stipulationem, sed ea demum quæ habeat verba solemnia & cõgrua, ex quibus appareat inter contrahentes seridò rem agi. *l. 1. De verb. oblig.* Ergo si quis Romæ cum esset, decem hodie Carthagine dari stipulatus sit, potius dicendum est tollendam esse dictionem *hodie* quæ impossibilem facit promissionem, quam ut stipulatio ex hoc fiat inutilis, ne alioquin vile permutetur vitietur, contra *l. placuit* 29. *infr. de vsur.* Nam & cum quis stipulanti respondet *arma virumque cano spondeo* constat non eo minus validam esse stipulationem reiectis prioribus illis verbis, quæ ineptam eam facere videbantur. *l. qua extrinsecus* 65. *De verbor. obligat.* *Dec.* Contractibus omnibus commune illud est, ut impossibile rei adiectione vitietur: vix enim est ut non velint contrahentes nihil agi adiecta ea conditione, quam impossibilem esse sciunt, inquit eleganter Marcianus in *l. non solum* 11. *in fi. de obligat. act.* cumque ex duorum consensu ac voluntate perficiantur, parum esset si alteruter contrahentium aliud à se actum diceret, si non alius quoque consentiret, quo tamen casu adhuc noua stipulatio necessaria esset. In eoque differunt contractus ab ultimis voluntatibus, quæ quoniam ex solius testatoris voluntate pendunt, & legis vim obtinent. *l. verbis* 120. *De verb. signific.* impossibilem conditionis adiectione non vitiantur, sed condicio ipsa impossibilis reicitur, quia nec legis est actum aliquem derisorium facere, nec impossibilem vllam conditionem admittere. *l. 1. de cond. inst. l. 3. de cond. & demost.* dummodò sublata conditione impossibili id quod superest, tale sit, ut legis vim & executionem aliquam habere possit. Non enim sicuti lex tollit impossibilitatem quæ ex impossibilis conditionis adiectione nascitur, ita & eam tollere potest quæ ex manca testatoris voluntate inducitur, ut puta si testator, qui nullam domum habebat, domū suam tibi legauerit. *l. si domus* 71. *in princ. de lega. 1. iunct. l. si mihi & tibi* 12. *§. 1. eod. l. non tantum* 19. *C. eod.* Et quod dicimus, etiam in contractibus vile nō vitari per inutile in iis quidem quæ diuidua sunt, verum est. *l. placuit*, sed non in indiuiduis cuiusmodi sunt essentia omnes contractuum quoties de ipsorum validitate quaritur. *l. cum ex causa* 139. *De verb. oblig.* ut & essentia cæterarum rerum omnium apud philosophos. Proinde si stipulationi adiectum sit tempus quod impossibilem eam faciat, non potest detrahi, cum partem stipulationis perinde ac summa ipsa constituat, *di. §. editiones* *l. 1. de*

l. 1. de edend. quam tamen ex stipulatione detrahi vel immutari posse nemo vnquam dixerit. Atqui impossibile est, ut quod hodie Romæ promittitur, hodie Carthagine detur. Ergo fatendum est inutilem esse stipulationem propter impossibilitatem, id est, cum impossibile sit rei promissio. Sic enim lego apud Iustinianum pro eo quod vulgò *repromissio* in *§. loca etiam in fin. Instit. de verb. obligat.* Nec aliud est in stipulatione quamuis omnium favorabilissima operatum liberti. *l. quoties* 24. *infr. de oper. libert.* Generaliter enim verum est impossibilem obligationem nec esse vllam nec esse posse. *di. l. impossibilium* 185. *de regul. iur.* Vnde fit, ut si qua ratione definitur stipulatio esse impossibilis, valeat, ut in eleganti specie. *l. vlt. §. si inter eos infr. de verb. oblig.* id est, si contigerit, quod certè potest contingere, ut tam stipulator quam promissor ante adiectum tempus suo quisque dispensatori notum fecerit in eum diem futuram stipulationem, ac demandasset promissor quidem suo dispensatori, ut daret, stipulator autem suo, ut acciperet: hoc enim casu non continet impossibilem causam stipulatio, ut in *d. §. Caius scribit.* Dicat aliquis dictionem hanc *hodie* in stipulationibus non tam pro certo die ac tempore adiecto haberi debere, quam ut presens ostendatur esse res consensum, ac si pura omnino esset stipulatio, ut subtiliter Papinianus tractat in *l. liber homo* 115. *§. 1. de*

verb. oblig. vbi ait ex hac stipulatione *decem hodie dari* posse stipulatorem vel eo ipso die pecuniam petere, neque videri præmaturus agere, non finito stipulationis die, quod in aliis temporibus iuris est: nam peti interim non debet, quia intra comprehensum tempus solui potest. Cum ergo dicitur *hodie* non faciat, ut stipulatio in diem facta videatur, sed è contrario potius, ut presens & pura sit, ac si ea dicitio adiecta non esset, cur non valeat illa quoque stipulatio Romæ facta *hodie decem Carthagine dare spondes*, ut perinde tempus tacite stipulationi credatur inesse, intra quod Carthaginem perueniri possit, quomodo si sublata dictione *hodie* ita concepta esset stipulatio *Carthagine dare spondes*? Subtilis certè obiectio est, sed quæ tamen dilui facile potest, si dicamus dictionem *hodie* licet non faciat stipulationem in diem, quomodo si sic concepta proponeretur, *cras dare decem Carthagine spondes*, attamen facere eam tanto magis impossibilem, cum nec vnus quidem diei spatium promissori liberum relinquatur ad soluendum, verbis ipsis stipulationis id eueniretibus, & omnem illam taciti temporis suppleudi interpretationem impediens. Expressum enim, ut est in vulgari nostrorum brocardico, facit cessare tacitum. *l. vlt. C. de pact. conuent. tam sup. dot.* Aut potius, ut est in iuris regula, *expressus nocet, qua non expressa nocent* *l. expressus* 195. *de regul. iur.*

6. Idem Iulianus tractat: an is, qui Ephesi sibi aut Titio dari stipulatus est, si alibi Titio solvatur, nihilominus possit intendere, sibi dari oportere. & Iulianus scribit, liberationem non contigisse: atque ideo posse peti, quod interest. Marcellus autem & aliàs tractat, & apud Iulianum notat posse dici, & si mihi alibi solvatur, liberationem contigisse: quamuis inuitus accipere non cogar. planè si non contingat liberatio, dicendum ait, superesse petitionem integræ summæ, quemadmodum si quis insulam alibi fecisset, quam vbi promiserat, in nihilum liberaretur. Sed mihi videtur summæ solutio distare à fabrica insulæ: & ideo, quod interest, solum petendum.

Ad §. 6. Idem Iulianus.

RAT. DV B. Adiectus solutionis causa ius habet accipiendæ solutionis perinde ac ille ipse qui stipulatus est, adeoque inuito stipulatore in cuius potestate esse non debet, ut stipulationem immutet, quæ ab initio certam legem habuit. *l. obligationum serè* 44. *§. accessio infr. de oblig. & act. l. cum quis* 35. *§. seq. §. qui sibi* *infr. de verb. oblig. l. Stichum aut Pamphilum* 95. *§. quæ situm* *l. aliud est* 106. *l. vlt. de solut. iunct. l. vero procuratori* 12. *§. gen. l. qui hominem* 34. *in princ. & §. stipulatus sum* *l. qui res* 98. *§. mihi dare & §. mihi Roma eod. l. vlt. §. cum mihi de verb. oblig.* quamuis adiectus neque agere possit, neque nouare, quia non obligationis sed solutionis gratia adiectas est. *l. cui res* 10. *de nouat.* Id quæ adeo verum est, ut si quis stipulatus est *sibi aut Titio dari* ageret præcisè ad hoc, ut sibi solueretur, nulla Titij facta mentione, malè ageret, & causa plus peteret, quoniam adimeret reo electionem soluendi Titio. *arg. §. huic autem* *Instit. de action.* Ergo si cum quis Ephesi dari sibi aut Titio stipulatus fuit, alibi Titio solvatur debitor, dicendum est liberationem ei contingere non minus, quam si stipulatori ipsi alibi solueret, adeoque nullam stipulatori actionem superesse per quam possit intendere dari sibi oportere, Tom. III,

nec magis id quod stipulatoris interesset, quam summam ipsam solutam. Nam si stipulatori mihi etiam alibi solueretur, ne Iulianus quidem negaret liberationem ex ea solutione contingere, quamuis cogi non possem, ut alibi acciperem solutionem, *l. qui Roma* 122. *in princ. de verb. oblig.* Et hæc præcipua ratio Marcelli fuit propter quam notauit & reprehendit contrariam Iuliani sententiam. Nec valde dissimilis Pauli ratiocinatio est in *di. l. qui res* 98. *§. mihi dare de solut.* vbi ait, si mihi Calendis Februariis aut Titio Calendis Ianuariis dari stipulatus sim, posse quidem dubitari, an vtiliter stipulatus sim, quod ad Titij adiectionem pertinet, sed tamen magis esse, ut sit vtilis stipulatio & Titij adiectio. Nam cum in diem sit, inquit, mea quoque obligatio [sic enim legendum est non ea] etiam mihi solui potest ante Februarias. Igitur & illi solui poterit. Att si quis cum Iuliano adhuc dicere velit, liberationem ex eiusmodi solutione non contigisse, dicendum erit, inquit Marcellus, non eius tantum quod inter sit stipulatoris, ut Iulianus dicebat, sed integræ summæ petitionem superesse, quemadmodum, in quibusdam idem Marcellus, si quis insulam alibi fecisset, quam vbi promississet, in nihilum liberaretur.

Dec. Quisquis solutionis tantum causa adiectus est, solutionem quidem à reo accipere etiam

inuato & prohibente stipulatore potest, & debitori plenam liberationem præstare, & quidem non tantum ope exceptionis, sed etiam ipso iure, nisi cum alia res in persona Titij, alia verò in persona adiecti designata est, ut in *d. l. vlt. §. cum mihi de verb. oblig.* [et si videtur hoc fuisse inter prudentes veteres controuersum *d. l. obligationum serè 44. §. accessio de oblig. & act. d. l. qui res 98. §. mihi Roma de solut.*] sed stipulatore auferre utilitatem loci non potest, in quo fieri solutionem stipulator voluit. Est enim id extra causam accipiendæ solutionis. Quod si nec stipulatore permittitur, ut stipulationis legem, quæ ab initio constituta fuit, immutet *d. l. vlt. §. vero procuratori 12. §. pen. de solut.* cum tamen soli stipulatore obligatio tota & actio acquiratur, quanto minus permittendum est adiecto, ut inuito vel ignoranti stipulatore auferat utilitatem loci, in quem non tantum solutio, sed etiam obligatio ipsa & stipulatio collata fuerit, & qui non minus quam dies partem faciat stipulationis *l. 1. §. editiones supr. de edend.* Nec enim ius ipsum obligationis vllomodo commune est ei, qui solutionis tantum causa adiectus fuit, sed totum residet in persona stipulatoris, qui nec si voluisset extraneo, tamen stipulari potuisset *l. stipulatio ista 33. §. alteri dict. l. eum qui ita 56. §. qui sibi. si mihi & Titio de verb. obligat.* Communis autem est duntaxat facultas accipiendæ solutionis, dum ne à lege per stipulationem dicta recedatur. Ergo si quod ex verbis stipulationis Ephesi solui debuit stipulatore aut Titio, alibi solutum sit Titio, non potest ea res facere quin stipulatore superfit integra petitio non quidem summæ integræ [quod enim solutum est Titio, bene solutum est, quatenus solutum est, cum solutionem ubique accipere poterit ad præstandam reo soluti liberationem] sed eius quod interest stipulatore Ephesi potius quam alio loco solutum fuisse: nec enim habet actor qua de alia re conquiretur quam quod adiectus solutionem accipiens alio loco utilitatem loci, qui stipulatione comprehensus erat ipsi ademerit. Nulla igitur ei actio superesse potest, nisi ad consequendam indemnitatem: quia sicuti nec actionem nec exceptionem damus, nisi ei cuius interest, ita neque nisi quatenus interest. Verum igitur est, ut Vlpianus contra Marcellum concludit, verumque illud quod Iulianus dixerat, neque in plenam liberationem contigisse promissori qui adiecto soluit alibi, quam ubi ex lege stipulationis solui debuerat, neque tamen summæ solutæ petitionem vlla ex parte stipulatore superesse, sed hætenus tantum saluam ei esse actionem, ut quod ratione loci eius interest, consequi possit. Nam quod Accursius putat id quod solutum est, tam in sortem quam in solutionem eius quod interest, cedere debere *arg. l. vlt. infr. hoc tit. rectè reprehendit Bartol.* ex eo quod in fine huius §. Vlpianus scribit, solum id quod interest petendum esse, nec in vlla parte sortis plenam liberationem contigisse. Quamuis hoc ipsum difficile videatur, ut cum Vlpiano dicamus, liberationem quantitatis debite non contigisse, & tamen id quod interest, solum petendum esse. Bartolus sic intelligit, ut rota quantitas etiam quæ soluta est, petenda sit, sed non absolute, ut eam stipulator iterum consequatur, sed cum illa adiectione, ut id quod sua interest, adfert ratione loci consequi solum possit. In quam rem adfert quod scriptum est in *l. Iulianus 131. §. 1. de verb. oblig. & in l. etiam 27. de solut. l. 3. §. si reddita infr. Commod.* Ego verò facile Bartolo hac in re adfentior. Certum

enim est, utilitatem loci per se solam peti non posse, cum non debeat nisi officio mercenario, ut nostri loquuntur, & arbitrio iudicis, qui arbitrariæ actioni adiectus est *§. prox. infr. l. 4. §. 1. l. centum Capua 8. l. vlt. hoc tit.* Actionem igitur arbitrariam superesse acriter necesse est, ut loci utilitas peti & exigi possit *d. l. centum in fin. l. qui per collisionem 49. §. 1. infr. de action. empr. l. 4. C. deposit.* Non etiam ut quod iam solutum est, rursus soluatur. Plenam enim liberationem contigisse reo necesse est, ne in posterum conueniri vllomodo possit, & ut actio arbitraria omnino extinguatur. Plena autem liberatio non potest contingere nisi ex plena satisfactione *l. Neratius 63. supr. de condict. indeb. l. item liberatur 6. §. 1. infr. quibus mod. pign. vel hypoth. soluit. l. satisfactio 53. de solut.* Porro non potest videri plene satisfactum stipulatore quandiu aliquid soluendum superest quod ei solui oporteat, sicut & cum rei solutæ aliquid deest, ut in *d. l. Iulianus & dict. l. etiam.* Nec bene hic casus comparabitur ei, quo stipulatore ipse totius sortis solutionem accepit alio loco, quam in quo fieri solutio debuerat. Quo casu certum est nullam ei arbitrariam superesse pro utilitate loci consequenda quam cum sorte ipsa exigere & consequi debuerat: nam sibi imputet qui hanc ipse sibi actionem factio suo ademit, at cum adiecto solutum est, alibi quam in loco destinato, nihil est quod stipulatore imputare possit, ne illud quidem quod talem personam stipulationi causa solutionis adiecerit, cum adiciendo, certam solutioni faciendæ & accipiendæ legem dixerit, quam excedere & prætergredi adiectus non potuit, ut nec alius quilibet mädaturus: Diligenter enim mandati fines custodiendi sunt *l. diligenter §. infr. mandat. §. si qui exequitur Instit. eod. tit.* Esse autem adiectum hunc mandatarium ex eo apparet, quod actione mandati tenetur, ut quod à debitore accepit, stipulatore restituat *l. qui res 98. §. qui stipulatus in fin. infr. de solut. §. si quis alij Instit. de iniuril. stipulat.* Cur ergo ei permittamus, ut accipiendo solutionem contra mandati formam liberet in plenum debitorem, loci que utilitatem auferat stipulatore? Nisi forte proponas plenum ei datum arbitrium ad solutionem accipiendam, ut in *l. qui Roma 122. §. Callimachus in fin. de verb. oblig.* Planè quin ad ratam vsque acceptæ sortis debitorem liberauerit, dubitari non oportet, cum in eo nihil contra mandatum fecerit, sed in eo tantum quod alio loco solutionem accepit: quæ res non ipsius summæ solutionem afficit, sed loci duntaxat utilitatem stipulatore detrahit. Nec bona comparatio est, qua Marcellus contra Iulianum vtebatur, ut probaret, si ex eiusmodi solutione liberatio plena promissori non contigerit, in nihilum igitur liberatum eum esse, id est, ne quidem pro sorte quam adiecto soluit, exemplo eius qui insulam fecisset alibi, quam ubi promississet. Nam ut bene Vlpianus pro Iuliano respondet, multum distat solutio certæ summæ à fabrica insulæ. Factum enim certo loco promissum, ut addit Bartolus, substantialiter variatur ex locorum diuersitate, facti autem vnus pro alio facto solutio non parit liberationem, ut ex eodem Iuliano nostro Paulus docet in *d. l. qui res §. mihi Roma*, at præstatio summæ non eque, quoniam eadem summa est, quæ alibi quoque solui potuit, & quocumque loco præstetur, adfert suam recipienti utilitatem, perindeque dominium pecuniæ transfertur: qui vnicus effectus est obligationis dandi *l. vbi autem 75. §. vlt. de verb. oblig.* nec aliud dominium est quod transfertur Capuæ quam quod

quod Ephesi transferretur si solutio ibi facta fuisset, ac quemadmodum is cui mandatum fuerat ut quinquaginta solueret, si centum soluerit, non eo minus habet actionem mandati ad quinquaginta repetenda secundum eam prudentum veterum sententiam, quam Iustinianus probat in *dict. §. is qui exequitur.* Ita & is cui mandatum erat, ut centum sibi soluenda acciperet si quinquaginta tantum accepit, non eo minus liberat debitorem in quinquaginta, quia nec nihil, nec aliud accipit quam quod mandatum fuerat, sed minus.

8 ¶ Nunc de officio iudicis huius actionis loquendum est: utrum quantitati contractus debeat seruire, an vel excedere, vel minuere quantitatem debeat: ut si interfuisset rei, Ephesi potius soluere, quam eo loco, quo conueniebatur, ratio eius haberetur. Iulianus Labeonis opinionem secutus^b, etiam actoris habuit rationem: cuius interdum potuit interesse, Ephesi recipere. itaque utilitas quoque actoris veniet. quid enim si traiectionem pecuniam dederat, Ephesi recepturus, ubi sub pœna debebat pecuniam, vel sub pignoribus: & distracta pignora sunt, vel pœna commissa mora tua? vel fisco aliquid debebatur: & res stipulatore vilissimo distracta est? in hanc arbitrariam, quod interfuit, veniet: & quidem vltra legitimum modum vsurarum^c. quid si merces solebat comparare? an & lucri ratio habeatur, non solius damni? puto & lucri habendam rationem^d.

Ad §. vlt. Nunc de officio.

RAT. DVV. Actio arbitraria nascitur ex contractu, & quidem stipulationis, qui omnium strictissimi est, ut diximus ad *§. 1. huius legis & ad l. 1. supr.* Ergo non potest latius patere & extendi, quam contractus ipse stipulationis: qualis enim contractus est qui parit obligationem, talis & obligatio est quæ ex eo proficiscitur. Et rursus qualis obligatio est, talem & necesse est actionem esse quam parit obligatio *l. licet 41. §. ea obligatio supr. de procurat.* Denique qualis actio est, talem prætor dat formulam ex cuius præscripto iudex pedaneus iudicandum necessarius habet, ita ut ne latum quidem vnguem possit ab ea recedere. Vnde est quod in eadem etiam in hac actione dicitur additus actioni & formulæ in *l. 4. §. 1. infr.* tanquam seruus additus glebæ. Cur ergo dubitamus an quantitati contractus inferui debeat, an verò possit excedere vel diminueret quantitatem?

DE C. Actio quidem ex stipulatu stricta est & strictissima, sed arbitraria, quæ nascitur ex stipulatione propter adiectionem loci, quamuis non sit bonæ fidei, attamen nec stricta est, sed arbitraria, quæ proinde iudicem obligat ut pronunciet ex bono & æquo *§. præterea Instit. de action.* Ut scilicet quoties alio loco petitio aut solutio sit, quam in quo ex contractus verbis fieri debuit, habenda sit ratio utilitatis loci, id est, quam vel reus, vel etiam actor sperare potuisset, si in loco qui stipulatione comprehensus est, solutio facta fuisset, ut sequitur in hoc §. Nam et si actio maneret stricta, qualis est conditio certi ex stipulatione, adhuc tamen loci ratio habenda esset in æstimanda re debita, ut supra diximus, obseruari in conditione certi ex mutuo *l. vinum 22. supr. de rebus credit. l. vlt. supr. tit. prox. l. quoties 59. & seq. infr. de verb. oblig.* Sicut & habetur ratio temporis, quam

Huic porro similis ille est qui solutionem Ephesi accipere iussus, accepit eam Capuæ: accepit enim id ipsum quidem quod debebatur, sed alio loco quam in quo debebatur, nec æstimata utilitate loci, ac proinde nec nihil, nec aliud quam quod mandatum ei fuerat, ut acciperet, sed minus quam debebatur & quam accipere iussus esset, liberat ergo debitorem in ea quantitate quam ab eo accepit, non liberat in ea quam non accepit, & quam tamen accipere ex mandato debebat.

nis adiectum in stipulatione tempus non facit actionem arbitrariam *l. quod si Ephesi 4. in princip.* vbi dicemus *infr. l. si fundum certo die 114. de verb. oblig.* vbi scribit Vlpianus, si fundum certo die dari stipuler, & per promissorem steterit, quominus ea die præstetur, consecuturum me quanti mea interest, moram factam non esse, quamuis in stipulatione nihil de eo quod interest, dictum sit. Cur enim stipulatore diem adiecerit in stipulatione, nisi ut promissor intelligeret futurum, si ea die non satisfaceret, ut quanti ex ea causa stipulatore interesset, præstare teneretur? Alioqui fatendum esset inutiliter adiectum esse in stipulatione locum, aut tempus, si eiusmodi adiectio hoc non operaretur. Differentia tantum illa est inter locum & tempus, quod alio loco peti non potest, quam qui obligationis causa inferri stipulationi fuit, idèoque necessaria est actio arbitraria, ut alio loco peti possit: at alio tempore potest petere stipulatore, quam quo dari debuit, dummodo vltiore, non ceteriore, ut diximus ad *l. 1. supr. & l. si sterilis 21. §. cum per venditorem in fin. infr. de action. empr.* nec arbitrariæ actionis auxilium in eam rem necessarium est *d. l. quod si Ephesi.* Itaque differentia inter locum & tempus hac parte non in eo est, ut temporis utilitas potius quam loci ex vi & natura stipulationis habenda sit, sed ut loci utilitas in stipulatione æstimari non possit, nisi per arbitrariam, quia nec aliter fieri posset, ut alio loco ageretur: utilitas autem temporis adiecti in stipulatione perinde æstimari possit per conditionem certi ex stipulatione, & per actionem ex stipulatu, quamuis veraque illa actio sui natura sit stricti iuris, & strictissimi: nec qui stipulatore præstatur, fauor in eo est, quod propter locum potest consequi quanti sua interest, quando etiam propter adiectionem temporis tantundem consequitur, sed in eo solo quod cum ipsi actio directa deficiat, accommodamus vtilitatem & honorariam, non etiam illi qui certo die

dari quid sibi stipulatus est, quia nec subsidiario hoc auxilio indiget. Est etiam inter diem & locum illa differentia, quod quemadmodum vix unquam dies in stipulatione adicitur, nisi favore promissoris, ut totum medium tempus liberum habeat ad soluendum, nec quicquam interim peti ab eo possit *l. qui hoc anno 42. l. stipulatio ista 38. §. inter incertam l. liber homo 118. §. decem hodie de verb. oblig. l. quod certa die 70. de solut. ita vix etiam fieri queat, ut ob id quod sua die solutum non sit, quicquam interfit promissoris, sed solius stipulatoris, cuius maximè interfit, ut ad dictam diem solueretur *dist. l. quod si Ephesi & dist. l. si fundum*. Proinde non potest ex ea causa unquam contingere, ut quantitas deducta aliquem in stipulationem minuat, sed tantum, ut augetur. Diminutio enim ad utilitatem promissoris respiceret, excessus verò ad utilitatem stipulatoris. At cum locus in stipulatione obligationis causa adiectus est, æquè potest imò frequentius interesse rei, quam actoris, ut alio loco non solvatur. Facit igitur adiectio loci, ut iudex huic actioni adiectus non tantum augere quantitate contractus possit & excedere, sed etiam diminuire, adeoque interdum reum profus ab soluere *dist. l. quod si Ephesi §. 1. Cumque vix dari casus possit, in quo non interfit alterutrius, id est, vel actoris vel rei, omnino consequens est, ut nec alio casu possit iudex in arbitraria ista actione inseruire contractui, eamque nec diminuire nec augere, quam si neutrius interfit. Et hoc quamuis fiat per arbitrariam propter adiectioem loci, æquè tamen fieret per directam si ad agendum alio loco posset actio directa competere. Nam perinde æstimaretur per directam utilitas loci in gratiam alterutrius, atque æstimatur utilitas temporis in gratiam solius stipulatoris, *d. l. quod si Ephesi*.**

a *Ut si interfuisset rei Ephesi potius solvere*. R. A. T. D. V. B. Non potest reus conveniri per actionem arbitrariam alio loco, quam qui stipulationem comprehendit, nisi postquam ad locum illum perueniri potuit *§. qui ita stipulatur sup. l. continuus 137. §. citata inf. de verb. oblig.* At qui præterito illo tempore intra quod perueniri ad eum locum potuit, si reus non solvatur, hoc ipso in mora constitutus intelligitur, si Accursio credimus, qui sic ad huc locum rationatur: Ergo non est habenda ratio utilitatis rei, ne alioqui sua ei proffit mora & frustratio, quam è contratio ipsi nocere equè esset. *hominem 37. inf. mandat. l. in condensatione 173. §. pen. de reg. iur. Dec.* Qui per arbitrariam actionem alio loco agit quam in quem collata stipulatio & obligatio est, adimit promissori utilitatem illius loci, & ideo plus loco petere dicitur, si petat alio loco nisi petat sub commemoratione eius loci in quo peti & solui debuit. Quæ commemoratio eò pertinet, ut perinde sit acti paratum se diceret præstare quanti ob eam causam interfit promissoris *§. loco plus petitur Inst. de action.* Ergo si rei interfit eo potius loco solvere qui verbis stipulationis comprehensus est, quam ubi convenitur, ratio quod agat tardius, si non etiam quam ex loco illo sperare potuit, & quam actor ei aufert, cum exercet arbitrariam, ut qui in vno gratatur in alio releuetur, quomodo nostri solent dicere ex *l. eum qui 30. in princ. sup. de iure iur.* Quamquam enim necessitas inducendæ arbitrariæ fauorem reum actoris respicit non rei, ne scilicet aliter posito iure nulla misero creditori superfit ratio suam consequendi, cum tamen & actio sit utilis & inducta ex æquitate, non aliter fuit actori concedenda, quam ut indemnitati rei pleatissimè consulere-

tur, quod ipsum non melius fieri potuit, quam æstimata in ipsius fauorem loci utilitate *l. vbi diximus sup.* Nec enim prætor vult beneficium suum cuiquam esse captiosum *l. Paulus notat 8. de stipulat. prætor.* sicut nec princeps *l. 2. §. si quis à Principe & §. merito inf. Nequid in loc. public. l. ex factis 43. de vulg. & pupill. substit. l. nec auus 4. C. de emancip. liber.* Esset autem captiosum si prætextu actionis arbitrariæ actori permitteretur utilitatem loci reo adimere quam sibi ex verbis ipsius stipulationis quaesivisset. Neque verum est, quod Accursius supponit pro vero, in mora esse reum qui vltro non soluit statim atque præterito tempus, intra quod ad locum stipulationis perueniri potuit. Non enim ad constituendum aliquem in mora sufficit ab eo peti posse, nisi etiam illud concurrat, ut petium sit vel per iudicem vel per extrajudicalem interpellationem *l. mora 32. inf. de vsur. l. pupillus 127. de verb. oblig. l. nulla 88. de reg. iur. nisi cum mora contrahitur re ipsa & ipso iure, id est, citra interpellationem, ut euenit in personis minorum l. in minorum 3. Cod. in quibus caus. non est necess. in integr. restit. l. cum quidam 17. §. si pupillo inf. de vsur. l. Titia Scio 87. §. vsuras de leg. 2. aut cum vsura debentur in vicem fructuum perceptorum, ut in *l. curabit 5. Cod. de action. empt.* Alioquin eodem instanti quo inciperet quid deberi ex illa stipulatione Ephesi decem dari mora etiam contraheretur, quod esset ridiculum *l. promissor 21. §. 1. inf. de constit. pecun.* Prius enim est, ut quid debitum sit, quam ut peti possit, & ut peti possit, adeoque ut petitum sit, quam ut mora contracta videri possit. In proposito autem nemo dixerit contrahi moram re ipsa, ex eo solo, quod lapsus sit tempus intra quod Ephesum perueniri potuerit, cum ab eo tempore possit reus Ephesi solvere & conveniri nulla eius quod interest oblatione facta *d. l. 4. in princip. inf.* quamuis imputare sibi debeat si non soluerit prius quam arbitraria conveniretur, ut sequitur in hoc *§.* Denique dies tacita nunquam interpellat pro homine, sed tantum expressa, idque potissimum in pœnalisibus *l. magnam 12. Cod. de contr. & committ. stipul.* At nec illud rursus verum est, quod idem Accursius ex Ioanne subiungit, in actione arbitraria habendam rationem utilitatis loci etiam in eius gratiam qui in mora fuit quasi per adiectioem loci hoc tacite inter contrahentes actum videatur *arg. l. cum quid 4. sup. de reb. credit. Ita namque fieret, ut moratori frustratio sua prodesset, quemadmodum supra diximus ex *l. hominem 37. inf. mandat. l. in condensatione 173. §. penult. de reg. iur.* Nec sanè vlla æquitas hoc patitur, quæ tamen in hac maximè actione dominatur *d. l. 4. in fin. inf.* sed dicitur potius, ut ei qui aduersarij culpa moram passus est, succurratur, non etiam illi qui ipse in mora fuit, ut sequitur in hoc *§.* Multo autem absurdius etiam illud est, quod idem Accursius adicit, non esse habendam rationem utilitatis actoris, si ipse sit in mora non conveniendi, quasi verò ex parte actoris mora contrahi dicitur ob id solùm quod agat tardius, si non etiam illud concurrat, ut sine causa recuset accipere solutionem *l. qui decem 72. in princ. & §. 1. inf. de solut.* Quare nec defendi etiam illud potest quod Ioannes dicebat & Accursius probat, in actione ista posse fieri, ut vtriusque partis, id est, tam actoris quam rei in eodem iudicio ratio habeatur. Alterutrius enim ratio ferè semper habenda est, at vtriusque nunquam, ut diximus ad *l. 2. in princ. sup.* Neutrius etiam aliquando sed perrandè scilicet si neutrius interfit. Nam eo quoque casu quo vtrumque mora & negligentia inter-**

teruenerit, adhuc dici potest, compensationem quoque moræ faciendam esse *l. si ambo 10. inf. de compensat.* Sed ea compensatione facta habendam tamen rationem utilitatis loci, non pro actore, sed pro reo, cui utilitas loci omnimodo præstanda est, non propter moram quam patitur, sed ob damnum quod ei per arbitrariam infligitur, cum alio loco convenitur. At actoris ratio in hac actione nunquam habetur nisi per accidens, cum moram à reo passus fuit, aut in alio loco ei soluitur, nulla præcedente ipsius actoris mora, ut in hoc *§.*

b *Iulianus Labeonis opinionem secutus*. R. A. T. D. V. B. In actione arbitraria videtur longè alia constituenda esse ratio actoris, alia rei. Idcirco enim utilitatis rei ratio habetur, ne alioqui faciat ei iniuriam prætor si eum alio loco quam qui in stipulatione comprehensus est, conveniri patitur, atque ita ei adimni utilitatem loci sine qua fortassis non fuerat contracturus? At cum stipulator agit arbitraria, ipse sibi admitti utilitatem loci, nec imputare culpam aut moram reo potest, cur non ad locum solutioni destinatum citius venerit, cum nulla temporis adiectioe ex verbis stipulationis urgeretur, ut citius veniret. Nulla igitur causa subest vel æquitas propter quam actoris rationem haberi oporteat. Cumque ei iam faueatur in eo quod alio loco permittitur ei agere contra quam ferant verba stipulationis, an non esset iniquum ei præterea faueri etiam in hoc, ut utilitatis ipsius ratio aliqua haberetur? An non id pugnaret eum singulari illo nostro orum brocardo, qui negat duo singularia circa eandem rem eandemque personam posse concurrere? *ex vulg. l. 1. C. de dot. promiss.* Dec. Ex natura quidem actionis arbitrariæ est, ut rei rationem haberi potissimum oporteat, ut quemadmodum in hoc grauat, quod alibi convenitur, quam ubi ex stipulationis lege conveniri debeatur, ita releuetur in eo quod loci conveniri utilitatem consequitur. Idque Iulianianus satis docet. cum de solius rei utilitate inspicienda loquitur in *§. loco plus petitur Inst. de action.* Sed tamen ea res non facit, quin aliquo casu & ex iusta causa etiam actoris ratio habenda sit, puta si appareat locum illum fuisse adiectum pro stipulatore, sive traiecitiam pecuniam eum dedisse Romæ, ut eam reciperet Ephesi, vbi sub pœna debebat, quæ commissa sit ob non factam sua die solutionem, vel sub pignoriibus, quæ distracta sint ob non solutam sua die pecuniam. Finge fisco aliquid debitum fuisse & rem stipulatoris vilissimo distractam precio: nec enim ideo fides hæc ficalis conuelli facile debet *l. si hypothecæ 8. Cod. de remis. pignor. l. qui proscrubente 6. C. de fid. & iur. hæc fical. lib. 10. tit. 3. nisi dolo & mala fide publica venditio facta sit l. 1. & 2. eod. tit. l. si quis 29. C. de rescind. vendit.* His certè casibus & aliis similibus in hac arbitrariam veniet etiam id, quod stipulatoris interfit, eum interferit propter moram debitoris, qui in eo loco non soluit in quo solute ex conventionie debuerat. Nec deterior actoris causa fieri debet ob id quod ipse debitorem alio loco convenit, atque ita loci utilitatem sibi præcipuisse videatur: cum ex necessitate id fecerit, ne alioqui iacturam totius debiti pateretur, si fortè debitor ad locum stipulatione comprehensum accedere nunquam vellet sine data opera, siue quod aliis distinetur negotiis *l. 1. sup.* Magisque impuniti reo potest eum vltro solueri, ut vbi que, cum possit priusquam Ephesum perueniri potuisset *l. continuus 137. §. cum ita de verb. oblig.* vel in loco solutioni destinato,

antequam arbitraria conveniretur. Desinit enim posse solvere tum demum, cum ab eo in alio loco peti ceptum est *§. 2. sup.* Et sanè aliter posito iure fieret iniuria stipulatori, cuius fauore locum in stipulatione adiectum fuisse ponimus, & ex facti circumstantiis apparet. Nec habet reus quod cõqueratur, cum diligentior debuerit esse ad soluendum, & se ipsum, ut ita dixerim, interpellare, ut se ab actionis arbitrariæ periculo liberaret *arg. l. quoties 9. §. & generaliter & seqq. inf. de admin. tutor.* Quamquam potest etiam ita hic textus intelligi, ut extra iudicium interpellatus fuerit debitor ad soluendum Ephesi, atque ita in mora constitutus. Ponit enim disertè Vlpianus post Iulianum, moram à debitore contractam fuisse, illis verbis *mora tua*, ut Florentie scriptum est, pro quibus verbis cum veteres mendosè legerent *mortua* coacti sunt addere *animalia*, quæ nullius sensus lectio est, quamuis ab Accursio, sed malè, explicata. Fecit sanè hoc mendum, ut non viderin interpretes moram hinc ab Vlpiano requiri, quæ tamen regulariter citra interpellationem non contrahitur *d. l. mora 32. inf. de vsur. l. Titia Scio 87. §. vsuras de legat. 2.* Nisi quis dicat de ea mora hinc loqui Vlpianum, quæ facti sit magis quam iuris, & quæ ex eo solo æstimanda sit, quod de facto, ut aiunt, reus non soluet, atque ita stipulatori coegerit, ut eum arbitraria conveniret, à quo tunc ore nec purgandæ huius moræ ratio vlla superest. Hancque interpretationem magis probo, quia nec aliam rationem ex parte rei præcedere necesse est, ut arbitraria conveniri possit, nisi ut nec soluet, nec actorem ipsum in mora constituerit, accipiendæ suo loco solutionis, priusquam arbitraria actio proponeretur. Ceterum siue nihil sit, quod imputare possis reo, siue aliquid sit, quod imputare actori possis, non est exitum mandum huic Labeonis & Iuliani sententiæ locum esse, ut actoris utilitatè æstimari oporteat: et si non facile potest meo iudicio cõtingere, ut nihil imputari possit reo, quin aliquid imputari possit actori. Si enim nihil ab utroque factum sit, hoc ipso per reum stetit & factum esse videtur, ne soluerit, & ut arbitraria conveniri eum necesse fuerit. Sequitur,

c *Et quidem vltra legitimum modum vsurarum*. R. A. T. D. V. B. Legitimus modus vsurarum est, ut duplum excedere non possint *l. si non surtem 26. §. 1. sup. de cond. indeb. l. pecunia 9. l. placuit 29. inf. de vsur.* Atqui nec id quod interest excedere duplum potest *l. vnic. C. de sent. qua pro eo quod inter.* Ergo neque pro actore habenda est ratio, quanti eius interfit ob utilitatem loci vltra modum legitimum vsurarum. Dec. Id quod cuiusque interest nihil aliud est, quam quod ei abest quodque lucrari potuit *l. si commissis 13. infra de rem. habet.* Hoc verò non tam in iure quam in facto consistit *l. quatenus 24. de regul. iur.* penderque, ut cetera omnia quæ sunt facti ex probationibus, quarum siue inopia siue copia sit, ut id quod interest, nunc ad exiguam, nunc ad maiorem summam deducatur *l. vit. inf. de stipulat. prætor.* Primusque Iulianianus fuit, qui supradicta constitutione prohibuit ne in casibus certis, id est, ut ille ipse interpretatur, in venditionibus, locationibus, ceterisque contractibus ac proinde etiã stipulationibus, possit id quod interest, duplum excedere, quasi id quod supra duplum est, immoderatam creditoris avaritiam & auiditatem denotet, quam facile subsequi iudex non debet *d. l. vnic. l. ex damni 40. in princ. inf. de damn. infest.* Ergo ante Iulianum, & Labeonis, Iuliani ac Vlpiani temporibus, quorum hæc lex est, poterat id quod interest, duplum excedere, si modo tanti stipulatoris

interesse probaretur, quod hodie per dictam Iustini-
niani constitutionem correctum est. Ita enim sen-
tente malo quam cum Accursio & Bartolo dicere, in-
teresse quidem singulare non posse excedere duplū
interesse communis, sed in hoc §. solum commune
interesse peti nō singulare. Nam nec interesse com-
mune potest duplum excedere, si Iustiniāni men-
tem & sensum in *d. l. vnic. bene percipio*. Alioqui ferē
namis & illusoria esset Iustiniāni constitutio si com-
mune, vt vocant, interesse etiam in casib. certis du-
plum excedere possēt, vt latius aliquando fauente
Deo circa illius legis interpretationem scribemus.
d. *Puto & lucri habendam rationem*. R. A. T. D. V. B. Faci-
le abibit res in infinitum, aut saltem in immensum si
in aestimando eo quod interest. non tantum damni
emergentis sed etiam lucri cessantis ratio habeatur.
Quid non enim lucraturus sit diligens mer. ator ex
negotiatione, commutatis mercibus in pecuniam,
deinde pecunia in merces, aut contra? Aut quis finis
esse potest cessantis lucri? Quare nec eius ratio sem-
per haberi solet, sed tantum damni & detrimenti
quod actor assilus fuerit, vt in specie *l. 2. §. portio au-
tan* *infr. de leg. Rhod. de iact. l. si is cui 71. §. 1. in fin. infr. de
furt. l. vlt. de peris. & commod. rei vendit. l. si sterilis 21. §.
cum per venditorem de action. empr.* Quam ob causam
Accursius noster ait speciale hoc esse in arbitrariis,
& in quibusdam aliis actionibus, nulla tamen spe-
cialitatis allata ratione. DEC. Eius quod interest
duo sunt capita, vnum quod circa damnum emer-
gens versatur, alterum, quod circa lucrum cessans *l.
si commissarius 13. infr. rat. rem habet*. Quamuis enim qui oc-
casionem lucri amittit, hoc ipso non tam fiat pau-
perior, quam non locupletior *l. quod autem 6. infr. Que
in fraud. credit. l. si sponsus 5. §. concessa & §. si maritus &
pass. de donat. ant. vir. & vxor.* quorū quisque tamē est,
cuius nō interfit fieri locupletior? Proinde quo-
ties quis habet actionem ad consequendum id omne
quod sua interest, proculdubio etiam ratione lu-
cri cessantis agere poterit, vt in specie *l. si in lege 24.
§. colonus l. si fundus 33. ad fin. infr. locat. l. si mulier 21. §. re-
rum vers. commodi infr. rer. amot. l. quicquid 7. Cod. arbitr.
rutel. d. l. vnic. in fin. C. de sentent. qua pro eo quod inter.* Ex
quibus locis intelligimus, quam falsum sit, quod
post Accursium quidam putant, esse hoc restrin-
gendum ad actiones arbitrarias. Nam neque actio-
nes locati, & conducti arbitrarię sunt, de quibus in
d. §. colonus & d. l. si fundus, neque actio tutelę de qua
in *d. l. quicquid*, sed bonę fidei: & generaliter in *d. l. v-
nic. C. de sentent. qua pro eo quod inter*. Iustiniānus defi-
nit constitutionem illam non minus in lucro quam
in damno habere locum debere, quia, inquit, etiam
ex lucro veteres, id quod interest statuerunt. Ne-
que tamen idcirco verendum est, vt id quod inter-
est, abeat in infinitum, quando quidem in aestiman-
do eo quod interest, neque lucri neque damni ratio
vnuquam habetur, nisi quod sit circa rem, non etiam
eius quod extra rem. Quod nostri vulgō extrinse-
cum interesse appellant, cuius elegas exemplum est
in *d. §. cum per venditorem*. Sed & in hac actione ar-
bitraria. De eo quod certo loco, illud præterea re-
quiritur, vt interfit ratione illius loci, in quo solui
debit. Quę circumscrip. tia adeo limitata est, vt non
nisi valde limitatum effectum possit producere in
ipsa etiam pecunia, propter quam alioqui nūquam
præstatur id quod interest, nec scilicet facile excurrat
in infinitum: indeque est, quod quamuis venditor
ob non traditam emptori rem venditam teneatur
ad id omne quod emptoris interest *l. 1. infr. de action.*

empr. emptor tamen non similiter teneatur ad id
quod venditoris interest, sed tantum ad vsuras præ-
cij *l. ex empto 11. §. 1. eod.* nempe quia debitor est pecu-
nię in genere, cum sit debitor precij, quod in pecu-
nia innumerata consistere semper debet *d. l. vlt. de
peric. & commod. rei vindic. iunct. §. precium Inst. de empr.
& vendit.* Illud certē fatendum est fauorabiliorem
causam esse eius quod interest ratione damni e-
mergentis, quam eius quod interest ratione lucri
cessantis *l. in eo 33. l. non debet 41. §. 1. de regul. iur.* quia
gravius est & reipublicę incommo dius fieri quem
pauperiorem quam non fieri locupletiorē, vnde
melior semper eorum causa est, qui certant de dam-
no vitando, quam illorum qui de lucro captando
*l. vltim §. si verō creditores Cod. de iur. delib. d. l. quod autem
6. §. simili modo infr. Qua in fraud. credit.* Ob idque ali-
quando eueit, vt leges damni duntaxat & detri-
menti rationem haberi velint, vt in lege Rhodia de ia-
ctu *d. l. 2. §. portio autem infr. ill. tit. de leg. Rhod. de iact.* I-
tēque in actione furti *d. l. si is cui 71. §. 1. de furt.* Satis
enim superque domino consultum esse visum est si
supradictis casibus in demnitas ei præstaretur, nec
contributio sit in lege Rhodia de iactu, vt is cuius
merces in mare proiectę sunt, fiat locupletior, sed vt
minus damni & detrimenti sentiat ex iactu qui fa-
ctus est ex necessitate, nec rursus comparata est ac-
tio furti ad locupletandum eum, cui furtum factū
est, sed vt puniatur & pauperior fiat is, qui furtū fe-
cit, constituta in eum pœna dupli vel quadrupli vi-
tra rei perfectionem, quę per vindicationem fiat,
aut per conditionem. Et quamuis detur actio furti
ei cuius interest rem non subripi *l. cuius interfuit 10. &
seq. infr. de furt.* non tamen datur ad id quod interest,
sed ad pœnam dupli vel quadrupli, adeoque nec id
quod interest, in ea duplatur vel quadruplatur, sed
verum rei precium *l. in furti actione 50. eod. tit. l. cum fur-
ti 9. sup. de in lit. iur.* Vt proinde mirum videri non de-
beat in ea actione lucri rationem non haberi, quā-
uis habeatur in actione rerū amotarum *d. l. si mulier
21. §. rerum vers. commodi quoque infr. rer. amot.* quia licet
ea actio in locum actionis furti & conditionis fur-
tiuę subrogata esse videatur *l. 1. & 2. l. pen. eod. diuer-
sam tamen ab vtraque naturā in eo habet quod ar-
bitraria est l. si cum dos 8. §. 1. & l. seq. eod. tit.* arbitrium
autem quod in ea præcedit condemnationem, sem-
per æquitatem adnexam habere debet *§. præterea Inst.
de action.* Arbitrari enim iudex tanquam vir bo-
nus, & quod viro bono cui libet æquum videri de-
beat, nemo autem negauerit æquum esse, vt etiam
commodi quod rebus amotis vir amiserit, ratio ha-
beatur contra mulierem quę res amouit, quam &
condenari postea oportet quanti vir in litē iura-
rit sua interesse si arbitrio non pareat *d. l. si cum dos 8.
1.* Oranis enim cōdemnatio quę fit per iurandum
in litē siue in arbitrariis, siue in bonę fidei actio-
nibus semper fit ad id quod interest *l. qui restitueret 68. de
rei vindic. non item in actionibus stricti iuris l. in action.
vers. planē sup. de in lit. iur.* Itaque melior hac parte cō-
ditio est ceterorum furum, cōtra quos nulla cōmo-
di & lucri amissi ratio habetur, siue actione furti,
siue conditione furtiua conueniatur, non quasi fa-
uorabilius esse debeant, sed quia non nisi strictis
actionibus tenentur, quarum natura nō patitur, vt
ad id quod actoris interest condemnentur, si non id-
ipsum quod interest, sit in obligatione, vt in *l. natu-
ralis 5. §. 1. & seq. infr. de præscrip. verb.* Contractuum &
actionum quę ex contractibus nascuntur alia ratio
est. Qui enim contrahunt, sui lucri causa contrahūt,
vt ex

vt ex ea negotiatione fiant locupletiores *l. actionum
25. §. 1. infr. de oblig. & action.* ita vt qui rem suam ven-
dit, non tam ex re ipsa quam ex negotiatione præ-
cium percipere dicatur *l. venditor 21. de hered. vel act.
vendit.* Vnde est quod plerisque locis scriptum le-
gimus, naturaliter licere contrahentibus in emen-
do & vendendo, itēque in locando & conducen-
do se decipere leg. in causa 16. §. idem Pomponius *supr. de
minor. litem si precio 22. §. vlt. & l. seq. infr. locat. l. si vo-
luntate 8. C. de rescind. vendit.* Non ergo restringendum
est ad actiones arbitrarias quod hic scribitur, in
aestimando eo quod interest, etiam lucri rationem
habendam esse, sed generaliter ad omnes actiones
extendendum in quibus ad id quod interest con-
demnatio fit, siue principalis obligationis siue ac-
cessionis iure, nec illud rursus admittendum meo
iudicio est, quod video etiam interpretibus placere
ad eas personas restringi debere, id quod dicimus,
aestimandum esse lucrum, quę mercari & lucrari
consequerentur. Nam quod hic Vlpianus scribit *quid
si merces solebat comparare?* exemplū tantum gratia po-

fitum est, quia in negotiatore apertius est, lucrari
eum potuisse *d. l. vlt. de peric. & commod. rei vendit. d. l. si
sterilis 21. §. cum per venditorem de action. empr.* Ceterum
si quid commodi actor amiserit, tunc si negotiator
non fuerit, hoc quoque præstandum ei erit *d. l. si mu-
lier 21. §. rerum vers. commodi rer. amot. d. l. si in lege 24. §.
colonus d. l. si fundus 33. in fin. infr. locat. d. l. vnic. C. de sen-
tent. que pro eo quod interest.* Sed ita tamen vt non tam
illud inipici debeat, quanti alius diligens negotia-
tor lucrari potuerit, quam quanti actor ipse facit
lucraturus, si moram passus non fuisset. Idem est
quod Paulus scribit in *d. l. si commissarius 13. rat. rem habet.*
in quantum mea interfuit, id est quantum mihi abest quan-
tūque lucrari potui. Itaque probare semper actor de-
bet, tantum se lucrari potuisse. Quę probatio in mer-
catore, ac negotiatore facilius certē est, & ad au-
gendam lucri quantitatem utilior, sed quę tamen
etiam in eo qui negotiari solitus non sit, aliqua
esse potest, vt ex suprā dictis locis apparet. Simi-
le quiddam est in leg. *si nauis 62. in fin. supr. de res
vindicat.*

3. CA IVS libro 9. ad Edictum Proninciale.

Idē in arbitrium iudicis refertur hæc actio: quia scimus, quam varia sint præ-
tia rerum per singulas ciuitates, regionēque: maximē vini, olei, frumenti, pe-
cuniarum quoque^a, licet videatur vna & eadem potestas vbi que esse: tamen
aliis locis facilius, & leuibus vsuris inueniuntur, aliis difficilius, & grauius vsuris.

Ad l. Idē in arbitrium 3.

R. A. T. D. V. B. Etiam per alias actiones quam per
hanc arbitriam, de eo quod certo loco peti mer-
ces possunt, maximē verō vinum, oleum, frumen-
tum, vt puta per conditionē certi ex mutuo etiam
ad eō loco, in quo solui eas oporteat *l. vini 22. supr.
de reb. credit. l. vlt. supr. tit. prox. l. quoties 59. & l. seq. infr. de
verb. oblig.* Et tamen non confertur certi conditio
in arbitrium iudicis, quamuis non eo minus varia
sint præcia mercium per singulas ciuitates, cum ex
causa mutui merces debentur, quam cum ex causa
stipulationis, cui certus locus adiectus sit: alioqui
etiam conditio certi perinde fieret arbitraria per
adijectionem loci, atque actio ex stipulatione per
quam debitor promiserit merces illas dare certo
loco: quod tamen euidenter falsum est, semper enim
certi conditio stricti iuris est, itēque critica vt
& ceterę omnes conditiones, nunquā arbitraria, vt
docuimus ad *l. 1. & ad d. l. vlt. supr. tit. prox.* Ergo non
est bona ratio, quę hic à Cato adfertur, propter quā
in arbitrium iudicis refertur hæc actio arbitraria,
de eo quod certo loco, quodd pro diuersitate locorum ac
regionū diuersa sint præcia mercium *l. præcia rerum
63. infr. ad l. falci d. l. si seruum 33. supr. ad leg. Aquil.* DE C.
Non est referenda in arbitrium iudicis cōdemnatio,
quę ex natura actionis certa esse potest *l. vlt. C. de fi-
deic. liberr.* Cum enim ius ipsum per se certum sit ac
finitū *l. 2. infr. de iur. & facti. ignor. id agit semper ciuilib
legislator quantum potest, vt certa fiat cōdemnatio,
neque ex arbitrio iudicis pendeat, neque hoc tantum
in stricti iuris actionibus, sed etiam in arbitrariis, vt
ex allatum omnium exēplo, si hanc vnam excipias,
cernere est. Nam in actione, quod metus causa con-
demnatio fit in quadruplum *l. item si cum 14. §. 1. & seq.
supr. quod met. caus.* in actione de dolo ad id quod
actoris interest, quāuis vt in ceteris arbitrariis ar-
bitrio iudicis restitutio fiat *leg. arbitrio 18. in princip. de**

dolo. in rei vindicatione directā, in Publiciana &
actione ad exhibendum, itēque rerum amotarum, &
aliis plerisque similibus, quando actor in litē sua in-
teresse iurauerit *d. l. qui restitueret*. Denique arbitrarię
dicuntur ceterę actiones omnes, quod in iis restitua-
tio fiat arbitrio iudicis, nō etiam cōdemnatio. Sicut
enim non quicquid iudicis potestati permissum, id
subiicitur iuris necessitati *l. non quicquid 40. supr. de
iudic. ita ē contrario nec iudicis potestati & arbitrio
permittendum est, quod subicitur iuris necessitati,
& in iis permissum iudici, secundum cuiusque rei
naturā ex bono & æquo a stimare, quem ad modum
actori satisfieri oporteat *§. præterea l. vlt. de act.* Per ar-
bitriū scilicet circa rei restitutionē interponendum,
nō per cōdemnationem. At in actione arbitraria de
eo quod certo loco speciali iure obtinet, vt non re-
stitutionē, de qua hic non agitur, sed cōdemnatio-
nem in arbitriū iudicis cōferri necesse sit, quia cum
contra iuris regulas, non minus, quam cōtra stipu-
lationis verba, detur hæc actio à Prætorē, non aliam
naturā habere potest, ex qua sequatur cōdemnatio,
quam quę æquitatis magis, quam iuris rationibus
fulciatur, æquitas autem tota pendet ex totius facti
circūstantiis *l. bona fides 31. infr. deposit.* Circūstantię
verō pro personarū & factorum varietate alię atq;
alię sūt, & cum alio loco agatur quam in quo ex ra-
tione iuris & ex stipulationis verbis agi debuit, ali-
quādo accidit, vt culpa stipulatoris id fiat citra mo-
ram promissoris, aliquādo autē per morā & culpam
promissoris citra moram & culpam stipulatoris, ac
proinde vt vno casu haberi rationem oporteat vt li-
tatis loci pro reo, alio autem casu etiam pro
actore, ita vt vix vnuquam permittatur iudici in-
feruire contractui, & eam quantitatem ipsam,
quę in stipulationem deducta est, deducere in
cōdemnationem, vt diximus ad *§. vltimum legis
precedentis*. Hoc ipsum autem idē, quia mercium,
& ceterarum rerum mobilium, quę per hanc*

actionem petuntur, præterquam pecuniæ numerata, de qua postea dicemus, alia atque alia non modo pro temporum, sed etiam pro locorum varietate æstimatio est: Alioqui vix vlla esse vtilitas loci posset, cuius rationem haberi à iudice oporteret, nisi si quando aliunde interesset, nec proinde hoc casu locum habet quod scribit Iustinianus in *leg. vltim. Cod. de tempor. in integr. restit.* absurdum esse ex locorum differentia induci aliquod iuris discrimen. Id enim sic accipi debet, si cetera sint paria, nec facti discrimen ex locorum diuersitate vllum sit. Diuersitas igitur æstimationis illa est, non quæ facit actionem arbitriariam, aut eius ad aduendæ necessitatem inducit (hoc enim ex eo fit, quod alio loco quam in quem collata stipulatio est, agere stipulator directa actione non possit *leg. i. supr. hoc tit.*) sed quæ prætorum cogit, vt in arbitrium iudicis referat condemnationem, vnde & arbitriaria appellatur. Neque hoc tantum facit varietas illa precij, cum alio loco mercium istarum æstimatio soluitur, quam in quo solui debuit, sed etiam si in eodem loco alio tamen tempore, quia & pro temporum diuersitate etiam in eodem loco harum rerum precia mutantur, non quidem vt ex eo fiat actio arbitriaria, quemadmodum iam sapius monuimus in superioribus, & dicemus ad legem sequentem, sed vt huiusmodi mercium accessiones, si quæ promissæ sint, etiam ex nudo pacto præstandæ sint, puta si quis acceptis mutuo decem modis frumenti, vnde decem aut duodecim se restitutum nudo pacto promiserit *leg. frumenti 17. & L. oleo 23. Cod. de vsur.* cum tamen in accessionibus pecuniæ id est in vsuris stipulationem interuenire sit necesse *l. rogasti 11. §. si tibi supr. de reb. credit. l. Titius 24. infr. de prescrip. verb. l. 3. C. de vsur.* Fieri enim facile potest & euenit quotidie, vt duodecim modij frumenti hodie minoris sint, cum creditori restituntur, quam fuerint decem contractus tempore cum mutui debantur. Ineritudo autem dubij euentus cuius par ratio est, in vtrumque casum suspicionem omnem fraudis amouet *l. 1. C. de pact. l. de fidei commissio 11. C. de transact. l. si pater puella 12. C. de inoffic. testam.* Nec quisquam audiendus est id petens, cuius contrariam in alium euentum non fuerat postulaturus *vulg. l. pen. C. de solut.*

a Pecuniarum quoque. R A T. D V B. Non sicuti mercium ita & pecuniarum pro locorum aut temporum varietate alia atque alia æstimatio est, sed semper vna, eaque certa & constans in republica bene constituta *l. 3. supr. de in lit. iur.* ideo que nec mercis appellatione venit pecunia *l. 1. infr. de rer. permitt.* cuius scilicet vsus præcipuus in eam rem comparatus est, vt merces cæteræque res omnes æstimet, non vt ea per merces æstimetur *l. si ita fideiussorem 42. infr. de fideiuss.* Ergo non sicuti arbitriaria actio de eo quod certo loco refert condemnationem in arbitrium iudicis, quoties certo loco dari merx aliqua debuit, idem probandum est, si forte certo loco debebatur pecunia, quæ alibi petatur, sed sufficere debuit prætori hoc casu inducere actionem quidem vtilem deficiente perinde directa cum non magis pecuniam vno loco debitam petere stipulator alio loco possit quam mercedem *d. l. 1. l. 2. §. 1. supr.* sed non arbitriariam, cum nihil sit, hoc

4. VLPPIANVS libro 27. ad Edictum.

Quod si Ephesi petetur: ipsa sola summa petetur: nec amplius quid: nisi si quid est stipulatus, vel si temporis vtilitas interuenit.

Adl.

Ad l. Quod si Ephesi 4.

R A T. D V B. Absurdum est actionem directam minoris esse potestatis, quam vtilem, cum vtilis actiones non nisi ad exemplum & in subsidium directarum introducuntur sint. Ideoque solent ambæ eundem effectum præstare *leg. actio 47. supra do negot. gest. leg. quamquam 8. §. si mulieri versio. plane infr. ad SC. Velleian.* Atqui cum is, qui stipulatus fuerat Ephesi decem dari, petit Ephesi, agit directa actione. Cum verò petit Capuæ, agit vtili *leg. 1. supr.* Ergo quemadmodum agendo Capuæ agit arbitriaria, per quam consequitur quantum sua interest non tantum ratione damni emergentis, sed etiam ex causa lucri cessantis *leg. 2. §. vltim.* vbi diximus *supr.* Ita & agendo Ephesi tantundem consequi debet, vt non sit deterioris conditionis agens directa, quam agens vtili *leg. 1. supr. de Public. in rem act.* D E C. Sunt quidem actiones directæ & vtilis eiusdem effectus & potestatis, quoties eandem aut iuris aut æquitatis habent rationem: at non æquè vbi diuersa ratio est, diuersitas enim siue rationis, siue æquitatis, diuersitatem quoque iuris necessariò inducit *vulg. leg. illud 12. ad leg. Aquil. leg. 3. §. vltim. de etiam infr. de in iust. rapt.* Atqui in proposita specie prorsus dispar ratio est actionis directæ, quæ ex illa stipulatione competit, Ephesi decem dari, & vtilis quæ ex eadem stipulatione dat prætor, vt alibi quam Ephesi reus conueniri possit. Directa enim actio quæ ex verbis ipsius stipulationis competit, vt Ephesi petatur, stricta est, vt sunt regulariter actiones omnes, quæ sine exceptione competunt, siue ex stipulato *leg. aliis 6. vbi diximus supr. de in lit. iur. ad leg. si quis certum 24. supr. de reb. credit.* Actiones autem strictæ nullam æquitatis rationem admittunt, siue nobili siue mercenario iudicis officio, nisi ratione fructuum ex re quæ fuerit actoris post litem contestatam perceptorum ex *leg. 2. leg. videamus 38. §. si actionem infr. de vsur.* In eoque maximè differunt actiones stricti iuris ab actionibus bonæ fidei, & arbitriariis, in quibus æquitatis potissimum rationem habere ob oculos iudex debet *§. prox. infr. leg. bona fides 31. infr. deposit. §. in bona fidei & §. prætor ex Inst. de action.* nec alia de causa stricti iuris eas appellari existimandum est. Vtilis autem actio quæ nascitur ex eadem stipulatione, Ephesi centum dari, sicuti datur non ex verbis, sed contra verba ipsa stipulationis, ita fieri nequit, vt sit stricta, sed necesse est vt sit arbitriaria *dict. leg. 1. & leg. 2. §. 1. supr.* atque ita vt cum ex verbis stipulationis æstimari non possit, ex sola æquitate æstimanda sit, quæ non patitur, vt impune loci vtilitas alterutri contrahentium factio alterius adimatur. Vnde pendet secunda, & quæ præcipua est inter actiones iuras, differentia. Nam stipulator qui actione directa petit decem Ephesi, cum petat in eo ipso loco in quo peti & solui summa debuit, nullam loci vtilitatem aufert reo neque sibi ipsi. Nec igitur ratio vlla est propter quam hoc casu permittendum sit vel stipulatori maiorem quantitatem petere, quam quæ in stipulationem deducta est, vel iudici excedere eam quantitatem aut minere. Tota namque æquitas actionis arbitriaræ ex eo proficitur, quod per arbitriariam vtilitas loci in quo & petitio & solutio fieri debuit, alterutri contrahentium factio

Tom. III.

culpave alterius necessariò adimatur. Et ita Iustinianus ipse explicat in *§. loco plus petitur vers. si quis tamen Ephesi de action.* Bene igitur Vlpianus hic scribit, si Ephesi petatur ipsam solam summam peti debere, & in condemnationem deduci, nec amplius quid: sed exceptio subiungitur statim,

a Nisi si quid esset stipulatus vel si temporis vtilitas interuenit. Hæc verò quærent interpretes post Bartolum & Accursium, an vna tantum exceptio sit, an duplex. Prior Accursij interpretatio vnam facit, acti scriptisset Vlpianus. Nisi si quid præter summam principalem stipulatus esset actor, etiam si temporis vtilitas interueniret. Hoc sentit, vt si quidem stipulator præter summam principalem aliquid stipulatus proponatur, puta pœnam vel vsuras vel quanti sua intererit, id quidem omne possit petere quod stipulatus fuerit, sed præterea nihil, nec si temporis vtilitas interueniret, id est nec si inter sit stipulatoris solutam fuisse citius pecuniam, fortè propter accessionem fructuum, vel vsurarum, vel eius quod interfit. Cui interpretationi tam longè petitæ & ab Vlpiani verbis, quod nec Bartolus diffidetur, omnino alienæ causam illud dedit, quod vident, in actionibus strictis, qualem proximè diximus esse actionem illam directam, per quam Ephesi petitur, quod Ephesi dari debuit, nulla potest haberi ratio vtilitatis temporis siue propter vsuras siue propter fructus aliaque accessiones, quas constat non nisi ex die litis contestatæ deberi posse *dict. leg. 2. & dict. leg. videamus 38. §. si actionem de vsur. leg. cum fundus 31. in princip. supr. de reb. credit.* Vsuras verò ne quidem ex die litis contestatæ, vt bene docuimus Cuiacius contra vulgares interpretes docuit sæpius, quem nos secuti sumus in *Error 2. Decal. 1. de error. pragmat.* vbi ostendimus longè alium sensum esse *leg. lite contestata 35. de vsur.* Et probatur etiam hæc sententia ex *leg. 1. Cod. de condit. indeb.* quæ cum negat vsuras per conditionem indebiti posse peti, non minus litis contestatæ quam moræ tempus excludit. Nec videtur interpretes potuerunt, qua ratione aut arbitria possit esse actio, per quam Ephesi petatur, quod Ephesi dari debuit, aut si arbitriaria non est, possit vtilitatem temporis admittere, cum sit stricta. Tantique momenti obiectio hæc visa est, ipsi etiam Cuiacio, vt ex hac potissimum lege ausus sit dicere, adiectione temporis non minus quam loci actionem fieri arbitriariam, quod nos iam refutauimus ad *leg. 1. supr.* & postea iterum refellemus. Posterior verò Accursij interpretatio duplicem facit exceptionem, vnam quæ prioribus illis verbis continetur, nisi quid esset stipulatus. Alteram, quæ illis vel temporis vtilitas interuenit, quasi repetita dictione nisi acti scriptum esset in hunc modum, vel nisi temporis vtilitas interuenit. Atque ita certè sentiendum omnino est. Sed quemadmodum prior exceptio nullam habet difficultatem, & bene sic explicatur ab Accursio, vt si is qui stipulatus est, Ephesi decem dari, præterea stipulatus sit pœnam vel fructus, vel lucrum, vel vsuras, vel interesse, vel quid aliud tale, hoc quoque præter summam principalem peti possit: ita posterior eam dubitationem iniicit, quam nos iam diximus, quasi Vlpianus velit perinde temporis atque loci vtilitatem spectandam esse, & consequenter videri hanc quoque actionem ex adiectione temporis fieri arbitriariam, quod

YY 2

tamen nemo ex interpretibus, vno excepto, vt diximus, Cuiacio, potest conoquere. Sicut q. textum hunc explicare coguntur, vt temporis quidem utilitas æstimanda sit, sed ea tantum quæ rationem habeat solius damni emergentis, non etiam lucri cessantis, vt ex hac distinctione & differentia constet non idem esse hanc actionem arbitriam, in qua scilicet si arbitraria esset, etiam lucri ratione haberi oporteret. 2. §. vlt. supr. Aut si hæc non placeat interpretatio, dicendum est, inquit Accursius & Bartolus, restringendam esse hanc exceptionem ad actionem ex testamento, quæ licet stricta sit, admittit tam præstationem fructuum & usurarum aliarumque huiusmodi accessionum ad instar actionum bonæ fidei ex die moræ. *l. in minorum 3. C. in quib. caus. non est necess. in integr. restit.* Cuiacius verò vt hinc se expediat, cum neutram harum interpretationum videat esse probabilem (est enim vtræque commentitia & diuinata, posterior vero etiam contraria præcedentibus, ex quibus apparet Vlpianum de illa tantum stipulatione tractasse *Ephesi decem dari*, non autem de actione ex testamento maluit) nouam opinionem inducere, vt per temporis æquæ ac per loci adiectionem fiat actio arbitraria, in eaque non minus lucri quam damni rationem haberi oporteat. Mihi videntur omnes interpretes in eo errare, quod putant tractare hæc Vlpianum de ea temporis utilitate, quæ actori præstanda sit ex mora debitoris & officio iudicis ac cuius haberi ratio nulla possit, nisi per arbitriam, cum tamen loquatur, & intelligi debeat de utilitate, quæ propter adiectionem temporis præstanda sit iure obligationis quantumlibet strictæ ex stipulatione sic concepta *Ephesi Calendis Ianuariis proximis decem dari*. Certum enim est ex huiusmodi stipulatione quandounque post Calendas accepto iudicio tanti litem æstimandam esse, quanti stipulatoris interfuit ea die solutum esse, vt eleganter Celsus scribit in *leg. si Calendis 11. infr. de re iudic. vbi sententiæ huius rationem illam perelegantem & generalem adfert, quod ex eo tempore quidque æstimandum sit quo nouissimè solui res ponit. Dies autem Calendarum ille fuit quo ex verbis stipulationis nouissimè solui decem Ephesi potuerunt, non quasi post eam diem præteritam, decem illa deberi & solui posse definant (multo magis enim dandum hodie est, quod iam olim dari oportuit *leg. si sterilis 11. §. cum per venditorem infr. de act. empt.* nec debet moroso debitori frustratio sua prodesse ad acquirendam ei liberationem *leg. hominem 37. infr. mandat.* Sed quia verum est, quod post eam diem soluitur sua die, nec solutum esse, nec solui amplius posse. Nec dissimiliter Vlpianus in *leg. si fundum certo die 114. de verb. oblig. scribit: Si fundum certo die præstari stipuler, & per promissorem steterit, quominus ea die præstetur, consecutum me quanti mea interfuit moram factam non esse. Quod si quanti mea interfuit, ergo non tantum ratione damni, sed etiam lucri, quippe cuius ratio semper haberi debet in eo quod interest æstimando, vt ostendimus ad *dict. §. vltim. leg. 2. supr.* Et sanè fatendum est multum interesse, an debitor in mora constituatur per interpellationem extraiudicalem cõgruo loco, & tempore factam, vt in *leg. mora 32. infr. de vsur.* an verò per lapsum temporis adiecti in stipulatione. Priore casu nulla moræ ratio habetur in iudiciis strictis, quod pertinet ad accessiones, siue de fructibus**

loquamur, siue de vsuris, siue denique de eo quod interest, sed tantum in iudiciis bonæ fidei *d. l. mora §. in bonæ fidei l. videmus 38. §. antep. eod. tit.* Post eiorum verò habetur necessariò, nec iudicij stricti natura relinquitur, cum id fiat ex verbis ipsius stipulationis cui ponimus insertam diem: Qui enim stipulatur *Ephesi decem dari Cal. proximis*, perinde habendus est ac si adieciisset, aut si non dederis quanti mea interfuit eo die dari *dict. l. si Calendis & d. l. si fundum*, alioqui frustra & inutiliter adiectus esset dies stipulationi, quod dicendum non est, cum adiectus dies partem faciat stipulationis *l. 1. §. editiones supr. de edend.* Idque eleganter docet etiam Africanus in *d. l. hominem 37. mandat.* vbi postquam dixit in æstimanda re quæ per stipulationem debita sit, spectandum esse tempus quo agitur, subiungit statim exceptionem, nisi forte aut per promissorem steterit quominus sua die solueret, aut per creditorem quominus acciperet: neutri enim eorum frustratio sua prodesse debet, non dixit simpliciter, si per promissorem steterit quominus solueret, sed adiecit sua die vt intelligamus quantum interit an dies adiectus sit stipulationi, an non. Eodémque pertinet quod scriptum est in *leg. vinum 22. supr. de reb. credit. & in leg. vltim. supr. tit. prox.* Si vinum aut qua alia merx certo die dari debuit, tanti faciendam esse æstimationem quanti merx fuit eo præcisè tempore quo dari debuit. Est enim alius tractatus est de ineunda æstimatione rei debita, alius verò de præstando eo quod interest ob non factam sua die solutionem, ex eodém tamen fonte vtrumque nascitur, & ex eadem illa ratione quam ponit Celsus in *dict. leg. si Calendis*, quia vnam quodque æstimandum sit eo tempore quo nouissimè solui potuit. Cui etiam illa respondet quam Papinianus adfert in *leg. 2. de vsur.* quod quale est cum petitur, tale dari debeat, tempus enim quo res petitur, nouissimum tempus est quo solui potest, nisi siquidem dandi & faciendi est quando iudicium accipitur *leg. si Titius 9. leg. si insulam 84. de verb. oblig.* Ad eodém verum est ex solo lapsu diei appositæ in stipulatione moram contrahi, vt ex mora etiam pena committatur eo quoque casu quo nemo sit qui possit soluere, puta defuncti est cum promissore nec eius hereditate adhuc adita *leg. ad diem 77. eod. tit.* Cum tamen pena omnis ex se sit odiosa *leg. si venditor 6. §. 1. infr. de seru. export. leg. vltim. infr. de leg. commiss.* An igitur hæc actio ex stricta fiet arbitraria, vt putant interpretes, si in ea lucri quoque ratio habeatur, quam diximus habendam esse? Minimè verò. petitur enim hoc casu id quod interest, ac proinde lucrum quoque ac damnum pura actione & directa, & ex verbis ipsius stipulationis, non officio villo iudicis siue nobili siue mercenario, vt loquamur cum interpretibus, quod certè in arbitraria non contingeret *dict. leg. 2. §. vltim. sup. leg. centum Capua 8. infr.* Nec rursus adimitur promissori utilitas temporis, si ex ea stipulatione post Calendas præteritas quandounque agatur, imò conseruatur potius, cum non citiorè, sed vltiorè die agatur, in longiore autem tempore etiam breuius contineatur, quamuis non impunè ferat debitor, quod ad dictam diem non soluerit, quomodo nec impunè ferre deberet, si qua in re alia stipulationi non satisfecisset. Quis ergo possit admittere cum Cuiacio fieri actionem hanc arbitriam adiectione temporis, perinde atq. loci, cum post elapsum tempus quod stipulatione fuerat comprehensum, non solum directa actio duret, sed

sed neque prius competat aut exerceri possit quam tempus illud præterierit? Nam vt verè Papinianus dicebat in *liber homo 110. §. 1. de verb. oblig.* peti non debet, addo, nec potest cum effectu, quod intra comprehensum tempus solui potest. Quando igitur incipiet directa actio cum effectu competere, si ea quæ post tempus præteritum incipit exerceri, est arbitraria? Quinam, obsecro, dabitur casus in quo possit actor pura intentione, vt Iustinianus loquitur in *d. §. loco plus petitur vers. si quis tamen Ephesi. de action. id est sine adiectione loci* (opponuntur enim ista quasi contraria pure promittere & promittere cum adiectione loci *leg. fideiussor 16. §. 1. infr. de fideiuss.*) intendere post tempus præteritum dari sibi oportere quod sua die dari debuit, nec datum fuit? Et tamen si bona est comparatio temporis & loci ad constituendam actionem arbitriam, vt vult Cuiacius, omnino fatendum est, quemadmodum agenti actione arbitraria de eo quod certo loco, alibi quam vbi est stipulatione agi debuit, opponitur ille qui agit directa & pura intentione eo ipso in loco qui stipulatione comprehensus fuit: Ita & agenti arbitraria ista quam cõminiscitur Cuiacius, de eo quod certo tempore opponi directæ & puram aliquam actionem & intentionem quæ arbitriam excludat. Atqui talis actio ratione temporis in stipulatione adiecti nec vlla est, nec esse potest, si vera est Cuiacij sententia. Nam prius quæ tempus statutum præterierit, si agit stipulator, malè agit, quia petit ante diem, & tempore plus petit *d. l. liber homo §. 1. stipulatio ista 38. §. inter in cert. & l. qui hoc anno 42. de verb. oblig. l. quod certa 70. de solut.* Postquam verò tempus præterierit, actio quidem competit, sed quæ, si Cuiacio credimus, iam facta sit arbitraria. Nullo igitur casu directæ locus esse poterit, atque ita magis erit arbitraria actio, quæ competet ratione temporis, quam quæ ratione loci: Illa enim sic arbitraria est, cum alio loco agitur, vt tamen possit etiam directa esse, si in destinato loco agatur. At ea, quæ ratione temporis in stipulatione adiecti arbitraria constitueretur, semper & omni casu esset arbitraria, nunquam directa. Imò verò è contrario non posse actionem hanc vilo casu aut vilo tempore arbitriam esse conuincitur ex eo, quod si esset arbitraria, non posset exerceri sine commemoratione temporis, quod stipulatione comprehensum esset, sicut nec actio arbitraria de eo quod certo loco siue commemoratione loci in quo peti & solui res debuit. Alioqui actor sicut vno casu plus loco peteret, ita & alio plus tempore *dict. §. loco plus petitur de action.* Atqui in exemplo proposito, cum is, qui stipulatus est dari sibi decem Ephesi Calendis Ianuariis proximis, ea decem petit Februariis sequentibus, quæro an malè ager si petat sine Calendarum Ianuariarum commemoratione, & nulla earum facta mentione? Cur verò malè ageret? An quia plus tempore peteret alio tempore petens, quam quo solui debuerat? Imò petit suo tempore quandounque petens præterito tempore, quod si præteritum non esset, nondum petere nisi præmatu- rè posset *dict. leg. liber homo §. 1. leg. vnic. supr. quand. dies vsur. leg. at. ced.* Tantumque abest vt tempore plus petat petendo Februariis sequentibus, vt contra minus tempore soluat promissor qui post tempus soluit *§. fideiussor vsur. de fideiuss.* nisi præterea præter creditori quanti eius interfuit

sua die solutum fuisse *dict. leg. si Calendis & dict. leg. si fundum.* Nam & plus tempore solueret, si ante diem solueret *leg. Iuolentus 15. aliis leg. eum qui de ann. legat.* Denique arbitriam actionem non illud inducit, quod alio loco promissor soluat, quam in quo debuit (nec enim is qui certo loco dare promissit, vilo alio loco quàm in quo promissit, soluere inuito stipulatore potest *leg. pen. infr. l. fideiussor 16. §. 1. infr. de fideiuss.*) sed quod alio loco petere actor cogatur, quam in quo ex verbis stipulationis petere debuit *leg. 1. supr.* Ergo nec arbitriam ratione temporis illud faciet, quod alio tempore promissor soluat, quam quo debuit soluere, dum ne actor alio tempore petat, quam quo petere possit & debeat. Quod obici certè non potest creditori, qui Calendis Februariis petit quod in præcedentibus Ianuariis iam soluere promissor debuerat *dict. leg. si sterilis 21. §. cum per venditorem in fin. de action. empt. leg. qui res 98. §. mihi dare de solut.* Cumque arbitraria ratione loci contineat vtriusque utilitatem tam actoris quam rei, vt scriptum est in *leg. 2. in princip. supr.* id est alterutrius *l. vnic. C. vbi conuen. qui cert. loc. dar. promiss.* scilicet aut actoris aut rei in separatis casibus *l. centum Capua 8. infr. hoc tit.* non posset tamen dari casus, in quo noua ista arbitraria, quam Cuiacius ratione temporis inducit, rei utilitatem vnquam contineret. Semper enim rei interest tardius soluere, maioremque utilitatem percipit ex tardiore solutione, numquam verò damnum: Actor verò semper damnum, vtilitatem verò nunquam. Itaque nulla utilitas temporis adimitur reo qui post tempus conuenitur, quomodo utilitas loci adimitur qui alio loco *dict. §. loco plus petitur.* Sed hæc contra Cuiacium sufficienter arguunt, qui tamen in eo meliùs sentit quam vulgares interpretes, quod illi utilitatem temporis hæc intelligere eam videntur quæ proueniat ex mora per interpellationem extraiudicalem contracta. Cuiacius verò eam cui causam det, mora quæ non per interpellationem, sed per lapsum temporis in stipulatione adiecti contracta sit, de qua & in *dict. l. si Calendis 11. de re iudic. dict. leg. si fundum 114. de verb. oblig. dict. leg. hominem 37. in fin. mandat.* In quo nobiscum conuenit. Nos verò cum omnibus in eo, quod semper habenda est ratio utilitatis temporis adiecti in contractu siue stricto siue bonæ fidei, non minus quam loci *leg. si vt certo §. in princip. infr. commod.* Superest alia quæstio quam ad hanc legem subiecit Bartolus, si quis simpliciter stipulatus sit *decem dari* nullo adiecto loco, & alibi promissorem conueniat quam in loco promissionis, an actio erit arbitraria, an directa? Dubitandi causam illud præbet, quod nullo adiecto certo loco videatur locus promissionis solutioni destinatus ex *leg. quid tamen 21. aliis leg. si cum dies §. si arbiter supr. de recept. qui arbit. recep.* Sed iam docuimus in præcedentibus vbi que locorum & deberi & peti posse, quod nullo certo loco debetur: ideoque & impunè posse quocunque loco solui *leg. eum qui insulam 43. supr. de iudic. leg. qui loco certo 27. supr. de condic. indeb. leg. pen. infr. hoc tit. leg. continuus 137. §. cum ita de verb. oblig.* Cum ergo directa actio competat vt quocunque loco agi possit, nullus arbitrarie locus esse potest, tantum distat, vt quoties alibi quam in loco promissionis agatur, arbitraria necessaria sit, vt nõ insubtiliter Bartolus contra Guilielmum de Cuneo disputat. Neque rursus verum

est quod idem Gulielmus putabat nullo certo loco adiecto locum promissionis solutioni destinatum videri. Nam quod quocunque loco peti potest, id etiam necesse est ex mente contrahentium, ut quocunque solui possit, ac proinde ut locus solutioni destinatus non ille sit, in quo promissum est, sed ubi petitur, ut idem Bartolus bene probat ex *l. vinum 22. sup. de reb. credit. iunct. d. l. ult. sup. tit. prox.* Quamquam in hoc quoque errat Bartolus, quod

I Interdum Iudex, qui ex hac actione cognoscet, cum sit arbitraria, absolueri reum debet, cautione ab eo exacta de pecunia ibi soluenda, ubi promissa est. quid enim, si ibi vel oblata pecunia auctori dicatur, vel deposita, vel ex facili soluenda? nonne debet interdum absolvere? in summa æquitatem quoque ante oculos habere debet iudex, qui huic actioni addictus est.

Ad §. I. Interdum.

RAT. DVB. In cæteris actionibus arbitrariis ita ius est, ut si reus arbitrio non pareat, semper sit condemnandus, & quidem in maiorem quantitatem quam quæ petebatur, ut hanc contumaciæ suæ poenam sentiat qui a bitrio iudicis bene iubentis parere noluit. *Item si cum 14. §. 1. sup. quod met. caus. l. qui restituere 68. sup. de rei vindic. l. 1. de in lit. iur. l. ult. infr. de fideiuss.* Absolvendus verò nunquam nisi cum parum arbitrio & satisfecit, quo casu cætera quoque iudicia omnia sunt absolutoria. *§. vltim. Infr. de perpet. & tempor. action.* Semper enim debitori prodest satisfecisse, cum satisfactio pro solutione sit. *l. satisfactio 52. infr. de solut. sed velle satisfacere nihil prodest. Item liberatur 6. §. 1. infr. quib. mod. pign. vel hypoth. soluit.* Ergo nec in actione ista de eo quod certo loco, quæ non modò arbitraria est, sed præcipuo quodam ac singulari iure arbitraria per emphasim dicitur, idem ius servandum est, ut nihil pro reo ad evitandam condemnationem quod velit & paratus sit satisfacere, nisi ostendat se satisfecisse. At qui reus qui paratum se dicit cavere de pecunia ibi soluenda, ubi dari promissa est, fatetur hoc ipso se nondum satisfecisse, imò nec dicit se paratum satisfacere. Nec enim cavere de soluendo solvere est, nec quemadmodum satisfactio iam præstita pro solutione est, ita & cautio de soluendo oblata pro satisfactione haberi potest, nedum pro solutione. Proinde condemnandus omnimodo hic reus est, non absolvendus. Nec ad rem pertinet, quod dicat probetque vel ibi oblata à se auctori fuisse pecuniam, ubi solui debuit, vel depositam & obignatam, vel de facili soluendam. Nam præter id quod his casibus satis consultum est reo per actionem ipsam arbitrariam, per quam consecutus est plenissimam loci utilitatem, id est quanti sua intererit alio potius loco, qui fuerat insertus obligationi, solvere, si alibi conveniatur præsertim post moram ab auctore ipso commissam, ut diximus ad *l. 2. in princip. & §. si quis Ephefi sup.* Illud etiam certum est oblationem solam non sufficere ut vim solutionis habeat, nisi oblationem sine causa recusatam secuta sit obignatio. *leg. acceptam 19. Cod. de vsur. leg. obignatione 9. Cod. de solut.* Depositionem autem & obignationem pecuniæ si ritè & congruo loco ac tempore facta sit, non modò prodesse ad moram purgandam, sed etiam solutionis vim habere dicitur. *leg. obignatione, ut proinde nullus quaestioni locus superesse videatur, an per arbitra-*

putat adiectionem loci, in quo solutio fieri debet, facere actionem arbitrariam: quod certe non ita est, ut constat ex *l. heres absens 19. §. vltim. sup. de iudic.* Sed adiectum esse locum oportet obligationi non solutioni, ut nec alio loco peti actione directa possit dicitur. *leg. 1. ubi diximus sup.* Petitioni ergo destinatum locum esse oportet non solutioni, ut si alio loco agere volet stipulator, necessaria ei sit arbitria.

riam actionem peti possit pecunia, quæ iam soluta sit, aut saltem habenda pro soluta. Quod autem addit de pecunia quæ facilius solui possit in loco destinato, quam ubi petitur, condemnationem inducere potius debet quam absolutionem, dummodò utilitatis loci ratio habeatur pro reo, qui leviorebus vltis pecuniam invenire potuit, si in loco stipulationi inserto convenit fuisse. *leg. prox. in fin. sup.* Nulla igitur his etiam casibus absolventis rei ratio superest licet in mora ipse non fuerit sed actor à quo convenitur, factique reo esse debet quod loci utilitatem habiturus sit, tantòque minus stipulatori solutus, dicitur. *leg. 2. §. vltim. sup.* De c. Hæc actio ideo arbitraria dicitur per emphasim, ut in superioribus docuimus, quod tota in arbitrium iudicis referatur, etiam quantum ad condemnationem: ut non cogatur iudex inferuire contractui, sed quantitatem in stipulatione deductam vel excedere possit vel minuire, quoties id æquum ex facti, & personarum circumstantiis esse videt. *leg. 2. §. vltim. & leg. prox. sup.* Quod enim habeat arbitrium iudex, qui huic actioni addictus est, habet tanquam vir bonus, & ideo arbitrari id ipsum debet quod alius quilibet vir bonus esset constitutus. Quid autem melius, quam quod bono cuilibet viro & prudenti æquum videri possit? *leg. placuit 8. Cod. de iudic. leg. in omnibus 90. de reg. iur.* Proinde æquitatem maximè ante oculos iudex habere debet, non tamen cerebrinam illam totius iuris nostri nouercam infestissimam, sed, ut Panormitanus loquitur, iure informatam & quæ ex iure colligi possit, quæ si suadeat ut absolventis sit reus, utique absolvere eum debet tam facili ac multo facilius quam condemnandum condemnare, ut proniores esse debemus ad liberationem & absolutionem quam ad condemnationem. *vulg. leg. Arianus 41. infr. de oblig. & action.* Nec verò difficilius est iudici reum absolvere in totum, quam diminuere quantitatem, quod nihil aliud est, quam ex parte absolvere. Qui enim pro parte absolvere potest ex æquitate, cetera non eadem aut maiore æquitate virgente in totum quoque absolvere poterit: nam & ita ex Pomponio argumentatur Vlpianus in *leg. iuris gentium 7. §. aded sup. de pact. leg. penult. infr. de confess.* Denique quisquis condemnare potest, etiam potest absolvere. *leg. 2. infr. de rei iudic. quamvis formulæ, per quas dabantur olim iudices, condemnationis tantum mentionem facerent, non etiam*

etiam absolutionis. Atqui cum debitor obtulit pecuniam eo ipso in loco in quo promissit, licet non deposuerit (secuta enim depositio post oblationem ritè factam pareret liberationem, nec quaestioni locum vltim relinqueret) aut si non obtulerit quidem, quia non habebat cui offerret, sed tamen deposuerit pecuniam debitam ut appareret per eum non stare quominus solveret (quo casu licet non acquiritur liberatio, impeditur tamen mora ne contracta videri possit, neve poena vlla committatur, ut in *leg. vltim. infr. de leg. commiss.*) An non æquum est excusari promissorem, si alio loco convenit uteretur ad solutionem, nec pecuniam in promptu habeat, nec modum vltim explicandæ alibi pecuniæ? Nec enim tam facile est pecuniam semper habere & ubique in numerato, aut numerationem in expedito, ut Vlpianus loquitur in *leg. si dubiter 10. in princip. infr. de fideiuss.* Et quamvis difficultas præstationis non solet excusare debitorem, quia nec habet quicquam commune cum causa & iure obligationis, & recedit ab impedimento naturali, respicitque tantum facultatem personæ. *d. l. conatus 137. §. illud de verb. obligat.* iniquum tamen videtur eum qui semel tantum debet, non modò bis cogi solvere, sed etiam bis cogi eam pecuniam perquirere ad soluendum quam promissit, licet stipulator non nisi semel eam consequi velit. Cur enim hoc incommodo afficiamus miserum debitorem facti & culpa stipulatoris, cui potest semper imputari, cur non ad locum destinatum venerit, aut procuratorem miserit ad accipiendam ibi solutionem? Ergo his omnibus concurrentibus, sed eo præsertim, ut pecuniam in alio quam destinato loco solvere, non tantum difficile & incommodum, sed etiam penè impossibile sit promissori ut in *l. 4. §. 1. infr. de statulib.* æquissimum sanè fuerit ei succurri, ut

non alio loco solvere cogatur cum tanto suo incommodo, sed ab arbitraria actione absolatur per iudicem qui de arbitraria cognoscit: sed exacta tamen ab eo cautione de pecunia ibi soluenda ubi promissa est, in quo adhuc satis grauat debitor cui nec facile semper & obuium est, in alio præsertim loco, quam in quem destinata solutio fuerat, invenire fideiussorem. *l. 2. §. penult. sup. de iudic.* Qua de causa si fideiussoris quoque dario, quod plerumque evenit, tam incommoda & difficilis esset debitori, quam pecuniæ numeratio, ut vtraque penè impossibilis videri posset, non putarem in eas angustias conciliandum promissorem, ut vel ad rem tam difficilem, vel ad perpetuos carceres, ut ita dicam, ferendos vrgeretur, sed potius nuda repromissione contentum esse stipulatorem debere, quæ & hodie sola cautionis nomine simpliciter sumptu significatur post *l. sancimus 4. C. de verb. signific.* Aut saltem iuratoria, ut vocant, cautione quæ in locum & subsidium satisfactionis præstari solet ab inope debitore cum bonorum omnium hypotheca. *l. omnes 33. §. præterea & seq. l. cum clericis 25. C. de Episc. & cleric. l. filio 7. infr. ut legat. seu fideic. servand. caus. cautat. l. in sacris scrip. 12. C. de prox. sacror. scrip. lib. 12. tit. 19.* iniquum enim esset facti & culpa stipulatoris ad rem penè impossibilem vrgeri & condemnari promissorem. Ergo absolui eum potius æquissimum est, & per medium exactæ cautionis auctori satisfieri, ut aliàs plerumque solet. *l. si post acceptum 18. & seq. l. si à bona fidei 21. leg. de quo 57. sup. de rei vindic. leg. in lege 45. §. 1. infr. ad leg. falcid. & aliis textentis, etsi vericulus ille cautione tamen ab eo exacta & c. mihi valde suspectus est, & redolere Tribonianum videtur ex his quæ scripsi iam olim *libr. 15. Coniect. cap. 2.* Iungè tamen quæ postea scripsimus & melius ut nobis nunc videtur in *Error. 2. decad. 90.**

5. PAVLVS libro 28. ad Edictum.

Si heres à testatore iussus sit, certo loco quid dare: arbitraria actio competit.

Ad l. Si heres §.

RAT. DVB. Actio ex testamento sui natura est stricta. *leg. aliis 6. sup. de in lit. iurand.* Ergo non est arbitraria, nec enim actiones strictæ sunt arbitrariæ, sed constituunt tertiam speciem à reliquis duabus differentem. *§. præterea Infr. de action. l. 3. §. in his infr. de vsur. ut docuimus ad l. 2. §. 1. sup.* Quod si præstationes inspicimus, quæ veniunt in actionem ex testamento, certum est, quantum ad eas pertinet, actionem ex testamento imitari naturam actionum bonæ fidei, non tantum si de fructibus & vsuris quaeratur. *l. in minorum 7. C. in quib. caus. non est necess. in integr. restit. l. si quis seruo 84. l. Titia Scio 87. §. vsuras de legat. 2. d. l. 3. in princip. de vsur. l. si cui legatum 92. in fin. de condic. & demonstr.* sed etiam si res legata perfecte soluta non sit, & quaeratur an duret prima actio, quod in solis bonæ fidei actionibus locum habet. *leg. huiusmodi 84. §. ades de legat. 1. leg. si imaginem 12. de aur. & argem. legat. Iunct. leg. eleganter 24. infr. de pignor. action. leg. si prædium 4. C. de iudic.* Atqui actiones bonæ fidei nunquam per adiectionem loci fiant arbitrariæ, cum natura earum sufficiat ad loci utilitatem alterutri ex contrahentibus præstandam. *leg. in bona fidei 7. ubi dicimus infr.* Ergo si heres testamento iussus sit aliquid certo loco dare, non ideo arbitra-

ria actio poterit competere. De c. Actiones arbitrariæ quamvis nullomodo strictæ sint, sunt tamen plerumque ex iis quæ sui natura sunt strictæ per adiectionem loci, quoties obligationis non solutionis causa locus adiectus est, ita ut nunquam directa actio stricta esset competitura, si debitor vel data opera & dolo malo, vel qua alia etiam iusta de causa impeditus nunquam accederet ad locum solutioni destinatum, ut in eo conveniretur. *leg. 1. sup. ubi diximus & ad l. 2. §. 1.* Atqui cum heres iussus & damnatus est certo loco aliquid dare, apparet adiectum esse locum non tantum solutionis, sed etiam obligationis causa, nec proinde ex natura actionis ex testamento quæ stricta est posse alibi legatum peti, quam in quo illud deberi testator voluit, ne alioqui fiat contra voluntatem, quod ex voluntate proficiscitur. Ergo evenire necesse erit, quod multo magis contra voluntatem testatoris fuerit, ut si nunquam accederet heres ad locum testamento comprehensum, nunquam futurum sit, ut conveniri possit, atque ita legatum facti heredis interdicat, & illusorium fiat, & in ipsius arbitrio & potestate futurum sit an debeat, quod nunquam ferendum est. *d. l. 1. §. si quis Ephefi versic. Scaevola sup.* id verò ne contingat perinde necessaria est arbitraria ad petendum quocunque loco id quod certo loco

ex testamento debetur, atque si ex stipulatione deberetur: ubi ergo eadem iuris & æquitatis ratio vriget, nec diuersitatis causa vlla reddi potest, quidni ius idem constituemus: *vulg. l. illud 32. ad leg. Aquil. l. 3. §. vnde etiam infr. de iniust. rupt.* Proinde quemadmodum in stipulatione cui locus insertus est, distinguimus an obligationis an verò solutionis tantum gratia adiectus sit, ita & in legato distinguendum est. Nam si testator ita scripserit, *Heres meus damnas esto decem dare Titio soluenda Capua.*, dicendum esset non fore necessariam legatario arbitriam, quia directa actione posset heredem conuenire non modò Capua, sed etiam in loco domicilij, quæ conueniendi facultas & electio creditori competens arbitriam excludit *leg. heres absens 19. §. vlt. supr. de iudic.* Sic & aliàs dicimus multum referre, an dies incertus legato adiectus sit ad obligationem, an ad solutionem, id est an quis legauerit Titio ducenta, cum erit annorum quatuordecim, an verò soluenda, cum erit Titius annorum quatuordecim, nam priore casu legatum conditionale est, nec ad prædefuncti legatarij heredem transmittitur. Posteriore verò & purum est & transmittitur, quasi non tam conditione quàm mora suspensum *leg. si cui legatur 49. §. hoc autem legatum de legat. 1. l. heres meus 79. de condit. & demors. leg. ex his verbis 5. C. quando dies legat. ced.* Sed & obseruandum est, legem hanc loqui de legato per

damnationem, quod olim per manus heredis capere necesse erat, non autem de legato per vindicationem relicto, quod occupare legatarius poterat, non expectato heredem, id est non expectata heredis voluntate, vt *Vlp. & Caius in Inst. scribunt.* Legatum per damnationem non nisi per actionem personalem ex testamento peti poterat. Legatum verò vindicationis, etiam per actionem in rem, ac proinde vbiunque res inueniatur que legata est *l. quod legatur 38. supr. de iudic.* Nam cum vindicatio competat iure dominij, & ex præfenti possessione *leg. non aliàs 24. §. sed si postulat. supr. eod. ill. tit. l. in rem 23. supr. de re iudic.* constat legatarium nec magis nec minus dominum esse vno loco quàm alio, & ideo perinde vbiunque vindicare legatum posse. Hæc & alia quedam ad explicationem huius legis pertinentia iam scripsimus in *Error. 3. & 4. decad. 9. l. de error. pragmat.* vnde alia si qua hæc defunt, peti poterunt, præsertim circa legatum simpliciter relicto, nullo adiecto certo loco, de quo in *leg. cum res 47. de legat. 1. & circa interpretationem d. l. quod legatur supr. de iudic.* Quod autem Bartolus hæc addit, omnes actiones stricti iuris per loci adiectionem fieri arbitrias, id verò refutauimus in *Error. 4. eiusdem decadis 91.* & quàm saluum sit ex his etiam intelligitur, quæ dicimus ad *leg. seq. & ad leg. si duo 16. §. 1. infr. de constit. pecun.*

6. POMPONIVS libro 22. ad Sabinum.

Aut mutua pecunia sic data fuerit, vt certo loco reddatur.

Ad l. Aut mutua 6.

RAT. DV B. Non fit actio arbitraria per quamlibet loci adiectionem, sed ita demùm si locus obligationi adiectus sit non solutioni, vt sæpius in hoc tractatu inculcavimus, & constat tam ex *leg. heres absens 19. §. vlt. supr. de iudic.* quàm ex ratione ipsa iuris, quæ arbitriæ actionis inducendæ necessitatem induxit. non enim alia ratio fuit, quàm quòd alioquin enenturum erat, vt nullibi petere stipulator posset, si debitor nunquam ad locum obligatione comprehensum accederet *leg. 1. supr.* At cum locus solutionis tantum non etiam obligationis causa adiectus est, remanet pura obligatio, ex qua proinde etiam alibi peti potest, maxime verò in loco domicilij etiam si reus non ibi inueniatur, adeò vt si latitet, nec se tibi defendat, bona eius vendenda sint ex edicto *d. l. heres absens §. vlt. l. 2. & 3. infr. de reb. aut hor. iudic. post. l. qui Romæ 122. in princip. de verb. oblig. l. quero 100. de solut.* At qui in huius legis specie ponimus locum fuisse adiectum solutioni tantum, non etiam obligationi. Tractat enim Pomponius de pecunia mutua data, hoc pacto addito, vt loco certo redderetur: quo verbo apertum est significari restitutionem ipsam pecuniæ, non eius restituendæ obligationem. Imò quod magis est, fieri nequit, vt in contrahendo mutuo locus certus adiciatur obligationis tantum gratia, non solutionis, cum obligatio mutui non verbis contrahatur, sed re, id est aut numeratione, aut ponderatione, aut mensuratione *titul. quib. mod. re contr. oblig. Inst. leg. 1. §. re contrahitur infr. de oblig. & action.* Vt proinde non possit adici pactum de re mutuo data certo loco restituenda, nisi post contractam iam ipsam mutui obligationem, non igitur potest conditio certi ex mutuo,

quæ sui natura est stricta, per adiectionem loci fieri arbitraria: id quæ ex eo apparet euidentius, quòd si vinum vel frumentum mutuo datum sit, ea lege vt certo loco reddatur, vbi que peti potest, neque id per actionem arbitriam, honorariam & vilem, qualis hæc est de eo quod certo loco, sed per civilem & directam conditionem certi ex mutuo, æstimandum quanti tamen tempore liris contestatæ in eo loco in quo solui debuit, sicuti si dies adiectus esset, æstimari deberet quanti eo die fuisset, vt disertè scriptum est in *l. vinum 22. supr. de reb. credit. l. vlt. supr. tit. prox.* vbi eadem proflus constituitur ratio temporis quæ loci *l. idem erit 60. infr. de verb. oblig.* cum si per arbitriam peteretur, æstimandum esset quanti in loco esset petitionis, detracta tamen utilitate loci, non quanti esset in loco solutioni destinato *l. 2. §. si quis Ephesi & §. vlt. supr. hoc tit.* Ergo & si pecunia mutua data sit ea lege adiecta, vt certo loco reddatur, dici non potest arbitriam competere, cum sufficiat conditio certi ex mutuo. Quam in eo fatendum est, differre à conditione certi ex stipulatione, quod pactum incontinenti adiectum stipulationi non solùm ei sic inest vt possit producere actionem (quod & in cæteris contractibus strictis euenit *l. vlt. C. de rer. permut. l. legem 9. l. cum res 22. C. de donat. l. cum mota 6. C. de transact.* sed etiam format stipulationem, vt quod pacto incontinenti appposito comprehensum est, perinde haberi oporteat, ac si ipsam stipulationis verbis contineretur. Eadem enim est substantia pacti & stipulationis, cum ambo & verba & consensum habeant, nec differant nisi solemnitate verborum & animo aut stipulandi aut paciscendi *leg. iuris gentium 7. §. quod ferè supr. de pact. l. lecta 40. vbi scripsimus de reb. credit. l. quo cum post contractam stipulationem conuenit de loco,*

loco, adiectio illa loci dummodò incontinenti facta efficit partem stipulationis, perindeque obligationi insertus locus creditur, atque si in prima verborum conceptione adiectus fuisset, quo casu nemo dubitaret, quin obligationis non solutionis causa adiectus esset, nec per consequens quin arbitrarium inducere deberet: quippe quæ nascitur ex stipulatione illa *Ephesi reddis* vt scriptum est in *d. l. 2. §. 1. supr.* non etiam ex illa *Ephesi reddis* quomodo tamen necesse est cõcipi pactum dationi mutui adiectum. Est etenim pactum de mutuo dando, non mutuum, si inter duos conueniret, vt mutuum certo loco daretur, nec prodesset ad agendum tanquam nudum, si non vel stipulatione vel alterius contractus, vt nostriloquuntur, coherentia vestiretur. Sed cum mutuum re tantum contrahatur, vt diximus, pactum quod subicitur, non nisi de reddendo mutuo esse potest, & ad solutionem, non ad constituendam obligationem pertinere. Quænam igitur ratio adferri potest, cur si mutua pecunia data sit, hoc pacto addito, vt ea certo loco reddatur, arbitraria competat? Quæ tamen nunquam competit nisi cum est necessaria. **DE C.** Separandum est hac parte mutuum pecuniæ à mutuo vini, frumenti, & aliarum mercium quæ in pondere vel in mensura consistunt. Nam in mercibus mutuo datis, & certo loco reddendis, idem non est necessaria actio arbitraria, nec proinde competit, quia etiam per directam & stri-

ctam conditionem certi ex mutuo haberi ratio potest loci non minùs quàm per arbitriam, vt scilicet quod in eo loco petitur, in quo peti potuit, in alio tamen quàm in quo solui debuit, æstimetur, non quanti est ibi vbi petitur, sed quanti in eo loco in quo solui ex pacto debuit. Quid enim vetat quod vno loco petitur, ex alio tamen: æstimatur *d. l. vinum de reb. credit. d. l. vlt. supr. tit. prox. d. l. idem erit 60. de verb. oblig.* At in pecunia sic mutua data vt certo loco reddatur, non eadem loci utilitas setuari per directam actionem potest, cum pecuniæ certa vbi que & vna sit æstimatio *l. 3. supr. l. 3. de in lit. iurand.* Itaque nulla erit utilitas loci hoc casu, nisi inducamus arbitriam, per quam actor petendo alibi restitutionem pecuniæ creditæ consequatur, præterea quanti eius interest ratione loci, si fortè ex aliqua iusta causa interfit, vt in specie *l. 2. §. vlt. supr.* aut si in mora ipse fuerit, præter reo quantum amittit reus ex utilitate loci, in quo potuisset fortasse leuioribus vsuris pecuniam inuenire: quæ tota utilitas loci est, cum de pecunia, non etiam cum de mercibus queritur *d. l. 3. supr.* Atqui nunquam ea interpretatio capienda est, quæ loci adiectionem faciat supernuam, cum locus perinde faciat partem stipulationis ac dies *l. 1. §. editiones supr. de edend.* Ergo dicendum est hoc solo casu conditionem certi adiectione loci fieri arbitriam, non etiam cæteri, hæc verò omnia explicauimus plurib. in *Error. 1. & 2. decad. 91.*

7. PAVLVS libro 28. ad Edictum.

In bonæ fidei iudiciis, etiam si in contrahendo conuenit, vt certo loco quid præstetur, ex empto, vel vendito, vel depositi actio competit: non arbitraria actio. Si tamen certo loco traditurum se quis stipulatus sit: hac actione vtendum erit.

Ad l. In bonæ fidei 7.

RAT. DV B. Non debent nec possunt actiones bonæ fidei deterioribus esse conditionis quàm strictæ, cum sint fauorabiliores, & præstationes habere soleant vberiores. Ideo enim stricta dicuntur stricta & stricti iuris, quòd ex iis strictior minùsque plena fiat condemnatio. Atqui actiones strictæ per adiectionem loci sunt arbitriæ, vt supra vidimus in actionibus ex stipulatione & ex testamento, adeoque in conditione certi ex mutuo, saltem eo casu quo non merx, sed pecunia mutua data sit eo adiecto pacto vt certo loco redderetur, vt docuimus ad legem superiorem. Ergo & in bonæ fidei contractibus, si conuenit vt certo loco quid præstetur, dicendum est eo nomine competere arbitriam. **DE C.** Bonæ fidei actiones idem sic dictæ sunt, quòd in iis permissum sit iudici omnia æstimare ex bona fide id est ex æquitate *§. in bonæ fidei Inst. de i. et. iunct. l. bona fides 31. infr. de positi. l. ex empto 11. §. vlt. l. bona fides 50. & pass. inf. de action. empt.* Id quæ propter verba illa *ex bona fide* quæ in formulis omnibus iudiciorum bonæ fidei adici solebant, vt nemo nescit. Proinde iudex qui de bonæ fidei actionibus cognoscit, non minùs æquitatem ante oculos habere debet, quàm qui arbitriæ actioni adiectus est, & consequenter utilitatem loci æstimare sine pro actore, siue pro reo, non minùs quàm utilitatem temporis, prout ex alterutroque mora faciendum æquitas dictauerit *l. si vt certo 5. in princip. inf. Commod. l. 3. §. si per venditorem de action. empt.* Quid ergo neces-

se est dare arbitriam & vilem actionem, cum directa, quæ semper dignior est, sufficiat? Ideo autem sufficit, quia tum quòque cum contractus emptio-nis, locationis, commodati & alij similes qui bonæ fidei sunt, sine vlla loci adiectione facti fuerunt, si tamen incontinenti de certo loco per pactum conuenierit, dicimus pactum hoc non solùm inesse contractui, sed etiam formare contractum, & actionem ex eo contractu competentem, id est facere, vt eadem ipsa actio, quæ ex contractu nascitur, danda etiam sit ad id quod pacto comprehensum est *l. iuris gentium 7. §. quimò & leg. supr. de pact. l. in bonæ fidei 13. & leg. legem 10. C. eod. l. 2. C. de pact. int. empt. & vendit.* vbi tamen obseruandum est, actionem ex vendito sic dari ex pacto de retrouendendo incontinenti post venditionem appposito, vt tamen non excludat actionem præscriptis verbis, quæ etiam ex pacto incontinenti post contractum stricti iuris interposito nasceretur, vt ad legem præcedentem scripsimus ex *leg. cum mota 6. C. de transact. l. vlt. C. de rer. permut. l. legem 9. l. cum res 22. C. de donat.* Quo exemplo posset quis fortasse credere, in specie quoque huius legis dandam esse actori electionem, an contra eum qui certo loco dare quid promisit actione ex contractu agere malit, an arbitriam quasi tantundem per hanc quantum per illam consecutus. Sed non ita est. Actio enim præscriptis verbis ex contractu etiam stricto nascitur, propter pactum incontinenti appositum, cuius commodo priuandus non est ille qui sic contraxit, qui que non aliter fuerat contracturus *leg. vlt. Cod. de pact. int. empt. & vendit.* Quod &

in pacto ex continenti post bonæ fidei contractum appposito longè magis obtinere debet. At actio arbitraria non ex contractu nascitur neque ex voluntate expressa contrahentium, sed ex sola æquitate Prætoris inducentis vtilem actionem eo tantùm casu quo sit necessaria, id est quo sufficere directa non possit, quod in huius legis specie nõ contingit.

a Si tamen certo loco traditurum se quis stipulatus sit. Ita in Pand. Florent. & multo meliùs quàm apud Accursium & Bartolum *condicturum aut condicturum*, quæ nullius sensus lectione sunt, nec nisi nugandi materiam Accursio & Bartolo præbuerunt. Cùm enim tractaret Paulus de contractu venditionis, ex quo venditor obligatur ad tradendum, sicut emptor ad precium dandum leg. 1. leg. ex empto 11. §. 1. *infr. de action. empt. l. si traditio 4. C. eod.* commodissimè hic verficulus superiori sententiæ subiungitur aduersariuè, ne quis putet perpetuum esse, quod proximè dictum est, ex bonæ fidei contractu arbitrariam actionem non competere. Quid enim si venditor emptori promiserit per stipulationem (hoc enim significant verba illa *stipulatus sit* omnimodo passiuè sumenda, quomodo & alibi perunque sumuntur, quod & Accursius docet) se traditurum ei rem venditam certo loco? Vtique hac actione arbitraria utendum emptori necessariò erit. R. A. T. D. V. B. In contractibus & actionibus bonæ fidei sufficit natura ipsa contractus, & actionis bonæ fidei; vt quod certo loco dari vel tradi promissum est, vbique peti possit æstimata utilitate loci, in quo dari res aut tradi debuit, siue pro emptore, siue pro venditore, prout alteruter aut moram fecerit aut passus sit l. 3. §. si per venditorem *infr. de action. empt.* Atqui cùm venditor emptori promittit rem venditam ei traditurum, quamuis ita promittat per stipulationem, pendet tamen stipulatio ex contractu negotio emptionis leg. 5. *versic. conuentionales infr. de verb. oblig.* Ergo & hoc casu sufficere potest emptori contra venditorem directa ex empto actio, nec arbitraria necessaria est. De c. Cùm inter emptorem & venditorem stipulatio interponitur ab initio aut incontinenti, siue ante siue post contractam venditionem, non duo contractus sunt, vnus venditionis, alter stipulationis, quorum prior per posteriorem mouetur, sed vnus tantùm contractus est, si que stipulationis non venditionis, sed venditionem duntaxat pro causa habens, ne stipulatio sine causa interposita dici possit leg. si in suero 6. §. 1. & l. seq. *infr. de nouat.* Ergo actio quæ ex huiusmodi contractu nascitur, non potest esse bonæ fidei, cùm sit actio ex stipulatione

aut ex stipulatu, quæ semper stricta est, nisi cùm Instinianus inuita tota Iuriprudencia fecit eam bonæ fidei in l. vnice. C. de rei vxor. *at.* Ita igitur fiet, vt si venditor nolet, aut non poterit vnquam accedere ad eum locum, in quo tradere rem promittit, nunquam quoque & nusquam conueniri possit ad rem tradendam, neque actione ex empto quæ nulla esse potest, vbi contractus emptionis nullus præcessit, neque ex stipulatione aut ex stipulatu, quæ cùm sit stricta, non alio certè loco exerceri potest, quàm in quo rem tradi promissum est. Consequens igitur omnino est, vt actio arbitraria sit hoc casu necessaria non minùs quàm ex illa stipulatione *Ephesi decem dari l. 1. l. 2. §. 1. supr.* Differentia tantùm illa est, quòd ea stipulatio *Ephesi decem dari* obligationem dandi continet, hæc autem *Ephesi rem venditam* traditi obligationem faciendi, cùm tradere sit facti. Sed quod ad rem nostram pertinet, parui momenti hæc differentia est, cùm quisquis stipulatur rem dari, hoc ipso stipuletur etiam rem tradi d. l. 3. §. 1. *infr. de action. empt.* quia nec dari res potest id est dominium eius transferri extra traditionem leg. vbi autem 75. §. vlt. de verb. oblig. *l. uncl. l. nunquam nuda 31. & l. traditio 20. infr. de acquir. rer. domini. leg. traditionibus 20. C. de pact.* Nec vno casu magis quàm alio cogitur promissor præcisè ad tradendum, quod meri facti est, vt pluribus docuimus in *Error. 4. 5. & 6. de cad. 85. de error. pragmat.* Planè si sic concepta stipulatio esset *Ephesi rem tradi intra Cal. Martias proximas* dicendum esset præteritis Calendis Martias futurum, vt emptor idèmq; stipulator posset quocunq; loco petere, quanti sua interesset *l. eum qui 43. supr. de iudic.* quia non posset amplius restradi post elapsum tempus, intra quod ex verbis stipulationis tradi debuisset: *l. si Calendis 11. infr. de re iudic.* Sed cùm tempus nullum in stipulatione adiectum est, peti rem necesse est apud Prætorum per litis contestationem, aut apud Præsidem prouinciæ, qui in prouincia illa Prætoris vices gerit. & quidem in eo ipso loco qui stipulatione comprehensus est, priusquàm id quod interest vllibi peti possit, quoniam ad litem vique contestatam promissioni suæ satisfacere venditor potest l. 2. §. si quis *Ephesi versic. Scæuola supr. ad eoque moram purgare l. si insulam 84. de verb. oblig.* Ergo nec de eo quod interest agere vnquam emptor poterit, si nunquam accedat venditor ad eum locum, in quo ex conuentione tradere rem debuit. Est igitur hoc casu arbitraria actio, de eo quod certo loco, perinde atque alio vllò necessaria ad hoc vt venditor ad rem tradendam quocunq; alio loco conueniri possit.

8. AFRICANVS libro 3. Questionum.

Centum Capuæ dari stipulatus, fideiussorem accepisti. ea pecunia ab eo similiter, vt ab ipso promissore, peti debebit. id est, vt si alibi, quàm Capuæ, petantur, arbitraria agi debeat, si que tanti æstimetur, quanti eius vel actoris interfuit, eam summam Capuæ potiùs, quàm alibi solui. nec oportebit, quòd fortè per reum steterit, quo minùs tota centum Capuæ soluerentur: obligationem fideiussoris auferri. neque enim hæc causa rectè comparabitur obligationi vsurarum. ibi enim duæ stipulationes sunt: hic autem vna pecuniæ creditæ est, circa cuius executionem, æstimationis ratio arbitrio iudicis committitur, eiùsque differentię manifestissimùm argumentum esse puto: quòd, si post moram factam pars pecuniæ soluta sit, & reliquum petatur,

tur. officium iudicis tale esse debeat, vt æstimet, quanti actoris interfuit, eam duntaxat summam, quæ peteretur, Capuæ solutam esse.

Ad l. Centum Capuæ 8.

R. A. T. D. V. B. Fideiussoris obligatio strictissima est, cùm ex stipulatione sola contrahatur leg. 5. §. *setis acceptio infr. de verb. oblig. leg. blandicus 12. C. de fideiuss.* Ita vt in aliam aut in duriorè causam accipi non possit si fideiussor, in leniorem tamen possit leg. *græcè d. §. illud & seq. leg. fideiussor 16. in princip. & §. 1. & seq. infr. de fideiuss.* Atqui cùm creditor centum Capuæ dari stipulatus, à debitore fideiussorem eo nomine accepit, hoc vnus promissit fideiussor *Capuæ centum dari*, non ergo *Ephesi* aut Romæ aut alio loco, nec pro arbitraria, & vtili actione interuenit, sed pro pura & directa. Consequenter non est sciendum, vt per arbitrariam conueniri alibi quàm Capuæ: alioqui nihil intereret, an fideiussor sit directæ actionis, & strictæ, vt in specie huius legis, an actionis vtilis & arbitrariæ, vt in leg. *vlt. infr.* Nec bona conuenticio est, vt qui voluit fideiussore pro actione stricta, voluerit etiam fideiussore pro arbitraria: est enim longè durior conditio eius, qui fideiussore pro arbitraria propter vtilitatem loci, quæ arbitrio iudicis in eam actionem venit, nisi quoniam verò in actionem strictam; si verum est, vt est, quod ex Theophilo docet ad hanc legem Cuiacius, puram actionem id est certam & strictam consumere rationem omnè eius quod interest. Nec rursum quæ ratio æquitatis inducit necessitatem actionis arbitrariæ, contra reum principalem, scilicet ne alioqui futurum sit inutile ex stipulatione actio, debitore nunquam ad locum solutionis destinatum accedente, atque ita in potestate debitoris futurum sit an debeat l. 1. & 2. §. si quis *Ephesi versic. Scæuola supr. eadem non æquè inducit necessitatem dandi contra fideiussorem arbitrariæ, cùm sufficere possit creditori, quod arbitrariam habiturus sit contra debitorem ipsum, subique potiùs debeat imputare, cur strictæ tantùm & directæ actionis non etiam arbitrariæ quoque nominatim fideiussorem accepit vt in d. l. vlt. *infr.* Ergo non potest verum esse quod hæc respondet Africanus, pecuniam Capuæ debitam posse ab ipso fideiussore similiter atque à debitore peti per arbitrariam, id est vt si alibi quàm Capuæ petatur, litem æstimari oporteat quanti vel fideiussoris, vel actoris intererit, eam summam Capuæ potiùs quàm alibi solui. De c. Obligatio fideiussoria quamuis stricta sit, nec nisi accessoria, nunquam tamen sic interpretanda est, vt inanis fiat & illatoria, ne alioqui decipiatur creditor, qui fideiussorem ab initio accepit, qui que verisimiliter sine fideiussore non fuerat contracturus. Nec minùs absurdum est in potestate fideiussoris esse postquam se per stipulationem obstrinxit, an debeat, quàm si esse in potestate principalis debitoris d. §. si quis *Ephesi versic. Scæuola.* Nam & fideiussor debitor est, quemuis secundus tantùm, & accessorius. Atqui si neque principalis debitor neque fideiussor accederet vnquam ad locum Capuæ, vbi pecuniam dari debere ponimus, fieret vtraque obligatio tam principalis quàm fideiussoria inutilis, nec misero creditori actio vlla aut ratio superesset ad suum consequendum: & quamuis stipulator per arbitrariam conueniri quocunq; loco posset, inutilis tamen adhuc & inanis maneret fideiussor, si non æquè liceret creditori fi-*

deiussorem arbitraria actione conuenire. Ergo ne absurdum hoc eveniat, dicendum est, perinde arbitrariam contra fideiussorem, atque contra principalem debitorem exerceri posse, sed ita tamen vt ex ipsius fideiussoris non etiam ex rei persona eius quòd fideiussoris intererit Capuæ potiùs quàm alibi soluere, ratio habeatur, quamuis rei fortasse nihil intererit. Est enim hoc casu litis æstimanda ex persona fideiussoris, sicut ille ex propria persona & tãquam fideiussor conuenitur, non ex persona rei; neque verò videri potest fideiussor, aut in aliam aut in duriorè causam acceptus, ob id solum quòd æquè contra ipsum arbitraria exerceatur, cùm debitor ipse perinde quoque arbitraria teneatur, eadèmq; & necessitatis & æquitatis ratio vigeat contra fideiussorem, quæ contra principalem debitorem: cum quæ ex Prætoris edicto perpetuo fiat, vt quisquis certo loco dare promissit, vbique conueniri per arbitrariam possit, non habet fideiussor quod conueratur, cùm à stipulatore cõmuni iure conuenitur *l. inter eos 51. §. pen. infr. de fideiuss. l. vlt. C. de in integr. restit. minor.* Prospicere enim debuit, posse id evenire, si non solueretur pecunia Capuæ ante propositam arbitrariam actionem *d. versic. Scæuola l. 1. supr. & arg. l. si quis domum 5. §. 1. versic. idem quartè infr. locat.* Ad eò vt nec potuerit fideiussor cauere etiam si maxime voluisset, ne arbitraria conueniri vnquam posset. Nec enim iuris ratio & auctoritas pendet ex arbitrio & voluntate contrahentium leg. 1. §. 2. *ad 8. C. Turpill leg. ordine 15. ad municip.* Neque verò Prætor tale pactum tueri posset, quod contra ipsius Prætoris edictum esset interpositum leg. *iuris gentium 7. §. aut Prætor & §. si paciscar supr. de pact. leg. si quis inquilinus 12. §. pen. de legat. 1. leg. vlt. de suis & legi. iunct. leg. in publicum 38.*

a Nec oportebit quòd fortè per reum steterit. R. A. T. D. V. B. Mora rei nocere solet fideiussori leg. *mora rei 88. infr. de verb. oblig.* Nec ad hunc casum pertinet iuris regula quæ vult suam cuique moram nocere leg. *in condemnatione 27. §. penult. de regul. iur. vt & factum cuique suam leg. factum 155. eod.* cùm enim fideiussoria obligatio sit accessoria ad principalem, sicut ex ea pendet, ita & moram principalis debitoris quæ ipsi nocet fideiussori quoque nocere necesse est, nec in eo tantùm vt te debita post reimmoram percipita fideiussor adhuc teneatur leg. *mora 32. §. vltim. infr. de vsur. leg. si à colono 58. §. 1. infr. de fideiuss.* Sed in hoc etiam, quod ad rem nostram huiusque legis sententiam impugnandam magis pertinet, vt si pro contractu aliquo & actione bonæ fidei, vel ratione legatorum aut fideicommissorum fideiussor interuenierit, damnari debeat in vsuras quoque, licet non nisi officio iudicis ex mora rei debitas, quamuis non nisi actione ex stipulatu conueniri possit, quæ vsurarum accessionem non admittit, nisi quæ & ipsæ in stipulationem deductæ sint leg. 3. *Cod. de vsur. leg. Titius 24. infr. de prescript. verb.* nempe quia rei locum obtinet leg. 4. §. 1. *infr. de fideiuss. leg. si quis solutioni 24. §. 1. de vsur. leg. quæro 30. infr. locat. l. 1. §. vltimè infr. vt legat. seu fideicommiss. seruand. caus. cauat. leg. si posteaquam 10. rem pupill. solu. for. leg. initio 5. *Cod. de pact. im. empt. & vendit.* Cùm igitur mora rei nocet fideiussori, etiam quod ad vsuras pertinet, quæ non nisi officio iudi-*

cis debentur, quidni etiam nocebit, quod pertinet ad utilitatem loci, ex mora rei æstimandam in actione arbitraria? Quod si ponas etiam usuram per stipulationem promissam fuisse, quod plerumque accidit, ne tam facile dubitari possit, quin debeantur, tanto apertius erit usuram deberi à fideiussore, ob non solutam à reo sua die pecuniam, si modò non in principalem summam duntaxat, sed in omnem contractus causam fideiussor acceptus proponatur, ut solent accipi fideiussores, & in dubio sic eos acceptos esse credendum est *dist. leg. quæro 50. infr. locat. leg. si quis pro eo 56. §. si nummos infr. de fideiuss. leg. 2. §. penult. de admin. rer. ad civit. pertin.* Dicitur. In iis quæ pendet ex contractu cui fideiussor accessit, siue obligationis iure debeantur, quomodo debentur usuræ in stipulatum deductæ, siue officio tantum iudicis, ut usuræ in bonæ fidei iudicis *leg. qui per collusionem 49. §. 1. de action. empt. dist. l. quæro 50. infr. locat. leg. 4. C. deposit.* mora rei utique nocet fideiussori, & auget ipsius obligationem, ut propria actione qua conuenitur ex stipulatione condemnari possit & debeat, in id omne ad quod principalis debitor siue obligationis iure, siue officio iudicis, condemnari deberet, dummodo in omnem contractus causam se obligauerit, ac si plenissimam indemnitate creditori promississet, ut scriptum est in *dist. leg. quæro 50. infr. locat. leg. 2. §. penult. de admin. rer. ad civit. pertin.* At in iis quæ non tam à contractu immediatè pendunt, quàm ab arbitrio iudicis, quale est quod in actione arbitraria ratione utilitatis loci in condemnationem deducitur, non est æquum moram rei nocere fideiussori. Id enim est extra causam contractus, & ex causa extrinseca proficiscitur, id est ex eo solum quòd alio loco agat stipulator, quàm in quo dari pecuniam ex contractu oportuit. Hoc verò extra causam fideiussionis est, nec enim fideiussor id egit aut cogitavit, ut se obligaret ad id omne, quod arbitrio iudicis in condemnationem deduci posset, sed ad id tantum quod ex causa contractus deberetur. Imò quod magis mirere, est hoc etiam extra causam principalis obligationis *leg. vltim. vbi dicimus infr.* Longèque alia causa est eorum quæ veniunt in condemnationem officio iudicis, alia verò eorum quæ non nisi arbitrio iudicis. Arbitrium siquidem iudicis multo latius patet, quàm officium, præsertim quod inseruit contractui, ob eamque causam vulgò à nostris mercenarium appellatur, arbitrium sine officio esse non potest, at officium sine arbitrio esse potest, nec rursus quicquid officio iudicis committitur, id etiam arbitrio eiusdem permittitur. Finge emptorem cui res vendita iam fuerit tradita, moram fecisse in soluendo precio, indèque usuram ex mora cepisse debere: Si venditor actione ex vendito, quæ bonæ fidei est, precium petat. An non ad officium iudicis pertinet, ut emptorem etiam ad usuram precij condemnet? Non solum si mora per interpellationem contracta sit, sed etiam si re ipsa, ob fructus ex re vendita iam perceptos *dist. leg. curabit 5. Cod. de action. empt. leg. Iulianus 13. §. veniunt autem 20. infr. eod. ill. ritul. leg. euictus 18. §. primo infr. de usur.* Et tunc igitur in arbitrio iudicis, ut emptorem hunc ad usuram precij non condemnet? Minimè verò. Et si enim etiam in bonæ fidei iudicis arbitrium aliquod est iudicis, vnde & qui in iis

dantur iudices arbitri plerumque appellantur, *leg. 1. infr. de usur. leg. vltim. rem pupill. salu. for.* non tamen utique ad eòd liberum est illud arbitrium, ut possit emptorem in usuram ex mora debitas non condemnare, cogitur enim & contractui inseruire & formulæ, quæ cum habeat semper adnexam clausulam *ex fide bona*, ut diximus ad *leg. proxim. supr.* obligat iudicem, ut vel inuitus ex officio suo condemnet reum, in id omne quod ex bona fide est, proinde non magis potest in arbitrio iudicis, qui de empti & venditi actione cognoscit, ut non condemnet emptorem ad usuram, quàm vt non iudicet ex fide bona. Et idèdè benè ac subtiliter Papinianus noster, ut omnia solet, in *dist. leg. 1. in princip. de usur.* ait. Cum iudicio bonæ fidei disceptatur, arbitrio iudicis usurarum modum ex more regionis vbi contractum est constituit, ita tamen ut legem non offendant, non ait, in arbitrio iudicis esse usurarum condemnationem, id est an in condemnationem deducendæ sint, necne, sed modum solum usurarum, & ita tamen ut legitimum non excedat. Sicque intelligi debet, quod Iulianus scribit in *§. in bonæ fidei Infit. de action.* in bonæ fidei iudicis videri liberam potestatem permitti iudici ex bono & æquo æstimandi, quantum auctori restitui & præstari oporteat. Non enim tam generaliter id accipiendum est, quasi in hoc iudiciorum genere tota condemnatio in liberum iudicis arbitrium conferatur, sed ut quamuis contractui inseruire cogatur, laxiores tamen habeat & liberiores habenas, in agenda vel minuenda condemnatione, dum ne quid contra legem statuat, aut contra communes iuris regulas, quæ volunt, in bonæ fidei iudicis & usuram, & fructus, & ceteras accessiones, ex mora deberi, at in actione arbitraria de eo quod certo loco, quæ fortè sola est inter omnes arbitrarias, quæ ex contractu nascitur, nullomodo inseruit iudex contractui *leg. 2. §. vltim. supr.* cum ea actio non modò præter verba contractus detur, sed etiam contra expressam vim & conceptionem verborum: & idcirco necesse est, ut condemnatio tota in arbitrium iudicis conferatur, itèmq; absolutio. Condemnationem autem & absolutioem cum dico, substantiam ipsam condemnationis aut absolutiois intelligo, non solas præstationes, quæ tamen solæ in iudicis bonæ fidei veniunt, nec tam arbitrio tamen, quàm officio iudicis, ut diximus, committuntur: Vnde est, quod in bonæ fidei iudicis certa summa semper petitur, quamuis ex fide bona possit iudex eam augere, præstationibus ex æquitate adjudicandis, aut etiam minuere admissa compensatione, si quid fortè vicissim actor reo debeat: Quòd maxime pertinet libera illa potestas, quam in bonæ fidei iudicis permissam videri iudicis, ait Iulianus in *dist. §. in bonæ fidei*, ut ex iis quæ in eo §. sequuntur, apparet. Cæterum summa aliqua aut res alia certa in petitionem, & in actionem deducitur, quàm vel debitam esse, vel non debitam iudex pronunciare semper debet. Nam siue auget eam additis præstationibus, siue minuat compensatione admissa, semper pronunciat deberi quod petitur, aut si vel nihil vel minus, quàm quod petitum est, deberi comperiat necesse habet reum absolueri, tanquam auctore per plaris petitionem à causa cadente. At in arbitraria actione nunquam certa summa petitur, quo-

quomodo in actione directa *l. quod si Ephesi 4. in princip. supr.* sed ea tantum quam iudex æstimata vel pro reo, vel pro auctore loci utilitate, arbitrabitur deberi *d. l. 2. §. vlt.* Ad eòd ut quisquis agit arbitraria, nunquam possit incurere periculum plaris petitionis, quippe qui nihil certi petat, sed condemnationis quantitatem, & litis æstimationem totam conferat in arbitrium iudicis *l. 3. supr.* tum quoque cum plus petit quàm postea deberi appareat *d. l. 2. in prin.* in illis verbis, *quod si rei interest, minoris sit pecunie condemnatio quàm in iudicium est sup.* Et h. e. quod Africanus in hac lege scribit in actione arbitraria non duas esse obligationes: vnã fortis, aliam eius quod interesse potestratione loci, sed vnã duntaxat pecuniæ creditæ, circa cuius executionem æstimationis ratio arbitrio iudicis committitur. Ex quibus apparet, quàm magna differentia, & differentia ratio sit inter actionem hanc arbitrariam & actiones bonæ fidei, & inter id quod interest ratione utilitatis loci, cuius necessariò habenda ratio est in actione arbitraria, & usuram, quæ ex bonæ fidei iudicis debentur, & præstatur officio iudicis ex die mora. Denique inter officium & arbitrium iudicis, officium circa præstationes, arbitrium verò circa substantiam ipsam condemnationis, aut absolutiois. Concludamus igitur in bonæ fidei iudicis moram rei nocere fideiussori, at in actione arbitraria non nocere, atque ita conciliandam esse hanc legem cum *d. l. quæro 50. infr. locat.* quæ interpretibus nostris & antiquis & recentioribus miras peperit difficultates & contentiones. Accursum noster etiam non omnia protùs obseruauit, quæ nos diximus, mihi tamen videtur omnium optimè, ac propius quàm ceteri, accessisse ad id quod res est, cum dixit officium iudicis quòd inhaeret bonæ fidei iudicio, protuenire ex natura obligationis, & sic ab ea naturam contrahere: ut sicut obligatio principalis ad fideiussorem extenditur, ita & officium iudicis ratione usurarum [fideiussor enim contractus in omnem causam acceptus intelligitur, quæ ex eo contractu nasci potest *l. si quis pro eo 56. §. si nummos l. amisi 52. fideiussores infr. de fideiuss.*] Sed officium quod inhaeret arbitrarie, non inhaeret gratia actionis, cum stricti iuris sit, sed ex accidenti propter locum, vnde ad fideiussorem non extenditur. Melius certè quàm magnus Africanus interpretes Iacobus Cuiacius, qui scripsit, non esse hanc contrariam, moram rei nocere fideiussori, & tamen ex mora rei noceat augeri fideiussoris obligationem, quia nec obligationis iure, inquit, rei ipsius obligatio augetur, cum nec usuram, nec id quod interest ratione utilitatis loci debeat iure obligationis, sed tantum officio iudicis. Ita fit, vt nò distingat actionem bonæ fidei ab arbitraria, nec officium iudicis ab arbitrio, quomodo distinguere debuit, sed quasi ludens in verbis sic Africanum intelligat, ut si per reum steterit quominus tota centum Capuæ soluantur, id est, quominus quicquam ex centum sit solutum [nam de eo casu quo pars pecuniæ soluta Capuæ sit, postea tractat Africanus] mora quidem rei non auget obligationem fideiussoris, sed auget tamen condemnationem, ut officio iudicis tantum condemnandus sit in arbitraria actione fideiussor, qui moram nullam contraxit, quanti reus ipse qui moram fecit: quæ interpretatio certè à sensu Africanus non minus, quàm à ratione iuris aliena est: cum enim Africanus ait, non oportere ex mora rei obligationem fideiuss-

foris augeri, proculdubio id significat, eam quantitatem quæ ex rei mora ad condemnationem ipsius accedere per arbitrium iudicis posset, non æquè debere accedere ad condemnationem fideiussoris, cuius alioqui augetur obligatio, quæ tota ex stipulatione est, si ad id condemnaretur siue officio siue arbitrio iudicis, ad quod reus ipse aut officio aut arbitrio iudicis condemnari deberet, nam reus quidem ipse cum aut ad id quod actoris interest, aut ad usuram condemnatur, non tam ex suæ obligationis iure quàm vel officio vel arbitrio iudicis condemnatur, sed cum ea res ad onus fideiussoris recidit, ut in specie *d. l. quæro 50. infr. locat.* augetur utique obligatio siue iudicis, qui cum nihil nisi centum Capuæ dari fideiussisset, condemnatur tamen ex sua stipulatione ac promissione, ut centum & viginti auctori præster, in quo alia rei, alia fideiussoris ratio est. Reus enim cum ex bonæ fidei iudicio condemnatur ad fortem & ad usuram, condemnatur partim ex suo contractu, suæque obligatione, quod scilicet ad fortem pertinet, ad usuram autem non nisi officio iudicis, in arbitraria verò, non tam iure obligationis, quàm arbitrio iudicis, siue ratione fortis, siue ratione quantitatis, quæ accedit forti ob utilitatem loci. At fideiussor in utroque contractus & actionis genere, tenetur & condemnatur obligationis iure, & ex sua stipulatione: nec minus, cum ad id quod interest, condemnatur ratione utilitatis loci ex sua persona aut etiam ex personæ rei, si in hoc specialiter & nominatim intercesserit, & cum ad usuram condemnatur quàm cum ad fortem, adeòque si & ipse arbitraria conueniatur ex sua persona: non enim conueniri posset, si non fideiussisset. Augetur ergo obligatio fideiussoris, cum ad id quod creditoris interest, condemnatur propter utilitatem loci, quod contingere necesse est quoties ex sua ipsius mora condemnatur per arbitrariam, non etiam si ex moræ rei conueniatur, nisi in hanc quoque causam fideiussisset, ut diximus. Itemque cum ad usuram siue ex sua siue ex rei mora in iudicio bonæ fidei. Et tamen secundum Cuiacium sententiam dicendum esset, nullo casu augeri obligationem fideiussoris, ne tum quidè cum ex mora sua conueniretur, quia vel officio vel arbitrio iudicis veniret in condemnationem non iure obligationis, quicquid forti accederet. Errat etiam Cuiacius in eo quod ponit in hac lege fideiussorè interuenisse ratione actionis arbitrariæ post moram reo iam contractam soluendi Capuæ, ut in *l. vlt. infr.* nec videt in eo differre speciem huius legis à specie *d. l. vlt.* quod hic fideiussor ab initio fuerat acceptus huius stipulationis nomine *Capuæ centum dari.* Alioquin quænam obsecro dubitandi ratio esset ad initium huius legis, vbi dicitur perinde arbitraria posse agi contra fideiussorem, atque contra reum, si fideiussor ipsius arbitrariæ actionis nomine acceptus fuisset? Pergamus ita ad reliqua; Sequitur apud Africanum;

b Neque enim hæc causa rectè comparabitur obligationi usurarum. Respondet Africanus ratiõ obiectio- ni quæ fieri poterat ex eo, quod si principalis debitor se per stipulationem & ad fortem, & ad usuram obtrinxerit, nec fortem soluerit, augetur ex moræ rei, obligatio fideiussoris, ut etiam usuram quas reus promiserat, soluere fideiussor compellatur. Respondet autem, hanc causam de qua quærimus utilitatis loci æstimandæ per arbitrariam contra fideiussorem ex mora rei, non rectè comparari obligationi usurarum per stipulationem promissam. *ubi enim*

duæ sunt inquit stipulationes, vna fortis, altera vsurarium, & fideiussor in omnem causam acceptus nõ minus ad vsuras, quàm ad sortem obligatus intelligitur, quia ex eiusdem negotij & contractus, fonte vtraque obligatio proficitur. Hic autem id est in proposita specie vna tantum obligatio est pecuniæ creditæ [nam verbis quoque credimus l. 2. §. vlt. *supr. De reb. credit.*] circa cuius executionem tota ratio æstimationis arbitrio iudicis committitur, in quibus tamen verbis miror Accursium nostrum addere interpretationis gratia *supple*, aut *scilicet vbi vsura possunt peti per stipulationem*, nec enim tractatur de vsuris in arbitraria, sed tantum de utilitate loci æstimatione arbitraria iudicis, non autem debita per stipulationem, neque verò alia horum verborum interpretatio querenda est, quàm quæ à nobis allata supra fuit. Quid ergo si ex contractu cui fideiussor accessit, debeantur vsuræ non iure obligationis, sed officio tantum iudicis vt in actionibus bonæ fidei euenire supra diximus ex *l. qui per collusionem* 49. §. 1. *de act. empt. l. quæro* 10. *inf. locat. l. 4. C. de posit.* Alia hæc & longè fortior obiectio est, quam tamen Africanus quau non viderit, prætermittit, existimans fortasse fideiussorem nullas vsuras debere, quæ non sint deductæ in stipulatum, nec si eas reus debeat ex mora sua officio iudicis, contra quàm Paulus sententia in *d. l. quæro*, siue Africanum mouerint constitutiones, quarum eo loco Paulus meminit, quibus caueatur eos qui pro aliis pecuniam exoluerint, sortis duntaxat damnum agnoscere oportere, siue illa potius ratio quod fideiussor numquam nisi ex stipulatione & actione stricta teneatur, quæ nec vsurarium nec aliam accessionum additamenta facillè possit admittere, non nisi officio iudicis debita cui in actione ex stipulatu locus esse nunquam potest. Quod si quis velit etiam in specie *d. l. quæro* Africanum cum Paulo consentire, quod probari videtur ex *l. si postea quæro* 10. quæ eiusdem Africanus est *inf. Rem pupill. salu. for.* necessarid diluenda obiectio est, eo quo diximus modo, nec alia responsio melior adferri potest. Nã & eam Pauli sententiam ceteris prudentibus video placuisse *l. amissi* 72. §. *fideiussores l. si quis pro eo* 56. §. *si nummos l. fideiussores magistratum* 68. §. 1. *inf. De fideiuss.*

9. VLPIANVS libro 47. ad Sabinum.

IS qui certo loco dare promittit, nullo alio loco, quàm in quo promissit, soluere inuito stipulatore potest.

Ad l. Is qui certo loco 9.

RAT. DVV. Id quod certo loco debetur, potest vbiq; peti per arbitrariam actionem inuito promissore *l. 1. 2. & pass. supr.* Ergo & vbiq; solui potest etiam inuito stipulatore, vt eadem sit ratio promissoris, quæ stipulatoris, non autem deterior, cum & ex iuris regula fauorabiliores sint rei quàm actores *l. fauorabiliores* 125. *De regul. iur.* & proniores esse debeamus ad liberationem *l. Ariannus* 41. *De oblig. & act.* quæ non nisi per solutionem potest contingere. Idque sensisse videtur Venuleius in *l. continuis* 137. §. *cum ita* *De verb. obligat.* vbi ait cum qui Ephesi dare promissit, non tantum Ephesi posse vel per se vel per alium soluere, sed etiam vbiq; DE C. Necessitas mera iuris & facti induxit arbitrariam actionem fauore actoris, ne alioqui actionem suam amitteret, si non alio loco posset agere, quàm in

l. 2. §. penult. & vlt. inf. De adin. rer. ad ciuit. pertin. l. 1. §. *bellissimè & l. penultim. vt legat. seu fideicom. seruand. caus. caueat.*

c. Eiusque differentia manifestissimum argumentum esse puto. Probat Africanus multum interesse, an id quod interest, vel vsura sit in obligatione, an verò non nisi officio aut arbitrio iudicis debeat, nam quod in obligatione est, quandiu nec solutum nec petiturum est, adhuc debetur, & peti potest, quamuis fors ipsa vel soluta iam vel petita sit, non etiam id quod officio tantum vel arbitrio iudicis debetur *l. qui per collusionem* 49. §. 1. *inf. De action. empt. l. 1. C. de iudic. l. 4. C. de posit.* Hoc verò præsupposito, probat Africanus eodem argumento, in actione arbitraria id quod vel actoris vel Rei interest ratione loci non esse in obligatione, sed in officio tantum & arbitrio iudicis, quia, inquit, si post moram factam à Reo pars pecuniæ soluta sit, quæ tota Capuæ debebatur, creditore scilicet consentiente [nec enim cogi posset inuitus partem pecuniæ accipere *l. tutor* 41. §. *Lucius inf. De vsur.* cum solutio per partes magna habeat in commoda *l. 3. sup. famil. ercisc.*] & reliquum postea petatur, officium iudicis tale esse debeat, vt æstimet quanti actoris interest, eam duntaxat summam quæ peteretur Capuæ solutam esse. Si enim id quod actoris interest propter utilitatem loci ratione summæ iam prius solutæ esset in obligatione, utique eius petitio etiam post solutionem fortis superesset, vt euenit in vltis per stipulationem debitis *d. l. 1. C. de iudic. d. l. 4. C. de posit.* & in pœna quoque per stipulationem debita *l. Lucius* 46. *inf. De action. empt.* At quia non debetur nisi officio & arbitrio iudicis, consequens est, vt pro rata perceptæ fortis id quod quæ actoris interest remissum esse videatur *l. vlt. inf. inf. hoc tit.* alia ratio est eius quod interest, cum principaliter debetur ex obligatione faciendæ de quo in *l. stipulationes non diuiduntur* 72. §. *Celsus l. cum stipulatus sim* 113. §. *vlt. De verb. oblig. l. 1. inf. De act. empt.* De ceteris quæ ab Accursio & Bartolo adferuntur interpretationibus ad hanc legem nihil ardet dicere. Vera enim huius legis sententia & ratio vnica illa est, quam nos attulimus. Inge quæ diximus ad *l. 2. §. idem Iulianus supr.*

quem collata stipulatio esset, promissore fortassis ad eum locum nunquam accedente *d. l. 1. supr.* atque ita in potestate & arbitrio debitoris esset an deberet necne: non enim debitor esse videtur, nisi à quo inuito exigi potest *l. debitor* 108. *De verb. signific. l. 2. §. si quis Ephesi vsur. Scævola supr.* At ex parte debitoris nulla subest necessitas, ob quam permittendum ei sit alio loco soluere inuito stipulatore, cum si non possit ipse ad locum solutioni destinatum accedere, possit tamen ibi per alium soluere *dist. §. cum ita*, adeoque etiam vbiq; prius scilicet quàm ad locum illum perueniri potuerit: quandoquidem obligationi soluendi certo loco semper tacite inest tempus intra quod ad eum locum perueniri possit *d. l. 2. §. qui ita stipulatur supr. d. §. cum ita*, vbi quod dicitur eum qui Ephesi dare promissit posse vbiq; que soluere, ad hunc casum certè restringendum est, vt constat ex *l. qui Romæ* 122. *in princip. eod. titul. De verb. obligat.* vbi is qui Romæ pecuniam mutuam

mutuam acceperat soluendam in longinqua provincia post menses tres, eam Romæ obrulerat post paucos dies id est priuquam in longinquam illam pecuniam peruenire potuisset: ac proinde non minus congruo loco quàm congruo tempore, vt explicauimus *lib. 1. Comest. cap. 1.* Quamquam nec illud improbo, quod placet Accursio & Bartolo posse debitorem vbiq; soluere, etiam post elapsum tempus, intra quod ad locum perueniri potuit, si modo nõ tantum sortem offerat, sed etiã quicquid stipulatoris interesse potest ratione loci. Ita enim sit, vt non deterior futura sit condicio promissoris quàm stipulatoris, cui nec permittitur alio loco petere, nisi æstimatione solutæ; utilitate loci si quid ex ea causa intersit rei, nisi reus ipse prior in mora fuerit, vt diximus ad *d. l. 1. & ad l. 2. §. vlt. supr.* Sed extra hos casus non est permittendum promissori, vt alio loco solutionem offerat stipulatore ne ipsi inuito auferat utilitatem loci *l. fideiussor* 16. §. 1. *inf. De fideiuss.* Nec est contrarium, quod scriptum est in *d. vers. Scævola electionem habere Reum vbi soluat ante petitionem.* Nam vt bene Accursius explicat de ea electione intelligi id debet, quam habet reus qui in alterutro duorum locorum promissit soluere, non autem vt in

alio & tertio loco soluendi habeat facultatem, nisi quomodo diximus, si cum sorte offerat quicquid propter locum interesse potest stipulatoris. Addunt Accursius & Bartolus aliam exceptionem, nisi locus gratia solius promissoris adiectus sit: quasi si prædicta procedant, cum locus aut solius stipulatoris aut vtriusque gratia adiectus proponitur, nec malè, nam si constet fauore solius promissoris adiectum esse locum, liberum ei esse debet fauori suo renunciare *l. si iudex circumuento* 41. *sup. De minor. l. pen. C. de pass.* & ita perinde vbiq; soluere, ac si locus adiectus non esset, nam & in eo qui in diem debet, similis adhibetur distinctio, vt quamuis quod in diem debetur ante diem solui possit, aliud tamen dicendum sit, si dies in fauorem creditoris adiectus sit *l. 3. §. cum Pollidius inf. De vsur. l. si ita relictum* 43. §. *Pegasus De legat. 2. l. eum qui 15. alias l. Lauolens De ann. legat. in dubio tamen credendum est adiectum esse locum fauore, & gratia vtriusque: vnde est quod in arbitraria ratio habetur vt iuris vtriusque; id est alterutrius vel actoris vel Rei *d. l. 2. in princ. & §. vlt. & l. prox. sup. l. 1. C. eod.* dies autem in dubio quoque fauore solius debitoris *l. stipulatio ista* 38. §. *inter De verb. oblig. l. quod certa* 70. *De solut. in eoque locus differt à tempore.**

10. PAVLVS libro 4. Questionum.

SI post moram factam, quo minus Capuæ soluere, cum arbitraria vellet agere, fideiussor acceptus sit eius actionis nomine: videamus, ne ea pecunia, quæ ex sententia iudicis accedere potest, non debeat, nec sit in obligatione, ad eo vt, nunc quoque sorte soluta, vel si Capuæ petatur, arbitrium iudicis cesset. nisi quis dicat, si iudex centum & viginti condemnare debuerit: centum solutis ex vniuersitate, tam ex sorte quàm ex pœna solutum videri: vt supersit petitio eius, quod excedit sortem: & accedat pœna pro eadem quantitate. quod non puto admittendum: tanto magis, quod creditor accipiendo pecuniam, etiam remisisse pœnam videatur.

Ad l. vlt. Si post moram.

Accedit proximè species huius legis ad illam quæ ex Africano tractauimus in *l. centum Capuæ* 8. *supr. l. d.* tamen non eadem est, quod videtur sensisse Iacobus fideiussorem eius pecuniæ nomine condemnari arbitrio iudicis ex mora Rei, quamuis & Reus ipse posset, & fideiussor quoque si ex sua non si ex Rei mora conueniretur *d. l. centum in princ.* nimirum quoniam ea summa quæ Rei condemnationi potest accedere, ne quidem à Reo ipso debetur iure obligationis, nec ipsi obligationi coheret, nec ab ea pendet vilo modo, adeoque nec tam ex Rei mora proficitur, quàm ex eo, quod alio loco stipulator cogatur agere, quàm in quem collata fuerat stipulatio. Hæc enim proxima & immediata causa est condemnationis faciendæ in actione arbitraria, licet ad officium iudicis maximè spectet, vt inspicat vter moram contraxerit, an reus, an actor. Quod & Bartolus tam ad hanc legem quàm ad *dist. l. centum*, bene explicauit. Interpretibus difficilem fecit huius legis sententiam, quod Paulus subobscurè, vt solet, sententiam suam proponit iis verbis, *videamus ne ea pecunia* &c. quæ tamen quasi dubitantis sint potius quàm respondentis, plerique ex veteribus sic acceperunt, vt ad propositam initio legis questionem Paulus nil respondeat, sed aliam & nouam quæ

Paulus illud ipsum quod Africanus in *dist. l. centum*, scilicet eam pecuniam quæ ex sententia iudicis potest accedere contra reum, non deberi à fideiussore, nec esse in ipsius obligatione, id est vt sumus interpretati contra Cuiacium ad *dist. l. centum*, non posse fideiussorem eius pecuniæ nomine condemnari arbitrio iudicis ex mora Rei, quamuis & Reus ipse posset, & fideiussor quoque si ex sua non si ex Rei mora conueniretur *d. l. centum in princ.* nimirum quoniam ea summa quæ Rei condemnationi potest accedere, ne quidem à Reo ipso debetur iure obligationis, nec ipsi obligationi coheret, nec ab ea pendet vilo modo, adeoque nec tam ex Rei mora proficitur, quàm ex eo, quod alio loco stipulator cogatur agere, quàm in quem collata fuerat stipulatio. Hæc enim proxima & immediata causa est condemnationis faciendæ in actione arbitraria, licet ad officium iudicis maximè spectet, vt inspicat vter moram contraxerit, an reus, an actor. Quod & Bartolus tam ad hanc legem quàm ad *dist. l. centum*, bene explicauit. Interpretibus difficilem fecit huius legis sententiam, quod Paulus subobscurè, vt solet, sententiam suam proponit iis verbis, *videamus ne ea pecunia* &c. quæ tamen quasi dubitantis sint potius quàm respondentis, plerique ex veteribus sic acceperunt, vt ad propositam initio legis questionem Paulus nil respondeat, sed aliam & nouam quæ

stionem proponat, responsurus ad utramque potestatem sine legis, non animaduertentes fuisse hunc morem respondendi familiariter prudentibus nostris, sed praesertim Paulo, ut eo verbo *videmus* modestè magis quam dubitanter opinionem suam insinuent. Adfirmat igitur Paulus huiusmodi locutione, eam pecuniam quæ ex sententia iudicis potest accedere non deberi à fideiussore, nec esse in eius obligatione, neque obligationem intelligas ius ipsum obligationis, quæ ex contractu nascitur, siue officium iudicis quod obligationi cohereret, contra quam sentiat Cuiacius, qui vult fideiussorem hoc casu teneri non quidem iure obligationis, sed officio tamè iudicis ad omne id ad quod reus ipse eodè iudicis officio ex mora sua teneretur. Quod tamè non iam satis superque refutauimus ad *d. l. centum.*

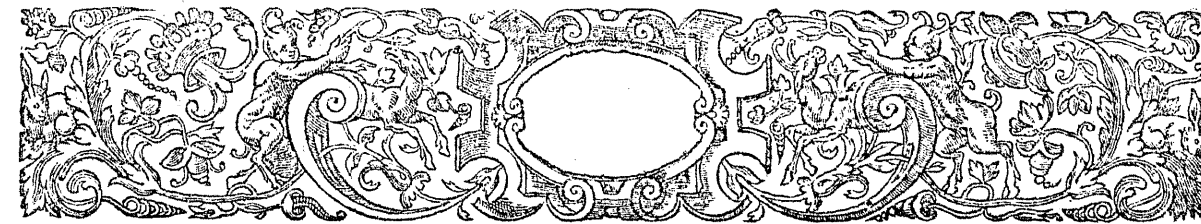
a. Ad eò ut nunc quoque sorte soluta. In hoc versic. probat Paulus duobus argumentis verum esse, quod dixerat eam pecuniam, quæ ex sententia iudicis potest accedere, non deberi nec esse in obligatione: primum argumentum est, quod si nunc quoque id est non modo post moram Rei, ut Accursius interpretatur, sed etiam post acceptum fideiussorem arbitrariæ actionis nomine ters debita solueretur, non dico à fideiussore, sed quod magis est, à Reo ipso, qui moram iam contraxerat, arbitrium iudicis cessaret, id est nihil ex sententia iudicis accederet summæ principali, & officium iudicis tale esse deberet, ut rem ab solueret, multoq; magis fideiussorem si ipse arbitraria actione conueniretur. Nā creditor accipiendo sortē sine protestatione hoc ipso pœnā remisisse videtur, id est quanti sua interfuit alio loco solui, quàm in quo solutionem fieri oportuit. Quod n. ex ea causa præstat, pœna dicitur, quia præstat in pœnam moræ, & ob id quod alio loco solutionem accipere creditor cogatur, quā ubi ipsi solui debuit, adempta vtilitate loci, quæ ex verbis ipsis stipulationis salua creditoris esse debuerat, licet aliàs separari soleat pœna ab eo quod interest. Atqui si quod ex hac causa creditoris intererat in obligatione fuisset tempore accepti fideiussoris, & ante factam solutionem utiq; petitio eius superesset etiam facta sortis totius solutione *l. 4. C. de dep. l. qui per collusionem 4. §. 1. D. de act. emp. l. 1. C. de iudic. At quoniam sublata sortis obligatione principali, nullum potest superesse officium & arbitrium iudicis, tanquam quod sit accessorium ad principalem obligationem, nec sine ea possit subsistere, consequens omnino est, ut neq; accessio vlla deberi possit: Alterum argumentum est, quod si eque post morā debitoris acceptumq; fideiussorem stipulator sortē Capuæ peteret, id est, in loco solutioni destinato, perinde officium arbitri cessaret, nec reus vltra sortem præstare quicquā cogeretur *l. quod si Ephesi 4. sup. Qui tamen non idcirco liberaretur, quominus id quod interesset ratione moræ antea contractæ præstare teneretur, si debitum esset sine obligationis iure sine officio iudicis, quia maneret obligatio, cui officium iudicis posset accedere, d. l. qui per collusionem §. 1. & aliis supra citatis. Obseruandum autem est his duobus argumentis præobari optimè & cōcludentissimè, id quod interesse potest actoris ob moram Rei, qui suo loco non soluit, quiq; ideo per arbitrariā conueniri potuit non solū non deberi à fideiussore nec in obligatione fideiussoris esse, sed neq; a reo ipso deberi, & primum quidem argumentū probat, non deberi à reo iure obligationis, nō tamè probat nō deberi officio iudicis, quia etiam si deberetur, non eo magis tamen peti posset integra sorte soluta *d. l.***

qui per collusionem §. 1. Sed posterius argumentū probat nō magis officio iudicis quàm obligationis iure deberi à Reo, estq; potentius quàm primum ad Pauli sententiā comprobandā. Quis enim aduertat fideiussorē teneri arbitraria actione ex mora Rei, ad id ad quod nec reus ipse aut obligationis iure, aut officio iudicis teneatur? Itaq; quod respondit Paulus eā pecuniā quæ ex sententia & cōdemnatione iudicis propter moram Rei potest accedere, non deberi nec esse in obligatione, malo ad Rei quàm ad fideiussoris personā & obligationē referre, ut sit & sententiā Pauli pro fideiussore probabilior, & ratio quæ ad eā probandā affertur, certior & euidentior. Nec possum intellegere quid Accursius hic nugeretur, ut duo hæc Pauli argumenta subuertat per ratiocinationē à contrario sensu, in qua tamen diluenda valde insudat Bartolus. Sequitur,

b. Nisi si quis dicat, si iude centum & viginti condemnare debuerit Centum scilicet pro sorte & viginti iure eius quod interest, & pœnæ nomine ob non factam suo loco solutionē. Est autē hæc non tā obiectio noua quā respōsio quæ sortē adferri à quibusdā posset cōtra primum argumentū, quod Paulus attulerat, de tota sorte soluta, post cuius solutionē dixerat nullā eius quod propter morā antea interfuisset petitionē superfore. Possit enim quis id negare, & causari, centū quæ soluta essent non tota sortis integræ nomine soluta videri debere, sed potius ex vniuersitate, id est tā ex sorte quā ex pœna pro rata vtriusque. Quo admissio eueniret, ut ex sorte ipsa soluendū aliquid superesset, quod per arbitrariā peti adhuc posset, quatenus sortē excederet id est pecuniā pro sorte solutā: ac proinde nihil prohiberet quominus ad reliquā illā sortis nondum solutæ partē accedere posset pro rata portione ea quoq; pars pœnæ & eius quod interest quæ sorti non solutæ respōderet. Quibus tamè verbis non tā impugnatior superior Pauli sententiā in eo, quod dixerat, id quod interest actoris pecuniā Capuæ solutā esse nec deberi, nec esse in obligatione, quā in eo quod confirmationis gratia subiecerat si centū quæ Capuæ debebantur soluta essent Ephesi nullā eius quod propter morā Reinterfuisset actoris, petitionē superfore. Si quis n. cōtra Paulum pro his sentiret, centum soluta videri debere ex vniuersitate, nec minùs pro pœna quàm pro sorte: is tamen fateretur quatenus pro sorte solutū esset, eatenus preceptā esse eius quod interest petitionē, nec nisi ad ratā sortis nondum solutæ vllā superfuturā, quod satis est, ut appareat. Id ergo quod per arbitrariā deduci potest, in cōdemnationē nondū tamen deberi, nec in obligatione esse ne quid respectu Rei, multo igitur minùs intuitu fideiussoris nec si in omnē causam contractus fideiussoris, nisi in hoc quoq; nominatim & Reus cōdenatus sit, ut cū Ioanne tandē cōcludit Accursius, neq; verò Africanus alio argumento vsus est in *d. l. centum*, ut hoc ipsū probaret, quod Paulus in hac lege: Ait n. parte sortis soluta officium iudicis tale esse debere, ut æstimet duntaxat quanti actoris interest reliquā partē quæ peteretur, Capuæ solutā esse. Sed apud Paulū hoc amplius est, quod ponit totā sortē solutā fuisse, quāuis non minùs possit quis dicere in specie Africani pecuniā quæ pro parte sortis soluta est, ex tota quoq; vniuersitate id est non minùs pro pœna quàm pro sorte solutam videri debere. Sed concludit Paulus, quod & Africanus pro explorato habet, non esse admittendum si quis hoc tentare velit, siue tota fors id est ea quantitas quæ totam sortem posset efficere, siue pars duntaxat eius

etiam pecuniā soluta proponatur. Quod enim solum est imputandum semper est in eam causam, ex qua iam debetur, non in eam ex qua nihil dum debetur *l. 1. 3. 4. & 5. l. cum ex pluribus 97. infr. de solut.* Atqui in proposita specie sola fors debebatur & peti poterat. Id verò quod propter rei moram intererat actoris, nec debebatur, nec proinde peti poterat, quamuis in condemnationem deduci posset arbitrio iudicis, si ante sententiam soluta fors non fuisset. Nihil ergo ex pœna solutū videri potest, sed tantum ex sorte, tanto magis, inquit Paulus, quod creditor accipiendo sortem remisisse pœnam videatur, etiam quæ officio iudicis debita fuisset, quomodo & is remittit vsuras officio iudicis ex mora debitas qui precij solutionē accipit siue protestatus sit, siue nō. Protestatio enim facere quidem potest ne pœnam remittere voluisse videatur, sed non vbi sublata principali obligatione possit petere, id quod nunquam fuit in obligatione, sed tantum officio iudicis debitum, ut non insubtiliter Bart. hic argumentatur, licet nescio quid subiiciat de contractu innominato, & de danda conditione aduersus eum qui solutione precij liberatus est, quod ego facile probare non possum, *d. l. qui per collusionem 4. §. 1. de act. emp. d. l. 4. C. de dep. d. l. 1. C. de iudic.* Neque obstant leges & constitutiones, quibus placuit solutionem simpliciter factam ab eo, qui & sortem & vsuras debeat, cedere prius in vsuras *l. si de iussoribus magistratum 68. §. 1. infr. de fideiuss. l. 1. Cod. de solut.* aut tam in sortem quàm in vsuras pro rata, ut

in *l. ex pluribus 89. §. vlt. infr. eod. ill. tit.* Non enim pertinent ad vsuras omnino indebitas, id est, quæ nec ex stipulatione nec ex pacto debentur, licet officio iudicis debite fuerint *dict. l. 5. §. 1. vers. quod generaliter eod. tit.* Illud sanè constat, fideiussorem, etiam si in omnem causam contractus sponderint, non teneri tamen in pœnam vel multam quam non spondissent *d. l. fideiussores 68. in princip. l. vlt. eod. tit. l. libertus 17. §. vlt. infr. ad municip. licet nec propter iniuriam iudicis l. si sine 12. §. cum autem infr. rat. rem haber.* Sed ea res ad vsuras non pertinet, quia licet non propter lucrum petentium, sed propter moram nō soluentium infligantur *l. cum quidam 17. §. si pupillo infr. de vsur.* debentur tamen aut ex stipulatione aut officio iudicis propter contractum cui fideiussor accessit, & ideo etiam à fideiussore debentur *l. 2. §. pen. & vlt. infr. de admin. rer. ad ciuit. pertin. d. l. quaro 50. infr. locat. & à pœna separantur in l. Lucius 47. infr. de action. emp.* Iustus pœna dicitur in hac lege id quod interest actoris ob moram rei ratione vtilitatis loci. Præstat enim in pœnam non factæ suo loco solutionis, sed tamen quod dicimus fideiussorem ad hanc pœnam non teneri, non ex eo fit, quod ille pœnis rei non sit obnoxius, sed ex eo potius quod, ut diximus, pœnam hanc ante condemnationem nec reus quidem ipse debet. Cætera, quæ de pœnis arbitrariis, iudicialibus, legalibus & conventionalibus tractat hic Accursius, ad huius legis explicationem nil pertinent, & à nobis alio commodiore loco tractabuntur.



DE PECVNIA CONSTITVTA.

TIT. V.

VLPIANVS libro 27. ad Edictum.

¶ Hoc edicto prætor fauet naturali æquitati: qui constituta ex consensu facta custodit: quoniam graue est fidem fallere.

Ad l. Hoc edicto.

RAT. DVV. Etsi nihil tam conueniens est naturali æquitati, quàm pacta seruari, quoniam graue est fidem fallere, ut præfatur hic Vlpianus & in *l. sup. de pact.* ideoque prætor edicto illo *de pact.* publicè edicit se pacta seruaturum, quæ nec contra leges nec contra bonos mores nec aduersus edicta principum facta erunt *l. iuris gentium 7. §. ait prætor eod. tit. de pact.* non tamen ea sic seruat, ut det ex illis actionem aliquam, sed tantum exceptionem, quoties nuda sunt, id est, neque stipulatione, neque traditione, neque coherencia vllius contractus ve-

Tom. III.

stita *d. l. iuris gentium 7. §. sed cum nulla, vers. igitur nuda.* Est enim regula iuris prætorij non minùs quàm ciuilibus. Ex pacto nudo actionem dari non posse *d. l. iuris gentium §. quoniam d. si dominus 8. infr. de præscr. verb. l. legem 10. l. cum proponas 21. C. de pact. l. 3. l. vlt. C. de rer. permur.* Replerentur enim omnia litibus, si prætor ex nudo pacto daret actionem, ut diximus ad *d. l. 1. & d. §. ait prætor l. 7. de pact.* In eamque rem prudentes à prudentibus comparatus fuit vsus stipulationis, ut quisquis serio veller alium obligare, & ex pactione sua sibi actionem querere, stipulationem adhiberet, nec nudo pacto contentus esset *dict. leg. iuris gentium 7. §. quod serui.* Vnde de stipulatio dicta est quasi à stipulo, quod

Z Z 3

veteres pro firmo dicebant, cum inuenta sint stipulationes ad ceteras firmandas conuentiones. que alioqui infirmæ & imbecilles forent ad producendam actionem, vt Iustinianus noster tractat initio *tit. de verb. oblig. iur. l. stipulationes 7. vers. conuentionales, & l. stipulatio ista 38. §. aliteri in fr. eod. ill. tit.* Atqui constitutum, de quo agitur in hoc tit. nihil nisi nudum pactum est, neque traditione vlla, neque coherencia contractus, neque stipulatione corroboratum, alioqui si stipulatio interueniret, non de constituta pecunia daretur actio prætoriam, sed civilis ex stipulatione §. *de constituta Inst. de action.* Ergo ex pacto constitutæ pecuniæ cum sit, nudum non magis quàm ex alio quolibet pacto nudo actionem dare prætor potuit, aut debuit.

DEC. Est quidem illa vna ex regulis iuris prætorij, actionem ex pacto nudo dari non debere, sed tamen pacta quædam excipi ab ea regula prætor voluit, tanquam fauorabiliora cæteris, & propter publicam vtilitatem: quod publicè videretur interesse ex iis prætoriam actionem dari, non minus quàm ex stipulatione civilem. Eiusmodi est pactum nudum hypothecæ, id est, quo conuenitur, vt res aliqua pro debito sit obligata. In eo namque differt pignus ab hypotheca, quod pignus traditione perficitur, ideoque transfert possessionem in creditorem, hypotheca verò consensu nudo contrahitur, nec creditorem facit possessorem *l. si rem alienam 9. §. proprie l. cum & sortis 37. §. 1. in fr. de pignor. act. l. 4. de pignor. vbi quod dicitur hypothecam contrahi per pactum conuentum, nihil aliud est quàm contrahi per pactum nudum: pacta enim nuda pacta conuenta appellantur in l. pacta conuenta 72. in fr. de contr. empt. & alibi passim, quod stent in iuris finibus conuentionis, nec transcant in stipulatione, aliumve contractum, visum autem est prætori hoc pactum fauorabile, non ob id solùm quòd obligatio naturalis quæ ex eo nascitur, sit semper accessoria ad aliam principalem obligationem quæ vel præcesserit, vel subsequatur *l. res hypothecæ 5. in fr. de pignor.* Sed etiam, quia cum plus cautionis sit in re, quàm in persona, vt habet iuris regula, interest contrahentium, vt per pactum nudum bona debitorum obligari possint, non solùm ne tam facile possessionem eorum amittant, quam per pignoris dationem amitterent, sed etiam quia nec semper præsentia sunt bona, de quibus obligandis agitur, vt etiam pignori dari possint, eorumque possessio in creditorem transferri. Proinde adiuvanda fuit bonorum obligandorum necessitas & facilitas, vt qui satisfacere ac fideiussorem dare non possent, quod plerumque difficile est *l. 2. §. penult. supr. de iudic.* hoc saltem modo creditorem facilius inuenirent, idoneè namque cauetur non tantùm fideiussoribus, sed etiam pignoribus datis *l. si mandatu 59. §. vlt. in fr. mandat. l. 4. §. additi de fidei. libert.* Inter pignus autem & hypothecam quod ad vim, & vinculum obligationis, & actionem formulamque hypothecariam attinet, nihil nisi nominis sonus differt *l. 5. §. 1. in fr. de pignor.* Iisdem ferè rationibus pactum quoque constitutæ pecuniæ fauorabilius cæteris, & potentius esse debere visum est: accessorium enim semper est ada-*

liam præcedentem obligationem siue naturalem tantùm, siue etiam civilem, aut honorariam: non enim constituitur, nisi quod iam quomodo debuitur est, vel ab ipso constituyente, vel ab alio §. *debitum & seq. in fr.* vt proinde semper adhibeatur constitutum ad aliam obligationem confirmandam & exequendam, & consequenter ferè, non minus quàm si stipulatio interueniret, quamuis constitutum nunquam per stipulationem fiat, vt diximus, sed semper per pactum nudum, si tamen nudum omnino dici potest, quod alterius si non contractus saltem obligationis coherencia munitum est. Itaque longè maior & insignior perfidia eius est, qui pecuniam quomodo iam debuitur, & à se constitutam recusat soluere, quàm eius qui quod alio quolibet nudo pacto promissit, præstare nolit. Quòd pertinere videtur ratio illa quam ad hoc edictum adfert Vlpianus *quoniam graue est fidem fallere.* Si quis enim id ipsum constituat, quod ipse iam debeat, licet non nisi naturaliter & ex pacto nudo, bis fidem fallit, qui nec agnitam à se bona fide præcedentem obligationem postea velit exsoluere. Si verò id soluturum se constituerit quod alius debebat, non minus insignis perfidia est illius qui denegat eam pecuniam soluere cuius ille se veluti fideiussorem aut saltem intercessorem vltro exhibuerit. Accedit enim proximè constitutor ad fideiussorem, quamuis in plerisque differant, in eo præsertim quòd fideiussor neque sine stipulatione obligatur *dict. l. 5. §. satis acceptio de verb. oblig. l. bixundus 12. C. de fideiuss.* neque pro seipso *l. heres à debitore 21. in fr. eod. ill. tit.* neque absens, neque ita vt aliud pro alio promittat *l. gratè 8. §. illud & seq. eod. tit.* Quæ omnia in constitutore sunt diuersa, vt ex iis quæ ad hunc tit. scribemus, intelligetur. Denique non quæ ratio fecit, ne ex pacto actionem dare prætor velit, ne scilicet alioqui eueniat, vt repleantur omnia litibus, eadem mouere prætorem debuit ne ex constituto actionem polliceretur, nec enim tam facile accessum occurrit, vt quis constituat se soluturum, quod à se aut ab alio iam deberur: cum etiam ita posito iure, vt ex nudo pacto de pecunia constituta datur actio, nulla tamen litigandi materia emergat, nisi probetur iam antea fuisse debitum, quod fuit constitutum. Itaque ratio dandæ huius actionis non ex eo proficiscitur, quod constitutum nudo pacto factum sit, sed quòd pro pecunia iam debita. Pecuniæ autem nomine hic intelligimus non modò pecuniam numeratam, quæ magis propriè ac specialiter pecuniæ appellatione significatur, sed generaliter rem quamlibet, quæ in commercium, & in conuentionem cadat, vt in lege duodecim tabularum *l. verbis legis 120. iunct. l. pecunia 178. de verb. signific. vt Bartolus quoque tractat ad §. an potest in fr. Iunge l. 1. §. meritò vers. hac autem separatio in fin. in fr. de pos.* Actioni constitutæ pecuniæ proxima & similis fuit olim actio recepticia, ex eiusdem prætoris iustificatione inducta, & à Iustiniano tandem in actionem constitutæ pecuniæ transfusa in *l. vltim. Cod. hoc tit.* vbi omnia quæ ad illius actionis naturam pertinebant, plenissimè explicantur. Adde *§. in personam Inst. de action.*

¶ Ait prætor. Qui pecuniam debitam constituit. Qui sic accipiendum est, quæ ueniam & mulieres de constituta tenentur, si non intercesserint.

Ad §.

Ad §. 1. Ait Prætor.

RAT. DV B. Constitutor proximè accedit ad fideiussorem, vt modò scripsimus. Atqui mulieres pro aliis fideiubere prohibentur Senatusconsulto Velleiano *l. 1. & pass. in fr. ill. tit. ad SC. Velleian.* Bene igitur & caute prætor in verbis huius edicti concipiendis de solis masculis locutus est ad exclusionem, vt credibile est, fæminarum, ne contra Senatusconsultum faceret, si eas de pecunia constituta obligari patere iur.

DEC. Senatusconsulto Velleiano non omnes fideiussiones mulierum prohibita sunt, sed tantùm intercessiones. Quid enim si in rem suam fideiussent? Quid si animo decipiendi? His nimirum & a-

2 ¶ De pupillo & si nihil sit expressum edicto: attamen sine tutoris auctoritate constituendo non obligatur.

Ad §. 2. De pupillo.

RAT. DV B. Etiam pupillus sine tutoris auctoritate promittendo stipulanti obligatur naturaliter *l. in fin. in fr. de nouat.* Naturalis enim obligatio ex solæ æquitatis vinculo æstimatur *l. Stichum aut Pamphili 95. §. naturalis in fr. de solut.* quæ scilicet vult generaliter pacta seruari, vt in huius legis initio scriptum est, & in *l. 1. supr. de pact.* Atqui in hoc edicto prætor nihil nisi naturalem æquitatem intuetur, vt Vlpianus in huius edicti commendationem præfatus est. Quidni ergo pupillus etiam sine tutoris auctoritate constituendo obligabitur, vt actione de constituta pecunia teneatur?

DEC. Regula iuris est, non posse pupillum obligari sine tutoris auctoritate, vt ex ea obligatione conueniri possit *l. obligari 9. in fr. de auctor. tutor.* cum illi ætas non intelligat quid agat *l. more 8. l. pupillus 9. in fr. de acquir. hered.* & ea quoque ignoret quæ videt *l. 1. Cod. de fals. monet.* ideoque necessariò regenda est consilio & iudicio tutoris qui ob eam causam domino loco habetur *l. qui fundum 7. §. si tutor in fr. Pro empr.* Atqui pacta quæ contra leges & iuris civilis regulas facta sunt, prætor non tuerur *l. iuris gentium 7. §. ait prætor supr. de pact. l. pacta, que contra 6. Cod. eod.* Ergo neque constituta à pupillo sine tutoris auctoritate facta, tanquam quæ sint contra iuris civilis regulas *l. contra 28. sup. de pact.* Non nego pupillum ob-

3 ¶ Sed si filiusfamilias constituerit: an teneatur, quæritur. sed puto verum, & ipsum constituentem teneri, & patrem de peculio.

Ad §. 3. Sed si filiusfamilias.

RAT. DV B. Filiusfamilias Senatusconsulto Macedoniano pecuniam mutuam accipere prohibetur, & si acceperit, non obligatur efficaciter, cum habeat exceptionem Macedoniani *l. 1. & tot. tit. in fr. de SC. Macedon.* Atqui is qui constituit se soluturum, quod vel à se vel ab alio debetur, parum distat ab eo qui mutuam pecuniam accipit, nam verbis quoque credimus *l. 2. §. vlt. sup. de reb. credit.* nisi quòd durius videtur, obligari filiumfamilias constituendo, quam mutuam pecuniam accipiendo, cum ex pecunia, quam mutuam acceperit, locupletior fiet.

Tom. III.

illis nonnullis casibus cessat Velleianum *dict. l. 1. & 2. l. 3. & 4. & pass. eod. ill. tit.* vbi dicemus. Ergo neque prohibèda fuit mulier constituere dum ne pro alio intercedat: puta si quod ea ipsa debet, soluturam se constituat aut pro alio quidem, sed qui si ipse soluisset, regressum contra eam habiturus esset: quocasu nec dubitari posset, quin planè in rem suam constituisset *l. 3.* Nec nouum est, vt verba legis, aut edicti solam masculinum sexum designent, & nihilominus ad fæmininū quoque extendantur *l. 1. in fr. de verb. signific.* Quod nostrū vulgò sic exprimere solent, vt dicant masculinum concipere fæmininum, non contra: exemplo enim pessimum esset fæminino vocabulo etiam masculos conueniri *l. si ita sit scriptum 45. in prin. de legat. 2. l. qui duos 62. l. Lucius 93. §. 2. quesitum de legat. 3.*

ligari naturaliter *dict. l. 1. in fr. de nouat.* Sed nego obligari eum iure naturali, nec si, quod magis est, pecuniam mutuam sine tutore acceperit *l. antepen. in fr. de oblig. & action.* nego naturalis obligationis quæ ex pupilli promissione oritur, villos esse effectus iure civili, siue ad inducendam exceptionem, siue ad deductionem, aut retentionem, aut compensationem, quamuis secus sit, si ob acceptam pecuniam mutuam se obligauerit naturaliter, neque enim iure civili prohibuitur est pupillo mutuam pecuniam sine tutoris auctoritate accipere. Quippe qui mutuam pecuniam accipiendo possit fieri locupletior, non etiam per stipulationem promittendo. Denique si pupillus contrahendo absque tutoris auctoritate non obligatur ne quidem iure naturali, multo minus honorario iure obligabitur, nisi ponas factum eum locupletiores: quo casu obligatur etiam civiliter post rescriptum Diui Pij *l. 3. in princip. in fr. commod.* Accursius noster, vt solet, ad conciliandos tam multos iuris locos, qui hac de re in speciem pugnant videntur, distinguit pupillum proximum infantia, ab eo qui sit proximus pubertati, vt hic tantùm non etiam ille naturaliter obligetur. Sed nos longè aliter, cum totam quæstionem hanc de naturali obligatione pupilli tractauimus & in libris coniecturam & ad *l. contra 28. sup. de pact. ad l. vlt. de iureiur. & ad l. naturaliter 13. §. vlt. l. quod pupillus 41. sup. de cond. indeb. vbi vide.*

ri possit, non etiam ex sua promissione. Ergo dicendum est filiumfamilias, qui constituerit, non obligari propter prohibitionem Senatusconsulti.

DEC. Ex omnibus causis obligatur filiusfamilias & conueniri potest, præterquam ex mutuo *l. filiusfamilias 39. in fr. de oblig. & action.* nec ad alium vllum contractum prohibitio Macedoniani pertinet, quæ ad mutui dationem: nec rursus ad aliam mutui dationem, quàm quæ fiat per numerationem pecuniæ: sola enim pecuniæ datio parentibus perniciofa & periculosa esse visa est, & ideo et si in creditum abiit filiusfamilias vel ex causa emptionis, vel ex alio contractu, in quo pecunia numerata non sit, constat cessare Senatusconsultum nisi fraus ei facta

Z Z 4

proponatur l. 7. §. is autem solus & §. ult. de sc. Maced. quia quod vulgo dicitur filiofamilias credi non licere, non ad verba referendum est, sed ad numerationem, ut subicitur in l. 4. eod. Atqui constitutum fit nudo consensu quibuscunque verbis, aut literis expresso, nec ullam requirit numerationem. Ergo non prohibetur filiofamilias autoritate senatus-

4 ¶ Eum, qui inutiliter stipulatus est, cum stipulari voluerit, non constitui sibi, dicendum est, de constituta experiri non posse: quoniam non animo constituentis, sed promittentis factum sit.

Ad §. 4. Eum qui.

RAT. DVB. Inutilis acceptilatio habet vim taciti pacti de non petendo l. si vnus 27. §. pen. supr. de pact. l. inutilis 8. l. si acceptio latum 19. infr. de acceptilat. Atqui acceptilatio non fit, nisi per stipulationem l. 1. l. sanè 7. & pass. eod. tit. Ergo stipulatio quantumlibet inutilis habet vim pacti. Cur non igitur & constituitur? quod nudo consensu fit, sicut & aliud pactum nudum quodlibet, ut diximus ad initium huius legis. Nam & vulgare nostrorum brocardicum est, si non valet quod ago, ut ago, valet tamen debere, ut valere potest d. l. si vnus §. pen. d. l. an inutilis & d. l. si acceptolatum l. Lucius Titius cum haberet 27. infr. de posu. l. & post rem 7. §. ult. supr. de transact.

