

JOHANNES BRECHT JURISCONSULT

JOHANNES

TEART BRECHT

JURISCONSULT

3

JOHANNES BRECHT JURISCONSULT

JOHANNES BRECHT JURISCONSULT



34

H

A-1328

- 415 Casus quartus.
 416 Casus quintus.
 417 Natura cuiusque feudi, pacto investitura potest immutari.
 418 Quisque rei suæ legem dicere potest.
 419 Donatio mortis causa ita fieri permittitur, ut nullo casu ejus sit repetitio.
 420 Illud etiam, quod est novum, quandoque habetur pro antiquo.
 421 Num pactum illud, ut feudum novum censeatur jure paterni feudi, rei veritatem immutat.
 422 Ecquid duorum plurimūve fratrum filii, numero diversi, solique existentes, defuncto patre suo in stirpes, an in capita succedant.
 423 Fratrum filios solos in capita succedere etiam in feudis, qui Interpretes censuerint.
 424 Testibus jure novissimo specialiter non correctis, merito statuer.
 425 Hereditas inter eos, qui pari gradu distant, pariter dividenda.
 426 Quando divisioni in stirpes sit locus.
 427 Sensus & expositio Novell. 118. c. 3. vers. si autem defuncto, &c.
 428 Intellectus d. Novell. 218. cap. 3. vers. unde consequens, &c.
 429 Intellectus d. d. cap. 3. v. illud palam est, &c.
 430 Intellectus d. c. 3. v. hujusmodi verò, &c.
 431 Particula tunc extremitatem temporis significat.
 432 Enodatur d. Novell. 118. vers. si verò neque fratres &c.
 433 Consideratur & cum filiis. 6. hoc tit.
 434 Ecquid unus & ejusdem hominis hereditas modò in stirpes, modò in capita dividi queat.
 435 A separatis nihil valdè inferitur.
 436 Consideratio & sensus Auth. cessante. C. de legit. heredib.
 437 Duorum fratrum liberi, si soli sint, etiam patre suo magno in capita succedunt.
 438 Fratres legitimi tantum, item naturales tantum, & ex conjunctione damnati nati, an & quatenus mutuo successione jure utantur.
 439 Quomodo succedatur, si defunctus fratres sororesve utriusque conjunctionis conjunctione non reliquerit.
 440 Fratrum filii ex uno latere, & nepos ex duplici vinculo concurrentes, quomodo ad hereditatem vocentur.
 441 Quomodo succedendum sit, si defunctus fratrem consanguineum, & uterumque reliquerit.
 442 Correlatio est oiosa, adeoque vitanda.
 443 Omissum à legibus, pro omisso habendum est.
 444 Ea opinio verior præsumitur, quæ à majore Dd. parte approbatur.
 445 Communis opinio vim consuetudinis obtinere dicitur.
 446 An fratres utriusque conjunctionis excludant fratres, ex altero tantum parente junctos, in successione nepotis ex fratre prædefuncto.
 447 Priores in gradu, potiores sicut in successione, & pares in gradu pariter quique succedunt.
 448 Num frater patruelis, sive consobrini utriusque conjunctionis, præferatur defuncti patrio aut avunculo ex uno latere conjunctionis.
 449 Agnati & cognati hodie simul nullo inter eos habito discrimine, succedunt.
 450 Proximiores agnati aut cognati, ulteriores excludunt.
 451 Nulla hodie sexus differentia observatur.
 452 Collaterales omnes, præter fratres & fratrum filios, succedunt in capita.
 453 Persona duplici ratione defuncto conjuncta, duas hereditatis partes auferre potest.
 454 Quod eisdem duplici qualitate in una eademque persona concurrat, illa persona pro duabus personis reputatur.
 455 Una eademque persona, diverso respectu censetur diverso jure.
 456 Sicut etiam una eademque res, diversis respectibus diverso jure censetur.
 457 Dna qualitate in eadem persona simul concurrentes, quarum qualibet per se suam potest operari effectum, sibi invicem non derogant.
 458 Exercens duas diversas artes mechanicas, ad onera & statuta utriusque Collegii obligatur.
 459 Contrarius eadem ratio & disciplina.
 460 Sententia l. si ita scriptum 23 ff. de liber. & posthum.
 461 Quando pluribus eadem quantitas promittitur: pro personarum numero quantitas promissa inter eos dividenda est.
 462 Item quando pluribus eadem rei in testamento legata est: ad partes vellet rei legata vocantur.
 463 Argumentum ab omnia commutate ad legem, vel contra, jure receptum est.
 464 Rei eadem bñ debetur ex diversis causis, quæ non sunt invicem incompatibiles.
 465 Quando duas sunt obligationes pari potestatis: non potest altera consumi per alteram.
 466 Quælibetque uni eademque una eademque hereditas ex duabus de iure causis: toties iure multiplicatio continetur potest.
 467 Accurata explanatio Auth. post fratres, fratrumque filios. C. de legit. hered. & Nov. 118. c. 3. si verò neque fratres, &c.
- 468 Frater germanus qui dicatur, qui item consanguineus, & uterinus.
 469 Fictio non potest fingere super impossibili, neque locum habere, ubi veritas locum habere nequit.
 470 Duplicitas vinculi quatenus ultra fratres fratrumque filios non sit consideranda.
 471 An & quatenus dua cause lucrative in una eademque personâ, eodem tempore concurrere possint.
 472 Ecquid collateralium successio decimo gradu sit circumscripta.
 473 Explicatio §. final. infr. de success. cognator.
 474 Cognati hodie in successionebus, ex æquali sunt agnatis.
 475 In feudis etiam omnes, qui gradus proximitatem docere queunt, succedunt in infinitum: at collaterales in bonis damnatorum non succedunt.
 476 Conjuges quando sibi invicem succedant.
 477 Consortem consorti, fisco excluso, succedere constat.
 478 Consortes qui appellantur.
 479 Conjuges sanguine invicem conjuncti, quomodo succedant.
 480 Utum & quatenus, matrimonio sine dote contracto, superstes conjux, inopiâ laborans, tota cum liberis præ defuncto diviti succedat.
 481 Pacta dotalia, bonis moribus non repugnantia, observandæ.
 482 Numquid portio illa, quæ conjugi superstici debetur, per testamentum alterius conjugi auferri possit.
 483 Legitimam parens sine causa suâ liberis testamento detractare nequit.
 484 Quatenus uxor, pro consequenda quartâ totius substantiæ, bona à marito alienata revocare valeat.
 485 Sicutis capere, maritum non posse uxori ultra quartam, jure communi debitam, aliquid relinquere: an idem obtinere debeat in uxore.
 486 Statuta stricti sunt iuris, eorumque verba ad literam accipienda.
 487 Statutum in uno ex correlativis disponens, & in alio disponere censetur.
 488 Utriusque fuerit ad nuptias sua hereditatem, fisco excluso, admittatur.
 489 Soceri, vitrici, noverca, privignique nomina ex matrimonio derivantur.
 490 Successio privigni non debetur vitrico, quemadmodum nec hereditas noverca debetur privigno.
 491 Jure Württembergico quomodo conjux superstes defuncto succedat.
 492 An & sponsa, reliquis successoribus deficientibus, sponso succedat.
 493 Nuptias non concubitus, sed consensus facit.
 494 Sponsus, non consummato matrimonio, accusationem adulterii instituere potest.
 495 Donatio inter virum & uxorem prohibita, etiam inter sponsam & sponsum prohibita judicator.
 496 Commodum sequi debet eum, ad quem incommodum pertinet.
 497 De successione fisci.
 498 Fiscus ante nomen habet.
 499 Fiscus quid significet.
 500 Fiscus olim ab arario distinctus.
 501 Fiscus quatenus ad vacantia defuncti bona admittatur.
 502 Hereditates, quæ filius reorum per duellionis deseruntur, cul applicantur.
 503 Quibus ex causis bona alieni, ut indigno, auferantur; remissio.
 504 An tutor pupillo sine cognatis defuncto, succedat.
 505 Legitima hereditas sola æge deferitur.
 506 Hereditas exheredans datæ testamenti: non item ab intestato.
 507 Tutor pueri, quem gratis educavit, succedit.
 508 Tutor gratis administrasse re intellam tenetur.
 509 Mens & intellectus l. quo tutela 73 ff. de reg. jur.
 510 Quatenus filius, post agnitionem honorum, teneatur creditoribus.
 511 Utrum fiscus, in bona vacantia succedens, legata & fidei commissi testamentis vel codicillis revocata, passus cogatur.
 512 Regula (si nemo hereditatem adiit, nihil in testamentis scriptum debetur) quando officium suum præstat.
 513 Quibus iuris remedia hereditatem, ab iniusto sibi delatam, quasi am legari possit.
 514 Si res per successionem legitimam pervenerit ad heredes, non in alienum manet (in altero hunc præmissi consideratur).
 515 In contradictionibus magis contraria contrahentium, quàm verba, consideranda.
 516 Contrarius regulariter ad & contra heredes transferatur.
 517 Notionem ciuitatis, in instrumento prædictum institutionem facient, superfluum videtur.
 518 Quilibet pactio reputatur in dubio realitatisque transactio ad heredes.
 519 Contrahentes & sibi, & sibi hereditibus professi professi.
 520 Defunctus & heres habent pro una eademque persona.
 521 In pactis & stipulationibus verba dubia contra stipulatorem interpretanda.

Institutionum Lib. III. Tit. I.

- 522 Alienatio, quæ fit per successionem legitimam, non est
 hominis sed legis.
 523 Mors omnibus necessaria.
 524 Filius liberti succedit matri, in re alienari prohibita extra
 liberorum familiam.
 525 Prohibita alienatione per legem, aut per dominum, successio
 legitima prohibita minime intelligitur.
 526 Quibus modis aliquis ab intestato succedere dicatur.
 527 An pupillus, furiosus, &c. intestatorum appellatione in
 statuto continentur.
 528 Non est is dicatur intestatus, qui testamentum facere, non
 potuit.
 529 In statutis communis loquendi usus observandus.
 530 Omnis hereditas defertur aut ex testamento, aut ab intestato.
 531 Statutum odiosum, in benigniorem partem accipiendum.
 532 Principalis ratio statuti semper consideranda.
 533 Voluntatem suam secundum leges moderari quisque presumit-
 tur
 534 Verba statuti in propria significatione accipienda.
 535 An is, qui collicillos fecit testatus decessisse putesur.
 536 Hereditas codicillis non datur, nec admittitur.
 537 Paria sunt; aliud omnino non fieri, vel minus rite &
 solemniter fieri.
 538 Testamentum quomodo rumpatur, vel irritum fiat.
 539 Heres caput æ fundamentum totius testamenti.
 540 In dubio quis presumitur intestatus decessisse.
 541 Quæ in facto conjunguntur, non presumuntur.

Utilitas, de successione legitima sive ab intestato tractatus, cujus interpretationem (Christo duce, & auspice Christo) aggredior, non eget commendatione. Ipse enim (ut Ulpianus *d. Titulo Pandectar. de in integrum restitutionib.* scribit, in l. 1. ff. eod. t.) se ostendit. Nam nulla penè juris civilis materia reperitur, quæ tam crebrò in foro occurrat & ventiletur, quæque tam multiplicem habuerit mutationem ac varietatem, quàm præsens, de hereditate legitima materia; quæ tota in pluribus quasi reformata est, ut constat ex *Novell. 118* & ex inferiùs dicendis luculentius apparebit. Cum igitur hujus materiæ usus frequens & quotidianus, atque ob id perfectior ejus cognitio prorsus necessaria, & maxime fructuosa sit, arg. l. legavi. 25. ff. de liberat. legatâ, l. 1. in pr. ff. de suspect. tut. & similibus allegatarum suprà ad §. fersa. 12. num. 6. de rer. divis. &c. operæ curæque pretium me facturum existimo; si priusquam textum tituli fuscipio explicandum, de ratione ordinis sive continuatione, aliisque nonnullis eò pertinentibus; deinde de sententiâ juris novissimi (quod, recis omnibus antiqui varique juris ambagibus & sinuosis anfractibus, certum aliquem & simplicem succedendi ordinem breviter præscribit) more aliorum Interpretum, verba fecero. Ratio autem ordinis pendet ex §. ult. s. tit. per quas personas cuique acquiritur. ubi expressum est, duplicem esse conditionem hereditatis. Vel enim defertur ex testamento, quæ testamentaria; vel ab intestato, quæ legitima & iusta appellatur. l. legitimam. 8. ff. de petit. heredit. l. 3. §. 2. ff. pro socio. l. 2. §. legitimam. 8. ff. de suis & legit. hereditib. l. 2. §. 1. vers. mater enim ff. qui petant. tutor. vel curat. l. in plurimum. 70. ff. de acquir. vel amit. heredit. l. quod autem. 6. §. 2. ff. que in fraud. creditor. facta, & c. l. si curatoris. 9. C. de jure deliberandi. Et quia in præcedenti libro (à titulo nimirum. 10. de testament. ordinand. usque ad tit. 20. de legat.) de hereditate testamentaria, id est, eâ, quæ ex testamento ad nos pertinet, expositum est: restat nunc, ut & de legitima hoc est, de eâ quæ solâ lege ab intestato obvenit, agatur. Unde legitimi dicuntur heredes, quibus ex solius legis dispositione hereditas defertur. l. 2. §. ult. ff. unde legitimi. d. l. 2. in princ. & tot. tit. ff. de suis & legit. hereditibus. Et quanquam lege quoque obvenire ea hereditas dicitur, quæ ex testamento defertur: quia lege XII. Tabular. testamentarie hereditates confirmantur. l. legem habuerit. 130. ff. de verbor. significat. id tamen non fit immèdiatè & principaliter, sed latè sive mediatè & per consequentiam, nempe per voluntatem hominis testamento declaratam. Quò de re copiosè & variè disputant Donell. lib. 9. Comment. de jure civ. cap. 1. circa princ. ibique apud Inuclentum Hiltger in suis notat. ad lit. C. Alciac. & Gadd ad d. l. leg. 130. num. 3. & sequ. ff. de verb. signif. idem Alciac. lib. 4. paradox. c. 7. Borch. in tract. de gradib. c. quoti-plex sit hereditas pag. 151. Nicol. Bellon. lib. 3. suprà cit. jur. c. 7. Pinel. ad l. 2. num. 7. C. de bon. mater. Valent. Forster, in

tract. de successiōib. ab intestat. lib. i. cap. 17. n. 14. & multis
segg. Guiliehn. Forster. lib. 3. disp. 15. th. 3. Fachineus lib. 6.
controversiar. jur. cap. 41. Arumæus Exercitac. Justin. 11. th.
2. Vultejus hic n. 1. & Heigius cap. 2. n. 8. cum seq. Henningus
Wegnerus disp. 9. ad Instit. th. 1. lit. b. Timæus Faber disput.
21. ad Instit. Imperial. th. 2. Zibelius Exercitac. feud. 6. concl.
1. lit. a. Humnius lib. 3. var. resolut. jur. civ. tract. 1. quest. 1. &
in resolut. ad vol. 2. Treutler. Disput. 16. th. 1. lit. B quest. 3.
& 4. pag. 190. cum seq. & ibid. Bachovius in suis not. pag.
983. Ungepair exercit. Justin. 9 q. 2. pag. 384. & seq. edis.
ult. aliique ab istis allegati. Atque prædictum ordinem, ut
videlicet prius de hereditate ex testamento, & posterius
de hereditate ab intestato explicetur, ipsa lex XII. tabula-
rum proposuit, eamque Prætor in edicto est secutus, l. 1.
ff. si tabula testam. nulla extabunt. ac proinde eundem ordi-
nem & Jurisconsulti in suis libris, ut Ulpianus in lib. re-
gular. ut Paulus in lib. sententiar. &c. & Imperatores, ut
Theodosius in C. Theod. & Justinianus in tribus suis libris,
Inst. ff. & Cretæ sunt secuti, tam in hereditatibus, quam
in tutelis & bonorum possessionibus explicandis, l. si quis
sub conditione. § 1. ff. de testam. tutel. d. l. 1. ff. si tabul. testam.
nulla extab. & docet hic D. Giphanius. Cur autem prius 6
de causa testati, & posterius de causa intestati differatur,
tam jure civili, quam Prætorio, ratio satis perspicua
est, quam & supra initio t. de testament. ord. attigimus.
quia quamdiu speratur heres ex testamento, cessat suc-
cessio legitima sive ab intestato. l. quamdiu. 89. ff. de reg.
jur. l. quamdiu. 39. ff. de acquir. vel amitt. heredit. & l. ante-
quam. 8. C. communia de successiōibus.