DEC. Constitutum non fit sine animo constituendi, sicut nec stipulatio sine animo stipulandi, nec pactum nudum sine animo paciscendum. Difert autem animus constituendi ab animo stipulandi, non minus quam animus stipulandi ab animo paciscendi l. iuris gentium 7. §. quod ferè sup. de pact. Et in omnibus rebus non tam quid fiat, quam quomodo inspicendum est vulg. l. non omnis 19. & praesed. supr. de rebus credit. Ergo stipulatio inutilis facta a-

5 ¶ An potest aliud constitui, quam quod debetur, quæsitum est? sed cum iam placet, rem pro re solui posse: nihil prohibet, & aliud pro debito constitui. denique si quis centum debens, frumentum eiusdem pretij constituat: puto valere constitutum.

Ad §. 5. An potest.

RAT. DVB. Constitutum habet quodammodo vim solutionis l. idem est 10. infr. Atqui aliud pro alio solui non potest l. 2. §. mutui datio supr. de rebus credit. Ergo nec constitui aliud pro alio.

DEC. Etiam solui aliud pro alio potest dummodo volenti creditori, quamvis inuito non possit d. §. mutui datio l. eum qui 16. & seq. Cod. de solut. Placuit enim tandem prudentibus ob utilitatem commerciorum, ut alia res pro alia non dico oblata, sed soluta pariat liberationem l. si non sortem 26. §. si centum supr. de condit. indeb. l. si ei nuptura 25. infr. de iur. dot. l. sed adde 19. §. si dominus infr. locat. Quidni ergo & constitui aliud pro alio poterit volenti scilicet creditori, cum non fiat constitutum nisi ex consensu, ut scriptum est initio huius legis. Quare valde probo, quod aduersus Accursium & Ioannem Bartolus disputat, etiam factum pro facto, & factum pro da-

6 ¶ Debitum autem ex quacunque causa potest constitui: id est, ex quocumque

consulti, quominus obligetur ex constituto, & quidem in solidum. Porro quo casu ipse obligatur in solidum, patrem quoque suum obligat de peculio l. si quis cum filiofamilias 4. 4. infr. de pecul. Verissimum igitur est, quod Vlpianus hic ait, se putare verum, si filiofamilias constituerit, & ipsum constituentem teneri, & patrem de peculio.

nimo stipulandi puta inter absentes, ut Accursius explicat, non potest valere iure constituti. Nec simile est quod de inutili acceptilatione diximus. Acceptilatio enim fit ad liberationem inducendam, constitutum verò ad obligationem, proniores autem esse debemus ad liberandum vulg. l. Arianus 41. infr. de oblig. & action. iunct. l. 1. §. si quis ita de verbor. obligat. d. l. & post rem 7. §. ult. supr. de transact. Itaque non habet hic locum vulgare illud brocardicum quod diximus, ut nec aliis plerisque casibus l. 1. infr. de iur. co. dicill. Et ut bene Accursius notat, facilius paratur exceptio quam actio, l. 1. infr. de pignor. l. 3. §. is autem infr. de superfic. l. inuius 26. §. 1. de regul. iur. An verò animus stipulandi fuerit an conitruendi, etiam solent esse difficilis probationis, quæ in animo constituti non omnes §. 5. §. à barbaris infr. de re milit. facile tamen dignosci potest non tantum ex tractatu præcedente, & ex verbis quæ præcesserunt, ut tractat Accursius ex l. heredes palam 21. §. sed est notam infr. Qui testam. facer. poss. l. si seruus plurimum 50. §. ult. delegat. 1. sed maxime ex verborum qualitate, verba enim stipulationis sunt solemnia non etiam verba constituti, nisi quod vix fit constitutum sine verbo constituendi, ut ex omnibus ferè huius Tituli legibus apparet si excipias casum l. 5. §. Iulianus infr.

no constitui posse volenti creditori l. in stipulationibus 54. §. operarum infr. de verborum obligationibus, licet inuito creditore, nec factum pro facto nec factum pro dato solui possit l. qui res 98. §. mihi decem infr. de solut. Satisfactum enim accipimus quomodo voluit creditor licet non sit solutum l. si rem 9. §. omnia pecunia infr. de pignor. act. & cum satisfactio omnis pro solutione sit l. satisfactio 52. de solut. semper prodest debitori satisfecisse, licet nihil ei profit velle satisfactio l. item liberatur 6. §. 1. infr. quib. mod. pign. vel hypoth. solut. Ergo non est necesse, ut debitum sit, id quod constituitur, si modo propter debitum fiat constitutum, ut Accursius bene notat ex hoc §. & ex l. qui autem 14. §. 1. infr. Proinde si quis centum debens, frumentum eiusdem precij constituat, valet constitutum, quamvis eiusmodi fideiussio non valeret l. si ita fideiussorem 42. infr. de fideiuss. Constitutum enim pro solutione est l. idem est 10. infr. non etiam datio fideiussoris.

tumque contractu: siue certi, siue incerti: & si ex causa emptionis quis pretium debeat, vel ex causa dotis, vel ex causa tutelæ, vel ex quocumque alio contractu.

Ad §. 6. Debitum autem.

RAT. DVB. Quod debetur ex quocunque contractu siue certi, siue incerti, puta quo factum contineatur, ut in l. vbi autem 75. §. qui id quod infr. de verb. oblig. peti potest per civilem, ut plurimum, actionem, quod autem ex constituto debetur non nisi per honorariam §. de constituta Instic. de action. Frustra autem est, si quis actioni civili velit adicere honorariam l. 1. supr. de Public. in rem act. Sunt enim civiles tantò digniores honorariis, quanto dignius est ius civile iure honorario, neque tamen prætor quicquam facit frustra l. 2. §. ult. infr. vi bonor. raptor. Non est igitur permittendum, ut quod ex contractu debetur civili, adeòque ex quasi contractu, puta ex causa tutelæ l. 5. §. tutela infr. de oblig. & action. possit constitui, ut debeatur iure prætorio.

DEC. Constitui potest non tantum quod ab ipso constituyente debetur, sed etiam quod ab alio l. enim qui §. 5. quod exigimus infr. Quod cum accidit, cuiusdã constituti utilitas est, per quod fit, ut veteri debitori nouus debitor adiciatur: nemo enim nascitur creditoris interesse plures acquirere sibi debitores, cum verò quis constituit illud ipsum, quod iam de-

7 ¶ Debitum autem vel natura sufficit.

Ad §. 7. Debitum autem vel natura sufficit.

RAT. DVB. Illud demum debitum potest constitui, quod exigi potest, adeò ut si quid sit quod debeat etiam civiliter, nec tamen exigi possit propter aliquam exceptionem debitori competentem, id constitui vtiliter non possit l. quod si marianus 3. §. 1. infr. vbi ratio redditur quia iuribus debita non est pecunia qua constituta est. Ut intelligamus ad hoc ut constitutum valeat non sufficere, ut aliquo iure debeat pecunia quæ constituitur, sed requiri, ut iuribus omnibus debita sit, id est, & naturali iure & honorario & civili. Multo igitur minus sufficere debet, ut natura debitum sit quod constituitur: est enim civile debitum longè potentius, quam naturale, eum id quod debetur civiliter tantum, possit peti per actionem, non etiam id quod debetur tantum naturaliter, debitum autem magis proprie illud sit, quod peti potest l. naturales 10. infr. de oblig. & action. l. fideiussor 16. §. naturales de fideiuss. Debitum autem naturaliter tantum, vsque adeò non debetur, ut etiam indebitum dicatur in l. 5. §. Imperator de solut. aut saltem dicitur debitum improprie ac per abusivum, ut scribit Iulianus in dict. §. naturales l. 16. de fideiuss. Nam nec alius verè debitor dicitur quam à quo inuito exigi pecunia potest l. debitor 108. de verb. signif.

DEC. In natura debet, quem iure gentium dare oportet cuius fidem secuti sumus l. cum amplius 185. §. is natura debet de regul. iur. ac proinde à quo inuito exigi possit pecunia, si quæ naturali aut gentium iure prodite essent actiones, nec enim vlla exceptione summoueri possent. Sed cum sint actiones omnes comparatæ iure civili, & quidem aduersas per-

bet, quamvis nouus debitor nullus acquiratur creditori, acquiratur tamen ei noua actio, quæ potest habere utilitatem, non solum si naturaliter tantum fuit debitum, quod constitutum est, nec peti potuit, sed etiam si civiliter ex contractu, vel quasi contractu, fortè, si facilius sit probatio constituti, quam prioris contractus, qui tamen & ipse probatur satis per constitutum quippe quod fieri non potest sine confessione debiti præcedentis, quæ confessio implet probationem, ut in l. Publica 26. §. 1. infr. de posu. Quamquam vix est meo iudicio, ut quis cõstituat se debere quod ille ipse iam debeat civiliter, nisi constituat purè quod in diem tantum debebat vel sub conditione, aut constituat in diem ceteriorem quod debebat in vltiorem. Valent enim huiusmodi constituta, & propter has potissimum pecunias, quæ nondum possunt peti sunt inducæ, ut scriptum est in l. 3. §. vltim. & l. seq. infr. Ceterum quod hic dicitur posse constitui pecuniam, quæ debeat etiam ex contractu incerti, sic intelligendum videtur, ut si ab alio debeat, certum id fieri necesse sit viuo debitore priusquam ex constituto peti possit, arg. l. qui Romæ 122. §. Agerius de verb. obligat. Habet enim conditionem tacitam, si appareat & probetur debitum esse.

fidios tantum homines vtriusque iuris & naturalis & gentium violatores, ut Theophilus scribit initio tit. de action. non debet esse melior eius condicio, qui naturaliter tantum debet ob id, quod sit perfidus, nec deterior creditoris ob id quod fidem debitoris secutus sit, seque & naturali & gentium iure satis tutum putauerit: proinde si debitor bonam fidem agnoscat, & constituat se soluturum, quod naturaliter tantum debuit, quidni ex constituto rectè obligabitur; cum ob has potissimum pecunias quæ debentur, nec tamen peti possunt, constituta inducæ sint, ut incipiant posse peti, quemadmodum diximus ad §. præced. ex l. 3. §. vlt. & l. 4. infr. Cumque constituta inducta sint ex bona fide & æquitate, ut initio huius legis scriptum est, mirari nemo debet, facilius admitti constitutum pecuniæ naturaliter tantum debite, quam eius quæ civiliter tantum debeat nam quod civiliter tantum debetur, quamuis peti possit, exigi tamen ideo non potest, quia petitio per aliquam exceptionem summoueri potest. Exceptiones autem omnes cum si ex iure prætorio, naturali æquitate nituntur, atque ita petitionem iniquam esse demonstrant. Ac proinde secum pugnaret prætor, qui præcipuus æquitatis custos & magister est, si quod non nisi iniquè debetur, constitui vtiliter pateretur. Effetque hoc contra mentem & propositum edicti, cui è contrario conuenit, ut eius pecuniæ, quæ naturaliter tantum debita est, constitutum prætor tueatur: denique nullius iuris naturalis aut gentium rigor est, cui æquitas vlla opponatur, quod in iure civili diuersum est, in quo passim æquitas iuri opponitur l. Cod. de legibus l. placuit 8. Cod. de iudic. l. prospexit 9. infr. qui & à quib. manum. l. 2. §. item Varus in fin. de aqua &

aquaplum. arceud. Sic & fideiussor accedere naturali tantum obligationi potest l. 1. l. 6. l. fideiussor 16. §. si-

deiusfor infr. de fideiuss. Itemque hypotheca l. 5. infr. de pignor.

8 ¶ Sed & is, qui honoraria actione, non iure civili obligatus est, constituendo tenetur. videtur enim debitum, & quod iure honorario debetur. ideo & pater & dominus de peculio obstricti, si constituerint, tenebuntur vsque ad eam quantitatem, quæ tunc fuit in peculio, cum constituebatur. ceterum, si plus suo nomine constituit, non tenebitur in id, quod plus est.

Ad §. 8. Sed & is.

RAT. DV. B. Quod honoraria tantum non etiam civili actione debetur, non debetur iuribus omnibus, quamuis debeat etiam iure naturali. Est enim ius triplex, naturale, gentium, & civile l. 1. §. huius studij & pass. supra de iustit. & iur. & Instit. tit. de iur. natur. gent. & civil. Ergo constitui non potest, si bona est ratiocinatio eiusdem Vlpiani nostri in l. 3. §. 1. infr.

DEC. AD quod iure honorario debetur, magis debetur, quam id quod naturali iure tantum, quia peti potest per actionem honorariam, quæ non minus efficax est ad exigendum quam sit actio civilis, si modò talis actio sit quæ nulla iusta exceptione repelli possit. Nam & aduersus actiones honorarias quædam exceptiones competunt l. pen. & vlt. supra de public. in rem action. Quod cum accidit, non est existimandum posse pecunias illas constitui, quæ iure honorario ita debentur, quia nec debita dici verè possunt, cum effectum exigi non possint sicut nec quæ per actionem civilem debentur, cui aliqua exceptio obici ex æquitate possit. Itaque locus hic necessariò intelligendus est de ea pecunia, quæ per actionem honorariam sic debeat, ut nulla exceptio metuetida sit actori, ut quod honorario iure debetur etiam iure naturali, & gentium debeat, quamuis non etiam iure civili. Quod enim dicimus, omnibus iuribus debitam esse oportere pecuniam, ut constitui possit, d. l. 3. §. 1. infr. tum verum est, cum incipimus à iure civili, regrediendum enim est vsque ad ius naturale, ut appareat etiam iure naturali eam deberi. Sed cum incipimus à iure naturali, non est necesse, ut aliis quoque iuribus, prætorio scilicet, ac civili pecunia debeat debitum enim esse vel natura sufficit, ut scriptum est in §. præcedente. Quòd si incipiamus à iure prætorio quod medium quodammodo est inter ius naturale, aut gentium [sunt enim ista hac parte synonyma, ut in §. singularum Instit. de rer. diuis.] & civile non est progrediendum ad ius civile, sed regrediendum ad naturale, ut si etiam iure naturali debeat constitui possit, quamuis iure civili non sit debitum, non item si iure quoque civili debeat, non autem iure naturali. Exemplum actionis honorariæ pro qua fieri constitutum possit, adfert Vlpianus in actione de peculio qua tenetur dominus ex contractu serui, pater autem ex contractu filii familias. Sunt enim actiones omnes de peculio honorariæ l. 1. infr. de pecul. & Titulis sequentibus. Nec ex contractibus filii familias aut serui tenentur pater aut dominus civiliter, sed tantum iure prætorio. Quid? An tenentur etiam iure naturali? Non videtur, cum ignorat obligetur ex contractibus aliorum in quibus non interuenerunt. Sed tamen contra est, quia naturalis obligatio illa est quæ solo naturalis æquitatis vinculo sustinetur l. Strichum aut

Pamphilum 95. §. naturalis infr. de solut. Naturalis autem æquitas facit, ut qui cum filio familias, vel seruo contraxit, eius peculium intuitus tanquam proprium ipsius patrimoniū, quod à patre vel domino habet, hoc ipso habeat obligatum patrem vel dominum ad finem vsque peculij, de quo sic contrahendi facultatem eis dederunt, ne alio qui decipiatur qui cum filio familias vel cum seruo contraxit, quòd nullam cum seruo actionem habiturus sit l. cum seruo 107. de reg. iur. cum filio autem familias non nisi in eam quædiu pater viuit, eo verò mortuo non nisi in quatum facere poterit l. si dubitet 10. §. filius familias infr. de fideiuss. l. 1. & pass. infr. de pecul. l. 1. quando de pecul. act. annal. est. vbi dicemus. Denique actiones omnes iuris honorarij, cum æquitate summantantur, adnexum semper habent vinculum æquitatis naturalis, quam tamen sufficeret non repugnare, ut constitui possit quod iure prætorio deberetur. Repugnat autem eo tantum casu, quo actio prætoria summouerit aliqua exceptione possit, quomodo & in actione civili contingit d. l. 3. §. 1. infr. Maior enim æquitas tanquam fortior vincit semper minorem tanquam debiliorem l. si seruum 61. §. quod verò infr. de iur. nec æquitas illa constituit ius naturale potest, quæ à maiore alia æquitate vincitur. Porrò cum pater vel dominus actione de peculio obstricti constituerint suo nomine, non ad aliam quantitatem tenentur ex constituto possunt, quam quæ tum fuit in peculio cum constituebatur, quia nec aliud ab eis debitum videri potest, cum tēpus constituti, & promissionis factæ inspicendum sit l. si pater filia 44. §. quæ debitorem infr. de iur. dot. Ad eòd ut etiam si expressè plus suo nomine constituerit pater vel dominus, quam tum fuerit in peculio, non teneantur tamen in id quod plus est, quia quod plus est, fuit omnino indebitum & naturali iure & prætorio, quamuis placeat tenere actionem de peculio, etiam si nihil sit in peculio eo tempore quo agitur, si modò aliquid sit tempore rei iudicatæ l. quæ situm 30. in pr. infr. de pecul. Non enim eo magis tenere potest constitutum si constituti tempore nihil debeat, quia non potest eius validitas in suspensio esse, neque ex alio quam ex præfenti debito vires accipere. Sed hoc ita si suo nomine constituerint, ut diximus. Nā ut ex Iuliano subiicitur in l. seq. si filij nomine constituerit pater se soluturum decem quæ filius debebat, cum non sint in peculio nisi quinque, in decem de constituta pecunia tenebitur, quia non sicut pater ita & filius ipse qui contraxit, de peculio duntaxat tenetur, sed in solidum l. si quis cum filiofam. 44. infr. de pecul. In domino qui pro seruo constituit, paullo maior dubitatio est, cum seruus ipse proprie nihil debere possit nec civili iure nec prætorio, quippe cum serui non minus incogniti sint iure prætorio quam civili l. qui testamento 20. §. seruus infr. qui testam. facer. poss. l. quod attinet 32. de reg. iur. Vnde est quod cum seruo nulla actio esse potest d. l. cum seruo 107. d. l. seruus 6. C. de iud. Sed facilis responsio est, seruos licet neque

neque civili neque prætorio iure aut obligari aut conueniri possint, obligari tamen naturaliter, sicut nec naturali iure differunt à cæteris hominibus d. l. quod attinet. Estimatur enim obligatio naturalis ex æquitate naturali, ut iā diximus, & ex facto cuius capaces sunt, serui non minus quàm liberi l. nec seruus 41. infr. de pecul. l. qui heredi 44. de cond. & demonstr. l. naturaliter 12. in princ. supra de cond. indeb. Natura autem debitum esse sufficit, ut constitui possit, quomodo scriptum est in §. præcedente. Aliud exemplum actionis prætoriarum pro qua fieri constitutum possit, adfert Accursius de eo qui deferente aduersario iuravit si-

bi deberi id, quod tamen debitum esse non aliunde appareat. Ex hoc enim iurcurando actionem dat prætor reniissa quæstione, an debeat, dummodò iuratum sit deberi l. non erit 5. §. 1. & pass. supra de iurcur. Ergo si quis constituat se id soluturum, quod iuratum est deberi, perinde obligabitur & de constituta pecunia conuenietur, ac si & naturaliter & civiliter deberetur. Nam & naturaliter hoc deberi ex eo apparet, quod iurandum non modò rei iudicatæ sed etiam pacti & transactionis vim obtinet l. 2. l. 107. cor 35. §. 1. cod. ill. tit.

2. IULIANVS libro 11. Digestorum.

Quòd si filij nomine constituerit se decem soluturum, quamuis in peculio quinque fuerint, de constituta in decem tenebitur.

Ad l. 2. Quòd si filij.

RAT. DV. B. Non tenetur pater de peculio nisi ex contractu filij, nec rursus ex contractu filij nisi quatenus in peculio est, ut scriptum Vlp. in §. vlt. legis præcedentis. Ergo etiam si constituerit nomine filij se soluturum plus quam in peculio sit, teneri in plus non potest. DEC. Etiam quod ab alio debetur constitui potest l. cum quis §. quod exigimus infr. Imò interdum etiam si nullus appareat qui interim debeat l. hactenus 11. infr. Atqui filius peculium habens, si contraxerit obligatur in solidum, hoc est etiam supra quam sit in peculio l. si quis cum filio familias infr. de pecul. Ergo & filij nomine constituere pater potest supra quantitatem peculij, neque confundenda ista sunt, quasi nihil intersit an pater suo, an filij nomine constituit. Est enim tum quoque cum pater actione de peculio conuenitur, ex contractu filij tenetur, non tamen nomine filij tenetur, sed suo, solus enim pater de peculio tenetur, non filius ipse qui contraxit. Et aliud longè est, ex contractu filij con-

ueniri, aliud verò nomine filij, nomine si quidem filij id demum constituitur, quod filius ipse debet, non quod pater ex sua persona quamuis ex contractu filij. Idem iuris est si dominus constituerit nomine serui plus quam sit in peculio. Et si enim non sicut filius familias ita & seruus conueniri suo nomine potest l. cum seruo 107. de reg. iur. l. seruus 6. C. de iud. æquè tamen verum est seruum qui contraxit debere solidum naturaliter, atque filius solidum debet & civili iure & prætorio: quod sufficit, ut quod seruus debet, perinde constitui possit atque quod filius l. prox. §. debitum 1. sup. & §. vlt. vbi dixi. Non placet autem mihi, ut neque Bartolo, quod Accursius legis huius rationem illam adfert, quòd pater constituendo nomine filij solidum, remittere exceptionem videatur, ne supra quam in peculio est teneatur arg. l. 4. §. pen. & vlt. supra si quis caution. nullam enim exceptionem habet pater nomine filij quia nec filij nomine de peculio aut in solidum conueniri potest, sed suo proprio de peculio, in solidum autem nullo modo, nisi postquam constituit se filij nomine soluturum, quantum filius debet.

3. VLPIANVS libro 27. ad Edictum.

Quòd si maritus plus constituit ex dote, quam facere poterat: quia debitum constituit: in solidum quidem tenetur: sed mulieri in quantum facere potest, condemnatur.

Ad l. 3. Quòd si maritus.

RAT. DV. B. Non tenetur maritus iudicio de dote supra quam facere possit l. maritum 12. cum seqq. infr. solut. mar. Est enim ex numero earum personarum quibus reuerentia debetur l. sunt qui 16. & seqq. infr. de re iudic. l. in condemnatione 173. in princ. de reg. iur. Ergo si constituat ex dote plus quam facere possit, non obligabitur ex constituto. Tanquam indebitum sit omne id quod ab eo promissum est, supra quam facere possit, propter exceptionem quam habet quod sufficit ad impediendum constitutum §. prox. infr. præsertim cum exceptio sit fauorabilis arg. l. qui exceptionem 40. sup. de cond. indeb. DEC. Quòd maritus non tenetur iudicio de dote vltra quam facere possit, non illam rationem habet, quasi maritus nihil amplius debeat [solidum enim debet] sed propter privilegium quod ei dandum esse placuit ob reue-

rentiam quæ ipsi debetur §. sunt præterea & seq. Instit. de action. Itaque non est ista exceptio ex numero earum quæ efficiunt indebitum iure prætorio, id quod est debitum iure civili, de quibus in §. prox. infr. quia non respicit iustitiam & æquitatem aut iniustitiam causæ sed privilegium personæ. Argumento est, quod heredi mariti non idem conceditur privilegium quominus in solidum condemnatur, quia personale est, & cum persona extinguitur d. l. maritum & seqq. Alia enim sunt privilegia causæ alia personæ l. ex pluribus 42. infr. de admin. tutor l. vnic. C. de privileg. dot. Potest ergo maritus constituere dotem solidam, quia & solidam debet, id quod est quod Vlpianus hic scribit quia debitum constituit.

a Sed mulieri in quantum facere potest condemnatur. RAT. DV. B. Potest quilibet fauori ac privilegio suo renunciare l. si iudex 41. supra de minor. l. pen. Cod. de pact. Ergo maritus qui suo tutus privilegio ne supra quam facere potest condemnari debeat, si solidam

constituat, sicuti tenetur in solidum, ita & in solidum condemnari debet, quali privilegium suum vterò remiserit, vt Accursius noster scribit in specie *l. precedentis arg. l. 4. §. pen. & vltim. supra si quis caution. l. si quis delegauerit 1. infr. de nouat.* Nam et si solidam dotem soluisset, non repeteret *l. quod mariti §. & seq. supr. de condit. indeb.* Constitutum autem solutionis loco est, & constituens loco soluentis *l. idem est 10. infr.*

DEC. Nec ea quidem exceptio remissa videri potest, quæ ex debito facit indebitum, impeditque constitutum: quanto minus ea quæ potest stare cum constituto? nec ea rursus quæ posset opponi post sententiam & condemnationem, cum non possit is qui constituit, deterioris esse conditionis, quam si iam esset condemnatus. Prior propositio probatur ex eo exemplo quod subiicitur in §. *prox.* cum quis id constituit quod debebat iure ciuilitantum, non etiam prætorio propter exceptionem. Nec enim constituendo remittit exceptionem sibi competentem quam si remitteret, hoc ipso dicendum esset valere constitutum eius pecuniæ, quæ exinde iam deberi cœpisset etiam iure prætorio. Quid ergo est? Tale nimirum constituitur debitum, quale est. id est, cum pristinis omnibus suis qualitatibus, nec enim nouatio fit per constitutum, vt per delegationem de qua in *dict. l. si quis delegauerit, l. id quod 19. infr.* Ac proinde si qua erat exceptio ante constitutum quæ ex debito iure ciuili faceret indebitum iure prætorio, ea non solum remissa non intelligi-

1 ¶ Si quis autem constituerit, quod iure ciuili debebat, iure prætorio non debebat, id est, per exceptionem: an constituendo teneatur, quæritur. & est verum, vt & Pomponius scribit, eum non teneri: quia debita iuribus non est pecunia, quæ constituta est.

Ad §. 1. Si quis autem.

RAT. DVV. Eadem est quæ ad vesiculum proximè præcedentem, quod is qui constituit debitum aduersus petitionem, cuius aliqua exceptione tutus erat, eam exceptionem remississe videatur *argum. l. si quis delegauerit 12. infr. de nouat. l. 4. §. penult. & vltim. supra si quis caution.* Sed decidendi ratio eadem quoque est quam attulimus, quod constituitur debitum quale est & cum omnibus suis qualitatibus, nec per constitutum fieri potest debitum, quod ipsius constituti tempore fuit indebitum. Debitam enim pecuniam esse oportet, nec tantum iure ciuili, sed etiam iure prætorio aut saltem naturali eo tempore quo fit constitutum, vt valeat *l. 1. §. debitum & §. vltim. supr.* Atqui non debetur pecunia quæ propter aliquam exceptionem iure prætorio exigi non potest, nihil enim refert an quid ipso iure non debeatur, an verò debeatur quidem ipso iure, sed per exceptionem aliquam summoueri actor possit *l. nihil interest 112. de regulis iuris l. creditores 10. l. debitor 108. de verb. signific.* Ergo eiusmodi debitum, cum verè & effectu ipso rationibus æquitatis sit indebitum, constitui nullomodo potest. Quia, inquit, Vlpianus debita iuribus non est pecunia quæ constituta est. Cuius tamen rationis quis sensus sit explicauimus ad §. *vltim. l. 1. supra* neque hinc

repetendum est. Planè si quis prudens & sciens constituat eam pecuniam contra cuius petitionem sciat se tutum esse exceptione naturalem æquitatem habentem, non eo magis quidem constitutum valebit ad producendam actionem constitutæ pecuniæ, sed exceptio tamen remissa intelligetur, vt prior actio remaneat valida vt *Barr. docet ad l. 11. §. 1. infr.* Bene autè Vlpianus sic loquitur *iure prætorio non debeat, id est, per exceptionem*, vt intelligamus de ea demum exceptione intelligi hoc debere quæ à prætorio ipso introducta sit ex æquitate naturali, quales sunt exceptiones pacti iuristurandi, non numeratæ pecuniæ, & doli, quas hic in exemplum adfert Accursius ex *l. Stichum 95. §. naturalis infr. de solut. l. vlt. supr. de iure iur. l. in contractibus 14. Cod. de non numer. pecun. l. 2. §. circa infr. de doli mali except.* Ad exclusionem earum exceptionum quæ ex iure ciuili competunt, & quæ licet à prætore ipso dentur, tanquam qui sit custos & minister iuris ciuilis, sunt tamen ciuiles magis quam prætorie, qualis est exceptio Macedoniana, quam constat non tam ex æquitate vlla naturali inductam esse, ac fauore excipientis, quam ex rigore iuris ciuilis, & odio creditoris *l. qui exceptionem 30. supra de condit. indeb. l. sed si paterfamilias 9. §. penult. infr. de Senatusconsulto Macedoniano.* Ideoque non impedit exceptio hæc, quominus filiusfamilias qui mutuam pecuniam contra Senatusconsultum accepit, obligetur naturaliter. Vnde est quod

est quod nec repetit si soluat *d. l. sed si §. vlt. & l. seq. & d. l. qui exceptionem.* Proinde neque exceptio hæc impedit constitutum, ad quod scilicet sufficit debitum esse naturaliter id quod constituitur *d. l. 1. §. debitum supr.* In summa sic videtur hoc temperandum, vt exceptiones fauorabiles & æquitate naturali suffultæ quæ solui repetitionem inducerent, eadem impediunt constitutum, quod solo æquitate naturali vinculo subnixum esse Prætor voluit: Alioquin dicendum esset dandam quidem creditori actionem constitutæ pecuniæ, sed adiuvandum constitutem eadem exceptione, quam habiturus fuerat, si ante constitutum actione illa ciuili, qua tenebatur, conuentus fuisset, quod tamen absurdum esset, quia Prætor aut ab initio non patitur constitutum valere, aut aduersus constitutum quod valuit, nullam dat exceptionem constituantem. Addit Accursius exceptionem, nisi constitutum per errorem facti & ignorantiam à filiofamilias factum proponatur ex *leg. vlt. infr. de SC. Maced. & rectè.* Quamuis enim lex illa non de constituto loquatur, sed de promissione per stipulationem facta & quidem animo nouandi, attamen æquè ad constitutum trahi potest, cum error facti consensum in pediat *l. sed hoc ita 20. infr. de aqua & aqua pluui. arcend. leg. 2. supr. de iudic. leg. si per errorem 15. de iurisid. leg. nihil consensui 116. §. vlt. de regul. iur.* Prætor autem

non alia constituta quam quæ ex consensu facta sunt taceatur *leg. 1. in princip. supr.* Quid ergo si quis vltro constituat id quod sciat se nullo iure debere? Accursius post Bulgaram & Hugolinum putat eum teneri ex constituto, quæsi donasse videatur, ex regula *l. cuius per errorem 53. de reg. iur. l. si quis delegauerit 12. infr. de nouat.* Ergo tamen contra puto, nec enim donatio fieri olim poterat per pactum nudum ante Iustiniani constitutionem in *l. si quis argentum 35. §. vlt. C. de donat. int. vir. & vxor.* quorum neutrum interuenit in constituto. Quod si alius est animus constituentis, alius verò promittentis *leg. 1. §. eum qui supr.* quanto magis verum est, alium esse animum constituentis, alium verò donantis? Denique constitutum quod non valet quomodo vim donationis habere potest? Atqui constitutum non valet, nisi debitum aliquod præcedat, altem naturale *dict. leg. 1. §. debitum.* Ergo nec iure donationis valere potest. Planè si constituens postea soluerit tanquam debitor ex constituto, cum sciret constitutum non valere. Tum verò rectè dicemus factam videri donationem, non per constitutum, sed per solutionem, nec proinde repetitioni locum fore, ex regula *dict. leg. cuius per errorem.* Iunge quæ dicam ad *leg. hætenus 11. §. 1. infr.*

2 ¶ Si is, qui & iure ciuili, & prætorio debebat: in diem sit obligatus, an constituendo teneatur? & Labeo ait teneri constitutum. quam sententiam & Pedius probat, & adiicit Labeo, vel propter has potissimum pecunias, quæ nondum peti possunt constituta inducunt. quam sententiam non inuitus probarim, habet enim utilitatem, vt ex die obligatus, constituendo se eadem die soluturum, teneatur.

Ad §. vlt. Si is qui.

RAT. DVV. Quod in diem certum debetur, licet iam debeatur, quia dies cessit, non magis tamen peti potest, quam si nondum deberetur, quoniam dies nondum venit *leg. cedere diem 218. de verb. signific. leg. stipulatio ista 38. §. inter incertam leg. qui hoc anno 42. leg. liber homo 118. §. decem hodie infr. de verb. oblig. leg. quod certa 70. de solut.* ma. & que ageret cedet, & tempore plus peteret, ideoque causa cederet si ante diem ageret *leg. vnic. in fin. supr. quando dies vsufr. legat. ced.* Ergo neque constitui vtiliter potest, sicut neque compensari interim potest *leg. quod in diem 7. leg. cum militi 16. §. 1. infr. de compensat.* DEC. Vt constitutum valeat, sufficit debitum esse iure naturali, vel prætorio id quod constituitur, licet peti non possit *d. leg. 1. §. debitum supr.* Atqui quod in diem debetur, tam verè debitum est, quam si dies iam venisset, licet peti nondum possit, ideoque nec si ante diem solutum sit, repeti tamen potest *leg. in diem debitor 10. supr. de condit. indeb.* nec tamen interim compensari potest, quia compensatio petitionis vim obtinet *leg. amplius non peti 15. infr. rat. rem. haber.* Constitutum verò non petitionis vim habet, sed solutionis *leg. idem est 10. infr. hoc titulo.* Ergo quemadmodum quod in diem debetur, solui ante diem potest, quia totum medium tempus liberum promissori ad soluendum esse intelligitur *dict. §. inter & dict. leg. quod certa leg. qui res 98. §. mihi dare eod. titulo.* Ita & con-

stitui. Et verò propter has potissimam pecunias, quæ nondum peti possunt, inducuntur fuisse constituta Labeo dicebat, propter publicam utilitatem, ad quam maxime pertinet, & ad libertatem commerciorum, vt facilius obligatio & contrahi possit, & contracta probari, vt scripsimus ad *leg. 1. §. debitum autem & ad seq. supr.* Constituta verò facilius sunt quam stipulationes, cum neque solemnitatem verborum exigant, neque presentiam eius, cui constituitur, sed per epistolam & per nunciatum fieri possint *leg. qui autem 14. §. vlt. infr.*

a Vt ex die obligatus. RAT. DVV. Qui bisidem promittit ipso iure amplius quam semel non tenetur *leg. qui bis 18. infr. de verb. oblig.* nisi prior obligatio, & ex ea competens actio talis fuerit, quæ potuerit elidi per exceptionem *leg. si dari 25. cod. tit.* Ergo inutile est constitutum quo quis iam ex die obligatus constituit, eodem die se soluturum. Quid enim utilitatis & commodi addit hoc constitutum ad præcedentem obligationem? Quod si non sunt frustra multiplicanda entia, vt aiunt Philosophi, cur patiar multiplicari sine causa, obligationes & actiones, quæ sunt odiosæ, nec nisi litium & discordiarum materiam præbent? *l. in nave Sausseij 31. infr. Locat.* DEC. Plures eiusdem generis & conditionis obligationes vnus eiusdemque rei non admittuntur nec plures actiones, vt puta plures stipulationes, plura constituta, pluresque actiones aut ex stipulatione aut ex constituto. At nihil absurdi est ex

varie causis, & diuersis contrahibus idem debetur leg. non vt ex pluribus 159. de regul. iur. Diuersitas enim illa causarum & actionum facit vt in altera necesse sit plus esse commodi vel incommodi, quam in altera, nec parua utilitas actoris est vt electio em habeat, qua potius actione velit agere leg. quod in herede 9. §. eligere in fr. de tribut. action. leg. cum filius 76. §. variis de leg. 2. leg. 1. in princip. in fr. quod legat. §. ceteris Instit. quod cum eo qui in alien. potest. est. In proposito au. em constituti utilitas semper aliqua est, in eo maxime, quod cum cetera actiones se e omnes patiantur suas exceptiones, praeterum ve d actio ex stipulatione leg. 2. §. circa in fr. de doli mali except. dict. leg. si dari 25. de verb. obligat. actio tamen ex constituto semper efficax est, nullamque timet exceptionem, nisi forte in specie leg. id quod 19. §. 1. in fr. quia, vt in praecedentibus saepe diximus, constituta omnia pendent ex tanta aequitate naturali, vt nulla maior aequitas ea possit infringere, potiusque dicendum sit ab initio ea non valere, si quae aequitatis ratione impugnentur, vt docuimus ad §. proxim. praeced. nihil ergo vetit eum qui iam ex die obligatus est, constituere eodem ipso die se soluturum. Est enim nullum hic representationis commodum est, alia tamen esse naturam, inter quaer sufficit commodum esse electionis, verius tamen dici potest, aliquam semper utilitatem esse constituti in eo, quod constituens non ad hoc tenetur, vt faciat id quod prima actione in stipulatione ipso tenebatur, sed vt praeter quanti interest actoris quia non fecerit leg. qui autem 14. §. sed & si quis in fr. Quod autem Vlpianus hic loquitur de eo qui iure civili & praetorio debebat, noli cum Accursio sic intelligere, quasi de separatis obligationum causis loquatur, quarum vna sit civilis, altera vero naturalis ex pacto, puta vel ex iure iurando, vt actioni civili iungatur praetoria, vel e contra ius praetoriae iungatur

4. PAVLVS libro 29. ad Edictum.

Sed & si citiore die constituat se soluturum, similiter tenetur.

Ad l. Sed & si 4.

RAT. DVV. Debitum quod constituitur, tale constitui intelligitur, quale est, id est cum omnibus pristinis suis qualitatibus, vt diximus ad initium huius legis ex leg. id quod 19. in fr. Ergo quod debetur in diem vltiorem, non potest constitui in citiorem, praeterum cum obligatio constituta pecuniae accessoria sit ad principalem, quam imitari & subsequi debet. Regula enim vtriusque iuris & civilis & pontificij est, accessorium sequi debere naturam sui principalis. Et vero qui exceptione aliqua tutus est, constituere non potest se soluturum, quod propter exceptionem videtur indebitum §. 1. l. prox. in fr. qui autem debitor est, in diem habet exceptionem si ante diem conueniatur l. vnic. in fin. sup. quando dies vsus legat. ced. DEC. Quod in diem longiorem debetur, etiam ante diem solui potest, vt diximus ad §. vlt. legis praecedentis. Ergo & constitui, quia constitutum loco solutionis cedit l. idem est 10. in fr. nec eo minus valere debet, quod in diem citiorem constituta sit pecunia: imò tanto magis, quod hoc casu constitutum habet commodum representationis, quod non habet in specie d. §. vlt. in fr. prox. Exemplo eius quod in legato rei de-

tur civilis, vt in exemplo quod affertur si quis prius praetorio iure tenebatur, creditori suo legauerit id, quod debebat, quemadmodum in l. si creditor 28. in princip. de legat. 1. cum namque & in l. §. praetorio iure debere Vlpianus in. elligit quoniam civilis sic debitor est, vt nec iure praetori possit negare se debitorem, cuiusmodi est quisquis actione aliqua civili tenetur, quam nulla exceptione praetoria possit summouere. Finge obligatum eum ex stipulatione facta ob istam causam, aut ex contracta emptio-nis, alioue isto contractu sine civili, sine iuris gentium, sed à iure civili approbato l. iuris gentium 7. in princip. sup. de pact. Vtique obligatus idem est etiam iure praetorio, atque iure naturali. Praetorio quidem, quia Praetoris est actiones dare etiam quae civili iure competunt, cumque dat, eas sine exceptione approbat, naturali vero, quia cum aet omnes illae nascantur ex obligationibus, obligationes autem omnes ex consensu aliquo praecedente l. in omnibus rebus 55. l. in omnibus negotiis 57. in fr. de oblig. & action. l. 1. §. conuentionis sup. de pact. (licet non omnes consensu solo perficiantur §. vlt. Instit. de oblig.) aut saltem ex aliqua aequitate naturali, non egent alio modo per quem contrahi soleat naturalis obligatio, cum nihil veter eandem obligationem & civilem & naturalem esse diuersis respectibus, de quo genere obligationum, id est quae & civiles sunt & naturales simul, non agitur vel naturalis tantum, vel civiles tantum, accipi debet quod scriptum est in l. naturales 10. de oblig. & action. & in leg. fideiussor 16. §. naturales de fideiuss. Et ita locum hunc intelligi debet e constat ex §. praecedente, vbi opponitur is, qui iure civili debet, non praetorio propter exceptionem, cui de quo in hoc §. qui & civili & praetorio iure obligatus est, id est, vt explicauimus, qui ita iure civili obligatus est, vt nullam ex praetorio sperare possit exceptionem.

bitae obtinet, vt si representationis commodum aliquod habeat, valeat l. si creditori 28. & seq. de legat. 1. h. debitor 82. de legat. 2. Quamquam in eo distat hac parte legatum à constituto, quod non aliter valet, quam si habeat commodum aliquod representationis, constitutum autem nihilominus valet propter alias utilitates quas habet d. §. vlt. sup. nec impediri constitutum ex eo potest quod qui in diem debet habeat exceptionem si conueniatur ante diem. Est enim exceptio illa temporalis non perpetua, qualis tamen esse deberet ad impediendum constitutum, sicut & ad inducendam conditionem indebiti l. si is qui 24. l. si non sortem 26. §. indebitum l. qui exceptionem 40. sup. de condit. indebit. leg. creditores 10. leg. creditor 55. de verb. signific. Sed cum possit quis constituere non tantum quod ipse, sed etiam quod alius debet, dubitatio maior est, an constitutum valeat, si quis constituerit se soluturum in diem citiorem, quod alius debet in vltiorem: Accursius putat valere, quasi haec vna sit ex differentis, quae sunt inter constitutorem & fideiussorem, quem constat non posse in plus obligari, quam obligatus sit reus principalis, nec in duriorum & grauiorem causam §. item si ille Instit. de fideiussor. Ergo vero admitto quidem per multas esse inter constitutorem, & fidei-

iusorem differentias, quarum nonnullas attulimus ad l. 1. in princip. sup. sed non tamen possum hanc admittere, quia non in fideiussore tantum ita ius est, vt in plus obligari non possit, nec in duriorum causam, sed commune illud est in vniuersis qui pro aliis obligantur, vt scriptum est in leg. graecè 8. §. illud commune in fr. de fideiuss. quomodo illud etiam, vt qui pro aliis intercedunt, ac proinde etiam constitutores habeant beneficium diuisionis & discussionis, l. 1. c. hoc tit. Nouell. 4. de fideiuss. Negari autem non potest, quin is qui constituit se soluturum quod alius debet, se obliget pro alio, tanquam accessio & intercessor: vnde est, quod nec ita constituere mulieres possunt d. l. 1. §. 1. in fr. quia intercedere Senatores consulto prohibentur. Illud certe indubitatum est, quod addit Accursius, si quis constituat pure vel

in diem id quod siue ipse siue alius sub conditione debeat, valere quidem constitutum, sed tamen eandem conditione suspendi, vt non prius teneatur quam condicio extiterit, multoque minus conueniri prius possit debitor, d. l. id quod 19. in fr. quia nec debetur adhuc intelligitur quod sub conditione debetur l. cadere diem 213. de verb. signific. Propter quam causam videbatur posse dici nec valere huiusmodi constitutum, quasi nullo adhuc debito subsistente ex regula l. 1. §. debitum 1. sup. sed benignius visum est valere, quia sufficit spem debiti subsistere, vt constitutum quoque validitas sperari possit, quomodo dicimus puram stipulationem nouari posse per conditionalem, sed ita vt non prius fiat nouatio quam posterioris stipulationis condicio extiterit leg. si Stichum 8. §. 1. leg. quoties 14. in fr. de nouat.

§. VI. PIANVS libro 27. ad Edictum.

EVm, qui Ephesi promisit se soluturum, si constituat alio loco se soluturum, teneri constat.

Ad l. Eum qui Ephesi §.

RAT. DVV. Non potest constitui nisi quod debetur l. 1. §. debitum autem sup. At qui quod certo loco debetur omnino alio loco indebitum est, vt ex eo apparet quod alibi solui iuribus stipulatore non potest l. pen. sup. tit. prox. l. qui certo loco 27. sup. de condit. indebit. nec quod etiam alio loco per arbitrium peti possit l. 1. 2. & pass. eod. ad rem facit. Fieri enim id vi & potestate act omnis arbitrariae & aeternatae loci utilitate, quae potest non aliunde cauere aeternata, quam vtrapparet id quod certo illo loco debitum fuit, nullo alio debitum fuisse. Ergo quod Ephesi tantum debetur, non potest debitor constituere e alio loco soluturum. DEC. Etiam id quod certo loco debetur,

alio quocumque loco solui potest volente creditore, adeoque inuito eo, si solutio offeratur antequam perueniri possit ad locum solutioni destinatum l. dicitur 137. §. cum ita iunct. l. eum qui Calendis 41. §. 1. in fr. de verb. oblig. & l. qui Roma 12. in princip. eod. l. 2. §. qui ita stipulatur sup. tit. prox. At qui constitutum solutionis loco cedit, vt saepius supra diximus ex l. idem est 10. in fr. hoc tit. nec fit nisi volenti. Ea namque demum constituta custodit Praetor quae ex consensu facta sunt l. 1. in princip. sup. Ergo nihil vetat debitorem, id quod Ephesi debeatur constituere se alio loco soluturum, nec eo minus tamen etiam alio loco conueniri poterit, si actor velit, neque id per arbitriam actionem, vt male putat Accursius, sed exemplo arbitrariae actionis, vt loquitur Vlpianus l. si duo 16. §. 1. in fr. vbi dicimus,

Iulianus, legatum Romae constituentem, quod in prouincia acceperat, putat conueniri debere. quod & verum est, sed & si cum non Romae esset, sed in prouincia adhuc, constituit se Romae soluturum, denegatur in eum actio de constituta.

Ad §. 1. Iulianus.

RAT. DVV. Quoties quis in legatione constituit, quod ante legationem debuerit, non cogitur ibi iudicium pati vbi constituit l. si quis in legatione 8. sup. de iudic. Praeulet enim causa constituta pecuniae, & origo, vt scriptum est in l. qui id quod 33. in fr. de donat. Habet autem privilegium legatus de omni eo quod ante legationem contraxit, etiam si Romae contraxerit l. 2. §. omnes de iudic. Secus est si contraxerit Romae cum iam esset ibi legatus leg. cum furiosus 39. §. 1. eod. Ergo si legatus Romae constituat id quod in prouincia acceperat, non tamen debet conueniri Romae, sed privilegium ei suum seruandum est, quod habet reuocandi domum. DEC. Multum interest an legatus Romae constituat se soluturum Romae eam pecuniam, quam in prouincia mutuum accepit, licet ante legationem, an vero constituat simpliciter eam se soluturum. Priore casu potest & debet legatus conueniri Romae, vbi & constitutum factum & solutum destinata fuit ipso iam tempore legationis. Posteriore vero casu habet legatus privilegium reuocandi domum, quia legatus constituendo simpliciter Romae non ideo credendus est, constituere se soluturum Romae, sed potius in

loco sui domicilij, nisi si tum primum Romae contraxerit. Est autem hic locus de priore casu intelligendus necessarius. Alioquin eorum sententiam sequeretur qui putant addita negatione hic legendum conueniri non debere. Plurè in sequentibus lego aduersarij sed si non ampliativè sed uti. Vide quae de huius §. lectione & sententia scripta ad dict. l. si quis legationis & ad dict. leg. cum furiosus §. 1. & in error. 7. de cad. 90. contra interpretes nostros & Cuiacium ipsum lib. 21. Observat. cap. 17.

a Sed si cum non Romae esset. **RAT. DVV.** Legatus qui in legatione iam constitutus Romae contraxit, nullum habet privilegium reuocandi domum dict. leg. cum furiosus 39. §. 1. sup. de iudic. sed de eo tantum quod contraxit antequam esset in legatione dict. leg. 2. §. omnes eod. At qui contraxit vnusquisque intelligitur in eo loco in quo, vt solueret, se obligauit leg. 3. in fr. de reb. auctor. iudic. passid. l. contraxit. §. 21. de oblig. & action. Ergo si legatus cum non Romae esset, sed adhuc in prouincia, constituerit se Romae soluturum, non est deneganda in eum actio de constituta pecunia. DEC. Fictio illa iuris, quae facit, vt contraxisse quis videatur, etiam in eo loco in quo, vt solueret, se obligauit, non tollit veritatem, nec facit vt eo minus verum sit contra-

xiffe quem in eo quoque loco in quo vera contraxit. Præsertim verò cum in loco domicilij sui contraxit, in quo utique & conueniri potest, & defendere se debet. *l. heres absens 19. §. vlt. sup. de iudic. l. 1. & 2. de reb. aucthor. iudic. possid.* Ergo si quis, cum nondum Romæ esset, sed adhuc in prouincia, constituit se Romæ soluturum, priuilegium suo adiudicatus est, ne possit Romæ conueniri de constituta pecunia, etiã iam ipso legationis tēpore contraxerit, cum in prouincia nō Romæ cōtraxerit. Multo magis idem dicendū erit, si ponas constitutū fuisse pecuniā ante legationem: quod & Vlpiani verba satis aperte vi-

2 ¶ Quod exigimus, vt sit debitum, quod constituitur: in rem exactum est non utique, vt is, cui constituitur, creditor sit. nam & quod ego debeo, tu constitutendo teneberis: & quod tibi debetur, si mihi constituitur, debetur.

Ad §. 2. Quod exigimus.

RAT. DVB. In debitum cōsiderari debet etiã ex parte constituentis, sicut & cum de indebiti conditione queritur, indebitū consideratur etiã ex parte soluentis. *l. si pœna 19. §. 1. sup. de condiçt. indeb.* Ergo quod exigimus vt debita sit pecunia quæ constituitur sic intelligi debet, vt debita sit ab eo ipso qui constituit, non ab alio. DEC. Verba huius edicti quæ de pecunia debita & cōstituta loquuntur in rē concepta sunt non in personā. *l. 1. §. 1. sup. nec aliud exigunt nisi vt debita sit pecunia, non adhibita distinctione à quo sit debita.* Ergo nec nos distinguere debemus vulg. *l. de precio 8. sup. de Public. in rem act.* nec sanè publica cōmerciorum vtilitas minùs exigit, vt constitui possit quod ab alio, quàm cōstituente debetur, quàm quod ab ipso constituyente, nec minùs fidem frangit qui pecuniā ab alio debitā constituit, nec soluit, quàm qui debitam à seipso: Ergo ad eum quoq; edicti æquitas & vtilitas pertinet. Illud duntaxat obseruandum est, ne quis constituat pecuniam ab alio debitā, quasi à se debitam. Tunc enim constitutum non valet, vt bene hīc docet Bartolus, quasi deficiente consensu propter errorem. *l. 2. sup. de iudic. l. sed hoc ita 22. de aqua & aqua plu. arcend.* Cum non alia cōstituta Prætor hoc edicto tueatur, quàm quæ ex consensu facta sunt. *l. 1. in princip. sup.* sed & illud notatu dignū est constituentē pro alio cum sit intercessor, habere beneficiū diuisionis quod fideiusforibus datum est per epistolā diui Hadriani, eadem scilicet vrgēte æquitatis ratione. *l. vlt. C. hoc tit.* Ergo

3 ¶ Iulianus quoque libro vndecimo scribit: Titius epistolam ad me talem emisit: *Scripti secundum mandatum Seij, si quid tibi debitum adprobatum fuerit, me tibi cauturum, & soluturum sine controuersia.* tenetur Titius de constituta pecunia.

Ad §. 3. Iulianus quoque.

RAT. DVB. Omne constitutum præsupponit debitam esse pecuniam, quæ constituitur. *leg. 1. §. debitum sup.* nec potest conferri in tempus futurum quo pecunia debetur si nondum debeatur, nisi expressè differatur in id tempus quo erit debita, vt non prius incipiat obligatio accessoria, quàm principalis. *leg. id quod 10. infr.* Atqui in propo- sita specie videtur constitutor obligari prius-

dētur præ se ferre, & quæ postrema Accursij interpretatio est. Nam etsi Romæ ante legationem legatus cōtraxisset, priuilegiū tamen haberet. *l. nō distinguemus 32. §. item si quis sup. de recept. qui arbit. recep.* Ergo & cum nō Romæ cōtraxit, sed in prouincia constituit se Romæ soluturum, conueniri tamen Romæ non potest, non quia Romæ contraxisse non videatur, sed quia priuilegium habet propter legationem scilicet cum ante legationem contraxit. Alioqui pugnaret hæc sententia cum principio huius §. In eoque malè Accursius à Bartolo esset reprehensus.

& beneficium discussionis ex Nouell. 4. de fideiuss. vt diximus ad *l. prox. sup.*

a Et quod tibi debetur. RAT. DVB. Nemo potest stipulatio id quod mihi debetur, auferre mihi actionem nisi ex voluntate mea id faciat. *l. si Stichum 8. in fin. infr. de nouat.* Ergo nec si quis cōstituat mihi quod tibi debetur, facere ideo potest, vt mihi deberi incipiat, non tibi. DEC. Constitutum eius pecuniæ quæ alij debetur, quàm ipsi constituenti non liberat debitore quominus priori suo creditori teneatur, quia nec habet constitutum vim nouationis, quomodo habet stipulatio, si nouandi animo interposita sit. Atquin is qui constituit se soluturum vni, quod alij debetur, ita debet constituisse, vt soluendo se liberet, quoties constitutum valet. Dicendum est igitur non aliter constitutum hoc valere posse, quàm si fiat ex voluntate veri creditoris, quia nec aliter stipulatio valeret ad liberandum debitorem: quamuis stipulatio non minoris potestatis esse debeat, quàm constitutum. *§. de constituta Instit. de action.* Ne scilicet aliter posito iure accidat vt alterius facti creditor inuito actio adimatur, quod iuris ratio ferre non potest. *d. leg. si Stichum in fin. l. Granus 71. §. pen. de fideiuss.* quamuis in potestate sit cuiuslibet soluentis pro me inuito, vt me inuito quoque liberet. *l. soluendo 39. sup. de negot. gest. l. solutione 23. infr. de solut.* Favorabilior nimirum est liberatio quæ nec debitori nec creditori facit iniuriam, quàm sit ea quæ inuito creditori suam adimeret actionem. Et ita bene Accursius & Bartolus locum hunc intellexerunt.

quàm principalis obligatus sit, cum promittat se cauturum & soluturum, quod à Seio debitarum esse apparebit, verum enim est quod iactari solet, non entium & non apparentium idem esse iudicium. *§. si aduersus Instit. de nupt. leg. duo sunt Titij 30. infr. de testamenti iur. rel.* Ergo non potest is, qui talem epistolam scripsit, qualis hīc est Vlpiano & Iuliano proponitur, conueniri de constituta pecunia. Maxime verò, cum non tam constituisse videat,

videatur quàm promississe se constituturum. Quid enim aliud significat verba illa epistolæ *scripti me cauturum & soluturum* nisi illud ipsum, quod significat: si scriptum esset *scripti me constituturum, & postquam constituerim me soluturum.* Alioqui nullū in tota hac epistola conueniendi verbum est, aut quod pro constituto possis accipere, sine quo tamen saltē per æquipollens expresso vix est, vt constitutū fieri possit, quemadmodum colligi potest ex omnibus ferè constituti exemplis quæ in hoc Tit. proponuntur. Atquin aliud est, si quis constituat, aliud verò si pacto nudo promittat se constituturum, sicuti solemus dicere venditionē & locationē licet fiat nudo consensu, vt & cōstitutum, differre multum à pacto de vendendo & locando, vt tractat Bartolus ad *l. vlt. sup. de condiçt. caus. dat.* neque prouisi Prætor datum factio nem de constituta pecunia ex pacto constitutum debetur, sed ex pacto quo fuerit constituta. *l. 1. in princip. & §. 1. sup. de ac.* Aliud est iam subesse debitum, aliud verò iam probatum esse. Potest enim fieri, vt iam subit, necdum tamen probatū sit: quod cum euenit, secutus postea probationibus, non ad probationum tēpus referendum est debitū sed probationes ad tempus debiti. *l. in lege Aquilia 40. sup. ad leg. Aquil.* nec enim probationes veritatē faciunt, sed eam, quæ est, probant, mihi ergo veter constituti debitum etiã de quo non apparet, si modò iam contractum sit, sicut & illud potest cōstitui, cuius debitor nullus adhuc apparet. *l. haerens 11. infr.* Sed nec quomodo prohibet constitutum debitum, quomodo & fideiusfor & pignus accedere potest etiam futuræ obligationi, quamuis ex obligationes æquē

accessoriae sint. *l. 4. l. 6. §. vlt. infr. de fideiuss. l. 5. de pignor.* Eodem enim iure censetur constitutor: es quo fideiussores, cum omnes sint intercessores, nisi in iis de quibus aliter iure cautum & expressum est. Ceterum quamuis aliud sit constituit, aliud verò velle constituit. Cum tamen constitutum est, aut quod pro constituto possis accipere, sine quo tamen saltē per æquipollens expresso vix est, vt constitutū fieri possit, quemadmodum colligi potest ex omnibus ferè constituti exemplis quæ in hoc Tit. proponuntur. Atquin aliud est, si quis constituat, aliud verò si pacto nudo promittat se constituturum, sicuti solemus dicere venditionē & locationē licet fiat nudo consensu, vt & cōstitutum, differre multum à pacto de vendendo & locando, vt tractat Bartolus ad *l. vlt. sup. de condiçt. caus. dat.* neque prouisi Prætor datum factio nem de constituta pecunia ex pacto constitutum debetur, sed ex pacto quo fuerit constituta. *l. 1. in princip. & §. 1. sup. de ac.* Aliud est iam subesse debitum, aliud verò iam probatum esse. Potest enim fieri, vt iam subit, necdum tamen probatū sit: quod cum euenit, secutus postea probationibus, non ad probationum tēpus referendum est debitū sed probationes ad tempus debiti. *l. in lege Aquilia 40. sup. ad leg. Aquil.* nec enim probationes veritatē faciunt, sed eam, quæ est, probant, mihi ergo veter constituti debitum etiã de quo non apparet, si modò iam contractum sit, sicut & illud potest cōstitui, cuius debitor nullus adhuc apparet. *l. haerens 11. infr.* Sed nec quomodo prohibet constitutum debitum, quomodo & fideiusfor & pignus accedere potest etiam futuræ obligationi, quamuis ex obligationes æquē

4 ¶ Sed si quis constituerit, alium pro se soluturum, non se pro alio, non tenetur. & ita Pomponius libro octauo scribit.

Ad §. 4. Sed si quis constituerit.

RAT. DVB. Qui constituit alij pro se soluturum, hoc ipso agnoscit se debitorem, nec enim pro alio soluitur, quod pro non debitore soluitur. Ergo licet alium obligare non possit, quæ pro se cōstituit soluturum, seipsum tamē obligat, quasi etiã ipse constitutur pro se videatur, cum id facere ipse possit, nuquāq; voluntas eius in hanc rem sufficiat. DEC. Promittere de se quisq; nō de alio debet siue ex constituto, siue ex stipulatione aut quo alio modo se obligare velit. *l. stipulatio ista 18. in princip. de verb. oblig. §. si quis alium Instit. de inutil. stipulat.* neq; enim ferendum est, vt ex alieno facto & cōtracta quisquā obligetur siue inuitus siue ignorans, (nisi iure potestatis vel successione, vt Accursius hīc excipit) multo minùs vt ex alieno contractu actio queratur. *l. quæcūque 11. infr. de oblig. & action. iur. l. non debet 71. l. melior 132. de regul. iur.* Ergo constituti verba debent cōcipi in personam ipsius constituentis, & eius cui constituitur, vt bene hīc notat Accursius. Parè si ponas me constituisse pro me & Titio non consentiente, certū est non

valere constitutū, quod ad Titij personam attinet, quod ad me autē valere, ita vt obliger nō pro dimidia duntaxat parte, sed in solidum, vt idè Accursius subiicit. Vult enim obligare me quod facere potui in solidū, Titij autē æquē obligare quidē volui, sed nō potui, nec in solidū, nec pro parte. In eoque differt hic casus à superiore, in quo is qui pro se alij soluitur constituit, nec obligatur ipse, quia noluit obligari, nec alij obligat, quia nō potuit, vt & in specie *l. multum interest 8. C. si quis alter vel sibi. l. quoties 9. infr. de hered. inst.* Sed quid si nulla persona demonstrata constitutū impersonaliter conceptū sit? Quid itē si per hæc verba *satisfiet tibi à me aut à Titio* vt in specie quæ Accursius proponit, aut etiã hoc modo *satisfiet tibi à me & à Titio?* Acquē dicendū erit, aut, casu se cūdo Titium nullomodo fore obligatū, me verò fore in solidum, sed posteriore casu, non patitur Iulianus obligari me nisi pro mea parte. *Nouell. 115. vt cum de appellat. cognosc. §. vlt.* vbi addit, nec pro mea parte me teneri, si impersonaliter constitutum ita factum proponatur *satisfiet tibi.* Et ita ad tres illas questiones respondendum est.

5 ¶ Item, si mihi constituas te soluturum, teneberis. Quod si mihi constitueris, Sempronio te soluturum, non teneberis.

Ad §. 5. Item si mihi.

RAT. DVB. Cum mihi constituis te Sempronio soluturum, non ideo constituis Sempronio sed mihi. Adicitur enim Sempronius ad solutionem non ad Tom. III.

obligationem, quod longè diuersum est, *l. si duo 128. in fin. de verb. oblig. iunct. Leni qui 56. §. qui sibi cod. l. Stichum aut Pamphilum 95. §. questum de solut.* Atqui si mihi constituas te soluturum, indubitatè mihi teneris ex constituto, vt scriptū est initio huius §. Ergo & cum

mihî constituit te Sempronio soluturum, quæ mihi teneri debes, licet Sempronio nō tenearis. DE C. Quæ admodum stipulatio quælibet vel in dando vel in faciendo constituit, ita & omne constitutum est de soluendo. Quisquis enim constituit, nihil aliud constituit quàm se soluturum. Ergo ei ipsi cui constituitur, non alij: nec enim per liberam acquiri alij potest obligatio constituiti, ut nec alia quælibet. *l. solutum 1. §. per liberam inf. de pignor. act. l. fundus ille 64. de contr. empt. l. quæcumque 11. de oblig. & actio. l. stipulatio ista 38. §. alteri de verb. oblig. l. multum interest 6. in fin. C. si quis alter, vel sibi, nisi. ùn libera illa persona ministerium nudum præstat ut in leg. & licet 15. inf. hoc tit. l. quod meo 18. inf. de acquir. poss. Præterea est, ut obligatio constituiti in persona mea consistat, quàm ut Sem-*

6 ¶ Iulianus libro vndecimo digestorum scribit, procuratori constitui posse. quod Pomponius ita interpretatur, ut ipsi procuratori constituas te soluturum, non domino.

Ad §. 6. Iulianus libro vndecimo.

RAT. DVV. Procuratoris persona licet sit libera, nudum tamen ministerium ei præstare intelligitur cuius procurator est. *l. licet 15. inf. hoc tit. l. quod meo 18. inf. de acquir. poss. Ergo potest quis etiam procuratori alterius ita constituere, ut constituat se non ipsi procuratori, sed domino soluturum. DE C. Per liberam procuratoris personam nihil acquiri nobis potest, excepta sola possessionis causa, quam vtilitatis gratia excipi debere visum est. *l. 1. C. per quas person. nob. acquir. l. solutum 11. §. pen. & vlt. inf. de pignor. act. Atqui ex constituto nascitur actio in fauorem eius cui constituitur. *l. 1. sup. Ergo non potest ita constitui procuratori, ut qui constituit, promittat se soluturum domino. Quid igitur? Constituere debet se soluturum procuratori. Sic fiet ut obligatio constituiti acquiratur procuratori, procurator autem ea***

7 ¶ Itē tutori pupilli constitui potest, & actori municipi, & curatori furiosi.

Ad §. 7. Item tutori.

RAT. DVV. Per liberam personam alteri quæri actio nulla potest, ut diximus in præcedentibus. Atqui persona tutoris, & actoris municipi, & curatoris furiosi libera est. Nec enim seruus aut tutor esse potest aut actor municipi aut curator furiosi. *l. 1. inf. qui testam. tutor. dar. poss. Ergo non magis tutori pupilli, vel actori municipi, vel curatori furiosi, quàm procuratori constitui potest. Quid enim aliud hi omnes sunt quàm veluti quidam procuratores? Vnde & procuratori tutor hac parte comparatur. *l. solutum 11. §. per liberam inf. de pignor. act. DE C. Tutor pupilli & curator furiosi in eo plus iuris habent quàm procurator, quod vice & loco domino sunt, cum rem pupilli vel furiosi tractant. *l. si quis in puteum 11. §. an ignoscitur inf. quod vi aut clam. l. qui fundum 7. §. si tutor inf. pro emptor. Id quæ nō ex voluntate hominis sed ex potestate legis. Ideo que quod constituitur tutori pupilli vel curatori furiosi, non alij quàm ipsi pupillo vel furioso constitutum esse intelligitur, adeo ut nec vlla cessione oportet ad actionem constitutæ pecuniæ in pupillum vel furiosum transferendam, quia nec tutori ipsi, vel curatori furiosi aliqua actio sine directæ sine vtilis ex eiusmodi constituto competit, præsertim cum constitutum solutionis loco cedat. *l. idem est 10. inf. nemo autem du-****

pronius, quem constat obligationis gratia adfici non potuisse, solutionis tamen causa vtiliter adiectus videri possit, cum solutio quælibet supponat præcedentem obligationem. Itaque sic concipi debuit constitutum, ut constitueres te mihi aut Sempronio soluturum: quo casu acquireretur mihi obligatio constituiti, Sempronio autem facultas accipiendæ solutionis. *l. si verò 8. inf. Verba enim constituiti referri debent ad eum cui fit non ad alium, ut bene hic notat Bartolus, nisi, inquit, alius illic fingatur idem ratione potestatis vel legitimæ administrationis, ut excipiantur procurator, tutor pupilli, actor municipi, curator furiosi, seruus is qui bona fide seruit, & filius familiaris, de quibus agit in §. & legibus sequentibus.*

cedere postmodum domino cogatur actione mandati. *l. est possessio 49. §. vlt. inf. de acquir. poss. Is tamen qui constituit potest constituere non per procuratorem, sed per nunciū, quia hoc casu nudum ministerium duntaxat præstat videtur. *l. licet 15. inf. cum nihil interest an quis per se, an per alium se obliget: quod enim quis per alium facit, per se ipsum facere videtur, ut est in regula iuris pontificij. *l. ita autem 5. §. quod si quis tutelam inf. de admin. tutor. Denique facilius est ut per alium quis obligetur, quàm ut alteri per alterum actio acquiratur, & facilius quoque, ut per nunciū quis aut obligetur, aut sibi obliget quàm ut per procuratorem. *l. qui autem 14. §. vlt. vbi dicimus inf. Plandē si forte procuratori præsentis constitutum sic dabimus actionem vtilem constitutæ pecuniæ etiam domino sine vlla cessione, exemplo eius quod de procuratoris stipulatione scriptum est in *l. si procuratori 79. de verb. oblig.*****

bitet quin & tutori pupilli & curatori furiosi solui possit. Quinimodō si ex pecunia pupilli vel furiosi obligatio & causa constitutæ pecuniæ proficisceretur, & constitutum ipsi tutori pupilli vel curatori furiosi factum proponeretur, nulla quoque pupilli vel furiosi facta mentione, dicendū esset etiā pupillo ipsi vel furioso acquiri vtilem actionem constitutæ pecuniæ. *l. 2. inf. quædam ex fact. tutor. l. 2. & 4. C. eod. nam quod dicitur quasi pro iuris regula, per tutorem non quæri actionem pupillo. *l. vlt. eod. tunc locū habet cum tutor proprio nomine contraxit, nō quasi tutor. Quo tamen casu regula exceptionē patitur, adeoq; diuersas exceptiones, quod significat. *l. vlt. iis verbis nisi certis ex causis inter quas præcipua illa est, quam diximus, si tutor proprio suo nomine, ex re tamē & pecunia pupilli ad suā non ad pupilli vtilitatem contraxerit. Idemq; in furiosi curatore iuris est, quia hic quoque ius habet in personam pupilli ex lege duodecim tabularum. *l. 1. inf. de curat. furios. quod in curatore minoris diuersum est, datur enim ille rebus minoris principaliter, nullomodo personæ. Quæ ratio est eius, quod scribitur in leg. pueres 101. de verber. oblig. Tutor verò & curator furiosi personæ principaliter, bonis autem non nisi per consequentiam dicit. leg. 1. de curat. furios. leg. quoties 12. §. cum tutor de administ. tutor. Et idcirco de curatore furiosi tantum Vlpianus hęc loquitur, non etiam de cu-****

de curatore minoris. Quamuis in specie *§. si actori inf. ea dem constituat* ratio adolescentis quæ furiosi, cum scilicet constitutum est solui adolescenti ipsi, non item curatori. Non enim quod adolescenti debetur, etiam curatori eius deberi intelligitur, ut vel constitui vel solui curatori possit sine minore, tametsi cum minori soluitur, curatorē adhiberi, cuiusque auctoritatem interuenire oporteat. *l. act. prator 7. §. sed etsi ei sup. de minor. & tit. C. si tut. vel curat. interuen. At quod pupillo vel furioso debetur etiam tutori, aut curatori constitui potest, quia & tutori & curatori debitum intelligitur. Et quemadmodum ex curatoris stipulatione non potest adolescenti quæri actio, ita neque ex constituto quod factum sit curatori, nisi constitutum sit solui ipsi adolescenti ut in *d. §. si actori. Quod verò ad a-**

8 ¶ Sed & ipsi constituentes tenebuntur.

Ad §. 8. Sed & ipsi.

RAT. DVV. Secundum naturam est cuiusque rei commoda eum sequi quem sequuntur incommoda. *l. secundum naturam 10. de regul. iur. Atqui cum tutor pupilli vel curatori furiosi vel actori municipi actio non ipsis quæritur, sed pupillo vel furioso vel municipibus, & quidem recta via, ut proxime dictum est, ergo etsi ipsi constituant nomine tutori, vel curatori, vel pro municipibus, non ipsi teneri debent de constituta pecunia, sed pupillus, furiosus, municipes, non enim minus possunt tutor, curator furiosi, & actor municipi obligare pupillum, furiosum, & municipes, quàm actionem iis quære. Neque verò æquum est officium tutoris, & curatoris, & actoris damnosum iis esse. *l. videlicet 29. sup. ex quib. caus. maior. l. 3. §. vlt. inf. de testib. l. sed si quis 6. §. 1. inf. testam. quem adm. aper. l. si seruus 61. §. quod verò de furt. l. cū quidam. 26. C. de admin. tutor. Eset verò danosum, si quod pupilli furiosi, vel municipum nomine constituisent, soluere cogerentur. Nec ad rem pertinet quod actione tutelæ vel negotiorum gestorum postea sint repetituri, quantum soluerint. Ipsorum siquidē interest, nō soluere potius quàm solutum repetere. *l. 3.***

9 ¶ Si actori municipi, vel tutori pupilli, vel curatori furiosi, vel adolescentis ita constituat, municipibus solui, vel pupillo, vel furioso, vel adolescenti, vtilitatis gratia puto dandam municipibus, vel pupillo, vel furioso, vel adolescenti vtilem actionem.

Ad §. 9. Si actori.

RAT. DVV. Aliud est constitui posse tutori, vel curatori furiosi, vel actori municipi, quod fieri posse supra diximus. Aliud verò si constitui municipibus solui vel pupillo, vel furioso, vel adolescenti, ut in specie huius §. his enim tribus conferuntur constitutum in personam extraneam, quod conferri debet in personam eius ipsius cui constituitur. *§. ut si mihi 5. vbi diximus sup. alia enim est persona tutoris, alia pupilli, alia curatoris, alia furiosi vel adolescentis, alia de iure actoris, alia municipi. DE C. Multa ex æquitate & vtilitate contra iuris rigorem recepta sunt, præsertim fauore personarum, de quibus tractamus quæ omnino favorabilissimæ existimantur. *l. ita vulturatus 55. in fin. sup. ad leg. Aquil. l. pupillus 9. inf. de acquir. hered. nam eam in cæteris omnibus, tum maxime in iure acquir. spectanda est. *l. in omnibus 90. de regul. iur. l. placuit 8. C. de iudic. est enim ius ciuile totum ad publicam vtilitatem comparatum. Vnde est quod prudentes nostri passim pro æquo***

Tom. II.

actorem municipum pertinet, habet hoc non tam ex ratione iuris, quàm ex privilegio, ut ei constitui nomine municipum possit vtilitatis gratia, quoniam alioqui municipibus constitui nemquam posset, nec alia actio vlla eis acquiri, quia consentire vni non possunt. *l. 1. §. vlt. l. 2. de acquir. poss. Constitutum autem non fit sine consensu. *l. 1. in princip. sup. ut nec alius vllus contractus. *l. in omnibus 55. & l. 57. inf. de oblig. & act. l. 1. §. conventionis sup. de pact. l. item eorum 6. §. vlt. l. vlt. sup. quod casusq. vniuers. nomen. Sed privilegium hoc non tam est actoris quàm municipum, quibus alioquin commercio inter dictum videretur, quod iniuriam & ab vtilitate publica alienum esset. *l. quod si minor 24. §. quæsitum sup. de minor. iur. d. l. 2. de acquir. poss.****

inf. de compensat. l. si stipulatus 15. in princip. inf. de iudic. DE C. Cùm tutor pupilli vel curator furiosi vel actor municipum constituerunt, licet pro pupillo, vel furioso vel municipibus, verum tamen esse eos constituisse: ergo ex proprio facto conueniri debet, nec minus ex constituto quàm ex alio quolibet contractu, cū constituit licet proprie contractus nō sit, vim tamē contractus obtineat, quātum ad producendam actionem. Satisq; iis esse debet, quod vbi tunc cōdēnati, nō datur in eos iudicati actio, tūquā quos officij necessitas excusare debeat, ne vltro se litibus stultissime videantur. *l. 4. §. 1. & seq. inf. de re iudic. quod si quid ex eiusmodi constituto causa impendeat, æquo animo ferre debent prorogationis incommodum, & quod habituri sint repetitorum, ùn ea lege ad officij administrationem accesserint. Denique ex constituto is solus obligari potest qui constituit, licet alieno nomine, cū nō nisi ex proprio consensu obligari quisquam possit, non etiam ex alieno. Proinde in pupillam ipsam aut furiosum aut actorem municipum actio de constituta pecunia dari non potest, cū verum sit eos nec constituisse, nec consensisse.*

habent, quod est vtile, & contra pro iniquo id quod est inutile. *l. 1. §. 2. inf. de posit. l. quæsitum 40. inf. de acquir. hered. at qui pupillo & furioso & adolescenti & municipibus vtile est, adeo que rei publicæ ut valeat constitutum quod à tutore vel curatore vel actori municipum in huiusmodi personas collatum est, licet stricta iuris ratio repugnet. Quia non tam facile possent huiusmodi personæ sibi prospicere propter infirmitatem consilij, quàm consilij eis potest per eorum prudentiam, a quibus reguntur. nec differt hac parte adolescens à furioso, nec curator furiosi à curatore adolescentis, ut diximus ad §. 7. sup. merito igitur placuit ex eiusmodi constituto, quod à tutore, curatore, vel actori in personam pupilli vel furiosi vel adolescentis, vel in municipes collatum sit, dandam esse pupillo ipsi & furioso & adolescenti actionem, at non directam, quæ stricto iure competere non potest, sed vtilem, id est ex æquitate, ut Vlpianus hęc scribit. Etsi enim ius prætorium totum pendet ab æquitate, in quo maximè*

AA 4

differ à civili, habet tamen suas quoque regulas, & consequenter suam rigorem, ex his regulis estimandum, à quibus si quando maior aliqua & specialior æquitas abhorreat, quæ non privata tantum, sed etiam publicæ utilitatis fauorè admixtum habeat, tum verò separanda est à quita à rigore iuris prætorij & præferenda semper æquitas propter vetustissimam illam & omnium potentissimam legem

IO ¶ Seruo quoque constitui posse constat. & si seruo constituatur, Domino solui, vel ipsi seruo, qualemqualem domino seruum obligationem adquirere.

Ad §. Vlt. seruo quoque.

RAT. DVB. Seruus pro nullo habetur non minus prætorio iure quàm civili: In nullo modo 7. *infr. del. Cornel. de fals. l. qui testamento 20. §. seruus inf. Qui testam. facer. poss. vbi dicitur seruos nullà penitus communiōnem habere iuris civilis in totum, at ne quidem prætorij: solumque ius naturale excipitur, cuius respectu nulla est inter seruos & liberos homines differentia l. 4. *supr. de inst. & iur. l. quod attinet 32. de regul. iur. ergo nō potest constitui seruo. Personam enim aliquā esse oportet cui constituatur, cum non fiat constitutū, & nec aliud pactum vbi sine consensu duorum l. 1. §. est pactio *supr. de pact. in quo differt à pollicitatione l. 3. infr. de pollicit. DE O. Utilitatis causa in dicitur esse, ut quædam seruus iure civili & prætorio pro nullo habeatur, stipulari tamen potest, & ex omni causa contrahere ex persona scilicet dicitur, ex qua & institui heres potest Tit. de stipulat. seruo. *inst. l. non minus 1. infr. de hered. inst. acquir. cum non sibi sed domino, ita ut ne momento quidem temporis acquisitio in persona serui cōstituitur, placet 79. infr. de acquir. hered. & tit. per quas person. no. acquir. inst. ergo quemadmodum potest quis stipulari seruo promittere, ita & constitutere. Alioquin esset maiore ex parte inutilis vitæ serui in re publica, si non per eos ex omni pericula dicitur etiam ignorantibus, & inuitis acquiri etiam l. etiam 32. *infr. de acquir. rer. domin. l. seruus p. tate 62. de verb. oblig. nec interest an seruo cōstituat solui domino, vel ipsi seruo, utroque enim casu acquiritur actio domino, & quidem directa non utilis, quia licet solutio sit facta l. consilio 7. §. vlt. *infr.******

6. PAVLVS libro 2. Sententiarum.

Idem est, & si ei, qui bona fide mihi seruit, constitutum fuerit.

Ad l. Idem est 6.

RAT. DVB. Qui quis bona fide seruit, vel alienus seruus est, vel homo liber. Atquin si alienus seruus est, acquirit domino suo, ut proximè diximus, si liber homo acquirit sibi, ergo si ei qui bona fide mihi seruit, constitutū sit, sed non potest mihi

7. VLPPIANVS libro 27. ad Edictum.

Sed & si filiofamilias constituatur, valet constitutum.

Ad l. Sed est 7.

RAT. DVB. Filiusfamilias ex omnibus causis & obligare sibi potest & obligari, cum habeat personam integram & caput in ciuitate l. nam ciuium 4. *supr. de stat. homin. l. filiusfamilias 39. de oblig. & actio. ex-*

duodecim tabularum *Salus populi suprema lex esto.* In de namque sunt tot prætorie actiones viles inductæ ad suppleendas directas prætorias, quoties directæ deficiunt obstante iuris prætorij rigore, nec tamen deficit æquitas quæ dandas actiones viles suadeat, exemplum elegans est in hoc §. & in l. id quod 19. §. 1. *infr. eod.*

*de curat. furios. que autem sunt facti, non solent tradere ad dominum l. qui heredi 44. de condit. & dem. *inst. l. nec seruus 41. infr. de penul. que ad hanc locum dubitandi ratio est. actio tamen quæ ex facto illo acquiritur, iuris est, & quidem prætorij, adeoque in serui persona subsistere nō potest, & nec illi ad acquiritur domino, adeoque per qualemqualem seruum, ut hinc Vlpianus adiicit, id est ut bene Cuiacius explicat, non tantum per seruum actorem & ordinariam, sed etiam per vicarium, in quo dubitandi ratio illa occurrit quod non qualiquam seruo solui potest, sed actori tantum, & ordinario, & quidem qui ius habeat differens solutionis l. si actor 19. C. de solut. consilium autem habet in solutionis l. idem est 10. *infr. hoc tit. sed decidendi ratio est, quia constitutum licet solutionis vim & effectum tandem habeat, incipit tamen ab obligatione quæ per quemlibet seruum acquiritur domino, sicut & actio, quæ ex illa obligatione nascitur, non minus quàm si seruus ille qualisqualis stipularis esset: nihil enim hac parte differens constitutum à stipulatione, nisi quod constituta pecuniæ obligatio & actio prætorie est: ex stipulatione verò civilis §. de constituta *inst. de action. maiè apud Accursium vulgata editio habet quare seruum pro qualemqualem seruum. Et in litera Pylei quam idem Accursius refert malè rursus qualemqualem obligationem, dixit enim Vlpianus qualemqualem seruum, non autem qualemqualem obligationem. Nam & aliqua inter seruos differentia est, cum alij ordinarij sint, alij vicarij, alij actores & dispensatores, alij verò nudi serui, & sine officio, at inter obligationes nulla.****

ex cōstituto queri actio. **DE C.** Siue liber homo sit sine alienus seruus, qui bona fide mihi seruiat, acquirit mihi, dummodò vel ex re mea acquirat, vel ex operis suis l. acquiruntur 10. §. idem placet *infr. de acquir. rer. domin. nam & ex re mea acquirere videtur quod ex operis suis acquirit l. qui bona fide 23. in princip. eod.*

go si quis constituerit se filiofamilias soluturum, acquiritur actio constitutæ pecuniæ filiofamilias non patri: contra quàm tamen Vlpianus hic sentiat, qui cum ait, si filiofamilias constituatur, valere constitutum: sic proculdubio intelligit, ut ex eo constituto acquiratur patri actio non ipsi filiofamilias,

filias cui constitutum est, siue simpliciter ei constitutum sit, siue ita ut ipsi filio soluiatur. **DE C.** Est quidè filiofamilias capax acquisitionis etiam infectæ iure **PAV.** de eorum, nolente patri sibi acquiri l. 4. §. sed & filiusfamil. *supr. de edend. l. is qui de es 13. §. vlt. l. cū heres 52. *infr. de acquir. hered. l. cogi 16. §. si pater filio l. imperator 50. *infr. ad SC. Trebel. sed extra huc casum quidquid filiusfamilias acquirerebat olim, siue ex sua stipulatione, siue ex qualibet alia conuentione, acquirerebat patri, non minus quàm seruus domino, ita ut ne momento quidem temporis acquisitio in persona filiofamilias consisteret l. placet 79. de acquir.***

I ¶ Si mihi aut Titio stipuler: Titio constitui suo nomine non posse, Iulianus ait: quia non habet petitionem: tamen si solui ei possit.

Ad §. I. Si mihi aut Titio.

RAT. DVB. Etiam adiecto solutionis gratia solui potest, perinde ac si stipulatori, ita ut ex ea solutione contingat ipso iure liberatio, quamuis prohibente stipulatore l. vero procuratori 12. §. penult. l. aliud est 106. *infr. de solut. A. qui constitutum habet vim solutionis l. idem est 10. *infr. ergo et à adiecto solutionis causa cōstitui suo nomine nihil prohibet. DE C. Omne cōstitutū supponi præcedens aliquod debitū l. 1. §. debitū *supr. nec proinde cuiquam cōstitui suo nomine potest quæ ei suo nomine debeat: At qui adiecto solutionis gratia nihil suo nomine debetur, quia stipulationi alienæ adiecto solutionis tantum causa, non etià obligationis l. cū qui 56. §. qui sibi de verb. oblig. l. Stichum aut Pamphylum 95. §. quæ situm *infr. de solut. adeoque nullam habet petitionem, quia cui nulla obligatio acquiritur ei nec actio, nec petitio vlla acquiri potest, & quamuis ei solui****

possit, non tamen suo nomine ius habet accipiendæ solutionis, sed nomine stipulatoris, cui & idcirco mandati actione tenetur, ut quod si solutum est stipulatori restituat l. qui res 98. §. qui stipulatus *infr. de solut. §. si quis alij *inst. de inuol. stipulas. ergo nec ei constitui suo nomine potest, plane quia stipulatoris nomine possit ei constitui, nec dubitari potest, postquam placuit etiam alij posse cōstitui, quod alij debetur l. 5. §. quod exigimus *supr. Quidni ergo etiam ei qui solutionis causa est adiectus? Et miror Accursium hoc negare, & mandatum expressum requirere, ad hoc ut adiecto solui possit: quasi tacitum non sufficiat quod tamen nec vllomodo necessarium est, ut ex eo appareat, quod sufficit debitum alicui esse id quod a se constituitur licet nondum appareat persona, cui debeat l. haerens 11. *infr. quo tamen casu neque expressum, neque tacitum mandatum aut fingi aut subintelligi potest.****

8. PAVLVS libro 19. ad Edictum.

Si verò mihi aut Titio constitueris te soluturum: mihi competit actio. quod si, posteaquam soli mihi te soluturum constituisti, solueris Titio: nihilominus mihi teneberis.

Ad l. si verò 8.

RAT. DVB. Qui patitur sibi cōstitui aut Titio non minus Titio prospicit, quàm sibi ipsi. Facit enim parè suã & Titij conditionem, ergo quemadmodum eiusmodi constituto mihi competit petitio & actio constitutæ pecuniæ, ita & Titio debet competere: nec enim voluit mihi vllam eo fieri potest iniuriã leg. in diem 9. §. 1. *infr. de aqua & aqua pluui. arcend.*

DE C. Non magis potest quis constituendo aut constitutum adintendo alteri querere actionem quàm stipulando: est enim generalis reguli iuris civilis, & prætorij, Per liberam personam queri actionem alteri non posse l. solutum 11. §. per liberam *infr. de pignor. act. Sunt enim obligationes & actiones omnes ad hoc comparatæ, ut sibi vult quisque acquirat quod sua interest, ut autem alij acquiratur nihil interest, mea leg. stipulatio ista 38. §. alteri de verb. oblig. iunct. l. vltim. *supr. de legib. nec potest in eam rem potius esse constitutum quàm stipulatio. §. de constituta *inst. de action. ergo quemadmodum si mihi dari stipuler, aut Titio, persona Titij solutionis tantum causa stipulationi adiecta esse intelligitur nō obligationis, quia nec potuit l. cū qui 56. §. qui sibi l. si duo 128. de verb. oblig. l. Stichum 95. §. quæ sit-***

um. l. aliud est 106. *infr. de solut. ita & si mihi aut Titio cōstitueris te soluturum, dicendū est soli mihi nō etiã Titio acquiri petitionem, & actionem: quippe quam præcedere necesserit debeat obligationis acquisitionem, ut diximus ad §. 1. legis præcedentis. Non enim voluntas mea sufficit etiam si maximè id voluerim, cum deficit potestas iuris l. 4. *infr. de acquir. hered. l. quoties 9. in princip. de hered. inst. l. multum interest. 6. C. si quis alter vel sibi. Iunge quæ scripti ad l. 5. §. item tutor 7. *supr.***

RAT. DVB. Cùm ita stipulatus sum mihi aut Titio dare spondes, quamuis debitor postea constituat se mihi soluturum, competit quidem mihi soli de constituta pecuniã actio, sed tamen etiam adiecto nihilominus solui potest, quia quod adiecto soluitur mihi solui videtur, inquit idem Paulus noster in l. si ita stipulatus sum 59. *infr. de solut. Ergo verum esse non potest, quod hinc ex eodem Paulo scribitur, si posteaquam soli mihi te soluturum constituisti solueris Titio, te mihi adhuc nihilominus teneri. DE C. Multum refert an sic mihi constitueris, ut mea tantum persona in constituto nominata sit, an verò mihi soli te soluturum constitueris. Priore casu liberaris soluens Titio d. l. si ita posteriore ve-*

rd non item, quia repugnat datio illa soli, quae non potest videri adhibita fuisse in constituto, nisi ad exclusionem Titij, qui licet in stipulatione adiectus fuerit solutionis causa, ita vt nec legem stipulationis immutare stipulator potuerit, *l. vero procuratori 12. §. pen. l. aliud est 106. infr. de solut.* potuit tamen ab ea solutionis accipiendae facultate excludi per conventionem contrariam stipulatoris & promissoris, quomodo hinc ponimus interuenisse, ita facto constituto, vt mihi soli debeas soluere, quod mihi aut Titio soli ex lege stipulationis potuerat, & debuerat. Nec fuit in eam rem necessarius Titij consensus, cui nullum ius obligationis quaesitum fuerat, quique si solutionem etiam ante constitutum accepisset, eam ipsam pecuniam actione mandati mihi reddere debuisset. *l. qui res 98. §. qui stipulatus inf. de solut. §. si quis alij infir. de inutil. stipulat.* neque obstat si quis obiciat pactum nudum subiectum & contrarium stipulationi, non tollere stipulationem ipso iure, sed tantum per exceptionem. *l. si vnus 27. §. pactus ne peteret sup. de pact. vbi ratio redditur, quia in*

9. PAPINIANVS libro 8. Quaestionum.

Titius tamen indebiti conditione tenebitur, vt quod ei perperam solutum est, ei qui soluit, reddatur.

Ad l. Titius 9.

RAT. DVB. Titius tenetur mihi actione mandati, vt quomodo tanquam adiectus solutionis causa à debitorie meo accepit, mihi restituat. *l. qui res 98. §. qui stipulatus inf. de solut. §. si quis alij infir. de inutil. stipulat.* ergo non potest teneri conditione indebiti, vt ei reddat pecuniam à quo solutione accepit. Alioqui duobus eisdem pecuniæ nomine in solidum teneretur, quod esset iniquum. **DEC.** Adiectus solutionis causa tunc tenetur actione mandati, cum ex stipulationis legis huius accipienda solutionis, quam scilicet accepisse intelligitur ex mandato & voluntate testatoris, adeo vt nec liberum sit stipulatori hoc mandatum reuocare, ne quidem reintegra: quod in ceteris mandatis diuersum est, nisi cum in rem mandatarij mandatum factum est. *l. illam 33. C. de donat. §. restit. & seq. infir. de mandat.* nempe quia certam legem ab initio habuit stipulatio, quam postea immutare stipulator inuito promissore non potuit.

10. PAVLVS libro 29. ad Edictum.

Idem est, & si ex duobus reis stipulandi post alteri constitutum alteri postea solutum est: quia loco eius, cui iam solutum est, habere debet is, cui constituitur.

Ad l. Idem est 10.

RAT. DVB. quod duobus correis credendi debetur, singulis in solidum debetur, & ideo qui prior solutionem accepit, debitorem communem à correo liberat. *l. 1. §. 1. & pass. infr. de duob. reis.* In eoque plus iuris habet correus credendi quam is qui solutionis causa tantum adiectus est, cum adiciatur correus vt sit etiam particeps obligationis, ac proinde, quod in precedentibus diximus, posse stipulatorem ex voluntate promissoris etiam ignorante adiecto immutare legem stipulationis, non videtur ad hunc casum extendi posse. Illo enim casu verendum non est ne iniuria fiat adiecto, qui nihil penitus iuris in obligatione habet. At in duobus correis verendum est, neque ferendum, vt ius quod habet vnus ex correis, non tanquam adiectus

pactis factum, in stipulationibus verò ius versatur. Id enim ad pacta nuda pertinet, non ad constituta quae cum iuris praetorij auctoritate munita sunt, pariuntque actionem, nuda dici certe non possunt. Neque tamen in hac specie tollitur ipso iure stipulatio per constitutum, sed lex tantum stipulationis immutatur, quod ad personam Titij pertinet, cui nullum profus obligationis ius ex ea stipulatione, vt diximus, fuerat quaesitum. Aliud certe esset si pro constituto poneremus interuenisse pactum de non petendo vt in *d. §. pactus ne peteret.* aut constitutum factum esse de soluendo alij, quam mihi stipulatori. Et si enim etiam in constituto ius versatur, non autem nudum factum, ius tamen illud praetorium est non civile, ideoque non magis potest stipulationem tollere, in qua ius civile versatur, quam nuda pactio, sed ad auxilium exceptionis in eam rem esset necessarium. Cui enim damus actionem, multo magis dāemus exceptionem constitutum pecuniæ. *arg. l. 1. §. is autem infir. de superfic. l. inuitus. 156. §. 1. de regul. iur.*

9. PAPINIANVS libro 8. Quaestionum.

vero procuratori 12. §. pen. l. aliud est 106. infr. de solut. In proposita vero specie ponimus mandatum quod inerat stipulationi, reuocatum fuisse per constitutum postea secutum ex voluntate vtriusque tam promissoris quam stipulatoris, per quod scilicet promissor constituit se mihi soli solutum. Ergo si ab eo tempore Titius solutionem accepit, mandati actione teneri mihi non potest, & consequenter ne ex aliena iactura locupletetur, necesse est, vt ei qui soluit, conditione indebiti teneatur. *l. nam hoc natura 14. iunct. l. si procurator 8. sup. de condit. indeb.* Praeterea cum stipulator cui soli promissor solutum se postea constituit, loco eius habendus sit cui iam solutum est, quia constitutum loco solutionis cedit, vt subiicitur in *l. sequi.* si autem stipulatori prius solutum esset, deinde adiecto solutionis causa nemo dubitaret quin adiectus conditione indebiti teneretur soluenti, non autem mihi actione mandati.

sed tanquam creditor alterius correi facti ipsi admittatur. *l. Granius 71. §. pen. inf. de fideiuss. l. si Stichum 8. in fi. de nouar.* ergo aliud iuris esse debet in duobus correis stipulandi, quam sit in adiecto solutionis causa, vt si post stipulationem per quam correi credendi facti sunt, alteri eorum constituitur, alteri nihilominus solui possit, nec indebiti conditione teneatur alter ille si solutionem acceperit, nisi forte & ipse constituto probetur consensisse: quo casu non tam correi sui facti quam suo proprio & obligationem, & actionem sibi quaesitam amississe videretur. **DEC.** Cum quid pluribus correis credendi debetur, licet singulis in solidum debeatur, attamen vna tantum obligatio est quae proinde per solutionem alterutri factam tollitur etiam ignorate adeoque inuito altero: nec tantum per solutionem, sed etiam per acceptilationem, quae nihil nisi imaginaria

ria solutio est. *§. 1. instit. quib. mod. tollit. oblig.* adeoque per nudam & simplicem petitionem. *l. 1. & l. 3. §. 1. l. ex duobus 16. de duob. reis.* Id enim est, quod dicimus, ex duobus correis sine debendi, sine credendi alterius factum alteri quoque nocere. *l. penult. cod. tit.* at qui in cuius constitutum loco eius debet, cui iam solutum est, cum solutionis loco constitutum cedat, sicut & in iurandum. *l. ius iurandum etiam 27. sup. de iur. iur.* ergo quemadmodum si vni ex correis solutum vera esset, sublata esset tota obligatio, nihilque iam alteri deberetur, ita vt quod alteri correo postea solutum esset, ei condici iure posset aequum indebitum ab eo qui soluisset, ita & si postquam alteri constitutum fuit, alteri solutum proponatur. Bene tamen notat Accursius, constitutum non per omnia vim habere solutionis. Facta

enim solutio liberaret communem debitorem ab utroque correo credendo, & quidem ipso iure. *l. 1. §. 1.* at constitutum reuocatum in obligatione erga correum, cui constituitur, ab alio vero eum eundem liberat, sed per exceptionem tantum non ipso iure. Habet enim debitor exceptionem constitutum vni pecuniæ si ab altero conueniatur. Quae exceptio cum sit fauorabilis & perpetua, repetitione soluti proculdubio parit. *l. qui exceptionem 40. sup. de condit. indeb.* Ideo que dicimus eum ex correis cui constitutum est, posse alterum quoque correum in causam constitutum pecuniæ procuratorem dare. *l. licet 42. §. porro sup. de procurat.* quasi correus credendi esse desierit, qui cepit exceptionem perpetua repelli posse. *l. creditores 10. l. creditor 55. debitor 106. de verb. signifi. 2. nihil interest 112. de reg. iur.*

II. VLPPIANVS libro 27. ad Edictum.

Hactenus igitur constitutum valebit, si, quod constituitur, debitum sit etiam si nullus appareat, qui interim debeat. vtputa si ante aditam hereditatem debitoris, vel capto eo ab hostibus, constituat quis se soluturum. nam & Pomponius scribit, valere constitutum: quoniam debita ea pecunia constituta est.

Ad l. Hactenus 11.

RAT. DVB. Non entium & non apparentium idem esse iudicium. *l. duo sunt Titij 10. infr. de testam. iur. §. si aduersus instit. de nupt.* ergo quemadmodum non valeret constitutum eius pecuniæ cuius debitor nullus esse, ita neque valere debet eius pecuniæ cuius debitor adhuc nullus apparet. Quid enim si debitoris hereditas nunquam adatur, atque ita debitor sine successore decessat, vt neque ad fiscum bona vacantia euentura sint, existente forte debitore non soluendo? et in *l. habere licere 57. infr. de euit. iunct. l. 1. §. an bona infr. de iur. fisc. l. 1. §. idem Pomponius quarit si apud re 14. infr. de pos. l. C. de oblig. & acton.* Quod si mihi debitor captus sit ab hostibus? Est tamen incertum a quo tempore sit, vt ipsi debeatur, an hereditas: si enim ab hostibus reuertatur, ipsi debitor fuisse intelligitur, quasi semper manserit in ciuitate, si vero apud hostes morietur, non ipsi sed heredes eius debitum apparebit quasi mortuo debitore in ciuitate à prima hora captiuitatis. Alterutrum si quidem euenire necesse est ex fictione aut post liminibus legis Corneliae de captiuis. *l. si is qui pro emptore 15. l. iusto. 44. §. vlt. infr. de vsucap.* euentum igitur expectari necesse est, vt sciat utrius debitor constitutum sit. **DEC.** Vt valeat

constitutum, sufficit debitum reuera subesse, nec refert cuius debitum sit, cum possit quilibet constitutare quod quilibet alius debet. *l. eum qui §. 9. quod exigimus sup.* Atqui nec quod debitor sine herede decesserit nec quod ab hostibus captus sit, facere potest vt minus debitum maneat ex parte rei quod prius debitum fuit. Aded vt etiam iacente hereditate, & durante captiuitate incipiat praescriptio curris. *l. 4. infr. de diuers. tempor. praescript. iunct. l. ad diem 77. de verb. oblig.* Alia nempe quaestio est, an debeatur, alia vero cui debeatur. Ergo etiam si debitor sine herede decesserit, aut ab hostibus captus sit, constitutum nihilominus valebit, nam & fideiussor prior casu vili actione obstrictus maneret. *l. Stichus aut Pamphilum 95. §. 1. in fin. de solut.* Aliud sanè est, vt bene notat Accursius, si debitori deportatio interrogata sit: nec enim pro tali debitore fideiussor accipi potest quasi contra debitorem tota obligatio extincta sit, vt Papinianus respondit in *l. si debitori 47. infr. de fideiuss.* Aded autem valet hoc constitutum, vt ex eo conueniri possit qui constituit, etiam prius quam hereditas debitoris adita sit, vt idem Accursius hic notat, exemplo eius qui citeriore die constituit se soluturum, id quod alius debeat, de quo in *l. 4. sup.*

1. Si quis certum aureos debens, ducentos constituat: in centum tantummodo tenetur, quia ea pecunia debita est. ergo & is, qui sortem, & vlturas, quae non debeantur, constituit: tenebitur in sortem dumtaxat.

Ad §. 1. Si quis centum.

RAT. DVB. Non valet constitutum nisi praedens debitum subsistat. *l. 1. §. debitum sup.* & initio huius legis. Atqui cum is qui debens centum dumtaxat ducenta constituit, tantum est indebitum quod constituitur, quam est debitum. Ex ducentis enim centum debentur, centum non debentur: ergo non potest, hoc constitutum valere, quippe cuius causa indi-

uidua esse videtur, vt & omnium contractuum arg. *l. cum ex causa 139. infr. de verb. oblig. DEC.* In his quae sui natura sunt diuidua, inutilis adiectio non viciat, sed viciatur. *l. 1. §. penult. cod. l. placuit 29. infr. de vsur.* Atqui summa ducentorum aureorum quam constitutam fuisse ponimus diuidua est, nec quicquam vetat centum esse debita, & centum indebita. Ergo valebit constitutum pro centum debitis, pro aliis centum indebitis non valebit. Referendum

enim constitutum semper est, & restringendum ad pecuniam debitam: Nec potest videri causa constituti indiuidua, siue ex parte constituentis, siue ex parte illius cui constituitur, quasi non fuerit aut ille constitutus centum aureos, aut hic constitutum illud admittens nisi producentis, quomodo dicimus de eo qui fundum totum emit aut vendidit, quem non fuerat pro parte empturus aut venditurus *leg. tutor vrgentibus 47. §. 1. sup. de minor. l. si quis aliam 46. infr. de solut.* Ea nempe ratio est quæ facit contractum venditionis & emptionis indiuisibilem, ne alioqui cogereur, aut emptor aut venditor aut uterque incidere in communionem *leg. si non fortem 26. §. si centum sup. de condit. in deb. in qua nec inuitus remanere cogereur leg. vltim. Cod. commun. diuid.* Quæ ratio cessat in promissa debitæque pecunia, unde etiam est, quod si mutua tibi decem dederim sic, vt vnde debeas, obligaris vsque ad decem dumtaxat, vltra verò non teneris, quia re contrahi obligatio vltra id quod reuera datum est, non potest *l. si tibi 17. in princip. sup. de pact. l. rogasti 11. §. si tibi sup. de reb. credit. l. cum vltra 9. C. de non numer. pecun.* quid ergo si cum debere te scires certum dumtaxat, ducenta tamen vltro pronoueris per constitutum? An non reliqua centum indebita donasse videberis? Ita putat Azo, ex regula *l. cuius per errorem 53. de regul. iur. l. vlt. C. ad leg. falcid.* nec male inspecto iure nouo Iustiniani, quo inductum est, vt pacto nudo fieri possit donatio *l. si quis argentum 35. vlt. C. de donat.* inspecto enim iure veteri, quo nulla donatio perfici poterat, nisi per tractationem aut stipulationem, non idem certè dici poterat, vt aduersus Azonem Accursius bene disputat. Constitutum enim licet non sit nudum pactum, quia iuris prætorij autoritate munitum est, vt in superioribus

12. PAVLVS libro 13. ad Edictum.

Sed & si decem debeantur, & decem & Stichum constituat: potest dici, decem tantummodo nomine teneri.

13. IDEM libro 29. ad Edictum.

Sed si quis viginti debens, decem constituit se soluturum, tenebitur.

Ad l. Sed et si decem 12. & 13.

RAT. DVV. & DECID. eadem est quæ ad §. proxime præcedentem. Quid enim resert an is qui decem debet, constituat viginti, hoc est decem & decem, an verò decem, & Stichum nisi quod summa viginti est diuidua in decem, & decem, at decem & Stichus iurè ipso iure & ipso facto diuina. Tanto magis igitur admittendum

14. VLPPIANVS libro 27. ad Edictum.

Qui autem constituit se soluturum, tenetur: siue adiecerit certam quantitatem, siue non.

Ad l. Qui autem 14.

RAT. DVV. Incertitudo viciat obligationem si nesciri possit, quid & quatum debeat, quia nec aliter ratio vlla erit dissolventæ obligationis si nesciatur quid & quatum solui debeat, cum obligatio sit iuris vinculum quo necessitate adstringimur alicuius rei solvendæ, quomodo Iustinianus in Institutionibus diffinit. *leg. inter stipulantem 83. §. 1. de verb. oblig.* Ergo non potest constitutum valere nisi certa quantitas adiecta sit. DEC. Constitutum

docuimus, sit tamen nudo pacto & citra stipulationem §. de constituta *instit. de action.* alia ratio est eius pecuniæ quam quis constituit, sciens indebitam iure prætorio propter exceptionem: nisi enim non eo magis valet constitutum ad producendam actionem constitutæ pecuniæ, videtur tamen constitutus donasse & remississe exceptionem, vt pristina actione conueniri possit cum effectu *l. si quis delegauerit 12. infr. de nauat.* vt diximus ad l. 3. §. 1. sup. ex Bartolo ad hunc locum, iunge quæ dicit ad l. 3. §. pen. sup.

a Ergo & is qui sortem & vsuras, RAT. DVV. Etiam indebitæ vsuræ si solutæ sint, non repetuntur, si modo fors debita fuit *d. l. si non fortem 26. in princip. & §. 1. sup. de condit. in deb.* atqui constitutum habet vim solutionis *leg. prox. sup.* ergo si quis & sortem & vsuras, quæ non debebantur, constituit etiam quod ad vsuras pertinet, constitutum valebit quoque pro vsuris. DEC. Constitutum vim solutionis habet non simpliciter, sed secundum quid, vt diximus ad l. prox. sup. & ita demum si verum debitum præcedat, sine quo valere constitutum non potest *d. l. 1. §. debitum, sup.* & in principio huius legis. Atqui non sunt debita vsuræ ob hoc solum, quod constituantur quasi debita, si antea indebitæ fuerint: Alioquin nunquam fieret constitutum pro indebito si ex indebito posset fieri debitum. Ergo si quis & sortem debitam & vsuras, quæ non debebantur soluturum se constituerit, in fortem quæ tenebitur, sed in vsuras non tenebitur, quia separata est causa vsurarum, & sortis, nec possunt deberi citra stipulationem vsuræ pecuniæ credita *l. 3. C. de vsur. l. Titius 24. infr. de præser. verb.* In constituto autem stipulationem nulla interuenit *d. §. de constituta instit. de action.*

est, vt si is qui decem tantum debebat, decem & Stichum constituerit, valeat constitutum pro decem quæ fuerunt debita, non valeat autem pro Stichum qui fuit omnino indebitus. Et ita accipiendam esse quod hic generaliter, & indistinctè Paulus scribit constituentem teneri, Accursius noster bene vidit.

non aliter valere potest, quàm si debitum sit id quod constituitur, vt toties diximus ex *leg. 1. §. debitum leg. 3. §. quod exigimus leg. hactenus 11. supra.* Ergo quamuis constitutum nullam contineat certam quantitatem, sciri tamen potest per relationem ad prius debitum, quid quale quantumque sit id quod constituitur. Sufficit verò certum id esse per relationem *leg. certum 6. supra de reb. credit. leg. 3. Cod. de sentent. que sine cert. quant. præser. leg. ait prætor. §. 1. leg. in sententiis 50. §. 1. infr. de re iudic.* Nec rursus quicquam ve-

rat etiam incertam quantitatem constitui, dummodo causam habeat certam, & quæ certam quoque admitat executionem *l. 2. §. incertam & vltim. infr. de stipulat. prætor. iunct. d. §. debitum l. 1. supra.* Alioquin non posset constitui quod ex prætorij stipulatione incertam quantitatem habente deberetur, quod esset absurdum. Quidni enim perinde id constitui possit, atque id quod ex tutelæ causa deberetur ante redditas tutelæ rationes? *d. l. §. debitum,* quo tamen

tempore nemo negauerit prorsus incertum esse, quid & quantum ex tutelæ causa debeatur. In quo videtur errasse Accursius, cum exigit ad validitatem constituti, nullam quantitatem certam contentis, vt certum tamen sit debitum, ad quod constitutum refertur: Illa enim demum incertitudo viciat, quæ certitudinem nullam admittit, neque per relationem ad præteritum tempus, neque ex futuro euentu habente causam de præterito, vt loquuntur,

1. **¶** Si quis constituerit se pignus daturum, cum utilitas pignorum irreprehit, debet etiam hoc constitutum admitti.

Ad §. 1. Si quis constituerit.

RAT. DVV. Non potest constitui nisi quod iam deberetur *d. l. 1. §. debitum sup.* Atqui debitor pecuniæ non idè debuit pignus. Potest enim debitum principale faciliè subsistere sine pignore, quamuis non item pignus, quod accessorium est sine debito principali. Ergo pignus constitui non potest, licet neque solui. Soluitur enim debitum, non pignus.

DEC. Utilitas pignorum tanta irreprehit in commercium hominum, vt hoc quoque constitutum admitti placuerit, si quis siue pro suo, siue pro alieno debito pignus se daturum constituerit. Primum quia plus cautionis est in re autem in personal. plus cautionis *24. de regul. iur. §. furti autem vers. quia constat Instit. de oblig. quæ ex delict. nasc.* Deinde quia satisfactio pro solutione est *l. satisfactio 52. infr. de solut.* Satisfacit autem qui pro pecunia debita offert pignus volenti creditori *l. si rem alienam 9. §. omnia pecunia infr. de pignorat. act.* Et si enim satisfacere velle nihil

prodest, satisfecisse tamen prodest *l. item liberatur 6. §. 1. infr. quibus mod. pign. vel hypoth. soluit.* Postremò quia pignus vendi potest, vt ex precio venditionis creditori satisfiat. Inutile enim pignus est quod vendi non potest *l. mulier 18. & pass. C. de distract. pignor. l. 4. infr. de pignorat. act.* Et hæc pignoris utilitas est, nam irreprehit Vlpianus noiter ait, non quam n. nulli restringant ad debitum naturale tantum, quasi verò nulla sit utilitas pignoris in debito naturali & ciuili, quod est indiculum, & bene ab Accursio refutatam. Sanè in pignore dato pro naturali tantum debito, euidentior utilitas pignoris est, quia parit retentionem pro eo debito pro quo non haberet actionem, vt in specie *l. per retentionem 4. C. de vsur. l. 1. infr. de pignor.* In summa sufficit aliquid esse debitum cui possit pignus accedere, & vt id quod in constitutum deducitur, sit de accessoriis ad debitum, licet non sit ipsum debitum principaliter, vt Bartolus hic notat. Alia quæstio est, an is qui soluturum se constituit satisfaciatur constituto, si pignus offerat vel satisfactionem, de qua in *l. promissor 21. §. vlt. infr. vbi dicemus.*

2. **¶** Sed & si quis certam personam fideiussuram pro se constituerit: nihilominus tenetur, vt Pomponius scribit, quid tamen, si ea persona nolit fideiubere? puto teneri eum, qui constituit: nisi aliud actum est, quid si ante decesserit? si mora interueniente æquum est, teneri eum, qui constituit, vel in id, quod interest, vel vt aliam personam non minus idoneam fideiubentem præstet: si nulla mora interueniente: magis puto, non teneri.

Ad §. 2. Sed et si quis.

RAT. DVV. Qui certam personam vel incertam pro se fideiussuram constituit, alienum factum promittit: ergo inutiliter. Nec enim alienum factum utiliter promittitur, quod de suo facto promittere quisque debet non de alieno *l. stipulatio ista 28. in §. de verb. obligat. §. si quis alium Instit. de inutil. stipulat.*

DEC. Sic accipi hoc constitutum debet, vt valeat potius quàm vt sit inutile *l. quoties in stipulationibus 80. l. si ita stipulatus 126. §. Chryfogonus vers. planè infr. de verb. obligat. l. quoties 12. de reb. dub.* Ergo ita interpretandum est, vt is qui constituit, videatur promississe curaturum se, vt alius fideiubeat: quo casu constitutum valet, quia de suo non de alieno facto constitutus promississe intelligitur, & valet promissio *d. §. si quis alium.* Est autem hæc interpretatio eo iustior, quod tractamus de constituto, quod quis fecerit pro suo debito. Inde namque coniectura in dubio

sumi potest, quod constituyendo de suo quoque factum promittere voluerit, non de alieno. Id enim est quod Bartolus hic notat, quando quis promittit aliquid facturum aliquid ad conseruationem eius, quod ipse promittens debet, intelligi eum promittere se facturum & curaturum.

a *Quid tamen si ea persona nolit fideiubere?* RAT. DVV. Non est in potestate constituentis, vt alium cogat fideiubere. Est enim positum in cuiusque arbitrio & potestate an contrahere velit necne *l. sicut 5. C. de oblig. & action.* Idèoque non tantum difficilis, sed etiam interdum penè impossibilis est datio fideiussoris *l. 2. §. penult. sup. de iudic.* Impossibile autem nulla obligatio est *l. impossibile 185. de regul. iur.* Ergo si is quem fideiussurum quis constituit, nolit fideiubere, dicendum est constituentem non teneri, quasi hoc sitis actio inter contrahentes, ne alioqui dicendum sit id videri actum potius, vt constitutus inuitum daret eum fideiussorem, qui fideiubere nollet *arg. l. non solum 31. de oblig. & action.*

DEC. Fideiussores præsertim certi datio difficilis esse interdum potest, sed impossibilis nunquam. Est enim ex eorum genere quæ recedunt ab impedimento naturali, & respiciunt ad facultatem dandi. Est autem facultas personæ commodum incommodumque, non rerum quæ promittuntur, ut eleganter Venuleius irascitur in *Continuus* 137. §. *illud de verborum obligationibus*. Ergo non potest constitutum hoc quasi rei impossibilis vitari, præsertim cum eo nolente fideiubere, quem promissor fideiussores constituit, alia superest ratio dissolvenda obligationis, & satisfaciendi constituto: quemadmodum si decessisset hic fideiussores antequam voluntatem suam declarasset, & post mortem promissoris, quo casu æquum esset teneri constituentem ad hoc saltem, ut vel præstaret id quod interesset, vel aliam personam non minus idoneam quæ fideiuberet, ut in *leg. Labeo* 25. §. *ultim. & leg. sequent. supr. De recept. Qui arbit. recep. leg. plur. 4. ut in poss. legat. l. si ab arbitro 10. §. 1. sup. Qui satis cog. in. Simile aliquid est in *l. si quis domum 9. inf. l. car. Quod si constituentis mora nulla intervenit in dando fideiussore, & interea fideiussores decesserit, placet constituentem non teneri, quia nihil imputari possit constituenti, quomodo imputari posset, si ante mortem fideiussores mortem contraxisset. Semper enim motam auctori suo nocere æquum est *leg. si ex legati 23. & sequent. De verborum obligationibus***

3 ¶ Constituere autem & præsentis & absentes possumus: sicut pacisci & per nuncium, & per nosmetipsos, & quibuscunque verbis.

Ad §. ult. Constituere.

RAT. DVB. Constitutum propius ferè accedit ad stipulationem, quàm ad pactum, cum ex constituto detur actio sicut ex stipulatione, non etiam ex pacto nudo, ut diximus ad *leg. prim. supr. ex paragraph. de constituta Institut. De actionib. nisi quod actio ex constituto prætoriam est, actio autem ex stipulatione civilis dict. paragraph. de constituta, atque stipulatio non potest fieri inter absentes, sed inter præsentis duntaxat *leg. prim. infr. De verborum obligationibus*. nec proinde per epistolam, aut per nuncium, aut per procuratorem, ergo neque constitutum inter absentes fieri potest, aut per nuncium aut per epistolam.*

DEC. Constitutum fit ex simplici consensu, sicut pactum nudum, si modò adsit animus constituendi *dict. leg. prim. paragraph. cum qui supr.* nec proinde requirit solemnitate verborum, ut stipulatio, & consequenter nec præsentiam constituentis. Est enim generale, ut omnes conventiones quæ consensu nudo contentæ sunt, fieri possint & inter absentes, & per epistolam, & per nuncium, & quibuscunque verbis dummodò idoneis ad animum constituendi significandum, ut Accursius benè interpretatur sic in *l. vbi purè 19 §. 1. ad Trebell.* cum his omnibus modis quæ declarari & exprimi consensus possit *l. i. §. ult. De contr. empt. infr. l. consensu 2. De obligat. & action. Sunt autem notabiles differentie quas hic Bartolus congerit inter nuncium & procuratorem. Nuncius enim nihil nisi nudum præstat ministerium, tanquam organum viuum eius, cuius est nuncius, & quasi pica, vel buccinum, ut Accursius & Bartolus loquuntur. Ideòque non tam multa in eius persona exigimus, ut sit nuncius idoneus*

*leg. in condemnatione concessa. supra. §. 1. tert. paragraph. ad pontilium. De regul. iur. leg. hominem trigessim septim. in fin. infr. mandat. sic & in leg. 3. paragraph. quid si ite dedi vers. sed si Stichus supr. De condit. caus. dat. Sed distinctio hæc adhibenda est in eo casu quo is qui fideiussores erat, non declarata voluntate decesserit. Nam si nolit fideiubere, indistinctè condemnandus est is, qui constituit, ut vel alium fideiussores præstet, vel id quod interesset, cuius obligatio succedit semper in locum obligationis faciendi *leg. si quis ab alio decim. tert. in fin. infr. De re iudic. leg. quoties quis alium 81. De verborum obligationibus*. Est autem hæc obligatio faciendi, cum quis constituit se datum fideiussores Sempronium, aut curaturum ut Sempronius fideiubeat. Proinde in præstationem pecuniæ, si non fiat quod promissum est, necessariò resolutur. Ex quo apparet tanto manifestius, quàm verum sit quod diximus, constitutum hoc impossibilis rei non esse, sed deòque errare nostros qui vulgò putant, eum qui promissum se curaturum, ut alius quid faciatur, si probet se fecisse quod potuit, nec quicquam perficere, & proficere potuisse. Nec enim verendum est, ut ad impossibile obligatus videatur, cum præstando id quod interesset, quod semper in pecunia numerata consistit, liberetur. Idque probatur optimè ex hoc versiculo, & ex *dict. leg. Labeo 25. §. ultim. supr. De reception.**

quàm in persona procuratoris, ut sit idoneus procurator. At procurator non præstat nudum ministerium, cum libi acquirat, non ei, cuius procurator est *l. possessio 49. §. ult. De acquir. poss. nisi cum de acquirenda possessione tractatur l. quod meo 18. eod. postquam vilitatis causa placuit acquiri posse nobis possessionem per procuratorem l. i. C. per quas person. nob. acquir.* Nuncius privati hominis generalis esse nunquam potest, sed specialis tantum, eius scilicet negotij nomine, de quo specialiter ei mandatum est. At procurator generalis esse potest, & plerumque est *l. procurator cui 58. & seq. l. procurator totorum 63. supr. De procurat.* ideo autem loquimur de nuncio privati, ut excludamus non tantum nuncios iudicum, quos pragmatici seruitentes vulgò vocant, sed etiam nuncios & legatos Principum, maxime vero summorum Pontificum quos etiam hodie, nuncios vulgò appellamus, fortasse idcirco, quòd ad eorum dignitatem & auctoritatem maxime pertineat, ut quodecunque à nuncio fit, aut dicitur, sit accipi debeat, quasi ab ipsius summi Pontificis ore, ac viuz vocis oraculo profectum. Præterea in nuncio privati mandatum speciale præcedere necesse est, nec sufficit subiequitari habitationem *l. i. in fin. De contr. empt.* quod in procuratore diuersum est, in cuius persona rati habitio æquiparatur mandato *l. ult. C. ad SC. Maced. modo ritè & habili tempore facta sit l. pen. & tot. tit. infr. Rat. rem haber.* Vnde est quod nuncius confert verba contractus in personam domini sui *l. prox. infr. Procurator verò in suam propriam l. 3. §. Iulianus lib. 11. supr.* Itaque si procurator quid faciat ut nuncius, placet neq; id valere, neq; quòd magis est, per rati habitioem confirmari posse, quoniam aliud procuratoris, aliud nuncij officium est. Deniq; nuncius nunquam obligatur, Procurator obligatur.

15. PAVLVVS

15. PAVLVVS libro 29. ad Edictum.

ET licet libera persona sit, per quam tibi constituit: non erit impedimentum, quod per liberam personam adquirimus: quia ministerium tantummodo hoc casu præstare videtur.

Ad l. Et licet 15.

RAT. DVB. Per liberam personam nihil acquiri nobis potest, excepta sola possessione, ut proxime diximus ex *l. 1. Cod. per quas person. nob. acquir. l. solutum 11. §. per liberam infr. de pignorat. act.* Atqui ponimus nuncij personam fuisse liberam per quam tibi constitutum est. Ergo per eiusmodi nunciam non potuit acquiri tibi actio constitutæ pecuniæ.

DEC. Nuncius nudum ministerium præstare videtur ei cuius nuncius est, nec nisi epistolam, aut ut Accursius loquitur, picam aut buccinum vice fungitur, ut diximus ad *§. prox. præced.* Ergo quemadmodum

per epistolam constitutum fieri potest, ita & per nuncium, in eoque differt nuncius à procuratore *l. eum qui 5. §. Iulianus libro vndecimo supr.* vbi etiam diximus. Et certè quodcumque per epistolam fieri potest, etiam per nuncium possumus expedire *l. sed & interpellatur 49. §. 1. supr. de recept. l. 1. §. ultim. infr. de contr. empt. l. 2. §. penult. de obligat. & action.* Et longè aliud est, per liberam personam acquiri, aliud verò officium impleri *l. si quis solutioni 24. §. 1. infr. de iur. l. 3. in princip. infr. Quod vi aut clam.* Vnde tamen ne hic deest negatio in illis verbis *non erit impedimento quòd per liberam personam acquirimus*, legendum enim potius est *non acquirimus nisi verbum illud acquirimus* malit quis explicare *pro acquirere* ut scripsi *lib. 15. coniect. cap. 3.* vbi vide.

16. VLPIANVS libro 27. ad Edictum.

SI duo, quasi duo rei, constituerimus: vel cum altero agi poterit in solidum.

Ad l. Si duo 16.

RAT. DVB. Verba edicti prætoris de constituta pecunia concepta sunt in singulari numero, de eo qui pecuniam debitam soluturum se constituit *l. 1. §. 1. supr.* Ergo si duo quasi correi debendi constituerint se soluturos, ad hoc edictum non pertinent, hæc saltem, ut directa actione conueniri non possint, aut si pertineant, dicendum est singulos ex eiusmodi constituto non nisi in vitiles teneri, ut in *l. reos 11. §. cum tabulis infr. De duob. reis.*

DEC. Correi siue debendi siue credendi sunt ex quolibet contractu, & ex quolibet causa quæ apta sit producere actionem *l. eandem rem eod. titu.* Atqui causa constituti licet non sit iusta, civili iure, cui incognita est, iusta tamen est apud prætorem qui ex constituto dat honorariam actionem, non

minus quàm ex stipulatione aut ex alio quolibet contractu, civilem. Ergo etiam per constitutum non minus quàm per stipulationem, aliumve contractum possunt fieri duo pluresve correi siue debendi siue credendi: scilicet cum hoc actum est, ut vel singuli solidum debeant, vel singuli in solidum debeatur. Nec enim aliter correi fiunt, sed obligatio inter omnes pro virilibus scinditur *dict. §. cum tabulis & l. 3. in princip. & pass. eodem tit.* Nec quod constituta rei civili incognita sunt, ad rem facit, cum etiam stipulationum prætoriarum duo rei fieri possunt *l. stipulationum 14. eodem tit.* Ergo habebunt hi correi sicut & reliqui beneficium diuisionis ex epistola Diui Hadriani si pro alio constituerint, si vero pro se beneficium suæ constitutionis Nouell. 99. de duobus reis *cap. 1. & l. ultim. Cod. hoc tit.* ut Accursius hic notat.

1 ¶ Sed & certo loco, & tempore constituere quis potest, nec solum eo loco posse eum petere vbi, ei constitutum est: sed exemplo arbitrariæ actionis, vbi que potest.

Ad §. 1. Sed & certo loco.

RAT. DVB. Constituta ideo à prætore introducta sunt, quia graue est fidem fallere *l. 1. in princ. supr.* Atqui inuenta erit ratio frangendæ fidei in constituto data, si permittatur constituere certo loco. Ita enim fiet ut nunquam conueniri possit de constituta pecunia is qui constituit, nempe si ad locum illud constituto comprehensum accedere nunquam velit, siue data opera id faciat siue aliis detentus negotiis, nec alibi tamen soluere velit *l. 1. supr. tit. prox.* Ergo non est inducendum, ut certo loco præcisè quis constituat se soluturum, neque rursum, ut certo tempore, cum constituta potissimum inducta

fuerint ob eas pecunias quæ nondum peti possunt *l. 3. §. ult. supr.* Quod autem certo tempore soluturum constituitur, non magis ante diem peti potest, quàm si ex stipulatione deberetur. Totum enim medium tempus semper liberum promissori ad solvendum datum esse intelligitur *l. stipulatio ista 38. §. inter l. qui hoc anno 42. l. liber homo 118. §. decem hodie de verb. oblig. l. quod certa 70. infr. de solut.* Ergo neque certo loco neque certo tempore coartari debet constitutum, ut aliqua, & certa eius utilitas esse possit.

DEC. Non sunt coartandæ neque impediendæ hominum liberæ voluntates, & conventiones, cum fieri possit, ut quis constituat se soluturum certo loco & tempore, qui aliter non fuerit constitutus

BB b 2

Tom. III.

argum. leg. vltim. Codic. de pact. iur. empt. & vendit. Satisque esse debet, quod non ideo constitutum inuitum futurum sit, non solum si certo tempore constitutum sit, vt diximus ad *dict. leg. 3. §. vltim.* Sed etiam si certo loco, quia non eo minus poterit constituta pecunia vbique peti, & quocunque loco, *exemplo arbitrariae actionis* vt Vlpianus hinc scribit, quod nostri omnes ne excepto quidem Cuiacio sic intelligunt, vt hoc casu arbitraria sit actio, quae datur ex constituto, peiinde ac si competeret ex stipulatione, aut ex testamento: quasi fieri nequeat, vt qui certo loco se soluturum constituit, vbique conueniri possit nisi per arbitrariam *argum. leg. prim. supr. De eo quod cert. loc.* Sed nos contra sentimus ex ipsis Vlpiani nostri verbis, actionem hanc per quam constituens conueniri vbique potest, non tam esse arbitrariam, quam exemplo arbitrariae actionis comparatam: quia sicut is qui ex contractu bonae fidei certo loco dare se obligauit, conueniri quocunque alio loco potest, nec id tamen per arbitrariam, sed per actionem bonae fidei ex eo contractu competentem, tanquam sufficiente sola actionis natura & equitate *leg. in bona fidei 7.* vbi diximus *ead. tit.* Ita & in actione De constituta

pecunia, quae praetoria est, & ex mera equitate Praetoris comparata, nil necesse est, arbitriam actionem inducere, cum sufficere possit equitas actionis & Praetoris ad obligandum constituentem, vt si non soluat in loco destinato quam primum potest, quocunque alio loco videri possit ad solutionem, quemadmodum si constituisset se soluturum quocunque loco inuentus esset, ne in ipsius potestate sit fidem frangere, quod contra mentem Praetoris & propositum edicti esset. Ergo quemadmodum in actione arbitraria loci utilitas aestimanda esset in fauorem eius per quem non stetit, quominus suo loco solueretur, ita & in hac constituta pecuniae actione exemplo arbitrariae actionis eadem utilitas loci aestimanda erit, aut pro actore, aut pro reo, prout aequitas suggeret, quam habere ante oculos debet iudex, qui de actione ista cognoscet non minus quam qui arbitrariae actioni additus est *l. 4. in fin. supr. eod. tit. prox.* Cum enim actio haec ad exemplum arbitrariae actionis comparata sit, vt Vlpianus ait, quamuis non sit ipsa arbitraria, easdem tamen praestaciones recipit ex bona fide & aequitate, quas arbitraria recipere officio iudicis. Scripsi pluribus in *Error. 6. De cad. 91. de error. pragmatic. & interpret. iur.* Vbi vide.

2 ¶ Ait Praetor: *Si appareat eum, qui constituit, neque soluisse, neque fecisse, neque per actorem stuisse, quominus fieret quod constitutum est.*

Ad §. 2. Ait Praetor.

Proponuntur in hoc §. verba edicti *De constituta pecunia*, sed manca tamen & mutila, quae causam actionis danda duntaxat continent, illam scilicet si appareat eum qui constituit se soluturum aliquid, aut facturum, neque soluisse, neque fecisse quod promissit, neque per actorem stuisse quominus fieret quod constitutum est. Sed quid praetor eo edicto pollicitus sit, non constat. Accursius sic intelligit post Azonem, ac si Praetor adiecisset *reum satisfacere cogam.* Quod Bartolus reprehendit: nec male, quia, inquit, ex his verbis non ostenditur actio De constituta pecunia, sed officium iudicis, quod ille accipit pro cognitione Praetoria, de qua in *l. quod si minor 24. §. vltim. supr. de minor. & tor. rit. De var. & extraord. cognit.* Itaque sic supplenda sunt potius verba edicti, vt subintelligamus vulgarem clausulam, quae in ceteris edictis ad-

di solet *iudicium dabo.* Expediri enim questio haec constituta pecuniae actione ordinaria, non cognitione praetoria. Sunt enim quaedam causa duntaxat, de quibus Praetor ipse cognoscit, qualis illa est De integrum restitutione minorum, de qua sic Praetor edixit, *vti quoque res erit animaduertam leg. prim. dict. leg. quod si minor. vigesim. quart. paragraph. vltim.* vbi diximus *supr. De minor.* Item causa status & liberalis, de qua in *Titul. De liber. caus. leg. non distinguemus 32. §. de liberali supr. De recept. Qui arbit. recep.* Sed ab his causis multum distat causa constituta pecuniae, ideoque passim actio appellatur, vt intelligamus eam expediri per formulam & per iudicem pedaneum, dandum a Praetore post litem contestatam, quae fuit vetus ratio exercendorum iudiciorum omnium, quae idcirco ordinaria dicebantur ante *leg. secund. Cod. de pedan. iudicib. & Titul. Codic. De formul. & imperi. action. sublat.* Iunge *Titulum De variis & extraordin. cognit.*

3 ¶ Ergo si non stetit, per actorem, tenet actio: etiam si per rerum naturam stetit, sed magis dicendum est, subueniri reo debere.

Ad §. 3. Ergo si non stetit.

RAT. DVV. Non tenetur debitor de interitu rei debita, nisi post moram ipsius debitoris contingente *leg. si ex legati vigesim. tert. & leg. seq. leg. si seruum 91. paragraph. sequitur infr. De verbor. obligat. leg. cum res 47. De legat. 1.* Atqui fieri potest, vt res quam quis se daturum constituerit, suo fato

perierit, nulla praecedente mora promissoris. Ergo quamuis verum sit hoc casu non dedisse promissorem, nec fecisse quod promiserat, nec per actorem stetit, quominus fecerit, dicendum est liberari constituentem, nec teneri de constituta pecunia, ne quidem ipso iure: & vt nostri loquuntur, de rigore iuris. De c. Ita quidem est ex ratione iuris, sed aliud tamen ex ver-

ex verbis edicti, cum polliceatur Praetor actionem se daturum *de constituta pecunia*, si neque constituens dederit vel fecerit id quod constituit, neque per actorem steterit. Quae omnes condiciones non eodem modo implentur, quod res debita postmodum facto suo perierit citra moram. Sed tamen bene subiungit Vlpianus, subueniendum esse huic constituenti, si post rem facto suo peremptam nulla mora interueniente ex constituto conueniatur. Quomodo autem ei subueniatur? Data scilicet illi exceptione aut potius iusta edicti interpretatione, vt subiicitur in *l. seq. vt quod verbis edicti comprehensum est, interpretationem accipiat ex mente Praetoris*, quem non est existimandum in proponenda huiusmodi actione, quae tota est ex bono & aequo, & ex bona fide, aliquid iniqui edicere & decernere voluisse. Eset autem iniquum constituentem per quem non stetit, quominus constituto satisficeret, & qui moram non fecit teneri de casu fortuito, ob hoc solutum, quod nec steterit per actorem, cum debitor factum praestare numquam debeat, vt nec alius quicumque si mora nulla praecesserit *l. contractus 23. in fi. de reg. iur. l. pignus 9. C. de pignor. act.* non idem esset, si de

legis alicuius durioris interpretatione ageretur. Nec enim prudentibus liceret, at nec ipsi Praetori eam verbis repugnantibus interpretatione mollire, quia quantumvis dura seruanda esset, quomodo scripta legeretur *l. prospexit 12. infr. Qui & a quib. manum.* Inter ius namque & aequitatem positam interpretationem soli Principi licet inspicere *l. 1. C. de legib.* ac Praetor edictum suum interpretari potest, eius si quidem est interpretari cuius est condere *l. vlt. eod. tit.* nec tamen interpretatio Praetoris interpretationem prudentum excludit: neque verò praetoribus omnibus eadem fuit mens & industria concipiendi edicti verbis conuenientibus, vt constat ex hoc §. & ex *l. ait Praetor 5. infr. De re iudic.* Melius enim dixisset Praetor in hoc edicto, si promissor fuerit in mora dandi vel faciendi, vt Bartolus ad *§. seq. explicat.* Non vt simplex abnuntium sufficiat, quomodo loquitur Paulus in *l. inter stipulantes 83. in princ. de verb. oblig.* id est datum vel factum non esse: quod sufficeret si simplex condicio esset, quam promissio & dispositio nulla praecessisset vt in *l. in illa 8. eod. tit. secundam distinctionem eiusdem Bartoli ex l. si homo mortuus 69. eod. l. si plenum 24. infr. quand. dies legat. eod. §.*

4 ¶ Haec autem verba praetoris, *neque fecisse cum quod constituit*: vt trum ad tempus constituti pertineant, an verò vsque ad litem contestationem trahamus, dubitari potest, & puto, ad tempus constituti.

Ad §. vlt. Haec autem verba.

RAT. DVV. Cum Praetor actionem constituta pecuniae pollicetur, & daturum se iudicium, si appareat constituentem neque dedisse, neque fecisse id quod constituit, aperte significat a contrario sensu, non daturum se actionem, si eo tempore petatur quo paratus sit constituens vel dare vel facere quod promissit. Ad quid enim peteretur contra eum actio, nisi vt quod constituisset dare vel facere cogatur? Cur verò iudicium accipere cogamuseum qui paratus sit praestare, quod debet? *l. si reus 71. supr. de procurat. l. si debitori 21. supr. de iudic.* Atqui non datur nec postulatur actio, nisi post litem contestatam. Ideoque in libris nostris tempus litem contestatae vel accipiendi, acceptivae iudicij idem est. Ergo haec verba edicti non ad id tempus referenda sunt, quo promissor soluere ex constituto debuit, sed ad tempus vsque litem contestatae trahenda. De c. Verba edicti sicut de constituto loquuntur, ita &

de eo tempore intelligi debent, non quo constitutum factum est, sed in quod solutio per constitutum collata est, siue tempus illud in constituto expressum sit, vt in principio huius legis, siue tacite subintelligi debeat, ne constituens eodem instanti & obligationem & moram contraxisset intelligatur *l. promissor 21. §. 1. vbi dicimus infr. hoc tit.* quomodo & Accursius noster bene interpretatur: ergo si eo tempore promissor neque dederit, neque fecerit, quod se daturum vel facturum constituerat, negari non potest, quin ex verbis edicti actio danda sit, quasi impleta condicione sub qua Praetor actionem pollicetur. Verum enim est neque datum neque factum fuisse eo tempore quo dari vel fieri debuisset. Spectandum si quidem est nouissimum tempus, quo id dari vel fieri potuerit *l. si Calendii 11. infr. De re iudic.* Ex aequitate tamen reo subueniendum est, si alia die offerat, & quocumque ante litem contestatam vt subiicitur in *l. seq.* quasi purgata mora, dum ne adhuc quicquam interesse ceperit creditoris, vt mox dicemus,

17. PAVLVS libro 29 ad Edictum.

Sed & si alia die offerat, nec actor accipere voluit, nec vlla causa iusta fuit non accipiendi: aequum est, succurri reo, aut exceptione, aut iusta interpretatione: vt factum actoris vsque ad tempus iudicij ipsi noceat: vt illa verba, *neque fecisse*, hoc significant, vt neque in diem, in quem constituit, fecerit, neque postea.

Ad l. Sed est alia die 17.

RAT. DVV. Mora quae ex lapsu diei contingit ipso iure, purgari postea non potest, vt diximus ad *l. quod si Ephesi 4. supr. Tit. prox. ex l. si Calendii 11. infr. de re iudic.* Ergo is qui constituit certo tempore se soluturum, si eo tempore non soluerit, audiendus non est, si alia die offerat, & purgare moram velit, ac pro-

inde omnimodo teneri debet *de constituta pecunia ex edicto*, cuius verba id omnino euincunt vt diximus ad *§. prox. supr. Dec.* Sicuti praetoriae stipulationes recipiunt interpretationem ex mente Praetoris, in eoque differunt a conuenionalibus *l. in conuenionalibus quinquagesim. secund. infr. de verbor. obligat.* ita & actiones Praetoriae, quae ex edicti verbis proficiuntur. Praetoris enim est interpretari

qua mente quid dixerit, præsertim ne quid contra æquitate edixisse aut decreuisse videatur. Cû itaq; fuerit liberum Prætori actione constituta pecunie ab initio inducere, vel non inducere, potuit utriusque quibus voluit legibus & condicionibus eam inducere ac proinde sub ea demum conditione, si constituens neque dederit neque fecerit intra tempus præstitutum, neque postea ad tempus usque litis contestatæ. Neque tamen Prætor moræ purgationem omnimodo permisit, sed ita demum si creditor iustam causam non habuit recusandæ solutionis: habet autem iustam causam si iam cœperit eius interesse, & ut loquitur Accursius, si mora ei fuerat dānosa. Generale enim & perpetuum est, ut moræ purgatio nunquam admitti debeat post elapsam diem, si iam cœperit interesse actoris. *l. est post tres 8. supr. si quis caution. l. si ita quis 133. §. scia in fin. De verb. oblig.* Quod dixerunt in ea mora cui lapsus certi temporis causam non dedit, sed negligentia tantum in faciendo eo quod fieri promissum erat, & fieri potuerat. Tunc enim purgari mora potest ad tempus usque litis contestatæ. *l. si infulam 84. eo. tit.* Indè que est quod in stipulationibus pœnalibus non admittitur purgatio moræ post præteritam diem quæ interpellauit pro homine. *l. magnam 12. Cod. de contr. & committ. stipulat.* quia negari non potest quin cœperit interesse actoris ratione commissæ pœnæ, quam committi placuit, tum quoque cû persona nulla fuit, quæ ad diem dictam posset soluere. *l. ad diem 77. De verb. obli.* In proposito autem non tam disputamus de interpretanda eorum voluntate, inter quos constitutum factum est, quam de interpretanda mente Prætoris, quomodo nimirum accipi ille voluerit ea verba edicti, neque fecisse reum quod constituit. Vult autem sic accipi acti scriptum esse in edicto, *si neque in diem in quem constituit, fecerit neque postea.* Cui interpretationi præter summam æquitatem, quæ in omnibus de mora quæstionibus maxime spectanda est. *l. si seruum 91. §. sequitur de verb. oblig.* illud etiā fauet quod in edicto Prætor adiecit, *neque per actorem steterit quominus fieret quod constitutum est. l. prox. §. ait Prætor supr.* Quibus verbis, cû actoris quoque factum Prætor notauerit, non modò inspicere voluit, an constituens fuerit in mora soluendi, sed etiam utrum actor in mora accipiendi. Est autem in mora accipiendi quædam nihil adhuc cœpit ipsius interesse, licet constitutus fuerit in mora soluendi, ut diximus. Meritò igitur noluit Prætor, ut factum actoris ipsi noceat, ad tempus usque accepti iudicij, nisi iustam causam habuerit recusandæ solutionis, id est, ut interpretati iam sumus, nisi damnum aliquod ex mora senserit, ut negari non possit eius interesse. In quo minus agit Prætor cum constituyente, qui ad diem nõ satisfecit, quam agi soleat cum eo qui ex alio suo contractu conuenitur, cui ad diem non satisfecerit. Is enim non aliter admittitur ad purgandam moram, quam si duo illa concurrant, ut neque actoris quicquam adhuc interfuit, & post paucos dies offeratur, quod ad impediendam moram offerri antè debuit. *l. est post tres & d. §. scia in fin.* at in hoc edicto admittit Prætor purgationem moræ, quantum interuallo temporis distet litis contestatio à die, intra quem constituto satisfieri debuit. Idque propter adiecta in edicto verba illa *neque per actorem steterit quominus fieret quod constitutum est, ut in quæ-*

stione quæ tota ex bono & æquo est, non minus austeritas & contumacia actoris, quàm rei mora & negligentia coerceatur. Alia quæstio est, si tractetur de ineunda æstimatione rei debitæ quæ ad certam diem solui debuit. Tunc enim præsertim inspicendam esse dicimus æstimationem, quæ fuit ea die. *l. vinum 22. supr. De reb. credit. l. ult. supr. de condic. tritic. d. l. si Calendis 11. De re iud.* Neque de purgatione moræ tractari hoc casu quicquam potest, quia non ad effectum aliquem moræ hoc referendum est, sed ad verba & substantiam obligationis. Effectus enim moræ versantur maxime circa accessiones principalis obligationis, cû de purganda mora quaritur, non circa ipsam obligationem, quia nec purgari mora vnquam potest, nisi cû omnia sunt integra: non sunt autem integra, vbi certi temporis æstimatione deberi cœpit, quæ ad aliud tempus referri non potest, quin hoc ipso immutetur. Succurrit autem hoc edicto Prætor ei qui constituto non satisfecit intra diem præstitutum, si per actorem steterit quominus re integra postea satisfactum fuerit, vel data ei exceptione contra actionem constitutæ pecuniæ, si fortè iam data sit actio: vel, quod melius est, iusta edicti interpretatione, per quam fiat, ut creditori denegetur actio. Melius enim est denegare quoties denegari iuste potest, quam sub exceptione eam concedere, ut in *l. necessariis 57. infr. de acquir. hered.* Maxime verò id obtinere debet in hac actione constitutæ pecuniæ, quæ cû sit tota ex bona fide & ex æquitate vel omnino deneganda est, vel efficax esse debet, nullique exceptioni obnoxia: quod in cæteris ferè omnibus prætoris diuersum est. Si tamen actio iam à Prætoris data sit, quod facile per obreptionem contingere potest, necessarium utique est auxilium exceptionis, neque amplius iustæ vbi interpretationi locus relinquitur. Et ita hæc verba interpretanda sunt *aut exceptione aut iusta interpretatione* non quomodo Bartolus post Azonem interpretatur, ut si pecunia, vel alia quantitas ex constituto debeatur, necessaria sit constituyente exceptio *ex l. qui decem 72. in princ. de solut.* si verò species, nulla sit necessaria exceptio, quasi liberato debitor ipso iure si post obligationem perempta sit species. Quod cœdit à Pauli sensu alienum est qui & indistinctè loquitur, & exceptionis aut iustæ interpretationis necessitatem ad eundem casum proculdubio refert. Quid? Nonne auditur reus offerens solutionem ad tempus usque sententia? Id enim est quod dici solet iudicia omnia esse absolutoria. *§. vltim. Insti. De perpet. & tempor. action.* Fateor, si modò actori in plenum satisfiat, id est non tantum debiti principalis nomine, sed etiam accessionum omnium, & expensarum litis: sed ea non moræ purgatio, at plenissima satisfactio est, ad quam nec obligatio & depositio sufficeret, ut malè videtur sentire Bartolus, quia post litem contestatam semper sera oblatio & moræ purgatio est, & necessariò exinde ad condemnationem deveniendum est, aut ad eam satisfactio in qua tantum sit, quantum fuisset in condemnatione, & plenissima litis æstimatione, si condemnari magis quam absolui debitor voluisset. Alioquin nec absolui potest, nec effugere condemnationem, si non offerat omnia, ad quæ condemnari eum oporteret.

18. VL-

18. VLP IANVS libro 27. ad Edictum.

Item illa verba prætoris, *neque per actorem steterit*, eandem recipiunt dubitationem, & Pomponius dubitat, si fortè ad diem constituti per actorem non steterit, ante stetit, vel postea. & puto, & hæc ad diem constituti referenda, proinde si valetudine impeditus, aut vi, aut tempestate, petitor non venit ipsi nocere, Pomponius scribit.

Ad l. Item illa 18.

Hæc lex continuanda est cum *§. ult. l. si duo 16. supr.* Est enim utraque ex eodem Vlpiani libro 27. ad Edictum, eandemque dubitationem continet circa interpretationem verborum huius edicti, sed *dit. §. vlt.* circa interpretationem verborum, quæ personam promissoris respiciunt *neque fecisse reum quod constituit.* Hæc autem lex circa interpretationem verborum respicientium personam actoris *neque per actorem steterit.* Tam enim illa quam hæc verba recipiunt eandem dubitationem, an ad constitutum tempus referenda sint, an trahenda usque ad tempus accepti iudicij & litis contestatæ: nisi quod non potest reus esse in mora soluendi, antequam dies venerit in quem soluturum se quis constituerat, actor verò potest etiam ante diem illum esse in mora recipiendi, fortè si ante diem reus solutionem obtulerit, & actor eam sine causa recusauerit, cû totum medium tempus liberum sit debitori ad solvendum. *l. quod certa die 70. de solut. l. stipulatio ista 38. §. inter de verb. oblig.* Idque est quod Vlpianus in hac lege scribit, *si fortè ad diem constituti per actorem non stetit ante stetit vel postea.* Sic enim legendum est, non ut vulgo ante vel postea nisi repetas dictionem *stetit* quasi ex more librarij Florentini semel tantum scriptam, & bis tamen legendam, quod non improbo. Vt quoque autem casu Vlpiani sententia est, verba edicti ad tempus constituti referenda esse, non ad tempus subsecutum ad litem usque contestatam, neque posteriora verba ad tempus quod præcesserit diem, in quem constitutum fuit. Tritum enim est qualitatem iunctam verbo intelligendam esse secundum tempus verbi. *l. 4. §. si extraneus supr. de noxal. action.* Sed tamen aliter Paulo visum est in *l. prox. supr.* Vlpiani sententiam verborum eisdem rigori conuenire, quibus prætor in concipiendo edicto usus est, sed ab æquitate alienam esse, quantum ad verba quæ personam promissoris respiciunt, si fortè post contractum à promissore moram ob non solutam sua die constitutam pecuniam, actor ipse in mora quoque sit recipiendæ post diem oblatæ solutionis. Equum enim esse actoris factum ipsi nocere usque ad tempus accepti iudicij propter verba illa in edicto addita *neque per actorem steterit*, quæ si addita non essent, aliud fortasse Paulus respondisset, ut docuimus ad legem præcedentem, quasi conuenientius sit, actori factum suum nocere, quam eisdem moram rei prodesse. At quod pertinet ad posteriora illa verba, quæ solius actoris personam respiciunt *neque per actorem steterit*, longè æquius est, cum eodem Paulo ea sic interpretari, ut factum actoris nocere ipsi debeat, non solum à quo tempore dies intra quem solui ex constituto debuerat præterierit, in tempus usque accepti iudicij, ut superiore casu, sed etiam pro tempore diem constituti

Tom. III.

præcedente, non quidem ob id solum quod creditor non adfuerit, [neque enim adesse cogebatur, nisi ei denunciasset debitor se ante tempus constituti, & tali die soluturum, ut bene docet Bartolus] sed si solutio ante diem oblata sit, & ab actore, ut diximus, recusata sine causa. Equum enim certè fuit, fauere prætoris reo, quem contra iuris civilis & prætorij communes regulas actio e constitutæ pecuniæ ex nudo pacto conueniri patitur, quam actori hanc actionem postulanti si fortè factum ipsius aliquod in recusanda solutione interuenierit, quod excusationem nullam mereatur: quod in cæteris creditoribus non similiter inducendum fuit, qui ex iusto aliquo contractu, aut alio iure actionem sibi, non ex mera prætoris indulgentia quæsiuerunt. Itaque licet ad hunc casum supradicta Pauli sententia non pertineat, ratio tamen æquitatis qua Paulus mouetur, maior est in hoc casu, ut dixi quam in superiore. Neque est quod cum Accursio & Bartolo diuinemus eum casum tractari ab Vlpiano, in quo tempus adiectum sit gratia creditoris, ut in *l. si ita scriptum 45. §. Pegasus de legat. 2. l. 3. §. cum Pollidius de iur. l. Lauolentus alias l. eum qui 15. de ann. legat.* Sed si cum Vlpiano contra Paulum sentire quis velit, eum necesse est ad rationem illam omnino confugere, quam pro eodem Vlpiano attulimus, quod verba edicti sicut ad constitutum expressè relata sunt, ita & ad tempus in quod reus soluturum se constituit, referenda sint. Planè in eo quod Vlpianus hic subiicit, si actor valetudine impeditus aut vi aut tempestate ad diem constituti non venerit, nocere id debere actori, non dissentit à Paulo Nam si id quoque tempus spectari Paulus voluit, quod constituto præstitutum aut præcederet aut sequeretur, multo utique magis illud ipsum spectari voluit in quod solutio per constitutum collata fuit. Sed tota dissensio Vlpiani & Pauli ad eos casus pertinet, in quibus non steterit quidem per actorem quominus ad diem constituti solutionem acciperet, sed ante tamen steterit vel postea. Vlpiani sententia ex rigore verborum edicti verior est, sed Pauli ex sententia & æquitate edicti longè humanior & iustior. Et hæc quidem ad hos Vlpiani & Pauli locos dixisse sufficeret, nisi nos Accursius & Bartolus cogere aliquod d. c. de quæstionibus quas illi de mora hæc tractat, sunt enim viles & in quibus si quando occurrant, solent nostri ad Bartoli distinctiones quas in hanc legem adfert, confugere, non observantes quod obseruandum præcipue fuit, non tam tractari hæc de mora generaliter, quam de interpretatione & effectu verborum edicti huius de constituta pecunia. Et verò illud falsum est quod primum Bartolus notat, si generaliter intelligatur, actorem esse in mora recipiendi, si ad diem non venerit in locum solutioni destinatum. Quid enim si nec debitor ipse venerit? Neuter in mora est si Bartolo credimus *numer. 11. ex l. arbiter Calendis 403*

BBb 4

supr. de recept. [et si eius legis alia longè ratio est, vt infra dicemus] Aut si bene sentio, solus debitor hoc casu erit in mora *arg. l. si & per emptorem 51. infr. de action. empt.* Esse enim debet aliquis qui paratus sit soluere, vt creditor in mora constituatur, at non aliquis etiam qui paratus sit accipere, vt debitor contraxisse moram videatur: quemadmodum enim nihil potest imputari debitori qui non habuit cui solueret *l. pecunia 9. §. vlt. l. cum quidam 17. §. si pupillo infr. de vsur. l. vlt. infr. de leg. commiss.* Ita potest ei imputari si habuit cui solueret, & quem adire potuerit si voluisset. At non item debitori cur ad diem non venerit, vt acciperet solutionem, quam nemo offerebat. Ideoque ponendum esset in hac lege oblatam fuisse ad diem constituti pecuniam, & ab actore recusatam, vt saltem paratum fuisse debitorem soluere, creditorem verò ad diem non venisse, vt creditori aliqua imputari mora posset, si non facerent verba edicti contra actorem, quem prætor voluit venire omnimodo ad diem ne per ipsum stetit videretur: sed illud tamen etiam obseruandum est, parum interesse debitoris an creditor moram contraxerit, necne, dummodò ipse debitor non sit in mora, quantum ad hoc, vt periculum rei debita pertineat ad actorem: nunquam enim transfertur in debitorem, nisi ipse in mora fuerit *l. si ex legati 23. & seq. de verb. oblig.* nec mora actoris facit meliorem debitoris conditionem, nisi cum ipse quoque debitor ante fuit in mora. Ea namque purganda necessariorum est, vt debitor in quem periculum semel translatus est, ab eo rursus in creditorem transferatur: quod non melius fieri potest, quam si creditor ipse in mora constituatur. Posterior enim mora semper nocet *l. illud 17. infr. de peric. & commod. rei vendit. l. si seruum 91. §. sequitur de verb. oblig. l. qui decem 72. in princ. & §. 1. de solut.* Eademque distinctio adhibenda est, cum queritur, de quo hinc Bartolus potissimum queritur, an debitor ire debeat ad domum creditoris, an potius creditor ad domum debitoris, nam quemadmodum quoties in mora debitor constitutus est per interpellationem, necessariorum ad eundem est debitor, vt interpellatur, vel in persona sua vel in suo domicilio [debet enim fieri interpellatio congruo loco & congruo tempore *l. mora 32. infr. de vsur.*] ita & cum debitor moram contraxit, si purgare eam velit, certum est, debere illum ire ad domum creditoris, vt quod debet, offerat, & ita in posteriore mora constituatur creditorem. Idemque iuris est si creditor prior moram in accipiendo contraxerit: debet enim postea debitorem adire ad purgandam moram, eumque in mora soluendi constituere: denique eius est qui offerre debet, vt aduersarium prius adeat, & perquirat ne in mora ipse constituatur aut retineatur non offerendo: id est quod si mora non per interpellationem contrahenda sit, sed per solum lapsum temporis in obligatione appositum, ad debitorem ea res pertinet extra causam huius edicti, vt creditorem adire debeat ad offerendam ei solutionem, ne alioqui solus diei lapsus in mora eum constituat cum eo casu dies interpellat pro homine *l. magnam 12. C. de contr. & committ. stipulat.* que licet ad eam maximè speciem pertineat, quæ pœnam contineat, si ad diem satisfactum non erit. Nolim tamen existimare quod interpres, quod illi ex ea lege inferunt, in causis tantum pœnalis diem interpellare pro homine, sed generaliter intelligi id volo, in pœnalis verò causis hoc tantum speciale esse, quod ea mora purgari

non potest, quia nec purgari posset, si nulla stipulationi subiecta pœna cœpisset actoris interesse, vt diximus ad *l. præced. ex l. et post tres 8. supr. si quis caution. l. si ita quis 115. §. Scia in fin. de verb. oblig.* Pœna autem adiecta vice eius est, quod interest siue quod adiecta plerumque credatur ad taxandum id quod interest *l. vlt. infr. de stipul. prætori, siue quod cum pœna adiecta est, non sit querendum an interstit, sed tantum quænam sit quantitas & condicio stipulationis *l. stipulatio ista 38. §. alteri. ad diem 77. de verb. oblig.* Cum ergo dies interpellat semper pro homine, cœsequens omnino est, vt debitor tanquam interpellatus, & hoc ipso in mora constitutus, creditorem debeat adire & ipsi offerre, non modò ad purgandam moram, sed etiam ad eam impediendam *l. 2. C. de iur. empir. l. forma 4. §. is verò infr. de consub.* nec aliud est siue debitor, siue creditor aliquid ius contra aduersarium acquirere sibi velit. Tunc enim proficisci omnino ad aduersarium debet *l. pen. §. vlt. de condit. & demonstr. l. vlt. C. de condit. insert.* Aliud enim est velle se tantum exonerare, aliud verò ius aliquod sibi velle acquirere, vt & Bartolus bene distinguit: sed non æquè facile probare possum, quod Accursius, Bartolus, & post eos ceteri distinguunt, an debitor & creditor sint eiusdem fori, necne, vt si non sint eiusdem fori, non cogatur debitor ire ad domum creditoris, ne quidem iis casibus quibus alioqui cogeretur, nec pariter creditor ad domum debitoris. Quod et si ex hoc vnico textu probari voluit, in illis verbis *petitor non venit*, mihi tamen suspecta probatio est, qui video iuris huius speciale esse rationem propter verba edicti, quæ non solum exigunt, vt per constituentem factum sit, quominus sua die solueret, sed etiam vt non steterit per actorem. Stetit autem videtur si ad solutionis locum non venerit, quamuis nec reus ipse venerit. Stat enim hoc casu per vnumque. At in cæteris causis sufficit promissorem non fecisse quod debuit, licet nec actor ex parte sua quicquam fecerit *l. ad diem 77. de oblig. & action. & l. magnam 12. Cod. de contr. & committ. stipulat.* Rationem differentie attulimus in superioribus, vt constituentem qui in eo grauat, quod contra iuris & ciuilibus & prætorij regulas ex pacto nudo conuenitur, in alio releuetur, ne tam facile conueniri ex mora sua possit *arg. l. eum qui 30. supr. de iure iur.* Sed alia quoque addi potest, que mihi vt specialior ita & conuenientior videtur, quod in cæteris causis obligatio præcedit moram, id est quod solumus dicere nullam ibi moram fieri, vbi nulla petitio est *l. si pupillus 127. de verb. oblig. l. nulla 88. de regul. iur.* At in actione illa constituta pecuniæ speciale est, vt non aliter eam polliceatur prætor, quam si constitutus in mora fuerit præstandi quod promissit: dat enim illam prætor in pœnam fractæ fidei, quia graue est fidem fallere *l. 1. in princip. supr.* Vnde & ratio dubitandi petenda est ad *§. penult. infr.* Non autem videri potest constitutus fidem fecisse, si per actorem quoque steterit, quominus constituto satisfieret: scio nihil posse imputari promissori, si non habuit, cui solueret *l. pecunia §. vlt. & l. cum quidam §. si pupillo infr. de vsur.* Sed non eo minus habet debitor cui soluat, aut cui offerat, quod in alio foro & in alia etiam, si voles, prouincia creditorem perquirere compellatur. Et si non nisi cum aliquo suo incommodo & vitæ periculo id facere possit, vt in *dict. l. vlt. Cod. de condit. insert. dict. l. pen. §. vlt. de condit. & demonstr. dict. l. vlt. infr. de leg. commiss.* Itaque vt excusetur debitor à mora, non sufficit vt aliquem difficultatis prætextum*

prætextum possit obtinere, sed necesse est, vt probet in sua potestate non fuisse, vt satisficeret nec dolo eius malo quicquam factum fuisse, si modò iusta aliqua causa fuerit propter quam intelligere deberet se dare oportere, vt scriptum est in *l. quod re 5. supr. de reb. credit. & in l. vlt. §. pen. infr. de leg. Rhod. de iact.* Nec satis mirari possum quod Bartolus ex iis locis probat difficultatem soluendi excusare à mora, cum ex iis ipsis contrarium dilertè probetur, & sola impossibilitas excipitur, vt diximus & ex *l. conuictus 137. §. illud de verb. oblig.* vbi dicitur difficultatem præstationis multum recedere ab impedimento naturali, neque excusare debitorem. Et verò nec Bartolus ipse diffinitur creditorem non posse excusari à mora propter difficultatem, idque probari optimè ex hac lege, sed rationem diuersitatis querit ex eo quod certat actor de lucro captando, reus autem de damno vitando: quod est ridiculum. Nam præter id quod omnes actiones rei persecutorie nihil nisi meram indemnitatem, & id quod ex patrimonio abest, persequuntur *l. in honorariis 35. de oblig. & action.* Certat potius debitor de lucro captando, quoties periculum, quod per moram suam in se transtulit, transferre vult in actorem: cui proinde non est imputandum, sed moræ ipsius debitoris, quod ab eo die quo per reum stetit quominus solueret periculum cœperit esse debitoris, nisi cum actor fuit in mora accipiendi *dict. l. illud supr. de peric. & commod. rei vendit.* Sed & quis obsecro, diuinaabit cum Accursio & Bartolo, actorem in specie huius legis fuisse diuersi fori? Quid enim vetat creditorem ruri agentem aut in alia ciuitate eiusdem fori, aut valitudine aut vi maiore aut tempestate impedimentum fuisse, ne ad debitorem præstitura die posset accedere? Quo tamen etiam casu, an non perinde huic legi locus erit? Aut si neges, ea fortassis ratione, quod potuerit creditor mittere procuratorem [et si non esse illam bonam rationem satis locus hic indicat] an non idem dici poterit, etiam si in alio foro creditor degere proponatur? Alioqui si mercator Camberienfis centum debeat mercatori Lugdunensi soluenda nundinis Lugdunensibus proximis, dicendum erit non fore in mora mercatorem Camberiensem, etiam si Lugdunum profectus non sit, aut profectus quidem sit, sed sine pecuniis, si neque mercator Lugdunensis fuerit Lugduni, fortassis in villa aliqua Sebustianæ meæ prouinciæ detentus aduersa valetudine, & impeditus. Quod et si Bartolus ita esse putat ex *dict. l. arbitrer Calendis 40. supr. de recept.* Ego tamen non probo, nisi protestatus sit debitor paratum se fuisse soluere, si creditorem Lugduni inuenisset, sacculo cum pecunia signatorum signis obsignato, vt in *d. l. vltim. de leg. commiss.* vt ea obsignatio non tantum vinum obligationis haberet, sed etiam solutionis *l. acceptam 19. C. de vsur. l. obsignatione 9. C. de solut.* Nec simile est quod Pomponius respondit in *dict. l. arbitrer*, pœnam compromissi non committi si ante diem compromissi arbiter decesserit, etiam si alteruter litigantium, qui ambo adesse iussi fuerant non adfuerit, quemadmodum, inquit, si per stipulatorem stetit quominus acciperet. Hic enim posterior casus præsupponit per promissorem non stetit quominus daret. Si enim per eum steterit, querendum non est, an steterit etiam per actorem extra causam huius edicti *d. l. si per emptorem 51. infr. de action. empt.* Prior verò casus, quo arbitrer ante diem decesserit, nihil simile habet cum nostra quaestione, non solum quoniam arbitrer

in ea specie vtrumque litigatorem adesse iusserat. Ius autem nostrum non iubet adesse creditorem, vt debitor per lapsum diei in mora constituatur *dict. l. magnam 12. C. de contr. & committ. stipul. d. l. ad diem 77. de verb. obligat.* Sed etiam quia per arbitrium ipsum, & eius obitum steterit quominus ad diem dictam ferri sententia potuisset, quamuis vterque litigatorum adfuisse: planè si ad diem in quem constitutus soluere debuerat, neque constitutus ipse adfuerit, neque creditor, actioni quidem de constituta pecunia locus esse propter edicti verba non poterit, sed tamen non idcirco potestas constituti sublata erit, sed necesse habebit creditor promissorem interpellare, vt eum in mora noua constituat, seque paratum probet accipere solutionem, quo casu perinde constitutus actione de constituta pecunia tenebitur, ac si ad diem constituti solus debitor moram contraxisset, nec per actorem quoque steterit. Alioqui mora debitoris prodesse ei ad tollendam obligationem quod esset iniquum. Nemo enim factio suo propriam obligationem potest tollere *l. si seruum 91. §. nunc videamus de verb. oblig.* nec sua cuiquam frustratio prodelle debet *l. hominem 3. infr. de mandat. l. in condemnatione 173. §. pen. de regul. iur.* Multo magis creditor qui ad diem non venit, & per quem ideo stetit videtur, quominus constituto satisfactum fuerit, interpellare debitorem poterit, vt soluat, sic enim fiet, vt sua ei mora noceat tantum in eo, quod amisit commodum diei quæ in constituto adposita fuerat, & quæ pro eo interpellasset, si non per ipsum similiter atque per reum steterit *d. l. magnam.* Noua igitur & alia indiget interpellatione quam ipse faciat non dies *arg. l. Titia Seio 87. §. vsur. de legat. 2.* quemadmodum si ipse primum interpellasset, deinde repetendi debiti instantiam omisit, quo casu nulla prioris moræ ratio haberi posset *l. mora 32. in princip. infr. de vsur.* Et ita bene Bartolus *num. 7. & 11.* In summa nunquam denegandum est ei, qui moram contraxit, quantumuis in culpa sit, quamuis aduersarium interpellat, vt eum in mora ipse constituat. Est enim hæc ratio omnium optima purgandæ moræ, si aduersarius in posteriore mora constitui possit, quia semper posterior tollit & purgat priorem *d. l. illud 17. de peric. & commod. rei vendit. l. qui decem 72. in princip. & §. 1. de solut.* Ceteræ quaestiones quas hinc adfert Bartolus, an hac parte eiusdem fore esse intelligatur ij tantum qui sunt eiusdem ciuitatis, an verò illi qui sunt diuinitate eiusdem prouinciæ, prorsus inutiles sunt, postquam negamus quicquam referre an eiusdem sint, an diuersi fori. Illud plausibile est, quod docet Bartolus, has omnes de mora quaestiones, quia plus ferè habent facti quam iuris *d. l. mora 32. de vsur.* pondere maximè ex bono & æquo, id est quod in iis cauendum esse diligenter ne sub autoritate iuris scientiæ petuicose erretur, vt elegit inter Celsus adolescens dicebat quem Paulus refert in *dict. l. si seruum 91. §. sequitur de verb. oblig.* Multa enim possunt incidere ex diuersitate temporum, locorum, & personarum, quæ suadeant in huiusmodi quaestionibus omnibus aliter atque aliter responderi: sed & illa Bartoli distinctio non displicet, an quis debitor sit generis supremi, an subalterni, vt priorè casu si puta debeat vinum aut frumentum, in genere cogatur ire ad domum debitoris, & debitam quantitatem eo portare, & quidem suis sumptibus, posteriore verò casu, si quis debeat fortè decem salmas vini de tali vegete, vt ipse loquitur, vel de tali vinea, cogatur creditor

ire ad domum debitoris, & suis sumptibus exigere ac transuhere quod sibi debetur, quasi hoc casu non tam genus quam species aliqua deberi videatur, quæ proinde præstanda sit, ubi est, nisi aliud cõuenerit, aut nisi aliò translata sit dolo malo debitoris, ut difficiliorem creditori faceret debiti exactiõnem & persecutiõnem *l. cum res 47. de legat. 1. Et si lo-*

I Quod adicitur, *Eamque pecuniam, cum constituebatur, debitam fuisse*: interpretationem pleniorẽ exigit. nam primum illud efficit, ut si quid tunc debitum fuit, cum constitueretur, nunc non sit, nihilominus teneat constitutum: quia retrorsum se actio refert. Proinde & temporali actione obligatum, constitutendo, Celsus & Iulianus scribunt teneri debere: licet post constitutum dies temporalis actionis exierit. Quare & si post tempus obligationis se soluturum constituerit, adhuc idem Iulianus putat: quoniam eo tempore constituit, quo erat obligatus: licet in id tempus, quo non tenebatur.

Ad §. 1. Quod adicitur.

RAT. DV B. Non videtur obsignatum quod non durat obsignatum, nec in rem verum quod non durat verum *l. si pro parte 10. §. verum in fr. de in rem vers.* Ergo nec videtur debitum, quod non durat debitum. Quando verò magis requiritur, ut sit debitum, quam eo tempore quo soluitur? Alioqui conditio indebiti locum habet si quod solutum est, indebitum fuerit solutionis tempore, licet antea debitum fuerit, ut diximus *pass. ad Tit. de condit. in deb. sup.* At qui ut nascatur actio de constituta pecunia debitam oportet esse pecuniam, quæ constituta est *l. 1. §. debitum l. eum qui 5. §. quod exigimus l. hæc nunc 11. & pass. sup.* Ergo etiam si id quod constitutum est, debitum fuerit, cum constituebatur, si tamen nunc non sit debitum, non debet tenere constitutum, quia ad eum casum res peruenit, à quo incipere non potuit *l. quia in eum casum 16. sup. ad leg. Aquil. l. 3. in fr. de his que pro non script. habent. l. debitor 82. delegat. 2.* Proinde si is qui temporali actione obstrictus erat, puta redhibitoria, quæ finitur sex mensibus *l. cum sex 55. & pass. in fr. de adilit. edict.* constituerit se soluturum, non debet teneri si post constitutum dies temporalis actionis exierit ante impetratã actionẽ constitutã pecuniã, præsertim cum in proposito actio de constituta pecunia videatur subrogata in locum redhibitoria: Dici autem soleat subrogaram actionem eius naturam induere in cuius locum subrogata est *vulg. l. si quis eum 10. §. qui iniuriarum sup. si quis cautio. l. 1. §. si quis sub condicione in fr. ut legat. seu fideic. seruand. caus. caueat.* Adde quod præscribens vulgò creditur à nostris similis esse soluenti, & ei qui satisfecit, cum habeat quod obiciat petitori, ex *l. si pupillus 45. in fr. de admin. tutor.* Si autem debitor soluisset, etiam à constituti obligatione liberatus esset, siquidem solutione tollitur omnis obligatio etiam naturalis & ciuiliis. Quanto magis honoraria?

Dec. Actio constitutæ pecuniæ refert se retrorsum ad tempus constituti, id est, quo constitutum factum est, propter illa verba edicti *si appareat eam pecuniam, cum constituebatur, debitam fuisse*, quemadmodum & aliæ sunt actiones, quæ retrorsum se referunt, sed ad iudicij accipiendi tempus, nec illud egrediuntur, ut conditio furtiua, aliæ quæ egre-

diuntur, ut actio legis Aquiliæ de quibus in *l. 2. §. questum in fr. de priuat. delict.* Sed hæc de qua tractamus, refert se retrorsum ad tempus ipsius contractus. Ergo ut constitutum valeat & teneat, sufficit debitam fuisse pecuniam eo tempore quo constituebatur, licet debita esse postea desierit: nec proinde nocere debet quod ante impetratam actionem constitutæ pecuniæ tempus actionis temporalis exierit, quamuis verum sit perempta actione temporali nullam obligationem ne quidem naturalem superesse, ne quis fortè obligationem hac parte separet ab actione, ut apparet ex sine huius §. Alioqui nulla esset causa dubitandi, quominus teneret constitutum etiam post præteritum tempus actionis, si qua obligatio superesset, neque verò existimandum est actionem constitutæ pecuniæ subrogari hoc casu in locum actionis temporalis postmodum extinctæ, vtea quoque extingui debuerit. Accedit enim eundem ad priorem, sed æquè principaliter, non ut in eius locum subrogata videri possit, ut bene hic & subtiliter Bartolus docet, in quo differt hæc species ab illa de qua in *l. quod debitori 24. in fr. de mort. caus. donat.* Nec rursus potest obici debito per actionem temporalis peremptionem factò indebitò, videri rem peruenisse ad eum casum à quo incipere non potuit. Nam præteritò quod non est nouum, v̄ multa teneant, quæ ad eum casum peruenierint, à quo tamen incipere non potuerunt [neque enim à veteribus omnibus ea propositio admilla fuit pro vera & pro iuris regula, ut constat ex *l. in ambiguit 85. §. 1. de reg. iur. l. existimo 98. in princip. l. pluribus 140. §. fin. de verb. oblig. l. verbis legati 5. in fr. ad leg. falcid.] solent nostri interpretes duce Accursio & Bartolo, eos actus excipere, qui sunt in esse producto & perfecto, quale in proposito est, constitutum eo tempore factum quo suberat debitum quod constitueretur, cum habuerit omnes suas solemnitates, nec ad eius validitatem quicquam tum defuerit. Alioqui cum in rerum natura nihil sit iure certius *l. 2. in fr. de iur. & fact. ignor.* nihil tamen esset incertius si etiam illa quæ perfectum iuris vinculum ab initio habuissent, ex futuro dubio que rerum euentu penderent. Quæ Papiniani ratio & ratiocinatio esse videtur in *dist. l. verbis legati.* quam & Iustinianus probauit in *§. ex contrario 14. in fr. de legat.* Quod verò obicitur præscriptentem soluenti esse persimilem, & ei qui satisfecit ex*

est ex *l. si pupillus 45. de admin. tutor.* sicuti verum non est, quia qui præscripsit, non dicit se soluisse, sed solvere non debere: ita neque ex ea lege probatur, cuius vulgata lectio certè inendosa est & ita restitueda, ut legamus *is qui eo tempore liberatus est non ut vulgò is qui tempore liberatus est.* præcedentia namque ostendunt tractari eo loco de pluribus tutoribus, quorum aliter fuerat liberatus non tempore, sed expressa conuentione antequam alius conueniretur, ut pluribus docuimus in Iurisprudentiæ nostræ scientia. Difficilior videri possit illa obiectio, quam mouet Bartolus, & in qua tamen dissoluenda hæsitat, & auditoribus suis cogitandum relinquit, quod per agnitionem qualemqualem debiti interimatur præscriptio & actio, quæ alioqui temporalis factura erat, perpetuetur *l. si quis 3. §. sed & si quis & l. cum notissimi 3. in princ. C. de prescript. 30. vel 40. annor.* An non eam satis agnoscat debitum is qui ante peremptam actionem temporalem qua tenebatur, constituit se illud soluturum? Sed respondendum est, agnitionẽ debiti impedire quidem præscriptiõnem eam actionem, quæ sui natura sunt perpetuæ, nec nisi ex imperatorum constitutionibus factæ sunt temporales, sed non posse eas perpetuare quæ sui natura & origine temporales sunt: hoc enim solius contestationis priuilegium est, ut actiones omnes quantumlibet ab initio temporales in annum vsque quædam gestum perpetuet *l. ult. cod. tit.* Extra quem casum sicuti non est in potestate debitoris, ut ex perpetua actione faciat temporalem, ita neque ut ex temporalifaciat perpetuam: pugnet enim id cum autoritate iuris prætorij vel adilitij, ex quo temporales istæ actiones introductæ sunt, & quidem ea lege, ut certo tempore finiantur, nec ultra tempus illud possint viuere: ut proinde non minus apertis possit quam hominibus, quod Cicero quodam loco scribit, recensare nos non debere, quominus ea quantifacimus lege ea condicione viuamus, ut verò an non multo facilius est, ut actio quæ sui natura erat perpetua, ex constitutionibus autem facta temporalis, postea per qualemcumque agnitionem debiti fiat perpetua, quam ea quæ ab initio & sui natura fuerat tantum temporalis? Non tam enia sit illa perpetua quam remanet qualis erat, remoto duntaxat constitutionum oblatulo, propter agnitionem debiti, quæ sicut proculdubio, ut nulla negligentia imputari possit creditori, quæ tamen potissima ratio fuit inducendæ contra perpetuas quoque actiones præscriptionis, ut scilicet creditoris negligentia puniretur *dist. l. sicut l. omnes 4. & pass. cod. tit. l. ult. in fin. C. de annal. except. tit. de per. & tempor. action. in fr. ut taceam quod sepius docteo, facilem esse cuiusque rei reditum ad suam naturam *l. si vnus 27. §. pactus ne peteret in fin. sup. de pact. l.**

2 ¶ *E re autem est, hæc subiungere, vtrum pœnam contineat hæc actio, an rei persecutiõnem. & magis est, ut etiam Marcellus putat, ut rei sit persecutio.*

Ad §. 2. E re autem.

Vulgò bene autem est, ut & in *l. in princ. sup. de reb. cred.* Sed melior Florentina lectio vtrouque & elegantior est. RAT. DV B. Actio constitutæ pecuniæ datur contra eum, qui ad diem constituto præscriptum non soluit nec satisfecit, quia graue est fidem fallere *l. in princ. l. si duo 16. §. ait prætor & §.*

filio 23. in fr. de liber. & posthum.

a Quare est post tempus obligationis. RAT. DV B. Omnis dispositio censetur facta eo tempore in quod confertur. Nec tam inspicie dam est, an facta sit tempore habili, quam virum collata in tempus habile vel inabile *l. quod sponsæ 4. C. de donat. ante nupt. l. si ego 9. §. si res in fr. de iur. dot.* Ergo si quis id quod debebat, constituerit se soluturum in id tempus, quo non erit amplius debitor, valere constitutum non potest. Non erit autem debitor eo tempore quo finita erit obligatio & actio, quam ponimus fuisse temporalem.

Dec. Actio hæc retrorsum se refert ad tempus constituti, ut supra diximus. Ergo ut constitutum valeat, sufficit debitam fuisse pecuniam eo tempore quo constituebatur. Nec enim ob id minus quid nobis debetur, quod postea futurum sit, ut desinat deberi, quemadmodam solemus dicere non eo minus quid nostrum esse, quod aliquo casu & tempore futurum sit, ut desinat nostrum esse *l. non ideo 66. sup. de rei vindic.* Ergo sufficit constituti tempore debitam fuisse pecuniam, licet collatum sit constitutum in id tempus quo amplius non debebitur. Vbi enim semel constituta est pecunia, nihil refert, an prior obligatio daret, an tempore exinguatur, cum actio ipsa constitutæ pecuniæ perpetua sit, quia meram rei persecutiõnem conuincit & præscribit. Ex regula *l. in honorariis 35. de oblig. & action.* Et quemadmodum si ante finitam tempore priorem obligationem solutum esset debitum, non eo minus valeret solutio, quod obligatio postea tempore finiretur, quia sufficeret factam esse solutionem tempore subsistentis obligationis, ita nec eo minus valere debet constitutum, quod collatum sit in tempus quo nulla supererit alia obligatio, cum sufficiat factum fuisse eo tempore quo nondum obligatio perempta erat. Nec enim mala comparatio hac parte est constituti & solutionis, cum constitutus in plerisque habeatur pro solvente *l. idem est 10. sup. de hoc tit. licet non in omnibus l. penult. in fr.* Fit autem hoc quoque non tam ex communi ratione iuris, quam ex verbis edicti, quæ expressim relata sunt ad tempus constituti facti, non ad tempus in quod solutio per constitutum collata est. Nec sanè nouum est, ut tempus ipsum quo contractum est, præcisè inspicatur *l. pro. §. ut in fr. l. cum filius 76. §. heres delegat. 2. l. ult. in fin. de iur. & argent. legat. l. si filius familias 78. in fr. de verb. oblig.* Nec rursus, ut sufficiat semel interfuisse, licet postea interesse desierit, quia semel nata actio non facildè ex postfacto extinguitur *l. doli 5. §. ult. & l. seq. sup. de seruo corrupt. l. inter omnes 46. in pr. in fr. de furt.* Aliud exemplum ad hunc §. sumi potest ex *l. prox. §. ult. & l. seq. in fr.*

ut supra ac proinde quodammodo in pœnam factæ fidei, ut diximus ad initium huius legis. Ergo pœnalis est, non rei persecutoria saltem eo sensu quo actiones plerisque alias pœnales esse dicimus, quæ in factum conceptæ sunt pœnæ nomine ad puniendum dolum & factum rei, ut in *l. huius actionis 9. §. 1. in fr. Quod fals. tutor auctor. l. prætor ait 9. §. ult. in fr. de reb. auctor. iudic. possid.* Hic enim punitur factum constituentis, qui ad diem constituti neque soluit,

neque aliter satisfacit, nisi forte quis subtilius dicat, non tam puniri hoc casu factum, quam non factum. Sed hoc leue est. Qui enim non facit quod facere debet, hoc ipso facit contra id quod facere debet, ut est in iuris regula *l. qui non facit 121. de regul. iur.* DEC. Actio hæc licet sit prætoris & ex edicto, tamen ex conventionem nascitur, nec ideo comparata est, ut constituens puniatur, sed ut creditor suum consequatur. Ergo pœnalis nullomodo est, sed rei pœnæ, ut & cætera omnes quæ ex contractu

3 ¶ Verus fuit dubitatio, an, qui hac actione egit, fortis obligationem consumat, & tutius est dicere, solutione potius ex hac actione facta liberationem contingere, non litis contestatione: quoniam solutio ad utramque obligationem proficit.

Ad §. vlt. Verus fuit.

RAT. DVB. Quoties alicui plures actiones de eadem re competunt, sicut eligere debet, qua actione experiri malit, ita si vnam eligat alias amittit *l. quod in herede 9. §. eligere infra de tribut. act.* Non enim plures actiones dui solent, ut actor omnibus uti possit, sed ut electionem habeat utram exercere malit *l. cum filius 76. §. variis de legat. 2. l. 1. §. 1. infra. Quod legat.* Porro ubi actionem aliquam elegit ex pluribus, & ex ea litem contestatus est, hoc ipso consumit obligationem fortis, ita ut si nihil eo iudicio consequi possit, non tantum actionis, sed ipsius etiam debiti iacturam sentiat *l. habebat 13. infra. de instit. act. l. si sic stipulatus 133. in fin. de verb. obl.* Ergo si quis debitam a se pecuniam constituerit, & contra eum actor egerit de constituta pecunia, litemque contestatus sit, quamvis nihil perceperit, dicendum videtur peremptam esse non tantum actionem constitutæ pecuniæ, sed ipsam quoque fortis obligationem, ita ut ex neutra obligatione peti fors amplius possit. DEC. Et si litem contestatio vim contractus, & nouationis plerumque obtinet *l. 3. §. item scribit infra. de pecul. l. delegare 11. §. 1. & l. aliam 29. infra. de nouat. & consequenter solutionis, cum nouatio perimat obligationem, non minus quam solutio *l. 1. eod. §. præterea Inst. quib. mod. tollit. oblig.* non tamen perpetuum est, ut sola contestatione perimatur obligatio, sed plerumque perceptionem & solutionem subsequi necesse est, ut in *l. 4. ubi diximus supra. de his qui effud. vel deiec. l. si ex duobus 32. infra. de pecul.* nempe quoties aut iuris ratio aut æquitas id desiderat. In proposito autem summa ratio facit, ut litis contestatio in actione de constituta pecunia fortis obligationem perimere non debeat, quia quoties de constitutoria actione tractamus, duplicem obligationem eiusdem fortis supponimus, vnam, quæ præcesserit, & sine qua constitutum fieri non potuisset, alteram autem, quæ ex constituto accesserit, ac proinde sublata per litis contestationem obligatione constitutæ pecuniæ alia tamen & pristina obligatio superesset, atque ita partim liberatus esset constituens, partim non liberatus, quod absurdum videretur. An non ergo longè melius est dicere, non litis contestatione, sed perceptione sola perimi fortis obligationem, & solutione? Cum solutio ad utramque obligationem tollendam proficiat, ut Vlpianus hic subiicit, tutiorem esse dicens hanc sententiam, per quam scilicet sit, ut minus periclitetur creditor, præsertim si ponas*

19. PAVLVS libro 29. ad Edictum.

Id, quod sub conditione debetur, siue purè, siue certo die constituatur, eadem

nascuntur *l. in honorariis 35. de oblig. & action.* Sunt enim comparati contractus omnes, ut quis lucrum sibi & actionem ex contractu acquirat *l. actionum 25. §. actiones eod. tit.* Vbi ob hanc causam actiones ex contractu ab actionibus, quæ aut ex facto aut in factum sunt, separantur. Interpretes nostri nullam ad hunc §. dubitandam rationem attulerunt, quia causam & originem & naturam actionis huius, quam nos attulimus ad initium huius legis, non intellexerunt.

constitutam fuisse pecuniam, quæ ab alio debebatur. Quo casu si per contestationem cum ipso constituto factam fortis obligatio tolleretur, amitteret creditor utrumque debitorem, etiam eum qui altero & obligationis & actionis genere debitor fuisset, quod certe iniquum esset. In eo planè, qui constituerit, quod ille ipse debebat, minus absurdum est, minusque incommodum, cum nec facilius commodiùs ex vna actione quam ex alia sit soluturus, siue egestate siue litigandi perniciosa solutione detrectet, inaneque faciat constitutæ pecuniæ actionem. Quod in duob. debitoribus separatim etiam obligatis longè diuersum est, cum alter & soluendi voluntate, & conueniendi facilitate non minus quam facultatum pondere locupletior altero esse possit *l. 2. supra. qui sitis d. cogant. l. nam is 6. supra. de dolo.* Apparet autem ex hoc maximè §. non fieri nouationem per constitutum in spē etiam iure vetere, nec si noua persona constituitur quod alia debebat, quod apertius expressum est in *l. ubi quis 28. infra. hoc tit.* Alioqui non duplex esset obligatio, quæ per solutionem tolli posset, sed vna tantum, illa scilicet quæ priore sublata per nouationem sola ex constituto superesset, ut in *l. quod debitori 24. infra. de mort. caus. donat. l. vlt. in fin. rat. rem haber.* nec est contrariū quod in stipulatione aliud iuris est, ut scilicet facta nouatio censetur per posteriore stipulationem, si in ea interuenit noua persona, si totum ius illud inspicias quod obtinuit ante *l. vlt. C. de nouat.* Est enim potentior in eam rem vsus stipulationis quam constituti, quod fit nudo pacto & citra stipulationem §. *de constituta Inst. de act.* Idque Bartolus etiam docuit. Sed hoc cur ita? Non aperit Bartolus, sed ratio non obscura meo iudicio illa est, quod non aliter fieri potest nouatio, quam si prior obligatio ipso iure perimatur *l. l. 1. de nouat.* Peremptio autem illa ipso iure fieri per pactum non potest, sed tantum per stipulationem, quia in pactis nudum factum, in stipulationibus, verò etià ius versatur *l. si vnus 27. §. pactus ne peteret supra. de pact.* Placet autem quod Bartolus ad hunc locum distinguit, electione vnus actionis perimi alias quæ pro eadem re competunt, etiam si ex diuersis causis competant, si causæ illæ sint contrariæ. Non etiam si se inuicem patiantur. Sed error tamen Bartoli post Accursium in eo est, quod putat dubitationem, quæ ab Vlpiano proponitur in hoc §. de eo esse, an vnus actionis electior tollatur altera, quæ tamen de eo tantum est an sola litis contestatione ex constituto facta, consumatur tota fortis obligatio citra perceptionem & solutionem necne, quæ longè alia & diuersa quæstio est.

dem conditione suspenditur, ut existente conditione teneatur, deficiente, utraque actio deperat.

Ad l. Id quod 19.

RAT. DVB. Id quod sub conditione debetur, nullomodo debetur antequam condicio exiterit, quia nequid cessit, neque venit dies. In quo differt à debito in diē certā, cuius dies cessisse dicitur, licet nōdū venerit *l. cedere diē 213. de verb. signific. ubi dicitur cedere diem nihil aliud esse quam incipere deberi.* Atqui ut valeat constitutum, oportet iam debitum esse id quod constituitur *l. 1. §. debitum l. eū qui 5. §. quod exigimus l. hæc tenus 11. §. l. prox. §. 1. supra.* Ergo id quod sub conditione debetur, neque purè, neque certo die constitui potest. DEC. Certum est id quod sub conditione debetur, omnino debitum in euentu conditionis, adeo ut mortuo interim creditore, atque illa debiti in ipsius herede transmittatur §. *ex condicionali Inst. de verb. oblig.* In eoq. differt condicionalis stipulator à legatario condicionali, qui si pendere conditione moriatur, nihil transmittit ad heredem, ne quidem spē legati *l. 5. §. pass. infra. quand. dies legat. eod.* Legatarius enim condicionalis pendente conditione nullomodo est creditor, id est ne quidē condicionalis, at is qui sub conditione stipulatus est, interim est creditor saltem secundum quid, id est condicionalis *l. is cui 42. infra. de oblig. & action.* Porro condionales creditores nemo ambigit esse creditores; *l. creditores 10. l. creditores 54. de verb. signific.* Cum ius illud futuri in conditionis euentum debiti facti & contractu proprio sibi acquisuerint, non ex alterius mera voluntate ac liberalitate, ut legatarij condionales, de quibus in *d. l. is cui,* & in ea causa esse ceperint, ut inuitis iis ius illud auferri non possit *l. qui balneum 9. infra. qui potior. in pignor. hab.* Ergo condionale quoque debitum constitui potest, adeoque purè & certo tempore. Nam & constituta ob eas maximè pecunias, inducta sunt, quæ adhuc peti non possunt *l. 3. §. vltim. supra.* Sed eum hoc fit, constitutum, quod figurā verborum videtur purū, re vera tamen & effectu condionale est, quia tacitè eadem conditione suspenditur, ut existente conditione teneatur constituens, ea verò deficiente, utraque actio deperat, id est tam principalis, quam constitutoria, quæ nihil nisi

¶ Sed is, qui purè debet, si sub conditione constituatur, inquit Pomponius, in hunc vtilem actionem esse.

Ad §. 1. Sed is qui purè debet.

RAT. DVB. Id quod sub conditione debetur, potest constitui purè, ut modò diximus, ita ut ex eo constituto, si modò potest condicio existat, directæ actio constitutæ pecuniæ dari possit. Ergo multo magis dicendum est, si quis sub conditione constituerit, quod purè debetur, dandam esse ex eo constituto actionem constitutæ pecuniæ, eamque non vtilem duntaxat, ut Paulus hic scribit, sed directam, cum id quod purè debetur, omnimodo debeatur, nec euentus vllus expectandus sit, ut sciri possit an vltimum sit constitutum. DEC. Constituta ob eas maximè pecunias, quæ adhuc peti non possunt, inducta sunt, ut eorum vtilitas aliqua esse possit *l. 3. §. vltim. supra.* Atqui quod purè debetur, iam peti potest, quod autem sub conditione, non nisi post euentum conditionis *l. cedere*

Tom. III.

si accessoria est, nec proinde subsistere potest, nisi subsistente & præcedente principali. Idem verò contingit in stipulatione hac parte, quod in constituto, quamvis alia & quidem permulta sint inter stipulationem & constitutum differentia. Nam si pura stipulatio interponatur etiam animo nouationis præcedentis stipulationis condicionalis, dicimus nouationem quidem fieri per posteriorem, sed eo demum casu & tempore, quo prioris stipulationis condicio exiterit *l. si Stichum 8. §. 1. l. quoribus 14. infra. de nouat.* Esse enim debet obligatio prius quam aut nouationem aut constitutum possit admittere, ac proinde conditionis euentus necessariè expectandus est. In constituto tamen hoc tanto apertius est, quod per constitutum numquam fit nouatio, quomodo fit per stipulationem, cum id actum est, ut diximus ad finem legis superioris. In quo manifestè errat Bartolus, qui ad hanc legem notat, posse etiam constitutum fieri animo nouationis. Quod perinde absurdum est ac si quis diceat, posse constitutum fieri etiam per stipulationem contra *leg. 1. §. eum qui supra. §. de constituta Inst. de action.* cum sine stipulatione numquam fiat nouatio. Neque ad rem pertinet, si quis obiciat, Pecuniam, quæ constituitur, oportere debitam fuisse eo tempore quo constituebatur *d. l. prox. §. 1. supra.* Nam & in proposita specie, quodcumque existente conditione ex euentu apparet, iam ipse contractus tempore debitam fuisse pecuniam, quæ constituebatur, cum euentus conditionis quodcumque superueniens faciat, ut actus condicionalis iam inde ab initio purus fuisse existimetur, aut saltem perinde habendus, ac si purus fuisset, nec vlla conditione suspensus *l. potior 11. §. 1. infra. qui potior. in pignor. hab.* Quemadmodum è contrario defectus conditionis facit, ut quod sub conditione promissum fuerat, perinde haberi debeat, ac si promissum nunquam fuisset, ne quidem sub conditione *l. pecuniam 36. supra. de reb. credit.* Pendet igitur ex euentu an huiusmodi constitutum valeat, estque hic casus ex eorum numero in quibus ex euentu apparet, quid antè fuerit *l. qui res 98. §. rem autem infra. de solut. l. quædam sunt 15. de reb. dub.*

diem 213. de verb. signific. Ergo contra aut saltem præter mentem prætoris, & edicti est, ut quod purè debetur, sub conditione constituatur. Mirum igitur non est ex huiusmodi constituto non nasci directam actionem constitutæ pecuniæ, sed tantum vtilem ex æquitate, quoniam ad publicam vtilitatem pertinet, hæc quoque constituta admitti ex voluntate & consensu paciscentium, ex generali ratione Edicti de pactis, quia naturali æquitate conueniens est, pacta seruari quæ nec contra leges sunt, nec aduersus plebiscita aut Senatufconsulta, nec contra bonos mores *l. 1. l. iuris gentium 7. §. ait prætor supra. de pact.* Est enim edictum, hoc de constituta pecunia quodammodo subaltero, ut loquitur, edicto de pactis, quia nec constitutum fit, nisi per pactum, ut diximus ad *l. 1. supra.* Hoc verò Accursius postea omnintellexit, qui vtile actionem ab Vlpiano hic vult dictam

CCc

quasi efficacem ad differentia non actionis directae, quomodo nos explicauimus, sed actionis inutilis & inefficacis, quod certe non ita est, habent enim etiam honorariae actiones directae suas utiles in quibusdam casibus, ut docuimus in praecedentibus. Excepta sola fortassis actione ad exhibendum, quae directa semper est, nulla utilis leg. cum seruus 16. supr. ad exhib. Eleganter vero querit an quod pure debetur ex prima obligatione peti interim possit pendente constituti obligatione, & condicione: & respondet

2 ¶ Si pater, vel dominus constituerit se soluturum, quod fuit in peculio non minuetur peculium, eo quod ex causa obtrictus esse coeperit. & licet interierit peculium, non tamen liberatur a.

Ad §. 2. Si pater.

RAT. DVB. Non tantum quod filius familias vel seruus, sed etiam quod pater ex causa peculij ob contractum filij, vel dominus ob contractum serui debet, minuit peculium, ut scilicet tanto minus in peculio esse intelligatur, & consequenter in actione de peculio, in qua nimirum nihil esse potest, nisi quod est, & quantum est in peculio l. sed si damnum 9. alias l. peculium si eum deduceret & l. seq. in princip. & pass. inf. de pecul. Atqui cum pater vel dominus constituerit se soluturum quod fuit in peculio tempore constituti, exinde coepit esse obligatus & obtrictus actione constitutae pecuniae. Ergo ab eo tempore dicendum est imminui in peculio, ut in tanto minore quantitate condonari pater vel dominus debeat actione de peculio, in qua nec solet inspicere, nisi quantum sit in peculio tempore rei iudicadae l. questum est 30. infr. de pecul. Nec enim negari potest, quin noua sit obligatio, quae creditori contra patrem vel dominum ex constituto acquiritur, ut diximus ad §. ult. l. prox. supr. DE C. Non sit pauperior pater neque dominus, qui constituit se soluturum, quod iam debebat actione de peculio. Et si enim noua obligatio est, quae per constitutum contrahitur, idem tamen debitum est quod nunc constitutum fuit, & quod iam ante debebatur, eademque solutio ad utramque obligationem tollendam proficit d. §. ult. Nam nec nouum est, ut una numeratio in diuersas causas proficit l. in numerationibus 44. infr. de solut. nihil igitur causa est, cur ob eam constituti obligationem peculium imminutum videri debeat. Nec magis, quod ad alios creditores pertinet, quam quod ad hunc, cui ponimus fuisse constitutum, licet contra sentire videatur Accursius. Quid enim refert patris vel domini, an actione de peculio, an potius constitutae pecuniae cogatur soluere eam ipsam quantitatem, quae iam semel debita erat, & quam non nisi semel soluere compellatur? Plane dubitandum non est quin tanto minus accepturi sint ceteri posteriores creditores ageres de peculio, tanquam peculij quantitate imminuta. At non propter obligationem constitutae pecuniae, sed propter priorē, quae actione de peculio petere at, & cui posterior obligatio constituti accessit, alioqui duplex hic fieret diminutio peculij, una propter priorē obligationem, alia propter poste-

riorem. Quod esset ridiculum, cum vnum dumtaxat sit debitum, quod proinde non nisi semel imminuere peculium potest. Non enim quotuplex sit obligatio, sed quotuplex debitum in ea: e inspicendum est, nec tamē existimandum est, si pater hic aut dominus ab aliis creditoribus conueniatur, statim deducendum esse hoc debitum priusquam ab sit patri vel domino. Sufficient enim iis cauere interim, secundum Marcelli sententiam de qua in d. l. sed si damnum §. ult. de pecul. quod & Accursius noster ad l. seq. notat. Videtur autem nihil locus hic esse mancus & mutilus, & ita restituendus, ut legamus non minuetur obligatio, licet imminueretur peculium eo quod &c. ut scripti pluribus libris, 15. coniect. §. vbi vide.

a Et licet interierit peculium, non tamen liberatur. RAT. DVB. & DE C. Hic eadem est quae ad §. 1. l. prox. supr. Videbatur enim finita esse obligatio, & actio constitutae pecuniae, finita priorē obligatione & actione de peculio, cui haec accesserat. Certum enim est peculium, ut eleganter Fronto dicebat simile esse homini, nasci, crescere, decrescere, mori l. peculium nascitur 40. infr. de pecul. Mortuo autem peculio mori quoque actionem de peculio, quae scilicet tenere non potest, vbi nullum est peculium d. l. questum est 30. & pass. eod. tit. Et consequenter extincta actione de peculio, cui constitutum accesserat, finita quoque actio est constitutae pecuniae, quae non nisi accessoria est ad praecedentem obligationem, haec qua nec potest subsistere l. i. §. debitum l. eum qui §. 5. quod exigimus l. habemus 11. & pass. supr. Sed decidendi ratio illa est, quod edicti verba nihil aliud exigunt, nisi ut quod constitutum est, debitum fuerit eo tempore quo constituebatur, relata scilicet actione retrorsum ad tempus constituti non ad illud quo agatur ex constituto d. l. prox. §. 1. supr. Constitutum ergo tempus duntaxat inspicendum est, non actionis instituta. Sufficit enim ad constituti validitatem, ut ab initio materiam suam sumpserit à debito quod tum subsistebat, formam vero ab edicto praetoris, ut actio quae ex eo constituto semel potuit competere, nunquam ex postfacto possit intercidere ob id solum quod ex aliqua causa emergente desierit esse debitum, quod antea debitum fuit, ut & in exemplo illo de quo in d. §. 1. vbi plura de hoc scripsimus.

riorem. Quod esset ridiculum, cum vnum dumtaxat sit debitum, quod proinde non nisi semel imminuere peculium potest. Non enim quotuplex sit obligatio, sed quotuplex debitum in ea: e inspicendum est, nec tamē existimandum est, si pater hic aut dominus ab aliis creditoribus conueniatur, statim deducendum esse hoc debitum priusquam ab sit patri vel domino. Sufficient enim iis cauere interim, secundum Marcelli sententiam de qua in d. l. sed si damnum §. ult. de pecul. quod & Accursius noster ad l. seq. notat. Videtur autem nihil locus hic esse mancus & mutilus, & ita restituendus, ut legamus non minuetur obligatio, licet imminueretur peculium eo quod &c. ut scripti pluribus libris, 15. coniect. §. vbi vide.

20. IDEM libro 4. ad Plautium.

Nec enim, quod crescit aut decrescit peculium, pertinet ad constitutoriam actionem.

Ad l. Nec enim 20.

RAT. DVB. Quod crescit aut decrescit peculium, pertinet utique ad actionem de peculio vel augendam, vel minuendam: adeoque ad eam extinguendam si forte

totum peculium perierit rebus omnibus. peculiaribus peremptis leg. peculium nascitur 40. infr. de pecul. vbi aliud exemplum additur, si peculium filiofamilias vel seruo ademptum sit sine dolo malo, ut & in leg. quae ergo 16. eod. tit. Ergo ad constitutoriam quoque

quoque actionem pertinere id debet, tanquam quae sit accessoria actionis de peculio, ut quemadmodum constitutum ab initio non potuisset, quod debitum fuisset actione de peculio si nihil in peculio tunc fuisset, ita nec hodie tenere debet actio constitutae pecuniae, si nec actio de peculio tenere hodie possit. Sed ratio decidendi eadem est quae ad vericulum ultimum legis praecedentis, quod actio constitutae pecuniae retrorsum se referat ad tempus constituti ex ipsius edicti verbis, quae nihil aliud exigunt, nisi ut quod constitutum est, tunc debitum fuerit cum constituebatur: l. item illa 18. §. 1. supr. Nam vbi

constitutum & materiam & formam suam accepit coepitque posse parere actionem constitutae pecuniae, non curat amplius praetor an maneat debitum quod prius debitum fuit, quia nec actio constitutae pecuniae pendet à priorē obligatione, licet ei accedat, quia accedit & quae principaliter, ut diximus ad d. l. item illa §. 1. Requirit sane materiam prioris debiti tanquam condicionem sine qua constitutum fieri non posset. Sed non exigit neque prioris actionis neque debiti durationem, ut ipsa daret, tanquam ab actione illa priorē aut à debito dependens.

21. IDEM libro 29. ad Edictum.

Promissor Stichus post moram ab eo factam, mortuo Sticho, si constituerit se pretium eius soluturum, tenetur.

Ad l. Promissor 21.

RAT. DVB. Hominis mortui etiam post mortem promissoris nullum potest esse pretium nulla aestimatio, nisi per delationem iuris iurandi in litem l. in actionibus §. versic. plane supr. de in lit. iur. Neque verò potest hoc mora facere, ut homo mortuus qui iam nullus est, alicuius sit estimationis l. si homo mortuus 69. infr. de verbor. oblig. Quod si dicas effectum morae illam esse, ut seruus debitus & post moram debitoris mortuus adhuc viuere existimetur, & peti possit l. eum qui ita §. 6. ult. l. si seruus §. 1. §. ult. eod. tit. Debet ergo constitutum fieri hominis mortui non pretij, aut aestimationis, ut in l. promissor 23. infr. hoc tit. Non enim potest constitui, nisi quod debetur l. i. §. debitum l. §. quod exigimus l. habemus 11. supr. Debet autem homo, quamuis iam mortuus, quoties post moram decessit sine facto suo decesserit, & quod periturnus fuerit apud creditorem, ut bene Ioannes orditor contra Martinum disputauit, quia potuisset creditor eum vendere, si moram in eo passus non fuisset l. cum res 47. §. ult. de legat. 1. l. item si verbe-

raturum §. 5. ult. supr. de rei vindic. sine debitum hominem promissor ipse occiderit d. l. si seruus §. 1. §. nemo videmus & seq. de verbor. oblig. DE C. Homo debitus & post moram promissoris mortuus adhuc quidem debetur, & peti potest, ideò & in stipulatione deduci l. inter stipulantem §. 3. §. pen. eod. tit. & in constituto d. l. promissor 23. infr. d. l. si seruus §. 1. §. ult. Sed ramea non eo magis praestari potest in specie, quae amplius nulla est, sed tantum in aestimatione, quae cum in pecunia semper consistat, perire nunquam potest vulg. l. incendium 11. C. si cert. petat. Ergo nihil vetat constitui vel hominem ipsum post moram mortuum, ut in d. l. promissor 23. infr. vel ipsius pretium, ut in hac lege. Vtrumque enim debetur, & homo ipso iure ipso, & eius aestimatio in effectu. Nam nec quicquam vetat aliud constitui quam quod debetur, cum modo pro debito constituatur l. 1. §. an potest, vbi diximus supr. hoc tit. Proinde in effectu nihil interest an morosus debitor hominem post moram mortuum constituerit se soluturum, an eius aestimationem, & ita haec lex intelligenda est, & coniungenda cum d. l. promissor 23. infr.

¶ Si sine die constituas: potest quidem dici, te non teneri, licet verba edicti late praetant. alioquin & coestimari tecum poterit, si statim, ut constituisti, non soluas. sed modicum tempus statuendum est, non minus decem dierum, ut exactio celebretur.

Ad §. 1. Si sine die.

RAT. DVB. Constitutum pure fieri potest etiam eius debiti quod fuit conditionale l. id quod 19. supr. Quod autem pure debetur statim & praesente die peti potest l. eedere diem 213. de verbor. signific. etiam si quis hodie de edicti stipulatus sit, quasi nullo adiecto die l. eum qui Calendis 41. §. quoties & l. liber homo 118. §. decem hodie infr. de verbor. oblig. Ergo si quis pure constituerit se soluturum id quod debet, praesertim si id pure debeat, dicendum est posse illum statim actione de constituta pecunia conueniri, praesertim cum verba edicti late praetant, de quibus in l. item illa 18. §. 1. supr. eamque pecuniam cum constituebatur debuit am fuisse, item quia illa appareat eum qui constituit, neque soluere neque fecisse l. si duo 16. §. ait praetor supr. Non enim distinguunt, an pure constituta sit pecunia, an verò soluenda in certum diem. Itaque nec nos distinguere debemus, quomodo in edicto de Publiciana Causa argumentatur in l. de pretio §. supr. ill. tit. de public. in rem action. Nec quod se uentia verba edicti quae Vlpianus tenuit l. si duo 16. §. ait praetor supr. et uonem faciant constituti in diem facti, ut Accursius hic notat, ad rem facit. Non enim constituta in diem facta excludunt pure, cum non minus, imò magis eodem frangat is, qui pure constituit se soluturum,

quam qui in die: quae ratio praecipua est huius edicti d. l. 1. §. 1. DE C. Actioni de constituta pecunia locum facit non à conuentio ipsa constitutae pecuniae, quam mora constituentis. Non enim aliter pollicetur praetor actionem de constituta pecunia, quam si appareat constituentem non fecisse ad diem, quod constituerat se facturum d. l. si duo §. ait praetor, ac proinde quam fuerit debitor in mora soluendi aut satisfaciendi constituto: quod in aliis obligationibus pariter diuersum est. Ideò namque praetor hanc actionem induxit, ne fidei impudenter fregisset is, qui ad dictam diem quod constituisset non fecisset d. l. 1. in princip. Propter quae causam dubitatum fuit, an actio haec poenalis esset, quasi quae in poenam fractae fidei inducta fuisset l. item illa 18. §. pen. supr. quia per hanc actionem non condemnatur constitutens, ut faciat quod promissit, sed ad id quod aduersarij interest, quia non fecerit l. qui autem 14. §. sed & si quis supr. Et ex hoc petenda est ratio diuersitatis inter hanc actionem & ceteras quae pro puro debito dantur, non quam hic adfert Accursius. Atqui non potest fieri, ut eodem instanti per constitutum & nascatur obligatio & mora contrahatur. Prius siquidem est, ut quis obligatus sit & interpellatus aut per lapsum dici, aut per interpellationem hominis quam ut in mora constituturum l. mora 32. infr.

de vsur. l. Titia deic 87. §. vsuras de legat. 2. l. si pupillus 127. de verb. oblig. l. nulla 88. de regul. iur. Ergo si quis pure constituerit quod pure debebat, fatendum est, quia statim teneri & conueniri de constituta pecunia non potest, nullomodo eum teneri, ut nec cum qui eum esset Romæ, promittit hodie centum Carthagine dari l. 2. §. qui ita stipulatur sup. tit. pro. Obligationem enim quæ ex aliqua conventionione nasci potest, necesse est nasci vel statim vel nunquam. Proinde ut constitutum hoc quod pure factum est, valeat ad producendam actionem de constituta pecunia, necesse est dicere tempus ei tacite inesse intra quod possit & debeat constituens satisfacere, aut nisi satisfaciat conueniri actione constitutæ pecuniæ ex hoc edicto: Quemadmodum euenit in eo qui pure promissit se soluturum certo loco, ut tacite huic promissioni tempus insit intra quod ad eum locum perueniri possit d. §. qui ita leum qui Calendis 41. §. 1. l. continuis 137. §. cum ita infr. de verb. oblig. semper enim adiuuandæ sunt iusta interpretatione conuentionones, ut valeant potius quam pereant, l. quoties 80. l. si ita stipulatus 126. §. Chrisogonus vers. planè eod. tit. l. quoties 12. de reb. dub. Nisi cum verba adeo repugnant ut nullam interpretationem patiantur, ut cum in stipulatione adiecta est dicitio hodie ut in d. §. qui ita stipulatur, & in l. liber. homo 118. §. 1. de verb. oblig. Illud tamen difficile est dicere, quodnam & quantum tempus videri debeat in esse constituto, quod sine

2 ¶ Constituto satis non facit, qui soluturum se constituit, si offerat satis dationem. Si quis autem constituat se satisfactorum, & fideiussorem, vel pignora det: non tenetur: quia nihil interfit, quemadmodum satisfaciat.

Ad §. v. li. Constituto.

R A T. D. V. B. Satisfactio pro solutione est satisfactio 52. infr. de solut. At qui is qui constituit se satisfactorum, constituto satisfactorum offerat satisfactionem, vel pignora, quia nihil interfit quomodo satisfaciat, ut sequitur in hoc §. Ergo & idem dicendum est in eo, qui constituit se soluturum. D. C. Aliud est soluere aliud verò satisfacere: Solutionem accipere debitor cogitur, nisi si quando iusta causam habeat recusandæ solutionis, idè ob. obfignatio hoc casu pro solutione est inuito etiam creditore l. obfignatione 9. C. de solut. l. accepta 19. C. de vsur. At satisfactionem pro solutione admittere nemo cogitur, non magis quam aliud pro alio accipere l. vnum qui 16. §. l. seq. C. de solut. Idque est quod dici solet, non prodesse debitori quod velit satisfacere, sed prodesse tantum si satisfecerit. l. i. liberatur 6. §. 1. infr. quib. mod. pign. vel hypoth. soluit. l. quod si non soluerit 10. infr. de pignor. act. Non enim fideiussoris datione liberari potest, qui pecuniam numerare cogitur l. §. in fin. infr. de statulib. Ergo is qui soluturum se constituit, non satisfaciat constituto, si satisfactionem offerat, multo minus si satisfationem. Pleriq. enim sunt qui malunt satisfieri sibi pign. orib. datis, quam fideiussoribus: licet satisfidare dicatur ille tantum qui dat fideiussorem, non etiã qui pignora l. 1. sup. qui satisfid. co-

die factum est. Non enim facile coniectura sumi ex negotio gesto potest, quomodo semitur eum qui pure certo loco dare promissit. Quo casu dicimus tantum inesse tempus quantum necesse est, ut ad eum locum perueniri possit. At non equè dici potest, quantum tempus necessarium sit præscribere, intra quod si constitutus non satisfaciat, possit conueniri, quasi in mora constitutus. Est enim lex hæc ponit inesse tacite tempus decem dierum, quis tamen non videt posse triduum aut quatrimum æquè ac decendum sufficere promissori, ut faciat quod constituit se facturum, præsertim si dandi fuit obligatio, ac proinde ut si non faciat, in mora hoc ipso constitutus videatur? Spatium namque temporis aliquod requirimus ob hoc solum, ut non eodem instanti obligatio & mora contrahatur, non etiam ut debitori fauamus, longiusque spatium ei demus ad soluendum. Itaque ut breuiter concludam, puto adiectionem hanc de suppendo tacite tempore decem dierum totam esse Triboniani temperare volentis Pauli sententiam quasi duriorum, quæ constitutum pure factum improbat, nec enim quisquam ex prudentibus tale temperamentum inducere sua autoritate potuisset, nec verba illa, sed modicum tempus statuendum est non minus decem dierum ut ex actio celebretur, non alterius certè quam Triboniani manum redolèt, de quo quia latè scriptimus lib. 15. coniect. cap. 4. plura hic non dicemus.

gant. vbi diximus. Et cum quaeritur, an constituto quis satisfaciat, nihil aliud inspiciendū est, quam virum faciat id ipsum quod promissit non an plus vel minus vel tantundè. Planè si creditor cui soluturum se debitor constituit, satisfactorum pro solutione admittere velit, dubitandum non est, quin constituto satisfecerit, qui quo quomodo satisfecerit. Sed hic textus loquitur de constituto qui satisfacere velit inuito creditore, non qui volenti satisfecerit. Aliud ergo est si quis satisfactorum se constituerit. Hic enim constituto satisfaciat, etiã si non solutionem offerat, sed tantum satisfationem aut pignora inuito quoque creditore: nam quod dicimus nihil prodesse debitori si velit satisfacere, sed tantum si satisfecerit, ad eum debitorem pertinet, qui soluere debuit, non satisfacere. Satisfactionem enim recusare creditor non potest ab eo, qui nihil nisi satisfactionem debet, non magis quam solutionem ab eo qui soluere teneatur. Potest quidem pro vnus rei debito alia res constitui l. 1. §. an potest sup. Sed vbi constitutum semel est, non aliud solui aut præstari potest, quam constitutum est. In stipulationibus tamen prætoris speciale est, ut satisfationem exigant, id est fideiussorem, nec pignoribus contentæ sint l. generaliter 3. iunct. l. prætoris 7. infr. de stipulat. prætor. Excepta stipulatione quæ pro collatione interponitur l. 1. §. i. ubi et auem vers. an & pignoribus infr. de collat. bonor.

22. IDEM libro 6. Breuium.

SI post constitutã tibi pecuniã, hereditatẽ ex senatuscõsulto Trebelliano restitueris: quoniã sortis petitionẽ transtulisti ad aliũ: deneganda est tibi pecuniæ constitutæ actio. Idem est in hereditatis possessore post euictã hereditatẽ. Sed magis est, ut fideicommissario, vel ei, qui euicit, decernenda esset actio.

Ad l. Si post constitutam. 22.

R A T. D. V. B. Per restitutionem hereditatis etiam

ex Trebelliano Senatusconsulto factam non est Pe-
gasio, id est, quæ ita facta sit, ut nihil penitus ex hereditate

hereditate penes heredem rogatum remanserit, non transferuntur tamen actiones, quas heres post aditam hereditatem factio suo, & ex proprio contractu, licet occasione hereditatis quaesierit, sed omnimodo cessione opus est, ut in fideicommissarium transferantur leg. si heres 73. infr. ad SC. Trebell. At qui heres cui pecunia defuncto iam debita constituta est, post aditam quidem, sed ante restitutam hereditatem, proprio suo facto suæque conuentionione obligationem & actionem constitutæ pecuniæ sibi acquisit, nec eam videri potest in hereditate inuenisse, cum non defuncto constitutum fuerit sed heredi ipsi. Ergo cum per eiusmodi restitutionem hereditatis non sit actio constitutæ pecuniæ translata in fideicommissarium, quid obsecro causæ esse potest, cur deneganda sit heredi, qui nominatim constitutum fuit? D. C. Certum est per restitutionem hereditatis translata esse sortis petitionem in fideicommissarium, cum fors fuerit hereditaria. Atqui non fuit constituta alia pecunia quam quæ defuncto iam debita fuerat, nec rursus alio colore constituta heredi quam quia eo tempore heres verus erat creditor, cui fors illa debebatur. Atqui desit ei deberi & quo tempore restituit hereditatem ex Trebelliano, & transtulit actiones omnes in fideicommissarium. Et si enim remanent actiones omnes directæ penes heredem, qui etiam post restitutionem heres remanet l. si heres 70. in princip. eod. tit. §. restituta Instir. de fideic. heredit. sunt tamen inutiles & inefficaces propter exceptionem quæ ex Trebelliano competit restitutæ hereditatis lita tamen 27. §. qui ex Trebelliano eod. In persona verò fideicommissarij sicut sunt vitiles, ita & semper efficaces l. 1. §. tot. eod. tit. Ita ergo fieret si actio constitutæ pecuniæ salua esset heredi post restitutam quoque hereditatem, ut miser debitor hereditarius duobus creditoribus in solidum teneretur, heredi quidem ex constituto, fideicommissario autem ex causa obligationis hereditariæ, ac proinde alterutrum euenire necesse esset, ut vel debitor vtrique soluere teneretur, vel ut esset in potestate heredis agendo prius de constitutâ pecunia præripere solutionem: fideicommissario, etque quomodum restituta hereditatis auferre, quod vtrumque iniquum esset. Igitur ne alterutrum eueniat, dicendum necessarium est actionem constitutæ pecuniæ denegandam esse heredi, non quasi ei nunquam quaesita fuerit, vel quasi ab eo fuerit in fideicommissarium translata, quorum neutrum dici potest. Sed quia translata sorte, id est, prioris debiti causa in fideicommissarium ratio nulla est, ut actio constitutæ pecuniæ salua maneat ei cui constituta fuit, qui creditor amplius non est, cum eadè sit summa & quæ constituta est, & quæ iure hereditario debita, licet alia sit constituta, alia debi hereditarij obligatio. Nec est contrarium, quod in superioribus diximus: non idè constitutum corrumpere quod pecunia constituti tempore debita, postmodum debita esse deserit, & sufficere, ut semel interfit creditoris cui constitutum fuit, licet postea deserit interesse l. inem illa 18. §. 1. sup. Id enim tum obtinet, cum nullo interueniente facto creditoris, interesse ipsius desit. In proposito autem factum heredis interuenit, & quidem necessarium, quia hereditatem restituere debuit, & cum hereditate debitam sortem in fideicommissarium transferre. Et si auem hæc verissimè, & ex mera iuris ratione disputantur, concluditur tamen ex Paulo in fine huius legis, magis esse vtraculo

Tom. III.

illa constitutæ pecuniæ decernenda sit fideicommissario. Quod Accursius & Bartolus sic intelligunt, ut tamen cessionem fieri necesse sit ab herede, ut in specie d. l. si heres pecuniam. Quod ego probare non possum, nec dubito quin postremus hic vericulus sit Triboniani, qui nec temperare sibi potuit quin Marcelli quoque sententiam corrumpere in d. l. si heres pecuniam 73. ut pluribus à nobis traditum & comprobatum est lib. 15. Coniect. cap. 5. vbi vide. Ceditur enim actio & cedenda est ab herede, decernitur autem à prætore quoties datur cum aliqua causâ cognitione. Planè si ponas constitutam fuisse pecuniam heredi non nomine proprio, sed hereditario, dicendum erit transiurã ipso iure actionem constitutæ pecuniæ in fideicommissarium, facta postmodum ex Trebelliano restitutione, ut de fideiussoria obligatione per heredem qua sita scriptum est in l. heres 21. in princip. inf. de fideiuss. quam sic accepit Cuiacius post Græcos interpretes, & 1. eadè.

a Idem est in hereditatis possessore post euictam hereditatem. R A T. D. V. B. Cum possessor alienæ hereditatis pactus est heredi, qui postea euicit: ita sicut pactum hoc nocere non potest, ita neque prodesse l. si tibi 17. §. cum possessor sup. de pact. Ergo necesse est ut falso heredi proficiat, qui ipse pactus est & cui constituta fuit pecunia. Quod enim alteri prodesse non potest neque nocere, cur non ipsi saltem paciscenti proficiat? Non enim possis hic dicere quod in alio casu diximus imputari posse ei cui fuit constitutum, quod ipsius facto interesse eius deserit: quodnam enim factum est falsi heredis cui hereditas euincitur? D. C. Quemadmodum per hereditatis restitutionem quæ fit ex Trebelliano tota sortis hereditariæ obligatio transferitur in fideicommissarium, ita & cum hereditas falso heredi euincitur per verum heredem, siue bonæ siue malæ fidei possessor fuit, quicquid ex hereditate penes falsum heredem fuit, vero heredi restituendum est, hac solâ differentia, quod hoc casu restituitur hereditas euicenti tãquã ipsius propria. Superiore autem restituatur fideicommissario, tanquam ipsi ex fideicommissio debita. Ergo cum nihil ex pristina & hereditaria obligatione supersit falso heredi post euictã ipsi hereditatem, neque actio constitutæ pecuniæ quæ non nisi hereditario iure fuit debita, salua ei esse potest, qui heres nec est, nec vnquam fuit, quiq. non alia de causa nihil transtulit in verum heredem restituendo ipsi hereditatem, quam quia nihil transferre potuit cum nullum ius in hereditate vnquam habuerit: propter quod nemo dixerit meliorem eius conditionem esse debere, quam si exemplo heredis grauati ius alteri quod in hereditate ante restitutionem habuisset. Heres enim grauatus cui ante restitutam ex Trebelliano hereditatem constitutum fuit, verus eo tempore fuit creditor, quia & verus heres erat. Falsus autem heres cui tanquam non heredi constitutum fuit, sicuti nunquam verus heres fuit, ita neque verus creditor. Ut proinde negari non possit quin constitutum ei factum ex falsa causa factum sit. Ex quo consequenter nullam ei actionem quaesitam esse, nec quaeri potuisse, ex euentu apparet, id est ex secuta hereditatis euictione. Constitutum enim falso creditori factum, qui verus creditor putabatur, causam nullam habet ob quam debeat subsistere, & à Prætore conseruari, qui in hac danda actione nihil nisi bonam fidem intuetur leg. 1. sup.

CCc 3

Ex qua tamen nemo esse dixerit, ut ei solui oporteat, qui si solum ei esset, etiam conditione indebiti teneretur arg. l. si pœna 19. §. 1. *supr. de condit. indeb.* cum is qui constituit, soluentis etiam loco habeatur l. idem est 10. *supr.* Nam & similiter dicitur eum, qui cum verus heres non esset, constituit creditori hereditario, tanquam heres patris, non magis honoraria actione constituta pecuniæ quam ciuili illa conueniri posse leg. *vlrim. infr.* quia cum constituerit, quasi esset ipse debitor, qui non erat, nullam penitus nisi falsam constituendæ pecuniæ causam habuisse videri potest. Sed hoc ita fortasse si quis falso heredi constituerit proprio ipsius nomine non hereditario, secundum distinctionem quam superiore casu adhibuimus ex l. *heredes à debitore 21. in princip. infr. de fideiuss. & ad d. l. si pœna §. 1. supr. de condit. indeb.* Verum non ita est, ut mox dicemus, ille d. sanè constat actionem hanc constitutæ pecuniæ quam falso heredi cui constitutum fuit, denegamus, multo minus decernendam esse vero heredi qui hereditatem euicit. Non ob id solum, quod neque ipsi, neque ipsius nomine constitutum fuerit, sed falso heredi tanquam vero & quidem proprio ipsius nomine, ut diximus. Sed etiam ob id maxime, quod pactum falsi heredis neque prodesse vero heredi debeat neque nocere,

23. IULIANVS libro II. Digestorum.

Promissor hominis, homine mortuo, cum per eum staret quominus traderet: & si hominem daturum se constituerit, de constituta pecunia tenebitur, ut pretium eius soluat.

Ad l. Promissor 23.

RAT. DVB. & DECIDENDI ad hanc legem eadem ferè est, quæ ad leg. promissor 2. *supr.* licet eadem ferè est vtriusque loci species. Nisi quod in *dict. leg. promissor* precium hominis debiti & post promissoris moram mortui constitutum fuisse proponebatur, hic verò ipse homo iam mortuus. Itaque paulo alia & maior dubitandi ratio est ad hanc legem, quam ad illam. Homo enim iam mortuus planè nullus est, nulliusque usus l. *principaliter 13. Cod. de liber. caus.* iteòque nec in stipulationem deduci potest leg. *si homo mortuus 69. de verb. oblig.* Cur ergo magis in constitutum? Nam nec consti tui potest nisi quod est debitum leg. 1. §. *debitum supr.*

24. MARCELLVS libro singulari Responsorum.

Titius Seio epistolam emisit in hæc verba: *Remanserunt apud me quinquaginta ex credito tuo, ex contractu pupillorum meorum, quos tibi reddere debebo idibus Maij probos. Quod si tibi ad diem supra scriptum non dederò, tunc dare debebo vsuras tot.* quæro, an Lucius Titius in locum pupillorum hac cautione reus successerit? Marcellus respondit, si intercesserit stipulatio, successisse. Item quæro, an, si non successisset, de constituta teneatur? Marcellus respondit, in sortem teneri. est enim humanior, & vtilior ista interpretatio.

Ad l. Titius 24.

RAT. DVB. Epistola non est modus inducendæ obligationis, sed eius tantum quæ inducta sit probandæ ut in leg. *Publia 26. §. vltim. infr. deposit.* Præsertim verò cum de stipulatione agitur, quam certum est, cum inter absentes fieri nequeat, nec per epistolam fieri posse l. *1. infr. de verb. oblig.* Ergo non potest verum esse quod Marcellus hic respondet ex epistola, cuius verba proponuntur, successisse tutorem in locum & obligationem passiuam pu-

vt iam diximus ex d. l. si tibi 17. cum possessor *supr. de pact.* Quod cum ita sit, tanto magis fatendum est, Paulo adscribi non posse verba illa postrema huius legis. Sed magis est vt fideicommissario vel ei qui euicit decernenda esset actio, quæ nos Tribonianum esse deservimus. No alioqui Paulus, cuius vterque locus est, non modò cum seipso, sed etiam cum vera rectæque iuris ratione pugnasse videatur. Non enim ratio iuris certè patitur, vt pactum falsi heredis profit vero heredi, nec tantum si suo nomine pactus sit, sed nec si hereditario. Illa enim distinctio tunc adhibenda est, cum falsus heres soluit debitum hereditarium, & quaritur de conditione indebiti, non autem cum falsus heres pactus est. Longèque alià ratio est heredis restituentis hereditatem ex Trebelliano: Nam eo casu & actio acquiritur ab initio heredi, quia verus heres est, & ideo transire potest in fideicommissarium, transitque propter concurrentem Senatufconsulti auctoritatem d. l. *1. ad SC. Treb. l. si mulier 59. §. ex esse infr. de iur. dot.* Nec rursus possis cum Cuiacio distinguere pactum nudum à constituto, quasi verò & constitutum ipsum pactum non sit. Nam id quoque à nobis reprehensum & confutatum est eodem libr. 15. *coniect. cap. 5.* quod indicasse sufficiat ne hic longiores simus.

Non potest autem esse debitum quod non est, vt Bartolus hic ratiocinatur. Sed decidendi ratio est, quam & idem Bartolus adfert, quod licet promissus homo sit mortuus, cum tamen post moram mortuus est, remanet in obligatione leg. *si seruum 91. §. vltim. iunct. leg. si ex legati 23. & sequent. de verb. oblig.* Et quamuis non possit præstari, attamen precium eius præstari & solui potest, facta æstimatione per iurandum in litem leg. *in actionibus 5. versic. planè supr. de in lit. iur.* Itaque nihil interest, an homo ipse mortuus in constitutum deducatur, vt in hac lege, an precium eius, vt in *dict. leg. promissor* cum vtroque casu & constitutum valeat, & precium solvatur. Iunge quæ dixi ad leg. *in re furtiua d. supr. de condit. furt. & ad leg. cum fundus 31. §. seruum tuum supr. de reb. credit.*

pillorum, si stipulatio intercesserit. Maxime verò cum ponendum sit huiusmodi stipulationem interuenisse animo nouandi, vt Accursius hic notat. Nam neque nouatio fieri potest, nisi inter præsentem & consentientem. De c. Quædam sunt, inquit Bartolus & rectè, obligationes quæ per epistolam contrahi possunt, cuiusmodi hæc sunt quæ nudo consensu contrahuntur leg. 1. §. *vlrim. infr. de contr. empr.* Quædam verò quæ non possunt, vt hæc quæ vel traditione vel literarum aut verborum solennitate exigunt,

exigunt. In iis quæ sunt prioris generis, potest epistola obligationem inducere, & etiam in cæteris, sed dumtaxat in d. quam probare *dict. leg. Publia §. vlt. deposit. ea quæ 57. infr. de donat. int. vir. & vxor.* Potest autem interdum fieri, vt etiam inter præsentem epistola scribatur per modum schedulæ, vt Bartolus loquitur, & post interpositam inter eos stipulationem, ac proinde etiam animo nouandi si ea quoque contragentium voluntas fuit. Et ita in specie huius legis vniuersè ponendum necessario est, cum tractetur de stipulatione. Alioqui si de constituta pecunia tractandum esset, nihil prohiberet contrahi obligationem per epistolam etiam inter absentes l. *quidam 26. infr.* Sed nec quicquam verat contrahi etiam inter præsentem d. l. *item illa §. vlt. supr.* Quod enim sit inter absentes, multo magis inter præsentem fieri potest. Itaque vana & superflua est quæstio, quam hic subiungit Bartolus, cum ad quodlibet pactum, ac proinde etiam ad constitutum requiratur consensus d. l. *supr.* quomodo probetur eum ad quem hæc epistola missa est consentisse. Nam si ponimus quod lex non, stipulationem in hac specie vel interuenisse, vel interuenire saltem potuisse, ideòque inter præsentem negotium gestum esse, quid alia, obsecro, consensus probatione opus est? Placet tamen quod Bartolus respondet, eum qui ab alio epistolam accipit, nec statim contradicit hoc ipso videri epistolæ & omnibus in ea contentis expressim consentisse, ex l. *si filiusfamilias 16. infr. de SC. Maced. & l. si absentis 4. C. si cert. petat.* Debet enim statim restitutionem interponere contrarii voluntatis, vt eleganter scriptum est in d. l. *si filiusfamilias.* Illud etiam obseruatione dignum est, quoties negotium inter præsentem gestum est, solum promittendi verbum sufficere, licet commune sit pacto nudo, constituto & stipulationi, vt stipulatio interposita esse intelligatur l. *1. C. de contr. & commit. stipul. l. Titia 134. §. penult. infr. de verb. oblig.* Ponit autem Accursius interpositam fuisse stipulationem animo nouandi, quia, inquit, ex his quæ facit tutor durante tutela, non tenetur ea finita nisi de nouo se obliget, ne officium et suum damnosum sit ex l. *post mortem 5. in princip. & §. 1. infr. quando ex fact. tutor. leg. cum quadam 26. C. de admin. tutor. iunct. l. si non subscripsisti 15. eod. tit.* Quod sanè verum est. Sed tamen ratiò video quid hic necesse sit de nouatione comminisci, cum & nulla nouatione facta idem respondendum sit quod Marcellus respondet. Lucium Titium quondam tutorem pupillorum, quorum nomine antea mutuum pecuniam acceperat, ex huiusmodi cautione, & epistola in locum eorum reum successisse. Cum enim pupilli obligati essent ex causa creditæ pecuniæ, quæ obligatio non nisi re contrahitur, & tutor epistola & cautione sua professus esset, remansisse penes se quinquaginta ex tota quantitate credita, consequens erat, vt nulla etiam nouatione facta obligaretur Lucius Titius quasi breui manu, ac si pupillorum nomine pecuniam Seio creditori reddidisset, mox ab eo mutuum pecuniam eandem accepisset, ex l. *singularia 15. supr. de reb. credit. l. 3. §. sed si debitorum infr. de donat. int. vir. & vxor.* Non enim possunt videri facti per eam epistolam correi debendi ex causa mutui, Lucius Titius & pupilli cum diuersis temporibus obligati fuerint, mutuumque pecuniam acceperint l. *si ex duobus 12. iunct. l. eandem 9. & pass. de duobus reu.* Nec vultus æquum est pupillos manere obligatos ex causa creditæ pecuniæ, quæ ad eos nunquam pertinerit, sed penes tutorem ipsum

Tom. III.

remanserit. Dummodò tutor ipse proprio suo nomine maneat obligatus, at non ex mutuo si verum amamus, cum mutuum ipse pecuniam non acceperit, neque à pupillis, neque à Seio, sed ex stipulatione cui causam dederit pecunia, pupillis quidem credita, sed à tutore retenta l. *cum enim 7. iunct. l. praeced. §. 1. infr. de nouat.* vbi dicitur cum pecunia credita est, si stipulatio interuenierit, siue ante siue incontinenti post numerationem non duos esse contractus quorum prior mouetur per posteriorem, neque contractum vllum mutui, sed tantum stipulationis. Quamquam nec nouum est, vt per stipulationem fiat pecunia credita, quæ quidem verbis quoque credimus l. 2. §. *vt supr. de reb. credit.* Sed illud duntaxat absurdum creditur, si ex pacto nudo fiat pecunia credita l. *qui negotia 94. infr. mandat.*

A Item quæro an si non successisset. RAT. DVB. Cum Lucius Titius in locum pupillorum non successisset, id est, cum stipulatio nulla intercessisset, secundum ea quæ proximè diximus, nihil interesse videtur creditoris qui pupillos ipsos habet obligatos. Non ergo videtur Titius teneri de constituta pecunia, nec magis in sortem, quam in vsuras. Aut si vsurarium fuit debitum, quod constitutum est, non debet obligatio vsurarum ab obligatione sortis separari l. *quidam 26. infr. hoc tit.* De c. Constitutum sit, & quidem vtiliter, quoties constituitur id quod iam debitum est, siue à constituenre ipso, siue ab alio l. *1. §. debitum l. eum qui 5. §. quod exigimus & pass. supr.* Atqui in propolita specie, si quia stipulatio nulla interuenit, Lucius Titius in pupillorum locum non successerit, remanet prius debitum, quod fuit pupillorum. Non deficit ergo materia constituti, quæ deficeret si Titius in pupillorum ius & locum successisset. Quamuis enim eo casu fieret ipse debitor, non tamen posset eadem epistola & cautione & fieri debitor & quod ipse debere inciperet, constitueret. Debitum enim ordine non tantum naturæ & intellectus præcedere necesse est, vt constitutum vtiliter sequi possit d. *§. debitum,* nec rursus deficit forma constituti, cum epistola interuenit citra stipulationem leg. *item illa 18. §. vlt. supr. d. l. quidam 26. infr.* Actionem ergo de constituta pecunia hoc casu competere fatendum est, quod & scriptum est in d. *l. quidam,* sed in sortem duntaxat, vt Marcellus hic ait, non in vsuras. Etsi enim vsurarium quoque facta mentio in epistola proponebatur, quæ dubitandi ratio ad hunc locum est, non tamen sic promissæ fuerunt, quasi ex contractu pupillorum iam debita & suo tempore soluendæ, si fors ipsa non solueretur, sed quasi nunc primùm per epistolam tutoris promissæ, eaque certè humanior & vtilior interpretatio est, quemadmodum Marcellus ait, per quam scilicet sit, vt minus obligetur debitor, cum semper in dubio pro debitoribus faciendâ sit interpretatio *vulg. l. Ariarius 41. infr. de oblig. & action.* Nam si debitum à tutore constitutum fuisset vsurarium, dubitari non oporteret, quin constituens non tantum ad sortem, sed etiam ad vsuras teneretur. Tale namque debitum constitutum esse semper intelligitur, quale est l. *id quod 19.* vbi diximus *supr.* In dubio autem non est præsumendum vsurarium, siue propter odium vsurarum, quia ex mutui natura est, vt sit gratuitum, statimque degenerat in scenus si quoquomodo sit vsurarium l. *1. C. si aduers. credit. siue quod non debeantur vsuræ pecuniæ scenebris, si non sit interposita stipulatio l. 3. C. de vsur. l. Titius 24. infr. de præscr. verb.* quæ facti est, vt & contractus est.

Cc 4

terti. *confilio 7. §. vlt. infr. de curat. furios.* & consequenter probanda non præueniunt a l. c. de probat. l. ad seueratio 10. C. de non numer. pecun. At qui constitutum sit per pactum nudum citra stipulationem §. de constituta *Instit. de action. l. 1. §. cum qui supr.* Ergo si nulla stipulatio intercesserit, quomodo ponimus nullam hic intercessisse, nec debitum pupillorum probetur usurarium, consequens omnino est, ut actio de constituta pecunia, quæ ex supra dicta epistola nascitur, ad sortem duntaxat detur, non etiam ad usuras. Et hæc meo iudicio vera sententia & ratio est huius legis. Cui malè nostri opponunt quasi repugnantem Scæuolam in d. l. quidam, ubi respondetur constituentem ad usuras quoque teneri. Nempe quia constitutum factum per epistolam in illius legis specie usurarium mentionem faciebat, quæ præterita essent, ac iam debita, ut probant verba illa epistolæ *salua ratione usurarum nomine.* Hic verò earum duntaxat quæ futuræ essent, & per epistolam, tum primam

promissæ. Constat itaque in illa lege debitum præcedens, quod constituebatur, fuisse usurarium, quod in huius legis specie non erat. Et de futuris tantum usuris epistolam Marcello propositam intelligi posse; apparet manifestè ex postea illis verbis: *Quod si ad diem supra scriptum non dedero, tunc deo dare usuras tot.* Quamuis in verbo illo deo sit ambiguitas aliqua an Titius se seruit de usurarum debito, quod à pupillis cœperit, an potius de nouo debito, quod Titius à persona sua incipere voluerit. Prior namque interpretatio debitum pupillare faceret usurarium: Posterior non item, quæ ided humanior, & utilior est, nec ad rem pertinet si quis obijciat, etiam accessoria debiti constitui posse leg. qui autem 14. §. 1. ubi diximus *supr.* Id enim ad ea accessoria pertinet quæ nudo pacto constitui possunt, non etiam ad usuras quæ vinculum exigunt stipulationis, cuiusmodi sunt pecuniæ fenebris usuræ d. l. 3. C. de usur. d. l. Titius 24. de præscr. verb.

25. PAPINIANVS libro 8. Quæstionum.

Illud aut illud debuit, & constituit alterum. an vel alterum, quod non constituit, soluere possit: quæsitum est: dixi non esse audiendum, si velit hodie fidem constitutæ rei frangere.

Ad l. illud aut illud 25.

RAT. DV B. Obligatio constitutæ pecuniæ cum sine stipulatione contrahatur, nunquam nouat præcedentem obligationem cui accedit l. item illa 18. §. vlt. ubi diximus & alibi *supr. hoc tit.* Ergo etiam post constitutum remanet prima obligatio in pristina sua natura. Atqui prioris obligationis natura & condicio illa fuit, ut debitor qui illud aut illud daturum se promiserat electio e haberet, utrum soluere mallet, & alterum soluendo liberaretur in totum, quandoquidem in alternatiuis electio est debitori ist. *plerumque 11. §. vlt. infr. de iur. dot.* & utraque res censetur esse in obligatione alternatiua perinde ac si esset sola l. si duo 12. §. 1. *infr. de verb. oblig. l. cum hereditas 5. vlt. & l. vlt. infr. qui & à quib. manum. leg. si quis seruum 8. §. si ita legetur de legat. 2.* quamuis alteram solui sufficiat leg. si illud aut illud *ead. l. cum illud 25. infr. quando dies leg. ced. l. debitor 59. sed cum testator infr. ad Sc. Trebell.* Alioquin, ut benè ratiocinatur Accursius, non posset alterum constitui, si non utrumque deberetur l. c. §. debitum leum qui 5. §. quod exigimus *supr.* Ergo quemadmodum si constitutum nullum factum esset, poterat debitor ex duabus rebus alternatiuè debitis eligere quam mallet soluere, & ea solutione in totum liberari, ita dicendum est, etiam si constituerit se alteram soluturum, non eo magis tamen obligari, ut eam præstet, sed si alteram hodie præstare malit, audiendum esse, tanquam soluat ex priorè obligatione: quod utique sufficit, ut à constituti quoque obligatione liberetur, cum vnicam sit debitum licet duplex sit obligatio d. l. item illa §. vlt. DE C. Non est audiendus debitor qui constituti fidem vult frangere, cum ob hoc ipsum Prætor editum hoc proposuerit, quod graue sit fidem fallere l. 1. in princip. *supr.* Atquin is qui cum illud aut illud deberet alterum constituit, & ita constituendo iam elegit, quid mallet soluere non minùs frangit constituti fidem si alterum quod non constituit soluere hodie velit, quam si neutrum vellet soluere. Aliud enim soluere vult quam quod constituit, quod fieri

certè nullo modo potest, licet aliud pro alio constitui possit d. l. 1. §. an potest iunct. l. promissor 21. §. vlt. ubi diximus *supr.* Ergo id ipsum soluere debet quod constituit, nec potest conqueri, quod ita futurum sit, ut electionem quam priùs habuerat amittat, quippe quam ipse alterum constituendo sibi ademerat, & vltro consumpserat: non enim ideo damus debitori electionem in alternatiuis, ut sepius eligere possit, & variare, sed ut ubi semel elegerit, id ipsum solum in obligatione & solutione esse videatur. Nec obstat quod Accursius tanquam contrarium obijciat, eum qui constituit stipulatori, adhuc posse adiecto soluere, nisi soli stipulatori soluturum se constituerit l. si ita stipulatus sim 59. *infr. de solut. iunct. l. si verò 8. supr. hoc tit.* Nam qui Titio aut Sempronio tanquam solutionis causa adiecto debuit, si Titio soluturum se constituerit, & nihilominus Sempronio soluerit, non ided fidem constituti fregisse videri potest, cum soluendo Sempronio etiam Titio soluere intelligatur, ut Paulus argumentatur in d. l. si ita stipulatus. At is qui cum mihi Stichum aut Pamphilum deberet constituit Stichum, si postea velit Pamphilum soluere, fidem constituti frangit, quia soluendo Stichum, non æquè videri potest Pamphilum quoque soluere, cum sint res planè diuersæ, quarum vna alterius vice non fungitur l. 2. §. mutui datio *supr. de reb. credit.* Non autem similiter possis dicere duos esse creditores, si quis Titio aut Sempronio promiserit: solus enim Titius creditor est, non etiam Sempronius qui non nisi solutionis gratia adiectus fuit, nec adici potuit. Proinde nulla hic electio iuris est, quasi plures sint creditores, vti ex creditoribus malit debitor soluere, sed facti tantum, cui potius velit soluere ex duabus personis, quæ tamen vnus tantum creditoris vice funguntur. Itaque non propriè eligit qui Sempronio adiecto soluit, cum etiam Titio qui solus creditor est, hoc ipso soluere existimetur. At verè eligit qui cum Stichum aut Pamphilum deberet, Stichum constituit, perinde ac si Stichum soluere, neque mirum videri debet constitutum habere vim electionis, cum

etiam habeat etiam vim solutionis leg. idem est 10. ubi diximus *supr.* Hoc verò nec Accursius, nec Barcolus intellexerunt, qui objectionem hanc non aliter dilui posse putarunt, quam si dicerent, in huius legis specie ponendum esse factum constitutum hoc expressim actio, ut illud solum solui posset, quod constituebatur. Exemplo eius

¶ Si iureiurando delato, deberi tibi iuraueris: cum habeas eo nomine actionem: recte de constituta agis. sed & si non vltro detulero iusiurandum, sed referendi necessitate compulsus, id fecero: quia nemo dubitat modestius facere, qui referat: quam ut ipse iuret: nulla distinctio adhibetur: tametsi ob tuam facilitatem: ad meam verecundiam subsecuta sit referendi necessitas.

Ad §. 1. Si iureiurando.

RAT. DV B. Actio constitutæ pecuniæ nasci non potest, nisi constitutum præcesserit, ut non enim ipsum actionis satis indicat. Atqui constitutum non fit per iusiurandum, sed per pactum & cõsensum duorum siue inter præsentem pactum illud interuenit, siue inter absentes per nuncium aut per epistolam l. qui autem 14. §. vlt. *supr. hoc tit.* Ergo etiam si deferentis actor iurauerit constitutum sibi fuisse pecuniam, non ideo a ren nasci potest actio de constituta pecunia. De c. iusiurandum ab aduersario delatum, & iuxta formam delatum præstitum, penitentia probationis vim habet, ita ut postquam iuratum est, non amplius querendum sit, an debeatur id de quo iuratum est, sed tantum an iuratum sit l. non erit 5. §. dato iureiurando leum qui 30. *supr. de iureiur.* Aded ut ex eo iureiurando Prætor det non tantum exceptionem iusiurandi l. 1. *quar. rer. action. non det. sed etiam actionem leg. actori 8. C. de reb. credit. & iureiur.* nec tantum actionem in factum, de qua ibi agitur, quæ datur ex iureiurando ad exemplum iudicati: Sed etiam quod magis est actionem ex eo contractu, de quo iuratum fuit. Itaque si quis iurauerit me rem aliquam ei vendidisse pecio centum aureorum, agere ex empto poterit, ut & cetera ei præstentur quæ præstanda essent, si emptio per testes probos, aut per instrumentum probaretur, id est ut ei res tradatur, & de euitione caveatur leg. si duo 13. §. si quis iurauerit *supr. de iureiur.* ubi additur idem esse si quis societatem se fecisse iurauerit. Eum namque actione pro socio sicut agere, ita & conueniri posse. Cur non igitur etiam de constituta pecunia rectè ager is qui deferente aduersario iurauerit constitutam sibi fuisse pecuniam? An fortè Prætor, qui actionem ex iureiurando induxit, dissimilior erit in danda actione honoraria & prætoriam, quam ciuili? Præsertim verò cum iusiurandum non tantum probationis vim habeat, sed etiam pacti l. 2. tutor 35. §. prodigus *ead. tit.* ut proinde constitutum, quod per pactum fieri potest, etiam per iusiurandum fieri possit.

a Sed & si non vltro detulero iusiurandum. RAT. DV B. Potest imputari aliquid ei qui iusiurandum detulit, quod aduersarium in causa propria iudicem constituerit *dist. leg. 1. infr. quar. rer. action. non dat.* At ei cui iusiurandum delatum est, quique referre illud maluit quam iurare, siue conscientia, siue modestia ductus id fecerit, non potest imputari cur non maluerit iurandum vincere, cum modestiùs fecerit quam si iurasset: ut sunt plerique metu di-

quod in specie *dist. leg. si ita stipulatus*, distinctio adhibenda necessarid est, an is, qui stipulatori soluturum se constituit, quod et am adiecto poterat soluere, adiecit dict onem soli ut in d. l. si verò 8. *supr. an non ut in d. l. si ita stipulatus.* Quæ tamen distinctio in huius legis specie non modò non necessaria, sed etiam ridicula est.

uini numinis ad superstitionem vsque religiosi ne de eo quoque quod verum esse sciant iurare velint leg. qua sub condicione 8. *infr. si quis amiss. caus. testament.* Ergo non debet teneri de constituta pecunia is quo referente iuratum est ab aduersario constitutam sibi fuisse pecuniam, ne modestia ei sua noceat, maxime verò cum iuris necessitate causatiua, ut vocant, compulsus id fecerit, præsupposito quod iurare noluit, manifestè siquidem turpitudinis est nolle iurare, nec iusiurandum referre leg. manifesta 38. *supr. de iureiur. leg. iusiurandum & ad pecunias 34. §. ait Prætor eod. leg. generaliter 12. §. sin autem Cod. de reb. credit.* Igitur distinctio hac parte adhibenda est, quam Papinianus adhibendam negat, utrum detulero tibi iusiurandum ab initio, ut iures me tibi constituisse, & iuraueris, quo casu constat dandam esse tibi contra me actionem de constituta pecunia, quia vltro te iudicem elegi in causa tua propria: An verò te mihi iusiurandum deferente ut iurarem non fuisse tibi constitutam à me pecuniam, ego iurare noluerim, sed referre tibi iusiurandum maluerim, atque ita iuraueris me tibi constituisse, quo casu æquum sanè non videtur, ut perinde danda sit tibi contra me actio constitutæ pecuniæ. Nec enim solet aut debet cuiquam nocere id quod ex iuris necessitate fecerit leg. 2. *infr. de distract. pignor.* DE C. Tam ex relato iureiurando quam ex eo quod delatum, & ex delatione præstitum est, dat Prætor perinde actionem, quia & quod refertur iusiurandum deferri dicitur, & utroque casu eadem vis & potestas est iusiurandi, ut & pacti vim habeat, & probationis: Perinde igitur utroque casu danda est, ex iureiurando siue delato siue relato actio constitutæ pecuniæ, nec distinctio vlla adhibenda est, cum tanti habuerit is qui iusiurandum retulit re carere potius, quam iurare arg. leg. 4. §. primo *supr. de alien. iudic. mut. caus. factam.* Quid enim eum cõgebat referre si noluisse? Nulla certè neque iuris neque facti necessitas, sed modestia tantum ipsius, & ut Papinianus loquitur, verecundia. Malè verò Accursius hunc textum sic accipit, quasi de necessitate iurandi in persona eius cui iusiurandum relatum est, Papinianus senserit, cum apertè verba ostendant sensisse illum de necessitate referendi iusiurandi in persona eius cui delatum fuerat, quique per modestiam & verecundiam iurare noluerat.

Quidam ad creditorem literas eiusmodi fecit: *Decem, quæ Lucius Titius ex arca tua mutua acceperat, salua ratione vsurarum, habes penes me domine. respondit, secundum ea, quæ proponerentur, actione de constituta pecunia eum teneri.*

Ad l. Quidam 26.

RAT. DVV. & DECID. ad hanc legem eadem ferè est quæ ad *leg. Titius 24. supra.* nisi quod hic nulla stipulationis mentio fit, quia nec de eo queritur, an qui epistolam scripsit, in locum primi debitoris successerit, ut in *dict. leg. Titius*, sed tantum agitur de constituta pecunia, quæ stipulationem nec exigit, nec admittit. Potest tamen, quod ad actionem constitutæ pecuniæ pertinet, alia dubitandi ratio adferri ex *leg. vltim. infr. de institut. action.* ubi negatur teneri de constituta pecunia eum, qui epistolam scripserat, non valde dissimilem ei quæ in hac lege proponitur. Sed bene Accursius respondet ibi agi de iustitior, qui, ut officio suo fungeretur, epistolam scripserat, ad fidem mensæ cui instabat præstantdam, non ut se obligaret: quod in specie huius legis diuersum est. Animum enim se obligandi in persona promittentis relata essent, necesse est, ut is de constituta pecunia obligetur *leg. 1. §. eum qui supra. hoc titulo.* Obiicit etiam huic legi solet quod scriptum est in *dict. leg. Titius*, Eum, qui epistolam scripsit, in sortem duntaxat, non etiam in vsuras teneri, cum tamen in hac lege Scauola post factam in verbis epistolæ vsurarum mentionem indistinctè respondet, scribentem de constituta pecunia teneri, quod interpretes vulgò sic accipiunt, & rectè, ut non minus in vsuras quàm in sortem teneatur. Nam postrema Accursij interpretatio, quæ verba illa epistolæ *salua ratione vsurarum nomine*, quasi per ea vsuræ exceptæ sint, ac si adiectum esset, *quia in vsuras teneri nolo*, ridicula est, & à verbis epistolæ aliena, quæ non alium vique sensum admittunt, quàm ut is qui epistolam scripserat, obligare se velle, non tantum ad de-

27. VLPIANVS libro 14. ad Edictum.

Vtrum præsentem debitore, an absente, constituat quis, parui refert. hoc amplius etiam inuito eo constituere quem posse^a, Pomponius libro trigentesimo quarto scribit. vnde falsam putat opinionem^b Labeonis existimantis, si, postquam quis constituit pro alio, dominus ei denuntiet, ne soluat: in factum exceptionem dandam, nec immeritò id Pomponius: nam cum semel sit obligatus, qui constituit: factum debitoris non debet eum excusare.

Ad l. Vtrum 27.

RAT. DVV. Si quis pro præsentem constituit, habet contra eum mandati actionem, cum is qui patitur, mandare intelligatur *vulg. leg. qui patitur 18. infr. mandat.* Si verò pro absente, habet negotiorum gestorum actionem pro indemnitate consequenda, quomodo in fideiussore distinguit I.C. in *leg. ex mandato 20. §. 1. eod. tit.* Constituens enim licet non sit fideiussor, proximè tamen

accedit ad fideiussorem, ut in præcedentibus sæpius diximus. Ergo multum refert, an pro præsentem quis constituat, an pro absente. **DEC.** Nihil interest quantum ad hoc ut is qui constituit obligetur, dummodò aliquod debitum vel naturale vel ciuile & honorarium præcedat, cui constitutum possit accedere. Vtroque enim casu perinde obligatur constituens, & actione constitutæ pecuniæ teneretur, quamuis intersit quod ad actionem quæ constituenti competit ad indemnitatem.

a Hoj

a Hoc amplius etiam inuito eo constituere posse, **RAT.** **DVV.** Inuito beneficium non datur, ut habet iuris regula. Ergo inuito debitore constitui debitum ab alio non potest. Beneficium namque in eo est, quod si postea constituens soluerit, licet suo nomine soluerit, & ex propria obligatione, priorem tamen debitorem liberat, quia solutio proficit ad vitamque tollendam obligationem *l. item illa 18. §. vlt. supr.* Et verò ita posito iure, ut etiam pro inuito debitore possit quis constituere, alterutrum euenire necesse est, ut vel ex constituentis iactura locupletetur debitor, vel ut ei, qui pro eo inuito constituit, indemnitate præstare etiam inuitus compellatur. Quod vitumque absurdum videtur, & contra *l. nam hoc natura 14. sup. de condic. indeb. & l. vlt. C. de negot. gest. DEC.* Constitutum in plerique solutionis vim obtinet *l. idem est 10. supr. præsertim secuta* quandoque; postea solutione ex constituto *d. l. item illa §. vlt.* Atqui solvere etiam pro inuito possumus, ut eum liberemus, quia meliorem eius conditione facere possumus, quamuis de eorum non possimus *l. soluendo 29. supr. de negot. gest. l. solutione 22. infr. de solut. l. si Stichum 8. §. vlt. de nou. it.* Ergo & pro alio inuito constituere quis potest. At verò is qui constituit & ex constituto soluit, regressum pro indemnitate aduectus debitor quem liberauit, habere debet, alia qualis est? In qua si is vetus spectetur, non debito quin negotiorum gestorum actionem habere debeat, quia debitoris negotium vtiliter gessit, nec eo minus quod inuito debitore. Imò tanto magis, quod, ut Seneca dicebat, duplex beneficium conferri qui in vitum cogit accipere. Si verò in nouum spectemus, quod Iustinianus induxit in *dict. l. vlt. C. de negot. gest.* nulli ei etiam inuito negotium gessit, nec tam pecuniæ quam beneficii debitorem acquirere sibi voluerit. Quod certè

hodie post supradictam Iustiniani constitutionem ita est, cum per eam abscissa sit spes omnis repetitionis, si domini, cuius negotia gesta sunt, prohibitio expressa præcesserit.

b Vnde falsam putat Labeonis opinionem. **RAT. DVV.** Pro Labeone, cum quis pro alio inuito debitu constituit, si debitor (licet enim legendum omnino est non dominus ut docuimus *libr. 15. Cened. cap. 5.*) denunciet ei ne soluat, & nihilominus constituentis soluerit, imputari potest constituenti cur pro inuito soluerit. Neque verò æquum est, ut quis inuitus obligetur, cum obligationes omnes consentum illius qui obligatur exigant *l. in omnibus 55. & l. 57. infr. de oblig. & act.* Ergo si is qui constituit & soluit, contra eum agere velit de constituta pecunia, quod summo iure facere potest, danda est contra eum exceptio in factum, ut dari solet contra quemlibet actorem, cui aliquid imputari potest. **DEC.** Is qui constituit semel obligatus fuit ut solueret: Ergo factam debitoris ei denunciantis ne soluat, non debet eum excusare. Vnde Bartolus infert generaliter, ut solet, protestationem & denunciationem inhibitoriam eius actus ad quem quis tenetur, nullius esse momenti *arg. l. Quintus 48. infr. mandat. l. si fideiussor infr. de fideiuss.* Quod tamen verè ne non sit tam generaliter verum, ut constat ex *l. 3. C. de nouat.* & aliis plerisque locis, ex quibus apparet propositionem hanc certis distinctionibus esse temperandam, de quibus erit alius fortasse commodior dicendi locus. Illud duntaxat observatio dignam ad hanc legem mihi videtur, quod ex Pomponij & Labeonis diffinitione quam hic Vlp. refert, videtur Iustinianus materiam summam esse, & causam condendæ nouæ constitutionis quæ extat in *d. l. vlt. C. de negot. gest.* Vbi tamen magis inclinat in sententiam Labeonis, quæ in hac lege & à Pomponio & ab Vlpiano tanquã falsã reprobatur.

28. CAIVS libro 4. ad Edictum Prouinciale.

Vbi quis pro alio constituit se soluturum: adhuc is, pro quo constituit, obligatus manet.

Ad l. Vbi quis 28.

RAT. DVV. Interuentu nouæ personæ, quæ pro alio se obligat, delegatio facta esse intelligitur in spectro iure Pandectarum, cum delegare nihil aliud sit quàm vice sua reum alium substituere *l. delegare 11. infr. de nouat.* & consequenter nouatio: quod quidem delegatio nunquam fit sine nouatione, est que potissima species nouationis *l. 1. l. si quis delegauerit 12. & pass. eod. tit.* Quamuis noua Iustiniani constitutio in *l. vlt. C. de nouat.* hoc ius vetus correxerit, & induxerit, ut non magis interuentu nouæ personæ quàm nouæ rei fiat nouatio, nisi specialiter id dictum & expressum sit. Atqui cum quis constituit se pro alio soluturum, interuenit noua persona debitoris se in alterius locum substituendis. Ergo fatendum videtur Cuij temporibus, cuius hæc lex est, ita ius fuisse, ut per huiusmodi constitutum fieret nouatio, quamuis non æquè si pro seipso quis constituisset, ac proinde ut non maneret obligatus is pro quo constituebatur: Siquidem nouatio nihil aliud est, quàm prioris obligationis peremptio & in sequentem transfusio *d. l. 1. cod. DEC.* Delegatio semper quidem nouatio est, sed nunquam fit sine stipulatione *§. præerea Instit. quib. mod. tollit. oblig. l. 1. & pass. C. de nouat.* Atqui constitutum non admittit interuentum stipulationis, alioqui constituens non de-

constituta pecunia, sed ex stipulatu teneretur *§. de constituta Instit. de action.* Ergo nec ius vetustale esse potuit, ut is, pro quo alius constituisset, obligatus non maneret. Quisquis enim obligatus semel fuit, eum necesse est tandem manere obligatum quandiu liberatus non est, aut solutione, aut nouatione, aut quo alio ex iis modis quibus tolli solet obligatio. Et ita scriptum est in *l. item illa 18. §. vlt. supr. l. si filiusfamilias 15. infr. de in rem vers.* Nec placet exceptio quam addunt Accursius & Bartolus, hoc ita esse nisi animus nouandi probetur. Non enim sufficit animus solus nouandi, si non interueniat etiam stipulatio ad faciendam nouationem, sicut nec sufficeret stipulatio quæ non nouandi animo facta esset *leg. l. si Stichum 8. & pass. de nouat.* Nec simile est quod obiciunt ex *l. per. de stipulat. prator.* Ibi enim decretum Prætoris de interponenda stipulatione in breuiorem diem non tam nouatur, quàm tollitur & immutatur per posterius quod factum est in diem longiorem, propter incomparabilitatem, quia non potest fieri, ut quid promittatur in diem breuiorem simul & longiorem. At nunquam incompatible est, ut manente constituto maneat etiam prima obligatio, quæ in constitutum deducta est, quoniam posterior foret, non tollit priorem: Præter id quod diximus, constitutum nunquam fieri per stipulationem, sine qua tamen nunquam fit nouatio.

Qui iniuriarum, vel furti, vel vi bonorum raptorum actione tenetur: & constituto tenetur.

Ad l. Qui iniuriarum 29.

RAT. DVB. Debitum quidem ex quoque contractu constitui potest l. 1. §. pen. supr. sed ex delicto non videtur posse constitui, quia quod debetur ex delicto, pœna est. Pœna autem debetur & exigitur etiam ab inuito a vindictâ & vltionē publicam, & sola legū auctoritate, quæ nõ indiget, vt accessione constituti pœnæ exactio fiat certior aut facilior, nec rursus carat ad fidem constituti frangatis qui deliquit, cum ad pœnâ satis obligatū eum habeat. Maxime verò procedit hæc dubitandi ratio in actione iniuriarū, quæ persecutionē rei nullā continet, idēq; nec in bonis nostris esse dicitur antequam ex ea litem contestemur l. iniuriarum 28. infr. de iniur. nec heredi aut in heredem datur l. iniuriarum 13. in princip. vob. l. si quis eum 10. §. qui iniuriarum supr. si quis caution. Itaque nullum videtur præcedere debitum quod constitui possit, quamuis iniuriarum actio iam nata sit, quia nec aliud in condemnationem deduci potest quam æstimatio iniuriæ a bitrio iudicis faciendā l. constitutionibus 37. §. 1. infr. de iniur. Relatione scilicet facta ad tempus non quo res iudicatur sed quo iniuria facta est l. iniuriarum 21. eod. tit. Ac proinde ante sententiam & condemnationem nec iri potest, quid & quantum debeatur. DEC. Constitui potest non tantum ex quocunque contractu, sed etiam ex quacunque causa, vt scriptum est in d. l. 1. §. pen. supr. Ergo etiam ex delicto debeatur. Est enim etiam

huius debiti causa iusta, licet factum ex quo nascitur, sit iniustum l. de iniur. nec quod incerta sit summa & quantitas futuræ condemnationis ad rem facit. Sufficit enim certum esse, quod subit debitum, & quod quantitas debiti per sententiam & condemnationem certa fieri aliquando possit, vt recte hic docet Accursius ex l. id quod 19. §. 1. supr. Sed non possum probare, quod idem Accursius putat, tantum esse in actione iniuriarum, quanti actor in litem iurauerit, nullo enim casu puto admitendum, vt æstimatio iniuriæ fiat per iudicandum actoris, sed semper officio iudicis siue de actione iniuriarum prætoriam tractemus, siue de ea que delictum ex lege Cornelia l. apud Laboneum 15. §. quod ait Prætor l. sed si vnus 17. §. seruus meus de iniur. quamuis non ignorem nostros ita distinguere solitos ad d. l. iniuriarum 28. eod. tit. Neque verò inutile constitutum est, eius debiti quod sit ex delicto. Quamuis enim legum potestas ad exigendam a delinquente pœnam neque constituitur, neque alio villo adminiculo indigeat, prodest tamen constitutum ad probandum quasi ex confessione delictum leg. furti 6. §. pateris que supr. de his qui not. infam. Itemque vt tanto facilior fiat pœnæ exactio: Nam si nec eos qui ex ciuili tantum causa debent, patitur Prætor fidem frangere leg. n. supr. quanto minus patitur eos frangere qui delinquendo frangerunt iam obseruantiam legibus debitam, seque ob eam causam minus fauorabiles præstiterunt?

30. IDEM libro 2. Sententiarum.

Si quis duobus pecuniam constituerit, tibi aut Titio: & si stricto iure propria actione pecuniæ constitutæ manet obligatus, etiam si Titio soluerit, tamen per exceptionem adiuuatur.

Ad l. Si quis duobus 30.

RAT. DVB. Cum quis adiectus est in constituto, licet solutionis tantum causa, si ei soluatur, perinde tollitur obligatio constitutæ pecuniæ, ac si creditori principali, cui constitutum fuit, solutum esset l. si verò 8. supr. hoc tit. nihil enim refert quantum ad liberationem, an quis soluat creditori an adiecto solutionis gratia, quoniam adiectus mandatum habere intelligitur ad solutionem accipiendam leg. si stipulatus sim 59. l. quires 98. §. mihi Roma l. aliud 106. infr. de solut. Ergo non potest durare obligatio constitutæ pecuniæ post factam adiecto solutionem. Nec si ponas in priore obligatione, ac stipulatione non fuisse hunc adiectum solutioni. Nam potest quidem ea res facere, vt à priore illa obligatione, & actione non liberetur: Sed non æquè, vt propria actione constitutæ pecuniæ manere debeat obligatus. DEC. Refert multum an quis in constituto tantum adiectus sit solutionis gratia, an etiam in priore obligatione. Hoc enim posteriore casu qui soluit adiecto, ipsi creditori soluere intelligitur, quia iussu & mandato eius soluit, cum creditor ipse sit qui stipulando adiecit hunc in stipulatione vt solui ei posset d. l. si ita stipulatus, vnde est quod mandati actione tenetur adiectus, vt eam pecuniam creditori reddat d. §. mihi. At priore casu cum quis in constituto solutio-

nis tantum gratia adiectus est, non potest videri solutio ei facta esse iussu & mandato creditoris, cuius factum in constituto nullum interuenit, sed in eo tantum quod constitutum agnouit. Non enim sit constitutum ab eo cui constituitur, sed ab eo tantum, qui constituit, cum tamen stipulatio initium sumat à stipulatoris interrogatione. Ergo etiam ei qui in constituto duntaxat adiectus fuit, solutum proponatur, fatendum tamen est, promissorem remanere obligatum, non modo à priore actione ex stipulatione, id est certi conditione, vt Accursius interpretatur, sed etiam propria actione constitutæ pecuniæ. nunquam enim ipso iure tolli potest obligatio, nisi cum soluitur vero creditori, aut alij ex veri creditoris iussu, & mandato: quod hic non contingit. Sed tamen quia verum est creditorem, qui huiusmodi constitutum admisit, consensisse, vt ei, qui in constituto adiectus fuerat, solueretur, quod nec impedire poterat, etiam si maxime voluisset quia certam legem ab initio constitutum habuit, quam immutare postea creditor non potuit, vt de stipulatione, quæ adiectum habebat, scriptum est in leg. vero procuratori 12. §. penult. infr. de solut. Ideo dicimus repellendum creditorem exceptione doli, si post solutionem adiecto factam pergat agere propria actione constitutæ pecuniæ aduersus promissorem, vt ab eo constitutam pecuniam adiecto iam so-

lam solutam iterum exigat, & duplici eum oneret eiusdem pecuniæ præstatione. Et hæc certe vera germanaque huius legis sententia est, nec ab Accursio intellecta, qui verba illa propria actione vel delicti, vel ita saltē interpretatur ac si delecta essent, cum ea explicat de conditione certi quæ competebar ante constitutam pecuniam, & pro pecunia postea constituta, non de actione ipsa constitutæ pecuniæ, de qua tamen difert lex loquitur, nec à Bartolo, qui comminiscitur factam esse adiecto solutionem ex priore obligatione non ex constituto,

quod aperte non modò commentitium, sed etiam falsum est. Quoniam enim iure aut colore solueret promissor ex stipulatione ei qui in stipulatione adiectus non fuit? Nec denique à Cuiacio, qui verba illa propria actione sic emendat, vt malit legere priorē actione quod in Accursij interpretationem nocidere planè videtur. Eamque emendationem nos pluribus confutauimus libr. 5. Coniecturarum capit. 3. vbi & cætera omnia, quæ ad pleniorē huius legis explicationem pertinent, latius profecuti sumus.

31. SCÆVOLA libro 5. Digestorum.

Lucius Titius Seiorum debitor decessit. Hi persuaserunt Publio Mæuiō, quod hereditas ad eum pertineret: & fecerunt, vt epistulam in eos exponat, debitorem se esse, quasi heredem patris sui confitentem. qui & addidit epistulæ suæ, quod in rationes suas eadem pecunia peruenerit. quæ situm est, cum ad Publium Mæuium ex hereditate Lucij Titij nihil peruenerit: an ex scriptura proposita de constituta pecunia conueniri possit: & an doli exceptione uti possit. respondit, nec ciuilem eo nomine actionem competere: sed nec de constituta, eum teneri, secundum ea, quæ proponerentur. idem quaerit, vsurarum nomine, quod ex causa superscripta datum sit, an repeti possit. respondit, secundum ea, quæ proponerentur, posse.

Ad l. vlt. Lucius Titium.

RAT. DVB. Tam alienum quam proprium debitum constituitur quis potest, perindeque valet constitutum dummodo aliquod debitum reuera subit l. 1. §. debitum l. eum qui Ephefi 5. §. quod exigimus l. hætenus 11. supr. hoc tit. Atqui in proposita specie verum est constitutam fuisse à Publio Mæuiō pecuniam quæ à Lucio Titio debebatur Seij creditoribus, quibus & Publius Mæuius eam constituit. Ergo quamuis eam constituerit tanquam heres Lucij Titij patris sui cum non esset, non eo minus tamen teneri debet de constituta pecunia, quod non suum, sed alienum debitum constituit: præsertim cum adiecerit in epistula quod in rationes suas eadem pecunia peruenerit. Nam siue ad eum patris hereditas peruenerit, siue non peruenerit, videbatur Publius Mæuius iis verbis suum fecisse debitum, quod erat hereditarium, cum fateretur ex ea pecunia factum se locupletiorē, locupletior autem ex aliena iactura fieri nec potuerit, nec debuerit, quin hoc ipso se ad restitutionem obligauerit l. nam hoc natura 14. supr. de cond. indeb. l. iure natura 206. de reg. iur.

DEC. Non valet constitutum, nisi quod habeat consensum & constituentis, & eius cui constituitur l. 1. supr. Nihil autem consensui metus contrarium est, quam error & dolus, aut vis & metus qui nunquam est sine dolo l. nihil consensui 116. in princip. & §. vltim. de regul. iur. iunct. l. 1. Quod met. caus. l. 2. §. doli mali infr. vi bonorum raptor. Atqui in proposita specie interuenit error Publij Mæuij existimantis se patris esse heredem cum non esset, & eam pecuniam in rationes suas peruenerit quæ non peruenerat: ex parte vero Seiorum creditorum etiam dolus interuenit, qui persuaserunt Publio Mæuiō vt talem epistolam in eos exponeret, per quam fateretur se & patris heredem esse, & pecuniam ab iis Lucio Ti-

Tom. II.

tio creditam in rationes suas peruenerit: quod verum tamen falsum erat, cum reuera nihil ad Publium Mæuium ex Lucij Titij hereditate peruenerit, vt Scæuola hic ponit. Ergo fatendum est ex eiusmodi scriptura & epistola, sicuti actio ciuilis nulla nasci potest, ita neque actionem de constituta pecunia posse competere. Ea namque demum constituta conseruat prætor, quæ bona fide facta sunt, non quæ dolo malo aut per errorem. Et quisquis alienum debitum constituit, ita demum obligatur, si sciens alienum constituerit, & tanquam alienum, non etiam si tanquam proprium: in eo si quidem error versatur, qui efficit ne constituti fidem videatur frangere debitor, etiam si recuset soluere alienum debitum, quod constituit, non constituturus haud dubiè, si alienum sciisset. Nec enim tam faciles sunt hominum voluntates, vt pro alieno debito se obligent, quam vt pro suo sic in l. si cum te 51. supr. de pact. Aliud ergo esset si Publius Mæuius debitum hoc quasi defuncti debitum & hereditarium constituisset, vt bene Accursius notat ex l. si pœna 19. §. 1. supr. de cond. indeb. & d. l. hætenus 11. in princip. supr. Quid? An non sufficiunt verba epistolæ, vt probent pecuniam hanc quæ à Lucio Titio debita, & à Publio Mæuiō constituta fuit, in rationes Publij Mæuij peruenerit? ex l. Publia 26. §. vlt. infr. de deposit. Negat Bartolus, quia, inquit, licet pecunia quam alij dedisti vel credidisti, ad me peruenerit, non ideo tamen sum tibi obligatus l. his solis 49. supr. de cond. indeb. l. non aduersus 15. C. si cert. petat. Ego addo verba enunciativa epistolæ fidem equidem facere & probationem inter easdem partes, sed in dubio tantum, id est, ita demum si non contrarium probetur. Salua enim semper est, vt esse debet veritatis contra præsumptionem l. si chirographum 23. & seq. l. Imperatores 19. §. 1. infr. de probat. Hic autem ponit Scæuola pro certo & probato, neque pecuniā hanc neque

DDd

aliud quicquam ex Lucij Titij hereditate ad Publium Mauium peruenisse, sed ad alium, quisquis ille fuerit, Titij heredem. Potest enim hac negatio probari, probata adfirmatione contraria.

a Idem questus V furarum nomine. RAT. DV B. Pœnz depensæ non solent repeti *l. pœnz 41. supr. De cond. indeb.* Atquin vsuræ non nisi pœnz nomine præstatur, quia non propter lucrum petentium, sed propter moram non solventium infliguntur *l. cum quidam 17. §. si pupillo infr. De vsur.* Ergo quod vsuræ nomine in specie proposita solutum est, repeti non potest, nec si vsuræ ipsæ sint omnino indebitæ, id est, ne nudo quidem pacto promissæ *l. si non sortem 26. in princ. sup. De cond. indeb.* Addit Bartolus pro ratione dubitandi, in hac specie tutum fuisse promissorem exceptione doli, exceptionem autem hanc non esse favorabilem, sed odiosam *l. licet famose 7. §. nec exceptores De obsequ. parent. & patron. prest.* Porro eos qui eiusmodi exceptionibus odiosis non favorabilibus tuti sunt si soluerint, non posse repetere *l. qui exceptionem 40. supr. De cond. indeb.* De c. Indebiti conditio competit, quoties in debitum solui ut ab ignorante & per errorem *l. 1. & pass. eod. ill. tit.* Neque ab ea generali regula excipiendæ sunt vsuræ indebitæ, nisi cum fors debita fuit ut in *d. l. si non sortem in princip.* Nam neque vsura pœna est, nec propter moram non solventis infligenda, nisi eo casu quo debetur. Atqui in proposita specie neque fors fuit debita, neque promissæ vsuræ sunt per stipulationem, adeoque nec per epistolam, quæ tamen citra vin-

culum stipulationis non debentur *l. 3. C. de vsur. l. Titij 2. §. infr. De præscr. verb.* Ergo quamvis debitum Lucij Titij fuerit vsurarium, quod necessarium ponendum est, ut quæstioni de vsuris à Publico Mauiio non promissis locus fieri possit, dicendum tamen est vsuras à Publico Mauiio solutas repeti posse tæquam indebitas, & per errorem solutas, & quidem facti, cum Publico Mauiio persuasum esset à Titij creditoribus hereditatem Titij ad Publium Mauium pertinere, quæ ad alium pertinebat, & ex hereditate illa Titij pecuniam debitam in rationes Publij Mœnij peruenisse, quæ non peruenerat. Quod verò Bartolus obiicit de doli exceptione odiosa, quæ non possit inducere repetitionem soluti ex *d. l. qui exceptionem*, ridiculum est, non ob id solum, quod in proposita specie nullus possit esse locus exceptioni doli, quippe quæ supponit aliquam præcedentem actionem, quam possit excludere, ut & cæteræ exceptiones omnes *l. 1. infr. De except.* Hic autem nulla subest actio, quæ per doli exceptionem summoveri possit, ut disertè ait Scauola, ne quidem de constituta pecunia, sed etiam quia falsum est, exceptionem doli esse odiosam, cum sit omnium favorabilissima si causam æquitatis inspicias ex qua proficiscitur. Falsum item, eum qui tutus exceptione doli soluerit, non posse repetere, ut constat ex *l. qui se debere 7. supr. De cond. caus. dat.* vbi diximus. Falsum denique quod responderet Bartolus de exceptione facti seu intentionis, ut ex iis etiam quæ scripsimus ad *d. l. qui exceptionem*, latius apparet.



COMMODATI VEL CONTRA

TIT. VI.

I. VLPIANVS libro 28. ad Edictum.

IT Prætor: *Quod quis commodasse dicitur, de eo iudicium dabo.*

Ad l. 1. Ait Prætor.

Incipit Vlpianus, ut solet, à verbis edicti, quibus Prætor actionem Commodati proposuit. Nam sub generali Titulo De rebus creditis, etiam de commodato & de pignore edixit *l. 1. supr. De reb. credit.* Ex quo apparet commodati actionem non esse civilem, ut vulgò, post Accursum, nostri putant, sed prætoriam, cum ipso Prætoris edicto promittatur, ut & actio pignoratitia, & depositi, de quibus dicendum erit in sequentibus: nec ad rem pertinet

quod inter commodantem & eum qui accipit commodatum, geritur negotium, ex quo proinde nascuntur præstationes & obligationes civiles, ut constat ex *l. in commodato 17. §. sicut infr. hoc tit.* cum sit commodatum conuentio iuris gentium qua res gratis vtenda datur ad tempus, finem, modum & certum, ea lege ut eadem ipsa reddatur, ut Cuiacius in Paratitlis definit. Nam respondemus, per commodatum quidem contrahi *συλλογισμα*, sed nihil aliud ex eo inferri posse, nisi quod libenter admittimus, ex commodato etiam

ante edictum Prætoris nasci, & dari potuisse civilem in factum actionem, quæ Præscriptis verbis appellatur, de qua in *l. si gratuitam 17. in princ. infr. De præscr. verb. l. iuris gentium 7. in princip. supr. De pact.* Et enim conuentiones quæ transeunt in proprium nomen contractus, proprii quoque nominis actione parere solent, *d. l. iuris gent.* Falsum tamen est quod Iacobus Cuiacius, & alij plerique post Bartol. tradiderunt, non dare actionem Præscriptis verbis, nisi ex contractibus innominatis & cum alia actio nominata nulla cõpetit. Non enim quod contractus certum & proprium nomen habeat, impedit aut extinguit negotium illud, & *συλλογισμα*, ex quo nascitur actio Præscriptis verbis, ut videre est in contractibus emptionis, donationis & permutationis, qui licet proprium habeant nomen, non eo minus tamen patiunt actionem Præscriptis verbis, si certa lege fiant *l. 2. C. de pact. iur. empt. & vend. l. 1. 2. & pass. l. 1. C. de rer. permut.* Quo exemplo dicimus nihil verare quominus ex Commodato, quod semper sit ea lege, ut reddatur, actio Præscriptis verbis competat etiam hodie quæ ante propositum Prætoris edictum competebat, & præterea actio commodati prætoris, quæ in eo maximè differt ab actione Præscriptis verbis quod bonæ fidei est, cum actiones omnes Præscriptis verbis sint strictæ, excepta illa quæ de æstimato datur, quam æstimatoriã appellamus, item ea quæ ex permutatione competit *§. actio. Instit. De actio.* Postquam actionem Commodati propositam à Prætoris stultis sanè esset, qui mallet agere civili actione Præscriptis verbis. Nam quod dicitur frustra desiderari honorariam actionem cum civilis competit *l. 1. supr. De public. in rem act.* tunc obtinet cum civilis plenior est, aut saltem æquè plena: quod non contingit, cum honoraria bonæ fidei est, ut in casu nostro, civilis autem stricti iuris. Nec possum probare quod quibusdam iuris doctissimis placere video, commodati actionem ad probationem tantum esse prætoriam, sed origine civilem. Et enim prætor non induxit contractum commodati, quem sanè faciendum est esse iuris gentium, induxit tamen actionem Commodati, quæ non similiter potuit esse iuris gentium, ex quo constat nullas fuisse proditas actiones, & quam ius civile nullam agnouit ante propositum edictum Prætoris, ut proinde possit longè verius dici actionem Commodati esse prætoriam origine, non etiam iuris civilis, nisi ad probationem. Idque apparet euidèntius ex eo, quod in hac ipsa lege Vlpianus notat, quasi nouum quid & notatu dignum, Prætoris qui hoc edictum concepit, fecisse Commodati mentionem, cum Pacuuius prætor, alius & tempore anterior vtendi dati mentionem fecisset. Cur enim hoc ita, si iam ante Pacuuium comparata erat iure civili actio aliqua siue Commodati siue vtendi dati? An non enim debuisset Prætor edicto suo subse-

qui nomē iuris civilis in ea actione probanda, quæ ius civile primum induxisset? Fuit ergo ante hoc edictum à posterioribus prætoribus ita conceptum incognita & inaudita Commodati actio, nec minus prætorio iure quàm civili. Nec sanè video cur Prætor inducturus fuerit actionem honorariam eiuſdem prorsus & nominis & effectus, cuius esset actio iam ante civili iure prodita, & comparata, *arg. l. 2. §. vlt. infr. Vi honor. rapt.* Sicut enim neque natura neque lex frustra quicquam facit, ita neque Prætor. Neque possum satis mirari istorum ingenia, qui negant honorariam actionem eam esse quæ aliquo prætoris edicto nominatim & specialiter inducta sit. In quorum numero eos pono, qui aucti sunt negare, quod in vltima Chiliadis nostræ parte toties scriptum, actionem rerum amotarum esse prætoriam, cum edicto Prætoris permittatur, aut, ut Cuiacius legit & melius promittatur in *l. 2. C. rer. amor.* Volunt enim esse civilem, ut faciant conditionem, nostramque vellicent emendationem, quæ hoc potissimum argumento negationem addit in *l. rerum 26. v. fr. eod. ill. tit.* cum fateri cogantur conditionem omnem esse iuris civilis nullam prætoriam. Nec habent quod nobis obuiant præter actiōnes hanc Commodati, itemque illam Depositum de qua in *l. 1. infr. Deposit.* quasi nec dubitandum sit, quin cuius actiones sint ob id solum, quod ex contractu nascuntur, licet edicto quoque Prætoris repositæ sint. Nisi forte putat cum Cuiacio [sunt enim, quod laudo Cuiaciani] etiam actiones Commodati, Depositum & alias prætorias, & quibus non intenditur dari quid oportere, posse nihilominus dici conditiones, contra quam scriptum sit in *§. appellamus Instit. De actio. & sic itaque eod. v. fr. q;* alii nostri iuris locis quibus negatur posse quemquam rem suam condicere, nisi à iure *l. vlt. supr. vsufr. quemadm. cau. l. 1. §. vlt. supr. de condit. tritic. & in l. si quis inficiatus 13. §. 1. infr. de pos. vbi disertè scribit IC. depositarium numquam teneri conditione, ex eo solo quod depositum accepit, sed tum demum incipere teneri cum depositum inficiatus est, & ita rei depositæ furtum facere cœpit. Neque vè dè videtur lex duodecim tabularum alias actiones induxisse, quàm quæ dominij translationem aut inducunt aut præsupponunt. Alioqui si de quolibet contractu actionem dedisset, aut de iis saltem qui in hominum vsu frequentiores sunt, an forte hypothecariam prætermisisset cum hypothecæ contractus sit fuerit que semper omnium frequentissimus? Et tamen nemo dubitat quin hypothecaria actio, & quasi Seruiana sit Prætoris, ut & Seruiana ipsa *§. item Seruiana Instit. De actio.* Idem de actione Ad exhibendum tractari potest, cuius vsus non modò vtilis, sed etiam necessarius est plerumque ad civilem vindicationem instituendam *l. 1. supr. ad exhib.**

¶ Huius edicti interpretatio non est difficilis. vnum solummodò notandum, quod, qui edictum concepit, commodati fecit mentionem, cum Pacuuius vtendi fecerit mentionem. Inter commodatum autem & vtendum datum, Labeo quidem ait, tantum interesse, quantum inter genus & speciem. commodari enim rem mobilem, non etiam soli: vtendam dari etiam soli. sed, ut apparet, propriè commodata res dicitur, & quæ soli est, idque Cassius existimat. Viuianus amplius etiam habitationem commodari posse ait.

Tom. III.

DDd a

Ad §. 1. Huius edicti.

RAT. DVV. Inter commodatum & vtendum datum videtur tantum interest, quantum inter genus & speciem, & latius patere appellationem vtendi dati, quam commodati. Vtendum enim dari rem quamlibet etiam soli: Commodari autem rem duntaxat mobilem, nec eam quamlibet, cum pecunia & alia res, quibus circa ab usum vti non possunt, non nisi dicis casus commodari possunt l. 3. §. vlt. infr. hoc tit. Et ita Labeo putabat, quem hinc Vlpianus refert. Melius ergo Pacuvius de vtendo dato edixerat, quam recentiores Prætores de commodato. Tanto enim melior lex est sine civilis, siue prætoria, quanto generalioribus verbis concepta est, vt plures casus complecti possit l. ait Prætor 5. infr. De re iudic. DEC. Proprie commodata res dicitur etiam illa quæ solè est, vt ex Cassij sententia Vlpianus hinc concludit, addens Viuianum qui Cassianus proculdubio fuit, non solè eam Cassij sententiã probasse, sed hoc amplius existimasse, habitationem quoque commodari posse, quæ tamen nec mobilis res est nec immobilis, sed tota vel in iure consistens si pro seruitute accipiatur l. cum antiquitas 13. C. de vsu vel in factis, vt in l. penult. supr. De capit. min. & merito. Quid enim aliud est commodare quam prodesse & beneficio adficere? d. l. in commodato 17 §. sicut infr. Nam & inde est, quod omne commodatum gratuitum esse debet, alioqui degenerat in locationem paragraph. item in cuius in fin. Instituit, quibus mod. re contrah. obligation. Itaque aut pro synonymis habenda sunt commodatum & vtendum datum, quomodo accipiuntur in dict. §. item in cuius, aut fatendum est latius patere, aut saltem non minus latè commodati, quam vtendi dati appellationem.

a Viuianus amplius etiam habitationem. Sic habet Florentina lectio, & melius quam vulgata quæ pro Viuiano habet vtilium. Nam hæc eadem Viuiani sententia existimantis etiam habitationem commodari posse, & ex ea causâ commodati actionem competere, refertur ab Vlpiano nostro in l. si gratiam 17. infr. De præscript. verb. quæ sumpta est ex eodem, ex quo hæc quoque lex Vlpiani libro 28. ad Edictum. Vlpianus tamen eo loco, etsi non negat habitationem commodari posse, nihilominus addit esse tutius agi eo nomine præscriptis verbis, ita innuens dubitare se, ne commodati actio locum habere in ea specie non possit, quasi possit Commodati contractus latius patere quam actio commodati. Ex quo loco intelligimus quam verum sit, quod supra diximus, ante propositum edictum Prætoris actionem Commodati civilem nullam fuisse, sed tantum præscriptis verbis civilem, & de ea debere intelligi quod scriptum est in d. l. in commodato §. sicut. Cur non enim pro aliis rebus commodatis perinde atque pro habitatione commodata, præscriptis verbis actio competiisset? Ratio autem dubitandi ad hunc versiculum petenda ex eo videtur, quod habitatio siue in iure siue in facto consistere dicitur est quid incorporale. Nam & iura & facta incorporalia sunt Tit. De reb. corpor. & incorp. & vbi autem 5. §. quid quod infr. De verborum obligationibus. Res autem incorporales non videntur posse commodari summo iure, præsertim verò seruitu-

tes, sicut neque dari pignori l. si is qui 11. §. vltim. & l. sequi infr. De pignor. Est enim commodatum ex eo contractuum genere, qui reid est traditione perficiuntur dict. §. item in cuius Instituit, quib. mod. re contrah. obligat. l. 1. §. is quoque infr. De obligation. & actio. Quæ verò sunt incorporalia, ea tra- si non possunt quia nec possunt tangi l. 1. §. vltim. supr. De rer. diuis. Item commodata res eadem reddi debet, quia nec dominium eius amittitur nec possessio l. rei commodata 8. infr. hoc tit. Non autem redditur eadem habitatio, quæ commodata fuit, cum de habitatione dicitur possit, quod de usufructu scribit Vlpianus in l. 1. §. interdum supr. De usufruct. ad vlt. usufructum quotidie constituit. Alia enim est vnius diei habitatio, alia alterius litem queritur 17. in fin. infr. locat. Sed decidendi ratio est, quod habitatio, licet non possit tradi habitato sola tanquam seruitus, tradi tamen potest cum domo in qua habitatur. Vnde & apud Accursium quidam habitationem hinc sumunt pro domo ipsa, quæ habitationis usum præbet. Ne obster huic legi quod Pomponius scribit in l. in adibus 9. in princip. infr. De donat. donationem videri, si quis in alienis adibus gratis habitet, quasi id ipsum capere videatur qui habitat, quod meo ceterum pro habitatione nullam soluit. Sed facilis responsio est differre commodatum à donatione in eo quod commodatum semper certo vsu certoque tempore concluditur, non etiam donatio: quamuis extra hanc differentiam proximè accedat commodatum ad donationem, quia vterque contractus ex mera concedentis liberalitate proficitur, cum gratuitum, vt diximus, commodatum esse debeat. Commodato autem proximum est precarium, quia æquè ex liberalitate proficitur, & idè ad donationis quoque potius quam ad contractus causam pertinere dicitur in l. interdum 5. infr. De precar. in quo tamen differt à commodato, de quo nemo ambigit, quin sit contractus & quidem bonæ fidei §. actio in fin. De action. quod de precario non similiter dici potest, adeoque nec de donatione proprie, cum in ea tractatus nullus præcedat d. l. interdum, & quam si contractum dicere quis velit, certum tamen est, non esse bonæ fidei l. eum qui 22. infr. De donat. Et tamen habitationem precariò quoque dari posse constat ex leg. 2. Codic. de precar. Quidni ergo & multo magis commodari? Multa enim sunt quæ facere videntur, vt precariò dari habitatio stricto iure non possit, vt ex iis apparet, quæ nos in hanc rem scripsimus in Chilliade De error. pragmat. Sed publica vtilitatis gratia contractum iuris rationem admissum hoc videtur. Publica enim vtilitas, hoc maxime suadet, vt contractuum & conuentionum omnium potestas & natura extendatur quam latissime fieri potest, propter vtilitatem commerciorum, vt constat ex dict. leg. sed an via duodecim. infr. De pignor. leg. quart. supr. De seruitut. Aliud ergo est commodari aut precariò dari domum in qua habitetur, aliud verò ipsam habitationem, quæ cum redditur, eadem latè redditur, quæ commodata vel precariò data fuit, sed ita tamen si ad futuri temporis non ad præteriti vsu referatur. Nam in vsu præteriti temporis certè donatio quædam versatur dict. leg. in adibus. Quod & Bartolus benè notat, quamuis contractus ipse non sit donatio, sed commodatum, vt diximus. Planè etiam vestimenta commodari possunt l. 5. §. quoniam infr. hoc tit. Sed precariò

precario dari stricto iure meo iudicio non possunt, ne reuocato precario intemptiue quod ad nutum reuocantis fieri potest, nudus & sine vestimentis

maneat is qui precariò rogauerat, precarium siquidem etiam intemptiue reuocari potest, in quo differt à commodato l. in commodato 17. §. sicut infr.

2 § Impuberes commodati actione non tenentur, quoniam nec constitit commodatum in pupilli persona sine tutoris auctoritate: vsque adeò, vt, etiam si pubes factus dolum aut culpam admiserit, hac actione non teneatur: quia ab initio non constitit.

Ad §. 2. Impuberes.

RAT. DVV. Ad hunc §. & ad l. seq. obligantur etiam pupilli & furiosi sine tutoris vel curatoris auctoritate, quoties ex re actio venit l. furiosus 46. infr. de obl. & actio. Atqui commodati obligatio ex re ipsa nasci videtur, cum rei traditio initium huic obligationi præbeat, quomodo de permutatione scriptum est in l. 1. infr. de rerum permut. Est enim hic contractus ex eorum numero qui re contrahuntur l. 1. §. is quoque de oblig. & act. §. item in cuius Instituit, quibus mod. re contrah. oblig. Ergo & furiosi & pupilli si commodatum acceperint, commodati actione teneri possunt.

DEC. Neque pupillus obligari ex contractu potest sine tutoris auctoritate, neque furiosus absque curatore l. obligari 5. & pass. in fin. de auctor. tutor. l. 1. & tot tit. de curat. furios. Caret enim vterque consilio & iudicio, sine quo tamen contracti obligatio nulla potest. Atqui obligatio commodati est ex contractu, ergo non magis ex commodato quam ex alio vilo contractu obligari pupillus vel furiosus absque tutoris vel curatoris auctoritate potest, nec proinde commodati actione teneri, quamuis actio commodati sit prætoria, quia non minus prætor quam ius civile & pupillis & furiosis fauere, quos videt sine posse sibi consulere pupillum quidem vitio ætatis, furiosum autem vitio animi l. 3. in princip. infr. de tutel. l. Fulcinus 7. §. planè interdum Quibus ex causis in possess. cat. leg. 3. de regulis iuris.

a Vsque adeò vt etiam si pubes factus. RAT. DVV. Dolus pupilli qui iam doli capax est, fortè quod sit proximus pubertati, impunitus esse non debet l. heredes 12. §. 1. & l. 1. §. 1. infr. de dolo. Iuris enim ratio & regula generalis facit, vt dolus semper puniendus sit, tum quoque cum ei nocet qui dolus ipse admisit l. procurator 11. §. in perpetuum infr. de doli mali except. Ergo etiam si pupillus absque tutoris auctoritate commodatum acceperit, si tamen in re commodata dolum malum admiserit, puniri eo nomine debet, & quidem actione commodati, in qua cum etiam culpa veniat l. si vt certo 5. §. nunc videndum infr. multo magis dolus æstimandus & coercendus est, præsertim cum actio commodati sit bonæ fidei §. actio in fin. De action. Quid enim tam contractum bonæ fidei quam dolum malum l. 3. in fin. infr. pro socio l. si dolo 5. Cod. de rescind. vendit. qui ab omnibus contractibus abesse debet etiam ab iis qui stricti iuris esse dicuntur: l. bonam fidem 4. C. de oblig. & actio. l. doli clausula 19. l. ex ea parte 12. in princip. infr. de verborum obligationibus. liquidem bonæ fidei contractus à contractibus stricti iuris seruantur, non ex comparatione doli & malæ fidei, sed ex comparatione equitatis cum stricto iure l. bona fides 31. infr. de

pos. l. ex empto 11. §. qui autem l. bona fides 50. infr. de action. empt.

DEC. Commodatum, quod ab initio non constitit, ex postfacto confirmari nunquam potest l. quod initio 10. de regulis iuris. Obligatio enim quæ ex contractu & negotio aliquo nascitur, cum nasci necesse est, cum sit contractus, & negotium generatur, aut nunquam, vt hic textus omnium optime probat. Atqui commodatum, quod pupillus sine tutoris auctoritate accepit, ab initio non constitit, vt supra diximus. Ergo nec si impubes postea factus sit pubes, poterit commodatum eo magis conualescere, quam si ad eum casum perueniret, à quo incipere potuit, quoniam & ea quæ ab initio constituerunt, non eo magis sunt irrita, quod ad eum casum perueniret, à quo incipere non potuerunt, secundum Papiniani sententiam in l. verbis 5. infr. ad leg. Falcid. à Iustitiano comprobata in §. ad ex contrario Instit. de legat. quamuis alij plerique aliter senserint, vt constat ex l. debitor 82. de legat. 2. l. existimo 98. l. pluribus 140. §. 1. de verborum obligationibus l. quia in eum casum 16. supr. ad leg. Aquil. l. in ambiguis 8. §. 1. de regulis iuris. Itaque regula negatiua, quæ hinc ab Vlpiano proponitur, certior est & indubitabilior, ea quæ ab initio non constituerunt, conualescere potest nunquam posse. Porro si commodati obligatio, quæ in persona impubers non constitit, conualescere adueniente ipsius pubertate non potest, neque actio commodati potest vlla competere, quam ex ea commodati obligatione nasci necesse esset. Parit enim obligatio actionem, quasi mater filiam l. licet 42. §. ea obligatio supr. de procurat. Nec magis potest quis agere in personam sine obligatione præcedente, quam sine actione l. si pupilli 6. §. vlt. supr. de negot. gest. l. iuris gentium 7. §. sed cum nulla supr. de pact. Atqui actionem commodati præus competere oportet, quam vt dolus aut culpa per eam vindicari possit. Veniunt enim hæc omnia in actionem commodati dict. §. nunc videndum l. contractus 23. de regulis iuris. Ergo verum est, quod hic Vlpianus scribit, si impubes commodatum acceperit, & postea pubes factus dolum aut culpam in eo admiserit, non idè actione ista teneri cum posse, quia ab initio nec commodatum constitit, nec proinde commodati actio competiit. Planè si pupillus pubertati proximus dolum admiserit, non dicimus fore impunitum eius dolum ex quo alioqui lucraretur l. ne ex dolo 12. supr. de dolo. [nam & ex aliis delictis teneretur l. si ex causa 11. §. nunc videndum supr. de minor. l. 1. Cod. si aduers. delict.] sed negamus teneri eum actione commodati, adeoque nec si pubes factus dolum fecerit, quia nec commodatum vllum, nec commodati obligatio vlla præcessisse intelligitur, quæ commodati actionem parere vnquam potuerit. Obligationem enim naturalem ex eo contractu nasci contra pupillum negari certè non potest, cum pupillus quoquomodo contractus absque

tutoris autoritate naturaliter obligetur l. 1. in fin. De nouar. l. Stichum aut Pamphilum 95. §. aliquando & §. naturalis De solut. licet non iure naturali l. quod pupillus 47. sup. De condict. indeb. l. antep. De oblig. & act. Idque ex eo apparet euidentiis, quod ex hac causa etiam pupillus fideiussores dare potest l. 2. in fin. De fideiuss. iunct. l. 1. in cuius bonis 6. De verb. oblig. Sed obligatio naturalis si non etiam civilis sit, actionem nunquam parit, sed tantum exceptionem, retentionem, deductionem & compensationem d. l. iuris gentium §. sed cum nulla l. 3. §. vlt. sup. quod quisq. iur. l. etiam 6. in fin. De compensat. l. sed si damnum 9. §. peculium & pass. in fin. De pecul. d. §. aliquando. Nos autem de Commodati actione loquimur, quæ civilem obligationem ne-

cessario exigit & præsupponit. Itaque nil necessarium est cum Accursio & Bartolo hunc §. restringere ad eum pupillum, qui vel adhuc infans sit, vel cum tutore ipso contraxerit, quasi pupillus his solis casibus nec civiliter nec naturaliter obligetur, cæteris vero casibus obligetur etiam iure naturali: quod tamen ridiculum est, & a nobis confutatum sapius, præsertim ad l. contra 23. sup. De pact. l. vlt. sup. De iure iur. l. naturaliter 13. §. vlt. & d. l. quod pupillus sup. De condict. indeb. Cæterum quid interest querere, an pupillus obligetur naturaliter, adeoque iure naturali, necne, cum non eo magis teneri possit actione commodati, si non etiam civiliter obligetur? vt in l. 3. in fin.

2. PAVLVS libro 29. ad Edictum.

Nec in furiosum commodati actio danda est, sed ad exhibendum aduersus eos dabitur^a, vt res exhibita vindicetur.

Ad l. Nec in furiosum 2.

RAT. DVV. & DEC. iam proposita est ad §. vlt. legis præcedentis. Eadem namque in omnibus ferè ratio est pupilli & furiosi, cum de obligandis iis tractatur, nisi quod pupillus sine tutoris autoritate contrahens obligatur tamen naturaliter, vt proxime diximus. Furiosus verò nec si cum sui curatoris autoritate contrahat, obligatur civiliter, adeoque nec naturaliter: multo minus si curatoris autoritas non interuenit l. in negotiis 5. De reg. iur. Quare nec in furioso possit addere, quod Vlpianus proxime addidit in pupillo vsque adeo vt etiam si dolum & culpam admisit, hac actione non teneatur. Non enim potest dolum, aut culpam vllam admittere furiosus quandiu furiosus est, cum suæ mentis non sit, nec consentire vnquam possit, qui nec sentire intelligitur l. si tibi 8. §. vnus in fin. De opt. legat. Planè impuberi commodatario qui postea pubes factus dolum aut culpam admisit, benè comparabitur furiosus, qui ad sanam mentem reuersus dolum quoq; aut culpam admisit in re commodata: nam & hoc casu verum est furiosum etiam ad saniores mores reuersum actione Commodati teneri non posse, quia ab initio neque Commodatum, neque commodati actio constitit. Ratio autem differentie inter furiosum & pupillum illa est, quod pupilli iudicium suppleri per tutorem potest, iudicium autem quod furiosus deest, non æquè suppleri potest per curato-

rem. Hoc ipsum verò, quoniam certum est atatem allaturam esse pupillo iudicium, non etiam resipiscenciam furioso, vt aibi docuimus.

a. Sed ad exhibendum aduersus eos dabitur. RAT. DVV. Plus est teneri pupillum aut furiosum aliqua actione sine civili, siue honoraria, quam obligari eos civiliter. Est enim civilis actio effectus obligationis civilis. Ergo si verum est, vt est, neq; pupillum neque furiosum obligari posse civiliter absque tutoris vel curatoris autoritate, nec illud ferendum est, vt actione ad exhibendum conueniri possint. DEC. Longè alia ratio est actionis ad exhibendum, alia verò actionis Commodati. Et si enim vtraque actio in personam est l. 3. §. 1. sup. ad exhibend. Actio tamen commodati nascitur ex contractu, & ex obligatione, quæ contra pupillum sine tutoris autoritate nasci nulla potuit. Actio autem ad exhibendum non nisi ex præsentis possessione perinde ac vindicatio l. non alias 24. §. sed si postulat sup. De iudic. aut saltem ex dolo qui pro possessione sit l. si ad exhibendum 8. & pass. sup. ad exhib. Ergo mirum non est & pupillum & furiosum, qui commodati actione teneri non possunt, teneri tamen actione ad exhibendum, scilicet cum possident. Non enim addendum est aut cum dolo deserunt possidere, quia non potest adiectio hæc cadere in furiosum quippe qui doli capax nunquam sit quandiu furiosus manet: cadit tamen in pupillum, sed in eum demum qui sit proximus pubertati, vt diximus ad §. vlt. l. 1. sup. ex l. heredibus 13. sup. De dolo l. pupillum 11. De reg. iur.

3. VLPIANVS libro 28. ad Edictum.

Sed mihi videtur, si locupletior pupillus factus sit, dandam vtilem commodati actionem secundum Diui Pij rescriptum.

Ad l. Sed mihi videtur 3.

RAT. DVV. Pupillus idè non obligatur ex contractu absque tutoris autoritate, quod non tanto iudicio polleat, quanto est opus ad contrahendam obligationem civilem, vt diximus ad §. vlt. l. 1. sup. ex l. obligari 9. De auctor. tutor. l. pupillus 9. cum l. præced. De acquir. hered. Atqui quod locupletior sit ex commodato, non facit eum prudentiorè, maiorisquè

iudicij: ergo non eo magis obligati potest ex causa Commodati, nec consequenter commodati actione teneri. DEC. Iurè naturæ iniquum est fieri quem locupletiorè ex aliena iactura l. iure natura 206. De reg. iur. l. nam hoc natura 14. sup. De condict. indeb. Nec tantum ad inducendam naturalem obligationem prodest hæc ratio, sed etiam ad inducendam civilem, non enim posset auferri possessori id ex quo factus esset locupletior, si non actio civilis aliqua, vel directa, vel saltem utilis in eam rem

rem competeret. Nam nec obligatio naturalis parit vnquam repetitionem, quæ sine actione nunquam esse potest, sed tantum retentionem, nisi cum civilis actio mixta est naturali l. naturales 10. in fin. De oblig. & act. l. fideiussor 16. §. naturales de fideiuss. Meritò igitur Diuus Pius rescripsit dandam esse vtilem actionem in pupillum locupletiorè quoquomodo factum, siue ex causa commodati, siue ex alia quilibet l. 3. §. pupillus, aut vt Cuiacius legit, pupilli l. si pupilli 6. in princip. l. Neseinius 34. sup. de negot. gest. l. eacenus 10. in fin. de instit. act. l. pupillus 5. in princip. & §. 1. in fin. de auctor. tutor. In proposita autem specie vtilem commodati actionem dandam esse Vlpianus ait, vt intelligamus actionem hanc à Diuo Pio inductam non esse merè datiuam, vt quidam putant, sed inspecto initio etiam naturam. Nascitur enim ex contractu commodati, alioqui nec commodati actio posset dari contra pupillum factum ex commodato locupletiorè. Post rescriptum autem Diui Pij comparatur pupillus locupletior factus pupillo dolo l. 1. §. an in pupillum in fin. de pos. quod non possit abesse dolum aut ex proposito, aut saltem in re ipsa, cum quis ex aliena iactura locupletari vult. Sed tamen differentia in eo est, quod contra pupillum dolum competat actio commodati directa, at contra pupillum locupletiorè factum non nisi utilis. Deinde in pupillo dolo distinguimus an sit proximus pubertati, quia nec aliter doli capax esse potest: at in pupillo factio locupletiorè non distinguimus, quamuis Accursius & Bartolus distinguant, quia non magis infans aut pupillus qui cum tutore suo contrahit, locupletari ex aliena iactura potest, quam alius pupillus quilibet aut furiosus l.

furiosus 46. in fin. de oblig. & action. Querunt autem interpretes, quando pupillus locupletior factus esse videatur. Placet valde quod Ioannes diccbat, in pupillo qui rem sibi necessariam emit, videri eum locupletiorè factum hoc ipso quod non est factus pauperior. Ex l. in pupillo 47. in fin. de solut. Sed extra hanc causam non aliter videri pupillum locupletiorè factum esse, quam si rem suam auerit, distracta fortassis re commodata & precio in utilitatem suam conuerso, aut etiam si rem commodatam penes se habeat, nec velit illam reddere. An non enim hoc agit, vt ex aliena iactura fiat locupletior, rem alienam retinendo? Quamuis enim possit et res auferri per vindicationem, si appareat, & sit præfens, eo scilicet casu quo sit dominus ille, qui commodauit, non tamen potest, aut debet ea res tollere personalem actionem commodati tanquam vtiliorem, si forte actori facilius sit probare commodatum quam rei commodatæ dominium, quod tamen in vindicatione probandum necessarium est, & cuius probatio difficillima esse solet §. commodatum in fin. de interd. Deinde quid si commodata sit res aliena? Nam & rem alienam commodari posse constat. Quo tamen casu, cum vindicatio ei qui commodauit, accommodari nequeat, tanto magis æquum & necessarium est ipsi subueniri per actionem personalem commodati, ne ex eius damno pupillus locupletetur. Nam & eadem ferè ratio facit, vt si commodatarius plures heredes reliquerit, quorum vnus totius rei commodatæ restituentis facultatem habeat, solus ille condemnari in solidum debeat §. heres in fin.

¶ Si reddita quidem sit res commodata, sed deterior reddita: non videtur reddita, quæ deterior facta redditur, nisi quod interest, præstetur. proprie enim dicitur res non reddita, quæ deterior redditur.

Ad §. 1. Si reddita.

RAT. DVV. Res commodata quæ redditur, licet deterior facta reddatur, tamen redditur, quemadmodum dicere solemus, id quod vix fit, tamen fieri. Nec sanè potest intellectu concipi, vt res iam semel reddita quamuis deterior, iterum reddatur. Vnius enim rei vna tantum redditio & restitutio esse potest. Ideoque si quis actione ad exhibendum conuentus rem exhibuerit, quamuis factam deteriore, non tamen idcirco pristina actione conueniri potest, vt eandem rem iterum exhibeat, sed in factum actio necessaria est per quam actoris indignitati consulatur l. exhib. nonis 7. Cod. ad exhib. aut actio de dolo si quid dolo malo factum sit l. & l. 2. ganter 7. §. non solum supra de dolo, nisi res quæ exhibetur, in alia prorsus forma exhibeatur, ita vt non eadem res alia videri possit l. Iulianus 9. §. sed est quis supra ad exhib. Ergo eadem ratione dicendum est, si reddita sit quamuis deterior res quæ commodata fuerat, non idè tamen superesse actionem commodati, quæ non ad aliud competere potest quam vt res reddatur, quamuis id quod actoris interest, ei non præstetur.

DEC. Non videtur proprie & ex bona fide reddita res quæ deterior reddita est, l. 1. §. si res 16. in fin. de pos. l. in rebus 18. §. 1. in fin. hoc tit. Res enim quæ de-

terior sit, eatenus perit, quatenus sit deterior l. 3. sup. de condict. tritic. Atqui commodati actio bonæ fidei est §. actionum in fin. de action. Ergo si deterior reddita sit, non eo minus durat actio commodati, quousque plenissima restitutio facta sit ex bona fide. Potest autem fieri plenissima restitutio rei commodatæ, licet deterior effecta, si modò præstetur actori id quod ipsius interest, rem deteriore factam non esse, vt quod valori & bonitati rei deest, suppleatur in pecunia, per quam scilicet res omnes æstimantur, & quæ sunt, & quæ non sunt, dummodo fuerint, & æstimari possint l. si ita fideiussorem 42. in fin. de fideiuss. l. in actionibus 5. vers. planè supra de in lit. iurand. In actionibus autem bonæ fidei etiam id quod interest, venit non solum officio iudicis, tanquam accessio, sed etiam iure actionis, vt in proposito tanquam pars principalis debiti, si aliter satisfieri actori non possit: est enim hoc ex bona fide, ideoque per eandem actionem petitur per quam res ipsa peteretur, non per aliam, quia durat pristina actio quandiu plenissimè satisfactum non est, vt Accursius hic notat. Alioqui non posset peti post rem redditam, si officio tantum iudicis deberetur l. a. C. de pos. l. qui per collusionem 49. in fin. de action. empr. Quod in actionibus strictis, cuiusmodi sunt actiones ad exhibendum & ex stipulatu diuersum est d. l. exhibitio in §. d. §. non solum, quia in iis non de alio queritur, quam vtrum res sit reddita, non etiam vtrum sit

reddita ex bona fide, eamque ob causam subsidia-
ria in factum, vel de dolo actio necessaria est. Aliud
iuriserit, si reddita sit res non quidem deterior, sed
ita tamen, ut aliquid iuris ei desit, puta si alij obli-
gata proponatur, aut si non fuerit cautum de eui-
ctione. Tunc enim ea ipsa res, quamuis soluta pe-
tetur adhuc ex pristino contractu etiam stricti iu-
ris l. Iulianus 131. §. 1. *infr. de verb. oblig. l. etiam 27. de solut.*
quia scilicet ex causa prioris traditionis habere eam
non licet, cum possit euinci. Quod enim euincitur,
in bonis nostris non est, ut habet iuris regula l. quod
euincitur 190. *de regul. iur.* Itaque nulla hac parte in-
ter bonæ fidei & stricti iuris contractus differentia
est. Sicut nec in eo quod si pars tantum rei debita
soluta sit, quæ pro parte solui poterit, non nisi pro
alia parte superest obligatio l. stipulatus sum 9. §. 1. *de
solut. l. Manius 66. de fundo de legat. 2.* Planè quo casu to-
tius rei petitio superest ex contractu bonæ fidei,
postquam deterior reddita est, non ad hoc tamen a-
getur, ut res iam reddita iterum reddatur, quasi
nondum reddita, sed ut quanti actoris propter de-
teriorationem interest, ei præstetur d. l. Iulianus 131. §.
2. *de verb. oblig.* Verbum enim reddendi latam habet

2 ¶ In hac actione, sicut in ceteris bonæ fidei iudiciis, similiter in litem iu-
rabitur: ut rei iudicandæ tempus quanti res sit, obseruetur. quamuis in stricti iu-
ris, litis contestatæ tempus spectetur.

Ad §. In hac actione 2.

Habet hic §. duas sententias. Prima est, in actio-
ne commodati, sicut in ceteris bonæ fidei iudiciis
similiter in litem iurari. Altera est, rei iudicandæ
tempus quanti res sit obseruari, quamuis in iudiciis
strictis, litis contestatæ tempus spectetur. Prima
pars illam dubitandi rationem habet, quod per a-
ctionem commodati actor rem repetit, non quasi
suam, ut in vindicatione, sed quasi commodatam,
ut proximè scripsimus: ideòque etiam aliena res
commodata per hanc actionem petitur, quia nasci-
tur ex contractu l. commodare 15. §. 1. *infr. hoc tit.* At-
quiratio inducendi & concedendi iurifurandi in
litem tota in eo est, ne aliqui inuitus dominus re
sua careat, eamque siue iusto siue iniusto precio
vendere cogatur l. si filiofamilias 25. §. 1. *infr. solut. ma-
xime l. non enim 9. rer. amot. l. tutor 8. supr. de in lit. iur.* Er-
go in actione commodati non est deferendum a-
ctori iurifurandum in litem, nec ad rem pertinet
quod actio commodati sit bonæ fidei §. actionum
infr. de actio. Nam & actio ex empto quæ emptori
datur contra venditorem ad rem tradendam, æquè
bonæ fidei est d. §. actionum l. tenetur 6. §. vlt. & *pass. inf.*
de action. empt. Nec tamen in ea iuratur in litem, nec
si dolo, & procacia venditoris fiat, ut res vendita
non tradatur, sed officio iudicis id quod emptoris
interest æstimatur l. si cum fundum 68. §. vlt. *infr. de con-
trah. empt. l. si traditio 4. C. de action. empt.* Non alia de
causa, quam quia emptor qui actione ex empto pe-
tit rem venditam, rem vtique alienam petit nec-
dum factam suam l. quod vendidi 19. *infr. de contr. empt.*
§. vendita *infr. de rer. diuis. de quo scripsimus pluribus
lib. 6. coniect. iur. civil.*

DEC. In omnibus actionibus bonæ fidei per
quas actor rem suam petit, licet non quasi suam, sed
quasi sibi debitam, iuratur in litem, eadem scilicet
æquitatis ratione, ne actor rem suam vendere inui-

significationem l. videamus 38. §. in *Fauiana infr. de v-*
sur. Et ita bene Bartolus, ac melius, aut sanè clariùs
quam apud Accursium, Ioannem, & Azo. Obseruan-
dum autem est ex hoc §. per actionem commodata-
rii peti restitutionem rei commodatæ, perinde ac
per vindicationem, sed alio atque alio iure, nam per
actionem commodati petitur iure contractus, per
vindicationem verò iure domini: ideòque si aliena
res commodata sit, non ideò minus petetur restitui-
tio ex commodato, quæ tamen per vindicationem
peti non poterit. Sed neque vindicatio superest, si
res quæ vindicabatur, restituta sit siue deterior, siue
ita ut iuri eius aliquid desit. Sed cautionibus inter-
positis securitati & indemnitati actoris consulitur
arbitrio iudicis, quoniam arbitraria actio est, in eò-
que differt à ceteris actionibus non tantum bonæ
fidei, sed etiam stricti iuris l. si post acceptum 18. §. *seq.*
supr. de rei vindic. Ne fortè cum vulgo interpretum
putes arbitrarias actiones sui natura strictas esse, nec
nisi ex postfacto & ex accidenti degenerare in ar-
bitrarias, quod nostefurauimus ad *titul. de eo quod
cert. loco.*

tus iusto precio compellatur l. nec quasi 70. l. eius rei
46. *supr. de rei vindic. l. in actionibus 5.* vbi dixi *supr. de in
lit. iur.* Ergo si quis rem suam quam commodauerat,
per hanc actionem repetat, quæ bonæ fidei est, nec
ea reddatur, idque dolo malo vel lata culpa com-
modatarij, permittendam eie est, ut iure iurando suo
litem æstimet, & quanti sua interest. Planè si aliena
res commodata sit, fatendum est, non posse iurari
in litem, non magis quam in actione empti. Distin-
guendum igitur necessariò est in actione commo-
dati, quomodo Papinianus in actione furti distin-
guit l. si vendidero 80. §. 1. *infr. de furt. an deferatur iure
domini, an ex alia causa, ut priore tantum casu ad-
mittat iurifurandum in litem, non etiam postero-
re.* At difficilius est, quod in secunda huius §. sen-
tentia, ex parte proponitur in hac actione commo-
dati, sicut in ceteris bonæ fidei iudiciis, rei iudicandæ
tempus spectandum esse in rei debitæ ineunda
æstimatione, cum tamen in stricti iuris iudiciis tem-
pus litis contestatæ spectetur. Difficultatis mate-
riam interpretibus illud præbet, quod putant, in bon-
æ fidei actionibus adeòque in strictis incipere æsti-
mationem rei crescere à tempore moræ ad tempus
vsque rei iudicandæ, idque siue à litis contestatio-
ne mora incipiat, siue ab interpellatione iudiciali,
quæ ut fieri solet, contestationem præcesserit, siue à
medio tempore inter litis contestationem & sen-
tentiam, quod interdum accidit, ut in l. 3. *in princip.
infr. de vsur.* Ita namque intelligunt, quod scriptum
est in l. 3. §. si per venditorem & in l. si sterilis 21. §. cum per
vnditorem *infr. de action. empt.* Spectandum esse vtro
tempore pluri fuerit res vendita, an tempore mo-
ræ an condemnationis scilicet, ut æstimari res de-
beat quanti plurimi vnquam fuerit à tempore mo-
ræ ad tempus vsque rei iudicandæ. Item quod scri-
ptum est in l. vinum 22. *supr. de reb. credit. l. vltim. supr. de
condict. tritic. l. quoties 59. infr. de verb. oblig. l. hominem 37.
infr. mandat.* in iudiciis strictis inspicitur tempus litis
contestatæ,

contestatæ scilicet, inquit, nisi mora aliqua litis
contestationem præcesserit, ne aliqui debitori
frustratio sua proficiat d. l. hominem. Item quod scri-
ptum est in l. in re furtiua 8. §. 1. *supr. de condict. furt.* in
condictione furtiua, quæ stricti iuris est, id tempus
spectari quo res vnquam plurimi fuerit, ita tamen
ut æstimatio non egrediatur retrorsum iudicij ac-
cipiendi tempus l. 2. §. questum *infr. de priuat. delict.*
quasi id scriptum sit ad differentiam aliarum actio-
num stricti iuris, ut in ceteris omnibus æstimatio
quanti plurimi possit egredi retrorsum tempus li-
tis contestatæ, & retrorahi ad tempus vsque moræ,
si qua præcesserit contestationem. Hinc nimirum
tot distinctiones, & subdistinctiones ad hunc §.
congestæ à Bartolo, an rei æstimatio seu interesse
[considit enim hæc duo quasi synonyma] petatur
iure obligationis, aut principaliter constitutæ, ut in
l. fundum *Correlatum 28. infr. de nouat. dict. l. hominem
mandat* aut subrogatæ, ut in omnibus faciendi obli-
gationibus: x l. si Calendis v. l. si quis ab alio *infr. de re
iudic. l. cum stipulatus sum 13. §. vlt. de verb. oblig.* An ve-
rò officio iudicis, & rursum an hoc casu veniat de-
clarandum per iurifurandum actoris in litem, an per
alias probationes, ut si per iurifurandum in litem,
habeat locum hic §. & differentia quæ in eo ponit-
ur inter iudicia bonæ fidei & stricti iuris: si verò
per alias probationes subsistendum sit, an
propter culpam debitoris veniendum sit ad æstima-
tionem, an propter moram: Ut si propter culpam,
siquidem res extet, inspicatur tempus condemna-
tionis: si verò extare desierit, spectetur tempus mor-
tis d. l. pen. *de condict. tritic.* Si verò propter moram in-
cipiat æstimatio crescere à tempore moræ, siue mo-
ra incipiat ante litem contestatam, ut in *dict. §. si per
vnditorem*, siue ab ipsa contestatione *dict. l. 3. de vsur.*
siue medio tempore inter litis contestationem &
sententiam, ut in l. si quis inficiatus 13. *infr. de posit.* Quæ
tamen omnes distinctiones & subdistinctiones pug-
nant euidenter cum iis ipsis omnibus legibus,
quas Bartolus adducit: quarum nulla est, quæ æsti-
mationis quanti plurimi mentionem faciat, exce-
ptis illis, quæ de furtiua condictione loquuntur, in
qua speciale est odio furis, ut nō hoc aut illud tem-
pus præcisè spectari oporteat, sed quanti plurimi
res furtiua fuit à tempore litis contestatæ vsque ad
sententiam, non etiam à tempore moræ d. l. 2. §. *que-
stum de priuat. delict.* Cum tamen si quo casu prætan-
da esset æstimatio quanti plurimi à tempore moræ,
maximè contra furem id recipiendum esset, cuius

odio tam multa alia recepta sunt contra regulas iu-
ris d. l. in re furtiua §. 1. vbi diximus. Concludendum
ergo est, in iudiciis bonæ fidei æstimari rem debi-
tam inspecto præcisè tempore moræ, aut condem-
nationis d. §. si per venditorem & hoc §. In iudiciis ve-
rò strictis inspicitur præcisè tempore litis contesta-
tæ, hoc §. & *dict. l. vinum d. l. vlt. de condict. tritic. d. l. ho-
minem 37. infr. mandat. d. l. fundum 28. de nouat. d. l. quoties
59. de verb. oblig.* Excipitur condictione triticaria, in
qua inspicitur præcisè tempus condemnationis d.
l. penult. *de condict. tritic.* Excipitur item condictione
furtiua, in qua, ut diximus, æstimatur res quanti plu-
rimi fuit à tempore litis contestatæ ad differentiam
actionis legis Aquiliae, in qua homo vulneratus aut
occisus æstimatur quanti plurimi fuit, eo anno quo
vulneratus aut occisus est. d. §. *quæstum & l. 1. l. au. l. 28.
21. & pass. supr. ad leg. Aquil.* Sanè ultra tempus sen-
tentia & condemnationis non potest æstimatio
crescere, ut bene sentit Ioannes apud Accursium in
hoc §. *ex l. vbi exigitur d. §. 1. supr. de edend.* Itaque in
huius §. interpretatione errat Bartolus, & quotquot
cum Bartolo Guillelmi de Cuneo opinionem se-
quuntur. quem huius interpretationis laudant au-
thorem, quod ex duabus sententiis, quæ in hoc §.
continentur, vnã constant, quasi Vlpianus scri-
psisset, & senserit in iudiciis quidem bonæ fidei tem-
pus inspicere rei iudicandæ, in strictis verò litis con-
testatæ præcisè, sed eo tantum casu quo æstimatio
facienda sit per iurifurandum in litem non per alias
probationes. Quod certè ab Vlpiani mente ac sen-
su omnino alienum est: quæ namque, ut initio præ-
fati sumus, sententiæ sunt, quarum vna nihil com-
mune habet cum altera: & toto cælo distat quæstio
illa, utrum utrum in actione commodati sicut in
aliis bonæ fidei iudiciis iuratur in litem, ab altera,
cuius temporis habenda sit ratio in incunda rei de-
bitæ æstimatione, siue ex bonæ fidei, siue ex stricto
contractu res debeatur. Nos de priore quæstione
abundè scripsimus ad d. l. in actionibus *de in lit. iur.* De
posteriore verò an d. l. vinum 22. *de reb. credit. ad l. pen.
& vlt. de condict. tritic. & ad dict. in re furtiua 8. §. 1. supr.
de condict. furt.* Itaque in *Coniect. rarum lib. 16. & in
Codice nescio ad tit. furt. petat.* Sed melius in vltima
parte Chiliadis nostræ de erroribus pragmatico-
rum, aduersus omnes & veterum & recentiorum
interpretum opiniones. Itaque in refellendis Ac-
cursij, & Bartoli ad hunc locum commentariis non
immorabimur quos vnica littera delere melius om-
nino esset, ac expeditius.

3 ¶ Heres eius, qui commodatum accepit, pro ea parte, qua heres est, con-
uenitur: nisi fortè habeat facultatem totius rei restituendæ, nec faciat. tunc enim
condemnatur in solidum: quasi hoc beni iudicis arbitrio conueniat.

Ad §. 3. Heres eius.

RAT. DVB. Actiones omnes personales, quæ con-
tra defunctum competebant, inter heredes ipsius
diuiduntur ipso iure per legem duodecim tabula-
rum pro hereditariis portionibus l. 1. *Cod. si cert. petat.*
*l. pro hereditariis 2. & tot. tit. Cod. de heredit. action. l. si tibi
homo 86. §. si fundus delegat. 1. l. qui fundum 87. §. si tu ex
parte ad leg. Falcid.* Ad differentiam scilicet actionum
realium quæ dantur in solidum contra vnum ex
heredibus, si solus rem, qua de agitur, possideat l. 1.

& 2. *C. si vnus ex pluribus hered. debit.* Atqui actio com-
modati personalis est. Nascitur enim ex contractu:
ergo si ante factam rei commodatæ restitutionem
decesserit commodatarius pluribus relictis heredi-
bus, omnimodo dicendum est, teneri singulos pro
hereditariis actionibus, nec addendam exceptio-
nem quæ hæc additur, nisi fortè vnus habeat facultatem
totius rei restituendæ nec faciat. Alioqui si hoc maximè
inspicendum est, quia ex heredibus facultatem ha-
beat rei restituendæ & pro qua parte, dicendum e-
rit, quod in actionibus mixtis ex pœna & rei perfe-
ctione dici solet, dari eas in heredes quatenus ad

eos peruenit, aut in actionibus ex delicto descendentibus, ne alieno scelere ditentur, aut denique in arbitriis, ut pluribus & rationibus & exemplis docuimus ad *l. in condictione 9. supr. de condit. furt.* Et verò quid si res commodata viuo commodatario perierit dolo & culpa ipsius, ita ut constet ex ea rem nihil penitus ad heredes peruenisse? Quis dicat non transire in eos actionem commodati per quam conueniantur pro hereditariis portionibus? Porro quæ iuris æquitas facit ut eo casu quo nihil profus ad heredes peruenit, possint tamen & debeant conueniri ex commodato pro portionibus hereditariis, an non eadem suadet, ut tum quoque cum vnus ex heredibus totius rei restituendæ facultatem habet, quod ad eum tota res peruenit, ceteri tamen coheredes singuli pro hereditaria quique portione conueniantur? Quid enim interest coheredis, qui pro sua parte conuenitur, cum ex re commodata nihil habeat, an ceteri quoque coheredes omnes nihil habeant, an vnus ex eis totam rem commodatam possideat? An fortè plus minùsve damni seruatus est ob id, quod coheredes plus minùsve pro suis partibus sentiant?

DEC. Commodati actio datur ad hoc, ut res reddatur & restitatur, quemadmodum & actio depositi & aliarum per quas petit quis rem suam, quasi sibi debitam. Ergo si ex pluribus commodatarij heredibus vnus restituendæ totius rei facultatem habeat, solus ille in solidum & conueniendus & damnandus est. Id enim boni iudicis arbitrio conuenit, ut Vlpianus hinc scribit, cum ita posito iure nullo incommodo afficiatur is, qui in solidum conuenitur, quia solidum quod habet, restituere commodè potest, neque cui sum coheredes, quos æquum non esset condemnari ad restitutionem eius rei quam non habeant, & quam solus habet ille qui conuenitur. Nec actor denique, cui lögè commodius est rei restitutionem petere ab his qui restituendæ rei facultatem habent, quam ab his qui non habent, ut contingeret in rei vindicatione directa *l. si possessor 55. supr. de rei vindic. & in hypothecaria dict. l. 2. Cod. de heredit. action. & in actione de edendo l. si quis 6. §. 1. supr. de edendo.* Fit igitur hoc ex æquitate iudicij bonæ fidei, & arbitrio iudicis, quod in bonæ fidei iudicij omnibus, licet non præcedat condemnationem, ut in arbitriis, eam tamen concomitatur *l. 1. infr. de Yusuf. l. ult. supr. Famil. eris. l. actione 5. §. si communis antepen. infr. Pro socio.* Nec admittendum est quod Bartolus docet, in strictis quoque actionibus idem euenire,

4 ¶ Si filiofamilias, seruo uel commodatum sit, dumtaxat de peculio agendum erit: cum filio autem familias ipso & directo quis poterit. Sed & si ancillæ, vel filiafamilias commodauerit: dumtaxat de peculio erit agendum.

Ad §. 4. Si filiofamilias.

RAT. DVB. Cum filiofamilias vel seruo commodata est res aliqua, videtur pater vel dominus habere facultatem totius rei restituendæ, cum per filij vel serui personam pater aut dominus possidere rem videatur. nemo enim dubitat, quin per filiumfamilias & seruum possessio acquiratur patri vel domino *l. 1. §. item acquirimus & seq. infr. de acquir. possess. & quidem etiam ignorantibus si res sint pecuniarum, scientibus verò, si pecuniarum non sint dict. §. 1.*

si modò tales sint cum quibus possit vindicatio concurrere, velut, inquit, in condemnatione furtiua ex *l. in condictione 9. supr. de condit. furt.* & in actione illa in factum, quæ descendit ex interdicto Vnde *vi l. si plures 9. in princip. infr. de vi & vi armat.* Nam quod ad conditionem furtiuam pertinet, non ait Vlpianus in *d. l. in condictione*, in conditione ex causa furtiua solos eos teneri, qui soli rem furtiuam possident quomodo in rei vindicatione contingeret *d. l. si possessor 55. de rei vindic.* sed solos eos teneri, qui soli heredes sunt, pro parte verò heredem pro ea parte pro qua heres est, conueniri. Non addita exceptione, nisi is qui pro parte heres est, totam rem in solidum possideat. Nec enim nascitur conditio furtiua ex præsentis possessione, ut vindicatio, & alia quæ iuris in rem actio non aliter *2. §. sed si postulat. supr. de iudic. sed ex furto de furti*, licet nullus ex heredibus possideat *§. vltim. test. de obligat. que ex delict. nascunt.* Quod autem attinet ad actionem in factum, quæ competit ex interdicto Vnde *vi de qua in dict. l. si plures*, non est existimandum ideo vnum ex pluribus heredibus, eius qui vim fecit, teneri in solidum, si solum rem possideat, quod vindicatio possit cum ea actione concurrere, sed quoniam actio illa non datur in heredes, nisi de eo quod ad eos peruenit *l. 1. §. vlt. l. 3. in fin. eod. tit.* Consequens enim est, ut quemadmodum nullus ex heredibus teneretur, si ad nullum eorum res peruenit, ita in solidum teneri debeat is ad quem solum res peruenit. Sic enim Paulus disserit *l. 1. §. si plures.* Planè in stipulationibus prætorij idem iuris est, quod in bonæ fidei iudicij, ut in solidum damnari heres debeat, qui solus rem possidet *l. 2. §. incertum infr. de prætor. stipulat.* quia nimirum stipulationes prætorij interpretationem recipiunt ex mente prætoris *l. in conuentionalibus 52. infr. de verb. obligat.* Mens autem prætoris semper illa est, ut æquitas ratio in omnibus habeatur, non minus quam in bonæ fidei actionibus. Est enim prætor æquitatis custos, & magister perpetuus. Actionis in factum, quæ competit ex edicto de edendo, eadem ratio est, quia licet sit actio stricti iuris, proximè tamen accedit ad actionem ad exhibendum. Quid enim aliud est, rationes reddere quam exhibere? *l. 1. §. edere l. argentarius 10. §. edi autem supr. de edendo.* Quis porro exhibere debet, nisi is qui exhibendi habeat facultatem? *l. Celsus 5. §. vlt. & pass. sup. ad exhib.* Ergo nec alius ex pluribus heredibus possessoris, quam qui solus exhibere rem potest, quia solus totam rem possidet.

tem acquirimus iur. l. 4. l. possessio 49. §. 1. eod. Arque proximè diximus, etiam in heredibus, qui ex ratione iuris tenentur pro portionibus hereditariis, eum tamen solum teneri actione commodati, qui solus habeat totius rei restituendæ facultatem. Ergo & de patre idem dicendum est, ut quamuis non sit heres filij siue viuentis, siue mortui, teneri tamen debeat tanquam pater, ut rem filio commodatam restituat in solidum, quia eius restituendæ potestatem habet, præsertim cum etiam filij sui quasi heres videri possit *l. si statulibera 6. §. si filiusfamilias infr. de statulib.* In quo aliud ius est patris, aliud verò domini, quia

ni, quia seruus neque heredem, neque quasi hereditatem habere potest, habet tamen dominus, æquè ac pater facultatem restituendæ rei seruo commodatæ, cum imperare possit seruo, ut restituat: quod sufficit, ut videatur dominus ipse posse restituere *leg. qui in puteum 11. §. an ignoscitur infra quod vi aut d. l. 1.*

DEC. Qui cum filiofamilias contrahit, duos habet debitores, filiumfamilias quidem in solidum, patrem verò de peculio *l. si quis cum filiofamilias 4. §. infr. de pecul.* Qui verò cum seruo contrahit, solummodo minimum habet obligatum ciuilitè ad firmam vsuque peculij: ipsum verò seruum in solidum quidem, sed tantum naturaliter *l. nec seruus 41. eod. tit.* Ergo si quis ad filiofamilias vel seruo commodatum sit, non nili de peculio agi cum patre vel domino potest. Nec enim æquum est, ex contractu & facto filiofamilias vel serui, obligari patrem aut dominum in solidum, sed tantum de peculio, quia non quædam melior condicio nostra per filios aut seruos fieri potest, ita & deterior potest *l. mli or 135. de reg. iur.* nisi in rem patris aut domini versa pecunia vel eorum iussu contractum esse proponatur *l. iustit. qui alium eo, qui in alien. potest.* Nec quod pater filio aut dominus seruo imperare potest, ut rem commodatam restituat, ad rem facit. Nulla enim actio siue ciuilis siue prætorij siue subsidiaria contra patrem aut dominum in eam rem comparata est, ut filiofamilias vel seruo quid imperet, neque iuratum, ut quid faciat vel præstet eo prætextu, quod filio suo vel seruo imperare possit. Obligari enim quemque ex suo facto non ex alieno oportet. Ideoque nimirum & pater & dominus tenentur actione de peculio, quia ex eorum voluntate factum est, ut filiofamilias vel seruo peculium habere cœperit, de quo eo contraxerit *dict. l. 1. §. item acquirimus infra de acquir. possess.* Nec est quod de rei commodatæ aut dominio aut possessione tractemus, cum per commodatum neque dominium neque possessio transferatur *l. rei commodatæ 8. & seq. infr. hoc tit. l. itaque nihil est quod per filiumfamilias aut seruum acquiri patri aut domino possit, nec proinde quod pater aut dominus actione commodati possit restituere, si ea conueniretur. Quod si proponas rem filiofamilias aut seruo commodatam in eius peculio mansisse, tum verò pater & dominus ad restitutionem totius rei commodatæ tenebuntur, sed actione de peculio, quia pecuniaria res erit, non actione simplici & directa commodati, quia non contraxerunt, quamuis non eo magis futurum sit, ut possessio rei commodatæ acquiratur patri vel domino, quomodo in ceteris rebus peculiariibus contingeret *dict. l. 1. §. item acquirimus dict. l. 4. de l. possess. §. 49. §. 1. de acquir. possess.* Nempe quia titulus commodati non magis habilis est ad transferendam possessionem, quam ad transferendum dominium, ut diximus ex *d. l. rei commodatæ.**

a Cum filiofamilias autem ipso. RAT. DVB. Non potest iudicium consistere cum filiofamilias sine autoritate patris *l. vltim. §. 1. versic. necessitate Cod. de Em. qua liber.* vbi dicitur necessitatem imponendam esse patri, ut filio qui conuenitur autoritatem præstet. Ne sine patris voluntate & autoritate videatur consistere. Ergo cum vtroque agere de betis qui filium obligatum habet, non cum solo filio.

DEC. Filiofamilias cum sit cuius Romanus, &

habeat caput in ciuitate, non minus quam paterfamilias *l. nam ciuium 4. supra de stat. homin.* sicut obligari ex omnibus pendè causis, ita & agere & conueniri sine patris autoritate potest *l. filiusfamilias 39. infr. de obligat. & action. l. tam ex contractibus 57. vbi diximus supra de iudic.* Non est igitur necessaria patris autoritas, nisi iure nouo post Constantini & Iulianiani constitutiones, quæ sicuti ius filiofamilias auerunt, facto eo capace acquirendæ proprietatis bonorum maternorum priuam, deinde aduentitiorum ita & patri vsumfructum, & actio omnium filio competentium exercitium concesserunt, tanquam legitimo administratori bonorum filij: ac proinde hoc demum casu autoritatem patris interuenire voluerunt, si quando filio ratione talium bonorum conueniretur. Quisquis enim legitimum administratorem habet, non potest absque eius autoritate legitimam habere personam standi in iudicio *l. 1. & tit. C. qui legit. person. in iud. stand. hab.* Sed extra has causas non est existimandum immutatum quicquam fuisse de iure veteri, quod si iusfamilias in iudicio stare poterat siue consensu & autoritate patris, cum Imperatores id egerint, ut filiofamilias ius auerent, non etiam ut minuerent: quomodo bene hinc Bartolus contra Accursium argumentatur, existimantem esse necessarium consensum patris eo quoque casu quo agatur de bonis, in quibus pater aut habeat vsumfructum, vel potuerit habere, si non repudiallet, quod Bartolus rectè negat.

b Sed est ancille vel filiafamilias RAT. DVB. Cum filiafamilias vel ancillæ res aliqua commodata est, facilius credi potest rem commodatam ad patrem vel dominum peruenisse, atque ita patrem vel dominum totius rei restituendæ facultatem habere, quam si filiofamilias aut seruo commodatum sit. Nempe quia non tam faciles sunt, & idoneæ ad negotiationem mulieres, ut rei commodatæ restituendæ facultatem sibi præcipiant *argum. l. pen. supra de edendo l. 3. de regulis iuris.* Ex quo fit, ut tanto minus denegare possit pater vel dominus restitutionem rei commodatæ & quidem in solidum. Ergo vel hoc saltem casu fatendum est, commodati actione teneri patrem vel dominum, non peculio tenus duntaxat, sed in solidum: exemplo eius quod dictum est in §. præcedente, vnum ex pluribus commodatarij heredibus in solidum teneri actione Commodati si totius rei restituendæ facultatem habeat.

DEC. Etiam filiafamilias vel ancilla peculium habere potest, nec vlla est hac parte in sexu differentia *l. 1. §. de eol. & ancillarum 27. vbi dicimus infra de pecul.* Neque igitur differentia aliqua esse debet in actione commodati, quæ ex contractu filiafamilias vel ancillæ contra patrem vel dominum competit, ut scilicet accipiendo commodatum obligent patrem & dominum de peculio duntaxat non in solidum. Planè quin filiafamilias teneatur actione commodati in solidum ex proprio contractu, nemo dubitat. Verba enim illa Vlpiani *dumtaxat de peculio erit agendum* excludunt quidem actionem solidi, sed eam quam contra patrem vel dominum habere actor vellet, non eam quæ aduersus filiamfamilias ipsam competit. In actione depositi idem iuris est, quod in actione commodati *l. 1. §. filiumfamilias 42. infr. de pos.*

5 ¶ Sed non tantum ex causa doli earum personarum, pater, vel dominus condemnatur: sed & ipsius quoque domini, vel patris fraus duntaxat venit: ut Iulianus libro vndecimo circa pignoratitiam actionem distinguit.

Ad §. 5. Sed non tantum.

RAT. DVB. In actione quidem commodati venit dolus & culpa etiam leuissima *l. si videro 5. §. nunc videndum infra hoc tit.* sed ipsius tantum commodatarij, non etiam alterius. Atqui cum filiofamilias vel seruo res aliqua commodata est, solus filiusfamilias vel seruus qui commodatum accepit, commodatarius est, non pater, aut dominus, quamuis & hi actione de peculio teneantur. Idcirco enim de peculio duntaxat tenentur, quia commodatarij non sunt, alioqui in solidum tenerentur. Ergo de solius filiofamilias aut serui dolo malo vel culpa hoc casu querendum est, non de culpa vel dolo patris aut domini.

DEC. Actio de peculio quæ contra patrem, vel dominum datur ex eo ipso contractu competit, ex quo principalis actio, quæ contra filiumfamilias competit, qui contraxit, nisi quod adiectionem illam habet de peculio, ut actor intelligat non in solidum eam dari, sed tantum ad finem vsque peculij, ut dicemus ad *l. 1. & pass. infra de pecul.* Ergo quemadmodum filiusfamilias, qui commodatum accepit, tenetur actione commodati si quid in re commodata per dolum aut culpam admiserit [de seruo enim tractari nihil potest, cum quo scilicet nulla actio esse potest, quando seruus est *l. cum seruo 107 de regulis iuris*, neque ex antegesto post ademptam libertatem *tot. tit. Cod. an seruus ex suo fact. post*

6 Non potest condemnari id, quod vsu consumitur: nisi forte ad pompam, vel ostentationem quis accipiat.

Ad §. ult. Non potest.

RAT. DVB. Etiam ea, quæ vsu consumuntur, sunt in hominum commercio, adeo ut eorum quoque usufructus legari & constitui possit *leg. 1. & tot. tit. supra de usufruct. earum rerum quæ vsu consumuntur*. Atqui commodatum est, ex genere ac numero eorum contractuum, qui ad commercium vtilis ac propemodum necessarii sunt, cum in commodato versetur beneficium *leg. in commodato 17. §. sicut infra hoc titul.* Beneficio autem adfici hominem interfit hominis, ut eleganter Papinianus ait in *l. si venditor 6. paragraph. prim. infra de seru. exportand.* Ergo etiam id quod vsu consumitur commodari potest.

DEC. Ex contractu commodati eadem res restituenda est, quæ fuit commodata, cum nemo rem suam commodando transferat eius dominium, at neque possessionem *leg. rei commodata 8. & seq. infra hoc titul.* Ad vsum enim duntaxat & quidem certum ac limitati temporis fit commodatum *dict. §. si quis*. Atqui id quod vsu consumitur tale est, ut non possit idem reddi, cum vsus eius consistat in abusu. Nec remedium locus esse potest, interponendæ

manum. rem. Ita & patrem & dominum actione commodati de peculio teneri æquum est ex dolo filiofamilias vel serui, nec enim ea res auget condemnationem, ut propter dolum illum vel culpam filiofamilias aut serui supra quantitatem peculij teneantur *l. si quis adfirmavit 9. alias l. si oleum §. hoc de dolo actio supra de dolo*. Porro si ex dolo aut culpa filiofamilias vel serui tenetur pater aut dominus actione de peculio, quanto magis filiumfamilias teneri æquum est ex dolo proprio, cum bonæ fidei actio est: *leg. 1. §. filiumfamilias infra de deposit.* non quasi propter dolum illum pater aut dominus commodatarius, sed quia tanto plus in peculio esse intelligitur *l. §. l. in bonæ fidei 36. infra de pecul. commodati enim actio bonæ fidei est*. Nempe qui filiofamilias aut seruo commodat, licet cum eo solo contrahat, cui commodat, duos tamen sibi obligat, eum quidem cum quo contrahit in solidum, seruum quidem naturaliter, filium autem ciuilitate, patrem verò vel dominum de peculio, ut diximus ad §. precedentem *ex l. si quis 44. infra de pecul.* Non tamen tenetur pater vel dominus etiam de culpa propria, sed tantum de dolo, id enim est quod Vlpianus ait *sed ipsius quoque domini vel patris fraus duntaxat venit*, ut Accursius bene explicat, in verb. *duntaxat*, ex *dict. leg. in bonæ fidei 36. leg. depositi 38. eod. tit.* Idem in actione pignoratitia iuris est, ut ex Iuliano Vlpianus hinc scribit. Patris enim vel domini doli solus auget peculium non culpa *d. l. §. in princ. eod. tit. de pecul.*

cautionis, per quam fit ut huiusmodi rerum quæ vsu consumuntur, etiam usufructus constitui possit. Id enim autoritate Senatusconsulti inductum est, de quo in *l. 1. & seq. ill. tit. de usufruct. earum rerum quæ vsu consumuntur*. Senatusconsultum autem de usufructu, & vsu tantum earum rerum locutum est, non etiam de commodato, nec quemadmodum vtilitatis gratia induci potuit & debuit, ut usufructu legato earum rerum quæ vsu consumuntur, proprietates ipsæ in legatarium transferatur, sique non idem quod accepit, sed tantundem restituere teneatur *l. si vini 7. eod. ill. tit.* Ita & inducendum fuit vltimo casu, ut rei commodatæ proprietates in commodatarium transferatur *d. l. rei commodatæ*. Certum igitur est, quod Vlpianus hinc scribit, non posse commodari id quod vsu consumitur, nisi forte, inquit, ad pompam vel ostentationem eiusmodi rerum commodatum fiat, quo casu commodatarius istis rebus sic vitur, ut eas non consumat, nec proinde eadem ipsa rerum corpora, quæ in commodatum accepit, restituere prohibetur. Itaque nihil in eo fit contra naturam & substantiam commodati. Quod autem hinc de commodato dicitur, etiam de precario dicendum videtur. Iisdem enim terè iuris regulis commodatum & precarium consistunt: nisi quod

quod commodatum fit ad certum vsum certo tempore limitatum, precarium verò nullo certo tempore concluditur, sed reuocabile est ad nunc concedentis. Quæ res facit ut earum rerum, quæ vsu consumuntur, difficilius permitti possit precarium quam commodatum, ut scripsimus ad *leg. 1. §. 1. supra*, quia neque precarium contractus est sicuti commodatum. Ex quo apparet quàm verum sit quod scripsimus in postrema parte *Chilidias de error. pragmat.* vestimenta precario dari non posse, ne importuna & intemptiua precarij reuocatione incommodo afficiatur is, qui vestimenta

precario accepit, neque verò in eo absurdi quicquam est, quamuis commodari vestimenta possint, *leg. si ut certo 5. §. quoniam 8. in fin. infra hoc tit.* quia non sicuti precarium ita & commodatum ad nutum concedentis & intemptiue reuocari potest *leg. in commodato 17. §. 1. infra*. Sunt enim utique ex earum rerum numero, quæ vsu non tam contumuntur quam deteriores fiunt. Planè sicuti ad pompam & ostentationem commodari possunt etiam illa quorum vsus in abusu consistit, ita & ad pompam atque ostentationem precario dari vestimenta posse non negauerim.

4. CAIVS libro 1. de verborum obligationibus.

Sæpe etiam ad hoc commodantur pecuniæ, ut ditis gratia numerationis loco intercedant.

Ad l. Sæpe etiam 4.

RAT. DVB. Pecuniæ sunt etiam ex earum rerum numero quæ vsu consumuntur *leg. 2. l. hoc Senatusconsultum 5. & pass. supra de vsufr. ear. rer. quæ vsu consumuntur*. Ergo nec earum commodatum potest consistere, nisi ad pompam & ostentationem, ut scriptum est in *§. vltim. legis precedentis*. DEC. Non possunt quidem commodari pecuniæ in eum vsum per quem consumuntur, sed in eum casum, & vsum in quem non consumuntur, possunt. Non autem consumuntur, si quando sic commodantur, ut dicitur gratia numerationis loco intercedant, puta si quis rem emerit, nec de suo habeat, unde soluat precium. Nam cum rei venditæ dominium, non aliter in emptorem transferatur, quam si precium solutum sit aut aliter eo nomine satisfactum *l. quod vendidit 19. l. ut res 53. infra de contr. empr.* interest plerumque emptoris habere pecuniam presentem, saltem ex causa commodati, quam ex causa mutui non æquè facile habere possit, ut numerationis loco eam exhibeat venditori, id est ut dici possit & videri eam numerasse ad rei venditæ dominium acquirendum, quamuis enim eandem pecuniam venditor subinde reddat emptori, ut eandem restituere commodati possit, satisfactum tamen est solemnitati legis duodecim tabularum, quæ nec aliud

exigit nisi ut venditor fidem habuerit de precio *d. l. quod vendidit §. venditæ Instit. de rer. diuis.* Idque est quod Caius significat his verbis, *ditis gratia*, quod Græci exprimentur his verbis *πένης χάριν*, aut aliter quod malo *χάρη χάριν* id est, verbi gratia, ut possit quis dicere se pecuniam numerasse, quomodo bene Cuiacius explicat *lib. 10. obser. cap. 37.* quamuis ea numeratio simulata sit. Non enim omnis simulatio deceptio est, quoties scilicet aut lex aut persona quæ contrahit ea simulatione contenta est, ut in exemplo supradicto *iunct. l. si usufructus 66. infra de iur. dot.* Alioqui plus valere debet quod agitur, quam quod simulatè concipitur, ut est in Rubrica Codicis, & simulata pro infectis haberi debent *l. si ex precio 6. C. si cert. petat. sic in l. 1. §. exensatur 34. infra de S. C. Silan.* ait Vlpianus eos seruos Senatusconsulto illo excusari, qui auxilium tulerunt sine dolo malo. Nam si finxit se auxilium ferre, vel ditis gratia tulit, nihil ei, inquit, commentum hoc proderit. Eodem sensu scripsit Modestinus, puritatis gratia pecuniæ tutorem qui perfunctione petitur, ut possit dicere is qui petit se petisse *in l. 2. §. 1. infra qui pet. tutor.* Malè vult pro *dictis* legitur hic *ditis* quasi pro *ditiis* quomodo Accursius & Bartolus interpretantur. Malè item alii ut Alciarius *lib. 4. dist. punct. cap. 15. dantis gratia.* Vide hinc diigentem adnotationem eod. tit. Dionysij Gothofredi.

5. VLPIANVS libro 28. ad Edictum.

SI, ut certo loco, vel tempore reddatur commodatum, conuenit officio iudicis inest, ut rationem loci, vel temporis habeat.

Ad l. Si ut certo loco 5.

RAT. DVB. Quod certo loco dari debet nec peti alio loco potest, nisi per actionem arbitriariam, nec alio loco precari duntaxat creditore *leg. 1. l. penult. supra de eo quod cert. loc.* Conuentiones etiam dant legem contractibus *leg. 1. §. si conuenit 6. infra de deposit. l. in conuentionalibus 52 de verb. obligat.* Ergo si commodatum ea lege factum sit, ut certo loco vel tempore reddatur, eo ipso loco & tempore omnimodo reddendum est, ut proinde nil necesse sit dicere, rationem loci vel temporis habendam esse, si agatur Commodati Proprium enim est actionis arbitrarie, ut in ea rationem loci officio iudicis haberi oporteat. DEC. Quod facit officium & arbitrium iudicis in actione arbitrarie, id ipsum facit ratio bonæ fidei & æquitatis in bonæ fidei iu-

diciis: quia tantundem in bonæ fidei iudicis officio iudicis valet, quantum in stipulationibus nominatum eius rei facta interrogatio *l. quia tantundem 7. supra de negot. gest. l. quæro 54. infra locat.* At qui actio Commodati bonæ fidei est, ut sapius diximus *ex l. 3. §. in hac supra hoc tit. §. actionum Instit. de action.* Ergo si conuenit ut certo loco reddatur commodatum, poterit tamen ubique peti per actionem commodati æquè ac per arbitriariam, sed ita ut etiam vtilitas loci æstimanda sit, vel pro actore si per rem steterit quominus suo loco commodatum reddatum sit, vel pro reo si per actorem *leg. in bonæ fidei 7. vbi diximus iunct. leg. 2. §. nunc de officio supra de eo quod cert. loc.* Temporis aliam ratio est, vtilitas enim temporis venit etiam in stipulatione actionem *l. quod si Ephesi 4. supra.* Quanto magis in actionem bonæ fidei

¶ Si quis hac actione egerit, & oblatam litis æstimationem susceperit: rem offerentis facit.

Ad §. 1. Si quis hac actione.

RAT. DVB. Commodatum non est titulus habitus ad transferendum dominium, adeoque nec ad transferendam possessionem l. rei commodata 8. & seq. infr. Commodatarius enim non suo nomine possidet, sed commodantis l. 3. §. sed si is qui 20. infr. de acquir. poss. Ergo etiam si is qui commodauit agens actione commodati æstimationem litis consecutus sit, non idem rei commodatæ dominium in commodatarium transfuisse videtur potest.

DEC. Litis æstimatio præstita similis est emptio- ni, facitque emptionem leg. 2. §. vltim. & leg. 3. infr. pro emptor. leg. si seruus 21. §. & idem de euit. leg. sed est res 9. §. 1. supr. de publician. leg. si propter 22. infr. rer. amor. Atqui emptionis titulus habilis est ad transferendum dominium leg. nunquam nuda 31. de acquir. rer. domin. adeo vt lex duodecim tabularum emptio- nis verbo alienationem omnem complexa sit leg. statuliberi à ceteris 29. §. vltim. infr. de statulib. Ergo quemadmodum is cui res aliqua vendita est & tradita, sit dominus, si modò precium soluerit, aut aliter eo nomine satisfecerit §. vendit. Infr. de rer. diuis. leg. quod vendidi 19. leg. vt res 53. de contr. empt. Ita & cum qui rem commodatam accepit, & commo- dati actione conuentus litis æstimationem præ- stitit, fatendum est dominum effici, quia non ex commodati titulo, sed ex noua emptionis causa rem nunc habet. Ita vt neque traditione noua in- digeat, cum iam ei res tradita sit à domino, quod sufficit, quamuis tradita sit, ex causa commodati dict. leg. 3. leg. si quis rem 20. & sequent. de acquir. pos- sess. leg. non solum 13. §. 1. de vsucap. §. interdum 44. In- fr. de rer. diuis. leg. qua ratione 9. §. interdum, ex quo loquus ille sumptus est, de acquir. rer. domin. Qua-

2 ¶ Nunc videndum est, quid veniat in commodati actione: vtrum dolus, an & culpa, an verò & omne periculum. Et quidem in contractibus interdum dolum solum, interdum & culpam præstamus: dolum in deposito. nam, quia nulla utilitas eius versatur, apud quem deponitur, meritò dolus præstatur solus. nisi fortè & merces accessit^a: tunc enim (vt est constitutum) etiam culpa exhibetur. aut si hoc ab initio conuenit^b, vt & culpam, & periculum præstetis, penes quem deponitur. Sed vbi vtriusque utilitas vertitur, vt in empto, vt in loco, vt in dote, vt in pignore, vt in societate: & dolus & culpa præstatur. Commodatum autem plerumque^c solam utilitatem continet eius, cui commodatur, & ideo verior est Quinti Mucij sententia existimantis & culpam præstan- dam, & diligentiam.

Ad §. 2. Nunc videndum.

RAT. DVB. Culpa cuique sua nocere debet non alteri, sicut factum cuique suum & sua cuique mo- ra l. factum 155. leg. in condemnatione 173. §. pen. de regul. iur. Quod enim quis ex culpa sua damnum patitur nec sentire videtur l. quod quis 203. eod. Ergo indi- stinctè dicendum est, ex contractu quolibet præ- standam esse culpam non minùs quàm dolum, non adhibita distinctione illa, quæ hic adhibetur: an dantis duntaxat, an verò solius accipientis, an de- nique vtriusque gratia contractus fiat: maximè ve- rò si bonæ fidei contractus proponatur: nec enim

re non probo quod Accursius, & Bartolus hic docent, ita demum commodatarium oblata li- tis æstimatione fieri dominum, si res commodata præstans sit ex leg. eius rei 46. & sequent. supr. de rei vin- dicat. Tum enim præsentiam rei exigimus, cum traditio nulla præcessit à domino facta: quomo- do contingit, cum quis rem suam, nec à se vnquam traditam vindicat à possessore: nimirum quia titu- lus emptionis quantumvis iustus sit, non sufficit ad transferendum dominium, nisi secuta demum traditioe dict. §. vendita. dict. leg. quod vendidi 19. de contr. empt. l. traditionibus 20. Cod. de pact. Non potest autem traditio singi interuenisse, nisi eo demum casu, quo vera interuenire potuisset, non autem potuisset tradi res absens, quia traditio facti est l. consilio 7. §. vlt. infr. de curat. furios. Ergo nec habet pro tradita, ne plus possit fictio in casu ficto, quàm veritas in casu vero l. si is cuius 14. in fin. supr. de interrog. in iur. facient. At res quæ iam semel tradita est, quamuis commodati non emptionis titulo non indiget, vt iterum tradatur, nec vt pro tradita habeatur, cum verè tradita sit, sed tantum, vt eam tradita sit ex vna causa, videatur tamen tradita ex alia: quod ipsum sola iuris potestate sit, nec rei præsentiam requirit. Vide leg. si rem 6. infr. de euit. Planè si non apparentis rei commodatæ nomine commodatarius aut condemnatur, aut litis æstima- tionem offerat, æquum est commodantem cauere commodatario, vt repertam rem dominus ei præ- stet l. si qui 13. in princip. l. in commodato 17. §. vltim. infr. hoc tit. adeoque ei actionibus suis cedere, quamuis commodatarius dolum malum admitterit, vt bene hic notat Accursius ex leg. in depositi 12. infr. de re iudis.

bona fides id est æquitas patitur, vt culpa vlla sit impunita, multo minùs verò vt culpa vtrius noceat alteri, cui nihil imputari potest. DEC. In con- tractibus omnibus, etiam bonæ fidei, non minùs quàm in stipulationibus, sequimur semper id quod actum est, etiam si dictum non sit l. semper in stipu- lationibus 34. de regul. iur. Pleraque enim tacitè argun- tur, quæ non dicuntur leg. pen. infr. de euit. Imò etiam nonnulla interdum extra id quod actum est, vt in l. si qui 13. in fin. infr. hoc tit. Atqui in con- tractibus qui sunt gratia dantis tantum, vt in deposito, aliud sanè agitur, aliud verò in iis qui

¶ Qui sunt gratia solius accipientis, vt in commo- dato, aliud denique in iis qui gratia vtriusque. Nam cum dantis solius gratia contractus sit, an nõ esset iniquum culpam præstari ab eo, qui in culpa non esset, si non contraxisset, neque rursus contraxisset, si non alij cum quo contraxit, magis quàm sibi prospicere voluisset? Nisi fortè velis officium ei suum pro culpa obicere, quasi non de- buerit alterius gratia contrahere, potius quàm sua, quod esset ridiculum l. si seruus 61. §. quod verò de furt. Nemo enim alteri potest imputare factum ex quo ipse lacrum sentiat l. si extraneus 33. l. cum in fundo 78. §. quod si mulier infr. de iur. dot. Neque sanè alienas utilita- tes sequi aut ambire suo periculo quisquæ cogitur. Planè dolum præstare debet etiam is, qui solius dantis gratia contraxit, vt depositarius, quia do- lus impunitus manere nunquam debet l. procurator 11. §. leg. infr. de doli mali except. Nec si expressa con- uentione placuerit, vt dolum non præstetur leg. 1. §. illud non probabis infr. de pos. vbi ratio redditur, quia hæc conuentio contra bonam fidem est, & contra bonos mores. Quamuis placeat valere conuentione ne depositi, agatur quæ in effectu id ipsum continet ne dolum præstetur l. si vnus 27. §. illud nulla sup. de pact. nimirum in hoc casu, vt & in aliis plerisque, ex- pressa nocent, non expressa non nocent, vt habet iuris regula. Non autem quemadmodum bonæ fidei dolum opponitur, ita etiam culpa, sed diligen- tia, vt in quo gradu negligentia quisque est, in eodem gradu sit culpa, nihil enim vetat esse quem in culpa, & nihilominus probum virum. Est autem triplex gradus culpæ, lata, leuis, & leuissima, sicuti tres sunt gradus diligentia, exactissima, cui op- ponitur culpa leuissima, exacta, cui opponitur le- uis, & minima aut nullius omnino diligentia, cui lata culpa, vt scripsimus in Error. i. deced. 76. E con- trario si contractus celebratus sit gratia solius accipientis, vt enit in commodato, id agitacitè in- telligitur, vt qui accipit, teneatur de omni culpa, quia omnem diligentiam præstare debeat. Nec enim de eo potest is conueniri, qui totum commo- dum ex contractu sentit, vt ad quem totum com- modum pertinet, etiam totum pertineat incom- modum l. secundum naturam 11. de regul. iur. Neque ferendum est, quia eorum quidem ex contractu captat, damnum autem subire recusat l. vnic. §. pro secundo C. de caduc. tollend. Consequens igitur est, vt si gratia vtriusque celebratus sit contractus, quod euenit regu- lariter, vt in emptione, locatione, dote, pignore, & societate (si modò æquè principaliter nõ sit ex post- facto & per accidens, vt in l. si quis nec causam 4. l. ro- gasti 11. supr. de reb. credit.) non tantum dolum præstan- dus sit, sed etiam culpa, nec ea tantum lata quæ etiã dolo æquiparatur, sed etiam leuis, quæ media est inter latam & leuissimam, non tamen leuissima: quia & hoc quoque agi tacitè intelligitur. Qua enim fronte diligentiam exactissimam ab aduer- sario desideraret is, cuius etiam gratia initus con- tractus fuerit? Et ita ex hoc §. explicandū est quod scribitur in l. contractus 23. infr. de regul. iur. Eadem di- stinctio & iuris ratio locum habet in quasi contra- ctibus, vt tutelæ & negotiorum gestorum.

^a Nisi fortè & merces accessit. RAT. DVB. Com- modatum gratuitum esse debet §. item si cui in fin. Infr. quib. mod. re contr. oblig. Alioqui degenerat in locationem, si merces accessit, vt ibidem scriptum est. Eademque ratio est depositi l. 1. §. si quis seruum §. infr. de pos. Ergo siue de commodato agatur siue de

Tom. III.

deposito, vt in hoc §. non potest locum habe- re exceptio hæc nisi merces accessit. DEC. Merces, quæ locationis substantiam constituit, & quæ proprie merces appellatur, consistere debet in pecunia numerata, sicut & precium, quod consti- tuit substantiam emptionis leg. 1. de contr. empt. leg. 1. de rer. permut. Hæc autem exceptio intelligenda est de mercede, quæ improprie sit merces, & quæ constituta sit in alia re, quàm in pecunia nu- merata vt in dict. §. si quis seruum. Id enim dunta- xat agit Vlpian. in hoc §. vt distinguat an deposti- tum factum sit de gratia solius deponentis, an ve- rò etiam gratia depositarij, cui pro custodia rei depositæ aliquid extra pecuniam numeratam da- tum vel promissum sit, vt priore casu dolum solus præstandus sit, posteriore verò etiam culpa leg. qui mercedem 40. infr. locat. Quamquam vix est, vt hoc fiat, quin contractus depositi tum quo- que cum in contractum locationis degenerare non potest, in alium tamen contractum innomi- natum degeneret, ex quo nascatur actio præscri- ptis verbis potius quàm depositi vt in dict. §. si quis seruum, vbi tamen adhibetur distinctio, secundum quam hic vericulus intelligi proculdubio de- bet. Iunge §. nunc videndum 11. versic. rem tibi dedi infr.