Porro ad hunc titulum, & proximè subsequentes quod
attinet: eorum hic est ordo, ut pro gradibus successio-
nisi ordine disponantur. Facit verò tres Imp. Justinianus
gradus seu ordines: liberorum sive suorum: agnatorum
seu legitimorum: ac cognatorum. Et ad primum quidem
gradum spectat hic primus titulus. Quamvis enim is
universæ hereditatis ab intestato explicationem polliceri
videatur: sub eo tamen de liberorum duntaxat successio-
ne tractatur: adeoque plus est in rubro, quàm in nigro,
uti loquuntur: & inscriptio generalior est, quàm quæ
subjectæ materiæ conveniat, *ut bene Antonius Mattheus*
hic animadvertit. Ad secundum, agnatorum scilicet,
gradum seu ordinem pertinet, titulus secundus, tertius,
& quartus. Ad tertium, cognatorum nempe ordinem,
pertinet titulus quintus, sextus & septimus, id est, ul-
timus hujus tractationis de hereditatibus ab intestato in-
genuorum. Siquidem de liberorum hereditatibus sepa-
ratim agitur *infra tit. 8. de successione liberor.* Cæterum
cur universam hereditatis, tum testamentariæ, tum legi-
timæ materiam, Justinianus non fuerit uno eodemque li-
bro complexus, videtur ideo factum esse: ut libri omnes
numero titulorum sibi invicem fermè responderent: hoc
est, ut omnium eadem propemodum crassitudo esset: quod
non erat futurum, si omnes acquirendi modi in unum & eun-
dem librum compacti fuissent, *monente hic Anton. Matth.*

Quia verò ex modò dictis manifestum est : hereditatem tantùm testamento nobis deferri, vel ab intestato. *d. §. ult. f. per quas person. cuiq. acquirit. l. i. ff. de petit. heredit. necesse* furiò inde sequitur: pactis, contractibus aut conventionibus, utquam contra bonos mores iniitis, eandem jure nostro civili deferri darivè non posse, *per textus apertos in l. cum donationis. 34. in fine. C. de transactionibus. l. pactum quod dotali. 15. §. l. fin. C. de pactis. l. hereditas. 5. C. de pactis convent tam super dote. §. c. l. donari. 29. ad finem. ff. de donationib l. si quando. 35. §. 1. C. de mortis testam. l. ult. ff. de suis § leg. l. stipulat hoc modo 61. ff. de verb. oblig. l. ex eo. 4. C. de iustitibus stipulat. § l. pactum dotali. 3. C. de collationibus.* Ejus autem, cur pacta seu conventiones istiusmodi de futurà alterius viventis hereditate, bonis moribus contrarie videantur, atque hinc prohibeantur, rationes potissimùm tres afferuntur. I. est: quia pacta ejusmodi plena sunt tristissimè & periculosi eventus, atque adeò votum caprande mortis alicujus in se continent, *d. l. fin. C. de pact. l. de fideicommissis. 11. C. de transactionibus. II. Quia liberam testandi facultatem auferunt, l. cum duobus. 52. §. idem respondit. 10. ff. pro socio. d. l. pactum quod. 15. C. de pactis: ibique Bartol. Bald. Salicet. Jason & Donellus. contra* *sub.*

- substantiam ultimæ voluntatis, quæ ambulatoria est, usque ad supremum vitæ exitum *l. cum hic status* 32. §. *pauzientiam*. 3. ff. *de donat. int. vir. & uxor. l. quod si iterum*. 4. ff. *de adimend. vel transfer. legat. l. 1. C. de sacrosanct. Eccles. Georgius Natta in repetit. c. quantis. n. 92. de pact. in 6. & ibi Joannes Renatus. n. 2. & seqq. Alvarroti. ad c. 1. de filiis natis ex matrimo. ad morganaticam contracto. in usib. feud. Franc. Soubec. in Comment de feud. part. 9. n. 50. & seq. Borcholt. de pactis, c. 5. n. 60. 67. & seqq. item in tract. de gradib. sub c. hereditas pactis, contractibus, &c. pag. 155. & seqq. Arumens Exercit. Justin. II. th. 14. Bronchorff. cent. 1. *εναγιοδυνάω*, assert. 22. edit. 1. Forsterus Senior lib. 4. de successione. cap. 24. n. 5. & seqq. Humius d. lib. 3. var. resolut. jur. civ. tract. 1. quæst. 13. Geddaus de contrab. & committ. stipulat. c. 6. conclus. 7. n. 6. & seqq. Forsterus junior in tract. de pact. c. 6. pag. 148. & seqq. III. ratio, eaque germana & genuina hæc perhibetur: quia jus succedendi dependet à jure publico, id est, ipsis legibus; siue de testamentaria, siue de intestati successione agatur. Nam lex *x i i. tabular.* non modò testandi licentiam civi Romano dedit, sed etiam hereditatum, heredumque ab intestato jura induxit. *l. testam. 3. ff. qui testam. fac. poss. l. verbis. 120. & l. lege obvenire. 130. de verb. signif.* Proinde vis & injuria sit legibus, non solum si testandi libertas pactione aliqua contringat: sed etiam si per pactum quis impediatur ab intestato ei succedere, cujus vel filius sit, vel proximus agnatus. Et legibus enim prima liberorum causa est in succedendo: si suus heres non sit, agnatus proximus habere familiam jubetur. Atqui eritum illud & pervulgatum est: privatorum pactionibus juri publico derogari nec posse, nec debere. *l. jus public. 38. ff. de pact. l. Neratius 20. in princip. ff. de religiof. & sumptibus fin. l. 1. §. si inter 9. ff. de iugirrat. conven. l. quod bonis 15. §. 1. ff. ad leg. Falcid. l. Cerdonem. 42. ff. de oper. libert.* Igitur non magis fieri potest, ut valeant pactiones de non succedendo, quam quæ sunt de succedendo. *d. l. pactum dotal. 3. C. de Collationib. l. si quando. 35. §. illud C. de inoffic. testam. l. fin. ff. de suis & legitim. hered. latè. Anton. Faber. de error. pragm. decad. 12. err. 4. & decad. 14. err. 1. item Conjectur. jur. lib. 14. c. ult. Peregrin. de fideicommiss. art. 41. n. 24. Heigius part. 1. quæst. 23. n. 8. & seq. eoque citans Caspar. Schifordegher. lib. 1. ad Anton. Fabr. tract. 29. quæst. 1. & 2. Quos novissimè reprehendit Humius d. l. 3. tract. 1. quæst. 17. Eadem de re videantur Regner. Bachov. Echt. in lib. uno disp. miscell. de variis jur. civil. materiis cap. 13. §. vol. 1. disp. 6. th. 8. lit. a. Joh. Gædd. d. Comment. de contrab. & committ. stipulat. cap. 6. conclus. 7. n. 62. & 106. Theod. Reincking. in tract. de regim. secul. lib. 1. cas. 4. c. 18. n. 1. Hen. Bocer. de jure succedendi in feud. cap. 2. quæst. 1. pag. 58. cum seqq. Hieron. Gabriel. consil. 537. n. 4. vol. 1. eoque citans Anton. Bullæus discurs. 6. de pacto affirmativo. conclus. 7. p. 393. Quibus etiam adjiciendus est Timæus Faber dispus. 21. ad Iulius. Imperial. th. 12. Georgius Franzkius exercit. jurid. 8. quæst. 10. pag. 245. & seqq. itemque Jacobus Cancerus part. 3. var. resolut. jur. cap. 7. n. 127. cum seqq. fol. 175. & seqq. Huic sententiæ primò non obstat *l. 1. in pr. & l. juris gentium. 7. §. ait Prætor. 7. ff. de pactis.* ubi dicitur nihil tam congruum esse fidei humanæ, quam ea, quæ inter homines placuerunt, servare. Nam responsio ex *d. l. 7. §. 7.* evidenter patet, ubi Prætor ait, se ea pacta servaturum, quæ nequo dodo malo, neque adversus leges, plebiscita, senatusconsulta, edicta Principum, neque quo fraus cui eorum fiat facta erunt.**
- Secundò non resistit *l. 1. & l. cum proponas. 16. C. de pact. item l. de fideicommiss. 11. C. de transactionib.* ex quibus evincitur, pactiones super hereditate futurâ factas valere. Etenim hæc leges loquuntur de fideicommissaria hereditate, de quâ pactiones factæ ideo valent: quòd improbabile votum captandæ mortis alterius tollere existimantur, *d. l. de fideicommiss. 11. C. eod.* Deinde in allegatis legibus non agitur de hereditate, vel alio jure viventi, sed de relicto conditionali, quod jam ex bonis defuncti recessit. Verùm istas tres leges explicatius enodas Borcholt. d. tract. de gradib. pag. 158. & seqq.
- Tertiò non adversatur *l. licet. 19. C. de pact. ubi pactum*
- de futura successione permittitur. Hæc enim lex discretè tractat de militibus siue commilitonibus, inter quos pactum de mutuâ & vicissitudinariâ successione toleratur, si eo tempore, quo ad discrimen prælii pergunt, factum fuerit. Et sanè valet ea dispositio, non ut pactum, sed ut testamentum militare: cum voluntas militum quoquo modo declarata, pro justo testamento habeatur, *initio tit. f. de militari testam. l. 1. circa princ. ibi, quoquo modo testati fuissent, &c. ff. de testam. militis. Constant. Harmenop. lib. 1. Epitom. tit. 9. Vide Bolognet. & Joan. Dauth. in repetit. l. fin. num. 21. C. de pact. eoque referentem Hartman. Pistoris. lib. 4. quæst. 1. num. 19. & quæst. 2. num. 36.*
- Quartò nihil movet *l. ult. C. de pact. ubi duo aut plures, 18* ad quos hereditas tertii alicujus, eo mortuo, perventura sperabatur, pacti inter se sunt de hereditate ejus, certo modo dividendâ: & decidit Justinianus pactionem hujusmodi esse validam, si tertius ille consenserit divisioni, & in eo consensu usque ad extremum vitæ suæ spatium perseveraverit. Ea namque pactio idcirco valet, quòd ad eam accessit voluntas ejus, super cujus hereditate pactio facta est, quæ postea toto vitæ tempore mutata non fuit. Et periculum captandæ mortis illi, qui pactionem istam suo consensu approbavit, planè minuitur: propterea quòd, si quid metuat à paciscentibus, ipsi evitare liceat, si testetur, se non amplius consentire. Quod facere non potest, qui pactum de suis bonis esse interpositum ignorat. Hinc prævisa minùs telâ nocere solent. *Gædd. de contrab. & committ. stipul. d. c. 6. num. 100. Hum. d. lib. 3. variar. resolut. jur. civil. tract. 1. q. 14. ubi id explanatius sequitur.*
- Quintò non refragatur *l. ea verò. 3. de illo queritur. 19* 2. ff. *pro socio.* ubi societas, quam duo coierunt de hereditate futurâ, valet. Quandoquidem illic societas non de alicujus certi hominis hereditate vel successione, sed generaliter hoc modo contracta fuit: *Si qua jussa hereditas alterutri obvenierit, communis erit.* Hæc conventio nihil vitii habet, quia personæ certæ nomen non adscribitur: ac hominis incerti, quem ignoro, mortem captare non possum, *argum. §. incertus. 25. f. de legatis.* Eaque de re videantur Donellus & Gilgenius num. 26. in *d. ult. C. de pact.*
- Sextò nihil obest *d. l. juris gentium. 7. §. penult. ff. de pact. 20* ubi patre adhuc vivo, filius de ejus bonis paciscitur. Quia ibi filius-familias paciscens cum creditoribus paternis, ne totum, quòd pater ipsis debet, petant; sed certâ tantum parte crediti contenti sint, paciscendo non minuit bona parentis viventis, nec in alium transeat: sed potiùs bona exonerat, atque libera facit: proindeque id-genus pacti sustinetur. Cæterum si diminueret bona parentis adhuc viventis, ut si quid promitteret ex bonis patris vivi, aut si quid donaret: nulla promissio, nullaque donatio esset, *predicti l. donari 29. §. ult. ff. de donationib.*
- Septimò non contrariatur *l. 2. §. illud. 2. ff. de heredit. vel act. vend. ubi Ulpianus respondet, quòd venditione hereditatis testatoris veniat etiam hereditas impuberis, maxime si jam delata sit.* Ex quo colligi videtur, etiam vendi posse impuberis hereditatem, licet nondum delata sit, hoc est, licet filius impubes adhuc vivat. Lex, inquam, ista non contrariatur. Est enim vocula, *maximè*, plerumque est comparativa & implicativa, *l. humanam. 4. de servitutib. prædior. urbanor. l. cum ex causa 30. ff. de re judic. l. si dolo 5. C. de rescind. vendit.* nonnunquam tamen etiam restrictiva est, & ponitur pro *utique.* Et ita in objectâ *l. 2. §. illud. 2. ff. de heredit. vel act. vend.* usurpari non dubitandum est. Ideoque legis illius hic est sensus: In venditione hereditatis testatoris venit hereditas filii impuberis, si hoc actum sit; *maximè*, hoc est, utique, si jam delata sit hereditas impuberis, id est, si jam filius impubes mortuus fuerit. Deinde posito, quòd particulâ ista *maximè*, in *d. l. 2. §. 2.* etiam vim implicandi habeat: non tamen exinde rectè inferetur, de hereditate viventis nondum delata, sed futurâ, pactum esse finitum: cum & impuberis defuncti hereditas, licet nondum sit delata, vendi possit: utputâ si pendente conditione, sub qua heres substitutus est impuberi, vendatur. *Hum. d. tract. 1. quæst. 13. §. quod cum ad primum, &c.*

23 *Octavo non obfistit l. nam hoc modo. 11. ff. d. 1. de hereditate vel act. vendit.* ex qua etiam inferri posse videtur, quod hereditatis futurae venditio admittatur. Quoniam ibi (*ut § toto isto titulo*) sermo non est de hereditate futura, & obventura, sed de hereditate jam delata. Et hereditatem, quae jam delata est, de cujus tamen viribus nihil certi habetur, vendi posse non obscurum est. *Exempli gratia:* Cajus mortuus est, ejus heres proximus est Pamphilus. At non constat, an Cajus multum in bonis reliquerit, an parum, an nihil. Pamphilus tamen heres Caji proximus, hereditatem vendidit his verbis: *Si qua est hereditas Caji, erit tibi empti.* Haec venditio subsistit: & si multum est in Caji hereditate, hoc emptoris commo cedit: si parum, aut nihil in Caji hereditate est, emptoris est detrimentum. Ipse liquidem vires hereditatis ignorans, quasi spem hereditatis emit; hoc est, emit hereditatem, sperans in ea multum esse. Et si spes emptorem fallat: nihilominus emptio firma est: quia emptor spem emisit videtur. *d. l. nam hoc modo. 11. ff. eod. l. nec emptio. 8. §. 1. ff. de contrah. empt.*

24 Nond nihil urget *l. si quis servum. 23. ff. de actionib. empti.* ubi cautio siue conventio super hereditate futura licite interponitur. Quod etenim ibi traditur eum, qui servum cum peculio vendidit, & postea manumisit, emptori cavere debere, se restitutum quicquid ex hereditate liberti ad se pervenerit: id fit propter necessitatem venditionis praecedentis, contra cujus fidem fecit venditor, dum servum manumisit, ac idcirco merito dictam cautionem praestat. Inde autem neutiquam inferendum est, extra illum casum cautiones, pactiones vel conventiones super futura hereditate valere. *Vel planius* responderetur: in casu dicta. *l. 23. pactionem* idcirco valere, quia est de hereditate non acquirenda, sed conservanda. Tales autem pactiones de jure valere ac subsistere, non dubitatur: quoniam fiunt super jure paciscentis proprio, non super alieno. Qui enim paciscitur, eam hereditatem sibi restituere, quae & sine pactione ipsi deberetur: de jure proprio sibi competente paciscitur, de quo cuius paci licet. Idque *fusus explicat Hun. d. q. 13. vers. ad tertium* respondeo, &c.