^b Aut si hoc ab initio conuenit. RAT. DVB. Con- uentio in contractu apposita non valet, si sit contra naturam contractus leg. vbi ita donatur 27. infr. de iur. caus. donat. leg. cum precario 12. infr. de precar. Atqui est ex natura actionis depositi, vt in ea do- lus solus præstandus sit, quia contractus deposti- ti sit gratia solius deponentis, non etiam depo- sitarij, vt proximè diximus. Ergo etiam si ab initio conuenit, vt culpam quoque præstare de- positarius debeat, dicendum est nullius momen- ti esse pactioem, quasi naturæ depositi contra- riam, idemque multo magis dici potest, si contra- nerit, vt non modò culpam, sed etiam pericu- lum omne depositarius præstet. Id enim est con- tra iuris regulam, quæ periculum casuum fortui- torum à nemine vult præstari dict. leg. contractus 23. in fin. de regul. iur. Cum ad dominum potius pertinere debeat leg. quæ fortuita 6. leg. pignus 9. Cod. de pignorat. act. vt sua cuique res pereat, non al- teri. Priuatorum autem pactioem legum autho- ritate censeri nec possunt, nec debent leg. vltim. infr. de suis, & legit. leg. 3. Cod. de collat. leg. heredi- tas 5. Cod. de pact. conuent. tam sup. dot. DEC. Con- tractus ex conuentione legem accipiunt, vt est in regula vtriusque iuris & ciuillis & pontificij, cap. contractus de regul. iur. in 6. leg. 1. §. si conuenit in- fra de pos. Legem inquam id est, naturam, quam- uis non substantiam. Ergo si quid ab initio con- uenerit, etiam contra naturam contractus, ratum id habendum est, dum ne contra substantiam l. pa- cta conuenta 72. infr. de contr. empt. Multum enim dif- fert natura cuiusque contractus à substantia. Natura versatur circa præstationes quæ sua spon- te veniunt ex contractu, vt in dict. leg. pacta & dict. §. si conuenit, & hoc §. Substantia verò circa ea quæ essentiam contractus constituunt, vt alibi scripsimus, & scribemus ad d. l. pacta conuenta, con- tra interpretationem Cuiacij ad illud locum. Quam- quàm si verum amamus cum conuenit in deposito, vt non tantum dolum, sed etiam culpa, adeoque pe- riculū ipsum præstetur, pactum hoc nõ tam contra- quam præter naturam contractus est, Quod longè

E E e 2

est diuersum, sicut & contra leges quid fieri aut praeter leges *l. necesse* 28. §. *quoad eius supra*. Ex quibus causis maior. & sane eorum sunt contractus omnes gratia contrahentium, æquum est in contractibus omnibus inspicere quod actum est, ac multo magis quod dictum est, quandoquidem de eo quod actum, nec dictum est, dubitari probabiliter potest, an actum sit, non etiam an actum sit, quod expressè dictum est. *l. semper in stipulationibus* 34. *de regul. iur.* Quorum enim verba, nisi ut mentem & animum dicentis significant? *leg. Labeo* 2. *infr. de supell. legat. leg. ille aut ille* 23. §. *cum in verbis de legat.* 3. Quid enim conuenientius naturali æquitati, quam pacta seruare? *leg. 1. supra de pact.* Quid contra grauius, quam fidem frangere? *leg. 1. supra tit. prox.* dummodo scilicet pacta neque contra leges sunt neque contra bonos mores neque contra Senatusconsultum *l. iuris gentium* 7. §. *ait prator supra de pact. l. pacta que contra* 6. *C. eod. d. l. vlt. de suis & legit. d. l. 3. C. de collat. d. l. hereditas* 5. *C. de pact. conuent. l. 1. §. illud non probabis infr. depof.*

3 ¶ Et si fortè res æstimata data sit, omne periculum præstandum ab eo, qui æstimationem se præstaturum recepit.

Ad §. 3. Et si fortè res æstimata.

RAT. DVB. Cuiusque rei periculum pertinet ad dominum *l. qui fortuitis* 6. *l. pignus* 9. *C. de pignor. act. l. contractus* 23. *in fin. de regul. iur.* Atqui dominium rei commodatæ nunquam pertinet ad commodatarium, in quem scilicet neque dominium neque possessio ex commodati titulo transferri potest *l. rei commodata* 8. & *seq. infr. hoc tit.* Vnde est quod etiam rem alienam commodare possumus *l. commodare* 15. & *seq. eod.* Ergo quamuis res commodata æstimata data sit, non idè tamen periculum pertinere debet ad commodatarium, quandoquidem non eo minùs res, manet commodata quidd æstimata sit, ne si æstimatione non tollat, nec mutet contractum, cui adicitur *l. cum duobus* 52. §. *damna infr. pro socio.* Neque verò valet conuentio, ut quis de omni casu fortuito teneatur nisi specialiter casus expressi sint, de quibus teneri quis velit *l. sed et si quis* 4. §. *quisitum supra si quis caution.* Nec rursus quælibet æstimatione facit emptionem, ut constat ex *l. 1. §. vlt. infr. de æstimat. act. l. cum duobus* 52. §. *sed vtrum & §. damna infr. pro socio l. plerumq. 10. in princip. & §. vlt. cum l. seq. infr. de iur. dot. l. si inter* 21. *C. eod. l. si gratuitam* 17. *in fin. de præscript. verb.* Sanè cum æstimatione facit emptionem, nemo dubitat, quin transeat periculum in accipientem *l. quæro* 54. §. *vlt. & l. 3. infr. locat. l. quoties* 16. *de iur. dot. l. æstimatus* 50. *infr. solut. matr. l. vnic. §. cumque ex stipulatu Cod. de rei vxor. act.* Quia & per emptionem transeat periculum in emptorem *l. necessario* 8. *infr. de peric. & commod. rei vendit. l. 1. C. eod. §. cum autem Instit. de empt. & vendit. dummodò certa sit æstimatione l. quidam* 96. §. *si tibi de legat. 1. quia & precium certum esse debet ad constituendam emptionem §. precium Instit. de empt. & vendit.* Atqui cum res commodata traditur

tra æstimatum: sed nihil vetat esse gratuitum, & tamen fieri gratia vtriusque & commodantis & commodatarij. Quid enim si equum tibi commodauero ut eo utaris ad negotiationem mihi & tibi communem? Imò verò, quod magis est, interdum sit commodatum gratia solius commodantis, quo casu dolus solus à commodatario præstatur, ut & à depositario §. *planè interdum*, vbi exempla ponuntur *infr. hac lege.* Extra hos casus, id est, si neque solius commodantis neque vtriusque gratia commodatum sit, sed solius causa commodatarij, præstare debet commodatarius non modò culpam, si quid fortè fecerit in re commodata quod non deberet, sed etiam diligentiam, & quidem exactissimam, ut nihil omitat ex his quæ diligentissimus paterfamilias facere debuit *d. §. vlt. in cui quib. mod. re contr. oblig.* Nec enim sufficit ei diligentem esse ad eum modum quem hominum natura desiderat *l. quod Nerus* 32. *infr. de positi.* cum teneatur de omni culpa etiam leuissima, cui opponitur, ut diximus, exactissima diligentia, quæ tamen in hoc §. dicitur simpliciter diligentia, ut & in *d. l. contractus* 23. *de regul. iur.* quia sicuti culpam simpliciter cum dicimus leuem, intelligimus, quæ oppositam habet exactam diligentiam, ita & cum post nomen culpæ ponunt iureconsulti nomen diligentia, & exactissimi à diligentiam intelligunt, quæ leuissima culpæ opponatur. Scripsimus in *Error. 1. deced.* 76.

æstimata, certum est non idè fieri ex commodato emptionem, sed manere contractam commodatam. Ergo nec idcirco transeat omne periculum in commodatarium, nisi id expressè dixerit, ut in §. *precedente.* Præsertim cum possit imputari commodanti, cur non dixerit legem aperitius, ex regula *leg. veteribus* 39. *supra de pact. l. Labeo scripsit* 21. *infr. de contr. empt. D. E. C.* Æstimationis proprium illud est, ut faciat emptionem, nisi cum aut voluntas contrahentium repugnat, aut natura negotij. Voluntas contrahentium repugnat, quoties conuenit, ut eadem ipsa res quæ æstimata est, aliquando reddatur, ut in specie *dict. leg. si inter* 21. *Cod. de iur. dot. l. æstimatus* 50. *infr. solut. matr.* Tunc enim apparet idè factam æstimationem, ne si species aliqua fuisset diminuta aut perditæ alio precio quam quo taxata fuerat, restitueretur, ut scriptum est in *dict. leg. si inter.* Ex quo loco apparet non magis reddi posse deterioratam rem quam perditam, cum nec videatur reddi res, quæ deterior redditur *leg. 3. §. si reddita supra hoc tit. leg. 1. §. si res deposita* 16. *infr. de positi. dict. lect. 1. §. vltim. de æstimat. act.* nisi cum conuenit ut eadem ipsa corpora, quæ æstimata sunt, omnimodo reddantur, ut in *dict. leg. si inter.* Ac proinde verum esse quod nos docuimus *libr. 7. comit. cap. 5. legendum esse nec pro & in leg. sanè* 11. *infr. eod. ill. tit. de iur. dot.* Pendet enim lex illa ex §. *vtim. legis precedentis*, vbi proponebantur res in dotem datæ æstimatæ, sed eo pacto adiecto, ut vel eadem res, vel earum præcia redderentur. In quo euidenter errat Bartolus, distinguens rem peremptam à deteriorata, quasi deteriorata res possit reddi, non etiam illa, quæ perempta est. Quod certè falsum est: cuius enim periculo res pereunt, eius quoque periculo deterioriores sunt *dict. leg. cum dotem & dict. leg. 1. §. vltim. de æstimat. act.*

¶ *d. l. si inter.* Sed ignoscendum est Bartolo, quem corrupta illius legis lectio fecerit. Repugnat etiam interdum natura negotij, ne æstimatione possit facere emptionem: Vt puta si societatis contrahenda causa sint data pascenda pecora, eaque æstimata. Non enim possunt idè videri vendita, cum per societatem id agatur, ut dominium communiceatur, per emptionem verò ut transferatur: idèoque pro socio actio durat, si quid fortè dolo malo, aut culpa eius acciderit, qui æstimationem pecus accepit, alioqui si pecus æstimatum latrocinio aut incendio perierit, commune damnnum erit *d. l. cum duobus & damna pro socio.* Repugnat etiam natura negotij, & contrahentium voluntati, ut æstimatione faciat emptionem, quoties facta est in ordine ad alium contractum, puta si quid æstimatum tibi dederò ut alij vendas. Implet enim ut vendidisse tibi videar eam rem quam dedi tibi æstimatam, ut alij vendas. In qua specie variis distinctionibus opus est, de quibus in *d. l. si quis nec causam* 4. & *d. l. rogasti* 11. *supra de reb. credit. vbi diximus, & in d. l. si gratuitam* 17. §. 1. *infr. de præscript. verb.* Nec valde diluibile est quod Bartolus adfert ex *l. seruos* 36. *supra famil. ercisc.* Seruos inter coheredes tempore diuisionis æstimationem non emendi, sed diuidendi animo præcis adscriptos videri: idèque suspensa conditione mortuos tam heredi quam si de coemissario deperiisse. Precium enim heredi cum non sit hereditarium, ut bene docet Bartolus, non potest in diuisionem venire. Quid ergo si natura contractus talis sit, ut dominium pro parte transferatur in accipientem, & pro parte non transferatur, ut in societate? Respondet Bartolus pro ea parte pro qua transferatur dominium, transeat periculum in accipientem, pro alia verò parte non transeat, *d. l. cum duobus* 52. §. *sed vtrum & §. damna.* Nisi de eo contractu agatur in quo ex natura contractus veniat etiam culpa leuissima, quo casu facit æstimatione ut veniat casus fortuitus, ne alioquin æstimatione nihil operetur, ut post Accursium Bartolus argumentatur ex *l. si quando* 109. *de legat. 1.* Nam si ex contractus natura veniat tantum culpa leuis, nihil addit æstimatione, nisi ut veniat etiam leuissima, ut idem Accursius, & post eum Bartolus putat, existimans hanc esse rationem propter quam Vlpianus in hoc scribit, In commodato, si res æstimata data sit, omne periculum venire, id est etiam casus fortuiti, quia & nulla æstimatione facta veniet leuissima quoque culpa, non quasi æstimatione potuerit transferre periculum ex eo contractu, ex cuius natura est, ut dominium non transferatur: aliud ergo est transferri dominium, aliud

verò transferri periculum. Ex commodato enim nunquam transferatur dominium, id est, nequidè, facta æstimatione, transferatur tamen omne periculum si facta æstimatione sit, ut constat ex hoc §. & ex *dict. l. 1. §. vlt. de æstimat. act. d. l. plerumque in princip. & §. vlt. & d. l. quoties* 16. *infr. de iur. dot.* Mihi tamen videtur Vlpianus in hoc §. aliud quiddam sentire. Tractat enim de eo commodatario, qui non modò rem commodatam acceperit æstimatam, sed etiam eius æstimationem restitutum se receperit, ac proinde qui, si rem ipsam commodatam vellet reddere, quamuis incorruptam, non esset audiendus, quandoquidem nulla hic electio est, quæ aut commodanti, aut commodatario dari possit, promissa simpliciter æstimationis restitutione. Fatendum igitur est, hoc casu transferri ex commodato dominium propter æstimationem, quæ hanc dubiè facit emptionem, nec alia de causa transfert omne periculum in commodatarium, quàm quia id omnino consequens est translationi dominij, quamuis contra naturam simplicis commodati sit, ut ex eo dominium transferatur. Itaque non possum probare quod Accursius nos ter verba illa, *omne periculum*, de omni culpa interpretatur, aut quod eodem recidit, de omni periculo, quod ex culpa proueniat, ad exclusionem casus fortuiti, qui tamen solus meo iudicio his verbis significatur. Nec simile est quod Accursius adfert ex *l. litris* 37. §. *si pecunia supra de negot. gest.* vbi nulla æstimatione facta proponebatur, nec fieri poterat, cum de nominibus à negotiorum gestore contractis ageretur. Nec rursus quod est *d. l. 1. §. vlt. de æstim. act.* vbi quod dicitur de periculo propter æstimationem præstando, non ad culpam restringendum est, ut Azo credidit, sed de casu fortuito intelligendum, secundum veriorum Ioannis interpretationem, quam eo loco Accursius refert. Neque obstat, quod in §. sequenti subiicitur de casu fortuito per commodatarium non præstando. Id enim ad initium huius §. referendum est, in quo dictum est, præstandam à commodatario culpam & diligentiam, non ad posteriorem huius §. sententiam, in qua agitur de re æstimata, idque per modum exceptionis, nos quidem istas sententias per §. cum Gothofredo distinximus commodioris explicationis gratia, sed tamen magis probamus, ut ab illis verbis, *commodatum autem*, vnicus sit & continuatus §. vsque ad verba illa, *sed an etiam hominis*, quamuis Bartolus quoque nouum §. inchoet ab illis verbis, *quod verò senectute*, & alium ab iis, *Castodiam planè*, quod & nos sequemur.

4 ¶ Quod verò senectute contingit, vel morbo, vel vi latronum ereptum est, aut si quid simile accidit: dicendum est, nihil eorum esse imputandum ei, qui commodatum accepit: nisi aliqua culpa interueniat, proinde & si incendio, vel ruina aliquid contingit, vel aliquod damnum fatale: non tenebitur, nisi fortè, cum possit res commodatas saluas facere, suas prætulit.

Ad §. 4. Quod verò senectute.

RAT. DVB. Tractamus de commodato, quod factum sit gratia solius commodatarij, de quo in *versic. commodatum supra.* Ergo quemadmodum ob eam causam teneretur commodatarius de omni culpa etiam leuissima, ita & de casu fortuito videtur teneri debere, præsertim si res commoda-

ta erepta sit vi latronum, ne alioqui commodantis officium sit ei damnosum, cum si rem suam non commodasset, ea vi latronum erepta commodatario non fuisset *leg. si seruos* 61. §. *quod verò infr. de iur.* Aliud sanè est de damno quod vel morbo vel senectute hominis commodati contingit, quippe quod æque penes commodantem contingit etiam si commodata res non fuisset. De e. Casus fortuiti quos nullū humanū cōsiliū præuidere aut

Impedire potest à nullo præstantur l. contractus 23. in fin. de regul. iur. l. si merces 23. §. vis maior infr. locat. Ergo neque à commodatario præstandi sunt, cui scilicet nihil imputari potest, nequidem culpa leuissima, potiusque imputari potest ei qui commodauit, cur non prospexerit posse damna ista fatalia euenire, si talia sint quæ occasione commodatie uenire poterint, etiam si non aliter fuerint euentura arg. l. si quis domum 9. §. 1. & idem querit infr. locat. Magis enim casibus, quam mandato imputari ista oportet l. inter causas 16. §. non omnia infr. mandat. l. si res pupillaris 50. infr. de admin. tutor. l. in rebus 18. infr. hoc tit. l. que fortuitis 6. C. de pignor. act. Parum enim proficit custodia aduersus vim maiorem siue diuinam siue humanam l. ad eos 19. infr. hoc tit. l. si ea res 31. infr. de action. emp.

a Nisi forte cum posset res commodatas saluas facere. RAT. DV B. Omnes sibi malit bene esse quæ alteri, & naturale cuiusque uoluntatis est, ut res suas malit saluas esse quæ alienas, excipitur solus seruus de quo scriptum est plus eum diligere dominum suum quam se ipsum debere l. 1. §. iuxta hoc 28. infr. de SC. Silan. Nihil ergo potest imputari commodatario, si in casu incendij, ruinae, vel naufragij, non posset res commodatas saluas facere, suas prætulit. DEC. Etiam si quis ad eum modum quem hominum naturam desiderat, diligens sit in commodato conseruando, nihil tamen ad suum modum etiam in commodato curam præstet fraude non caret. Nemo enim falsa fide inuorem alienis quam suis rebus diligentiam præstare potest, inquit eleganter Celsus in l. quod Nerua 32. infr. de deposit. Ergo si commodatarius cum posset res commodatas saluas facere suas prætulit, teneri eo nomine commodati actione debet, non quasi ex culpa, sed quasi ex dolo. Ideo que in depositi actione in quam solus uenit dolo, idem iuris est d. l. quod Nerua. Sic dicimus non esse audendum tutorem, si dicat idem cessasse pecuniam pupillarem, quod idonea nomina non inuenerit, si arguatur eo tempore suam pecuniam bene collocasse l. tutor secundum dignitatem 13. §. 1. infr. de admin. tutor. Hic querit Ac-

5 ¶ Custodiam planè commodatæ rei etiam diligentem debet præstare.

Ad §. 5. Custodiam.

Additur hic siue §. siue uersiculus ad interpretationem eius quod in §. proximo dictum est, quod senectute contingit, vel morbo, vel vi latronum ereptum est, aut si quid aliud simile acciderit, nihil eorum esse imputandum ei, qui commodatum accepit: idemque dicendum esse, si incendio, vel ruina, vel naufragio fatale aliquod damnum contigerit. Non enim id tam generaliter accipiendum est, ut si quid eorum quæ supra dicta sunt, acciderit ob non præstitam à commodatario tantam diligentiam quantam debuit, non debeat illi teneri eo nomine, cum ad exactissimam diligentiam præstandam teneatur, quia scilicet in commodato solius commodatarij utilitas uersatur, ut diximus in §. 1. §. commodatum supr. l. si seruus 61. §. circa commodatum infr. de furt. Quod si non præstiterit exactissimam diligentiam,

¶ Sed, an etiam hominis commodati custodia præstetur, apud veteres dubitatum est, nam interdum & hominis custodia præstanda est: si uinctus commodatus est, vel etiam eius ætatis, ut custodia indigeret. certè si hoc actum est, ut & custodiam is, qui rogauit, præstet: dicendum erit, præstare.

curtius, quid si res commodata erat uilis preciosa res uero commodatarij erant preciosa? Et respondet, quod & Bartolus probat, non teneri hoc casu commodatarium, quia & diligens quilibet paterfamilias hoc facisset, id est preciosiores uilioribus in iis conseruandis prætulisset. Idemque ait si res commodatæ & commodatarij fuerint æqualis ualoris ex l. in rebus 18. in princip. infr. Ego uero neutrum probare possum, quia minorem diligentiam in alienis rebus conseruandis præstat commodatarius qui suas præfert, licet preciosiores, quam in suis, quod tamen salua fide facere non potest dicitur l. quod Nerua. Et quamuis uerissimum sit diligentissimum quemque parem familias electurum conseruationem rerum magis preciosarum potius quam uiliorum, id tamen intelligi debet cæteris paribus, non sunt autem cætera paria cum sit comparatio inter res commodatas & proprias commodatarij, quia, ut diximus, minorem diligentiam præstat commodatarius in rebus commodatis, quam in suis, si commodatas res quamuis uiliores, postponeret suis, tamen si preciosioribus. Nam in pari causa periculi minorem diligentiam præstat alienis rebus conseruandis hoc ipso, quod non præstat maiorem, cum non possit præstare parem, si, quod in facto ponimus, alias conseruet, alias uero perire patiat: idemque multo certius dici potest si par sit ualoris. Planè si ponas fuisse commodatas res à duobus, electio erit commodatarij, cui gratificari malit, & cuius res saluas esse maluerit, non adhibita distinctione illa, utrum res conseruata preciosiores fuerint an uiliores, quia non sicut maiorem alienis rebus conseruandis diligentiam commodatarius debet quam suis, ita & dici potest maiorem eum diligentiam debere ad minus ex commodatoribus, quam ad alterius res conseruandas, nimis enim durum est, si cum utriusque commodatoris res saluas facere non posset, elegerit alterius res præferre, tali electione crimen eum contraxisse dicamus exemplo eius quod scriptum est in l. 3. §. si cum omnes in fin. infr. de SC. Silan.

negari non potest quin sit in culpa saltem leuissima. Ergo cum in hac specie culpa præcedat casum, æquissimum est teneri commodatarium, etiam de casu fortuito, qui utique non contigisset, si diligens custodia in conseruanda re commodata præcessisset. Idque est, quod paullo antè Vlpianus dixerat, Nisi aliqua culpa interueniat. Paria enim sunt culpam aliquam interuenire commodatarij, & diligentem ab eo custodiam non præstari. Ergo ratio dubitandi ad hunc uersiculum illa est, quod nec commodatarius, nec alius quiscumque de casu fortuito teneatur d. §. prox. supr. l. contractus 23. in fin. de regul. iur. Sed decidendi illa, quod aliud dicendum sit, quoties culpa præcedit casum. Nempe cum culpa illa ordinata est ad eum casum qui postea contigit. Hoc enim addendum necessarium est, ut a libi scripsimus ex §. sed interdum infr.

Ad §. 6. Sed an etiam hominis.

RAT. DV B. Commodatarius teneretur præstare diligentem custodiam, & exactissimam diligentiam in re commodata, ut proxime diximus: Ergo & in homine commodato, cum ad eum in homines, id est serui, quam alia res commodari possint. Comparantur enim serui inter alias res mobiles, quæ sunt in nostro patrimonio, ad eum que inter res mobiles leg. 1. §. Nerua filius infr. de acquir. poss. parum custodiam melio exactior necessaria est leg. si rem mobilem 47. eod. DEC. Differentia hæc est inter hominem & cæteras res mobiles, quod cæteræ res etiam & diligentia possessoris custodiendæ sunt: At homo scilicet custodit, ad eum ut nec sui factum facere possit, nec aut suam, aut aliarum rerum dominum sui possessionem interuere l. re quam nobis 15. in fin. eod. Nihil ergo est quod imputari commodatario possit, si commodatum seruum minus diligenter custodierit, nisi forte commodatus fuit uinctus, quod si suspectus esset domino, aut si eius ætatis fuit, ut custodia deberet propter suspectos mores adolescentia, qui prudent-

7 ¶ Sed interdum & mortis damnum ad eum, qui commodatum rogauit, pertinet. nam si tibi equum commodauero, ut ad villam adduceres, tu ad bellum duxeris: commodati teneberis. idem erit & in homine. Planè si sic commodauit, ut ad bellum duceres: meum erit periculum. Nam & si seruum tibi rectorem commodauero, & de machina ceciderit, periculum meum esse Namusa ait. sed ego ita hoc uerum puto, si tibi commodauit, ut & in machina operaretur. cæterum si, ut de plano opus faceret, tu eum imposuisti in machina, aut si machinæ culpa factum est minus diligenter non ab ipso ligata, vel funium, perticarumque uetustate: dico periculum, quod culpa contigit rogantis commodatum, ipsum præstare debere. nam & Mela scripsit, si seruus lapidario commodatus sub machina perierit, teneri fabrum commodati, qui negligentius machinam colligauit.

Ad §. 7. Sed interdum.

RAT. DV B. & DECID. ad hunc §. eadem est quæ ad §. custodiam 5. supr. Videbatur enim casus fortuitus non debere ad commodatarium pertinere, quippe quem æquum sit teneri quidem de omni culpa etiam leuissima, sed non de casu fortuito, quem diximus toties à nemine præstari l. contractus 23. in fin. de regul. iur. l. que fortuitis 6. C. de pignorat. act. Sed fallit ea regula quoties culpa præcedit casum, si modo commissa sit in ordine ad illum casum & casus ille ob eam culpam contigerit, ut hic Bartolus bene notat ex l. non omne 38. infr. de statulib. l. si alius 7. §. est & alia infr. q. d. vi aut clam. (Alioquin non teneretur de casu nisi culpa caderet in delictum circa rem ipsam ut in l. ita uulneratus 51. ad leg. Aquil. non circa usum rei l. qui furtum 16. supr. de condic. furt. ut nisi culpa caderet in moram l. quod te 5. supr. de reb. cred. l. si ex legati 23. de verb. oblig.) Tunc enim non tam uideatur teneri de casu quam de culpa quæ casui causam vel saltem occasionem dedit. Idque generale est in omnibus, qui alioquin de casu fortuito non tenerentur, ut constat ex legibus quas hic Accursius adducit, id est ex l. in rebus 18. §. 1. infr. hoc tit. l. uideamus 11. §. 1. infr. locat. l. 2. §. vis sua minus supr. si quis cautionem l. in his rebus 56. in princip. infr. solut. matr. Excipiuntur tantum duo casus de quibus in l. vlt. §. pen. & vlt. ubi di-

ti cuilibet vix possunt esse: non suspecti. Culpa enim nec leuissima est commodatarij, si non uinciat seruum commodatum quem dominus uinxerat, aut minus diligenter custodiat eum quem commodator diligentius custodiebat l. si à bona fidei 21. supr. de rei uindic. Idque etiam si in commodato contrahendo nihil dictum sit de præstanda custodia. Quanto magis si expressum ita conuenerit, ut in homine commodato custodiam præstare debeat commodatarius? Parum enim refert an expressè quid agatur, an tacitè, & quamuis dici solet expressionem eorum quæ tacitè insunt, nihil operari, ut est in uulgari nostrorum brocardico, semper tamen tutius est id exprimere, de quo alioquin dubitari posset, an tacitè inesset, vel ob hoc saltem ne qua dubitationis superstit occasio leg. que dubitationis 81. de regul. iur. Et ne possit obici commodanti, quod legem apertius dicere potuerit & debuerit ex regula l. reueribus 39. supr. de pact. leg. Labeo 21. infr. de contr. empr. Nec enim potest vis expressè minus, ex eo quod tacitè inest, nisi cum expressè nocent, non expressè non nocent, quod in proposito non contingit.

cemus infr. ad leg. Rhod. de iact. Ibi enim casus contigisset, etiam si culpa nulla præcessisset ut & in d. l. 7. §. est & alia quod vi aut clam. Adfert autem Vlpianus in hoc §. tria huius propositionis exempla. Primum est, si equum tibi commodauero, ut ad villam duceres, tu ad bellum duxeris. Idemque erit in homine. Et si enim casu fortuito acciderit postea, ut equus vel homo meus in bello perierit, culpa tamen tua præcessit casum, cum re commodata aliter usus sis quam quomodo uti debueras, ad eum ut eo nomine etiam furti obligeris, ut scriptum est in §. prox. seq. Nam si commodassem tibi equum, vel hominem sic, ut ad bellum duceres, nemo dubitaret quin meum deberet esse periculum, quia prospicere debueram euenturum facile, ut in bello equus vel homo periret l. si quis domum 9. §. 1. uersic. idem quaerit litem quaeritur 13. §. si quis seruum infr. Locat. Quem admodum & si seruum meum rectorem tibi commodauero, & is de machina ceciderit, periculum meum esse constat. Sed hoc ita, inquit Vlpianus, si tibi eum commodaueram ad hoc, ut in machina operaretur, alioquin si ut de plano opus faceret, tu eum imposuisti in machina, aut si factum id sit culpa machinæ, non satis diligenter à te ligata, vel funium perticarumque uetustate, periculum tuum esse debet non meum, quia culpa tua damnum contigit, & ea culpa casum præcessit. Est que hoc secun-

dum exemplum. Tertium huic simile est, si seruus lapidario commodatus sub machina perierit. Terner enim faber debet a cōtione commodati, quia negligentiùs machinam colligauit.

8 ¶ Quinimò & qui aliàs re commodata vitur, non solum commodati, verum furti quoque tenetur, vt Iulianus libro vndecimo digestorum scripsit. Denique ait: si tibi codicem commodauero, & in eo chirographum debitorum tuum cauere feceris, ego que hoc interleuero: si quidem ad hoc tibi commodauero, vt caueretur tibi in eo: teneri me tibi contrario iudicio. si minus, neque me certiorasti ibi chirographum esse scriptum, etiam teneris mihi (inquit) commodati: immo (ait) etiam furti: quoniam aliter re commodata vsus es, quemadmodum qui equo, (inquit) vel vestimento aliter, quam commodatum est, vitur, furti tenetur.

Ad §. Quinimò 8.

RAT. DVB. Qui habet rem commodatam à domino, habet eam ex voluntate domini, à quo fuit ipsi tradita. Est enim commodatum ex eo genere contractuum, qui re perficiuntur §. item in cui Inst. quib. mod. re contr. oblig. Atqui furtum est contractatio rei aliena inuito domino l. 1. infr. de furt. Ergo non potest commodatarius facere furtum rei commodatæ arg. leg. de eo 63. in fin. infr. de donat. int. vir. & vxor. nisi forte reposcerit domino recuset eam restituere, quomodo de depositario scriptum est in l. si quis inficiatus 13. in princip. & §. 1. infr. de pos. DE C. Commodatum eius naturæ est, vt semper fiat ad certum vsus, & ad certum tempus, in quo potissimum differt à precario, vt diximus ad l. 1. §. 1. in fin. supr. Ergo quemadmodum commodatarius habet pro se voluntatem domini commodantis, quatenus vitur re commodata, secundum domini voluntatem: ita statim atque excedit vsus & tempus à commodante præstitutum, incipit facere non modò præter, sed etiam contra domini voluntatem, qui præscribendo certum vsus, certumque tempus, hoc ipso videtur prohibuisse, ne in alium vsus, aut in aliud tempus commodata res retineretur arg. l. cum prætor 12. supr. de iudic. Facit ergo furtum hoc casu commodatarius, tanquam contractans rem inuito domino. Cum enim de furto agitur, inuitum accipimus dominum, non tantum si contradicat, sed etiam si non consentiat, nec aliud in depositario iuris est leg. qui furtum 16. supr. de condit. furt. l. qui iumenta 40. l. si pigore 54. in princip. & §. 1. l. qui re 76. infr. de furt. vbi tamen exceptio additur, nisi existimauerit se non inuito domino id facere, quod & scriptum est in §. placuit Inst. de oblig. qua ex delict. nasc. nempe quia furtum sine affectu furandi committi non potest, vt ibidem scriptum est. Planè potest commodatarius esse in culpa, si nullam causam habuerit existimandi dominum fuisse permissurum, vt in alios vsus, aliudve tempus commodatum traheret d. l. qui re. Sed ea ratio non facit illum furem, at potius vt actione Commodati eo nomine teneatur. Iunge l. qui seruum 34. §. 1. infr. de oblig. & action.

Denique ait. Est hæc illatio ex sententia præcedente, eandemque proinde recipit dubitandi & decidendi rationem. Nam si tibi codicem commodauero, & in eo debitorum tuum chirographo cauere feceris, ego que hoc chirographum interleuero, distinguendum necessarium est, an tibi codicem commodauerim ad hoc, vt caueretur tibi an non.

Priore casu non teneris mihi neque directa commodati actione, neque furti, quia vsus es re commodata eo modo quo vti potuisti, & debuisti: ego verò teneor tibi contraria actione commodati, quod chirographi debitoris tui interleuerim, quia licet codex meus manserit, & quilibet rei suæ moderator sit & arbiter vulgar. l. in remandata 21. C. mandata. beneficio tamen quod à me per commodatum acceperas, adiuuari debuit non decipi l. in commodato 17. §. 1. infr. Posteriore autem casu si me inficio nec certiorato chirographum in meo codice scribi feceris, quod ego postea interleuero, non solum non teneor tibi contraria commodati actione, sed & tu mihi directa commodati actione teneberis, & furti, quoniam negari non potest quin meo codice aliter vsus sis, quam quo debuisti d. l. qui furtum 16. supr. de condit. furt. d. l. qui re 76. infr. de furt. quemadmodum, inquit Vlpianus ex Iuliano, qui equo vel vestimento aliter quam commodatum est, vitur, etiam furti tenetur l. qui iumenta 40. l. si pigore 54. §. 1. eod. Est autem hic locus notandus, vt probemus etiam vestimenta commodari posse. Etsi enim sunt ex earum rerum numero, quæ vsu consumuntur, quæ commodari posse idem Vlpianus noster negat in l. 3. §. vlt. supr. nisi ad pompam & ostentationem, non tamen consumuntur tam citò ac tam facile, vt in breuè tempus, & in breuè vsus commodati non possint. nam neque tam vsu consumuntur quam deteriora sunt, quomodo fierent etiam non vsu: ita eoque differunt à cæteris rebus quarum vsus nullus sine abusu esse potest, cuiusmodi sunt frumentum, vinum, oleum & alia his similia. Neque tamen consequens est, vt etiam precariò dati vestimenta possint, ob eam dissimilitudinis rationem, quam attulimus ad d. l. 3. §. vlt. supr. non possum tamen prætermittere suspecta mihi videri verba illa huius §. ibi chirographum esse scriptum, non enim certiorationem requirit Vlpianus ad excusandum me, vt non teneor tibi contraria actione commodati, quod interleuerim, sed potius ad excusandum te, ne directa commodati & furti actione mihi tenearis, quod in codice meo chirographum scribi feceris me ignorante. Deuisti ergo me certiorare, cum scripsisti in codice, non autem ibi scriptum fuisse postquam me ignorante scripsisti. Quod non fuit obseruatum ab imperito interprete qui ea verba addenda putauit ad interpretationem illorum præcedentium neque me certiorasti, quæ sic accipientia sunt scilicet cum scriberes.

¶ Vsq.

¶ Vsq. adeò autem diligentia in re commodata præstanda est, vt etiam in ea, quæ sequitur rem commodatam, præstari debeat. vt puta equam tibi commodauit, quam pullus comitabatur. etiam pulli te custodiam præstare debere, veteres responderunt.

Ad §. 9. Vsq. adeò autem.

RAT. DVB. Non alia de causa commodatarius diligentiam & quidem exactissimam præstare debet in re commodata, quam quia commodata est, idque ad solius commodatarij vtilitatem §. nunc videndum supr. leg. si seruum 61. §. circa commodatum infr. de furt. Atqui commodato seruo, non ideo vestis eius commodata videri potest, nec commodata equa pullus & equuleus, qui eam sequitur. Ergo nec vestimentorum serui, nec pulli custodiam præstare tenetur is qui non nisi ipsius serui, aut iumenti commodatarius est. DE C. Non est separanda res commodata ab eo quod rei commodatæ sequenda est, quia id actum inter contractantes intelligitur, vt quod ex re commodata vel precariò data natum est, in eadem causa habeatur leg. quamuis 10. infr. de precar. Idem que de vestibus serui commodati iuris est, nec enim nudus seruus commodatus fuit, quamuis vestes non sint commodatæ leg. cum qui 14. §. non solum 15. infr. de furt. sicut nec deposita, cum seruus depositus fuit leg. 1. §. qua depositis infr. de pos. Eandem igitur diligentiam præstare commodatarius debet in sequela rei commodatæ, quam in re commodata. Nam & regulæ est quod Accursius hic notat, vt

idem iuris sit in accessorio quod in principali est leg. cuiusque §. §. item fideiussori infr. de inst. action. leg. 1. §. si cista infr. de pos. leg. sed & ipsi 4. §. vltim. supr. Naut. caupon. stabul. Malè tamen Accursius in hanc rem citat §. si me rogaueris infr. Ibi enim ponit Vlpianus seruum cum lance commodatum, ergo & lancem cura seruo. Nos autem tractamus de ea re quæ non sit commodata, sed tantum sequela rei commodatæ. Malè item opponit quod scriptum est in dict. leg. 1. §. qua depositis infr. de pos. ea quæ depositis rebus accedunt non esse depolita. Nam nec dicimus ea quæ rebus commodatis accedunt, commodata esse, sed in iis eandem diligentiam, quam in re commodata præstari à commodatario debere. Quod in deposito non similiter tractari potest, quia non sicuti commodatarius, ita & depositarius custodiam vllam præstare debet, sed dolum duntaxat, nisi aliud conuenierit dict. leg. 1. §. si conuenit. In eo tamen simile est depositum commodato, quod quæ accedunt commodato, non magis possunt videri commodata, quam deposita illa, quæ rei depositæ accedunt, nec proinde actio commodati magis quam depositi ad ea separatum extenditur, nisi quod pertinet ad custodiam rei commodatæ præstandam.

10 ¶ Interdum planè dolum solum in re commodata, qui rogauit, præstabit: vt puta si quis ita conuenit: vel si sua duntaxat causa commodauit, sponsæ fortè suæ, vel vxori, quo honestiùs culta ad se deduceretur: vel si quis ludos edens prætor scenicis commodauit, vel ipsi prætori quis vltro commodauit.

Ad §. Interdum planè 10.

RAT. DVB. Differentia illa est inter commodatum & depositum, quod in deposito solus dolus præstatur, in commodato verò etiam culpa qualibet adeoque leuissima, quia in deposito sola deponentis vtilitas vertitur, in deposito autem solus depositarij §. nunc videndum supr. leg. si seruum 61. §. circa commodatum infr. de furt. leg. contractus 23. de regul. iur. Ergo non potest reipi in commodato, quod in deposito, vt dolus præstetur solus: sicut enim diuersi contractus sunt, & diuersæ naturæ, ita diuersas habere debent præstationes. DE C. Vbi eadem ratio est, ibi ius idem esse debet leg. illud 32. ad leg. Aquil. Atque ratio propter quam in deposito solus dolus præstatur, non alia est, quam quia depositum sit gratia solius deponentis. Ergo & in commodato idem dicendum est, si quando fiat gratia solius commodantis. Quod etsi rarè, interdum tamen potest contingere, vt in exemplis quæ hic Vlpianus adfert, si quis fortè sponsæ suæ vel vxori commodauerit, quod honestiùs culta ad se deduceretur. Vel si quis Prætor ludos edens (sic enim legendum est, non vt inepè apud Accursium ludo edens) scenicis commodauit, vel si quis Prætori

ipsi commodauerit. Ergo si commodatum, nec solus commodantis, nec solus commodatarij, sed vtriusque gratia factum sit, media via erit sequenda, vt neque dolum solum præstare commodatarius debeat, neque diligentiam exactissimam, sed culpam leuem, multo magis latam ex regula dict. §. nunc videndum supr. lunct. leg. cum qui 10. §. 1. & leg. in rebus 18. in princip. infr. Alius casus est, si conuenierit, vt in commodato solus dolus præstetur. Valet enim conuentio, & dat legem contractui, sicut è contrario valet conuentio in deposito, vt depositarius etiam culpam præstet leg. 1. §. si conuenit infr. de pos. Excipitur tamen contractus dotalis, in quo non potest conuenire maritus, vt dolum solum præstet. Idque propter vtilitatem nubentium, vt idem Vlpianus noster ex Pomponio scribit in leg. Pomponius 6. infr. de pact. dotal. id est quia per eiusmodi pactiōnem fieret deterior condicio dotis ex culpa mariti, quod ferendum non quamuis de periculo citra culpam contingente, quod alioquin esset mariti conuenire possit, vt periculum ad mulierem non ad maritum spectet, quemadmodum in eadem lege scriptum est. Periculi enim appellatiōne significatur casus fortuitus, non culpa §. & si forte, vbi diximus supr.

¶ Nunc videndum, in quibus speciebus commodati actio locum ha-

beat. & est apud veteres de huiusmodi speciebus dubitatum. Rem tibi dedi, ut creditori tuo pignori dares. dedisti. non repignoras, ut mihi reddas. Labeo ait, commodati actionem locum habere. quod ego puto verum esse, nisi merces interuenit: tunc enim vel in factum, vel ex locato & conducto agendum erit. Planè, si ego pro te rem pignori dederò tua voluntate, mandati erit actio.

Ad §. II. Nunc videndum.

R A T. D V D. Reliæ pignus non valet. *Titul. Cod. si res alien. pignor. dat. sit leg. & qua nondum 15. §. quod dicitur infr. de pignor.* Atqui ex commodato nec dominium transfertur, nec possessio in commodatarium leg. rei commodata 8. & seq. *infr. hoc titulo.* Ergo non potest locus esse quæstioni quæ proponitur in hoc §. de re commodata, quam commodatarius pignori dedit. **D E C.** Etiam res aliena pignori dari potest, dummodò detur domino consentiente leg. 1. ultim. & pass. *dict. Tit. Cod. si res alien. pignor. dat. sit leg. aliena 20. infr. hoc titulo.* Atqui ponitur in hac specie dominum consensisse, & rem suam tibi commodasse, ut eam creditori tuo pignori dares. Pignus ergo valet, alioqui non modo pignus non valeret, sed etiam tu furti tenereris, si rem tibi commodatam in scio domino pignori dedisses, quia in aliam rem usus esses, quam in quem usum tibi fuit commodata §. *quinimo*, ubi diximus *supr.* Igitur si rem meam tibi commodauerim, ut eam creditori tuo pignori dares, & dederis, nec tamen eam luas, & repignores ut mihi reddas, **Vlpianus** probat Labeonis sententiam existimantis Commodari actionem mihi contra te hoc nomine dandam esse, quod & scriptum est in *leg. penult. Cod. eod.* **R A T. D V B.** Est, quia tu eam dedisti pignori mea voluntate: Non possum ergo reculare quominus obligata maneat, nec enim ideò videri potes in dolo aut in culpa esse, quòd eam non repignores, cum pecuniæ numeratio quæ ad luitionem necessaria est, non semper sit in expedito *leg. si dubiter 10. in princip. infr. de fideiuss.* Commodatarius autem non tenetur nisi de dolo & culpa, ut diximus in præcedentibus. Sed quæritur illa est, quòd non sit domini pignus luere, sed debitoris qui pignus dedit, & qui pecuniam debet, pro qua pignus datum est. Satis enim commodatario est, quod ex re aliena & commodata fructum illum volente domino perceperit, ut rem pignori dederit. Fructus enim rei est vel pignori dare licere *leg. ultim. infr. de usur.* Et cum rem meam tibi commodaui, ut eam pignori dares, sicuti hoc ipso te obligasti ad eius restitutionem, ita & ad pignoris luitionem, sine qua fieri nequit, ut rem auferas creditori, nec proinde ut eam non repignoratam mihi restituas. An ergo statim contra te potero agere commodati? Accursius negat posse me agere, nisi posteaquam res mea diu steterit pignorata, exemplo eius quod de fideiussore scriptum est in *leg. Lucius 38. §. 1. infr. mandat. & in leg. si pro ea contra quam 10. Cod. mandat.* Proximè enim accedit hæc species ad sequentem, in qua mandati agendum est, non commodati. Mallet distinguere cum eodem Accursio ad *leg. penult. Cod. hoc titulo.* an luitio sit facilis, necne: nam si facilis est, bona fides non patitur, ut longior fiat mora commodanti, si verò difficilis sit, non est utique præcipitandum commodatarius ad luitionem, ne beneficium, quod in eum collatum est, trahatur ad ipsius iniuriam & in-

commodum *leg. in commodato 17. §. sicut infr. hoc titulo.* Non tamen video, quis huic quæstioni locus esse possit, si verum est, ut est, quod **Paulus** ait in *dict. leg. in commodato §. 1.* commodatum ita fieri debere, ut in certos usus certumque tempus constituitur, ante quod intemptuè reuocari non possit, in quo maximè differt à precario, quod quandoquaque ad nutum concedentis reuocari potest *leg. 1. 2. & pass. infr. de precar.* Consequens enim est, ut eum tibi rem meam commodauit ad hoc, ut eam creditori tuo pignori dares, deberim audire tempus commodato intra quod tempus eam rem mihi restituere. Quo facto nullus dubitationi superesset locus, quin eo tempore præterito possem agere commodati siue pignus luere, aut luere possem, siue non, quia non datur actio Commodati, ut luas, sed ut quia non restituis mihi rem commodatam, condemnaris eo nomine quanti mea interest, ut taceam difficultatem explicandæ pecuniæ non posse commodatarium excusare à mora, quia recedit ab impedimento naturali, respicitque duntaxat ad facultatem & incommodum personæ, ut eleganter scriptum est in *l. continuus 137. §. illud infr. de verb. oblig.* Sanè si cum rem meam commodarem tibi, ut eam pignori dares, nullum tempus ei restituendæ præscriberim, magis est, ut arbitrio iudicis certum tempus præstituat ex qualitate personarum, & quæritate debiti æstimandum, intra quod si res non restituatur, commodatarius condemnatur. Nam in bonæ fidei iudiciis, cuiusmodi est iudicium commodati, multa arbitrio iudicis committuntur, quæ alioquid certam iuris regulam aut rationem ex verbis contractus nullam habent *leg. 3. §. heres in fin. supr. leg. 1. in princip. infr. de usur. l. quia tantundem 7. supr. de negot. gest.* Quamquam videtur **Vlpianus** nosse in sequentibus aliud quiddam sentire, cum ait, abesse culpam à te videri siue iam solueris pecuniam, siue soluere sis paratus, ut significet à contrario sensu, si neque iam solueris, neque soluere sis paratus, quæ alioquid non abesse: distinctione non adhibita au luendi pignoris facultatem habeas necne, nam nec debeas rem meam in commodatum accipere, ut eam pignori dares, si præuidebas difficilem tibi quoad fore pignoris luitionem. Itaque omni casu in culpa es si neque luas, neque luere sis paratus: Culpa autem vel minima sufficit ad inducendam actionem commodati, nec sanè diligentissimi patrisfamilias est, rem aliquam siue suam siue alienam pignori dare, quam luere postea non possit. Necessè enim est sequi vel distractionem pignoris, vel domini impetrationem.

a Nisi merces interuenierit. **R A T. D V B.** Etiam in commodato, ut & in deposito potest interuenire merces, saluo contractu saluæque actione commodati & depositi §. *nunc videndum 2. supr. leg. 1. §. si quis seruum infr. deposit.* Ergo inepta hæc exceptio est. **D E C.** Variis modis potest accidere, ut merces in commodato vel deposito interueniat, aut propriè quatenus consistit in pecunia numerata, & tunc degenerat commodatum, vel depositum in loca-

tionem

tionem & conductionem, aut improprie quatenus consistit in alia re quæ sit loco mercedis, & eo casu generetur contractus innominatus, ex quo non nisi in factum actio nasci potest. Aut denique magis proprie in alia re, quæ nec merces sit, nec loco mercedis, puta si serui commodati vel depositi cibaria præstentur commodatario vel depositario, ut in *d. §. si quis seruum*, ubi hæc distinctio aperte ponitur in deposito, quæ & perinde locum habet in commodato. In proposta autem specie ponendum est, interuenisse mercedem altero ex duobus prioribus modis, non tertio: & ideo aut locati actionem competere, aut in factum & præscriptis verbis non commodati. Iunge quæ scripsi ad *d. §. nunc videndum, vers. nisi forte & merces accessit.*

b Planè si ego pro te. **R A T. D V B.** Cum ego rem meam pro te do pignori, videor eam tibi commodare. Quid enim referre potest, an eam dem pro te pignori, an tibi commodem ut des pignori? Ergo & hoc in casu quemadmodum in superiore danda mihi est contra te actio commodati, non mandati. **D E C.** Non potest locum habere actio commodati, ubi nullum est commodatum, sicuti neque actio mandati si mandatum nullum interuenit *leg. ex mandato 20. §. 1. infr. mandat.* Actiones enim nominatæ non sicut à contractibus nominatis habere nomen possunt. Contractus autem omnes æstimandi sunt ex modo & forma ineundi *l. si procuratorem §. in princip. eod. tit. l. 1. §. si seruus 30. infr. deposit. l. non tantum*

12 ¶ Idem Labeo rectè dicit, si à me culpa absit repignerandi, creditor autem nolit reddere pignus, competere tibi ad hoc duntaxat commodati, ut tibi actionem aduersus eum præstem. Abesse autem culpa à me videtur, siue iam solui pecuniam, siue soluere sum paratus. Sumptum planè litis, cæteraque, æquum est, eum agnoscere, qui commodatum accepit.

Ad §. 12. Idem Labeo.

R A T. D V B. Commodatarius non tenetur præstare, nisi dolum & culpam §. 2. *supr.* Ergo si ab eo absit omnis culpa etiam leuissima, non potest contra eum commodati actio dari. Atqui abest ab eo omnis culpa, siue iam soluerit creditori suo, cui rem commodatam pignori dedit, siue soluere sit paratus, ut sequitur in hoc §. Ergo nulla contra eum commodati actio dari potest, ne quidem ad hoc ut commodatori præstet actionem pignoratitiam, quam habet aduersus creditorem nolentem accipere solutionem & pignus reddere *l. item liberatur 6. §. 1. infr. quib. mod. pign. vel hypoth. soluit. leg. si rem alienam 9. §. ult. infr. tit. prox.* **D E C.** Non debet commodatarius ex beneficio commodatis frui locupletior, cum ipsius commodantis iactura vulg. *l. nam hoc natura 14. supr. de condi. indeb. l. iura natura 206. de regul. iur.* Fit enim commodatum ad hoc, ut ex eo commodatarius beneficium accipiat, non etiam ut acquirat sibi contra alium actionem. Atqui sit locupletior is, cui non aduersus aliquem actio queritur *l. si quid possessor 31. in princip. supr. de hered. petit.* Ergo æquum est, commodatarium qui rem commodatam pignori dedit, tum quoque cum ab eo culpa omnis absit, id est cum repignorato voluit, creditor autem pignus reddere recusat, commodati actione nihilominus teneri, ad hoc saltem ut actionem pignoratitiam quam contra suum creditorem habet, commodatori præstet. Idque ex iuris regula, quæ habet, quo-

12. de SC. Maced. Atqui in proposta specie commodatum nullum intercessit, sed mandatum potius tum cum voluntate tua rem meam pro te pignori dederim. Nam si is qui sciens patitur quid fieri, hoc ipso mandare videtur *leg. qui patitur 18. mandat.* multo magis ille, cuius expressa voluntate facit alius id quod alioqui facturus non esset. Est enim mandatum ex eo genere contractuum, qui nudo consensu perficiuntur, ac proinde nuda etiam voluntate *l. 1. eod.* Ergo cum pro te rem meam pignori dedi tua voluntate, perinde est, ac si mandasset mihi, ut eam pro te darem pignori. Et consequenter mandati actio mihi contra te est, non commodati, nec est quod cum Accursio præsentiam tuam hac in re exigamus, quasi alioqui futuram sit ut mandati actio dari non debeat, sed negotiorum gestorum *d. l. ex mandato §. 1.* Præsentiam enim ideò exigimus, ut de tacita voluntate, tacitòque mandato constare possit, non etiam cum de voluntate expressa constat, quamuis mandatum non sit expressum. Neque actio negotiorum gestorum datur unquam contra eum, qui negotia sua ab alio gori sciuit, & voluit, sed contra eum duntaxat qui ignorauit *leg. 2. supr. de negot. gest.* Alioqui actio mandati cum actione negotiorum gestorum contra eandem personam concurreret, quod fieri nunquam potest, cum actio mandati sit ex contractu, negotiorum autem gestorum ex quasi contractu, cui locus nullus esse debet cum ex contractu agi potest.

ties quis alicui tenetur ob id solum quòd contra aliud habeat actionem, liberari eum cedendo actione, & actionis delegationem pro iusta præstatione esse, ut loquitur **Papinianus** in *l. quod debetur 51. infr. de pecul. l. cum in plures 60. §. vestimento infr. locat. l. eleganter 24. §. si vendiderit infr. tit. prox. d. l. si quid possessor.* Cui enim non æquum videatur, id saltem præstare commodatarium, quod sine dispendio ipsius commodatarij futurum sit? *leg. in creditore 38. in fin. infr. de iust. tit. prox.* domino rerum pignoratitiam propriam actionem aduersus suum creditorem, qui alij creditor eas pignori dederat, competere, nõ ad cedendas actiones, sed ad hoc ut à pignoris nexu liberatæ res tradantur. Non enim ibi erat sine culpa creditor, qui eas res pignori dederat, cum neque soluisset pecuniam, neque soluere paratus esset creditori, cui eas pignori dederat: mirum igitur non est, teneri illum propria actione, id est commodati, ut puto, ex hoc §. nec liberari eum cessione actionis, quod malè **Azo** credit, sed teneri ad id omne quod ex ea causa inter est domini, cum sit ipse in culpa. Itaque conuenit illa lex cum hoc §.

a Abesse autem culpa à me videtur. **R A T. D V B.** Pecunia numerata non semper est in expedito *l. si dubiter 10. in princ. infr. de fideiuss.* Ergo potest abesse culpa à commodatario, etiam si neque soluerit, neque soluere sit paratus, dummodò pecuniam in præpium non habeat, nec facile possit inuenire creditorem *arg. l. sciendum*

21. *infr. de usufr.* De c. Commodatarius tenetur præstare diligentiam exactissimam, ut diximus ad §. *nunc videndum* *supr.* & nisi præstet, in culpa est, cum solus commodatarij gratia hinc contractus fiat. Atqui non præstat diligentiam exactissimam, si neque soluat, neque solvere paratus sit, ut rem commodatam à se datam pignori repignoret. Cum difficultas cõquirendæ, & explicandæ pecuniæ recedat ab impedimento naturali, & ad facultatem in cõmodatam perforæ respiciat *L. continuus 137. §. illud infr. de verb. oblig.* Ergo in culpa est, si neque soluit, neque solvere paratus est, si verò vel soluit, vel solvere paratus est, extra culpam est, nec proinde ad aliud tenetur, quàm ut quas habet contra suum creditorem præstet actiones, ut proximè diximus. Qui enim paratus est solvere pro eo habendus est, ac si soluisset, & pignus hoc ipso liberatū intelligitur sine in iudicio sine extra iudicium oblatio facta sit *L. si rem 9. §. ult. infr. tit. Ut scilicet possit exinde agere pignoratitia, non tamen ut sit liberatus citra obligacionem. Iunge quæ scripti ad §. proximè præcedentem.*

b *Sumptum planè litis.* RAT. DVB. Cessio actionum fieri solet & debet eo æquitatis colore, quod æquum sit creditorem id saltem præstare, quod sine ipsius dispendio futurum est *L. in creditore 38. in fin. infr. de euit.* Ergo cum commodatarius in ea specie, quã non tractamus liberetur cedendo & præstando actione, quam contra creditorem suum pignoratitiū habet, non est cogendus sumptum litis, ceteræque agnoscere litis, & actionis incõmoda. DE C. Factum cuius suum nocere debet non alteri *L. factum 155. de regul. iur.* Atqui ponimus rem cõmodatam fuisse datam pignori ab ipso cõmodatario, non à commodatore, quãuis ex commodatoris voluntate, voluntas enim illa eo tantum pertinet, ut nexu pigno-

13 ¶ Si me rogaueris, ut seruum tibi cum lance commodarem, & seruus lancem perdiderit: Cartilius ait, periculum ad te respicere: nam & lancem videri commodatam, quare culpam in eam quoque præstandam, planè si seruus cum ea fugerit, eum, qui commodatum accepisset, non teneri: nisi fugæ præstitit culpam.

Ad §. 13. Si me rogaueris.

RAT. DVB. Factum & culpam serui tui æquus est tibi nocere, quàm mihi, cum sis dominus, & nihil mihi possit imputari, nisi illud fortè quod seruum tuum à te in commodatum accepit, quod tamen esset ridiculum dicere, quia si te rogauit, ut mihi commodes, potuisti tu beneficium reculare, quod concessum fraudi & damno esse mihi non debet. Ergo etiam si te rogauerim, ut seruum tuum mihi cum lance commodes, si tamen seruum tuus lancem perdiderit, periculum ad te non ad me respicere debebit. DE C. Qui rogat seruum cum lance sibi commodari, etiam lancem non minùs quàm seruum in commodatum accipit. Quid enim refert an seruum cum lance, an seruum & lancem sibi commodari quis rogauerit? *leg. Titia retores 36. §. nihil distat leg. si quis inquilinos 112. §. si ita legatum de legat. 1.* Ergo in lance commodata culpam & diligentiam præstare debet, non minùs quàm in seruo ac proinde ita lancem custodire, ut seruus eam perdere culpam suam non poterit: cum etiam in cõmodata, quæ tamen rei cõmodatæ

ris res cõmodata oblitriungi possit, non autè ut commodator ipse res suam pignori deesse videatur. Ergo si quos sumptus litis fieri necesse sit, ut necesse est, in exercenda actione pignoratitia quam commodatarius cõmodatori præstiterit, eos cõmodatarius agnoscere æquum est, ut que modum actionem, ita & factum suum præstet *arg. l. per. infr. tit. proxi. de suo 9. infr. mandat.* Nam neque ob hoc solum tenetur cõmodatarius in hac specie præstare actione, quod eam habeat ut in *d. l. in creditore & l. quod debetur 51. infr. de pecul.* sed quia factio suo rei cõmodatæ possessio-nem cõmodatori subtraxerit, dando eam pignori pro suo debito suo creditori. Sic de quiddam est in *L. nam & Seruus 21. §. ult. supr. de negot. gest.* Esset autem iniquissimum cõmodatorem ex tuo beneficio incommodum illud reportare, ut alienam litem tuo sumptu ac periculo exercere ac persequi cogereatur, neque verò bona fides hoc patitur cuius precipua ratio habenda est in cõtractibus bonæ fidei, qualis est contractus cõmodati. Itaque non possum probare, quod quidam notant, aliud esse in cõtractu depositi, cum æquè sit ille bonæ fidei. Nam quod scriptum est in *L. si in Asia 12. §. 1. infr. de pos. audendum esse eum quæ deposuit, si depositum alibi factum Romam perferri velit, dummodo suis sumptibus, suoque periculo, ad eum casum non pertinet, in quo res deposita in aliu locum translata sit factio depositarij, & ex ipsius contractu in alienas manus peruenit, à quibus postea sine actione auelli non possit, ut in specie huius §. Est igitur hoc ius cõmune in omnibus bonæ fidei iudiciis, ut scriptum est in *dist. leg. si in Asia §. 1. ubi additur, in actione quoque ad exhibendum idem iuris esse, quamuis non sit alia bonæ fidei sed arbitraria: Quod & idem Vlpianus noster scribit in leg. sed est 11. §. 1. supr. ad exhib.**

sequela & accessio sit, idem iuris obtineat §. *vsque adeo supr.*

a *Planè si seruum cum ea fugerit.* RAT. DVB. Etiam si commodatarius fugæ serui causam non præstiterit, non tamen caret culpa, qui in custodienda lance diligentiam exactissimam præstare debuit. Poterat autem ita custodire, ut non esset in potestate serui etiam fugientis lancem subripere aut perdere. Ergo etiam si fugæ culpam non præstiterit, perinde tamen pro lance cõmodati actione teneri debet. DE C. Qui seruum cum lance commodauit, utrumque non separatim, sed coniunctim commodasse intelligitur, nec proinde imputare commodatario potest, cur lancem apud seruum reliquerit. Ergo si commodatarius fugæ serui culpam non præstiterit, nihil est quod imputari ei possit, etiam si seruus cum lance fugerit, quemadmodum è contrario si fugæ culpam præstiterit, etiam in lance culpam præstitisse credendus est, quamuis non idèd seruo lancis custodiam commississe videatur, ut Bart. ad §. *sequ.* scribit. Igitur aliud esset si dominus seruum & lancem separatim, diuersisque contractibus, & temporibus commodasset.

14 ¶ Si de

14 ¶ Si de me petisses, ut triclinium tibi sternerem, & argentum ad ministerium præberem, & fecero: deinde petisses, ut idem sequenti die facerem, & cum commodè argentum domum referre non possem, ibi hoc reliquero, & perierit: qua actione agi posset, & cuius esset periculum? Labeo de periculo scripsit, multum interesse, custodem posui, an non. si posui: ad me periculum spectare. si minùs, ad eum, penes quem relictum est. ego puto, commodati quidem agendum: verum custodiam eum præstare debere, penes quem res relictæ sunt: nisi aliud nominatim conuenit.

Ad §. 14. Si de me petisses.

RAT. DVB. Qui posuit custodem, hoc ipso videtur onus & periculum custodiæ sibi imposuisse, & commodatarium, ad quem alioqui custodia pertinebat, ab eo periculo liberasse *arg. l. si soluturus 39. in fin. de solut. l. quarundam 49. infr. de acquir. poss. l. vltim. vers. est quidem C. de pact. conuent. tam supr. dor.* ex qua lege nostri probare solent expressam prouisionem hominis facere, ut cesset tacita prouisio legis. Qui verò custodem non posuit, reliquit onus custodiæ & periculi in dispositione iuris communis: ergo in proposita specie si à me petieris ut triclinium tibi sternerem, & argentum id est suppellectilem argentam ad triclinij ministerium præberem, id est, ut benè Accursius explicat, commodarem, & ego fecero, deinde petieris ut idem sequenti quoque die facerem, & cum commodè argentum referre domum non possem, ibi id reliquero, & perierit, si quaratur cuius sit periculum, bona est distinctio Labeonis, ut si peruenim custodiam, ad me periculum pertinet: si minùs ad commodatarium penes quem argentum relictum est. DE C. Multum interest an custos apponatur ab initio an ex postfacto: si ab initio, custodia onus & consequenter periculum in se recipit qui custodem apponit *d. l. si soluturus & d. l. quarundam l. si ego 9. §. vlt. infr. de iur. dor. l. dominus horreorum 55. infr. locat. l. vlt. §. 1. supr. nau. caupon. stabul.* Sed si ex postfacto, non item. Non enim tam facile est alicui exonerare se custodia, qua iam est oneratus, quàm si nondum ea oneratus sit, sicuti facilius cuique est, non incidere in obligationem quàm ubi incidit, ab ea se liberare. Quid enim verat custodem adici custodiæ, quam alius præstare debet, ut res tanto melius & certius custodiatur? Nempe si res cui custos datur, penes eum relinquitur, qui custodiam præstare iam antè debuerat: alioqui si ab eo auferatur, ut soli committatur custodi, nullam exinde custodiam præstare debet, qui antè debuerat, quasi re iam reddita, ut non insubtiliter Bartolus

15 ¶ Si duobus vehiculum commodatum sit, vel locatum simul: Celsus filius scripsit libro sexto digestorum, quæri posse, utrum vnusquisque eorum in solidum, an pro parte teneatur? & ait, duorum quidem in solidum dominium, vel possessionem esse non posse, nec quemquam partis corporis dominum esse: sed totius corporis pro indiuiso pro parte dominium habere. vsum autem balnei quidem, vel porticus, vel campi vnus cuiusque in solidum esse. neque enim minùs me vti, quod & alius vteretur, verum in vehiculo commodato vel locato, pro parte quidem effectu me vsum habere, quia non omnia loca vehiculi teneam: sed esse verius ait, & dolum, & culpam, & diligentiam, & custodiã in totum me præstare debere: quare duo quodammodo rei habebuntur. & si alter conuentus præstiterit, liberabit alterum, & ambobus competet furti actio.

Tom. III.

FFF

ad huc §. distinguit ex *Leum qui 10. §. vlt. & l. si mei 12. in princ. infr. hoc tit. iunct. l. 3. §. si reddita supr.* Exemplum est accommodatum quod idem Bart. adfert, si quis familiam suam miserit ad custodiendos carceres. Non enim idcirco Cõmentariensis liberatur, quominus custodiam carcerum æquè ac antè præstare teneatur. Aliud est si commodatus sit seruus cui re aliqua, ut in specie §. *præcedentis.* Non enim idèd videri potest seruus custos datus rei, cum ipso commodata: idèdque seruanda sunt ea quæ diximus ad §. *superiorem.* Planè in dubio non est credendus is qui custodem apposuit id egisse, ut eum qui alioqui custodiam præstare debuerat, ab ea custodia liberaret, ut & idem Bartolus concludit ex *L. pen. supr. vsq. quem adm. caueat* Ex his intelligitur verum esse quod Azo contra Ioannem sentit reprehendi ab Vlpiano distinctionem Labeonis circa periculum rei commodatæ, de quo solo dubitari poterat. Et si enim duplex quæstio proposita fuerat: Prima de actione quæ in hac specie competere possit, secundæ de periculo rei commodatæ: attamen quod ad primam attinet, non magis Labeo quàm Vlpianus dubitauit commodati actionem competere: fuerat enim argentum relictum ad vsum triclinij, non locatum, cum nulla merces interuenisset sed quod ad periculum tantummodò spectat, dissentit Vlpianus à Labeone, concludens indistinctè argenti commodati periculum siue custos à commodatore ex postfacto positus sit, dum ne ab initio, siue positus non sit, ad commodatarium pertinere, apud quem res argenteæ commodatæ remanserunt. Quasi positio custode, ut vtriusque diligentia melius res custodiantur, non autem ut commodatarij diligentia cum custodis cura & diligentia commutaretur. Neque verò quod ad augendam custodiæ securitatem factam est, ut commodator prodesset, eidem nocere debet ad minuendam commodatarij obligationem *L. legata inutiliter 14. de adim. legat.* Alia sanè quæstio est de periculo, alia de custodia rei *L. si rem 18. in princ. alias l. si gratuitam 17. §. Papinianus infr. de prescript. verb.*

Ad §. vlt. Si duobus vehiculum.

RAT. DVB. Cùm duobus vehiculum commodatum, aut locatum est simul, id est eodem contractu, vel dominium rei consideramus, vel possessionem, vel vsum rei commodatæ: si dominium vel possessionem, certum est neque dominium, neque possessionem eiusdem rei posse penes plures esse in solidum: non possessionem, quæ facti & corporis est, non magis, quàm vt in quo loco ego sto, tu stare possis l. 1. ex contrario infr. de acquir. poss. l. duo in solidum 19. inf. de precar. Id enim fieri non potest citra penetrationem dimensionum, quam impossibilem esse aiunt & consentiunt philosophi. Ergo nec dominium, quoniam dominia ceperunt à naturali possessione l. 1. de acquir. poss. Quamquam cùm de commodato tractatur, frustra est de dominio aut possessione querere, cùm rei commodatæ neque dominium neque possessio in commodatarij transferatur l. rei commodatæ 8. & seq. infr. hoc tit. Si verò vsum inspiciamus rei commodatæ, qui vsum proculdubio transferatur in commodatarium, cùm non possit fieri commodatum nisi in certum vsum, certumque tempus, constat non eo minus quidem vt quem re commodata, quòd eadem re etiam alius utatur, vt dici solet de vso balnei, vel porticus vel campi sed tamen in effectu vnumquemque ex commodatariis. non nisi pro parte vsum vehiculi habere, quandoquidem nec omnia vehiculi loca occupat. Ergo non potest eorum vnusquisque in solidum teneri actione Commodati, sed pro parte duntaxat, nec proinde possunt videri duo esse rei debendi. Tam enim sunt duo rei debendi cùm singuli in solidum obligantur, & omnibus par & vna est obligatio l. 1. & pass. infr. De duob. reis. Consequenter dicendum est, neque culpam neque diligentiam prestare in solidum à singulis debere. Prius enim est vt quis sit commodatarius in solidum, quàm vt culpam & diligentiam in re commodata prestare in solidum debeat. In eoque errauit sanè Bartolus, distinguens obligationem primitiuam, vt vocat, quæ ad rei commodatæ restitutionem pertinet, ab obligatione secundaria, quæ contrahitur ratione doli, vel culpæ; existimans Vlpiani & Celsi in hoc §. sensum illum esse, vt in obligatione primitiuâ quilibet ex commodatariis teneatur pro parte tantum, quia in solidum ad eos peruenire non potest: in obligatione verò secundaria quilibet teneatur in solidum, quia pro parte delinqui non potest. Verius enim est, quod vult Accursius, Commodatarios plures teneri singulos in solidum actione Commodati, & ad rem restituendam & ad culpam atque diligentiam præstandam: quamuis si res commodata non restituatur, æstimatio condemnationis, quam in pecunia numerata fieri necesse est, inter eos pro partibus virilibus diuidatur: quomodo in pluribus depositariis scriptum est in l. si duo 22. in fi. vbi Marcellus dicit scribit, sicut in solidum quisque ex depositariis dolo facit, ita nisi pro solido rem non posse restitui, & nisi integræ rei restitutione eum cum quo actum est, liberari non posse. Nec quod ad singulos commodatarios res commodata peruenire in solidum non possit, quod Bartolus obiicit, ad rem facit. Nam imò verò potest peruenire ad vnumquemque in solidum, quantum ad vsum, licet non quantum ad dominium, & possessionem. Hoc verò sufficit, cùm, vt diximus in commodato, neque dominij transferatur neque possessio, sed tantum

vsum, qui tercia quandam specie constituit, vt notat Accursius, à dominio & possessione differentem. Ergo decidendi ratio est, quia etiam ex commodato & deposito, & locato, vt ex aliis ferè omnibus contractibus sicuti duo rei debendi constitui possunt d. l. si duo l. eandem 9. infr. De duob. reis. Item queritur 13. §. duo rei infr. Locat. ita & quasi correi. Nec tantum si hoc nominatum actum sit, vt malè requirit Accursius [idem tantum obtinet in iis qui per stipulationem aut aliter correi debendi verè sunt] sed etiam id actum non sit vt correi fierent, quia ex natura negotij satis id agi intelligitur, vt sint quasi correi, cùm rei restitutio fieri pro parte non possit, vt diximus. Atqui obligatio correi debendi eius conditionis est, vt singulos in solidum teneat, p. becatque contra singulos actionem in solidum. Facendum igitur est commodati & locati, actionem in solidum cõpetere aduersus vnumquemque eorum, qui vehiculum commodato acceperunt aut conduxerunt, id eòque si quis eorum dolum aut culpam cõtraxerit, teneri eum in solidum debere, non tam quòd pro parte delinqui non possit, vt vult Bartolus, et si hoc quod verum est dicit. l. si duo Deposit. Quam quia restituendi obligatio cùm tota facti sit, indiuidua est, vt eadem lex probat, & l. 1. §. si apud duos eod. tit. Scilicet cùm nondiuisum commodatum, nec diuisa locatio fuerit, sed pluribus simul & coniunctim facta vt in l. si diuisa 13. C. de locat. ne possit dubitari quin commodator vel locator omnium fidem simul securus sit, & singulorum intuitus personam, vt Marcellus loquitur in l. cum apparebit infr. eod. tit. locat. Quod quemadmodum non est præsumendum quoties id quod à pluribus præstandum est, diuisionem recipit, vt precium, quod à pluribus emptori ius debetur, aut merces quæ à pluribus conductoribus [quod vtrumque consistit in pecunia numerata] nisi de eo appareat, vt scriptum est in d. l. cum apparebit. Ita cùm de restitutione agitur, quæ semper indiuidua est, & quidem rei indiuiduæ, cuiusmodi est vehiculum, non relinquatur locus quæstioni voluntatis an id actum sit, vt duo fierent correi debendi, qui nec nisi in solidum obligari poterunt l. stipulationes non diuiduntur 72. l. in executione 85. in fi. l. 4. §. Cato de verb. oblig. & in hoc rursus errauit Bartolus, benè verò sentit Accursius. Nec me mouet argumentum quo Bartolus utitur ex l. 3. §. heres supr. cùm ait, obligationem ad rem commodatam restituendam diuidi inter plures commodatarij heredes pro hereditariis portionibus, quasi eadem iuris ratio faciat, vt æquè diuidi debeat inter plures commodatarios. Esto enim, quod vult Bartolus, vt idem iuris esse debeat in pluribus commodatariis, quod in pluribus vnus commodatarij hereditibus [quamquam nec admitti hoc potest, cùm plures commodatarij possint esse, & sint correi debendi, & sint semper quasi correi non etiam plures vnus commodatarij heredes, quia lex sola 12. tabul. facit eos debitores non propria conuentio] Attamen in hoc etiam errat Bartolus, quod putat, Commodati, aut locati actionem ad hoc dari, vt res commodata vel locata restituatur. Quod certè non ita est. Datur enim ad id quod interest commodatoris, aut locatoris, si non ante acceptum iudicium, aut saltem ante condemnationem res commodata vel locata restituatur, & quidem cum omni eo quod actoris interest, si reus litem secum contestari passus sit, adeòque moram extra iudiciale ante litem contestatam contraxerit; quo nimirum tempore constat

constat id quod interest ex bonæ fidei iudiciis deberi, vt & vsum & fructus, cetera que si quæ alia sunt accessiones l. mora 32. §. in bonæ fidei l. videamus 38. §. antequam iudicet. l. 34. & seq. infr. de vsum. Hoc ergo dicimus, obligationem rei commodatæ restituendæ quæ plures commodatarios tenet, aut plures heredes vnus commodatarij, esse indiuiduam, quod ad ipsos atinet, & quod ad rem ipsam restituendam, quia non nisi in solidum restitui potest d. l. si duo, adeò vt nec quæstioni locus fieri possit, an aliquis eorum pro parte restituendo, pro parte liberetur, actionem verò, quæ commodatori contra eos competit ob non factam commodati restitutionem, & ad id quod interest, cuius æstimatio semper pecuniaria, & proinde diuidua est, diuidi in tot partes quot sunt personæ commodatariorum, aut heredum vnus commodatarij, nisi cùm vnus ex commodatariis aut ex heredibus totius rei restituendæ facultatem habet: quo casu dicimus arbitrio iudicis conuenire, vt in solidum eum condemnent, quasi cuius solius contumacia locum faciat condemnationi d. §. heres, neque de hoc actu dubitat, aut querit hoc loco Vlpianus, sed de eo tantum, an & dolum & culpam & diligentiam & custodiam in re commodata prestare in solidum singulis commodatarij debeant, vt etiam si alter tantum in dolo vel culpa vel negligentia fuerit, alter tamen æquè conueniri eo nomine possit, ac si dolum ipse aut culpam aut negligentiam admisisset, idem enim proprie est, obligatos esse illos in solidum, ex vnus scilicet siue dolo siue culpa sine negligentia alios quoque teneri, & quidem in solidum dicit. l. 1. §. si apud duos & d. l. si duo infr. deposit. Felicit Bartolus, vt & ceteros interpretes quod commodati obligationem ab actione commodati non distinguit: obligatio non nisi rei restituendæ est, sed actio non ad restitutionem rei datur, sed ad æstimationem eius quod interest, si res eorum data non restituitur: rursus obligatio rei commodatæ restituendæ nascitur ex ipso contractu qui traditione perficitur, non expectato dolo aut culpa commodatarij; sed actio non nascitur nisi ex dolo & culpa aliqua, saltem leuissima: quæ cessante, nulla certè commodati actio est, quæ exerceri possit. Itaque nihil aliud est querere vtrum commodatarij singuli actione commodati in solidum teneantur, quam hoc ipsum querere, an ob dolum, aut culpam vnus ex commodatariis, alius conueniri actione commodati possit. In eoque rursus errauit Bartolus, quod sicut obligationem commodati ab actione non distinguit, existimans vtramque ad rei commodatæ restitutionem pertinere, ita commodati actionem quam ille nouo & prudentibus iudicibus nomine secundariam vocat à custodia, & periculo rei commodatæ separauit, quasi alius commodati actione teneatur, quàm qui aut dolum aut minorem quàm debuit negligentiam in re seruanda præstitit, de illo si quidem loquimur, qui rem commodatam penes se non habeat, nec proinde ipsius restituendæ facultatem, & qui tamè actione commodati sola teneatur. Nam si rem habeat, nec velit eam restituere, cùm possit, quia dolo non caret factique furtum, exinde se obligat conditione furtiua, quomodo de depositario scriptum est in l. si quis inficiatus 13. §. 1. infr. deposit. At si rem sine dolo malo, vel æquè culpa amiserit, nulla actione tenetur, ne quidè commodati, & obligatio, qua prius tenebatur ad rei restitutionem, hoc ipso sit inefficax, cùm res citra dolum & culpam commodatarij amissa est, rati quæ nihil sit quod restitui possit aut debeat, vel cu-

Tom. III.

ius æstimatio iure eius quod interest, præstanda sit a Duorum quidem in solidum dominium esse non posse. RAT. DVB. Rectè dicimus eum fundum totum nostrum esse, & in solidum cuius nullam partem alius dicere possit ad se pertinere l. rectè dicimus 23. de verb. signific. Atqui potest fundus & alia res quælibet ita communis esse duorum, vt neuter possit in eo fundo vel in ea re partem vllam, quæ sua sit, demonstrare. Ergo potest eiusdem fundi aut alterius rei dominium ad plures in solidum pertinere.

DE C. Plures domini eiusdem rei dominium pro indiuiso habentes, iuris tantum intellectu non etiam diuisione corporis partes obtinent, inquit Papinianus in l. Manius 66. §. duorum de legat. 2. Nec quæquam eorum dominus est partis corporis, sed totius corporis pro indiuiso dominium: pro parte habet, vt eleganter ac subtiliter ex Celsi Vlpianus hinc loquitur. Ergo totum est plures eiusdem rei dominium in solidum esse non posse: quod & scriptum est in l. de hereditate, §. pater infr. de castrens. pecul. Ratio illa est, quia si supra ait vltimus, quod dominium rerum à naturali possessione ceperunt l. 1. §. de acquir. poss. Duo autem simul possidere non possunt, vt mox dicemus, non magis quàm fieri ilud potest, vt in quo loco ego sto tu stare videaris l. 3. ex contrario eod. tit. Ne alioqui danda sit & admittenda penetratio dimensionum. Nec rursus possit quis pro dubitandi ratione obiicere, posse plures in solidum vti balneo, vel porticu, vel campo Martio. Earum namque rerum, & si quæ aliæ sunt eiusdem generis, quæ sunt vniuersitatis, neque dominium habemus, neque possessionem sed vsum duntaxat: quem plurimum esse: vtique nihil prohibet, cùm non eo minus iis rebus vt quis possit, quod alius isdem utatur, quomodo & in vehiculo pluribus commodato contingit, vt scriptum est in hoc §. quando scilicet vehiculum ad d. patiosum est, & non omnia loca vehiculi occupentur: regulè alioqui pluribus simul & in solidum commodati vehiculum non possit: quo tamen etiam casu alia ratio est vehiculi, alia balnei, porticus, & campi Martij, vt Ioanes Iacobus notat ex hoc textu in vers. Verum in vehiculo. Denique non obstat superioribus quod nonnulli obiiciunt, posse pecuniam pluribus in solidum dari mutuum l. si non singuli 3. C. si cert. pecar. cùm tamen ex mutuo dominium transferatur. Id enim non ad ius acquirendi dominij pertinet, quasi singulis debitoribus in solidum acquiratur, sed ad causam contrahendæ obligationis, vt perinde singuli quasi correi in solidum obligentur, ac si singuli facti essent in solidum domini pecuniæ creditæ.

b Vel possessionem. RAT. DVB. Potest fieri vt duos eandem rem in solidum possideant, vnus iuste, alius iniuste l. 3. in pr. infr. Vti possidet vnus naturaliter, alius ciuilitate l. & habet 15. §. eum qui infr. de precar. l. 1. §. quod vulgo & seq. de vi & vi armat. l. naturaliter 12. in pr. l. possessio 49. in fi. l. pen. de acq. poss. Ergo non est absolute verum, quod hinc Vlpianus scribit eiusdem rei possessionem penes duos in solidum esse non posse.

DE C. Possessio siue à pedum positione, siue à sedibus dicta sit, æstimatur ex naturali cuiusque rei occupatione & adprehensione l. 1. eodem tit. Magis enim facti est, quàm iuris dicit. l. 1. §. si vir vxori eod. l. denique 19. supra ex quibus caus maior licet plurimum ex iure mutuetur dicit. leg. possessio in princip. & paragraph. prim. Atqui non potest fieri, vt in quo loco ego sto, tu quoque stes, aut in quo sedeo, tu sedeas, quoniam alioqui daretur penetratio

FFF 2

dimensionum, cum ego totum meum locum occupem, tu similiter tuum totum. Ergo fieri nequit ut duo in solidum rem eandem possideant. Ne quidem cum illa distinctione, ut possideat vnus iuste, alius iniuste, quoniam in causa possessionis non multum interest iuste quis possideat, an iniuste, ut contra Sabinum & Trebatium Labeo iam olim disputauit. Cuius sententiam Paulus refert, & probat in l. 3. §. ex contrario eod. tit. De acquir. poss. Ex quo loco euidenter apparet dissenisse in hac quaestione Iureconsultos veteres, nec minus Paulum cuius calex est ab Vlpiano in d. l. 3. in princip. uti possid. quamvis Iulianus, qui Sabinianus fuit, Sabinianam sententiam magis probabilem videatur in l. duo in solidum 19. in fr. De precar. vbi cum ait duos in solidum precario habere non magis posse quam duos in solidum vi aut clam possidere, propterea quod neque iustae neque iniustae possessiones duae concurrere possint, ostendit euidenter se non dubitare, quin possit iusta possessio vnus cum alterius iniusta possessione concurrere. Nec pugnat quod Vlpianus, qui aequè Sabinianus fuit, negat in hoc §. possessionem penes duos esse in solidum posse. Obseruandum enim est referri tantum Celsi sententiam, qui fuit Proculianus, quique ideo supradictam Sabinianam sententiam & distinctionem non admittit, aut si quis Vlpiani quoque sententiam hanc esse velit, accipere eam debet iuxta Sabinianam opinionem ac distinctionem. Quare nec illorum distinctio probanda est, qui naturalem quidem & corporalem possessionem fatentur penes duos esse non posse, sed civilem posse, civilem eam appellantes quae animo retinetur, non corpore. Et si enim verum est solo animo retineri possessionem, quamuis solo animo acquiri non possit, certum tamen est tandiu animo eam retineri quandiu ab alio non est corpore occupata, adeo ut sufficit posse forem suspicari, posse se repellere ab eo qui ingressus est possessionem corpore l. si id quod 25. §. vlt. in fr. l. clam possidere 6. §. qui ad uerandas De acquir. poss. Estque error non leuis magnorum interpretum existimantium civilem possessionem eam dici quae animo solo retinetur. Naturalis enim & corporalis illa est, quae corpore quaesita retinetur solo animo quandiu is, qui animo possidet, in ea causa est, ut naturalem & corporalem quoties nolet apprehendere ac nancisci possit. Caeterum civilis possessio ea dicenda est, quae non solo corpore consistit, sed etiam iure, ut loquitur l. nemo ambigit 10. C. eo. tit. vbi dicitur possessionis duplicem esse rationem, vnam, quae iure consistit, aliam quae corpore. Est igitur civilis ea demum quae iusta est, ut quae titulum habet & bonam fidem, quaeque sola prodest ad vtiuptionem. Naturalis vero quatenus civilis opponitur, ea tantum quae est iniusta, qualis est possessio furis, & praedonis. Nam cum possidere nihil aliud sit, quam sibi habere, & animo domini, ut Theophilus diffinit in Institutionibus, negari non potest quin fur & praedo verè possideant, quamuis iniuste cum animo domini reteneant. Vnde est quod etiam interdicta omnia habent, quae veris possessoribus dantur l. 1. §. vlt. & l. 2. in fr. uti possid. l. si alius 7. §. bellissimè. Quod vi aut clam l. 3. §. eum igitur De vi. & vi armat. Id enim est quod dici solet, etiam praedonem si spoliatus sit, restituendum esse aduersus praedonem cap. in literis Extr. De restit. spoliat. Non tamen potest civilis esse illorum possessio, cum sit iure improbata: ideoque naturalis

dicitur, quia civilis nec est, nec esse potest. Alio tamen sensu sunt qui naturaliter possidere dicuntur, qui proculdubio verè non possident, ac proinde nec iuste nec iniuste, quia sibi non habent, nec animo domini, ut colonus, emphyteuta, depositarius, commodatarius, fructuarius, & alij similes, qui in possessione esse verè dicuntur quam possidere, quod longè aliud, & diuersum est l. si quis ante 10. in fr. De acq. poss. l. 3. §. creditores Vti possid. l. cum legatorum 12. Quibus ex caus. in possid. ead. l. ceritè 6. §. & qui rogauit in fr. De precar. Et tamen dicuntur possidere naturaliter l. communis 7. §. neque colonis sup. Commun. diuid. l. 3. §. vlt. & l. 4. sup. Ad exhib. l. naturaliter 12. in princ. in fr. De acq. poss. Id est reuera, & facto ipso, quia incumbunt naturaliter possessioni d. l. 3. §. vlt. quomodo dicimus, naturaliter aperiri tabulas testamenti & naturaliter clausas esse in l. 3. §. aperire autem in fr. de sc. Silan. Et licet contrahentibus in emendo & vendendo naturaliter se decipere l. in causa 16. §. idem Pomponius sup. De minor. Itaque opponitur haec naturalis possessio, quae propriae possessioni non est, verè possessioni tamen naturali quam civilis, non quomodo naturalis vera & propria, soli civilis. Ex his intelligimus non magis civilem possessionem solam penes duos in solidum esse posse, quam naturalem solam siue propriam siue impropriam, quandoquidem civilis sola nulla est, id est quae non etiam naturalem comitè habeat, & quae non inceperit a naturali & corporali. Nulla enim solo animo acquiritur nec sine aliquo actu corporali, quamuis corpore quaesita etiam solo animo retineatur, ut diximus, quod cum accidit, non fit possessio ex naturali civilis ut plerique putant, sed remanet & conseruatur, qualis antea fuit, id est, & naturalis simul, & civilis, si iusta fuit, aut naturalis tantum si iniusta dummodò vera. Nam quae naturalis improprie dicitur, ea cum verè possessio non sit, nec acquiritur animo nec retinetur, sed tantum corpore, vnde & à nostris asinina detentio dicitur, quamuis non sine animo eius deferenda amittatur l. si de eo fundo 40. §. 1. De acquir. poss. l. vlt. C. eod. Planè si possessio civilis ea dicenda esset, quae solo animo retineretur, non negarem fore, ut plures civiliter possidere possent. Quid enim prohibet quominus plures eodem tempore animum habeant eandem rem possidendi: Et tamen namque possidere est sibi & animo domini habere, ut ex Theophilo diximus, nec plures eandem rem habere possunt iure domini, non eo tamen magis prohibentur animo domini habere, cum aliud longè sit habere dominium, aliud verò habere animum tenendi rem domini, ut in fure ac praedone manifestum est. Sed haec de possessione ad hunc locum notasse sufficiat, licet Accursius noster multas alias de possessione quaestiones hic congerat, quae ad loci huius explanationem nil pertinent, & de quibus proprius erit dicendi locus ad Tit. de acq. poss. si Rationalia nostra eò vsque producere, quod diffidimus, licebit.

c Verum in vehiculo commodato. RAT. DVV. V. sum balnei, vel porticus, vel campi Martij vniuersi cuiusque in solidum est, ideo dicimus, quia verum est non eo minus vti me his rebus, quod alius iisdem vteretur, ut proxime Vlpianus ex Celfo scripsit: atqui eadem ratio in vehiculo pluribus commodato aut locato habet locum: Nec n- eo minus vtriusque vehiculo, quod etiam alius illo vtarur, quia neuter nostrum vehiculi loca omnia tenet, nec alius alij in vsum impedit: ergo nulla intervehiculū commodari aut loca-

locatum & supradictas res differentia hac parte dari potest. nec proinde in vehiculo magis quam in aliis rebus dicendum est, pro parte tantum in effectu alterum ex commodatariis, vel conductoribus vsum habere. De c. Distinguentium necessarium est, an vehiculum, quod commodatum vel locatum proponitur, eius sit spatij & latitudinis, ut eius vltus aequè commodus pluribus esse possit, an non. Priore casu certè non video, quanam differentia inter vehiculum & alias res hac parte esse possit, hoc est quantum ad vsum vniuersi ex commodatariis pro conductoribus tribuendum in solidum; sed posteriore casu euidenter differentia. & differentia ratio est, quia licet vnus ex commodatariis, qui solus vehiculo vtitur, non omnia vehiculi loca occupet, tantum tamen ex vehiculo occupat, quantum faciat ne alius commodatarius eodem vehiculo aequè vti possit: itaque effectu ipso pro parte tantum vtitur vehiculo, quia non toto vtitur licet solus vtarur: dices nec in totum porticum vel balneo vel campo Martio vti eum qui solus vtitur, & tamen in solidum vti eum non pro parte: sed respondendum est, balneum, porticum, campum Martium & alias huiusmodi res quae sunt vniuersitatis, quod ad proprietatem & possessionem esse singulorum ex vniuersitate, quod ad vsum, hoc ipso quod sunt vniuersitatis. Quod non similiter de vehiculo vel commodato, vel locato dici potest.

d Sed verius esse. His verbis respondet Vlpianus ad quaestionem quae proposita fuerat in illis praecedentibus, vtrum vnusquisque eorum in solidum an pro parte teneatur, ut bene notat Accursius. & nos supra explicauimus. Perinde enim est, quod Vlpianus ait, & dolum, & culpam, & diligentiam in totum me praestare debere, ac si scriberet me Commodatari actio: e in solidum teneri. Sequitur,

e Quare duo quodammodo res habebuntur. RAT. DVV. Correi debendi verè sunt, qui ex contractu siue commodati siue ex alio quolibet ita sunt obligati ut eorum vnusquisque in solidum teneatur l. 2. & 3. l. eandem 9. & pass. in fr. De duob. reis. Atqui cum duobus vehiculum commodatum est, vnusquisque eorum & culpam & diligentiam & custodiam praestare in totum debet, ut proxime Vlpianus ex Celfo scripsit. Ergo habendi sunt verè duo correi non quodammodo, ut lex ait, quae dictio & nota est improprietatis. De c. Non sunt verè correi debendi nisi de quibus actum est, ut correi fierent l. 3. in princ. eod. tit. adeoque nec si id actum nisi nominatim dictum sit, si ad Iustiniani constitutionem Nouellam respicias, quae est 99. De duob. reis, nec sufficit ad duos pluresve correatos constituendos, ut singuli in solidum sint obligati. Quid enim si, ut ait Bartolus,

deducta sit in obligationem res indiuidua? Nemo dubitat quin singuli in solidum teneantur, nec eo magis tamen sunt correi debendi l. rem hereditariam 6. in fr. De euid. l. 2. §. si tamen hominem De verb. obligat. In proposito autem, cum duobus vehiculum commodatum vel locatum est, singuli quidem in solidum tenentur, sed non alia de causa, quam quia restituendi obligatio indiuidua est. Non ergo verè correi sunt, sed tantum quasi correi, & quodammodo duo rei, ut Vlpianus hic loquitur. Nec quicquam putauerit sine effectu esse hanc differentiam in iis enim qui sunt ita obligati, ut in solidum teneantur propter obligationis naturam indiuiduam, nec tamen sunt correi, quia incumbunt ea quae specialiter in correis debendi constituta sunt, quale illud est, ut pactam vni factum proferat alteri, aut vt mora vnus noceat alteri. l. 2. l. pen. & pass. De duob. reis. Habent tamen multa cum correis debendi communia, & illa maxime quae in hoc §. addit Vlpianus, ut si alter conuentus praestiterit in solidum quanti actoris interest alterum liberet quem tamen ex eo solo quod conuentus ipse esset, liberet. duo correi debendi proponerentur, d. l. 2. De duob. reis. Solam enim partitione, & electione vnus, a ter olim liberabatur citra solutionem. Quod Iustinianus noster primus correxit l. vlt. Cod. de fideiuss. item vt si furtum vni factum sit, ambobus comperat furti actio, quasi factum ambobus furtum, ita tamen v altero agente, alteri tollatur furti actio. Fit enim primi occupantis ut dicimus ad l. seq. qu. m. quam et si malit is qui commodauit, ipse agere contra furem, Iustinianus id ei permisit in l. vlt. in princ. Cod. de furt. §. quae de fallone Infruit. De oblig. quae ex delict. nascuntur. In duobus depositariis idem iuris est, non enim electione, sed solutione liberantur d. l. 1. §. si apud duos in fr. De possid. vbi additur, si ambo dolo fecerint, & alter id quod tenentis interest, solidum praestiterit, non esse alterum conueniendum, exemplo, inquit Vlpianus, duorum tutorum, quod si alter vel nihil vel minus facere possit, ad alium peruenietur. Idemque est, et si alter dolo non fecerit, & idcirco sit absolutus. Nam & hoc casu ad alium peruenietur: quae omnia cum in duobus correis diuersa sint, apparet duos commodatarios rectius comparari duobus tutoribus, quam duobus correis l. 1. §. nunc tractemus & seq. l. si ex duobus 15. in fr. De tutel. & Ratione distr. & ideo bene Vlpianum hic scripsisse addita nota improprietatis, esse illos quodammodo duos reos. Aliud est, si pluribus commodata sit res aliqua vel apud plures deposita communi periculo ut in l. rem mibi 21. §. 1. in fr. hoc tit. Faciunt enim haec verba ut eorum quisque pro sua tantum parte teneatur, & ut periculum, quod commune esse non cuiusque proprium debet, diuidatur,

6. POMPONIUS libro 5, ad Sabinum.

UT alterutro agente, alterius actio contra furem tollatur.

Ad l. vlt. alterutro 6.

RAT. DVV. Nemo potest facto suo tollere alteri actionem l. Grauius 7. §. penult. in fr. De fideiuss. l. si Stichum 8. §. vlt. in fr. De nouat. ut neque exceptionem l. vlt. sup. De pact. Atqui cum eadem res pluribus simul commodata est, si eius rei furtum factum sit, competit ambobus furti actio, ut proxime dictum est. Ergo etiam alteruter eorum furti agat, actio-

nem tamen alteri competentem non ideo adimere ei potest. De c. Plures commodatarij, quibus eadem res simul commodata est, quodammodo duo rei habentur §. vlt. l. prox. sup. At qui ex pluribus correis debendi vnus factum alteri praedictat l. pe. in fr. De duob. reis, & qui prior actionem communem occupat, eam facit totam suam & alij correato adimit l. 2. l. 3. §. 1. eod. Ergo & in proposito casu idem dicendum est, quia, ut ait Accursius, cum vtrique in

Alum ex eadem causa deferatur furti actio, alteri per alterum prauidicari necesse est: ne alioquin eueniat, ut ex vna eademque causa pluribus quis in solidum condemnetur, quod iniqum esset.

Nam pluribus quidem teneri ex vna eademque causa, in solidum quis potest, at pluribus condemnari non potest. Simile quiddam est in *l. si Titius 9. De verb. oblig.*

7. VLPPIANVS libro 28. ad Edictum.

Vnde queritur, si alter furti egerit, an ipse solus debeat commodati conueniri? & ait Celsus: si alter conueniatur, qui furti non egit, & paratus sit periculo suo conueniri alterum, qui furti agendo lucrum sensit ex re commo- data: debere eum audiri, & absolui.

Ad *l. Vnde queritur 7.*

RAT. DVV. Vtrumque verum est, plures commodatarios, quibus eadem res in solidum & simul commodata est, & dolum & culpam & diligentiam & custodiam praestare singulos in solidum debere, & ambobus furti actionem, si res furto subtrahatur, contra furem competere. *§. vltim. l. si vt certo 5. supr.* Suntque propositiones istae omnino diuersae & separatae, cum aliud longè sit agere vna actione, & alia actione conueniri, alium actorem, aliud verò reum esse. Ergo quamuis alter commodatarius solus contra furem egerit furti, non est tamen bona consecutio ut alter conueniri non possit, qui furti non egit, aut ut si conueniatur, & paratus sit periculo suo conueniri alterum, qui furti agendo lucrum sensit ex re commodata, debeat ipse audiri & absolui: nam nec in duobus correis debendi id obtineret, qui sola quidem electione liberantur inspecto iure vetere, si alter eorum conueniatur, at non item si alteruter eorum agat contra tertium, quamuis agendo tantum consecutus sit quantum necesse est ad dimittendum communem creditorem. Accidit enim hoc ab extrinseco, nec obligationis correorum naturam & substantiam ab initio certa lege constitutam immutare ex postfacto potest *arg. l. vero procuratori 12. §. penult. infr. De solut.* Id enim est quod Iulianus dicebat, casus aduentitios non esse computandos *l. Iulianus 6. infr. Qui & à quib. manum. liber. non sunt.* Quamuis in pluribus confideiutoribus aliud sit, ut constat *ex l. si dubitet 10. in princ. infr. De fideiuss.* Ideò fortasse quòd fideiussores pro alio teneantur, correi verò singuli quisque pro seipso. DEC. Plures commodatarij habentur quidem pro correis in quibusdam *d. §. vlt. l. 5. supr.* sed non in omnibus, magisque comparandi sunt pluribus tutoribus, ut scij tum est in *l. i. §. si apud duos infr. Depositi.* Atqui in pluribus tutoribus ita obseruatur, ut is qui tutelam gessit, atque ita locupletior ex tutela factus est, prior conueniatur, deinde si aut nihil aut minus praestare possit, ad alium perueniatur *d. l. i. §. nunc tractemus & seqq. infr. De tutel. & Ration. distrab. & tit. C. si tutor. vel curat. non gesser.* Ergo & in pluribus commodatariis idem iuris esse debet, ut qui ex iis prior furti egit, atque ita per actionem furti lucrum ex commo- dato sensit, prior quoque commodati actione conueniatur, si modo paratus sit pati, ut suo periculo id fiat. Et hoc ex summa aequitate, quae in iudicio Commo- dati, quod bonae fidei est, maximè dominatur. Quid

enim aliud est quod petere possit is, qui commo- dauit, nisi ut plenissimam indemnitate in solidum consequatur? Satisque ei esse debet quod electione pauperioris non amittit suam actionem, quomodo amitteret si plures commodatarios pro veris debendi correis haberet: ne quidem iure nouo. Dedit enim Iustinianus correis beneficium diuisionis dumtaxat, si modò sint soluendo, non ut alius ante alium conueniri debeat, nec si tota pecunia ad alium peruenit. Non enim verum est, quod tamen quidam putant, pro fideiussore habendum eum ex correis ad quem pecunia peruenit, ut pluribus docuimus *lib. 11. Coniectur. cap. 1. ex l. si non si. guli 5. & l. si in rem 12. C. si cert. petat. & l. propter 4. Cod. de duob. reis. iunct. Auth. hoc ita eod. tit.* Nec passum probare, quod Bartolus tentat, beneficium hoc discretionis generis esse in correis omnibus, siue constituantur ex conuentione, siue ut ipse loquitur, ex quadam necessitate, ut in pluribus tutoribus & commodatariis, ut si quis petat correum, ad quem pecunia peruenit, priorem conueniri suo periculo, sit audiendus. Quasi contraria procedant, cum vnus ex correis simpliciter petit actionem diuidi, aut alium correum conueniri, non allegato eo quòd pecunia ad alium solum peruenit, & quòd suo periculo conueniri eum velit. Repugnat enim natura obligationis correorum, quae vnunquemque ipsorum obligat in solidum ex propria sua, non ex alterius persona. Quod in pluribus tutoribus, quorum alter solus tutelam gessit, diuersum est, & in pluribus fideiussoribus, ad quorum alterum pecunia peruenit. Et si autem Accursius & Bartolus notant duplicem esse legis huius lectionem, & in quibusdam libris legi conueniri, in aliis verò conueniri. Apertum tamen est viciosa esse priorum & retinendam posteriorem. Sequentia enim omnia sunt de commodatario conuentione non conueniente: nec facile reperias in libris nostris sic loqui prudentes, ut conueniri dicant pro agere, nisi subiecta in accusatio persona quam conuenire acti or possit, aut velit. Ut taceam quod Bartolus ipse contra priorem lectionem obicit, non posse quemquam sine actione experiri *l. si pupilli 6. §. vlt. supr. De negot. gest. nisi contra seipsum l. quoties 9. §. & generaliter infr. De admin. tutor.* Quod & Bartolus ipse fateri cogitur, eum scilicet ex pluribus commodatariis, qui prior conuenit, non ideo posse agere contra alium commodatarium, nisi cessa sibi prius actione ab eo qui commo- dauit, cuius tamen cessionis nulla hic ab Vlpiano fit mentio.

1 § Sed

1 § Sed si legis Aquiliae aduersus socium eius habuit commodator actionem: videndum erit, ne cedere debeat: si fortè damnum dederit alter, quod hic, qui conuenitur, commodati actione sarcire compellitur. nam & si aduersus ipsum habuit Aquiliae actionem commodator, aequissimum est, ut commo- dati agendo, remittat actionem. nisi fortè quis dixerit: agendo eum ex lege Aquilia, hoc minus consecuturum, quam ex causa commodati consecutus est. quod videtur habere rationem.

Ad §. 1. Sed si legis.

Actioe commodati sarcire compellitur. RAT. DVV. Ad eos qui seruandum aliquid conducunt, aut vtendum accipiunt, damnum ab alio iniuria datum pertinere non debet. Quia enim cura vel diligentia conseqni possumus, ne alius iniuria nobis damnum det: Inquit Iulianus in *l. ad eos 19. infr.* Ergo ex pluribus commodatariis si vnus damnum dederit, alius actione commodati id sarcire non compellitur.

DEC. Multum interest, an ab extraneo damnum iniuria detur, an ab alio commodatario. Priore casu binc sententia & ratio Iuliani: posteriore verò non item, quia commodatarij plures quibus eadem res simul commodata est, duo rei quodammodo habentur *l. 5. vlt. supr.* Ex duobus autem reis factum vnus alteri nocet *l. penult. infr. de duob. reis.* praeterquam quod ad moram *l. mora 32. §. penult. de vsur.* Et ita bene hic Accursius. Et si potest etiam dici subpradictam Iuliani sententiam non omnimodo veram esse, sed à Marcello notatam fuisse, & Marcelli notam ab Vlpiano nostro probatam in *l. sed de damno 41. infr. locat.*

a Nam etsi aduersus ipsum. RAT. DVV. Actio commodati est ex contractu, & mercedi persequatoria: Actio autem legis Aquiliae est ex delicto & poenalis *l. inde Neratius §. hanc actionem supr. ad leg. Aquil.* Ergo si commodatarius ipse damnum iniuria dederit, ita ut & commodati & legis Aquiliae actione reneatur, non est cogendus, ut commodati agendo remittat ei actionem legis Aquiliae. Nec enim vna actio debet aliam consumere siue ipso iure, siue ope exceptionis, cum diuersam habeant naturam, & ad diuersos tendant effectus.

DEC. Nunquam aequum est, ut siue vna eademque actione siue pluribus actor bis idem consequatur, ne quidem à diuersis personis *l. si quis dolo 51. in fin. de re iudic.* Multo minus si ab eodem debitore *l. bona fides 57. de regul. iur.* Atqui actiones hae & commodati & legis Aquiliae, quamuis diuersas causas & origines habeant, ad eundem tamen finem tendunt, scilicet ad rei persequutionem, non ad vindictam *l. qui seruauit 34. §. vlt. infr. de obligat. & action.* Nisi quod actio legis Aquiliae continet aestimationem quanti plurimi eo anno aut triginta diebus proximi res fuit. Quo respectu dicitur poenalis actio qualis non esset, si nunquam supra damnum lis aestimaretur *§. his autem verbis 9. Instit. de leg. Aquil.* Ergo aequissimum est, ut commodator agendo commo- dati remittat actionem legis Aquiliae, id est, caueat se non a contractu lege Aquilia, id est, caueat se non poterit, quia remittentibus actiones suas regressus ad eas nunquam datus est *l. queritur 13. §. si venditor infr. de adilit. edict.* Quòd si actionem legis Aquiliae actor non remiserit, sed commodati a-

ctione expertus, non tamen solidum, quod actione commodati debebatur, consecutus sit, non equidem prohibebitur uti actione legis Aquiliae sibi adhuc competente, & quam non remiserit, sed tamen ita ut agendo ex lege Aquilia hoc minus consequatur, quam ex causa commodati consecutus est, ad finem sc. eius quantitates, quam actione commodati iure eius quod interest, consequi debuisset. Ita enim locus hic intelligi debet, ne si vulgo interpre- uerit stimes superesse integram legis Aquiliae actionem, pro eo quod ex repetitione triginta dierum plus est actione legis Aquiliae, quam in actione commodati, in quam scilicet aestimatio quanti plurimi nunquam venit, sed tantum vtro tempore plus res fuit, aut more, aut rei iudicanda *l. 3. §. in hac vbi diximus supr. hoc tit. l. unct. l. 3. §. si per venditorem & l. si ferulis 21. §. cum per venditorem infr. de action. empte.* Si enim actor actione commodati sit consecutus totum id quod per eam actionem consequi potuit, & debuit, non ideo poterit iterum agere ex lege Aquilia praetextu eius quod in actione illa plus est, quam in actione commodati ex triginta dierum repetitione, quia quod ex hac causa venit in actionem legis Aquiliae extra causam simpli est, & simpli accedit: quo subducto nec accessio locum habere potest *dict. l. qui seruauit §. vlt. de oblig. & action.* vbi proculdubio legendum est, ut vulgo reterta negatione non remanere, non autem affirmatiue, ut in Florentinis, licet Florentinam lectionem magis probet Cuiacius *lib. 3. obseruat. cap. 25.* Quae negatione retenta, & illa quoque retinenda est, quae legitur in postremis illis verbis legis *locum non habet.* Et ratio qua mouetur ex loco Paulus, hanc & lectionem & interpretationem omnino probat. nam cum id quod ex repetitione triginta dierum per legem Aquiliam debetur, nihil nisi poena & accessio sit, accessorium autem sine suo principali subsistere non possit, ex vulgata iuris regula consequens omnino est, ut extincto principali persequutionem, quam actio commodati extorserit, accessio locum habere amplius non possit. Atque ita hi loci conciliandi sunt, quae vna est ex conciliationibus Accursij, non quomodo Ioannes, Azob. Martinus, Bartolus, & alij conciliandos crediderunt. Neque verò existimandum est, Vlpiani sententiam in hac lege illam esse, ut damnum quod ex repetitione triginta dierum debetur in actione legis Aquiliae peti vnquam possit, posteaquam actum est commodati, sed hanc potius, ut quod simpli defuit in executione actionis commodati, id per actionem legis Aquiliae adhuc exigi possit ad finem vsque simpli. Quemadmodum dicimus eum qui furti egit in duplum posse quidem etiam vi honorum, raptorum agere, si fur etiam raptor idem sit, sed ita ut condemnatio non possit quadruplum excedere, *l. si quis egerit 88. infr. de fur.* quoniam ea furti grauissima poena est etiam manifesti, quale semper illud est quod à raptore committitur. Alioqui de-

buerat Vlpianus hic scribere post actionem commodati propositam semper & omnimodo legis Aquiliae actionem superesse, cum certissimi iuris sit, in actionem commodati nunquam venire damnum ex triginta dierum repetitione: nec potest videri actor minus consecutus actione commodati qui tantum consecutus est quantum ex actione commodati sperare maximè potuit. *l. non potest videri 117. de verb. signific. Contra verò minus consecutus dici potest, qui nihil profusus consecutus est l. minus solum 32. l. verbum amplius 82. l. si ita à te 150. eod. tit. signific. Difficilius illud videtur, quod scriptum est in l. si is cui 71. de furt. si is cui commodata res erat, furtum ipsius admiserit. agi quidem cum eo & furti & commodati posse, sed si furti actum sit, commodati actionem extinguere, si commodati, posse actioni furti obici exceptionem. Nam cum actio furti sit merè pœnalis, commodati verò merè rei persecutoria, quid, obsecro, habent inter se commune, ut altera per alteram consumatur siue ipso iure, siue ope exceptionis. Quae de causa plerique coacti sunt dicere post Accursium & Bartolum, actionem furti eo loco dictam à Iauoleno pro conditione furtiua, ut idem sit sensus Iauoleno qui Pauli in *dict. l. qui seruum 34. §. si is cui de oblig. & action. vbi ait ille, si is cui rem commodauero, eam subriperit, teneri quidem eum & commodati actione, & conditione, sed alteram actionem perimere alteram aut ipso iure, aut, quod est rarius, ope exceptionis. Quae tamen interpretatio profusus improbabilis est, cum nusquam auditum sit, actionem furti pro conditione furtiua sumi, cum hæc sit merè rei persecutoria, illa verò pœnalis l. si pro fure 7. §. 1. supra de conditione furti. l. si pignore 54. §. cum furti infr. de furt. vbi conditio & vindicatio hac parte equiparantur, quod ad rei furtiua recuperationem atinet, ita ut non minus conditio quam vindicatio ab actione furti separetur. Dicendum igitur est, si furti actum fuerit, conditionem quidem furtiua superesse ad rem persequendam, sed actionem commodati non superesse, quia actio illa ex bono & æquo est, ut & cetera actiones omnes quae bonae fidei esse dicuntur §. in bona fidei Inst. de action. bonum autem & æquum esse definit, ut actione commodati quicquam consequatur is, qui iam per occasionem commodati duplum aut quadruplum consecutus est, quemadmodum de actione iniuriarum scribit Paulus in *d. l. qui seruum 34. in princip. Et si enim quod per actionem furti commodator habuit, non ex commodato habuit, sed ex furto, habuit tamen per occasionem commodati, quia si non commodasset, furtum commodatarius non fecisset: hoc verò sufficit, ut commodati actionem præterea ipsi dari æquum non sit arg. l. debitor 59. §. ult. infr. ad SC. Trebell. Comparata enim est actio commodati, ut cetera ferè omnes, non ut lucrum ex alterius iactura commodator consequatur, sed ut tantum indemnitas seruetur, non idem est in actione furti, quae, quoniam pœnalis rota est, nec nisi in pœnam & odium furis induta, facilius admittit, ut actor lucrum ex damno furis sentiat. Nam quod furi damnum est & pœna, totum id actori lucrum est. Inde igitur fit, ut si actione furti prius actum sit, commodati actio extinguatur ipso iure, non etiam actio furti, si prius actum sit commodati, sed tantum per exceptionem. Cur verò per exceptionem, cum furti actio, ut diximus, tota sit pœnalis? Nimirum quia nec illud æquum est, ut commodator plus consequatur in effectu ob id***

solum quod commodati prius egerit quam si furti egerit. In eoque apparet quantum inter sit an furti actio cum bonae fidei actione concurrat, qualis est actio commodati, an verò cum ea quae sit stricti iuris, puta cum conditione furtiua. Nam si cum actione bonae fidei id obinet, quod modò diximus, ut ei quae alia actione pœnali experiri volet, necesse sit bonae fidei actionem ante omnia remittere, aut si vtraque agere velit, non plus consequi ex pœnali posteriore, quam quod minus ex priore consecutus fuerit, si plus consequi potuerit, & debuerit. Minus enim hic intelligere debemus non ex comparatione alterius actionis plenioris, sed relatione facta ad id quod ex priore actione amplius exigi potuit. Si verò concurrat actio furti cum conditione furtiua, neque perimit conditionem, neque per eam perimitur, siue ipso iure, siue ope exceptionis *d. l. si pro fure §. 1. infr. de condit. furt. dict. l. si pignore 54. §. cum furti infr. de furt. quia non quid bona fides suadet hoc casu inspicendum est, sed quid mera stricta iuris ratio ferat. Sed illud magis mirum est, si actio commodati cum furtiua conditione concurrat, cur non extinguatur altera per alteram ipso iure, sed ope tantum exceptionis *dict. l. qui seruum §. si is cui de oblig. & action. siue prius actione commodati siue furtiua conditione actum proponatur: cum & actio commodati sit bonae fidei, quae proinde perimi deberet per conditionem, ex qua commodator iam esset indemnitas consecutus, & rem suam recepisset, & vtraque nihil nisi meram rei persecutionem contineret *l. in rebus 18. §. siue autem infr. hoc tit. Nisi dicamus non negare Paulum in *dict. §. si is cui perimi actionem commodati per conditionem & contra, sed hoc tantum adfirmare tutius esse, si quis dicat, liberari reum per exceptionem, scilicet doli, quoniam dolo facit, & est improbus, qui bis idem consequi velit *l. si quis dolo 51. §. 1. in fin. infr. de re iudic. Quisquis enim liberatur ipso iure, multo magis credendus est liberari per exceptionem. Quemadmodum solemus dicere, cui damus actionem, multo magis dandam esse exceptionem *l. 1. §. si autem de superfic. l. iniuris 156. §. 1. de reg. iur. Et cum plerumque cōtingat, ut quis liberandus sit per exceptionem, qui non sit ipso iure liberatus, quia facilius est, ut quis per exceptionem, quam ut ipso iure liberetur, consequens est, ut tunc sit debitori dicere se liberatum per exceptionem, quam ipso iure, parum enim est, quod ipso iure liberatus non sit, si modò liberari possit per exceptionem: sicuti nihil interest, an ipso iure quis actionem non habeat, an talem habeat quae per exceptionem summoueri possit *l. nihil interest 112. de regul. iur. Solent autem prudentes, idque prudentissimè semper eam deliberationis & consilij partem sequi quae tutior est, ut & cum de actione danda disputant, quae vtrum competat, dubitari possit, quemadmodum in specie *l. si gratuitam 17. l. Titius 24. & pass. infr. de praeser. verb. Quamquam dici etiam potest facilius esse, ut commodati actio perimatur ipso iure per conditionem, quam ut conditio per actionem commodati, quia cum conditio sit stricti iuris, non tam facile tolli potest ipso iure, sed doli exceptio necessaria est, quae non licet bonae fidei iudiciis, ita & strictis ipso iure inest. Idque suaderi potest ex eo quod idem Vlpianus noster scribit in *l. sed si ex causa 47. iunctis precedentibus infr. Pro socio. Vbi cum scriptum esset ab Vlpiano socium, qui celandi animo rem contrectauit, non solum furti actione teneri, sed etiam pro socio actione obstrictum*********

obstrictum esse, nec alteram actionem tolli, idemque in omnibus bonae fidei iudiciis dicendum esse subiungitur ex eodem Vlpiano, si tamen ex causa furtiua condixero cessare pro socio actionem, ut intelligamus per conditionem furtiua extinguere ipso iure actionem pro socio, quia bonae fidei est, ideòque & in ceteris bonae fidei iudiciis idem esse. Quid enim aliud est, cessare actionem pro socio quam non competere? Scilicet, ut lex addit, Nisi pluris mea interfit. Nam cum in actione pro socio, ut & in ceteris bonae fidei actionibus veniat id quod interest, quod non venit in stricta actione conditionis furtiuae, bona fides non repugnat, imò suadet, ut quod pluris mea interest, possim persequi per actionem pro socio, etiam post propositam furtiua conditionem, idque conueniens est ei quod in hoc §. scribitur, licet non de conditione furtiua loquatur, sed de actione legis Aquiliae. Sed si prius egero actione pro socio, quamuis per eam consecutus sum omne id quod mea interest, nec proinde amplius quicquam consequi possim per conditionem furtiua, conditionem tamen ipso iure tolli non potest, quia stricti iuris est, nec in ea quid bonum & æquum sit inspicitur. Est igitur necessaria exceptio doli, si postquam egero pro socio, condicam *d. l. qui seruum 34. §. si is cui de oblig. & action. Inde etiam est, quod socius qui rei communis furtum fecit, si actione pro socio conueniatur, ea ipsa actione consequitur, id est, equitate ipsius iudicij, ut in *l. in hoc iudicium 14. §. 1. commun. diuid. ut ab altera actione, id est, à conditione furtiua liberetur, & alterutra actione contentus esse debeam *l. sed actione 50. infr. Pro socio. nisi quis dicat id fieri iure quodam speciali actionis pro socio quae ab aliis etiam bonae fidei actionibus in eo dissimilis est, quod non solum directa est ex vtraque parte, nulla contraria, sed etiam eiusdem nominis & iuris est, non minus ex parte illius qui conuenitur, quam ex parte eius qui agit, tanquam quae sit actio vtrique parti communis, & ex qua perinde actor ipse condemnari possit, atque si à socio propria & separata actione siue directa siue contraria conueniretur. Quod in commodati actione diuersum est. Et si enim commodator agendo commodati cogitur legis Aquiliae exceptionem remittere, ut hic scriptum est, id tamen sit sola equitate iudicij, quia bonae fidei iudiciis doli exceptiones, ipso iure insunt *l. sed est 21. infr. solut. matr. l. huiusmodi 84. §. qui seruum de legat. 1. non per actionem ipsam commodati, quae danda sit commodatario, cui sola contraria competit. Sed in actione pro socio ille ipse qui conuenitur etiam agere intelligitur, quomodo in aliis actionibus videntur, quae ob eam causam mixtae appellantur & duplices, quod in iis vterque actor sit, vterque reus *l. in tribus 13. infr. de iudic. 1. iudicium 10. infr. fin. regund. l. 1. §. 1. commun. diuid. l. actionis 37. §. 1. infr. de oblig. & action. Hac tamen differentia, quod in duplicibus iudiciis vterque necessarius & actor, & reus est. In actione autem pro socio, potest ita quis esse actor, ut tamen non sit reus, & ita reus, ut non sit actor. Denique actio pro socio non tam mixta est quam communis, quia & nominum rationem habet, & adjudicationes non admittit *l. si actum sit 43. pro socio. At Familiae erescundae, communi diuidendo, & finium regundorum actiones mixtae sunt, non communes. Ratio non quam adfert Paulus in *d. l. sed actione, cur socius conuenitur actione pro socio propter factum rei communis furtum eadem actione*******

consequatur, ut actor alterutra actione contentus esse debeat, illa est, quod vtraque actio ad rei persecutionem respiciat, non ut furti ad pœnam duntaxat, iam enim dixerat Vlpianus in *d. l. rei communis*, rei communis nomine cum socio & furti agi posse, & actione pro socio, nec altera actione tolli alteram. Nimirum ipso iure, sed per exceptionem, si prius actum sit pro socio quam furti, non etiam si prius actum sit furti quam pro socio, tunc enim pro socio actio extinguatur ipso iure, si Iauoleno credimus in *d. l. si is cui 71. de furt. quae alioqui cum Vlpiano conciliari meo iudicio nulla ratione possit: nisi mallet quis cum Bartolo & vulgaribus aliis interpretibus actionem furti pro conditione furtiua interpretari apud Iauolenum, quod tamen ridiculum esse, nec vllomodo defendi posse iam diximus, nam neque perpetuum est, ut cum vtraque actio rei persecutoria est, adeòque etiam vtraque bonae fidei altera tollat alteram. Neque enim si actum sit communi diuidendo statim tollitur actio pro socio, cum pro socio actio & nominum rationem habeat, quam non habet actio communi diuidendo, & adiudicationem non admittat, quam communem diuidendo actio admittit, sed si postea pro socio agatur, hoc minus ex ea actione consequetur actor, quam ex priore actione consecutus sit, ut idem Vlpianus noster scribit in *l. si actum sit 43. pro socio. Itaque quod vna actio rei persecutoria tollat alteram æquè rei persecutoriam, non tam ex solo fit quod vtraque sit rei persecutoria, vel bonae fidei quae ex eo, quod vtraque sit æquè plena, nec vna plenior altera: alioquin si alterutra tantum sit bonae fidei sola illa extinguetur, non extinguet altera, quae stricta est: extinguetur tamen non in totum, sed quatenus ex priore consecutus est actor, sed si plenior sit, ut esse solent, quae sunt bonae fidei, supererit illa quae bonae fidei est, in eo quod plus continet quam prior siue vtraque sit actio bonae fidei, siue vna bonae fidei, alia verò stricta. At stricta nunquam ipso iure tollitur per priorem, sed ope tantum exceptionis, quia nec bonae fidei rationem admittit nec plenior esse potest in eo quod actoris interest, quamuis cum pœnalis est, ut furti actio plenior condemnationem habere possit, dupli scilicet vel quadrupli, aut ex repetitione triginta dierum, vel anni præteriti, ut actio legis Aquiliae. Et ita quaestiones hanc totam quae alioqui perdifficilis & perplexa fatis est, concludendam esse arbitramur. Superest vnum moneamus, malè Accursium existimare, non respondisse Vlpianum ad quaestionem, quae proposita fuerat in illis verbis, *videndum erit ne cedere debeat. An scilicet socio debeat cedi actio contra socium, ex cuius facto conuenitur. Nam imò verò supradicta locutio est iure consulti modestè, ut solet magis quam dubitanter ad propositam quaestionem respondens, & quidem affirmatiuè cedi actionem debere, & responsionis huius affirmatiuae rationem statim reddit illis sequentibus verbis, *si forte damnum dedit alter, quod hic, qui conuenitur, commodati actione sarcire compellitur, ut in superioribus diximus. Est autè longè ineptius quod quidam putant; quos refert Bartolus, priorem illam responsionem corrigi in versic. nisi forte quis dixerit: cum hic versiculus referatur non ad id quod de cedenda actione prius dictum fuerat, sed ad id quod proximè, æquissimum esse, ut commodator agendo commodati remittat actionem legis Aquiliae, hoc sensu, ut in commodatoris contra ipsum commodatarium, qui rem commodatam fre-****

gerit aut ruperit, arbitrio & electione sit, si prius agat commodati vel actionem legis Aquiliae remittit re, vel, si malit, lege Aquiliae experiri, sed hoc ita ut hoc minus consequatur, quod ex causa commodati iam consecutus est. Vtroque enim casu res eodem recidit, ut non consequatur actor ex duplici actione duplicem indemnitate, sed vnam dantaxat. Id enim est quod Vlpianus subiungit videri habere rationem. De cedenda namque actione iam satis sententiam suam exposuerat in versic. *videndum erit*, ut diximus. Quod autem statim sequitur *nam est aduersus ipsum habuit Aquiliae actionem commodator non alio pertinet quam ad confirmandum id quod proximè dictum fuerat*, commodatorem debere socio quem conuenit legis Aquiliae actione cedere aduersus socium & cuius dolo aut culpa alius conuenitur. Est enim optima ratio propter quam id fieri debeat, quia est aduersus eum ipsum commodati ageret, qui damnum in re commodata dedisset, æquissimum esset actorem commodati agendo, ipsi remittere legis Aquiliae actionem: ne scilicet aliter posito iure duplicem indemnitate actor consequeretur: quomodo consequeretur etiam illo casu, quo ageret aduersus alterum ex correis actione commodati, si non ei cedere cogeretur actione legis Aquiliae aduersus alium cuius culpa damnatum conigit, nam & illa actione legis Aquiliae tantumdem consequeretur, quantum iam actione commodati fuisset consecutus. & præterea quod in actione legis Aquiliae amplius esset ex triginta dierum repetitione. Miror verò quod Bartolus post Accursium, & post eos plerique cæteri ferè omnes notant hic de actione legis Aquiliae, quod plus in ea est quam in actione commodati restringendum esse ad simplicem illud quod per inficiationem prioris si iplo accedit, non quod ex repetitione triginta dierum. Et si enim actio hæc ex eorum numero est quæ per inficiationem crescunt *l. 4. Cod. de leg. Aquil.* non ideo tamen penalis dicitur, non magis quam actio depositi quæ perinde crescit per inficiationem *§. sed furti 2. Inst. de action. & iudicati*, & alia de quibus apud Paulum *lib. 1. sentent. tit. 19. §. vlt. vbi Cuiacius*, quæ tamen merè sunt rei persecutoria, nullomodo autem cænales: sed quoniam plerumque in ea lis supra damnum æstimatur *§. his autem verbis Inst. de leg. Aquil.* Fit enim per accidens & ab extrinseco ut actio legis Aquiliae detur ad duplè, ut dolo delinquentis negatio puniatur, non ex natura actionis, ut ex verbis ipsis legis Aquiliae apparet *l. 1. & 2. l. ait lex 21. sup. ad leg. Aquil.* Id ergo duntaxat in legis Aquiliae actione amplius quam in actione commodati esse intelligitur quod ex triginta dierum repetitione simplo accedere potest, non quod ex delinquentis inficiatione. Nec enim isti casus aduentitij computandi sunt *l. Iulianus 6. inf. qui & à quibusnamum*. Nec sanè potest Bartolus hinc se euoluere, ut ex ipsius commentariis videre est. Quod autem addit Accursius, in duobus contutoribus idem esse, ut pupillus ei contra quem agit cedere debeat, actione tutelæ aduersus alium qui gesserit

& ex cuius gestione is qui non gessit, conuenitur, certissimum sanè ac indubitatum est *l. 1. §. nunc traitemus inf. de tutel. & ration. distr. & l. 2. in princip. & §. vlt. de admin. tutor. sed quod subiicit de duobus correis, quasi in iis quoque idem sit, accomodatatum non est, nam in correis debendi generale est, ut ei qui conuenitur actionibus suis contra correum cedere pro parte creditor debeat, *l. rem hereditariam 65. inf. de euct.* Non adhibita illa distinctione, quam Bartolus post Azonem adhibet, an is qui conuenitur ex correis talis sit, qui implorare possit beneficium diuisionis, necne. Nam & iure vetere quo erat incognitum inter correos beneficium hoc diuisionis à Iustiniano duntaxat introductum *Nov. 11. de duob. reu.*, vnde sumpta est *Auth. hoc ita C. eod.* iam ita obrinebat, ut correo qui solus conueniebatur creditor aduersus correum præstare actiones cogeretur, nec alio remedio solutum solucatur correo succurri posset *d. l. rem hereditariam*. Eaque potissimum dubitandi ratio ad hunc locum esse videbatur propter quam non esset cogendus commodator actione cedere commodatario, conuenit ex alterius commodatarij persona, quod non essent verè correi iuxta Papiniani rationationem in *d. l. rem hereditariam*. Sed sufficere visum est, quod sint quodammodo correi, ut Vlpianus loquitur in *d. l. 5. §. vltim. in fin. sup.* Non ut omnimodo omnique casu præstanda sit actio vni ex commodatariis qui conuenitur aduersus alium commodatarium, quomodo in duobus verè correis contingeret, ut diximus, sed ut eo saltem casu quo is qui conuenitur, ex facto & culpa alterius conueniatur. Quod in duobus verè correis nunquam accidit, qui scilicet ex propria obligatione propriè quoque facto singuli conueniuntur, tum quoque cum vnius factum alteri nocet. Vna enim omnium est obligatio *l. 3. §. 1. inf. de duobus reu.* quæ in duobus commodatariis est diuersa, & duplex: fideiussorum alia ratio est, ut bene Accursius notat. Et si enim ij quoque ex propria obligatione singuli conueniuntur, tamen ob factum & debitum principalis debitoris conueniuntur, cuius obligationi accedunt *Auth. l. presente C. de fideiuss. l. si diuisa 13. C. de locat.* Ideò quoque actiones fideiussori, qui prior conuenitur, cedi æquum est, non modò contra principalem debitorem [quamuis superuacua sit hæc cessio, nisi quantum ad hypothecariam actionem, cum habeat reum satis obligatum actione mandati si mandatum intercesserit, vel negotiorum gestorum, si nullum præcesserit mandatum *l. ex mandato 20. §. 1. inf. mandat.*] sed etià aduersus cõfideiussores contra quos alioqui nullam haberet actionem *l. vi fideiussor 39. inf. de fideiuss.* Quod & in mandatoribus obtinet *l. si fideiussores 41. §. idem respondit eod. tit.* Nec in eo damnum aliquod est cedentis sine cuius dispendio ea cessio fit *l. in creditore 38. in fin. inf. de euct.* Ex quo intelligimus quam verum sit quod alibi sæpe docuimus, nunquam correos videri mutua vice fideiubere si non expressè id dictum sit *l. reos 11. inf. de duob. reu.* Cum fideiussorum & correorum iura omnino sint separata. Sed de his hæc tenentur.*

8. POMPONIUS lib. 5. ad Sabinum.

REi commodatæ & possessionem, & proprietatem retinemus.

9. VLPIANVS

9. VLPIANVS libro 2. ad Edictum.

Nemo enim commodando rem facit eius, cui commodat.

Ad l. Rei commodatæ 8. & l. Nemo 9.

RAT. DVB. Commodatū est ex numero & genere eorum contractū, qui re id est, traditione perficiuntur *§. itē cui Inst. quib. mod. re contr. obl. l. 1. §. is quoque cui infra de oblig. & act.* Atqui traditio est vnus ex modis sex acquirēdi iure Quiritium dominij quos Vlpianus refert in fragmentis *tit. 19. de acquisit. rer. l. traditio 20. inf. de acquir. rer. domin. l. traditionibus 20. Cod. de pat. Ergo etiam ex commodato transferatur dominium, scilicet si rem suam quis commodauerit, non etiam si alienam, cum alienæ quoque rei commodatum possit consistere *l. commodare 14. infra hoc tit.* Nam & in venditione idem contingit, ut etiam rei alienæ venditio valeat *l. rem alienam 28. infra de contr. empt. nec eo minus tamen ex venditione transferatur dominium, si dominus venditor fuit *l. ex empto 11. §. 1. inf. de actio. empt.* alioqui saltem vsucapiendi condicio in emptorem transferatur *l. clausibus 74. de contr. empt.* Ad eod. ut nemo possit videri eam rem vendidisse de cuius dominio id actum est, ne ad emptorem transiret *l. penult. §. vltim. eodem tit.* De possessione autem rei commodatæ multo minus dubitari posse videtur, quin in commodatarium transferatur. Quid enim aliud est traditio quam possessionis translatio? *l. 3. in princip. de actio. empt.* Et quomodo non possidet is, qui etiam vsu rei habet, & quidem iure quoque domino postquam commodatum factum est? Nec enim commodatori permittitur intempētiæ commodatum reuocare *l. in commodato 17. §. 1. inf. hoc tit.***

DEC. Non omnis traditio transfert dominium, nec si à domino ipso facta sit, sed ea tantum quæ iusta est, non quæ nuda *l. nunquam nuda 31. de acquir. rer. domin.* Iusta verò intelligitur & non nuda, quæ sit ex titulo aliquo præcedente cõque habili ad dominium transferendum, & à iure in eam rem adprobato. Qualis est titulus venditionis, permutationis, donationis, mutui, & si qui sunt similes, non etiam commodati, etsi enim titulus commodati non est iniustus, si iniustum pro iniusto accipias, non est tamen iure comparatus ad hoc, ut dominium ex eo transferatur, quia nemo commodando id agit, ut rei suæ dominium transferat in commodatarium, quemadmodum subiicitur in *l. seq.* Commodatum enim certi beneficij collatio non a-

lienatio est *d. l. in commodato 17. §. 1. infra.* Generaliter autem verum est, actus nunquam operari vltra intentionem agentium *vulg. l. non omnis 19. & l. proced. sup. de reb. credit.* Et quemadmodum nihil tam æquitati naturali consentaneum est, quam voluntatem domini rem suam in alium transferre volentis ratam haberi *l. qua ratione 9. §. hæc quoque res infra. de acquir. rer. domin.* ita nihil tam absurdum, aut iniustum, quam ut quis vel iustus vel errans rei suæ dominium amittat *l. id quod nostrum 11. de regul. iur. l. si procurator 35. inf. de acquir. rer. domin. l. si id quod 7. in fin. de rescind. vendit. l. re tua 18. Cod. de rei vindic.* Et sicuti dominia rerum non nisi certis & legitimis modis acquiruntur, etiam si voluntas transferendi & acquirendi dominij vtriusque concurrat *l. 1. supra. si vsu infra. de contr. empt.* Ita nec nisi certis & legitimis modis amittuntur, inter quos nec ipsa domini voluntas est, si non titulus aliquis iustus accedat *l. si quis vi 17. §. differentia infra. de acquir. poss.* Quod verò ad possessionem rei commodatæ pertinet, etsi longè facilius est, ut per traditionem possessio, quam ut dominium transferatur, attamen nec ipsa quoque ex commodato transferatur, si de ea possessione intelligas, quæ verè ac propriè possessio est. Is enim demum verè ac propriè possidet, non qui simpliciter & corporaliter rem detinet asinum, ut loquuntur, detentatione, sed qui animo domini rem habet, ut ex Theophrasto diximus ad *l. 5. §. vlt. supra.* Commodatarius autem tantum abest, ut animo domini rem teneat, ut è contrario, si velit animo domini rem commodatam contrahere, hoc ipso statim fur esse iudicatur, & furtiua conditione teneri *l. si is cui 71. infra. de furt. §. qua de furtione Inst. de oblig. qua ex delict. nascunt. l. vlt. C. de furt.* quomodo & de depositario scriptum est in *l. si quis inficiatus 13. in pr. & §. 1. infra. de positi.* Et longè aliud est possidere, aliud esse in possessione *l. si quis ante 10. inf. de acq. poss. l. certè 6. §. is qui rogauit infra. de precar.* Commodatarius in possessione quidem est, sed non possidet, commodatarius verò possidet, cuius scilicet nomine commodatarius rem tenet, is autem possidet cuius nomine possidetur, quia non idem est possidere & alieno nomine possidere *l. quod meo 17. de acq. poss.* Ergo verum est commodatorem & dominium & possessionem rei commodatæ retinere *§. per eos quoque Inst. de interd. Idem iuris est in deposito *l. licet 17. §. rei deposita infra. de positi.**

10. IDEM libro 29 ad Sabinum.

VM, qui rem commodatam accepit, si in eam rem vsus est, in quam accepit, nihil præstare, si eam in nulla parte, culpa sua deteriore fecit, verum est, nam, si culpa eius fecit deteriore, tenebitur.

Ad l. Eum qui 10.

RAT. DVB. Commodatarius omnimodo tenetur rem commodatam reddere *l. 1. §. is quoque de obl. & act.* Atqui non videtur reddere qui deteriore reddidit *l. 3. §. si reddita sup. hoc tit. l. 1. §. si res deposita 16. inf. de pos.* Ergo tamen is qui rem commodatam accepit, in eam rem vsus sit, in quam accepit, si tamen deteriore illa facta sit etiam citra culpam commodatarij, dicendū est eam non liberari. Non minus enim hoc casu deteriore redditur, quam si aliqua commodatarij culpa interuenisset, **DEC.** Nihil imputari potest commodatario, qui rem commodata vsus est, in eam tantum rem in quam accepit, si nulla ipsius culpa mix-

ta sit, ut Bartolus loquitur, cum id actum sit inter contrahentes, ut ea re ita vteretur: sed imputare sibi commodator ipse debet cur in eum vsu rem suam commodauerit, cum præuidere potuerit, & debuisset fore fortassis, & fieri posse, ut ex eo vsu res deteriore efficeretur *l. vlt. inf. hoc tit.* Ergo nõ potest eo nomine teneri commodatarius, quippe qui licet de qualibet culpa etiam leuissima teneatur, sine culpa tamen aliquam non tenetur. Generale autem & perpetuum est, ut culpa omnino nulla sit eius, cui nihil penitus imputari potest. Quo si culpa eius aliqua sit, tenebitur, quia necrè reddidisse hoc casu videtur, qui deteriore reddidit *d. §. si reddita & d. l. vlt. inf.*

I Si rem inspectori dedi: an similis sit ei, cui commo datares est, queritur? & si quidem mea causa dedi, dum volo pretium exquirere, dolum mihi tantum præstabit, si sua, etiam custodiam. & ideo furti habebit actionem. Sed & si, dum refertur, perit: si quidem ego mandaueram, per quem remittere, periculum meum erit: si verò ipse, cui voluit, commisit, æquè culpam mihi præstabit, si sua causa accepit.

II. PAVLVS libro 18. ad Sabinum.

Qui non tam idoneum hominem elegerit, ut rectè id perferri possit.

Ad §. 1. Si rem Et. qui non tam idoneum II.

RAT. DV B. Cum quis rem aliquā inspectori dedit inspiciendam, contractus innominatus est, ex quo proinde non alia nasci actio potest, quam præscriptis verbis *l. si gratiam 17. §. 1. inf. de præscript. verb.* Atqui contractus commodati nominatus est, ex eoque nascitur actio propria & nominata à pretore introducta quæ dicitur commodati *l. 1. sup. hoc tit.* Ergo non potest hic contractus similis esse contractui commodati **DEC.** Contractus innominati licet toto genere differant à nominatis, plerumque tamen similes eis sunt, habentque similes ferè præstationes, propter similem naturam negotij gesti ut in hac specie contingit in qua licet nullum sit commodatum, at tamen negotium quod geritur, prope commodatum est, aut prope depositum, ut loquitur **Vlpianus** ex **Papiniano** in *d. l. si gratiam 17. §. 1. Papinianus aliàs l. si rem naturalis. §. perit. Titulus 24. de præscr. verb. l. 1. §. si quis feruum 9. inf. de positi.* Distingendum tamen est, ut **Vlpianus** hic obicit, an mea causa dederim rem inspiciendam, dum volo fortassis precium exquirere, an tua, non quasi vno casu potius, quam alio commodatum sit, sed quia priore casu dolum solū præstare mihi debet, cui rem inspiciendam dedi, exemplo scilicet commodatarij, qui sui tantum lucri gratia commodatum dedit, posteriore autem casu etiam custodiam, id est, exactissimam in re custodienda diligentiam: eadem lo quoque commodatarij, qui sui tantum gratia commodatum accepit. Eadem enim ratio æquitas, & eadem æquitas distinctionis locū habet in commodatore, & in eo qui rem inspiciendam dedit: remque in commodatario & eo qui rem inspiciendam accepit, secundum ea quæ scripsimus in *l. si per certo 5. §. nunc videndum sup. hoc tit.* Querit autem **Accursius**, eo casu quo res inspectori data est inspicienda, solius dantis gratia, quo casu diximus dolum duntaxat præstare illum debere, an inspector probare debeat, se sine dolo malo rem amisisse, an verò is qui inspiciendam dedit dolum malum inspectoris interuenisse? Et tandè cum **Azone** rectè concludit ex iuris regula, eum qui dolo factū esse dicit dolum probare debere *l. quoties 19. §. qui dolo inf. de probat.* Is enim qui dicit probare debet non qui negat *l. 2. eo. l. omnia 32. aliàs l. cum ita §. species de legat. 2. l. si nulla 8. C. de pign. act.* Planè amissionem probare debet is qui se dicit rem perdidisse. Culpam autem amissionis ille qui allegat *l. si creditor 5. eod. tit.* vbi **Bartholus**.

a Et ideo furti habebit actionem. **RAT. DV B.** Furtum est contractio rei alienæ inuito domino *l. 1. inf. de furt.* At qui is qui rem suam inspiciendam dedit, licet inspectoris gratia, non eo minus dominium rei sue retinet, in dolo longè magis, quam is qui rem suam commodauit rei commodatario *l. 8. sup.* Ergo si eius rei furtum factum sit, furti actio ipsi debet competere, non inspectori.

DEC. Furti actio non tantum domino competit,

sed etiam iis omnibus quorum ex iusta & honesta causa interest *l. cuius 9. l. si vendidero 80. §. 1. inf. de furt.* Atqui ex honesta causa eius interest, qui rem inspiciendam accepit, eo nimirum casu quo periculum ad eum pertinet, quia eo nomine tenetur ei qui inspiciendam dedit, ut proximè diximus: ergo ei actio furti danda est, non domino, cuius nihil interesse videtur, cum paratam habeat aduersus inspectorem pro sua indemnitate actionem *l. rem inspiciendam 78. eod. tit. de furt.* *l. ungue l. 1. v. per. aliàs l. idem Pomponius l. 4. vlt. in pr. sup. Naui caup stabul.*

b Sed et si dum refertur perit. **RAT. DV B.** Commodatarius tenetur ad rem commodatam omnimodo reddendam *l. 1. §. is quoque inf. de oblig. & action.* Ergo suo & periculo & sumptu debet eam reddere, quia utilitatis ipsius gratia id fit, ut liberetur *arg. l. sed et si 11. §. 1. vbi Accursius sup. ad exhib.*

DEC. Commodator qui commodatario mandauit, per quam personam res commodata referretur, sibi debet imputare, cur minus idoneam personam ad rem referendam elegerit, eumque hoc ipso sit in culpa malæ electionis, non debet ipsius culpa ad commodatarij damnum pertinere: si verò commodatarius ipse rem referendam commisit ei cui voluit, æquè culpam præstare debet, si sui tantum gratia commodatum accepit, quia æquè in culpa est, quod non satis idoneam personam elegerit per quam res commodata rectè, id est, tuto perferri referri que posset. At subiicitur in *l. seq.* Quod si commodantis tantum gratia commodatum factum fuerat, solum dolum commodatarius præstabit *l. si mei causa 11. inf.* Est igitur illa inter hos casus differentia, quod commodatore ipso mandante distinctio locus nullus est, an ipsius, an commodatarij gratia commodatum factum sit, quia tum etiam cum solius commodatarij fauor versatur, voluntati tamen commodatoris obtemperare commodatarius debet, neque culpa ei aliqua obici potest, quod minus idoneam personam elegerit, quia non elegerit. At cum ipse commodatarius committit certæ personæ rem referendam, si quidem sui tantum lucri gratia commodatum accepit, diligentior esse debuit ad idoneam personam eligendam, nec caret culpa si malè eligat, culpam porò præstare hoc casu debet, ut diximus. Si verò favore commodantis accepit commodatum, est quidem perinde in culpa si minus idoneum latorem eligat. Sed non ideo tenetur, nempe quia culpa hæc longè distat à dolo, quem solum præstare hoc casu commodatarius debet. Atque ita bene **Accursius** noster distinguit, licet nullam distinctionis suæ rationem adferat. Idcirco fortassis, quod ex iis quæ iam dicta sunt, satis aperte pendeat. Idem tamen distinguit in *l. seq.* quomodo etiam **Bartholus** hic, an fuerit actum inter contrahentes, ut commodatarius per seipsum rem commodatam referret an non, ut priore casu omnimodo teneatur commo-

datarius, tanquam qui eo ipso sit in culpa, quod ipse rem non referat, ut debuit, quibus idoneum hominem elegerit, aut eam, qui idoneus putabatur, non enim alium, quam scilicet sum eligere debuit *l. si procuratorem 8. §. si tutores inf. mandat. leg. 2. sup. si mens. fals. mod. dixer. l. vlt. §. hac autem actione vers. feruorum sup. nauis. caupen. stabul.* Posteriore autem casu non teneatur, commo data: ius nisi fuerit in culpa malæ electionis *leg. argentum 20. inf. hoc tit. l. nam & seruus 21. §. vlt. sup. de negot. gest.* Quod si dubitetur quid inter contrahentes actū sit, non aliud dici potest, quam quod post **A. C. R. I. A. l. l. seq.** valeat **Bartholus**, ut ex qualitate personarū, & rei, & ex eo quod consuetū est, perpendi hoc & æstimari debeat *l. vel vniuersorum 12. inf. tit. pro. l. plenum 12. §. equit. sup. de vsu & habit. l. continuus 137. §. cum ita de verb. oblig.* Alias distinctiones addit hic **Bartholus** de nuncio qui mittitur ab eo, cui res

debet referri. Plerumque enim facti questio est, an nuncius ille sit, qui se talem dicit, nisi se talem probet: sibi enim debet imputare & suæ credulitati, si pro nuncio admiserit eum qui non erat *l. qui hominem 34. §. si nullo inf. de solut. l. 1. §. 1. sup. de eo per quem fact. erit. l. si quis uxori 52. §. apud Labzonem inf. de furt. cap. prudentiam vbi Innocent. exir. de offic. deleg. nisi forte solitus erat dominus eo uti tanquam nuncio. Hoc enim sufficit, ut ei qui nuncium ipsum credidit nihil imputari possit *l. vlt. inf. quod cum eo qui in alien. potest. l. si quis seruo 18. §. l. seq. inf. de solut.* Aliud est, si quis non nuncio, sed latroni literarum soluerit, aut rem reddiderit, cum ita mandatum esset, ut latroni solueretur aut res præstaretur. Hic enim semper securus est, nec facti questio relinquatur utrum nuncius fuerit qui latroni literarum fuit, vide **Bart.** in *l. Lucius 24. inf. de fideiuss.**

II. VLPIANVS libro 29. ad Sabinum.

Si mei causa, dolum tantum. Commodatam rem missus qui repeteret, cum recepisset, aufugit. si dominus ei dari iusserat: domino perit, si commonendi causa miserat, ut referretur res commodata: ei, cui commodatus est.

Ad l. Si mei causa 12.

Pendet initium huius legis ab iis quæ diximus ad finem: *legi eum qui no. sup.* & posteriorem distinctionis illius partem continet, si res commodata dum referretur perierit apud eam cui commodatarius rem commisit, an scilicet commodatarius sui causa commodatum accepit, an gratia commodantis, ut priore casu culpam quoque præstare commodatarius debeat, posteriori verò non nisi dolum: superiori questionem proxima & finitima illa est, quæ in *§. 1. huius legis* proponitur, si missus ad rem commodatam repetendam, et recepta aufugerit, cui res perierit. Respondet autem **Vlp.** cum distinctione scilicet perierit domino, eidemque commodatori, si iusserat, ut huic nuncio res commodata redderetur, contra verò, si commonedit tantum gratia, ut res commodata referretur, dominus eum miserat, commodatario perierit. Ratio dubitandi erat, quia erat verè hic nuncius, nec dubitabatur, quin à domino ad res commodatam repetendam missus esset, ut proinde videretur commodatarius omnimodo liberandus & sine distinctione, qui rem commodatam verò commodatoris nuncio reddidisset. Quid enim refert, an per se, an per nuncium, quis rem suam reposcat? An non potest ei imputari, cur minus idoneum, minusque fidum nun-

ciū elegerit? Secundū ea nimirum quæ in præcedentibus proximè disputauimus *l. mulier 41. §. seq. inf. ad SC. Trebell.* Sed distinctionis ratio est, quia is qui nuncium mittit ad commodatarium, commonendi tantum ipsius causæ, ut rem referri curaret, non ideo videtur ei mandasse, ut per eum ipsum nuncium rem referri curaret: non enim si putauit eum idoneum ad commonendum, consequens etiam est, ut idoneum putaret, ad rem referendam. Aliud siquidem officium est commonendi, aliud verò rem referendam accipiendi, nec debuit commodatarius consentire nuncio mandati fines excedenti *leg. diligenter 5. inf. mandat.* Quid ergo si nuncius hic commodatario meatitus sit, dicens missum se ad rem commodatam recipiendam, cum reuera non nisi commonendi gratia missus esset? Respondet **Accursius** post **Azonem**, & rectè, non debere id nocere commodanti, sed commodatario potius, cui imputandum est, quod tam credulus fuerit ex *leg. cum quis 38. §. si debitorem leg. qui hominem 34. §. si nullo inf. de solut. leg. 1. §. 1. sup. de eo per quem fact. erit.* tuam enim cuique credulitatem nimitiam ei nocere æquius est, quam alteri *leg. 3. §. sed si sic accepit inf. de in rem vers. leg. 2. quod fals. tutor. autoritat. leg. vltim. in princip. Cod. de accusat.*

III. POMPONIVS libro 11. ad Sabinum.

Si is, qui commodatum accepit, non apparentis rei nomine commodati condemnatur: cauendum ei est, ut repertam dominus ei præstet.

Ad l. Si is is qui 13.

RAT. DV B. & DECID. ad initium huius legis eadem est, quæ ad *leg. si per certo 5. §. 1. sup. hoc titulo*, vbi diximus. Vterque enim locus est de re commodata extante quidem, sed non apparente, id est quæ in rerum quidem natura adhuc sit, sed quæ tamen vbi sit, ne sciatur. Nam si perempta esset, ut in superiorum legum casibus, non nisi frustra & ridiculè querendum esset de cautione præstan-

da, ut repertam rem dominus commodatario præstaret, quæ nec reperiri unquam, nec præstari amplius posset. Ideo autem cauendum est commodatario, ut repertam rem dominus ei præstet, quia commodatarius litis æstimationem præstando, rei commodatæ dominium sibi acquisiisse intelligitur *diff. l. 5. §. 1. sup.* sed verum tamen est, quod **Accursius** notat, si æstimationem quam à commodatario accepit, malit ei reddere ex *l. in commutato 18. §. vlt. inf. eod.*

¶ Si quem quæstum fecerit is, qui experiendum quid accipit: veluti si iumenta fuerint, eaque locata sint: id ipsum præstabit ei, qui experiendum dedit, neque enim ante eam rem quæstui cuique esse oportet, priusquam periculo eius sit.

Ad §. 1. Si quem quæstum.

RAT. DVB. Mercis locationis non ex re ipsa, sed ex negotiatione percipitur, quomodo de venditionis precio scriptum est in *leg. venditor 21. infr. de heredit. vel act. vendit.* Atqui negotiatus est ille qui iumenta locauit, quæ experienda acceperat, non ille qui experienda dedit. Ergo ad eum quæstum mercedis pertinere debet, non ad dominum. Alioqui ex vnus contractu actio, & lucrum alij quereretur contra iuris regulam: *leg. quæcumque 1. infr. de oblig. & action. leg. stipulatio ipsa 38. §. alteri de verb. oblig. D. c.* Non debet vlla res cuiquam esse quæstui, priusquam eius periculo sit. Est enim secundum naturam cuiusque rei commoda eius scilicet, quem sequuntur incommoda *leg. secundum naturam 11. de regul. iur. leg. Iulianus 13. §. ex vendito & §. si quid seruo infr. de action. empr. leg. final. §. penult. Cod. de furt.* Atqui is qui iumenta experienda accepit à domino empturus postea si placereat, non fit de minus antequam emerit, quia nullam adhuc possessionem habet, nullamque titulum possessionis. si quam haberet, sine titulo autem non transferretur dominium nec si res à domino tradita sit *leg. nunquam nuda 31. de acquir. rer. domin.* Proinde non possunt iumenta eius esse periculo, quamuis ea locauerit: sine cum Accursio dicas factum eum fecisse, quasi qui re commodata vsus sit ad alium vsum sciens & præter domini voluntatem *ex leg. si vt certo 5. §. quimodò supr. hoc titulo.* (nam vt idem notat Accursius, eius demum periculi gratia permittendum alicui est, quæstum facere ex re aliena, quod ipse vlti d & ex

2 ¶ Si libero homini, qui mihi bona fide seruirebat, quasi seruo rem commodauero: videamus, an habeam commodati actionem. nam & Celsus filius aiebat: si iussissem eum, vt aliquid faceret, vel mandati cum eo, vel præscriptis verbis experiri me posse. idem ergo & in commodato erit dicendum, nec obstat, quod non hac mente cum eo, qui liber bona fide nobis seruiret, contraheremus, quasi eum obligatum habituri. plerumque enim accidit, vt extra id, quod agitur, tacita obligatio nascatur: veluti cum per errorem indebitum soluendi causa datur.

Ad §. 2. Si libero homini.

RAT. DVB. Qui contrahit cum libero homine bona fide seruiente, non ea mente contrahit, quasi eum obligatum habiturus: Scit enim aut scire debet non posse obligationem contrahi nimirum civilem, ex qua nascatur actio inter dominum & seruum *l. nec seruus 41. infr. de pecul. l. serui 14. de oblig. & act.* Atqui actus nonquam operantur vltra intentionem agentium *vulg. l. non omnis 19. & l. præced. supr. de reb. credit.* Ergo si libero homini, qui bona fide mihi seruirebat, quasi seruo meo, rem aliquam commodauero, actionem commodati cum eo habere non possum, quia cum seruo nulla actio est, nec si extraneus cum seruo contraxerit *l. cum seruo 107. de regul. iur. D. c.* Plerumque accidit, vt extra id quod agitur, tacita obligatio aliqua nascatur, veluti cum per erro-

bona fide vel ex natura contractus susceperit, vt in *l. si vnus 67. §. 1. infr. pro socio,* non etiam si ob id quod in aliena re dolo malo versatus sit, cum nemo ex dolo suo lucrari debeat *leg. ne ex dolo 12. supr. de dolo leg. itaque fulto 12. §. 1. infr. de furt. leg. 1. Cod. de rei vindic.* siue dicas, quod malo, cum Bartolo, non videri hunc qui commodata iumenta experienda acceperat, is vnum esse aliter quam vni debuerit, id est quæ nec factum fecisse, tametsi ea locauerit, quando quidem & experiendi gratia locari poterunt *leg. cum qui 10. supr.* Non enim potest hoc casu periculum transire locatio in eum qui experiendi gratia acceperat, cum nihil sit quod imputari ei possit, aliter atque si defultor fuerit, qui in his iumentis eueniret & vicerit vt in *leg. apud Labeonem 20. infr. de præscr. verb.* siquidem periculi materiam maiorem præter certamen, quam locatio. Et consequenter nullo modo dicendum est, quæstum locationis ad eum pertinere, qui iumenta experienda acceperat, cum inter contrahentes id actum esset, vt experientiam gratuitam acciperet, non etiam vt ex inuestis illis quæstum faceret *l. apud Labeonem, vbi hanc ob causam dicitur, quod in hac lege omnino ex illa suppleendum est, competere actionem præscriptis verbis, ei qui experienda iumenta dedit, vt non modò iumentorum restitutionem, sed etiam id ipsum lucrum, quod ex locatione procedit, consequatur, ne prius quæstum ex iumentis faciat, quam eius periculo esse acciperit, vt in hac lege scriptum est. Planè si per se facta & secuta esset, emptio danda esset ex vendito actio, non præscriptis verbis *d. leg. apud Labeonem §. 1.**

rorem indebitum soluendi causa datur, nam & hæc nascitur obligatio & conditio indebiti præter mentem contrahentium, quæ illa est, vt obligationem quam subesse putant, distrahant, non vt contrahant nouam *l. §. 5. is quoque qui non debitum infr. de oblig. & act.* Non enim ob id minus obligari quis debet, quod de obligando eo neq; actum neq; cogitatum sit, si modo iusta sub sit causa & materia eius obligandi, nec quicquam repugnet ex parte rei vel personarum, siue error sit in iure consecutus, vt Bartolus loquitur, siue in antecedente & consequente *l. cum fundus 12. §. seruum supr. de reb. credit. leg. si procurator 8. §. si liber homo infr. mandat.* Atqui cum homini libero quasi seruo meo rem commodauit, nihil repugnat neque ex parte mea, neque ex parte commodatarij, quominus actio commodati nascatur, cum & traditio rei interueniat, & is qui commo-

datum accipit, liber homo sit, qui proinde etiam ciuilitè obligari mihi potest, & ipso iure *leg. homo liber 54. §. 1. infr. de acquir. rer. domin. ad eò vt si mihi damnum dederit, etiam damni iniuria, & lege Aquilia mihi tenetur, vt ibidem subicitur, & scriptum est in *leg. liber homo 13. §. 1. supr. ad leg. Aquil.* Ergo non tantum æquitas, sed etiam iuris ratio facit, vt statim atque liber competus est, habere debeam contra eum mandati actionem. Quemadmodum & si iussissem aliquid eum facere, vel mandati cum eo, vel saltem præscriptis verbis experiri possem, vt Celsus filius dicebat. In quo tamen videtur Celsus à Labeone differre, quæ Paulus refert in *l. atqui natura 19. §. si libero supr. de negot. gest. existimasse, non esse hoc casu cum homine libero mandati actionem, quia non libera voluntate exequitur rem sibi mandatam, sed quasi ex necessitate seruili. Ex quo inferebat subsidiam ergo actionem negotiorum gestorum hoc casu competere, quia & gerendi negotij mei habuerit affectionem, & is fuit quem obligare iure possem: Quæ ratio certè tam vera & aperta est, vt Labeonis sententia longè probabilior esse videatur, quam Celsi: qui nec adfirmare ausus est mandati actionem hoc casu competere, cum adiecerit, *vt præscriptis verbis, cui actioni***

locus esse solet, vt sæpe monuimus, quoties de nomine vel iure actionis dubitari probabiliter potest, an & quæ competat, quia tutius semper est agere præscriptis verbis, vt malè ac perperà electæ actionis periculum euitetur, vt in *l. si gratiam 17. in princip. l. Titius 24. infr. de præscr. verb. iunct. l. 1. supr. hoc tit.* Nam quæ ab Irnerio, Azone, & Accursio, & Bartolo adferuntur conciliationes, cum verbis huius §. aperte repugnent, probari certè nullomodo possunt. Alia species est, quæ ab Vlpiano tractatur in *d. l. si procuratorem 8. §. si liber homo infr. mandat.* vbi liber homo bona fide seruens mandasse, non autem mandatum executus fuisse proponitur, quo casu ratio Labeonis locum non habet, sicut neque cum tractatur de commodato, de quo hæc agimus. In cæris ramque actionibus omnibus prudentes consenserunt, posse illas nasci & exerceri contra liberum hominem ex omni negotio, quod is bona fide seruens gesserit. Solam mandati actionem, Labeo excipiebat casus speciale ius illud est, vt quemadmodum non nisi ex præcedente mandato potest competere *leg. ex mandato 20. §. 1. infr. mandat.* ita neque ex alio mandato quam, quod libera voluntate & susceptum & executioni mandatum sit.

14. VPIANVS libro 48. ad Sabinum.

Si seruus meus rem meam tibi, scienti nolle me tibi commodari, commodauerit: & commodati, & furti nascitur actio, & præterea conditio ex causa furtiua.

Ad l. Si seruum 14.

RAT. DVB. Non potest fieri, vt ex eodem facto duæ contrariæ actiones & incompatibiles nascantur, nisi contra furem & ipsius odio *§. si itaque Instit. de action.* Atqui actio commodati, & actio furti, nascuntur ex eaus & fontibus non modò diuersis, sed etiam contrariis & incompatibilibus. Actio enim commodati nascitur ex consensu domini, sicut & cætera omnes, quæ ex contractu vel ex quasi contractu oriuntur *l. in omnibus 55. & l. 57. infr. de oblig. & action.* Furti autem actio nascitur ex eo quod qui inuito domino rem alienam contrectauerit *l. 1. infr. de furt.* Implicat autem contradictionem, vt dominus cuius rem seruus commodauit, & consenserit commodato, & non consenserit. Ergo nec illud fieri potest, vt ex eo facto serui commodantis, rem quam commodatarius sciat nolle sibi commodari, & commodati actio nascatur, & furti, nec rursus vt conditio quoque furtiua, nemo enim ex eo solo qui commodatum acceperit, obligatur condictione furtiua, sed ex eo tantum quod rem commodatam nolit dolo malo reddere, quomodo de deposito scriptum est in *l. si quis inficiatus 13. §. 1. infr. de deposit.* nec est quod quis dicat, odio furis posse hoc admitti *d. §. si itaque, Furem verò eum esse, qui rem commodatam accipit à seruo illius, quem sciebat nolle sibi commodare. Ita enim esto, vt furti actio dari hoc casu debeat, de quo nec dubitandum est: Quis dicat idèd commodati quoque actionem nasci ex eo serui facto debere: & verò fatentur omnes, non posse ambas istas actiones à domino exerceri tanquam contrarias *ex leg. 1. C. de furt. sed separant exercitium actionum ab earum naturitate, quasi contrarietas sit in exercitio actio-**

num, non etiam in earum competentia, & naturitate. D. c. Actio commodati nascitur ex commodato, commodatum autem facti est, vt & contractus omnes cæteri *l. consilio 7. §. vlt. infr. de curat. furios.* ac proinde fieri etiam à seruo potest, qui scilicet cæteris eorum omnium est, quæ sunt facti *l. nec seruus 41. infr. de pecul. leg. qui heredi 44. de condic. & demonstr.* Ergo ex commodato quo seruus meus fecerit, etiam me inuito, commodati actio nasci potest: nec enim domini consensus in hoc est necessarius, licet eius res sit, sed serui commodantis. Nihil autem repugnat quominus seruus meus commodatam tibi rem meam velit, & ego nollm. Ex eo quod seruus meus rem meam commodatam tibi vult, & commodat, nascitur mihi etiam inuito actio commodati, ex eo autem quod inuito me id factum est, nascitur mihi actio furti, & conditio furtiua. Nulla igitur est implicatio, vt ex eo serui mei facto, & commodati actio & furti, itemque conditio furtiua mihi acquiratur. Nascitur enim commodati actio ex serui mei voluntate. Furti autem actio & conditio furtiua ex mea voluntate. Planè in exercitio harum actionum repugnantia & implicatio est, quoniam is qui agit commodati hoc ipso factum serui adprobat, quod contra improbat, cum vel furti agit, vel condictione furtiua. Quod & in mandati actione iuris est *d. l. 1. C. de furt. l. si seruus alienus 66. de fideiuss.* Repugnantia autem ex eo proficiscitur, quod dominus solus ille est, qui agit & furti, & commodati, aut mandati. Non enim sicuti contrahere, ita & actionem ex contractu exercere seruus potest. Ac proinde non quemadmodum alia est persona commodantis, alia furtum patientis, ita & dici potest aliam esse personam agentis actione commodati, aliam verò agentis actione furti: quamuis non sit nouum.

vt actio mandati cum actione furti inter easdem personas concurrat, vt in specie leg. si mandauero 22. §. si tibi centum infr. mandas. Vera igitur ratio propter quam si commodati egero, postea furti agere non possum, non illa est, quam priore loco adfert Accursius, quod interesse sim consecutus, (eanamque ratio in actionibus rei persecutoriis locum habet, non in iis, quarum altera sit rei persecutoria, altera merè pœnalis leg. si is cui 71. in princip. infr. de furt.)

15. PAVLVS libro 29. ad Edictum.

Commodare possumus etiam alienam rem, quam possidemus: tamen si scientes alienam possideamus.

Ad l. Commodare 15.

RAT. DVB. Commodatum species quædam beneficij est l. in commodato 17. §. sicut infr. hoc tit. Acqui species furti est, largi ex alieno & sibi acquirere beneficij debitorem l. si pignore 34. §. 1. infr. de furt. Ergo non debuit recipi, vt commodate quis rem alienam posset, præsentim quam alienam esse sciret. Nam neque id videtur esse ex bona fide, cum tamen commodatum bonæ fidei contractus sit, vt scripsimus leg. 3. §. in hac supr. §. actionum instit. de action. DEC. Commodatum neque dominium neque possessionem rei commodatæ transferit in accipientem leg. rei commodate 8. & seq. supr. hoc titulo. Et tamen negari non potest quin aliquod negotium geratur inter commodantem, & commodatarium dict. leg. in commodato 17. §. sicut infr. Nec proinde, quin æquum sit rem commodatam à commodatario restitui commodatori, comparata in eam rem actione commodati, vt diximus ad leg. 1. supr. Nihil ergo vetat quominus etiam res aliena commodari possit à non domino, non modo qui sciat esse alienam, sed qui prædo quoque sit, cum ex ea re nullum domino damnum inferatur, cui non eo minus libera est rei suæ vindictio, aduersus commodatarium, vt & aduersus alium quemcumque possessorem: Quomodo euenit re

16. MARCELLVS libro 5. Digestorum.

Ita vt, si fur, vel prædo si commodauerit, habeat commodati actionem.

Ad l. Ita vt, si fur 16.

RAT. DVB. Nemo ex improbitate sua potest sibi acquirere actionem, vt neque lactum aliud vllum. Est enim lucri species acquirere sibi actionem, cum ex eo locupletior quis fieri existimetur leg. si quid possessor 31. in princip. supr. de hered. petit. Vnde est quod fur agere furti non potest, leg. itaque fulto 12. §. primo infr. de furt. Ergo nec si rem furtiuam commodauerit, permittendum ei est, vt commodati agat. Multoque minus prædoni & raptor, qui fur improbius esse dicitur leg. item si cum 14. §. qui inulit. supr. quod mee. caus. leg. 1. infr. vi honor. rapt. DEC. Contractus omnes tam qui ex gentium, quam qui ex civili iure comparati sunt, itémque obligationes quæ ex his contractibus, & actiones, quæ ex his obligationibus proficiuntur, non aliam rationem habent, quam vt sibi vnusquisque acquirat, quod

inulit. l. in rebus 18. §. siue autem hoc tit. l. vnde queritur 7. §. 1. vbi diximus supr.) sed illa potius quæ posteriore loco adfert, quod agendo commodati ex contractu feruamci, hoc ipso ratu habeat quod feruamci meus gessit & l. si feruus 66. de fideiuss. quæ admodum & is qui à sententia contra falsum procuratoris reddita appellat, hoc ipso falsi procuratoris factu habere ratu intelligitur l. §. falsus procurator infr. rat. rem haber. Est autem ratio hæc non tantu iuris sed etiã æquitatis d. l. 1. C. de furt.

aliena vendita: nam & rem alienam vendi quoque posse placuit leg. rem alienam 28. infr. de contr. empr. Quamuis ex venditione aliquo casu dominium transferatur, nempe si venditor sit ipse dominus leg. ex empto 11. §. 1. infr. de action. empr. leg. traditio 20. de acquir. rer. domin. Aded vt non possit videti ea res vendita de cuius dominio actum est, ne emptori acquiratur leg. perult. in fin. de contr. empr. Cum è contrario non possit dici res commodata, si aliquo casu de dominio in commodatarium transferendo conuenit d. l. rei commodate 8. & seq. supr. neque in eo quicquid sit contra bonam fidem, tamen si alienam rem quis commodet, quam sciat alienam. Bonam enim fidem in hoc contractu, vt & in ceteris omnibus bonæ fidei contractibus æstimatur ex negotio ipso, quod geritur inter contrahentes, non ex eo quod alteruter contrahentium extra causam contractus in bona vel mala fide fuerit. Nam nec quicquam prohibet eum, qui respectu domini sit in mala fide, respectu tamen illius cum quo contrahit, bonam fidem habere, puta si quod ex alieno habet apud ipsam deponat, vel ipsi vendat aut commodet. Nemo enim rem alienam deponendo, vel commodando fur sit, aut prædo, sed eam contrahendo inuito domino, quod sit priusquam commodatum, vel depositum, vel venditum contrahatur.

sua interest l. actiuum 25. §. 1. de oblig. & act. l. stipulatio ista 38. §. alteri de verb. oblig. Atqui etiam furis interest, vt si rem furtiuam deposuerit, vel commodauerit, furti actionem habeat, cum ad rei restitutionem domino teneatur leg. 1. §. si prædo 39. infr. de furt. leg. non à iudice 64. supr. de iudic. Idem est si prædo rem pignori dederit leg. si pignore 22. §. si prædo infr. tit. pro: Ergo neque commodatarius, neque depositarius, neque creditor pignoratitius, qui rem à prædone accepit, recusare potest, quominus actione depositi, vel commodati, vel pignoratitia conuentus eam restituat, nisi forte dominus ille sit, qui cum prædone contraxerit. Nō enim bona fides patitur, vt dominus re suã possessori restituere teneatur l. bona fides 31. in fin. infr. de furt. Neq; verò his casibus fur, & prædo ex improbitate sua acquirunt actionem, sed ex contractu quæ bona fide inierit, licet ipsi malæ fidei possessores sint, si proximã & immediatã causam respicias non si remotam, & mediatam, vt iam olim contra

Inerium

Inerium Accursius disputauit ad dict. leg. 1. §. si prædo infr. de furt. Longè que dissimile est. quod obieci-mus furem furti agere non posse dict. leg. itaque 12. §. sed furti infr. de furt. Nam vt ibidem Accursius disputat, valde differt actio furti à ceteris, in eo maxime, quod actio furti ei potissimum datur, cuius maxime interest, magis autem interest domini, cuius res furto subtrahita est etiam furi, quam furis, actio autem commodati non potest alij dari quam ei qui contraxit, fur porò non dominus contraxit, quamquam ratio hæc si propius inspicias, magis probat cur furti actio danda sit domino tū quoque cum priori furti factu est, quam cum ipsi etiam furi danda non sit, cum negari non possit, quin ipsius quoque furis interest, cum ad rei restitutionem domino teneatur dict. leg. 1. §. si prædo infr. de furt. Dicendum itaque est cum Vlpiano in dict. leg. itaque, furti actionem idè furi non competere, quia ex improbitate sua, & delicto suo actionem consequi non debet, consequeretur autem si actionem furti haberet ob id solum, quod eam rem furto subtraxisset. Non enim sufficit interesse nisi ex honesta & iusta causa inter sit leg. cuius interfuit 9. eod. tit. de furt. leg. 3. §. sciendum supr. ad exhib. Tam autem interest furis ex honesta causa, cum ipse contraxit, & rem furtiuam deposuit vel commodauit vel pignori dedit, eamque ex contractu reposcit, vt eandem domino restituat, quamuis non nisi tanquam fur ad restitutionem eius teneatur: quia honesta semper est restitutio rei alienæ tamen si furtiuæ, dum ne ex furto ipso solo actionem sibi paret ille qui factum fecit, cum autem hoc casu de sola possessione agatur, sola possessio æstimanda est non proprietatis l. 3. in fin. infr. vi possid. nisi cum æstimatio sit per iurandum in litem, vt in l. 3. §. in hac supr. aut cum delictum aliquod interuenit, quo casu proprietatis æstimanda est, non possessio l. non abs re 10. C. vnde vi l. conductores 34. C. de locat. & ita bene hic distinguit. Alia quæstio est, si dominus non ex contractu agat cum eo cum quo contraxit, sed rei vindicatione, an dominij quæstionem ei referre depositarius vel commodatarius possit. In qua quæstione verius est, posse, quisquis enim agit rei vindicatione, sibi eam

legem imponit, vt non aliter possit vincere, quam si se dominum probet plenissimè, impleatque intentionem, quia dominum se dicit l. in rem 23. in princip. & pass. supr. de rei vindicat. l. doco 9. l. vlt. C. eod. Nec querendum est de iure possessoris, nisi postquam petitor plene probauerit leg. 2. infr. vi possid. leg. 4. Cod. de edend. neque hoc casu locum habet, quod scriptum est in leg. si quis conductionis 25. Cod. de locat. non prius esse audiendum conductorem, quam rei conductæ possessionem locatori restituerit, quod & ad depositarios, & ad commodatarios, & si qui alij similes sunt, interpretes nostri trahunt, data iis vtili conditione ex dict. leg. si quis locationis, quæ de solo conductore loquitur. Id enim obtinet cum agitur ex contractu, vt & in l. nec creditores 10. C. de pignor. act. non etiam cum rei vindicatione, nisi ponas possessorem esse prædonem, in quo singulari iure receptum est, vt dominij quæstionem referre nunquam possit, nec si directa rei vindicatione conueniatur: Olio scilicet malæ fidei, & spoliationis leg. si quis emptionis 8. sed hoc super illis Cod. de præscript. 30. vel 40. annor. Planè etiam cum ex contractu agitur, potest interdum accidere, vt etiam ille ipse qui contraxit, referre possit quæstionem dominij. Non equidem negando actorem esse dominum (nihil enim vnquam commune habet ius contractus cum iure dominij, dummodò talis contractus sit, qui etiam in re aliena possit consistere, vt emptio depositum, & commodatum leg. proxim. supr. non etiam mutuum aut pignus leg. 2. §. mutui datio supr. de reb. credit. leg. & qua roudum 15. §. quod dicitur infr. de pignor. Sed dicendo se dominum, iis nimirum casibus quibus obligari dominus eo contractus genere non potest, puta si quis rem suam emerit, aut conduxerit aut depositi vel commodati vel pignoris titulo acceperit. Cum enim hi contractus ipso iure non valeant leg. neque pignus 45. de regul. iur. nulla ex iis actio nasci potest l. qui rem 15. infr. de furt. l. qui rem propriam 20. C. de locat. l. sua rei 16. infr. de contr. empr. Itaque his casibus non tam exceptione dominij actor repellitur, vt in leg. pen. supr. de Publician. quam quia sine actione agit, contra l. si pupilli 6. §. vlt. supr. de negot. gest. agendo ex eo contractu qui iure ipso non tenet.

17. PAVLVS libro 29. ad Edictum.

In commodato hæc pactio, ne dolus præstetur, rata non est.

Ad l. In commodato 17.

RAT. DVB. Contractus omnes ex conuentione legem accipiunt leg. 1. §. si conuenierit infr. de furt. nec refert, an pactum sit adiiciens, an detrahens leg. pacta conuenta 72. contr. empr. Ergo quamuis ex natura contractus commodati teneatur commodatarius de dolo, & quidem de dolo tantum, vt in deposito, quia depositum deponentis solius gratia sit, commodatum autem regulariter solius commodantis causa, vt diximus ad leg. 5. §. nunc videndum 1. supr. hoc titulo. dicendum est fieri posse per expressam conuentionem, vt ne quidem de dolo commodatarius teneatur. DEC. Ea demum pacta dant legem contractui, cum ab initio aut incontinenti non ex interuallo adhibita sunt, quæ nec legibus nec bonis moribus aduersantur leg. iuris gentium 7. §. ait prætor supr. de pact. leg. pacta qua contra 6. Cod. eod. Nam neque contractus stricti iuris

Tom. III.

ris eiusmodi conuentiones patiuntur leg. stipulatio hoc modo concepta 61. de verb. oblig. leg. 4. Cod. de inutil. stipulat. quia primu iuris præceptum est, vt honestè viuamus leg. iniuria 10. §. 1. supr. de iustit. & iur. Honestum autem non est, id è quæ nec possibile esse creditur, quicquid est contra bonos mores leg. filius 15. & præced. infr. de condic. instit. Atqui contra bonos mores est, si conueniatur, vt in actione commodati dolus non præstetur, quia inuitat commodatarium ad delinquendum, dolumque admittendum, quem sciat fore impunitum, qui tamen impunitus manere nunquam debet l. procurator 11. §. 1. infr. de doli mal. except. Ergo non potest in commodato valere pactio, ne de dolo futuro agatur, vt nec in alio vllò contractu, maxime verò qui sit bonæ fidei, vt puta depositi leg. si vnus 27. §. illud nulla supr. de pact. Quamuis in dolo præterito aliud sit. Nec enim doli præteriti remissio inuitat ad delinquendum, sed delicti condonatio est. Planè quemadmodum

GG 3

valet pactio, ne depositus agatur, quamuis qui sic paciscitur, ut ipsa pactio videatur ne de dolo agat, cum de dolo tantum depositarius teneatur *diff. §. illud nulla*, (expressa enim nocent, quæ non expressa non nocent, ut habet iuris regula,) ita & in commodatario idem dicendum est, cum utriusque ratio eadem sit, & utriusque contractus eadem præstationes ratione doli, tamen non æquè ratione culpæ, quam depositarius nunquam præstat, nisi

1 ¶ Contraria commodati actio etiam sine principali moueri potest: sicut & ceteræ, quæ dicuntur contraria.

Ad §. 1. Contraria.

RAT. DVV. Actiones contrariae dicuntur ex comparatione directarum, nec possunt, vel intellectui ipso percipi, quin concipiantur directæ, quibus contrariae sunt. Ergo non possunt vltro moueri quin etiam principales, & directæ moueantur. De c. Comparatæ sunt actiones contrariae, ut ei qui actione directa conuenitur, quique directam actionem nullam habet, succurratur, si quid ei ex bona fide vicissim præstari oporteat. Nece enim contrariarum actionum usus vilis est, nisi in negotiis, & contractibus bonæ fidei. Non est autem ex bona fide, ut qui satisfacere alij tenetur, ob id minus conueniri possit, quod agere ipse nolit. Est enim in cuiusque potestate quando agere velit, non etiam quando conueniatur *leg. purè §. §. vlt. infr. De doli mal. except. leg. petend. 6. Cod. de tempor. petend. in integr. restit.* Ergo nihil vetat contrariam actionem commodati etiam ab eo exerceri, qui directa non datur conueniatur *leg. prox. §. vlt. infr. hoc tit.* Idemque in ceteris omnibus contrariis actionibus iuris est *leg. sed an vltro 10. supr. de negot. gest. leg. §. vlt. infr. de contrar. tutel. & vil. actio. leg. vlt. in fin. C. de contrar. tutel. tutel.* Itaque quamuis contrariae actiones præsupponant directas competere, non tamen præsupponunt neque requirunt exercitium directarum. Hoc verò accidit in his contractibus, qui sunt vltro citroque obligatorij quidem, sed non æquè principaliter. Directa enim actio contra eum competit de quo principaliter obligatio actum est, contraria verò aduersus eum qui non principaliter, sed per quasdam tantum consequentias obligatur, ut ei quem principaliter obligatum habet, indemnitatem præstat, si

2 ¶ Si ex facto heredis agatur commodati: in solidum condemnatur, licet ex parte heres est.

Ad §. 2. Si ex facto.

RAT. DVV. Ob rem quæ defuncto commodata fuit, actio commodati, quæ ex eo contractu aduersus defunctum competebat, transit contra heredes commodatarij iure hereditario, cum sit hereditaria: Hereditaria enim actio dicitur quæcunque contra defunctum exerceri potuit *leg. hereditarium 7. infr. quibus ex caus. in poss. est. leg. hereditarium 40. de oblig. & actio.* At qui hereditariae actiones & actus & passus diuiduntur inter heredes pro hereditariis portionibus *leg. 1. Cod. si cert. petat. leg. vltim. Cod. de heredit. actio.* Ergo si plures heredes commodati ius reliquerit, non potest vnus eorum in solidum conueniri, licet ex

sic conuenit *dict. §. si conuenit.* Commodatarius verò semper etiam lenissimam, nisi contraria pactioe sibi prospexerit, non enim contra bonos mores pactio illa est, ne commodatarius de culpa teneatur, quandoque idem culpa multum distat à delicto etiam lata, quippe quæ prope dolam esse dicitur non dolus, ut diximus *ad leg. in actionibus §. supr. de in lit. iur.*

quid ei ex causa eius contractus absit: id enim est quod dici solet in contrariis actioibus non agi de fide rupta, sed de calculo, ideoque in his non iurari in litem *leg. si apud quem §. infr. de pos. neque ex eis in familiam irrogari leg. furti 6. §. vlt. infr. de his qui notant. infam.* Quod si æquè principaliter sint obligationes quæ nascuntur utriusque, ambae sunt directæ nulla contraria, siue diuersa nomina habeant, ut actiones empti, venditi, locati, & conducti: siue idem omnino nomen, ut in actione pro socio. Nam quem admodum tam socius est vnus ex sociis, quam alius, ita tam directa est actio, quæ vni ex sociis competit, quam quæ alteri, neque petenda est ratio diuersitatis ex variatione, & derivatione nominum, quomodo ratiocinatur Bartolus, sed ex qualitate, ac diuersitate negotiorum. Illud planè minus verum est, quod idem Bartolus notat, contrariam actionem eisdem habere præstationes doli & culpæ, quas habet actio principalis, quoties, inquit, contractus utriusque gratia sit: nullus enim contractus dari potest, qui utriusque gratia fiat, æquè principaliter ex quo nascatur actio contraria, cum hoc casu nascantur semper duæ directæ, ut diximus. Proinde nullus casus est, in quo non sint alie præstationes actionis contrariae, alie verò actionis directæ, quia & aliam atque aliam causam habent, & originem non minus ex contrahentium voluntate, quam ex iuris ratione *leg. proxim. §. penult. & leg. penult. infr. hoc titulo.* Sunt quidem omnes bonæ fidei contractus vltro citroque obligatorij (aliud enim est in stipulatione mutuo & donatione, qui sunt contractus stricti iuris, l. Labeo 19. de verb. signific.) non tamen sunt omnes vltro citroque obligatorij æquè principaliter.

facto suo conueniatur, puta si rem commodatam corruerit, aut quouis modo deteriore fecerit, cum actio commodati quæ in eum dirigitur ex facto defuncti, contractusque per eum inito primùm ac potissimùm descendat. Nec enim ex personis heredum prima obligationis causa & condicio immutatur *leg. 2. §. ex his infr. de verb. obligat.* De c. Factum cuique suum nocere debet, non alteri *leg. factum 55. de regul. iur.* ne alteri per alterum iniqua condicio inferatur contra *leg. non debet alteri 71. eod. titulo.* Ergo si vnus ex commodatarij heredibus rem commodatam corruerit, vel deteriore fecerit, solus ille in solidum teneri debet, quia solus facit ne res amplius reddi possit, cum non videatur reddi, quæ deterior

deterior redditur *leg. §. si reddidit supr. hoc tit. leg. 1. §. si res deposita infr. de pos. sit.* Quæ admodum & si vnus ex heredibus totam rem commodatam penes se haberet, is utique in solidum eam restituere teneretur *d. l. §. heres. vbi diximus supr. l. si cado 22. infr. de pos. sit. larg. leg. ex pollicitatione §. infr. de pollicit. l. 3. in princip. De elem. legat. l. in executione 85. de ver. oblig. extra hos casus, nisi heredes omnes consentiant in ipsa re commodata restituerenda, non potest commodator ab his aliud consequi quam æstimari, ne ab vnoquoque scilicet ipsorum proportio de her-*

3 ¶ Sicut autem voluntatis, & officij magis, quam necessitatis est commodatari: ita modum commodati, finemque præscribere, eius est, qui beneficium tribuit. cum autem id fecit (id est, postquam commodauit) tunc finem præscribere, & retrò agere, atque in tempestiuè vsum commodatæ rei auferre, non officium tantum impedit, sed & suscepta obligatio inter dandum accipiendamque geritur enim negotium inuicem: & ideo inuicem propositæ sunt actiones: ut appareat, quod in principio beneficij, ac nuda voluntatis fuerat, cõverti in mutuas præstationes, actionesque ciuiles, ut accidit in eo, qui absentis negotia gerere inchoauit. neque enim impunè peritura deserit suscepisset enim fortassis alius, si is non cõpisset. voluntatis est enim suscipere mandatum: necessitatis, consummare. Igitur si pugilares mihi commodasti, ut debitor mihi caueret, non rectè facies, importunè repetendo. nam si negasses, vel emissem, vel testes adhibuissim. Idemque est, si ad fulciendam infulam tigna commodasti, deinde subtraxisti: aut etiam scians vitiosa commodasti. adiuuari quippe nos, non decipi, beneficium oportet. Ex quibus causis etiam contrarium iudicium vile esse dicendum est.

Ad §. 3. Sicut autem.

RAT. DVV. Non tantum in commodato, sed & in ceteris quoque contractibus omnibus iudicium, ut ab initio sint voluntatis, ex postfacto autem necessitatis *l. sicut 5. C. de oblig. & actio.* Atqui contractus ceteri ex postfacto, & per solam penitentiam reuocari non possunt. Est enim ius illud proprium contractuum in nominatorum, ut ex penitentia reuocantur re integra necdum secuto implemento *l. si pecuniam §. vbi diximus supr. de cond. iudic. caus. dat.* Ergo nihil cause fuit, cur in commodato Vipianus specialiter moneret, quod contractibus omnibus nominatis conuenit generaliter: aut si quis in commodato speciale ius aliquod constitutuere velit, ex eo quod à beneficio & libertate causam habeat, quid absurdum dici potest, quod si non liceat commodatori liberalitatem suam reuocare *l. 2. infr. de precar.* Permitti ergo debet commodanti reuocare commodatum ad nutum & libitum non adhibita distinctione illa an tempestiuè an intempestiuè reuocatio facta sit. De c. Commodatum non sit, nisi ad certum rei vsum, certumque tempus aut expressum, aut tacitum, alioqui precarium est non commodatum *l. §. sed in eundem supr. l. vlt. infr. hoc tit. iur. l. Lucius 2. infr. de do. iur. l. 2. C. de precar.* Ergo neque permittendum est commodatori, ut ante illud vsum, illudve tempus elapsum reuocet commodatum, ne finis eius potest esse contractus reuocare, neque perhibendum, si finito illo vsum & tempore commodatum reuocet, ne in potestate commodatarij sit, rem commodatam inuito commodatore reuocare. Ita sit, ut contra dicitur, qui ab initio sunt voluntatis, & officij ex postfacto fiat necessitatis *d. l. sicut, & liberalitatis est commodato-*

reditaria præterquam si omnes simul cogeret litigare, ut notat Bartolus ex *l. quod si nolit 31. §. si plures infr. de adilit. edict.* quia nec si ageret contra vnum ex heredibus, partis solutio pareret liberationem, ne quidem pro parte, donec ab aliis heredibus vel aliquæ partes solutæ essent, vel quanti eo nomine commodatarij interesset, inquit idem Bartolus ex *leg. si non fortem 26. §. si centum de condit. in deb. dict. leg. si duo de pos. dict. leg. in executione 85. §. pro parte de verb. oblig. leg. stipulatus 9. §. 1. infr. de solut.*

ris ultra vsum, & tempus ab ipso præscriptum vel commodatarij non possit. Et quamuis hominem beneficio adfici inter sit hominis *l. seruus ea lege 7. infr. de ser. ex port.* Seruanda tamen liberalitas est arbitrio illius qui eam exercet *l. cum plures 12. §. per in- fr. de admin. tutor.* non ultra tempus sine expressum siue tacitè prælitatum extendenda, ne contra voluntatem fiat, quod ex voluntate proficitur *l. Imperator 8. supr. de pos. l. Thais 41. §. intra certa tempora infr. de fidei. libert.* Ideoque si non commodatum, sed precarium intercesserit, id est nullo certo vsum, nulloque certo tempore præfinito, poterit liberalitas quandounque reuocari, id est etiam intempestiuè *l. 1. & 2. l. cum precario 12. l. & habet 15. infr. de precar.* Nec videretur is decipi qui precario accepit, cum in hoc nihil fiat aduersus conuentionem, quomodo fieret, si commodatario permitteretur ante præfinitum tempus finitumve vsum rem commodatam reuocare. Potuisset enim commodatarius, si commodator negasset, ab alio commodatum accipere. Beneficio autem iuari oportet eum qui accipit, non decipi. Et hæc quidem ratio æquitalis est, quia officium suum nemini debet esse capiosum, sed adest tamen ratio alia iuris quæ fortior est & quæ impedit reuocationem intempestiuam commodati, nempe quod inter commodantem & commodatum accipientem negotium geratur, cum fiat commodatum per traditionem certa lege factam, quæ semper ali quod *συνάλλαγμα* includit. Non enim nudum pactum est, quoties aliquid certa lege datur vel traditur *l. in traditionibus 48. supr. de pact. l. si dominus 8. infr. de præscr. verb. l. vlt. C. de ver. permitt.* Et consequenter ex contractu commodati inuicem propositæ sunt actiones: ut appareat

ad, quod principio beneficii ac nudæ voluntatis fuerat, conuerti in mutuas præstationes, actionesque ciuiles: quemadmodum Paulus hic scribit, ex quo nostri vulgò inferunt actionem commodati esse ciuilem, sed malè. Est enim prætoris, & hoc prætoris edicto introducta, vt docuimus ad l. i. *supr. vbi* & ad textum hunc respondimus. Cuius longè aliam esse sententiam apparet ex eo quod statim Paulus subiicit, vt accidit in eo qui absentis negotia gerere inchoauit, neque enim impune peritura deseret. Suscepisset enim fortasse alius si is non cepisset. Nemo enim dubitat, quin his verbis actio negotiorum gestorum significetur, quæ indubitanter prætoris est l. 1. 3. *& pass. supr. de negot. gest.* mutuasque præstationes habet l. 2. *eod.* & quam nemo vnquam dixit ciuilem, & quæ competit contra eum qui cepit negotia gerere, nec perfecit, quamuis in aliis negotiis inchoandis non habeat locum l. tutori 20. *C. de negot. gest.* nisi cum alius gestor fuerat, qui huius gestoris contemplatione non accessit l. si pupilli 6. *§. vlt. supr. eod. ill. tit.* vbi diximus. Nec pugnat quod sequitur voluntatis enim est suscipere mandatum, necessarius consummare, quali præcedentia etiam intelligi debeant de eo qui interueniente mandato aliena gessit negotia, quique ideo mandati non negotiorum gestorum actione conueniendus sit. Cum enim actiones mandati & negotiorum gestorum sint profus incompatibiles, quia implicat contradictionem, vt mandatum intercesserit, & vt non intercesserit l. si remunerandi 6. *§. 1. l. ex mandato 20. §. 1. infr. mandat.* quis credat eandem clausulam de vtraque actione intelligi posse, vel debere? Proinde non dubito, quin delenda sit à supradictis verbis dictio mandatum & tota clausula de eo intelligenda qui aliena suscepit negotia gerenda sine mandato. Quamquam non nego in mandato idem iuris esse, vt mandatum suscipere ab initio sit officij & nudæ voluntatis. Consummare autem necessitatis d. l. si remunerandi 6. *§. 1. l. si mandauero tibi 22. §. vlt. eod.* Nam & mandatum contractus est, adeoque nominatus à quo resiliere inuito aduersario nonquam licet. Depositi alia ratio est. Fit enim depositum solius deponentis gratia non etiam depositarij, & idcirco reuocari quodcumque potest ab eo, qui deposuit l. 1. *§. pauli. infr. deposit.* Quærit autem Bartolus si finitum sit tempus, quo potuisti perficere vsum ad quem commodauit, idque absque culpa tua, quia

4 ¶ Duabus rebus commodatis, rectè de altera commodati agi posse Viuianus scripsit. quod ita videri verum, si separatæ sint, Pomponius scripsit. nam cum, qui carucham puta, vel lecticam commodauit: non rectè acturum de singulis partibus.

Ad §. 4. Duabus.

R A T. D V B. Contractus omnes sui naturæ indiuidui sunt, vt & cæterarum rerum omnium substantiæ & essentiæ indiuisibiles existimantur leg. cum ex causa 139. *infr. de verbor. oblig.* Nemo enim pro parte contracturus fuisse credendus est leg. tutor 47. *§. 1. supr. de minor. l. si quis aliam 46. infr. de solut. leg. si non sortem 26. §. si centum supr. de condict. indeb.* Ergo duabus rebus pariter ac simul commodatis, non de altera sola commodati agi potest, sed vel de vtraque simul agendum est, vel de neutra, D E C. Quemadmodum in stipulationibus dici solet, tot esse sti-

fortè in finibus fueris, an possim repetere commodatum. Et respondet rectè, me posse, nec enim casus hic qui tibi contingit, non mihi, nocere debet mihi qui certo de damno vitando, vt profic tibi qui certas de lucro captando, ex litem illa 18. *supr. tit. prox. l. ex conducto 15. alias l. si vno §. item cum quidam infr. locat.*

a Igitur si pugillares. Duobus exemplis probat Paulus quod dixit, non esse audiendum commodantem, si commodatum intempestiuè reuocare velit. Primum est, si pugillares, id est tabulas cæreas mihi commodaueris, vt debitor meus mihi caueret, id est cautionem, & chirographum in iis conscriberet, non est tibi permittendum vt importunè repetas, nam si negasses vel emisisses, vel teles adhibuisses. Quæ verba notanda sunt contra eos qui putant scripturam priuatam, si nullis testibus suffulta sit, non valere: quod non minus falsum est, quam quod alij quidam addant non valere, si scripta sit non adiecto die & Consule, contra l. cum tabernam 34. *§. 1. infr. de pignor.* Alterum exemplum est, si ad fulciendam insulam commodaueris tigna, deinde retraxeris, aut etiam sciens viciosa commodaueris. Vt roque enim casu me beneficio tuo deperis, non adiuueris adiuuari autem nos beneficio, non decipi oportet.

b Ex quibus causis etiam contrarium iudicium. R A T. D V B. Non indiget actione is, qui possidet, cum exceptione tutus est. Tantundem enim præstat ei exceptio quantum actio, nec multiplicanda sunt entia, vt aiunt philosophi, præsertim verò actiones sine necessitate §. 1. *Instit. de actio. l. in naue Saufsey 31. infr. Locat.* Frustra ergo est, dare hoc casu contrarium iudicium commodatario, qui repetitionem commodati suo iure impedire potest, si ad restitutionem vrgeatur, vt proximè diximus. D E C. Non est nouum, vt eiusdem rei nomine actionem quis habeat, & exceptionem. Solemus enim dicere, et qui actionem habet, multo magis dan dam esse exceptionem leg. 1. *§. is autem infr. de superfic. l. inuitus 156. §. 1. de regul. iur.* quamuis difficilior sit, vt non possidenti detur actio, quam possidenti exceptio & reuocatio l. 1. *infr. de pignor.* Nihil ergo prohibet, quominus & exceptio detur commodatario, & actio contraria aduersus commodantem, qui commodatum intempestiuè reuocauit. Iunge leg. si mandauero 22. *§. vltim. infr. mandat. leg. proxim. §. item qui sciens hoc tit.*

pulationes, quot sunt res leg. scire debemus 29. *de verb. oblig.* & in venditionibus tot esse venditiones, quot sunt venditæ res separatæ leg. et si vno 33. *infr. de actio. empt.* & in procurationibus tot esse mandata, quot sunt res separatæ, quæ mandato continentur leg. vlt. *§. 1. supr. de procurat.* & in deposito, tot videri deposita, quot sunt res depositæ, etiam si in cista depositæ sint l. 1. *§. si in cista infr. deposit.* Ita & dicendum est, tot esse commodata, quot sunt res commodatæ, si modò separatæ sint, quamuis non separatim commodatæ. Ergo pluribus rebus commodatis nihil vetat de singulis rebus, & de vnaquaque earum agi separatim commodati, si modò ita separatæ sint,

fiat, vt vsum quoque separatim præbere possint. Nam vt Paulus ex Pomponio subiicit in hoc §. is qui carrucam puta, vel lecticam commodauit, non rectè ager de singulis partibus, quia licet singulas partes per inuicem sint separatæ, vnum tamen corpus carrucæ & lecticæ efficiunt cuius nullus esse vltus poterit, si separatim habeantur. Est enim corpus indiuiduum, nec qui lecticam aut carrucam commodat, singulas partes ex quibus carruca aut lectica constat, commodare intelligitur arg. *Leum qui ad 23. infr. de usufruc.* Itaque vel carruca & lectica tota commodati actione repetenda est, vel pars eius nulla, vt in alia re qual bet contingeret, quæ vna simpliciter esset, neque commo tam diuisionem reciperet vt in l. plane *supr. Famil. erisc. l. quid tamen 10. §. vlt. supr. quib. mod. vsum infr. amitt.* vbi diximus us. *l. peculium 65. §. quælibet die legat. 2.* Neque obstat, quod cont. à fer puer vide ut *l. si seruus 3. §. boue supr. de condict. iur.* boue suscepto & occiso conditionem & bouis & colij, & carnis domino competere. Nam, vt Accursius & hic & ibi bene expl. cat. int. legi locus ille debet, cum si gula partes ille bouis occisi sunt, si partes contractatæ: quo tempore tot sunt res & contractatæ, quot sunt partes, quæ cum bus vueret non minus vno bouis corpus efficiant. Miror verò Bartolum hic subii-

5 ¶ Rem commodatam perdidit, & pro ea pretium dedi, deinde in potestatem tuam venit. Labeo ait, contracto iudicio, aut rem mihi præstare te debere, aut, quod à me accepisti, reddere.

Ad §. vlt. Rem commodatam.

R A T. D V B. Si ut actio directæ Commodati non datur, nisi ad ipsius rei, quæ commodata est, restitutionem, ita nec contractum commodati iudicium ad aliud dari potest, quam vt commodatario restituatur, quod ei abest ex causa commodati *l. prox. §. possunt & §. vlt. infr.* Ac qui cum rem xijli à te commodatam perdidit, & pro ea pretium dedi, deinde res in potestatem tuam peruenit, nihil mihi debet præter eam pecuniam quam pro pretio solui: Res enim tua quam commodaueras non abesse mihi intelligitur, cum & tua sit, & tibi eam restituere debuerim, si in potestate mea fuisset. Consequens igitur est, vt solum pretium quod dedi, repetere abs te præcisè debeam contrario iudicio, non autem alternatiuè agere, vt vel rem mihi præstes, vel quod accepisti restituas. D E C. Contrariæ actiones omnes comparatæ sunt ex æquitate, ne alter ex alterius iactura locupletetur, & vt præstationes ex vtraque parte ad suam æquitatem reuocentur, atqui locupletaretur commodator ex iactura commodatarij, si postquam commodata res quam commodatarius perdidit, in commodatoris potestatem rediit, non coeretur aut rem ipsam commodatario præstare aut pretium quod accepisset reddere: Nam & ipsam rem & ipsius pretium haberet, quod esset contra bonam fidem l. ex empto 11. *§. qui autem, & l. bona fides 50. infr. de actio. empt.* Contra vero non locupletaretur commodator ex iactura commodatarij, siue rem ipsam commodatam ei præstet siue pretium quod accepit, restituat. Habet enim vtroque casu commodatarius id quod ei abest, utrumque: cum res ipsa ei præstatur. Est enim non rem dedit, sed æstimationem, longèque aliud res ipsa est, aliud verò rei æstimatio leg. si alij 42. *§. 1. supr. de usufr.* attamen certum est, in re ipsa rei quoque

cere quæstionem de eo cui centum debentur, an viginti ex illis petere possit. Non enim eadem quantitas, quæ speciei hac parte ratio est, cum quantitas minor in quantitate maiore contineatur, non etiam pars vna speciei in altera leg. 1. *§. si stipulanti de verb. oblig. l. cum quadam puellis 19. infr. de iurisd.* nec verum est meo iudicio quod puta Bartolus posse peti hæc viginti non tanquam sint debita sed tanquam ex centum debitis. Cui enim centum debentur, etiam viginti quinque deberi dubium non est, illud sane non improbo quod addit Bartolus, si ab eo qui centum debet, viginti ex centum petantur, posse illum iuste postulare, vt de totis centum vno eodemque iudicio agatur, ne eiusdem debiti nomine in plura diuersaque iudicia distringatur, quod ne fiat non tantum ipsius interest, ne multiplicatis litibus maiores ac grauiores sumptus patiar l. minoribus 6. *supr. de minor. leg. 1. C. de adm. tutor. sed etiam reipublicæ, vt litium numerus minuatur l. quidam existimauerunt 21. supr. de reb. credit. l. non tamen 38. supr. de procurat. d. l. 3. supr. famil. erisc. l. 1. & 2. supr. de quib. reb. ad eund. iudic. cat. l. 2. infr. de ex erit. act. l. quod si notit 31. §. si plures infr. de adilit. edict. dummodo iurisdictionis modus hoc patiat inquit Bart. ex d. l. cum quadam puella in fin.*

æstimationem eminenter contineri, vt qui rem habet, eius quoque pretium habere videatur l. huiusmodi 84. *§. qui seruum de legat. 1. §. si res aliena Instit. de legat.* Commodatori verò similiter nihil abest, quia vel rem ipsam retinet, quam commodauerat, & quam ponimus in eius potestatem reddisse, vel æstimationem quam pro re ipsa accepit: Nec habet quod conqueratur, cum in eius arbitrio & electione sit vtrum velit reddere, vt bene Accursius concludit. Est namque in alternatiuis electio debitoris l. plerumque 11. *§. vlt. infr. de iur. dot.* Fit autem debitor is, qui prius fuerat ex commodati causa creditor, ex quo & rem & rei pretium habere cepit, cum ab eo tempore fuerit obligatus alterutrum reddere. Quid? nonne litis æstimatio facit emptionem? l. 2. *§. vlt. & l. 3. infr. pro emptor. 6. si vt certo 56. §. 1. supr. hoc tit.* Ergo, inquit, omnimodo restituenda res est commodatario, tanquam domino, quique eius vindicationem habere possit, etiam inuito commodatore, qui imputare sibi debet, cur pro re commodata oblatam litis æstimationem suscepit d. l. 5. *§. 1. supr.* Sed respondendum est, tum verè id dici cum tempore solute æstimationis præsens res fuit, quæ pro tradita haberi possit, nec enim sine traditione transfertur regulariter dominium *l. araditionibus 20. C. de pact.* nec rursus alia res tradi potest, aut haberi pro tradita, quam quæ præsens sit *l. hæc si præsens 47. iunct. l. præced. supr. de rei vindic.* Ponimus autem æstimationem hic fuisse rem perditam, aut quæ saltem quod non inueniretur, perditam credebatur. Et præterea non tam rem ipsam fuisse æstimationem, quam culpam per quam fuerat perditam, vt subtiliter Accursius noster obseruat. Quo casu non id agitur, vt rei dominium in eum qui culpæ suæ æstimationem præstat, transferatur, quamuis receptum sit in his commodati & depositi iudiciis;

ac aliis huiusmodi qui bonæ fidei sunt, tamen non tantum culpa, sed etiam dolo aduersarij res absit, vt condemnato succurri solet, hæc enim scilicet vt ei suis actionibus dominus cedat *l. in depositi 12. infra. de re iudic.* quod in eo diuersum est, qui cum rem alienam possideret cuius nomine per vindicationem conueneri poterat, dolo molo possessionem eius amisit, ne ipsam restituere cogatur *l. si culpa 63. supr. de rei vindic.* Nulla enim bonæ fidei ratio suadet, vt ei succurri oporteat, quomodo succurrendum est illi qui ex bonæ fidei contractu conuenitur *d. l. in depositi.* Quamquam in eo vicissim melioris conditionis est possessor, qui rei alienæ possessionem non dolo & fraude, sed culpa tantum amisit, quod etiam illo ipso qui litem æstimationem accepit, possidente adiuuari debet per Publicianam, vt rem ipsam habeat cuius æstimationem soluit: ita vt nec facile audiendus sit dominus, si malit postea pecuniam quam ex sententia iudicis periculo iudicis accepit restituere *d. l. si culpa in fin.* nec proinde habet dominus electionem, quam Paulus hic dat commodatori. Ideo fortasse, quod in specie *d. l. si culpa fuerat soluta æstimatione ex sententia iudicis, & autoritate iudicis, quæ sicut impedit conditionem l. 1. c. de condit. indebit.* ita & difficiliter admittit soluta pecuniæ restitutionem: Præter id quod dici potest, fauorabilior esse eum, cui ex causa contractus præstita æstimatione est, pro re quæ reddi ipsi debuerat, quam eum cui æstimatione soluta est, non ex contractu, sed ex necessitate ob amissam culpam possessionem, quam si amissa non esset, restituere petitori teneretur. Cum enim ex bonæ fidei contractu actio venit, omnia ex bona fide constituenda & temperanda sunt. Quod si commodatarius agere malit conditione sine causa ad restitutionem precij, quia re commodata inuenta & in potestatem commodatoris reuersa, quæ perita credebatur, precium sine causa datum

reperitur, potest quidem id suo iure facere *l. 2. supr. de condit. fin. caus.* sed ad precium solum competet ea conditio, non vt actio commodati alternatiue ad rem aut precium, sed ad precium præcisè, quia non aliud condici potest, quam quod datum fuit: Precium autem datum est, non res ipsa. Itaque falsum est quod vult Bartolus quacunque actione per commodatarium intentata posse dominum eligere, quod vult. Si enim commodatarius proponat conditionem, nulla domini electio est, quin precium ipsum restituere omnimodo teneatur *d. l. 2. de condit. fin. caus.* sed & alius Bartoli error in eo est, quod putat actionem intentari posse ante litem contestatam. Non enim datur actio nec datur iudicium, nisi post contestationem. Item in eo, quod ait, post litem contestatam cogi dominum soluere secundum naturam actionis intentatæ, id est, inquit, rem ipsam si actum sit in rem, aut æstimationem si condictione sine causa, quasi verò non etiam æstimatione præstanda sit per actionem in rem, siue rei restitutio idem fieri non possit, quod eius possessio per culpam amissa sit, siue quod per dolum & fraudem *d. l. si culpa 63. & l. qui restituere 68. de rei vindic.* semper enim & quacunque actione proposita æstimatione est, nec vnquam sit condemnatio ad rem dandam aut restituendam præcisè, ne quidem in actionibus in rem, licet aliter atq; aliter æstimatione nonnunquam per iurandum in litem, nonnunquam etiam extra iurandum & officio iudicis *d. l. qui restituere,* sicut in actionibus personalibus, aliquando inspecto tempore litis contestatæ, vt in strictis, excepta condictione triticaria, in qua inspicitur tempus condemnationis *l. pen. & vlt. supr. de condit. triticar. l. vinum 22. l. cum fundus 32. supr. de reb. credit.* Aliquando etiam inspecto tempore moræ aut rei iudicandæ vitro tempore pluris res fuit, *l. 3. §. si per venditorem infra. de action. empr. l. 3. §. in hac, vbi diximus supr. hoc tit.*

18. CAIUS libro 6. ad Edictum Prouinciale.

IN rebus commodatis talis diligentia præstanda est, qualem quisque diligentissimus paterfamilias suis rebus adhibet: ita vt tamen eos casus non præster, quibus resisti non possit: veluti mortis seruorum, quæ sine dolo, & culpa eius accidunt: latronum, hostiumve incurfus, piratarum insidias, naufragium, incendium, fugas seruorum, qui custodiri non solent. Quod autem de latronibus, & piratis, & naufragio diximus: ita scilicet accipiemus, si in hoc commodata sit alicui res, vt eam rem peregrè secum ferat. alioquin si cui ideo argentum commodauerim, quod is amicos ad cœnam inuitaturum se diceret, & id peregrè secum portauerit: sine vlla dubitatione, etiam piratarum, & latronum, & naufragij casum præstare debet. Hæc ita, si duntaxat accipientis gratia commodata sit res. At si vtriusque, veluti si communem amicum ad cœnam inuitauerimus, tuncque eius rei curam suscepisses, & ego tibi argentum commodaerim: scriptum quidem apud quosdam inuenio, quasi dolum tantum præstare debeas. Sed videndum est, ne & culpa præstanda sit: vt ita culpæ fiat æstimatione, sicut in rebus pignori datis, & dotalibus æstimari solet.

Ad l. In rebus 18.

RAT. DVB. Quemadmodum dolo & fraude non caret, is qui alienis rebus, siue commodatis, siue depositis seruandis minorem quam in suis adhibet

l. quod Nerua 32. infra. depositi. Ita extra. omnem culpam esse videtur is, qui non minorem in alienis, quam in suis rebus seruandis præstat diligentiam, licet nec in suis rebus diligens sit, ad eum modum quem hominum natura desiderat vt Celsus loquitur in

in l. quod Nerua. imputare namque sibi debet, qui amico minus diligenti rem suam commodauit: sicuti solemus dicere de eo qui penes amicum non satis diligentem res suas deponit *§. praterea Insti. quib. mod. re contr. oblig. l. 1. §. si quoque apud quem infra. de oblig. & action.* Ergo non est one a dolo commodatarius, vt in rebus commodatis talem diligentiam præstet, qualem diligentissimus quisque patitur suis rebus adhibet: Ita enim fiet, vt omnes casus, qui accideri possunt, præstare teneatur, exta eos quibus resisti non potest, qui vis maioris appellacione conuenitur, vt sunt hostium latronumve incurfus, piratarum insidias, naufragium, incendium, fugas seruorum, qui custodiri non solent: quos casus omnes Caius hic enumerat. DEC. Commodatum sit solius accipientis & commodatarij gratia, vt subicitur in hac lege. Est igitur æquum non ab eo præstari omnem diligentiam, id est exactissimam *d. §. si quoque apud quem vers. & ille quidem,* ac proinde non qualem ipse suis rebus adhibet solitus est, sed qualem diligentior alius quilibet paterfamilias adhibitorus esset, ne alioquin is qui commodauit ex beneficio suo & liberalitate periret *arg. l. ne ex liberalitate 31. infra. de re iudic. & quantalacunque negligentia, quæ in propriis rebus tolerabilis est, in alienis culpanda est, & c. ceteral. si constante 24. §. si maritus in fin. infra. solut. matrim. l. à procuratore 13. C. mandat.* Nec audiendus est commodatarius, si commodatori velit imputare, quod minus diligenti amico rem suam commodauerit, cum ex eo factio lucrum ipse & commodum sentiat *l. si extraneus 32. l. cum in fundo 79. §. quid si mulier. infra. de iur. dot.* quod serus est in depositario, qui non suo commodo, sed solius deponentis gratia depositum accipit. Pland casus fortuitos præstare commodatarius non tenetur, quos nec alius quilibet præstat *l. que fortuitis 6. l. pignus 9. C. de pignor. act. l. contractus 13. de regul. iur. nisi cum culpa præcesserit casum,* vt hic subicitur, *Iungel. l. C. hoc tit. l. 5. §. nunc videndum i. supr.*

a Quod autem de latronibus. RAT. DVB. Commodatarius non tenetur de casu fortuito, nisi specialit conuentione periculum omne amissionis in se suscepit *d. l. C. hoc tit.* Ergo non est distinguendum, an culpa aliqua casum præcesserit, necne: nec enim culpa præcedens facere potest possibile quod per rerum naturam impossibile est: In quo genere sunt omnia quæ per vim maiorem contingunt, & quibus nullo humano consilio resisti potest, quam idè Græci *deobies* vocant, quasi vim diuinam, cui vim omnem humanam cedere necesse est *leg. si merces 25. §. vis maior infra. Locat. DEC. Quoties culpa præcedit casum, non tamen casum culpæ adscriben tum est, quicquid postea accidit, quia non accidisse, si culpa casum non præcessisset. At qui de omni culpa tenetur commodatarius, etiam de leuissima, vt proxime diximus. Ergo & de casu fortuito etiam teneri æquum est, si culpa casum præcesserit *d. l. si vt certo 5. §. sed interdum 7. & §. si me rogaueris 13. supr. hoc tit. litem queritur 13. §. si quis infra. locat. leg. siue hereditaria 22. supr. de negot. gest.**

b Hoc ita si duntaxat accipientis gratia. RAT. DVB. Etiam cum vtriusque, id est & commodantis & commodatarij gratia commodatum sit, non debet esse impunita culpa commodatarij, ne quidem leuissima, cum non eo minus verum sit, beneficio adfectum esse commodatarium à commo-

dante. Ergo non de culpa leui tantum, & de dolo teneri debet commodatarius, sed etiam de culpa leuissima, aut si prodelle debet commodatario, quod non tantum ipsius, sed etiam commodantis gratia factum sit commodatum. Quid si sequimur veterum illorum sententiam, quos Caius refert existimasse, commodatarium eo casu præstare duntaxat dolum debere? DEC. Cum quaeritur quid præstare debeat is, qui rei debitor est, ex contractu illud vnum inspiciendum est, cuius gratia contractus celebratus sit, vt si eius tantum qui obligatus est, is non modo præstare dolum debeat, sed etiam culpam adeoque leuissimam: Quomodo euenit in commodato: si verò eius tantum causi qui alium sibi obligat, dolum tantum præstandus sit, non etiam culpa, nisi lata quæ ad dolum proxime accedit, & passim dolo æquiparatur, vt contingit in deposito, si denique gratia vtriusque sit res tenetur, vt & dolum & culpam tantam leuissimamque præstari oporteat, sed non leuissimam. Exempli gratia hic adfert in rebus pignori datis, & in dotalibus. Nam & in actio pignori actia, & in actione re uxoris, non tantum dolum, sed etiam culpæ leuis æstimatione fit, quia contractus illi in vtriusque contractuum gratia sunt *l. si vt certo 5. §. nunc videndum i. supr. hoc tit. d. l. contractus 23. de regul. iur. l. etiam 18. §. 1. in fr. solut. matrim.* Ergo si communem amicum ad cœnam inuitauerimus, tuncque eius rei curam suscepisses, & ego tibi argentum commodauerim, dicendum est, cum vtriusque nostram gratia hic contractus celebratus sit, tamen de culpa quidem leuissima non teneri, sed tamen de lata & leui non minus quam de dolo teneri. Est autem superioribus consequens, vt in mandato quoque eadem distinctio adhiberi debeat, id est, vt quamuis mandatarius regulariter omnem culpam præstare debeat etiam leuissimam *d. l. à procuratore 11. C. mandat.* si tamen mandatum vtriusque gratia fiat, quod plerumque contingit, non nisi de culpa leui teneatur. Atque ita veteres quidam glossatores, quos Azo apud Accursium refert, existimant: sed quos tamen Azo reprobat, existimans omni casu mandatarium teneri de omni culpa etiam leuissima ex *dist. l. à procuratore* quæ non nisi fortuitos casus excludit. Min. Azois sententia magis præbatur: quia quod dicitur in *d. l. à procuratore,* omnem culpam præstari debere à procuratore, non etiam casum fortuitum sic omnino accipiendum est, vt non tantum de leui teneatur: quomodo nonnullos interpretari video, sed etiam de leuissima. Est enim culpam, eam nostri dicunt, leuem non leuissimam intelligunt, vt vel vnus hic locus clare demonstrat, qui tamen dicit *omnem culpam* proculdubio etiam leuissimam comprehendit, maxime verò eam sequitur exclusio casus fortuiti, vt in *dist. l. à procuratore & in hac lege.* Inclusio enim vnus, exclusio est alterius. Quamuis quod dictimus de culpa etiam leuissima teneri eum cuius solius gratia contractus sit, non possit cadere in mandatum, quod nunquam fit gratia solius mandatarij, Consilium enim illud esset non mandatum, & consequenter non obligatorium *l. 2. §. vlt. infra. mandat.* Ergo non potest obligationem mandatarij diminueri, vel augere, quod mandatum vtriusque gratia factum proponatur, alioqui dicendum esset eo casu futuram, vt non teneretur mandatarius nisi de dolo non etiam de culpa, quod esset ridiculum, neque enim procurator quisquam fit, nisi vt in re aliena tantam præstet diligentiam, quantam in suis

diligentissimus quisque præstare solet. Ex quo fit, ut non modò de leui culpa teneri semper debeat, sed etiam de leuissima, cum alienis rebus maiorem, quam suis seruandis diligentiam, licet pro alieno tantum commodo præstare debeat. Nec imputari potest ei qui minus diligentem procuratorem elegit, cur non diligentiorer elegerit, quia diligentissimum se profiteretur quisquis ab alio mandatum suscipit exequendum. Hoc ipso enim offerre se vltò intelligitur, suscipiendo mandatum

1 ¶ Siue autem pignus, siue commodata res, siue deposita deterior ab eo, qui acceperit, facta sit: non solum istæ sunt actiones, de quibus loquimur, verum etiam legis Aquiliæ. sed si qua earum actum fuerit, aliæ tolluntur.

Ad §. 1. Siue autem.

Huius §. sententiam & omnes que ad eam adducuntur, dubitandi & decidendi rationes adduximus, partim ad l. si reddita, supra hoc tit. partim ad l. unde queritur 7. §. 1. ad. Nec quiquam hic adnotandum superest, nisi quod adnotat Gothofredus post Accursium, vna actione proposta ex pluribus, quæ commodatario & depositario pignoratitio competunt, tolli quidem cæteras, sed non vltò

2 ¶ Possunt iustæ causæ interuenire, ex quibus cum eo, qui commodasset, agi deberet: veluti de impensis in valetudinem serui factis, quæve post fugam requirendi, reducendique eius causæ factæ essent. nam cibariorum impensæ naturali scilicet ratione ad eum pertinent, qui vtendum accepisset. Sed & id quod de impensis valetudinis aut fugæ diximus: ad maiores impensas pertinere debet. modica enim impendia verior est, vt sicuti cibariorum, ad eundem pertineant.

Ad §. 2. Possunt iustæ causæ.

RAT. DVB. Nemo ex contractu potest obligari, præter voluntatem & intentionem contrahentium. In omnibus negotiis 57. de oblig. & action. vt nec auctus quisquam operari vltra intentionem agentium vulg. l. non omnis 19. & præced. supra de rebus credit. Atqui cum sit commodatum, id agitur inter contrahentes, vt commodatarius obligetur commodatori, non autem commodator commodatario. Actio autem non potest nasci nisi ex obligatione. l. licet 42. §. ea obligatio supra de procurat. Ergo fieri nequit, vt cum eo qui commodauit agere commodatarius debeat, præsertim verò ex contractu illo commodati, qui non nisi ad commodatarium obligandum interponitur. Dicitur. Plerumque accidit, vt etiã extra id quod agitur, tacita obligatio nascatur ex natura scilicet negotij quod tractatur. l. is qui 13. in fi. supra hoc tit. At qui possunt iustæ causæ intercedere, propter quas æquum sit, commodatorem obligari commodatario, & ab eo conueniri actione commodati, non quidem directa, sed tamen contraria: Quemadmodum si impensas in valetudinem serui aut eum curandum, commodatarius fecerit, vt in l. penult. infra. aut post fugam requirendi, reducendive serui gratia. Ne alioqui ex commodatarij iactura commodator locupletetur, quod contingeret, si eo nomine conueniri non posset. l. nam hoc natura 14. supra de conduct. in deb. l. iure natura

quod reculare possit si velle. Idque probatur etiã ex d. l. contractus. 23. de regul. iur. vbi post enumeratos contractus, qui dolum contaxat & culpam scilicet leuem recipiunt. Addit Vlpianus in his quidem & diligentiam vt scilicet includat culpam etiam leuissimam, Quæ tamen verba in plurali numero concepta sunt, cur ad commodatam solam referri non possunt, ita nec ad aliam vliam contractum ex enumeratis præter commodatum, quam ad mandatum.

que aded vt non super sint de eo, quod plus in illis est, quam in prioribus fuerit: Cum non aliam ob causam comparata sit, quam vt actoris indemnitati plenissimè satisfiat, licet vtraque actio sit rei persecutoria: Hoc ipsum enim est, quod facit, vt non possit videri sublata omnes actiones rei persecutoria, quoad aliquid rei perfectioni deest, & rei persecutendæ superest. d. l. unde queritur in fin. l. qui seruus 34. de obligat. & action. l. si is cui 7. l. si quis egerit 88. infra de furt.

206. De regul. iur. Ergo quamuis nullam fidem commodator dederit commodatario, in ipso contractu ineundo, non ed minus tamen teneri debet commodati actione contraria, in qua scilicet non agitur de fide rupta, vt in actionibus directis, sed tantum de præstantia indemnitatis. l. ei apud quem 5. infra de deposit. & de calculo qui ferè sine iudicio dirimi solet, quomodo Vlpianus secundum emendationem nostram loquitur in l. furti 6. §. vlt. supra de his qui notant. infra. Planè cibariorum impensæ nunquam sunt restituendæ, vt Caius hic subiicit, quia naturali ratione ad eum pertinent, qui vtendum accepit, scilicet quæ compensandæ sint, cum operis & ministerio serui, vt bene Accursius explicat, ex litem si serui 30. §. vlt. infra. de edil. ed. vbi Paulus ex Aristone negat, data seruo cibaria esse imputanda, quia, inquit, nec ab ipso qui cibaria præstitit exigitur & repetitur, quo dicitur ministerio seruus fuit. Iunge l. si id quod 28. §. vlt. infra de donat. int. vir. & vxor. l. fructus 7. alias l. diuortio. §. vlt. solut. matrim.

a Sed & id quod de impensis valetudinis. RAT. DVB. Non debet quisquam ex aliena iactura locupletari, ne quidem in minimo. Repugnat enim id iuri naturæ d. l. iure natura 206. de regul. iur. Vnde est, quod in actione negotiorum gestorum repetit gestor, quicquid ei abest ad vltimum vsque quadrantem: non adhibita distinctione, an impensa modica sit, an magna. l. omnino 12. de impens. in reb. dot. fact. adeoque licet euentus non sit secutus. l. sed an vltò

70. §. vlt. l. successori 12. §. vlt. supra de negot. gest. Ergo & in actione commodati ius idem esse debet, vt in distinctione impensa omnis quam commodatarius in rem commodatam fecerit ei restituenda sit, cum eadem iuris ratio in hac quoque actione locum habeat, ne scilicet commodator ex aliena iactura locupletetur vulg. l. illud 32. supra ad leg. Aquil. Dicitur. Actiones omnes bonæ fidei, quamuis in hoc cõueniant, quod bonæ fidei sunt, habent tamen singula propriam quandam æquitatis rationem ex natura ipsius negotij, vnde nascuntur, dependent, quæ facit, vt alias atque alias habere debeant præstationes. Itaque aliter in iudicio negotiorum gestorum, aliter in actione de dote obseruatur dict. l. omnino, aliter etiam in actione commodati. Non enim qui ad aliena negotia gerenda accedit, eo animo est, aut esse debet, vt

ex alienis negotiis commodum vllum percipiat, quod cum impensis à se factis compensare possit. Ac in actione de dote & commodati, & si quæ aliæ sunt similes, commodum aliquod percipitur ab eo, qui in rem alienam impensas fecit, quas proinde cum eo commodo compensare potest & debet: nimirum si sint modicæ. Alioqui contrario iudicio commodati, aut etiam actione de dote restituendæ sunt, vt proximè diximus. Et hæc loci huius sententia, & ratio est, non quam nostri post Accursium & Bartolum adferunt, quod de modicis expensis curandum non sit. Nam quod vulgo iactari solet, de modicis non curare Prætorum ex leg. scio 4. supra de in integr. restit. ad hunc casum non pertinet, in quo minima illæ expensæ compensantur, non negliguntur. Iunge l. si proprietarius 42. infra de damn. infect.

3 ¶ Item qui sciens vasa vitiosa commodauit, si ibi infusum vinum, vel oleum corruptum effusumve est, condemnandus eo nomine est.

Ad §. 3. Item qui sciens.

Aliud exemplum est eius, quod in §. proxim. præced. dictum est, velle iustas causas interuenire, propter quas permittendum sit commodatario agere commodati aduersus commodantem. Est enim hæc vna ex iustis illis causis, si quis sciens vasa vitiosa commodauerit, & infusum vinum, vel oleum corruptum effusumve sit, quo casu condemnandus eo nomine est commodator, in id omne scilicet, quod interest commodatarij. RAT. DVB. In commodato venit culpa etiam leuissima, vt scriptum est initio huius legis, & in leg. si vt certo 5. §. nunc videndum supra hoc tit. At qui non potest fieri, vt non sit saltem in leuissima culpa is, qui etiam ignorans vasa vitiosa commodat, cum priusquam commodaret, debuisset diligentius explorare an essent vitiosa, necne, ne alioqui eueniret, vt pro conferendo beneficio inferret iniuriam. Ergo indistinctè dicendum est commodatorem, qui vasa vitiosa commodauit, teneri commodatario, id est non adhibita distinctione illa, quam Caius hic adhibet, an à sciente vel ignorante commodatore id factum sit. Nam in sciente videtur lex esse de indubitabili, cum scientia illa dolum inducat, qui semper puniendus est, tum quoque cum illi ipsi nocet, qui eum admisit leg. procurator 11. §. 1. infra de doli mal. except. Maxime verò in contractibus bonæ fidei, in quibus idcirco placuit vindicari dolum ipso iure, & æquitate ipsius iudicij leg. sed si ided 21. infra. solut. matrim. leg. huiusmodi 84. §. qui seruus de legat. 1. leg. in hoc iudicium 14. §. 1. supra commun. diuid. cum nihil tam contrarium sit bonæ fidei quam dolum leg. non debet 11. in fin. supra. ne dolo leg. 3. in fin. infra. pro locio leg. si dolo 5. C. de rescind. vendit. Dicitur. Ex parte quidem commodatarij venit in commodato culpa omnis etiam leuissima. Sed non ex parte commodantis, quem satis esse visum est teneri de dolo & lata culpa, quoniam non commodantis, sed solius commodatarij gratia sit commodatum d. §. nunc videndum & l. si seruus 61. §. circa commodatum infra. de furt. vbi ob hanc causam additur, quod summopere notandum est, etiam circa dolum remissius faciendam esse in commodato interpretationem, id est vt non tam fa-

cile præsumatur commodatarius dolum malum admisisse. Est enim duplex dolum malus, minor vnus, vt ita dicam, maior alius, qui maiore machinationem exigit. l. quid enim 14. supra de dolo. Quia ratione tentari etiam non improbabiler potest, commodatorem delata culpa non teneri, licet contra sentiat hic Bartolus, quia tamen si lata culpa prope dolum sit. l. quod Nerua 32. infra de deposit. dolum tamen non est, tantum distat, vt sit maior dolum. At qui non est in dolo commodator, qui vasa quamuis vitiosa ignorans commodat, licet non careat culpa. Nec enim dolum esse potest sine scientia, quæ coniunctam habeat calliditatem & machinationem. l. 1. & pass. eod. tit. de dolo malo. Ergo ex ea causa teneri non debet contrario iudicio, sed ita demum si sciens commodauerit, & ex vasorum vicio damnum aliquod commodatario acciderit. l. pen. infra hoc tit. Commodatum enim beneficium est, beneficio autem iuari commodatarium oportet non decipi. l. prox. §. sicut in fin. supra. In deposito, locato, & vendito secus est, quia contractus isti non fiunt in gratiam accipientis, sed vel dantis solius, vel vtriusque, & ideo, vt bene notat Accursius, æquum est indistinctè teneri eum, qui vasa vitiosa vel deposuit, vel locauit, vel vendidit, id est sine vicio sciuerit siue ignorauerit. l. 3. §. sed si vas infra. de action. empt. leg. sed adles 19. §. 1. locat. leg. si seruus communis 61. §. quod verò infra. de furt. Neque verò æquum esset prætextu ignorantie locatorem impunè mercedem retinere, & venditorem precium, quod acceperit. Quamuis non eo minus adhibenda sit distinctio, an sciens, an ignorans locator, aut venditor contraxerit, quia sciens tenetur in omne id quod aduersarij interest, ignorans verò non nisi ad restitutionem precij vel mercedis, vt ex supradictis locis apparet. Alia serui locati ratio est. In eo namque adhibetur distinctio, de quibus in l. si tibi domum 45. §. 1. l. antep. §. antep. infra. locat. Et si enim à bona fide longè alienum est, vt quid patiaris detrimenti per eam rem quam conduxeris, attamen extra conductionis causam est crimen, quod seruus locatus admisit, vt scriptum est in dict. §. antep. quod non similiter dici potest de damno, quod vicio rei venditæ vel locatæ contigit.

4 ¶ Quod autem contrario iudicio consequi quisque potest, id etiam recto iudicio, quo cum eo agitur, potest saluum habere iure pensionis. sed fieri potest.

est, ut amplius esset, quod inuicem aliquem consequi oporteat, aut iudex pen-
sationis rationem non habeat, aut ideo de restituenda re cum eo non agatur,
quia ea res casu intercidit, aut sine iudice restituta est. dicemus necessariam esse
contrariam actionem.

Ad §. ult. Quod autem.

RAT. DVB. Compensatio vim solutionis ob-
tinet, id est liberationem parit ipso iure leg. 4. l. si
ambo 10. in princip. & §. 1. infr. de compensat. l. si constat
4. C. eod. l. amplius non peti 15. infr. rat. rem habet. Ergo
dicendum est commodatarium, vel non posse com-
pensare quod sibi debetur, si directo iudicio con-
ueniatur, vel non posse contrario iudicio consequi,
quod directo iudicio conuentus saluum habere
potest iure compensationis. Cur enim vltro agere
permittamus ei, qui sit tutus ipso iure? Compensa-
tio siquidem fit ipso iure in iudiciis bona fidei,
quale est iudicium commodati, adeo que etiam in
strictis hodie post leg. vltim. Cod. de compensat. quam-
uis olim non fieret in strictis, nisi opposita excep-
tione doli post constitutionem dñi Marci §. in
bona fide. Instit. de action. DEC. Nihil prohibet actio-
nem dari etiam ei, qui tutus sit exceptione leg. 1. §.
is autem infr. de superfic. leg. inuitus 156. §. 1. de regul.
iur. & compensatione leg. sed an vltro 10. supr. de negot.
gest. Ac præterea fieri facile potest, ut necessaria sit
commodatarij actio ad consequendam indemni-
tatem, nec sufficit auxilium compensationis, vt in
tribus illis casibus, quos Caius hic enumerat, quo-
rum primus est, si amplius sit, quod inuicem conse-
qui commodatarium oportet, quam quod directo
iudicio debet. Neque enim compensatio fieri po-
test, nisi ad contententem vsque quantitatem dict.
leg. si ambo dict. leg. si constat 4. & deff. Cod. de compensat.
Quemadmodum si quod amplius est, consequi ve-
lit commodatarius, reconuentione opus est, vt iequi
possit condemnatio non sufficiente in eam rem
compensatione, vt Bartolus hic docet ex l. cum Papi-
nianus 14. C. de sentent. & interlo. omn. iudic. Secus
indus casus est, si iudex compensationis rationem non ha-
buerit, non quidem reprobata compensatione, (eo
namque casu obitaret exceptio rei iudicatæ l. quod
in diem 7. §. 1. infr. eod. ill. tit. l. si autem 8. §. si quocunque
supr. de negot. gest.) sed simpliciter non admilla com-
pensatione, id est, nulla citata eam pronuntiatione
facta, aut ita simpliciter facta mentione compen-
sationis, vt iudex nullam eius rationem habere se di-
xerit, quod pragmatici nostri sic exprimunt sans
auoir esgaré à la compensation requise. Nec enim verend-
um est, vt huiusmodi pronuntiatione pariat excep-
tionem rei iudicatæ, cum neque abolutionem
contineat, neque condemnationem, quorum alter-
utrum intervenire necesse est ad inducendam rem
iudicatam leg. 1. infr. de re iudic. Tertius casus est, si di-
recto iudicio non possit agi cum commodatario,
ideo fortasse quod res commodata non culpa ali-
qua commodatarij, sed casu intercidit, aut sine
iudice restituta sit. His sane casibus compensationi
locus esse non potest, cum per modum exceptio-
nis semper opponatur, exceptio autem non possit
locum habere vbi nulla actio proposita est. Proin-
de fatendum est, vt in specie leg. 1. §. vltim. cum
seqq. infr. de contr. iudic. tutel. Huic tamen §. in eo quod
aduersus actionem commodati dat exceptionem

compensationis valde ob stare creditur quod scri-
ptum est in leg. vltim. Cod. hoc titul. prætextu debiti,
restitutionem commodati non probabiliter recu-
sari. Scio Cuiacium apud Paulum libr. 2. sentent. tit.
11. §. vltim. legere commentarij id est, depositi pro com-
modati, quod in actione depositi singulare sit, vt non
possit ei obici compensatio l. pen. C. de pos. l. vlt. C. de
compensat. Sed fallam & improbabilem esse corre-
ctionem Titulus ipse demonstrat. Et in eo vit do-
ctissimus merito à Fornerio & aliis reprehensus est.
Est enim non cuiuslibet debiti prætextu restitutio
rei commodatæ recusari potest, attamen pro eo de-
biti, quod ex ipsius commodati causa proficiscitur,
& quod per commodati actionem contrariam peti
possit, recusari probabiliter potest, non quidem ad
hoc, vt res commodata desinat deberi, quasi exinde
habenda ipso iure pro restituta, sed quantum ad
hoc duntaxat, vt commodatarius habeat ius reten-
tionis, opposita velut compensationis exceptione,
aut quali pignoris loco, vt Accursius loquitur, ex l.
si quis rem 20. infr. de acquir. poss. l. creditoris 25. §. vlt. & l.
si is qui rem 59. infr. de furt. ne alio qui de eadem re-
tentionem & exceptionem ei cui contra eundem
agentem daremus actionem, quod pugnet cum
iuris regula d. l. 1. §. is autem infr. de superfic. d. l. inuitus
156. §. 1. de regul. iur. Itaque minus proprie compen-
satio hæc dicenda est, cum non pariat ipso iure libera-
tionem, quomodo solet parere vera compensa-
tio, sed tantum retentionem, nec eam absolute, sed
in id vsque tempus, quo satisfactum sit commoda-
tario, de iis omnibus, quæ ei debentur, & quæ con-
trario iudicio commodati petere possit, si rem
ipsam penes se non haberet. Quod in actione depo-
siti diuersum est contra quam nec retentione vlla com-
petit depositario, post Iustiniani constitutionem in
d. l. pen. C. de pos. Sicut & idem Iustinianus contra ve-
teris iuris rationem sustulit retentiones omnes,
quæ olim dabantur marito propter res amotas, vel
ob impensas in rebus dotalibus factas, sola ei reser-
uata actione leg. vlt. §. taceat versu. sed nec retentione &
vers. sed nec ob impensas C. de rei vxor. action. Quam-
quam alia etiam ratio suadere videbatur, ne actioni
commodati obici compensatio olim possit, ni-
mirum quia non habebat locum compensatio nisi
quantitatis ad quantitatem, non autem quantitatis
ad speciem, sicuti nec speciei ad speciem ante d. l. vlt.
C. de compensat. quæ primùm induxit, vt etiam in a-
ctionibus in rem compensatio ipso iure fiat: Qui
autem directo Commodati iudicio conuenitur, spe-
ciei debitor est, qui vero contrario, quantitatis
duntaxat & pecuniæ: cum in iudiciis contrariis ag-
gatur tantum de indemnitate, & de calculo leg. ei
apud quem §. infr. de pos. leg. furti 6. §. vltim. supr. de his
qui not. infam. Sed compensationem, vt dixi, mi-
nus proprie hic accipimus pro retentione, cui
locum facere solet compensatio, aut deductio,
aut doli mali exceptio dict. leg. penult. Cod. de pos.
leg. 1. infr. de pignor. Omnis compensatio inducit
retentionem, sed non omnis retentione ex com-
pensatione fit, si proprie compensationem ac-
cipias, minus proprie tamen compensatio dici
aliquo-

aliquomodo potest, quoties vnū debitum sue spe-
ciei siue quantitatis pro alio debito etiam dissimili
retinetur, quamuis ex neutra parte liberatio indu-
catur, vt in specie huius §. nisi dicas, quæ secunda
Accursij interpretatio est, intelligendum esse hunc
§. de ea re quæ culpa commodatarij perierit, & quæ
proinde restituenda sit in pecunia, quæ compen-
sationem possit admittere, quam species ipsa, si adhuc
extaret, neque deterior facta esset, non admitteret.
Et ita conciliandum hæc §. cum d. l. vlt. C. hoc tit. Sed
tamen, vt dicam liberè quod sentio, probabilius ar-
bitror, vt quod in hoc §. scriptum est, de vera com-
pensatione intelligatur, nec minus de illo casu quo
res commodata extet adhuc, neque vllomodo de-
terior facta sit, sed petita fuerit per actionem com-
modati. Est enim verum est, speciem ab initio de-
bitam fuisse, & in ipso tempore litis contestatæ non
pecuniam, certum tamen est, exinde cœpisse deberi
pecuniam, licetque æstimari in pecunia debuisset,
vltro tempore plus res fuisset vel litis contestatæ,
vel rei iudicatæ adhibito etiam iureiurando in li-
tem, si doli malus, vel culpa commodatarij inter-
uenerit l. 3. §. in hac supr. hoc tit. iunct. l. 3. §. si per vendito-

19. IVLIANVS libro 1. Digestorum.

AD eos, qui seruandum aliquid conducunt, aut vtendum accipiunt, dam-
num iniuria ab alio datum non pertinere, proculdubio est, qua enim cura,
aut diligentia consequi possumus, ne quis damnum nobis iniuria det.

Ad l. Ad eos 19.

RAT. DVB. Commodatum fit gratia solius com-
modatarij regulariter, vt diximus ad l. si vt certo §. §.
nunc videndum supr. Ergo prætere commodatarij
damnum debet, etiam quod iniuria ab alio tertio
datum est, rei commodatæ penes commodatarium
existenti, quod datum non fuisset, si commodatum
nullum præcessisset arg. l. si seruus 61. §. quod verò infr. de
furt. DE C. Nō tenetur commodatarius nisi de dolo, &
culpa etiam leuissima, vt dictum est ad d. §. nunc vi-
dendum & ad initium legis proximè præcedentis. Ce-
terum de casu fortuito non tenetur, qui neque præ-
uideri, neque impediri vlla diligentia potuit §. vlt. l.
prox. supr. Atqui nulla cura aut diligentia consequi
possumus, ne aliquis dānum nobis iniuria det. Nam
& verum est quod Seneca quodam loco scribit, do-
minum esse vitæ alienæ omnem qui propriam ne-

20. IDEM libro 3. ad Vrscium Ferocem.

ARgentum commodatum, si tam idoneo seruo meo tradidissim ad te per-
ferendum, vt non debuerit quis æstimare futurum, vt à quibusdam malis
hominibus deciperetur: tuum, non meum detrimentum erit, si id mali homi-
nes interceptissent.

Ad l. Argentum 20.

RAT. DVB. Commodatarius tenetur de culpa
quolibet etiam leuissima, vt proximè diximus & ad
l. in rebus 18. in princip. supr. Atqui culpa est, si quis mi-
nus idoneum hominem & facilem, vt deciperetur,
elegerit, ad commodatam rem restituendam, & per-
ferendam l. qui non tam idoneum 11. supr. hoc tit. Ergo &
in huius legis specie teneri commodatarius debet, si
argentum commodatum seruo siue suo siue alieno
perferendum dedit, & ille perferendo à malis ho-
minibus interceptus sit & deceptus, atque ita ar-
gentū perierit: culpa enim eius cui rem custodiend-
am & perferendam dedit, præstare debet l. apud La-
bonem 20. infr. de preser. verb. DE C. Nulla mala electio-
nis culpa est, quoties electus tam idoneus fuit, vt

Tom. III.

rem infr. de action. empr. Indèque fieri, vt quoniam li-
tis æstimatio semper fit in pecunia numerata, per-
inde actioni commodati possit obici compen-
satio, atq; alij cuiuslibet actioni per quam pecunia non
species peratur. Itaque non sunt ista contraria præ-
textu debiti restitutionem commodati, non pro-
babiliter recusari, vt scriptum est in d. l. vlt. C. hoc tit.
Et nihilominus commodatori agenti quocunque
casu actione commodati, compensationem obici
eius pecuniæ, quæ contrario iudicio peti posset, tan-
quam scilicet quantitatis ad quantitatem: Facta ni-
mirum per contestatione nouatione prioris debiti, id
est speciei cōmodatæ, & transfusione in debitū pe-
cuniariū l. aliam 29. infr. de nouat. Ergo idè dicendum
est, etiā si ex alia quā cōmodati causa aliquid cōmo-
datore debeat cōmodatario: eadem nāq; iuris ratio
vtrōq; casu locū habet. Quod & Cuiacius sentit lib.
9. Obser. cap. 37. ex l. Lucius 38. mandat. quāuis alia ratio-
ne motus quā quæ à nobis adfertur. Nec enim vit
doctissimus de liris æstimacione cogitauit. Atque
ita certè locus hic omnino explicandus est. Iunge
quæ scripsi ad leg. præced. §. r. supr.

gligit. Ergo ad eos quilibet vtendum accipiunt,
damnum iniuria ab alio datum non pertinere, pro-
culdubio est. Nec aliud iuris est in iis, qui seruand-
um aliquid conducunt, eadem scilicet ratione,
quod nulla sit culpa, ne quidem leuissima eius, qui
damnum iniuria datum ab alio passus est, ideoque
non ad alium pertinere fortuiti casus damnum pos-
sit, quā ad dominum leg. que fortuitū 6. C. de pignor.
act. l. contractus 23. in fin. de regul. iur. l. si ea res 31. infr. de
action. empr. Exceptio tamen subiicienda est, quā
Azo nec Accursius prætermisit, nisi culpa casum
præcesserit ex l. si mercus 25. §. culpa infr. Locat. d. l. prox.
in princip. supr. vbi diximus. Item nisi casus ille potue-
rit, & debuerit præcaeri, vt in leg. naua §. §. i. iunct.
leg. vltim. in princip. supr. naua. caupon. stabul. leg. sed de
damno 41. infr. locat. leg. damni 43. in princip. infr. de
damn. in secl.

tion debuerit quis existimare futurum, vt à quibus-
dā malis hominibus deciperetur. Id enim alius qui-
libet etiam diligentissimus paterfamilias fecisset: &
pro idoneo hac parte habendus est etiam is, qui pas-
sus est se decipi, si credebatur non fuisse passurus. Est
enim hic casus ex eorum numero, in quibus plus est
in opinione, quā in veritate l. si à bona fidei 21. supr.
de rei vindic. l. si qui putat 15. & seq. infr. de acquir. hered.
At proinde casu fortuito, potius quā culpæ com-
modatoris, adscribendum est damnum, quod per
huiusmodi serui siue facilitatem, siue impruden-
tiam contigit: quod hic textus omnium optimè
probat, & nostri notant ad leg. 1. Cod. de pos. & Cano-
nista in cap. 1. de commod. Ergo in proposita specie
amissi agenti detrimentum commodatoris esse
debet, non commodatarij.

H H h 2

Rem mihi commodasti. eandem subripuisti. deinde cum commodati ageres, nec à te scirem esse subreptam: iudex me condemnauit, & solui. postea competi à te esse subreptam: quaesitum est, quæ mihi tecum actio sit? respondi, furti quidem non esse, sed commodati contrarium iudicium vtile mihi fore.

Ad l. Rem mihi 21.

RAT. DVV. Quod ex causa iudicati solutum est, repeti non potest, neque per conditionem indebiti. *l. 1. C. de condit. indeb. l. si fideiusso 29. §. in omnibus infr. mandat.* neque per conditionem sine causa, quia non potest videri sine causa solutum, quod ex iudicato solutum est. Ergo si rem tibi commodauerim, & postea subriperim, & nihilominus egerim commodati, tunc nesciens à me subreptam condemnatus fueris & solueris, & dicendum est, sicuti agere furti contra me non potes, quia meum potius receperim, quam tuum subriperim *leg. si is qui 39. infr. de furt.* ita nullam tibi contra me actionem competere ad repetendum quod solvisti: præsertim verò actionem commodati contrariam, cum directæ nulla amplius sit, ex cuius comparatione contraria subsistere ac retineri possit. Vbi enim directæ actio nulla est, nec aliqua contraria intelligi potest: videtur, si quidem per relationem ad directas actiones & comparatæ sunt, & nominatæ actiones contrariæ. Quod si qua actio in eam rem, id est ad soluti repetitionem superesse videtur, non alia esse potest quam conditio sine causa *l. 2. supr. de condit. fin. caus.* cum negari non possit, quin pecunia quam ex condemnatione mihi solvisti, sit penes me sine causa, si quidem solvisti eam pro re commodata, quasi ea mihi abesse, quam tamen per furtum iam receperam. Nec enim melior conditio mea ob id esse debet, quod per furtum & ignorate te rem meam receperim, quam si voluntate tua & per manus tuas recepissem. **D. C.** Conditio quidem indebiti locum habere non potest ad repetitionem solutæ ex iudicato pecuniæ *d. l. 1. C. de condit. indeb.* quia impugnetur iudicatum, cuius autoritas salua semper esse debet *l. seruo 65. §. cum Prator infr. ad SC. Trebell.* Eademque ratio facit, vt neque conditio sine causa locum habere hoc casu possit, quia æquè impugnetur iudicatum, quandoquidem probandum esset causam fuisse iniustam tempore sententiæ, vt bene Bartolus contra Accursium hic disputat. Aliud esset si post sententiæ causam quæ tempore sententiæ suberat, deuenisset ad non causam vt in *d. l. 2. de condit. fin. caus.* Tum enim actio illa iudicatum non impugnetur: consequens igitur est, vt nulla tibi

actio aduersum me possit competere ad repetitionem pecuniæ, quam solvisti præter contrarium iudicium commodati, per quod scilicet non impugnetur sententia, sed res ad suam æquitatem reuocatur, cum actiones contrariæ non minus sint bonæ fidei, quam directæ, nec sit ex bona fide, vt & rem meam quam tibi commodaueram, penes me habeam, & præterea rei meæ precium, quod tu ignorans, rem à me subreptam mihi solueris *leg. ex empto 11. §. qui autem l. bona fides 50. infr. de action. empr.* neque quod directæ actio sublata & extincta est, factum debet, vt contraria quoque sublata sit. Dicuntur enim actiones contrariæ, per relationem quidem ad directas, sed ad eas quæ sunt, aut fuerunt, quæ admodum non eo minus quis filij nomen retinet, quod pater iam decesserit. Et sicuti actiones contrariæ proponi, & exerceri possunt, etiam prius quam directæ instituantur *leg. in commutato 17. §. 1. supr. commod. l. 1. §. vlt. infr. de contrar. tutel. & vtil. action.* Ita & postquam extinctæ sunt. In eoque differunt actiones contrariæ ab exceptionibus, non solum quod per modum exceptionis non opponantur *l. in rebus 18. §. vlt. supr.* Sed quod propriam habent naturam, & æquitatem, ex eodem bonæ fidei contractu proficiscientem, ex quo & directæ proficiscitur: nec bona consecutio est, vt quia nihil iam commodatori præstare commodatarius debet, vicissim nihil quoque commodatario præstare commodatorem oporteat, qui omnimodo indemnitatem præstare commodatario cogitur, ne beneficium quod ex commodato sensit, fiat ei captio sum *d. l. in commutato 17. §. sicut in fin. supr. l. Paulus notat 8. infr. de prator. stipulat.* Ceterum si qua ratio esset, quæ impedire posset, ne contrarium iudicium hoc casu locum haberet, danda vtique tibi esset contra me actio de dolo, quam mihi permittendum, vt ex dolo & furto meo lucrarer, & ex iactura tua locupletarer. Idem nunquam ferendum est *l. ne ex dolo 12. & pass. supr. de dolo. lunge d. l. in commutato 17. §. vlt. supr.* Ex quo loco infert Accursius, nec male, contrarium iudicium in hac specie competere, non ad hoc præcisè, vt precium rei meæ quod à te accipi restituum, sed vt alterutrum cogat facere, vel rem meam pro qua precium solvisti, præstare tibi, vel precium quod dedi, reddere.

In exercitu contubernalibus vasa vtendâ communi periculo dedi, ac deinde meus seruus subreptis his ad hostes fugit, & postea sine vasis receptus est. habiturum me commodati actionem cum contubernalibus constat pro cuiusque parte. sed & illi mecum furti nomine serui agere possunt, quando & noxa caput sequitur. Et si tibi rem periculo tuo vtendam commodauero, eaque à seruo meo subripiatur: agere mecum furti posses serui nomine.

Ad §. 1. in exercitu.

RAT. DVV. Commodatarius non tenetur de casu fortuito, vt diximus ad legem præceden-

tem. At qui inter casus fortuitos est, si furtum fiat à seruo fugituro ad hostes, qui nec fugere solitus erat, nec custodiri *dict. leg. præced. iunct. leg. si à bonæ fidei 21. supr. de rei vindic.* Ergo si pluribus in exercitu contu-

contubernalibus vasa vtendâ deierim, ac deinde seruus meus ea subripserit, & ad hostes profugerit, qui postea sine vasis receptus sit, dicendum est commodatarios eo nomine actione commodati teneri non debere: cum illi, qui ex contratio propter furtum serui mei tenentur ipsi noxali actione furti, cum noxa caput sequatur, vt scriptum est in hac lege. Quid enim absurdius est, quam illum agere, qui ipse tenetur ei, contra quem agit, præstare indemnitatem? An non dolo facit, qui petit quod ita in eisdem rediturus est, licet alia actione? *l. dolo facit 8. infr. de doli mal. except. l. in condemnatione 173. §. vlt. de regul. iur. l. si focer 44. §. Lucius infr. solut. matr.* **D. C.** Sicut incendium nunquam fit si culpa inhabitantium aut saltem perrand *l. 3. §. 1. de offic. præf. vigil.* ita neque furtum sine culpa eius qui rem præsertim alienam, & sibi commodatam custodire diligentius debuit *l. cum duobus 52. §. damna infr. pro socio l. videamus 11. §. vlt. infr. Locat.* Perdisti. ille enim est, vt diligenti patrifamilias furtum fiat, nisi à famulis & coniunctis personis, quæ si non sint suspectæ, furtum eo casu inter fortuitos casus numerandum est, non aliter, vt ad legem proximam scripsimus. Merito igitur placuit commodatarios in hac specie teneri actione directæ commodati, præsertim cum id actum sit, vt commodatarios periculum commune esse deberet. Quisquis enim de periculo tenetur, etiam de casu fortuito tenetur, nec de culpa hoc casu quaerendum est, nec eo minus tenetur commodatarij quod si, si quoque vicissim furti actionem noxalem habeant, cum actio hæc nascatur ex delicto, illa ex conuictu, nec semper tantum sit in actione vna, quantum in altera vt proinde altera per alteram non tollatur. Potest enim minus esse in noxali actione furti, quam in directæ commodati, si forte minus sit damnum, quod seruus dedit, quam quanti seruus ipse est. Ergo teneri hoc casu commodatarios æquum est directæ commodati actione. Nec possum probare, quod nostri vulgò, post Accursium putant, intelligendum hanc §. de illo casu, quo comodans quoque perinde in culpa sit, vasa que sua contubernalibus commodauerit, tam suo periculo quam commodatariorum. Nam quod ponit Africanus, commodata fuisse vasa contubernalibus communi periculo ad solos contubernales eosque commodatarios referri debet, qui plures erant, non ad commodatorem. Contubernales enim iidemque commodatarij soli tenentur, quod ostendunt verba illa *pro cuiusque parte* idque vir doctissimus Iacobus Cuiacius ad Africanum sentire videtur. Quamuis eo quoque posito, vt commodatariorum & commodatoris periculum commune esse deberet, & communi omnium culpa furtum factum esset, satis punita esset culpa comodantis, in eo quod furti admissi periculum pro sua parte agnoscere cogeret, vt Accursius & Castrenses docent, nec nisi pro dua-

22. PAVLVVS libro 12. ad Edictum.

Si seruus, quem tibi commodauerim furtum fecit: vtrum sufficiat contraria commodati actio, quemadmodum competit, si quid in curationem serui impendisti: an furti agendum sit, queritur? & furti quidem noxalem habere eum, qui commodatum rogauit, proculdubio est: contraria autem commodati tunc eum teneri, cum sciens talem esse seruum, ignoranti commodauit.

Ad l. Si seruus meus 22.

RAT. DVV. Actionibus bonæ fidei etiam noxales actiones insunt, vt ex Cuiacius diximus ad **Tom. III:**

bus tertijs aduersus commodatarios actionem habere posset. Illud sanè verum est, quod interpretibus placet, commodatarios hoc casu singulos teneri non in solidum, sed in vitiles portiones, ob illa verba *communi periculo* quæ hoc ipso quod periculo comunione inducunt inter commodatarios, inducunt etiam diuisionem, vt diximus ad *leg. 5. §. si duobus vehiculum supr. hoc tit.* Nec illud quoque improbo, quod Castrensis notat, aliud responsum fuisse Africanum, si cum vasis seruus quoque commodatus fuisset, & cum subreptis vasis profugisset, nisi fugæ culpam commodator præstitisset, vt scriptum est in *d. l. §. si me rogaueris in fin.* vbi diximus *supr.* Sequitur

a Sed & illi mecum furti serui nomine agere possunt. Intellige cum Accursio, vt noxaliter agere possint, non aliter: neque enim ex delictis seruorum tenentur vnquam domini nisi noxaliter, præterquam si iis scientibus delictum admissum proponatur *l. 2. & pass. supr. de noxal. action.* Posset tamen etiam commodati actio contraria in hanc rem competere, non quidem ad damnum omnimodo sarcendum in solidum vt in *l. prox. seq.* sed vt vel damnum pro fure decidatur, vel seruus pro noxâ dedito relinquatur, quasi potestas noxalis actionis etiam bonæ fidei iudicio insit, vt subtiliter docet Cuiac. ex *l. inter causas 26. §. sed cum infr. mandat. l. si seruus 61. in princip. infr. de furt.* licet, inquit, & actio arbitraria *l. in bonæ fidei 7. supr. de eo quod cert. loc. & actio de dolo l. si quis adfirmat. vit. supr. de dol.* Rursum intellige eum eodem Accursio, nisi commodatarij sint in dolo: nam quoties is cui commodauit, dolo aliquid fecit circa rem commodatam, agere mecum furti non potest, ne ex dolo suo & improbitate actionem sibi acquirit *l. eum qui 14. §. item Pomponius iunct. l. itaque 14. §. 1. de furt.* Secus est si culpa tantum interuenit etiam lata, quamuis Cuiacius contra putet: nec enim culpa delictum est & in commutato facienda est remissior interpretatio etiam circa dolum quam in mandato, vel deposito *d. l. si seruus §. circa commodatum & seq. de furt.* vt diximus ad *l. in rebus 13. §. item qui sciens supr.* Planè quod Accursius requirit culpam aliquam commodatariorum interuenisse, vt furti actionem aduersus commodantem habeant, quoniam alioqui nihil eorum interesset, actio autem furti non alij datur, quam ei cuius interest, non puto ad rem pertinere. Quandoquidem nulla etiam culpa interueniente in specie huius §. interesset tamen commodatariorum qui ea lege commodatum acceperunt, vt etiam de periculo tenerentur, quod vtique nihil cum culpa commune habet: in d. verò tum maximè conuentionis huius potestas elucet, cum neque dolus, neque culpa præcessit. Alioqui sine neque conuentione hæc neque culpa vlla intercesserit, furti certè agi non potest *dict. leg. eum qui 15. §. idem scribit infr. de furt.*

legem præcedentem ex *leg. inter causas 26. §. sed cum seruus infr. mandat. leg. si seruus 61. in principio infr. de furt.* Ergo in specie huius legis, si seruus meus quem tibi commodaueram; **HHh 3**

furtam tibi fecerit, non debuit Paulus distinguere, an sciente me, an ignorante furtum factum sit, ut si sciente me competat tibi tunc contraria actio commodati, si verò me ignorante, & tibi ignoranti, noxalem furti contra me habeas actionem. D E C. Contrariam actionem siue commodati siue aliam quamlibet, cum dicimus, eam intelligimus quæ de indemnitate in solidum competit, non quæ ad noxæ deductionem. Nec enim contrariæ actiones sui natura sunt noxales, quamuis noxales insint contrariis, sicut in eo quod plus est, continetur quod est minus *leg. in eo 110. de regul. iuris.* ideòque noxales contrariis opponuntur, non tamen quasi contrariæ, sed quasi diuerse tam in hac *leg. quam in leg. si seruus pignori 31. infra tit. proxim.* Cum ergo queritur an pro furto, quod seruus commodatus fecit, danda sit commodatario actio contraria aduersus commodantem, an noxalis, merito adhibenda distinctio est, an sciente domino eodèmodum que commodatore furtum factum sit, an eo igno-

rante, ut priore casu contraria commodati actio necessaria sit, ad plenissimam indemnitatem consequendam, sicuti si quid commodatarius in serui curationem impendisset *leg. in rebus 18. §. possunt supr. hoc titulo.* Posteriore verò noxalis tantum competat, vel, quod effectum idem est, contraria quidem, sed alienatiuè, in id ut commodator vel damnum decidat, vel seruum pro noxæ dedito relinquat: quæ noxalis actionis natura & condicio est *leg. miles 6. §. decem infr. de re iudic. & tot. tit. de noxal. action.* Iunge dicit *leg. inter causas 26. §. sed cum seruus infr. mandat. leg. si tibi domum 45. §. primo infr. locat.* vbi tamen dicitur exera conductionis, causam, esse furtum à seruo conducto admissum, & in propriam persecutionem cadere, id est, in actionem furti, quæ tamen sit noxalis. Actio enim bonæ fidei tum quoque cum noxalem in se continet, non ideò tamen noxalis proprie dicitur, sed quasi noxalis, ut scriptum est in dicit. *leg. si seruus 61. in princip. infr. de furt.*

23. POMPONIVS libro 21. ad Quintum Mucium.

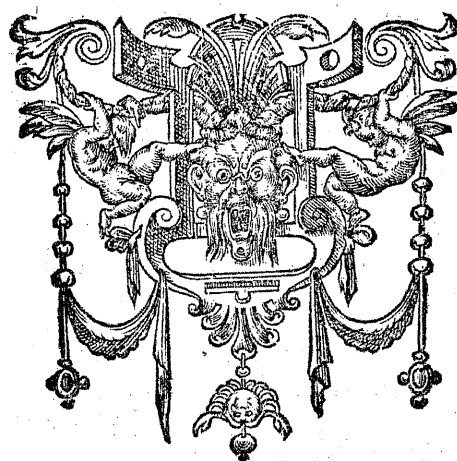
SI commodauero tibi equum, quo vtereris vsque ad certum locum: si nulla culpa tua interueniente, in ipso itinere deterior equus factus sit: non teneris commodati. nam ego in culpa ero, qui in tam longum iter equum commodarim, qui eum laborem sustinere non potuit.

Ad l. si commodauero ult.

R A T. D V B. & D E C I D. ad hanc legem eadem est, quæ ad *leg. eum qui 10. supr.* Nam cum de culpa qualibet etiam leuissima teneatur commodatarius *leg. in rebus 18. in princip. supr.* non videbatur carere culpa is qui in tam longum iter vsus esset equo commodato, ut is ex itinere deterior factus esset. Sed contra respondetur, imò verò nullam ipsius culpam esse, qui commodato equo in eam ipsam rem vsus est, in quam acce-

pit dicit. *leg. eum qui.* & culpam, si qua est, totam eius esse, qui commodauit, quippe qui non debuerit in tam longum iter equum commodare, ut eum laborem sustinere equus non posset. Planè si qua alia in re commodatarij culpa aliqua interuenierit, propter quam equus deterior factus sit, non faciet culpa præcedens commodatoris, quominus de sua propria commodatarius teneatur dicit. *leg. eum qui iunct. leg. 3. §. si reddita supr.* Adde *leg. si seruus seruum 27. §. penult. & leg. vltim. supr. ad leg. Aquil.*

DE PIGNO-



DE PIGNORATICA ACTIONE, VEL CONTRA-

TIT. VII.

VLP IANVS libro 40. ad Sabinum.

Pignus contrahitur non solum traditione, sed etiam nuda conuentione, & si traditum non est.

Ad l. 1. Pignus contrahitur.

R A T. D V B. Pignus est ex numero eorum contractuum, qui re tantum, id est traditione, non etiam nudo consensu perficiuntur *leg. 1. §. creditor quoque infr. de oblig. & action. §. creditor Instit. quib. mod. re contr. oblig.* quamuis consensus in hoc quoque contractu, ut in omnibus cæteris necessariis sit *l. in omnibus negotiis 57. eod. tit. de oblig. & action.* In eo que differt pignus ab hypotheca, quæ consensu nudo contrahitur *l. 4. infr. de pignori. l. si tibi 17. §. de pignore supr. de pact. l. iusto 41. §. non mutat. infr. de vsucap. quamuis extra hanc causam non possit constitui ius in re circa traditionem l. traditionibus 20. Cod. de seruit. amitt.* Unde est quod pignus contra ius esse dicimus, cum maneat penes debitorem proprietate possessio sola transit ad creditorem, hypotheca verò cum nec possessio transit *l. si rem alienam 9. §. proprie & l. cum & sortis 15. §. 1. infr. hoc tit.* Id est cum nulla traditio interuenit, nec enim vlla traditio sine possessionis translatione, aut esse aut intelligi potest *leg. 3. infr. de action. empt. leg. clauibus 74. de contr. empt.* D E C. Pignoris appellatio & significatio duplex est, vna propria, altera impropria. Propria illa est, quæ traditionem exigit *d. l. si rem §. proprie & ad res mobiles tantum pertinet, quæ pigno teneri possunt.* Pignus enim dictum est à pugno, quia res quæ pignori dantur manu traduntur *l. plebs est 138. §. pignus infr. de verb. signific.* Impropria rursus est duplex, vna, quæ traditionem quidem perinde requirit, sed ad quascunque res etiam immobiles refertur: nam & res immobiles æquæ ac mobiles traduntur, licet non pigno. Sic passim nostri prudentes tractant de fundo & prædio pignori dato *in l. 1. §. cum prædium l. si fundus 16. & pass. infr. de pignori.* Altera est, quæ nec traditionem exigit, sed nudo consensu & simplici pacto etiam nudo contenta est, quam rectius & magis proprie hypothecam appellamus *§. item Seruiana Instit. de action.* Et hoc est, quod ait Marcianus in *l. res hypotheca §. infr. de pignori.* inter pignus & hypothecam nominis tantum sonum distat, scilicet quantum ad effectum actionis hypothecariæ, ut Iustinianus explicat in *d. §. item Seruiana.* Perinde enim dat Pignus actionem ex nudo pacto hypothecariæ, atque daret ex stipulatione aliòve

contractu civili: non quia pignus sit modici præiudicij, ut putat Bartolus, sed propter publicam hominum utilitatem, & quia hypothecæ obligatio semper accessoria est, ideòque facilius non nunquam principalis, ut dixi *ad l. 1. supr. de constit. pecun.* Quam actionem interpretes vniuersi hypothecariam vocant, prudentes elegantiùs, quasi Seruianam quòd inducta sit ad exemplum actionis Seruianæ, quæ primùm à Prætorè Seruio proposita est de rebus coloni in prædium rusticum inuectis, & pro pensione domini prælij nuda conuentione obligatis *d. §. item Seruiana,* interduam etiam pignoratitiam, ut in *leg. rem alienam 41. hoc tit. l. si Titio 22. infr. de pignori.* & alibi sæpe. Esti pignus auuiam actionem simpliciter cum nostri dicunt, eam intelligunt, de qua in hoc Tit. id est, quæ debitori competit soluto debito contra creditorem, ut pignus quod acciperat, pro debito restituat, non illam quæ datur creditori, siue contra debitorem, siue contra quemlibet alium pignoris possessorem ad pignus vindicandum. Hæc enim de qua in *tit. de pignori.* in rem est, non in personam, & aduersus quemcunque possessorem datur *l. pignoris 17. infr. ill. tit. l. pignoris 5. C. eod.* ideòque vindicatio pignoris appellatur *l. si fundus 16. §. in vindicatione infr. ill. tit.* At illa de qua in hoc tit. merè personalis est, nec arbitraria, qualis est hypothecaria *§. præterea Instit. de action.* sed bonæ fidei *§. actionum eod. tit.* daturque non contra possessorem, sed contra debitorem solum, etiam si rem pignoratam non possideat, heredemve ipsius. Hypothecariâ directâ actio est, nec vllam habet contrariam: pignoratitia verò, de qua nunc agimus, duplex est, vna directâ, quæ debitori aduersus creditorem competit de pignore dato restituendo postquam solutum est, aut aliter satisfactum creditori dicit. *l. si rem alienam 9. §. omnis pecunia infr.* Altera contraria, quæ vicissim datur creditori contra debitorem ad sumptus repetendos, quos in rem pignoratam fecit, aut si quid aliud ex ea causa impenderit *l. tutor 16. §. contrariam infr.* Ex quo apparet, quod scriptis Iustinianus in *l. 2. §. sequentem 5. C. de veter. iur. encl.* actionem hypothecariam non longè admodum ab actione pignoratitia distare, non alium sensum habere posse, quam quòd vna alteri quodammodo consequens esse videatur: conuentionio enim pignoris sicut inducit hypothecariam fauore creditoris, ut pignus per-

sequi & vindicare possit. Ita & soluto quodcumque debito inducit pignoratitiam fauore debitoris, vt pignus à se datum recuperare possit. Ob idque Papinianus in l. per. infr. hanc actionem vocat iudicium, quod de pignore dato proponitur, scilicet reddendo, non vindicando. Cæterum pignoratitia de qua in hoc tit. non competit, nisi de pignore tradito, & cuius possessio in creditorem translata sit. Nec enim posset creditor restituere pignoris possessionem, quam nunquam habuisset: Hypothecaria vero contum non competit, nisi de pignore non tradito, sed nuda conuentione obligato, vt pignoris possessionem quam nondam habuit, nancisci possit d. l. si fundus 16. §. in vindicatione de pignor. Nam si pignus propriè contractum sit, hoc est ita vt rei obligatae possessio translata fuerit in creditorem, nulla prorsus actio creditori competere potest, id est neque pignoratitia neque hypothecaria, quia pro rebus corporalibus nulla possessori actio prodita est §. 1. infr. de act. quoniam nec actio indigetis qui possidet, cum sibi consulere possit per retentionem l. 1. in princip. infr. de pignor. Sed debitori omni casu necessaria est actio, vt rem à se datam pignori & pro debito obligatam per se soluto debito recipere: cum non fuerit ei permittendum, vt rem pignoratam propria auctoritate recuperet, nec si vioculo & nexu pignoris liberata sit, quemadmodum nec crediti hypothecario permittitur sua auctoritate vel debitum exigere, vel pignus vindicare, nisi de eo expressa conuentio facta sit leg. et rat 23. sup. quod met. caus. l. 1. C. de pignor. l. miles 6. §. qui iudicati infr. de re iudic. Scio debitorem qui rem suam pignori datam, vel alieno aut aliter satisfaciendo liberavit, posse si malit eam quam suam, & iure domini vindicare, nec proinde personali actione ista indigere, vt rem suam recipiat. Sed dico incommo- dam plerumque esse directam rei vindicationem,

¶ Si igitur contractum sit pignus nuda conuentione: videamus, si quis aurum ostenderit, quasi pignori daturus, & æs dederit, an obligauit aurum pignori & consequens est, vt aurum obligetur, non autem æs: quia in hoc non consenserunt.

Ad §. 1. Si igitur.

RAT. DVV. Ad obligationem pignoris constituendam, siue propriè pignus accipias, siue impropriè pro hypotheca præsentem consensu opus est, non qui ad futurum tempus referatur leg. qui autem 14. §. 1. sup. de constit. pecun. l. in omnibus negotiis 57. infr. de oblig. & actio. Atqui cum quis aurum ostendit, quasi daturus pignori, & nihilominus æs dedit, non videtur debitor consensisse in auro dando, sicut nec creditor in accipiendo ære, quin potius fatendum est, debitorem animum habuisse decipiendi creditoris, propter quam causam etiam de stellionatu teneri eum scribit Vlpianus in fine huius legis: nec præsens consensus est, cum quis ostendit aurum quasi pignori daturus, nisi der in tempore præfenti, aliud enim est dare rem pignori, aliud verò pignori dare velle: sicuti diximus ad l. vlt. sup. de condic. caus. dat. aliud esse vendere, aliud verò pacisci de vendendo, denique aliud est pacisci, aliud decipi l. qui cum tutoribus 9. §. 1. sup. de transact. Ergo quamuis hodie post inductam à Prætoribus hypothecariam ex nudo pacto pignoris, nascatur iure honorario & obligatio & actio, non tamen consequens est, vt au-

quia exactam & concludentem domini probati- nem exigit, quæ vt plurimum difficillima est §. con- modum Infr. de interd. Cum tamen pignoratitia nihil nisi conuentionis & solutionis aut satisfactionis probationem requirat, adeoque interdum sola oblatione contenta est, quæ modò in iudicio facta sit etiam post instituta actionem d. l. si rem 9. §. vlt. infr. Præter id quod actio pignoratitia bonæ fidei est, habetque plenissimas præstationes, vindicatio autem omnis, id est, siue domini siue pignoris arbitratia est l. et ex diverso 35. §. 1. leg. qui restituere 68. sup. de rei vindic. & idcirco non tam facillè nec nisi per ambages expediri potest. Facti enim cognitionem & de rei dominio præiudicium pronuntiare oportet, deinde arbitrium ferri de re restituenda, vt ad sententiam & condemnationem perueniatur. Sed & interdum euenit, vt quis rem alienam pignori dederit: quo casu licet pignoris obligatio ipso iure non teneat, nisi aut ex domini voluntate facta sit l. aliena 20. hoc tit. & tot. tit. C. si alien. res pignor. dat. sit. aut pignus pignori datum proponatur tit. C. si pignus pignor. dat. sit. non eo minus tamen tenetur creditor, cui solutum debitum, aliter vt eo nomine satisfactum est, vt rem pignoratam cuiuscunque sit debitori restituat, qui tamen eam tanquam alienam vindicare, etiam si maximè vellet, non posset. Est igitur non solum commodior, sed etiam latius patens actio pignoratitia, quæ ex contractu nascitur, quam vindicatio domini, quæ non nisi dominium ex parte actoris pro causa habet, & ex parte eius qui conuenitur, præsentem possessionem: non aliud 24. §. sed si postulat sup. de iudic. l. vnic. C. de alienat. iudic. caus. fact. Hæc ad pignus conuentionale pertinet, de quo & totus hic titulus est. Nam de prætorio de quo Accursius & Bartolus hic latius tractant, accommodatior erit dicendi locus ad l. non est mirum 26. §. 1. infr.

rum pignori obligatum sit, non solum quia traditum non est, (ea namque ratio concludit tantum pignus propriè non esse secundum ea quæ proximè scripsimus) sed etiam quia non habuit debitor animum auri obligandi, qui pro auro æs subiecit & tradidit, sicut neque æs obligatum est, quia in accipiendo eo creditor non consensit. De c. Neque pignus neque hypotheca specialiter contrahi potest, nisi certi corporis: genus enim nunquam obligatur, ne tum quidem cum generaliter bona debitoris omnia pignori sunt obligata: resoluitur namque generalitas in suas singularitates l. falsa 33. §. vlt. infr. de condic. & demonstr. quia pignoris obligatio rem ipsam afficit quæ obligata est, & tribuit creditoribus non solum ad rem sed in re l. l. pignoris 17. & pass. infr. de pignor. l. si creditor 7. §. vlt. infr. de distract. pignor. affici autem genus non potest, vt neque traditurque tangi cum sit incorporale leg. 1. §. vlt. sup. de re: diuis. & apud Iustinianum tit. de reb. corpor. & incorp. sufficit ergo vt sit consensus in corpore de quo obligando actum est, quemadmodum & in stipulatione dici solet l. si id quod 12. infr. de verb. oblig. Alioqui deciperetur creditor qui non fuerat sine pignore crediturus, si neque aurum ostensum, neque æs quod

quod traditum fuit, obligatum esse diceremus. Est enim traditione pignus propriè constituitur, non tamen ita accipi debet, vt incipiat pignus à traditione. Inutilis siquidem traditio est, nisi præcesserit consensus de re obliganda: Quo consensu præcedente inutilis quoque traditio est ad pignoris obligationem constituendam, quæ iam satis nudo consensu constituta est. Venditionis alia ratio esse creditur ex l. quid tamen 14. infr. de contr. empte. Valet enim venditio etiam generis, quia non sicut per pignus, ita & per venditionem res afficitur, sed persona tantum obligatur l. rem alienam 28. cod. tit. Quod tamen aut verum sit, quoniam ob stare videtur, quod scriptum est in l. cum ab eo 41. §. vlt. cod. tit. dicendum erit latius ad d. l. quid tamen. Illud non improbo, quod ex hoc loco nostri notant, quoties ob vilitatem alterutrius contrahentium, siue ex causa doli, siue ex alia, contractus nullus aut inutilis est, habendum tamen esse pro valido, si is velit, qui deceptus est, ne quod eius fauore constitutum est, in ipsius odium retorqueatur. Hoc enim fauore decepti postulat, & odium decipientis, vt hic Bartolus notat ex l. et eleganter 7. in princip. sup. de dolo leg. sub prætextu 19. C. de transact. l. si creditoribus 5. C. de seruo pignor. dat. manum. l. non eo minus 14. C. de procurat. l. penult. C. ad S. Trebell. quamuis extra hunc casum non debet esse in potestate vtrius contrahentium, vt contractus valeat, aut plus minùs comprehendat l. si vina emerim 6. infr. de peric. & commod. rei vendit.

a Si quis tamen cum æs pignori daret. RAT. DVV. & DECI. ea rem est quæ ad sententiam præcedentem, nisi quod cum debitor affirmauit æs, quod dabat pignori, aurum esse, tanto magis apparet non in hoc consensisse contrahentes, vt æs daretur pignori, sed vt aurum, id est, quæ tanquam deficiente consensu pignus non teneret videbatur, licet serua traditione, quia neque aurum, sed æs traditum fuit. Sed magis esse, Vlpianus ait, vt pignoris obligatio teneat, quia verum est consensum esse in corpore, non in qualitate & substantia materiae. Quid enim aliud exigimus ad obligationem pignoris in eo corpore quod ostenditur constituendam, quam vt consensum sit in corpore? Nec quod dolus debitoris hoc casu euidenter sit, ad rem facit: Tanto magis enim dicendum est, contractum tenere fauore decepti creditoris, si id malit, iuxta ea quæ proximè scripsimus.

b Tenebitur tamen pignoratitia contraria actione, qui dedit. RAT. DVV. Pignoratitia actio contraria non potest latius patere quam directa, dicitur enim contraria ex comparatione directæ. Atqui non potest directæ actio pignoratitia competere soluto debito, nisi ad restitutionem eius corporis, quod pignori datum est æneum, licet conuenierit, vt daretur tanquam aureum. Pignoratitia enim cum nomen sumat à pignore, non potest latius patere quam pignus ipsum. Et absurdum esset debitorem dato ære in pignus, repositere aurum quod non dedisset. Ergo neque contraria actione pignoratitia teneri potest debitor, qui dedit æs pro auro, vt præstet quanti creditoris interest aurum pignori datum fuisse. Et quamuis debitor in dolo fuerit qui falsò affirmauit aurum esse, quod dedit pignori, cum æs esset, videtur tamen ea res in iudice debere actionem subsidiariam de dolo potius, quam actionem contrariam pignoratitiam, ne dolus marceat impunitus. De c. Actiones contrariæ sicuti inducuntur sunt ex æquitate & bona fide, ita tam late patent, quam

æquitas ipsa quæ illas inducit, nullis enim aliis finibus aut dilatantur aut coercentur quam æquitate, quæ circa ipsum negotium versatur, ex quo proficiuntur. Itaque licet directæ actio non competat, contraria tamen non eo minus danda est, si eius dandæ aliqua subest æquitas, quæ semper subest, quoties indemnitati eius qui contrariam actionem exercere vult, consulendum est leg. et apud quem infr. de positi. l. in commodato 17. §. 1. & l. seq. §. vlt. sup. tit. pro. Atqui cum debitor pro auro dedit æs pignori, quod affirmauit aurum esse, non potest consultum esse indemnitati creditoris, nisi præstetur ei quanti ipsius interest, aurum pignori datum fuisse, quod magis ei cautum sit, non enim datur pignus, vt neque fideiussor, nisi vt debitum magis sit in tuto l. si mandatu 59. §. vlt. infr. mandat. l. 4. §. addici infr. de fidei. libert. Ergo nihil causa est, cur non hoc nomine danda sit creditori actio contraria, per quam fiat, vt plenissimam indemnitatem consequatur. Nam quod debitor in ea re dolum admisit, non inducit necessitatem proponendæ actionis de dolo, cum sufficere possit contraria pignoratitia, quæ sicut bonæ fidei est, ita de dolo actionem non minus quam exceptionem vt ipsa in se continet leg. si quis affirmauit 9. sup. de dolo. Nunquam enim Prætor da: actionem de dolo, quæ quoniam damnato infamiam irrogat, semper odiosa est, nisi alio quolibet auxilio, siue ordinario, siue extraordinario deficiente l. 1. §. 1. & §. idem Pomponius & pass. cod. tit.

c Præter stellionatum quem fecit. RAT. DVV. Quod in causis ciuilibus est actio de dolo, hoc in criminalibus est stellionatus persecutio l. 3. §. 1. infr. de crimin. stellion. Atqui in proposita specie, licet dolus commissus sit, actio tamen de dolo non habet locum, quia contraria actio pignoratitia potest sufficere, vt proximè diximus. Ergo neque persecutio stellionatus hoc casu locum habere potest. De c. Actio quolibet competens siue ordinaria siue extraordinaria excludit actionem de dolo, quæ non nisi subsidiaria est: sed non excludit accusationem & persecutionem stellionatus, quæ etsi nec ciuilibus & priuata nec publica est, cum stellionatus iudicium publicum non sit, tamen extraordinariam habet coercitionem l. 1. l. 2. & d. l. 3. §. 1. de crimin. stellion. quamuis cum dict. leg. 2. pugnat videatur, quod scriptum est in leg. quid ergo 13. §. vlt. sup. de his qui notant. infam. vbi scripsimus. Publicæ autem interest extra ordinem puniri eos, qui contra legum ordinem & præscriptum deliquerunt l. ita vulneratus 51. §. vlt. sup. ad leg. Aquil. l. Stichum aut Pamphilum 95. §. 1. de solut. Ergo quod actio pignoratitia contraria competat creditori, non debet ei adimere accusationem & persecutionem stellionatus, quæ in eo favorabilior est, quam actio de dolo. Quamuis non negem favorabilius esse creditori, vt habeat contra debitorem contrariam actionem, quam vt stellionatus persecutionem: Quia de stellionatu agi non potest, nisi probato dolo, sine quo nec delictum vllum esse potest, dolum autem semper excludit ignorantia, & consequenter stellionatum. At non æquè contrariam actionem pignoratitiam, quæ nihil aliud exigit, nisi vt ex æquitate indemnitas creditori præstanda sit, nec tam ad puniendum debitoris dolum datur, quam ad indemnem seruandum creditorem l. tutor 16. §. primo infr. hoc tit. dict. leg. et apud quem 5. infr. de positi. Lunge leg. si quis in pignore 36. infr. hoc tit.

SI debitor rem pignori datam vendidit & tradidit, tuncque ei nummos credidisti, quos ille soluit ei creditori, cui pignus dederat, tibi que cum eo conuenit, ut ea res, quam iam vendiderat, pignori tibi esset: nihil te egisse constat: qui rem alienam pignori acceperis. ea enim ratione emptorem pignus liberatum habere cepisse. neque ad rem pertinuisse, quod tua pecunia pignus sit liberatum.

Ad l. Si debitor 2.

R A T. D V B. Is, ex cuius pecunia creditor pignoratitius dimittitur, hoc ipso succedit in ius & locum prioris creditoris, dummodo conuenit ipse de pignore, & ut pecunia ad priorem illum creditorem perueniret *l. 1. 2. & 3. de his qui in prior. credit. loc. succed.* Quomodo & is cuius pecunia peruenit ad creditorem chirographarium tantum, sed habentem priuilegium inter chirographarios, succedit in priuilegium anterioris, non solum si pecunia statim profecta sit ab inferiore creditore ad priuilegiarium, sed etiam si per mediam creditoris personam, si modo non post aliquod interualum id factum sit *l. si ventri 2. 4. §. vlt. infr. de reb. auctor. iudic. possid. aliis l. 9. §. vlt. de priuileg. credit.* Ergo si debitor rem pignori datam vendiderit & tradiderit, tuncque nummos ei credideris, quos ille soluerit creditori, cui pignus dederat, tibi que cum eo conuenierit, ut ea res quam iam vendiderat, pignori tibi esset, dicendum est, te in locum creditoris successisse, cum in tua persona duplex illa ratio concurrat, quod & tua pecunia dimissus est prior creditor, & speciali conuentione eadem res pignori data tibi est, quae prior data fuerat. **D E C.** Aliena res pignori dari non potest, nisi accedente domini voluntate *l. aliena 20. hoc tit. leg. 1. & 20. tit. C. si alien. res pignor. dat. sit. l. & quae nondum 15. §. quod dicitur & pass. infr. de pignor.* Aut sub conditione, si quandoque res illa fiat debitoris *l. si fundus 16. §. aliena res eod. tit.* At qui res debitoris ab eo pignori datur, creditori, deinde alij vendita & tradita, cepit esse aliena, factaque emptoris per traditionem ex causa venditionis factam *§. vendita Inst. de rer. diuis. l. traditio 20. l. nunquam nuda 31. de acquir. rer. domin.* Ergo conuentionio pignoris postea secuta cum creditore ex cuius pecunia prior creditor dimissus est, nullum ius pignoris dari potuit nouo creditori in re facta iam aliena. Verum igitur est, quod Pomponius his scribit, posteriore hunc creditorem tali conuentione nihil egisse, quia rem alienam pignori acceperit. Ea namque ratione emptorem cepisse liberatum pignus habere, ut proinde creditor ea pactione emptori magis quam sibi profuerit, licet non id inter ipsum & debitorem ageretur, ut emptori prodesset conuentionio. Nec enim ad hunc casum pertinet quod dici solet, actus non operari ultra intentionem agentium *vulg. l. non omnis 19. & praeced. supr. de reb. credit.* Fit namque hoc ex necessitate negotij, cum non possit manere pignus obligatum soluto debito *leg. si rem 9. §. omnia pecunia & seq. infr.* Et quemadmodum plerumque accidit, ut extra id quod agitur, obligatio aliqua tacita nascatur *l. is qui 13. in fin. supr. tit. prox.* Ita & multo facilius admitti potest, ut ex co actu, qui fit ad inducendam obligationem, nascatur liberatio. Quamquam verum est, liberationem hoc casu induci, non extra id quod agebatur, sed ex parte secundum id quod agebatur. Quid enim aliud agebat debitor, cum pecuniam

mutuam a posteriore creditore accipiebat, eamque priori soluebat, quam ut pignus a priore creditore liberaret, idemque posteriori obligaret? Alterum verò facere potuit, id est pignus a priore creditore liberare, alterum non potuit, id est pignus illud a priore creditore liberatum posteriori obligare. Itaque non operatur actus hoc casu ultra intentionem agentis, sed minus quam fuerit in agentis intentione, quod utique non est nouum, quod potestas iuris cum voluntate hominis non concurrat, ut *inl. quoties 9. in princip. infr. de hered. inst. leg. multum interest 8. C. si quis alter vel sib. leg. 4.* vbi Baldus notat *infr. de acquir. hered.* Minus obstat si quis obiciat pignus pignori dari posse, quo casu rem alienam pignori dari necesse est, cum pignus rei propriae non consistat *leg. vnic. C. si pignus pignor. dat. sit. neque pignus 45. de regul. iur.* Et si enim pignus respectu primi creditoris aliena res est, cum tamen dat illud pignori, non tamen rem alienam obligat, quam ius pignoris quod habet in ea re, quodque suum est. Ceterum pignus quod ei a primo debitore datum est, necesse est fuisse in dominio prioris debitoris eo tempore. Alioquin non posset tanquam pignus dari prioris ea res, quae nullo pignoris vinculo teneretur, neque verò in hac lege ponimus datum fuisse pignus pignori a pignoratitio creditore, sed a debitore ipso, & quidem eo tempore quo neque dominij neque pignoris ius vllum amplius in ea re habebat. Fateor posse accedere, ut posterior creditor in prioris locum succedat hoc ipso, quod ex pecunia ipsius creditor prior dimissus est, siue prior ipse creditor posteriori soluerit, nulla etiam alia pactione interueniente, siue posterioris creditoris pecunia ad ipsum debitorem prius perueniret, sed ea lege ut ex illa pecunia prior creditor dimitteretur *d. l. 1. 2. & 3. C. de his qui in prior. credit. loc. succed.* Eius qui pignus a debitore emit, alia ratio est. Licet enim precium ad creditorem perueniret, non idem tamen succedit in pignus & ordinem creditoris, nisi conueniat ipse primus de pignore *l. Aristo 3. infr. qua res pignor. oblig. poss.* In eoque melior est conditio creditoris quam emptoris solventis. Emptor enim siue debitori eidemque venditori suo soluat, siue creditori venditoris, non aliam ob causam soluete intelligitur, quam ut se liberet, non etiam ut aliquod sibi ius & actionem a creditore acquirat, quia debitor ipse est, eique debet sufficere, quod soluendo acquirat sibi liberationem, non etiam actionem. At cum posterior creditor soluit anteriori, cum non sit ipse debitor, non alia mente potest videri id facere, quam ut anterioris creditoris ius sibi acquirat. In chirographariis creditoribus, cum ex posterioris pecunia prior priuilegiarius dimissus est, facilius est ut hoc ipso non priuilegiarius succedat in locum priuilegiarij *dict. leg. si ventri §. vltim. de reb. auctor. iudic. possid.* quia facilius est, ut priuilegium causae, acquiratur quam priuilegium temporis, & ordo priuilegij quam pignoris.

3. Idem

SI quasi recepturus a debitore tuo comminus pecuniam, reddidisti ei pignus, si que per fenestram id misit, excepturo eo, quem de industria ad id posuerat. Labeo ait, furti te agere cum debitore posse, & ad exhibendum. & si agente te contraria pigneraticia, excipiat debitor de pignore sibi reddito: replicabitur de dolo & fraude, per quam nec redditum, sed per fallaciam ablatum id intelligitur.

Ad l. Si quasi 3.

R A T. D V B. Soluto debito sicut liberatur pignus, ita & nascitur actio pignoratitia *leg. si rem 9. §. omnia pecunia infr. hoc tit. leg. item liberatur 6. infr. quibus modis pign. vel hypoth. soluit.* At qui nihil interest, an soluta sit pecunia debita, an verò fides habita sit de solutione *l. quod vendidi 19. l. vt res 53. infr. de actio. empt. l. 5. §. sed si deis penult. infr. de tribut. actio.* Porro satis habet fidem de soluto debito creditor, qui quasi comminus & statim accepturus pecuniam debitam, reddit pignus creditori: Nam & pro facto haberi solet, quod in eo est, ut proximo fiat *l. penult. infr. de restam. milit.* Ergo licet postea contigerit, ut pecunia nulla creditori soluta sit, non eo minus tamen liberatum pignus intelligi debet: Et consequenter non est danda creditori actio furti aut ad exhibendum contra debitorem, licet ipse creditor ut pignus redderet, illud per fenestram misit, excepturo eo quem debitor de industria ad id posuerat. Sed imputare sibi potius debet creditor, qui pecuniam sibi debitam habuerit pro soluta, priusquam solueretur. Multo minus dicendum est agente debitore pignoratitia actione dandam creditori replicationem de dolo, cum nihil possit videri dolo malo factum a debitore, qui non modo ex creditoris voluntate, sed etiam per ipsas creditoris manus pignus receperit. **D E C.** Dolus & mala fides abesse debet ab omni contractu *l. bonam fidem 4. C. de obligat. & act.* sed maxime a contractu bonae fidei, cui nihil tam contrarium est, quam dolo *l. si dolo 5. C. de rescind. vendit. l. 3. in fin. infr. pro socio.* At qui contractus pignoris bonae fidei est *§. actionum Inst. de actio. l. que fortuitis 6. C. de pignor. actio.* Ergo bonam fidem in eo adesse oportet, siue de contrahendo siue de dissolueno pignore tractetur, & siue de tradendo eo, siue de reddendo. Atqui non potest videri debitor bona fide versatus in dissolueno pignore, & recipienda re obligata, cum receperit quasi pecuniam statim soluturus, quam tamen neque tum incontinenti, ne-

que postea ex interuallo soluerit. Non enim pignus creditor reddidisset, nisi se pecuniam statim accepturum sperasset. Proinde non tam redditum hoc casu pignus aut remissum, quam per fraudem & fallaciam ablatum intelligitur, ut Pomponius hic scribit. Cumque non ex voluntate libera creditoris, sed ex proprio suo dolo pignus debitor receperit, consequens est, ut ex ea causa furti quoque actione teneatur. Idemque ad exhibendum, quae actio furti actionem semper committatur quandiu idem fur & rei furtiue possessor est *leg. si pro fure 7. §. 1. supr. de condit. furt.* Nec enim nouum est, ut quis etiam rei suae futum faciat, si modo eam abstulerit, & contrectet invito eo, qui iustam eius retinenda causam habuisset *l. si is qui rem 59. l. si is qui rem pignori 66. in princ. infr. de furt. §. vnde constat Inst. de oblig. qua ex delict. nascunt.* Ergo non potest hoc casu reculare creditor, quin & furti & ad exhibendum actione teneatur, multo magis si agat pignoratitia, ut pignus quasi redditum persequatur, quod forte ad creditorem redierit, doli replicationem pati debet, quia dolo facit qui & pignus habere vult, nondum soluto debito *d. l. si rem 9. §. vlt. infr. & debitum haberi pro soluto, quod ipse nunquam soluerit.* Non tam enim videtur fidem creditor habuisse de solutione pecuniae, quam solutionem sperasse remissam sibi a debitore, quod sane ad pignoratitiam inducendam sufficere non potest, nam nec remissum debitum intelligitur ex sola pignoris redditione, adeoque nec pactum de non petendo inducitur ex pignoris cautione, quomodo ex cautionis & chirographi restitutione induceretur *leg. 2. & 3. supr. de pact.* Ut non male Bartolus hic, & hinc noter, eum fidem de precio soluto non habere, qui putat statim sibi solui, sed eum solum, qui spe futurae aliquando solutionis habet pecuniam pro soluta, accepto in eam rem fideiussore aut expromissore, aut facta etiam ut fieri solet debiti nouatione *d. l. quod vendidi & d. l. vt res de contr. empt. Iunge leg. si quasi accepturi 7. C. de non numer. pecun.*

4. VPIANVS libro 41. ad Sabinum.

SI conuenit de distrahendo pignore, siue ab initio, siue postea: non tantum venditio valet, verum incipit emptor dominium rei habere: sed etsi non conuenit de distrahendo pignore: hoc tamen iure utimur, ut liceat distrahere: si modo non conuenit, ne liceat: vbi verò conuenit, ne distraheretur: creditor, si distraxerit, furti obligatur: nisi ei ter fuerit denuntiatum, ut soluat, & cessauerit.

Ad l. Si conuenit 4.

R A T. D V B. Nemo plus iuris in alium transferre potest, quam ipse habeat *l. nemo plus iuris 71. de*

regul. iur. Neque traditio quaelibet transfert dominium, sed ea tantum quae fit a domino, & quidem ex precedente titulo habili ad transferendum dominium *l. traditio 20. l. nunquam nuda 31. infr. de acquir.*

ver. domin. leg. clauibus 74. de contr. empt. Atqui creditor pignoratitius non est dominus pignoris, cum neque pignus rei propriæ consistere possit. *l. neque pignus 45. de regul. iur.* nec rursus titulus pignoris est habilis ad transferendum dominium, quia non id agit creditor, qui pignus accipit, ut eius dominium sibi acquirat, sed tantum ut pro pecunia sibi debita eorum habeat, & debitum sibi tuto *l. si mandatu 59. §. ult. infr. mandat. l. 4. §. addici 8. de fideic. libert.* Ergo si pignoratitius creditor pignus distrahet, siue ex conuentione cum debitore facta, siue citra conuentionem, non potest emptor incipere dominium habere eius rei, quam à non domino comparauit. Non enim pactis & conuentionibus, sed traditionibus tantum, & quidem à vero domino factis rerum dominia transferuntur *leg. traditionibus 20. C. de pact. De c. Quædam admodum al. quando accidit ut is, qui dominus est, tradendo tamen dominium non transeat, ut cernere est in marito fundum detalem distrahente contra legem Libam, & in prodigo vel mino e a iuribus legis aut Prætoris prohibitionem distrahente *Instit. quib. alien. licet vel non l. si ab eo 12. infr. de usufructu.* Ita è contractio interdum euenit, ut qui non est dominus, rei tamè alienæ dominium transferat in accipiente, si modò titulus habilis præcedat ex quo transferri dominium possit, puta venditionis. Id uero euenit maxime in specie huius legis, id est creditore pignus distrahente *leg. non est nouum 46. de acquir. rer. domin. non solum si ex voluntate debitoris eiusdem, uel domini id facta, quod contingit, si conuentione præcesserit de distrahendo pignore, quo casu perinde habenda traditio est, ac si à domino ipso facta esset (nihil enim refert, an quis per se contrahat, & tradat, an per alium *leg. quia perinde 42. ad S. Trebell. l. 5. §. 1. de admin. tutor. l. qua ratione 9. §. nihil autè interest l. si procurator 35. de acquir. rer. domin.)* sed etiam si nulla conuentione præcesserit, quia in omni pignoris datione id semper agitur, ut creditor pignus possit vendere, quoniam alioqui pignus esset inutile, quod vendi non posset *l. mulier 11. §. tot. rit. C. de distract. pignor.* Cur enim datur pignus, nisi ut ex eius venditione possit creditor sibi satisfacere, & pecuniam sibi debitam explicare: *l. à diuo Pio 15. §. si pignora & pass. de re iudic.* Mirum igitur non est ex pignoris venditione per creditorem quoquomodo facta, id est siue ex conuentione, siue citra conuentionem transferri dominium in emptorem, quasi facta omni casu & venditione, & traditione ex domini voluntate saltem tacita *§. 1. Instit. quib. alien. licet vel non & d. l. non est nouum.* Sed hoc tamen ita accipiendum est, si creditor bona fide pignus distrahat. Intelligitur autem ita demùm distrahere bona fide, si & prius denunciauerit debitori ut solueret *l. ult. §. 1. C. de bon. author. iudic. possid.* & eo non soluente pignoris venditionem proscripterit, & publicè fecerit *l. si eo tempore 6. l. si hypothecas 8. C. de remiss. pignor. l. 1. 2. 3. & 4. C. si vendit. pignor. agat.* Sunt enim hæc solemnitates non tantum iuris noui, ut malè putat Accursius, sed etiam veteris *l. creditor 4. l. que specialiter 9. C. de distract. pignor.* nimirum cum creditor ex necessitate iuris distrahit, non ex pacto & conuentione. ut dicemus ad *l. eleganter 24. §. penult. infr. hoc tit.* Facta uero pignoris venditione bona fide, usque aded transferitur dominium in emptorem, ut de proprietate uinci non possit *l. qui à creditore 18. C. de distract. pignor.* si modò traditio secuta sit, aut quod effectum idem est, si emptor inductus sit in vacuum rei obligatæ possessionem *leg. qui prædium 13. eod. ritul.***

Adeoque plus iuris habet, qui à creditore non domino emittit, quam qui à debitore eodemque domino, quod ei offerre debitum posteriori creditor non potest, quomodo posset ei offerre qui à debitore ipso comparasset *l. 1. & 2. C. si antiq. credit. pign. vendit.* unde est quod creditor de emittente non tenetur, nisi hætenus, ut se præstet creditorem potiorum & bona fide venditorem *leg. 1. & 2. C. credit. emitt. pignor. non debet.* siue aliena res pignori data proponatur, quam dominus emittit postea, siue quæ aij creditor anteriori pignoris iure fuerit prius obligata: duæ enim sunt hæc causæ ex quibus emittit se qui sollet *l. si quis mancipium 34. §. ult. & l. seq. infr. de emitt.* Cum autem dicimus eum qui à creditore emittit, non posse uinci de proprietate, de eo creditore intelligimus, qui rem debitoris pignori accepit, non de eo qui alienam, quæ nec pignori rei alienæ tenet *leg. 2. supr.* Prius autem est, ut iure tenear, quam ut iure vendi possit: de ea siquidem venditione tractamus, quæ facta sit à creditore iure creditore. Ergo quæ facta sit iure, ad differentiam scilicet illius quæ sit officio & imperio iudicis, licet uigente iure creditore. Cuiusmodi sunt ferè omnes venditiones quæ hodie fiunt. Non tam enim à creditore, quam à debitore ipso fieri intelliguntur, quia factam indicis est factam partis *l. 1. & 2. C. si in caus. iudic. pign. capt. sit d. l. 1. C. si antiq. credit. pign. vendit.* Indeque fit quod hoc casu debitor, cuius res vendita est, & cui solutio proficit, de emittente tenetur, non creditor, qui rem vendi postulat *l. si ob causam 13. C. de emitt.* Huiusque rei argumentum fortissimum est, quod hodie cum pignus autoritate iudiciali, & postulate creditore distrahitur, non solum potest creator illud emere, sed etiam officio iudicis cogitur, ut emat vice extranei emptoris *d. l. 2. C. si in caus. iudic. pign. capt. sit.* Quod facere non posset, si venderet ipse iure creditore. Nec enim potest idem esse emptor, & venditor, cum necessario debeant esse distinctæ personæ venditoris & emptoris *l. 1. infr. de rer. permut.* Aded ut si creditor qui pignus vendit iure creditore, emat illud per suppositam alterius personam, nihil agat, eaque venditio nullius sit momenti *l. & qui sub imagine 10. Cod. de distract. pignor.* Ex quo apparet, quàm grauius decipiantur nostri pragmatici, qui leges omnes & Rubricas Pandectarum, & Codicis de distractione pignorum loquentes, ad eas venditiones accommodant, quæ hodie sub hasta fiunt postulantibus creditoribus autoritate iudicis, cuius de ea re notio est. Quæ tamen non ad alium titulum pertinent, quàm ad supradictum, si in *caus. iudic. pign. capt. sit & ad d. l. à diuo Pio 15. de re iudic.* Omnia enim pignora venduntur hodie tanquam iudicialia, quoniam hodie pignora omnia etiam conuentionalia iudicis autoritate capiuntur, ut distrahaatur, nec priuata pignoris venditio & extraiudicialis ferè ualida sit, sed omnes fiunt publicæ, & autoritate iudicis interueniente. Ideò fortassis, ut arbitror, quod plerique creditorum inhient acquirendis & emendis debitorum bonis, quæ tamen sibi acquirere, & emere non possent, si ipsi venderent, nec si alterius emptoris personam supponerent *d. l. & qui sub imagine.* Separanda igitur est pignoris venditio conuentionalis à iudiciali, etiam cum pignus conuentionale est (nihil enim vetat pignus esse conuentionale, & tamen distrahi iudicialiter) conuentionalis semper priuata est, iudicialis semper publica. Et huius distinctionis ignoratio mirum est, quàm multos in praxi errores circa pignorum materiam inuenerit.

verit. Quos obseruauimus & refutauimus fusius in *Chilide de error. pragmat.*

a *Vbi uero conuenit ne distraheretur.* RAT. DVV. Seruanda sunt pacta omnia, quæ nec contra leges sunt, nec contra bonos mores, neque contra Senatusconsultum *leg. iuris gentium 7. §. ait Prætor supra de pact. leg. pacta que contra 6. Cod. eodem etiam sunt præter leges.* Aliud enim est fieri quid contra leges, aliud præter leges *leg. nec non 28. §. quoad eius supr. ex quib. caus. maior. leg. cum sponsus 12. §. si res supr. de public. in rem action.* Et quamuis secundum leges sit conuentio de distrahendo pignore, non tamen contra leges est conuentio de non distrahendo. Ergo si conuenerit, ut pignus omnino non distrahatur, seruanda conuentio est, nec permittendum ut etiam trina denunciatione præmissa possit creditor pignus vendere aduersus conuentionem: nam & specialiter constitutum est, ut valeant pactiones omnes, quæ fiunt circa venditionem pignoris in *leg. ultim. §. 1. Cod. de iur. domin. imper.* Quidni uero cum liceat cuilibet iuri suo renunciare *leg. penult. Cod. de pact. nec iura sua remittentibus, dandus sit uisus ad ea regressus leg. queritur 13. §. si venditor infr. de emitt.* Et uero negari non potest, quin plus iuris habeat debitor in pignore, cuius est uerè dominus, quàm creditor pignoratitius, qui non habet nisi ius in re. Plus enim longè est habere ius domini, quàm uinculum pignoris, quod cum iure domini nulla societate coniungitur *leg. iusto errore 44. §. non mutat. infr. de usufructu. leg. 1. C. cum prædium infr. de pignor.* Atqui ualeat conuentio, ne liceat debitori pignus vendere, ita ut si contra pactionem uenditum sit pignus à debitore, nulla sit venditio, ut pactioni stetur *leg. si creditor 7. §. ultim. infr. de distract. pignor.* quamuis regula iuris sit, neminem posse eam sibi legem dicere, ne alienare rem suam possit *leg. penult. supr. de pact. cum nihil sit tam naturale, quàm uoluntatem domini rem suam in alium transferre uolentis, ratam haberi leg. qua ratione 9. §. hæc quoque res infr. de acquir. rer. domin. vulg. leg. in re mandata 21. Cod. mandat.* Cum tamen creditori nil noceret alienatio contra pactionem facta à debitore, quippe quæ facta intelligitur cum sua causa & saluo iure pignoris *leg. qui prædium 13. Cod. de distract. pignor. leg. debitorem 15. Cod. de pignor. leg. unie. Cod. rem alien. gerent. non interd. rerum suarum administr. leg. alienatio 67. de contr. empt.* Quanto magis ergo dicendum est, ualere conuentionem, ne omnino liceat creditori pignus distrahere, nec si ter debitori denunciet, ut soluat, sibi namque imputet creditor, qui talem adhibuit conuentionem, ut ius suum læderet. Proinde dicendum est, hoc quoque casu creditorem qui contra fidem contractus pignus distrahit, non modò furti crimine & actione teneri: si pignus datum sit rei mobilis, & traditio facta sit, aut specialis obliganda rei pactione præcesserit *leg. si is qui rem pignori 66. in princip. infr. de furt. tanquam qui inuito debitore eodemque domino id fecerit, sed etiam distrahendo nihil prorsus egisse, nullamque venditionem esse, ut pactioni stetur arg. dict. leg. si creditor 7. §. ultim. infr. de distract. pignor.* De c. Non est pignus quod uilitatem pignoris adferre creditori nullam potest. Tota uero pignoris uilitas in co-

nsistit, ut cautum sit creditori pecuniæ debitorum nomine ad eam consequendam inuito etiam debitore, si cesset ille in solutione *leg. si mandatu 59. §. ultim. infr. mandat. leg. 4. §. addici 8. infr. de fideicommiss. libert.* Atqui non potest ex corpore obligato eligi pecunia *leg. cogi 16. §. inde queritur infr. ad Senatusconsultum Trebell.* quoniam pecunia non ex re, sed ex negotiatione percipitur *leg. venditor 21. infr. de hered. vel action. vendit.* Ergo implicat contradictionem, ut pignoris datio ualeat, & ut conuentio quoque ualeat, ne ullo modo pignus distrahatur, estque conuentio hæc directè contra naturam contractus, ut & illa de qua in *leg. cum precario 12. infr. de precar. leg. ubi ita donatur 27. de mort. caus. donat.* Neque tamen idcirco est omnino inutilis conuentio, per quam scilicet fit, ut ad pignus ritè rectèque distrahendum tribus denunciationibus opus sit, quarum una alioquin sufficeret, æquissimo sanè temperamento, ut neque conuentio de non vendendo pignore omnino reiciatur, neque ei præcisè ac omnimodò stetur. Trina igitur denunciatione præmissa si creditor pignus distrahat, non solum furti non obligatur, sed etiam ualeat venditio: Ita enim locus hic accipi debet, ut per trinam denunciationem non modò furti actio excludatur, sed etiam venditio pignoris confirmetur. Longèque alia ratio est debitoris pignus inuito creditore distrahentis. Non enim ludit ea venditio ius creditoris, quod utique ex conuentione de non vendendo pignore prorsus læderetur. Nec quod iuri suo renunciare quilibet possit *dict. leg. penult. Cod. de pact. leg. si index circumuento 41. supr. de minor. ad rem facit.* Id enim ad ea pertinet, quæ priuata contrahentium uilitatem respiciunt, non ad ea quæ publicam. Inter quæ illud est, ut pignus & dari & distrahi possit, ne alioqui uel nulla uel longè incommodior sit miseris debitoribus ratio conquirendæ pecuniæ, cum fideiussoris datio non semper sit in expedito *leg. 2. §. penult. supr. de iudic.* & plerumque plus cautionis sit in re, quàm in persona *leg. plus cautionis 25. de regul. iur.* Quotus enim quisque est creditor, qui pecuniam credere uellet sub pignore, quod distrahere nullomodo posset? Ea nimirum uilitas est pignorum quam irrepsisse Vlpianus scribit in *leg. qui autem 14. §. 1. supr. de pecun. constitution. leg. unie. Cod. si pignus pignor. dat. sit leg. si conuenerit 18. in princip. infr. hoc titul.* Denique venditio pignoris est ex iure publico, cui derogari priuata conuentione nunquam potest *leg. ius publicum 38. leg. inter debitorem 42. supr. de pact.* Quid ergo si pignus à debitore datum sit creditori in antichresim, id est ea lege, ut quando debitor pecuniam creditoris retinebit vicissim creditor fructus rei pignoratæ etiam supra modum legitimum usufructum, eoque commodo creditor contentus esse cogatur, nec unquam vendere pignus possit? Quis dicat inutile esse pignus creditori, qui ex eo tam ingens lucrum percipiat? *leg. si pecuniam 33. infr. leg. si is qui 11. §. primo infr. de pignor. leg. si ea pactione 14. leg. si ea lege 17. Cod. de usur.* Quod si pignus hoc casu non est inutile, cur non ualebit conuentio, ne unquam distrahatur? Puto tamen nec hoc casu ualere conuentionem præcisam & absolutam de non vendendo pignore, quia nunquam est cogendus cre-

ditor, vt perpetuo inhareat pignori, si pecuniam suam habere malit, quam antichresim retinere. Est enim pignoris causa semper temporalis, nunquam perpetua, idcircoque non est titulus habilis ad transferendum dominium, quod ex causa perpetua tantum transfertur, nunquam ex temporali leg. 1. *infr. de iur. dot.* Quod autem obicitur ex *dict. leg. si creditor 7. §. vltim. infr. de distract. pignor.* quoniam difficilius est, explicandum erit ad eum locum. Interim videnda sunt, quae de illius loci sententia & emendatione scripsimus in parte vltima Chiliadis nostrae *de error. pragmat. in error. 2. 3. 4. Decad. 87.*

b *Nisi ei res fuerit denunciarum.* R. A. T. D. V. B. Quia est certus, non debet magis certiorari, vt scriptum est in regula iuris Pontificij & in leg. 1. §. vltim. *infr. de action. empr.* Atqui tam sit certus debitor per primam, & vnicam, atque per trinam denunciationem. Inutile igitur & superfluum est, tres denunciations exigere, cum vna sufficiat.

DEC. Denunciatio cum fit ad finem certificationis tantum, & vt loquuntur, notificationis, vna sufficit, vt in specie leg. Titia Scio 87. §. *vsuras de leg. 2. leg. mora 32. infr. de vsur. leg. traiectionis 23. infr. de oblig. & action.* Sed cum ad implendam solemnitatem aliquam a lege praescriptam, quae tres denunciations requirit, vt in casu proposito, tribus denunciations opus est, vt legis solemnitati satisfiat: quam nec sine causa introductam esse credendum est. Nihil enim lex facit vnquam frustra, vt nec natura. In proposita autem inducenda solemnitas trium denunciations ratio euidentissima fuit, vt hoc saltem adhibito temperamento aliqua conuentionis ratio haberetur, quae de non vendendo pignore interposita absolute fuisset, atque ita tardius ad pignoris distractionem procederetur, tan-

§. POMPONIVS libro 19. ad Sabinum.

Idemque iuris est: siue omnino fuerint pacti, ne veneat: siue in summa, aut condicione, aut loco contra pactionem factum sit.

Ad l. Idemque iuris est §.

R. A. T. D. V. B. Debent seruari pactiones, quae inter debitorem & creditorem interpositae sunt de distrahendo pignore; id est, quemadmodum distrahi pignus debeat, siue in tempore, siue in aliis facti circumstantiis *dict. leg. vltim. §. 1. Cod. de iur. domin. impetr.* puta circa summam, vel condicionem vel locum, de quibus in hac lege agitur. Ergo si conuenerit, vt non nisi certo loco, vel certo tempore, vel certa condicione, vel denique pro certa summa pignus vendere possit creditor, non est ei permittendum, vt alio loco, vel tempore, vel aliis legibus vendat, nec si denunciatio trina praecesserit.

DEC. Ad obligandū actione furti creditorem, qui pignus contra pactionem vendidit, nihil interest, an conuenerit, vt pignus omnino non veneat (nisi hoc casu trina praecesserit denunciatio, vt proximè diximus ad legem praecedentem) an verò vt certo loco, & tempore veneat: omni enim casu quo fit venditio aduersus pactionem lege non permitte, furtum facit creditor, qui contra debitoris eiusdemque domini voluntatem contrahat rem obligatam. *Sola enim conuentio siue expressa, siue tacita de ven-*

toque longius temporis spatium misero debitori ad luendum pignus daretur. Trina igitur denunciatio hoc casu necessaria est, & quidem ita, vt non sufficiat creditori, vna eademque hora vel die denunciare debitori vt soluat, dicendo, Solue, solue, solue, vt ponit Accursius. Quoniam quisque denunciaret, non tam denunciaret sapius, quam loqueretur sapius, vt eleganter ait Bartolus ex leg. *Mauis 66. §. eum qui de legat. 2.* Sed interuallum aliquod intercedere necesse est, nec id vnius diei, ita vt pro tribus denunciationibus triduum possit sufficere, quomodo Accursius, & Bartolus existimant ex *dict. leg. inter accusatorem*, sed tanti temporis quantum conueniens videatur debitori ad explicandam pecuniam, arbitrio quidem iudicis constituendum pro qualitate personarum, & quantitate debiti, sed tamen quod regulariter non minus esse debet, quam decem dierum leg. *promissor 21. in princ. supr. de pecun. constit.* nisi malis modicum tempus intelligere, quod post condemnationem reis indultum est ex leg. *si debitori 21. supr. de iudic.* quod mihi probabilius videtur. Quod autem quaerit Bartolus post Accursium, an post has denunciations debeat currere biennium, non videtur mihi ad huius legis sententiam pertinere. Tunc enim de biennio tractandum est, cum agitur de iure dominij impetrando, idque ex noua iustitiani constitutione in leg. *vltim. Cod. de iur. domin. impetr.* Haec autem lex est de pignore vendendo. Qui tractatus longè diuersus est, sicut & ille de pignore addicendo creditori, hoc est dando ei in solutum, vt in l. *à duo Pio 15. §. si pignora infr. de re iudic.* Denique effectus dationis pignorum in eo maxime consistit, vt vel distrahantur, vel addicantur in solutum vel dominij iure impetrato possideantur, vt dicemus ad l. *elegantior 24. in princip. infr.*

dando pignore illa est, quae facit ne debitor pignus distrahendo furtum faciat l. *si is qui rem pignori 66. in princip. infr. de furt.* Quid autem refert, an distrahat nulla praecedente conuentione, an verò contra initam conuentionem? Nisi quod longè intolerabilior est creditor, qui aduersus conuentionem vendit, quam qui contra, & praeter conuentionem l. *nec non 28. §. quo ad eius supr. quib. ex caus. maior. l. cum sponsus 12. §. si res sup. de public. in rem act.* Sed quod pertinet ad validitatem venditionis pignoris, multum interest, an conuenerit, ne omnino veneat, an verò vt certo loco & tempore & modo fieri venditio possit. Priore casu venditio pignoris interdum valet, interdum non valet. Valet si trina denunciatio praecesserit, non valet si aut nulla aut pauciores, quam tres denunciations interuenerint, posteriore autem casu, nunquam potest valere venditio contra pactionem facta, nec si praecesserint tres pluresve denunciations: Et ratio diuersitatis euidentissima illa est, quia hoc posteriore casu non tam impeditur absolute venditio pignoris, quam eius faciendae libertas restringitur, quae tamen priore casu omnino impediretur, nisi triplici denunciationis temperamentum pro remedio adhiberetur. Itaque posteriore casu aliqua potest esse utilitas pignoris, priorè

priore verò nulla esset, nisi triplici denunciatione interueniente venditio pignoris permitteretur. Alia porò causa nulla est, ob quam permitti debeat a conuentione, quae de non vendendo pignore facta est, discedere quam cum ex

necessitate, ita ius constituendum est, ne alioqui conuentio & datio pignoris prorsus inutilis efficiatur. Et ita locus hic accipiendus est, non quomodo ab Accursio & Bartolo explicatur.

6. IDEM libro 35. ad Sabinum.

Quamuis conuenerit, vt fundum pigneraticium tibi vendere liceret: nihilomagus cogendus es vendere, licet soluendo non sit is, qui pignus dederit: quia tua causa id caueatur. sed Attilicinus ex causa cogendum creditorem esse ad vendendum dicit. quid enim, si multo minus sit, quod debeatur: & hodie plurius venire possit pignus, quam postea melius autem est dici, eum, qui dederit, pignus posse vendere: & accepta pecunia soluere id, quod debeatur. ita tamen, vt creditor necessitatem habeat, ostendere rem pigneratam, si mobilis sit: prius idonea cautela à debitore pro indemnitate ei praestanda. inuitum enim creditorem cogi vendere satis inhumanum est.

Ad l. Quamuis §.

R. A. T. D. V. B. Conuentioni inter debitorem & creditorem factae non minus stare creditor tenetur, quam debitor. Sunt enim mutuae conuentiones, quae sunt in contractu vtro citroque obligatorio, & ex iis uterque contrahentium perinde obligatur, cum generaliter verum sit, conuentiones in contractu praesertim bonae fidei factas dare legem, & causam contractui l. *si conuenit infr. de positi. l. si vt certo §. si nunc videndum 1. supr. tit. prox.* Ergo si in dando pignore conuenerit, vt creditori liceat illud vendere: quemadmodum creditor ex ea conuentione pignus vendere inuito debitore potest. Ita & cogendus est, etiam si nolit, vt vendat, si fortè id expediat debitori, cuius interdum potest interesse, si fortè ipse soluendo non sit, nec enim tam facile cogendus est, vt alias rationes quaerit explicanda pecuniae, quas nec inuenire facile potestis, qui soluendo non est. Deinde quid si multo minus sit, quod debeatur, & hodie plurius venire possit pignus, quam postea? Cur eo commodò priuandus est miser debitor, cui non possit imputare cur non luat pignus, cum ponamus non esse illum soluendo? Alioqui videbitur contractus claudicare, quod extra certos casus ferendum non est leg. *Julianus 13. §. si quis à pupillo infra de action. empr. l. cum te 6. Cod. de pact. int. empror. & vendit.* Nec quod creditoris causa fiat conuentio, vt liceat ei pignus vendere, ad rem facere videtur, vt constat ex l. *si vina emerim 6. infr. de peric. & commod. rei vendit.* vbi Pomponius scribit, si vina emerim exceptis acidis & mucidis, & mihi expediat acida quoque accipere, quamuis id mea causa exceptum sit, tamen acida & mucida non venisse: Nam quae inuitus emptor accipere, inquit, non cogetur, iniquum esse non permitti venditori, vel alij ea vendere.

DEC. In conuentionibus omnibus interpretandis semper sequimur id quod actum est leg. *semper in stipulationibus 34. de regul. iur.* Cum autem quaeritur quid actum sit, illud potissimum & maximum.

mè inspiciendum est, cuius gratia conuentio facta sit, & cui legem dictam esse contrahentes voluerint leg. *in ratione 30. §. tamen si infr. ad legem saluidiam leg. Lucius 40. in fin. de fideicom. libert. l. ea lege 51. infr. locat.* Ne alioqui ueniat, vt quod vnus fauore constitutum est, in eius odium retorqueatur, quod absurdum & iniquum esset leg. *quod fauore 6. Cod. de legib. leg. nulla 25. supr. ill. tit. leg. pen. Cod. ad SC. Trebell.* Atqui conuentio, de qua in specie huius legis, vt liceat creditori pignus vendere, aperte apposta est in fauorem creditoris, qui utique ea conuentione legem debitori dicere uoluit, non sibi. Ergo fauore creditoris interpretanda conuentio est, vt possit pignus vendere, si velit, non etiam vt cogatur, tamen si nolit. Quid enim tam absurdum est, quam quod arbitrio & potestati creditoris permittum est, id transferre ad iuris necessitatem? *argum. leg. non quicquid 40. supr. de iudic.* Hoc ita, si de conuentione contractui adiecta tractemus, quae non tam contractus substantiam respiciat, quam adminicula, & consequentia contractus, vt in proposito. Nam si quaeratur, quid in contractum veniat, id est, an plus minusve, vt in specie, *dict. leg. si vina*, non debet esse in arbitrio, & potestate alterutrius contrahentium, etiam cuius fauore conuentum aliquod & exceptum sit, vt id veniat in contractum, quod velit venire, & quod non veniret tamen, si nollet. Quod enim à venditione aut pignore exceptum est, quamuis fauore emptoris aut creditoris, non potest creditoris, aut emptoris voluntas facere, vt vnquam pro venditio vel pro pignorato habeatur, ne alioqui contractus claudicaret, quod absurdum esset, vt diximus ex *dict. leg. Julianus 13. §. si quis à pupillo de action. empr.* Bene igitur putabat Attilicinus, quem Pomponius hic refert, non esse cogendum creditorem pignus vendere, licet soluendo non sit debitor, quia creditoris non debitoris causa id caueatur, vt & in l. *à duo Pio 15. §. quod si res infr. de re iudic.* sed tamen addendam exceptionem; nisi ex causa. Quid enim, inquit, si multo minus sit quod debeatur, & hodie plurius venire pignus possit, quam postea? Hoc nimis

rum casu non dubitabat Attilicinus, quin cogendus sit creditor quoque pignus vendere.

RAT. DVV. Nemo cogitur ut iure suo si nolit, nec ea conventionione, quae ipsius tantum fauore adposita sit, licet aduersarij quoque inter sit, ut proximè dictum est *ex d. leg. in ratione* 30. §. *tamen si infr. ad leg. falcid. dict. leg. Lucius 40. in fin. de fideicommiss. libert.* Atqui conuentio haec ut creditori pignus vendere liceat, non nisi creditoris fauore adicitur. Ergo nullo casu cogendus est creditor vendere. Quemadmodum enim iure suo utitur, si vendat, ita & si non vendat *leg. si iudex circumuento 41. supr. de minor.* Praesertim cum venditio sit facti *leg. consilio 7. §. vltim. infr. de curat. furios.* Nemo autem praecise cogi possit ad factum *leg. si quis ab alio 13. §. vltim. de re iudic. neque ad venditionem rei suae propriae leg. nec emere 16. Cod. de iur. delib.* Quanto minus ad venditionem rei alienae, & ad explicandam pecuniam, quae debitori ipsi magis quam creditori sit profutura *leg. si ob causam 13. Codice de euit.* Nam neque cum creditore sic tractandum est, quasi sit ipse procurator debitoris *leg. si pignori 29. supr. famul. eriscund. leg. postulante 44. §. vltim. ad senatusconsult. Trebellian.* Precium enim rei vendite non tam ex re ipsa, quam ex negotiatione percipitur *leg. venditor. 21. infr. de hered. vel action. vendit.* Non est igitur cogendus creditor ut vendat, & ita debitoris nomine negotietur.

DEC. Non est debitori denegandum id, quod sine ipsius creditoris dispendio futurum est *leg. in creditore 38. in fin. de euit.* & ex quo debitor commodum aliquod, creditor verò nullum damnum, aut incommodum sentire possit. Atqui nullum est incommodum creditoris, etiam si cogatur pignus vendere, cum pignus pluri est, quam quod debetur, & pluri hodie potest venire quam postea, si modò debitor inueniat emptorem. Quomodo in proposita specie ponendum est inuenisse. Alioqui quomodo sciri posset, an pluri hodie vendi res possit, quam postea? Neque verò vlla in eo fit iniuria creditori, qui solutionem ab ipso emptore accepturus est, nec prius pignoris sui ius dimissurus *dict. leg. à dno Pio 15. §. quod si res pignoratam infr. de re iudic.* Cur non ergo cogendus sit ex hac causa vendere? Nam nec nouum est, ut quis ex causa etiam rem suam vendere cogatur *leg. Iulianus 13. §. idem Celsus 17. infr. de action. empt.*

a. Melius autem est dici. Totus hic versiculus ad §. vsque proximum Triboniani esse semper mihi visus est, non admittentis Attilicini sententiam, quasi satis inhumanum sit, ut ille postea loquitur, creditorem inuitum cogi pignus vendere: quasi magnū aliquod in eo sit incommodum, aut damnum creditoris, cum debitor ipse emptorem inuenit. Quid ergo est, quod melius dici posse Tribonianus existimat; eum, inquit, qui dederit pignus, posse vendere, ex accepta pecunia soluere, id quod debeat. Ac quoniam non potest debitor pignus vendere, quin sibi à creditore exhibeatur, subiicit Tribonianus, ita tamen ut creditor necessitatem habeat ostendere rem pignoratam si mobilis sit, & rursus, quia non potest debitor pignus vendendo precium eius accipere, nisi rem tradat *leg. Iulianus 13. §. offerri de action. empt. nec rursus rem tradere, si non prius eam possideat,*

nec denique eam possidere quin creditor possessio sua auferatur, addit idem Tribonianus prius idonea cautela à debitore pro indemnitate ei praestanda. Quae verba etiam si aliud nihil esset, Triboniani manum satis meo iudicio per se proderent. Sed eiusdem Triboniani ingenium sit manifestus ex eo, quod omnia, quae in hoc versiculo scribuntur, pugnant euidenter cum iuris ratione. Quid enim absurdius est, quam auferri creditori possessionem pignoris, ut possit illud debitor vendere, & pro retentionis iure, quod habet creditor, cautionem de indemnitate ipsi praestare; aut, ut loqui Tribonianus solet idoneam cautela? Cui enim pignus creditor acceperat, nisi quod sciret plus cautionis fore in re quam in persona? *d. leg. plus cautionis 25. de regul. iur. §. furti autem vers. unde constat Infr. de oblig. quae ex delict. nascuntur.* Quod si in executione quoque iudicati non patitur praetor obligationes ex obligationibus fieri *leg. 4. §. ait Praetor infr. de re iudic. ne parca ex causa iudicati persecutio ad initium alterius petitionis redigatur, ut scriptum est in l. minor 40. in princip. supr. de minor.* quanto minus ferre debebit, ut ius retentionis, quod per pignoris possessionem habet creditor, inuito ei auferatur, & in nouam actionem personalem commutetur? Idonea enim cautela est, siue fideiusor siue pignus offeratur, ut notat Accursius *ex l. si mandatu 59. §. vlt. infr. mandat.* Opponitur enim idonea cautio nuda & simplici, quae sola repromissione contenta est *l. 3. C. de verb. signific. Tum verò quid si creditor à debitore idoneam illam cautela praestare volente stipulari nolit? Quis, obsecro, eum coget ut stipuletur? An non perinde facti est stipulari, atque vendere? An forte dicemus inuito ei actionem personalem acquiri circa stipulationem? Aut cur eum stipulari cogamus, potius quam vendere? Sed & cum tradere, non minus quam vendere sit facti *d. l. consilio 7. §. vlt. de curat. furios.* qua fronte, aut qua arte cogamus creditorem eundemque possessorem pignoris ad traditionem, ad quam nec tenetur emptori venditor, si malit praestare id quod emptoris interest *l. i. infr. de action. empt. l. si traditio 4. C. cod. nec possessor rei alienae, ut eam rem domino restituat, nec si vindicatione conuentus sit l. eius rei 46. & seq. supr. de rei vindic. l. i. tutor. 8. supr. de in lit. iurand.* An non multo durius est, creditorem cogi antequam solutionem debiti acceperit à creditore, pignus ei tradere? Et tamen pignoris traditionem à creditore, fieri necesse est, ut pignoris venditio sequi possit. Quomodo enim faciet debitor emptorem dominum sine traditione; Et quomodo tradet pignus emptori, nisi traditum sibi prius à creditore? quem ponimus ex natura proprii pignoris factum esse rei obligatae possessorem? Alioqui nemo dubitat, quin possit debitor etiam ignorante, adeoque inuito creditore nulla quoque cogente necessitate, pignus vendere saluo creditori iure suo pignoris *d. l. debitorem 15. C. de pignor. d. l. qui pradium 13. C. de distract. pignor.* sed debet id intelligi de eo, qui possessor pignoris est, quique tradendo transfere dominium potest, ac proinde de pignore minus proprie sumptro pro hypotheca. Ex quo apparet longè probabiliorem & expeditiorem esse Attilicini sententiam illam, ut creditor ex causa pignus vendere, ac eiusmodi venditionis faciendae incommodū subire cogatur.*

gatur, quam sit ista Triboniani, quae per tam longas ambages & circuitus, potestatem facit debitori, ut pignus inuito creditore vendat, longèque grauiore non tantum incommodo, sed etiam damno adficiat creditorem, quod certè multo inhumanum est. Sed & Triboniani incertitiam illud valde prodit, quod sic loquitur, Graecissimo satis ei familiari, ita tamen ut creditor necessitatem habeat ostendere rem pignoratam ostendere, namque dixit pro exhibere quod est ridiculum. Et si enim rem ostendit quislibet exhibere, quia exhibere proprie est extra secretum habere, non tamen exhibet quis ostendit: Plus siquidem est exhibere, quam ostendere. Exhibere est, non tantum videnda et rangenda quae re facultatem praebere, sed etiam in publicum eam producere, ut aduersarius, siue rei vindicatione, siue interdicto, experiri de iure suo possit *leg. 2. supr. ad exhib. leg. 3. §. ait Praetor infr. de homin. liber. exhibend.* Quod autem addit si res mobilis sit rectè quidem dicitur, quia res immobiles non exhibentur, cum seipias satis ex-

hibeant *leg. 2. §. sed vbi Codice quando & quibus quart. pars debeat lib. 10. titul. 34.* Sed tamen debuit Tribonianus de immobilibus quoque aliquid addere. Nam & immobilis res pignorata, ut à debitore vendi possit, eiusque dominium transferri in emptorem, qui utique non nisi plane stultus precium aliter soluturus est, necessariò perinde ac mobilis tradenda est à creditore, cui proinde necessitas tradendi aequè imponenda est, quod ipsum tamen cum citra vim, & impressionem fieri non possit, nullis certè machinis tentari iure potest, nisi manum militarem adhibeas, cuius auxilium idem Tribonianus aequè imperitè ac inuita Iurisprudencia implorare ausus est in *leg. qui restituere 63. vbi scriptum est supr. de rei vindic.* Hinc verò intelligimus, non sibi temperasse Tribonianum, quin multa in hoc titulo ex suo ingenio immutauerit, & corruerit, quod fieri certius, & probabilius ex iis quae ad alias pleraque huius tituli leges obseruari sumus.

¶ Si creditor pluri fundum pignoratam vendiderit, & id sceneret; vsuras eius pecuniae praestare debet ei, qui de ierit pignus, sed & si ipse vsus sit ea pecunia^a, vsuras praestare oportet. quod si eam depositam habuerit^b, vsuras non debet.

Ad §. i. Si creditor.

RAT. DVV. Per liberam personam quae iuri nostro subiecta non est, nihil acquiri nobis potest *leg. solutum 11. §. per liberam infr.* Atqui creditoris persona libera est, neque subiecta iuri & potestati debitoris. Ergo si creditor fundum pignoratam pluri vendiderit, & id quod plus fuit in precio fundi quam in debito scenerauerit, non ideo tamen vsuras praestare debet ei, qui pignus dedit: Praesertim, cum non debitoris nomine, sed suo pecuniam fenerasse proponatur: nec rursus pecuniae debita fœnus citra stipulationem debeat *leg. 3. Codice de vsur. leg. Titius 24. infr. de praescript. verb.* Nam nec si creditor vsuras illas debitori stipulari voluisset, tamen potuisset *leg. stipulatio ista 38. §. alteri infr. de verb. oblig.* Et speciale ius est pupilli, ut ex stipulatione tutoris qui aliquid ex re ipsius pupilli stipulatus est, utilis actio acquiratur *leg. 2. infr. quando ex fact. tutor.* DEC. Non debet creditor ex re pignorata lucrum aliquod facere, ut nec tutor ex tutela *leg. qui negotiationem 58. in fine principij infr. de administ. tutor.* nec procurator aliusve mandatarius ex mandato *leg. qui proprio 46. §. procurator supr. de procurator. leg. idemque 10. §. si procurator infr. mandat. leg. si pignore 54. §. primo de furt.* datur enim pignus creditori, ut de debito suo cautum habeat, non ut inde lucri occasionem caperet. Adde ut quos fructus ex pignore percipit, licet suos faciat, quia percipit eos ex debitoris eiusdemque domini voluntate *leg. si seruus 61. §. locauit infr. de furt. in sortem tamen imputare cogatur leg. 1. & pass. Cod. hoc titul.* nisi cum antichresis contracta est, quo casu non tam lucratur fructus, quam componat cum vsuris pecuniae sibi debita *leg. si is qui 11. §. si antichresis infr. de pignor. leg. cum debitor 8. in quibus caus. pignor. vel hypothec. tacit. contra.* Atqui venditio pluri pignore, quam sit,

Tom. III.

id quod debeat, si creditor id quod plus est, scenerauerit, nec fœnus reddat ei, qui pignus dedit, proculdubio lucrum sentiet ex pignore, cum debitoris sit pecunia ex qua fœnus redactum est. Ergo quemadmodum contraria actio pignoratitia debitori competit aduersus creditorem, ut quod ex pignoris venditione plus percipit, quam debebatur, restituat debitori *Paulus libr. 2. sentent. titul. 13. §. primo leg. qui occidit 30. §. primo supr. ad leg. Aquil. leg. si inter 21. §. vltim. infr. de pignor. leg. creditoris 15. de furt. leg. vltim. Codice de distract. pignor.* ita & ut fœnus quod ex pecunia debitoris percipit, eadem actione contraria pignoratitia restituat debitori, teneri eum necesse est. Itaque habet hoc casu debitor fœnus à creditore perceptum, non quasi acquisitum sibi ex stipulatione creditoris, sed quia quod ex re debitoris sine causa habet creditor, id eum debitori reddere bonum, & aequum est *leg. si & me & Titium 32. supr. de reb. credit.* Vnde sit, ut etiam si nullum fœnus creditor perceperit, nihilominus tamen vsuras debeat, si ea pecunia ipse vsus sit, ut sequitur in textu. Id enim est quod ait Pomponius:

a. Sed & si ipse vsus sit ea pecunia. RAT. DVV. Pecunia sterilis res est, nec aliam pecuniam gignit, ut scribit Aristoteles in Ethicis, quia non natura, sed iure, & negotiatione vsura percipitur *leg. si nauis 62. supr. de rei vindic.* Ergo etiam si creditor qui pignus pluri vendidit, vsus sit ea pecunia, quae amplius fuit in precio quam in debito, nihilominus vsuras eius pecuniae praestare debet, quas non percipit, ne alioqui in damnum incidat, dum id agimus ne ex pignore lucrum sentiat. DEC. Lucrum est, si quis aliena pecunia utatur, ut suum negotium gerat, adeoque species quaedam furti esse creditur, si ea pecunia utatur ignorante vel inuito domino *leg. si pignore 54. §. primo infr. de furt.* Ergo est ex bona fide,

111 3

ut pro illo lucro creditor prestet vsuras debitori, non quas percepit, sed quas percipere debitor potuisset, si eam pecuniam alij vtendam, dedisset: idque contraria actione pignoratitia, quæ cum bonæ fidei sit, perinde ac directa eque omnes bonæ fidei præstationes admittit. Itaque ad rem non pertinet, si quis obiiciat, vsuras non deberi citra vinculum stipulationis l. 3. C. de vsur. l. Titius 2. 4. infr. de præscript. verb. Id enim ad pecuniæ creditæ vsuras spectat, non ad eas quæ bonæ fidei iudicio præstantur, nec tam quod in obligatione sint, quam officio iudicis l. 4. C. de pos. l. qui per collusionem 49. §. 1. de action. empr. l. quero 54. infr. locat. nam in bonæ fidei iudiciis, quod ad vsuras attinet, tantundem potest officium arbitri quantum stipulatio leg. Tacius 24. infr. de pos. leg. si pupilli 6. §. vltim. & leg. seq. supr. de negot. gest. nec rursus mouere debet, quod etiam ex bonæ fidei iudiciis vsuræ non nisi à die moræ præstantur l. mora 32. §. in bonæ fidei leg. vsuræ 34. & seq. l. & in contraria 37. infr. de vsur. leg. Titia Seio 87. §. vsuras de legat. 2. l. in minorum 3. C. in quib. caus. non est necess. in integr. restit. Et si enim regulare est, vt vsuræ non tam propter lucrum non petentium, quam ob moram non soluentium infligantur l. cum quidam 7. §. si pupillo de vsur. plerunque tamen accidit, vt mora contrahatur re ipsa, & citra interpellationem, siue ob fauorem & priuilegium minoris ætatis vt in d. l. in minorum, & d. §. vsuras, siue quod in vicem & compensationem fructuum debeantur vt in l. euictis 28. §. 1. de vsur. l. Iulianus 13. §. veniunt 20. infr. de action. empr. l. curabit 5. C. eod. siue denique quod aliena pecunia quis vsus sit, ex qua lucrum sperare citra furtum non potuisset l. die 25. §. 1. l. quintus 28. infr. de pos. l. 3. & 4. C. eod. Nā & boni consulere debet is qui aliena pecunia vsus est, quod furti actione non conueniatur, qua vtique conueniri etiam posset d. l. 3. vbi est textus omnium apertissimus, & accommodatissimus, nec minus ad speciem huius §. pertinens, quam ad pecuniam depositam.

b Quod si eam depositam habuerit. RAT. DVV. Depositio & obsignatio pecuniæ non potest habere vim solutionis, nisi præcedente obligatione, quam creditor sine causa accipere recusauerit l. acceptam 19. C. de vsur. leg. nec creditores 10. leg. vlt. C. hoc rit. Ergo non eo minus debebit creditor vsuras super-

7. PAVLVS libro 2. Sententiarum.

Si autem tardius superfluum restituat creditor id, quod apud eum depositum est: ex mora etiam vsuras debitori hoc nomine præstare cogendus est.

Ad l. Si autem tardius 7.

RAT. DVV. Ob signatio & depositio pecuniæ debita impedit, ne vsuræ eius pecuniæ deberi possint, vt proximè scripsimus ex leg. euictis 18. §. 1. in illis verbis precij quod in causa depositi non fuit infr. de vsur. Ergo quamuis pecunia deposita tardius soluta sit, cum tamen deposita semper maneat, eius vsuræ quasi ex mora deberi non possunt. DEC. In bonæ fidei iudiciis debentur vsuræ ex mora, siue regulari, siue irregulari, vt diximus ad leg. præcedentem ex l. 3. C. in quib. caus. non est necess. in integr. restit. leg. mora 32. §. in bonæ fidei infr. de vsur. leg. Titia Seio 87. §. vsuras de legat. 2. nec minus in contrariis iudiciis, quia sunt bonæ fidei, quam in directis l. & in contraria 37. de vsur. Atqui actio pignoratitia bonæ fidei est tam contraria quam directa. Ergo etiam in contraria veniunt vsuræ ex

superprecij, quod eam pecuniam ob signatam in causam depositi habuerit, quamuis ea vsus non sit, si modò eam debitori suo, qui hac parte creditor est, non obtulerit vt in l. 2. C. de vsur. DEC. Vsuræ non debentur citra stipulationem, ne quidem in bonæ fidei iudiciis, nisi ex die moræ quæ contracta sit, vel per interpellationem, vel re ipsa, vt proximè diximus. Atqui cum creditor pignus plus vendidit, nec precium superfluum debitori restituit, non idcirco moram contrahere videtur, si neque interpellatus sit, vt pecuniam redderet, nec ea pecunia vsus sit. Non autem potest videri vsus esse, si eam pecuniam penes se ob signatam, & depositam habuerit, licet obligatio nulla præcesserit. Ob signatio igitur hoc casu sola sufficit, id est nulla etiam oblatione præcedente, quia tunc oblationem præcedere necesse est, cum id agitur, vt ob signatio vim solutionis obtineat vt in d. l. acceptam leg. ob signatione 9. C. de solut. In proposito autem ob signationem factam ponimus, non ad inducendam liberationem, sed ad impediendum duntaxat ne debitum ex non vsurario fiat vsurarium: quod multo facilius est, quam vt ex vsuratio fiat non vsurarium. Purganda enim hoc casu mora est, quæ porro per ob signationem non purgatur, sed per oblationem leg. si seruum 91. §. sequitur infr. de verb. oblig. l. qui decem 72. in princip. & §. 1. infr. de solut. Quemadmodum & minus est purgari moram, quam induci liberationem. Nihil enim prohibet debitorem extra moram esse, & manere nihilominus debitorem: Mora siquidem sequitur debitum, non concomitatur. Itaque & oblationem præcedere, & ob signationem subsequi necesse est, vt debiti liberatio inducatur. Quod si iam mora contracta sit, siue per interpellationem, siue re ipsa, & idcirco purgari eam oporteat, vt in specie d. l. 2. C. de vsur. quia emptor post traditam sibi possessionem rei venditæ fructus ex ea percepit, tunc oblatio necessaria est, nec tantum oblatio, sed etiam ob signatio in specie d. l. 2. d. l. euictis 18. §. 1. de vsur. leg. 2. C. de pact. int. empr. & vendit. ne alioqui perpetuo moram emptor contrahat, quandiu in ea causa est, vt & rei venditæ fructus percipiat, & venditionis precium penes se retineat d. l. Iulianus §. veniunt iunct. l. ex empto 11. §. qui autem l. bona fides 50. eod. rit.

mora: quæ porro contrahitur per interpellationem congruo loco & tempore factam d. l. mora in princip. leg. qui Roma 122. in princip. l. si pupillus 127. infr. de verb. oblig. Ergo quemadmodum si deposita sit & ob signata simpliciter pecunia, quam creditor ex pignoris pretio redegit supra eam quantitatem, quæ debebatur, nullas vsuras eius pecuniæ debet, quasi nulla contracta mora re ipsa cum pecunia ob signata vsus non sit. Ita dicendum est, si ob signationem mora aliqua creditoris subsecuta sit, quod euenit si interpellatio creditor, congruo loco & tempore cessauerit in superfluo illo precij restituendo, non impediri moram per eiusmodi ob signationem. Nam quemadmodum purgatur mora iam contracta per subsequentem oblationem, ita & inducitur mora per subsecutam interpellationem, quia semper nocet posterior mora l. si seruum 91. §. sequitur infr. de verb. oblig. leg. quæ

l. qui decem 72. in princip. & §. 1. de solut. Et præcedens ob signatio, quemadmodum non prodesse ad contractam moram purgandam, si nulla oblatio præcessisset leg. 2. Cod. de vsur. Ita neque prodesse potest ad impediendam moram, quæ contrahatur per subsequentem interpellationem, nisi addatur oblatio quæ interpellationis vim & effectum impediatur. Facilius siquidem est, vt ob signatio & depositio pecuniæ impediatur moram, quæ alioqui re ipsa induceretur ex sola præsumptione iuris, & de iure, quod creditor ea pecunia vsus esset, quam vt impediatur moram contrahendam per expressam interpellationem. Expressa namque interpellatio non nisi per expressam oblationem posteriorem elidi potest.

8. POMPONIVS libro 35. ad Sabinum.

Si necessarias impensas fecerim in seruum, aut in fundum, quem pignoris causa acceperam, non tantum retentionem, sed etiam contrariam pignoratitiam actionem habebō: finge enim medicis, cum ægrotaret seruus, dedisse me pecuniam, & eum decessisse. item insulam fulsisse, vel refecisse, & postea deustam esse, nec habere, quod possem retinere.

Ad l. Si necessarias 8.

RAT. DVV. Facilius est, vt detur retentio quam actio leg. 1. infr. de pignor. nec videtur quicquam interesse creditoris, qui habet retentionem, vt etiam debeat habere actionem: cum plus cautionis sit in re, quam in persona leg. plus cautionis 25. de regul. iur. nec debeat desiderare id quod minus est, qui iam habet quod plus est leg. 1. supr. de Public. in rem action. Et verò sicuti non sunt multiplicandæ actiones sine necessitate dict. leg. 1. leg. in nauē Saussey 31. infr. Locat. ita neque inducendæ §. 1. Inst. de action. Atqui pro impensis necessariis, hoc est quæ si factæ non essent, res peritura vel deterior futura fuisset leg. impensa 79. de verb. signific. leg. impensa 14. de impens. in reb. dotal. fact. habet creditor retentionem pignoris, vt antequam ei satisfactum sit, pignus restituere non cogatur, ne alioqui debitor ex ipsius actura locupletetur, quod esset contra naturam & bonam fidem leg. nam hoc natura 14. supr. de condit. indeb. leg. iure natura 206. de regul. iur. Ergo nil necesse est, vt eo nomine demus ipsi contrariam pignoratitiam actionem. DEC. Interest eorum omnium qui habent retentionem, vt eo nomine habeant, si fieri possit, etiam actionem, non solum ne si forte per errorem aut per imprudentiam omittant retentionem, omni alio auxilio destituantur, per quod indemnitati suæ possint consulere leg. si in area 33. supr. de cond. indeb. leg. in hoc iudicium 14. §. 1. pr. commun. diuid. leg. heres 21. infr. ad SC. Trebell. Sed etiam quia fieri facile potest, vt nihil sit quod retineri possit: Quo tamè casu æquum non est, manere in damno creditorem qui in pignus impendit, & quidem eo animo, vt aliura sibi obli-

Aliud iuris est in ea ob signatione, quæ post oblationem congruo loco & tempore factam ritè secuta sit, de qua in l. acceptam 19. C. de vsur. Nam cum ea ob signatio vim solutionis habeat leg. ob signatione 9. Cod. de solut. non potest is qui iam liberatus est, amplius in mora constitui, cum mora qualibet supportat obligationem præexistentem leg. nulla 88. de reg. iur. dict. leg. si pupillus 127. de verb. oblig. dummodò depositio duret in eodem statu depositionis, alioquin nec deposita pecunia videretur, sicuti nec videtur in rem versum, quod non durat versum leg. si pro parte 10. §. versum infr. de in rem vers. iunct. leg. euictis 18. §. 1. infr. de vsur.

garet, quod sufficit, vt contra ipsum possit, & debeat habere actionem dict. leg. in hoc iudicium §. 1. iunct. leg. si quis cum 29. eod. rit. commun. diuid. Actio enim requirit præcedentem aliquam obligationem, quam retentio nullam requirit. Quæ ratio facit vt multo facilius sit habere retentionem quam actionem vltimam siue directam, siue contrariam. Sed finge factam esse impensam à creditore ad curandum seruum ægrotum oppignoratam, qui postea decesserit, aut ad fulciendam insulam quæ postmodum sine culpa vlla creditoris combusta sit. Nihil certè est, quod his casibus retinere creditor possit. Frustrà ergo de retentione queratur, & necessariò ad actionem pignoratitiam contrariam recurrendum est, per quam indemnitati creditoris cõsularur: vt quod per viam retentionis haberi non potest, habeatur per viam actionis. Similis ratio est, nec valde dissimilis species in leg. in rebus 18. §. vlt. supr. rit. prox. vbi licet tractetur de compensatione, compensatio tamen ipsa retentio est, tamen non omnis retentio perinde sit compensatio. Nec distinguemus an magna summa sit, an modica, quam creditor in pignoris conseruationem impendit. Tum enim distinctioni huic locus est, cum de eo contractu agitur, qui factus sit in gratiam solius accipientis, vt puta de commodato, vt bene docet Accursius ex dict. leg. in rebus 18. §. possunt & seq. Sed & cibaria quæ creditor seruo pignorato præstitit, reperet, quæ commodatarius non repereret §. sed & id quod d. l. in rebus, quia scilicet commodatarius habet vsum rei commodatæ, creditor autem non habet vsum rei pignoratæ, & ita Bartolus hic, cessante, inquit, ratione posita in l. vlt. §. vlt. infr. hoc rit.

1 Si pignori plura mancipia data sint, & quædam certis pretiis ita vendiderit creditor, vt euictionem eorum præstaret, & creditum suum habeat: reliqua mancipia potest retinere, donec ei caueatur, quod euictionis nomine promiserit, indemnem eum futurum.

Ad §. 1. Si pignori.

RAT. DVV. Neque retentio, neque contraria actio

pignoratitia competit creditori, nisi pro indemnitate conseruanda, cum quid & abest propter causam

pignoris, vt proximè diximus. Atqui cum creditor, qui plura m̄cipia pignori acceperat, quædam ex iis certo precio ita vendidit, vt euictionem eorum præstaret, atque ita ex eo precio creditum suum integrum consecutus est, nihil ei abest, quandiu euictio secuta non fuit, cum fieri possit, vt nec vnquam sequatur *l. habere licere 57. infr. de euict.* Vnde est quod nec stipulatio de euictione tam facillè committitur, licet per sententiam res iam euicta sit, vt scriptum est in *d. l. habere*. Ergo non est permittendum creditori, vt eo prætextu reliqua m̄cipia retineat donec ei caueatur de indemnitate eius, quod pro euictione promiserit. Præsertim cum ei possit imputari cur de euictione se obligauerit, cum ex iuris ratione creditor, qui iure creditoris pignus distrahit, ad id non teneatur *tot. tit. C. credit. euict. pignor. non debere*. Nec enim aut facultas, aut ignorantia creditoris debitori damnosa esse debet *l. non debet 71. l. factum 155. de regul. iur.* DEC. Absesse creditori intelligitur etiam id in quo creditor obligatus est *l. si quis mand. uti 28. in fin. de negot. gest.* Atqui ponimus eum obligatum esse emptori pignoris de euictione, & quidem nullo dolo malo vel culpa interveniente, sed quia diligens quilibet alius patet familias ita contracturus fuerat, siue quòd aliter emptorem inuenturus non fuerit, aut quòd certè non tanti venditurus: Qui-

2 ¶ Si vnus ex heredibus debitoris portionem suam soluerit, tamen tota res pignori data venire poterit: quemadmodum si ipse debitor portionem soluisset.

Ad §. 2. Si vnus ex heredibus.

RAT. DVV. Inter plures vnus debitoris heredes, obligatio defuncti diuiditur per legē duodecim tabularum pro hereditariis portionibus *leg. 1. C. si cert. petat. leg. vlt. C. de heredit. action.* Ergo vno ex heredibus solvente debiti partem suam hereditariam, fatendum est, pro ea parte liberatum esse pignus, & consequenter pignoratitiam competere. Nec enim potest obligatio pignoris, cum sit accessoria, subsistere sine personali, quæ principalis est, & quæ sit saltem futura *l. 5. infr. de pignor. l. cum principalis 178. de regul. iur.* Pignoratitia porro competit statim atque solutum est, & liberatum pignus, vt constat ex toto hoc titulo. DEC. Ex personis heredum immutari non potest condicio obligationis, neque diuidua fieri obligatio, quæ in persona defuncti indiuidua fuit *l. 2. §. ex his infr. de verb. oblig.* Atqui obligatio pignoris indiuidua est in persona ipsius debitoris *leg. rem hereditariam 65. infr. de euict.* ita vt nihil proficit debitori ad liberandum pro parte vinculum pignoris, quòd partem debiti soluerit *l. quandiu 6. C. de distract. pignor.* Ergo nec vnus ex heredibus debitoris solvendo eam debiti partem, quæ personali actione peti ab eo potuit, res obligatas in solidum distrahendi facultatem creditori adimit *l. vnus ex multis 16. eod. tit. l. 1. & 2. C. si vnus ex plurib. hered. debet.* Non quasi personalis obligatio per solutionem partis pro parte sublata non sit, sed quia hypotheca semel contracta vtiliter, & obligatio qualibet pignoria, habet tacitam suam condicionem, si debitum solutum sit, aut aliter eo nomine satisfactum: qua condicione cessante tenet *leg. prox. §. omnis pecunia infr. l. grege 13. §. etiam de pignor. leg. debitor 59. ad §. C. Trebell. l. penult. §. 1. infr. de except. rei iudit.* Idem iuris est in pluribus heredibus creditoris *leg. solutum 11. §. si creditori infr. hoc tit.* & condicio enim omnis indiuidua est *l. cui fundus 56. D.*

bus casibus commodum huius conventionis etiam ad debitorem pertinet, qui tanto citius ac facilius debito liberatur, vt in *l. si pignore 22. §. vlt. & l. seq. infr.* vt taccam, quòd etiam debitor ipse venderet siue creditori ipsi, quòd vtiq; facere potest, tanquam dominus *leg. rescriptum 12. in princip. infr. de distract. pignor.* siue alij, magistratu fortasse id in causa iudicati exequente debitoris nomine, perinde debitor de euictione teneretur *l. si ob causam 13. C. de euict.* Non ergo recusare potest debitor, quominus cetera m̄cipia nondum vendita creditor retineat, quousque cautum est de indemnitate ipsi præstanda pro euictione quam promiserit. Non enim damnum duntaxat, sed etiam periculum omne creditoris amouendum est, vt Paulus loquitur, licet in alia specie in *l. cum mulier 55. infr. solut. matrim. l. uncl. l. heredes 25. §. idem iuris est supr. Famil. ercisc.* Denique in summa debiti computantur omnia, quæ abunt creditori siue propter pignus, quid præstitit, siue se obligauerit *leg. in summa debiti 6. Cod. de pignor.* Ergo quemadmodum non potest debitor agere pignoratitia, vt pignus auferat creditori, quousque debitum totum soluerit *leg. si rem prox. §. omnis pecunia infr. leg. quandiu 6. Cod. de distract. pignor.* ita neque recusare, quominus creditor totum pignus retineat, quandiu aliquid ex causa pignoris ei abest.

de condic. & demonstr. Itaque quamuis non possit obligatio pignoris subsistere, vt contrahatur sine principali, contracta tamen durat etiam post submotam principalem obligationem *l. 1. & 2. C. de iur. pignor. l. heredes 25. §. idem obseruatur supr. Famil. ercisc. l. in executione 85. §. penult. infr. de verb. oblig.* Cur autem indiuidua sit causa pignoris, ratio ex eo petenda est, quòd non alia de causa pignus datur, quam vt cauum sit debitori non pro parte debiti, sed pro toto debito. Inde namque fit, vt integrum debitum solutum esse necesse sit, vt pignus aliqua ex parte liberetur: nec enim quæquam vetat plures esse pignus, quam debitum, imò nõ est prudens creditor, si pro pignore rem accipiat, quæ non multo plus sit, quam quod debetur, vt si vsuratum accessione vel qua alia occasione, debiti quantitas augetur, adhuc possit creditori esse consultum. Pignus enim simpliciter acceptum tenetur etiam ad vsuras, tanquam acceptum in omnem causam *l. 2. C. debet. vendit. pignor. imped. non posse l. quero 54. infr. locat.* Eadem ratio facit, quod hic notat Bartolus, vt si ex pluribus emphyteutæ heredibus vnus pensionem non soluerit, ceteri verò omnes soluerint, non eo minus tota res cadat in commissum, quia æquè ius domini directi indiuiduum est, licet non pignoris ius sit (nec enim res sua domino potest esse obligata *l. neque pignus 45. de regul. iur.*) sed domini, quod & potestius & fauorabilius est *l. communis 7. in princip. vbi diximus supr. commun. diuid.* Denique lex duodecim tabularum diuidit quidem personalem obligationem inter heredes pro hereditariis portionibus, vt initio diximus, sed non diuidit obligationem pignoris *d. l. 1. & 2. C. si ex plurib. hered. debet. vel credit.* quia nec potest, vt Paulus loquitur in *d. l. heredes §. an ea stipulatio supr. Famil. ercisc.* Eas namque obligationes solas diuidit lex duodecim tabularum, quæ diuidi possunt, & diuiduæ sunt, non indiuiduæ.

3 ¶ Si annua

3 Si annua, bima, trima, die triginta stipulatus, acceperim pignus: pactusque sim, vt nisi sua quaque die pecunia soluta esset, vendere eam mihi reliceret: placet, antequam omnium pensionum dies veniret, non posse me pignus vendere: quia eis verbis omnes pensiones demonstrarentur. nec verum est, sua quaque die non solutam pecuniam, antequam omnes dies venirent, sed omnibus pensionibus præteritis, etiam si vna portio soluta non sit, pignus potest venire. Sed si ita scriptum sit, Si qua pecunia sua die soluta non erit, statim competit ei pacti conuentio.

Ad §. 3. Si annua.

RAT. DVV. Cum quis annua, bima, trima die triginta dari stipulatus est, diuiditur solutio per tres pensiones *l. sed Celsus 6. §. 1. infr. de contr. empt. l. Scia 12. de vsur.* Ergo & si conuenerit, vt nisi sua quaque die pecunia soluta sit, vendere pignus liceat creditori, poterit creditor etiam priusquam omnium pensionum dies venerit, pignus vendere, vt secunda conuentio ex priorè interpretationem recipiat, nec eueniat, vt vna diuidua sit, altera indiuidua. Verum enim est, sua quaque die non esse solutam pecuniam, cum prima pensio sua die soluta non est. DEC. Multum interest quibus verbis concepta sit conuentio de vendendo pignore. Nam si quidem ita scriptum sit, vt si qua pecunia sua die soluta non erit, liceat creditori pignus vendere, id sanè obtinet quod modò diximus, quia singule pensiones separatim demonstratè intelliguntur, & sufficit vel in prima soluenda cessatum esse, vt conuentioni de vendendo pignore locus fiat tanquam existente condicione. At si pactus sim, vt nisi sua quaque die pecunia soluta sit, liceat creditori pignus vendere, omnes pensiones huiusmodi conuentione demonstrantur, quia nec verum est, sua quaque die nõ esse solutam pecuniam, priusquam dies omnes venerint *arg. l. quicquid adstringenda 99. §. 1. infr. de verb. oblig.* Ergo nec permittendum est creditori, vt antequam pensionum omnium dies venerint, pignus vendat; Alioqui si aduersus conuentionem vendat, non solum nihil agit, nec transfert dominium, sed etiam furti se obligat *l. quamuis 6. §. vlt. supr.* Nam cum sic oratio & condicio aliqua concipitur, vt significatio sumatur ex vniuerso, si quid in oratione falsum sit vel minimum, totam orationem falsam efficit *l. si is qui ducenta 13. §. vtrum ita infr. de reb. dub.* Planè pensionibus omnibus præteritis, si vna portio soluta non sit, etiam si alia omnes solutæ proponantur, potest creditor pignus vendere, quia verum est, sua quaque die non esse solutam pecuniam, cum non omnes soluta sunt, & indefinita hoc casu, vt alia ferè semper æquipollet vniuersali *l. pluribus 44. de legat. 2.* [eadem scilicet subsistente ratione omnium sub indefinita comprehensorem, vt hic Castr. notat] sicuti pluralitas resoluit plerumque in suas singularitates *l. falsa 33. §. vlt. de condic. & demonstr. l. si seruus 9. §. 1. supr. si quis caution.* Notat etiam Bartolus ex hoc §. vniuersalem negatiuam non posse dici falsam, priusquam in quolibet particulari suo sit impossibilis, item orationem distributiua verificari in quolibet distributorum. Nec malè, nam dictio quisque distributiua particularis *l. qui liberis 8. §. 1. de vulg. & pupill. substit.* Et quod dicimus hoc articulo quisque omnes significari, hoc articulo 29. de hered. in-

stit. verum quidem est in sensu distributiua, sed non in collectiua: neque verò in prima specie huius §. ait Pomponius orationem esse vniuersalem collectiua, sed distributiua, vt proinde nil necesse sit dicere cum Bartolo Pomponium hic loqui, non secundum propriam significationem verborum, sed iuxta rudem, vt ille loquitur, & grassum verborum significatum ex mente contrahentium. Apertè enim nititur Pomponius propria verborum, quibus condicio vendendi pignoris concepta est, significatione, à qua, si recedere sine causa iure consulto liceret, nihil in iure nostro certū esse aut dici posset *l. non aliter 69. de leg. 3. l. ille aut ille 25. §. 1. eod. l. Labeo 7. infr. de suppl. legat.* Fortior illa obiectio est, quæ adfert Bartolus ex eo, quod sicuti oratio ista non est vera omnibus diebus & terminis solutum esse quando in aliquo cessatum est, ita neque illa vera esse potest omnibus terminis non esse solutum, si in aliquo sit satisfactum. Cur ergo permittit creditori Pomponius hoc casu pignus vendere, cum pactio & condicio vendendi pignoris defecisse videatur? Respondet Bartolus, secundum propriam significationem verborum posse hanc obiectioem procedere: sed in proposita specie, vt & in ceteris stipulationibus omnibus pœnalibus, aliter verba intelligi debere ex mente contrahentium, quæ illa fuit, vt omnibus terminis debitum solueretur, & consequenter, vt si in aliquo terminorum cessatum esset, pignus vendi posset. Mihi verò magis placet, vt dicamus, ea potius ratione moueri Pomponium, quod ad impediendam pignoris venditionem nihil proficit debitori partem debiti soluisse, si non totum soluerit. Nam cum sic oratio & condicio aliqua concipitur, vt significatio sumatur ex vniuerso, si quid in oratione falsum sit vel minimum, totam orationem falsam efficit *l. si is qui ducenta 13. §. vtrum ita infr. de reb. dub.* Planè pensionibus omnibus præteritis, si vna portio soluta non sit, etiam si alia omnes solutæ proponantur, potest creditor pignus vendere, quia verum est, sua quaque die non esse solutam pecuniam, cum non omnes soluta sunt, & indefinita hoc casu, vt alia ferè semper æquipollet vniuersali *l. pluribus 44. de legat. 2.* [eadem scilicet subsistente ratione omnium sub indefinita comprehensorem, vt hic Castr. notat] sicuti pluralitas resoluit plerumque in suas singularitates *l. falsa 33. §. vlt. de condic. & demonstr. l. si seruus 9. §. 1. supr. si quis caution.* Notat etiam Bartolus ex hoc §. vniuersalem negatiuam non posse dici falsam, priusquam in quolibet particulari suo sit impossibilis, item orationem distributiua verificari in quolibet distributorum. Nec malè, nam dictio quisque distributiua particularis *l. qui liberis 8. §. 1. de vulg. & pupill. substit.* Et quod dicimus hoc articulo quisque omnes significari, hoc articulo 29. de hered. in-

ricularis enim oratio etiam in vno verificatur: Nec rursus prohibendus est, debitor soluere in ultimo termino, quod in prioribus duobus solvere poterat, & debuerat: ne alioqui nulla ei super sit ratio moræ purgandæ ad impedendam venditionem pignoris, cuius faciendæ nec alia causa est, quàm vt ex precio satis facere sibi creditor possit. Toties enim purgatio moræ impeditur, quoties interest eius qui moram passus fuit. *l. si postres 8. supr. si quis caution. l. si ita quis 135. §. Scia in fin. de verbor. oblig.* Atqui non solum non interest creditoris moram non purgari, quæ per cessatam in prioribus terminis solutionem contracta fuit, sed è contrario ipsius interest purgari, vt tanto citius & expeditius debitum suum per solutionem consequatur, quod alioqui multo tardius, & incommodiùs per venditionem pignoris

4 ¶ De vendendo pignore in rem pãctio concipienda est, vt omnes contineantur. Sed, & si creditoris duntaxat persona fuerit comprehensa: etiam heres eius iure vendet, si nihil in contrarium actum est.

Ad §. 4. De vendendo.