25 Decimo haud repugnat *l. quidam, cum filium. 132. ff. de verb. obligat.* ibi quidam (*verbi gratia*) Sempronius, cum filium alienum susceperet, tradenti promisit certam pecuniae quantitatem, si eum aliter, quam ut filium, observasset. Postmodum Sempronius filium domo propulit & abdicavit, vel moriens nihil ei in testamento reliquit: & Paulus respondit, Sempronium contra conventionem fecisse, & propterea stipulationem esse commissam. At vero promisit ibi Sempronius, se filium alienum, quem susceperat, heredem instituturum. His etenim verbis: *si aliter eum, quam ut filium, observavero*, heredis institutio innuitur: cum filius heres instituendus sit, vel exheredandus, ut *audimus §. initio tit. de exheredit. liberor.* Proinde Jurisconsultus docet, nihil in testamento filio relicto, commissam esse stipulationem. Unde concludendum videtur, super hereditate pacisci licitum esse. Haud, *inquam*, lex ista repugnat. Nam haec verba: *si aliter eum, quam ut filium, observavero*; non aperte hereditariam successionem inducunt. Nec enim Sempronius promisit, se filium quem suscepit, heredem testamento scripturum. Si ita conventio facta esset, filio postea in testamento praeterito, stipulatio non commissa, sed potius inutilis esset, *praedilectata l. stipulatio hoc modo. 61. ff. de verb. obligationib.* Inducunt tamen dicta verba tacite hereditariam successionem: eaque rata & firma est: quoniam multa quae expresse fieri nequeunt, tacite facta valent, *l. si quis Sempronium. 68. ff. de hered. institut. d. l. nonnulla §. 2. ff. de condit. & demonstrat. l. expressa 195. ff. de reg. jur. praesertim si iusta & rationabilis subit causa, ut in proposito conventio, quae non tam ob id, ut filius susceptus succedat, fieri censetur, quam ut susceptus filius exheredationis notam effugiat. Exheredationem quippe notam esse, non incognitum est, *l. multi non nota. 18. ff. de liber. & posthum. heredib. instit. l. cum te pietatis 18. C. de inoffic. testamento.* Reliqua huc facientia uberius explicant, *per alios. Concordant, Johannes Borcholt. & Forsterus junior loci supra designatis. Itemque Haestman. Pistoris d. lib. 4. questionum jur. q. 1. & seqq.**

26

Quamquam autem pactio, quae de futura alterius non consentientis hereditate consequenda sit, civili jure improbat, ut *hactenus abunde ostensum est*: consuetudine tamen receptum putatur, ut de acquirenda etiam hereditate futura pactum subsistat; quod, pluribus ad hoc citatis, testatur Menoch. *consil. 1. n. 163.* ubi ait, non tantum in Italia, & Gallia, sed in Germania etiam longo usu receptum esse, ut de futura successione pacisci liceat. Idem testatur *Zafius in l. stipulatio hoc modo. 61. n. 18. ff. de verb. obligat. Mynfinger. observat. 33. vers. contraria tamen. &c. cent. 2. Francisc. Marc. decis. 136. in part. 1. Anton. Thessaur. decif. 295. n. 12. Horomani. conf. 72. Everard. conf. 136. num. 12. Arnold. Ferron. ad consuetud. Burdigalens. tit. de testament. §. 22. Elber. Leonin. conf. 32. num. 12. Rosental. de feud. c. 7. axiom. 57. Auzpach. lib. 2. sing. allegat. cap. 21. hosque referens Petrus Heigius quae. 23. num. 34. part. 1.* ubi inquit, aded invaluisse statuta & consuetudines pactis de succedendo robur tribuentes, ut propemodum omnis de eo dubitatio frustranea videatur. Idem noviter tradidere Franciscus de Barry, in tract. de successib. *&c. lib. 2. tit. 3. num. 8. Joan. Melbec. in Disput. de success. conv. th. 13. And. Scheffer. lib. 2. quae. jur. pract. 19. num. 14. cum seqq. Auctor consilii Argent. 76. n. 1. vol. 1. fol. 1283. & Bullaeus d. discurs. 6. de pacto affirmativo. conclus. 11. pag. 196.* Nec oberit, si dicatur, isthanc pactionem contra bonos mores esse; eoque consuetudine confirmari non posse, *d. l. stipulatio 61. ff. de verb. oblig. & d. l. donari. 29 in fin. ff. de donationibus.* Recte liquidem obtinuit, valere hujusmodi consuetudinem. *Vigl. in §. accessit. num. 9. f. de testament. ordinand. Valent. Forster. lib. 4. de successib. ab intest. c. 24. n. 23. Menoch. conf. 92. num. 52. Johan. Dauth. in tract. de testament. cap. de mutandi testamenti potestate. 131. P. Gilken. de praescript. part. 3. c. 3. num. 105. & seqq. Dn. Collega David Magirus in elegant. Disput. de pactis successor. th. 3. de Anno 1605. Respond. Joanne Seysfried. Fran. Tiraq. in Comment. de jure primigenior. quae. 7. ubi utramque in partem complures advocat.* Sicut enim scripta lege certis in casibus pactum istiusmodi admissum est, *arg. d. §. accessit. f. de testam. ordinand. & d. l. licet. 19. C. de pact. cum similib.* ita etiam lege non scripta, quae est consuetudo, idem pactum aequè potuit admitti, *per l. de quibus. 32. cum seqq. ff. de legib. l. 1. & 2. C. qua long. consuetud.* Et certe secundum legem scriptam multis casibus libertas testandi aufertur, *per §. non tamen. 6. vers. nam si ided. f. quibus modis testamenta infirmant. l. qui in potestate. 6. ff. qui testam. fac. possit. tit. f. quibus ex causis manumittere non licet t. t. f. de lege Fuf. Camm. tollend. & t. 2. ff. ad leg. Falcid. & ad SC. Trebellian.* Hue pertinet, quod libertus ita jubetur testari, ut dimidiam bonorum partem patrono relinquat, *§. 1. infr. tit. de successione libertor.* Sed & hoc pacti genus per se, & sua (*ut ita loquor*) natura bonis moribus non est contrarium. Nam alias nullo unquam casu jure admissum esset: cum natura turpe non possit non esse semper turpe. Quale enim quid sua natura est, tale semper & ubique est. Nec etiam votum istud captandae mortis omnimodò & absolute istis pactionibus inest: ceteroquin Imp. Dioclet. & Maxim. nec sancivissent dictam *l. licet. 19. C. de pact. nec fideicommissum valuisse, de quo in d. l. de fideicommissis. 11. C. de transactio. d. l. 1. & d. l. cum personas. 16. C. de pact. nec testamentum per res & libram unquam substituisse: cum ideo sublatum sit, quod contra bonos mores civitatis esset, quasi votum captandae mortis inducens, per notata Theophili & Vigli n. 8. in d. §. accessit. f. de testam. ordinand. Quid? quod omnia fideicommissa, omnes substitutiones, imò omnia ab intestato successionis jura ex eadem causa è medio removenda essent. Votum namque mortis captandae quoddam non minus his casibus inesse, quam in pacto de futura hereditate inito, intelligi potest. Sed nec etiam cum consensu ejus, de cujus hereditate agitur, valere posset pactio cum ea etiam votum quoddam captandae mortis continere intelligatur: quae tamen aperte comprobata est, *d. l. fin. C. de pact.* Et cum pacta affirmativa de successione, usu diuturno recepta esse constet, *per supra notata*: inde haud dubie colligitur, illam quoque de voto captandae mortis praesumptionem sublatam eique contrariam benigniorem introductam esse:*

De Hereditatibus quæ ab intestato &c. 11

esse: scilicet neminem tantæ fore impietatis, qui benefactori suo sit structus vitæ insidias. Nec sanè, licet frequentissima sint hujus generis pacta, tam atrocis exempla sceleris apud nos audita meminimus. Hinc doctissimus Covarruvias de testament. 2. part. rubr. n. 15. vers. sed hæc opinio, &c. pereleganter in hæc verba scripsit, Quod si dixeris, occasionem captandæ mortis à lege tolli, atque improbam, bonisque moribus contrariam refelli: fatebor utique occasionem hanc lege improbari, quasi hoc ipsum Legumlatoribus utile visum fuerit, ne privatim vitæ humanæ insidiaretur: nec confestim sequitur, id ita contra bonos mores esse, ut peccatum sit, pacta prædicta iniuri, cum dicta occasio non sit admodum crimini proxima, quippe quæ pravi animi præsumptionem maximam exigit, quæ in Christianâ religione non est faciliter admittenda. Hæc Covarruvias. Et idè cum Jacobo Rickio in tract. de unione prolium, c. 3. n. 62. non immeritò quispiam exclamabit: Quis ille est, qui genus humanum incompti cujusdam latrocinii reum facere aggreditur? Ille enim metus in profligatissimos tantum & sceleratissimos homines cadit, qui insidias ob leves res facillè struere solent his, quorum pactas vel deferendas hereditates venantur: quorum etsi non desint exempla apud Suetonium in Galba, cap. 9. & in Caligula, cap. 38. &c. tamen heus tu,

Desine paucorum diffundere crimen in omnes.

35 Porro tale de futura hereditate pactum, si jurisjurandi religione corroboratum fuerit: circumscripta etiam consuetudine, robor ac firmitatem obtinere arbitror. Potest enim sine dispendio æternæ salutis servari: nec etiam in cuiusquam, præter jurantis, præjudicium redundat: & ideo servari debet, c. cum contingat. 28. in fin. ext. de jurejurand. nec denique tale juramentum contra publicam utilitatem esse, ulla ratione dici potest: ut ob id etiam merito observari debeat, arg. c. sicut nostris. 27. ext. eod. Sed & si personam ejus, cujus gratia juratur, respiciamus; quamvis canones (quos hac in quaestione sectamur) ad jurantis personam respiciant, arg. c. penult. in fin. ext. de pignorib. similiter non animadvertimus, aliquid subesse, ob quod servari non debeat. Nam etsi jure civili contra bonos mores ille facere dicitur: tamen qui vel sensum communem sequuntur, negare non possunt, eum non contra bonos naturæ mores quicquam facere, hoc est, id quod natura turpe & peccatum est: sed tantum contra politicos ac civiles mores, id est, qui ratione alicujus loci, aliarumque circumstantiarum pro malis habentur, l. item apud Labeonem. 15. §. meminisse. 23. in fin. & §. adjicitur. 38. ff. de injur. cum similibus. pulchre Rickius d. tract. de un. prol. c. 3. n. 28. & seq. item c. ult. num. 18. & seq. Quapropter minime dubitandum est: hoc pactum juramento firmari posse, ut rectè sentent Baldus in c. 1. §. moribus. si de feudo defuncti contentio sit inter dom. & agnatos vasalli. tit. 26. lib. 2. feud. Corneus conf. 257. lib. 3. Capolla in tract. cautelar. caut. 112. n. 4. Aufrerius ad Capellam Tholesan. decis. 452. Craves. conf. 139. num. 8. Joan. Campeg. in tract. de dote. q. 79. part. 5. Socin. jun. conf. 65. n. 49. lib. 1. Jason. in d. l. stipulatio hoc modo 61. n. 11. ff. de verb. oblig. & consil. 60. col. 2. lib. 3. Decius in d. l. pactum, quod dotali. 15. n. 2. c. de pact. & conf. 516. n. 5. & conf. 656. n. 12. Guido Papa consil. 31. & Menochius d. conf. 1. n. 167. & 169. ubi hanc sententiam communem pronunciat. Quod equidem (licet eandem veriore esse omnino existimen, per ea, quæ jam allata sunt) non ausim constanter affirmare. Plurimos enim tam veteres, quam neotericos, generaliter contrarium asserere, in aperto est; Barthol. Salicet. & Siehard. n. 2. in d. l. pactum dotali. 3. c. de collationib. Guil. Benedict. in c. Raynuitius. in verb. duas habens filias. n. 191. & seqq. ext. de testament. Schurff. consil. 26. n. 29. & seq. Georg. Natta in c. quamvis de pact. in 6. n. 97. ibique in addit. Matth. Boyss. & n. 100. Ernestus Cuthman. resp. 8. n. 23. Joan. Petr. Surd. conf. 133. n. 9. Anton. Faber de errorib. pragmat. decad. 41. err. 5. hujusque individui comes Schisford. gher. d. lib. 1. tract. 29. quæst. 2. Bullæus d. discurs. 6. pag. 395. Jeremias Setzer. in tract. de juramento. lib. 2. c. 5. Fachinus lib. 8. controvers. c. 72. Joan. Baptist. à Villalobos in suis communib. opinionib. verb. pactum. n. 1. Franc. Viv. lib. 1. commun. opin. verb. pactum. n. 8. Cacheran. decis. Pedemontan. 100. n. 12.

Fernand. Vasq. de success. creat. § 18. num. 197. Curt. jun. n. 5. Daub. n. 15. Cagnol. num. 34. Bolognet. num. 27. ad d. l. fin. c. de pact. Forster. senior d. lib. 4. de success. ab intest. c. 24. num. 7. Michael. Grass. in lib. recepiar. sent. §. successio ab intestato. quæst. 9. num. 7. Barthol. Kellenbentz. de renunciation. successione. quæst. 1. n. 2. Nicol. Everhard. consil. 7. num. 21. vol. 2. Hartman. Pistor. d. lib. 4. q. 1. num. 20. qui & alios citant. Quibus etiam annumerantur, Covarruvias in d. c. quamvis. 2. part. init. n. 1. & Mynsin. generis resp. 49. num. 17. & 18. decad. 5. quibus locis uterque, nescio quo errore, illam inter mores naturales seu canonicos & civiles distinctionem, seu planè erroneam, explodit: cum tamen nemo sanus possit inficias ire, peccata esse inæqualia: & aliud esse natura turpe, aliud lege civili: & ea, quæ solâ dispositione legis putantur bonis moribus contraria, sine dispendio salutis æternæ servari posse, per illa, quæ præclare tradit Rickius d. tract. de unione prol. c. 3. num. 27. & seq. & c. ult. num. 18. cum aliquos seqq. secutus Baldus, Jasonem, Paulum de Castro, Zazium & reliquos in l. pacta, quæ contra 6. c. de pactis. item Gailium obs. 39. num. 15. lib. 2. Nec etiam regula juris canonici in c. non est obligatorium. 58. de reg. jur. in 6. (quæ vult, non esse obligatorium, contra bonos mores præstitum juramentum) alium sensum habet: cum ejusdem juris regula sit: juramenta omnia, quæ sine dispendio æternæ salutis servari possunt, custodienda esse, d. c. cum contingat. 28. ext. de jurejur. d. c. quamvis. 2. de pactis. in 6. Ideoque regula dicti c. non est obligatorium. de iis dumtaxat moribus, qui naturâ sunt turpes, exaudienda est; cum de jure canonico dicatur id esse contra bonos mores, cujus observatio peccatum inducit, arg. d. c. cum contingat. in fin. ext. de jurejur. Dynus in d. c. non est obligatorium de reg. jur. in 6. n. 7. Capolla d. cautel. 112. n. 4. Menoch. d. consil. 1. num. 168. alique per eum relati. Et quid multis? Certissimi juris canonici est; juramentum, quod non vergit in dispendium æternæ salutis, nec redundat in alterius detrimentum, servandum esse, quicquid jus civile disponat, argum. d. c. quamvis. in fin. de pact. in 6. Rittersbus. lib. 3. different. jur. civil. & Canon. cap. 3. pag. 193.

Quemadmodum verò secundum jus canonicum, etiam in foro civili observandum, adeoque jus commune, pactum prædictum jure jurando confirmatum valet: ita communi jure civili pactio judicatur legitima, quâ non de totâ hereditate & omnibus bonis in universam, sed de quorâ bonorum, sive de certis quibusdam rebus vel bonis, post mortem relinquendis, conventum fuerit: cum eo casu libera testandi facultas non auferatur, sed restringatur solum: id quod jure prohibitum non invenitur, Barthol. Jason. & alii in d. l. stipulatio hoc modo 61. ff. de verb. oblig. Baldus, Alberic. Cagnolus num. 99. & alii in l. ult. c. de pact. Franc. Buratus conf. 136. num. 37. cum seqq. lib. 2. Curtius Junior consil. 81. num. 2. Joan. Dilest. de arte testand. tit. 2. caut. 10. Molin. consil. 15. num. 19. cum. seq. Hartmannus Hartm. forensium observ. lib. 2. tit. de pact. observ. 3. ad fin. Andr. Gail. observ. 126. num. 8. & observ. seq. num. 3. lib. 2. Franc. Vivius in commun. opinion. lib. 1. verb. pactum. n. 8. Baptista à Villalobos in communibus opinionibus. lit. P. in princ. num. 5. Dn. Collega Besold. consil. 33. num. 27. vol. 2. pag. 47. Forsterus Senior d. lib. 4. de successione. c. 24. num. 12. & 13. ubi etiam dissidentes allegat: quibus adjiciendus est Fachinus lib. 5. controvers. jur. cap. 84. & Caspar Klockius in tract. nomicopolit. de contributionib. cap. 12. num. 112. & seqq. fol. 255. Præterea jure civili pactum futuræ successionis reciprocum sive mutuum (secundum communem d. traditionem) non improbat: putâ si inter duos pluresve actum sit, ut alterutro sine liberis mortuo, bona ad superstitem perveniant, argumento l. quod autem. 7. §. si vir. 2. & l. ult. ff. de donationibus inter virum & uxorem. Marsilius singulari 333. Francisc. Vivius in communibus opinionibus in verb. pactum. num. 12. Tiraquell. d. Comment. de jure primigenior. q. 6. n. 5. ubi plures citat. Et merito quidem. Nam hoc casu non pactum futuræ successionis simpliciter interpositum: sed potius obligatio conditionalis, n. alterutro sine liberis præmoriatur, contracta censetur: quæ obligatio, existente conditione ad tempus conventionis retrotrahitur, & pro purâ habetur.

- habetur, l. necessario. §. ff. de peric. & commod. rei vendit. l. potior. 11. §. 1. ff. qui potiores in pign. vel hypoth. habeant. & l. unic. C. ut actiones ab heredibus, & cont. hered. & c. Unde pactum tale vim & speciem permutationis obtinet, tradente Accursio in dict. l. quod autem. 7. §. si vir. in verb. donatio- num. ff. de donationib. inter vir. & uxor. Rom. consil. 146. & Barbat. cons. 60. lib. 6. aut venditionis potius, quam dona- tionis similitudinem habet, ob incertitudinem eventus, arg. l. exempto. 11. (aliis, Lemptorem.) §. ult. ff. de action. empt. Joan. Fab. in l. 1. C. de inoffic. testament. Guid. Pap. cons. 214. & 217. hosque allegans Mynsing. dict. resp. 49. n. 7. & 8. ut sic insinuatio non sit necessaria, nec revocationis etiam, ob ingratitudinem, locus sit, Boer. decis. 355. Oldrad. cons. 139. n. 14. Gail. dict. lib. 2. observ. 126. n. 4. & 6. Mynsing. dict. resp. 49. n. 5. & 6. alique per hunc recensiti.
- 43 Hinc quoque est, quod pactio hodie inter conjuges frequentissima, de metua ejusmodi & vicissitudinaria suc- cessione, jure civili valere dicatur, argum. dict. l. quod au- tem. 7. §. si vir. 2. ff. de donation. inter vir. & uxor. Oldra. dict. consil. 139. Mynsingerus dict. resp. 49. num. 4. & observ. 33. ad fin. centur. 2. ubi scribit, hanc sententiam non modo notissimam Germanicæ consuetudine invaluisse, sed etiam verum esse, & in Cameræ Imperii judicando fir- matam. Idem sentiunt Petr. Duënas reg. 539. & reg. 172. Natta & Matth. Boys in dict. cap. quamvis. de pact. n. 149. Dn. Collega Besold. vol. 4. consil. 190. num. 10. fol. 275. Gœddaus de contrab. & commut. stipulat. cap. 6. conclus. 7. num. 68. 83. & 84. Petrus Heigius præallegata quæst. 23. num. 34. & seq. part. 1. alique per eum laudati & dictum supra ad §. aliæ autem. 2. tit. de donationibus num. 29. & seq. Tamen hanc sententiam receptissimam (à quâ in judicando non facile recedendum) speciosis rationibus impugnet D. Bocerus in tractat. de jure succed. in feud. cap. 2. quæst. 1. pag. 64. & seqq. Et hoc sanè pacti genus eò facilius admittitur, quod etiam aliis ratione incerti- tudinis dubique eventus ea permittantur, quæ alioqui non permitterentur, argum. l. si pater. 12. in fin. C. de in- officioso testament. ubi eleganter Siehard. numer. 3. l. si ea lege 17. & l. oleo. 23. C. de usur. Etiam autem Andreas Gailius (quem, tanquam ab hac sententiâ alienum & dis- sentientem, citat & sequitur Fachinæus dict. lib. 5. cap. 86) distinguendum putet: utrum fiat promissio mutua de succedendo per stipulationem causa donationis inter vi- vos, an verò simplex promissio per pactum de successio- ne reciproca: & hoc casu posteriore pactum non valere autem: tamen generaliter valere pactum, probabili- us esse censet. Semper enim hominum actus ita inter- pretari debemus, ut valeat potius, quam pereant, l. quotiens. 12. & l. ubi est. 21. ff. de reb. dub. l. quotiens. 80. ff. de verborum obligat. cum similibus. maximè cum hoc pactum ultimæ voluntatis, quæ interpretatione omnino juvanda est, l. in testamentis. 12. ff. de regulis juris speciem præ se ferat. Gœdd. dict. numer. 84. ubi plures refert. Interim verò aliud esse, non diffiteor, si speciatim pactum fraternitatis initum inter privatos ap- pareat. Quod quidem pactum si posteriore casu conti- neri dixeris, admittendum simul fuerit, id etiam priori casui inesse: nisi verba fortè quis magis, quam rem & mentem contrahentium spectare velit, contra notas ju- ris regulas, l. sed Celsus. 6. §. 1. vers. in emptis. ff. de contra- hend. empt. l. ita stipulatus. 115. §. 2. ff. de verborum obligat. c. intelligentia. 6. & c. propterea. 8. ext. de verborum significat. cum juribus concordantibus, quæ diligenter con- gessit Ludolph. Sebrader, in tract. feud. part. I. quæst. 5. numer. 6. Porro de pactis gentilitiis principum & alia- rum personarum illustrium ac nobilium de succedendo, & similibus pactionibus videantur Paulus Matthias Weh- nerus in libro singulari practicar. juris observ. lit. E. verb. Erbeinigung, & c. Humius d. lib. 3. var. resol. jur. civil. tract. 1. quæst. 16. Nicol. Betsius in tract. fam. illustr. c. 5. pag. 103. Gail. lib. 2. observat. 127. ibique Bernhardus Gravæus Dn. Collega Bocerus d. tract. de jure succedendi in feudum. cap. 2. quæst. 2. & 3. Arniseus lib. 2. selectio- ni Politicæ. c. 2. sect. 7. numer. 54. & seqq. pag. 249. Bart. Muscul. in disp. Balduens. de confraternitate, & c. Georg. Schonborner lib. 2. Poli. cap. 13. Petrus Heigius d.

pract. 1. quæstion. 23. alique quos refert Dn. Collega Besol- dus lib. 1. regie successionis: dissertat. 13. & lib. 1. politi- cor. c. 6. §. 8. num. 41. itemque Bullaus d. discurs. 6. de pa- cto affirmativo, conclus. 6. cum seqq. pagin. 400. & seqq. Plura sunt alia, quæ de pacti, super futura hereditate initi, genere dici possent: sed hæc, quæ difficiliora vi- debantur, attingisse satis est. Jam propius ad propositam intestatæ successionis materiam accedemus.

Jure igitur novissimo tres succedendi ab intestato gra- dus sive ordines, veteribus sublatis (de quibus infra ad §. 1. h. tit. sive nonnihil attingemus) introducti & con- stituti sunt: I. Descendentium, seu liberorum. II. Ascen- dentium, sive parentum. III. Collateralium, sive agna- torum & cognatorum, Nov. 118. c. 1. 2. & 3. Quibus tam ex veteri, quam novo jure successio viri & uxoris, seu conjugum; & postremo Fisci additur, tot. tit. ff. & C. unde vir & uxor. & tot. tit. C. de bonis vacantib. Atque ita in universum successionis ab intestato ordines quin- que intelliguntur: & præter hos jure nostro civili, nul- la ratio successionem aliam ab intestato admittit. Ideo- que à successione remouentur affines, l. virico 3. l. affi- natus 7. C. communia de successione. Doringius in Biblio- theca Jurisconsultorum. tom. 1. verb. Affines. num. 174. fol. 1105. & nutritores, qui alumnum sive alumnam ali- quam educarunt. l. nutritoribus. 10. C. eod. tit. Borcholt. in tract. de gradib. c. quibus hereditas ab intestato deferatur. pag. 177. Adamus Keller. in tract. de jure succedendi ab intest. tit. 3. n. 1. item tutores, si pupillus absque legiti- mis heredibus decesserit, argumento dictarum leg. Bar- tol. & Cagnol. in leg. quod tutela 73. ff. de reg. jur. Tremler. Disput. 16. thes. 1. sub. lit. f. vol. 2. ubi Accursium, Bal- dum, Angel. & Castrensem dissentientes citat. Ibique illud fusiùs enodat Bachovius in suis not. pag. 992. & Hun- nius pag. 196 & seqq. Atque eâ de re explicatius agetur infra suo loco n. 504. & seqq. Remouentur præterea à successione intestati, cognati spirituales, quos vocant Ca- nonistæ, tot. tit. ext. de cognition. spirituali. ut sunt, susce- ptus vel suscepta ex sacrosancto Baptismo, & qui eum eamve suscepit. Nulla quippe ex hac susceptione con- sanguinitas contrahitur; sed communio quædam, eaque sancta, inter eos inita censetur. can. ita diligere. 1. caus. 30. q. 3. Valent. Forster. de successione. lib. 4. c. 5. n. 1. & lib. 7. c. 19. n. 5. Volunt tamen Interpretes nonnulli: patrum sive compatrem teneri susceptum suum ege- num alere, & vice versâ, Baldus in Auth. nisi rogati. C. ad SC. Trebellian. Joan. Faber in Breviario Cod. ad l. 1. tit. de alend. liber. à parentib. & c. hosque citans Rittershusius in expo- sitione Novell. Justin. part. 7. c. 3. num. 10. Quibus ad stipu- latur quoque Petrus Cornel. Brederodius hic in sua Analyti ord. succed. C. pag. 229. Arcentur denique à successione hospites seu caupones, apud quos fortè peregrini vel via- tores mortui fuerint. Auth. omnes peregrin. C. commun. de success. Rittershus. d. cap. 3. n. 11. ubi id uberius explicat.

DE SUCCESSIONE DESCENDENTIIUM SEU LIBERORUM.

Descendentes sive liberi (qui appellantur descendentes; eò quod sunt in lineâ descendenti, respectu ejus, de cujus successione agitur, trademe hic Vulteo n. 19.) primum obtinent in successione locum, tam ex lege di- vinâ, Epist. Paul. ad Galatas c. 4. v. 7. ibi, quod si filius; & heres, Levit. cap. 25. v. 47. Numer. c. 27. v. 8. Deuteron. c. 21. v. 16. quam naturali, l. scripto. 7. §. fin. ff. si ta- bul. testam. nulla extab. unde liberi. l. cum ratio naturalis. 7. in princ. ff. de bonis damnator. Novell. 1. in præfat. §. primum itaque. ibi, secundum ipsam naturam. & Nov. 18. c. 1. vers. & natura primò, & c. & civili, §. sui autem. 2. ff. de hered. qualis. & differem. §. 1. infr. hoc tit. ubi habetur, quod liberi ex lege duodecim tabular. quæ pars & funda- mentum juris civilis est, ad parentum hereditatem ad- mittantur, init. tit. infr. de success. cognat. init. tit. infr. de Senatusconsulto Orphitian. Auth. in successione. C. de suis & legit. liber. l. 1. & dict. l. 7. ff. si tab. testam. nulla extab. dict. l. cum ratio. 7. in princ. ff. de bon. damnator. l. 1. ff. quis ordo

de suis & legit. heredib. dict. Novell. 118. cap. 2. §. si verò. ibi secundum personarum numerum. &c. At in stirpes fieri dicitur successio: cum pro numero stirpium, unde personæ succedentes descendunt, partes hereditarie constituantur: ita ut quælibet stirps partem suam ferat, non habita ratione multitudinis vel paucitatis personarum.

Exempli gratia: Titius habens decem vel plures liberos, moritur. Hi omnes avo succedentes, eam tantum partem accipiunt, quam parens illorum Titius, si vixisset, habiturus fuisset. dict. Novell. 118. c. 1. vers. sic tamen, &c. Mynsinger. Wesenbec. Schneidewin. & communiter Dd. in d. §. cum filius. 6. infr. hoc tit. Donell. lib. 9. Commentar. de iur. civil. cap. 2. pag. 402. lin. 20. Forster. in tract. de success. ab intest. lib. 3. cap. 34. Hemmingus Wegner. Disp. 9. ad Instit. thes. 1. ad lit. 1. & L. Joachimus Schepflitz. in not. ad promptuar. tam iur. civil. quam feud. Balshazari Klammeri tit. 24. de heredit. que ab intest. defer. §. 4. moner. 2. Idque fusius declarat Rittershusius in expositione Novellar. Justin. pars. 7. cap. 1. n. 8. Representationis autem jus antiquissimum est, utpote ex duodecim Tabul.