RAT. DVV. Non alius potest pignus vendere, quàm creditor pignoratitiùs heresve ipsius *leg. 4. supr. & tot. tit. de distract. pignor. infr. & Cod.* Atqui etiam cum in personam creditoris conceptum est pactum de vendendo pignore, nihilominus heres eius potest vendere, nisi in contrarium expresse actum sit, ne possit, vt subiicitur in hoc §. Ergo frustra est querere, an pactum de vendendo pignore in personam conceptum sit, an in rem, cum vtroque casu prodesse debeat creditori, eius quæ heredi. **DEC.** Est hæc vna ex pactorum diuisionibus, vt alia sint in rem, alia in personam *leg. iuris gentium 7. §. pactorum supr. de pact.* Quæ in personam sunt, adeo coherent personæ, vt tam egredi non possint, ne quidem fauore heredis aut patris, quæ verò in rem, profunt omnibus, quorum potest interesse *leg. & heredi 21. in princip. & §. vlt. & l. seq. l. idem in duobus 25. §. 1. leg. tale pactum 40. in princip. eod.* Nec ad rem pertinet, quod quisquis sibi paciscitur, in dubio etiam heredi suo pacisci intelligitur *leg. si pactum 9. infr. de probat.* siue quod heredis, & defuncti vna eademque persona esse videatur *leg. heredem 59. de regul. iur. Nouell. 48. in princip. de iureiur. à morient. prestir.* siue quod heredis quoque persona pro adiecta habeatur: id enim fit, quia in dubio pactum cõsetur esse in rem, non in personam, vt nimirum non tantum creditori proficit, sed & creditoris heredi, alioqui licet pignoris vinculum rem ipsam obligatam afficit, non personam solam obligantis, *leg. pignoris 17. infr. de pignor. l. pignoris 18. C. eod.* Non ideo tamen conueniens esset, vt pactum ipsum de vendendo pignore omnimodo, in rem videri dederet nõ in personam: quia posset esse personale, si id actum esset, quod tamen indubio præsumendum non est, vt diximus. Est enim odiosa interpretatio, & quodammodo maligna, quæ facit vt ius alicui ex pacto ipsius quaesitum cum paciscentis persona intercedat *d. l. si pactum 9. de probat.* sicut & ne onus alicui iniunctum ad eius quoque heredes pertineat *leg. annua 20. §. 1. de ann. legat. leg. alimenta 16. in princip. infr. de alim. le-*

5 ¶ Cum pignus ex pactione venire potest: non solum ob sortem non solutam venire poterit, sed ob cætera quoque, veluti vsuras, & quæ in id impensa sunt.

consequeretur. Differtur ergo pignoris veditio in id usque tempus, quo terminus vltimus elapsus sit, non quasi condicio pactionis de vendendo pignore, non priùs extiterit, sed quia non debet nocere debitori, quod extiterit, cum etiam post impletam conditionem vtilius & commodius futurum sit creditori solutionem accipere, quàm ex conuentione pignus vendere. Itaque nõ est quod quis hoc casu obiciat, frustra expectari euentum conditionis, cuius nihil operatur euentus ex *l. aliquando 13. §. vlt. infr. ad SC. Velleian. l. si quis ita 33. de hered. infr.* Nam qui in hac specie euentus expectatur, prodesse poterit, & verò omnimodo profuturus est, & debitori ad purgandam moram, & creditori ad consequendam solutionem: qua secuta nihil iam erit, quod de vendendo pignore tractari vel possit, vel debeat.

gat. Nec quod in pacto certa persona demonstrata sit, ad rem facit. Ad enim plerumque fit, vt appareat, cum quo pactum initum sit, non vt personale pactum fiat *d. leg. iuris gentium 7. §. pactorum d. leg. tale pactum 40. in princip. supr. de pact.* Itaque si cum creditore pactum sit de vendendo pignore, ita vt solius creditoris persona demonstrata sit, poterit fieri vt adhuc pactum in rem sit, non merè personale. Hactenus nimirum vt creditoris heres quoque possit vendere, at non etiam alius quilibet singularis successor, nempe quia creditoris hæres perinde creditor est, cum ex lege duodecim tabularum actiones omnes hereditariæ & actiue & passiuæ transeant in heredem *leg. 1. C. si cert. perat. leg. vlt. C. de hered. act. leg. 1. & 2. C. si vnus ex plurib. hered. debit.* At cæteri successores creditoris singulares, non atque sunt creditores, quia personalis obligatio siue actiua siue passiuæ numquam transit in singularem successorem *leg. vlt. §. 1. infr. de contr. empr. leg. 1. §. si heres ad SC. Trebell.* Proinde videtur pactum hoc esse mixtum ex reali & personali. Est enim reale quod pertinet ad heredem creditoris, quoniam pacti verba non repugnant quod sufficit *l. talem institutionem 51. §. 1. in fin. de hered. infr.* Personale verò quod ad cæteros, quod si in rem conceptum expresse esset, vtiq; singularibus etiam successoribus prodesset. Heredem porro hic cum dicimus, non eum solum intelligimus, qui verè ac iure ciuili heres sit, sed omnes iuris successores siue honorarij sint, siue ciuiles. Cuiusmodi sunt bonorum possessor, is cui restituta est ex Trebelliano hereditas & cui libertatis causa bona addicuntur, etsi qui alij sunt, qui cum verè non sint heredes, tamen heredum loco habentur. In priuilegijs eadem quæ in pactis distinctio adhibetur, an scilicet personalia sint, an realia, id est an personæ, an rei & causæ coherent, vt personalia ad alium non transeant, ne quidem ad heredem, realia verò transeant *l. quia tale 14. infr. solut. matrim. leg. ex pluribus 42. in fin. de admin. tutor. leg. vnic. C. de rei vxor. act. leg. 1. C. de priuileg. dot. l. unct. l. asiduis 12. C. qui potior. in pign. hab.*

Ad §.

Ad §. vlt. Cum pignus.

RAT. DVV. Non solent attendi quæ sunt per consequentias *l. 1. l. quod dicitur 7. infr. de author. tutor.* Inspiciendum enim est in conuentionibus omnibus quid principaliter actum sit, non quid per consequentiam euenire possit. Atqui cum sit pactum de vendendo pignore, id maxime ac potissimum agitur, vt ex ea venditione sortis quantitas redigatur, quæ scilicet purè & absolute debetur, non autem vt eadem vsurarum quæ sortis ratio constituitur. Nec enim vsuræ simpliciter & absolute debentur, sed per accidens & secundum quid sub conditione illa *si fors soluta non erit leg. Scia 12. & pass. infr. de vsur.* Maxime verò si vsuræ non sint in obligatione & stipulatione vt in *leg. centum Capua 8. supr. de eo quod cert. loc. leg. 3. Cod. de vsur.* sed officio tantum iudicis præstantur vt in *leg. 4. Cod. de pign. l. qui per collusionem 49. §. 1. de action. empr. leg. quæro 54. infr. locat.* Denique omni casu vsuræ sunt accessiones. Ergo si fors pro qua pignus datum fuerat, soluta sit, non debet pignus vendi pro vsuris. *arg. leg. solutum 11. §. si in sortem infr.* **DEC.** Pignus dari solet, vt cautum sit creditori, non tantum pro sorte, sed etiam pro vsuris, quia nec aliter indemnis seruari creditor potest, quàm si & sortem & vsuras sibi debitas siue ex stipulatione, siue ex mora debitas sint, consequatur. Ergo non minus pro vsuris etiam nauaraliter tantum debitis quàm pro sorte debita pignus vendere creditor potest: nimirum cum pignus ex pactione venditur. Qui enim paciscitur, vt liceat sibi pignus vendere, de omni sua vtilitate pacisci intelligitur, nec proinde distinguendum est, an vsuræ ex stipulatione, an officio iudicis debeantur, sed tantum an in eas quoque pignus obliga-

tum fuerit necne *d. §. si in sortem vers. siue autem.* In dubio tamen dicendum est, pignus in omnem causam datum videri, id est non minus in vsuras quàm in sortem *leg. 2. C. debit. vendit. pignor. imped. non poss.* quemadmodum dicimus fideiussorem simpliciter acceptum in omnem causam acceptum intelligi *l. quæro 54. vbi dicimus infr. locat.* Planè si in sortem duntaxat pignus obligatum sit, nulla ratio est, vt propter vsuras id vendere liceat creditori: nam eo soluto propter quod pignus obligatum fuerat, siue in sortem duntaxat, siue in vsuras tantum, habet locum pignoratitia *d. §. si in sortem.* Porro quo casu pignoratitia locum habet, certum est venditionem pignoris habere locum nõ posse, quia pignoris vinculum tenere necesse est, vt res obligata vendi possit. Quid? Nonne etiam ob chirographariam pecuniã pignus retineri potest? *Tor. tit. C. etiam ob chirogr. pecun. pign. retin. poss.* Vtiq; retineri scilicet cõtra debitorem ipsum, sed non vendi, siue de distrahendo pignore conuenerit siue non. Ita enim titulus ille intelligendus videtur, de quo tamen latius alibi scribemus: Et notandus est tanquam singularis hic casus, in quo pignoris retentio sic datur, vt tamen venditio non permittatur: non tantum autem pro vsuris, quæ principali debito accesserunt, pignus vendi potest, sed etiam pro iis omnibus, quæ in causam cõseruandi pignoris imperata sunt. Nam & pro iis impèlis pignus datum videri debet, pro quibus etiam retentio pignoris competit, non minus quàm contraria actio pignoratitia, vt initio huius legis vidimus. Quamuis tẽpore dati pignoris nihil dum eo nomine deberetur. Nec enim nouum est, vt etiam futura obligationi pignus accedat, si cut & fideiussor *l. §. infr. de pignor. l. 6. §. 1. de fideiuss. lunge* quæ dicimus ad *d. §. si in sortem.*

9. VLPPIANVS libro 28. ad Edictum.

SI rem alienam mihi debitor pignori dederit, aut malitiosè in pignore versatus sit: dicendum est, locum habere contrarium iudicium.

Ad l. Si rem alienam 9.

RAT. DVV. Actio pignoratitia, siue directa, siue contraria, locum habere non potest, nisi constituto & interueniente aliquo pignore, à quo & nomen sumpsit. Vnde & dicitur à Papiniano iudicium, quod de pignore dato proponitur in *l. penult. infr. hoc tit.* Atqui alienæ rei pignus non subsistit, nisi vel ex voluntate domini datum sit, vel per dolum & dissimulationem domini *leg. aliena res 20. infr. tot. tit. C. si alien. res pignor. dat. sit leg. mulier 11. C. de distract. pignor.* Ergo pignoratitiæ contraria locum habere hoc casu non potest, non magis quàm directa. In eoque alia causa est pignoris, alia venditionis, res enim aliena vendi potest, licet eam dominus auferre postea, & vindicare quandoque possit *l. rem alienam 28. infr. de contr. empr.* At res aliena pignori dari vtiliter non potest extra eos casus, quos diximus. **DEC.** Alia ratio constituenda est actionis hypothecariæ, alia verò pignoratitiæ personalis, siue directa illa sit, siue contraria. Nam & si vtraque actio præsupponit pignoris aut hypothecæ constitutionem, attamen hypothecaria xigit omnino, vt pignus rectè ac vtiliter constitutum sit, quia in rem actio est, quæ proinde supponit affectam esse rem vinculo pignoris, quæ porro affici non potest, nisi

pignoris constitutio efficaciter teneat. Pignoratitia verò personalis actio est, ad quam inducendam sufficit præcessisse conuentionem pignoris, licet ab eo factam qui ius rei obligandæ nullum habuerit. Quod enim dicimus, rem alienam pignori dari non posse, non eò pertinet, vt qui rem alienam ignoranti sciens dedit, non obligetur (quidni enim obligari debeat ex suo mendacio & dolo, cum ignorantem creditorem deceperit? *l. rem alienam 41. infr. hoc tit.*) sed vt creditor tale pignus per hypothecariam persequi non possit. Cæterum si debitor, qui etiam sciens rem alienam pro suo debito pignori dedit, postea creditori suo debitum soluerit, nulla dubitandi causa est, quin perinde pignoratitiã actionem directam habere debeat ad rei in pignus datæ repetitionem, atque si rem suam propriam pignori dedisset: ne alioqui plus iuris habeat creditor ex inutili constitutione pignoris, quàm habiturus fuerat, si vtilis præcessisset. Quod certè absurdum & ridiculum esset *arg. l. in bello 12. §. si quis seruum infr. de capt. & postlim.* Quidni ergo habeat etiam creditor contrariam, si de dolo debitoris velit conueniri, quod rem alienam ignoranti sciens pignori dederit? Nam quo ad obligandas personas debitoris & creditoris, nihil aliud requirimus, nisi vt inter eos conuenerit de pignore, non etiam illud exigimus,

vt res pignori data iure obligata sit. Neque in eo differentia vlla est inter pignus & venditionem rei aliena: nam quemadmodum quirem alienam vendit, & se obligat de cuiusione, & emptorem ad solutionem precij dicit. l. rem alienam l. si quis alienam 46. de action. empt. Ita & qui rem alienam dedit pignori, obligat accipiem rem creditorem, vt soluto quando cumque debito eam rem actione pignoratitia illi ipsi qui dedit, restituere teneatur §. is quoque infr. (nec enim actio pignoratitia vllam habet implicitam dominij questionem, cum sit merè personalis) & se ipsum vicissim obligat, vt ob dolum suum & mendacium actione contraria pignoratitia conueniri possit. Quomodo, & si malitiosè versatus esset circa pignus, vt sequitur in textu, aut etiam si quid in illam rem pignori datam impendisset. Qua enim fronte recusaret debitor carum impenfarum restitutionem, quam recusare non posset, si propriam rem pignori dedisset? An ideo fortè melioris conditionis esse debet, quòd rem alienam sciens tan-

1 ¶ Non tantum autem ob pecuniam, sed & ob aliam causam pignus dari potest: veluti si quis pignus alicui dederit, vt pro se fideiubeat.

Ad §. 1. Non tantum.

RAT. DVV. Pignus non alia de causa datur, quam vt si pecunia debita non soluetur, possit creditor pignus distrahere, atque ita indemnitati suæ consulere, vt diximus ad l. 4. supr. Atqui ex pignoris venditione nihil nisi pecunia redigi potest. Venditio enim non fit sine precio, quod porrò in pecunia numerata consistere necesse est l. 1. infr. de contr. empt. l. 1. de rer. permut. §. precium Instr. de empt. & vendit. Ergo non nisi pro pecunia debita pignus dari potest. DEC. Omni obligati. oni accedere pignus potest, sicut & fideiussor leg. res hypotheca 5. infr. de pignor. l. 1. de fideiussor. id est non tantum siue ciuili siue honoraria, siue denique naturalis duntaxat obligatio sit, & siue præfens, siue futura, sed etiam cuiuscunque rei obligatio proponatur. Debitor enim est, quisquis ex quacunque causa aliquid debet, sicut & creditor ille cui ex quacunque causa debetur l. 1. creditores 10. & seqq. l. condicionales 54. & seqq. de verb. signific. Et obligationem diffinimus iuris vinculum, quo necessitate adstringimur, non tantum pecuniæ, sed generaliter alicuius rei soluendæ causa Instr. de oblig. Nemo autem nescit rei nomen latius patere, quam pecuniæ l. rei appellatio 5. de verb. signific. quamuis pecuniæ appellatio sit etiam generalis, vt omnia omnino, quæ in cuiusque patrimonio esse possunt,

2 ¶ Propriè pignus dicimus, quod ad creditorem transit. hypothecam, cum non transit, nec possessio ad creditorem.

Ad §. 2. Propriè pignus.

RAT. DVV. Rem simpliciter cum dicimus, rei proprietatem & dominium significamus, non nudam possessionem. Vnde est quod Vlpianus scribit in l. 3. §. vlt. infr. vii. possid. aliud esse rei precium, aliud possessionis, & separatam esse causam proprietatis & possessionis in l. 1. §. huius autem edicti eod. tit. l. naturaliter 12. §. nihil commune & l. pen. in princip. de acquir. poss. Atqui pignus etiam si sit rei mobilis, & quæ pignus contineatur, quam magis propriè pi-

gnus appellamus l. plebs est 238. §. pignus de verb. signific.

nunquam transfert dominium, nec si traditio secuta sit, quia non omnis traditio, quamuis à domino facta transfert dominium, sed ea tantum quæ fit ex iusta causa, id est iure ciuili cognita & adprobata, & habili ad dominium transferendum leg. nunquam nuda 31. de acquir. rer. domin. l. 3. supr. si vsus. per. Ergo verum non est, quod hinc Vlpianus scribit, propriè pignus dici, quòd transit ad creditorem: semper enim manet proprietatis debitoris, & sola possessio pignoris transit ad creditorem l. cum & sortis 35. §. 1. infr. hinc

comprehendat l. pecunia 178. eod. Et hoc sensu accipi certè debet, quod scriptum est in leg. debitor 108. eod. tit. debitorem intelligi eum à quo inuito exigi pecunia potest: At Vlpianus in hoc §. cum de pecunia loquitur, de pecunia numerata intelligit, quæ opponitur cæteris rebus omnibus quæ sunt extra pecuniam numeratam dicit. l. pecunia. Denique ex qua causa potest quis esse alterius creditor, etiam pignoratitius esse potest d. l. res hypotheca. Proinde si quis fideiussorem quærat, nec facillè inueniat, nisi dato pignore, etiam ex hac causa pignus dare poterit. Iusta enim & honesta hac causa est dandi pignoris, vt inuitetur ad fideiubendum is qui alioquin fideiussurus non esset, cum necessitas dandi fideiussoris aliqua subest vt in l. 2. §. vlt. supr. de iudic. & tot. tit. qui satis. cogant. Nec enim liberatur dando pignus, qui fatidare cogitur l. 1. vbi diximus ill. tit. Planè honestam causam esse oportet ob quam pignus datur, non turpem, vt bene hinc notat Accursius ex l. 1. & 2. C. de condic. ob turp. caus. Hoc enim fit ex primo illo iuris principio, quo iubemur honestè viuere l. iustitia 10. §. 1. supr. de iustit. & iur. ex quo & cætera proficiunt omnia, quæ ratione publicæ honestatis fieri vel iubentur vel prohibentur, vt docuimus in Iuris prudentiæ papinianæ scientia ad §. penult. eod. ill. tit. de iustit. & iur.

infr. hoc tit. DEC. In vnaquaque re duo possibilia consideranda sunt: Proprietas & possessio. Itaque etiam res transire in alium dicitur, cum possessio sola transit, licet proprietatem non transeat. Et verò cum res corporales ea dicantur, quæ tangi, videri, aut alio corporis sensu percipi possunt leg. 1. §. quadam supr. de verb. diuis. & apud Iustinianum tit. de reb. corpor. & incorpor. apparet possessionem illam solam esse, quæ tangi potest, quia in corpore consistit non proprietatem quæ tota iuris est, nec nisi intellectu percipi potest, & à possessione secerui. Ergo cum Vlpianus

3 ¶ Omnis pecunia exsoluta esse debet, aut eo nomine satisfactum esse, vt nascatur pignoratitia actio. satisfactum autem accipimus^a, quemadmodum voluit creditor, licet non sit solutum. siue enim aliis pignoribus sibi caueri voluit^b, vt ab hoc recedat, siue fideiussoribus^c, siue reo dato^d, siue pretio aliquo^e, vel nuda conventionione^f, nascitur pignoratitia actio. Et generaliter dicendum erit, quoties recedere voluit creditor à pignore: videri ei satisfactum, si is, vt ipse voluit, sibi cauit: licet in hoc deceptus sit^g.

Ad §. 3. Omnis pecunia.

RAT. DVV. Sicuti pecunia numerata per se diuisibilis est numero, ita & pecuniæ obligatio & solutio l. 2. in princ. l. stipulationes non diuiditur 72. de verb. oblig. Et quamuis creditor, cui certa summa debetur, non sit cogendus per partes accipere solutionem, quia solutio per partes habet magnam incommoda ex parte creditoris leg. 3. in princip. supr. famil. ercisc. si tamen creditor accipiat vltro partis solutionem, constat liberationem pro ea parte debitori contingere l. stipulatus sum 9. §. 1. infr. de solut. sibi enim debet imputare qui vltro accepit, cum non cogetur: atqui sublata personali obligatione, pro qua pignus datum fuerat, pignoratitia actio nascitur, quia cum pignoris obligatio sit accessoria, vt sæpius diximus, non potest manere pignus obligatum pro quantitate iam soluta, nec tantum si solutio vera sit & naturalis, sed & si ficta & imaginaria, puta per nouationem l. nouatione 18. infr. de nouat. Ergo quemadmodum si tota pecunia debita exsoluta sit, nascitur in totum actio pignoratitia pro toto pignore repetendo, vt scriptum est in hoc §. Ita & parte duntaxat soluta, dicendum est pro ea parte nasci pignoratitiam, vt eadem sit ratio partis ad partem, quæ totius ad totum vulg. l. quæ de tota 76. supr. de rei vendic. DEC. Pignoris causa indiuidua est, cum pignus contrahitur l. rem hereditariam 65. infr. de euct. ita vt creditori competat hypothecaria in solidum aduersus res obligatas, etiam si maior pars debita pecuniæ soluta sit, si modò aliquid desit ex debito siue sortis siue vsurarum l. quantum 6. & pass. Cod. de distract. pignor. l. 1. & 2. C. de bit. vendit. pignor. imped. non poss. Ergo & in dissoluendo pignore eadem iuris ratio facere debet, vt causam pignoris indiuisam esse oporteat, & quemadmodum totam pecuniam exsolutam esse oportet, vt inhibeatur creditori hypothecaria, ita & vt nascatur debitori pignoratitia: & quamuis solutione partis debiti tollatur pro ea parte personalis obligatio, & consequenter pro summa soluta tollatur vinculum pignoris, attamen pro ea parte, quæ remanet debita pignus totum & in solidum durat, quia

hic scribit, pignus propriè esse, quod transit ad creditorem, sic necessariò accipi debet, vt quantum ad possessionem solam transeat, non quantum ad proprietatem, vt constat non solum ex d. l. cum & sortis §. 1. sed etiam ex eo, quod idem Vlpianus noster hic subiicit, hypothecam esse propriè non pignus, cum nec possessio ad creditorem transit. Nulla tamen inter pignus & hypothecam differentia est, quod pertinet ad actionem hypothecariam l. res hypotheca 5. §. penult. infr. de pignor. §. item Seruiana Instr. de action. l. 1. supr. vbi diximus, & cætera quæ ad huius §. interpretationem adferri possent, explicauimus.

indiuiduum est: sicut & condicio tacita quæ tam hypothecaria quam pignoratitia actioni inest indiuidua est, vt sunt cætera omnes condiciones l. cui fundus 56. infr. de condic. & demonstr.

a Satisfactum autem accipimus. RAT. DVV. Non potest liberari pignus, nec proinde nasci pignoratitia, nisi principalis obligatio soluta sit, vt proximè diximus. Atqui non potest contingere liberatio, nisi soluto eo ipso quod debetur non etiam si aliud pro alio l. cum à quo 16. & seqq. Cod. de solut. Ergo nec potest videri satisfactum creditori, cui pecunia debebatur, si aliud ei solutum sit, quam pecunia, maxime verò cum satisfactio pro solutione sit l. satisfactio 52. infr. de solut. Vt proinde non aliud venire debeat in satisfactio, quam quod veniret in solutione. DEC. Etiam solui aliud pro alio potest volenti creditori l. 2. §. mutui datio supr. de reb. credit. Quid enim agit prætor, cum dicat actionem creditori, nisi vt ei satisfiat? Ergo si creditori satisfecerit debitor aliter quam per solutionem eius ipsius quantitatibus quæ debebatur, dummodo satisfactum sit eo modo, quo creditor voluit, dicendum est, perinde nasci pignoratitiam, ac si solutum esset illud ipsum quod debebatur. Id enim est, quod dicimus satisfactio, pro solutione esse non quidè oblatam, sed factam d. l. satisfactio, inu. l. 1. §. inde queritur infr. de oper. noui nunciat. Satisfacere enim velle, nihil prodest, sed iustitiam prodest, vt subiicitur in l. seq. & apertius in l. item liberatur 6. §. 1. infr. quib. mod. pign. vel hypoth. soluit. Is enim qui satisfecit, semper habet quod obiciat petitori l. si pupillus 45. in fin. de admin. tutor. Oblationem siquidem satisfactiois iuste recusare potest creditor, qui aliud pro alio accipere nec vult, nec cogitur, sed facta postquam fuit sera & inutilis recusatio est, neque potest videri facta iniuria ei qui semel voluit, licet hodie nolit l. in diem 9. §. 1. de aqua & aquæ plu. arcend. neque rursus potest obligatio iure extincta ex nuda creditoris voluntate & penitentia reuiuiscere vulg. l. qui res 98. §. aream infr. de solut. l. ob eam causam 9. infr. de præscr. verb.

b Siue aliis pignoribus sibi caueri voluit. RAT. DVV. Non patitur prætor in executione iudicati obligationes fieri ex obligationibus l. 4. §. ait

prator *infr. de re iudic.* Ergo neque ad inducendam actionem pignoratitiam permittendum fuit pignora ex pignoribus fieri, & pro vno pignore aliud pignus dari, ne ita facile res abeat in infinitum.

D E C. Alia ratio est satisfactionis, quæ offeratur in executione contractus, vt hæc, de qua agimus, alia illius, quæ in executione iudicati, de qua *in d. §. ait prator.* Quæ prioris generis est, nullum adfert creditori, nec reipublicæ incommodum: solius enim creditoris interest, vt quomodo velit, ei satisfiat. Quæ verò posterioris est generis, & creditori & reipublicæ plerumque non modò inutilis, sed etiam damnosa est: creditori quidem, quoniã si pro pecunia sibi ex iudicato debita obligationem acciperet, partem sibi iam ex causa iudicati persequutionem ad initium alterius petitionis redigeret, quod non leue incommodum est, vt etiam hoc solo prætore minor restitui in integrum possit *l. minor annis 40. in princip. supr. de minor.* reipublicæ verò, quia si obligationes ex obligationibus fierent, necesse esset hereticam de lite lites, vt scriptum est *in d. §. ait prator.* quod à publica vtilitate valde alienum est, quæ lites exequatur *l. 4. §. 1. supr. de alien. iudic. mut. caus. fact.* & nefas esse crediti litem alteram conflagrare ex primæ litis materia *leg. 13. Cod. de fructib. & lit. expens.* Ergo aliud pignus pro alio dari nihil prohibet. Quamuis enim hoc casu principalis obligatio duret, quæ alia ad hunc versiculum dubitandiaratio est, ipsum tamen vinculum pignoris sublatum esse sufficit, vt pro illa re, quæ antea pignori obligata fuerat, & hodie liberata est, actionem pignoratitiam inducamus. Qui enim agit pignoratitiam, non hoc intendit se liberatum esse, sed liberatam esse rem, quam obligauerat à vinculo pignoris, quo antea tenebatur, siue sublata sit personalis obligatio, siue adhuc duret *d. litem liberatur in princip. l. 2. C. de luit. pign.*

Sive fideiussoribus. R A T. D V B. In satisfactione quæ nihil nisi fideiussoris dationem significat, *l. 1. supr. qui satis. cogant.* non vtimur Atilicini sententia, qui putabat: si satisfidetur alicui certæ pecuniæ nomine, recedere illum à pignoribus debere *d. leg. ite liberatur 6. in fin. infr. quib. mod. pign. vel hyp. soluit.* ergo ex sola datione fideiussoris quantumlibet idonei non potest nasci actio pignoratitia. **D E C.** Multum refert, an fideiussor pro pignore offeratur inuito creditori, an volenti: si inuito, non ideo pignus liberatur: sed si volenti & expressim consentienti, vt per fideiussoris dationem à pignore recedatur (hoc enim omnino exigitur, nec fideiussorem volenti creditori datum esse sufficeret) aliud est, quia sufficit satisfactum esse creditori eo modo quo voluit, vt scriptum est in hoc §. Liberatur ergo hoc casu pignus, non quia satisfidatur sit creditori, sed quia satisfactum ei fuerit. Latius enim patet nomen & potestas satisfactionis, quam satisfationis, vt ex hoc §. apparet. Satisfieri quoquomodo potest dum creditor consentiat, sed satisfidari non potest nisi datis fideiussoribus *d. leg. 1. qui satis. cogant.*

Siu vero dato. Expromissorem intelligit, cuius obligatio differt in eo à fideiussoria, quod semper principalis nunquam accessoria est. Obligat enim se expromissor pro non obligato, siue is obligatus aliquando fuerit, deinde per nouationem liberatus, siue nunquam obligatus fuerit. *leg. & eleganter 7. §. seruus supr. de dolo leg. aliquando 13. in princip. infr. ad & C. Velleian. leg. vt res 53. infr. de contr. empt.*

R A T. D V B. etiam expromissore per debitorem

dato verum est conuenisse de pignore, nec tamen solutam esse pecuniam: ergo nec hypothecam nec pignoratitiam locum habere hoc casu potest, vt argumentatur Caius *in d. l. aliquando §. 1. D E C.* Cum expromissor datur ab eo qui iam obligatus fuit, expromissio facit nouationem, nouatio autem liberat pignus, nisi conuenierit, vt pignus repetatur *leg. solutum 11. §. 1. infr. hoc tit. leg. nouatione 18. de nouat.* Atqui tractamus de expromissore dato ab eo qui iam erat obligatus: Alioqui pignoris, quod decesserit, obligatio non teneret. Ergo per expromissionem non minus quam per aliam quamlibet nouationis speciem pignus liberatur, & consequenter pignoratitia peinde atque per solutionem inducitur. Nam quod ad obligationem perimendam atinet, tantum potest nouatio, quantum solutio, nisi quod solutio naturalis modus est tollende obligationis, nouatio autem ciuilis & fictiti? *l. pen. infr. de solut. & apud Iustin. Tit. quib. mod. oblig. tollit. l. 1. & pass. infr. de nouat.*

Sive precio aliquo. R A T. D V B. Cum pignus reddit creditor accepto à debitore precio, non ideo videri potest accepisse, quod sibi debebatur: aliud enim est debitum pro quo pignus datum est, aliud verò precium pignoris pro debito dati *l. fin. pignore §. 4. infr. de fideiuss. l. soluitur 5. §. si conuenierit infr. quib. mod. pign. vel hyp. soluit.* Ergo non potest ea res inducere pignoratitiam actionem, quia precij loco non solutionis nomine accepta est *d. §. si conuenierit.* **D E C.** Contractus pignoris bonæ fidei est. Ex bona autem fide non est, vt creditor, & pignus retineat, & pignoris precium, sicuti de venditore & emptore scriptum est in *l. ex empto 11. §. qui autem l. bona fides 50. infr. de action. empt.* Ergo si creditor accipiat à debitore precium pignoris, licet non ideo pecuniam sibi debitam accipere videatur, idcirco que personalis obligatio, cui pignus accessit, non perimatur, vinculum tamen ipsum pignoris necessario solutum & sublatum intelligitur. Hoc verò sufficit ad pignoratitiam inducendam. Ergo & hoc casu pignoratitia nascetur debitori ad pignus repetendum, quia hoc quoque casu verum est, voluisse creditorem à pignore recedere, eius satisfactum esse quantum ad pignoris causam atinet, eo modo quo creditor voluit. Aliud est in specie *d. §. si conuenierit.*

Vel nuda conuentione. R A T. D V B. Nihil tam naturale est, quam dissolui vnumquodque eo modo quo colligatum est *vulg. l. nihil tam naturale 35. de regul. iur. l. prout 80. de solut.* Atqui pignus non tantum nuda voluntate, sed etiam traditione contrahitur *l. 1. supr.* Ergo nec nuda voluntate dissolui potest, saltem eo casu quo per traditionem contractum sit: & verò constat certos esse ac legitimos quosdam modos, vt contrahenda, ita & dissoluenda cuiuslibet obligationis *l. obligationum ferè 44. §. placet de oblig. & action.* inter quos modos nuda voluntas non est, vt neq; ad amittendum dominium, quod non nisi certis quoque modis & acquiritur, & amittitur *l. si quis vi 17. §. differentia infr. de acquir. poss. Nã & liberatio ab obligatione quedam veluti alienatio est, cum is qui liberat debitorem, eum alienare videatur §. ut ex contrario Infit. quib. alien. licet vel notificati ex alia parte, species acquisitionis est ab ipsa obligatione liberari *leg. species 11. de acceptil. leg. §. pupilli 66. in fin. de solut.* **D E C.** Pignus non tantum traditione, sed etiam nuda voluntate debitoris constituitur, nec magis traditio pignoris rem obligatam afficit, quam nuda conuentio de pignore *dict. leg. 1. supr.* Ergo quemadmodum si nulla traditio*

actione interueniente pignoris vinculum sola conuentione contractum esset, æque nuda voluntate dissolui posset ex regula *dict. leg. nihil tam naturale.* Ita & cum traditio interuenit, perinde dicendum est, eadem nihilominus facilitate pignus dissolui posse, cum ad eius obligationem constitutendam nihil adiciat traditio, sed tantum proficit ad hoc vt in creditorem possessio transferatur §. proprie vbi diximus *supr.* Et quemadmodum nuda voluntas debitoris pignus constituit etiam absente & ignorante creditore, vt cernere est in pignore testamentario *leg. non est mirum 26. infr. hoc tit. leg. Lucius 12. de alim. & cibari. legat.* Ita & nuda quælibet voluntas debitoris sufficit debet ad pignus dissolucendum *leg. soluitur 5. & seqq. & pass. quibus modis pign. vel hypothec. tollit.* Et hæc vera germanaque huius iuris ratio est, non quam vulgò nostri adferunt, quòd obligatio pignoris accessoria tantum sit, & modici momenti: si tamen alicui contractui creditor consenserit, vt ex ea causa pignus remissile videatur, sciendum est, non aliter sublatum intelligi vinculum pignoris quam si contractus ille effectum habuerit *leg. sicut 8. §. si voluntate & l. voluntate 10. eod. tit.*

Licet in hoc deceptus sit. R A T. D V B. Dolus malus abesse debet ab omnibus contractibus, præsertim ab iis qui bonæ fidei sunt *leg. bonam fidem 4. Cod. de oblig. & action.* ita vt sola æquitate iudiciorum bonæ fidei dolus, si ex alterutra parte admissus sit, vindicetur *leg. sed si deo 21. solut. matrim. leg. huiusmodi 84. §. qui seruum de legat. 1.* Atqui contractus pignoris bonæ fidei est, vt proxime diximus. Ergo & dolus ab eo abesse debet *leg. 3. supr.* nec ferendum est, vt pignus remissum intelligatur à creditore, qui deceptus fuit. **D E C.** Vnicuique sua nimia facilitas & credulitas imputanda est *leg. 1. §. dolum supr. de eo per quem fact. erit.* nec enim hic, tam ab alio, quam à seipso de capitur, cautiusque negotiari debuit, vt in *leg. 2. Cod. de furt. & seru. corrupt.* neque verò existimandum est, deceptionis nomine dolum semper significari, vt constat ex *leg. in causa 16. §. idem Pomponius supr. de minor. leg. item si precio 22. §. vltim. infr. locat.* Atquin is qui pro pignore, aut aliud pignus accipit minoris precij, aut fideiussorem minus idoneum, aut etiam nuda voluntate discessit à pignore, cum falso crederet, nullum sibi ex eo damni periculum imminere, cum se locupletiore debitorum habere putaret, non eo minus censendus est creditor à pignore in perpetuum discessisse, vt pignoratitia actio inde nascatur. Non enim debuit creditor tam facilis esse ad satisfactionem pro solutione admittendam. Dolus itaque hoc casu est, non tam in persona, quem vulgò dolum ex proposito appellant, quam in re ipsa vt in *dict. §. idem Pomponius & dict. §. vltim. leg. si quis cum aliter 36. de verbor. obligat. idcirco & in contractum bonæ fidei adere potest, nec magis actione de dolo, quam æquitate ipsius iudicij bonæ fidei vindicari debet, denique pignoris remissio, neque alienatio, neque donatio est *l. 1. §. 1. quib. mod. pign. vel hypoth. soluit. l. est pignus 18. infr. qui in fraud. credit.* Vnde est, quod etiam constantem matrimonio mulier iura hypothecarum dotalem remittere potest *dict. leg. est pignus leg. etiam conuentione 11. leg. iubemus 21. C. ad SC. Velleian.* Ex his apparet, quod Accursius & Bartolus hic bene notant, pignoratitiam actionem nasci quidem ex contractu pignoris mediata, sed tamen immediate non tam nasci ex contractu, quam ex solutione & satisfactio*

actione: solutionem enim & satisfactionem præcedere necesse est, vt pignoratitia nasci possit, etiam Bartolus non infubtiliter distinguit, an quæramus vnde nascatur hæc actio, an verò quando nascatur, vt nascatur quidem ex contractu dudum antea inito, & celebrato, tanquam ex materia antiqua, vt ipse loquitur, sed tamen non nisi à tempore solutionis, aut potius satisfactionis. Adfert exempla similia Accursius in mutuo reconciliato per consumptionem. Nascitur enim pignoratitia illa certi ex contractu mutui, sed ex die consumptionis tantum *leg. nam & si fur 13. & l. præced. supr. de reb. credit. l. si quis pro eo 56. §. si nummos infr. de fideiuss.* Item in actione tutelæ: quæ nascitur ex susceptione tutelæ, nec tamen nisi à die malæ administrationis *leg. si tutor 13. & seq. infr. de tutel. & Ration. distr. item in actione de dote, quæ non nascitur, nisi soluto matrimonio aut superueniente mariti inopia, non tamen ex diremptione matrimonij *l. 1. C. de repud. l. sed si alia 5. infr. de bon. damnat. l. si constante 24. infr. solut. matr. l. vbi adbus 29. C. de iur. dor.* Nec verum est, quod quidam crediderunt, quos Accursius refert, in supradictis casibus, nasci quidem statim actionem, sed non statim exerceri posse *arg. leg. serui & filij 17. infr. de furt.* Non enim potest nasci actio, priusquam casus euenierit, qui actioni causam præbet. Hinc verò querit Accursius: An ergo actioni pignoratitiæ præscribi possit, antè quam nata sit? & rectè respondet non posse ex *l. 1. in fin. C. de annal. excepti.* Prius enim est ordine naturæ, temporis, & intellectus, vt nata sit actio, quam vt extingui possit *l. 4. de instit. & iur. l. si partem 19. in princip. supr. quem seruit. amitt.* Prius siquidem præsupponit habitum *l. decem 116. de verb. oblig.* Sed tamen addit Accursius, & Bartolus probat, iuri offerendi & soluendi præscribi posse *arg. l. plures apochis 19. C. de fid. instrum. l. cum notissimi 8. §. eodem iure C. de præscr. 30. vel 40. annor. l. si finita 15. §. posteaquam autem infr. de damn. infecti.* Pro qua sententia facit, quòd habet iuris regula, eum qui potest facere, vt possit, iam videri posse *l. qui potest facere 174. de regul. iur.* Qua tamen ratione posset quis etiam tentare, pignoratitiæ quoque actioni præscribi posse, cum sit in potestate debitoris facere, vt possit agere pignoratitiam, soluendo scilicet debitum, aut aliter satisfaciendo, atque ita implendo conditionem, ex cuius implemento pignoratitia nascitur. Verum sicuti priorem Accursij propositionem veram esse arbitror, quia non sufficit nasci posse actionem ad hoc, vt præscribi possit, sed natam eam esse omnimodo necesse est, non minus quam vt possit exerceri *§. vlt. huius legis.* Ita posteriori non probò, quia ius offerendi & soluendi ex quo nascitur pignoratitia, non tam iuris est, quam merè voluntatis & facultatis, perinde atque vt alij cuiuslibet conditioni sibi adscriptæ quis pareat. Quæ autem merè voluntatis & facultatis sunt, præscribi nunquam possunt *vulg. l. viam publicam 2. infr. de via public. Iura enim illa sunt quæ spatio triginta, vel ad summum quadraginta annorum perimunt posteriores Imperatores voluerunt in *l. 3. & 4. C. de præscr. 30. vel 40. annor.* In eo quæ ius hoc offerendi quòd debitori cõpetit, aduersus creditorem ad inducendam pignoratitiam actionem, differt maximè ab eo de quo in *d. l. cum notissimi 8. §. eodem iure Cod. de præscr. 30. vel 40. annor.* id est quod creditori posteriori cõpetit aduersus anteriorem ad confirmandum ius sui pignoris. Constitit enim illud in iure non in facultate, & idcirco præscribi iure potest. Concludamus igitur neque pignoratitiam actionem priusquam nata sit, neque**

ius offerendi ad eam inducendam, competens villo tempore spatium praescribi posse. Alioquin fieret, vt creditor alienam rem sibi datam pignori sciens usufructu ac sibi acquireret, si non dicitur, saltem per

4 ¶ Is quoque, qui rem alienam pignori dedit, soluta pecunia potest pigneraticia experiri.

Ad §. 4. Is quoque.

RAT. DVV. Is qui alienam rem pro suo debito pignori dat, nullum pignus contrahit, nisi de ex voluntate domini, aut expressim consentientis, aut subdole dissimulantis leg. aliena 20. infr. & tot. tit. C. si alien. res pignori dat. sit. Ergo fieri non potest, vt soluto debito pignoratitiam habeat, cum pignoratitia non possit esse sine pignore. DEC. Conuentio de pignore, quamuis rei alienae, sufficit ad inducendam pignoratitiam actionem, tam directam ex parte debitoris aduersus creditorem soluto debito, vt in hoc §. quam contrariam ex parte creditoris aduersus debitorem, vt in principio huius legis diximus. Aliud enim est

5 ¶ Qui ante solutionem egit pigneraticia, licet non recte agit: tamen, si offerat in iudicio pecuniam, debet rem pigneratam, & quod sua interest, consequi.

Ad §. ult. Qui ante.

RAT. DVV. Non potest sequi condemnatio ex actione male instituta, non magis quam ex actione nulla. Quid enim refert an viciose quid fiat, an nullo modo l. quorvis 6. sup. qui satisd. cogant. l. 2. infr. de auth. tutor. licet nec sine actione agere quisquam potest leg. si pupilli 6. §. vlt. de negot. gest. Atqui male instituit actionem is, qui agit pigneraticia ante natam debitum soluerit, aut aliter eo nomine satisfecerit, cum pignoratitia non nisi ex solutione aut satisfactione nascatur §. omnis pecunia sup. Imò verò non tam male agit, quam sine actione, cum eam actionem instituat, quae nondum nata est, neque competit vt & in leg. vnic. in fin. sup. quand. dies vsus legat. ced. Fieri ergo non potest vt ex eiusmodi actione nullo modo competente, tamque male instituta, sequi possit condemnatio. Nam & hodie post sublatas actionum imperationes & formulas à Theodosio, actionem tamen quae instituitur, necesse est competere l. 1. & 2. C. de formul. & impetr. act. sublat. nec quod ex postfacto, & pendente iam lite ius aliquod actori superueniat, facere debet, vt possit vincere, quia sicuti contractus ita & actionis cuiusque initium spectandum est l. si procuratorem 8. in princip. infr. mandat. l. non tantum 12. de SC. Maced. Non enim potest videri in iudicio venisse id, quod post iudicium acceptum accidit, ideoque alia interpellatione opus est l. non potest videri 22. sup. de iudic. nempe cum actio personalis est. Nam in actionibus in rem aliud ius esse constat, siue specialis in rem actio sit, siue generalis, adeoque si in rem actio scripta sit l. quastrum 30. infr. de pecul. Quamquam & hoc casu ex parte actoris requirimus, vt dominium ei acquisitum pendente lite, sit acquisitum ex causa de praeterito, vt puta si extiterit condicio legati, quomodo Bartolus bene disputat contra Azonem. DEC. Multum interest, an ius superueniat pendente lite ex causa de praeterito, quae iam deducta sit in iudicium, an ex causa de futuro: Priore casu potest sequi condemnatio ex actio-

indirectum, quod esset contra iuris rationem: Titulus enim pro suo, vt in omnibus usufructuibus concurrat necesse est, nunquam autem Titulus pro alieno l. pignori 14. infr. de usufructu l. 1. pro suo.

rem ipsam affici & obligari, quod per conuentionem pignoris rei alienae fieri non potest, aliud verò personam ipsam obligari, quae de pignore conueniunt, quod aequè fit data pignori rei alienae atque propria: quomodo etiam in venditione alienae rei contingit l. rem alienam 28. infr. de contr. empt. vt scripsimus ad initium huius legis. Aliud iuris est in hypothecaria, quae non potest nasci ex sola conuentione pignoris, nisi res ipsa obligetur, & afficiatur, quoniam actio illa in rem est, non vt pignoratitia in personam, an autem data pignori rei alienae, eaque vendita, debitor liberetur, alia quaestio est, de qua in leg. rescriptum 12. §. 1. infr. de distract. pignori. vbi si Deus volet, dicemus.

ne praematurè instituta leg. si mandauero tibi 17. infr. mandat. l. si Titius 9. infr. de verb. oblig. Posteriore verò non potest d. l. non potest. vbi vide quae scripsimus sup. de iudic. l. sponas 23. §. vlt. l. si non mortis 25. in fin. sup. de inoffic. testam. Atqui cum debitor dat pignus creditori, ius sibi statim acquirit, vt quando cinque soluto debito pignoratitia actio nasci possit contra creditorem. Ergo si egerit debitor pignoratitia ante solutionem, licet male egerit, ac praematurè ante natam actionem, si tamen postea pecuniam offerat in iudicio, perinde haberi debet, ac si bene riteque egisset, vt & rem pigneratam, & quod sua interest ex natura actionum bonae fidei consequatur, quia ius illud causam habet de praeterito, non de futuro. Sufficit enim per creditorem stetit, quominus pecunia ei soluat, vt nascatur pignoratitia leg. alienares 20. §. si per creditorem infr. Ita vt non sit necessaria obsequatio, nec magis si extra iudicium, quam si in iudicio fiat obligatio: quicquid dicat Bartolus. Tunc enim obsequatio necessaria est, cum sit oblatio ad inducendam liberationem tollendamque obligationem, non etiam cum ad moram solum impediendam l. si per te non stat 9. l. acceptam 19. C. de vsur. Quod tamen hic Vlpianus scribit de oblata in iudicio pecunia, non cum pragmaticis nostris intelligere de nuda oblatione verbali, cuius in iure nostro effectus nullus esse vnquam potest, sed de vera & reali quam recusare creditor probè non possit, & quae etiam citra obsequationem vim habeat solutionis. Quomodo & cum prudentes nostri de eo loquuntur, qui paratus sit soluere, aut satisfacere, aut fideiussorè dare, de eo semper intelligit, qui in manu habeat pecuniam, aut praesentem fideiussorem, aut quid aliud quod pro satisfactione esse possit vt in leg. si reus 73. sup. de procurat. leg. si debitori 21. sup. de iudic. leg. item liberatur 6. §. qui paratus infr. quibus mod. pign. vel hypoth. soluit. Noli rursum intelligere de oblatione, quae facta sit ante litem contestatam, quomodo intelligit Bartolus ad leg. item illa 18. in princip. sup. de pecun. constit. Ponit enim Vlpianus factam esse oblationem in iudi-

in iudicio pignoratitiae actionis, ac proinde post litem contestatam, nec enim dabit prator iudicem, nisi lite apud se contestata l. 2. Cod. de pedan. iudic. Quod à Bartolo ceterisque vulgaribus interpretibus ignoratum esse, mirum non est, in quibus iudiciorum vetus mos & ritus fuit omnino incognitus. Idem Bartolus notat condemnandum esse hoc casu debitorem ad expensas litis ob malè in-

stitutam actionem, exinde verò condemnandum esse creditorem tanquam ab eo tempore malè ac temerè litigantem, cum in poenam temerè litigantium condemnatio expensarum infligatur l. eum quem temerè 79. sup. de iudic. l. qui solidum 78. in princip. & §. 1. de legat. 2. l. si quis inficiatus 13. de positi. moribus tamen nostris expensarum compensatio potius fieret ob mutuum victoriam.

10. CAIVS libro 9. ad Edictum Prouinciale.

QVòd si non soluere, sed alia ratione satisfacere paratus est, fortè si ex promissorem dare vult: nihil ei prodest.

Ad l. QVòd si non soluere 10.

RAT. DVV. & DECID. eadem est ad hanc legem, quae ad §. omnis pecunia versis satisfactum autem accipimus l. prox. sup. Nam cum satisfactio pro solutione sit l. satisfactio 52. infr. de solut. videbatur non minus per satisfactionem quam per solutionem nasci pignoratitia Sed aliud iuris est, quia cum aliud pro alio solui inuito creditori non possit l. 2. §. mutui datio sup. de reb. credit. satisfacere velle nihil prodest, quamuis satisfecisse proficit l. item liberatur

6. §. 1. infr. quib. mod. pign. vel hypoth. soluit. l. statuliber rationem 5. in fin. infr. de statulib. leg. promissor 21. in fin. sup. de pecun. constit. Omnis enim solutio satisfactio est, sed non satisfactio qualibet solutio: quamuis utroque nomine actum perfectum significemus non solum & nudam oblationem, & soluenti aut satisfaciendi voluntatem. Denique is qui quoquomodo satisfecit liberatur, quia semper habet quod obiciat petitori leg. si pupillus 45. in fin. de administ. tutor.

11. Vlpianus libro 28. ad Edictum.

Solutum non videtur, si lis contestata cum debitore sit de ipso debito: vel si fideiussor conuentus fuerit. Nouata autem debiti obligatio, pignus perimitur nisi conuenit, vt pignus repetatur.

Ad l. Solutum 11.

RAT. DVV. Nouata debiti obligatione pignus perimitur leg. nouatione facta 18. infr. de nouat. nisi conuenit expressim vt repetatur, vt Vlpianus hic subiicit. Nam cum pignoris obligatio accessoria sit, certum est, non posse illam subsistere sine principali, ex regula leg. cum principalis 178. de regul. iur. Porro principalem obligationem cui pignus accesserat, per nouationem extingui nemo dubitat. Quid enim aliud est nouatio quam prioris obligationis peremptio, & in sequentem transfusio? leg. 1. infr. de nouat. Atqui per litem contestationem fit nouatio, adeoque delegatio leg. delegare 11. §. 1. eod. Ergo si lis contestata sit cum debitore de ipso debito, dicendum est, nouatione peremptam esse obligationem, & consequenter natam esse pignoratitiam actionem, non minus quam solutione: Cum nouatio solutionis potestatem & effectum obtineat, perinde ac satisfactio, quae similiter pignoratitiam inducit leg. prox. sup. §. praeerea infr. quib. mod. tollit. oblig. DEC. Alia ratio est nouationis voluntariae, alia necessariae, cuiusmodi illa est, quae fit per contestationem l. aliam 29. infr. de nouat. noua-

tio voluntaria extinguit obligationem omnem, & principalem & accessoriam, vt fideiussorum, & pignorum, sicutque cursum vsurarum d. l. nouatione leg. emptor 27. eod. tit. l. vnic. C. etiam ob chirogr. pecun. pign. retin. poss. Debet enim sibi imputare qui vltro nouauit obligationem, cum non cogeretur, at nouatio necessaria non similiter, quia ex eo quod iuris aut facti necessitate fit, nulla coniectura voluntatis aut remissionis sumi potest l. seruum quoque 33. §. vlt. sup. de procurat. neque verò contestando facit quis conditionem suam deteriorem leg. non solet 86. & seq. de regul. iur. Inde est, quod dicimus lite contestata vsuras currere l. lite contestata 35. infr. de vsur. id est non desinere debent, si antea debebantur, neque earum cursum sisti, vt explicauimus in error. 2. decad. 1. de error. pragmat. Eadem ratio facit vt etiam si creditor iudicatum id est condemnatum fecerit debitorem, nihilominus hypotheca maneat obligata leg. vnic. C. etiam ob chirogr. pecun. pign. retin. poss. l. grege 13. §. etiam infr. de pignori. quamuis aequè fiat nouatio per condemnationem l. si fundus 16. §. si pluris eod. l. vlt. C. de vsur. res iudic. quia nouatio illa aequè necessaria, non voluntaria est.

¶ Si quasi daturus tibi pecuniam, pignus accepero, nec dederò: pigneraticia actione tenebor, & nulla solutione facta. Idemque & si acceptò lata sit pecunia, vel condicio defecerit, ob quam pignus contractum est, vel si pactum, cui standum est, de pecunia non petenda factum est.

Ad §. 1. Si quasi daturus.

RAT. DVV. Actioni pignoratitiae locus fit, cum obligatio pignoris sublata & finita est leg. si rem 9. §. omnis pecunia sup. Atqui non potest finire pignoris Tom. III.

obligatio, quae nec initium accepit leg. Titio vsusfructus 96. de condic. & demonstr. Porro cum quis quasi daturus pecuniam, pignus accepit, nec postea pecuniam dedit, nulla dici potest contracta pignoris obligatio, quippe quae sine principali

subistere nequit, cum sit accessoria. Principalis autem nulla est, cum nulla fuit secuta numeratio, ex quamirum principalis obligatio nasci potuit, & debuit, nulla interveniente stipulatione *l. cum enim 7. infr. de nouat.* Ergo non potest videri hoc casu finita pignoris obligatio, quae nec initium vllum habuit, & consequenter non potest locum habere pignoratitia. **DE C.** Pignoratitiam actionem inducit sola conuentio, & datio pignoris, quoties illud praeterea concurret, vt retinendi pignoris causa nulla subfit, vt diximus ad *leg. si rem 9. in princip. & ad §. is quoque supr.* Atqui ponimus & conuenisse de pignore, & traditam fuisse rem pignori, quasi pro futuro debito, quod tamen postea secuta non sit. Ergo si pecunia nulla data sit, nec proinde contracta aliqua obligatio principalis, perinde nascitur pignoratitia, atque si pecunia ei numerata fuisset, qui pignus dedit, postea ab eo soluta. Quid enim refert, an pignus obligatum nunquam fuerit, an hodie non sit: id est an personalis obligatio finita sit, an verò imperfecta, nec initium vnquam habuerit: *leg. nihil refert 4. supr. de condit. sine caus.* Nec nouum est, vt nulla facta solutione pignoratitia nascatur, tum quoque cum pecunia numerata fuit, nec reddita, vt in specie *l. eleganter 24. §. vlt. infr.* Sic vbi finitum est pignus, inquit Accursius, datur pignoratitia *l. pen. §. 1. de except. rei iudic.* Sic interdum vbi finitum est mandatum, datur mandati actio *l. inter causas 26. in princip. l. si praecedente 58. in princip. infr. mandat.* Sic denique etiam post finitam emptionem durat aliquando ex empto actio *leg. ex empto 11. §. is qui vna de action. empt.*

a Idemque & si accepto lata sit pecunia. RAT. DV B. Nihil tam naturale est, quam vnquamquodque dissolui eo modo, quo colligatum est *vulg. leg. nihil tam naturale 35. de regul. iur. l. prout 80. infr. de solut.* Atqui pignoris obligatio aut re contrahitur, aut nuda conuentione *l. 1. supr.* Acceptilatio autem non fit nisi verbis, cum fiat per stipulationem *l. 1. & pass. infr. de acceptilat.* Ergo per acceptilationem pignoris obligatio dissolui non potest. Per acceptilationem, inquam, pecuniae debita. Nam cum per stipulationem tantum fiat acceptilatio, vt diximus, certum est in stipulationem non venire, nisi quantum, & quatenus verbis stipulationis comprehensum est *l. quicquid adstringenda 99. de verb. oblig.* Aliud autem est pecunia debita, aliud verò pignus pro pecunia datum. Proinde cum ponamus pecuniam duntaxat accepto latam esse, nihil causae est, cur pignoris obligatio quae longè diuersa est, finita esse videatur. Quod tamen ad pignoratitiam inducendam necesse est. **DE C.** Acceptilatio vim solutionis habet, quoniam imaginaria solutio est *§. 1. Instit. quib. mod. tollit. oblig.* Atqui solutio pecuniae debita parit pignoratitiam actionem *l. si rem 9. §. omnis pecunia supr.* Ergo & acceptilatio pecuniae debita eundem effectum habere debet: praesertim cum per acceptilationem fiat semper nouatio, priore scilicet stipulatione interposita animo nouandi, vt obligatio prima, quae aliter fortasse quam verbis contracta fuerat, verbis dissolui possit *l. & vno 18. & l. seq. §. 1. infr. de acceptilat.* Atqui iam diximus nouatione facta legitime & hypothecae liberari & pignora ex *l. nouatione 18. de nouat.* Consequens igitur omnino est, vt

2 ¶ Si in sortem duntaxat, vel in vsuras obstrictum est pignus: eo soluto, propter quod obligatum est, locum habet pigneraticia. Siue autem vsurae in stipularum

accepto lata pecunia quae debebatur, pignus finitur, ac proinde vt nascatur pignoratitia.

b Vel condicio defecit ob quam pignus contractum est. RAT. DV B. Pecunia sub condicione promissa, si postea condicio deficiat, perinde habenda est, ac si promissio nulla praecessisset *l. pecuniam 36. supr. de reb. credit.* Atqui si nulla pecuniae facta fuisset promissio, neque pignus dari potuisset, neque nasci proinde pignoratitia vnquam posset. Ergo neque cum datum pignus est, pro pecunia promissa sub condicione, quae postea defecerit. **DE C.** Etiam pro futura obligatione pignus dari potest *l. 5. infr. de pignor. sicut & fideiussor 16. §. 1. infr. de fideiuss.* Atqui ex condicionali promissione ac stipulatione sperari potest futura obligatio in casum scilicet euenientis conditionis *l. credere diem 213. de verb. signific.* Adeò vt etiam pendente condicione, condicionalis creditor dicatur creditor, transmittatque spem stipulationis & euenturae conditionis in heredem, ad differentiam eius cui ex testamento aliquid sub condicione debetur *leg. is cui 42. de oblig. & action. §. ex condicionali Instit. de verb. oblig.* Ergo etiam pro debito condicionali pignus dari potest, ac proinde ab eo tempore incipit nasci ius competiturae quandoque pignoratitia, quoties in eum statum res deducetur, vt omnis spes futurae obligationis extingatur: nihil enim est, quod soluere debeat is, qui pignus dedit, cum nihil debet: deficiente autem condicione, neque debet, neque debere quicquam potestis, qui pignus antea dederat, quasi aliquo casu sub condicione debiturus. Perinde igitur nasci debet ex conditionis defectu pignoratitia, atque si pecunia fuisset aliquando pure debita, ac deinde soluta. Vt defectus conditionis pro solutione sit, quandoque faciendae vnquam solutionis, & necessitatem & metum extinguit.

c Vel si pactum cui standum est. RAT. DV B. Pactum nudum de non petendo non tollit actionem, neque obligationem ipso iure, sed tantum per exceptionem *l. si tibi 17. §. de pignore l. finius 27. §. pactus ne peteret supr. de pact.* Atqui non potest nasci pignoratitia actio, nisi sublata & extincta personali obligatione cui pignus accesserat *leg. si rem 9. §. omnis pecunia supr. hoc titul.* & apparet ex supradictis exemplis. Ergo etiam si pactum de non petenda pecunia factum sit, cui statim oporteat, non tamen statim consequens videtur, vt pignoratitia actio locum habeat. **DE C.** Nihil interest quod ad rei effectum pertinet, an actio aliqua sublata sit ipso iure, an tolli possit ope exceptionis *l. nihil interest 112. de regul. iur.* adeò vt neque creditor dici debeat is qui actionem aliquam habet, si ea possit exceptione perpetua summoueri *l. creditores 10. l. creditor 55. iunct. l. debitor 106. de verb. signific.* Ergo & qui perpetuam exceptionem habet, qualis illa est, quae competit ex pacto de non petendo, quoties in rem est, & sine temporis vlla praefinitione, non in personam aut temporale *l. soluitur 5. infr. qui potior. in pignor. hab.* perinde pignoratitiam habere debet, ac si iure ipso liberatus esset. Effectum enim rei Praetor inspicit, tanquam aequitatis custos & magister, non meram iuris subtilitatem, maximè verò in actione pignoratitia, qua tota praetoria, & ex aequitate est *l. debitor 59. infr. ad SC. Trebell.*

pularum deductae sunt, siue non: si tamen pignus & in eas obligatum fuit: quantum quid ex his debetur, pigneraticia cessabit. Alia causa est earum, quas quis supra licitum modum^b promissit. nam haec penitus illicitae sunt.

Ad §. 2. Si in sortem.

RAT. DV B. Etiam ob chirographariam pecuniam pignus pro alio debito datum retineri potest, & quidem per doli mali exceptionem, vt scriptum est in *l. vnic. C. etiam ob chirogr. pecun. pign. retin. poss.* quia dolo malo facit debitor, nec audiendus est, qui solam pecuniam illam offert cuius nomine pignus dederat, nisi pro illa etiam satisfaciatur, quam simpliciter id est sine pignore mutuam accepit, vt in eadem lege scriptum est. Ergo etiam si in sortem duntaxat non etiam in vsuras pignus datum sit, dicendum tamen est, etiam pro vsuris chirographariis retineri illud posse. Et consequenter etiam soluta forte propter quam datum fuerat pignus, pignoratitiam tamen locum non habere, propter quam causam, & ne hic locus cum supradicta Gordiani constitutione pugnet, existimauit aliquando vir doctissimus Iacobus Cuiacius, hunc §. corruptum esse in illis verbis *vel in vsuras.* Et pro *vel* legendum esse *nec:* sic enim docuit *libr. 5. obseruat. cap. 28. & libr. 15. cap. 22.* quamuis ab ea sententia & emendatione tandem recesserit *libr. 19. obser. cap. 27. DE C.* Pignus quamuis sine traditione contrahi possit, non tamen sine consensu & voluntate debitoris *l. 1. supr.* Ergo nec in aliam causam teneri potest, quam pro qua conuenit vt pignori res esset. Et consequenter si in sortem duntaxat pignus datum proponatur, nulla ratio est, vt soluta forte pro vsuris licet eiusdem sortis, retineri adhuc possit, siue praecedentis siue subsequenter temporis vsurae sint, quae debentur: Ac similiter si pro vsuris duntaxat sortis, quamuis adhuc debita pignus datum fuerit, solutus vsuris retineri pignus pro sorte non poterit, quod ad exclusionem sortis pro vsuris duntaxat datum fuit, ac proinde soluto eo pro quo pignus obligatum fuit, necesse est nasci pignoratitiam actionem, vt scriptum est in hoc §. *iunct. l. per retentionem 4. l. si vsuras 21. & seq. C. de vsur.* Nec ad hunc casum pertinere constitutionem Gordiani credendum est in *l. vnic.* quae vult etiam ob chirographariam pecuniam pignus retineri posse, sed ad illud duntaxat quo pignus datum sit simpliciter, non in certam aliquam causam nominatim, siue sortis siue vsurarum, cum dictione taxatiua. Tunc enim verisimum est, quod ex hoc §. plerique notant pignoris constitutionem, pro certo duntaxat debito factam, suos fines nunquam excedere. Sed si pignus simpliciter, ac sine taxatione vlla datum sit, tum verò maior dubitatio est, an in vsuras quoque cedat. Probabilius tamen arbitror si iam tum vsurarium fuit debitum, cum pignus daretur, etiam in vsuras pignus cedere, tam quae iam erant debita, quam quae debere postea coeperunt, nec minus si vel officio iudicis mercenario vel naturaliter tantum quam si etiam ciuilitur debebantur, licet nostri putent requiri hoc casu specialem pro vsuris obligationem. Sicque intelligo, quod scriptum est in *l. si necessarius 8. §. vltim. supr. hoc titul. & in l. creditor 12. §. alias l. si prior §. sciendum & l. Lucius 18. infr. qui potior. in pignor. hab.* Credibile namque est, in omnem causam datum pignus fuisse, quod simpliciter datum est *l. 2. C. debitor vendit. pignor. impedit. non poss.* in eoque diuersam esse causam pigno-

ris, & fideiussoris. Fideiussor enim acceptus simpliciter non in omnem causam acceptus intelligitur, nisi nominatim ita conuenit *l. quero 54. infr. Locat. l. fideiussores magistratum 68. §. 1. infr. de fideiuss. iunct. l. vlt. eod.* Nempe quia fideiussoris obligatio augetur, si in omnem causam id est etiam vsurarum acceptus esse dicatur, cum tamen non nisi sortis mentio facta sit in fideiussione. Absurdum enim esset fideiussorem qui ex stipulatione tantum obligari potest, in plus obligari quam verbis ipsis stipulationis obligari se velle significauerit *l. 5. §. satis acceptio & l. quicquid 99. de verb. oblig. l. blanditus 12. C. de fideiuss. & d. l. fideiussores §. 1. & d. l. vlt. de fideiuss.* cum fideiussio sit stricti iuris. At nihil additur obligationi eius qui pignus dat, etiam si dicamus videri eum in causam quoque vsurarum dedisse, quoniam qui pro maiori quantitate pecuniae pignus dat, non ideo magis aut in plus se obligat, sed efficaciorum duntaxat exigendae pecuniae facultatem praebet creditori, & contractus hic bonae fidei est, qui proinde amplio rem ex bona fide recipit interpretationem. At si cum pro debito nondum vsurario pignus datum esset, conuenit postea & ex interuallo de vsuris praestandis, nec adiectum sit quicquam de pignore, nulla ratio est, vt pro iis quoque vsuris pignus datum intelligatur, quae scilicet tempore dati pignoris in eo erant, vt neque deberentur, neque debere sperarentur *d. l. 4. C. de vsur.* Hoc enim adiciendum est, ne quis forte putet nos existimare, pignus etiam pro vsurario debito datum, ad vsuras tamen, quae post dationem pignoris accesserunt, porrigi non debere: quod certe falsum est, quia sufficit causam & originem obligationis earum praecessisse *dict. §. sciendum & d. l. Lucius.* Nec distinguendum est, an pacto nudo promissa sint vsurae, an per stipulationem, id est an naturaliter tantum fuerint debita, an etiam ciuilitur. Huic enim distinctioni tum demum locus est, cum de petendis vsuris agitur, non cum de retinendis *d. l. 4. C. de vsur.* Tantumdem enim prodest naturalis obligatio ad retentionem, quantum ciuilis *leg. 3. §. vlt. supr. quod quisq. iur. naturales 10. de oblig. & action. l. fideiussor 16. §. naturales infr. de fideiuss.* Neque sententiae nostrae obstat supradicta Gordiani constitutio, quae pignus retineri posse ait etiam ob chirographariam pecuniam. Intelligi enim debet de forte chirographaria, non de sortis pignoratitia, nec tamen ab initio, vsurarie vsuris chirographariis posteriore conuentione promissis, denique de duabus fortibus vna pignoratitia, alia chirographaria, non de forte pignoratitia, & vsuris chirographariis, vt Cuiacius loquitur *dict. cap. 27. libr. 19. obseruat.* quod & verba ipsa constitutionis demonstrant. Quamquam non probor, quod idem Cuiacius addit, nouam esse constitutionem illam, ideoque non facile vltra fines suos extendendam. Illa siquidem verba *iure vnim contentis* ostendunt satis nihil noui iuris ea constitutione induci, sed verus tantum conferuari. Esti autem verum est quod diximus, pignus pro sorte datum simpliciter, ac sine taxatione etiam pro vsuris datum intelligi, non tamen statim sit consequens, vt etiam pro vsuris pignus vendi possit, nisi vendatur ex pacto vt in *d. l. si necessarius §. vlt.* Aliud enim est retineri

posse pignus, aliud vendi, vt ad d. §. vlt. *documtus*. Alioqui dicendum esset, etiam pro vforis naturaliter tantum debitis pignus vendi posse, perinde atque retineri d. l. 4. C. de vfor. quod tamen verum non esse ex eo apparet, quod vfora naturaliter tantum debita peti nullomodo possunt, nec proinde exigi quomodo possunt illa quae ciuilitate & ex stipulatione debentur d. l. 4. & l. 3. *cod.* Exigerentur autem si pro iis quoque vendi pignus posset, sicut exigi pecunias dicimus, quae in iudicati executione ex pignorum venditione percipiuntur l. à Diuo Pio 15. §. si pignora & seqq. *infr. de re iudic.* At cum ex pacto pignus venditur, id certe actum intelligi debet, vt non minus pro vforis quoquomodo debitis vendi possit, quam pro caeteris omnibus quae in pignus impenfa sunt d. l. si necessarias §. vlt. Ne alioqui creditor pacificando, vt pignus vendere sibi liceat, retentionis ius hoc ipso sibi ademisse videatur, si non magis ex precio venditi pignoris vforas naturaliter tantum sibi debitas retinere possit, quam ex ipso pignore quod vendidit, & ex venditionis causa tradidit. Planè quod ad vforas etiam ciuilitate debitas pertinet, dubitari minus potest, quin pro iis & retineri pignus, & vendi possit, etiam si pactio nulla de pignore vendendo intercesserit, quia cum possint peti, etiam per actionem ex stipulatione, multo magis per venditionem pignoris exigi possunt. Estque haec differentia inter vforas ex stipulatione debitas, & eas quae ex pacto nudo, vt quae se quuntur in hoc §. aperte demonstrant. Id enim duntaxat monet Vlpianus in hoc §. nullam esse differentiam, vtrum vfora ex stipulatione, an ex pacto nudo debeantur, quantum ad hoc, vt vtroque casu si in eas tantum & cum hac taxatione pignus datum sit solutis vforis, possit pignus repeti per actionem pignoratitiam, quamuis nondum soluta forte: Vt intelligamus extra hunc casum & in aliis quibusdam aifferentiam esse, vt melioris conditionis sint, quae ciuilitate quam quae naturaliter duntaxat debentur, non vt pro naturaliter tantum debitis requiratur specialior obligatio pignoris, vt nostri existimant: sed vt pro iis vendi pignus non possit, pro vforis autem ciuilitate debitis possit: nec Accursius, nec Bartolus, nec Cuiacius, neque Cuiacii reprehensesores hinc extricare se poterunt.

a Si tamen pignus & in eas obligatum fuerit. Intelligi siue expresse siue tacite, sufficit enim pignus sum-

3 ¶ Si creditori plures heredes existierint, & vni ex his pars eius soluat: non debent caeteri heredes creditoris iniuria adfici: sed possunt totum fundum vendere, oblato debitori eo, quod coheredi eorum soluit. quae sententia non est sine ratione.

Ad §. 3. Si creditori.

RAT. DVV. & DECID. ad hunc §. eadem est quae ad §. si vnus ex heredibus l. si necessarias 8. *supr.* Nam obligatio personalis siue actiua siue passiuua diuiditur ipso iure per legem duodecim tabularum inter plures heredes debitoris vel creditoris l. 1. C. si cert. per. leg. vlt. C. de heredit. action. Sublata verò personali obligatione pro parte hereditaria illius ex coheredibus, qui soluit, aut cui solutum est, pignoris quoque obligatio tanquam accessoria pro eadem parte ex extincta videbatur. Sed contra est, quia pignoris obligatio, non sicuti personalis diuidua est, sed indiuidua l. rem hereditariam 65. *infr. de iur. iudic.* ideoque nec

pliciter datum esse pro debito iam vforatio, vt non tantum pro sorte, sed etiam pro vforis, siue naturaliter duntaxat, siue ciuilitate quoque debitis datum esse intelligatur, solusque casus ille excipiendus est, vt diximus, quo in sortem tantum vel in vforas tantum pignus obligatum sit: Caeterum siue in sortem & vforas, siue in vforas duntaxat pignus obligatum fuerit, quandiu aliquid ex vforis debetur, pignoratitia cessat, quia verum est, nondum esse solutam omnem pecuniam pro qua pignus datum fuit l. si rem 9. §. omnis pecunia *supr.* Ponendum igitur est vforas istas aliquomodo debitas fuisse, id est aut ex pacto nudo, aut ex stipulatione, aut saltem ex mora, vt in bonae fidei iudiciis, quomodo & Accursius noster hinc bene notat l. mora 32. §. in bonae fidei *infr. de vfor.* Itemque in causis minorum, & in legatis ac fideicommissis l. in minorum 3. C. in quib. caus. non est necess. in integr. restit. l. Titia Seio 87. §. vforas de legat. 2.

b Alia causa est earum quas quis supra licitum modum. RAT. DVV. Vfora promissa quamuis supra legitimum modum & licitum tamen promissa sunt, siue per stipulationem, siue per nudum pactum promissa proponantur. Ergo cum non eo minus naturaliter tantum sint debita, (naturalis enim obligatio ex pacto etiam nudo nascitur leg. Stichum aut Pamphilum 95. §. naturalis *infr. de solut.*) etiam propter eas pignus retineri poterit. DEC. Non omnia pacta tuctur Praetor, vt ex iis de exceptionem, & retentionem, sed ea tantum quae nec contra leges sunt, nec contra bonos mores l. iuris gentium 7. §. aut Praetor *supr. de pact. l. pacta que contra 6. C. de pact.* & quae ideo iusta dicuntur à Papiniano in d. §. naturalis. Sicuti neque omnes stipulationes aut ius ciuile aut Praetor ratas habet, sed similiter eas tantum quae nec legibus nec bonis moribus aduersantur leg. stipulatio hoc modo concepta 61. de verb. oblig. l. 1. leg. ex eo 4. & pass. C. de inutil. stipulat. Atqui contra leges sunt pacta & stipulationes vforarum illicitarum. Ergo propter eas retentio nullo casu dari potest, quia penitus illicitae sunt: & quod vforarum nomine supra legitimum modum etiam per stipulationem promissum est, pro non adiecto, & non promissio haberi debet l. pecunia 9. l. placuit 28. *infr. de vfor.* Tantumque abest, vt vel peti, vel retineri possint, vt etiam si soluta fuerint, condicantur tamen tanquam indebitae leg. si non sortem 26. §. 1. *supr. de condic. indeb.* vbi diximus.

per legem duodecim tabularum diuiditur leg. 1. & 2. C. si vnus ex plurib. hered. debitor. vel creditor. nec magis ex parte creditoris, quam ex parte debitoris, vt hic locus omnium apertissime probat, est enim de pluribus heredibus creditoris quorum vni debitor partem ipsius hereditariam soluerit. Textus verò d. §. si vnus, de pluribus heredibus debitoris, quorum vnus partem suam debiti soluerat creditoris. Ergo quemadmodum, si vnus ex heredibus debitoris portionem suam soluerit, attamen tota res pignori data vendi adhuc potest, perinde acti debitor ipse partem debiti soluit d. §. si vnus. Ita & dicendum est, si creditori plures heredes existierint, & vni ex eis pars eius soluat, posse nihilominus caeteros coheredes totum

totum fundum vendere, ne alioqui afficiantur iniuria si totum pignus distrahere prohibeantur, ob solutionem coheredi factam, sed hoc tamen adhibito temperamento, vt debitori ante offerre debeant, id quod ipse coheredi soluerit, ne alioqui debitor in damno maneat, si posteaquam partem debiti soluerit vni ex heredibus creditoris, adhuc tamen totum debitum aliis offerre cogatur, vt impediatur totius pignoris distractionem: nec enim expectandum esset,

4 ¶ Solutam autem pecuniam accipiendum, non solum si ipsi, cui obligata res est, sed & si alij sit soluta voluntate eius: vel ei, cui heres existit, vel procuratori eius, vel seruo pecuniis exigendis praeposito. Vnde si domum conduxeris, & eius partem mihi locaueris, ego que locatori tuo pensionem solvero: pignoratitia aduersus te potero experiri, nam Iulianus scribit, solui ei posse. & si partem tibi, partem ei solvero: tantundem erit dicendum. planè in eam duntaxat summam inuecta in ea & illata tenebuntur, in quam coenaculum conduxit: non enim credibile est, hoc conuenisse, vt ad vniuersam pensionem insula friuola mea teneantur. videtur autem tacite & cum domino adium hoc conuenisse: vt non pactio coenacularij proficiat domino, sed sua propria.

Ad §. 4. Solutam.

RAT. DVV. Omnis actio pignoratitia tacitam habet condicionem, si pecunia soluta sit creditori l. si rem 9. §. omnis pecunia *supr.* Atqui condiciones omnes implenda sunt in forma siue ciuili, quantum fieri potest leg. qui heredi 44. l. Manius 55. l. cui fundus *infr. de condic. & demonst.* Ergo vt habeat debitor pignoratitiam, necesse est solutam esse pecuniam ipsi creditori, nec sufficit, quod ex eius voluntate alij soluta sit, vel ei cui heres ipse existit, vel procuratori eius vel seruo exigendis pecuniis praeposito. DEC. Nihil refert quid ex aequo poitentibus fiat leg. vlt. §. 1. *infr. mandat.* tum quoque cum de implenda condicione tractatur leg. mulier 22. *infr. ad SC. Trebell. l. si status libera 6. §. si filius familiae *infr. de statutib.** Atqui solutio facta alij quam ipsi creditori dummodo ex creditoris voluntate, aequipollet solutioni factae ipsi creditori leg. restituta 37. leg. quia perinde 42. ad SC. Trebell. Item illa quae facta est vero procuratori leg. vero procuratori 12. l. hoc iure 86. *infr. de solut.* Item quae facta est ei, cui creditor heres existit, licet acceptae solutionis tempore nullum ille à creditore mandatum haberet. Heres enim factum defuncti praestare debet l. ex qua persona 149. de regul. iur. l. cum à matre 14. C. de rei vindic. tot. tit. C. de heredit. action. & adeundo hereditatem illius, qui non suo sed ipsius creditoris nomine solutionem accepit, (hoc enim omnimodo requiritur leg. si pupilli 6. §. sed si ego *supr. de negot. gest.*) hoc ipso rata videtur habere solutionem: Nisi adierit cum beneficio legis & inuentarij, inquit Bartolus, & hereditas non sit solvendo leg. vlt. §. & si praefatam C. de iur. delib. Item quae facta est seruo exigendis pecuniis praeposito l. si quis seruo 18. de solut. aut quod magis est, negotiis omnibus creditoris leg. qui hominem 34. §. si Titius *eod. tit.* Ergo his quoque omnibus casibus perinde nascitur pignoratitia, acti creditor ipsi pecuniam debitor soluit. Quod enim per alium quis facit, per se ipsum facere intelligitur, quoties tale quid est, quod mandari, & per alium expediri possit l. si quis id quod 7. §. vlt. *supr. de iur. iudic. l. ita autem 5. §. quod si quis tutelam *infr. de admin. tutor.** Idque ad publicam etiam

vt coheredi, cui partem debiti primum soluit, solutum condiceret tanquam indebitum. Nam indebitum quicquam accepisse videri non potest, qui partem tantum suam debiti hereditarij vere sibi debitum accepit: Ita res omni ex parte ad suam aequitatem bellissime reducitur: & partis debiti solutio quae pignus liberare pro parte nullomodo potuit, neque debitori qui soluit, neque coheredibus eius cui solutum fuit, damnosa est.

utilitatem, proutamque debitoris & creditoris pertinet, vt etiam per alium possit, quis & soluere & solutionem accipere, ita enim fit, vt commodius & expeditius fiat solutio acquirenda liberationis gratia, quae semper fauorabilis est leg. Arianus 41. *infr. de oblig. & action.* Idem est si creditori creditore solutum sit, vt in exemplo quod statim subiicitur

a Vnde si domum conduxeris. Proponitur in hoc versic. alius nouus casus, in quo potest debitori competere pignoratitia, etiam si neque creditori soluerit, neque alij ex ipsius voluntate expressa, puta si soluerit creditori creditoris sui: Finge te domum Sempronianam conduxisse à Titio conuenta pensione aureorum decem, me verò eiusdem domus partem à te subconduxisse pro quinque aureis: postea eam pensionem quinque aureorum soluisse me Titio. Pignoratitia aduersus te potero experiri, vt ea omnia quae in partem illam domus inuecta & illata à me sunt, possim recipere, perinde acti ea quae que non Titio, sed tibi ipsi soluissem.

RAT. DVV. Non nascitur pignoratitia, nisi debitor qui pignus dedit, vel soluerit vel aliter satisfecerit ipsi creditori, aut alij ex eius voluntate, vt in exemplis de quibus initio huius §. Atqui in proposta specie quod soluitur creditori creditoris, non soluitur ipsi creditori, qui scilicet quamuis debitor sit sui creditoris, non tamen facit debitorem eum, cuius ipse solus creditor est, nisi interueniat delegatio. Ergo nec pignoratitiam habere potest conditor posterior ob solutam pensionem locatori sui locatoris, nec enim creditor creditoris est creditor inferioris debitoris. Estque hic casus longè diuersus à superioribus: hic enim quod solutum est locatori posterioris locatoris, solutum est ei, qui non solum voluntatem expressam veri creditoris non habuit, sed neque veri creditoris nomine solutionem accepit, sed suo proprio, cum esset ipse creditor posterioris locatoris. Constat autem non aliter posse liberationem contingere, quam si solutio facta sit vero creditori, aut ex eius voluntate leg. qui hominem 34. §. si Titium & seqq. *infr. de solut. leg. creditoris 8. C. de condic. indeb. l. immo 12. C. de solut.*

DE C. Nihil refert an solutio facta sit ex creditoris voluntate expressa, an ex tacita. Solet enim plerumque eadem esse ius taciti quæ expressi *vulg. l. cum quid 3. sup. de reb. credit. l. in qui 13. in fin. sup. tit. prox. l. penult. infr. de cuius.* Atqui cum posterior conductor pensionem à se debitam soluit primo locatori, credendus est eam solvere ex voluntate sui locatoris, eiusdemque posterioris locatoris, nempe quia per eam solutionem posterior locator liberatur à primo locatore, eodemque suo creditore pro rata soluta pensionis, licet posterior conductor non prioris nomine soluerit, sed suo, quia nec ad eum nomine suo solvere potuit, quin etiam locatoris sui nomine solueret *leg. soluendo 39. sup. de negot. gest. leg. solutione 21. infr. de solut. Cum igitur per eam solutionem prior conductor à suo creditore liberatus sit, atque ita factus locupletior leg. si pupilli 66. in fin. eod. tit. l. species 11. de acceptilat. facit certe dolo malo si ratam nolit habere solutionem creditori suo factam, licet mandato nullo interueniente l. si opera 6. infr. de doli mal. except. Idemque iuris est, si ei soluerim, qui creditor erat eius, cui non alia de causa tenebar quam quod ipse alij teneretur, vt addit Bartolus ex l. si liber homo 36. sup. de negot. gest. Dices, non ergo fieri liberationem hanc ipso iure, sed tantum opposita doli exceptione d. l. si opera, & consequenter non nasci posse ex huiusmodi solutione pignoratitiam. Sed non est bona cõsecutio. Sufficit enim ad inducendam pignoratitiam, vt personalis obligatio quæ ipso iure sublata non est, elidi possit per exceptionem: Vt in eo vidimus, qui per exceptionem tantum pacti de non petendo liberatus est, de quo in §. 1. huius legis, vbi diximus. Illud verò in proposito casu amplius est, quod etiam posterioris conductoris bona primo locatori pro pensione sunt obligata, vt Vlpianus huc docet, cum subiicit *Planè in eam duntaxat summam inuecta mea & illata tenebuntur, in quam cœnaculum conduxit.* Vt proinde non possit absolute dici locatoris mei locatorem, meum creditorem non esse, qui inuecta & illata mea obligata sibi habeat, quæ nec nisi soluta pensione liberare ab eo possim, adeoque quia ad solutionem cogi posset vtili actione *leg. nomen 4. C. quæ res pignori oblig. poss. l. si conuenit 18. infr. hoc tit.* Proinde cum vnica solutio mihi proficiat ad vtramque liberationem, vt in l. in numerationibus 44. de solut. omnino consequens est, vt non minus contra te quam contra locatorem tuum nasci debeat mihi pignoratitia, cum nec illata & inuecta mea alio iure tibi obligata sint, quam quia pensionem tibi debeo, pro qua æquum est, tacite obligata intelligi domino ædium omnia quæcunque in eius ædes inuecta sunt, cum eam pensionem tu quoque ipsi debeas pro qua essent, æquè obligata inuecta per te & illata omnia, si tua essent. Nec enim recusare debeo, quominus eodem iure teneat, quo tu teneris tuo locatori, licet cum eo non contraxerim, quandoquidem in tuum quodammodo locum volui me substitutum, conducendo abs te partem domus, quam tu primum ab eo totam conduxeras. Facit igitur bonorum meorum obligatio, quæ locatori tuo taciti pignoris iure tenebantur, vt ei soluendo liberauerim me ipso iure à te, bona verò mea non tantum à te, sed etiam à tuo locatore: iniquum enim est impune non solvere eum quem Prætor vt soluar, possit cogere *l. quod autem 6. §. apud Labonem infr. que in fraud. credit. Quod si inuecta & illata mea locatori tuo non essent obligata, equidem perinde liberarer à te, sed non ipso iure, at per doli exceptionem duntaxat, vt conclu-**

dunt omnes ex d. l. si opera, sed tamen non eo minus pignoratitiam haberem, quia æquè locatori tuo possem solvere, & solutionem ei factam per quam tu liberatus esses, & locupletior factus ratam habere cogereris: imò verò, quod magis est, etiam si inuito te, locatori tuo soluissem, tui liberandi gratia, liberarem te ipso iure d. l. soluendo & d. l. solutione, quamuis eo casu non perinde abs te ipso iure liberarer, adeoque nec per doli exceptionem *l. si pro te presentis 40. infr. mandat. d. l. inuito 12. C. de solut.* quia imputare mihi deberem, quod contra voluntatem & prohibitionem tuam soluissem *l. vlt. C. de negot. gest. Quæ ratio euidenter cessat, cum de doli solui etiam te inuito, vt bona mea creditori tuo tacite obligata liberarem, nec enim debet esse in tua potestate, vt vel me, vel bona mea contra voluntatem meam ob contradictionem tuam in obligatione retineas, vt subtiliter Castrensis post Bartolum disputat ex l. vtrum 27. sup. de pecun. constit. Illud tamen mirum videri potest, quo iure aut qua tandem ratione inuecta & illata mea primo locatori teneantur, cum nullomodo ei sim obligatus, sed soli tibi cum quo solo contraxi, & pignoris obligatio, quæ accessoria tantum est, subsistere sine principali non possit. Sed facilis responsio est, etiam pro alieno debito pignus dari posse non minus quam fideiussorem, & sufficere, quod locatori tuo debeas, vt pro tuo debito bona mea sint ei obligata. Vnde illa etiam quæstio apud Vlpianum nascitur, an pro ea duntaxat pensione quam debeo tibi, obligata sint creditori, & locatori tuo, inuecta & illata mea, an verò pro tota pensione quam tu ipsi debeas. Ponimus enim te à Titio domum totam conduxisse, me verò abs te eiusdem domus non nisi partem tantum. Sed responderet Vlpianus non esse credibile hoc conuenisse, vt ad vniuersam pensionem infula friuola mea id est mobilia inuecta & illata teneantur, sed tantum ad eam vsque summam in quam cœnaculum, & partem ædium conduxit, nec scilicet aliter posito iure pignoris obligatio, quæ non nisi accessoria est, vltra eam summam, quæ principaliter debita est, extendatur. Sicut enim qui soluit simpliciter, id soluere potius intelligitur, quod suo nomine debet quam quod alieno *l. 4. infr. de solut.* Ita & qui pignus dat siue expresse siue tacite, pro sua potius quam pro aliena obligatione id dare credendus est: Cum pignoris datio, quamuis solutio non sit, satisfactio tamen quædam sit *l. si rem 9. §. omnis pecunia sup.* Dubitandi tamen ratio non inelegans ex eo sumi potest, quod Vlpianus subiicit, videri hoc inter me & locatorem tuum eundemque dominum ædium conuenisse, vt friuola mea taciti pignoris iure ipsi tenerentur. Nam si hoc fit ex tacita quadam pactio, quæ inter me & primum locatorem interuenisse creditur, cur non dicimus in vniuersam pensionem, quæ ipsi debetur, obligata censeferi inuecta mea & illata? Alioqui non nisi ex parte cautum ei erit, si pro parte tantum illa pensionis, quæ à me tibi debetur, non pro tota illa quam debes obligata esse dicatur. Sed ratio decidendi ex eo sumenda est, quod contractus pignoris qui bonæ fidei est, hanc non patitur interpretationem, vt ego partem duntaxat ædium possideam, nec proinde nisi partem pensionis debeam, & tamen pro tota pensione bona mea mobilia in cœnaculum inducta & illata priori locatori sunt obligata. Quamquam enim id fieri expressa conuentione posset, eo scilicet iure, quo etiam pro alieno debito bona sua quis obligare potest, in dubio tamen non est verisimile id ta-*

id tacite actum esse inter me, & primum locatorem, quod nec expressum facile fuerim conuenturus, vt etiam pro tuo debito bona mea primo locatori tenerentur, quæ satis est pro meo esse obligata. At hic rursum illa replicatio occurrit, quod sicuti personalis obligatio & actio acquiri primo locatori ex conuentione inter me & te facta non potuit: ita neque ius pignoris in bonis meis inuectis & illatis, alioqui per liberam personam acquireretur; quæ non esset in potestate primi locatoris, contra iuris regulam de qua in §. prox. infr. Sed hanc quoque obiectionem tacite responderet Vlpianus iis verbis, *videretur autem tacite & cum domino ædium hoc conuenisse, vt non pactio cœnacularij proficiat domino, sed sua propria.* Quibus verbis ostendit, quamuis inter me ac primum locatorem contractus nullus intercesserit, videri tamen me cum eo ita conuenisse, me quidem inferendo mea in eam partem ædium, quam à conductore priore conduxi, ipsum verò primum locatorem patienti eo ac inferri. Cur enim passus essem, nisi vt ea obligata haberet? Est itaque hæc tacita quadam conuentione, quæ ex facto conductoris, & patientia locatoris inducitur, vt quemadmodum etiam si nulla inter primum locatorem, & primum conductorem conuentione de inuectis & illatis obligandis interuenisset, non eo minus tamen tacita cuiusdam pactio iure illata per primum conductorem tacito iure pignoris obligata censeretur, ita & inter me posteriorem conductorem & primum locatorem, eadem tacita pactio interuenisse credatur, si ego in partem illam ædium, quas conduxit, friuola mea intruero, quamuis nihil inter nos de pignore conuenierit. Nam neque illud requiritur, vt primus locator, idemque dominus ædium expressim conuenierit de pignore. Quid verò domini interest, an primi conductoris bona in domum locatoris primi illata sint, an posterioris conductoris? Et rursum quid refert secundi conductoris, an quæ per eum inuecta & illata sunt, priori locatori obligentur tacite, an posteriori? Dum ne pro maiore summa quam pro ea quæ primo conductori debetur, non quæ primo locatori. Ex quo intelligimus, cur bona secundi conductoris facilius quam ipsius persona obligentur primo locatori, nempe quia personalis obligatio difficilius nascitur, cum non nisi ex contractu nascatur, vel ex quasi contractu, & ex delicto, aut quasi delicto, aliiue quibusdam causarum figuris, quam actio realis, quæ ex re ipsa, & ex facto nascitur, nulla etiam præcedente obligatione §. 1. *Instit. de act. leg. non alias 24. §. sed si postuleret sup. de iudic. l. 1. C. de alien. iudic. mut. caus. fact.* itaque illatio bonorum secundi conductoris in ædes locatas primo conductori, obligationem pignoris parere potest ex tacita quadam conuentione *l. 3. & 4. infr. in quib. caus. pign. vel hypoth. tacit. contr.* sed personalis non potest. Quamquam & in mobilibus inuectis, & illatis ab inquilino, magna differentia est inter manifestum pignus, & tacitum *l. pen. eod. tit.* Itemque an primus conductor alij sublocauerit, an verò gratuitam habitationem concesserit. Hoc enim posteriore casu bona secundi inhabitatoris non sunt domino ædium tacite pro pensione obligata *l. Pomponius 5. eod. tit.* quia nec sunt primo conductori, qui non sublocauit, sed donauit *l. in adibus 9. infr. de donat.* Ius autem primi loca-

toris in bona per secundum inhabitatorem illata pendet ex iure primi conductoris, in conductore prædij rustici alius est *l. si in lege 25. §. si colonus infr. locat. l. ceteri 6. C. eod.*

b Pignoratitia aduersus te potero experiri. R. A. T. D. V. B. Pignoratitia actio re contrahitur §. vlt. *Instit. quib. mod. re contr. oblig.* Atqui inuecta & illata per me in domum Titij quam primus conductor mihi sublocauit, nunquam fuerunt à me aut primo locatori aut conductori primo tradita. Ergo pro iis etiam post solutam pensionem contra neutrum dari mihi actio pignoratitia potest. D. E. C. Illatio bonorum meorum mobilium pro facta traditione habenda est, non quasi faciat aut primum aut secundum locatorem possessorem (alioqui non haberent illi interdictionem quasi Saluanum nequidem vtile quod est adipiscendæ possessionis, sed potius recuperandæ, si ab initio possedissent, vt subtiliter Bartolus disputat ex l. 1. *infr. de Saluan. interd. l. 1. C. eod. §. interdictum Inst. de interd.*) sed quia potest traditio fieri etiam citra possessionis translationem, vt cernere est in precario, deposito, & commodato, quæ tamen traditio quantumcunque simplex sufficit ad inducendam pignoratitiam, & ad rem obligatam recipiendam, quocunque modo detenta fuerit, etiam si non possessa à creditore. Planè si pro solutione pensionis mobilia mea locator incluserit, quod tam primus, quam secundus facere potest, defendi rectè poterit ab eo tempore creditorem, qui incluserit possidere, cum exinde & alienatio quælibet mobilium inductorum, & manumissio etiam feruorum prohibita sit *d. l. penult. infr. in quib. caus. pign. vel hypoth. tacit. contrah.* Antea enim quomodo possideret eas res, quas neque vidisset vnquam, neque tetigisset: *l. 3. §. Nerua filius infr. de acquir. poss.* His consequens est, vt cum vterque locator tam primus quam secundus possit res in domum locatam illatas includere, tanquam sibi obligatas, vt constat ex hoc §. possit similiter pignoratitia actione vterque conueniri, licet hic textus de secundo tantum conductore loquatur non de primo. Vbi enim iuris ratio eadem est, idem quoque ius constituendum est, si diuersitatis causa adferri nulla possit *vulg. l. illud 32. ad leg. Aquil. l. 3. §. vnde etiam infr. de iniust. rupt. l. à Titio 108. in fine principij de verb. oblig.* Ad eod autem tacite obligata sunt, quæ inuecta & illata fuerunt per secundum inquilinum, vt non tantum pro pensione retineri possint, sed etiam pro qualibet alia pecunia, si qua ab eodem secundo conductore debeatur primo vel secundo locatori: maxime verò si deteriore habitationem secundus inquilinus culpa sua fecerit *l. 2. in quib. caus. pign. vel hypoth.* Et in eo nostri consentiunt ex l. vnica. *C. etiam ob chirogr. pecun. pign. retin. poss.* Notandum autem est quod mobilia inuecta & illata per inquilinum, Vlp. hinc friuola appellat, quasi quæ momenti sunt momenti. Est enim possunt preciosa esse mobilia, solet tamen eorum possessio parui pendii & negligi *l. si rem mobilem 47. infr. de acquir. poss. vbi additur facilius eam amitti ob hanc causam.* Vnde & friuolum quidam dictum putant in l. cum hic status 32. §. quod si diuortium *infr. de donat. int. vir. & vxor.* pro diffensione breui, ac leui iurgio inter coniuges superueniente quod à diuortio multum distat *l. quod si non diuortium 31. de iur. dot.*

§ Per liberam autem personam pignoris obligatio nobis non acquiritur: adeo, vt nec per procuratorem plerumque, nec tutorem adquiratur. & ideo ipsi

continetur, & cetera omnia, quae alioqui speciale mandatum non exigeret, quale est ius faciendae transactionis, diminuedi causa interposita, & alia huiusmodi. *mandato generali* 60. ubi diximus *cod. tit. de procurat.*

13. VIPIANVS libro 38. ad Edictum.

Sicūm venderet creditor pignus, conuenerit inter ipsum & emptorem, ut si soluerit debitor pecuniam pretij emptori, liceret ei recipere rem suam: scripsit Iulianus, & est rescriptum, ob hanc conuentionem pigneraticius actionibus teneri creditorem, ut debitori mandet ex vendito actionem aduersus emptorem. sed & ipse debitor, aut vindicare rem poterit, aut in factum actione aduersus emptorem agere.

Ad l. Si cum venderet 13.

R A T. D V B. Per liberam personam quae iuri nostro subiecta non sit, neque actio, neque exceptio acquiri nobis potest *leg. solutum 11. §. per liberam sup.* Ergo si creditor cum pignus venderet, conuenerit cum emptore, ut liceret debitori precium reddendo quando cumque pignus recipere, potest quidem ea conuentio acquirere creditori vendenti actionem ex vendito aduersus emptorem, quam deinde cogatur praestare debitori conuentus ab eo per pignoratitiam actionem, ut in ceteris casibus euenire solet, in quibus procurator acquirat sibi actionem ex re domini *leg. possessio 49. §. etsi possessio infr. de acquir. poss.* (est enim creditor in venditione pignoris quodammodo procurator debitoris *leg. si pignori 29. in fin. sup. famil. ercisc.*) sed ut acquirat actionem ipsi debitori, siue vindicationem, siue in factum, non videtur fieri posse, quin vis fiat legis & regulis iuris. Praesertim cum nulla sit necessitas eiusmodi inducendae actionis, cum debitori satis superque consuli possit per actionem pignoratitiam, per quam indemnis fiat cessa ei actione ex vendito. Alioqui paullatim eò absurdi deveniendum erit, ut vendito per creditorem pignore necdum soluto precio, danda sit debitori etiam sine cessione contra emptorem ex vendito actio ad solutionem precij consequendam: quod tamen utique absurdum foret. An non enim multo aequius & facilius est, ut ex pignoris venditione, quam creditor fecerit, agat debitor ad precium, quam ex pacto in venditione appposito ad rem ipsam recipiendam? Et verò qui fieri obsecro potest, ut vindicationem siue directam siue vtilem habeat debitor aduersus emptorem, qui licet à creditore, eodemque non domino emerit, dominium tamen ex ea emptione acquisit *§. Instit. quibus alien. licet vel non adeò ut de proprietate vinci non possit leg. qui à creditore 18. Cod. de distract. pign. leg. si conuenit 4. sup. hoc tit. leg. non est nouum 46. infr. de acquir. rer. domin.* Aut quis vnquam audiit vindicationem, siue directam siue vtilem nasci ex pacto, cum è contrario proditum sit nasci eam ex praesenti possessione *leg. non alias 24. §. sed si postulat sup. de iudic. leg. vnic. Cod. de alienat. iudic. mut. caus. fact. & dari contra eum, qui nullo modo sit obligatus §. 1. Instit. de action.* Deinde quid si emptor pignoris rem pignoratam à se emptam alij vendat, aut ex alia causa tradat postea? An fortè vindicationem adhuc dabimus contra primum emptorem, ob pactum ab eo interpositum de re pignoratam debitori, quoties precium offerret, res-

at. Planè qui liberam administrationem habet, omnia haec facere potest, ac proinde etiam pignus dare, nec indiget, ut speciale mandatum proferat, aut ut patrisfamilias consuetudinem probet *l. si conuenit 18. §. vlt. infr.*

stituenda? An potius vindicationem extendemus contra possessorem, qui tamen pactus non est? At qui si ex pacto nascitur huiusmodi vindicatio, ut vulgò nostri putant, cur aduersus eum dabitur, qui pactum nullum interposuit? Sin ex praesenti possessione, cur contra eum, qui hodie non possidet? Quod autem pertinet ad actionem in factum, quam lex hac dat similiter debitori contra emptorem pignoris, quis nescit esse illam subsidiariam, ac proinde non posse cum alia concurrere, siue vindicatio utilis illa sit siue directam actio mandati? Quis rursus ignorat actiones illas in factum nasci semper ex contractu & negotio aliquo, ac proinde in eius duntaxat fauorem qui contraxit, & negotium gessit, non alterius, nec si contrahentis interfit, alteri actionem quaeri *leg. cum res 22. Cod. de donat.* At qui nil debitor pactus est, sed solus creditor cum emptore siue in suam, siue in ipsius debitoris utilitatem. Ergo neque vindicatio, neque actio in factum competere debitori contra emptorem potest.

D E C. In traditionibus rerum quodcumque pactum sit, id valere manifestissimum est *leg. in traditionibus 44. sup. de pact.* Ne alioqui decipiatur is qui non aliter rem suam traditurus fuit *leg. vltim. Cod. de pact. int. empr. & vendit.* Et quamuis ea iuris propositio ad casum illum maxime pertineat, quo quis rei suae legem dicit *leg. ei fundo 19. sup. de seruit. leg. venditor 13. Communis. praed.* attamen ad eum quoque casum accommodari potest, quem tractamus de creditore pignus distrahente iure creditoris, quia licet rem alienam vendat, vendit tamen ex voluntate domini *§. 1. Instit. quibus alien. lic. vel non leg. non est nouum 46. infr. de acquir. rer. domin.* Et tam ad suam utilitatem, ut pecuniae sibi debita solutionem consequatur, quam ad commodum debitoris, cui ea solutio proficit, ut à creditore liberetur *leg. si ob causam 13. Cod. de cuius. leg. si pupillus 66. iunct. leg. si creditor 26. infr. de solut.* Ergo cum inter creditorem pignus vendentem & emptorem conuenit, ut si debitor pecuniam precij soluerit emptori, liceat ei rem suam recipere, dicendum est, & pactum valere & ex eo tanquam incontinenti & in ipsa rei traditione appposito nasci actionem paciscenti creditori, nec tantum praescriptis verbis, quomodo nasceretur, si talis actio in contractu stricti iuris & in traditione ex eo facta adhibita proponeretur *leg. vltim. Cod. de rer. permur. & praeser. verb. leg. si dominus 8. leg. si tibi 13. & pass. infr. de praeser. verb. leg. legem 9. Cod. de donat.* Sed etiam ex vendito *leg. 2. Cod. de pact. int. empr. & vendit.* quoniam

nam pacta incontinenti post contractum bonae fidei appoita, non solum insunt contractui, sed etiam contractum informant, & actionem ex contractu descendentes *l. iuris gentium 7. §. quimodò & seq. sup. de pact. l. in bona fidei 13. C. eod.* Ac proinde quemadmodum si debitor pecuniam creditori soluerit, haberet hodie actionem pignoratitiam aduersus creditorem ad rem suam recipendam *leg. si rem 9. §. omnis pecunia & seq. sup. & pass. hoc tit.* Ita & si conuenerit inter creditorem & emptorem pignoris, ut si precium reddat emptori debitor, perinde illi rem suam recipere liceat, dicendum est actionem pignoratitiam teneri perinde creditorem, ut quam ex pacto suo acquisit actionem ex vendito, eam praestet debitori. Cui enim non aequum videatur id saltem cum praestare, quod sine ipsius dispendio futurum sit *l. in creditore 38. infr. de cuius. Nec quod creditor suum debitum consecutus sit, facere debet, ut creditoris desideret interesse, idèoque actionem, quam prius habuit, amisisse videatur: Nam imò verò interest adhuc creditoris, vel ob hoc ipsum, quod obligatus est, ut eam actionem praestet. Absesse enim cuique videtur id, in quo alij est obligatus *l. si quis mandatu 28. sup. de negot. gest.* Proinde actionem ex pacto suo sibi quaesitam adhuc retinet, quousque à debitore suo sit omnino liberatus. Aliacertum est actionis per solutionem extingit, quam quomodo cedi ex intervallo non possit *l. Modestinus 76. infr. de solut.* Sed quae extincta non est ex postfacto quoque & ex intervallo cedi potest *l. si res obligata 57. in fin. de legat. 1.* Illud magis mirari quis possit, quomodo ex pacto creditoris appposito in fauorem debitoris detur actio creditori, qui quamquam pactus ipse est, non tamen ad suam sed ad debitoris utilitatem pactus fuit. Sed iam diximus ex pacto in rei traditione appposito dari actionem paciscenti, tum quoque cum ei pactum inutile est *ex d. l. ei fundo 19. iunct. leg. quoties 15. de seruit.* Itemque non esse pactum inutile creditori, per quod acquirat sibi actionem, quam postea praestare possit debitori, in cuius utilitatem pactum interuenit. An verò aliquid interest, an pactus sit creditor cum emptore in propriam suam utilitatem, an in utilitatem debitoris? Ita putat Bartolus ad *l. si creditor 7. in princip. infr. de distract. pignor.* ubi ait, Si creditor pactus sit, ut liceat sibi recuperare pignus, quod vendidit, nulla ex hoc pacto quaeri actionem debitori contra emptorem, sed tantum contra creditorem, pignoratitiam scilicet ut eam praestet, quam contra emptorem habet. Si verò pactus sit, ut ipsi debitori non obligatam recuperare liceat, possit debitor ex hoc pacto agere suo nomine aduersus emptorem pignoris *ex d. l. si creditor §. 1. id est recta & sine cessione, adeoque & vindicationem habere vtilem, & in factum actionem, ut Castrensis, & alij addunt ex hac lege.* Mihi tamen posterior pars huius distinctionis probari non potest, qui video ex iuris ratione fieri nullo modo posse, ut ex pacto vnus alteri quaratur actio, nec si paciscentis interfit, ut supra diximus *ex l. cum res 22. C. de donat. l. ex conuentione 11. l. cum proponas 21. C. de pact. d. l. quacunque 11. de oblig. & action. l. stipulatio ista 38. §. alteri de verb. oblig.* Extra casum *l. quoties 3. C. de donat. que sub mod. necesse simile quod scriptum est in l. pen. C. ad exhib. ex pacto illius qui res meas apud te deposuit, vel tibi commodauit pactusque est, ut mihi restitueretur, acquiri mihi vtilem depositi, vel commodati actionem: Idem si quam rationem habere potest, illam certe habet,**

Tom. III.

quod ea lex & pactio appoita est in traditione rei mea, & quae etiam post traditionem durat, mea, ut Bartolus loquitur, ac cuius directam vindicationem habere possum meo iure, ad vngendam eius restitutionem tanquam rei meae, nulla etiam pactio interueniente. Quid enim possessoris interest, an rem meam cogatur mihi restituere directa vindicatione, an vtili actione depositi vel comodati? Quamquam ex parte mea valde interest vtra actione experiar, quoniam in exercenda vindicatione directa dominium meum probare debeo, cuius probatio plerumque difficilis est *§. commodum Instit. de interd. in exercenda verò actione personali nihil nisi pactioem.* At in specie huius legis, cum creditor meus datum à me pignus vendidit tibi ea lege, ut mihi liceat precium soluere, & rem meam recipere, appositum est pactum in venditione rei meae quidem, sed quae mea esse desinit per venditionem, & quam creditor vendit eo penè iure quo si rem suam venderet, cum vendat eam ex mea voluntate *Instit. quibus alien. licet vel non in princip.* Itaque non est tanta ratio, ut ex eius pacto acquiratur mihi actio aliqua personalis, siue Praescriptis verbis, siue in factum eam velis dicere, multo minus vindicatio siue directa, siue vtilis, quae, ut diximus, non ex pacto nascitur, sed ex dominio actoris, & possessione illius qui conuenitur. Nec rursus possis cum Bartolo dicere, per creditorem posse hoc casu acquiri actionem debitori, quasi per procuratorem paciscentem ex re domini *arg. l. quod procurator 68. de procur. iunct. l. si pignori 29. sup. famil. ercisc.* Non enim acquirat creditor tanquam procurator ex re domini, cum paciscitur, ut liceat debitori precio soluto rem suam recipere, sed ex sua negotiatione, magisq; circa rem debitoris paciscitur quam ex re ipsius debitoris *arg. l. si heres pecuniam 73. iunct. l. postulante 44. ante fin. infr. ad SC. Trebell.* Et quamuis possit creditor videri procurator debitoris in vendendo pignore, non aequè tamen in paciscendo de redemptione pignoris. Est enim ea pactio quodammodo contraria venditioni pignoris, adeò ut dubitatum sit, an pignoris venditio rectè contracta sit, quae sub ea conuentione contracta est *leg. si creditor 7. in princip. infr. de distract. pignor.* Quare ut tandem dicam quod sentio, valde suspectum mihi est, quod in hac lege scriptum lego,

a Sed & debitor aut rem vindicare poterit, aut in factum actione aduersus emptorem agere. Cum & ratio iuris repugnet, & praecedentia adiectionem hanc non patiantur. Quid enim necesse est, scribi à Iuliano, & rescribi ab Imperatore, ob huiusmodi conuentionem pignoratitiam actionibus teneri creditorem, ut debitori mandet ex vendito actionem aduersus emptorem, si poterat ille agere suo iure, ac citra cessionem vel vindicationem, vel in factum? Et verò in dict. *leg. si creditor 7. in princip. infr. de distract. pignor.* ubi eadem omnino species proponitur, nisi quod ibi confertur pactio in utilitatem creditoris, hic verò in utilitatem debitoris: eadem Iuliani sententia refertur à Marciano, quae hic ab Vlpiano, (ut intelligamus nihil referre, an sibi pactus sit creditor an debitori) de cedenda per creditorem actione ex vendito aduersus emptorem, nec quicquam additur de danda debitori vindicatione, aut in factum actione: Quod tamen non magis in illa specie, quam in hac praetermittendum erat, si verè dici & adiici potuisset: Cum nec illud Marcianus praetermiserit, quod minoris erat momenti, minorisq; dubitationis, sententiam Iuliani, quauis non nisi de pignore locutus ille sit, tamen etiam in hypotheca

LLI 2

locum habere. Atqui dicit aliquis, cum pactio in personam & utilitatem debitoris concepta est, nempe si pignus ita venditum sit, ut soluta à debitor pecuniâ intra certum tempus emptio rescindatur, competit ius debitori soluendæ pecuniæ, & rescindendæ venditionis, ut scriptum est in *dict. leg. si creditor* §. 1. ubi nulla fit mentio cessionis hoc casu per creditorem faciendæ: Quasi nec possit creditor vlla actione cedere, tanquam qui nullam habeat ex pactione quam non in suam, sed in ipsius debitoris fauorem & utilitatem apposuerit, sed non ita est. Et si enim in *dict. §. 1.* scriptum est ex Marciano, soluta per debitorem intra præstitutum tempus pecuniâ posse debitorem intra illud tempus soluendo, pecuniam hypothecam recipere, id tamen intelligi debet, ut verba sonant, cum emptor precij pecuniam vltro accepit, nec secum de ea re litigari passus est. Non enim potest soluta esse pecunia ex parte debitoris, quia accepta sit ex parte emptoris. Sed si emptor pignoris solutionem precij accipere recusaret, in eamque rem debitor contra eum agere cogeretur, indigeret, utique cessione actionis ex vendito ad rescindendam venditionem. Cum & ad id necessaria sit actio ex vendito *leg. ex empto* 11. §. 1. *is qui vina* *infr. de action. empt. leg. qui ex lege* 3. & *seq. Cod. de pact. int. empt. & vendit. & inauditum* sit, alij competere actionem ex vendito, quam ei ipsi qui vendidit *dict. leg. quacunque* 11. *de oblig. & action.* Vindicationem sane hoc casu siue directam siue vtilem non posse competere, ante rescissam venditionem certum est *dict. leg. 3. & 4. Cod. de pact. int. empt. & vendit.* Quanto minus ergo

¶ Venit autem in hanc actionem & dolus, & culpa, ut in commodato. venit & custodia. vis maior non venit.

Ad §. 1. Venit autem.

RAT. DVV. Larga est differentia inter pignus & commodatum, pignus enim fit gratia vtriusque tam debitoris quam creditoris, commodatum vero gratia solius accipientis. Non est igitur bona comparatio, quæ hîc fit ab Vlpiano, ut quia in commodato venit non tantum dolus, & culpa, sed etiam custodia, idem quoque dicendum sit de pignore. Alioquin sequeretur in pignore culpam omnem venire etiam leuissimam, sicut in commodato: quod tam falsum est *l. si vt certo* 5. §. *nunc videndum & §. interdum* 1. *in rebus* 18. *in princip. supr. tit. prox. leg. contractus* 23. *de regul. iur. §. vltim. infr. quib. mod. re contr. oblig.*

DEC. Dolus in omnibus bonæ fidei iudiciis præstat etiam ex iis contractibus, qui solius dantis gratia fiunt, quia nihil tam contrarium est bonæ fidei, quam dolus *leg. si dolo* 5. *Cod. de rescindend. vindit. leg. 3. §. vltim. infr. pro socio*, ut in deposito cernere est. Culpam vero cum dicimus leuem, intelligimus non leuissimam, ut neque latam, quemadmodum diximus ad *dict. §. nunc videndum.* Proinde quod hîc scribitur in pignore non tantum dolum venire, sed etiam culpam sicut in commodato, non tollit differentiam, quæ est inter pignus & commodatum, quod ad culpam leuissimam pertinet. Custodiam vero ideo præstat creditor æque ac commodatarius, quia rem sibi à debitorē traditam accipit, & quidem restituendam suo tempore: Ergo & interim custodiendam. Quomodo enim rem

in specie huius legis, ubi pactum non in rem de rescindenda venditione interpositum est, sed in personam debitoris, ut liceat ei soluta pecuniâ rem suam recipere. An non enim aliud est recipere, aliud vindicare? Est igitur hîc versiculus *sed & ipse debitor aut vindicare rem poterit, aut in factum actione contra emptorem agere* totus à Triboniano additus, cuius certè magis, quam aut Iuliani aut Vlpiani sapit iurisprudentiam, ut ex superioribus apparet. Quæ me res mouet, ut putem nec sibi temperasse Tribonianum, quin Marciano perinde manus intulerit in *dict. leg. si creditor* 7. §. 1. & *seq. de distract. pignor.* ut iam alibi scripsimus, & latius ad eam legem, si Deus volet, scribemus. Hæc verò ad legem hanc sufficiant, nisi quod addendum est, malè pragmaticos hac lege passim abuti, ut probent, ex pacto de retrouendendo inter alios appposito dari posse actionem tam in personam quam in rem, contra tertium rei retrouendendæ possessorem, itemque ex recognitione vnus emphyteutæ petinde agi posse contra tertium quemlibet emphyteuticæ rei possessorem, etiam qui ab ipso emphyteuta causam non habeat, non tantum ut canonem annum soluat, sed etiam ut recognoscat. Quod vtrumque ex iuris ratione falsum certè est, non enim personalis obligatio etiam quæ ratione fundi nata sit, sequitur singularem successorem, quamuis fundi possessorem *leg. vltim. §. 1. infr. de contr. empt. l. 1. §. si heres* *infr. ad Senat. consultum Trebell.* Ideoq; vtrumq; quod diximus, duobus statutis Sabaudia nominatim cautum est publicæ utilitatis gratia, cum iuris ratio sufficere in eam rem non possit.

amissam, nec benè custoditam restitueret? Aut quis alius rei custodiam præstare possit, aut debeat, quam qui rem penes se habet? Adeò ut neque depositarius à custodia rei depositæ excusetur, nisi quod sufficit, ut in re custodienda talem diligentiam adhibeat, qualem in rebus suis adhibet, etiam si in rebus suis negligens esse soleat *leg. quod Nerva* 32. *infr. deposit.* quia imputare sibi debet, qui negligenti amico rem suam custodiendam tradit *leg. 1. §. si quoque apud quem de oblig. & action.* Cum tamen ea diligentia requiratur à creditore, quam paterfamilias non quilibet, sed diligens in rebus suis præstare solet, ut scriptum est in *leg. seq.* non tamen quam diligentissimus. Id enim culpam leuissimam includeret, quam commodatarius quidem præstat, sed creditor non præstat *dict. §. nunc videndum*, quia non solius creditoris gratia pignus contrahitur, ut commodatum fauore solius commodatarij, sed etiam gratia debitoris. In eoque differt commodatum à pignore, non etiam in eo quod ad vim maiorem spectat: illa enim à nemine præstat, quia neque ex bona fide est, ut præstat *dict. leg. contractus* *in fin. leg. si merces* 25. §. *vis maior* *infr. locat.* Nec magis resisti vi maiori potest, quam Deo, vnde & à Græcis *θεσβία* appellatur *d. §. vis maior.* Sed hæc quidem in pignore conuentionali obtinent, ut & dolum & culpam non modò latam, verum etiam leuem, non tamen leuissimam præstare debeat: In pignore autem prætorio, quod per missionem in possessionem constituitur *l. non est mirum* 26. §. 1. *infr. hoc tit. aliud est*, quia in eo creditor, qui in possessionem

DE PIGN. ACT. VEL CONT. LIB. XIII. TIT. VII. 677

missus est dolum duntaxat non etiam culpam præstare tenetur *l. prætor ait* 9. §. *est prætoriam quaestum* *infr. de reb. auctor. iudic. possid.* quia non ex voluntate, sed

ex iuris necessitate pignus illud contrahit creditor, ut solutionem à fugiente & latitante debito- re consequatur.

14. PAVLVVS libro 29. ad Edictum.

EA igitur, quæ diligens paterfamilias in suis rebus præstare solet, à creditore exiguntur.

Ad l. Ea igitur 14.

Pender huius legis interpretatio ex iis quæ pro-

ximè diximus ad legem præcedentem, iisdemque dubitandi & decidendi rationibus concluditur, Iunge *d. l. in rebus* 18. *in princip. supr. tit. prox.*

15. VLPIANVS libro 28. ad Edictum.

Creditor cum pignus reddit, de dolo debet debitori repromittere: & si prædium fuerit pigneratum, etiam de iure eius repromittendum est, ne fortè seruitutes, cessante vti creditore, amissæ sint:

Ad l. Creditor 15.

RAT. DVV. Creditor pignoratiuus, & cum accipit pignus & cum reddit, nihil dolo malo facit: vtrumque enim facit ex voluntate debitoris. Ergo nihil causa est, cur de dolo repromittere debeat in pignore reddendo. **DEC.** Creditor tenetur dolum præstare in re pignorata, ut proximè scripsimus, adeò que etiam culpam & latam quæ dolo equiparatur, & leuem quæ dolo caret, & à dolo longè distat. Nec enim quod ex debitoris voluntate creditor pignus possidet, scire debet ut liceat ei in re aliena siue dolum siue culpam in partem admittere. Cum dolum semper excusatum esse debeat ne quis facile inuitetur ad delinquendum *l. si vnus* 27. §. *illud nulla* *supr. de pact.* Culpam autem quæ in rebus propriis culpanda est, in alienis sit coercenda *l. si constante* 24. §. *si maritus* *infr. solut. matr.* Atqui potest fieri, ut creditor quandiu pignus penes se habet, dolo malo versetur, & per culpam multa faciat, aut negligat, quæ rem pignoratam fecerint deteriore. Ergo æquissimum est, creditorem pignus reddentem de dolo repromittere, ut hîc scriptum est, nec tantum de dolo, sed etiam de culpa, ut in marito Paulus tractat in *l. si filiofamilias* 25. §. *maritum* *cod. ill. tit. de suo enim facto ac multo magis de dolo suo quemque teneri æquum est, etiam eum quem aliter teneri nõ oporteret* *l. de tuo* 9. *infr. mandat. l. metum* 9. §. *Iulianus & §. ex hoc* *supr. quod met. caus. l. si post acceptum* 18. *supr. de rei vindic.* Et quod scriptum est in *l. debitor* 40. §. *vlt. infr.* creditorem cui soluta pecunia est, possessionem pignoris quæ corporalis apud eum fuerat restituere debere nec quicquam amplius cogi præstare, non excludit hanc repromittendi necessitatem, quæ & ipsa generali restitutionis appellatione continetur *l. videamus* 38. §. *in Fabiana* *infr. de vsur. l. 3. §. si reddita* *supr. tit. prox.* Illud tamen obseruandum est, quod Vlpianus hîc obligat creditorem non ut caueat, quomodo in specie *d. l. si post acceptum*, id est dato fideiussore. [generaliter enim satisfatur in omnibus prætorij stipulationibus *l. 3. de stipul. prætor.*] sed vt tantum repromittat, id est nuda cautione ac sine fideiussore promittat *l. si dictum* 56. *in princip. infr. de euct. l. pacta conuentio* 72. *de contr. empt.* Nam & cautionis nomine extra causam prætoriarum stipulationum: nuda repromissio significatur *l. 3. Cod. de verb. signific.* Porrò nuda repromissio non valde onerat promittentem, quomodo satisfactio onerat satisfactantem. Nec enim tam facile est

inuenire fideiussorem *l. 2. §. sed si dubitetur*, ubi diximus *supr. de iudic.* Planè si per errorem aut per imprudentiam debitoris repromissio petita non sit, non eo minus poterit iudex creditorem condemnare, ut vel repromittat vel tantundem præster, quantum si repromississet, ut de stipulatione duplex dicitur in *l. 5. vers. communes de verb. oblig.* quod & Accursius noster hîc notat.

a Et, si prædium fuerit pignoratum. **RAT. DVV.** Non fit locupletior creditor qui accepto in pignus prædio cui seruitutes debebantur, seruitutibus vnus non est, easque amittit non vtendo. Nec enim modus acquirendi est, amittere, & in amittendo nullum factum intercedit amittentis, magisque à lege fit, quam ab homine, ut seruitutes non vtendo amittantur. Ergo æquum non est, ut de iure prædij pignorati creditor cum pignus reddit, repromittat, aut vt ob amissas seruitutes quicquam debitori præster. **DEC.** Tenetur creditor in re pignorata eam diligentiam præstare, quam diligens paterfamilias in rebus suis adhibere solet, ut scriptum est in *leg. prox. præced.* Atqui diligens paterfamilias non patitur amitti, non vtendo seruitutes prædio suo debitas. Est enim species alienationis, si quis rem suam aut sibi debitam vnucapi, aut præscribi patitur *l. alienationis* 28. *de verb. signific. l. si fundum* 16. *infr. de fund. dotal.* nempe quoniam & vnucapiones & præscriptiones omnes in odium negligentium comparatæ sunt *leg. 2. leg. vltim. in fin. Cod. de annal. except.* Qui autem est negligens, cum non faciat id quod facere debet, hoc ipso facit, contra id quod facere debet, secundum iuris regulam, de qua in *leg. qui non facit* 121. *de regul. iur.* Ideòque solemus dicere non minus culpam contrahi in omittendo, quam in committendo, & quamuis regulariter multo leuius, interdum tamen etiam grauius. Quam enim multa sunt, quæ non modò sine culpa, sed etiam sine scelere prætermitti non possunt. Itaque cum dicimus teneri creditorem de non facto suo, quod eo cessante vti seruitutibus seruitutes non vtendo amiserit, hoc ipso satis dicimus teneri eum de facto suo quamuis minus propriè. Opponit enim ista Vlpianus quasi diuersa: repromittere creditore de facto suo, & repromittere de iure prædij. Nec quod creditor ex seruitutum amissione locupletior factus non sit, ad rē facit. Sufficit enim miserū debitorē ea ratione ex facto aut negligentia creditoris fieri pauperiorē, ut offēdatur iuris naturalis & ciuilibus regula, quæ nõ patitur alteri p alterū, iniqua cōdicionē in-

ferri vulg. l. nō debet alteri 71. l. factū 175. de regul. iur. Idcirco autem loquitur Vlpianus in hoc versic. nominam de prædio, quia cæteræ res mobiles, neque amittuntur ipse non vtendo, neque ius aliquod habent, quod non vtendo amittatur. Seruitutes enim rerum mobilium nullæ sunt, si vsum fructum & vsum excipias, quæ seruitutes personarum sunt, & quæ licet etiam non vtendo amittantur tot. tit. quib. mod. vsufr. vel vsus amitt. perinde ac seruitutes siue vrbano- rum, siue rusticorum prædiorum tit. quemadmod. seruit. amittant. non possunt tamen amitti non vtendo ab eo à quo possidentur, quomodo seruitutes prædiorum amittuntur, etiam ab eo, qui prædium possidet. Aliud enim est, prædium possidere, aliud verò vti seruitutibus prædio debitis. Cùm verò teneatur hoc casu creditor ob suam negligentiam, conse-

16. PAVLVVS libro 29. ad Edictum.

Tutor, lege non refragante, si dederit rem pupilli pignori: tuendum erit: scilicet si in rem pupilli pecuniam accipiat. Idem est & in curatore adulescentis, vel furiosi.

Ad l. Tutor 16.

R A T. D V B. Non valet pignus rei alienæ & à non domino datum, nisi ex domini voluntate datum sit leg. alienares 20. infr. hoc tit. l. 1. & tot. tit. C. si res alien. pignor. dat. sit. Debet enim creditor, qui pignus accepit, probare rem obligatam in debitoris dominio, aut saltem in bonis eo tempore fuisse leg. & que nondum 15. §. quod dicitur infr. de pignor. Atqui tutor non est dominus rerum pupillarum, sunt enim sicut diuersæ personæ ita & diuersa patrimonialia tutoris & pupilli, vt nemo non videt. Ergo non est tuendum à prætoribus pignus, quod à tutore datum est, quamuis pro debito pupilli. Nec enim bona consecutio est, vt quisquis alium obligare potest, etiam ipsius bona pignori dare possit l. 3. infr. quod iuss. De c. Tutor non tantum vice, & loco domini est l. is qui in pureum 11. §. an ignoscitur infr. quod vi aut clam. sed etiam dominus rerum pupillarum, cùm bene & ex fide tutelam administrat l. qui fundum 7. §. si tutor infr. pro emptor. Ideoque dicimus non malè contrahi cum tutoribus, siue pupillum simul ad contrahendum adhibeant, cui authoritatem ad contrahendum præstent, siue soli contrahant absque pupillo l. 4. in fin. de euit. Atquin ad pupilli utilitatem pertinet, vt possit mutuas pecunias accipere, aut ad creditores dimittere, aut ad alia sua negotia gerenda, quas potè sine pignoris alicuius oblatione iuueniunt non sit, sine quibus tamen de maiore damno periclitari possit. Ergo si tutor in rem pupilli mutuam pecuniam acceperit, ex eaque causa pignus dederit rei alicuius pupillaris, tuendum est pignus à Prætoribus tanquam rectè, riteque constitutum. Idque adeo verum est in tutore, vt nec in furioso, vel adulescentis curatore aliud sit, si quis eorum in rem vel furiosi, vel adulti, & utilitate eorum ita exigente pecuniam mutuam acceperit, & pignus dederit: vt Paulus hic subiungit, & quidem in curatore furiosi, ius est apertius, quia is parum distat à tutore, cùm æquè detur personæ principaliter rebus verò non nisi per consequentias l. i. in fin. l. pignus 11. infr. de curat. furios. Sed in curatore adulescentis difficilius id videtur, quia non sicut cæteri datur personæ, sed rebus. Nec solent curatores contrahere soli pro adultis, sed

quens est, quod Accursius noster ex Azone monet, non ad alium creditorem hoc pertinere, quàm ad eum, qui sciuerit prædio pignoro seruitutes deberi. Negligentia enim omnis supponit scientiam, & excludit ignorantiam §. 1. l. prox. infr. l. cum sex 55. de adilit. edit. l. si fideiusso 29. §. si cum debitor infr. an. andat. Alioqui si creditor ignorauerit seruitutes, quas deberi sciebat, debitor est magis quod debitoris quàm quod creditori imputetur leg. in vendendo 66. §. 1. de contr. empr. Est enim hoc casu deceptus creditor, qui si prædio pignoro seruitutes deberi sciuerit, iis utique vsum fuisse, atque ita non solum debitoris ius integrum conseruasset, sed etiam suum auxisset, tantoque plus commodi ex pignore pro suo iure perceperisset, sic in leg. 1. §. 1. l. si sterilis 21. §. 1. infr. de act. empr. l. qui liberatus 69. de euit.

tantum adultis contrahentibus authoritatem præstare, quod longè diuersum est. Sed tamen in hoc casu nulla est inter curatores differentia l. curator 3. C. si alien. res pignor. dat. sit. In iis enim que ad rerum administrationem pertinent, æqualis est, vt esse debet eorum potestas & authoritas, ne si aliud iuris adulescentis curatore hac parte constitutum, damnum aliquod incurrat minor quod aliqui non esset incursum: nec sanè quod minorum iure constitutum est, ne ignorantes obligati per curatores suos possint, ad eorum perniciem & iniuriam trahi debet, si fortè ita exigente eorum utilitate curator sine ipsis contraxerit, & pro mutua pecunia accepta pignus dederit arg. l. pen. C. ad SC. Trebell. l. non eo minus 14. C. de precar. l. 2. quando ex fact. tut. infr. In pignoris autem datione tanto facilius admitti hoc debet, quod minoris momenti est, nec facit adultum pauperiorem, quem tamen facere locupletio- rem potest. Sic dicimus posse curatorem minoris iudicium suscipere pro minore l. 1. §. in adultorum infr. de admitt. tutor. quia non possit non onerari maioribus sumptibus minor, si & ipse auctore curatore iudicium accipere cogetur. Quamquam satis mihi suspectum est, vt alias monui, quod in eo §. scriptum lego, magisque Tribonianum quàm Vlpiani sensum & elegantiam redolere id mihi videtur. Sed de hoc aliis. Planè quæ de tutoribus & curatoribus furiosi, vel adulescentis, diximus, ita accipienda sunt, si lege non refragante pignus dederint, vt Paulus hic ad iudic. l. 1. §. 1. vt bene Accursius interpretatur si pignus rei mobilis datum sit, non etiam si rei immobilis & soli. Oratio enim Diui Seueri quæ alienatione prædiorum pupilli, vel adulti tam distinctè prohibuit, nisi decreto iudicis interueniente, non tantum de alienatione locuta est, sed etiam de pignoris datione, vt constat ex l. 1. & rubrica ipsa Tituli de reb. eor. qui sub tutel. vel cur. sunt sine decret. non alien. vel suppon. nempe quia per dationem pignoris etiam ad alienationem, si non soluiatur pecunia, peruenitur tot. tit. de distr. act. pignor. l. 4. & pass. supr. l. vlt. C. de reb. alien. non alienand. Ergo ex quibus causis oratio permittit Prætori, decernere alienationem, permittet etiam pignoris dationem, nempe qua permissa non possit alienatio postea impediri l. si pupillum 7. §. si pupillus infr. de

infr. de reb. eor. qui sub tutel. Causa autem vix alia vlla est, quàm exsoluendi æris alieni gratia, quod fortè pupillus sub grauioribus vsum debebat: quamquam totum hoc positum est in cognitione & estimatione prætoris l. magis puto 5. §. non passim & §. item Prator eod. tit. Hodie inter res mobiles & immobiles, nulla est hac in re differentia post legem Constantini in l. lex qua tutores 22. C. de admitt. tutor. Ex eo autem quod Paulus hic scribit, tuendum esse pignus scilicet à Prætoribus, intelligimus non ergo valere ipso iure

sed tuitione prætoribus vt in leg. si conuenierit 18. infr. leg. 1. supr. quib. mod. vsufr. amitt. l. 1. §. vlt. infr. de superfic. Verum enim est, neque à domino constitutum fuisse, neque ex domini voluntate: Aliud esset, si pignus à pupillo ipso constitutum esset tutore auctore, aut à minore cum authoritate curatoris. Non etiam si à furioso ex authoritate sui curatoris. Nihil enim potest facere furiosus ne quidem curatore auctore, sed omnia debet facere curator ipse nomine furiosi l. in negotiis 5. de regul. iur.

¶ Contrariam pigneratitiam creditori actionem competere, certum est. proinde si rem alienam, vel alij pigneratam, vel in publicum obligatam dedit tenetur: quamuis & stellionatus crimen committat, Sed vtrum ita demum, si scit, an & si ignorat? & quantum ad crimen pertinet, excusat ignorantia. quantum ad contrarium iudicium, ignorantia eum non excusat, vt Marcellus libro sexto digestorum scribit. sed si sciens creditor accipiat vel alienum, vel obligatum, vel morbosum: contrarium ei non competit.

Ad §. 1. Contrariam.

R A T. D V B. Pignus datur creditori à debitore, aut ab alio debitoris nomine, vt creditori cautum sit, perinde ac si fideiussorem dedisset: in eam namque rem comparatus est vsum pignorum & fideiussorum l. si mandatu 59. §. vlt. infr. mandat. l. 4. §. additi infr. de fidei. libert. Ergo ex contractu pignoris si alienares, vel alij obligata pignori data sit, danda est tantum actio directa creditori non etiam contraria pigneratitia. Directæ siquidem actiones dantur, cuius principaliter interest, non cuius accessorie tantum & per consequentias. Interest autem pignoris creditoris, qui si alienam rem vel alij obligatam ignorans pignori acceperit, deceptus est, cum eiusmodi pignore non possit ei cautum esse. De c. Datur pignus non tantum vt cautum sit creditori, sed ea quoque mente, vt postquam creditori satisfactum fuerit, reddatur debitori. Id verò sit per pigneratitiam actionem, quæ proinde non nisi directa esse potest ex parte debitoris, cùm pignus ei reddendum sit à creditore, cuius nec quicquam interesse videtur, postquam ei soluta omnis pecunia est, aut aliter plenissime satisfactum, quo demum tempore nascitur pigneratitia. Sed tamen cùm pignus detur creditori ex fide bona, vt rei cautum sit, æquum est, si debitor rem alienam aut alij obligatam pignori dederit, accommo dari contrariam pigneratitiam creditori, nō solum si deceptus sit à debitore sciens rem alienam esse aut alij obligatam, sed etiam si dolo careat debitor, & ex iusta ignorantia id fecerit, dummodò creditor iuocet id ipsum ignorauerit. Nam si sciuit, non habet de quo conqueratur, cùm ipse se deceperit l. nam si scit 26. supr. de rei vindic. siue quod satisfactum ei sit, quomodo voluit, vt ait Accursius ex l. si rem 9. §. omnis pecunia supr. siue quod certiorari non debuit, qui iam certus fuit leg. 1. in fin. infr. de action. empr. l. si tamen 48. §. in adilitis infr. de adilit. edit. l. 1. in fin. quod fals. tutor. auctor. l. apud Celsum 4. §. ite Labeo 5. de doli mal. except. Alia ratio est hypothecaræ actionis. Nam cùm hypothecaria nihil sit, nisi pignoris persecutio, & vindicta leg. pignoris 18. C. de pignor. l. si fundus 16. §. in vindic. actione & l. seq. infr. eod. ill. tit. non potest illa directò competere alij quàm creditori, nec vllam admittit contrariam actionem, si tunc nec actio illa directa quæ ex stipulatione com-

petit aduersus fideiussorem. Quod tamen dicimus ea re pignori data, quæ iam alij obligata fuerat, teneri debitorem creditori pigneratitia actione contraria, sic intellige cum Accursio, nisi res illa duobus obligata vtrique debito exsoluendo sufficiat. Alioqui neutri sit iniuria cùm vtrique satisfieri ex pignore potest l. si quis in pignore 36. in fin. infr. hoc tit. vbi latius dicemus.

a Quamuis & stellionatus crimen committat. R A T. D V B. Contraria actio pigneratitia, quæ datur creditori contra debitorem, ob id quod alienam rem vel alij obligatam pignori dedit, datur etiam aduersus ignorantem debitorem: Stellionatus verò non committitur, nisi à sciens, vt sequitur in hoc textu, nempe quia contraria actioni causam præbet damnum creditoris, cui indemnitatem præstari à debitore æquum est, & ex bona fide, quæ in hoc quoque contractu, vt in cæteris bonæ fidei contractibus totum facit, extraordinaria verò persecutio ni stellionatus causam dat solus debitoris dolo, cùm stellionatus sit delictum, quod nunquam sit sine dolo, quod enim priuatis in actionibus est actio de dolo, id in criminibus est stellionatus persecutio l. 3. §. 1. infr. de crimin. stellion. Porro dolo esse non potest in eo qui ignorat: Quamuis constet ex Aristotele peccantem omnem esse ignorantem in actu, scilicet practice practico cùm ipse peccat. Dolum enim & scientiam adesse oportet, vbi cumque crimen est. Ergo non debuit Paulus crimen stellionatus, cum pigneratitia contraria actione coniungere, tractans de debitore, qui rem alienam vel obligatam pignori dedit. De c. In debitore qui sciens rem alienam vel iam alij obligatam pignori dedit, nulla dubitatio est; quin vtraque actio contra eum competat, & contraria pigneratitia ciuiliis, & de stellionatu criminalis. Et ad hunc casum restringendus est hic versiculus. In eo verò debitore qui ignorauit distinctio adhibenda est, vt contraria quidem pigneratitia actione nihilominus teneatur, quoniam culpa quoque sola citrà dolum hoc iudicio vindicatur l. si cum venderet 13. in fin. supr. Culpa autem semper est, quamuis non semper dolo adfirmare id quod neficias leg. & eleganter 7. §. vlt. supr. de dolo l. Iulianus 13. §. quid tamen infr. de action. empr. At stellionatus crimine non teneatur, quia contrariam pigneratitiam ignorantia non excusat, quæ tamen stellionatum excusat, se-

cundum quam distinctionem intelligi debet quod scriptum est in l. 1. in fin. supr. & in d. l. si quis in pignore 36. infr. & in l. vlt. infr. de crimin. stellion. Non enim quisquis iuravit falsò pignora sua esse, alia de causa te-

nerur de stellionatu, quam quia peieravit, ut calex ait. Nemo autem peierat, nisi sciens, ut constat ex vulgari iuristurandi formula si sciens falso l. qui iur. esse 26. §. 1. supr. de iur. iur.

2. ¶ Etiam vectigale prædium pignori dari potest. Sed & superficiarium: quia hodie viles actiones superficiariis dantur.

Ad §. vlt. Etiam vectigale.

RAT. DVB. Non valet pignus quod à non domino datum est, nisi ex domini voluntate datum proponatur, ut sæpius diximus ex l. si rem 9. supr. leg. aliena res 20. infr. tot. tit. C. si aliena res pignori dat. sit. At qui possessor fundi vectigalis nullum habet dominium, nec bonitarium, nec quiritarium, nec vile, nec directum, licet aliter nostri vulgò existiment, quos & in posterioribus Coniecturarum libris refutauimus & ad l. 1. supr. si ager vectigal petat. Ergo vectigale prædium pignori dari non potest, eademque ratione multo minus superficiarium, cum & ciuili & naturali iure superficies solo cedat l. 2. infr. de superfic. l. qui res 98. §. arcam de solut. Dec. Quisquis aut vectigalis aut superficiarij prædij possessor est, licet nullomodo sit prædij dominus, ne quidem vilis, ius tamen habet retinenda rei etiam inuito domino quandiu paratus est conuentum vectigal soluere, aut promissam superficiem mercedem l. 2. & 3. ill. tit. si ager vectig. pet. Ideoque dat ei Prætor actiones omnes viles, quas domino dat directas scilicet in rem non

solum aduersus quemlibet possessorem, sed etiam contra dominum ipsum d. l. 1. & tot. tit. si ager vectig. l. 1. §. 1. de superfic. l. superficiario 74. & seq. supr. de rei vindic. Adeoque quod magis est, seu ius à superficiario constitutas, quamuis non nisi à domino constitui possunt, tuetur Prætor, data similiter vili actione in rem de seruitute d. l. 1. §. vlt. de superfic. Quodni ergo etiam ab eo constitutum pignus valebit? l. etiam superficies 15. infr. qui potior in pignori hab. Hactenus saltem vt hypothecariam vilem creditori, qui tale accepit pignus, dari oporteat, & consequenter vilem quoque pignoratitiam debitori, si soluto debito recipere pignus velit, itemque vilem contrariam creditori, si qua de causa indemnitas ei præstanda sit. Planè si ob non solum vectigal, aut canonem annuum ius possessoris fundi superficiarij aut vectigalis, aut aliter extinguitur sit, pignus quoque ab eo datum extinguetur. Id enim est quod dici solet, resoluta aut finito iure datoris resoluta aut finitum acceptoris l. leg. vectigali 29. infr. de pignori. l. 4. aliis l. si ex duobus §. sed & Marcellus in fin. de in diem addit.

17. MARCIANVS libro singulari ad Formulam hypothecariam.

Sanè Diui Seuerus, & Antoninus rescripserunt, vt sine deminutione mercedis soli obligaretur.

Ad l. Sanè Diui 17.

RAT. DVB. Inter creditores quidam hypothecarios & pignoratitios ita obseruatur, vt qui prior est, tempore potior sit iure l. si fundum 4. & pass. C. qui potior in pignori hab. nisi cum ex aliqua causa posterior habet ius prælationis vt in l. interdum 5. infr. eod. ill. tit. l. asidua 12. C. eod. Atqui in proposito specie dominus fundi vectigalis, vel superficiarij cui merces pro fundo debetur, non est creditor pignoratitius, cum sit dominus: nec enim potest ei res sua esse obligata vulg. l. neque pignus 45. de regul. iur. Nihil igitur cause est, cur dominus præferri debeat pro mercede creditori, qui fundum vectigalem vel superficiarium pignori accepit. Dec. Possessor fundi vectigalis vel superficiarij, nullum habet ius retinendi, multo minus verò obligandi eius fundi, nisi quia & quatenus mercedem pro eo debitam soluit: Alioqui ne-

que actionem, neque retentionem vllam habere potest, cum eo casu expellere illum dominus propria autoritate possit d. l. 1. in princip. & l. 2. supr. si ager vectig. petat. Ergo fieri nequit, vt in eo fundo creditor præferatur domino, qui cum sit dominus, plus certè iuris habet in re sua, quam si esset creditor pignoratitius, quia & plus quam creditor est. Prior igitur causa est domini soli, si non soluat ei solarium: quomodo scriptum est, & legendum non vt vulgò salarium in l. etiam 15. infr. qui potior in pignori hab. sic dicimus, in actione de peculio nullum priuilegium præponi posse patri vel domino, cum ex persona filij vel serui de peculio conueniantur leg. ex factis 52. infr. de pecul. & similiter, in liberto non posse antiquiorem contractum vllum esse contractum operatum, sine quo libertas ei data non esset leg. in libertate 77. infr. de solut. l. 3. C. an seuerus ex suo fact.

18. PAVLVS libro 28. ad Edictum.

Si conuenit, vt nomen debitoris mei pignori tibi sit: tuenda est à prætore hæc conuentio: vt & te in exigenda pecunia^a, & debitorem aduersus me, (si cum eo experiar) tueatur. ergo, si id nomen pecuniarum fuerit^b: exactam pecuniam tecum pensabit. si verò corporis alicuius^c, id quod acceperis, erit tibi pignoris loco.

Ad l. Si conuenit 18.

RAT. DVB. Nomen debitoris mei non est metum, nec si ex pecunia mea contractum sit, multo minus

autem per pignoris dationem fieri meum potest, cum pignoris datio non sit modus habilis ad transferendum dominium, quia nec perpetuam causam habet,

habet, sed temporalem l. grege 13. §. etiam infr. de pignori. Dominium autem, vt sæpius diximus, ex temporali causa non transfertur l. 1. de iur. dot. Imò, quod magis est, creditor, licet sit dominus nominis, non tamen dominus est rei debite, sed ipse debitor l. 1. de liberat. legat. Atqui non alius potest dare pignori, quam qui dominus est, aut qui saltem habet domini voluntatem l. aliena res 20. infr. Nec rursus actionem alius habere potest contra debitorem, quam suum debitorem l. eum cui mutuum 13. C. de oblig. & action. l. 3. C. de hered. action. Ergo si debitor meus nomen sui debitoris mihi pignori dederit, neque pignus valere potest, neque actio vlla mihi competere aduersus debitorem meum cum quo non contraxi. Personales enim obligationes, & quæ ex obligationibus nascuntur, actiones idè dicuntur personales, quia personis coherent, & vt nostri loquuntur, inhaerent ossibus, nec ad alias personas siue actiue siue passiuè transferri ipso iure possunt l. vlt. §. 1. de contr. empt. l. 1. §. si heres infr. ad SC. Trebell. neque si nomen debitorem aut venditum, aut in solutum, aut in dotem datum sit leg. 2. l. si in solutum 6. C. de oblig. & act. l. pen. & vlt. C. quando sisc. vel priuar. D. E. C. vtilitatis publicæ gratia, & ad ampliandam commerciorum libertatem multa ex æquitate inducta sunt contra strictam iuris rationem: maximè verò in pignoribus l. sed an via 12. in fin. de pignori iunct. l. ita vulneratus 52. in fin. supr. ad leg. Aquil. l. quod si minor 24. §. 1. de minor. l. si quis mancipis 17. §. si impubes infr. de iust. act. l. cum plures 12. §. 1. de admin. tutor. l. qui autem 14. §. 1. supr. de pecun. constit. Inter cætera verò illud ex æquitate contra stricti iuris rationem inductum est, vt nomen quoque debitoris à creditore pignori dari possit. Id enim est quod Imp. Alex. ait in l. nomen 4. C. quæ res pignori dar. poss. iam pridem placuisse, id est ex æquitate receptum fuisse, vt nomen quoque debitoris pignoriari & generaliter & specialiter possit. Nam à quo tempore pignorum irrepit vtilitas, vt loquitur Vlpianus in d. l. qui autem 14. §. 1. de pecun. constit. an non fuisset iniquum vtilitate illa priuari eos, qui nihil nisi nomina debitorum in bonis habuissent? Nec alius Imperatorum Diocletiani & Maximiani sensus est in l. postquam 7. C. de hered. vel act. vendit. eò tandem decursum esse, vt cautiones quoque debitorum pignori dentur, traditis scilicet instrumentis, in quibus scripta sunt nomina debitorum, vt sit propriè pignus quod per traditionem constituitur l. si rem 9. §. propriè supr. hoc tit. Facit autem hæc traditio, non vt creditor creditoris fiat creditor debitoris inferioris, & vt contra eum possit agere directa actione competente ex contractu, multo minus autem vt dominium rerum debitoris pro nomine obligatarum transeat in creditorem, quod nec in emptorem nominis transferret l. ex nominis 8. C. de hered. vel act. vendit. Sed tantum, vt exemplo eius qui nomen emit, cui actiones viles ex propria ipsius persona accommodatae sunt, rescripto Diui Pij, etiam ei cui nomen pignori datum est, æquè viles actiones accommodari debeant d. l. nomen, nec ipsi tantum, sed ei quoque qui tale nomen pignoratitium à creditore pignoratitio emerit d. l. postquam l. emptor 5. & d. l. ex nominis 8. eod. tit. iunct. l. si cum emptore 16. supr. de pact. d. l. 2. C. de oblig. & action. d. l. vlt. C. quando sisc. vel priuar. Directas enim actiones, neque pignus, neque datio in solutum, neque venditio nominis transferre in alium potest, nisi mandatas, & ita vt mandantis nomine exerceri eas oporteat, vt ex supradictis legibus apparet, & ex l. 1. C. de oblig. &

act. l. qui stipendia 9. C. de procurat. neque verò haberet viles, nisi prudentum interpretatio ad rescriptum Diui Pij hoc paullatim, & quasi irrepens induxisset. Vnde est, quod cessante conuentionali pignore nominis, non aliter potest nomen debitoris capi pignori in executione iudicati, quam si alia bona nulla sint, quæ pignori capi possint. Adeò vt in eam rem necessariū fuerit Imperatoris rescriptum, de quo Vlpianus in l. à Dino Pio 15. §. sic quoque iudices infr. de re iudic. nec tam pignori, quam pignoris loco capi dicuntur hoc casu nomina debitorum l. 2. & leg. pen. C. quando sisc. vel priuar. nempe quia stricta iuris ratio resistit, ne debitorum nomina pignori vel dari vel capi possint. Non solent autem nec debent prudentes à summo iure recedere, nisi vbi manifesta vrget æquitas, & publica vtilitas, quæ vt plurimum ex necessitate æstimatur. Ita que benè hinc Paulus ita loquitur, vt dicat, si conuenit, vt nomen debitoris mei sit, tibi pignori tuendam esse à Prætore hanc conuentionem, vt intelligamus non ergo valere pignus ipso iure, sed tuitioe prætoris, quemadmodum in specie leg. tutor 16. in princip. vbi diximus supr. iunct. l. si pupillorum 7. §. 1. infr. de reb. eor. qui sub tutel. l. 1. supr. quib. mod. vsufr. amitt. leg. 1. §. vlt. infr. de superfic. Tuendam tamen esse conuentionem à Prætore, ne alioqui magno incommodo afficiantur debitores, si non iis liceat nomina quoque debitorum suorum pignori dare, cum fructus rei sit vel pignori dare licere l. vlt. infr. de vsufr. Ergo aliorum bonorum excusio facienda est, antequam nomen debitoris pignori capi possit in executione iudicati d. l. pen. At non vt ex conuentione pignori dari possit: Latius enim patet voluntas contrahentium, quam potestas iudicis indicatum exequentis, nec ob id minus potest debitor nomina debitorum suorum dare pignori, quod alia bona habeat. Cæterum ne hodie cogitur creditor agens contra nomen debitoris sui alia eius bona excutere, siue quod iura non possideantur, & beneficium illud solis possessoribus datum sit. Authent. hoc si debitor C. de pignori. siue quod nihil interfit debitoris, qui à creditoris sui creditore conuenitur, cui soluat, cum æquè sit liberationem consecuturus, nec proinde verendum sit, ne ex ea causa lis aliqua nona insurgat: quomodo in possessore conuentione cõtingeret, vt Bart. hinc disputat. Multum tamen interest, si quis partitè loqui velit, an nomen pignori datum sit, an hypothecæ. Nam is qui pignori accepit, cum pignoris datio nominis includat ex se traditionem instrumenti quo nomen continetur dicit. l. si rem 9. §. propriè supr. & l. cum & sortis 35. §. 1. infr. hoc tit. & quod ipse etiam instrumenti pura chirographi appellatione significatur l. qui chirographum 59. de legat. 3. hoc ipso censetur habere mandatas à creditore actiones directas, quando quidem traditio instrumenti ex se mandatum actionum continet leg. 1. C. de donat. Qui autem accepit nomen hypothecæ, id est nuda pignoris conuentione citra traditionem contentus fuit, speciali & expresso mandato indiget directarum actionum, vt eas debitoris sui nomine exercere possit.

a Vt & te in exigenda pecunia. RAT. DVB. Non potest is qui creditor non est, plus iuris habere aduersus debitorem, quam is qui verè creditor est, cum ius agendi non aliunde pendeat, quam ex iure creditoris, atquin is qui nomen sui debitoris pignori dedit, non ideo desinit esse creditor, quia certi sunt modi vt inducendæ ita & extinguendæ obligationis l. obligationum ferè 44. §. placet infr. de oblig. &

actionem, inter quos non est pignoris datio nominis. E contrario autem is qui nomen debitoris pignori accepit, non idcirco fit creditor inferioris debitoris, contra quem agit, & cum quo nil contraxit. Ergo agentem illum non debet Prætor tueri in exigenda pecunia, multo minus debitorem debitoris contra verum & proprium suum creditorem si ab eo conueniatur. Facit enim suo iure quisquis contra suum debitorem experitur, qui autem iure suo vitur, neque dolo facere quicquam videtur, neque vlli infert iniuriam *l. si duorum 52. in fr. de action. empr.* Nec sanè in Prætoris arbitrio esse potest aut debet, vt ex non creditore faciat creditorem, aut ex non debitore debitorem. Contractibus enim id fieri oportet, non auctoritate & iurisdictione Prætoris, quia voluntates contrahentium audire Prætor debet, non iubere, vt de se Imperatores aiunt in *L. omnium 19. C. de testam.*

DEC. Postquam placuit creditori, cui nomen debitoris pignori datum est, viles actiones contra debitorem debitoris accommodari, exemplo emptoris nominis, vt supra diximus, idque partim ex rescripto Diui Pij, quod de nominis emptore locutum est, partim ex prudentum ad rescriptum illud interpretatione, non potest Prætor recusare quin eum tueatur in exigenda pecunia, ne alioqui faciat contra Imperatoris constitutionem, & contra ius civile, si non ei det vtilem actionem *leg. necnon 28. §. quoad eius sup. ex quib. caus. maior. l. cum sponsus 12. §. si res de Publician. in rem action.* Quæ potè non potest esse utilis, quin sit efficax, vt suam habeat utilitatem. Idcirco enim viles actiones dicuntur, quod utilitate sua nunquam desituantur ad differentiam directarum, quæ licet ipso iure competant, non tamen semper sunt efficaces *l. ita tamen 27. §. qui ex Trebelliano & l. si heres 70. in princip. in fr. ad SC. Trebell.* Et quemadmodum in duorum dominorum concursu, quorum vnus sit bonitarius, alter quiritarius, potior in effectu causa est bonitarij, vt Vlpianus refert *tit. 19. de acquisit. rer. l. doce 9. C. de rei vindic. iunct. l. quamuis 75. de iur. dot. in fr.* Ita in concursu actionum directarum & vtilium, semper viles quamuis minus dignæ, minusque nobiles directis præferuntur, quoniam scilicet non nisi ex summa æquitate inducuntur, cuius potioris quam stricti iuris rationem esse conuenit *leg. placuit 8. C. de iudic. l. in omnibus quidem 90. de regul. iur.* Cum verò cogatur Prætor creditorem creditoris tueri in exigenda pecunia aduersus debitorem debitoris, vt eum præferat proprio & immediato creditori, eo iure quo is qui habet viles actiones præferendus est habenti directas: Consequens etiam illud est, vt conueniam debitorem à creditore creditoris tueri debeat, aduersus proprium & immediatum creditorem, data ei scilicet doli mali exceptione contra creditorem, qui debitoris sui nomen pignori dedit, non alia vtique mente, quam vt creditori pignoratitio exigere illud liceret, ac proinde agere in necessarium antecedens. Et si enim non semper actio præcedit actionem (quid enim si debitor vltro soluat, & ante vllam interpellationem?) agendi tamen ius & potestatem præcedere semper necesse est, vt sequi possit exactio, quæ ideo ab actione ipsa nomen sumpsit. Itaque cum agat superior creditor ex voluntate inferioris aduersus inferiorem debitorem, non est audiendus inferior creditor aduersus proprium debitorem agens, si solutionem ab eo extorquere velit, ad quam ab alio cogi possit facta & voluntate ipsius creditoris, alioqui debitor inferior duobus in solidum singulis soluere cog-

retur, quod perabsurdum & periniquum esset, ac contra naturalem æquitatem. Quæ ratio sola fuit inducenda primùm exceptionis doli: ne cui per occasionem iuris civilis contra naturalem æquitatem dolus suus prodesse ad lucrum captandum ex damno alieno *l. i. de doli mal. except.* In proposito autem, prætextu iuris civilis, & per occasionem directarum actionum creditor inferior captat lucrum ex damno sui debitoris, vt ex duplici solutione locupletetur, cum tamen vnum duntaxat sit debitum. Et si enim creditoris creditor, cui nomen debitoris à debitore suo pignori datum est per vtilem actionem, quam habet, exigat pecuniam ad suam non ad debitoris sui utilitatem (in quo differunt actiones viles à directis, quæ vt plurimum in utilitatem mandantis exercentur, licet interdum etiam ad utilitatem mandatarij *l. qui stipendia 9. C. de procurat. l. i. C. de oblig. & action.*) hoc ipso tamen locupletior fit inferior creditor, quod à creditore suo liberatur *l. si pupilli 66. in fin. de solut. l. species 11. de acceptilat.* Et consequenter bis locupletior, si à debitore suo aliam iterum solutionem consequi velit: sic dicimus, si creditor à debitore suo fideicommissum reliquerit, valere fideicommissum non quidem, vt ipso iure debitor fideicommissario teneatur, sed vt si conueniatur ab herede, quomodo conuenit summo iure potest, tunc sit per doli exceptionem, quæ exceptio vtile fideicommissum facit, vt ait Vlp. in *l. si pecunia 77. de leg. 1. l. cum quis decedens 38. §. pater in fin. de legat. 3.* Solent autem nostri querere, an actio quæ datur creditori creditoris contra debitorem debitoris sit personalis an hypothecaria. Sunt qui putent esse hypothecariam, per quam intendat actor nomen esse sibi obligatum. Alij putant esse personalem per quam intendat actor sibi debenti eam quantitatem, quæ debitori suo debeatur. Alij denique, inter quos Bartolus ad *l. heredem 3. C. de heredit. action. & ad d. l. nomen*, vtramque opinionem comprehendunt, & personalem quidem actionem hanc esse volunt, sed vtilem ex contractu inferioris creditoris, ex quo superior creditor haberet directam. Et hæc receptior nostrorum sententia est, vt quod scriptum est in *d. l. nomen & in l. grege 13. §. cum pignori in fr. de pignor.* conciliet cum *d. l. heredem*, quæ personalem actionem diserte denegat mulieri aduersus mariti debitoris, quamuis mariti bona omnia mulieri pro dote sint tacite obligata *l. vnic. C. de rei vxor. act.* nisi quod non desunt, qui cum Azone defendant ex illa *l. heredem*, differentiam esse hac parte inter hypothecam expressam & tacitam, quasi nomina debitorum etiam in generalem expressam hypothecam bonorum veniant, in tacitam verò non item. Quod euidenter certe falsum est. Et si enim nomina debitorum neque mobilium neque immobilium appellatione continentur, sed tertiam bonorum speciem constituunt, siue ad rem mobilem dentur, siue ad rem immobilem *leg. quam Tuberonis 7. §. in peculio in fr. de pecul. leg. à Diuo Pio 15. §. in venditione in fr. de re iudic.* quis tamen nescit generali appellatione bonorum etiam nomina debitorum comprehendere? *leg. bonorum 49. de verb. signific.* Quidni ergo in generalem quamuis tacitam bonorum hypothecam venient? Nec moueri debuerunt interpretes ex *dict. leg. heredem*, quæ et si de dotis repetitione loquitur, non tamen de tacita generali hypotheca, quæ hodie dotis nomine competit, quippe quæ illius legis temporibus nulla adhuc competere poterat, cum induta sit à Iustiano in *dict. leg. vnic. Coh. de rei vxor. act.*

Ante

Ante quæ habebat quidē dos iam olim privilegium pignoratitio inter chirographarios creditores *l. quam situm 17. §. si sponsa & l. seq. in fr. de reb. auctor. iudic. possid. alia l. 2. & 3. de priuileg. credit.* sed privilegium tacite hypothecæ non habebat. Proinde quod scriptum est in *dict. leg. heredem* de actione personali deneganda marito aduersus mulieris debitores, non de illa vtili actione potest intelligi, quam creditori creditoris dandam esse dicimus contra debitorem debitoris, sed de mera personali, quæ ex contractu debitoris tantum nascitur. Et quæ in eo differt ab vtili, quod vtilis non ex solo debitoris contractu nascitur, sed potissimum & immediate ex contractu superioris creditoris, qui nomina debitorum sui debitoris habet obligata: nec aliam causam admittit potest, quam quia nomen, in quod agitur, sit obligatum, quamuis non idē sit hypothecaria, sed mere personalis. Aliud enim esse dicere, vt illam hypothecariam, quod falsum est: aliud verò habere conuentionem pignoris pro causa, vel saltem pro conditione sine qua non & pro medio, vt loquuntur actionis. Quare nec illud probo, quod quidam putant, creditorem creditoris non prius agere posse personali actione contra debitorem debitoris, aut hypothecaria in bona debitoris inferioris pro eo debito obligata, quam egerit hypothecaria in ipsum nomen debitoris, vt pronuncietur obligatum. Quid enim huiusmodi circuitu opus est: *vulg. l. dominus 53. sup. de condit. in deb. l. 3. §. si debitorem de donat. in fr. & vxor.* Aut quidni sufficiat dicere, ac probare nomen debitoris obligatum esse, & eodem iudicio actionem vtilem aut in personam inferioris debitoris, aut in pignora ab eo data instituere? Idque probatur satis ex hac lege & *d. l. nomen & d. l. cum pignori.*

b Ergo si id nomen pecuniarium fuerit. R. A. T. D. V. B. Compensatio non potest habere locum, nisi cum idem eiusdem debitor est, & creditor *l. i. & pass. in fr. de compensat.* Atqui creditoris creditor, qui actione vtili exegit nomen inferioris debitoris, non tam factus est per eiusmodi exactiōem debitor, quam desit esse creditor, cum eam solutionem & suo nomine perceperit, & ad suam utilitatem. Ergo quamuis pecuniarium debitum fuerit, compensationi locus esse hoc casu non potest.

DEC. Creditor, qui per distractionem pignoris solutionem sibi debite quantitatis consequitur, hoc ipso fit debitor precij ex distractione percepti, teneturque eo nomine tanquam debitor pignoratitia actione: Ergo cum sit etiam creditor, compensationi locum habere potest & debet ad concurrentem vsque quantitatem, nec nisi superfluum actione pignoratitia reddere cogitur *l. eleganter 24. §. pen. in fr. leg. vlt. C. de distract. pignor. l. vlt. C. si vendit pignor. agat.* Atqui cum nomen debitoris à creditore credi-

toris exactum est, quod pignori datum fuerat, perinde pignus perit debitori, qui dedit, ac si distractum esset, quia & distrahi nomen debitoris potest *l. postquam 7. & seq. & tot. tit. C. de hered. vel act. vendit.* Amittit enim creditor debitorem suum, contra quem si directa actione vellet agere, doli exceptione summoueretur, vt supra diximus. Idem igitur hoc casu dicendum est, vt exacto per creditoris creditorem debito à debitore debitoris compensatio fiat vsque ad concurrentem quantitatem, & si quid superfluum est, debitori reddatur.

c Si verò corporis alicuius. R. A. T. D. V. B. Nomina & actiones consistunt in iure, non in corpore *l. i. §. quadam sup. de rer. diuis. & tit. de reb. corpor. & incorp.* Ideoque constituunt tertiam bonorum speciem à rebus mobilibus & immobilibus, quæ corporales sunt, differentem *l. quam Tuberonis 7. §. in peculio in fr. de pecul.* Ergo pignus nominis, licet nomen sit alicuius corporis, non idcirco in pignus corporis transire potest. Æstimatur enim pignus ex conuentione, siue traditio secuta sit, siue non, nec aliud potest esse in pignore, quam de quo conuenit, vt pignori esset, nec si factum sit ex materia pignorata *§. si quis cauerit in fr. hac lege.* Proinde cum aliud sit nomen, quod pignori datum est, aliud verò corpus, quod ex nomine debetur, dicendum est, si creditoris creditor exegerit actione vtili corpus quod debebatur, nihilo magis tamen pignoris loco esse corpus, quod exactum est.

DEC. Cum nomen datur pignori, non tam de iure nominis cogitur, quam de utilitate quæ ex nomine redigi potest, quandoquidem datur pignus, vt cautum sit & consultum creditori. Utilitas autem nominis obligati tota consistit in exactiōe eius, quod debetur: siue in pecunia consistat, siue in corpore. Igitur si nomen alicuius corporis fuerit, & corpus exactum sit, atque ita pignus nominis simul cum nomine ipso perierit, fatendum est corpus illud esse pignoris loco, tanquam subrogatum in locum nominis, quod fuerat obligatum. Ideoque non potest dici hoc casu, quod superiore diximus, compensationem fieri, quia non sicut quantitatis ad quantitatem fit compensatio, ita corporis & speciei alicuius compensatio fieri potest ad quantitatem, vt bene nostri ex hoc textu colligunt, & ex *l. si non forem 26. §. vlt. sup. de condit. in deb. & l. grege 13. §. cum pignori.* vbi eadem ferè quæ hic quaestio proponitur *in fr. de pignor.* Cum itaque corpus exactum ex nomine corporis non possit compensari cum quantitate creditori debita, consequens omnino est, vt cum nec pignus proprie sit, quia reuera pignori datum non est, pignoris saltem loco esse intelligatur, vt Paulus hic loquitur.

¶ Si nuda proprietas pignori data sit: vsusfructus, qui postea adcreuit, pignori cedit. Eadem causa est alluionis.

Ad §. i. Si nuda.

R. A. T. D. V. B. Non potest pignori esse id de quo, vt pignori esset, non conuenit, sicuti proximè diximus ex *§. si quis cauerit in fr.* Atqui cum data est pignori nuda proprietas, non solū nihil conuenit de vsufructu, sed potius in contrarium conuenisse videtur, vt vsusfructus non sit pignori. Quid enim aliud est nuda proprietas, quam ea quæ est sine vsufructu?

leg. si vsusfructus 8. in fr. de vsufr. legat. Ad eod vt qui habet nudam imò & plenam proprietatem, vsufructum habere non possit *leg. quod nostrum 63. sup. de vsufr. Nemo enim re sua vitur, fruitur leg. vti frui sup. si vsufr. per.* Ergo si nuda proprietas pignori data sit, non potest vsusfructus qui postea adcreuit esse pignori: præsertim cum is qui dicit rem sibi datam esse pignori, probare debeat eam rem in bonis debitoris fuisse tunc cum pignus contrahebatur, nisi cum

generaliter bona omnia pignori data sunt praesentia, & futura l. & que nudaum 15. §. quod dicitur iunct. l. 3. infr. de pignor. l. ante omnia 23. de probat. l. que praedictum 6. C. si alien. res pignor. dat. fir. Ac praeterea tempus contractus inspicere solet & debeat, cum quaeritur quid in contractum venerit, non si quid ex postfacto superuenit l. Rutilia Polla 69. infr. de contr. empr. DE C. Placuit certis modis usufructum finiri de quibus in rit. supr. quib. mod. usufr. amitt. ne inutiles essent proprietates semper abscedente usufructu dict. l. si usufructus & §. ne amen instr. de usufr. Finitus autem usufructus, statim & sui natura recurrit ad proprietatem, tanquam ad suam causam; Et quidem ipso iure, nullo scilicet hominis facto in eam rem requisito: Vnde est quod interpretes nostri usufructum illud qui cum proprietate coniunctus est, & in plena proprietate continetur, causalem appellant, tanquam qui cum sua causa sit coniunctus, formalem vero eum qui a proprietate ita sciunctus est, ut per abstractionem & separationem a proprietate constituitur. Quod autem naturaliter & per se fit, necessarium sit, ut proinde iam pro facto ferè haberi debeat l. 1. §. vlt. l. 2. §. apud Nanniam infr. de aqua & aqua plu. arcen. l. filius 28. §. 1. in fin. de liber. & posthum. Dicam amplius, usufructum illud formale, cum posteaquam finitus est, redit ad proprietatem, redire iure proprietatis. Sic enim Pomponius loquitur in leg. si cum argentum 21. §. pen. infr. de except. rei iudic. proprietatis inquam nuda. Non enim sit plena proprietas ante quam usufructus redeat ad proprietatem, neque tum cum redit, sed postquam rediit. Cum ergo nuda proprietatis pignori data est, consequens omnino sit, ut usufructus quoque si postea finiat, & ad proprietatem reuertatur, hoc ipso pignori datus existimetur. Eadem namque proprietatis est, quae dati pignoris tempore nuda fuit, nunc plena inuenitur, & quavis nouus & alius sit usufructus, qui ex formali factus est causalis d. l. si cum argentum §. pen. Eadem tamen proprietatis est, quae ab usufructu formali antea separata, nunc cum causalis coniuncta est: Distinctae enim illae qualitates nude & plene proprietatis, non faciunt aliam atque aliam proprietatem, sed tantum aliter atque aliter se habentem: Cum tamen usufructus formalis differat a causalis, non qualitate tantum sed natura etiam ipsa & substantia. Usufructus formalis in iure consistit, non in corpore, licet emolumentum rei contineat l. cum filius 76. §. dominus l.

2 ¶ Si fundus pignoratatus venierit: manere causam pignoris constitit: quia cum sua causa fundus traheatur. sicut in partu ancillae, qui post venditionem natus sit.

Ad §. 2. Si fundus.

RAT. DVB. Conuentio inter alios facta aliis neque prodesse debet, neque nocere l. si firmus 27. §. pacta que turpem vers. ante omnia supr. de pact. Vnde est, quod dicimus obligationem personalem non sequi successorem singularem l. vlt. §. 1. de contr. empr. l. 1. §. si heres ad SC. Trebell. Atqui pignus constituitur per conuentionem factam inter debitorem, & creditorem l. 1. supr. Ergo non debet nocere emptori, qui a debitore emit, praesertim cum pignus non faciat, quominus dominium rei pignorate quod remanet penes debitorem transeat per traditionem in emptorem. Plus autem est habere dominium rei, quam rem obligatam. Melior igitur debet esse causa emptoris, quam creditoris, cum nihil conuenit emptor de pignore l. Aristo 3. infr. qua res pignor. oblig. poss.

Mauius 66. §. fundo de legat. 2. Causalis vero dominij & proprietatis pars quaedam est, quae nec a proprietate separationem recipit, quandiu causalis est, nisi cum id agitur, ut ex causalis fiat formalis d. l. quod nostrum 63. de usufr. d. l. si cum argentum §. pen. l. si alij fundum 19. de usufr. legat. l. recte dicimus 25. de verb. signific. Et haec vera huius ratio & sententia est, nonquam nimis generalem adfert Bartolus, quasi quicquid accedit pignori, pignus sit. Debuerat enim scribere, id quod naturaliter accedit pignori. qua dictione naturaliter addita, non quaesiuisset, an aucto regno prouincia superaddita iisdem quibus regnum legibus & constitutionibus regi debeat. Non enim naturaliter additur regno prouincia, sed factu aliquo hominis nouaque conuentione interueniente: Quod in usufructu propriati accedente diuersum est, ut diximus. Quamquam distinctionem illam quam adfert in sua quaestione Bartolus, non improbo, an prouincia regno adiciatur accessorie, an quasi principale quid & per se subsistens, ut priore casu regni constitutionibus regatur tanquam pars regni, posteriore vero non item: sed melius intelligitur ratio huius §. ex alio exemplo, quod Paulus subiicit, de eo quod fundo pignorate adcreuit per alluionem, ut scilicet id quoque pignori sit. Nam cum alluio nihil aliud sit quam incrementum latens, quod ita paulatim adicitur, ut nesciri possit, quantum quoquo temporis momento adiciatur §. praeterea 20. Instr. de rer. diuis. intelligimus, aliud ergo dicendum esse, si per inundationem fluminis aliquid fundo pignorate accesserit, siue paulatim siue non paulatim l. ergo 30. §. alluio de acquir. rer. domin. Ne minus tamen accedit fundo pignorate, quod accedit per inundationem, quam quod per alluionem. Non ergo generaliter verum est, quod vult Bart. id quod fundo pignorate accedit pignus esse, sed id tantum quod ita accedit, ut non tam nouum pignus, quam incrementum quoddam pignoris esse videatur: Quomodo de dote scribit idem Paulus noster in l. si proprietati 4. infr. de iur. dot. vbi duo iidem casus proponuntur in dote, qui tractantur hic in pignore, nempe si nude proprietati in dorem data usufructus accesserit. Item si quid per alluionem. Iunge l. si fundus 16. in princip. infr. de pignor. l. & puto 16. §. id quod amnis supr. Famil. ercise. l. item si fundi 9. §. huius vicinus supr. de usufr. l. quod in rerum 24. §. si quis post testamentum de legat. 1.

DE C. Traditio non plus iuris in alium transferre potest, quam debeat is qui tradit l. traditio 20. infr. de acquir. rer. domin. Atqui debitor habuit quidem dominium rei quam vendidit, & tradidit, sed iure pignoris obligatum creditoris, quae pignoris obligatio non tam afficit personam pignorantis, quam rem pignoratam. Est enim persecutio pignoris in rem non autem in personam l. pignoris 17. infr. de pignor. l. pignoris 18. C. eod. Ergo si debitor rem pignori obligata vendiderit, aut aliter alienauerit, saluam tamen pignoris causam manere necesse est l. distractis 14. & seq. C. de pignor. l. 3. l. pen. C. de remiss. pignor. l. vnic. C. rem alien. gerent. non interd. rer. suar. administ. l. vlt. §. pen. infr. de donat. l. si debitor 12. C. de distract. pignor. Ne alioqui sit in potestate debitoris qui rem suam pignori dedit, eam postea vendendo aliterve alienando ius creditoris sui laedere, quod absurdum & iniquum esset, ac

contra

Contra leg. id quod nostrum 11. l. non debet 71. de regul. iur. Denique non potest alienatio fieri, nisi cum sua causa l. alienatio 67. infr. de contr. empr. Quaestio enim pignoris ab intentione dominij omnino separata est l. r. §. cum praedictum infr. de pignor. Nec vlla dominij societate coniungitur l. iusto errore 44. §. non mutat. de usufr. cap. Nihil enim vetat rei dominium vnus esse, & nihilominus rem esse obligatam alteri, licet non possit pignus constitui, nisi ab eo, qui constituitur pignoris tempore dominus reperitur leg. 3. in princip. l. & que nondum 15. §. quod dicitur infr. de pignor. Non enim potest res affici & obligari ab alio quam qui sit dominus, vbi vero semel affecta esse cepit, non interdicat obligationem amissionem ac mutationem dominij, quia obligatio realis sequitur rem quocumque ierit, ideoque transit etiam in singularem successorem adeoque, quod magis est, etiam successor ille singularis dominij per vscupationem sibi acquisiuerit d. §. cum praedictum d. §. non mutat. l. vscupatio 7. C. de pignor. Eademque pretorij pignoris quae conuentionalis hac parte ratio est l. misso 12. infr. pro emptor. l. 2. pro hered. l. postquam C. ut in poss. legat. a Sicut in partu ancillae. Omnino legendum est secus non sicut quod docui pluribus in error. 9. decad. 54. de error. pragmat. Et si enim ancilla pignorate non eo minus manet pignorate quod vendita sit, partus tamen ex ea editus apud emptorem non est obligatus leg. Paulus respondit 29. §. 1. infr. de pignor. Nec si conceptus sit apud debitorem, quamuis Accursius ita distinguit. Non enim sufficit ancillam fuisse in bonis debitoris conuentionis tempore (quamquam hoc quoque ante omnia necessarium est l. potior 11. §. si de futura infr. qui potior in pignor. hab. l. ante omnia 23. infr. de probat.) nisi etiam partus in dominio perueniat debitoris, ut scriptum est in d. l. 29. §. 1. quod porro non aliter fieri potest, quam si partus ex ancilla obligata, non modo conceptus sit, sed etiam editus apud debitorem, ut ibidem dicitur scriptum est. Partus enim antequam sit editus, cum ne homo sit in nullius dominio vel pignore esse potest l. in falcidia 9. §. 1. ad leg. falcid. l. vlt. infr. de collat. bonor. Ideoque nunquam conceptionis sed ipsius partus tempore semper inspiciendum est d. l. in falcidia leg. Paulus 24. alias l. falcidie §. 1. eod. l. vlt. infr. de acquir. rer. domin. quae non vique adeo ad causam dominij restringenda est, quomodo eam restringit Accursius ad d. §. si de futura, ut non etiam ad pignoris causam trahi debeat. Dubitandi tamen ratio circa partum ancillae pignorate ex eo sumi potest, quod in prima huius §. sententia scriptum est, si fundus pignoratatus venierit, manere causam pignoris, quia cum sua causa fundus veniat, & in emptorem transeat: consequens enim videbatur, ut ancilla vendita quae fuerat pignorate, etiam partus apud emptorem ex ea editus, vinculo pignoris teneri deberet, quoniam & teneretur, si ancilla vendita non fuisset, & apud debitorem peperisset. Et si enim partus nondum editus, licet iam conceptus apud debitorem, nondum in bonis eius est, cum nec in nominum natura sit, ut diximus. Creditori autem pignus per-

3 ¶ Si quis sic cauerit, ut sylua sibi pignori esset: nauem ex ea materia factam non esse pignoris, Cassius ait: quia aliud sit materia aliud nauis. & ideo nominatim in dando pignore adiciendum esse ait, Quaeque ex sylua facta, nauis sint.

Ad §. 3. Si quis sic cauerit.