66 orum, dict. §. penult. infr. hoc tit. & dict. l. 3. Col. de suis & legit. liber. ejusque ratio perhibetur æquitas naturalis: dict. l. 1. §. si filius. 4. ff. de suis & legit. heredib.

67 Aliquum enim esse videtur; nepotes neptesve, item pronepotes proneptesve, in patris sui locum succedere, de §. cum filius. 6. infr. hoc tit. cum pater & filius eadem persona penè intelligatur, l. fin. C. de impuber. & al. substitut. & filius sit portio accaro patris: imò ut unus cum patre, eandem itaque. 8. caus. 1. quest. 4. Bald. in l. ult. C. de servis fugit. Paul. Coftr. conf. 264. col. 3. vol. 2. Tirquell. de jure primigenior. qual. 40. num. 31. D. Besold. in delib. iur. ex lib. 37. ff. quasi. 7. pag. 133.

68 Sed nunquid etiam abnepotes, & reliqui remotiores, hoc successione seu representationis jure fruuntur & gaudeant, opportunè queritur? Et quamvis nonnulli ultra pronepotes locum non esse representationi consentiant,

69 Bartol. in dict. l. 1. §. sed si quis. 5. ff. de suis & legit. heredib. Angel. & Fab. in dict. §. cum filius. 6. infr. hoc tit. & al. nonnulli alii: verius tamen est, jus illud in omnibus omnino descendendibus, sique in infinitum habere locum, per textum in §. alim. infr. hoc tit. ubi aperte dicitur: nepotes, pronepotes, & alias deinceps personas, adeoque etiam abnepotes & reliquos remotiores ascendentes, in infinitum parentum suorum locum substituere, & ad successionem ascendendum cum propinioriibus descendendibus admitti. Deinde eadem sententia confirmatur dicta Novell. 118. c. 1. vers. sic tamen, &c. ubi Justinianus disertè inquit: si quem descendendum filios relinquentem mori contigerit, illius filios aut filios, aut alios descendentes, in proprii parentis locum succedere. Quibus utique verbis Imperator Justinianus representationem non restringit ad certos descendentes: sed illum in omnibus locum, indelinitè & generaliter statuit. Eandem quoque assertionem corroborat l. 1. §. si filius. 7. ff. de conjungend. cum emancipato liberis ejus, & dict. Auth. in successione de nepotes & ulteriori, &c. C. de suis & legit. liber. nec non iur. renovatum Topicum Württemberg. dicto lit. Von succession. der descendenden, §. und soll solches, &c. pag. 472. Adhuc geminum potest desumi argumentum ex d. §. cum filius. 6. infr. l. 1. Primum enim ejus principium indicat; in linea descendente proximior non excludere ulteriorem sive remotiorem. Ergo nunquam ille hunc excludit. Oratio siquidem indefinita universaliter æquipollet, l. quod dicitur. 4. ff. de test. l. si ita. 43. in pr. & l. seq. in princ. ff. de legat. 2. Deinde eodem in §. subjicit Imperator: æquum esse, nepotes neptesque in patris sui locum succedere. At eandem æquitatem in ceteris quoque subesse quis non dixerit? Imò subesse ait Paul. ratio in leg. cum ratio. 7. in princip. ff. de boni damnatur. Liberis, inquit, naturalis ratio parentum hereditatem addicere, velut ad debitam successionem eos vocando. Si liberis addicere certè non tantum nepotibus ac pronepotibus: sed & abnepotibus & ceteris remotioribus addicere. Liberatorum enim appellatione non solum nepotes & pronepotes, verum etiam ceteri, quæ ex his descendunt, continentur. l. liberos.

70

71

72

73

74

75

76

220. ff. de verborum signification. D. Besold. in thesauro pract. lit. K. num. 16. pag. 463. & seq. Quin imò pronepos, decedens ante apertas tabulas, transmittit à proavo sibi relictam hereditatem in suos liberos, l. unic. C. de his qui ante apertas tabulas hereditatem transmittunt. Ergo

72 multo magis se ipsum representant: cum representatio facilius, quam transmissio inducatur. l. ut intestato. 3. C. de suis & legitimis liber. l. emancipata. 4. C. quia admitti ad bonor. possess. possunt. Denique hanc suis calculis decisionem Interpretes plerique comprobant: Antonius Gomezius tom. 1. variarum resolution. cap. 1. num. ultimus. Valentin. Forsterus libro 4. de successione. cap. 21. num.

2. 6. & seqq. hujusque filius Guilhelm. Forster. libro 3. disputat. 14. thes. 5. Ranchin. in tractat. de successione. ab intest. §. 3. num. 6. pag. 27. Borcholt. in tractat. de gradibus. tit. de successione. descendente. pag. 182. cum seq. Grassus libro recept. sent. successio ab intestato. questio. 2. num. 13. Schneidewinus hic in cap. de successione. filiorum naturalium & legitimorum simul. num. 17. Vulejus hic num. 33. Bocerius n. 32. pag. 64. Heigius capite 5. n. 51. Wesenbecius ad dictum §. cum filius. 6. num. 3. & ibi Mynsingerus num. 6. hoc titulo. & ibidem Theodorus Mar-

73 cilius Antonius Antonius Matheus in suis Not. Robertus Disputat. 13. thes. 2. Treutler. vol. 2. disp. 16. th. 1. lit. H. ibiq; in suis not. Bachovius pag. 1000. & Hummius ibidem quest. 12. pag. 203. idemque Hummius lib. 3. var. resolut. iur. civ. tract. 1. quest. 6. Paulus Boreus disputat. ad Institut. 8. them. 1. quest. 1. Rittershus. in exposit. Novell. Justin. pars. 7. c. 3. num. 15. Andreas Gerberdi Decad. 11. qua-

74 tion. 2. Schurerius in tractat. de hereditatib. que ab intest. defer. tit. 3. regul. 1. ampliat. 5. Schröter. diatrib. domesticar. decad. 6. quest. 10. Ungerpaup. Exercitior. Justin. 14. quest. 9. Arumens Exercit. Justin. 11. thes. 5. Hanonius Disputat. 12. controvers. 2. Plebs. dict. Disputat. 4. ad ius Topicum Württemberg thes. 80. ed. 1. Olemannus libro 3. disputation. juris civil. Giphani, disput. 23. num. 4. & 5.

Non adversatur isti conclusioni, quod in dict. §. cum

75 filius. 6. infr. hoc tit. nepotum tantum & pronepotum, non etiam ceterorum sit mentio. Nam id exempli causâ factum est. Exemplum autem regulam non ardeat aut restringere, sed duntaxat declarare, tralatitium est, arg. §. hactenus. 7. infr. de gradib. cognation. l. regula. 9. ult. ff. de iur. & fact. ignor. l. damni infecti stipulatio. 30. §. fin. ff. de damno infect. l. prator. 3. §. Julianus. 2. ubi exemplo manifestius fiet. ff. de collat. bon. Jus. lib. 1. singul. respons. cap. 2. num. fin. Thoming. decis. 22. num. 4. Card. Tusc. tom. 3. conclus. 549. in princ. lit. R. Quin & aliis unius

76 inclusio non est protinus exclusio alterius: sed quod una in lege est omisum, id suppleri debet ex alia lege: cum sit incivile, de sententia totius juris judicare, ut silem particula ejus locum aut inspecta, auctore Celso in l. incivile. 24. ff. de legib. Atqui ex prædictis, tam veteribus legibus, quam Novella Justiniani constitutione apparet, jus representationis non solum nepotibus & pronepotibus, sed deinceps etiam aliis descendendibus concedi. d. l. 1. §. si filius. 7. ff. de conjungend. cum emancip. liber. d. §. ult. infr. hoc tit. d. Novell. 118. c. 1.

Minus obstat l. si liberis. 23. §. 1. ff. de bonis liberis.

77 ubi nepotes patroni ad liberti successionem non admittuntur, quamdio filius patroni adest: hac addita ratione: quia proximum quemque ad hereditatem liberti vocari, manifestum est. Item illud in jure patronatus cum specialiter receptum sit: ad consequentiam non est producendum, l. quod verò contra. 14. & l. seq. ff. de legibus, &c. Ratio autem specialitatis est: tam quia jus patronatus non deferunt jure hereditario. l. ut iurjurandi. 7. §. si liberi. 6. ff. de operis libertor. Joun. Fab. in d. §. cum filius infr. hoc tit. num. 2. tum quia jus patronatus est personale: ac proinde non ita facile transmittitur, ut nepotes cum patris in locum defuncti veniant, Christophorus Castellionus in l. si duo patroni. 13. in pr. ff. de iur. Jus. conf. 215. lib. 2. Forst. d. lib. 4. c. 22. n. 6. & 7. Timani Faber d. disput. 21. ad Instit. inpr. tit. sub. th. 6.

78 Nec præterea aliquid momenti habet, si obijciatur: otio-

79 sum hanc esse, & nimis supervacuum disputationem pro-

80

81

82

83

84

85

86

87

88

89

Christiano. c. ult. num. quiritus Cubach. lib. 2. Jurisprud. publ. c. 31. num. seqq. Arnold. Engelbrecht. in Disquisit. de success. in. th. 15. Johan. Wolfgang Hiler. in resolut. tit. 7. Bull. th. 3. & seqq. D. Martinus Rümelinus, Gene', filii instar, Charissimus, d. Dissertat. 6. part. 1. a. Bull. Caroli IV Imp. th. 2. & 4. ibiq; Speidel. id ad lit. a. pag. 170. Joan. Georg. Majer. etiam Gener. xoptatiff. in Synopsi Jurisprud. Beneficiar. sect. 3. caput. 102. pag. 63. egregie Illustris Euenkel. in tra. privileg. parent. & liber. privil. 3. cap. 1. num. 23. & 4. num. 4. & seqq. Matibus. Sebastiani cent. 3. quædamque ab his allegati. Tamen si (post multos alios, cumulatim Tiraquellus d. q. 40. numer. 15.) differentia iacius ad tit. 11. libri 2. feudor. Joan. Petr. Surdus il. 403. num. 34. & seqq. lib. 3. & Goldastus, in Discusstotico d. tractat. Jacobi a Saa, & Ludovici Molina socio, prout illum allegat D. Bejoldus d. lib. 1. Politic. c. 5. num. 30. in fine.

90 Conclusioni istud non obstat, quod jus representationis hanc viam habeat, ut eo jure fretus remotior cum proximiori successione concurrat, non etiam ut proximiora prius excludat: id quod in proposito casu contingit. Nam præterquam quod dispar est causa hereditatis iutarum & regalis dignitatis, in quam jure singulari primogenitus tantum exclusis cæteris, succedit: haud tetuum est. quod representatio nis jus non pertineat in ad excludendum aliquem, qui pari sit gradu cum eo cui representationis jure ad successionem admittitur. ratum namque filii Germani, qui pares sunt gradu uncti fratribus, præferuntur in successione ejusdem dignitatis patris, & aliis similibus. Novell. 118. c. 3. & 4. post fratres autem. vers. hi autem. C. de legis. hered.

91 Secundo non obest, quod ubi valet proximitatis ratio, non possit etiam valere ratio representationis; eo quod invicem pugnent. Quia hoc falsum esse, ex d. Novell. 118. c. 3. liquido constat ubi fratris præmortui filius successio sine jus representationis ita conceditur, ut simul cum fratre supersite, suo suo, qui propinquior est, admittantur. Unde manifestum est, quod illo casu jus representationis cum proximitatis jure concurrat. Et quamvis jus representationis tantum in ordine descenditum sive liberorum, non collateralium, sit receptum, unus tamen duntaxat casus exceptus reperitur, quem introduxit Justinianus d. Novell. 118. c. 3. ubi etiam in inverso limite solistrum filiis hoc tribuit, ut si successores patres suos representarent; atque patruo succederent cum patris. Forster. lib. 4. de successio nib. ab intest. 2. & Engelbrecht in d. cum filius. 6. inf. hoc

92 Tercio non adv. rioris conditionis, ut quod alii non debeant esse detrimam licet. C. de bonis n. nepotum. l. si viva matre 3. vers. tur ad regnum, excluso pte. Atqui si nepos admittere esset conditio nepotis, quam, seu defuncti filio: melior illius. Respond. enim: filii mæ & hujus deterior, quam herede esse conditionem, si eadem, quam nepotis de in proposito diversissima est ratio ratio utriusque. Alit siquidem refert ac representat patris & filii. Nepos adeoque pro primogenito habetur. l. 3. um defunctum, liberis d. 5. cum filius. 6. infra hoc t. d. Novell. suis & legis. 3. & consequenter ejus in locum successit. 18. c. 1. & privilegio utitur fructur. d. l. qui in jus. 177. usque jure

94 Quarto nihil ad rem facit hæc ratiocinatio: quod jure primogenituræ, in successione avita antefertur pte suo: succederet vel ex consuetudine, primogenitum secundogenito anteferente: aut verò succederet, illique præferetur jure communi. Atqui non præferitur nepos patruo ex consuetudine, primogenitum ad successionem vocante, eundemque secundogenito præferente: quia non est primogenitus ex jure communi patruo præferitur: cum hoc jure beneficio representationis, æqualiter cum patruo succedat. d. 5. cum filius. 6. inf. hoc ut. Igitur consequens est: nepotem ex primogenito, jure primogenituræ, patruo suo non præferri. Nam, inquam, ratiocinatio nihil ad rem

facit. Quia respondendum: nepotem ex filio primogenito, jure primogenituræ, succedere & patruo præferri non tam ex jure communi, quam ex statuto vel consuetudine, primogenitum secundogenito anteferente. Licet enim nepos ex primogenito natus non possit, propriè & accuratè loquendo, dici primogenitus: utitur tamen jure primogeniti, patris nimirum sui, ejus in locum repente succedit, cujusque personam repræsentat, sustinet, & occupat, per rationes & jura superius allegata.

Quinò non refragatur hoc argumentum: Quod in spe tantum est, id utique transmitti non potest. l. sed si plures. 10. in princ. & l. qui habebat. 47. ff. de vulgari & pupill. substitut. l. Sempronius. 26. ff. de usu & usufruct. legat. l. si cum heres. 4. ff. quando dies legator. vel fideicom. ced. l. heres meus. 79. §. 1. ff. de condit. & demonstrat. Atqui jus primogenituræ filio primogenito detuncto, cum adhuc viveret, in spe duntaxat competeat. Ergo id ad filium suum transmittere non potuit. Hoc, inquam: argumentum non refragatur. Respondetur etenim: illud, quod dicitur, spem non esse transmissibilem, simpliciter verum non est: sed tum demum procedere, cum spes non sit firma aut radicata est, nec certa: cujusmodi non est hæc, de qua hic agitur, quæ primogenito à nemine auferri potest. Ideoque haud dubiè transmittitur. Quinimò quod spes etiam ad heredes extraneos transmittatur, luculenter patet ex §. sub conditione. 4. infr. de verb. obligationib. ubi Justinianus in hæc verba scribit: Ex conditionali stipulatione tantum spes est, debitum iri: eamque ipsam spem in heredem transmissum, si prius, quam conditio extet, mors nobis contigerit.

Sextò nihil nostræ decerpit sententiæ hæc argumenta: Si jus primogenituræ in nepotem transmittitur: tunc fit illud aut actu, aut potentiâ. At primum dici non potest: quia filius primogenitus vivo patre, non habet jus actu: ac ea propter nec illud transmittere potest. l. si quis filium. 34. C. de inoffic. testam. Secunda namque causa debet. effectum suum agere ex vi primæ causæ, arg. l. tutor. 69. ff. de fidejussorib. & l. qui id quoq. 33. in pr. ff. de donationib. A primordio quippe tituli posterior forma tur eventus. l. unico. in fine. C. d. imponenda lucrat. describe. Et omnis derivatio præsupponit vim derivantis in alterum, sine quo nulla potest fieri derivatio, arg. l. 2. ff. de stipulat. servor. Alteram quoque, quod de potentiâ est, fieri non potest: quia talis potentia effecta est caduca morte filii: atque ideo nec transmitti potest. l. un. §. in novissimo. 5. & §. fin. autem. 7. C. d. caduc. tollend. Hæc quoque, nostræ sententiæ argumentatio nihil decerpit. Quia jus competens beneficio legis (cujusmodi est jus primogenituræ) transmittitur etiam, antequam fuerit delatum: ut patet in arrogato, qui legis beneficio habet quattam in bonis arrogatoris, quam & in heredem transmittit, nondum delatum. l. si arrogator. 22. in princip. ff. de adoptionib. l. 1. §. si impubere, 21. ff. de collat. bonor. Sic & querela inofficiosi testamenti non nascitur ante aditam hereditatem l. Papinianus. 8. §. si conditioni. 30. vers. quoniam. ff. de inoffic. testam. & tamen si filius moriatur ante aditam hereditatem ab herede instituto, transmittit in suum filium querelam: licet nondum natam, nec præparatam, per textum expressum in l. si quis filium. 34. C. eod. cujus rationem glossa ibi, in verbo, causam, hanc reddit: quoniam pater spem habuit. Igitur etiam si concedatur, primogenitum vivente patre nihil juris ex primogeniturâ habere: tamen ratione spei, & ejus quidem certæ ac indubitæ, & quæ tolli non potest, hoc jus ipse in filium transmittit. Sed & illud dici poterit, quod potentia succedendi transmittatur etiam in nepotem à filio mortuo ante patrem, per Novell. 118. c. 1. Idque expressè voluerunt Gaiol. & Paul. Castrens. in l. si potest. 18. ff. de acquir. vel amit. hered. eoque referens Tiraquellus d. quæst. 40. n. 125.

Primo non frangit opinionem nostram, quod in jure patris natus filius non repræsentat patrem, sed à patruo excluditur, tam in tutela, quam in successione liberti. l. in tutela. §. si pater. 7. ff. de legitim. tutorib. l. si libertus. 23. §. 1. ff. de bonis liberis. Nam aliud statutum est in successio nibus libertorum: nam in successione sanguinis. In illis nepos non succedit loco filii, per jura modo allegata: in his secus, d. §. cum

- cum filius. 6. infra hoc tit. d. l. 3. C. de suis & legit. liber.
- 104 *Auth. cessante. C. de legitimis hered.* Ratio differentie hæc est: tum quia jus patronatus jure hereditario non deferretur. l. ut jurisjurandi. 7. §. si liberi. 6. ff. de operis libertor. & dictum supra n. 76. Tum quia favore libertatis, libertus plures patronos habere non debet. *Joan. Faber. in §. ult. infr. de success. libertor.* Jason. in l. si avia. 2. Colum. 2. C. de successor. edicto. Cæterum ad tutelam quod attinet: dici potest, quod & ea jure hereditario ad alium transire nequeat, per textum apertum in l. tutela. 16. §. ff. de tutel. sicut nec alia officia & dignitates. l. non distinguemus. 32. §. questum. 16. ff. de receptis, qui arbitrium, &c. c. uno delegatorum. 42. ibiq; glos. de offic. & potest. judic. delegat.
- 105 Octavo nihil negotii facessit, quod cessante causa, cessat effectus. l. adigere. 6. §. quamvis. ff. de jure patronat. c. cum cessante. 60. de appellat. & propterea cessante causa privilegii, cessat ipsum privilegium. l. ex facto. 43. in pr. ubi Bartol. & Bald. ff. de vulg. & pupill. substitut. Atqui in nepote ex primogenito cessat & deficit primogenitura, quæ causa est hujusmodi juris & privilegii, prælationis in successione. Ergo & ipsum privilegium, quod primogenitura tribuit, cessat & deficit. Nihil inquam, negotii istud facessit. Major siquidem propositio non procedit, quando reliquæ quædam causæ remanent & superflunt. Tunc quippe licet cesset causa, non tamen cessat effectus, propter reliquias illius causæ, arg. l. 2. & 3. ff. de act. rer. amotar. Alii in nostro casu adhuc reliquæ primogenituræ superflunt. Siquidem ex prædictis constat, jus primogenituræ à filio in nepotem transmissum ac translatum esse, Et sanè cum nepos primogenitum, patrem nempe suum, representet, & eum eodem una eademque persona habeatur: non potest dici, jus primogenituræ deficere & cessare. d. l. ult. C. de impub. & al. substitut.
- 106 Nonò & ultimò nihil movet, quod jus primogenituræ sit privilegium personale: proindeque ad heredem non transeat, l. in omnibus causis id observatur. 6. §. ff. de reg. jur. c. privilegium. 7. de regul. jur. in 6. Etenim id nostram potius confirmat, quam evertit sententiam: quippe cum ex eo evidenter sequatur, quod jus primogenituræ nec ad patrum transeat: quoniam pars patris in filio remanet, vivit, vigetque, ita ut mortuus dici nequeat, per textum rotundum in d. l. ult. C. de impuber. & aliis substitutionib.
- 107 in quâ dicitur, quod naturâ pater & filius eadem esse persona penè intelligantur. Ubi probè ponderandum est verbum, naturâ: quod arguit id ita esse non tam ex fictione, quam ex veritate ipsius juris naturalis. Est siquidem verè filius portio patris, in eoque est substantia & caro patris, imò unus est cum patre ipso, ut supra num. 67. dictum ex can. jam itaq; 8. caus. 1. q. 4. Et (ut scite scripsit Paulus de Castro conf. 264. col. 3 lib. 2.) caro filii, est veluti caro patris aucta: ita quidem, ut licet efficiatur novus homo, propter novam animam: non tamen dicatur primus homo omnino extinctus. Sicuti in simili arbor haud ob id mortua dicitur; quod, antiquis radicibus mortuis, quæ loco animæ sunt, cum vitam suppedient, novas egerit, argumento l. adeo 7. §. ult. & l. quæ ratione. 9. in princ. ff. de acquir. rer. dom. quamvis alio respectu dicatur alia arbor, propter novas illius radices. l. sed si meis. 26. §. arbor. ff. eod. tit. Ex quo consequitur: quod primogenitus non dicatur prorsus extinctus, cum nepos ex eo superest, in quem caro & substantia patris transfusa fuit. Quod & aperte significat illud Ecclesiastici. cap. 30. v. 4. Mortuus est pater ejus, & quasi non est mortuus. Similem enim reliquit sibi post se, &c. Præter hæc modo allata, complura sunt alia pro patre contra nepotem quæ facere videntur, argumenta: sed ad ea latè abundeque respondit Tiragellus in d. tract. de jure primogenitor. l. q. 40. num. 100. & multis seqq. itemq; noviter Hunnius d. lib. 3. var. resol. tract. l. q. 26. pag. 779 & seqq. quia porro jam factum primogeniti facta est mentio, & deinceps quoque ejusdem iura paulò latius declarare animus est: idcirco priusquam longius progrediar, quis dicatur primogenitus, breviter exponam. Primogenitus igitur is dicitur, qui primus natus est, sive alii post eum nati sint, sive alii ipsum secuti fuerint. cap. Joseph. §. est. de var. significat. Idque verbi etymon sive notatio aperte indicat. Primogenitus quippe is appellatur, qui primus est genitus. Atqui & eum primum esse genitum, post quem nulli alii sunt nati, quique unigenitus est, plusquam manifestum est. Carol. Molin. in Commentar. in consuetud. Paris. tit. l. §. 8. glos. 1. numer. 1. Balthasar. Thomasia tract. b. tit. 1. fol. 536. & seqq. Eandem sententiam dilucidè confirmat textus in c. 8. v. 16. & c. 18. v. 15. Numeri, item in c. 13. v. 2. Exod. quibus in locis primogenitum dicitur, omne, quicquid primum aperit vulvam, vel quicquid primum erumpit è vulvâ: nec distinguitur, utrum id unigenitum sit, an minus. Eodem non parum confert exemplum Christi, qui primogenitus dicitur Mariæ filius, etiam si post Christum ea nullos amplius liberos pepererit. Matth. c. 1. v. ult. Et nullo modo statuendum est: Josephum post miraculosam Christi nativitatem cognovisse Mariam, eamque plures edidisse liberos. Qui enim in Scripturâ (more Hebræorum: fratres Christi vocabantur, ejus cognati erant, non fratres. Neque vocabulum (donec) semper brevem alicujus rei durationem significat, ut liquet ex Genes. c. 8. v. 7. ubi ita legitur: Aperiens Noë fenestram arce, cum fecerat, dimisit corvum, qui egrediebatur, & non revertebatur, donec siccarentur aquæ super terram. Ubi ex adverbio donec minime colligere licet, quod siccatis aquis, corvus deinde reversus sit in arcam. Sic in Psalm. 110. v. 1. dicit Pater celestis ad filium suum Jesum Christum: Sede à dextris meis: donec ponam inimicos tuos scabellum pedum tuorum. Et quo certè non rectè infertur: quod cum inimici potius fuerint scabellum pedum Christi in novissimo die, & ei subiecti fuerint, non amplius sessurus sit ad dextrâ Patris. Sic quoque non rectè infertur ex d. c. 1. v. ult. Matthei. Mariam non mansisse virginem post natum Christum; sed potius ibi significatur: Mariam antequam primogenitum, nunquam antea fuisse imprægnatam: ut bene ibi uterq; Osiander, Pater & Filius, annotat. Unde merito in Ecclesiâ Dei refutatus & innatus est Helvidii error, qui Mariam plures peperisse liberos contendebat. Et hoc ipsum jam olim advertebat Hieronymus in d. c. §. ext. de verb. significat. Joseph, inquit, non cognovit Mariam, donec peperit filium suum primogenitum. Ex hoc loco quidam perversè suspicant, & alios filios Mariam habuisse: cum mos divini scripturarum sit, ut primogenitum non vocent, qui patris sequuntur, sed eum, qui primus natus fuit. Hinc hæc facit, quod in l. ex duobus. 34. in fine princ. ff. de vulg. & pupill. substitut. primus intelligitur, solum is, qui ante alium est, sed etiam is, a quo nemo est: & in l. qui duos. 9. in fine princ. de reo. dicitur quis primus decessisse, licet eum nemo decesserit. Sic & primum decretum pollatur, licet secundum non interveniat, aut subsequatur: quemadmodum & in bit Speculator. in tit. de jure in Communi. de jure fine; eumque laudans Tiraquellus in Communi. de jure primogenitorum. q. 1. var. §. Hujus primogeniti usus insignis est. Si ita legatum, quem habuit Titii relictum; Titius autem primogenitus est, tempore legati relictus Titii. Non autem debetur, legatum unico illi filio, quem nulli præcellerit, quem alii non sunt subsequitur, quem nulli præcellerit, si primogenitus solus sit, tradente Hunnio lib. 3. run: sed alii subtrahit. l. q. in fine. Primogenitus var. resolu. jur. caliter habetur, qui primus ex utero matris & si duo simul uno eodemque partu edam: sit; adeo primus ex utero prodit in lucem, quamvis & momento temporis alter eum fuerit secutus, & jure primogenituræ nihilominus gaudeat, per eum satis apertum Genes. c. 25. v. 25. & 33. ubi Jacobus prior egressus, & protinus, nullo temporis intervallo intercedente, secutus est Jacobus, illius plantam pedum manu tenens: ex isto temporis puncto jus primogenitum consecutus est, quod postmodum fratri Jacobo vendidit. Sed & alia in jure nostro ratione brevissimi temporis quid dicitur altero prius, vel posterius & in

De Hereditatibus quæ ab intestato deferuntur. 9

nuptui collocaretur, acceptis in dotem mille florenis, hereditati paternæ renunciavit cum juramento, juxta formam c. quavis. 2. de pactis. in 6. Postea decessit relictis aliquot liberis. Queritur, an ejus liberi ad defuncti avi hereditatem, tanquam nepotes, cum avunculis suis sint admittendi? Et sanè si filia, quæ renunciavit post patrem suum mortua fuerit unanimis & expedita Doctorum conclusio est: nepotes, propter renunciationem istam juratam, cum avunculis avo succedere non posse. Bellon. consil. 15. num. 14. Baptista à Villalobos in communib. opinio. verbo, filia. num. 150. Rodericus Zuaves in repetit. l. quoniam in prioribus. 32. limitat. 4. num. 9. C. de inoffic. testament. Grassus in libro receptor sentent. §. legitima. quest. 4. num. 3. aliq. per hunc adducti. Eadem de re videatur Hummus lib. 3. var. resolut. jur. civ. tr. 1. q. 17. §. 18. itemq. Rotterbushius in exposit. Novell. Justin. part. 7. c. 9. num. 9. Illud autem perplexum est, si filia, quæ paternæ (accepta dote) renunciavit hereditati vivo adhuc patre, mortem obierit: nunquid ejusdem liberi cum avunculis vel materteri suis, avi, qui post filiam decessit, hereditatem perire possint? Et (nil remorante contraria opinione Ludovici Romani l. qui superstitis. 94. num. 3. ff. de acquir. vel amitt. heredit. Decii consil. 181. colum. penult. Guillem. Bened. in c. Ramirus vers. duas habet filias. n. 181. de testam. Socini junioris consil. 67. n. 59. vol. 2. Berol. consil. 49. n. 38. vol. 1. Belloni consil. 15. n. 6. cum seqq. §. aliorum quorundam, posse verisimilior est, eaque receptior traditio.

133 Quæ quidem sequentibus potissimum innititur rationibus ac fundamentis. Primum quia ubi filia renunciat hereditati paternæ, & dotem accipit, non dicitur accipere dotem loco hereditatis: sed dote contenta dicitur hereditati adhuc sibi debite renunciare. Pater siquidem filiæ dotem dare tenetur. l. ult. C. de dot. promiss. Et nih.ominus filia patri succedit, conferendo tamen dotem l. illam 19. C. de collationib. Ergo non videtur hereditatem consecuta, seu loco hereditatis accepisse dotem: sed accepta dote, non amplius succedere potest: quia renunciavit. Filii igitur ejus, quibus hereditas avi non ex personâ matris, sed ex jure proprio defertur, illam vindicare queunt: cum neq. renunciaverint, neque ex personâ renunciantis veniant. Deinde isthæc filiæ renunciatio censetur facta sub hac conditione: si hereditas paternâ ad ipsam viventem devoluta sive delata fuerit. Atqui si filia ante patrem decedat: hereditas paternâ ei non defertur. Ergo nepotes, utpote deficiente conditione, renunciatione tacite inserta, ab avi successione non excluduntur. Qui enim sub unâ conditione renunciat, is sub contrariâ conditione non renunciat, sed hereditatem sibi, suisque posteris reservare voluisse intelligitur, argumento l. quoties 14. in fin. ff. de novationib. l. si ita sit scriptum. 45. §. 1. ff. de leg. 2. §. l. Titio usufr. 96. ff. de condit. & demonstrat. Adhæc renunciatio strictissimi juris est: nec egreditur personas renunciantium: neque etiam ad jus porrigitur, quod verbo ejus palam non est comprehensum. l. quicquid adstringendæ. 99. ff. de verb. obligat. Socini consil. viso processu in fin. lib. 1. At filia suo tantum juri, non vero liberorum suorum renunciavit: imò ne renunciare quidem potuisse videtur, arg. l. si unus. 27. in pr. ff. de pact. §. totius l. C. ne filius pro patre, &c. Quocirca liberi, non obstante matris renunciatione, ad successionem avi hoc casu pervenire poterunt. Quando enim mater renuncians moritur, superstiti patre: liberi illius statim subintrant locum matris, usque successio debetur, non quidem intuitu matris, sed provisione seu beneficio legis, tradito in Auth. cessante C. de legitimis heredib. quod beneficium ipsis adimmi non debet, arg. l. si arrogator. 12. §. 1. ff. de adoptionib. §. l. si quis filium. 34. C. de inoffic. testam. Præterea aliquid firmamenti nostra sententia habet ex l. si ex patre. 10. §. 1. in fin. ff. de bonis libertor. §. l. si quis filius. 6. in princ. ff. de iustis, rupt. irritis factis test. ubi expressum est: quod, si pater exheredet filium suum, qui nepotibus ante testatorem, isthæc exhereditatio non nocet. Ergo eodem modo non nocet nepotibus in propositâ specie renunciatio, per matrem facta: quominus ad successionem avi perveniant: quia valide sumitur argumen-

tum ab exheredatione ad renunciationem, ut Paulo Castrensi. ad d. l. qui superstitis. 94. ff. de acquir. vel amitt. heredit.