RAT. DVB. Cum ex sylua mea nauem construo, nauis mea est, sicut & materia cuius enim alterius esset, cum nec materiam, nec formam nauis alius dederit. Ergo sicuti materia ex qua nauis facta

Tom. III.

sequenti onus incumbat probandi rem in bonis debitoris fuisse conuentionis tempore d. l. ante omnia 23. infr. de probat. (quae dubitandi causa erat in d. §. si de futura.) Attamen cum de partu quaeritur, sufficit conuentionis tempore ancillam in bonis debitoris fuisse, id est non requiritur praeterea, ut partus quoque fuerit in bonis eo tempore, sed tantum ut ancilla, quae si tum in bonis non fuisset, quamuis postea esse cepisset, partus tamen etiam apud debitorem editus pignori esse ex priore conuentione nunquam possit. Sed decidendi ratio est, quia multum hac parte distat pignus ancillae a pignorate partu: Ancillae pignus valet, si fuerit illa in bonis debitoris, cum pignori datur, nec eodem modo durat pignorate, quod alienata sit, quia transit dominium cum sua causa. Sed partus ancillae qui non fuit in bonis debitoris eo tempore, quo vel ancilla sola, vel etiam partus nondum editus specialiter hypothecae dabatur, (bonis enim omnibus etiam futuris generaliter obligatis, aliud sanè dicendum esset l. & que nondum 15. §. quod dicitur infr. de pignor. l. vlt. C. que res pignor. oblig. poss.) non potest obligatus dici, nisi eo saltem tempore quo nascitur in bonis & dominio debitoris inueniatur, alioqui valeret pignus eius rei, quae in bonis & dominio debitoris, nec tempore constituitur pignoris nec postea vnquam fuisset: quod a ratione iuris prorsus alienum esset d. l. 1. §. cum praedictum in fin. infr. de pignor. Planè vbi partus apud debitorem editus est, atque ita iure obligatus esse cepit, si postea vedatur siue solus siue cum matre, manebit obligatus, & transibit dominium eius cum sua causa, nec quicquam hoc casu inter ancillam pignoratam, & partum iam pignoratam intererit. Differentia tantum est in oppigneratione ipsa: Ancilla siquidem tunc obligatur, cum datur pignori, partus vero ex ancilla siue iam conceptus sit, siue non sit, non prius obligatur, licet iam tum fuerit in vtero matris obligatae, quae natus sit & editus. Antea siquidem portio tantum est viscerum matris non partus l. 1. §. 1. de inspic. ventr. Tempus itaque non conuentionis inspiciendum est, sed natiuitatis, & ad partus oppignerationem attinet, circa personam vero matris ex qua partus editus est, tempus conuentionis inspiciendum, quia si eo tempore mater in bonis debitoris non fuisset, nec partus ex ea postmodum, quauis apud debitorem editus, pignoris vinculo teneri possit, nisi proponeres bona omnia debitoris generaliter fuisse obligata praesentia scilicet & futura d. l. & que nondum 15. §. quod dicitur infr. de pignor. Valde tamen obstat l. 1. in princip. infr. de Saluian. interd. quae dat vtile Saluianum creditori pro partu ex ancilla edito apud emptorem. Sed ille quoque locus certè mendosus est, & legendus negatiue hoc modo, nec vtile interdictum reddi oportet: Nam cum facilius sit, ut interdictum vtile detur quam directum, monet Iulianus nec vtile pro partu apud emptorem editi locum habere, alioqui etiam directum Saluianum habere locum deberet. Quod intellige, etiam si conceptus sit apud debitorem. Scripti latius in Chliade decad. 60. error. 2. & 4. vbi aliam interpretationem attuli:

est, pignorate erat, ita & nauis quae ex ea facta est, manebit pignorate. Pignus enim durat, quandiu verum est, solum non esse debitum, nec aliter eo nomine satisfactum leg. si rem 9. §. omnis pecunia supr. leg. gregè 13. §. etiam infr. de pignor. DE C. Extinctio ac peremptio rei obligatae extinguitur vinculo

MMm

lum & obligatio pignoris: Neque enim non entis vlla possunt esse qualitates, nec potest obligata esse res que nulla est *leg. si portem 19. sup. quem adm. seruit. amitt.* Atqui cum ex sylua mea nauis facta est, desinit esse sylua, & cepit esse nauis, atque ita quamuis eadem materia durare videatur, quia tamen forma mutata est, & materia facta est species, ac transit in materiarum, cepit alia res esse. Forma enim illa est, quæ dat esse rei & quæ mutata propè interimit substantiam rei, vt loquitur Vlpianus in *l. Iulianus 9. §. sed si quis rem sup. ad exhib.* Et quod in sua specie non permanet, extinctum quodammodo videtur *l. Scia 6. §. 1. de aur. & argent. legat.* Sicut è contrario cuius eadem species est, eadem res esse creditur *l. proponatur 76. sup. de iudic.* Ergo cum alia res sit materia nauis, alia verò nauis ipsa, non est bona consecutio si dicat creditor ideo se obligatam habere nauim, quod obligatam habeat materiam, ex qua nauis facta est. Nec ideo rursus, quod eiusdem domini sit nauis cuius materia fuerat, priusquam in nauim redigeretur. Alia enim quæstio est, quæ de dominio sit, alia quæ de pignore. Dominium quod semel meum fuit, meum remanet etiam post rei mutationem, quia etiam quod ex re mea superest meum est *l. solum 49. §. 1. sup. de rei vindic. l. si seruis 14. §. bone sup. de cond. furt.* nec dominium quod semel fuit meum potest definire meum esse, nisi certis & legitimis modis, inter quos sicuti non est voluntas nuda ipsius domini *l. si quis vi 17. §. differentia infr. de acquir. poss.* ita nec sola formæ mutatio, nisi mutatio facta sit eius materiæ, quæ redigi sepius in sua initia non possit. Quo casu si ex aliena materia quis speciem fecerit, species eius est, qui fecit non qui dominus fuit materiæ secundum sententiã Erciscundorũ qua vrimur *l. adeo 7. §. cum quis ex aliena infr. de acquir. rer. domin. §. cum quis ex aliena infr. de rei diuis. iunct. l. quæstrum 78. §. illud de legat. 3.* nempe cum alius materiæ dominus est, alius verò non dominus ex ea materia speciem fecit. Qui tamen casus in hoc §. non tractatur, vt & Bartolus benè vidit. At pignus non potest manere in ea re, in qua, quoniam noua & alia est, nunquã contractũ fuit, & de qua, vt pignori esset, nunquã conuenit, (nascitur enim ex conuentione ad rem ipsam obligandam relata *l. 1. sup.*) licet tale quid sit, quod superest, & factum fuerit ex re obligata, nisi necessariam ab ea dependentiam habeat, vt euenit in ancilæ partu qui matris obligata conditionem omnino sequitur, si modò apud debitorem editus fuerit, vt diximus in *§. superiore*, & in fructibus qui iure soli nõ seminis percipiuntur si modò à debitore ipso percepti sunt *l. 1. §. cum prædium infr. de pignor. l. qui scit 25. §. 1. de vsur. l. potior. 11. §. si de futura qui potior. in pignor. hab. l. 3. C. in quib. caus. pign. vel hypoth. tacit. contr.* Atqui nemo dixerit nauim obligatam esse ob id tãtũ, quod sylua, ex qua nauis compacta est, obligata fuerit, cum in constituendo pignore nihil de nauis dictum sit, sed tantũ de sylua, quæ potèr sylua amplius non est, vbilignum ex sylua cẽsum in nauim conuersum est. Ergo verum est quod hĩc Paulus subiicit, in dando pignore syluę adiciendum esse quæq; ex sylua facta natũve sint, vt obligata sylua, etiam nauis, quam ex ea fieri cõgèrit, obligata existimetur. Sic dicimus, inquit Accursius, legata lana, vestimentum quod postea ex ea lana factum est, legatum non videri *l. lana 88. de legat. 3.* Sed vereor ne non sit bona comparatio legati & pignoris. Legatum enim si modò per vindicationem factum sit, titulus habilis est ad dominium transferendum ipso iure ac proinde

facilius est, vt quod factum est, ex ea re quam testator meam facere voluit, meum sit, si modò testator non mutauerit voluntatem, quam vt mihi obligatum sit, quod ex re mihi obligata factum est. Quare & contra ab Vlpiano & Iuliano responsum est in *leg. seruum filij 44. §. si pocula de leg. 1.* quam à Paulo in *d. l. Lanz* vbi non tam suam quam alterius cuiusdam Iure consulti sententiam referre Paulus videtur, vt inuunt verba illa *non placet. non vindicatur. Exigi possunt.* Illud sanè prorsus commentum est, quod asserit Accursius, vt Vlpianũ cum Paulo conciliet, tractari ab Vlpiano eum casum, quo ante mutationem forme dies legati iam cesserit: Cum è contrario ponendum necessariũ sit, ex lana legata factum esse vestimentum à testatore ipso: item que massam ex poculis legatis, non autem ab herede, aut à legatario. Nec minus quod Bartolus post Iacobum Butrigarium agi in *d. §. si pocula de dominio iam quæsit.* Et enim verum est, quod diximus ex legati causa dominium acquiri ipso iure etiam citra traditionem *leg. 1. sup. de Public. in rem act. l. legatum 80. de leg. 2. l. à Titio 64. infr. de furt.* non tamen viuo adhuc testatore, sed eodẽm mortuo *d. l. legatum.* Itaque cum de legato tractatur in vita testatoris, tractatur vtique de dominio quærendo non de quæsit. Ac proinde falsum etiam est, quod hĩc subiicit idem Bartolus, cum agitur de iure dominij quærendi in futurum, adhibendam esse distinctionem illam, vtum res quæ trãsit in aliam formam sit reducibilis ad primam suam materiam, necne, vt priore casu daret ius idẽ quod prius competeabat, posteriore verò extingatur. Repugnat enim & contradicit apertissimè Vlpianus ex Iuliano in *d. §. si pocula.* quod Bartolus ipse nec caudet negare. Neque verò supradicta distinctioni locus est, nisi in quæstione *d. §. cum quis ex aliena*, id est cum ex vnius materia, nouam speciem alius confluat. Nam in quæstione de pignore non idem est: Et quod in hoc §. scribitur, nauim factam ex sylua obligata non esse obligatam, non eam rationem habet, quod ex nauis sylua iterum fieri nequeat, (Idem enim esset quamuis ex massa auri vel argenti facta essent pocula aurea vel argentea, vt euenit in legato usufructu massæ aurea conuersa in pocula conuersa subinde in massam *l. qui usufructum 36. sup. de vsur.* & in actione ad exhibendum *d. l. Iulianus 9. §. sed si quis rem sup. ad exhib.*) sed quia vt Paulus hĩc docet, aliud sylua est, aliud verò nauis, quæ ratio, vt nemo non videt, perinde locum haberet in nauis argentea vel aurea quæ ex massa auri vel argenti facta esset, vt & in ceteris omnibus, nisi cum alia & noua illa res iure subrogationis in aliam rem eiusdem speciei & qualitatis, pro eadem re accipi potest, vt in mercibus tabernæ obligatæ, de quibus in *l. cum tabernam 34. in princip. infr. de pignor.* Aut cum ex re pignorata solũ superest, quod est immutabile, nec mutatio nisi in superficie superuenit, vt in *l. si fundus 16. §. si res l. Paulus respondit 29. §. domus eod. tit. iunct. l. prox. infr.* Et quod scriptum est in *d. l. quæstrum 78. §. illud de legat. 3.* Quæ talis natura sunt, vt sepius redigi in sua possint initia, ea materiæ potentia victa nunquam vires eius effugere, ad causam dominij siue quæsit siue quærendi pertinet, non ad causam pignoris, vel usufructus, vel exhibitionis, vt ex supradictis legibus apparet. Quærit adhuc Bartolus, an creditor cui sylua obligata fuit, prohibere possit debitori ne sylua cædat, vt ex ea nauim faciat, cum nõ possit ex sylua obligata nauis fieri, quin creditoris ius lædatur, & pignus diminuat, q̄ tamen inuito creditore per debitorem diminui nõ potest. Sed respon-

Sed responderet rectè, creditorem non alicui posse vti pignore, quam quomodo bonus & prudens paterfamilias vteretur *l. ea igitur 14. sup.* Ergo si sylua erat cædua, nullum prohibendi ius habebit, sin cædua

non erat, habebit, quia nec aliter bonus paterfamilias eiusmodi sylua vteretur. Nam & circa usufructuarium eadem distinctio ex eadem iuris ratione adhibetur *l. item si fundi 9. §. vlt. sup. de vsur.*

4 § Seruus rem peculiarem si pignori dederit: tuendum est, si liberam peculiij administrationem habuit. nam & alienare eas res potest.

Ad §. vlt. Seruus.

RAT. DVB. Pignus rei alienæ & à non domino constitutum non valet, vt sepius diximus ex *l. si rem 9. sup. l. rem alienam 41. infr. & tot. tit. C. si alien. res pignor. dat. sit.* nisi constitutum sit sub conditione, si res debitoris esse cõperit *l. si fundus 16. §. aliena res infr. de pignor.* Atqui peculium filiofamilias aut seruo concessum à patre vel domino etiam libera administratione, licet sit filij & serui, magis tamen est patris aut domini interest *l. 3. §. sed vtrum ante finem l. patri 27. in princip. sup. de minor.* Ergo non est permittendum filiofamilias aut seruo, vt in scio patre vel domino rem vllam peculiarem obliget, nec si liberam eius peculiij administrationem habeat. Et ita Marcianus aperte scribit in *l. 1. §. 1. infr. que res pignor. vel hypoth. dat. oblig. non poss.* DEC. Etiam aliena res pignori dari potest accedente domini voluntate *l. aliena res 20. infr.* Atqui cum filiofamilias vel seruo pater aut dominus peculiij administrationem præcõstitim liberam concessit, negari non potest, quin si rem aliquam peculiarem pignori dederit habeat pro se domini vel patris voluntatem. Quid enim est, quod in concessione liberæ administrationis contineri non possit? *l. procurator cui 58. & seq. sup. de procur. l. si liberam 10. C. quod cum eo*

qui in alien. potest. Vnde etiam est, quod res istas peculiare alienare seruus hoc casu potest, item que filiofamilias, vt subiicitur in hoc textu & in *l. seq.* Cum tamen longè plus sit alienare, quam pignorare, siquidem alienatio transfert dominium *l. si fundum 16. infr. de fund. dot. l. 1. C. eod.* Pignoris autem datio non item *l. cum & sortis 35. §. 1. infr. hoc tit.* Ideo que quicquid venditionem emptionemque recipit, multo magis pignorationem recipere potest *l. sed & quod 9. §. 1. infr. de pignor.* Quidni ergo etiam pignorare res peculiare poterit filiofamilias aut seruus, cui pater vel dominus liberam peculiij administrationem concesserit? Sed hoc ita, si ex causa aliqua peculiari pignoris datio huiusmodi facta sit: quomodo in specie huius §. & legis sequentis factam esse ponendum est. Nam si ex alia causa, non idem probandum erit *d. l. 1. §. 1. que res pignor.* Non enim ad hoc datur filiofamilias vel seruo libera peculiij administratio, vt peculium perdat & dissipet, puta vt donet *d. §. 1. & l. filiofamilias 7. in princip. infr. de donat.* sed vt peculium augeat suaq; libera administratione patre vel dominũ faciat tanto locupletiozem. Deniq; pignus dari necesse est ex ea causa, ex qua etiam pater vel dominus actione de peculio propter contractũ filijfamilias vel serui teneretur *l. contra 28. §. vlt. l. in personis 30. §. 1. sup. de pact.* Idque Accursius quoque noster benè vidit.

19. MARCIANVS libro singulari ad Formulam hypothecariam.

Eadem & de filiofamilias dicta intellegimus.

Ad l. 19. Eadem & de filiofamilias.

RAT. DVB. & DECID. eadem est ad hanc legem quæ ad *§. vltim. legis præcedentis.* Nec enim hac parte discrepat filiofamilias à seruo, quamuis in aliis plerisque discrepent, in eo maximè, quod filiofamilias ex multis causis erat iam olim acquisitionis capax non volente patre sibi per filium acquiri *leg. 4. §. sed & filiofamilias sup. de edend. leg. Aemilius 38. §. 1. sup. de minor. leg. is qui heres 13. §.*

vltim. leg. cum heres 52. infr. de acquir. hered. leg. cogi 16. §. si pater filio 11. l. Imperator 50. ad senatusconsultum Trebell. at seruus non item. Vnde est, quod etiam inuitis dominis serui ex omnibus penè causis, id est excepta causa successionis hereditariæ *leg. etiam 32. de acquir. rer. domin. iunct. leg. qui in aliena 6. de acquir. hered. l. seruo 65. ad senatusconsultum Trebell. l. seruus ventante 62. de verb. oblig.* non etiam filijfamilias parentibus *l. 1. C. qui admitt. ad bonor. possess. poss.* Sed de his alibi & sepius atque accommodatius scripsimus.

20. PAVLVS libro 22. ad Edictum.

Aliena res pignori dari voluntate domini potest: sed & si ignorante eo, data sit, & ratum habuerit: pignus valebit.

Ad l. Aliena res 20.

RAT. DVB. Pignus contrahitur etiam nuda conuentione *l. 1. sup.* ita vt is quoque, qui rem alienam sine sciens siue ignorans pignori dedit, dummodò ignoranti, contraria actione pignoratitia teneatur *l. si rem alienam 9. l. tutor 16. §. 1. sup. hoc tit.* Ergo etiam realienæ pignus valet, quemadmodum & venditio *leg. rem alienam 28. infr. de contr. empr.* Non enim res aliena quæ venditur, per venditionem afficitur, vt neque res aliena pignori data, nec eò minùs tamen valet venditio, hætenus scilicet vt vendi-

tior ex contractu suo teneatur actione ex empto ad euictionem emptori præstandam. Quidni ergo valebit etiam oppignatio? Præsertim cum dixerimus in præcedentibus ad *§. vltim. leg. si conuenit 18. sup.* id quod emptionem venditionemque recipit, etiam recipere oppignationem *leg. sed & quod 9. §. primo infr. de pignor.* maiorque subesse videatur ratio prohibendæ venditionis rei alienæ, quam obligationis, quia nec venditio facta videri potest, si id actũ sit ne dominũ ad emptorem transiret *l. pen. §. vlt. infr. de contr. empr.* Hoc verò non potest non agi ab eo maximè, qui sciens vendit re alienam,

cum nemo per traditionem plus iuris in alium transferre possit, quam ipse habeat *l. traditio 20. de acquir. rer. domin. l. nemo plus iuris 54. de regul. iur.* Quod si dicamus alienam rem pignus nullomodo valere, confequens videtur, ut nec adiuncta domini voluntas quicquam faciat cum dominum non sit ex earum rerum numero, quae nuda domini voluntate amitti possunt *leg. si quis vi 17. §. differentia in fr. de acquir. poss.* Cur ergo dicimus alienam rem ex domini voluntate pignori dari posse?

DE C. Pignus eo animo & datur, & accipitur, ut sit cautum creditorum *l. si mandatu 59. §. vlt. in fr. mandat.* quia plus est cautionis in re quam in persona *leg. plus cautionis est 25. de regul. iur.* Proinde nihil agitur per dationem pignoris, si non effectus ille sequatur, ut res pignori data obligetur, & quidem tali tamque firmo vinculo aut rem ipsam persequi contra quemlibet possessorem creditor possit. In quo differt pignus à venditione: Per quam è contrario non id primo & principaliter agitur, ut dominium in emptorem omnimodo transferatur, sed tantum ut venditor emptori ex contractu obligetur: per consequentias autem ut emptor per traditionem subsecutam fiat dominus, si dominium rei venditae penes emptorem fuit, sin minus obligetur venditor de evictione ad restitutionem precij & quanti praeterea emptoris interest *Lex empto 11. §. 1. iunct. l. 1. in princip. & pass. in fr. de action. empt. l. si traditio 4. C. eod. l. si venditione 60. in fr. de evict.* Atqui per conventionem adeoque traditionem factam à non domino, affici non potest neque obligari res, quae alterius sit, ne alteri per alterum iniqua condicio inferatur contra regulam *l. non debet alteri 74. de regul. iur.* nisi proponas fructuarium, vel creditorem pignoratitium esse illum, qui in scio domino rem alienam pignori dederit. Fructus siquidem rei est, vel pignori dare licere *leg. vlt. in fr. de vsur. vlt. in fr. de usufructu scilicet non proprietatem l. interest 6. C. de usufr. Et pignus licet non nisi alienae rei possit consistere l. neque pignus 45. de regul. iur.* pignori tamen dari potest invito quoque debitore *l. grege 13. §. cum pignori in fr. de pignor. & vlt. in fr. de pignus dat. sit.* Habent enim isti aliquod ius in re invito quoque domino, propter quod possint rem illam etiam eo invito afficere: Sed extra hunc casum fieri certè nequit, ut aliena res pignori data obligetur & afficiatur, si non accedat voluntas domini. Itaque quod dicimus, ea quae emptionem venditionemque recipiunt, etiam oppignorationem recipere: sic intelligi omnino debet, si termini sunt habiles, nec quicquam magis obster oppignorationi, quam venditioni. Nec eò minus tamen damus contrariam actionem pignoratitiam creditori contra debitorem, quia alienam rem pignori dedit *l. si rem & d. l. tutor §. 1. in fr.* non quia pignus valuerit ex quo actiones pignoratitiae directa & contraria nasci solent, sed quia re ipsa deceptus est creditor, cui per eiusmodi pignus nullomodo cautum fuit, siue animum decipiendi debitor habuerit, siue non habuerit, id est siue alienam rem debitor sciuerit, siue ignorauerit. Non enim magis decipi potest creditor, quam si pignori accipiat rem à debitore tanquam debitoris propriam, quae tamen quod aliena esset, pignori dari non potuerit. Voluntatem igitur domini accedere omnino necesse est, ut pignus valere possit ut in *l. petenti 27. in fr. l. que praedium 6. & l. pen. & vlt. C. si alien. res pignor. dat. sit.* Et si enim non facit accedens voluntas domini, ut eò minus verum sit, alienam rem pignori datam esse, facit tamè ut perinde haberi pignus debeat, ac si

à domino ipso datum fuisset, cum & nuda voluntas domini sufficiat ad rem suam pignori obligandam *l. 1. in fr. & nemo dubitet quoniam etiam pro alieno debito rem suam obligare quilibet possit.* Idque adeo verum est, ut interdum sola domini scientia sine expressa voluntate in eam rem sufficiat, si modò per dissimulationem tacuisse probetur, quia dissimulatio illa carere dolo non potest *l. 2. C. si alien. res pignor. dat. sit. l. mulier 11. C. de distr. act. pignor. l. si sine voluntate 5. C. ad SC. Velleian.* Denique volenti nunquam fit iniuria *l. in diem 9. §. 1. de aqua & aqua plu. arcend.* Idcirco autem maximè rem alienam pignori dare prohibetur, ne iniuria dominus afficiatur si invito vel in scio eores ipsius obligetur.

a. Sed & si pignus ante eam sit. RAT. DV B. Quod ab initio non valet, ex postfacto conualescere non potest *l. quod initio 29. de regul. iur.* Atqui pignus rei alienae ab initio non valet, ut proxime diximus. Ergo nec per subsecutam domini ratihabitionem potest conualescere: Praesertim cum ratihabitionem non possit meum facere negotium, nisi illud demum quod meo nomine gestum est *l. si pupilli 6. §. sed si ego in fr. de negot. gest. P*onimus autem datam fuisse pignori rem alienam à non domino firmum negotium gerente, non negotium domini. Quid ergo facere hic ratihabitionem potest? DE C. Ratihabitionem in omnibus iis quae à voluntate ratum habentis dependent, mandato aequiparatur *l. vlt. C. de SC. Macedon. l. 1. §. sed & si quod in fr. de vi & vi armat. l. donationes quas parentes 25. C. de donat. int. vir. & vlt. or.* Atqui certum est mandato domini praecedente posse rem alienam oppignerari, haud aliter quam si in datione ipsa pignoris voluntas domini interueniret. Nec enim res haec ex earum numero est, in quibus necesse sit voluntatem in ipso negotio interuenire, aut praecedere ut in specie *l. si quis mihi 25. §. in fr. de acquir. hered. sed sufficit, ut vel praecedat, vel in ipso negotio interueniat, vel post perfectum demum negotium.* Ratio enim praecipua propter quam exigimus voluntatem domini, quod ius aliena res pignori datur, illa est, ut supra diximus, quod non alius quam dominus afficere rem ipsam possit, quodque aliter posito iure esset in potestate cuiuslibet alienam rem pignori dando, veri domini ius reddere: quod manifestam vtiq; haberet iniuriam. Atqui nulla fit iniuria ei qui semel voluit, aut qui nunc tandem velit *l. in diem 9. §. 1. de aqua & aqua plu. arcend.* Nihil ergo hac parte refert, an mandatum praecesserit domini, an ratihabitionem subsecutur. Nec tam viciosum est pignus rei alienae datum ignorante domino, quam inualidum defectu potestatis ex parte dantis, faciliusque est, ut quod ab initio fuit inualidum ex postfacto confirmetur, puta si quid accidat, quod causam & rationem inualiditatis perimat ut in specie *l. adoptio non iure facta 38. sup. de adop.* quam ut id quod ab initio viciosum fuit, de quo solo supradicta iuris regula loquitur, quamvis generalius eam ab interpretibus vulgò intelligi non ignorem. Difficilius enim est, ut tollatur vicium quod inest actui subsistente nihilominus actu, quam ut inualiditas emendetur *l. quoties 6. sup. qui satisd. cogant.* nisi cum ab ipsa lege vicium tollitur, ut in *l. de cond. inst. aur. à praetore ut in l. que sub condicione 8. eod.* Et aliud est fieri quid viciosè, aliud verò fieri inutiliter *leg. cum viciosè 25. in fr. de pignor.* Sed & sic eam accipi debere probabile est, ut id quod ab initio non valet, solo tractu temporis non conualescat, ut explicat regula iuris pontificij, possit tamen conualescere, si quid ad tractum temporis extrinsecus

accedat,

accedat, quomodo ponimus hic accedere ratihabitionem domini, qui ipse ab initio rem suam pro alieno debito pignoratè utique potuisset *l. si fundus 16. §. 1. in fr. eod. ill. tit.* Vbi obseruandum est quod Marcianus ait, Ratihabitionem hanc facere, ut recurrat pignus ad id tempus quo de pignore conuenit, id est ut pignus quod ab initio reuera fuit inutile, perinde habeatur, ac si ab initio fuisset vtile ob accedentem domini voluntatem, quod haud dubiè sic accipiendum est, ut in praedictum eius tantum qui ratum habuit hoc obtineat, non etiam in praedictum caterorum, si qui forte medio tempore cum eodem debitore cotraxerint, idemque pignus acceperint. Alioqui non potest in pignore potior esse iureis, qui prior quidem tempore, sed non prior bene rectèq; pignus accepit. Nihil enim penitus in-

1 ¶ Si pluribus res simul pignori detur, aequalis omnium causa est.

Ad §. 1. Si pluribus.

RAT. DV B. Qui res suas pluribus obligant, incurunt crimen stellationatus, si scientes id faciant, quoniam eadem res pluribus obligari non potest, nisi vtiq; debito exsoluendo pignus sufficiat *l. tutor 16. §. contrariam in fr. l. si quis in pignore 36. §. sed est quis in fr. hoc tit. l. & que nondum 15. §. qui res suas in fr. de pignor.* quoniam cum res vni obligata est, non potest obligari alteri, quin prioris creditoris ius quodammodo laedatur, aut minuatur: idè que secundus creditor priori offerre cogitur, ad confirmandum pignus suum *l. prior quidem 5. C. qui potior in pignor. hab.* Ut intelligamus inutile esse & infirmum pignus, secundo loco datur, nisi confirmetur per pignoris liberationem à priore creditore *d. §. qui res suas l. diuersis 8. Cod. qui potior in pign. hab.* Ergo non potest esse verum, quod Paulus hic scribit, si pluribus res simul pignori detur aequaliter omnium causam esse. Qui enim fieri potest, ut pluribus eadem res pignoretur, quin vni detur potius quam alteri? Nec enim nominari omnes simul possunt, & qui priore loco nominatus est in conuentione pignoris, praefendus ceteris videtur *leg. generaliter 24. §. quid ergo si pluribus in fr. de fideic. libert. l. quoties 34. sup. de usufr. l. si quis habens 24. in fr. qui & à quib. manum. l. qui soluendo 60. de hered. inst. in fr.* Accedit quod privilegia creditorum non ex tempore aestimantur, sed ex causa *l. privilegia 32. in fr. de reb. auctor. ind. possid. aliis l. 18. de privileg. credit.* Quomodo igitur fieri potest, ut par & aequalis omnium causa sit, si creditores sint diuersi tituli, quorum alter altero favorabilior esse videatur? DE C. Multum interest an simul & pariter eadem res pluribus pignori detur, ut in hoc

2 ¶ Si per creditorem steterit, quominus ei soluatur: rectè agitur pignoratitia.

Ad §. 2. Si per creditorem.

RAT. DV B. Non competit actio pignoratitia debitori, nisi soluto prius omni debito *leg. si rem 9. §. omnis pecunia & leg. solutum 11. sup. hoc tit.* Atquin etiam si per creditorem steterit, quominus ei soluatur, non eò magis tamen verum est, solutam esse pecuniam. Non enim sola oblatio quamuis in iudicio facta, sed obsignatio illa est, quae solutionis vim obtinet *leg. obsignatione 9. Cod. de solut. l. acceptam 19. Cod. de vsur.* Ergo ad pignoratitiam inducendam non sufficit, ut per creditorem steterit, quominus ei solueretur, si non praeterea illud concurrat, ut recur-

Tom. III.

terest, an viciosè ac inutiliter pignus datum sit, an nullomodo *d. l. cum viciosè l. 2. de auctor. tutor.* Nec ratihabitionem potest vnquam retrahi in praedictum iuris interim quaesiti tertio, quia hoc casu medium est inhabile, quod impedit conuentionem extremorum, ut bene hic Bartolus docet *ex l. si parte 19. §. si per fundum in fr. quem adm. seruit. amitt. l. potior 11. §. si colonus in fr. qui potior in pign. hab. l. pen. in fr. rat. rem haber.* Et si autè ratihabitionem non potest meum facere negotium, quod non meo nomine gestum est, ut ex eo negotio actionem habeam negotiorum gestorum, mihi tamen nocet quantum ad hoc, ut pignus quod fuerat inualidum confirmetur *d. l. si fundus 16. §. 1. in fr. de pignor.* Facit enim, ut qui rem meam pignori dedit, nulla me iniuria affecisse videatur *d. l. in diem §. 1. de aqua & aqua plu. arc.*

§. an diuersis temporibus, ut in *d. l. diuersis.* Priore casu valet datio pignoris, & quidem ita, ut par sit & aequalis omnium causa, nec prius vni quam alteri res obligata esse creditur, licet alios ante alios & nominari & scribi necesse sit, quia in conuentionibus ordo nullus est *l. quidam 14. de pecul. legat.* Magisq; inspiciendum est, quid actum quam quid dictum sit, aut scriptum *leg. semper in stipulationibus 34. de regul. iur.* Id autem proculdubio agitur, cum vna eademque res pluribus simul pignori datur, ut par omnium causa sit, nec alter alteri praefertatur, nec si favorabilior crediti causam vnus habeat, quam alius. Nam quod supra obiecimur, privilegia creditorum non ex tempore aestimari, sed ex causa ad chirographarios creditores pertinet, non etiam ad pignoratitios, in quibus è contrario ita ius est, ut qui prior est tempore sit etiam potior iure *dict. leg. prior leg. 2. & pass. Cod. qui potior in pignor. hab.* ac proinde ut qui pares sunt tempore, sint etiam pares iure, nisi cum ex aliqua iusta causa ius praedictionis etiam posteriori creditori dandum est contra priorem. Id enim contingit interdum *leg. assiduis 12. eod. tit. leg. interdu 5. in fr. eod. ill. tit.* sed ita demum si alius anterior sit, alius posterior. Nam inter eos qui simul & pariter idem pignus acceperunt, vix est ut praedictioni locus esse vnquam possit, cum ex omnium consensu & voluntate pignus eodem tempore accipiat, nec fieri possit, ut hoc casu vnus ex creditoribus pecunia saluam faciat alieni pignoris causam, nec quicquam vetat plures habere, simul eandem rem obligatam pro aequis partibus itemque in solidum prout actum est inter contrahentes *l. si debitor 10. l. si fundus 16. §. si duo in fr. de pignor.* vbi latius dicemus.

stante creditore pecunia deposita & obsignata sit, quomodo aperte scriptum est in *l. nec creditoris 10. & l. vitim. Cod. hoc tit. iunct. leg. tutor pro pupillo 28. in fin. in fr. de admin. tutor.* DE C. In omnibus causis pro facto accipitur id, in quo per alium mora sit quominus fiat *leg. in omnibus 39. de reg. iur.* Ergo solutio à debitore oblata, & sine causa à creditore recusata, pro facta haberi debet, & consequenter inducit pignoratitiam actionem, per quam possit cogi creditor, ut pignus reddat, dummodo duret oblatio, & perseueret etià in iudicio: Alioqui non videtur oblatio quod non durat oblatio, sicut nec obsignatio.

MMm 3

quod non durat obfignatum, neque in rem verfum, quod non durat verfum *l. si pro patre 10. §. verfum inf. de in rem vers.* Porro sola oblatio etiam in iudicio tantum facta fufficeret, vt quamuis male ac præmatu- re instituta effet pignoratitia, ritè tamen instituta videretur *d. l. si rem 9. §. vlt. supr.* Idem ergo est multo magis si ante iudicium facta sit oblatio, quæ etiam in iudicio perseverauerit. Non enim potest debitor minus iuris habere ob id, quod extra iudicium obtulit, quam si nihil obrulisset. Sed perseverantia in offerendo, vt dixi, hoc casu requiritur, quæ tamen non requireretur, si ante acceptum iudicium, secuta oblationem esset obfignatio & depositio. Pignus si- quidè hoc casu liberatum intelligeretur, non minus quam solutione *d. l. nec creditores 10. §. l. vlt. c. hoc tit.* Et omnino ita est, vt si de sola mora vel inducenda vel purganda tractetur, fufficiat congruo loco & tempore factam esse oblationem, & à creditore sine causa recusatam *l. si servus 91. §. sequitur de verb. oblig. l. qui decem 72. in princip. & §. 1. de solut.* Verum enim est hoc quoque casu per creditorem fterisse, quominus si solueretur, & hodie quoque stare agente pigno- ratitia debitore. At cum oblationem obfignatio & depositio secuta est, non tantum ad inducendam vel purgandam moram id prodest, sed etiam ad in-

3 ¶ Interdum & si soluta sit pecunia, tamen pigneratitia actio inhibenda est: veluti si creditor pignus suum emerit à debitore.

Ad §. vlt. Interdum.

RAT. DVV. Actio pignoratitia nascitur ex totius debiti solutione *l. si rem 9. §. omnis pecunia supr.* vbi additur ad inducendam pignoratitiam fufficere, vt creditori quoquomodo satisfactum sit, nec alia id de causa, quam quia satisfactio solutionis loco est, vt ibi diximus *ex l. satisfactio 52. inf. de solut.* Ergo nullus casus interuenire potest quo inhibenda sit hypo- thecaria post factam totius debiti solutionem. DEC. Regulariter quidem ita est, sed interdum tamen euenire aliter potest, vt licet debitum totum solu- tum sit, inhiberi tamen pignoratitiam oporteat, vt in specie quam hîc exempli causa Paulus ponit. Si creditor pignus suum emerit à debitore. Hoc enim casu is qui creditor erat, fit debitor precij pro pigno- re vendito conuenti, & ita cum diuersis respectibus debitor fit & creditor, compensatio facienda nec- cessario est ad concurrentem vsque quantitatem: Cuius compensationis potestate fit, vt & debiti & precij solutio vtrique facta intelligatur, ac proinde vt creditori auferri res obligata non debeat, quam non iam pignoris vt antea, sed emptionis ti- tulo cœpit possidere. Cumque per eam emptionem factus sit dominus, etiam citra vllam traditionem, quia rem emptam & iure pignoris à domino tradi- tam penes se habuit *l. quæ ratione 9. §. interdum de ac-*

21. IDEM libro 6. Breuium.

DOMO pignori data, & area eius tenebitur. est enim pars eius. & contra, ius soli sequitur ædificium.

Ad l. Domo 21.

RAT. DVV. Aliud est domus, aliud area, vt ne- mo non videt, sicut & aliud est materia ex qua nauis

ducendam totius debiti ac multo magis pignoris li- berationem *d. l. nec creditores & d. l. vlt. l. si per te non fiat 9. d. l. acceptam 19. C. de vsur. d. l. obfignatione 9. C. de solut.* Neque hoc casu perseverantia vlla in offerendo exigitur. Quod enim iam pro soluto habetur, cur iterum à debitore quasi adhuc debitum offeratur? Intereft itaque an debitor agens, aut acturus pigno- ratitia, pecuniam debitam obtulerit duntaxat, an verò etiam deposuerit oblatam & obfignauerit, non quidem quod ad inducendam pignoratitiam (ad hoc enim fufficit per creditorem ite esse, quo- minus ei solueretur, vt scriptum est in hoc §.) sed quantum ad hoc, vt pignus liberatum dici possit. Plus enim est, liberatum esse pignus, quam compe- tere pignoratitiam, quæ scilicet interdum potest competere prius etiam, quam pignus liberatum sit, quemadmodum & è contrario interdum & si soluta sit pecunia, tamen pignoratitia actio inhibenda est, veluti si creditor pignus suum emerit à debitore, vt subiicitur in *vers. seq.* qui cum hoc ita coniungendus videtur. Non est igitur verum quod Accursius hîc notat, oblationem solam non fufficere ad indu- cendam pignoratitiam, nisi depositio, & obfignatio sequatur.

quir. rer. domin. An non esset absurdum cogi eum rem factam suam reddere debitori, à quo possidet. te vindicare illam posse? Nam si etiam Publiciana actioni obstat exceptio iusti dominij *l. pen. & vlt. sup. de Public. in rem act.* quanto magis obstat pignora- titiæ? Idemque iuris est, si pignus, vt plerumque fit, non venditum, sed in solutum creditori datum sit, aut additum vt in *l. à Diuo Pio 15. §. si pignora inf. de re iudic. l. 1. c. si antiq. credit. pign. vendid.* Nam & hic con- tractus vicem venditionis obtinet *l. si prædium 4. C. de evict.* Denique toties inhibenda est pignoratitia etiam soluto debito, quoties per solutionem, aut potius per actum solutioni similem dominium pi- gnoris ad creditorem pertinere cœpit, ex causa & iure superueniente finisque pignoris initium fuit ac- quirendi dominij creditori, potest enim creditor à debitore pignus emere, quia in dominio remanet debitoris *l. rescriptum 12. in princip. inf. de distr. pignor.* Nec aliud admittendum puto, si alia de causa inter- fit creditoris pignus liberatum retinere, puta ob chirographariam pecuniam ex *tit. C. etiam ob chirogr. pecun. pign. retin. poss. dixi ex causa & iure superueniente* quia creditor conuentus pignoratitia non aliter posset referre quæstionem dominij, sicut nec con- ductor *l. si quis conductionis 25. C. de locat. l. si pignore 22. §. si prædo inf. l. commodare 15. & seq. supr. tit. prox.*

compacta est, aliud nauis ipsa. Ergo si domus pigno- ri data & exusta sit, area eius non tenebitur *arg. leg. si conuenierit 18. §. si quis cauerit supr.* DEC. Area pars do- mus est & quidem maxima, cui etiam superficies ce- dit, vt

dit, vt inquit idem Paulus noster in *leg. qui res 98. §. aream in fin. de solut.* Nec subiaceret area ædibus quo- modo mare nauibus, id est tanquam quid separa- tum, sed tanquam pars inferior superiori *l. solum 49. supr. de rei vindic.* Ergo pignori data domo etiam area tenebitur, sicuti legata insula, si ea combusta esset, area nihilominus vindicari posset *l. si grege legato 22. in fin. de legat. 1.* E contrario siue area sola pignori da- ta sit, siue domus tota, quæ postmodum exusta sit, & ad aream redacta, & in area ædificatum postea sit,

tota domus pignoris vinculo tenebitur, quia & na- turali & ciuili ratione superficies cedit solo *l. Paulus 29. §. domus iunct. l. si fundus 16. §. si res inf. de pignor.* Ius enim pignoris hoc casu sequitur ius dominij tan- quam ab eo dependens. Quod cum euenit, faten- dum est, quemadmodum id, quod ex re mea super- est, meum est *d. l. solum §. 1.* Ita & quod ex re mihi obligata superest mihi obligatum esse. Iunge quæ scripta ad *d. §. si quis cauerit d. l. 18. supr. & ad l. 3. §. vlt. supr. quib. mod. v. usufr. amitt.*

22. Vlpianus libro 20. ad Edictum.

SI pignore subrepto furti egerit creditor: totum, quidquid percepit, debito eum imputare Papinianus confiteretur. & est verum, etiam si culpa creditoris furtum sit factum. multo magis hoc erit dicendum in eo, quod ex conditio- ne consecutus est. Sed quod ipse debitor furti actione præstitit creditori^b, vel condicione^c: an debito sit imputandum, videamus. & quidem non oportere id ei restitui, quod ipse ex furti actione præstitit, peræque relatam est, & tradi- tum. & ita Papinianus libro nono quæstionum ait.

Ad l. Si pignore 22.

RAT. DVV. Creditor pignoratitius cui pignus subreptum est, habet furti actionem suo nomine. Ideo enim furti agit, quia ei expedit pignori incum- bere, potius quam in personam debitoris agere, quantumuis debitor idoneus proponatur, vt ait *Iu- stin. in §. vnde constat Inst. de oblig. quæ ex delict. nascunt.* Nec tamen creditor tenet duntaxat creditoris inter- est, sed in solidum, id est quanti pignus est, quia id quod debitum excedit, actione pignoratitia debi- tori præstare cogitur *l. creditoris 15. l. creditoris 87. inf. de furt.* Ergo quod actione furti creditor ab extraneo consecutus est, neque debitori restituere, neque de- bito imputare, quod efficitur idem est, debet. Præ- fertim verò si proponas furtum creditoris culpa, quod sæpius euenit, factum esse. Nam cum creditor pignoratitius teneatur, non tantum de dolo & lata culpa, sed etiam de leui *l. si cum venderet 13. §. 1. supr. l. 5. §. nunc videndum 1. supr. tit. prox.* vti que periculo & damno eius cederet, si neque fur neque furtum ad- prehendi vsquam potuisset, aut si fur inops & non soluendo fuisset. Atqui secundum naturam est, vt eius damnum & periculum est, eius sit etiam lu- crum *leg. secundum naturam 10. de regul. iur. l. vnic. §. pro secundo in fin. C. de caduc. tollend.* Ergo quod actione furti creditor consecutus est, maxime qui in culpa fuit, lucro eius cedere debet, nõ debitoris, (sic enim verba hæc Vlpiani explicari debent *etiam si culpa cre- ditoris furtum sit factum.* non quomodo Accursius post Azonem explicat. Quasi propter culpam, de bito- rem à debito cadere oporteret, quod est ridiculum *arg. l. eum qui 14. §. is autem & seq. inf. de furt.*) Quem- admodum de commodatario, cui furtum factum fuit, scriptum est in *l. vlt. §. sed cum in secundâ C. de furt.* & de conductore in *l. is qui rem 6. inf. locat.* Cur non enim magis faueam^a creditori, qui verè pignus pos- sidet quantum ad omnes causas excepta vlucapione *l. serui 16. inf. de vsucap.* quam commodatario & con- ductori, qui nullo modo possident, sed tantum sunt in possessione: Quod longè diuersum est *l. si quis ante 10. iunct. l. 3. §. sed si is qui 20. de acquir. poss. l. certe 6. §. is qui rogatus inf. de precar.*

DEC. Pignus non datur creditori ea mente, vt ex

eo lucrum aliquod faciat, cum nec eo vti possit in- scio debitore citra furtum *l. si pignori 54. in princip. inf. de furt.* sed tantum, vt ei cautum sit & consultum, leg. si mandatu 59. §. vlt. inf. mandat. l. 4. §. additi de fideic. li- berr. Nihil ergo interest creditoris vnde suum debi- tum consecutus sit, & qua actione an furti, an ea po- tius qua debitor tenebatur, & an à fure an à debito- re. Vbi enim consecutus est, iam eius interesse desit: Eiporò cuius nihil interest, neque actio danda est neque exceptio *l. 3. §. 1. inf. de verb. oblig. l. stipulatio ista 38. §. alteri eod.* Neque quod eius damno & periculo res cedere poterat, si per ipsius culpam furtum fa- ctum fuisset, ad rem facit. Nam nec illum damnum sensisse videri posset, si quod ex culpa sua sensisset *vulg. l. quod quis 203. de regul. iur.* Nec rursum bona est hac parte damni & lucri comparatio. Damnum enim sentiret ex culpa sua, lucrum verò ex culpa & delicto furis, quod iniuquum esset. Nec enim pœna vnus, lucrum & præmium alterius esse debet *leg. si sequens 15. in princip. inf. de s. c. Silan.* Denique alia ra- tione datur actio furti creditori pignoratitio, aliâ verò & commodatario & conductori. Pignoratitio creditori datur idè tantum, quia eius interest pi- gnori incumbere potius quam in personam agere, vt diximus *ex §. vnde constat Inst. de oblig. quæ ex delict. nascunt.* Quæ ratio èd tantum pertinet, vt furti agere suo nomine creditor possit, non etiam vt ea actione quicquam lucrari supra debitum suum possit, quia vltra quæritatem debiti nihil eius interest, nisi quod superfluum totum per actionem pignoratitiam de- bitori restituere cogitur *d. l. creditoris.* Est enim credi- tor in pignore quasi procurator debitoris, cuius longè magis interest subreptum pignus non esse, cuius est dominus, quam creditoris qui custodiam tantum pignoris habet, non etiam vllum nedum do- minium *l. si pignori 29. in fin. supr. Famil. ercisc.* At com- modatario & conductori datur actio furti non tan- tum proprio eorum nomine, sed etiam ad solam ipsorum vtilitatem, tanquam quorum interfit; pro- pria quadam ratione, quia per furtum rei commo- data, vel locata amittunt vsum quem habebant, & commodum quod habent etiam hodie si furtum factum non fuisset. Est enim furtum interuersio non

dominij, sed vsus tantum vel possessionis leg. 1. §. vlt. *infr. de furt. l. qui iumentis 40. eod.* Nec igitur eadem ratio est condemnandi commodatarij, vel conductoris, vt quod per actionem furti ab extraneo fure consecutus est, reddere debeat commodatori vel locatori. Alioqui nullum ex furti actione commodum isti sentirent, qui tamen furtum proprio nomine quamuis in re aliena passi fuissent, furtique actionem suo quoque nomine exercuissent. Ergo in depositario, & in eo cui res vendenda datur, idē dicendum est, quod in creditore pignoratitio, quia non magis illi quam iste vsus vllum habere poterant rei subreptæ, quin hoc ipso furtum facerent, vt bene hinc Bartolus notat: vide tamen quod paullo aliter scripsi in *error. 1. decad. 81. de error. pragmat.* In actione legis Aquiliae si seruus pignori datus occisus sit idem ferè iuris est *l. qui occidit 30. §. 1. supr. ad leg. Aquil.* sed in vtili duntaxat de qua ibi Paulus, non in directa: nam directa soli domino competit *leg. item Mela 11. §. legis autem l. liber homo 13. in princip. & §. si seruus eod. tit.* Creditor autem pignoratitius nunquam eodem tempore & creditor & dominus esse potest *leg. penult. §. 1. ad fin. infr. de except. res iudic. leg. neque pignus 45. de regul. iur.*

a *Multo magis hoc erit dicendum.* R A T. D V B. Condictio furtiua non datur nisi domino *l. 1. supr. de condit. furt.* Atqui creditor pignoratitius nunquam dominus esse potest, quando creditor manet, vt proximè diximus. Ergo nec condictione furtiua contra furem experiri potest, vt proinde superflua & otiosa sit quaestio, an quod creditor ex condictione consecutus est, restituere debeat debitori. D E C. Non omnis conditio, quæ contra furem datur, quamuis ex causa furti furtiua est, quæ semper certi est conditio *leg. certi conditio 9. §. 1. supr. de reb. credit.* sed aliquando datur etiam conditio incerti, non ad rem ipsam furtiuam, sed ad id quod interest eius qui furtum passus fuit *l. & ideo 12. §. vlt. supr. de condit. furt.* vbi hæc ipsa species tractatur de subrepta re, quæ pignori data fuerat. Dicitur autem conditio incerti, quia id quod interest, quod per eam petitur, semper incertum est, quoniam in facto non in iure consistit *l. quatenus 24. de regul. iur. l. vlt. de stipulat. prator.* Res autem furtiua ipsa semper certa est, (nec enim incertum potest esse corpus quod subripitur *l. certum 6. supr. de reb. credit.*) ideoque per condictionem incerti nunquam peti potest. Denique conditio incerti furtiua nulla est, vt scripsimus ad *d. l. 12. §. vlt. de condit. furt. & in error. 6. decadis 81.* Sed cur ait Vlpianus multo magis hoc dicendum esse in condictione incerti, quam in furti actione? Nempe quia conditio siue certi siue incerti etiam cum ex causa furtiua descendit, tota rei persecutoria est, nunquam poenalis. Actio autem furti tota poenalis est, ideoque difficilius videbatur, vt quod actione furti consecutus esset creditor redderet, quam vt quod per condictionem percepisset.

b *Sed quod ipse debitor furti actione præstiterit creditori.* R A T. D V B. Non debet esse melior condicio creditoris, ob id solum quod debitor ipse furtum fecerit. Quid enim refert, an à debitore ipso, an ab alio furtum factum sit, quod pertinet ad poenam dupli, vel quadrupli? Atqui si alius quam debitor furtum pignoris fecisset, ac per furti actionem creditor duplum, aut quadruplum ab extraneo fure consecutus esset, totum id debito suo imputaret. Quod autem supra debitum esset, debitori ipsi restitueret *l. creditoris 15. l. creditoris 87. infr. de furt.* Idem ergo dicendum

est, tum quoque cum debitor furtum fecit. Adde quod Bartolus obiicit, ex qua causa quarendo ab alio mihi quaris, ex ea causa obligari me tibi non posse *ex l. sed & si quid 24. §. idem Iulianus, alias l. si seruo supr. de vsu l. liber homo 11. de verb. oblig.* Creditorem ergo qui recipiendo pecuniam ab extraneo acquirit eam debitori, non posse illam à debitore exigere.

D E C. Nemo dubitat quin deterior esse debeat condicio debitoris, qui furtum ipse fecit, quamuis rei suæ, quam si alius furtum fecisset. Cum enim tam verè ac propriè furtum faciat, quam si rem alienam subripuisset *d. §. vnde constat Instit. de oblig. que ex delict. nascunt. l. in actione 19. §. pen. & vlt. eod. tit. de furt.* consequens est, vt delictum & admissum eius impunitum esse non debeat *leg. ita vulneratus 51. §. vlt. supr. ad leg. Aquil. l. Stichum aut Pamphilum 95. §. 1. de solut.* Atqui esset impunitum si quod is furti actione creditori præstiterit ab eo per actionem pignoratitiam reciperet. Non enim alienantur nummi, qui sic dantur vt recipiantur *l. qui sic soluit 55. de solut.* Vnde quod dicimus poenas dependas non repeti *l. poena 42. supr. de condit. indob. l. quod à quoquo 46. de regul. iur. l. id quod poena 74. de solut.* Neque enim essent poenæ, si soluta repeterentur. Et quemadmodum delictum quod semel admissum est, nunquam haberi potest pro non admissio. Ita neque poena quæ delicto irrogata & præstita est, haberi vnquam potest pro non irrogata, aut pro non debita: Ergo quod debitor furti actione creditori præstiterit, à creditore id ei restitui non oportet. Longèque aliud est creditorem acquirere debitori poenam, & actionem furti, quod falsum est, aliud verò id ipsum quod exegit cogi restituere per pignoratitiam actionem: quod nec Bart. ignorauit. In actione rehibitoria aliud iuris est; si Bartolo credimus *ex l. cum autem 24. §. vlt. infr. de adilit. edict.* Idque ob rationem positam in *leg. facta rehibitione 60. eod. tit. cum similib.*

c *Vel condicione.* Puto hæc verba esse interpretis, existimantis condictionem furtiuam sicuti competit creditori aduersus extraneum furem pignoris, ita & aduersus debitorem ipsum competere. Quod certè non ita est. Conditio enim incerti de qua proximè diximus, licet detur etiam non domino contra furem, attamen contra debitorem ipsum eumque dominum dari nunquam potest, non magis quam conditio furtiua, quæ ex contrario non nisi domino aduersus non dominum datur, scripsi pluribus in *error. 3. & 5. decad. 81. de error. pragmat.* vbi vide, est enim amplior tractatus, quam vt in hocce commentarios referri debeat. Et verò si proposita fuisset quaestio de eo quod creditor à debitore, eodemque fure siue per condictionem siue per actionem furti consecutus esset, consentaneum fuerat, vt ad eam quoque quaestiois partem quæ de condicione erat, responderet. Et tamen nihil aliud respondet Vlpianus, nisi quod ad furti actionem pertinet, non oportere debitori restitui quod ipse furti actione præstiterit. Obseruandum autem est, idē Vlpianum Papiniani autoritate niti in hac quaestione, & initio legis ita scribere *Papinianus constituitur* quoniam in hac quaestione, præsertim circa personam commodatarij Papinianus variavit, vt Iustinianus testatur in *l. vlt. §. sed cum in secundam C. de furt.* & nos monuimus in *error. 1. dicta decadis 81.* vbi plura inuenies noua nec infubtilia ad tractatum hunc pertinentia, quæ alioquin essent hic tractanda, præsertim an quod Vlpianus negat restituendum esse debitori à creditore id quod creditor ab eo actione

furti exegerit, sic accipiendum sit, vt neque debito imputari id oporteat. Aliter enim atque aliter de hoc senserunt interpretes, vt apud Accursium videtur est. Nos quid nobis videatur contra Cuiacium &

Azonem docuimus in *dict. error. 3. decadis 81.* Extat autem Papiniani sententia quæ hinc postremo loco refertur in *l. si debitor 79. infr. de furt.*

1 ¶ Idem Papinianus ait, & si metus causa seruuma pigneratum debitori tradiderit, quem bona fide pignori acceperat. nam si egerit, quod metus causa factum est, & quadruplum sit consecutus: neque restituet ex eo, quod consecutus est, nec debito imputabit.

Ad §. 1. Idem Papinianus ait.

R A T. D V B. In quadruplo quod per actionem, quod metus causa ex Pratoris edicto præstandum est, simplum continetur *l. item si cum 14. §. sed & si quis & §. quatenus leg. si mulier 21. §. qui possessionem supr. quod met. caus.* Simplum autem nihil nisi rei ablatae estimatio est, quæ scilicet succedit loco rei. Ergo quemadmodum per actionem pignoratitiam cogeretur creditor debitori pignus reddere, si per metum aut per vim ei ablatum non esset. Ita & cum per actionem quod metus causa quadruplum consecutus est à debitore ipso, cui seruum pigneratum metus causa tradidit, quem bona fide pignori acceperat, (si enim illato metu pignus accepisset, aliud dici poteret, quia nec damnnum vllum, quod ad illius edicti causam pertinet, sensisse videretur *leg. sed & partus 12. §. vlt. eod.*) dicendum est: si item simplum restituere eum debitori per actionem pignoratitiam, aut quod effectum idem est, debito imputare debere.

D E C. Quadruplum quod per actionem, quod

2 ¶ Si prædo rem pignori dederit: competit ei & de fructibus pigneraticia actio: quamuis ipse fructus suos non faciet: à prædone enim fructus & vindicari extantes possunt, & consumpti condici. proderit igitur ei, quod creditor bona fide possessor fuit.

Ad §. 2. Si prædo.

R A T. D V B. Non est nouum, vt quis ex alterius persona consequatur, quod ex sua non posset *l. Aristo 3. in fin. quo res pignor. oblig. poss. l. cum hereditate 55. de acquir. hered. l. si quis duos 29. de liberat. legat.* Atqui bonæ fidei possessor facit fructus suos omnes quos ex re aliena percipit. Interim scilicet id est quandiu fundus cuius non est *l. bona fidei 48. de acquir. rer. domin. l. qui scit 25. §. vlt. de vsu.* Ergo si bonæ fidei creditor fuit, cui alienam rem prædo pignori dedit, dicendum est prædonem ex creditoris persona consequi debere, quod ex sua non posset, vt fructus illos rei dominus neque vindicare extantes vnquam possit, neque condicere consumptos: vt proinde ei profuturum sit, quod creditor bona fide pignus rei alienæ acceperit, & possederit, nec enim dubium est, quin etiam is qui rem alienam pignori dedit pignoratitiam habeat *l. si rem 9. §. pen. supr.* tamen si debitor soluitur sit, vt Marcianus scribit in *leg. cum debitore 32. infr. hoc tit.* Atque ita Vlpianum in hoc §. sensisse vulgo putant interpretes, moti ex eo quod initio huius §. scriptum est, si prædo rem pignori dederit, competere ipsi non tantum de pignore, sed etiam de fructibus pignoratitiam actionem, exemplo scilicet actionis rehibitoria *l. cum autem 24. §. vlt. l. facta rehibitione 60. infr. de adilit. edict.* Iuncto eo quod in fine

metus causa præstandum est ei, qui vim aut metum passus fuit, etiam si contineret simplum, vt Tribonianus voluit, (aliter certè quam prudentes veteres sensisse videantur) contineret tamen per modum poenæ, quia quadrupli condemnatio vnica & indiuidua est, ideoque tota per modum poenæ irrogatur, licet non tota sit poenæ: vt scripsi pluribus in *error. 2. decadis 81.* Atqui non solent poenæ dependas repeti, vt ad huius legis initium scripsimus *ex l. poenæ 42. supr. de condit. indob. l. id quod poenæ 74. de solut. l. quod à quoquo 46. de regul. iur.* Ergo ex quadruplo quod creditor per actionem quod metus causa ab ipso debitore consecutus est, nihil restituere per pignoratitiam cogendus est, neque debito imputare. Itaque melius fecerit, si rem ipsam pignoratitiam reddat, quam ei per vim aut metum abstulerat, vt agens pignoratitia, rem ipsam recipere possit, cum estimationem quam nec pignori dedit, recipere non possit. Simile quiddam est in *leg. seruum filij 43. §. si statuliberum infr. de legat. 1.*

§. Vlpianus concludit hic verbis *Proderit igitur ei quod creditor bona fide possessor fuit.* Quod verò interiectum est *quamuis ipse fructus suos non faciet.* (sic enim legunt, non vt in *Pand. Florent. faciet*) *A prædone enim fructus & vindicari extantes possunt & consumpti condici* sic accipiunt, quasi hæc verba loquantur de fructibus à prædone ipso perceptis, siue extantibus, siue consumptis, non de iis quos à creditore pignoratitio bona fide perceptos per pignoratitiam actionem receperit, de quibus solis initio §. tractatur. Omnino malè. Sensus enim Vlpiani proculdubio ille est, vt in ea ipsa specie quam tractat de prædone qui creditori suo rem alienam bona fide accipienti dedit pignori, & fructus ab eo perceptos simul cum ipso pignore per pignoratitiam actionem recepit, prædone quidem fructus istos suos faciat, sed eos dominus vindicare possit extantes, consumptos verò condicere, perinde ac si prædo ipse eos perse percepisset, nõ à creditore accepisset. Id enim est quod Vlpianus ait *quamuis ipse fructus suos non faciet,* vt intelligamus loqui cum de his ipsis fructibus à creditore perceptis & redditis, nec esse bonam consecutionem, vt quia percepti sunt à creditore, eodemque bonæ fidei possessore non à prædone, magis eos lucri facere prædo possit. Quid enim refert, an eos prædo per seipsum & immediatè, an per mediam creditoris personam percepit? Aut quid ab-

furdius, quam existimare meliorem prædonis ob id condicionem esse debere, quod alienam rem scilicet pignori dando etiam stellationari admiserit? *l. tutor 16. §. 1. supr. iunct. l. si rem alienam 9. in princip. supr. eod.* Fateor creditorem, qui fructus pignoris rei alienæ percepit, eos nihilominus suos facere, si bona fide eos perceperit, id est putans habere se ius à vero domino remque pignori datam esse debitoris, eo nimirum iure, quo bonæ fidei possessores omnes faciunt fructus suos, etiam si à prædone aliòve quolibet malæ fidei possessore causam habeant. Nec enim mala fides dantis, malæ fidei possessorem facit eum, qui accipit. Quisquis autem accipit rem pignori, licet hoc ipso sciat se rem alienam possidere *l. pignori 14. de vfu cap.* quia rem suam propriam pignori habere non potest *l. neque pignus 45. de regul. iur. l. pen. §. 1. ad fin. de except. rei iudic.* non eò minus tamen bonæ fidei possessor dicendus est si modò credat debitorem a quo pignus accepit, esse dominum, quia percipit eos ex domini voluntate *l. si servus 61. §. locavi infr. de furt.* Quomodo enim malæ fidei possessor dici potest is, qui ius habet à domino, aut ab eo quem errore probabili dominum esse arbitratur? *l. si quis cum sciret 8. infr. pro emptor.* Nec tamen consequens est, ut eos fructus creditor lucretur. Nam neque alius quilibet bonæ fidei possessor facit suos absolutè, sed interim, ut ait *d. l. bonæ fidei*, id est donec consumpti sint aut vfu capti. Consumptos enim, aut vfu captos lucretur *l. 4. §. post litem supr. fin. regund. d. l. 4. §. lana de vfu cap.* Extantes verò nec vfu captos domino restituere officio iudicis cogitur, ut tractat *Instit. de offic. iudic. Instit.* Creditor autem quamvis bonæ fidei possessor in hoc deterioris conditionis est, quam ceteri bonæ fidei possessores, quod etiam consumptos bona fide fructus quos ex pignore percepit, in debiti fortem imputare cogitur *l. 1. 2. 3. & pass. C. hoc tit. ne eos vilo casu lucretur, ne quidem eos qui soluto per eiusmodi imputationem debito superant, quippe quos actione pignoratitia restituere cogitur, non solum si consumpti sint bona fide, sed etiam si extent quocumque tempore eos possederit, quia vfu capere illos nullo tempore potest, nec quominus eos restituat præscriptione temporis etiam longi vlla se defendere *d. l. 1. & l. vlt. C. hoc tit.* non modò, quia vfu capere non potest creditor, qui scit se alieno nomine possidere, ut diximus ex *d. l. pignori*, sed etiam quia nec possidere intelligitur, quod ad vfu captionis causam pertinet *l. serui nomine 16. eod. tit.* Sine possessione autem nulla procedere potest vfu capio *l. sine 25. eod.* Vtrumque autem hoc, ut creditor fructus quos percepit, non lucretur, sed debito imputet, quamvis consumptos, superfluos autem siue extantes siue consumptos restituat, ex eo fonte proficitur, quod non facit fructus suos, nisi ex domini eiusdemque debitoris voluntate, quæ sicut illa est, ut creditor, quamvis sciens rem alienam fructus suos faciat, ita nec illa vnquam est, ut creditor fructus vilo casu lucretur: neque enim pignus datur creditorie mente, ut aliquod ex ipso lucrum faciat, sed tantum, ut sibi suæque indemnitati cautum habeat, nisi cum antichresis contracta est aut expressa ut in *l. si pecuniam 33. infr. l. si is qui 11. §. 1. infr. de pigor. l. si ea pactione 14. l. si ea lege 17. C. de vsur.* siue tacita ut in *l. cum debitor 8. infr. in quib. caus. pign. vel. hypoth. tacit. contr.* Solutio enim per priorem fructuum imputationem toto debito, consequens est, ut creditor qui hoc ipso creditor esse desit, nullam percipiendorum reliquorum fructuum quos*

postea percepit, causam habuerit. Et creditoris bona fides, quæ ex crediti acceptique bona fide pignoris iure pendebat, extincto credito finitoque pignore statim evanescit. Quod in ceteris bonæ fidei possessoribus diuersum est. Qui ergo fieri potest, ut prædoni ad lucrandos fructus prodesse debeat, quod creditor bona fide possessor fuit, qui nec si debitor dominus fuisset, fructus tamen ipsos lucraretur? Ita namqueposito iure, melior esset condicio prædonis, qui mala fide alienam rem pignori dedisset, quam creditoris, qui bona fide accepisset, qui que reuera bonæ fidei possessor fuisset. Et hæc vera decidendi ad hunc §. ratio est, cum aliis iam supradictis coniungenda. Non proderit igitur prædoni, quod creditor bona fide possessor fuit, quomodo in fine huius §. addita negotiatione legendum est, aut totus hic versiculus imperito interpreti adscribendus, malè inferentis ex superioribus contra quam Vlpianus senserit sicut & in *l. debitor 59. infr. ad SC. Trebell.* malus quidam interpres totum illum versiculum adiecit *remanet ergo propter pignus naturalis obligatio*, ut pluribus docui in libris coniect. Fit autem probabilior hæc nostra emendatio ex eo, quod proximè monuimus verba illa post initium huius legis posita *vel conditione* esse interpretis, nec sibi temperasse malum interpretem, si non is potius Tribonianus fuit, quin Vlpiani sensum & verba corrupit. Accursium verò & interpretes fecerunt vulgata lectio, quæ sic habet *quamvis ipse fructus suos non facit*, aut ut alij legunt *faciat*, cum tamen legendum sit ut in Florentinis *faciat*. Cæterum si debitor qui à prædone pignus accepit, possessor malæ fidei fuisset, id est si rem pignoratam alienam esse sciisset, utique non faceret fructus suos, ne quidem interim, ut nec alius quilibet malæ fidei possessor. Cur enim plus iuris haberet, qui alienam rem sciens pignori accepisset, quam qui emisisset? Siquidem pro alieno possidet, qui pignus accepit, dicitur *leg. pignori* pro suo autem qui rem emit *leg. 3. §. genera possessionum infr. de acquir. poss. leg. 2. Pro sua.* At cum creditor bona fide possessor fuit, licet rem suam non esse sciat, sed debitoris sui esse putet, facit fructus suos, ut faceret alius quilibet creditor: cum tamen eos non lucretur, perinde restituere debet prædoni, atque restituere ei teneretur, qui aut bona fide rem alienam aut rem suam pignori dedisset. Dices, Atqui restituendo fructus quos suos fecit, transfert dominium eorum in prædonem ex *l. traditio 20. de acquir. rer. domin. l. clauibus 74. de contr. empt.* Quæ ergo ratione fieri potest, ut dominus eos vel extantes vindicet vel consumptos condicat? Nemo enim vindicare potest, nisi id quod suum dicere possit *l. Quintus Mucius 27. §. argento de aur. & argent. legat. l. in rem 23. & pass. supr. de rei vindic.* Neque condicere etiam prædoni, nisi is qui dominus fuit *l. si vrbana 55. in fin. supr. de condic. indeb.* Sed respondendum est, fructus quos creditor idemque bonæ fidei possessor prædoni restituit, non tanquam prædoni acquisitos, sed tanquam ei debitos per actionem pignoratitiam restitui, nec id aliquo dominij iure, sed sola conuentionis potestate: Proinde non esse consequens ut prædo, idemque debitor eos fructus sibi restitutos retineat, quasi acquisitos ab eo qui fuit ipsorum dominus, cum eadem iuris & æquitatis ratio, quæ fauebat creditori, ut suos faceret, nempe quod bona fidei possessor esset, eadem noceat prædoni, ne possit illos sibi acquirere, quia malæ fidei possessor est, nec interumpitur malæ fidei pos-

dei possessio prædonis eiusdemque debitoris per bonæ fidei possessionem creditoris, cum non tam creditor ipse possideat, quam prædo debitor per mediam creditoris personam: Aliud nempe est possidere, aliud verò alieno nomine possidere *l. quod meo 18. de acquir. poss. sicut & aliud est possidere, aliud verò esse tantum in possessione l. si quis ante 10. eod.* Denique deficiente bona fide eius qui fructus percipit, non ad alium pertinere fructus possunt, quam ad dominum, quia non iure seminis percipiuntur, sed iure soli *leg. qui scit 25. §. 1. de vsur.* Et tamen fructus percepti à creditore, qui bona fide possessor pignoris fuit, eoque iure fructus percipiendo suos citat, extenuant debitum prædonis, & creditori in solutionem fortis imputantur *d. l. 1. 2. 3. & vlt. Cod. hoc tit.* Non enim plus iuris habere potest creditor non imputandos fructus pignoris, quod à prædone accepit, quamvis bona fide, quam si à vero domino aut à bonæ fidei possessore idem pignus accepisset. An ergo ad vulgaram lectionem retinendam dicemus cum Accursio, hæc tamen prodesse prædoni, quod creditor bona fide possessor fuit, ut extenuent debitum? Minimè verò. Nam ne bonæ fidei possessori, idemque debitori id prodesse possit. Cum enim locupletior fiat debitor quisquis à creditore suo liberatur *l. si pupilli 66. in fin. de solut. l. species 11. de acceptilat. & quidem iustissimo acquisitionis genere, cum extincta semel obligatio reuiuiscere nunquam possit l. qui res 98. §. arcam de solut.* apparet non posse dici eò imptos fructus ex quibus solutum sit creditori, quatenus nec extent: ideoque etiam à bonæ fidei possessore restitui debere, quia in corpore patrimonij retinentur *l. idem seruandum 72. de legat. 2. l. sed est*

3 ¶ Si post distractum pignus debitor, qui precario rogauit, vel conduxit pignus, possessionem non restituat: contrario iudicio tenetur.

Ad §. 3. Si post distractum.

RAT. DVV. Iudicium contrarium pignoratitium non datur creditori pignoratitio si non eius interest. Agitur enim in contrariis iudiciis omnibus de calculo *leg. furri 6. §. vlt. supr. de his qui notant. infam.* id est quantum ex bona fide actori prestare æquum sit *l. ei qui 5. infr. de posit.* Atqui post distractum à creditore pignus, nihil iam interest creditoris qui soluto ab emptore precio debitum suum consecutus est, qui que vendendo fecit emptorem dominum *leg. 4. supr. l. qui à creditore 18. C. de distract. pignor.* Ergo non est ei dandum pignoratitium iudicium contrarium, nec rursus emptori, qui pignus ipse non accepit. Præsertim verò cum creditor, si in rem pignoratam agere velit aduersus debitorem, qui precario rogauit, vel conduxit possessionem pignoris, possit creditor non modò hypothecariam exercere, ac pignus ipsum vindicare *leg. si fundus 16. §. in vindicatione infr. de pignor.* sed etiam interdictionem de precario, ut bene Azo apud Accursium ex *leg. 2. l. interdictionum 14. infr. de precar.* Itemque interdictionem vnde vi, quasi videatur creditorem debitor expellere, cum denegat ei possessionem *leg. vim facit 11. & seq. de vi & vi armat.* Idemque tractari potest, si post contractum pignus, & ante distractum illud debitor pignoris possessionem precario rogauerit, vel conduxerit: ut proinde nil necesse sit cum Francisco Hortomano textum hunc emendare, & pro *distractum* reponere *contractum*

25. §. consultat & pass. supr. de hered. petit. ergo restitui debent, perinde ac si extarent, non quidem vindicationis iudicio, quia in eos non potest cadere hæc vindicationis formula *hanc rem ex iure Quiritium meam esse aio*, sed officio iudicis ex quo etiam à bonæ fidei possessore percepti fructus prestantur *dist. titul. de offic. iudic. iunct. leg. nam est 13. supr. de reb. credit. l. si procuratori 14. in fin. de condic. caus. dat. l. 3. Cod. de condic. ex leg.* Proinde cum non cedant lucro bonæ fidei possessoris, nec si creditor quoque pignus bona fide possederit, multo minus possunt cedere lucro prædonis, nec ei prodesse bona fides creditoris, nisi hæc tamen ut à creditore ipso eatenus liberetur, quatenus fructus à bonæ fidei possessore eodemque creditore percepti sunt, extenuant debitum: sed ita tamen ut quatenus à creditore suo liberatur, eatenus fundi domino ad parit quantitatis restitutionem pro fructuum à creditore perceptorum estimatione teneatur. In eo quoque deterioris conditionis est prædo, nec ei prodesse quod creditor bona fide possessor fuit, quod cum creditor non alios fructus per actionem pignoratitiam aut imputare, aut restituere teneatur quam quos percepit, prædo tamen omnes reddere cogitur, nec solum perceptos à creditore, sed & alios qui ab eo aut à domino ipso percipi potuerunt *l. si nauis 62. in fin. supr. de rei vindic.* est tamen melioris conditionis, propter bonam fidem creditoris in eo quod per mediam creditoris bona fidei possidentis personam fructus suos interim facit, eorumque imputatione liberatur. Quod diuersum esset, si prædo ipse fructus percepisset & ex iis creditori soluisset. Nemo enim alienam rem soluendo consequitur liberationem. *l. is qui alienum 60. l. si alieni 78. infr. de solut.*

ut ille scripsit in Observation. cum eadem sit utroque casu iuris ratio.

DEC. Contraria actio pignoratitia competit creditori ex bona fide, quoties decipitur à debitore, qui in omnibus ad pignoris causam pertinentibus bonam fidem prestare debet, ut & creditor debitori. Sunt enim actiones omnes pignoratitiae bonæ fidei, nec minus quæ contrariæ sunt, quam quæ directæ. Atqui decipitur à debitore creditor, quoties possessionem pignoris, quam precario rogauit, aut conduxit à creditore debitor, non vult restituere creditori: Qui enim precario rogauit, non possidet, sed apud eum qui concessit possessio remanet *l. certa 6. §. is qui precario infr. de precar.* ea scilicet quæ in animo consistit non quæ corpore. Hæc enim penes eum est, qui rogauit *l. & habet 15. §. eum qui eod. & sine qua inutiliter & frustra is possidet, qui rogatus est.* Commoda enim possessionis & fructuum qui ex possessione percipiuntur, omnia pendunt à corporali, & naturali possessione. Idemque iuris est in conductore. Qui enim conduxit, licet verè non possideat, quia non animo domini, sed alieno nomine possidet *d. §. is qui rogauit & l. communi 7. §. neque colonis supr. de acquir. rer. domin.* in possessione tamen est *l. si quis ante 10. de acquir. poss.* Merito igitur contrarium iudicium hoc casu dandum est creditori, per quod consequatur quanti sua interest deceptum non esse, sibi que restitui pignoris possessionem. Interest autem etiam post distractum pignus, quia tenetur cre-

ditior transferre dominium pignoris in emptorem d. l. 4. *supr. l. non est nouum* 46. *infr. de acquir. rer. do- min.* quod porro non potest transferri citra tradi- tionem l. *traditio* 20. *eod. tit. l. traditionibus* 20. *Cod. de pact.* nec rursus fieri traditio à non possidente, cum nihil aliud sit traditio quam datio possessio- nis, *leg. 3. in princip. de action. empt.* & quidem natu- ralis ac corporalis à qua scilicet rerum dominia cœ- perunt *leg. 1. de acquir. posses.* Rectè autem Vlpianus in vulgata editione qui *precarid rogauit vel conduxit pignoris possessionem* quia rem propriam neq; precario accipere, neque conducere quiquam potest, sed eius duntaxat possessionem l. *neque pignus* 45. *de reg. iur. leg. 4. §. pen. infr. de precar.* Quod si quis edi- tionem florentinam sequi malit, quæ habet qui *pre- carid rogauit vel conduxit pignus* eadem tamen inter- pretatio facienda est, vt de sola pignoris posses- sione verba illa intelligantur. Et si autem in hoc contrario iudicio agitur de fide rupta, vt Accursius & Bartolus monent contra quam regulariter in contrariis iudiciis obseruari soleat d. l. *furti* 6. §. *vlr. supr. de his qui not. infam. d. l. ei apud quem §. infr. depo- sit.* Non puto tamen verum, quod iisdem placet in hoc eodem contrario iudicio etiam iurari in litè aduersus regulam d. l. *ei apud quem*. quia vt iurari possit in litem, non illud tantum exigimus, vt is contra quem iuratur, sit in dolo, vel saltem lata cul- pa, sed etiam vt is qui iurare vult sit dominus, qui re-

4 ¶ Si creditor, cum venderet pignus, duplam promisit, nam vsu hoc eue- nerat, & conuentus ob euictionem erat, & condemnatus: an haberet regressum pignoratitiæ contrariæ actionis? & potest dici esse regressum, si modò sine do- lo, & culpa sic vendidit, & vt paterfamilias diligens, id gessit: si verò nullum emolumentum talis venditio attulit, sed tanti vendidit, quanti vendere potuit, etiam si hæc non promisit, regressum non habere.

Ad §. *vlr. Si creditor.*

RAT. DV B. Non debet esse in potestate cre- ditoris etiam cui permissum est pignus vendere, vt deteriore faciat condicionem debitoris, quam fut- ura erat, si debitor vendidisset, alioqui non videtur bona fide versatus creditor in vendendo pignore, in quo tamen, vt & in cæteris omnibus ad pignoris causam pertinentibus, bonam fidem prestare debet l. 1. 3. & 4. *si vendit pignus agat.* Atqui debitor si rem pignoratam vendidisset, duplum tamen ex causa euictionis promittere coactus non fuisset, prestare autem euictione secuta multo minus: Quia quo- ties in venditione dictum non est, quantum vendi- torem pro euictione prestare oporteat, nihil presta- re debet euictionis nomine præter simplam, & ex natura actionis exempto id quod interest l. *si in ven- ditione* 60. *leg. euicta* 70. *infr. de euict.* Et quod contra scriptum videtur in l. 2. *eod. tit.* si dupla non promit- teretur & eo nomine ageretur, dupli condemnan- dum esse reum, sic proculdubio accipi debet, si ante venditionem & in tractatu ipso venditionis conue- nerat, vt dupla promitteretur. Erat enim frequens eiusmodi promissio l. *si dictum* 56. *eod.* & vsitata atque assidua duplæ stipulatio l. *quod si nolit* 31. §. *quia assidua de adilit. edict.* Ergo si creditor cum pignus venderet vltro duplam in casum euictionis promisit, & se- cuta euictione ad duplam præstandam condemna- tus sit, eamque præstiterit, non debet eo nomine per-

suam repetat, & qui per contumaciam nolentis restituere inuitus cogatur rem suam vendere l. *si fi- lios familias* 25. §. *maritus infr. Solut. matrim.* non enim 9. *rer. amot.* quod in specie propoita non contin- git, cum creditor neque contrahendus, neque dis- trahendo pignus fiat dominus. Plus dico, Nec in- famem fieri hoc casu debitorem licet ob fidem rup- tam contrario isto iudicio condemnetur proprio nomine ex *dict. leg. furti* §. *vlr.* quia licet ob fidem ruptam contrarium huiusmodi iudicium detur, in eo tamen non de rupta fide agitur, neque de per- fidia, sed de calculo, & de eo quod interest: Alio- qui etiam is qui interdicto de precario condem- natus esset, infamis fieret, nam & is fidem rumpit, qui rem quam precario accepit, non vult reddere l. 2. *de precar.* & tamen constat nullum interdictum famulosum esse ne quidem Vnde vi l. *neque* 13. *infr. vn- de vi.* Itaque quod scriptum est in d. l. *furti* §. *mandati.* Verbis edicti notari non solum cum qui mandatū suscepit, sed & eum qui fidem quam aduersarius secutus est, non præstat, non ita generaliter acci- piendum est, vt quisquis fidem rumpit, infamis fiat, sed vt ita demum si præterea illud concurrat, vt mandati iudicio aliòve directo conueniatur, vt ex exemplo apparet, quod Vlpianus ibidem subiicit in hæc verba vt *puta fideiussi pro te & solui mandati si te condemnauro, famulosum facio.*

pignoratitiæ actionem regressum habere aduer- sus debitorem, vt eum de dupla indemnem præstet. Sibi namque imputet, qui cum non cogeretur, du- plam vltro promiserit. Neque verò damnum vllum sentire videtur in eo quod ex culpa sua sentit, ex re- gula l. *quod quis* 203. *de regul. iur.* Præsertim cum nec pignoris euictionem creditor debeat, si eam non promiserit, sed tantum vt præstet se potiorum credi- torem l. 1. & *tor vit. C. credit. euict. pignor. non debet. leg. si mandatu* Titij 59. §. *creditor infr. mandat.* Nam & cum in causa iudicari postulante creditore pignus distra- hitur, quod postea euictum sit, non tenetur de euic- tione creditor, sed debitor, cui solutio proficit *leg. si ob causam* 13. *C. de euict.* Fit enim debitor ea solutione locupletior, cum à suo creditore liberetur l. *si pupilla* 66. *in fin. de solut. l. species* 11. *de acceptilat.* Creditor ve- rò non fit locupletior, qui nihil nisi suum conse- quitur. Quid ergo cogebat creditorem, vt non modò euictionis periculum in se susciperet, sed etiam du- plam ex ea causa promitteret?

DE C. Nihil potest imputari creditori, qui sine dolo malo & culpa vlla pignus vendidit, & in eo vendendo sic negotium gessit, quomodo alius qui- libet bonus & diligens paterfamilias gesturus fuit, nam hoc ipsum à creditore exigimus, vt debitori pi- gnoratitiæ actione non teneatur, alioqui in culpa esse videtur l. *si cum venderet* 13. §. 1. & l. *leg. supr.* Atqui diligens & boni patrisfamilias est, cum rem ali- quam vendit, sic vendere, vt quam carius facere po- test ven-

test, vendat l. *si voluntate* 8. *C. de rescind. vendit.* In eo namque licet contrahentibus naturaliter se decipe- re l. *in causa* 16. §. *idem Pomponius supr. de minor. l. rem si precio* 22. §. *vlr. infr. locat.* Vnde est, quod dicere sole- mus, precium venditionis non tam ex ipsa re percipi, quæ venditur, quam ex negotiatione l. *venditor* 21. *infr. de hered. vel action. vendit.* Atqui certum est, & quo- tidiano vsu compertum tanto pluri vendi res sole- re, quanto commodioribus & emptori vtilioribus condicionibus sit emptio. Cum pacta quæ in vendi- tionibus & emptionibus adiciuntur, faciant par- tem precij l. *fundis partem* 72. *infr. de contr. empt. l. si fieri- lis* 11. §. *si tibi fundum de action. empt. l. si venditor* 6. §. 1. *in fin. infr. de seru. export.* quia emptor non aliter emptu- rus fuerat l. *vlr. C. de pacte. int. emptor. & vendit.* Cumque nihil tanti esse emptori debeat, quam vt in casum euictionis habeat venditorem de euictione obliga- tum, ne alioqui facile accidat, vt & rei quam emit, & precij quod soluit iacturam faciat, nemo dubitat, quin multo consultius ei sit venditorem sibi obliga- re de euictione, etiam de qua non aliter teneretur, & ob eam causam longè pluri fundum emere, quam quanti fuerat empturus, si promissa ipsi euictio non fuisset. Quod si hoc etiam addat venditor, vt euic- tionis nomine duplam promittat emptori, qui alioquin aut nullo modo, aut minore precio emptu- rus fuerat, tum verò hac maxime ratione pellicitur emptor, vt maius precium offerat, & præstet. Ergo in propoita specie, si quaeratur an creditor, qui du- plam præstitit regressum habere debeat contra ven- ditorem, necessariò adhibenda distinctio est, non solum an dolo malo & culpa id fecerit, (non enim sufficeret carere illum dolo & culpa ad obligandum venditorem,) sed etiam vtrum quasi diligens pater- familias sic vendiderit, vt pignus pluri venderet, an verò per inconsultam facilitatem, non laturus ex venditione maius precium, quam si duplam non promississet: Priore casu debet creditor regressum habere pignoratitiæ contrariæ actionis contra debi- torem, quia nihil ei potest imputare debitor, cuius etiam negotium gessit vtiliter creditori, quippe qui omne id quod supra debuit quantitate ex pi- gnoris venditione redegerit debitori restituere pi- gnoratitiæ actione teneatur l. 1. & *vlr. C. hoc tit.* Ne- mo enim alienum factum impugnare potest ex quo

ipse lucrum sentiat l. *si extraneus* 33. l. *cum in fundo* 78. §. *quod si mulier infr. de iur. dor.* Maxime verò, cum ma- ioris precij lucrum sit certum & indubitatum, futu- ra autem euictionis periculum ex futuro euentu pendeat, multo que magis exactio promissæ duplæ l. *habere licere* 57. *de euict.* Interdum verò habet credi- tor, qui de euictione se obligauit ius retentionis pro contraria actione pignoratitiæ vt in specie l. *si necessa- rias* 8. §. 1. *supr.* qui tamen textus secundum huius §. distinctionem intelligi debet, vt Accursius bene monet. Posteriore autem casu æquum non est, vt contra debitorem regressum vllum habeat pro ca- re, ex qua debitor, neque lucrum vllum senserit, ne- que sentire vnquam poterit: Nihil ergo amplius à debitor quam debiti summam consequi hoc casu creditor potest, vt ex Tryphonino subiicitur in l. *leg. iunt. l. rescriptum* 12. §. 1. *infr. de distract. pignor.* vbi vide aliam elegantem Tryphonini distinctionem. In cul- pa enim est, qui sine causa nulloque aut suo aut de- bitoris commodo persuasus, vltro duplam promit- tit, qui nec obligare se de euictione debuerat. Ex quo apparet quam malè Accursius nosse, ac post eum ceteri interpretes ex hoc §. inferant, non esse in culpa illum qui id facit, quod consuetum est fieri, moti ex verbis illis huius §. *nam vsu hoc euenerat.* Item ex eo quod tam frequens & assidua olim erat duplæ stipulatio, vt placuerit prudentibus etiam ex empto agi posse si duplam venditor mancipij non caueret d. l. *quod si nolit* 31. §. *quia assidua de edilit. edict.* vbi ratio additur, quod ea quæ sunt moris & consuetudinis in bonæ fidei iudiciis venire debeant. Nam in cæte- ris quidem venditoribus, ea ratio locum habere po- terat, sed non in creditore pignus distrahente, quem iam diximus euictionem pignoris non debere, ac longè minus duplam pro euictione d. l. 1. & 2. *C. cre- dit. euict. pignor. non debet.* Neque verò aliud sibi vo- lunt verba illa, *nam vsu hoc euenerat.* Non enim dixit Vlpianus vsum pro consuetudine, vt illi arbitran- tur, sed pro facti contingentia, vt loquuntur, id est, quia ex facto id acciderat, nisi malis, quod ego mal- lem, pro vsu legere *casu.* Euenire enim dicuntur casu quæ sine maturo consilio nullaq; præuia deliberatio- ne fiunt. Illud planè non nego quod voluit, excusari quæ propter consuetudinè ex l. *sine herede* 22. §. *Lucius de admin. tutor.* Sed nego eam esse huius §. sententiã.

23. TRYPHONINVS libro 8. Disputationum.

NEC enim amplius à debitore, quam debiti summa est, consequi poterit. Sed si stipulatio vsurarum fuerat, & post quinquennium forte, quam pretium ex re obligata consecutus est, victus eam emptori restituat: etiam mediij tempo- ris vsuras à debitore petere potest: quia nihil ei solutum esse pro euictione, vt auferri non possit, palam factum est. sed si simplum præstitit, doli exceptione re- pellendus erit ab vsurarum petitione: quia habuit vsum pecuniæ pretij, quod ab emptore acceperat.

Ad l. *Nec enim* 23.

Huius legis initium pender à *vlr. legis præcedenti.* nec ampliore interpretationem desiderat, quam quæ iam à nobis allata est. Adhibita tamen ea distin- ctione, quam idem Tryphoninus noster tractat fu- sius in l. *rescriptum* 12. §. 1. *infr. de distract. pignor.* quæ lex sumpta est ex codicibus Tryphonini libr. 8. *Disputationum.* Sequitur ergo explicandus *versic. sed si stipulatio,* & quæ in eo rursus adhibetur distinctio, quam Barto-

lus merito notabilem, & singularem esse dicit.

a *Sed si stipulatio vsurarum fuerat.* RAT. DV B. Creditor qui pignus vendidit, cum promissione du- plæ, etiam post euictionem duplam præstiterit, non eo minus tamen vsum habuit pecuniæ ex precio re- dactæ, quod ab emptore accepit. Atqui quoties habuit vsum pecuniæ precij, non est audiendus, sed doli exceptione repellendus, si præterea pecuniæ creditæ vsuras pro medio tempore petat ex vsu- rarum stipulatione, vt in fine huius legis scriptum est. Alioqui duplex commodum & lucrum ex

eadem pecunia perciperet contra naturalem æquitatem, quia quemadmodum pignoris venditi precium succedit in locū debiti ad liberandū debitorem in *d. l. rescriptū 12. §. 1. de distr. pignor. ita & vsus pecuniæ precij succedere debet in locū vsurariū debiti, quando vsurariū fuit debitū, vsuris scilicet in stipulationem deductis, citra quam nō potest debitū pecuniæ creditæ fieri vsurarium *l. 3. C. de vsur. l. Titius 2. 4. inf. de prescript. verb.* Hoc enim est, quod lex ait *si stipulatio vsurarium fuerat.* Ergo in pposita specie de debito quod fuit vsurarium, si creditor post quinquennium forte, quam precij ex rei obligatæ venditione consecutus est, victus tandem in causa proprietatis emptori satisfecerit, nō videtur distinguendū, quomodo Tryphoninus hic distinguit. An creditor duplā emptori præstiterit an simplā, vt priore casu etiā medij temporis vsuras à debitore petere possit, posteriore autē non possit: Sed vtroque casu indistinctē admittendū, vt nullas medij & præteriti tēporis vsuras petere ipsi liceat, quia vtroq; casu verū est, eum pecuniæ precij vsus habuisse. Dēc. Nemo videtur id cepisse, quod necesse habuit, alij restituere *l. aliud est capere 71. de verb. signific. l. non videtur quisquam 51. de regul. iur.* Ergo non videtur creditor vsus precij habuisse toto illo quinquennio, quod pignoris venditi euictione precessit, si post secutā euictionem duplā emptori restituerit. Neque enim tantū esse potest in vsuris legitimis quinquennij quantum in duplo precij cum vsura etiam centesima, quæ omnium grauissima est, non nisi centesimo mense æquet forte, vnde & ceteri mæ nomen accepit. Quod certē diuersum est, cū creditor ex causa euictionis nihil nisi simplū emptori restituit, quia eo casu nihil de suo restituit, sed id ipsum dātā quod accepit ab emptore, quāuis nec simplū restituit teneatur, si non promississet (est enim hoc exemplum ad id quod scriptū est in *l. si dicitur 56. in princip. de euict.* de pactione adhibita in vendendo, vt simplū promittatur,) sed tantū præstare emptori pignoratitiā actionē contra debitore *l. in creditore 38. eod. tit. Iunge l. 1. & 2. C. credit. euict. pignor. non debet. l. si mādātū Titij 59. §. creditor inf. mandat.* Vsum autē pecuniæ precij, qua per totū illud quinquennium vsus est creditor,*

habet in lucro, quæ admodū & pecuniæ creditæ vsuras conuentas in lucro haberet, si pignus non vendidisset. Quod enim Paulus scripsit in *l. cum quidam 17. §. si pupillo inf. de vsur.* non propter lucrum petentiū, sed propter morā non soluetium infligi vsuras solere, ad eas tantū vsuras pertinet, quæ ex sola mora nō etiam ad illas quæ ex cōuentione debentur *l. qui Romæ 122. in princip. de verb. oblig.* Mero enim creditoris lucro cedunt vsuræ, quoties debitū ab initio fuit vsurarium, quale illud fuisse ponimus, de quo cū Tryphonino tractamus. Hinc Accursius querit. Quid ergo si minus sit in duplo quatenus simplū excedit, quam in vsuris debiti, forte si inter venditionē & euictionem pignoris vicennium intercesserit, aut aliud longū tempus, minus tamē & breuius vicennio, cum etiā quinquencces vsuræ, quæ hodie apud nos maximē frequentantur, viceimo demū anno fortis quantitātē adæquent. Respondet Accursius dubitāter, vt plerumq; solet, forte, inquit, non conueniunt, quod est vltima. Quali cessante eo casu ratione, quæ Tryphoninum hic mouit. Sed Bartolus rectius & verius pro creditore respondet, totius præteriti tēporis vsuras quāratæcunque eū consecuturū, etiā si duplū excedat: sicut enim inquit damnū sentit creditor, si plus sit in duplo quā in vsuris, ita & lucrum sentire debet si è contrario plus sit in vsuris, quā in duplo, ex regula *l. secundū naturā 11. de regul. iur.* Item quod non sit audiendus debitor id petens, cuius contrariū non faciat in contrarium euentū postulaturus ex *l. pen. C. de solut. l. si pater puella 12. C. de inoffic. testam.* Ad eod autem verum est eo casu, quo creditor duplam emptori præstiterit, nihil eum vice vsurarum percepisse videri, vt nec precij ipsū habuisse existimandū sit. Non enim videtur solum quod non durat solum *l. si rem 20. l. qui res 98. in princip. & §. 1. inf. de solut.* Et ex postfacto apparet secuta pignoris euictione non fuisse liberatum debitorem, qui propter precium creditoris solum ab emptore liberatus credebatur, vt subtiliter Tryphoninus disputat in *d. l. rescriptum 12. §. 1. inf. de distract. pignor.* Id enim est quod in hac lege idem Tryphoninus exprimit his verbis, nihil enim ei solum esse, vt auferri non possit, palam factum est.

24. VLPIANVS libro trigesimo ad Edictum.

Eleganter apud me quæsitum est, si impetrasset creditor à Cæsare, vt pignus possideret, idque euictum esset, an habeat contrariam pignoratitiam? & videtur finita esse pignoris obligatio, & à contractu recessum. immo utilis ex empto accommodata est: quemadmodum si pro soluto ei res data fuerit, vt in quantitatem debiti ei satisfiat, vel in quantum eius intersit, sed & compensationem habere potest creditor, si forte pignoratitia, vel ex alia causa cum eo agetur.

Ad l. Eleganter 24.

Iam monui in Codice Fabriano *defn. 20. de euict.* & in postrema Decade *Chiliadis de error. pragmat.* mihi valde suspectam esse legem hanc, & Triboniano magis quā Vlpiano dignam, excepto eo quod scriptum est in *§. vlt.* quem solum Vlpiani esse agnosco. Fiet autem hoc apertius ex iis quæ nunc scribemus. Ac primū ex primis illis verbis, *Eleganter apud me quæsitum est.* Non enim sic Vlpianus scripsisset, sed vel simpliciter *quæsitum est*, vt in *l. eleganter 23. sup. de condi. indob.* vel hoc addito à me, non apud me. Nec rursus in libris ad Edictum quæstionem illam Vlpianus verisimiliter retulisset, sed potius in Disputa-

tionum libros aut Opiniorum. Sequitur *si impetrasset creditor à Cæsare.* Est igitur hic casus fictitiū & commentitiū non qui ex facto re vera acciderit. Alioqui scribendum fuerat *cum impetrasset creditor*, vt in *l. debitor 59. inf. ad SC. Trebell.* Addit *vt pignus possideret.* Sed prætermittit, quod maximē addi debuerat *iure dominij*, vt in *d. l. debitor*, & in *l. 1. 2. & 3. C. de iur. dom. impetr.* Aliud enim est pignus in creditum possidere, aliud verò additū habere in solutū, vt in *l. à Diuo Pio 15. §. si pignora inf. de re iudic.* Aliud verò iure dominij possidere, quod ipsū nihil aliud est quā ius dominij imperare, quod difficilior est, nec nisi à Cæsare cōcedi olim poterat, quia intentio pignoris ad eod separata est ab intentione dominij, vt loquitur *l. 1. §. cum*

§. cum prædium inf. de pignor. vt causa pignoris nunquam conuertri per se possit in causam dominij, ne quidem auctoritate iudicis interueniente. Nihil siquidem aliud facere iudex potest, quā vt pignus distrahatur iubeat *l. antep. §. 1. inf. de euict. l. si ob causam 13. C. eod. l. 1. & 2. C. si in caus. iudic. pign. capt. sit.* aut pignus à creditore possideri in creditum aut addici ei in solutum *d. §. si pignora* sequitur.

Idē, euictum esset. Hoc verò rectē. Non enim aliter fieri posset locus quæstioni, cum pignus quod creditor iure dominij possidere cepit, si postea euictum non sit, distrahatur ipso iure pignus esse, nec proinde pignoratitiæ actionis vsus & quæstionem admittat. Non enim potest pignus persequere dominio constituto creditore, vt ait Paulus in *l. pen. §. 1. de except. rei iudic.* tanquam quod peruenit ad eum casum, à quo incipere non potuit, quia nemini res sua obligata esse potest *l. neque pignus 45. de regul. iur.* Euictio secuta illa est, quæ locum facit quæstioni de pignoratitiæ actione, quia potestas euictionis tollit intellectum dominij acquisitionis vt in *leg. si patroni 55. §. vlt. inf. ad SC. Trebell.* Quæstio igitur in eo est, an creditor qui à Cæsare impetrat, vt sibi pignus iure dominij possidere liceret, si postea pignus euictum sit, habeat contrariam actionem pignoratitiā aduersus debitorem, in id scilicet quod sua interest, alienam rem pignori datam non esse, quemadmodum iure certissimo eandem actionem pignoratitiā eo nomine haberet, si ius dominij nunquam impetrasset *l. si rem alienam 9. in princip. & l. tutor 16. §. 1. sup. hoc tit.* In quo errasse nos agnosimus in allegationibus nostris ad dictam *defn. 20. num. 26.* ab illis verbis, *sed longè in eleg. antep.* ad illa vsque *sed responsio* quæ omnino tolli volumus & deleri. Videmus ergo quid ad propositam quæstionem Tribonianus respondeat. Ait autem, *Et videtur finita esse pignoris obligatio & à contractu recessum.* Hic verò Tribonianus se prodit apertius. Hæsitando primū in ea re, in qua hæsitandi causa nulla suberat. Scribere namque potuerat & debuerat, quomodo vtrique Vlpianus scripsisset intrepidè, finitam esse pignoris obligationem, & à contractu recessum per imperationem dominij rei obligatæ. Quid enim certius, quā quod iam diximus. Confusione pignus extingui statim atque creditor factus est pignoris dominus *d. l. penult. §. 1. de except. rei iudic. l. si rem alienam 29. inf.* Neminem obligata res sua esse potest, vt neque seruire *l. vti suū 5. sup. si vsus sit. per. l. in re communi 26. vrb. an. pred.* Quid porro aliud est, finitam esse pignoris obligationem, quā extinctum esse pignus? Quamquam si subtiliùs rem totam inspicere velimus, in proposita specie dici potest, non esse finitum, aut extinctum pignus, quod nec initium vnquam habuit *leg. si in diem 46. l. Titio vsus fructus 96. de condic. & demonstr.* Nam cum alienæ rei pignus non consistat, si non ex domini voluntate datum sit *l. 2. l. si rem alienam 9. l. aliena res 20. sup. & tot. tit. C. si alien. res pignor. dat. sit.* Consequens est vt si aliena res data sit pignori, nulla penitus contrahatur obligatio, cum res ipsa non obligetur. Ideoque nec hypothecariam actionem in eam rem exercere creditor potest, si forte possessionem eius amiserit quam per pignoris dationem acceperat, vt in *l. si creditor 28. inf. hoc tit.* Quia ad hypothecariam inducendam non sufficit conuentio sola pignoris, nisi talis conuentio sit per quam res ipsa afficiatur, & obligetur cum pignoris persecutio in rem sit non in personam *l. 1. l. pignoris 17. inf. de pignor.* Quamuis sola illa conuentio pi-

gnoris rei alienæ sufficiat ad inducendam pignoratitiā actionem personalem siue directam siue contrariam, quoniam ad personam tantum obligandam siue eius qui pignus dat, siue eius qui accipit, nihil omnino refert, an quis alienam rem pignori dederit, an suam *d. l. si rem 9. in princip. & §. penult. d. l. tutor 16. §. 1. sup. hoc tit.* Potest enim hoc casu, id est, re aliena data pignori, pignoratitiā actio competere, tum quoque cum obligatio pignoris nulla est, nihil siquidem commune habet obligatio pignoris cum nuda conuentione, nisi cum à domino facta conuentio fuit. Et hoc vnum est maximè ni fallor quod inscitiam Triboniani detegit, si sensit de pignore dato rei alienæ, quæ postmodum euicta sit, vt solet prima euictionis causa illa esse, si quis rei dominium petierit, & euicerit. Quamquam enim per Seruianam quoque actionem fundus euincitur, non tamen præcisa & absoluta euictio ista est, sed casualis, vt loquitur, nisi malit possessor pignoris satisfacere creditori *l. si mancipium 34. §. vlt. & l. seq. inf. de euict.* Putauit autem Tribonianus, non posse tractari de pignoratitiæ actione personali, quin supponatur obligatio pignoris, quasi in necessarium antecessens, cum scribat videri finitam esse pignoris obligationem, quod ridiculum est. Nam quod diximus finiri & extingui pignus dominio creditori acquisito, ita verum est, si supponantur termini habiles, id est si pignus ab initio ritè contractum fuit, rei scilicet proprietæ, non alienæ: Quæ species est *d. l. pen. §. 1. de except. rei iudic.* vbi agitur de fundo pignori dato à domino, sed qui anteriori creditori fuerat iam antè obligatus: ex qua causa euictio fundi fuerat secuta. Ergo fatendum est, vel restringendam legem hanc ad eum casum quo fundi euictio secuta sit, ex causa pignoris non dominij, vel ineptum esse, quod lex ait de finita pignoris obligatione. Nec alio casu potest fieri locus quæstioni, an ius pignoris quod per acquisitionem dominij iure quodam confusionis extinctum fuerat, resuscitetur propter subsecutam euictionem quā cum ab initio pignus constitit. Restitui enim quomodo posset pignus quod nunquam fuisset: *l. si partem fundi 19. inudi. l. si locus 14. sup. quemadm. seruit. amitt. leg. si ager 23. & seq. sup. quibus modus vsus sit. amitt.* Planè cum pignoris vinculum ab initio constitit, dicimus subsecuta euictione pignus restitui, quod intercederet, quia ex postfacto apparet, non fuisse acquisitum creditori dominium, quod ei ex anteriore causa ablatum est, vt Tryphoninus dicebat in lege proximè præcedente, & in *leg. rescriptum 12. §. 1. inf. de distract. pignor.* Quemadmodum nec videtur solum, quod non durat solum *l. si rem meam 20. l. si quis aliam 46. l. qui res 98. in princip. & §. 1. de solut.* De illo tantum quæri potest, an euicta re quæ in solutum data fuerat, duret ac maneat pristina actio, an verò noua detur, id est utilis ex empto, ad exemplum directæ, quæ daretur euicta re vendita *leg. ex empto 11. & pass. de action. empr. l. si in venditione 60. l. euicta 70. de euict.* Sunt enim plerique iuris loci quibus probatur manere pristinam obligationem, nec videri vnquā liberatum debitorem, qui rem aut alienam, aut iam alij obligatā in solutū dedit *d. l. si rem meam*, vbi Pōponius sic loquitur, vt ostendat ad impediendam liberationē non illud exigi, vt res in solutū data sit euicta, sed sufficere quod euicti res possit, & auocari ab eo cui data est, putā si pignoris nomine antè à fuerat alij obligata. Cui cōsentit Tryphoninus in *l. præcedente* in illis verbis *qui nihil ei solutū esse vt auferri nō possit, palam factū est*, & in *d. l. rescriptū §. 1.*

ibi interim quidem nihil à debitore peti posse sed in suspensio haberi liberationem & in fine legis quia apparuit non esse liberatam. Sed apertius Marcianus in d. l. si quis aliam 46. de solut. ait si quis aliam rem pro alia nolenti soluerit & ea euicta sit, manere pristinam obligationem, Et si pro parte fuerit euicta, pro solido tamen durare obligationem. Et paulo post, sed est duos fundos verbi gratia pro debito dederit, euicto altero fundo remanere integram obligationem. Denique tunc rem vnam pro alia solutam præstare liberationem, cum pro solido facta est accipientis. Sic & in l. si creditor 26. eod. tit. Pomponius scribit, si seruus pignoratius à creditore venditus sit, quandiu in ea causa est, ut possit redhiberi, non liberari debitorem. Et Paulus non inuicem apertè quàm eleganter in l. qui res 98. eod. tit. ait, Rerum quæ in solutum data sunt solutionem non posse, nisi ex euentu liberare, scilicet eo casu quo certum erit illas apud accipientem remanentibus. Adde l. libera 8. C. de sentent. & interloc. omn. iudic. At in contrarium virget valde quod ab Imp. Antonino rescriptum est in l. si pradium 4. C. de euict. Si pradium tibi pro soluto datum sit, quod aliis creditoribus fuerat obligatum causam pignoris mutata non esse, id est non eo minus creditorum anteriorum ius & pignus perseverare. Sed si hoc iure creditoris & pignoris fuerit tibi euictum pradium, vtilem tibi actionem contra debitorem competere,

¶ Qui reprobos nummos soluit creditori, an habet pignoratitiam actionem, quasi soluta pecunia, quæritur. & constat, neque pignoratitia eum agere, neque liberari posse: quia reprobata pecunia non liberat soluentem: reprobis videlicet nummis reddendis.

Ad §. 1. Qui reprobos.

R. A. T. D. V. B. Etiam aliud pro alio solui volenti creditori potest, contingitque ex ea solutione liberatio, quia debet sibi imputare is qui accepit, nec vlla sit volenti iniuria, l. manifesti 17. C. de solut. l. si non sortem 26. §. si centum supr. de condit. indeb. l. in diem 9. §. 1. infr. de aqua & aqua plu. arcend. Ergo etiam is qui reprobos nummos pro bonis & probis soluit, liberatur, cum volenti soluerit non inuito, & consequenter tanquam liberatus debet habere directam pignoratitiam actionem. D. e. C. Reproba pecunia non potest liberare soluentem, quia nec vllam habet æstimationem, nisi quæ constituta est à legiflatore, & magistratu, cuius de ea re notio & iurisdictio est, probis autem duntaxat nummis non reprobis aut ærosæ æstimatio directa est l. 3. supr. de in lit. iur. l. 3. de eo quod cert. loc. l. creditor 102. infr. de solut. Æstimatur enim nummus quilibet ex materiae suæ bonitate & qualitate, quæ in Repub. benè constituta semper vna & eadem esse debet, ut vna quoque semper & vbique ac certa sit æstimatio d. l. 3. de in lit. iur. Qua de re plura scripsimus in tractatu nostro de variis nummatorum debitorum solutionibus. Et verò is qui reprobos nummos pro bonis & probis ignorans accipit siue in solutum, siue in creditum, aut qua alia de causa, non tam pacificetur quàm decipitur, ut Vlpianus loquitur in l. qui cum tutoribus 9. §. qui per fallaciam, sup. de transact. neque errantis voluntas vlla, vel consensus vllus est, l. sed hoc ita 20. de aqua & aqua plu. arcend. l. nihil consensus 116. §. vlt. de aqua & aqua plu. arcend. Fieret ergo ipsi iniuria si debitor reprobos nummos soluendo liberaretur, qui nec alienos, quamuis probos dando liberari posset, l. si alieni 78.

quod huiusmodi contractus vicem venditionis obtineat. Cui conuenit quod in hac lege scribitur, accommodatam esse creditori vtilem actionem ex empto: Quemadmodum si pro soluto data ei res fuerit. Quibus verbis alludere videtur ad rescriptum illud Antonini. Quasi verò cum creditor impetrauit à Cæsare, ut sibi liceat iure dominij pignus possidere, dici possit contractum illum esse venditioni simillimum, quitamen ne quidem contractus est. Torquent se nostri summopere in his locis conciliandis, Tanquam si essent ista contraria & incompatibilia, Euicto pignore manere pristinam debitoris obligationem incorruptam; & vtilem ex empto actionem dari creditori qui euictionem passus est. Nec habent quod respondeant, nisi quod Accursius primus docuit, multum referre an species data sit in solutum pro alia specie, an pro debito pecuniario. Quod tamen ridiculum est, pugnatque apertè cum d. l. qui res in princip. Sed quontam longior hic tractatus est, ut ex his constet, quæ scripsimus in error. 7. 8. & 9. Decadis vltima rotius Chilianis nostra de error. pragmat. longè melius ac subtilius quàm in allegat. ad dict. desin. 20. de euict. plura hic non scribemus. Nam & cætera omnia quæ ad huius loci interpretationem, & ad Tribonianam manum & inscitiam detegendam pertinent, tam copiosè & fuse ibi explicauimus, ut nihil nunc addi posse existimemus.

infr. de solut. Minus siquidem est reprobos nummos dare quàm alienos, quoniam alieni habent suum vsum, suamque æstimationem, adeoque suum dominium, Et sunt ex earum rerum numero, quæ recipiunt functionem in suo genere. Nummi verò reprobi non modò vsum nullum habent, nullamque æstimationem, vt diximus, sed neque dominium vllum ne quidè republicam. Reprobos enim nummos intelligo qui lege publica sunt reprobatii siue ex proba materia sint, siue ex improba. Quod si necesse liberatur, qui rem ipsam reddit debitam quidem, sed deterioiorem factam, l. 3. §. si redita supr. sit. prox. l. 1. §. si res 16. infr. de pos. l. qui sibi 33. §. in fin. de solut. quanto minus liberari debet, qui probos nummos debens, reprobos soluit? Nec aliud est, si pecunia reproba fuerit à campfore adprobata, vt Bartolus post Accursium concludit, quia erratum est in substantiali qualitate arg. l. in venditionibus 9. §. inde queritur infr. de contr. empt. l. 2. in fin. de opt. legat. Imò verò etiam si is qui reprobos nummos in solutum accepit, eos expenderit pro bonis & probis, adhuc idem dicendum est, non quasi eorum æstimatione, vt Accursius tentat, præstare possit, quæ nulla est, vt diximus, sed quia licet reprobos nummos non possit reddere, quos iam expendit, tamen nec ipse liberatus est ab iis creditoribus quibus soluit, vt idem Accursius, & post eum Bartolus docet. Ideoque nec videri potest capere lucrum ex damno alieno, cum ipse nullum lucrum sentiat: Longèque diuersa species est, si quis alienos nummos soluerit, quorù dominium postea nactus sit. Conualescit enim per hanc dominij acquisitionem solutio l. indebiti 15. §. sed est mumi supr. de edict. indeb. Pecunia verò reproba quæ tanquàm proba expensa est, non eo magis sit proba, & quod expensa est ne-

est negotiationi dantis acceptum ferri debet aut stultitiæ accipientis, vt in l. venditor 21. de hered. vel act. vendit. l. 3. ad leg. falcid. Planè si creditor sciens reprobos nummos pro bonis & probis acceperit liberabitur debitor, quia non potest videri decessisse creditorem à seipso deceptum leg. tutor 16. §. 1. vers. sed si sciens supr. hoc tit. l. nam si scit 26. supr. de rei vindic.

a Reprobis videlicet nummis reddendis. R. A. T. D. V. B. Qui sciens in debitum soluit, non repetit, quia donatè videtur l. cuius per errorem 53. de regul. iur. l. indebitum 9. C. de condit. indeb. Ergo nec repetet is qui sciens reprobos nummos soluit, tanquam qui sciens in debitum soluerit, cum sciret non reprobos nummos se debere, sed probos. D. e. C. Non habet animum donandi qui habet animum decipiendi, inquit Bartolus ex l. si cum aurum 50. de solut. Sicut & de eo dicimus, qui animo depraedandi aliena negotia inuafit, & in ea aliquid expendit l. si pupilli 6. §. sed & si quis supr. de negot. gest. Sed tamen verum est, quod Accursius notat repetere hunc non posse, qui sciens reprobos nummos soluit, quia sciens hoc fecit, vt Paulus responderit in d. l. si cum aurum. non quasi donauerit, sed quia per errorem fecisse dici non potest, quod sciens fecit: Condicio autem indebiti nunquam locum habere potest, nisi probato errore facti, vt sæpius diximus ad tit. supr. de condit. indeb. An ergo sequemur temperamentum illud quod Paulo placuit in d. l. si cum aurum. Vt petentem te nummos probos quos tibi debeo exceptione doli summo ueam, si non reddas reprobos quos accepisti? Sic putat Accursius motus ex his postremis verbis huius §. & ex d. l. si cum aurum. Sed hoc probare vix possum, qui video non fieri locupletioiorem ex alieno damno eum qui reprobos nummos retinet, & probos petit, cum reproba pecunia nullus sit vsum, vt diximus, nullaque æstimatio. Neque verò quicquam videri potest interesse illius, qui reprobos nummos dedit, vt eos recipiat, quippe quibus nunquam nisi in alterius damnum sit vsum, sicut de malis medicamentis & venenis, & libris magicis aliisque huiusmodi rebus damnatis scriptum est in l. 4. §. 1. sup. Famil. erasc. Non enim solum interest hominis beneficio adfici hominem l. si venditor 6. §. 1. & l. seq. infr. de seru. export. sed etiam prouideri quantum fieri potest, ne cuiquam mortalium iniuria &

damnum inferatur. Multo magis ne libertati & utilitati commerciorum. Itaque cum iudex quilibet boni & innocentis viri officio fungi debeat, protinus contumpeuda sunt ista omnia, quorum vsum non nisi malus esse potest, vt scriptum est in d. l. 4. §. 1. & consequenter tollendi penitus nummi reprobi non reddendi, d. l. creditor 102. de solut. Nec aliter Vlpianum hic scripsisse, aut sensisse arbitror, magisque esse puto, vt postrema hæc huius §. verba Triboniano adscribi oporteat, quem supradictum Pauli responsum in d. l. si cum aurum fecerit. Non animaduertentem, longè aliam esse rationem eius qui reprobos nummos soluit, & illius qui cum aurum promississet soluit as pro auro ignorant. Æris enim & vsum aliquis est, & aliqua æstimatio cuius commodum, si sibi retinere velit auri creditor, & nihilominus aurum petere, dolo certè facit qui per iuris occasione caprat lucrum ex damno alieno, ideoque doli mali exceptione repellendus est l. 1. infr. de doli except. quam accommodari ei quoque æquum est qui decipiendi animo as pro auro soluit, quoniam & ipsius interest saltem as habere. At reprobos nummos habere, nihil planè interest eius qui soluit, nec si ignorans soluerit. Nec ad rem pertinet si quis obiciat, posse quemlibet etiam id habere, quod ei non expediat habere leg. ei fundo 19. supr. de seru. Id enim tum verè dicitur, cum nulla in eam rem aut actio aut exceptio necessaria est: Cum actiones aut exceptiones omnes comparatæ sint ad hoc, vt sibi quisque acquirat quod sua interest l. stipulatio ista 38. §. alteri l. 3. §. 1. de verb. oblig. l. ille à quo 13. §. 1. ad SC. Trebell. Non autem possit dici interesse cuiusquam, nisi cum ex iusta & honesta causa interest l. 3. §. sciendum supr. ad exhib. l. cuius interfuit 10. infr. de furt. Aliud sanè est, Repeti quid posse, aliud verò reddi debere. Repetitio fit per viam actionis, redditio autem extorqueri potest, etiam per viam exceptionis, sed illud tamen vtrique commune est, quod non magis exceptio, quàm repetitio dari vnquam potest ei cuius nihil interest, & quidem ex iusta & honesta causa, vt diximus. Et hoc est quod ad initium huius legis scriptum Tribonianum in hac lege sub Vlpiani nomine loqui sæpius contra sensum Vlpiani, certamque iuris rationem. Erit autem Triboniani manus manifestior in §. seq.

¶ Si vendiderit quidem creditor pignus pluris, quàm debitum erat, nondum autem pretium ab emptore exegerit: an pignoratitio iudicio conueniri possit ad superfluum reddendum, an verò vel exspectare debeat, quoad emptor soluat, vel suscipere actiones aduersus emptorem? & arbitrator nō esse vrgendum ad solutionem creditorem: sed aut exspectare debere debitorem, aut, si non exspectat, mandandas ei actiones aduersus emptorem, periculo tamen venditoris: Quod si accepit iam pecuniam, superfluum reddit.

Ad §. 2. Si vendiderit.

R. A. T. D. V. B. Creditor vendens pignus non præfenti pecunia, sed ea lege, vt post certum tempus precium soluat, vti que habet fidem de precio, ideoque transfert dominium pignoris venditi in emptorem l. 4. supr. l. non est notum 46. infr. de acquir. rer. dom. quod dominium transferre alicui non possit l. quod venditi 19. l. vt res 53. de intr. empt. Ergo perinde est, ac si totum precium iam inde ab initio solutionem ei fuisset. Sibi namque imputet, qui fidem emptoris quam secutus est, pro præfenti pecunia ha-

buit: Atqui si totum precium percepisset, nemo dubitaret, quia superfluum precij, id est, quod plus in precio quàm in debito esset, creditori restituere pignoratitia actione deberet, vt Paulus lib. 2. sentent. tit. 13. §. 1. scribit. l. qui occidit 30. §. 1. supr. ad l. Aquil. l. si in ver. 21. §. 1. infr. de pignor. l. creditoris 15. infr. de furt. l. vlt. C. de dist. pignor. Idè ergo est etià hoc casu in quo emptori fidè habuit creditor de precio, dicendū est, vt superfluum precij ex pignoris venditione redacti, creditor debitori restituere teneatur, nec sit audiendus si cogere debitorem velit, vt vel debiti soluendi diè expectet, vel mandadas sibi per creditore actiones etià inter-

posita delegatione suscipiat. Et ita Papinianus aperte respondit in *l. penult. infr. hoc tit.* creditorem scilicet iure cogi posse iudicio, quod de pignore dato proponitur, id est actione pignoratitia, ut superfluum precij etiam cum vfuris restituat, nec audendum esse, si emptorem qui nondum soluerit delegare velit, addita etiam ratione, quod in venditione quæ fit ex pacto (sic enim legendum arbitror non ut Florent. ex facto quod & Cuiacius ante nos bene obseruauit suum creditor negotium gerat. Nec sanè dici potest, quâtopere se torqueant interpretes post Accursium in *d. l. pen.* ut responsum illud Papiniani cum hoc §. concilient. Neque tamen puto quemquam adhuc dixisse id quod oportuit, quodque nos promotione de cidendi statim subiiciemus.

DEC. Multum interest an creditor pignus vendat ex pacto, id est iure conuentionis ut in *l. 4. in princip. supr.* & apud Papinianum in *d. l. penult. & in l. cum prior 3. infr. de distract. pignor. l. ult. infr. de pignor.* an verò citra pactum, & iure tantum creditoris non conuentionis *d. l. 4. supr.* in illis verbis *sed et si non conuenierit de distrabendo pignore, hoc tamen iure vrimur, ut liceat distrabere.* Vtroque casu creditor vendit iure creditoris, sed priore casu iure creditoris & conuentionis, legemque venditionis exercet. Posteriore verò iure creditoris tantum & non reluctante lege pignoris, ut loquitur *l. si cessante 7. cum seq. C. de distract. pignor.* Priore casu venditio fit ex voluntate expressa creditoris, cui sufficit ut soluendæ pecuniæ dies iam venerit, (nec enim aliud quicquam requiritur *arg. l. cum soluenda 4. de distract. pignor.*) Posteriore autem fit venditio ex necessitate *leg. questum 9. in princip. eod. titul.* Priore casu creditor vendit per se, nec adhibet iudicis auctoritatem, aut denunciationem & programmatum solemnitates, quas posteriore casu adhiberi necesse est, ut ritè, ac solemniter, & bona fide non per collusionem facta venditio dici possit *l. que specialiter 9. leg. si in hoc 14. C. de distract. pignor. & ut C. si vendit. pignor. agat.* priore casu creditor non debitoris, sed suum negotium gerit, quia ius pacti sui & suæ conuentionis exequitur *d. l. pen. infr. l. fideiusfor 32. supr. de negot. gest.* Posteriore verò negotium debitoris magis quam suum gerere videtur, cum id faciat ex necessitate, ut ab inuito debitore solutionem extorqueat, quam alioquin consequi non posset *d. l. pen. & d. l. questum 9.* Sicut & cum in executione iudicati postulante creditore pignora venduntur iustu & officio iudicis iudicatum exequentis, quo casu dicimus factum iudicis esse factum debitoris non creditoris *l. 1. & 2. C. si in caus. iudic. pign. capt. sit l. si ob causam 13. C. de emitt.* Denique quod ad rem nostram pertinet, priore casu creditor qui pignus conuentionis iure vendidit, & emptori fidem habuit de precio, non eò minùs tenetur statim presentium pecuniæ cum vfuris reddere, prius etiam quam precij pecuniam perceperit, quia cum suum negotium gesserit, imputare sibi debet, si malè gessit *d. l. penult.* sensus est, delegationem tunc pro iusta præstatione esse, cum is qui delegationem offert, non alia de causa tenetur, quam quòd alium habeat obligatum, ut idem Papin. ait in *l. quod debetur 51. infr. de pecul.* Hic autem creditor non tam ideo tenetur quòd emptorem habeat obligatum, quam quia suum negotium gesserit. Posteriore verò non tenetur, quia cum debitoris non suum negotium gesserit, eiusmodi venditio tanquam ex necessitate facta non potest liberare debitorem nisi pecunia demum percepta *d. l. questum 9.* Est autem præposterum ut debitor antequam

liberatus sit, pignoratitiam habeat actionem *l. si rem alienam 9. §. omnis pecunia & l. solutum 11. supr.* Simile est quod dicimus venditionem rei obligatæ transferendi in alium pignoris causa factam, non adimere posteriori creditori ius offerendi *l. cum secundus 5. §. 1. & leg. seq. infr. de distract. pignor. l. si mandatu 59. §. 1. infr. mandat.* Nempe quia non nisi ex necessitate iuris fieri solet, ut idem Papinianus ait in *leg. 2. in fin. de distract. pignor.* Ergo quod in hoc §. scriptum est. Si pignus creditor vendiderit pluris quam debitum erat, nondum autem precium ab emptore perceperit, non debere illum pignoratitio iudicio ad reddendum superfluum conueniri, sed vel expectare debitorem debere, aut si nolit expectare mandandas ei actiones aduersus emptorem, periculo tamen venditoris, de ea pignoris venditione accipiendum est, quam creditor fecerit non ex pacto, sed ex iuris necessitate, quæ venditio non nisi tota pecunia soluta liberat debitorem. Quam interpretatione nostram illud adiuuat quod nulla hic pacti mentio fit, quocessante certum est non posse fieri venditionem ex pacto: nec eò minùs tamen fieri posse à creditore, & quidem iure creditoris, tum quoque cum conuenit nihil de distrabendo pignore, adeoque cum conuenit ne creditor liceat distrabere, quia nec per pactum auferri potest creditori facultas distrabendi pignoris, quod alioqui esset inutile: Quamuis eiusmodi pacto difficultas augeatur distractionis preter trinam illam denunciationem quam præcedere necesse est, priusquam distrahi pignus hoc casu possit *d. l. 4. supr. hoc tit.* Obseruauimus quidem antea hac interpretum & pragmaticorum errorem, qui venditionem pignoris à creditore factam iure creditoris confundunt cum ea, quam vel debitor ipse fecerit, vel nomine debitoris magistratus postulante creditore. Sed nondum obseruauimus, quod nunc docemus: aliud esse iure creditoris vendere, aliud verò vendere iure conuentionis. Hoc plus est, illud minùs. Vendit iure creditoris etiam is, qui non vendit iure conuentionis, sed ex necessitate iuris. At è contrario non vendit iure conuentionis, quisquis vendit iure creditoris. Tamen si quisquis emit à creditore distrahente iure creditoris, siue ius etiam conuentionis concurrat, siue non, perinde fiat dominus nec de proprietate vinci possit *leg. qui à creditore 18. & tot. tit. C. de distract. pignor.* Pignoris iudicialis hoc est, quod in causa iudicati capitur & distrahitur, alia ratio est, quia non nisi presentium pecunia vendi debet, non sic ut post tempus pecunia soluatur *l. à Diuo Pio 15. §. sed si emptor de re iudic. quia noluit prætor ex obligationibus obligationes fieri, & ex litibus decisis nouas lites l. 4. §. ait prætor eod. tit.* quod tamen ut plurimum euenire necesse esset, si emptor pignoris iudicialis ad licitationem nulla presentium pecunia admitteretur. Proinde in id genus pignoris dubitatio huius §. cadere nunquam potest, sed tantum in pignus conuentionale in quo prætor non se interponit, nisi hætenus, ut contrahentium pacta & conuentiones tueatur *l. in conuentionalibus 52. infr. de verb. oblig.* Atque hæc quidem omnia ex mera rectaque ratione iuris, verissimè, ni fallor, disputantur. Sed tamen nõ facile possum mihi persuadere quæstionem huius §. ab Vlpiano ita conceptam & explicatam fuisse. Explicasset enim haud dubiè Vlpianus extricandæ omnis dubitationis gratia, de ea pignoris venditione se intelligere quæ ex necessitate iuris facta esset, de qua, & Paulus in *d. l. questum.* Sicuti Papinianus in *d. l. pen. de ea nominatim tractat quæ ex pacto facta*

pacto facta sit. Deinde dictiones illæ *quidem, autem,* Triboniano certè familiariores sunt quam Vlpiano. Quemadmodum & interrogatiuncule illæ ineptæ, quibus hic totus §. scatur ab illis verbis *an pignoratitio iudicio conueniri possit ad superfluum reddendum, an verò vel expectare debeat, quoad emptor soluat, vel suscipere actiones aduersus emptorem.* Quid verò illud est, querere an expectare debitor debeat, quoad emptor creditori soluat? Quid enim si nunquam velit soluere? Quid si nec creditor ipse agere, an interim prohibebitur debitor pignoratitia experiri aduersus debitorem? Sed videamus quibus verbis Tribonianus ad quæstionem propositam respondet. *Et arbitror, inquit, non esse urgendum ad solutionem creditorem.* in quo solutionem dixit pro restitutione, non enim datur pignoratitia debitori contra creditorem, ut soluat aliquid creditor, sed tantum ut reddat & restituat id, quod ex pignoris venditione plus debito accepit. *Sed aut expectare debere debitorem,* (video *nancoriar?*) *aut si non expectat, mandandæ ei actiones aduersus emptorem periculo tamen venditoris.* Relinquit ergo Tribonianus in arbitrio & potestate debitoris, an expectare velit, necne, ut dies soluendi precij veniat. Quod est ridiculum. Nec enim iuris auctoritas in potestate & arbitrio cuiusquam esse potest *l. 1. §. sed non vti que in fin. infr. ad SC. Turpill. l. ordo 15. ad municip. Sed quid illud est si non expectat pro eo quod voluit Tribonianus & debuit scribere *aut si expectare nolit.* Quamquam cum nemo agere possit iure actione *l. si pupilli 6. §. ult. supr. de negot. gest. & prætoris sit actionem dare vel denegare, ut ex totius edicti perpetui contextu apparet l. necessarius 57. de acquir. hered. & rot. tit. infr. quar. rer. exactio non dat,* (sic enim legendum est, non ut vulgò actio ut apparet ex *l. 1. §. que oneranda & §. si libertatis ill. tit.*) planè non video, qua ratione possit quis ex sola sua agendi impatientia nasci actionem, cuius exercenda tempus alioquin expectare deberet. Rursum quis vnquam audiret cogi quem mandare actionem, quæ nondum competat, ac proinde quam nondum habeat? Prius si quidem est, ut qui vult mandare actiones possit petere, quam ut eas mandet *l. quod si in diem 16. §. idem Iulianus ait de hered. petit. l. si carere 31. infr. de action. empr.* Delegatione in eam rem opus est, non mandato actionis, ut qui iam obligatus quidem est, sed tamen à delegante*

3 ¶ In pignoratitio iudicio venit, quemadmodum & si res pignori datas malè tractauit creditor, ut seruos debilitauit: Planè si pro maleficiis suis coercuit^a, vel vinxit, vel obtulit præfecturæ, vel præfidi: dicendum est pignoratitia creditorem non teneri, quare si prætuit ancillam^b, vel aliud improbatum facere coegit: illico pignus ancillæ soluitur.

Ad §. ult. In pignoratitio.

RAT. DVV. Pignoratitium iudicium non ad aliud datur debitori contra creditorem, quam ut creditor idipsum pignus quod accepit reddat. Ideoque dicitur iudicium quod de pignore dato proponitur à Papiniano in *l. penult. infr. l. fideiusfor 32. supr. de negot. gest.* ut scilicet reddatur. Atqui eandem rem reddit qui rem obligatam, quamuis deteriorem factam reddit, puta seruum debilitatum. Non enim ob id minùs idem seruus est, qui pignori datus fuerat, quòd debilitatus reddatur. Ergo in pignoratitio iudicio non debet venire, si creditor res pignori da-

tas malè tractauerit, puta seruos quos ex ea causa debilitauerit. DEC. Non videtur reddi res obligata quæ deterior redditur *l. 3. §. si reddita supr. tit. prox.* neque fit ea redditio ex bona fide, cum intercessit factum & culpa eius qui debet reddere, nisi præterea offerat æstimationem quanto deterior res facta est *l. pen. supr. de condict. tritic.* Imò potest dici dolo malo, non reddi, quod deterius redditur *l. 1. §. si res deposita 16. infr. de posit. l. qui sibi 33. §. 1. in fin. de solut.* Quid autem tam contrarium bonæ fidei, quæ in omnibus maximè bonæ fidei iudiciis dominatur, & consequenter in iudicio pignoratitio, quod ex hoc numero est, quam dolo malo? *l. 3. in fin. infr. pro socio leg. si*

do 5. C. de rescind. vendit. Ergo in hoc iudicio etiam ad venire debet, quo deterior facta est res pignora- ta, cum creditoris culpa, & factum aliquod seu ne- gligentia interuenit. Negligentia, inquam, non qui- dem minima, sed quæ in diligentem patrem familias non caderet, quæque culpam nec latam nec leuissi- mam inducit, sed leuem. Non enim tenetur credi- tor de culpa leuissima, sed tantum de leui, quia con- tractus sit gratia utriusque *l. si cum venderet 13. §. 1. & l. seq. supr. l. 5. §. nunc videndum supr. tit. prox.* Multo magis tamen de lata, quæ ipsa dolus est, aut saltem propè ad dolum accedit *l. magna negligentia 226. de verb. signi- fic.* Et sanè quemadmodum impensæ quas creditor bona fide in utilitatem & meliorationem rei obli- gata se cit, sunt ei restituendæ, ut dicemus ad *l. seq. ex l. Paulus 29. §. domus infr. de pignor.* Ita & si qua in re de- terior facta sit, aut quia creditor in ea malè sit versa- tus, siue faciendo id quod non debuit, siue quod ef- fecit idem est, non faciendo, quod debuit, æquum est indemnitate ab eo præstari debitori actione pignoratitia directa *l. creditor 7. C. hoc tit. d. l. prox. ver- sic. sicut enim, infr.* Nam scuitia domini quæ in propriis seruis culpanda est, in alienis est coercenda *l. si consti- tante 24. §. si maritus in fin. infr. solut. matrim.* nec cui- quam permittendum est, ut re aliqua abutatur etiam sua multo mirùs ut aliena *§. sed hoc tempore, infr. de his qui serui vel alien. iur. sunt.*

a. *Planè si pro maleficiis suis coercuit.* R. A. T. D. V. B. Per- mittitur quidem domino seruum suum occidere si eum in facinore deprehenderit, aut facinoris con- scium repererit, nec eo nomine tenetur, licet ser- uum hunc alij debeat, siue ex testamento, siue ex sti- pulatione *l. quid ergo 53. §. si heres de legat. 1. l. qui seruum 96. de verb. oblig.* Sed alij quam domino, & in seruum alienum scuire nemini permittum est, ut modò di- cebamus ex *l. si constante 24. §. si maritus in fin. solut. ma- trim.* Quod si quid malè ac perfidè à seruo alieno admissum est, consili potest non modo indemnita- ti, sed etiam vindictæ illius qui damnum aut iniu- riam passus est, si seruus detur præfecturæ, ut est præ- fectio vrbi, in vrbe, aut Præsidi in prouincia castigandus, aut etiam præfecto vigilum, cui datum est, ser- uos etiam ultimo supplicio afficere *l. 1. de offic. præfect. urb. l. ex omnibus 10. de offic. Præsidi. l. vlt. de condit. caus. dat.* Ne alioqui videatur sibi & in causa sua ius dice- re, vel sine iudice se vindicare: quod extra casus cer- tos, in quibus hic non est, nemini facere licet *tot. tit. C. ne quis in caus. sua iudic. vel ius dic. & tit. C. quand. lic. vnic. fin. iudic. se vindic.* Atqui creditor pignoratitius pignoris dominus non est, nec esse potest, manente pignore, ut sæpius diximus ex *l. neque pignus 45. de re- gul. iur. l. pen. §. 1. ad fin. infr. de except. rei iudic. l. si rem alie- nam 29. infr.* Ergo si seruum pignoratitium pro malefi- ciis suis coercuerit, vel vixerit creditor, dicendum est actione pignoratitia directa eum teneri.

D. E. C. Creditor licet non sit dominus pignoris, ta- men vice & loco domini quodammodo est, tan- quam ipsius procurator in rem suam *l. si pignori 29. in fin. supr. Famil. erisc.* facereque non tantum potest sed etiam debet in pignore quicquid dominus, & diligens alius quilibet paterfamilias facturus esset *l. ea igitur 14. supr. hoc tit.* Atqui diligens paterfamilias, non patereur impunitum esse delictum quod ser- uos admisisset, pertinet enim id ad utilitatem non modò publicam, sed etiam priuatam dominorum, ne seruorum delicta impunito remaneant, & ut ser- uilis ingenij nequitia coerceatur: Quam in rem mo- dica castigatio non est deneganda domino *l. vlt. C.*

an seruus pro suo fact. dum ne nimia ipsius scuitia at- tinguatur *l. 1. & 2. supr. de his qui serui vel alien. iur. sunt d. §. sed tempore, infr. eod.* Adeo ut etiam ex causa, & pro qualitate admitti atque atrocitate delicti possit im- punè seruum occidere *d. l. qui seruum 96. de verb. oblig. d. l. quid ergo 63. §. si heres de leg. 1.* Ergo neque creditori castigatio leuior deneganda est, quia non magis ei quam domino licet contra seruum agere siue ciuili- ter siue criminaliter *l. cum seruo 107. de regul. iur. & d. l. vlt. C. an seruus ex suo fact.* Et absurdum esset permit- ti seruo pignoratitium si quid damni ex serui pi- gnorati malitia & improbitate creditori passus esset *l. si seruus pignori 31. infr. l. si seruus 61. §. quod verò infr. de furt.* An non ergo vitiosus est debitori eidemque do- mino serui pignorati ut delinquentem seruum credi- tor conueniat domi quomodo loquuntur Imppi in *d. l. vlt. C. an seruus pro suo fact.* quam ut debitor ipse eo nomine pignoratitia actione contraria conue- niatur? Cum itaque hoc faciat creditor ex domini voluntate, ac veluti mādato, adeoque iure permit- tente, nihil cause est cur ex eo factio quasi malè ver- satus in pignore pignoratitia actione directa teneatur. Sufficit enim factum quid esse lege permittere, ut pœnam non mereatur *l. Gracchus 5. C. ad leg. Jul. de adult.* Planè non dubitatur quin non modò mode- stiùs, sed etiam tutiùs creditor facturus sit, si seruum delinquentem præfecturæ, ac Præsidi castigandum tradat, quam si ipse castiget, vel ob hoc ipsum ne quæstioni locum relinquat, an supra modum fe- uerit, quæ res iustam querelam occasione credito- ri daret: quomodo & inter virum & vxorem dispu- tari aliquando solet *d. l. si constante §. si maritus solut. marr.*

b. *Quare si prostituit ancillam.* R. A. T. D. V. B. Nichil tam naturale est, quam vnum quodque dissolui eo modo quo colligatum est *l. prout 80. de solut. l. nihil tam naturale 35. de regul. iur.* Atqui pignus non nisi consensu & voluntate debitoris & creditoris interueniente contrahitur *l. 1. supr.* & quidem quo magis cautum sit creditori eius pecuniæ nomine quæ de- betur, quouique solum ei sit, aut aliter eo nomine satisfactum *l. si rem alienam 9. §. omnis pecunia. & l. solu- tum 11. sup.* Adeo ut nec ei profit ad habendam actionem pignoratitiam, quod creditori aliter quam per solutionem satisfacere paratus sit, si non etiam satis- fecerit *l. item liberatur 6. §. qui paratus infr. quib. mod. pign. vel hypoth. soluit.* Ergo non est hic legitimus mo- dus soluendi pignoris, si creditor pignoratitius ancillam pignoratitam prostituerit, aut quid aliud im- probatum eam facere coegerit. Neque verò modus hic computatur inter ceteros, qui proponuntur in *tit. quib. mod. pign. vel hypoth. soluit.* Satisque esse debet domino, eidemque debitori, quod si creditor ancil- lam prostituerit, aut quid aliud turpe & contra bo- nos mores facere coegerit, habet eum per actionem pignoratitiam directam obligatum, tanquam qui malis istis actibus rem pignoratitam corruperit, & de- teriorem fecerit *l. 1. §. per suadere, & §. vlt. & l. 2. & pass. supr. de seruo corrupt.*

D. E. C. Contractus pignoris bonæ fidei est, ut sæ- pius diximus. Non potest autem videri factum ex bona fide, quod turpiter & contra bonos mores fa- ctum est, contraque verecundiam & publicam ho- nestatem *l. filius 15. & l. præced. infr. de condic. infr.* Cui legislator

legislator ciuilis tantum defert, ut primum iuris præ- ceptum constituatur in honestè viuendo *leg. infortia 10. §. 1. supr. de iust. & iur.* Adeo ut neque stipulatio- nes turpes vilius omnino sint momenti, nec vlla sit necessaria doli exceptio ad actiones ex iis elidendas, sed omnimodo Prætoris officio contineatur, ut ex eis actionem denegat *l. generaliter 26. & l. seq. l. stipu- latio hoc modo concepta 61. de verb. oblig. l. ex eo 4. C. de iuril. stipulat.* Idemque in condicionibus turpibus iuris est, ut eas prætor ab initio remittere debeat, ha- bendo eas non pro impletis, sed pro non implendis *l. condiciones 14. & seq. l. que sub condicione 8. de condic. in- fr. l. facta 63. §. si sub condicione, infr. ad SC. Trebell.* Atqui turpissimè facit creditor, qui ancillam sibi pignora- tum prostituit, aut ad tale quid aliud probrosum ad- mittendum compellit. Merito igitur ciuilis legisla- tor constituit, ut pignus hoc casu ipso iure soluat,ur,

25. IDEM libro 31. ad Edictum.

SI seruos pignoratos, artificii instruxit creditor: si quidem imbutos, vel vo- luntate debitoris, erit actio contraria: si verò nihil horum intercessit, si qui- dem artificii necessariis, erit actio contraria. non tamen sic, ut cogatur seruis carere pro quantitate sumptuum debitor, sicut enim neglegere creditorem dolus & culpa, quam præstat, non patitur: ita nec talem efficere rem pignera- tam, ut grauius sit debitori ad recipiendum. putà saltum grandem pignori da- tum ab homine, qui vix luere potest, nedum excolere: tu acceptum pignori excoluisti sic, ut magni pretij faceres, alioquin non est æquum, aut quærere me alios creditores, aut cogi distrahere, quod velim receptum, aut tibi penuria coactum derelinquere. mediè igitur hæc à iudice erunt dispicienda: ut neque dilicatus debitor, neque onerosus creditor audiatur.

Ad *l. si seruos 25.*

Proponuntur in hac lege tres casus de impensis à creditore pignoratitio in rem obligatam factis. Duo priores sunt de impensis vitilibus, & permanentibus, tertius de necessariis. Priores duo de sumptibus à creditore factis ex domini eiusdemque debitoris voluntate vel tacita vel expressa, ut Accursius bene obseruat. Ex tacita, si seruos iam imbutos, id est, ut il- le interpretatur, imbuti coeptos artificii instruxerit. Videtur enim facere ex domini voluntate quisquis id facit, quod dominus facere consuevit *l. 5. §. custo- diam vers. sed an etiam hominis, supr. tit. prox. l. vel vniuersi- forum 12. supr. hoc tit. l. item si 7. alias l. sed Iulianus §. quod dicitur infr. de SC. Maced. l. Iulianus 15. §. præterea 12. de action. empt. l. si tamen 48. §. ei qui de adilit. edict.* Rebus scilicet in eodem statu manentibus, ut Bartolus li- mitat ex *l. cum quis 38. l. si cum Cornelius 82. in fin. de solut.* Et dum modò voluntas iam ad effectum perdu- ci coeperit, non aliter ex *l. 1. §. si defunctus infr. de reb. eor. qui sub tutel.* Ex voluntate verò expressa, si fortè mandauerit creditori, ut eos instrueret ut in *l. 3. §. sed si mutua infr. de in rem vers.* Tertius verò de sumptibus factis citra villam debitoris voluntatem siue expref- sam siue tacitam, sed tamen necessariis, id est qui si facti non essent, res aut peritura fuerat aut saltem deterior futura. Hæc enim necessariarum impensa- rum definitio est *l. impense 79. de verb. signific. l. 4. l. im- pense 14. de impens. in reb. dotal. fact.* Priores duo casus nullam prorsus habent dubitationem, quin credi- tori à debitore per contrariam actionem pignorati-

ne iuris vinculum superesse aliquod videatur, ubi honestas publica læditur. Nam si non licet creditori uti pignore, quia hoc ipso furtum committat *l. si pi- gnore 54. infr. de furt.* quamuis hoc solum ad solu- endum pignus non sufficiat, quanto minus permitten- dum ei est, ut abutatur contra debitam legibus, & honestati verecundiam: Quidni autem ex hac causa pignus soluat,ur, cum etiam dominica & patria po- testas tollatur, si tale quid pater filix aut dominus ancillæ imperet *l. si lenones 12. C. de episcop. audient. l. le- nones 6. C. de spectacul. & lenon. libr. 11. tit. 40. l. sedisimã 7. C. de postlim. reuers. & redempt.* Indignus enim pater est, indignus dominus, qui potestatem illam in libe- ros vel seruos retineat, qua tam turpiter improbè ac impiè abutatur. Quamquam non tam ex mera iuris ratione illud fit, quam ex supradictis Irapp. con- stitutionibus, quod in specie huius §. diuersum est.

tiam restitui debeant indistinctè, quia & illud indi- stinctè verum est, nullam videri posse factam iniu- riam ei qui semel voluit *l. in diem 9. §. 1. de aqua & aqua plu. arcend. sibi que debet imputare cur voluerit.* Sed tertius casus dubitabilis est, de impensis necessariis à creditore in pignus factis nulla intercedente domi- ni voluntate, si fortè creditor eas per pignoratitiam contrariam omnino velit repetere, quamuis tam in- gentes proponantur, ut iis reddendis impar sit debi- tor, & seruis suis, ni omnes reddat, carere cogatur. Air autem Vlpianus sequendum esse hoc tempera- mentum, ut pro iis quidem impensis danda sit pi- gnoratitia contraria, sed non vique adeo absolute, ut cogendus sit debitor re sua carere, & ad reddend- das impensas, seruos ipsos, in quos factæ sunt, ven- dere.

R. A. T. D. V. B. Impensæ necessariae illæ sunt, ut modò diximus, quæ si factæ non fuissent, res omni- modo vel peritura vel deterior futura erat. Ideoque dicuntur minuere dotem quantumuis fauorabi- lem, non quidem ipsa in re nisi cum dos pecuniaria est, (absurdum enim esset dicere corporum diminu- tionem ipso iure fieri propter pecuniam *l. quod dicitur 5. de impens. in reb. dotal. fact.*) sed tamen ipso iure *l. si is qui Stichum 56. §. quod dicitur, infr. de iur. dot. l. dote rele- gata 5. de dot. relog.* Quidni ergo minuent etiam pi- gnus, adeoque ita ut totam eius æstimationem ab- sorbeant? Alioqui pateretur damnum & iniuriam creditor, cui minus restitueretur, quam ipse in rem pignoratam non tantum bona fide, sed etiam ne- cessariò impendisset: Cum è comparatio nulla fiat in:

iuria domino eidemque debitori, cui liberum est se exonerare, si modò velit pignori carere, & rem derelinquere *l. sed an vtro 10. §. 1. supr. de negot. gest. l. is cum quo 7. §. 1. de aqua & aque pluv. arcend.* Nulla enim res siue animata siue inanimata onerare vnquam dominum vltra quam quanti est, potest *l. Prætor ait 7. §. hoc edictum, de damn. infect.*

D E C. Impensæ quæ ab initio fuit necessaria, talis esse definit, statim atque ad eam vsque quantitatem ascendit, quæ plus sit, quam quanti res ipsa est. Ita enim sit, vt tota res domino pereat, si ad totius impensæ quantumlibet necessariae restitutionem vigeat. Quenam enim dominij utilitas est, quòd per eiusmodi impensam necessariam res salua facta sit, si domino ipsi perierit? Aut quid eius interest, an absolutè perierit, an soli domino? Cui certò grauius est, videre rem suam prætextu impensarum translatam in creditorem, quam si ob non factas impensas tota res absolutè periisset *arg. l. cum oportet 6. versic. sic etenim C. de bon. que liber. l. lex que tutores 22. versic. & tolerabilis C. de adm. tutor.* Neque verò ex bona fide est, vt creditor prætextu impensæ necessariae pignus sibi retineat, quòd ab initio ea lege accepit, vt redderet, quòd nec bonæ fidei possessori permittitur, qui in alienam rem impensas bona fide fecit etiam necessariae *l. in fundo 38. vbi diximus supr. de rei vindic.* Fateor non posse imputari creditori, cur in pignus impenderit, qui si neglexisset impendere de dolo aut saltem de culpa leui eo nomine se obligasset *leg. quemadmodum 29. §. magistratus supr. ad leg. Aquil.* Sed non debet eo prætextu talem facere rem pignoratam, vt grauior fiat debitori pignoris luitio. Id enim iam extia & contra bonam fidem est. Adfert autem exemplum Vlpianus, si saltum grandem pignori dedit creditor, tam pauper, vt vix luere vnquam pos-

sit, nedum excolere. Creditorem verò, acceptum eum pignori sic excoluisse, vt magni pretij fecerit? An non iniquissimum sit in eas angustias redigimiserum debitorem, vt vel nouos creditores querere cogatur, & versuram facere, quòd vix vnquam vile, semper verò ferè inhonestum est, vel pro immoderatis sumptibus pignus distrahere, quòd receptum & recuperatum velit, vel denique penuria coactum, rem obligatam creditori derelinquere, quòd magis miserum, vt diximus ac lacrosum est. Erunt igitur, inquit Vlpianus, omnia hæc mediè dispicienda & temperanda arbitrio boni iudicis, pro personarum, rerum, temporum, & locorum qualitate *l. in fundo*, vt neque delicatam debitorem audiat, qui colore paupertatis velit magnum ex damno creditoris lucrum sibi comparare, neque onerosum creditorum, qui pro immodicis impensis ne quid ex iis amittat, totum pignus velit sibi acquirere & retinere. Itaque elicit bonus iudex & eliget ex duobus contrariis medium temperamentum, vt Accursius hic notat *ex l. 1. & l. 2. §. si quis tamen supr. si quis caution. l. Quintus 7. in fin. infr. de ann. legat. l. continuis 137. §. cum ita versic. item qui insulam. de verb. oblig. l. quod dicitur 105. infr. de solut.* Obseruandum autem est loqui Vlpianum in hac lege de impensis siue necessariis, siue vtilibus (nec enim seruos artificis, aut disciplinam instruere necesse est, sed vile) quæ quoniam ad animi & ingenij culturam pertinent, tolli nullo modo possunt. Nam si tolli possent, permittendum esset creditori, cui non omnes præstarentur, ceteras tollere que sine detrimento rei tolli possent *dist. l. in fundo & l. proced. iunct. l. fin. autem 27. §. vlt. & leg. seqq. supr. de rei vindic. l. viles 39. in fin. de hered. petit. l. domum 5. C. de rei vindic. d. l. Iulianus 13. §. prætor ait infr. de action. empr.*

26. IDEM libro 3. Disputationum.

Non est mirum, si ex quacunque causa magistratus in possessionem aliquem miserit pignus constitui: cum testamento quoque pignus constitui posse, Imperator noster cum patre sapissime rescriptit.

Ad l. Non est mirum 26.

R A T. D V B. Non valet pignus rei alienæ, nisi quòd constitutum sit saltem ex domini voluntate *l. alienares 20. vbi diximus supr.* Atqui pignus quòd à prætorè, aliòve magistratu constituitur, quòdque ideò prætorium appellamus, de quo in *tit. C. de prætor. pignor.* non nisi in re alièna constitui potest, nec enim bona, in quorum possessionem Prætor mittit, sunt Prætoris, sed vel Titij vel Sempronij, nec magistratus quisquam potest dominum se dicere bonorum, quæ ad priuatos pertinent *l. magistratibus 12. supr. de iurisdict. l. quemadmodum 29. §. pen. ad leg. Aquil. l. nec magistratibus 32. infr. de iniur.* Multo minus dici potest eiusmodi pignus valere propter concurrentem domini voluntatem, cum & ius & iudicium æquè reddatur in inuitum *leg. inter stipulantem 83. §. 1. de verb. oblig.* Agimus enim cum inuito, sed non contrahamus cum inuito, quamuis dici soleat, quòd & verum est, sed alio sensu, in iure & iudicio quasi contrahi *l. 3. §. idem scribit infr. de pecul. l. delegare 11. §. 1. l. aliam 29. de nouat. & delegat.* Ergo pignus à Prætorè aliòve magistratu constitui nullum potest.

D E C. Quemadmodum respublica domina est, & bonorum & personarum omnium quæ sunt in re-

publica, quia reipublicæ priusquam nobis aut parentibus nostris omnes nascimur *l. 1. §. & generaliter 15. infr. de ventr. in poss. mitt.* adeò vt nemo se dominum membrorum suorum possit dicere *l. liber homo 13. in princip. ad leg. Aquil.* Ita & lex qua nihil maius, nihil dignius potentiùve est in republica, sine qua, nec vlla stare respublica posset *l. 1. & 2. l. legis virtus 6. supr. de legib.* Atqui lex imperat, vt in republica sine magistratus, qui singulis ius dicant, qui iurare reddant in ciuitate, maximè verò Prætores, qui sunt veluti viua vox iuris ciuiliis *l. nam & ipsum 8. supr. de iustit. & iur. l. 2. §. postea ne diutius, & §. quod ad magistratus cum seqq. de orig. iur.* Ergo etiam ad Prætores aliòsque magistratus pertinet, quorum ea iurisdictio est, vt quoties ius & æquitas id suggerit, pignus constituere possint in rebus priuatorum, puta rei seruandæ causa, si fortè debitor latitet, nec à quoquam defendatur, ne contra eum se qui condemnatio possit. Nam cum actio omnium instituentiarum principium ab ea parte edicti proficiatur, quæ est de in ius vocando, vt Iustinianus scribit in *§. omnium Instit. de pen. temer. litig.* qui autem latitat vocari in ius non possit, quia vocatio fiebat per corporalem prehensionem, vt scripsimus ad *tit. de in ius vocand.* confèquens est, vt aduersus latitantem non alio remedio succurrat creditoribus

ditoribus possit, quàm vt mittantur in possessionem bonorum debitoris, atque ita in iis bonis pignus prætorium constituantur, & ex precio creditoribus satisfiat *tot. tit. quib. ex caus. in poss. eat & de reb. autor. iudic. possid.* Aliud exemplum prætorij pignoris est, cum legatorum vel fideicommissorum seruadorum gratia mittitur legatarij vel fideicommissarij in possessionem bonorum defuncti ex *tit. vt in possess. legat. vel fideic. seruand. caus. liceat l. creditoribus 4. §. 1. de separat.* qui locus de hoc pignore prætorio accipiendus est, non de tacita, vt Bartolus putat hypothecca: nam cum olim & ante Iustiniani constitutionem quæ extat in *l. 1. C. commun. de legat.* nulla pro legatis & fideicommissis tacita hypothecca competeret, necessariam erat auxilium pignoris prætorij, vt legata vel fideicommissa etiam condicionalia in tuto collocarentur, & eueniens quancumque condicione præstari possent. Nec enim poterat eis consuli simul cum ceteris creditoribus, quia legatarius vel fideicommissarius condicionalis non est creditor ne quidem condicionalis, ideoque nec quicquam transmittit ad heredem *l. is cui 42. de oblig. & act.* quòd in stipulatore condicionali diuersum est *§. ex condicionali Instit. de verb. oblig.* Neque verò mittuntur legatarij vel fideicommissarij in possessionem in penam latitantis heredis, vt ceteri creditores in bona latitantis debitoris, sed vt voluntati testatoris satisfiat nisi satisdare paratus sit heres cuiuscumque dignitatis sit, & quancumque facultatum *l. 1. & tot. tit. vt legat. seu fideic. seruand. caus. caueat.* Proinde cum hodie ex supra dicta Iustiniani lege legatarij & fideicommissarij omnes tacitam hypotheccam habeant, potest defendi nullam amplius superesse necessitatem, aut æquitatem retinendi pro legatis vel fideicommissis prætorij pignoris *l. is cui 5. §. qui legatorum vt in poss. legat. seruand. caus.* Tertium exemplum est, si ventris nomine missio in possessionem facta sit, ex illa parte edicti quæ est de *ventr. in poss. mitt.* Sunt enim hæc tres ferè cause ex quibus missio fieri solet in possessionem bonorum, scilicet vniuersorum: nam ex causa damni infecti si non caueatur, missio quidem fit in possessionem, sed eius tantum rei in qua damnum timetur, vt scriptum est in *l. 1. quib. ex caus. in poss. eat.* Nec minus fit missio in possessionem ex causa damni infecti animo constituendi pignoris, quamuis non fiat in ordine ad venditionem, sed vt is qui missus est in possessionem damni infecti nomine, si duretur non caueri, possit fieri dominus bonitarius ex secundo decreto quo iubetur sibi possidere, postea futurus quiritarianus si vscapio sequatur *l. 3. §. 1. de reb. eor. qui sub tutel. vbi quòd additur vt procedat iuberi etiam possideri poterit, nò dosum mihi videtur, maloque legere si procedat scilicet pignus, nolente nimirum vicino cauere l. Prætoris 5. l. si sumta 15. §. Iulianus infr. de damn. infect.* Est tamen hoc commune omnibus qui in possessionem missi sunt, siue rei seruandæ causa, siue legatorum, siue ventris, siue damni infecti nomine, quòd non verè possident, sed habent tantum custodiam & obseruationem rerum *l. cum legatorum 12. quib. ex caus. in poss. eat. l. 3. §. vlt. de acquir. poss. l. si in princip. vt in possess. legat. l. 3. §. creditores infr. vt possid.* Prætorium igitur pignus est, quòd ex Prætoris imperio & auctoritate constituitur, sicut & iudiciale quòd in executione iudicati capitur à iudice iudicatum exequentem, de quo in *l. à Diuo Pio 15. de rei iudic. & iur. C. si in caus. iudic. pign. capt. sit.* Vtrumque tamen sub Prætorij appellatione comprehendit voluit

Iustinianus in *l. 2. C. de pignor. prætor.* vbi duplicem tantum pignoris speciem agnoscit, Conventionalis & prætorij. Ideò fortassis quòd iudiciale quoque pignus ex prætoris auctoritate capi videtur, posteaquam à Diuo Pio rescriptum est magistratibus populi Romani, vt iudicium à se datorum sententias exequantur *d. l. à Diuo Pio.* non quasi Prætor ipse in executione iudicati capiat pignora, sed quia ad hoc ipsum dat iudicem pro exequendo iudicato, vt quis intelligat auctoritate ipsius fieri executionem, non iudicis pedanei ad hoc dati: nec immeritò, cum sententiæ vigor in executione consistat *l. pen. C. de execut. rei iudic.* Sunt tamen pleraque differentia inter pignus prætorium & iudiciale, sicut & inter pignus prætorium & conuentionale, quas nos latius profecuti sumus in libris pignoris prætorij, neque hic repetere attinet. Hoc tantum notare placet ad eòdè verum esse quòd Vlpianus hic scribit, Pignus à magistratu constitui posse, vt maioris potestatis illud sit, quàm si ex domini voluntate per pactiorem constitutum esset, nimirum propter interuenientem magistratus & iudicis auctoritatem *d. l. 3. §. 1. infr. de reb. eor. qui sub tutel.* vbi hanc ob causam scriptum est, pignori capi iussu magistratus vel Præsidis, vel alterius potestatis, & distrahi fundum pupillarem posse: sed & in possessionem mitti rerum pupillarum à Prætorè quem posse, & ius pignoris contrahi siue legatorum seruadorum causa, siue damni infecti nomine. Has enim obligationes, & alienationes locum habere, quia non ex tutoris vel curatoris voluntate fiunt, sed ex magistratum auctoritate.

a Cum testamento quoque pignus constitui posse. **R A T. D V B.** Testator plus facere potest quàm Prætor, aliòve magistratus quilibet. Potest enim testator facere non modò ius, sed etiam legem §. disponat *Novell. 22. de nupt. l. verbis legis 120. de verb. signific. vnde & testamenti factio dicitur iuris publici in l. 3. infr. qui testam. facer. poss.* At neque Prætor, neque alius vllus magistratus legem facere potest §. quos autem *Instit. de bonor. poss.* adeoque nec Senatus ipse, sed tantum similem legi constitutionem, vt ibidem scriptum est non enim ambitur quidem Senatuum ius facere posse *l. non ambitur 9. supr. de legib.* Atius facere multò minus est, quàm facere legem. Nam & prætor ius facit *l. nam & ipsum ius 8. de iustit. & iur.* Ergo non est bona conclusio & ratiocinatio Vlpiani, vt pignus à magistratu constitui possit, quia & à testatore potest. Nec enim valet argumentum à maiori ad minus affirmatiuè, sed negatiuè tantum. Sicut è contrario à minori ad maius non valet negatiuè, sed affirmatiuè duntaxat.

D E C. Magistratus omnes sunt legum, & iuris ciuiliis executores, & quamuis non possint legem facere, faciunt tamen ex præscripto, & auctoritate legum quòd faciunt, ideoque tantam potestatem habent, quantum lex ipsa, cuius viua quòdammodo vocem representant, vt supra dicebamus *ex d. l. nam & ipsum 8. de iustit. & iur.* Itaque non minoris sunt potestatis & auctoritatis, quam testator quilibet. Imò tanto maioris quòd personam publicam gerunt, & officium publicum exercent. Testatoris autem persona priuata est, cui nec legem facere licet, nisi ex mera legis indulgentia, legis scilicet duodecim tabularum, quæ testamentorum ius confirmauit iis verbis, *Pater familias vti super suare legasset*, id est, vt alibi interpretati sumus, *legem fecerit, ita ius esto d. l. verbis legis.* Quòd autem magistratus facit, non ex indulgentia legis facit, sed propter vim imperij, vt Pa-

hus loquitur in *L. cum Prator* 12. §. 1. *supr. de iudic.* quamuis imperium illud habeat a lege & a populo qui solus legem facere potest. Habent enim magistratus omnes hanc potestatem iure magistratus, nisi si quid eis specialiter lege, vel senatusconsultis vel principum constitutionibus tributum sit. *L. 1. supr. de offic. eius cui mandat. est iuris d.* Quidni ergo magistratibus licebit, quod etiam privato cuilibet testatori concessum est, ut pignus testamento constituere possit: Nam testamento constitui pignus posse non dubitatur. *L. Lucius 12. infr. de alim. legat.* non ergo in codicillis, quia

¶ Sciendum est, ubi iussu magistratus pignus constituitur, non aliàs constitui, nisi ventum fuerit in possessionem.

Ad §. 1. Sciendum est.

RAT. DVB. Missio in possessionem vice traditionis est, quia semper incipit Prator à missione in possessionem, ut possessionem transferat, sine qua nihil in re aliena fieri potest, præsertim verò cum id agit Prator, ut dominium bonitarium in aliquem transferat (quiritariam enim non magis transferre potest, quam legem facere §. quos autem *Instit. de bonor. possess. iunct.* §. vlt. de hered. qual. & differ.) aut pignus: vtrumque enim traditionem requirit regulariter, nisi quod ad constituendam hypothecam sufficit nuda conventio, nec translatio possessionis necessaria est. *L. 1. supr. l. cum & sortis 35. §. 1. infr. iunct. l. si rem 9. §. propriè supr.* Atqui plus potest facere magistratus quam testator propter auctoritatem quam habet à Republica, ut proximè diximus. Testator autem pignus in testamento suo constituere potest, nuda voluntate, adeoque etiam absente creditore. *L. Lucius 12. infr. de alim. & cibor. legat.* Ergo & pignus prætorium multo magis constitui poterit sola voluntate & auctoritate Pratoris, prius etiam quam ventum sit in possessionem.

DEC. Pignora sicut & dominia à naturali possessione coeperunt. *L. 1. infr. de acquir. possess.* Vnde & pignoris nomen deductum est, quasi à pugno. *L. plebs est 238. §. pignus de verbor. significat.* Ut verò coeperit pignus posse constitui nuda conventione factum potest à Pratoribus ad publicam hominum & commerciorum utilitatem respicientibus. *Item Serviana Instit. de action.* Atqui cum Prator se interponit in constituendo pignore siue prætorio siue iudiciali, nihil aliud agit, nisi ut suppleat & repræsentet factum debitoris, ut pignus à magistratu constitutum, à debitore ipso constitutum videatur. *L. si ob causam. 13. C. de iur. Id enim est quod iactari solet factum Pratoris aut iudicis esse factum partis, & in vicem iustæ obligationis succedere auctoritatem iubentis, ut scriptum est in *L. 1. Cod. si in caus. iudic. pign. capt. fit.* Iusta autem obligatio pignoris, id est, iure civili non præ-*

non continent solemnem voluntatem, nisi cum sunt testamentarij, quo casu vires capiunt ex testamento. *L. 2. §. 1. de iur. codicill.* Ratio tamen dubitandi illa affertur potest ad hunc versiculum, quod pignus non constituitur, nisi vel conventionione vel traditione. *L. 1. supr.* quorum tamen neutrum in testamento intervenit, sed decidendi ratio est, quia potest testator rei suæ quam vult legem dicere, adeoque rei suæ dominium etiam post mortem suam citra traditionem transferre. *L. 1. infr. & l. 2. supr. de Public. in rem act. l. legatum 80. de leg. 2.* Quanto magis nudum pignus constituere?

torio introducta, ut in *L. nunquam nuda 31. de acquir. rer. domin.* illa est quæ per intercedentem traditionem contrahitur. Necesse igitur est, ut Prator aliquid faciat in constituendo pignore prætorio, quod sit vice traditionis, cuiusmodi potest esse missio in possessionem, quam traditioni æquipollere constat. *L. 4. §. duas ergo res & seq. l. Pratoris 5. & pass. de damn. infect.* Nihil potest referat quid ex æquipollentibus fiat. *L. vlt. §. 1. infr. mandat. l. mulier. 22. §. Brasidas ad SC. Trebell.* Cur ergo aliud est, inquis, in pignore iudiciali, quod non per missionem in possessionem constituitur ut prætorium, sed per solam capionem. *d. l. à Diuo Pio per tot. de re iudic.* Respondeo, Imò verò capionem pignoris iudicialis pro traditione esse. Quod enim aliud est tradere, quam facere, ut corporalem possessionem quam quis habet, alius capiat? Sed differentiam in eo tantum esse, quod in pignore prætorio constituendo nulla fit capio pignoris, sed in iudiciali tantum: In iudiciali verò nulla missio in possessionem, ut in prætorio, sed tantum capio, nempe quia Prætorium constituitur ad dandam custodiam, & observationem bonorum, quæ potest non aliter dari potest, quam si actor mittatur in possessionem. *L. 3. §. vlt. de acquir. poss. l. cum legatorum 12. de reb. auctor. iudic. possid.* ut tædio longæ possessionis extorqueat cautionem vel solutionem. *d. l. 4. §. si daretur & pass. de damn. infr. l. is cui 5. in princip. infr. ut in possess. legat. vel fideic. servand. caus.* At pignus iudiciale non capitur, nisi ut statim distraharur, & quidem præsentis pecunia. *d. l. à Diuo Pio §. si pignora §. sed si emptor & pass. de re iudic.* Ut autem venditio fiat ex eiusdem magistratus auctoritate, ex qua & capio fit, non est necessaria missio in possessionem, quæ etiam non esset impedimento venditioni. *Tit. de reb. auctor. iudic. possid.* venditionis tamen differendæ & retardandæ causam ac materiam præberet. Iunge *L. cum vnus 12. de reb. auctor. iudic. possid.* ubi dicitur pignus prætorium acquiri non tantum personæ creditoris postulantis se mitti in possessionem, sed creditoribus omnibus quasi in rem facta concessione.

27. IDEM libro 6. Opinionum.

¶ Petenti mutuum pecuniam creditori, cum præ manu debitor non haberet, species auri dedit, ut pignori apud alium creditorem poneret: si iam solutione liberatas, receptasque eas, is, qui susceperat, tenet: exhibere iubendus est. quod si etiam nunc apud creditorem creditoris sunt: voluntate domini nexæ videntur: sed, ut liberatæ tradantur, domino earum propria actio aduersus suum creditorem competit.

Ad l. Petenti

Ad l. Petenti 27.

RAT. DVB. Actio pignoratitia directa competit debitori aduersus creditorem statim atque finitum est pignus, & liberatum per solutionem pecunie pro qua datum fuerat, *L. si rem 9. §. omnis pecunia & l. solutum 11. & pass. supr.* Atqui ponimus in specie huius legis species auri quas repetenti mutuum pecuniam creditori debitor cum præ manu non haberet, dederat, ut pignori apud alium creditorem poneret, iam solutione liberatas, receptasque à secundo debitore, qui eas creditori suo pignori dederat. Ergo ad eas recuperandas pignoratitia actio competit primo debitori aduersus proprium creditorem, nec necesse est, ut agat ad exhibendum. Habet enim actio illa hoc in commodum, quod est datur omnibus quorum interest, non tamen contra alium datur, quam qui possidet. *L. 3. §. sciendum §. vlt. & l. seq. supr. ad exhib.* cum tamen pignoratitia actio quæ tota personalis est, nec in rem scripta, detur etiam contra non possidentem. DEC. Non potest actio pignoratitia ei competere, qui ipse pignori non dedit, nec similiter contra eum qui pignori non accepit: nec enim nisi de pignore dato proponitur. *L. penult. infr. l. fideiussor 32. supr. de negot. gest.* Atqui has species auri de quibus tractamus neque primus debitor pignori dedit, neque primus creditor accepit in pignus, sed in hoc tantum ut eas ipse alteri pignori obligaret: quod longè diuersum est. Non igitur potest inter has personas actio pignoratitia locum habere. Actio igitur ad exhibendum non necessaria est contra primum creditorem, si is res debitoris sui datas pignori suo creditori possideat liberatas iam à secundo creditore. Sed & vindictio earum rerum habere locum potest, ut bene Accursius notat. Quod enim ponimus debitorem has auri species dedisse suo creditori, non sic accipi debet quasi earum dominium in creditorem suum transfulerit, quæ propria dandi significatio est. *L. ubi autem 75. §. vlt. de verb. oblig.* (nulla enim hic subest satis iusta causa transferendi dominij sine qua tamen nunquam dominium transfertur. *L. nunquam nuda 31. de acquir. rer. domin.*) sed ita ut simpliciter tradiderit suo creditori ad dandas eas pignori, & ut in iis pignus constitui posset à primo creditore per traditionem. Neque verò ut valeat pignus, necesse est translatum fuisse rerum dominium in eum qui pignoraui, sed satis est ut nexæ sint res & obligatæ ex voluntate domini, quomodo scriptum est in hac lege, & in *L. aliena 20. supr. hoc tit.* Sed & obseruandum est, non loqui hic Vlpianum de pignore pignori dato, siquidem eo casu per solutionem factam primo creditori, pignus liberatum esset à secundo. *L. debitor 40. §. vlt. infr. l. 1. & 2. C. si pign. pignor. dat. fit. l. de accessionibus 14. §. & si mihi infr. de diuers. tempor. præscript. sed de speciebus auri simpliciter, ut diximus, traditis ut à primo creditore alij creditori darentur pignori. Addit Accursius, nec malè, præter actionem ad exhibendum & vindicationem, competere in hac specie debitori etiam propriam actionem, id est, quæ proprie & ex natura huius contractus nascitur: actionem scilicet præscriptis verbis, ut idem Accursius interpretatur. Non quia soleat ea actio competere quoties alia deficit quæ certum nomen non habeat. *L. quoties 11. & pass. infr. de præscr. verb.* (competit enim hoc casu etiam nominata actio commodati, ut Accursius concludit, & Bartolus bene probat ex *L. 5. §. rem tibi dedi 12. supr. tit. prox. l. 3. C. mod. tit. commod.*) Sed quia nihil verat actionem præ-*

Tom. III.

scriptis verbis cum alia quoque competere. *L. 2. C. de pact. int. empt. & vendit.* licet tutius sit agere præscriptis verbis quoties vel minima incurrit hæsitatio an alia competat. *L. si gratuitam 17. in princip. l. Titius 24. de præscr. verb.* propter periculum quod subest malè electæ actionis, quamuis eo casu actio præscriptis verbis assumat naturam & præstationes ferè omnes eius actionis nominatæ & bonæ fidei ad quam contractus proximè accedit. *d. l. Titius l. eum qui 10. §. 1. supr. tit. prox.* quod & Bartolus hic notat. Quamquam quomodo accipiendum illud sit, dicemus latius ad *d. l. Titius & ad l. naturalis §. penult. cod. tit.*

¶ Quod si etiam nunc apud creditorem creditoris sunt. RAT. DVB. Is qui species istas auri creditori suo dedit, ut eas alij creditori obligaret, non ideo videri potest dedisse illas pignori ei, cum quo non contraxit. Pignus enim siue traditione siue nuda conventionione contrahatur, mutua semper voluntate exigit & eius qui dat, & illius cui datur. *L. 1. supr. l. in omnibus negotiis 57. de oblig. & act. l. 1. §. 1. supr. de pact.* Ergo etiam hoc casu, id est, tum quoque cum species auri apud creditoris creditore adhuc sunt, dicendum est, æquè contra eum competere actionem, non quidem præscriptis verbis, quæ ex contractu nascitur: sed actionem ad exhibendum, & vindicationem quæ ex præsentis possessione nascuntur. *L. non aliàs 24. §. sed si postulat sup. de iudic. l. vnic. C. de alien. iudic. mut. caus. fact. l. 3. §. vlt. supr. ad exhib. arque si is possideret cui datæ sunt, ut pignori darentur.*

DEC. Quoties pignus à non domino datur ex domini voluntate, perinde tenet in præiudicium domini atque si ab ipso domino datum esset, nec tantum si ab initio voluntas domini intenterit, sed etiam si ex postfacto per ratihabitionem secuta sit. *L. aliena 20. supr. hoc tit. l. si fundus 16. §. 1. infr. de pignor. l. pen. & vlt. C. si res alien. pignor. dat. fit.* Atqui ponimus in huius legis specie nexas fuisse & obligatas auri species, à non domino quidem, sed tamen ex domini voluntate, qui eas dederat ob hoc ipsi ut pignori obligarentur. Ergo non est permittendum debitori eademque domino ut eas vindicet à creditore debitoris, vel per actionem ad exhibendum eas persequatur quousque solutum sit ei debitum, pro quo sunt pignoratæ, non magis quam si is ipse dominus illas pignori dedisset. Veniret enim contra factum suum & ad suam utilitatem, quod nemini vnquam conceditur. *L. post mortem 25. supr. de adopt. l. et si 10. infr. de distract. pignor. l. si non seruem 26. §. si filiusfamilias supr. de conduct. indeb.* Superest ergo ut qui res suas creditori suo dedit ut eas alij creditori pignorarret, contra eundem suum creditorem agere debeat. Non quidem vindicatione aut actione ad exhibendum, ut in priore casu, cum non possideat, sed propria actione ex contractu, id est, ut iam cum Accursio interpretati sumus, præscriptis verbis, quæ ex hoc contractu omnimodo competit, hoc est, siue gratuito, siue accepta mercede, aut quæ alia re loco mercedis species illæ auri datæ proponantur: quod in actione commodati diuersum est, quæ licet in hac quoque specie competat si gratuitum commodatum fuit, non tamen competeret si gratuitum non esset. *d. l. 5. §. rem tibi dedi supr. tit. prox. iunct. dict. l. 3. Cod. commod. l. si gratuitam 17. aliàs l. si rem tibi §. si cum vnus bouem infr. de præscr. verb.* diuimodò sciamus non eo minus gratuitum esse hoc commodatum quod à debitore factum sit præ manibus non habente pecuniam quæ ab

○○○

eo petebatur. Non enim mercedis loco haberi potest quod huiusmodi siue officio siue beneficio debitor à creditoris interpellatione se liberauerit, si biq; longiorem solutionis faciendæ diem acquisierit. Adeo ut prius etiam quam debitor creditori suo soluerit debitam ei pecuniam, nihilominus agere contra eum possit supradicta actione, ut pignus à se datum creditori suo liberet, tum reddat,

28. IULIANVS LIBRO II. Digestorum.

Si creditor, qui re pignori acceperat, amissa eius possessione, & Seruiana actione petierit, & litis æstimationem consecutus sit: postea debitor eandem rem petens, exceptione summouetur: nisi offerat ei debitor, quod pro eo solutum est.

Ad l. Si creditor 28.

RAT. DVB. Litis æstimatio similis quidem est emptioni, adeo ut possessor qui litis æstimationem obrulit, incipiat pro emptore possidere l. 1. l. 2. §. ult. & l. 3. infr. & quod magis est, dominium rei nanciscatur, si modo præsens res fuit *Leius rei 46. & seq. supr. de rei vindic. l. sed & si 7. §. 1. de Publician. in rem act. l. si propter 22. infr. rer. amur.* Sed id intelligi debet, cum litis æstimatio soluta est domino. Alioqui non potest dominium transferre is qui non habet, sed vsucapiendi tantum facultatem l. traditio 20. de acquir. rer. domin. l. clauibus 7. 4. de contr. empr. Atqui ponit Iulianus in specie huius legis, solutam fuisse litis æstimationem non domino, sed creditori, qui amissam pignoris possessionem per Seruianam actionem petierat. Non potest igitur ea solutio acquirere dominium vllum possessori, neque exceptionem vllam aduersus debitorem, eundemque dominum rem suam vindicantem, cum eiusmodi solutione non fuerit debitor liberatus à creditore, quippe cui possessor litis æstimationem soluit non debitoris nomine, sed suo, ut se à proposita actione liberaret l. Papi- nianus 28. infr. mandat. l. si quid possessor 31. in princip. supr. de hered. petit. DE C. Dolo facit quisquis per iuris ciu- lis occasionem cõtra aequitatem naturalem lucrum captat ex damno alieno l. 1. infr. de doli mal. except. At- qui cum creditor Seruiana, aut potius quasi Seruiana actione pignus petiit, ad auocandam à possessore possessionem quam amiserat, & litis æstimationem à possessore consecutus est, hoc ipso fit locupletior debitor ex pecunia possessoris, quoniam ex illa solutione acquiritur debitori exceptio doli aduersus creditorem, si fortè is post acceptam à possessore litis æstimationem pergat debitum petere l. sicut 8. §. ult. quib. mod. pign. vel hypoth. soluit. quandoquidem

I ¶ Si seruus pro peculiari nomine pignus acceperit, actio pignoratitia aduersus dominum debitori competit.

A §. 1. Si seruus.

RAT. DVB. Non datur actio pignoratitia, nisi ei qui pignus dedit, nec contra alium, quam eum qui ipse pignori accepit, ut diximus ad l. prox. supr. Atqui cum seruus accepit pignus licet peculiari nomine, verum est seruus ipsum accepisse pignus, non autem dominum. Pignoris enim datio sicut & traditio facti est l. consilio 7. §. vltim. infr. de curat.

quoniam actioni Commodati nulla retentio debiti obici potest, ut rectè concludit Accursius, & post eum Bartolus ex l. vlt. C. commo. sed tantum actioni pignoratitiae l. si rem 9. §. omnis pecunia. & §. vlt. supr. hoc tit. quæ porro locum habere hic non potest aduersus eum cui pignus datum non est, sed tantummodò permissum, ut res sibi traditas alij pignori daret.

dolo etiam facit, qui bis idem conse qui velit, quamuis à diuersis personis l. si quis dolo 51. §. 1. in fin. de re iudic. Ergo & doli mali exceptione repellendus est debitor, si pignoratam rem vindicare velit à possessore, qui litis æstimationem obtulit, nec offerat ipse debitum quod pro eo solutum est. Lego enim hic pro debitor, debitum, ut in l. 2. infr. quib. mod. pign. vel hypoth. soluit. vbi eadem ex Caio quæ hic ex Iuliano sententia proponitur. Sed alia tamen atque alia hoc & illo casu concedendæ doli exceptionis ratio est. Creditor qui postquam litis æstimationem à possessore per Seruianam consecutus est, si contra debitorem agat, ideò doli exceptione repellitur, quia bis idem exigit, ut diximus: Debitor verò qui à possessore rem vindicat, pro qua possessor litis æstimationem obrulit, quam nolit debitor reddere, idcirco doli exceptione summouetur, quia id agit, ut ex aliena iactura locupletetur, & ex alterius pecunia partam exceptionem sibi retineat, ut & in specie l. emptor 63. supr. de rei vindic. l. communis 7. §. inter eos 12. commun. diuid. Cuius exceptionis ope tantundem in effectu consequitur, quantum si ipso iure liberatus esset. Quid enim refert, an liberatus sit ipso iure, an verò acquisierit sibi exceptionem perpetuam & fauorabilem, qua tutus possit creditorem suum repellere? l. nihil interest 112. de regul. iur. Nam & actionem contra eum dandam esse possessori ad repetendum quod pro litis æstimatione soluit, putat Accursius quamuis dubitanter ex l. que vtiliter 45. §. 1. supr. de negot. gest. Quod tamen non puto verum, quia ponimus possessorem hunc litis æstimationem soluisse non alieno nomine, ut in d. §. 1. sed suo. nec ut alium sibi obligaret, sed ut se liberaret. Proinde exceptione tantum habere debet, non actionem, ut Bartolus Accursium reprehendens bene notat, & probatur ex l. in hoc iudicium 14. §. 1. l. si quis cum 29. supr. commun. diuid.

furios. Quæ autem facti sunt non transeunt à seruo in dominum l. qui heredi 44. de condic. & demonstr. Ergo non potest hoc casu pignoratitia actio debitori contra dominum competere.

DE C. Quicquid in re peculiari facit seruus, ex domini sui voluntate facere intelligitur, præsertim cum meliorem peculiij causam facit: quomodo facit quisquis pignus accipit. Nam si agatur de re peculiari quam seruus pignori dedit, adhibenda distinctio est, an seruus liberam admini-

strationem peculiij habuerit, ut eam rem alienare quoque potuerit, cum per dationem pignoris etiam ad alienationem perueniatur l. si conuenierit 18. §. vlt. & l. seq. supr. Ergo cum seruus peculiari nomine rem aliquam accepit, perinde haberi debet ac si dominus ipse accepisset. Porro si ipse accepisset, non dubitaretur, quin soluto debito actione pignoratitia teneretur. Consequens igitur est ut ex contractu serui perinde teneri debeat: cum hac tamen differentia, quod ex proprio suo contractu teneretur in solidum. Ex contractu verò serui non teneretur, nisi de peculio & de in rem verso, & si quid dolo malo ipsius captus fraudarique actor est l. in bonæ fidei 36. infr. de pecul. Alioqui nulla superesset actio debitori ad sui pignoris repetitionem, quandoquidem cum seruo ipso nulla actio esse potest l. cum seruo 107. de regul. iur. Quamquam non hæc vera & germana ra-

tio fuit inducendæ actionis de peculio, (nec enim haberet locum aduersus patrem ex contractu filifamilias, quippe qui ex omnibus penè causis, & agere & conueniri potest l. filiusfamilias 39. de oblig. & act.) sed quia tam dominus quam pater concedendo peculium seruo & filiofamilias permittunt iis, ut de re ac negotio peculiari pro arbitrio contrahant, dummodò citra alienationem & oppignorationem, nisi liberam peculiij administrationem dederint, ut diximus. Ideoq; æquum est ut ex coru factio & persona teneantur, non quidem in solidum, sed ad finem vsque peculiij l. si quis cum filiofamilias 44. & pass. infr. de pecul. si tamen actio ex contractu veniat non etiam si ex delicto l. 1. §. si filiusfamilias supr. de his qui effud. vel deiecer. Ex delicto enim serui noxalis tantum non de peculio in dominum actio est, in patrem verò ex delicto filij nulla.

29. IDEM LIBRO 14. Digestorum.

Si rem alienam bona fide emeris, & mihi pignori dederis, ac precario rogaueris, deinde me dominus heredem instituerit: desinet pignus esse, & sola precarij rogatio supererit, idcirco vsucapio tua interpellabitur.

Ad l. Si rem alienam 29.