Nec adversatur, quod liberi, tanquam heredes, 135 missionem sive factum & renunciationem matris habere teneantur; eique, petendo avitam hereditatem, contravenire nequeant, l. filiam. 31. ff. de liberali. l. ex qua persona. 147. ff. de reg. jur. l. cum à matre. C. de rei vindicat. Nam liberi, si post obitum matris, te avum defunctæ, ad bona avita aspirant: matris, heredes extiterant, renunciationem promissionemve nimè impugnant. Illa siquidem, ut antè dictum, tacitè hanc conditionem annexam habet: si successio seu hereditas matri deferatur. Unde facillè intellectu est, in eventum, si fortè mater ante patrem suum, atque ante delatam sibi hereditatem, vitam cum morte commutaverit, renunciationem factam non esse. Ea quip conditionis natura est, ut prius impleri, quam emolumentum ex illâ quæri debeat, l. pecuniam, quam. 36. ff. de re credit. si cert. petat. l. necessario. 8. in princ. vers. quod pendente. ff. de peric. & commod. rei vend. l. Thais 41. Stichus. 11. ff. de fideicommissar. libertatib. l. Merius. 51. ff. de condit. & demonstrat. l. hoc jure. 10. ff. de verbor. obligationib. & nisi in veritate impleta fuerit, nihil (uti nostri Dd. loquuntur) ponit in esse, argum. l. filiusfamilias 114. §. cum erit. 13. ff. de legat. 1. l. si quis sub conditione. 8. ff. si quis ommissa caus. testantur. l. si post diem. 6. §. 2. ff. quando dies legator. cedat. l. Arescuf. 15. ff. de statu homin. l. ult. §. ex hoc apparet. 8. ff. de verb. oblig. l. cedere diem. 213. inique Alciat. num. 12. ff. de verb. signific. l. si ea conditio. 3. §. l. seq. C. de conditionib. incert. Corn. consil. 79. n. 11. vol. 3. Paris. consil. 32. num. 4. §. 17. vol. 1. Barjat. consil. 44. num. 28. vol. 1. Gail lib. 2. observ. 132. num. 3. Id- 137 que non tantum in expressâ, sed & tacitâ conditione locum habet, per textum in l. item quia. 4. §. hujus rei. 2. §. ibi gloss. super verb. cautio. & Dd. communiter. ff. de reb. cred. si cert. pet. l. si qui 9. vers. num. quadam in sermone tacite excipiuntur. ff. de servitutib. §. l. res in dotem. 42. ff. de jure dot.

Nec hanc assertionem turbat l. conditiones. 99. ff. de 138 condit. & demonstrat. ubi Papinianus ostendit, quod eaq. quæ tacite insunt, legatum vel obligationem conditionalem non faciunt: ut, fructus fundi si legati fuerint, quamvis hi sub hac conditione, l. si nati fuerint, relictis intelligantur: nihilominus tamen, si legatarium ante horum proventum decedere contingat, ejus heredi debentur. l. cum illud. 25. ad finem. ff. quando dies legator. cedat. Sic eadem ratione asserendum videtur: quod renunciatio, licet conditio ejus tacita in vitâ renunciantis non extiterit: nihilominus post hujus obitum, in persona heredis impleri possit. Hoc, inquam, assertionem nostram non turbat. 139 Nam in conditionibus potissimum locum voluntas tenet, earumque sensus magis, quam verba, amplectendus venit, respondente Ulpiano, in l. si quis in. 3. §. conditio. 9. ff. de adimend. vel transer. legat. Quod utique in tacitis conditionibus maxime dicendum est: cum ex non verbis exprimi, sed ex solâ disponendum voluntate colligi solent. Quamobrem hac etiam in parte si disponentium mentem perscrutari consideraverimus: ingens horum casuum differentia & discrepancia apparebit. Testator etenim fructus purè legando, hosce omnino legatario, ejusque heredibus acquiri voluit: nec ullam proculdubio, si mortis tempore extitissent, conditionem adiecit. Ideoque ex præsumptâ disponentis voluntate, legato istiusmodi nullam conditionem, sed præstationi moram duntaxat injectam esse, Paulus respondit, l. quod purè 6. §. 1. ff. quando dies legat. cedat. Aliter se res habet in conditione istâ tacitâ: si hereditas paternâ filie renunciavit delata fuerit. Omnis namque renunciationis vis & efficacia in istâ consistit: eaque ut subintelligatur, ipsa rei natura ac subiecta materia sonat, dicatque. Alias enim hoc renunciationis pactum non subsisteretum nulla vi- 140 ventium hereditas aut successio esse, & consequenter de ea nulla pura renunciatio fieri possit, l. 1. ff. de hereditate vel act. vend. d. l. qui superstitis. 94. ff. de acquir. vel amitt. heredit. Neque etiam negotium facillè, quod liberi here-

matris, ejusdem juri sint obnoxii, non active tantum, & passive. l. hereditatis. 119. ff. de verb. significat. l. eadem. 59. & l. hereditas 62. ff. de reg. jur. Cum enim inter nullum jus habuerit in vivi patris futura hereditatem non entium nulla sit qualitas. l. decem. 116. ff. de reb. obligat. proindeque renunciationis illius effectus ipsa dilatus sit in futuram patris mortem: in eam autem mater non supervixerit: sequitur inde, quod matris renunctio isthac nihil officiat liberis: quippe cum patris hereditas & renunctio illa se mutuo arguant, ut abjectum & adjunctum: & subiecto deficiente, ipsa quoque adjunctum deficiat: ac ea propter renunctio la perinde habenda sit, ac si non esset facta à matre, vivo patre defuncta. Cum ergo renunctio illa, & effectus ejus non continebatur sub jure matris tempore mortis ipsius, haud dici potest, quod ea liberis obesse queat. D. Collega Bocer. in hoc tit. num. 41. & seq. part. 66.

141 Nihil quoque obstat, quod heres & defunctus habeantur pro una eademque persona: proindeque quod defunctus pepigit, & heres pactus conseatur, Novell. 18. in fine prefationis. Quandoquidem illud ex fictione juris venit: siquidem in rei veritate diversae sint personae. Sed & illud procedit in his, quae heres immediate à defuncto habet tanquam heres. Atqui in nostra questione filii successionem avitam non tanquam heredes matris, sed ex proprio jure obtinent. Ergo quoad illam non representant matrem: nec eadem persona cum matre dici possunt.

142 Praeterea non obstat cap. 1. An agnatus vel filius defuncti possit retinere feud. &c. tit. 45. lib. 2. feudor. ubi filii non possunt habere feudum ex pacto & providentia, & repudiare hereditatem patris: & tamen illud feudum habent ex persona propria, videlicet ex providentia primi domini, concedentis feudum, & dispositione legis. Sic etiam proposito in casu licet filii veniant ex persona propria: tamen cum sint heredes matris, pactum matris approbare debent. Hoc, inquam, non obstat. Quia renunciationis pactum à matre factum, propter non impletam conditionem pro non facto habetur. Renunctio enim (ut jam supra inculcatum numer. 133. & 135.) sub ea conditione videtur facta: si matri hereditas paterna delata fuerit. At verò hereditas illa matri non fuit delata. Quapropter renunctio, tanquam deficiente conditione, pro non facta habetur, argum. l. qui heredi. 44. & l. Marcius. 55. & similitum ff. de condit. & demonstrat. Concludendo ergo intrepide statuendum est: cum vinculum renunciationis per obitum matris, adeoque per conditionis defectum penitus sublatum sit & nepotes avitam successionem non ex matris, sed propria persona agnoscant: maternam renunciationem, cujus virtus in eos descendere non potuit, nullà ratione iis, in avita hereditate obtinenda, obesse aut prajudicare posse. Et hanc, utpote frequentioribus calculis receptam sententiam, tenent & plenius explicant Barthol. & Paulus Castrenses in d. l. qui superstitis. 94. ff. de acquir. vel amit. heredit. Baldus, Alexander, & ceteri in l. pactum. C. de collationibus. Idem Baldus in l. fin. C. de pact. Natta in c. quibusvis. de pactis. in 6. & ibidem Matth. Boys. part. 2. n. 124. cum seqq. ibidemq. Covarruvias. §. 2. num. 4. & rursus §. 3. num. 7. Maranta Disput. 10. Wesenbec. consil. 11. num. 14. & consil. 71. n. 16. & aliquos seqq. Cephalus consil. 308. num. 51. consil. 334. & consil. 650. num. 78. Cravetta consil. 84. numer. 5. & consil. 127. cum. 1. Goradini consil. 75. in fin. Grassius d. §. legitima. quest. 4. numer. 3. & l. Erchovius communium. conclus. cent. 6. conclus. 100. Tiracuell. in Comment. de jure primogenitor. quest. 40. num. 113. & 120. Branchorst. cent. 1. Miscellan. controvers. assert. 18. Villabona in commun. opin. littera F. numer. 151. Stephan. Ranchini in annotat. ad Guid. Pap. quest. 598. Pachinon lib. 3. controvers. jur. cap. 23. Ludovic. Moros. consil. 22. num. 1. cum seqq. Martini. Pistoris lib. 4. quest. 7. num. 4. & seqq. Berlichium part. 2. conclusio. practicabil. conclus. 43. numer. 17. cum seqq. pag. 925. & seqq. Dominicus Card. Tuschus tom. 6. pract. conclusio. lib. R. conclus. 181. num. 36. & seqq. D. Wold. in delibatis jur. eccl. lib. 2. Pand. stud. 14. numer. 19. pag. 205. cum seqq. & in the-

sauro practico lib. V. n. 23. p. 809. Paul. Emil. Gall. in tract. de exceptionib. in success. tam ab intest. quam ex testam. part. 1. tit. 2. except. 1. fol. 73. cum seqq. Forsterus junior. in tract. de pact. c. 6. pag. 163. cum seqq. & Barthol. Kellenbentz. de renunciatione succession. quest. 33. pluresque alii, ab his cumulatim citati. Quod faciunt etiam valde, quae tradita sunt à Georgio Beato in decisionib. antinomiar. questio. 26. Item à Dn. Nicolao Varenbülero, consil. 13. & Francisco Hufmanno consil. 14. vol. 1. Consiliorum. D. Besold. fol. 286. & multis seqq. nec non Doctore Marta tom. digestorum novissimorum, tit. renunctio. cap. 7. & seqq. fol. 292. Et de renunciatione filiae jurata, plura notatu digna tradit Rittershusius lib. 3. different. juris civ. & can. cap. 5. pag. 201. & seqq. Porro an & quatenus filius primogenitus juri primogeniturae renunciare queat, ubertim explicant Tiracuellus d. Commentar. de jure primogen. quest. 26. & 27. Arnoldus Engelbrecht. in Quest. de Success. in Electorat. th. 21. & D. Rümelin. d. dissertat. 6. part. 1. Aur. Bull. Carol. IV. th. 7. & 9. Ceterum quod supra num. 57. dictum est, descendentes vel liberos parentibus aequaliter succedere: id procedit quidem in liberis, qui ex eodem matrimonio, iisdemque nuptiis procreati sunt; at secus est, si liberi diversi matrimonii fuerint. Tunc enim unaquaeque soboles donationem propter nuptias, vel dotem sui parentis praecipuam habet: in aliis bonis illi aequaliter succedunt, l. cum aliis. 4. C. de secund. nupt. Novell. 22. cap. 29. Borcholt. d. tract. de gradib. tit. de success. descendit. in fin. pag. 185. & in Commentar. ad consuetud. feud. cap. 7. de successionem. num. 16. Grass. d. lib. sententiar. §. successio ab intestato quest. 17. & Heigius hic cap. 5. num. 83. & subsequenti.

Planè non solum jure civili, sed & feudali liberi aequaliter succedunt, cap. 1. §. & quia vidimus. de his, qui feud. dare poss. tit. 1. lib. 1. feud. cap. 1. de successionem feud. tit. 8. lib. 1. feud. beneficio representationis retento, ut nimirum primi gradus liberi in capita; ulterioris verò, in stirpes succedant, dist. tit. 8. ibi nepotes ex filio, loco sui patris &c. lib. 1. Roland. à Valle consil. 68. n. 22. & seqq. vol. 1. Henningus Goden consil. 21. num. 1. Antonius Gabriel. Roman. lib. 4. conclus. tit. de successionibus ab intestato. conclus. 1. numer. 7. Hum. in suis resolut. ad Treutler. vol. 2. dispute 16. (vel 15. ut ipse numerat) th. 1. quest. 13. pag. 205. Et possunt liberi inter se feudum suo arbitratu dividere: nisi feudum sit regale, quod ex lege Friderici Imperatoris, propter conservationem dignitatis & splendoris familiarum, dividi nequit, per textum apertum in tit. 55. de prohibita feudi alien. per Frider. §. praeterea ducatus. lib. 2. feud. latè Andreas Gail. observ. 153. lib. 2. Leopoldus Northoff in chron. comitum de Marcha, hancque referens Goldast. lib. 2. de majorat. cap. 17. n. 51. Theodor. Reinkingh in tract. de regim. secul. & ecclesiast. lib. 1. chif. 4. cap. 17. num. 10. & Borcholt. d. Comment. feud. c. 7. num. 40. & seqq. ubi plures citat. Quamvis enim feudum per se & sua natura sit individuum; ut & usufructus, ceteraque servitutes: utilitatis tamen causa indiduum est, ut materia feudi instar usufructus, id est, fructus ipsi dividantur. d. tit. 55. §. praeterea ducatus. lib. 2. feudor. junctà l. usufructus & ab initio. §. ff. de usufruct. D. Bocer. class. 5. Disputat. 18. thes. 19. ad lit. b. edit. 2. Hincque Gunther. lib. 8. de rebus gest. Friderici I. Imp. serò circa finem ita canit:

Marchia seu Comitatus possessio, sive Ducatus, Integra permaneat. Feudalia cetera multis Participanda patens.