RAT. DVB. Non potest desinere pignus esse, quod nunquam fuit l. si in diem 46. l. Titio vsufructus 96. infr. de condic. & demonstr. l. non potest videri 208. de regul. iur. Atqui pignus rei alienæ quamuis bona fide possessæ datum pure citra domini voluntatem ab initio non valuit l. aliena 20. supr. hoc tit. l. si fundus 16. §. aliena res infr. de pignor. Ergo nec potest desinere pignus esse ob id solam, quod in creditoris dominium vendit. DE C. Ius creditoris pignus accipientis pendet ex iure debitoris pignus dantis. Et ideo quemadmodum si nullum ius in re pignoratam debitor habuit, nullum quoque ius pignoris transferre in creditorem potest. Ita si ius aliquod habuit, quamuis non veri dominij, sed quasi dominij, dicendum est eum dando rem pignori ius quasi pignoris in creditorem transfuisse videri l. tutor 16. §. vltim. supr. Atqui bonæ fidei possessor alienæ rei cum titulo iusto, quia eam vsucapere potest, utique Publicianam habet eius rei nomine ad eam vindicandam, si qua fortè de causa sine culpa sua possessionem eius amiserit, quia Prætor fingit eum vsucapisse, habetque illum interim pro domino §. namque Instit. de action. & tot. tit. de Publician. in rem action. Ergo si ab eo qui Publiciana uti potuit pignus acceperim, sic tueri me debet Prætor per Seruianam, quemadmodum debitorem per Publicianam, ut Paulus scribit in l. si ab eo 18. infr. de pignor. Vtraque enim actio prætoriana est, nec haberet Prætor bonæ fidei possessorem pro domino, & pro eo qui iam vsucapisset, si non tueretur pignus ab eo datum, præsertim cum bonæ fidei possessor quod ad fructus pertinet, penè domini loco sit, ut idem Paulus loquitur in l. bonæ fidei 48. de acquir. rer. domin. Fructus autem rei sit vel pignori dare licere l. vltim. infr. de vsur. Idem ergo iuris constitui debet de pignore dato à bonæ fidei possessore, quod constitueretur si à domino ipso datum esset, scilicet quandiu ius bonæ fidei possessoris durat, id est, quandiu euicta res non est: secuta enim euictione

non potest durare ius quasi pignoris, quod etiam si à vero domino datum esset, qui postea dominus esse desineret ex antecedente causa, hoc ipso statim euanesceret l. lex veltigali fundo 31. infr. de pignor. l. vbi autem 4. aliàs l. si ex duobus §. sed & Marcellus de in diem addit. Atqui pignus etiam à vero domino constitutum extinguitur, nec potest perseverare, postquam creditor factus est dominus irreuocabiliter l. eleganter 24. supr. l. penult. §. 1. infr. de except. rei iudic. l. debitor 59. ad SC. Trebell. Ergo & in huius legis specie si rem alienam bona fide emeris, & mihi pignori dederis, ac precario rogaueris, deinde me dominus heredem instituerit, desinet pignus esse. Sequitur

a Et sola precarij rogatio supererit. **RAT. DVB.** Quoties debitor rem pignoratam precario rogauit, soluta pecunia, non minus precarium quam pignus soluitur, quia id actum videtur ut eo vsque duntaxat & precarium & pignus teneret l. si debitor 11. infr. de precar. sicut nec precarium magis quam pignus rei propria potest consistere l. neque pignus 45. de regul. iur. Ergo similiter dicendum est, tum quoque cum pignus per acquisitionem dominij à creditore quoquomodo factam extinctum est, non magis rogationem precarij quam pignus superesse.

DE C. Nihil commune habet proprietas cum possessione l. naturaliter 12. §. 1. infr. de acquir. poss. neque harum rerum siue nomina siue iura permisceri & confundi debent l. penult. eod. titul. Proprietas enim iuris est. Possessio autem magis facti quam iuris l. 1. §. si vxor eod. l. denique 19. supr. ex quibus caus. maior. licet ipsa quoque plurimum ex iure mutuetur l. possessio 49. in princip. & §. 1. de acquir. poss. Atqui precarij rogatio non proprietatem respicit, sed possessionem l. certè 6. §. vltim. de precar. Ergo siue dominus ab initio fuerit debitor, qui pignus dedit, & precario rogauit, siue cum bonæ fidei tantum possessor esset pignus dedit ei, qui postea dominus effectus sit, dicendum est precarium tenere etiam extincto pignore in posteriore casu. Pignus enim etiam ius proprietatis afficit.

non solam possessionem leg. qui pignoris 36. de acquir. poss. leg. qui a seruo 16. infr. de oblig. & action. idque adeo verum est, vt extincto quoque pignore per solutionem pecuniæ debitæ, precarium tamen perinde durare dicendam esset, si non illud actum videretur, vt eo vsque duntaxat pignus duraret, vt scriptum est in d.l. si debitor. Nempe quia in hoc casu pignoratitia competit, & desinit debitor esse debitor, quem tamen verisimile est, non alia de causa precario rogasse, quam vt tandiu possideret precarium, quandiu debitor remaneret, quandoquidem nec ulterius extendi pignoris dandi causa potest. At non similiter dici potest id actum videri inter debitorem & creditorem, vt eo vsque precarij rogatio teneret quousque creditor dominus pignoris efficeretur. Non enim de alia dominij acquisitione cogitari potest, cum pignus bona fide datur & accipitur, id est, eius rei quam contrahentes credunt esse debitoris cum sit aliena, quam de illa quæ in pignoribus bene & à vero domino constitutus locum habere potest, per dominij impetrationem de qua in l. eleganter 24. supr. & tot. tit. C. de iur. domin. impetr. Quod si creditor dominus pignoris fiat tanquam institutus heres à vero domino, pignus quidem hoc casu æquè soluitur, sed ex necessitate iuris, vt loquitur Bartolus, non quia de eo actum aliquid aut cogitatum sit. Nam quemadmodum plerumque etiam extra, id quod agitur tacita obligatio nasci potest l. si quis 13. in fin. supr. tit. prox. Ita nec quicquam vetat extra id quod agitur obligationem siue pignoris, siue alterius rei cuiuslibet finiri certis suis & legitimis modis. Nec quod precarium rei proprie consistere non possit, ad rem pertinet, vt quis inferat non posse precarij rogationem superesse, quæ nunquam constituit id enim ad eum casum restringi debet quod is qui dominus est, nesciat se dominum, sed errans, precariam rei suæ possessionem rogauerit, aut si cum se dominum sciret, non transtulerit ipse possessionem rei suæ in alium: quomodo is sanè transfert, qui dat eam pignori. Creditor enim pignoratitius verè possidet ad omnes causas præterquam ad causam vscapionis l. serui nomine 16. infr. de vscap. eaque creditoris possessio sicuti iusta est, ita iustam precarij à creditore constituendi in pignore materiam præbet, vt hoc plus iuris in pignore habeat debitor, qui precario possidet, quam si extra causam vscapionis omnino non possideret, vt Iulianus scribit in d.l. qui pignoris. Neque priuandus est debitor eo commodo possessionis, si creditor consentiat d. l. certè §. vlt. & l. seq. de precar. l. si aliquam 28. de acquir. poss. Et si verò rum consentit, cum pignus accipiebat, priusquam dominus fieret rei pignoratæ, nihil tamen adfert superueniens dominij acquiritio in persona creditoris, ex alia quam pignoris causa, propter quod dicendum sit, finiri precarium debere: Cum satis esse debeat creditori, eidemque esse eto domino, quod precarium illud reuocare quandoocunque potest ex natura precarij l. 2. & pass. de precar. l. Lucius 32. infr. de donat. Cæterum nihil prohibet interim & debitorem esse dominum, & debitorem etiam postamissum dominium pignoris, manere nihilominus possessorem: nam nec pignoris dandi causa finita est dominio creditoris acquisito, quandiu soluta pecunia non est. Quare nec aliud probandum esset etiam si creditor à debitore pignus emisisset, quod vti que facere pro suo iure potest l. rescriptum 12. in princip. infr. de distract. pignor. Habebit ergo hoc casu creditor in iudicium de precario, aduersus debitorem, si noluit

ille precariam possessionem reddere d. l. certè §. vlt. de precar. Sed & vindicationem tanquam dominus, & conditionem ex lege, vt bene addit Accursius ex l. si quis conditionis 25. Cod. de locat. Nec enim ea constitutio in solo contractu locationis habet locum, sed etiam in precario, commodato, pignore, & similibus, vt rectè post Accursium Bartolus hinc concludit. Maxime verò quod nec pignoratitia debitori, competere hoc casu potest aduersus creditorem, qui ex noua causa & post acceptum pignus, dominium rei obligatæ nactus est d. l. aliena 20. §. vltim. supr. Itaque quod hic Iulianus scribit, solam precarij rogationem superesse, noli sic accipere, quasi concedat creditori solum interdictum de precario, alias verò actiones, quas diximus, id est, conditionem ex lege, & vindicationem ei denegat, sed vt idem Accursius interpretatur ad exclusionem solius hypothecaræ, & quasi Seruianæ actionis. Hoc nimirum sensu, vt ex contractu pignoratitio, qui duplicem illam conuentionem & pignoris & precarij continebat, sola superstit rogatio precarij post acquisitionem creditoris dominij: non etiam vlla pignoris obligatio sine qua tamen competere Seruiana non potest, quæ alioqui competere iure prætorio, si pignus duraret, dixi iure prætorio, ex quo scilicet inductum est, non tantum vt ex pacto nudo hypothecæ citra vllam traditionem, & obligatio nascatur & actio quasi Seruiana ad auocandam iure cuiusdam vindicationis possessionem d. l. si fundus 16. §. in vindicatione infr. de pignor. l. si cum venditor 66. infr. de euict. sed etiam vt obligatione pignoris per traditionem contracta si creditor aliquo casu possessionem rei obligatæ amiserit, eam persequi per eandem actionem quasi Seruianam possit l. prox. in princip. supr. Quod iure ciuili non ita erat, quippe ex quo nulla in rem actio prodita est possessori, qui nec vlla indiget ad possessionem retinendam, & pro qua etiam recuperanda, si eam amiserit, habet interdicta omnia recuperandæ possessionis.

b Idcirco vscapio tua interpellabitur. R A T. D V B. Creditoris possessio prodest debitori ad vscapionem dict. leg. serui nomine 16. infr. de vscap. leg. qui pignoris 36. de acquir. poss. Atqui non minus iuris habet debitor, qui precario possidet, quam qui extra causam vscapionis omnino non possidet dict. leg. qui pignoris in fin. Ergo siue dicamus eum qui precario rogauit non possidere, sed possessionem penes eum qui concessit remanere, vt ab Vlpiano scriptum est in dict. leg. certè 6. §. si quis precario de precar. quia precarij rogatio non in hoc interponitur, vt debitor possideat, sed vt ei rem tenere liceat leg. non solum 33. in fin. de vscap. Siue admittamus nancisci eum possessionem, de quo nec Pomponius dubitat in leg. & habet 15. §. eum qui eod. tit. de precar. siue cum eodem Pomponio concludamus penes utrumque esse possessionem. Penes eum quidem qui rogauit, quia possidet corpore. Penes eum verò qui concessit, quia non discessit animo possessionis fatendum est, per precarij rogationem factam à debitore, qui iure bonæ fidei possessoris ceperat vscapere, non interpellari vscapionem, Quod Iulianus discretis verbis concludit in dict. leg. qui pignoris. Nam neque rogatio precarij adiungit ei bonam fidem, eum non roget creditorem tanquam dominum, sed tanquam creditorem eundemque possessorem, cum possessionis precarium sit, non proprietatis d. l. certè §. vltim. Neque rursus interruptur vscapio per superuenientem

malam fidem, si modo cum bona fide iustoque titulo inchoata fuit l. si aliena 10. de vscap. l. vnic. C. de transform. vscap. Multo minus igitur per superueniens dominium creditor, siue debitor id sciuerit, siue ignorauerit. D E C. Cum creditor qui iure creditoris possidebat, incipit iure domini rem obligatam possidere, non iam quasi obligatam, vt antea: sed quasi suam, mutatur ei causa possessionis, quia incipit possidere pro suo, cum prius possideret pro alieno l. pignori 13. de vscap. id est, nomine debitoris, nec obstat si quis obiiciat, nemini licere possessionis causam sibi mutare l. 3. §. illud de acquir. poss. l. 2. pro hered. Idenim exceptionem habet, nisi nouus possidendi titulus superueniat d. l. non solum §. quod vulgo de vscap. Neque mutat hic sibi causam possessionis, sed ex noua iusta causa incipit rem suam sibi possidere. Rectè autem Iulianus hinc loquitur de re aliena pignori data. Nam si rem tuam cum bona fide possiderem, pignori tibi dem ignoranti tuam esse, hoc ipso desino vscapere, quia non intelligitur quicquam rei suæ pignus contrahere, & per traditionem pignoris factam desij pignus possidere. At si nuda conuentione pignus contractum fuerit, nihilo-

minus vscapiam, quia hoc quoque modo nulli pignus contractum videtur, nec rursus quicquam intercessit, per quod desierem possidere d. l. in §. si rem. Sic enim locus ille explicandus est. Cui uenit quod Iauolenus respondit in d. l. ei à quo 21. tit. Si ei à quo diutius pro herede possidendo fundum vscapturus eram eum locauerim aut vendiderim, neque locationem neque venditionem vllius esse momenti, quia rei suæ neque conductio, neque emptio possit consistere, & tamen non durare vscapionem, aut vt Tribonianus scripsit, longi temporis prescriptionem respiciens ad Iustiniani constitutionem in l. vnic. C. de vscap. transform. quia cum locationem & venditionem sequi debeat traditio, ne possessionem quidem retinui locando fundum domino. Nec enim videri possum hoc casu possidere per conductorem cum locatio non teneat. Multo minus per emptorem, qui etià suo nomine possideret, si venditio teneret, quicquid possessor factus est per traditionem secuta ex causa venditionis quantumlibet inualida: Sine possessione autem nulla procedere vscapio potest, non magis quam incipere l. sine possessio 25. cod. Iunge l. qui a seruo 16. infr. de oblig. & action.

30. PAVLVVS libro 5. Epitomarum Alfeni Vari Digestorum.

Q Vi ratiario crediderat, cum ad diem pecunia non solueretur, ratem in flumine sua auctoritate detinuit, postea flumen creuit, & ratem abstulit. si, inuito ratiario, retinisset: eius periculo ratem fuisse, respondit. sed si debitor sua voluntate concessisset, vt retineret: culpam duntaxat ei præstandam, non vim maiorem.

Ad l. Qui ratiario.

R A T. D V B. In culpa est debitor qui ad diem non soluit, Cum dies adiecta in contractu interpellat pro homine l. magnam 13. C. de contr. & committ. stipular. Ad eod vt si pecunia ad diem soluta non sit, committatur pœna etiam si nullus promissoris heres fuerit, qui soluere potuerit l. ad diem 77. de verbor. obligat. Ergo si is qui ratiario crediderat, cum ad diem pecunia non solueretur, ratem in flumine sua auctoritate retinuerit, posteaque flumen creuerit, & ratem abstulerit, dicendum est, etiam si ratiario inuito retinuerit, debitoris periculo ratem esse debere non creditoris. D E C. Non omnis culpa transfert periculum in suum authorem, sed ea demum quæ, vt nostri loquuntur, ordinata est ad casum l. si vt certo 5. §. sed interdum, vbi diximus, supr. tit. prox. Atqui culpa illa debitoris, quod ad diem non soluerit, ordinata non est ad illum casum qui postea contingit ablatæ per flumen ratis, sed culpa potius creditoris qui auctoritate sua ratem retinuit, nulla conuentione, aut iussione Prædis interueniente: quod iuris ratio non permittit l. pen. C. hoc tit. l. 3. l. creditor 20. C. de pignor. Causa enim proxima cur ratis perierit, & per inundationem fluminis subblata sit, non alia fuit, quam quia creditor ratem in flumine retinuerit, quam si non retinisset, vti que non illa perisset. Neque in hac specie tantum id obtinet, vt in eum qui in culpa fuit, & cuius culpa periculo causam dedit, pericu-

lum transferatur: nam vt Accursius notat in omni violento possessore idem seruatur, vt periculum ad eum qui vim fecit pertineat l. i. §. rectissime & l. vlt. inf. de vi & vi armat. l. 1. C. quod met. caus. Vis autè est quoties quis per se facit quod per iudicem facere deberet l. extat 13. sup. eod. ill. tit. pen. & vlt. ad l. iul. de vi priuat. a Sed si debitor sua voluntate concessisset. R A T. D V B. Etiam cum ratem debitoris creditor retinuit ex sui debitoris voluntate, non eo minus verum est, perisse ratem impetu fluminis, quod eam creditor in loco parum tuto retinuerit. Ergo non minus in hoc quam in superiore casu dicendum est, periculum amissæ ratis pertinere ad debitorem debere. D E C. Non est in culpa creditor qui ratem in flumine retinet ex debitoris voluntate, quoniam, vt ait Accursius, voluntas debitoris eum excusat vt in l. cum in plures 60. §. lege dicta infr. Locat. Nec potest videri vlla volenti facta esse iniuria l. in diem 9. §. 1. infr. de aqua & aqu. pluui. arceud. Imò in culpa est debitor qui creditori suo hoc permittit, cum prospicere debuerit futurum, vt hoc posset euenire l. vlt. sup. tit. prox. l. si quis domū 9. §. idem querit infr. Locat. Ergo nihil causa est cur periculum amissæ ratis ad eum pertinere debeat. Nisi in culpa aliqua esse proponatur, quæ porro nulla argui potest, cum vi maiore fluminis submersa nauis, aut aliter amissa est. Vim enim maiorem præstare neque debitor, neque alius quisquam debet, sicuti nec suam culpam impudè ferre l. si cum venderes 13. in fin. supr. l. contractus 23. de regul. iur.

31. AFRICANVS libro 8. Quæstionum.

S i seruus pignori datus, creditori furtum faciat: liberum est debitori, seruum pro noxæ deditioe relinquere quod si sciens furem, pignori mihi dederit.

& si paratus fuerit pro noxæ dedito apud me relinquere: nihilo minus habiturum me pignoratitiam actionem, ut indemnem me præstet. Eadem seruanda esse Iulianus ait^b, etiam cum depositus, vel commodatus seruus furtum facit.

Ad l. Si seruus 31.

RAT. DVV. Quisquis pignus dat, hoc ipso pignoratitia actione contraria se obligat creditori, ad indemnitatem ei præstandam, ut in hac ipsa lege scriptum est, & in *l. si rem alienam 9. in princip. & l. tutor 16. §. 1. sup.* Indemnitate, inquam, ut si quid damni propter rem obligatam creditori contigerit, totum id ei à debitore farciatur. Nec enim æquum est, damno villo propter pignus affici creditorem, cui nec alia de causa pignus datur à debitore, quam ut creditori cautum sit & consultum *l. si mandatu 59. §. ult. infr. mandat. l. 4. §. addici infr. de fideic. libert.* Atqui noxæ deditio non plenam tribuit indemnitate, sed in tantum duntaxat quanti est seruus qui pro noxæ dedito relinquitur, nec alius noxæ deditio visus est, quam ut eo remedio sibi dominus consulat, ne ex delicto serui supra quam quanti seruus est, teneatur: quod eueniret, si damnum decidere præcisè cogere-ret *l. 1. sup. de noxal. action. §. summa autem Instit. eod. l. Prator ait 7. §. 1. infr. de damn. infect.* Ergo si seruum tuum mihi pignori dederis, qui furtum postea mihi fecerit, non debet esse tibi liberum, ut cuites pignoratitiam actionem contrariam, plenamque litis æstimationem seruum pro noxæ dedito relinquere, quamuis seruum furem esse ignoraueris.

DEC. Iniquum esset nequitiam seruorum vltra ipsorum corpora dominis damnosam esse *d. §. summa autem.* Satisque est, ut seruis hæc tenus liceat dominorum suorum condicionem deteriore facere, quam meliorem efficere semper deberent, ex regula *l. melior 133. de regul. iur. l. soluendo 39. sup. de negot. gest.* Atqui furtum serui tui à te pignori oneraret te ex suo delicto vltra corporis sui æstimationem, si liberum tibi non esset, eum apud me pro noxæ dedito relinquere. Tibi ergo permitti hoc debet, nec pignoratitia contraria mihi hoc casu danda est præcisè, sed cum exceptione & facultate noxæ deditio-nis, ut in ceteris actionibus omnibus noxalibus, que ex delicto serui contra dominum competunt *l. miles 6. §. decem infr. de re iudic.* Nempe si seruum tuum furem esse ignoraueris. Nam si sciueris aliud est, ut sequitur in textu.

a *Quod si sciens furem pignori dederit.* RAT. DVV. Iniquum est, ut modo diximus, nequitiam seruorum vltra ipsorum corpora dominis damnosam, & onerosam esse *d. §. summa autem ratione Instit. de noxal. act. d. l. Prator ait 7. §. 1. infr. de damn. infect.* Atqui etiam cum sciens debitor furem seruum dat pignori, seruus tamen ille est, qui furtum facit, non dominus. Igitur hoc quoque casu liberum debitori esse debet, seruum suum pro noxæ dedito apud creditorem relinquere. Nec enim dominus qui scit seruum quem dat pignori, furem esse, hoc ipso fur est, & quamuis ipse quoque fur esset, non ideo tamen furtum fecisse dici posset, nec rursus furtum serui, furtum domini esset. DEC. Quod quis ex culpa sua damnum sentit, sentire non videtur *l. quod quis 203. de regul. iur.* Atqui in culpa est debitor, adeoque in dolo, qui eum seruum quem dat pignori, scit esse furem, nec tamen admonet creditorem, ut à serui nequitia sibi caueat, qui nec credendus est, accepturus eum pignori si tu-

rem sciuerit, aut si accepisset, in custodia eum habuisset: Ergo recufare non potest debitor quominus creditori qui à seruo fure sciens pignoro furtum passus est, plenissimam indemnitate præstet per pignoratitiam actionem contrariam. Non quasi fur ipse quoque sit, sed quia in culpa & dolo fuit, si modo ignoranti creditori eum pignori dederit, ut in *l. pen. sup. tit. prox.* Nam si sciens non videtur fraudasse scientem & consentientem creditorem, qui potius à seipso deceptus sit *l. nam si scit 26. sup. de rei vindic. l. tutor 16. §. sed si sciens sup. hoc tit.*

b *Eadem seruanda esse Iulianus ait.* RAT. DVV. Licet alioquin æquum videatur, non oportere cuiquam plus damni per seruum euenire, quam quan ipse seruus sit. Multo tamen æquius est, nemini officium suum quod eius cum quo contraxerit, nec etiam sui commodi causa susceperit, damnosum esse *l. si seruus 61. §. quod verò infr. de furr.* vbi Africanus hanc ob rationem concludit, depositarium, itemque mandatarium debere omnino indemnem præstare ab eo qui deposuit, vel mandauit emi seruum furem, etiam si furem esse ignorauerit, quamuis in mandato aliquid sensisse Neratius videatur, quem Paulus refert in *l. inter causas 26. §. sed cum seruus infr. mandat.* cum illa scilicet exceptione, nisi mandatarij culpa aliqua interuenerit, quam exceptionem Africanus quoque probat in *d. l. si seruus §. hæc ita puto.* Ergo non eadem seruanda sunt in seruo deposito, quæ proximè diximus, seruanda esse in pignoro. Planè in commodato seruo idem est, quod in pignori dato, quia cum solius commodatarij gratia commodatū fiat, æquum est, agimius cum commodante, ut si ignorauerit furem esse seruum quem commodabat, non nisi noxali actione ex furto serui teneatur, aut ex proprio dolo. Et quidem ita ut paulo remissius circa doli interpretationem versari nos oporteat *d. l. si seruus 61. §. circa commodatum.* Neque hoc vllam recipit dubitationem, aut dubitandi rationem *d. l. pen. sup. tit. prox.*

DEC. Referendus est hic vericulus ad id quod proximè Africanus scripsit, si sciens furem mihi pignori dederis, etiam si paratus fueris, eum pro noxæ dedito apud me relinquere, nihilominus habiturum me pignoratitiam actionem, ut indemnem me præstet. Nam & in deposito quod solius deponentis gratia fiat, idem seruandum est, ut qui sciens furem seruum deposuit multo magis in solidum & omnino teneatur contraria depositi actione: Cum in eo hoc amplius sit, quod etiam ignorans in solidum nihilominus tenetur, nec sola noxæ deditio liberatur, ut idem Africanus ex eodem Iuliano scribit in *d. l. si seruus §. quod verò,* vbi quod magis est, eandem hac parte mandanti quam depositi rationem constituit, eadem nimirum virgente æquitatis ratione, quod nec mādatario, nec depositario suum officium damnosum esse debeat, quod alieni non sui commodi causa susceperit. Quamuis quod ad mandati actionem attinet, dubitare se dicat, an æquè dicendum sit, omnimodo damnum à mandante præstari debere, id est, nō adhibita distinctione illa, An sciens an ignorans mandator seruum furem emi mandauerit: ita innuēs non caruisse hoc dubitatione apud prudentes, & Iuliano fortassis idē visum fuisse, quod Neratio

Neratio & Paulo in *d. l. inter causas 26. §. sed cum seruus mandat.* Sed in deposito nemo vnquam dubitauit, quin aliud dicendum esset: id enim est, quod addit Africanus in *d. §. quod verò, idē, euidentiū in causa depositi apparere,* nisi malis cum Cuiacio dicere, coniungendam esse hanc legem cum *d. l. si seruus,* (est enim vtraque ex eodem Africani libro *§. questionum.*) quæ si in illa absoluitur sermo cæptus in ista, & res tota tractetur, dirigaturque ad summam rationem, id est, æquitatem diligentius, ut summo & stricto iure depositarius perinde ac ceteri non nisi noxalem actionem habeat contra eum, qui deposuit, si is seruum depositum furem esse ignorauerit. In solidum verò si is sciuerit, quomodo in hac lege scriptum est. Ex æquitate verò indistinctè habeat actionem de indemnitate in solidum indistinctè, id est, siue is qui deposuit sciuerit furem esse seruum, siue ignorauerit. Pro qua interpretatione facit sanè quod Africanus hic ita loquitur, *Eadem seruanda esse Iulianus ait.* Scribendum enim erit, *idem seruandum esse* si iuxta interpretationem Accursij, vericulus hic ad posteriorem duntaxat prioris sententia partem pertinet, quæ erat de sciente debitore, non ad anteriorem quæ erat de ignorante: neque tamen probabile est, tam facile tamque citò Africanum à seipso distentisse: Mallem itaque dicere Iulianum sententiam duntaxat referri hac in lege, sicut & Neratij in *d. §. sed cum seruus l. 2. §. mandat.* Neutrâ tamen probati, sed vtramque ab Africano improbatam in *d. l. si seruus §. quod verò,* & quidem iis rationibus quæ non tantum æquitati, sed etiam summo iuri conueniant. Nec enim cum *d. l. bonæ fidei iudicij & contractibus agimus aliud summum & strictum ius est,* quam quod cum æquitate consentiat *d. l. si seruus §. quod si sciens. & l. bona fides 31. infr. depositi.* Nec video, quid huic nostræ interpretationi possit obici, nisi illud fortè quod grauissimus Cuiacij interpretis tractare solet, quoties in Africani responsis legimus *Ait, Respondit, Et æstimauit,* non tam de se quam de Iuliano Africanum intelligi debere: quod tamen vereor non semper satis verum sit, & ex hac ipsa lege in *d. l. si seruus,* aperitissime refellatur, ut taceam initium *d. l. si seruus,* vsque ad *§. 1. nihil commune habere cum huius legis quæstione.* Est enim de seruo communi qui vni ex dominis furtum fecerit, non de seruo pignori dato, de quo tantum in *§. 1. ius legis.* Ceterum nō esse nouum apud prudentes nostros, ut quis alterius iure consulti sententiam vno loco referat, quâ alio improbet, ostendimus sæpius, & apparet ex *l. si fideiusor 19. sup. de dolo, iunct. l. Stichum aut Pamphilum 95. §. 1. in fin. inf. de solut. & liber.* Et ex *l. Papinianus putabat 23. de donat. int. vir. & vxor. iunct. l. cum hic status 32. §. siue autem & seq.*

eod. tit. Sed nec illud quoque verum videtur quod ad hanc legem notat Cuiacius, sententiam Neratij à Paulo relatum in *d. l. inter causas 26. §. sed cum seruus infr. mandat.* & ab Africano improbatam esse in *d. l. si seruus §. quod verò de furr.* ut mandator noxali duntaxat actione teneatur eius furti nomine, quod seruus fecerit ipsius mandato emptus, sub illa exceptione *nisi mandatarij culpa id furtum acciderit.* Ex *d. l. si seruus 61. §. hæc ita puto de furr.* Ibi enim nō de noxali actione contra mandantem danda Africanus loquitur, sed de actione in solidum aduersus mandantem concedenda, etiam si seruum quem emi mandauit furem esse ignorauerit. Quæ actio cum ex æquitate potissimum descendat, facit hanc exceptionem admittit, nisi mandatarij culpa furto causam dederit, vel saltem occasionem & opportunitatem præberit: cum hoc casu mandatorio non ceat non officium suum, sed culpa. At noxalem actionem, quæ ex furto serui contra dominum competit, sola culpa eius qui furtum passus est excludere nunquam potest, nec dulus quidem, si tamen fieri queat, ut dolo malo furtum tibi fieri quis patiat. Semper enim verum est, à seruo furtum factum fuisse quod impunitum remanere nullo casu debeat, quomodo tamen remaneret, si noxalis actio contra dominum ex ea causa non competeret, quando quidem cum seruo ipso, ut diximus, nulla actio est: semper enim præponderat dulus serui, ut ibi Accursius notat. Planè in domino eius serui qui noxam fecit, necessaria distinctio est, an in culpa tantum fuerit, an in dolo. Culpa enim non obligat eum in solidum, solus dulus obligat, id est, si eo sciente & siue mandante siue patiente, cum prohibere posset, seruus furtum fecerit *l. 2. & pass. sup. de noxal. acti.* Quæ me ratio cogit, ut in mea perite sententia, textumque illum Pauli in *d. §. sed cum seruus corruptum esse putem,* & ita emendandum, ut pro *tua legamus mea:* sequitur enim *quod si sciens* eo sensu ac si proximè exceptionis explicanda gratia scriptum esset, *nam si sciens,* de quo tamen videnda sunt, quæ pluribus scripsimus *lib. 3. Coniect. cap. 5.* Extra hos casus depositi & mandati, verissimum sanè est, quod Accursius hic notat, non solum in seruo commodato idem dicendum esse, quod in pignori dato *d. l. penult. sup. tit. prox.* sed etiam in locato *l. si tibi domum 9. §. 1. infr. locat. & in vendito l. 1. C. de adilit. edict.* Et in seruo dato in dotem qui furtum faciat marito *l. si mulier 21. §. as si in dotem rer. amor.* Et in legato *l. si heres 110. §. generaliter de legat. 1.* In his enim omnibus causis distinguimus scientem ab ignorante, ut sciens quidem omnimodo & in solidum teneatur. Ignorans verò non nisi noxali actione.

32. MARCIANVS libro 4. Regularum.

Cum debitore, qui alienam rem pignori dedit, potest creditor contraria pignoratitia agere, etsi soluendo debitor sit.

Ad l. Cum debitore 32.

RAT. DVV. Contraria actio pignoratitia non est inducta, nisi ad indemnitate creditori præstandam, si qua ratione damnum passus sit ex causa accepti pignoris, ut sæpius diximus præsertim ad *l. si rem 9. in princip. l. tutor 16. §. 1. sup.* Atqui nullum damnum videtur pati creditor, cui rem alienam pignori debitor dedit, si debitor ipse soluendo sit.

Tom. III.

Adeoque nec eius interesse quicquam videretur hoc casu, cum plenissimam indemnitate à debitore consequi per actionem personalem possit. Ergo pignoratitia actio contraria ex hac causa ei danda non est, quia nec alij quam ei cuius interest, aut agere aut excipere vnquam permittitur *l. 3. §. 1. l. stipulatio ista 38. §. alteri de verb. oblig. l. ille à quo 13. §. si de testamento infr. ad SC. Trebell.* DEC. Plus cautionis est in re, quam in persona *l. plus cautionis 25. de regul. iur.* Inter-

000 4

estigitur creditoris incumbere pignori potius quam in debitoris personam etiam si maxime soluendo sit experiri §. *furti autem Instit. de obligat. qua ex delict. nascuntur*. Nam ut bene Accursius notat, potest fieri, ut qui hodie soluendo est, postea esse desinat, ut in *l. diuortio 35. in fine principij sup. de negot. gest.* Quod in dato pignore non similiter timeri potest, nisi forte quis verendum putet, ne fundus obligatus chasmate pereat, aut res mobiles pignori data incendio, vel ruina, vel naufragio intercidant. Sed hi casus aduentitij minus frequentes sunt, ideoque nec computandi *l. Iulianus 6. infr. qui & a quib. manum*. Quid rursus si creditori, qui rem alienam ignorans pignori accepit a debitore, etiam chirographaria pecunia debeatur? An non eius interest habere pignus, ut retentionem illam exercere possit, de qua in *tit. C. etiam ob chirogr. pecun. pign. retin. poss.* Nec enim rem alienam pignori datam retinere potest, cum nexa & obligata non sit a domino, neque ex voluntate domini qui eam utriusque vindicare, & creditori quando placuerit auferre iure suo potest *l. vlt. & tot. tit. C. si alien. res pignor. dat. sit rem alienam 28. infr. de contr. empr.* Quid item si naturale tantum fuit debitum, pro quo pignus rei alienae datum est, ac proinde quod peti non possit, sed tamen solutum aut pro eo pignus datum retineri possit? *l. per retentionem 4. C. de vsur.* Quid denique si

creditor ex iis sit, quibus pecunia sine peculio res fragilis & lubrica est, ut eam facilius & citius expensurus sit, quam rem obligatam distracturus: *l. si chorus 79. §. 1. de legat. 3.* His certe casibus omnibus, negari non potest, quin iustissime inter sit creditoris, nec proinde quin danda ei sit contraria actio pignoratitia per quam id quod sua interest consequatur. Nisi paratus sit debitor, aliam rem aequè bonam & suam propriam pignori dare, ut in *l. si quis domum 9. in princip. infr. locat.* Sic enim fiet, ut nihil interit debitoris, tamen si aliena res prius ei data fuerit *l. si heres 110. §. generaliter de legat. 1. l. qui autē 14. §. 1. sup. de pecun. constit.* Quamuis non ad hoc possit agere, ut alia res aequè bona pignori detur, ut rectè concludit Bartolus, quoniam is qui conuenit, ut aliquam certam quamuis alienam rem det pignori, nullo modo est obligatus, ut aliam aequè bonam dare cogatur, nisi se pignus idoneum generaliter & indeterminatè datum promiserit: quo casu etiam ad hoc conueniri posset, ut aliud aequè bonū & idoneum daret *l. qui autē §. 1. Quomodo igitur id quod interest creditoris hoc casu aestimabitur? Placet quod vult Bartolus tamen interesse videri quāto minoris vendi posset, nomen debitoris ob defectū pignoris. Expeditior enim hæc sententia est, nullaque difficultates perimit, ut ex Iuliano Vlp. scribit in *l. 1. §. si heres infr. ad SC. Trebell.**

33. IDEM libro singulari ad Formulam hypothecariam.

SI pecuniam debitor soluerit, potest pignoratitia actione uti ad recuperandam *ad l. 2. §. 1. de pign. act.* nam, cum pignus sit, hoc verbo poterit uti.

Ad l. si pecuniam 33.

RA T. D V B. Pignoratitia actio non aliunde dicitur, quam a pignore, ut nomen ipsum sonat, & nos sæpius diximus. Atqui antichresis non est, idem quod pignus, nec rursus contractus antichresticus idem cum pignoratitia: Alioquin si idem sunt, cur diuersa habent nomina? *arg. l. si idem 7. C. de codicill.* Ergo si antichresim debitor contraxerit, id est, pignus ita dederit, ut creditor in vicem vsurarum pignore uteretur, eiusque fructus sibi perciperet *l. si is qui 11. §. 1. infr. de pignor.* dicendum est solutā pecuniā, non pignoratitiam actionem debitori posse competere, sed aliam alterius nominis ex contractu ipso antichrestico competentem, quam perinde si voles possis antichresticam appellare, sicut a pignoratitia contractu, pignoratitiam. **D**E C. Quod prædicatur de genere prædicatur etiam de specie. Semper enim specialia generalibus insunt, ut habet iuris regula. Atqui pignus & antichresis etiam si nomine ac re ipsa differant, ut animal & homo, se tamen habent, ut genus & species. Pignus generis nomen est, Antichresis, speciei. Omnis antichresis pignus est. Sed non vicissim omne pignus possis antichresim dicere, non magis quam omne animal, hominem. Ergo cum pignoratitia actio illa sit, quæ de pignore dato redditur *l. 1. sup. l. pen. infr.* consequens est, ut finita antichresi per solutionem pecuniæ, pignoratitia aequè competat. Et hoc verbo huius actionis debitorem uti nihil prohibet, ut antichresim recuperet a creditore. Atque hæc vera nec obscura huius legis sententia est. Quam tamen vulgares nostri interpretes Græcæ lingue ignorantia non intelligentes, multa hæc nugantur de antiphona, vel ut apud Accursium legitur, antiphona. Quo nomine tandem signifi-

ficari nolunt, pignus prætorium de quo in *l. non est mirum 26. sup.* Ut ex iis potissimum videre est, apud Bartolum & Castrensem ad hanc legem, sed apertius ad *l. si is qui §. 1. si antichresis de pignor.* ubi totam rem hanc subtilius, ut sibi quidem videtur, meo autem iudicio longè facilius & suauius explicat, ex antiphonis quæ in ecclesia ante Psalmos decantantur. Sed & illud falsum est, quod ex tam absurda huius legis interpretatione nostri inferunt, soluto pignore prætorio competere debitori pignoratitiam actionem. Non enim nisi ex contractu potest competere, ideoque inter bonæ fidei actiones numeratur §. *actio 25. Instit. de action. l. si seruus 61. §. quod si sciens infr. de furt.* Pignus autem prætorium non per contractum constituitur, sed sola magistratus autoritate *l. non est mirum*. Quæ cum non ad aliud interponatur, nisi ut hoc remedio creditori satisfiat, non indiget actione ista, vel alia vlla debitor qui satisfecit, ut rem suam propria autoritate repetat, aut saltem per iudicem a possessore vindicet, tanquam a nexu & vinculo pignoris liberatam. Nulla siquidem retrotraditione indiget is qui non ipse tradidit, quamuis creditor in possessionem a Prætoris missus sit. Quod si hoc quoque casu pignoratitia debitori danda esset directæ contra creditorem soluto ei debito, consequens esset, ut perinde creditori pro his quæ bona fide in pignus prætorium impendisset, dari deberet pignoratitia contraria, quod tamen falsum est: Comparata enim est a Prætoris in eam rem specialis in factum actio, de qua in *l. prætor ait 9. in princip. & pass. infr. de reb. autor. iudic. possid. maxime in §. his verbis §. generaliter, & §. est prætoris questum*, ubi nominatim Vlpianus addit, meliorem esse conditionem eius qui a Prætoris missus est in possessionem, quam sit creditoris in pignore, quia non tene-

tur si do-

tur si dolo malo careat: cum tamen creditor in pignore non tantū dolo, sed etiam culpā præstare debeat, & quidē pignoratitia actione directæ *l. si cum venderes*

13. §. 1. *sup.* Ex eo igitur intelligimus pro pignore prætorio etiam post solutā pecuniā competere pignoratitiam non posse, quam nec vspici scriptū est competere

34. MARCELLVS libro singulari Responsorum.

Titius cum credidisset pecuniam Sempronio, & ob eam pignus accepisset, futurumque esset, ut distraheret (eam) creditor, quia pecunia non solueretur: petiit a creditore, ut fundum certo pretio emptum haberet: & cum impetrasset, epistolam qua se vendidisse fundum creditori significaret, emisit. quæro, an hanc venditionem debitor reuocare possit, offerendo sortem, & vsuras, quæ debentur, Marcellus respondit, secundum ea, quæ proposita essent, reuocare non posse.

Ad l. Titius 34.

RA T. D V B. Pactum commissorium quod vulgè legis commissoriae vocant, in pignoribus locum non habet, & improbatum est, tanquam asperum & odiosum, quoties ab initio conuenit, ut si ad diem pecunia credita non solvatur, pignus venditum sit creditori pro ea summa, quæ debetur, ut sit illa loco precij *l. vlt. C. de pact. pignor.* Atqui pactum de quo in hac lege agitur, quo conuenit, ut quoniam pecunia ad diem non soluebatur, creditor fundum certo pretio emptum haberet, si non est verè commissorium, quia ab initio & in ipsa pignoris datione interpositum non fuit, sed ex postfacto, simile tamen est pacto commissorio: Quid enim refert, an ab initio fiat, an ex postfacto? Non nego valere venditionem condicionalem pignoris *l. si fundus 16. §. vlt. infr. de pignor.* Sed non potest videri hæc pactio continere venditionem condicionalem, quia non conuenit ut creditor fundum emptum haberet, si pecunia non solueretur, sed quia non soluebatur, ut lex ait, ac proinde nulla hæc condicio est. Ideoque fatendum est pactum hoc esse simile commissorio, & consequenter non magis posse valere, quam si esset verè commissorium *l. vlt. in princip. infr. de contr. empr.* ubi ille tantum casus excipitur quo pactum huiusmodi factum sit, fauore tertij puta fideiusoris. Idem enim ferè iudicari solet de pacto vel contractu simili, quod de pacto & contractu ipso cuius similitudinem gerit *l. eum qui 10. §. 1. sup. tit. prox. l. naturalis 5. §. pen. infr. de præscript. verb. l. vlt. sup. de condit. caus. dat. Dec. Non prohibetur creditor pignus emere a debitore, cum pignoris dominium sit debitoris *l. rescriptum 12. in princip. infr. de distract. pignor. l. aliena 20. §. vlt. sup.* Atqui pura pignoris venditio est, tum quoque cum post mortem creditoris sua die non soluentis conuenit inter debitorem & creditorem, ut pignus certo pretio sit emptum creditori: Omnia enim hæc concurrunt quæ ad venditionem perficiendam concurrere necesse est, consensus scilicet emendi & vendendi, & conuentio certi precij in pecunia numerata consistentis. Ergo nihil est, quod impediat, quominus hæc conuentio valeat iure perfectæ venditionis. Et quamuis in venditionibus non solemus requirere, an iusta fuerit aliqua causa contrahendæ venditionis, quia voluntas vendendi sufficit in venditore, & emendi in emptore, hæc tamen iusta illa causa subest, quod ad diem soluta non fuit pecunia, quæ sub pignore debebatur. Poteratque creditor suo iure nulla etiam præcedente conuentione pignus vendere, si non ab emptore ipso id emere maluisset, ut in *l. C. de pact. pignor.* Hanc igitur venditio-*

nem valere dicendum est, nec abs re aut sine causa emisisse debitorem epistolam ad creditorem, qua significauit se fundum creditori vendidisse. Non quasi contracta sit hoc casu venditio per epistolam, (tamen hoc quoque fieri possit, ut & in ceteris contractibus euenit, qui consensu solo perficiuntur *l. 1. §. 1. infr. mandat. l. 1. §. vlt. de contr. empr. l. 2. de oblig. & action.* sed quia iam tum contracta fuit cum petiit debitor a creditore, ut fundum certo pretio emptum haberet, & id impetravit. Et consequenter fatendum est, quod Marcellus in hac lege subiicit, non posse debitorem offerendo postea sortem & vsuras quæ debebantur, venditionem reuocare. Tandiu enim duntaxat ius offerendi locum habere potest, post acquisitum ipsius dominium creditori *l. pen. §. 1. de except. rei iudic.* Malè Accursius in huius legis specie ponit tres personas interuenisse, Titij, Sempronij, & Seij, cum Marcellus non nisi debitoris mentionem faciat, & creditoris. Secunda igitur casus positio, ut ipse loquitur, est sequenda, quæ duabus personis contenta est. Sed grauius eriat Bartolus, qui putat non aliam esse huius loci sententiam, quam ut pactum commissorium aut commissorium simile quod non valeret, si ab initio interpositum fuisset, valeat tamen cum interpositum est ex postfacto rationem illam adferens diuersitatis, quod ab initio debitor cum eget pecunia, faceret creditori omne pactum, quod vellet ad habendam pecuniam, & ideo, inquit, pactum reprobatum, quasi continens in se quandam asperitatem &volentiam ex *l. vlt. C. de pact. pignor.* Quæ ratio cessat, quando pactum huiusmodi apponitur ex interuallo. Nam ut ostendimus, neque de pacto commissorio hæc agitur, neque de alio quod sit ei simile, ut neque de pignoris venditione condicionali, quam valere omnes consentiunt ex *l. si fundus 16. §. vlt. de pignor. sed* de pura pignoris venditione de qua nemo vnquam dubitauit, quin valere debeat. Tanquam quæ a pacto commissorio longius recedat, quam pignoris venditio condicionalis. Est enim omne pactum commissorium condicionalis, habens expressam illam conditionem, *Si pecunia debita sub pignore, ad diem non solvatur*. Hæc autem venditio, de qua tractamus, pura est, quia conditionem nullam habet, sed causam duntaxat, eamque collatam in præteritum, quia pecunia non soluebatur, non in futurum, quomodo concipi omnes condiciones debent, ut habeant vim conditionis *l. cum ad præsens 37. cum duab. seqq. sup. de reb. credit. l. condicio 100. de verb. oblig.* Deinde omne pactum commissorium, per quod scilicet pignus in venditionem conuertitur, non aliud præ-

cium venditionis habet, quam ipsam pecuniæ debitorum quantitatem: quæ porro sicuti vix est, vt ad pignoris æstimationem ascendat, quia semper plurius esse solet pignus, siue vt tanto citius & facilius emptorem inueniat non soluta ad diem pecuniâ, quanto vilioris precio distrahetur, siue vt si contingat vsurarum accessione augeri summam debiti, plenissimè tamen cautum habeat creditor de omni eo quod debeatur. Ita vix fieri queat, vt summa debita iusto pignoris precio æquipolleat, nec proinde vt non valde in precij quantitate ledatur miser debitor, qui non aliud ex pignoris sui venditione precium sperare possit, quam illud ipsum quod debet: neque est, quod quis replicet, in emptionibus & venditionibus licite naturaliter contrahentibus in precio se decipere ex *l. in causa* 16. §. *idem Pomponius* *supr. de minor. l. item si precio* 22. §. *vlr. & l. seq. infr. locat.* Id enim tum verè dicitur cum vendendi emendique animo partes conueniunt, vt in *l. si voluntate* 8. *C. de rescind. vendit.* quod ex præcedente tractatu dignoscendum est *l. si procuratorem* 8. *in princip. infr. mandat. l. 1. §. si seruus deposuit* 30. *de pos. l. si tantum* 12. *de SC. Maced.* In proposito autem non adfuit ab initio vendendi animus, aut emendi, sed pignoris duntaxat contrahendi: Ergo nec ab initio precium iniustum venditionis constitui debuit in futurum euentum, & in damnum debitoris, qui nihil non concessurus sit creditori, vt vel ab eo pecuniam mutuam ab initio extorqueat, vel ex postfacto longiorem diem ad soluendum, præsertim si talis sit qui ex causa iudicari possit detruhi in carceres, nisi legis Iulie beneficium de cessione bonorum, quod per se miserabile ac lugubre est, implorare malit *l. 1. C. qui bon. ceder. poss.* Quare nec improbatum est in pignoribus pactum illud, vt si ad diem pecunia non soluetur, creditor iure emptoris possideat rem obligatam, certo precio tunc æstimandam. Hoc enim casu non tam pactum commissorium in pignore factum intelligitur, quam venditio contracta sub conditione, dilata scilicet conuentione precij certi in aliud tempus, nec ad quantitatem sub pignore debitam relata *d. l. si fundus* 16. §. *vlr. infr. de pignor.* Quod si ita est quanto magis valebit conuentio ex postfacto interposita, vt creditor qui ob non solutam sua die pecuniam de distrahendo pignore iam cogitabat, habeat sibi emptum pignus certo precio, vt in hac lege, non quia huiusmodi conuentio ex postfacto interposita sit, vt somniat Bartolus, sed quia precium certum nunc primum constitutum est, aliud quam ex debita pecuniæ quantitate æstimandum. Ita que tota huius legis ratio pendet ex illis verbis *certo precio*, quæ si non essent addita, aut si precium illud certum ex debita quantitate ratione constitutum esset, quamuis ex interuallo, venditio tamen defendi nullo modo posset, neque tanquam pura, neque tanquam condicionalis. Etsi enim neque commissorium pactum hoc dici deberet. Esset tamen pacto commissorio

35. FLORENTINVS libro 8. Institutionum.

Cum & fortis nomine, & vsurarum, aliquid debetur ab eo, qui sub pignorebus pecuniam debet: quidquid ex venditione pignorum recipietur, primum vsuris, quas iam tunc deberi constat, deinde, si quid superest, sorti accepto ferendum est. nec audiendus est debitor, si, cum parum idoneum se esse sciat, eligat, quo nomine exonerari pignus suum malis.

Ad l. cum

non valde dissimile, quamuis nullam habens conditionem, quia eadem rei familiaris angustia quam miserum adigit debitorem, vt tali tamque improbo pacto ab initio consentiat, habenda pecuniæ gratia, eadem viget eundem debitorem, cogitque vt ex postfacto idem facere etiam inuitus teneatur ad distractionem pignoris impediendam, & declinandam carceres. Nec enim ob id minus detruhi in carceres potest debitor, quod pignus dederit, siue ad ius quo vitimur respicias, quod non minus corporis quam bonorum debitoris pignus & obligationem permittit contra iuris veteris rationem *l. ob as alienum* 12. *C. de oblig. & act.* cum pignus necesse sit à domino constitui, vt valeat *l. vlr. & tot. tit. C. si alien. res pignor. dat. sit.* Nemo autè dominus sit membrorum suorum: *l. liber homo* 13. *supr. ad leg. Aquil.* Siue ad ius commune ex quo potest, quis in executione iudicati detruhi in carceres, etiam si corpus suum pignori non obligauerit *d. l. 1. C. qui bon. ceder. poss.* Etenim vt solent pragmatici dicere vna executio non impedit aliam, dum ne creditor bis suum conseqatur, & ab initio protestetur nolle se nisi semel consequi, quod sibi debetur *l. 1. §. quia autem in fin. quod legat.* Ceterum obicit Accursius huic legi, quod scriptum est in *l. quamuis* 45. *aliis l. Calippo de solut.* Quamuis stipulanti vxor vir sponderit, dirempto matrimonio prædica, quæ doti erant obligata, in solutum dare, factis tamen si offerat dotis quantitatem, id est, vt idem Accursius explicat, quicquid ex dotis causa debetur, siue fortis nomine, siue vsurarum. Sed bene respondet multum referre, an pignus datum sit in solutum aut venditum (est enim datio in solutum non ab simili venditioni *l. si prædium* 4. *C. de iur. et. an* verò duntaxat dari promissum, vt in *d. l. quamuis*. Sola enim promissio vendendi, aut in solutum dandi pignus creditori non extinguit pignus, quod per ipsam venditionem aut dationem in solutum, propter acquisitionem dominij ratione confusionis extingueretur *d. l. pen. §. 1. de except. rei iudic. l. si rem alienam* 29. *supr.* Nemo autem dixerit promissionem vendendi aut in solutum dandi, venditionem esse aut dationem in solutum *l. vlr. supr. de condit. caus. dat.* Neque verò ex eiusmodi promissione vnquam sequi potest acquisitio dominij, quia traditionibus non nudis pactis aut promissionibus rerum dominia transferuntur *l. traditionibus* 20. *C. de pact.* Dices, neque ex venditione sola transferri dominium, si non & traditio sequatur *l. quoties* 15. *C. de rei vindic. l. nunquam nuda* 31. *de acquir. rer. domin.* Sed non est bona obiectio. Tractamus enim de creditore pignoratitio, qui proinde possessionem pignoris penes se habeat, vt in *l. si rem* 9. §. *proprie* *supr. l. prox. §. 1. infr.* & ita nulla indigeat traditione, sed sola domini voluntate ad dominium rei obligatæ acquirendum *l. qua ratione* 9. §. *interdum* *infr. de acquir. rer. domin. §. interdum* *Instit. de rer. diuis.* Et hoc fortassis est quod Accursius noster in vltima glossæ sine sensit.

Ad l. cum & fortis 35.

RA T. D V B. Pignoris distractio secuta perceptione precij, pro debiti solutione est *l. rescriptum* 12. §. *1. infr. de distract. pignor.* Atqui debitor ex pluribus causis, si soluat electionem, habet in quam causam soluere malit. Quamuis si non eligat, videatur soluisse in duriorè *l. 1. 2. 3. 4. & 5. Imperator l. cum ex pluribus* 97. *de solut. l. 1. C. eod.* Ergo & cum creditor pignus distrahit ab eo sibi datum, qui & fortis, & vsurarum debitor erat, quicquid ex pignoris venditione percipitur, in eam causam imputandum est, quam debitor elegerit, tamen in fortem solam imputare malit, tantum abest, vt in vsuras solas imputari debeat, quomodo Florentinus hic scribit. Id enim tunc tantum verè dici potest, cum electio à debitor non facta in creditorem translata est *d. l. 1. C. de solut. l. si vsuras* 21. *C. de vsuris.* **D**E C. Alia longè causa est debitoris soluentis, alia creditoris pignus distrahentis. Nam cum debitor soluit pecuniam in potestate eius est commemorare, in quam causam soluit. Cum autem creditor pignus distrahit, licet ei acceptum precium referre etiam in eam quantitatem quæ naturâ tantum debeatur, & ideo deducto eo totum reliquum debitum peti potest: verba sunt Pauli in *l. Paulus respondit* 101. §. *1. de solut.* vbi licet ratio diuersitatis non reddatur, illa tamen statim occurrit, quod tam ex ciuilibus quam ex pontificij iuris regula, in alternatiuis electio debitoris est *l. 2. §. Scenola* *supr. de eo quod car. loc. l. plerumque* 100. §. *vlr. infr. de iur. dor.* Qui autem soluit debitor est, & idcirco ad eum electio pertinet. Creditor verò cum pignus distrahit hoc ipso fit debitor eius quantitatis, quæ ex pignoris venditione redigitur, vnde est, quod nec liberatur debitor per distractionem pignoris, etiam solutione facta creditori, nisi iure cuiusdam tacite compensationis, quæ fit per mutuam debiti & crediti inter se contributionem, vt diximus ad *l. si conuenerit* 18. *supr. hoc tit.* Equum igitur est dari ei hoc casu electionem, in quam causam imputare velit precium pignoris, qui alioquin habere electionem non posset, nisi ad se translata à debitore. Nam &

¶ Pignus, manente proprietate debitoris, solam possessionem transfert ad creditorem, potest tamen & precario, & pro conducto debitor re sua vti.

Ad §. 1. Pignus.

RA T. D V B. Possidere nihil aliud est, quam animo domini & sibi habere, vt diffinit Theophilus in *Instit.* Atqui creditor non sibi, nec animo domini possidet, sed pro alieno vnde est, quod nec vsucapit *l. pignori* 14. *infr. de vsucap.* Ergo pignus non magis transferre potest possessionem in creditorem, quam proprietatem, de qua nemo dubitat quin remaneat in dominio debitoris *l. rescriptum* 12. *in princip. infr. de distract. pignor. l. pignus* 6. *C. hoc tit.* **D**E C. Pignus propriè illud est, quod non nuda conuentione constituitur, sed traditione *l. si rem* 9. §. *proprie iunct.* *l. 1. supr.* cum inde nomen sumpserit quasi à pugno *l. plebs est* 136. §. *pignus de verb. signific.* Atqui traditio nihil nisi datio & translatio possessionis est *l. 3. in princip. infr. de action. empr. l. 3. supr. si vsusfr. per.* Ergo fieri nequit, vt per dationem pignoris, quod propriè pignus est possessio non transeat in creditorem *l. per seruum* 37. *in princip. de acquir. rer. domin.* Neque hoc tantum verum est in pignoratitium creditorem transire possessionem,

cum debitor ab initio, id est, in ipso tempore solutionis habet electionem, nec eligit, non alia de causa transfertur in creditorem electio *d. l. 1. C. de solut. d. l. si vsuras* 21. *C. de vsur.* quam quia ex creditore pecuniæ sit debitor electionis. Nisi fortè proponas tam stultum creditorem, vt in totum debitum velit imputare solutionem, quæ parti duntaxat debiti exsoluendæ sufficiat. Quid ergo si neuter incontinenti eligat? Imputandum erit, quod solutum est in vsuras, prius quam in fortem *d. l. 1. in fin. C. de solut.* Neque vlla meo iudicio erit hæc parte differentia inter debitorem soluentem, & creditorem pignus distrahentem. Fit enim hoc non iure competentis electionis, quam vterque amittit, sed ex meritis ratione ac dispositione. Alia causa non est solutio nis factæ & acceptæ tam in fortem, quam in vsuras. Nam & illo casu credit prius in vsuras, quam in fortem, licet non modò fortis mentio facta sit, sed etiam prius quam vsurarum, vt ex Marcello Vlpiano docet in *d. l. 5. §. vlr. infr. de solut. & liberat.* Quamquam extra hunc casum proprium est copula, vt ponatur inter diuersa, ac ea coniungat & ea æquè determinet. An verò distinguemus in specie huius legis an debitor soluendo sit, necne? Vt si soluendo sit electionem habere debeat in quam causam fortissime an vsurarum imputari velit precium, quod ex pignoris venditione redactum est. Hoc enim videtur innuere ratio Florentini expressa his verbis, *Nec audiendus est debitor si cum parum idoneum esse se sciat, eligat quo nomine exonerari suum pignus malit.* Item quod nihil videatur interesse creditoris, cum debitor soluendo est, sed tamen contra existimandum est, ob eam rationem quam attulimus, & quia negari non potest, quin creditoris interit, tum quoque cum debitor soluendo est, vt ius pignoris retineat, & pignoratitius creditor sit potius quam nudus *l. cum debitor* 32. vbi diximus *supr.* Idque noster sentit Accursius cum ad verba illa, *si cum parum idoneum esse se sciat* supplet præsertim: Nam nec nouum est, vt vna eademque ratio in duobus casibus locum habens, in vno tamen potentior sit quam in alio.

sed quod magis est, propriè illum & verè possidere. Nam & in depositarium, commodatarium similesque personas ius habentes ex contractibus qui traditione perficiuntur, transit possessio, & sunt hi omnes in possessione, & tamen non possident *l. certè* 6. §. *is qui rogauit* *infr. de precar.* Aliud enim est possidere, aliud verò esse in possessione *l. si quis ante* 10. *de acquir. poss.* Et is verè possidet, non qui est in possessione alieno nomine, sed cuius nomine possidetur *l. quod meo* 18. *eod.* Atqui creditor suo nomine possidet & ad suam utilitatem, licet possideat pro alieno. Ita vt ad omnes causas possit se possessorem verè dicere, præterquam quod ad causam vsucapionis *l. serui nomine* 16. *de vsucap.* Et quod vsucapere tamen non potest, non ex eo fit, quod non possideat, sed quia ad vsucapionem vera possessio sola non sufficit, si non ad sit etiam bona fides ab initio, quæ porro non potest esse in creditore, qui alienam rem esse scit, quæ pignori data est, & eam pro alieno possidet *d. l. pignori.* Quid? Nonne traditionibus etiam rerum dominia trans-

seruntur? *l. traditionibus 20. C. de pact.* Ita est, sed non aliter quam si præcedat iusta & habilis causa transferendi domini *l. nunquam nuda 31.* Titulus autem pignoris non est habilis ad transferendum dominium, quia nec id agitur inter debitorem & creditorem, ut dominium creditori acquiratur. Nuda igitur hæc traditio est, quæ proinde transferre dominium nullo modo potest, sed tamen possessionem potest *d. l. 3. si vsus. per.* Indeque fit, ut ex contractu pignoris nulla creditoria actio in rem competat, quæ scilicet nunquam datur possessori, nisi forte possessionem amiserit: quo casu incipit habere hypothecariam, & quasi Seruanam *l. si creditor 28.* vbi diximus *supr.* Planè in edicto Prætoris de quo in *tit. qui satisd. cogant.* quo satisfacere non coguntur ij qui sunt bonorum immobilium possessores, creditor etiam cui fundus pignori obligatus est (nam & immobilium rerum æquè ac mobilium pignus hodie dicitur) non tamen habetur pro possessore, quia eo edicto nihil aliud agit Prætor, nisi ut satisfactionis incommodo exoneret locupletiores, quales esse

creduntur ij qui possessores sunt immobilium *l. sciendum 15. in princip. supr. qui satisd. cogant.* Nemo autem dixerit locupletiores esse creditorem ob id solum quod pignus habeat *d. l. sciendum §. creditor.* vbi diximus, sicuti nec pauperior qui pignus non habet: unde fit ut pignoris remissio non sit donatio *l. 1. §. 1. inf. quib. mod. pign. vel hypoth. soluit. l. etsi pignus 18. inf. que in fraud. credit.*

a *Potest tamen & precario.* R A T. D V B. Neque precarium neque conductio esse potest rei propria *l. qui rem suam 15. inf. de pign. l. neque pignus 45. de reg. iur.* Ergo nec precario nec pro conducto potest debitor re sua uti. D E C. Debitor qui rem suam dat pignori dominus quidem rei suæ manet, sed tamen eius possessionem in creditorem transfert, ut modò diximus. Nihil ergo prohibet, quominus re sua uti & precario, & pro conducto possit, dummodò solius possessionis non etiam proprietatis conductio aut precarium rogetur, ut diximus ad *l. si rem alienam 29. supr. ex l. certè 6. §. vlt. inf. de precar. l. si aliquam 28. de acquir. poss. l. qui pignoris 36. & seq. eod. tit.*

36. VLPPIANVS libro II. ad Sabinum.

SI quis in pignore dando pro auro æs subiecisset creditori, qualiter teneatur, quæsitum est: in qua specie rectissime Sabinus scribit: si quidem, dato auro, æs subiecisset, furti teneri: quod si in dando æs subiecisset, turpiter fecisse, non furem esse. sed hic puto pignoratum iudicium locum habere, & ita Pomponius scribit. sed & extra ordinem stellationatus nomine plectetur, ut est scriptissimum rescriptum.

Ad l. si quis in pignore 36.

R A T. D V B. Pignus non nuda contentione, sed traditione proprie contrahitur, ut diximus ad *§. 1. legis præcedentis ex l. 1. l. si rem 9. §. proprie supr. l. 1. §. creditor quoque infr. de oblig. & action.* Ergo non tam inspicendum est quid in pignoris conventionem deductum sit, quam quid pignoris nomine traditum. Atqui ponimus debitorem in dando pignore pro auro subiecisse æs creditori. Ergo indistinctè dicendum est, non aurum, sed æs tantum in hoc casu pignori datum videri, nec proinde vlla actione teneri debitorem, neque pignoratum contraria, neque stellationatus, quasi creditorem deceperit, siue post aurum pignori datum æs subiecerit, siue in ipso pignore dando id fecerit, quamvis Sabinus ita distinguere soleret, ut priore casu etiam furti debitor teneatur. Posteriore verò non tam fur esse, quam turpiter fecisse existimetur. Vtroque autem casu & ordinaria actione pignoratum contraria, & stellationatus persequutione extraordinaria teneatur. D E C. Perficitur quidem pignus traditione, sed in cipit tamen ut cæteri contractus omnes à conventionem. Nec fieri potest, ut pignus per solam traditionem constituatur in ea re de qua prius ut pignori esset non conuenient *l. Aristo 3. infr. quæ res pignori oblig. poss.* scilicet extra eos casus in quibus pignus vel hypotheca tacite contrahitur, in quibus tamen etiam conventio tacita præcessisse intelligitur. Atqui ponimus expressim conuenisse ab initio, ut aurum non æs pignori daretur, & tamen à debitore traditum fuisse æs pro auro, atque ita deceptum fuisse à debitore creditorem, cui aliud pro alio subiecerit. Fatendum igitur est, teneri eo nomine debitorem indistinctè, & pignoratum contraria, & extra ordinem actione

stellationatus *l. tutor 16. §. 1. supr. l. que prædium 6. C. si alien. res pignori dat. sit. l. 1. l. vlt. C. de crimin. stellion.* quæ in id maximè comparata est, ut deficientia omnia alia criminali actione dolus extra ordinem iudicetur *l. 3. infr. eod. ill. tit.* Neque verò ad has duas actionum species distinctio Sabinus pertinet, sed tantum ad actionem furti, de qua sola dubitari poterat, an debitor in proposita specie teneretur. Ad quam quæstionem respondens iam olim Sabinus, dicebat multum referre, an debitor in dando auro pignori, an post aurum datum æs pro auro subiecisset. Quamvis enim negari non possit, quin debitor utroque casu æquè turpiter faciat, & improbè, decipiendo creditorem (quæ aduersus Sabinus distinctionem ratio dubitandi esse potest) posteriore tamen casu debitor fur est, quia creditoris possessionem, quam per dationem pignoris trãstulerat, interuertit. Quid enim aliud furtum est, quam interuersio vsus, vel possessionis? *l. 1. in fin. inf. de furr.* Priore verò casu, non potest debitor fur videri, quia nec interuertisse possessionem dici potest, quam nondum in creditorem trãstulerit: tantum abest, ut notandum sit tanquam infamis, & sua dignitate priuandus quomodo putat Accursius ex *l. 2. C. de dignit. libr. 12.* qua nec fur ipse notaretur, si non lata esset contra eum sententia. Sola enim sententia est, quæ infamem & notatum facit infamia iuris, ut nostri loquuntur *l. infamem 7. de public. iudic. l. 1. l. furti 6. supr. de his qui not. infam.* Quamvis infamia facti quæ ex delicto solo nascitur, oneret ac fuggillet existimationem delinquentis apud bonos & graues viros *l. 4. §. aduersus infr. de doli mal. except.* Neque putandum est huius distinctionis Sabinus aut nullum, aut perexiguum effectum esse. Nam quo casu debitor fur esse diximus, non poterit aurum furtiuum vsucapi, etiam si bona fide vendatur, & ematur,

& ematur, ut nec alia quælibet res furtiuam, propter legis duodecim tabularum & legis Attiliæ prohibitionem *§. furtiuam quoque res vsucap. de vsucap.* Quo autem casu debitor non fur est, sed tantum facit turpiter, nullum vicium in re subest, propter quod impediri possit vsucapio. Quare nec probare possum quod hic Accursius noster tanquam simile allegat ex *l. 2. §. cum Stichum infr. pro emptor.* vbi tractans Paulus de eo qui cum emisset Stichum, attamen per traditionem ignorans accepit Damam, negat eum vsucapturum, quasi in hac specie nec vsucapio vlla sequi possit. Ibi enim subiecerat venditor Damam pro Sticho non in ipsa venditione, sed in traditione, antequam Stichus traditus fuisset. Ideo-

que bene negat ex Prisci sententia Damam vsucapi posse, non quia esset furtiuus (nec enim furerat venditor secundum positam in hac lege Sabini distinctionem) sed quia, ut lex ait, fieri nequeat, ut vsucapiatur pro emptore id quod emptum nunquam fuerit. Cæterum si traditio iam Sticho Damas pro Sticho subiectus esset. Non tantum emptor vsucapere illum non posset pro emptore, sed nec alius quisquam Stichum, tamen si bona fide & iusto titulo acquiratum, quoniam in furtiuam causam incidisset. Et ita Prisci sententia quam Paulus eo loco refert, iuxta Sabini distinctionem ab Vlpiano hic positam explicanda est.

¶ Sed etsi quis rem alienam mihi pignori dedit sciens prudensque, vel si quis alij obligatam, mihi obligauit, nec me de hoc certiorauit: eodem crimine plectetur. Planè si ea res ampla est, & ad modicum æris fuerit pignerata: dici debet, cessare non solum stellationatus crimen, sed etiam pigneratitiam, & de dolo malo actionem: quasi in nullo captus sit, qui pignori secundo loco accepit.

Ad §. 1. Sed & si quis.

R A T. D V B. Etiam res aliena vendi potest *l. rem alienam 28. infr. De contr. empt.* Ergo & oppignerari quia quod emptionem venditionemque recipit, etiam recipit oppignorationem *l. sed & quod 9. §. 1. infr. de pignor.* Præsertim cum fieri possit, ut debitor qui oppignorationis tempore dominus pignoris non erat, postea tamen dominus fiat, puta si domino hæres existat, atque ita pignus conualescat. Hætenus saltem, ut pigneratitia & hypothecaria vtilis danda sit creditori *l. si Titio 22. infr. de pignor.* Cur enim dicamus inutile pignus esse quandiu in eo est, ut possit conualescere? *arg. l. quod Seruius 8. in fin. supr. de condit. caus. dat.* D E C. Differentia magna est hac parte inter pignus & venditionem. Venditio enim non rem ipsam quæ venditur afficit, sed personam tantum obligat, vel ut rem tradat & tradendo transferat dominium si dominus sit, vel præsertim euictionem, si dominus non sit, & res euincatur *l. ex empto 11. §. 1. infr. de action. empt.* Rem enim venditam auferre emptori dominus quandoque potest, si modò venditioni non consenserit *l. 2. l. si fundum. §. C. de rebus alien. non alienand.* At pignus aut ab initio prorsus inutile est, aut rem ipsam pignoratum ita afficit, ut eam nisi soluto prius debito creditori auferre nemo possit, nisi proponas priorem aliquem creditorem, cui eadem res obligata sit, & cui permittatur per actionem quasi Seruanam rem euincere *l. si mancipium. 34. §. vlt. & l. seq. inf. de euict.* Et idè debitor qui rem dat pignori præstare non solum debet se dominum, sed etiam nulli alij esse rem obligatam, ut sequitur in hoc §. Sed & creditor ipse qui iure creditoris vendit præstare debet se potiorum & antiquiorum *l. 1. C. credit. euict. pignor. non debet.* Denique qui sciens vendit rem alienam ignoranti, non tam emptorem decipit, quam seipsum, cum hoc ipso se obliget in id omne quod interest emptoris, nec aliter in crimen falsi incidit, quam si vendat tanquam suam eam rem quam ipse alij iam vendiderit. *leg. qui duob. 21. infr. ad leg. Cornel. de fals.* Qui autem alienam rem sciens oppignerat, decipit proculdubio

creditorum qui non nisi sub pignore aut daturus pecuniam, aut aliter fuerat contracturus, ut cautum sibi haberet. Quænam enim cautio esse potest in re aliena, quam dominus vindicare quandoque iure suo possit? Nec quod ex postfacto possit pignus conualescere dominio pignoris debitoris acquisito secundum Modestini sententiam in *d. l. si Titio*, ad rem facit. Est enim casus ille aduentitius, qui proinde computari non debet *l. Iulianus. 6. infr. Qui & a quib. manum. nec eius ratio haberi aliqua ad stabilicendum ius & vinculum pignoris certa obligatione: nisi expressim datum sit pignus rei alienæ sub illa conditione, si carens fiet debitoris ut in *l. si fundus 16. §. aliena res infr. de pignor.* Nam & è contrario stipulari quilibet similiter potest rem suam sub ea conditione, si res stipulatoris esse desierit *l. nemo rem suam. 82. de verb. oblig.* Etsi enim his casibus incertum est, an exitura sit condicio; quæ nec condicio esset, si non incertum haberet euentum. Ius tamen certum est, validam esse iam ab initio conventionem pignoris, validam quoque stipulationem existente quandoque conditione. Requirit tamen Vlpianus in hac lege, ut debitor sciens prudensque rem alienam pignori dederit creditori nec creditorem certiorauerit: nimirum ut crimine stellationatus plectatur. Ignorantia enim excusat à dolo & crimine: non tamen à pignoratum actione contraria, de qua initio huius legis, ut scriptum est in *d. l. tutor. 16. §. 1.* vbi diximus & ad *l. 1. in fin. supr.* Nec rursus decipiendi creditoris secundi animum habere videri potest debitor, qui cum admonet, facitque certiorum *l. 1. l. quæro 39. de action. empt.**

a *Aut si quis alij obligatam mihi obligauerit.* R A T. D V B. Nemo rem suam pignori dando definit eius esse dominus *l. cum & sortis 35. §. 1. supr. l. pignus 9. C. hoc tit. l. rescriptum. 12. in princip. infr. de distract. pignor.* Ergo non potest prior datio pignoris efficere quominus etiam posterior valeat. Aliaque longè causa illius est, qui rem suam vni iam venditam & traditam alij vendit, de quo in *l. quoties 15. C. de rei vindic. d. l. qui duobus 21. ad l. Cornel. de fals.* D E C. Pignus priore loco datum creditori sic rem obligat & afficit, ut neque debitor neque qui posteriorem causam ab eo ha-

bet creditor priori auferre id possit, nisi oblato prius omni debito, non quasi nullum sit pignus, quod secundo loco datum est, sed quia infirmum est, nec aliter prodesse creditori potest, quâ si per oblationem illam priori faciendam confirmetur *l. prior. 5. C. qui prior in pignor. hab. l. qui balneum. 9. §. ult. infr. qui prior in pignor. hab.* aded ut audiendus sit posterior creditor, si ante factam oblationem urgeat distractionem pignoris, quamvis ea lege adiecta, ut non ante cogatur anterior dimittere ius sui pignoris, quâ fuerit ei plenissimè satisfactum *l. diuersis 6. eod.* Id enim locum habet in pignore tantum iudiciali *l. à Diuino Pio 15. §. quid si res sit pignoratitiam. de re iudic.* non etiam in conuentionali. Eoque iure vitmur, nisi cum vidua mulier paupercula pro dote agit hypothecaria contra creditorem anteriorem, nec habet quod ei offerat, ut scripsi in Codice Fabiano *tit. qui prior in pignor. hab.* Alioqui delenda essent leges omnes, quæ in libris nostris de iure offerendi loquuntur. Quotus enim quisque est creditor, cui non esset commodius & expeditius vtriusque venditionem pignoris, quam pecuniam debitam offerre? Inde nimirum est, quod quires suas iam aliis obligatas alij rursus obligant, prædicere solent, & debent, nulli alij rem esse obligatam præterquam Titio & Sempronio, expressa etiam quantitate, pro qua sit obligata ut effugiat periculum quod solent illi incurere, quires suas sepius obligant pluribus, *l. & quanondum 15. §. qui res suas infr. de pignor.* Cur verò periculum, ac non potius crimen ipsum stellionatus, quod hoc casu ipso facto incurritur? nempe quia potest fieri, ut vel nullum crimen contrahatur, puta si ea res quæ pluribus obligata fuit diuersis temporibus (pluribus enim simul & pariter obligari nihil prohibet *d. l. aliena 20. §. si pluribus supr.*) tam ampla sit, & ad eam modicum æris obligata, ut dicendum sit, cessare non modò stellionatus crimē, sed etiam pignoratitiam contrariam & de dolo malo actionem quasi in nullo capus sit, qui pignus secundo loco accepit, quemamodum Vlpianus hinc scribit, vel si quod contractum sit purgetur & excusetur, debitore ante institutam criminis persecutionem vtrique creditori plenissimè satisfaciente, ut in *l. i. C. de crimin. stellion.* Nec enim creditori quâuis deceptus ab initio fuisset, dàda esset actio siue ordinaria siue extraordinaria, postquam nihil eius interesse cepisset. Ex quo inferre soleo, si quado creditor cui bona debitoris omnia obligata sunt, patiatu se præsentem eadem bona omnia creditori alij obligari pro ea quantitate cui exsoluenda post dimissum priorem creditorem non possint sufficere, licet non subscribat ille in tabulis pignoratitiis. Hoc ipso tamen videri ius sui pignoris, aut saltem prioritatis ordinem remissile, ut in *l. creditor 12. §. si tecum qui prior in pign. hab.* quia non modò sua dissimulatione decipit secundum creditorem, ut in *l. si sine 5. C. ad SC. Velleian. l. mulier 11. C. de distract. pignor.* sed etiam admittit actionem stellionatus, quam habiturus fuerat, si debitoris præsentia in secunda pignoris datione non interuenisset. Cur verò admittit? Quia non habet secundus creditor, quod conqueratur de debitore, qui licet pluribus easdem res obligauerit minus idoneas, ad vtrumque debitum exsoluendum, obligauit tamen posteriori præsentem & patiente creditore prior, atque ita credidit futurum, ut neutri facta iniuria videri posset: neque prior, qui imputare sibi debet, cur in posteriore contractu præsentiam suam accommodauerit, cum protestari pos-

set, & deberet non nisi salua pignoris sui causa se cōsentire, in *l. 4. §. i. quib. mod. pign. vel hypoth. soluit.* neque posteriori qui pignus accipiendo præsentem prioris ordinem prioritatis sibi acquisiuerit, atque ita deceptus non sit. Nec distingo, an prior creditor in posteriore contractu subscripserit, aut quasi testis adfuerit. Etsi enim longè certius est, ius posterioris creditoris eo casu quo vel prior subscripserit ut in *l. si cur 8. §. non videtur eod. tit.* vel eius præsentia fuit adhibita non tanquam testis, sed tanquam eius ad quem spectabat negotium. Idem tamen iuris est, etiam si neutrum horum interuenierit, ob rationem quâ attulit ex hoc §. de sumptam, atque ita consului aliquando & obtinui. Iunge quæ dicemus ad *l. Caius 39. infr.* Cur verò in pœnam legis Cornelie de falsis incidit is qui eandem rem duobus separatim vendit, non etiam qui eandem rem minus idoneam separatim pluribus obligat? Respondet Bartolus nec malè, esse hoc iuris constitutum non tamen aliquo capite legis Cornelie, sed à Diuo Hadriano, ut scriptum est in *l. qui duobus*, siue ob frequentiam contractus emptionis id induxerit, ut idem Bartolus putat *arg. l. 2. in princip. pro emptor.* siue potius quod in venditione quæ solo consensu perficitur facilius sit falsum hoc committere, quam in cæteris contractibus, qui non nisi traditione perficiuntur. Vix enim est, ut res eadem duobus separatim tradatur, quanquam nec in constituenda pignoris obligatione traditio necessaria est *l. i. supr.*

b Et de dolo actionem. RAT. DVV. Actio de dolo non nisi subsidiaria est, nec datur nisi qualibet alia deficiente, ita ut si qua etiam extra ordinem cōpetat, vel per restitutionem in integrum dari possit, cesset de dolo actio. *l. i. §. idem Pomponius & pass. supr. de dolo actio.* At qui in proposito specie cum debitor eandem rem pluribus obligauit vtrique debitore exsoluendo imparē, competit aduersus debitorem non solum contraria actio pignoratitia, sed etiam extraordinaria stellionatus persecutio, ut proxime dixim⁹. Ergo nō est quod de actione de dolo quicquā hoc casu tractemus. Sed neq; stellionatus actio videbatur cōpetere, cū quod in priuatis iudiciis est de dolo actio, id in criminib. stellionatus persecutio *d. l. 3. §. i. de crim. stellion.* DE C. Potest pignus nō tantū à debitore dari creditori, sed etiam ab alio quolibet pro debitore *l. qui autem 14. §. i. supr. de constit. pecun. l. 5. §. ult. infr. de pign.* At qui cum pignus ab alio quam à debitore datū est, non potest competere actio pignoratitia creditori aduersus eum qui debitor non est, quamuis ille rem alij obligatam sciens prudensque rursus alij obligauerit. Ergo saltem hoc casu potest locum habere actio de dolo aduersus eum qui debitorem non est, quod hoc quoque casu actio stellionatus cōpetat. Est enim illa actio & persecutio criminalis quâ nihil vetat cum actione de dolo concurrere, & similiter cū actione stellionatus actione de dolo. nō enim sūt sibi inuicē subsidiariae, sed actio de dolo subsidiaria ciuilibus actionibus: stellionatus autem persecutio criminalibus, id est, si aliud crimen nullum sit, quod obijciatur. Nec enim crimē obijcit, qui dūtaxat obijcit dolum, non quia possit vllum crimen esse sine dolo, sed quia non vicissim dolus omnis crimen est. Itaque illo etiam casu quo is qui pignus dedit conueniri potest contraria pignoratitia actio, non eo minus stellionatus persecutio locum

locum habebit, quia ad excludendam stellionatus persecutionem non illud inspiciamus, an aliqua actio alia competat, quæ sit ciuilis, aut prætoria, sed an aliud crimen sit quod possit obijci.

37. PAVLVVS libro quinto ad Plautium.

SI pignus mihi traditum locassem domino, per locationem retineo possessionem: quia, antequam conduceret debitor, non fuerit eius possessio: cum & animus mihi retinendi sit, & conducenti non sit animus possessionem adipiscendi.

Ad l. Si pignus 37.

RAT. DVV. & DECID. ad hanc legem eadem est quæ ad *l. cum & sortis 35. supr.* Videbatur enim non valere conductio, quam debitor rei propriae fecisset à creditore ex regula *l. neque pignus 45. de regul. iur. l. qui rem propriam 20. Cod. de locat.* Sed conductio hæc possessionis tantum est non proprietatis, ideoque valet dummodo is qui non possidebat, quamuis dominus eam possessionem conducatur à possessore *l. si aliquam rem 28. l. qui pignoris 36. & seq. infr. de acquir. poss. l. certè 6. §. vltim. & l. seq. infr. de precar.* Creditor autem pignoratitius vtrique verè possidet pignus, quod ad omnes causas præterquam quod ad vscapionem *l. serui nomine 16. de vscap. l. per seruum 37. in princip. de acquir. rer. domin.* Ergo nihil vetat, quominus possit debitor possessionem conducere à creditore, perinde ac potest creditor à debitore proprietatem emere, quia debitoris est *l. rescriptum 12. in princip. infr. de distract. pignor.* Nec enim verendum est, ut debitore eodemque domino conducente rem suam à creditore pigno-

ratitio, fiant duo eiusdem rei in solidum possessores contra *l. 3. §. ex contrario infr. de acquir. poss. l. duo in solidum 19. de precar.* Cum is qui conduxit, non possideat, sed in possessione tantum sit locatoris nomine *l. si quis ante 10. l. quod meo 18. de acquir. poss. dict. l. si quis ante 10. l. quod meo 18. de acquir. poss. dict. l. qui pignoris & seq. eod. l. non solum 33. §. quod vulgo de vscap. l. malè agitur 2. Cod. de prescr. 30. vel 40. annor.* nisi quod conductor naturaliter possidet, id est de facto rem tenet, & eam possessionem, quæ tota facti est, non illam quæ non tantum facti, sed etiam iuris est *l. communi 7. §. neque colonis supr. commun. diuid. l. possessio 49. in princip. & §. i. de acquir. poss. l. certè 6. §. is qui rogauit infr. de precar.* Idque est quod in hac lege addit Paulus, *Quia antequam conduceret debitor, non fuerit eius possessio, sed creditoris nunc* (malo enim sic legare quam cum) id est, facta iam conductione & animus retinendi sit mihi creditori, & conducenti non sit animus possessionem adipiscendi. Quamquam nec aliud esset si conductor interuertere possessionem locatoris vellet, ut bene notat Accurs. *ex d. l. 2. & l. cum notissimi 8. §. fm. C. de prescr. 30. annor.*

38. MODESTINVS libro 1. Differentiarum.

PVpillo capienti pignus, propter metum pignoratitiæ actionis, necessaria est tutoris auctoritas.

Ad l. Pupillo 38.

RAT. DVV. Etsi ius ita comparatum est, ut pupillus sine tutoris sui auctoritate obligari non possit, quia iudicio caret, nec satis quid agatur intelligit *l. more nostra ciuitatis 8. & l. seq. infr. de acquir. hered.* obligare tamen sibi alium quemlibet etiam sine tutoris auctoritate potest acquirendo & stipulando *l. obligari 9. infr. de auctor. tutor.* Ne alioqui quod pupillorum fauore comparatum est, in eorum odium & perniciem retorqueretur *l. penult. Cod. ad Senat. consultum Trebell. l. non eo minus 14. Cod. de procurat. l. nulla 25. supr. de legib. l. quod fauore 6. Cod. eod.* Atqui pupillus ut & alius quilibet accipiendo pignus, acquirit sibi, vinculum scilicet pignoris in re obligata, & quod plus cautionis habiturus est in re, quam in persona *l. plus cautionis 25. de regul. iur.* non quasi patrimonium suum augeat, fiatque locupletior hoc respectu is qui pignus accipit, sed quia minus dubitandum & laborandum habet, quod postea fieri debitor possit, non soluendo. Denique si non patrimonij hæc accessio & locupletatio, saltem conseruatio est, ne patrimonium ex debitoris inopia superueniente miniatur, quomodo alioquin ex euentu minui facile posset *l. diuortio 35. in principij sine supr. de negot. gest. l. 3. §. vltim. & l. seq. infr. ut*

Tom. III.

in possess. legat. §. vltim. Infit. de replicat. Atqui cum vniuersum ius nostrum aut in acquirendo, aut in conseruando, aut denique in diminuendo patrimonio consistat, *l. vltim. supr. de legib.* An non absurdum esset, prohiberi pupillum sine tutoris auctoritate patrimonium suum conseruare, cui liberum est sine tutore etiam acquirendo augere? Est enim conseruatio eorum quæ habemus perpetua quadam acquisitio, ut solent Theologi dicere conseruationem; quæ à Deo fit rerum omnium creaturarum esse continuam & perpetuam quandam creationem. Ergo pupillo capienti pignus non est necessaria tutoris auctoritas ad constituendum in re debitoris vinculum pignoris ad pupilli vtilitatem. Præsertim cum nemo sola pignoris acceptione se obliget. Non enim tum nascitur actio pignoratitia directa, cum datur pignus & accipitur, sed tum demum cum creditori soluta fuit omnis pecunia, quæ sub pignore debebatur, aut aliter eo nomine fuit satisfactum *l. si rem 9. §. omnis pecunia supr. vbi diximus.*

DE C. Creditor qui pignus accepit, re tenetur, quia & ipse de ea ipsa re quam accepit restituenda obligatur *l. i. §. creditor quoque infr. de oblig. & action.* Et quamuis non prius nascatur actio pignoratitia debitori, quam solutum sit creditori aut aliter eo nomine satisfactum *d. §. omnis pecunia & §. vltim.*

eiusdem legis. Eo tamen instant, quo pignus datur, incipit obligari creditor de pignore, soluta quandoque pecunia, restituendo. At qui pupillus obligari sine tutoris autoritate ex omni contractu non potest *d.l. obligari*, hoc est ex nullo contractu potest. Ergo neque pignus accipere absque autoritate tutoris. Et ideo bene sic loquitur Modestinus, ut pro ratione addat *propter metum pignoratitia actionis.* Non ait propter metum pignoratitia obligationis, quæ scilicetiam ex ipso contractu nata est, & ab instanti accepti pignoris, sed propter metum pignoratitia actionis, nondum quidem competentis, sed aliquando tamen & omnimodo competitura. Metus enim futurorum est, non presentium. Dices fortasse cum Accursio, periculum hoc non tam imminere pupillo, qui pignus accepit, quam debitori qui sine tutoris autoritate contraxit, cum creditore pupillo, quippe contra quem nullam actionem habere possit, nisi in quantum factus sit pupillus locupletior. Idque post rescriptum Diui Pij de quo tam sæpe alibi scripsimus ex *l. vltim. C. pro emptor. & Insti.*

39. IDEM libro 4. Responsorum.

CAius Seius ob pecuniam mutuam fundum suum Lucio Titio pignori dedit. postea pactum inter eos factum est, ut creditor pignus suum in compensationem pecuniæ suæ certo tempore possideret. verum ante expletum tempus creditor, cum suprema sua ordinaret, testamento cauit, ut alter ex filiis suis haberet eum fundum: & addidit, *Quem de Lucio Titio emi, cum non emisset.* hoc testamentum inter cæteros signavit & Caius Seius, qui fuit debitor. **Q**uæro, an ex hoc, quod signavit, præiudicium aliquod sibi fecerit: cum nullum instrumentum venditionis proferatur, sed solum pactum, ut creditor certi temporis fructus caperet? Herennius Modestinus respondit, contractui pignoris non obesse, quod debitor testamentum creditoris, in quo se emisse pignus expressit, signasse proponitur.

Ad l. Caius Seius 39.

RAT. D.V.B. Subscribens instrumento censetur adprobare omnia quæ instrumento illo continentur, perinde ac si totum instrumentum sua manu perscripsisset *l. si non subscripsisti 15. C. ad admin. tutor. l. sicut 8. §. non videtur, vers. sed si subscribat in fr. quib. mod. pign. vel hypoth. soluit. l. fideiussor 26. §. pater de pignor.* Nam & citra subscriptionem sola presentia eius qui hoc ipso tacite consentit, actui facit, ut perinde haberi debeat, ac si contraxisset, quoties negotium quod gerebatur ad eum pertinebat *l. quidam ex parte 12. in fr. de euict.* Hoc verò maximè obtinet, cum de iure & vinculo pignoris agitur, quod sicuti facile ac nuda conuentione contrahitur *l. 1. in fr. supra.* ita & facile nudaque creditoris voluntate dissolvitur *l. 4. §. 1. l. si eonsensit 7. l. Paulus respondit 12. l. voluntate 10. iunct. l. preced. in princip. & §. 1. in fr. quib. mod. pign. vel hypoth. soluit.* Et quamuis voluntas remittendi pignoris non ex eo solo induci possit, quod creditor sciuerit, pignus sibi datum alij vendi, aut dari pignori, quia sciuit etiam ius suum sibi durare *d. l. sicut §. non videtur eod. inducitur tamen ex presentia sola & taciturnitate creditoris, ne alioqui sua dissimulatione & patientia credulitatem posterioris creditoris decipere voluisse videatur l. si sine §. C. ad SC. Velleian. l. mulier 11. C. de distract. pignor. nisi ipse potius deceptus sit, ut in l. 2. C. de reb. alien. non alienand. l. vlt. C. plus valer. quod agit. quam quod simul concip.* Propter quam causam

titul. de auctor. tutor. in princip. Sed obiectio hæc ad casum illum pertinet, quo pupillus rem obligatam, aut amisisset, aut deteriorem fecisset, fieri passus esset, quo casu non teneretur ex contractu inito sine tutoris autoritate supra quam locupletior factus esset, ex pignore. Sed quando manet pignus integrum penes pupillum, non potest videri pupillus factus locupletior, ut neque pauperior. Et tamen nemo negauerit æquum esse, ut obligetur ad restitutionem pignoris, cuius retinendi causam nullam habeat post solutam omnem pecuniam quæ debebatur. Igitur tutoris autoritas necessaria est, sine qua non patiantur iuris civilis regulæ ut pupillus civiliter obligetur *l. contra 28. in fr. de pact.* Tantoque magis si voluit debitor pignoratitiam actionem integram habere contra pupillum, qualem haberet aduersus maiorem de omni damno quod in pignore culpa & negligentia nimia creditoris contigisset. Alioqui claudicaret contractus, nec nisi ex vno latere consisteret *l. Iulianus 13. §. si quis à pupillo in fr. de action. empt.*

etiam doli exceptio in similibus casibus accommodari solet, ut in *l. apud Celsum 4. §. quæstrum est 12. in fr. de doli mal. except.* Sed multo magis si anterioris creditoris subscriptio interueniat, quæ consensum semper continet *d. §. non videtur, vers. sed si subscripsit l. Titius 9. §. 1. quib. mod. pign. vel hypoth. soluit. d. l. fideiussor 26. §. pater de pignor.* DEC. Nemini officium suum debet, esse damnosum siue publicum sit, siue priuatum *l. videlicet 29. in fr. ex quib. caus. maior. l. 3. §. vlt. in fr. de testib. l. si seruus 61. §. quod verò in fr. de furt. l. sed si quis ex signatoribus 7. Testam. quem adm. aper.* Atqui in proposita specie ponimus Caium Seium debitorem, Lucij Titij tanquam testem signasse testamentum sui creditoris, quo continebatur fundum à Caio Seio pignori, datum Lucio Titio fuisse illi venditum à Caio Seio debitore, cum tamen reuera nulli venditionis instrumentum proferretur, sed pactum duntaxat inter eos factum, ut Lucius Titius creditor pignus suum in compensationem pecuniæ suæ fundum certo tempore possideret, & fructus pro debito compensando acciperet: quod etsi in conuentionem deductum non esset, ipso tamen iure fieri debuisset, ut Accursius noster bene notat ex *l. 1. & 2. C. hoc rit. l. 1. C. de distract. pignor.* Ergo non debet obesse debitori, quod testamentum Lucij Titij creditoris sui signauerit, quasi ea ratione omnia in testamento creditoris sui contenta adprobauerit, & exinde fundum suum non tam pignori dedisse quam vendidisse dicendus

dicendus sit. Etsi enim creditor cum suprema sua ordinaret ante expletum tempus, quo fructus ex pignore percipiendi compensando debitor possent sufficere, testamento suo cauerat, ut alter ex filiis suis eum fundum haberet, hoc etiam addito *quem de Caio Seio emi* (sic enim omnino legendum est, non ut vulgo de Lucio Titio quod & Accursius fateri cogitur) non tamen poterat ea testatoris enunciatio facere venditionem, quæ nulla præcellerat, nec ut eo magis valeret voluntas testatoris disponentis de re aliena, quam non alienam, sed suam esse putaret, nec in præiudicium Caij Seij debitoris eiusdemque domini, pignoratium fundum soluto per fructuum compensationem debito repetentis. Atque ita legem hanc omnes ferè interpretes post Bartolum interpretantur, ut qui se testamento subscribit tanquam testis, non ideo videatur adprobare omnia quæ in testamento apponuntur. Ex quo inferit generaliter Bartolus neque presentiam, neque subscriptionem præiudicare, nec solum quod ad magnum præiudicium, sed neque ita ut transferat in presentem & patientem onus probandi, nulla scilicet ex huiusmodi presentia & patientia insurgente presumptione, ne quidem ex qua iusturandum deferri possit: cui simile & consentaneum esse videtur, quod respondit Modestinus in *l. Titia cum testamento 34. §. Lucia Titia de legat. 2.* Si cum Stichio seruo Titij domus per fideicommissum relicta esset, fratribus postea iisdemque heredibus ad maternorum bonorum diuisionem accedentibus, diuisioni dominus adfuerit quasi testis, qui subinde fideicommissum petat, non esse illum doli mali exceptione summouendum, nisi euidenter apparuerit eum omittendi fideicommissi causa diuisioni adfuisse. Nec tamen in hac distinctione conuiescit Bartolus, ut neque Accursius, ut hanc legem conciliet cum *dict. l. fideiussor 26. §. pater in fr. de pignor.* quæ ex diametro pugnare videtur, sed commodioris & melioris conciliationis gratia, prætermissis aliis solutionibus quas adfert Accursius, an qui adfuit testamento sciuerit contenta in eo, ut in *l. Titius 9. §. 1. quib. mod. pign. vel hypoth. soluit.* an ignorauerit, ut in *l. hac consultissima 21. §. 1. Cod. de testam.* Autan de pignore tractemus, quod solo consensu & contrahitur, & dissolvitur *l. 1. in fr. supra.* an de venditione quæ sine precio contrahi non potest *l. 2. §. 1. in fr. de contr. empt.* Item an ius suum durare sciuerit necne ex *dict. l. sicut 8. §. non videtur quib. mod. pign. vel hypoth. soluit.* Denique an de actu morientis agatur, ut in hac lege, an de actu viuientis, ut in *dict. §. pater. ex l. vltim. in fin. in fr. commun. præd.* Tandem perstat Bartolus in vltima solutione, & interpretatione Accursij, qui & alios stare adfirmat, an quis presens fuerit illi actui, quem contradicendo potuit impedire, an verò illi quem nec si voluisset, impedire tamen potuisset, ut priore casu presentia & patientia sola etiam sine subscriptione pro consensu habeatur, non etiam posteriore, ex hac lege, & *l. sepe 63. §. 1. in fr. de re iudic.* Itaque, inquit Accursius, si adfuerim venditioni aut legato rei meæ, quia & vendi & legari res mea inuito me potuit, nec presentia mea, nec subscriptio mihi nocet: si verò res mihi iam obligata pignori datur alij, & ego pignoris dationi subscriperim, aut etiam duntaxat adfuerim, nocet mihi, quia po-

teram prohibere, aut saltem salua pignoris mei causa consentire, ut in *l. 4. §. 1. in fr. quib. mod. pign. vel hypoth. soluit.* Aliter tamen & diffusius totam hanc questionem idem Bartolus tractat in *l. que dotis 33. in fr. solut. matrim. à num. 20. vsque ad fin.* Quid in tacente siue per contumaciam siue non per contumaciam, & quid in subscribente, quid denique in sigillante. Summa distinctionis hæc est, si talis casus sit in quo nec scientia sequitur, nec ignorantia, taciturnitatem neutri applicari ex *l. 1. §. scientiam in fr. de tribut. action.* Si verò necesse sit, applicari eam alterutri extremorum, tacentem per contumaciam presūmunt consentire vel negare in odium sui *l. de atate 11. §. qui tacuit in fr. de interrog. in iur. fac.* Tacentem & presentem in actu qui sit vniformis videri consentire, quoties actus eius fauorem respicit, adeoque etiam respiciat eius præiudicium circa personalem actionem ex *l. si remunerandi 6. §. si passus. & l. qui patitur 18. in fr. mandat.* Itemque si circa ius reale quod habeat in re tertij, quale est ius pignoris, nisi cum sciuit ius suum durare ex notatis ab eodem Bartolo in *l. vlt. Cod. de remiss. pignor.* Quod si agatur de iure mei dominij vel vsusfructus, tunc adhibendam distinctionem Accursij, an contradicendo potuerim impedire, ut si non potuerim, non inducatur consensus ex hac lege, & *dict. l. Titia 37. §. Lucia Titia de legat. 2. dict. l. sepe 63. §. 1. de re iudic.* nisi ratione coniunctionis, ut in *l. seruus 38. de donat. int. vir. & vxor.* quæ modò non habeat coniunctam nimiam reuerentiam, per quam induci potius debeat dissentus ex *l. 1. §. que operante in fr. quar. rer. execut. non det. l. penult. de furt.* Si verò impedire potuerim, & tacuerim, tunc presūmar consentire, ex *dict. l. fideiussor 26. §. pater de pignor. & dict. l. sepe 63. §. 1. de re iudic.* Si modò taceat dolo malo non etiam si sine dolo ex *l. 2. Cod. si alien. res pignor. dat. sit. dict. l. si sine §. Cod. ad SC. Velleian.* Si verò agatur de iure personali, tunc tacens non videatur consentire *l. filiusfamilias 8. §. inuitus in fr. de procurat.* Nisi fauore pupillorum ex *l. si filiusfamilias 7. in fr. de tutel. l. 2. ad municip.* Quod si actus respiciat negotium tertij, cuius bona tacentem respiciant cura & sollicitudine, tunc tacens non presūmatur consentire ex *l. 3. in fr. de auctor. tutor.* In actu autem difformi, puta si intras in possessionem meam, inquit Bartolus, vel rem meam accipis presente me & tacente, siquidem contractus aliquis præcesserit, ex cuius natura tenebar illud pati, videar consentire ex *l. 2. C. de acquir. poss.* Si verò talis contractus non præcedat, non videar consentire si agatur de magno præiudicio *d. l. pen. de furt.* secus si de modico ex *l. quam Tuberonis 7. §. sunt quidam in fr. de pecul. l. Sabinus 28. in fr. commun. diuid. l. Labco 19. de aqua & aqua pluui. arcend. l. qui bona fide 13. §. si quis in xtra de damn. in fr. de test.* Hæc, inquit Bartolus, si negotij gestu tempore scientia adfuerit. Nam si ex postfacto superuenerit, alia quæstio & alius tractatus est, in quo difficilius est, ut tacens pro consentiente habeatur. Quomodo enim taciturnitas illa possit vim habere taciti consensus aut ratihabitionis, cum nec voluntate expressa possit, quis ratum habere negotium quod non ipsius nomine gestum est *l. si pupilli 6. §. sed si ego in fr. de negot. gest.* Quod verò ad subscribentem pertinet, distinguit duntaxat Bartolus, an quis subscribat tanquam testis, an non, ut priore casu sibi non præiudicet, posteriore verò præiudicet: atque ita supradictos iuris locos qui de subscribente loquuntur, ne inuicem pugnent,

conciat. De subfignante autem ait videri eum consentire, nisi deceptus sit, vt in l. 2. C. de reb. alien. non alienand. l. vltim. Cod. plus valer. quod agit. Nolo ego singulas istarum distinctionum partes sigillatim persequi, non solum ne sim longior, sed etiam quia maiore ex parte ad huius legis explicationem nil pertinent. Hoc tantum dicam, magis mihi placere, presentem & tacentem toties sibi nocere, quoties alioquin eueniret, vt alteruter contrahentium deciperetur, qui presentiam & taciturnitatem illam pro consensu tacito accepisset. Extra hunc casum, sibi non nocere, neque necessariam aut admittendam esse distinctionem, an quasi testis adfuerit, an non adeoque nec an subscripserit, necne. Nam & is qui quasi testis interuenit, etiam si non subscribat, decipiendi tamen animum habere potest, & quamuis non habeat, re ipsa tamen decipit hoc ipso quod interuenit actui, quem contradicendo aut impediendo prorsus, aut saltem remorari potuisset. Quod cum dico non tam ius quam factum respicio. Et si enim alienam rem vendere quis potest inuito quoque domino, vel suam inuito fructuario, quis tamen tam stultus est, qui alienam rem vellet emere, sciens alienam? Quis item plenam proprietatem eius rei, cuius vsum fructum sciat ad alium pertinere? Quis denique pignori eam rem accipere quam sciat non esse obligantis? His igitur casibus siue dominus ad sit venditioni rei suae ab alio factae, siue usufructuarius venditioni plenae proprietatis, siue proprietarius pignori & obligationi rei suae, etiam si non nisi tanquam testes adfuerint, neque subscripserint, dico haec tamen sibi eos nocere, vt neque dominus vindicare rem suam possit, ab emptore qui ipso presente emerit, neque fructuarius vindicare vsum fructum ab emptore plenae proprietatis, quin tamen hic quam ille doli mali exceptio e repellatur, itemque dominus qui praesens & tacens rem suam ab alio pignerari passus est. An non enim omnibus his casibus decipitur, emptor quidem duobus prioribus, posteriore autem creditor, per dissimulationem eius qui si de iure suo emptorem aut creditorem certiorasset, circumueniendi eius materiam & facultatem venditori aut debitori siue scienti siue ignoranti praeripuisset? Textus est in hanc rem elegans & apertus in l. quidam 12. inf. de cuius. vbi licet coheredes venditoris, precij partem ex fundi hereditarij venditione accepisse proponerentur, Scaeuola tamen cum respondet videri vnumquemque coheredum partem suam vendidisse, non ex eo mouetur, quod precium acceperint, vt male ad eum locum notat Accursius, sed quia venditioni praesentes adfuerant, neque dissenserant, quamuis nec subscriptione sua vel signo vel alia scriptura vlla venditionem comprobassent. Ait enim lex si coheredes praesentes adfuerunt, nec dissenserunt. Quid vero si etiam quasi testes adfuerint? Quid si praerata subscripserint, aut signassent? An non idem multo magis Scaeuola respondisset? Loquor enim de eo teste qui ius suum sciuerit, non de eo qui ignorauerit, quam certum est propter suam ignorantiam nec decipiendi, nec dissimulandi animum habere potuisse, quemadmodum nec errantem quemquam rei suae dominium amittere l. si procurator 35. inf. de acquir. rer. domin. Neque tamen dico his casibus dominum qui venditioni rei suae adfuit, aut fructuarius qui venditioni plenae proprietatis, hoc ipso videri dominium rei suae am-

mississe. Scio enim sola voluntate siue acquirendi siue amittendi dominij, neque acquiri neque amitti posse dominium absque traditione l. traditio 20. l. nunquam nuda 31. de acquir. rer. domin. l. si quis vi 17. §. differentia inf. de acquir. poss. Sed hoc contendo, videri his casibus dolo malo facere eum, qui cum se dominum sciat, patitur tamen rem suam vendi a non domino, a quo nunquam empturus alius fuerat, si eum non dominum esse credidisset, aut etiam suspicatus fuisset. Item eum qui cum se fructuarius sciret, praesens tamen & tacens passus est, vendi plenam proprietatem a nudo proprietario, quem plenae proprietatis ius habuisse emptor credidit: ideoque accommodandam emptori exceptionem doli mali, vt in dict. l. apud Celsum 4. §. quatuor de doli mal. except. dict. l. si sine 5. Cod. ad sc. Velleian. dict. l. mulier 11. Cod. de distr. act. pignor. Quid enim est obsecro, quod his casibus imputare possis misero emptori quem domini patientia & dissimulatio decipit? An id fortasse quod non crediderit adeo destitit & supinum fore dominum, vt rem suam praesens & tacens a non domino vendi prudens sciensque pateretur? An non vero longe stultior dominus ille est, quam is tutor vel curator, de quo Iustinianus in l. vltim. Cod. arbit. tutel. qui res suas in publico inuentario bonorum pupilli vel adulti tanquam non suas, sed ad pupillum vel adultum pertinentes inscribi patitur? Quod si etiam tutoribus vel curatoribus hoc imputatur, quibus tamen non magis quam testibus officium suum damnosum esse debet, tanquam quod & publicum & necessarium sit, ideoque maiore fauore prosequendum ex l. cum quaedam 26. Cod. de admin. tutor. quanto magis in teste idem recipiendum est, cuius officium non modo priuatum est, sed etiam voluntarium? Quis enim cogi potest, vt in alieni negotij testem inuitus adhibeatur? Aut si quis in hoc amici officium implere velit, quid eum vetat protestari, vt saluum sibi sit ius suum, vt in dict. l. 4. §. 1. quib. mod. pign. vel hypoth. soluit. Quod si rursus in specie dict. l. vltim. Cod. arbit. tutel. non potest dominij questionem referre tutor vel curator, qui res suas in publico inuentario pupilli vel adulti sui describi passus est, ita vt per consequentias etiam dominium rei suae amittat, quanto magis admittendum est, vt quisquis rem suam sciens eam a non domino vendi praesens, & tacens passus est, licet rei suae dominium retineat, si tamen eam vindicare ab emptore velit, aut vsum fructum petere, si fructuarius tantum fuit, attamen doli mali saltem exceptione repellatur? Mouet me vero in hanc sententiam, praeter supradictos textus, illud maxime, quod ab Vlpiano scriptum video in dict. l. si quis in pignore 36. §. 1. sup. deceptum videri secundum creditorem, id est, qui secundo loco pignus accepit, si debitor ei obligans rem iam alij obligatam non eum ipse certiorauerit de praecedenti pignore: quod vtiq; dici non potest, cum res gesta est praesente ac tacente priore creditore. Ipsi enim incumbat non debitori, vt posteriorem certioraret, ne illum decepsisset videretur, vt ad eum locum scripsimus. Nec obstat vnicum illud argumentum quod afferre nostri solent ex dict. l. si cur 8. §. non videtur quib. mod. pign. vel hypoth. soluit. non videri ius suum remississe, ne quidem pignoris eum, qui sciuit alienationem rei obligatae nec contradixit aut de iure suo vt sibi saluum esset protestatus est, quia nimirum sciuit vtiq; ius suum durare. Id enim de eo quidem

quidem verè dicitur, qui rem sibi obligatam aut suam vendi sciuit tantum, at non etiam de illo, qui non solum sciuit, sed etiam & praesens fuit & tacuit. Alio qui nec aliud dicendum erit in eo, qui subscripserit tabulis emptionis, si perinde liceat ei dicere ideo se subscripsisse, quod ius suum durare intelligeret. Quod tamen supradicto loco Marcianus dicit negat in dict. §. non videtur, versic. sed si subscripserit. vbi nec distinguit, an quasi testis, an simpliciter subscripserit. Et quamuis de subscribente loquatur, non aliud tamen ipsum sensisse puto in eo qui quasi testis adfuerit venditioni pignoris, tamen si nec subscripserit. Nam & hunc verum est consensisse venditioni quam sciuit, & cui tacens interfuit, eaque taciturnitate deceptum emptorem pignoris, qui non aliter fuerat empturus in vinculum aliud quod pignoris subesse, & post venditionem quoque creditoris ius nihilominus durare putauisset dict. l. quidam 12. de cuius. dict. l. seruis 38. de donat. int. vir. & vxor. Neque verò potest subscriptio quicquam adde ad testis praesentiam & patientiam ac taciturnitatem, nisi quod vtiq; per se probat, quae alioquin per testes probanda esset, quamuis interdum subscriptio etiam pro iussu & mandato sit, vt in l. 1. §. sed et si serui inf. quod iuss. Minus memouet, quod in hac lege Modestinus scribit, ne quidem eum qui inter ceteros signauerit testamentum, quo continebatur emptum a testatore fundum, qui non fuerat venditurus, sibi praedicasse, quominus eum fundum possit adhuc suum dicere. Nam praeter id quod non de eo loquitur, qui tanquam testis signauerit, imò potius de eo qui non tanquam testis, sed inter ceteros, vt lex ait, est, nec vocatus nec rogatus, sed praesens tamen supra solemnem numerum testium, vt in l. heredes palam 21. §. 1. inf. qui testam. facer. poss. Apparet in specie huius legis cessare rationem illam praesumpti doli qua potissimum mouemur. Quomodo enim decipiendi animum habere potest is, qui testamentum signat, in quo nesciat quid contineatur, vt & in l. Titius 8. inf. de testam. vendit. Tractat siquidem de testamento solemni in scriptis condito, quod scribi a testibus ad signari necesse erat, ne imperfectum esset l. hoc consultijsima 21. §. si non autem Cod. de testam. cuius nimirum tam frequens olim vsus erat, quam infrequens nuncupatiui extra militum personas, vt alibi scripsimus. Testamentorum autem solemnium tenor ignorabatur a testibus cum nec aperirentur, nec legerentur nisi mortuo demum testatore vt Testam. quemadmodum aper. Tacco quod in hac lege non de pignoris iure agitur, quod facile ac nuda voluntate extinguitur, sed de amittendo rei dominio quod vtiq; difficilius amittitur, vt diximus. Quamquam nec pignoris ius extingui potest per subscriptionem, aut subignationem errantis hominis aut ignorantis, cum neque sufficiat eum sciuisse, nisi in ipso actu, & praesens fuerit, & tacens d. §. non videtur. Magis obstat videtur, quod scriptum est in dict. l. Titia cum testamento 34. §. Lucia Titia de legat. 2. vbi cum seruo Sempronij in codicillis ab intestato factis relicta domus per fideicommissum proponeretur, & filij defunctae, iidemque heredes bona matris diuisissent, inter quae etiam domum fideicommissariam praesente Sempronio quasi teste, & quaereretur, an dominus acquiratam sibi per seruum fideicommissi persecutionem amississet, ob id quod interfuisset diuisioni. Respondet Modestinus neque fideicommissum ipso iure amissum esse, quod

ne repudiari quidem poterat, neque doli exceptione summoueri dominum oportere, nisi euidenter appareret omittendi fideicommissi causa eum hoc fecisse. Nec enim dici potest in illa specie idem euenisse, quod in casu huius legis, vt testis adhibitus aut ius suum ignoraret, aut quid inter alios gereretur. Diuisioni enim adfuerat factae eo tempore, quo non solum aperti iam erant codicilli, sed etiam dominus fideicommissum seruo suo relictum agnouerat, eiusque persecutionem sibi per eam agnitionem acquisierat: alioqui legatum aut fideicommissum seruo relictum repudiare dominus possit, quod delatum sibi, non etiam acquiratum adhuc fuisset, vt Paulus scribit in l. legatum 7. de legat. 1. Placet enim quod Iacobus Cuiacius post Accursium docet libr. 3. obseruat. cap. 12. vt Paulum cum Modestino conciliet, loqui Paulum de legato tantum delato, Modestinum verò de acquirito. Nam quemadmodum praematura repudiatio est ante delationem l. si ita sit scriptum 45. §. 1. de legat. 2. Ita nimis leua est post acquisitionem l. 1. §. decretalis inf. de success. edict. Sed respondendum est in d. §. Lucia Titia. non modo tractari de amittendo rei propriae dominio, quod, vt dixi, difficultus amittitur, sed etiam de eo teste qui tamen nullies tanquam testis subscripsisset, aut signasset, non tamen videri possit eos quorum negotio & diuisioni adfuerat decessisse, cum ignorare non possent relictum in codicillis iam apertis fideicommissum. Itaque certiorari non debuerunt cum iam certi essent l. 1. in fin. de adion. empt. nec ab aliis quam a seipsis deceptos se queri possunt, qui domum quam Sempronio per fideicommissum relictam & acquiratam sciebant, inter se tamen quasi hereditariam diuiserint l. nam si sit 26. sup. de rei vindicat. Proinde cessante ratione illa praesumpti doli quem nos non tam ex praesentia, quam ex patientia & taciturnitate illius inducimus, qui non certiorauit, cum certiorare deberet, sola quaestio illa apud Modestinum supererat, an ob id solum quod diuisioni Sempronius interfuerat, partem sibi & competentem fideicommissi persecutionem amississet. Respondet autem verissime non amississe, quia, vt toties diximus, sola praesentia etiam cum patientia, & taciturnitate coniuncta non est, legitimus modus amittendi dominij, nec alienae rei facta diuisio inter coheredes per arbitrium familiae circumscribenda valere potest, cum per ad iudicationem ab arbitro factam necesse sit dominium rerum ad iudicatarum in eum transire, cui ad iudicatum sunt §. vlt. inf. de offic. iudic. Quod autem addit Modestinus nec doli mali exceptione summouendum Sempronium, nisi euidenter appareat eum omittendi fideicommissi causa diuisioni adfuisse, ostendit satis facilius esse, vt inducatur doli exceptio ad summouendum eum, qui alieno negotio tanquam testis interfuit, quam vt per suam praesentiam ius dominij amississe existimeretur. Loquor de iure dominij, quia quod ad pignoris ius attingit, tam facile est, extingui & dissolui vinculum pignoris ipso iure, quam aduersus pignoris persecutionem doli exceptionem accommodari, cum pignus sola nudaque voluntate liberetur, quae modo habeat consensum. Quomodo autem potest doli exceptio locum habere, si nemo sit qui deceperit, aut qui deceptus sit? Verissimum igitur est, quod volumus toties praesentiam cum patientia & taciturnitate coniunctam nocere, quoties is qui praesens fuit, & tacuit, alioqui decessisset contrahentem, & iustam eius ignorantiam

circumuenisset. Quare nec putandum est, aliud responsum fuisse Modestinum in specie dict. §. Lucia Titia. si Sempronius non quasi testis adfuisse diuisioni, dum ne ad hoc ipsum, ut fidei commissi persecutionem omitteret, adhibitus fuisset. Quo casu nec ei prodesset, quod tanquam testis adhibitus esset, ut omnium clarissime responsum illud Modestini demonstrat. In eo summopere notandum aduersus illos, qui negant fieri posse ut sibi noceat is, qui non nisi tanquam testis adhibitus fuit. Contrà verò in specie dict. l. fideiussor 26. §. pater infr. de pignor. idem Modestinus respondit, nec dubitandum esse quin filius emancipatus, qui iubente patre mutuum pecuniam accepturo à Septimo creditore, chirographum sua manu perscripserat, cum pater ipse impeditus esset scribere: quo chirographo continebatur, inter cetera domum quæ ad filium emancipatum pertinebat pignori futuram creditore, consensum suum ei obligationi pignoris accommodauerit, quamuis neque signo suo neque alia scriptura puta subscriptione sua consensum suum declarasset: non enim poterat ignorare quid chirographo contineretur, quod ipse manu sua perscripserat, atque ita decepisset creditorem, si eam scripturam non consensisse pignori diceretur. Cum tamen ex facti circumstantiis appareret scriptum à filio instrumentum chirographi iubente patre, idque facile persuadente, cum propter reuerentiam quæ à filio quamuis emancipato debetur patri, contradicere filius non auderet arg. l. 1. §. quæ oneranda infr. quar. rev. exact. non det. l. penult. de furt. l. si patre cogente 22. de vit. nupt. l. si superstiti 5. Cod. de dolo. Nec tamen adhiberetur à patre filium ad perscribendum chirographum ea mente, ut sibi noceret, aut quod actum esset cum creditore, ut ea filij domus pignori daretur: sed ob id tantum quod siue infirmitate, siue qua alia de causa impediretur pater, ne chirographum sua manu posset perscribere. Quibus circumstantiis concurrentibus vix sanè ut puto reperiretur ex pragmaticis nostris, qui contra filium id respondere auderent, nisi Modestinus prior respondisset. Qui porro non aliam ita respondendi causam habuit, quam quia deciperetur Septimius, qui pecuniam verisimiliter crediturus non fuisset, nisi domum filij futuram sibi pignori ex chirographo didicisset. Quanto magis autem fuerat Modestinus idem responsurus, si filius hic manu sua chirographo subscripserat tanquam testis, aut chirographum anulo suo signasset: Id enim significant verba illa. *Cum neque consensum suum accommodauerit patri aut signo suo, aut alia scriptura.* Equius namque est, sibi nocere illum qui subscribit, aut signat anulo tanquam testis, adeoque qui se in testem adhiberi patitur, licet neque subscribat neque signet, quam is qui ad perscribendum alieno nomine instrumentum manus suæ ministerium duntaxat adhibet, præsertim si filius sit, qui iubenti, & imperanti patri non valenti fortasse propter decrepitam ætatem, aut valetudinem scribere, non possit non parere, si non patriæ potestatis

iure, quæ post emancipationem nulla superest, saltem reuerentiæ ratione quæ per emancipationem non intercidit nec quicquam cum patria potestate commune habet l. adoptivum 8. supr. de in ius vocand. l. 4. infr. de curat. furios. & alius extr. minor. dand. Vide elegantem de tota quaestione hac & itam disceptationem apud Annæum Robertum libr. 4. rer. indicat. vbi duo celeberrima refert in sententiæ nostræ confirmationem, magnæ Curie Parisiensis Senatusconsulta: quorum auctoritate, tantisque rationum momentis facile persuasus Senatus noster idem pronunciauit, in causâ quadam ardua, non aliter in posterum prononciaturus, quoties casus occurreret. Nam & interpretum nostrorum communis hæc sententia est tam Canonistarum in cap. ex literis. vbi potissimum Abbas extr. de transact. quam Legistarum, ut refert Anton. Gabriel. libr. 1. Communis. opin. Conclus. 3. de presump. à num. 18. vsque ad num. 26. Notari hic Accursius, non omnem vocem testatoris habere vim legis ex l. rationes 6. Cod. de probat. l. Scia 28. in princip. infr. ad SC. Velleian. Sicuti nec qualibet vox iudicis habet vim sententiæ. l. ex stipulatione 7. Cod. de sentent. & interloc. omn. iudic. Rectè: neque enim lex duodecim tabularum permisit patri familias de rebus alienis testari, sed de suis duntaxat l. verbis legis 120. de verb. signific. l. consuecuntur 8. §. si post factum infr. de iur. codicill. Sed quod addit, erroneam subscriptionem non nocere, tamen si verum sit, ut constat ex l. vltim. Cod. plus valer. quod agit. l. 2. Cod. de reb. alien. non alienand. ad hanc tamen legem non est accommodatum, in qua signauerat debitor testamentum sui creditoris, non tam per errorem quam per meram iustamque alieni facti ignorantiam, ut & in l. Titius 8. infr. de rescind. vendit. facta erat subscriptio ab ignorante ius suum, qui si sciisset non subscripserat, quique proinde subscribendo emptorem decepisse videri non poterat. Equè impertinens est quod idem Accursius subiicit, Plus valere quod est in veritate quam quod est in opinione §. si quis Instit. de legat. Est enim opinio quidem aliqua & ea falsa illius qui errat, sed non etiam eius qui ignorat penitus: quamuis error quoque habeat in se ignorantiam quandam, aut potius imperitiam, ut loquitur Vlpianus in l. si per errorem 15. supr. De iurisdic. Denique quod ex hac lege infert generaliter Accursius presentiam etiam cum patientia & taciturnitate coniunctam (de hac enim sola loquimur) non haberi pro consensu, falsissimum certe est omnibus illis casibus quibus alioquin eueniret, ut ex ea presentia & taciturnitate alius deciperetur, ut probauimus ex dict. l. quidam 12. de iur. dict. l. seruus communis 38. de donat. int. vit. & vxor. d. l. fideiussor 26. §. pater de pignor. d. l. sicut 8. §. non videtur vers. sed si subscripserit & l. Titius 9. §. 1. quibus mod. pign. vel hypoth. soluit. d. l. apud Celsum 4. §. quæstium 12. de doli mal. except. d. l. 1. §. sed & si serui quod iuss. d. l. si sine 5. C. ad SC. Velleian. l. mulier 11. C. de distract. pignor. l. si eo tempore 6. l. si hypothecæ 8. C. de remiss. pignor. d. l. vlt. C. arbitri tutel.

40. PAPIANVS libro 3. Responsorum.

Debitor à creditore pignus, quod dedit, frustra emit: cum rei suæ nulla emptio sit. nec, si minoris emerit, & pignus petat, aut dominium vindicet, ei non totum debitum offerenti creditor possessionem pignoris restituere cogitur.

Ad l. Debitor.

Ad l. Debitor 40.

RAT. DVV. Potest quis vendere ius, quod habet in re aliena, sicut & legare, adeo ut quisquis rem alienam vendit, aut legat, in qua ius aliquod habeat, non aliquid quam illud ipsum ius quod in ea re habeat, legare vel vendere videatur l. si domus 71. §. pen. & vlt. de legat. 1. Atqui licet pignus remaneat in bonis debitoris l. cum & sortis 35. §. 1. supr. l. rescriptum 12. infr. de distract. pignor. l. pignus 6. C. hoc tit. habet tamen creditor in re obligata ius pignoris, rei que tandiu retinenda, quandiu totum debitum solutum non sit, aut aliter eo nomine satisfactum l. quandiu 6. C. de distract. pignor. l. si rem 9. §. omnis pecunia supr. hoc tit. Ergo nihil prohibet, quominus possit debitor à creditore pignus emere, ut ius illud saltem creditoris emisse existimetur, & possessionem pignoris quam habet creditor d. l. si rem §. proprie d. l. cum & sortis §. 1. Nam si eam possessionem locare creditor debitori potest, & precario concedere l. si rem alienam 29. vbi diximus supr. hoc tit. l. si aliquam 28. l. qui pignoris 36. & seq. infr. de acquir. possess. l. non solum 33. §. vlt. de usufr. l. cerre 6. §. vlt. & l. seq. de precar. Quidni & vendere? Cum quicquid locari & precario & pignori dari potest, multo magis vendi possit l. 2. infr. locat. l. sed & quod 9. §. 1. infr. de pignor. Et si video Accursium nostrum contra sentire, ut si creditor debitori possessionem ipsam pignoris expresse vendiderit, repetere possit debitor quod eo nomine dedit, quasi nihil actum sit ex l. seruus meus 37. supr. de condic. indeb. Quæ tamen lex ad rem nil pertinet. Agit enim de domino, qui rem suam insciens emerit, non de debitore qui pignoris possessionem solam, emerit à creditore. Sicut enim aliud est proprietas, aliud autem possessio, aliud precium rei aliud possessionis l. 3. §. vlt. infr. vti possit. Sic aliud est proprietatem & rem ipsam vendere, aliud verò possessionem, sicut & legare, & locare, & precario concedere, ut ex supradictis legibus apparet. Ergo non frustra debitor emit à creditore pignus quod ei dedit.

DE C. Rei suæ nulla emptio est, siue sciens, siue ignorans quis emit l. suæ rei 16. infr. de contr. empr. l. neque pignus 45. de regul. iur. Atqui remanet pignus in bonis debitoris, ut diximus. Ergo debitor à creditore pignus quod ei dedit frustra emit. Nec enim comparatæ sunt emptiones & venditiones, nisi ut qui emit, rem alienam sibi acquirat, non quasi res aliena vendi non possit, quam vendi posse certum est l. rem alienam 28. de contr. empr. sed quia non potest videri ea res vendita de cuius dominio id actum est, inter emptorem & venditorem, ne ad emptorem transeat, sed hoc aut locatio est, aut aliud genus contractus l. pen. §. vlt. eod. tit. Id autem quod iam meum est non magis meum fieri potest §. si itaque Instit. de action. §. si aliena 6. & §. sed si rem 10. Instit. de legat. l. in

¶ Debitoris filius, qui manet in patris potestate frustra pignus à creditore patris, peculiaribus nummis comparat. & ideo si patronus debitoris contra tabulas eius possessionem acceperit, dominij partem obtinebit. nam pecunia, quam filius ex re patris in pretium dedit, pignus liberatur.

Ad §. 1. Debitoris.

RAT. DVV. Qui emit pignus à creditore iure creditoris distrahente, non tantum possessionem rei obligatæ nanciscitur, sed etiam dominium l. 4. supr.

l. 12. §. si quis seruum de captiu. & postlim. l. non re ex pluribus 159. de regul. iur. Aliud sanè est, si quis non quasi suæ rei emptor, sed quasi debitor ipsum ius pignoris à creditore redemerit, adeoque pignoris possessionem. Nec enim dubitandum est, quin huiusmodi emptio & venditio valeat. Quod non obscure innuit Iulianus in l. si debitor 39. in princip. eod. tit. vbi ait, si debitor rem pignoratam redemerit à creditore, quasi suæ rei emptor, non teneri cum actione ex vendito & integra esse omnia creditori. Opponit nimirum Iulianus debitorem, qui pignus redimit tanquam rei suæ emptor, ei qui pignus redimit tanquam debitor à creditore quali creditore. Hic enim non proprietatem, quemadmodum ille, sed solum ius pignoris quod in ea re creditore competebar, emere voluisse intelligitur, ne scilicet debitum pro quo pignus datum fuit, restituere teneatur, sed precium duntaxat de quo conuenit persolvere, quali commutato debito in precium, & pignore in venditionem. Econtrariò non dubitatur, quin creditor indistinctè possit emere pignus à debitore, quia debitor dominus pignoris est dict. l. rescriptum 12. in princ. infr. de distract. pignor. Planè si debitor velit pignus emere à creditore, in eamque rem supponat personam amici qui emat, licet mera iuris ratione non magis valeat emptio, quia semper verum est, debitorem emere rem suam, placet tamen mandatum consistere, ut ex eo & qui mandauit, & mandarius mandati actione ille directa, hic contraria obligetur l. si mandauero tibi 22. §. si hi quorum infr. mandat.

a Nec si minoris emerit. **RAT. DVV.** Etiam ex actu nullo declaratur voluntas l. vlt. infr. de reb. eor. qui sub tutel. l. licet transferam 20. de adim. legat. Ergo quamuis debitor à creditore pignus quod dedit frustra emat, cum rei suæ emptio nulla sit, si tamen minoris emerit quam sit debitum, tanti videtur ius suum aestimasse quanti precium; non quanti debitum est. Et consequenter siue pignus repetat per directam actionem pignoratitiam, siue dominium vindicet, quod vtrique facere tanquam dominus potest, dicendum est non cogi eum offerre totum debitum creditori, ut creditorem cogat possessionem pignoris restituere, sed sufficere si tantum offerat, quantum precij nomine conuentum fuit. **DE C.** Non magis potest esse precium aliquod vbi nulla emptio est, quam aliqua esse emptio vbi nullum precium est, cum substantia emptionis consistat ex precio l. 1. l. 2. §. 1. l. pacta conuenta 72. vers. Paulus not. at. inf. de contr. empr. l. 1. de rer. permut. Ergo cum rei suæ emptio non consistat, nulla precij conuenti ratio haberi potest in luendo aut vindicando pignore, sed tantum debita quantitas, nec minus si debitor plus pignus emerit, quam in debito sit, quam si minoris. Id enim tantum offerre cogitur, quod est in debito, non quod in precio.

l. non est nouum 46. infr. de acquir. rer. domin. adeo ut de proprietate vinciri non possit l. qui à creditore 18. C. de distract. pignor. Atqui ponimus debitorem filium pignus à patre datum emisse à creditore ritè distrahente. Ergo dicendum est dominium rei obligatæ

acquiri filio non patri. Et consequenter si debitor fuerit libertinæ conditionis, patronum eius petentem bonorum possessionem contra liberti tabulas ob non relictam ei legitimam portionem (nullo scilicet iam superstitio filio vel eo ritè exheredato recteque, vt querelam proponere, ac in ea obtinere non possit, vel denique abstinente se bonis patris, vt Iustinianus explicat in *tit. de success. libert.*) nullam dominij partem in eo pignore habiturum, tanquam quod in bonis morientis liberti non fuerit, sed in bonis filij, qui non libertus, sed ingenuus fuit, vt pote ex libero & libera natus *titul. Instit. de ingen. in princip.* Nec quod filius hic in patris potestate fuerit emptionis tempore ad rem facere videtur: cum etiam vetere Pandectarum iure filiusfamilias acquisitionis capax esset, nolente patre aut non valente sibi acquirere, vt contra inuenerat errorem interpretum sæpius docuimus ex *l. 4. §. sed & filiusfamilias* *supr. de edict. l. is qui heres 13. §. vltim. l. cum heres 52. infr. de acquir. hered. l. cogi 16. §. si pater filio 11. l. Imperator 50. ad S. C. Trebell. l. 1. Cod. qui admitt. ad bonor. possess.* Atqui non potest pater pignus suum emere à creditore, ne quidem per suppositam filij personam, quia rei suæ emptio nulla est, vt diximus ad initium huius legis ex *l. si mandauero tibi 21. §. si hi quorum infr. mandat.* Ergo non potest patria potestas impedire, quin hoc saltem casu possit filius patris rem sibi emere non à patre, sed à creditore, sicut & alius extraneus quilibet: præsertim cum nulla in eo fiat iniuria aut patri aut creditori. Minus ad rem facit quod in proposita huius §. specie filiusfamilias ex peculiaribus nummis, id est, vt bene Accursius interpretatur, ex profectitiis pignus paternum comparauerit. Constat enim quoties de dominio rei venditæ quaeritur, cui acquiratur, non tam inspiciendum esse ex cuius pecunia res empta sit, quam cuius nomine & empta fuerit, & tradita *l. qui aliena 8. C. si quis alter. vel sibi.* nisi cum comparata est ex nummis pupilli vel militis *l. ex facto 52. vers. planè infr. de pecul. l. si vt proponis 8. Cod. de rei vindic. l. 2. infr. quand. ex fact. tutor.* Ponimus autem & filiumfamilias emisse sibi, & suo nomine, quamuis ex peculio profectitio, & ei non patri traditam rem fuisse, vt taceam peculium profectitium, tamen si sit patris, esse tamen etiam filiusfamilias, & veluti patrimonium eius censeri *l. 3. §. sed vtrum l. patri 27. supr. de minor. l. depositi 5. §. peculium l. quoties 47. §. vltim. & pass. infr. de pecul.*

D E C. Filiusfamilias in patris potestate manens quicquid acquirit, etiam si velit sibi acquirere, acquirit tamen patri, & quidem ita vt ne momento quidem temporis consistat acquisitio in persona filij, non magis quam in persona serui, si quid seruus acquirat, dummodo velit pater sibi acquiri *l. placet 79. de acquir. hered.* Nulla enim hac parte inter filiumfamilias & seruum differentia est, nisi quod seruus acquirit domino etiam inuito *l. etiam inuis 32. de acquir. rer. domin. l. seruus vetante 62. de verb. oblig. extra causam hereditatis l. qui in aliena 6. l. si quis mihi 25. §. insum de acquir. hered.* Filius verò patri non nisi volenti, quia ipse cum sit liber homo, & habeat caput in ciuitate, acquirere sibi potest, vt diximus. Ergo fatendum est filiumfamilias ementem à creditore pignus à patre datum ex nummis peculiaribus, vel patri acquirere vel nihil agere. Atquin patri acquirere non potest, ne quidem volenti, quia nec pater ipse rem suam possit emere, & sibi magis acquirere, cum id quod iam ipsius est magis eius fieri non possit *§. sic itaque Instit. de action. l. non vt ex pluribus*

159. de regul. iur. Ergo, vt Papinianus hinc respondet, filius debitoris in patris potestate manens, frustra pignus à creditore patris peculiaribus nummis comparat. Tunc enim filiusfamilias sibi potest acquirere, cum pater non vult sibi per filium acquiri, non autem cum acquirere patri non potest, nec si pater velit. Dices, tanto magis permittendum esse filio, vt sibi acquirat, cum patri acquirere non potest, nec si ambo consentiant. Quid enim refert, an pater sibi per filium acquiri nolit, an ei acquirere filius non possit? Sed respondeo primam in acquirendo causam esse patris, secundam filij *l. 1. C. qui admitt. ad bonor. possess. possim.* vt proinde quod filiusfamilias patri acquirere etiam volenti non potest, nec sibi possit. Instabis, Cur ergo Papinianus distinguit, an ex peculiaribus nummis, an ex aliis filius paternum pignus comparauerit? Nam cum ait frustra eum comparare ex nummis peculiaribus, hoc ipso fatetur aliud dicendum esse, valereque emptionem, si filius ex aliis quam ex peculiaribus nummis comparauerit. Et sanè ita est. Valet hoc casu emptio, non quia pater rem iam suam acquirere sibi vno casu magis quam alio possit, sed quia cum ex aliis quam ex profectitiis & peculiaribus nummis filius paternum pignus à creditore comparauit, emolumentum aliquod emptionis est, quod patri per filium acquiri possit, scilicet vt incipiat pater rem suam habere liberam, quæ antea fuerat pignori obligata: Habere, inquam, ex noua causa, id est, ex venditione per creditorem facta, & eodem penè iure quo haberet, si res creditoris fuisset, postquam ita receptum est, vt creditor rem sibi obligatam perinde ac suam possit distrahere, eiusque dominium in emptorem transferre *d. l. 4. supr. d. l. non est nouum 46. infr. de acquir. rer. domin.* Quid? inquires, An non & idem euenit, cum ex peculiaribus nummis filius à creditore pignus emit? Nam & hoc casu pignus liberatur, vt Papinianus subiicit. Est igitur aliquod emolumentum patris, hoc quoque casu ex emptione, quam filiusfamilias fecerit. Respondeo, Imò verò nullum esse hoc casu patris emolumentum, quia pignus ex ipsius patris, non ex filij pecunia liberatum intelligitur, quandoquidem peculium licet sit filiusfamilias, magis tamen est patris, qui ob hanc causam & de peculio tenetur, & peculium filio adimere, aut in totum ex parte pro arbitrio quandoque potest, dum ne dolo malo *d. l. 3. §. sed vtrum & d. l. patri 27. de minor. l. quis ergo 16. l. summa cum ratione 21. l. peculium 40. in fin. de pecul. l. 1. §. 1. l. interdum 14. de in rem vers.* Precium autem quod ex causa emptionis soluitur omnino necesse est emptoris esse, vt pecuniæ numeratæ dominium transferre possit in venditorem *l. ex empto 11. §. 1. infr. de action. empr.* Nihil ergo acquirit filius patri, cum ex nummis paternis soluit precium rei paternæ, quam emit. Et quod hoc quoque casu pignus liberatur, non ex eo fit, quasi factum filij liberationem patri acquisierit: sed quia perinde esse debet, ac si pater creditori per filium soluisset, quo casu non dubitaretur quin & parta patri liberatio, & pignus quoque per consequentias necessarias liberatum esset. Cum verò ex aliis quam peculiaribus nummis solutio precij facta est creditori, non quidem ab ipso filio (nummic enim quantumuis alieni, si traditi essent filio, æquè patri acquirerentur per filium, nec proinde alio iure censeri deberent, quam pecuniaris) sed ab alio qui donatū filio voluerit, vt nunquā videri potuerit pecunia quaesita patri, sed rectè creditori nomine tamen filij pignus paternum ementis, acquir-

tit, acquiritur emolumentum emptionis patri per filium, vt pater nō reddere suam liberam habere incipiat, sed neque creditori amplius neque extraneo qui numerauit pecuniā, teneatur. Itaque quod in specie huius §. Papinianus negat, valere emptionem factam à filio, non illam duntaxat ratione habet, quod filius eo tempore fuerit in patris potestate, sed hanc quoque quod ex peculiaribus nummis precium soluerit: quia posteriore ratione cessante prior vti que sola non sufficeret, vt emptio impediretur, & frustra facta dici deberet. Illud verò dignū observatione est, quod quāuis Iustin. in *l. cū oportet 6. & l. vlt. Cod. de bon. qua. liber.* effecerit filiosfamilias capaces acquirendorum sibi aduenturorum omnium solo patri excepto & concessio vltimū. In correpta tamen remanet etiam hodie sententia huius §. quia in nummis peculiaribus, & generaliter in profectitiis omnibus nihil Iustinianus in nouauit *d. l. cū oportet. in princip.* Planè quod diximus in nummis aduentitii aliud responsum fuisse Papinianum, si modò non traditi filio fuissent ab extraneo, sed ipsius nomine soluti pignoratitio creditori admittendum hodie est indistinctè, id est eo quoque casu quo ipsi filiosfamilias traditi sint, quia nō ideò acquiruntur patri per filium, vt olim, sed filio soli, ob idque precium ex eiusmodi nummis solutum non ex patris, sed ex filij pecunia solutum videri omnimodo debet.

A *Nam pecunia quam filius ex re patris.* **R A T.** **D V B.** Non liberatur pignus, nisi tota pecunia que debetur creditori soluta sit vel ab ipso debitore vel saltem ab alio ipsius debitoris nomine, vel aliter creditori fuerit satisfactum *l. si rem 9. §. omnis pecunia supr.* Atqui ponimus solutam fuisse pecuniā non à patre debitore, sed à filio emente rem patris, nec patris nomine, sed ipsius filij: nec denique pro debito, sed pro precio emptionis, & quidem

2 ¶ **Soluta pecunia, creditor possessionem pignoris, quæ corporalis apud eum fuit, restituere debet: nec quicquam amplius præstare cogitur. Itaque si medio tempore pignus creditor pignori dederit: domino soluente pecuniam, quam debuit, secūdi pignoris neque persecutio dabitur, neque retentiorelinquetur.**

Ad §. vlt. Soluta pecunia.

R A T. D V B. Iure suo facit creditor, qui pignus sibi datum à suo debitore, dat etiam alij creditori suo pignori. Id enim tandem receptum est à prudentibus, contra iuris rigorem, qui aliud suadere videbatur, cum pignus dari non possit, nisi à domino *l. aliena res 20. vbi diximus supr.* Creditor autem non sit dominus *leg. cū & fortis 35. §. 1. supr.* sed ex summa æquitate ob utilitatem commerciorum, postquam vtilitas pignorum irrepsit *l. qui autem 14. §. 1. supr. de pecun. consti.* & illo etiam iuris colore, quod creditor pignoratitius omnes pignoris fructus suos faciat, quamuis postea imputandos in sortem *leg. 1. & 2. Cod. hoc tit.* fructus autem rei sit vel pignori dare licere *l. vltim. infr. de v. sup.* Ergo si creditor pignoratitius pignus sibi datum pro ceterum alij dederit pignori pro ducentis, non est audiendus debitor, si centum dumtaxat oblati, quæ ipse debet, pignoratitia velit agere ad pignoris à se dati restitutionem: nisi præterea offerat centum alia, id est, integra ducenta, quæ secundo creditori debentur. Quomodo enim fieri potest, vt pignoris vinculum quod pro secundo creditore ritè rectèque contractum est, inuito eo dissoluatur, oblata minore summa, quam quæ ipsi debeatur? Quandoquidem voluntate primi debitoris pignus quod ei datum fuerat, etiam creditori creditoris obligatum

quæ ipso iure nulla est, & inualida. Non igitur fieri potest, vt eius pecuniæ solutione pignus liberetur.

D E C. Sufficit ad liberationem pignoris, vt quantum debetur creditori ex ea causa pro qua pignus datum est, tantum ex pecunia debitoris ad creditorem peruenerit, cuius pecuniæ retinendæ non aliā causam habeat creditor, quàm quia creditor sit & quæ causa si nō esset, conditione teneretur creditor ad eam pecuniā restituendam, quia semper bonū & æquum est, pecuniā meam quæ ad te sine causa peruenerit, mihi abs te reddi *l. si & me & Titium 32. in fin. supr. de reb. credit.* Atqui nullam creditor hic causam habet retinendæ pecuniæ quam filius pro venditionis pretio ex re patris soluit, cum tanquam venditor retinere non possit iure precij ex causa eius venditionis, quæ non valuit. Superest igitur, vt pecuniam sibi solutam in precium retineat, & imputet in debitum, pro quo pignus acceperat, & consequenter, vt si quantitas precij non minor sit quantitate debiti (hoc enim omnimodo exigitur, vt pignus liberari possit, cuius liberandi causa indiuidua est, vt toties diximus ex *leg. heredes 25. §. idem obseruatur supr. famil. ercisc. l. rem hereditariam 65. infr. de euct. l. quandiu 6. Cod. de distract. pignor.*) non solum pater ipse idem debitori iure cuiusdam compensationis liberetur, vt in *leg. si conuenit 18. supr.* sed etiam pignus ipsum extingatur, non minus quàm si à patre ipso facta solutio proponeretur. Nihil enim refert, vt in superioribus diximus, an creditor pecuniam à patre ipso eodemque debitore acceperit, quo casu nemo dubitaret, quin pignus liberatum esset, an verò à filio soluente ex re patris, quamuis suo non patris nomine quoties neque solutionis faciendæ causam vllā filius habuit, neque habet creditor pecuniæ retinendæ.

intelligitur. Quod sufficit, vt non nisi tota summa soluta quæ creditori creditoris debetur, luere pignus possit *d. l. aliena 20. l. petenti 27. supr. hoc tit.* Nec vlla in eo fieri videtur iniuria primo debitori, qui utique aduersus proprium creditorem habere potest regressum pignoratitia actione ad consequendam indemnitate, ob id, quod pro maiori quantitate pignus alij dederit, quàm pro quantitate sibi datum fuisset. **D E C.** Resoluto iure datoris resoluitur ius acceptoris, vt solent loqui nostri, & verissimum est ex *l. lex veltigali fundo 31. infr. de pignor. l. vbi autem 4. alias l. si ex duobus §. sed & Marcellus infr. de in diem addict.* quia nec plus iuris in alium transferre quisquam potest, quàm ipse habeat *vulg. l. nemo plus iuris 51. de regul. iur.* Atqui primus creditor qui pignus sibi à debitore suo datum alij creditori pro maiori quantitate pecuniæ dedit pignori, non habuit ius obligatæ rei retinendæ, nisi quoadusque soluta ei esset pecunia, quæ ipsi non quæ ab ipso debeatur, & quamuis ex tacita ipsius voluntate creditor idem pignus alij suo creditori dedisse videatur, debet tamen eiusmodi tacita voluntas tacitam quoque illam interpretationem admittere, vt neque longiori tempore voluerit secundum pignus durare, quàm quo primum duraturum esset, neque pro maiori quantitate, quàm pro qua ipse pignus dedisset. Denique

ut hætenus meliorem suam condicionem facere creditor primus possit, quod idem pignus creditori suo iterum dare pignori non prohiberetur, sed tamē deteriores ac duriores debitoris sui causam facere ea datione non possit. Ergo dicendum est, quod Papinianus hic respondet soluta creditori pignoratitio per debitorem pecuniā quam ipse debuit, cogendum esse creditorem qui priore loco pignus accepit, ut corporalem possessionem quam pignus accipiendo nactus est, per actionem pignoratitiam restituat, nec amplius quicquam præstare cogi debitorem, ut pignus a se datum liberet, id est, non etiam ad hoc teneri, ut præterea offerat, vel præstet, quod creditoris creditori amplius debeatur, quamvis primus creditor qui secundo idem pignus dedit pro maiori quantitate pecuniæ non aliter luere illud possit, quam si totum offerat quod debet, nec liberetur offerendo, quantum sibi debetur. Nihil enim commune habet pignus primum cum secundo nisi quod eadem res est, quæ utroque contractu obligata fuit, cumque pignoratitia actio nascatur ex contractu pignoris l. 1. *supr. l. pen. infr.* sicuti non potest dari primo debitori contra creditoris sui creditorem, cum quo non contraxit, ita neque æstimanda est ex eo, quod primus creditor pignoratitius creditori suo debeat, sed ex eo tantum quod suo creditori debet primus debitor, qui pignus dedit, & hic proculdubio Papiniani in hoc §. sensus est, siue dictionem *debitor*, quæ in textu deest addere velis, siue malis supplere ad verbum *cogitur*. Nam si referas cum Accursio verbum hoc *ad creditorem*, facies omnino ridiculum Papinianum, & respondentem de casu prorsus indubitabili. Quid enim aliud possit debitor a creditore petere per actionem pignoratitiam, nisi ut corporalis possessio pignoris, quam in creditorem transtulit, sibi a creditore restituatur? An fortè Papinianus cum de corporali possessione locutus est, de naturali tantum sensit, ut civilem excluderet? quomodo apud Accursium quidam interpretantur? Sed hoc totum nugatorium est cum civilis possessio naturalem plerumque concomitetur, præsertim verò in iusto creditore pignoratitio, quem constat possidere sibi etiam civiliter, quod ad omnes causas præterquam quod ad usufruptionem *leg. seru. nomine 16. inf. de usufr.* Præter id quod, ut idem Accursius disputat *resituendi* verbum, quo hic Papinianus vitur, plenissimam habet significationem *leg. videamus 3 8. §. in Fauiana infr. de usufr. leg. restituere 35. leg. restituere 75. de verb. signific.* ut proinde non minus civilem quam naturalem possessionem continere debeat. Nec minus tamen nugatur idem Accursius, cum Papinianum sic intelligit, ut creditor pignoratitia conuentus possessionem tantum pignoris restituere teneatur, non etiam pignus quod dedit creditori suo liberare. Nam imò verò liberare teneretur, si vellet ipse pignus a se datum

luere, aut si secunda pignoris datio ab eo facta posset rem obligatam afficere supra eam quantitatem, cuius debitor fuit dominus, qui pignus dedit. Quod si Papinianus sic velis intelligere, ut creditor ad nihil aliud cogi possit, quam ad corporalem possessionem restituendam ut excludas quanto deterior res obligata facta sit dolo vel culpa creditoris, falsam efficias Papiniani sententiam, cum neque restitui videatur res, quæ deterior redditur, sed dolo potius facere videatur, qui deteriorem reddit l. 3. §. *si reddita supr. tit. prox. l. 1. §. si res deposita 16. infr. de pign. 7. & seq. Cod. hoc tit.* Admittamus ergo, quod res est, Papinianum de debitore loqui non de creditore, cum ait nihil eum amplius præstare cogi, scilicet quam ut soluat id ipsum, quod suo creditori debet, non quod creditor alij suo creditori. Non enim videri potest minus soluisse is, in quem amplioris summæ actio non competit l. *non potest videri 117. de verb. signific.* Huic verò interpretationi nostræ, aut etiam emendationi, si dictionem *debitor* mecum addere malis, quam supplere, ne quid obscuri aut ambigui remaneat, quadrant optimè sequentia illa omnia, quæ per illationem Papinianus subiicit his verbis, *Itaque si medio tempore pignus creditor pignori dedit, domino solvente pecuniā quam debuit, secundi pignoris neque persecutio dabitur, neque retentio relinquetur.* Esset enim hæc illatio inepta si in præcedentibus dixisset Papinianus creditorem pignoratitium, nihil aliud præstare cogendum per actionem pignoratitiam quam ut corporalem pignoris possessionem restituat creditori. Quid enim hoc cum illo commune habet? sed erit congruentissima si superior sententia ad debitorem referatur: si enim verum est, ut est, debitorem creditoris qui idem pignus alij creditori pignori dedit, nihil amplius præstare cogi, quam ut eam pecuniā soluat, quam ipse debeat, non etiam quam creditor suo creditori, prorsus consequens est, ut eā pecuniā solutā, quemadmodum pignoris primi vinculum tollitur, ita secundum pignus quod à primo pendet tanquam accessorium quoddam à principali, æquè pereat, & extinguatur: ac proinde ut neque persecutio pignoris secundo creditori competat, si pignus non possideat, neque retentio si possideat, quia tam persecutio quam retentio pignoris præsupponit pignus aliquod in necessarium antecedens l. 1. *infr. de pign.* quamvis retentio possit locum habere, etiam si pignus nullum sit, ut in *leg. si in area 33. de condit. indob. leg. in hoc iudicium 14. §. 1. supr. commun. diuid.* Subsistente nimirum alia causa iusta, quæ porro hic, nullo subsistente pignore, subesse nulla potest. Iunge his quæ diximus, *Tit. Cod. si pignus pignori. dat. sit leg. grege 13. §. cum pignori infr. de pignori. leg. de accessionibus 14. §. & si mihi pignori infr. de diuers. tempor. præscript.*

41. PAVLVS libro 8. Quæstionum.

Rem alienam pignori dedisti, deinde dominus rei eius esse cœpisti. datur utilis actio pignoratitia creditori. Non est idem dicendum, si ego Titio, qui rem meā obligauerat sine mea voluntate, heres extitero. hoc enim modo pignoris persecutio concedenda non est creditori, neque utique sufficet ad com-

ad competendam vtilem pignoratitiam actionem, eundem esse dominum, qui etiam pecuniā debet. Sed si conuenisset de pignore, ut ex suo mendacio arguatur, improbe resistit, quo minus utilis actio moueatur.

Ad l. Rem alienam 41.

RAT. DV B. Quisquis agit hypothecaria (de hac enim Paulus hic tractat, quam postea pignoris persecutionem appellat, licet eam suo more pignoratitiam vocet, ut in *l. pen. §. 1. infr. de except. rei iudic.*) probare debet præcisè rem in bonis debitoris fuisse eo tempore, quo conueniebat de pignore l. *que non datur 15. §. quod dicitur infr. de pignori. l. que prædium 6. & l. vlt. C. si alien. res pignori. dat. sit.* Nam cum pignoris obligatio rem ipsam afficiat, de qua obliganda agitur, certum est non ab alio posse rem obligari, quam qui eius dominus sit, nisi proprose in contrahenda obligatione voluntatem domini siue expressam siue tacitam interuenisse, aut eius ratihabitionem secutam fuisse, ut in *l. aliena res 20. supr. hoc tit. l. si fundus 16. §. 1. infr. de pignori.* vel obligatam rem fuisse sub hac condicione, si in debitoris dominium quandoque perueniret, ut in *d. l. si fundus 16. §. aliena res.* vel denique fuisse debitori iam tum debitam cum eam obligabat l. 1. *in princip. eod. tit.* ex ea scilicet causa, ex qua dominium subinde acquiri per solutionem & traditionem debitori speraretur, puta ex causa emptionis vel stipulationis aliæve simili. Sic enim locus ille intelligendus est, ut constat ex l. 3. §. *cum ex causa infr. qui potior. in pignori. hab. l. filiam fratribus 56. ad SC. Trebell. l. si quis alienam 46. de action. empt.* Ergo si rem alienam pignori dederis, deinde dominus eius rei esse cœperis, non ideo utilis actio pignoratitia id est, hypothecaria dari debet creditori. Multum siquidem refert, an quis expressa vel tacita conuentione bona sua omnia generaliter obliget presentia & futura, an verò specialiter obliget certā rem alienam. Priore casu sufficit dominium quocumque postea debitori superuenisse d. *quod dicitur.* Posteriore verò non item d. l. 1. *in princip. de pignori.* quia obligationem quæ ex pacto vel contractu aliquo nascitur, cuiusmodi est illa, quæ quasi Seruianam & hypothecariam parit, necesse est nasci vel statim ab initio & ipso pacto aut contractus tempore, vel nunquam. Hic porro non potuit nasci statim, cum tempore conuentionis res certa quæ obligabatur, esset aliena, nec in id tempus conferretur obligatio, quo futura esset debitoris.

D E C. Directa quidem hypothecaria præcitam illam dominij probationem omnino exigit, adeoque inspecto tempore contractus, alioqui non potest pignus consistere nisi ex superueniente aliqua noua voluntate domini, quomodo Accursius docet ex l. *cum res 5. C. si alien. res pignori. dat. sit. l. qui balneum 9. §. Titia infr. qui potior. in pignori. hab.* Sed deficientem directā, non est nouum ut utilis competat, quoties eius dandæ iusta causa non deficit. Inductæ sunt enim actiones vtilis tam civiles, quam prætoris, ut essent subsidiariæ deficientibus directis l. *quoties 21. infr. de præscript. verb.* At qui cum debitor ipse qui rem alienam quasi suam, siue sciens siue ignorans, pignori dedit creditori ignorantem, conuenitur hypothecaria vtili summa æquitas contra eum facit pro creditore, quoniam improbus est debitor, si conueniri se possideo neget, quod aliena res fuerit, quam pignori dedit, cum eo tempore quo dedit, suam esse

Tom. III.

adfirmauerit, ut proinde ex mendacio suo arguatur, qui non modo contra factum suum venire velit ad suam utilitatem, quod nunquam ferendum est l. *post mortem 25. supr. de adopt.* sed etiam contra propriam suam adfirmationem, quod semper dolo proximum est l. *si quis adfirmauerit 9. supr. de dolo. l. Iulianus 13. §. quid tamen infr. de action. empt.* Porro improbitas omnis coercenda est, & vindicanda, saltem data vtili aliqua non solum exceptione, sed etiam, si opus sit, actione l. *si quis dolo 51. §. 1. in fin. infr. de rei iudic.* Ergo creditori hoc casu accommodanda est utilis hypothecaria, ad exemplum scilicet directæ, ut scriptum est in l. *cum res 5. C. si alien. res pignori. dat. sit.* Et hæc ratio est, quam Paulus noster adfert in fine huius legis, ut postea dicemus. Ex qua ratione intelligimus, tractare Paulum hic de creditore ignorante rem esse alienam, quæ pignori dabatur. Nam si sciebat, non possit mendacium obiicere debitori, qui utique scientem decipere non potuisset, quem nec certiorare debuisset l. 1. *in fin. de action. empt. l. tutor 16. §. 1. in fin. supr. hoc tit. l. nam si scit 26. de rei vindic.* Et ita locus hic Pauli conciliandus est cum d. l. 1. *de pignori.* ubi negat Papinianus, in speciem alienæ rei collata conuentione pignoris, postea quæsito debitori dominio dandam esse vtilem actionem hypothecariam creditori, sed tantum retentionem si possessor pignoris inueniatur. De illo enim creditore Papinianus disertè loquitur, qui rem alienam esse non ignorauit. Ne dubitare quis possit, aliud eum responsum fuisse in creditore, qui ignorasset. Ignoranti enim & per iustam suam ignorantiam decepto succurrendum est (alieni namque facti semper probabilis est ignorantia l. *vt. infr. pro suo.*) non etiam scienti, ac seipsum decipienti, ut loquitur d. l. *nam si scit.* An verò debitor ipse, qui rem alienam pignori dedit, alienam sciens, aut ignorauerit, non distinguimus, quoniam & cum ignorauit, suamque rem esse credidit & adfirmavit, quomodo adfirmat hoc ipso, quisquis dat pignori, saltem in tacitum quoddam & necessarium antecedens, arguitur postea ex suo mendacio, si neget se dominum eo tempore fuisse, quo pignori rem quasi suam dabat. Et quamvis iam tum non fuerit in dolo, si rem suam esse putabat, multoque minus si eam bona fide quasi suam possidebat. Nunc tamen dolo facit & mendacium suum fatetur, cum se negat fuisse dominum: non quia falsa sit negatio, sed quia declarat falsam fuisse adfirmationem, & quidem dolo malo, cum hodie nihil eius interest, an vera fuerit, an falsa, si modò bonam fidem veller agnoscere, nec pignoris controuersiam ei facere, cui & pignus a se datum esse, & debere se non inficietur. Simile quiddam est in l. 2. §. *circa infr. de doli mal. except.* Excipienda tantum est causa libertatis. Vtilis enim libertas nulla est, nisi quæ ab initio competit & efficax fuit l. *si seruo alieno 20. infr. qui & à quib. manum liber. non siant.* Nam si non aliud inspiciendum esset, ut vult Bartolus, nisi an interesset manumissoris, aliud sanè dicendum esset, quia hominem beneficio affici interest hominis l. *si venditor 6. §. 1. de seru. export.* præsertim fauore libertatis quam & competere & conseruari interest etiam reipublicæ. Multum ergo refert an contra de-

QQ9

modo rem in bonis eius fuisse, qui aut expressè aut tacitè conuenit de pignore. Non enim minùs proponitur Saluianùs, quàm hypothecaria, actio in ordine ad venditionem pignoris, ac proinde nec minus iuris habere debet qui eo interdicto vitur, quàm qui proponit hypothecariam, nec leuioribus onerari probationibus.

a Non est idem dicendum sicut Titio. R. A. T. D. V. B. Ex qua persona quis lucrum sentit, eius factum prestare debet. *l. ex qua persona 149. de regul. iur.* præsertim qui lucrum sentit tanquam heres defuncti. Censetur enim heres & defunctus vna eademque prope modum persona, vt Iustinianus ait *Novell. 48. de iure iur. a mortent. præsit. in princip. l. heres & hereditas 22. inf. de v. i. cap.* Ergo, si Titio, qui rem meam sine voluntate mea obligauerat, heres extitero, dicendum est perinde contra me dandà esse creditori vtilem pignoratitiam, atque si rem Titij ego pignori dedissem, deinde ei heres extitisset. Vt quoque siquidem casu euenit ex postfacto, vt idem sit dominus, qui & pecunià debet. Et verò qui defuncto succedit, an non hoc ipso rata videtur habere omnia, quæ defunctus gessit: *l. solutum 11. §. solutam sup. l. vlt. inf. rat. rem haber.* Non magis igitur permittendū ei est, vt defunctum, quàm vt seipsum arguat de mendacio: quod & interpretes ad hunc locum ex hoc textu notant, & ex *l. si creditoribus 5. C. de seruo pignori. dat. manum.* Atque ita sentit proculdubio Modestinus in *l. si Titio 22. inf. de pignori.* vbi hanc ipsam speciem tractans, si Titio qui rem meam ignorante me creditori suo obligauerat, heres extitero, ait, ex postfacto pignus quidem directo non conualefcere, sed vtilem pignoratitiam contra me dandam esse creditori. Nec dici potest quantum per se torqueant interpretes, vt legem illam cum hac, id est, Modestinum cum Paulo concilient, vt videre est apud Accursium, qui tam hinc quàm in *l. si Titio*, varios adfert conciliationis modos, quos tamen omnes improbat, vno illo excepto, in quo & consistere tandem videtur, & quem solum Bartolus probat, vt quamuis vterque locus de actione pignoratitia loquatur, Paulus tamen hinc intelligi debet de hypothecaria, Modestinus verò de personali pignoratitia contraria per quam assequatur, vt debitor vel aliud pignus det æque bonum, vel quanti creditoris ob eam causam intererit prestare teneatur. Cum tamen si titulos inspiciamus, sub quibus leges collocatae sunt, debuissent potius interpretari Paulum de personali actione pignoratitia siue directa, siue contraria de qua hic titulus est, Modestinum verò de reali & hypothecaria. Nec meliùs alij sententiã Pauli ad iuris rigorem referunt, Modestini verò ad æquitatem. Nam cum vtroque loco agatur de pignoratitia vtili, apparet quæstionem esse tantum de æquitate. Ex qua scilicet vtilis omnes actiones æstimantur *l. quoties 21. de præscript. verb. l. 2. §. item Varus de aqua & aqua pluui. arcend.* Inspecta siquidè mera iuris ratione, Paulus & Modestinus consentiunt directam hypothecariam competere non posse ex contractu, quo res aliena fuerit pignori data. Fatendū igitur est, dissentire omnino Modestinum à Paulo. Quod & vir doctissimus Iacob. Cuiacius fatetur *libr. 19. Observat. cap. 26.* sed ait differentiam, quæ Pauli temporibus inter hos duos casus fuit, & quæ, si ei credimus, nec ignorauit Modestinus, nec prætermisit, postea sublata fuisse temporibus Modestini, quem ait & Pauli studiosissimū fuisse, & ad Gordiani vsque tempora peruenisse ex *l. 5. C. ad exhib.* Quasi verò nō ad eadem vsque tempora, Paulus quoque & Vlpianus qui coar-

tanei fuerunt, non peruenerint, quorū vterque admodum se ex sub Gordiano Præfecturam gessit, in qua & Vlpianus per seditionem à militibus interfectus fuit, vt ab iis proditum est, qui de ipsorum vita & obitu scripsere. Satisque probabile est, Modestinum qui Vlpiani discipulus, & sectator perpetuus fuit dissensisse in hac quæstione à Paulo, à quo & Vlpianus tam sæpe tamque facile dissentiebat, sicut & Paulus à Papiniano, quæ maiore semper veneratione Vlpianus habuit. Vt sit magna hæc & euidentis dissentiedi causa suberat. Modestino enim satis esse videbatur ad dandam creditori vtilem pignoratitiam, id est, hypothecariã actionem, vt idem esset dominus pignoris, qui & pecuniã deberet, siue conuenisset ipse de pignore, siue ei qui conuenerat, iure præsertim hereditario successisset, quia cogendus sit heres omnimodo ratum habere factū defuncti *l. cum à matre 14. C. de rei vindic. l. venditrici 3. C. de reb. alien. non alienand. l. 1. §. 1. inf. de except. rei vendit. & tradit. vbi dicit Vlp. quod ad rē nostrā maximè pertinet, non solum si alienū fundum vendideris, & tuū factū postea petas, exceptione rei venditæ & traditæ repelli te debere, sed etiam dominus fundi heres ei extiterit, qui alienā rem vendiderat, idem esse dicendū. Quo ex loco potest colligi, nullam Vlpianū inter hos casus differentiam constituisse: Paulus verò longè subtiliùs, vt mihi quidē videtur, negat sufficere ad dandā vtilē hypothecariam creditori, vt idē sit dominus & debitor, sed multum referre putat, an ille ipse qui conuenit de pignore rei alienæ domino successerit, vt in priore huius legis specie, an verò dominus successerit debitori. Priore casu dat vtilē creditori pignoratitiã actionem. Nam & cum quis rem alienā vendidit, si medio tempore, id est ante traditā eā domino heres extiterit, idē Paulus respondit cogendū eum implere venditionem, id est, vt rē tradat in *l. si quis alienā 46. inf. de act. emp. At posteriore casu negat idē dicendū esse. Et ratione diuersitatis adfert quoniã priore casu improbus est debitor, qui resistit, quominus vtilis actio contra ipsū moueatur. Ideò autē improbus, nō quod nolit creditori satisfacere, cū sit debitor & dominus, sed quia cū ipse conuenit de pignore, arguit se de proprio mēdacio negadū esse vtiliter obligatā rē alienā quā ipse obligauerat, quasi suam. Posteriori autē casu nullū mēdaciū est, & cōsequenter nulla improbitas debitoris, tamen si eo tempore quo conuenit, & dominus & debitor inueniatur: non est igitur hoc modo concedenda pignoris persecutio creditori, nō solum directa, de qua nemo dubitare possit, cū pignus ab initio non constiterit, sed nec vtilis, de qua sola Paulus tractat, cū hanc speciem opponat priori, in qua de vtili sola responderat. Et hæc differentie ratione perstringit eleganter & breuiter, sed subobscurè suo more ab illis verbis *nec vtrique sufficit* ad finem vsque legis. Vbi quod ait *sed si conuenisset* faciliorem interpretationem habuisset si scripsisset quomodo sensit haud dubiè *sed cum conuenisset.* Ea namque verba totumque hunc postremū versiculū retulissent interpretes, quomodo referri debet ad priorē speciem huius legis de debitorē q heres extitit domino, nō ad posteriorē de domino, qui heres extitit debitori, de quo tamē & Accursius & Bartolus totā hanc postremā legis partem intelligunt, quasi totius legis duæ sint partes, prima quando dominū superuenit debitori, scēcūda quando debitū, vt Bartolus loquitur, superuenit domino, qui successerit debitori. Sed rursus secunda subdividatur in alias duas partes, prima, inquit, quando res fuit obligata simpliciter, scēcūda quādo ille qui obligauit, ex-**

gavit, expressè se asseruit esse dominū. Indeque nimirū occasione sumunt quærendi, an liceat heredi arguere mendacium defuncti, tanquam si verba illa vt ex suo mendacio arguatur, duplicem sensum in recta Grammatica recipere possint, vnum de mendacio heredis, alterum de mendacio defuncti, in quo se non minùs malos Grammaticos, quàm Iureconsultos profitentur. Nam neque de herede, neque de defuncto ea verba intelligi debent, sed de debitore qui rem alienam quasi suam obligauit, ac postea domino heres extitit, vt interpretati sumus. Quod si cum Cuiacio pro tuenda Modestini sententia obiciatur, æquum esse, vt heres ratum habeat factum defuncti. Respondeo id quidem verum esse quantum ad hoc, vt heres agens & veniens contra factum defuncti repellendus sit exceptione doli mali *l. d. l. 1. de except. rei vendit. & tradit. d. l. cum à ma-*

*tre 14. Cod. de rei vindic. l. venditrici 3. C. de reb. alien. non alienand. l. vindicantem 17. l. Scia 72. inf. de euit. l. item si filiusfamilias 7. alias l. sed Iulianus §. sed est filiusfamilias inf. de S. C. Maced. sed non vt ideo contra heredem agi possit ex defuncti contractu qui non constitit. Neque rursus verum est successionem habere vim ratihabitionis in ijs quæ defunctus gessit suo nomine, sed in ijs tantum quæ gessit nomine heredis sui, puta si eius quoque bona obligauerit, quod facere suo iure potest. *l. Paulus respondit 29. in princip. & §. 1. inf. de pignori.* Negotium enim quod meo nomine gestum non est, non possum egoratum habendo facere meum *l. si pupilli 6. §. sed si ego sup. de negot. gest.* Et ita intelligi debet, quod scriptum est in *l. aliena res 20. sup. hoc tit.* pignus in aliena re constitutum per subsecutam domini ratihabitionem confirmari.*

42. PAPINIANVS libro 3. Responforum.

Creditor iudicio, quod de pignore dato proponitur, vt superfluum pretij cum vsuris restituat iure cogitur. nec audiendus erit, si velit emptorem delegare: cum in venditione, quæ sit, ex facto suum creditor negotium gerat.

Adl. Creditor 42.

Non est quod longiores simus in huius legis interpretatione. Est enim à nobis fusiùs explicata in *l. eleganter 24. §. si vendiderit sup.* qui locus pugnare cū hac lege ex diametro videbatur. Ostendimus autem ei locum illum à Triboniano corruptum fuisse, & legem hanc emendandam esse in illis verbis, *ex facto*, quæ sunt in Pandect. Florent. legendumque *ex pacto* quod & ante nos Iacobus Cuiacius feliciter obseruauit, non vt in libro Accursij, & vulgata editione in *venditione ritè facta.* Nam cum dubitandi ratio ad hanc legem illa esset quod quoties non alia de causa quis tenetur, quàm quod actionem habeat, delegatio pro iusta præstatione est, vt Papinianus noster cuius hæc lex est, scribit in *l. quod debetur 51. inf. de pecul.* In proposito autem creditor qui pignus vendidit pluris quàm ei debitum esset, non aliam ob causam pignoratitia actione teneri videbatur, vt superfluum precij redderet, quàm quod eo nomine contra emptorem pignoris actionem ex vendito partam paratamque haberet, videbatur sanè audiendus volens emptorem delegare, Papinianus subtiliter animaduertit: imò verò creditorem qui ex pacto pignus vendidit, id est, non tantum iure creditoris, sed etiam iure conventionis non tam debitoris sui quàm proprium suum negotium gessit: ideoque cogendum eum vt superfluum precij præcisè ipse restituat pignoratitia actione, hoc est eam quantitatem qua precium excedit summam debiti. Itaque tota ratio decidendi continetur in verbis *in venditione quæ sit ex*

pacto, vt intelligamus aliud responsum fuisse Papinianum in venditione, quæ non ex pacto, sed tantum ex necessitate iuris facta fuisset, quamuis creditore ipso distrahente iure creditoris. Siue autem hoc siue illo modo facta venditio sit ponendum necessariò est, ritè factam venditionem fuisse. Alioqui non solum de superfluo precij quærendum non esset, sed neque de precio, quippe quod ex venditione nulla & non ritè facta deberi nullum potest: ideoque nec de emptore delegando, qui debitor non esset, non magis quàm si totum precium soluisset, vt in *l. vltim. Cod. si vendit. pignori. agat.* nisi fortè paratus esset debitor, ratam habere venditionem, quamuis malè factam precium exigendo vt in *l. seruum Titij 49. inf. mandat.* Nam & cum creditor pignus ex pacto vendit, vti que vendit quasi procurator creditoris, licet suinō alieni negotij gerendi causa *l. si pignori. 29. in fin. sup. famil. ercisc.* ac proinde nihil impedit, quominus eam venditionem ratam habere debitor possit, ac si eius nomine gesta esset *l. si pupilli. 6. §. item quaritur. 9. sup. denegot. gest.* Ex quo apparet Accursianam lectionem, & consequenter interpretationem, non modò mendosam esse, sed etiam improbabilem prorsus, & ineptam: sicut & tot conciliationes quas bonus Accursius conquirat vndique, vt Papinianum cum Vlpiano conciliet, & quas tamen omnes Castrensis hinc congerit, vt ex multis distinctionibus vnam efficiat, quam hinc resellere nihil atinet, cum ex iis quæ iam diximus ad *l. §. si vendiderit l. eleganter. 24. sup.* satis superque refutata sit.

43. SÆVOLA libro 3. Digestorum.

Locum purum pignori creditori obligauit, eique instrumentum emptionis tradidit: & cum eum locum inædificare vellet, mota sibi controuersia à vicino de latitudine, quod aliàs probare non poterat, petiit à creditore, vt instrumentum à se traditum auctoris exhiberet. quo non exhibente, minorem locum ædificauit: atque ita damnū passus est, quæsitum est, an, si creditor pecuniam petat, vel pignus vendicet doli exceptione, posita iu-

de huius damni rationem habere debeat. respondit, si operam non dedisset, ut instrumenti facultate subducta, debitor caperetur, posse debitorē, si pecuniam soluat, pignoratitia agere: opera autem in eo data, tunc & ante pecuniam solutam, in id, quod interest, cum creditore agi.

Ad l. pignori 43. & ult.

RAT. DVV. Non debet creditor recusare quominus id saltem præstet debitori, quod sine ipsius creditoris dispendio futurum sit *l. in creditore 38. in fin. infr. de emitt.* Atqui nihil interest creditoris, ut emptionis & autoritatis instrumentum sibi à debitorē traditum exhibeat, quoties eo indiget debitor, ut suam præsertim & pignoris causam meliorem faciat, puta ut in eo fundo quem pignori dederat adificet, si forte mota ei sit à vicino controuersia de latitudine, quam alias probare non possit. Ergo si ob non exhibitum à creditore emptionis, & autoritatis instrumentum debitor minore locum adificare coactus, atque ita damnum passus sit, damni huius rationem in persona debitoris haberi æquum est, ut creditor siue pecuniam petat, siue pignus vindicet opposita doli mali exceptione repellatur, si non hoc damnum sarcire ac præstare paratus sit. Maximè cum ex parte debitoris non modò iusta, sed etiam necessaria causa fuerit petendæ exhibitionis, quam nec denegari vnquam oportet iis quorum ex aliqua iusta & honesta causa interest *l. argentarius 10. in princip. supr. de edend. l. si que sint cautiones 5. supr. Famil. ercisc. l. 3. sciendum & pass. ad exhib. l. instrumenta 24. C. de fideic. Quis verò non videt, interfuisse hoc casu debitoris, cum is instrumentorum ad pignoris causam pertinentium, non minùs quàm pignoris dominus manserit? Imò etiam creditoris, cui utique non licuit per huiusmodi exhibitionis denegationem, ius & causam pignoris diminueret *l. creditor 7. Cod. hoc titul.* Quid enim ex ea denegatione sensit commodi, nisi quod debitori nocuit? Atqui malitiis indulgendum non est *l. in fundo 38. supr. de rei vindic.* DE C. Non facillè censendus est creditor exhibitionem instrumenti denegasse dolo malo, ex qua etiam lucrum ipse & commodum aliquod sperare potuisset, meliore facto per debitoris adificationem pignore, ut non tantum debitori, sed sibi etiam ipsi noceret. Qui enim dolum allegat, dolum probare debet *l. in exceptionibus 19. §. qui dolo de probat.* nec facillè quisquam suum iactare, & utilitates suas negligere præsumendus est *l. cum de indebito 25. eod. tit.* Ergo si non probetur creditor data opera & dolo malo exhibitionem instrumenti denegasse, ut eius facultate subducta debitor caperetur, & in damnum incideret, nihil causa est, cur non ei licere debeat pecuniam totam petere, aut pignus vindicare, quousque totum ei debitum solutum sit, aut aliter eo nomine satisfactum, quo demum secuto pignoratitia agere debitor poterit. Potest enim variis ex causis fieri, ut*

exhibere instrumentum venditionis creditor non potuerit eo tempore, quo exhibitio petebatur, ita ut non modò nullus dolus, sed neque culpa vlla creditori obiiico nomine possit. Quid enim si habuit in alia prouincia, vnde asportari tam citò non potuerit, ut in *l. velle à quo 13. §. si de testamento infr. ad SC. Trebell?* Quid si in loco ad quem non pateat liber accessus? Quid denique si tale quid aliud simile, ut in *l. sciendum 21. & seq. infr. de vsur?* Planè si creditor dolo se ac malitiosè hanc exhibitionem denegauit, aut, quod effectu penè idem est, distulit, tunc verò id obtinebit, quod supra obiecimus non esse malitiis indulgendum, & ex hac causa poterit debitor cum creditore agere in id quod interest, ut plenissimam indemnitate consequatur, adeoque quod magis mirum est, etiam ante solutam pecuniam, ut Scæuola hinc respondit. Sed quam actionem? An fortè de dolo, cum ponamus dolum intercessisse? Minimè verò. Non enim ad inducendam actionem de dolo sufficit dolum admissum esse, sed illud præterea concurrere necesse est, ut dolum nulla alia actione vindicari possit, ne quidem subsidiaria & extraordinaria *l. 1. §. ait Prator & §. idem Pomponius & pass. supr. de dolo.* Atqui in proposita specie competit pignoratitia, & quidem directa, de qua & in proximo versiculo egit Scæuola, in quam cum etiam leuis culpa veniat, multò magis dolus *l. si cum venderet 13. §. 1. supr. cum dolum omnino in se includat culpam l. 5. §. nunc videndum supr. tit. prox. l. si seruus 31. supr. hoc tit. l. contractus 23. de regul. iur.* Ratio tamen dubitandi illa hinc suberat, quòd non datur pignoratitia directa debitori contra creditorem, nisi postquam soluta est omnis pecunia debita, vel aliter eo nomine satisfactum fuit *l. si rem 9. §. omnis pecunia supr. l. quando 6. C. de distract. pignor.* Sed id ad vrgendam pignoris restitutionem pertinet, non ad indemnitate petendam, si quid interim dolo malo creditoris absit debitori, ut bene Bartolus interpretatur. Addit tamen Bartolus, non esse cogendum creditorem, ut venditionis instrumentum debitori exhibeat, tum quoque cum exhibere & potest, & debet, nisi oblata per debitorem cautione de eo quandoocunque creditori restituendo ex *l. quamuis 6. supr.* Ne cìmprobabiliter si locus ille Triboniani non esset, magis quàm Pomponij, ut ad eum docuimus. Facit tamen non malè pro hac Bartoli sententia, quæ & nobis probatur, quod scriptum est in *l. si que sint cautiones 5. supr. Famil. ercisc.* in illis verbis *cautione interposita ut cum res exegerit ipsa exhibeantur: & dict. l. instrumenta 24. Cod. de fideicommiss.* Adde *l. si cum conuenit 20. infr. de pignor.*

¶ Titius cum pecuniam mutuam accepit à Caio Seio sub pignore culleorum: istos culleos cum Seius in horreo haberet, missus ex officio annonæ centurio culleos ad annonam sustulit: ac postea instantia Caij Seij creditoris recuperari sunt. quæro, interterrituram, quæ ex operis facta est, vtrum Titius debitor, an Seius creditor agnoscere debeat. respondit, secundum ea, quæ proponerentur, ob id, quod eo nomine interterrituram accidisset, non teneri.

Ad §. 1. Titius

Ad §. 1. Titius.

RAT. DVV. Non videtur reddi dōs quæ deterior redditur, siue pignorata fuerit, siue deposita, siue commodata *l. 3. §. si reddita supr. tit. prox. l. 1. §. si res deposita 16. infr. deposit. l. eleganter 24. §. vlt. supr. hoc tit.* Atqui ponimus culleos sub quorum pignore pecuniam mutuam Titius à Caio Seio acceperat, & sublato à centurione, misso ex officio annonæ ad annonam (seruabatur enim vinum & gestabatur in culleis *l. legatum 17. §. 1. infr. de ann. legat.*) ex iis operis deteriores factos esse durante causâ pignoris. Ergo quamuis eos postea Caius Seius à Centurione recuperauerit, dicendum est, Caium Seium interterrituram illam, quæ ex iis operis facta est, aut, ut alias loqui prudentes solent, interterrituram illud agnoscere debere, non Titium debitorem, cui ablatis cullei non sunt, quos eo tempore non possidebat. DE C. Creditor qui pignus à debitorē accepit, non tenetur, nisi de dolo & culpa leui, si quæ ratione pignus interim deterius factum sit *l. si cum venderet 13. §. 1. supr. hoc tit. l. 5. §. nunc videndum 1. supr. tit. prox. l. contractus 23. de regul. iur. l. creditor 7. & seq. C. hoc tit.* Atqui neque dolus vllus, neque culpa vlla est eius, qui iussu magistratus & ad causam ac utilitatem publicam annonæ culleos sibi pignoratos tradidit, quamuis ex eo deteriores facti sint, cum parère habuerit necesse *l. non videntur data 167. §. 1. de regul. iur. l. si quis 7. §. doli mali supr. de iurisd. l. ait Prator 7. §. sed est versic. quid tamen supr. de minor. l. vlt. de leg. cōmiss. l. 4. in princ. de aqua & aqua pluui. arcid. l. iniuriarū 13. §. si quis quòd decreto inf. de iniur.* Ergo cum nihil hoc casu creditori possit imputari, periculū interterrituræ ad eū pertinere non debet, sed ad debitorem, non quia ei aliquid imputari magis

possit, sed quia dominus est. Ad quem enim alium potius quàm ad dominum pertinere debeat periculum casus fortuiti *l. pignus 9. cum l. precedi. Cod. hoc tit. & d. l. contractus.* In proposita verò specie illud etiam facit pro creditore; quod ad eius instantiam cullei recuperati fuerat, ut appareret nihil ei posse imputari, quamquam necerat necesse, ut in recuperandis culleis diligentiam vllam præstaret: sufficit enim ut nihil ei imputari possit. Itaque si recuperare culleos non potuisset, idem tamen dicendum esset. Erant autem cullei non tantum vinarij de quibus in *l. legatum 17. §. 1. de ann. legat.* sed etiam frumentarij de quibus in *l. quæstrum 12. §. 1. infr. de instrum. & instrum. legat.* & culleum aut culeum dicebant veteres vterem ex corio factum, ut ex Isidoro docet hinc Gotthofredus, quod nec Accursius noster ignorauit. Hinc verò infert Bartolus nec malè, posse officialem propter utilitatem publicam capere res priuatorum, data tamea mercede de publico, ex *l. 2. C. pro quib. caus. serui pro præm. libert. accip. l. item si verberatum 15. §. 1. supr. de rei vindic. l. si locus 14. §. 1. quem adm. seruit. amitt.* Quod tamen quantum ad dandam mercedem non seruari de consuetudine idem Bartolus post Accursium notat. Plus dicit Bartolus, posse etiam Magistratus autoritate iuberi quem ut condemnato caput amputer, vel eum furca suspendat, si modò, inquit, vilis persona sit. Hoc enim facit utilitas publica, cuius gratia constat alia quàm plurima contra iuris ciuili rationem & constituta & recepta esse *l. ita vulneratus 51. §. vlt. supr. ad leg. Aquil. l. iuris enim communis ratio sanè repugnat l. 1. & 2. C. ne liber. aut ingen. lib. xi. & ne oper. à collat. exig. & tit. ne rustic. ad offic. vll. reuoc. per tot. Iunge Nouell. de sanctiss. Epif. §. si monachus igitur.*