Cum autem Imper. Friderici constitutio feudum regale, veluti regnum, ducatum, marchionatum & comitatum, dividi diserte vetet: in questionem non immerito vocari potest: ecquid primogenitus in successionem feudi regalis, & dignitatem annexam habentis, ceteris suis fratribus praeferrì debeat? Et debet praeferrì, non sine ratione affirmatur, argum. Aures Bulla Caroli IV. tit. 24. §. 6. ceteros Principes. & §. seq. D. Bocer in tract. de jure succed. in feud. c. 3. quest. 48. Goldastus d. lib. 2. de Majorat. cap. 15. eosq. referens D. Rümelin. Gener mihi charissimus, Dissert. 4. part. 3. th. 4. Sed & jure primogeniturae evi-

denter satis ex ipso jure divino constat, *Deuteron. cap. 21. vers. 17. Genes. cap. 27. vers. 29. Paralipom. lib. 2. cap. 21. v. 3. & alibi.* Quinimò ordo non solum naturæ ac divinæ legis, sed etiam omnium ubique gentium jus istud approbat. Naturâ squidem comparatum est, ut majores natu imperent, præsent, dominantur, juniores serviant, subsint & obediant: idque vel inter bruta animalia observari videmus. *Arist. lib. 6. histor. animal. cap. 18. Plinius lib. 11. cap. 40. Aelian. lib. 3. de natura animal. Ac* certè olim tam apud Ægyptios, Moabitas, Albanos, Græcos, Athenienses, Macedones, Trojanos, Persas, Numidas, quàm Germanos, omnesque gentes consuetudo fuit, hodieque est, & ea quidem à jure approbata: ut in his, quæ dignitatis sunt, primogenitus cæteris præferatur, uti videre est ex exemplis, quæ allegant *Petrus Gregor. Tholos. lib. 7. de Republic. cap. 5. Bodinus lib. 6. de Republic. cap. 5. Tiraquell. in præfat. Commentar. de jure primigenior. num. 22. & multis seqq. D. Besold. lib. 1. de regia success. dissertat. 4. & 6. n. 15. item lib. Politic. cap. 6. num. 27. Ernest. Cothman. consil. 1. num. 202. & 284. & seqq. vol. 5. Adde Joannem Georg. Majer. Generum mihi itidem dilectiss. in Synops. Jurisprud. Beneficarie sect. 3. cap. 9. n. 101. pag. 63. Hinc natu majores sive seniores anteponendos esse minoribus, haud obscure innuit Callistratus in l. semper 5. ff. de jure immunit. Hinc etiam Alexander Imperator Ulpianum Jureconsultum, parentem suum vocavit, eò quòd esset senior. l. ex divi. 4. C. de locato & conduct. Hinc quoque seniores primo loco sedere debere, arguit l. 2. C. de Præfatis Prætorio, &c. Et, illo jure naturæ inter Principes violato, sæpius corrigitur; ut gravissima bella, funestissimaque parricidia sint secuta. *Bodin. & Petr. Gregorius Tholosanus locis præallegatis. Justin. lib. 16. & Livius lib. 10. belli Maced. Sed consulari D. Hummii lib. 3. & var. resolut. jur. civ. tract. 1. quest. 22. & seqq. ubi* elegantior ostendit: jus primogenituræ non solum ex jure naturæ & gentium descendere: verum etiam consuetudine & statuto rectè induci posse. Eadem de re plenissimè dissertat *Andreas Tiraquellus d. Commentar. de jure primigenior. quest. 4. & seqq.**

At quid judicandum, si primogenitus sit ignavus, iners, deformis, balbus, luscus, claudus, gibbosus? numne ideò sceptrum de manibus illi extorquenda? Minimè hoc fieri posse, rectè statuitur: Quia nullæ corporis aut animi deformitates tantæ esse debent ut propter eas ab homi jure omnium gentium communi discedatur. Ac melius utique est; sub gibboso, aut claudus esse Principe, cui consilium probum adjungi potest, quàm sub Principe integro, cui malum consilium esset. Ideòque memoriæ prodidit *Herod. lib. 5. quòd apud Lacedæmonios Agelilaus, etsi claudus, tanquam proximior, ad regnum sit vocatus. Sic Ungariæ Comitæ Colomannum primogenitum, Alino fratri secundogenito prætulerunt: tametsi gibbosus, claudus, luscus & balbus fuerit, referente Hemming. in geneal. reg. Ungar. Similiter Carolo VIII. Regi Gallorum, quamvis corporis totius effigies fuerit deformis, regni administratio commissa fuit. Paul. Emil. lib. 10. histor. Franc. Pontan. lib. 2. cap. 34. Nec præterea propter ignaviam & inertiam primogenitus est repellendus: cum per procuratores aut vicarios, si per se nolit, aut nequeat, administrare possit. Quamobrem rejeantur ex successione Principes primogeniti, vel in memoriam priorum, vel ex lege, vel quia etiam tales, per se non valentes imperare, sint utiles Reipublicæ, quam si novâ electione cardines totius pacis ac Reipublicæ essent commovendi. *Petr. Gregor. d. lib. 7. de Republ. c. 6. Bodin. d. lib. 6. de Republica. c. 5. Verum an & quatenus primogenitus, qui ad regnandum inhabilis videtur, à successione sit removendus, latius explicant. Tiraquellus d. Comment. de jure primigen. quest. 23. adducens in Comment. ad consuetud. Paris. tit. 1. § 8. gloss. 1. quæ 2. num. 26. Keckerman. lib. 1. Politic. 4. Dn. Besold. d. lib. 1. de regia success. dissert. 10. edit. 2. Ludovic. Molin. lib. 3. de jure prim. cap. 2. Georgius Ritter. in dissertat. de hominibus subjectionis cap. 3. concl. 56. & Arniseus. lib. 2. relectionis politica. c. 2. sect. 8. num. 62. pag. 295. Illud hoc loco breviter admonendum: quòd pater secundogenitum primogenito præferre haud possit: propterea quòd jus pri-**

mogenituræ à lege delatum & quæsitum primogenitus obtineat: ac proinde ei à patre illud auferri nullo modo queat, arg. l. id quod nostrum. 1. ff. de reg. jur. cum nec ipse Imperator de plenitudine potestatis, alteri jus quæsitum adimere valeat, ut fusiùs demonstravimus supra ad princip. tit. de rer. divis. n. 95. & multis seqq. Illudque copiosissimè explicant *Tiraquell. d. Comment. de jure primogenit. q. 21. Arnold. Engelbrecht. in Quest. de success. in Electorat. th. 21. eesque laudans D. Rünclin. Dissertat. ad Aur. Bull. Caroli IV. th. 6.*

Sed non minus ardua, quam pulchra hic emergit quæstio: an & is primogenituræ jure scuatur, qui alios quidem nativitate præcessit: eò autem tempore pater illius regnum, de cujus successione agitur, nondum acquisierat? Et affirmatæ sententiæ firmissimum positum est fundamentum in l. senatoris. 5. ff. de senatoribus. ubi Ulpianus respondit: senatoris filium non solum accipiendum esse eum, qui naturalis est, verum adoptivum quoque: nec refert, in senatoriâ dignitate constitutus eum susceperit: an ante dignitatem senatoriam. Quam legem cum nonnulli ex adversariis videant nostram firmiter stabilire sententiam, in voculâ susceperit receptaculum quaerunt, dicentes; ibi per susceptum non significari natum, sed conceptum. At frustra. Siquidem hoc loco per susceptum denotari natum, dilucidè probatur l. filius emancipatus. 25. ff. de ritu nupt. ubi susceptus filius dicitur avo heres esse: quod sine absurditate dici non posset, si acciperetur pro concepto. Posthumus enim, antequam nascitur, neque homo. l. in Falcidia. 9. in fine ff. ad leg. Falcid. neque in potestate patris. lult. ff. de collat. honor. neque pupillus est. l. non est pupillus. 161. ff. de verb. signif. nullò minus heres dici potest. l. posthumi. 3. §. 3. ff. de inst. rupt. irrit. fact. testam. Hæcque inter conceptum & susceptum differentia ad oculum patet ex l. ex factio. 17. §. ex factio. 5. ff. ad senatusconsult. Trebell. quæ luce aut declaratione non indiget. Non igitur in d. l. senatoris. 5. ff. de senatoribus. à propria verbi significatione recedendum est. l. non aliter. 69. in princ. ff. de legat. 3. præfertim cum ipse contextus & comparatio filii naturalis & adoptivi id exigant. Verbum etenim susceperit non tantum ad filium naturalem, sed etiam ad adoptivum est referendum: quòd certè sine absurditate fieri nequit, si susceptum dicimus pro concepto. Nemo quippe adoptivum dixerit concipi. Quòd conferunt etiam haud parum l. filius. 22. §. senatores 5. ff. ad municip. l. qui ad tempus. 2. §. in filiis decurionum. ff. de decurionibus. & fil. eor. l. moris. 9. §. sed utrum. 14. ff. de penis l. cum advocatio. 8. ibi, cum liberis quandocumque genitis. C. de advocat. divers. judicior. l. 2. C. de advocat. divers. judicior. l. neque Dorobœum. 61. l. neminem. 64. & l. seqq. C. de decurionibus. l. si senator. 11. C. de dignitat. c. ad extirpandas, &c. adhuc. extr. de filiis presbyt. Et ratio esse poterit: quoniam bona patris liberis contingunt, quia sunt liberi; & non quia patris in dignitate fuit positus, aut nonnullâ habitâ etiam ratione temporis, sed solius mortis. Proinde merito Imp. Antoninus ad id tempus refert considerationem officiosi & inofficiosi testamenti paterni. l. cumqueritur. 6. C. de inoffic. testam. Præterea licet natus ante regnum patris, interim dum pater est privatus, non dicatur filius Regis: attamen cum primum pater Rex fuit, is quoque filius Regis fuit, per jura supra allegata, & ita continuò incipit esse primogenitus Regis. Si enim filius Regis est, & nemo illum præcedit: consequens est, ut sit primogenitus Regis, Cap. Joseph. ext. de verborum significat. Adhuc nisi hæc admittetur sententia: iugens absurditas inde sequeretur; videlicet, quòd si rex decederet, relicto unico filio, qui natus esset ante regnum partum, is non succederet. Sequeretur item & alia absurditas, quòd præferrentur in successione regni aut comitatûs, nati post dignitatem illius, de cujus successione agitur, exclusi. ante natis proximioribus: fortè in gradu, contra jura, quæ primo loco admittunt proximiores. l. 2. §. hæc hereditas 2. ff. de suis & legis heredibus. §. si plures. 5. infr. de legit. agnat. success. l. 1. §. si quis & mor. 7. ff. unde cognati. Itemque sequeretur, quòd filii non succederent in quibuscumque rebus, post eorum civitatem acquisitis, sed eos excluderent postea nati: quòd nullo jure cautum reperitur. Quin ex jure communi liberi omnes nullo delactu æqualiter succedunt.

cedunt. l. inter filios. 11. C. famil. erisc. l. penult. in fin. C. de communi divid. l. ut liberis. 17. C. de collationib. Denique isthac decisio exemplis quoque sive præjudiciis firmari poterit. Darius enim ipse sic judicavit, cum duo ipsius filii, Artaxerxes & Cyrus natu minor, de regni successione contenderent: quorum ille ante regnum patri quæsitum; hic verò postea natus erat: Artaxerxem, utpote natu majorem, Cyro prætulit: quamvis nihil non ageret mater Cyri, ut ipsum Artaxerxi præferret. *Plutarch. in Artax. à princ.* Idem fuit judicium Herodis, cum Antipatrum, ante principatum de privata uxore sibi genitum, Alexandro & Aristobulo, se Rege natis anteponeret. *Joseph. lib. 16. Antiq. c. 3.* sic & Peiga apud Ungaros, à Bela II. adhuc privato genitus, sine controversia, de consensu populi, exclusit Ladislaum, Stephanum & Almu, post adeptum regnum procreatos; ut à *Michaele Riccio in Regibus Ungarie scriptum est.* Sed & in Germania nostra Ottoni Magno frustra se opposuit Henricus frater: quod Eberhardus, Comes Palatinus, & Giselbertus Lotharingæ Dux, ipsi suggestissent, potiorē sese regni heredem esse, quod à patre in Imperio, Otto verò, antequam Imperium Henrico Aucupi à Conrado I. traderetur, natus esset. *Siberr. in Otton. H. M. Chron. Germ. lib. 13.* Quin & novissimè habemus exemplum in Electoratu Saxonie, scilicet in Christiano II. excellentis recordationis. Is enim natus erat Anno Christi 1583. vivente adhuc Avo Augusto Electore; quo tempore Christiani II. Pater Christianus I. Electoria dignitate nondum fulgebat. Anno Christi 1585. Electore Patre Johannes Georgius natus est. Patri verò Christiano I. rectè successit ipse filius primogenitus Christianus II. Quo mortuo demum, Johannes Georgius, qui hodie rerum potitur, ad Electoratum admissus est. *Anton. Coler. de jur. Imper. German. sect. 52.* Atque ita sentiunt Civierus in tract. primogenitura. lib. 1. quest. 12. Tiraquell. in Commentar. de jur. primigenior. quest. 31. num. 12. & 27. & per notata ejusdem de Nobilitat. cap. 15. num. 7. Forster. lib. 4. de successio. lib. cap. ultim. num. 36. cum seqq. Horom. illustr. quest. 2. Heigius hic cap. 5. num. 71. Hackelman. illustrum question. Disput. 18. thes. 5. Trentler. Disput. 19. thes. 16. vol. 1. ibique videatur Bachovius in suis not. pag. 238. & seq. Illustris Du. Buechel. in tract. de privileg. Parent. &c. privil. 3. cap. 5. Hanonius Disput. 12. ad inst. sub thes. 4. Henning. Arniseus polit. lib. 1. c. 9. pag. 222. & d. lib. 2. relectionis Politice. c. 2. sect. 11. per tot. D. Collega Besoldus d. lib. 1. de regia success. differtat. 7. item lib. 1. Politicor. c. 6. §. 5. num. 29. Paulus Berens disput. ad inst. 8. item 1. quest. 3. Menoch. lib. 5. de præsumptionib. præsumpt. 23. n. 38. & consil. 677. n. 5. ubi duos viginti Doctores recenset, probantes; hodie magis receptam esse sententiam; filium Regis haberi & nominari qui natus est, antequam pater regnum nancisceretur, ad hoc, ut antequam primogenitus Regis ad regnum perveniret queat. Eum refert & sequitur Andreas Knichen in Commentar. de Saxon. non provoc. jur. c. 3. n. 51. cum seqq. Idem tenent Molinæus in Commentar. ad consuetud. Paris. tit. 1. §. 8. §. 1. quest. 11. n. 55. Bod. in lib. 6. de Republ. c. 5. n. 714. Nicom. Bersius in tract. de patris famil. illustr. c. 8. pag. 468. Humius d. lib. 3. var. resol. tract. 1. q. 25. opin. 4. Joan. Cammannus diss. 4. de jurib. majestatis. thes. 20. cum seq. Thomas Michael. in disput. de jurisdic. th. 132. Gerlac Buxtorff. ad Auream Bull. c. 7. conclus. 85. tit. B. Joan. Schröterus d. trib. domesticar. deced. 7. quest. 8. Andr. Gerhard. ad cap. 7. Aur. Bull. apud Ariam. in Discurf. Acad. 21. th. 11. & seq. Quirin. Cubach. d. lib. 2. jurispr. publ. lib. 2. c. 31. n. 11. Martin. Ramelin. d. differtat. 6. ad Aur. Bull. th. 5. ibique Speidel. in addit. ad lit. a. p. 172. Wülfers. in exercit. juris publ. 2. quest. 14. pag. 79. Petr. Greg. Volosun. lib. 7. de Republic. cap. 9. Covarruv. lib. 2. variar. resolut. cap. 8. num. 5. vers. scilicet, &c. ubi utramque in partem plures adducit.

Huc decisioni nihil refragatur l. Senator 11. C. de dignitatib. lib. 12. ex cujus principio apparet, si quis filium procreaverit, antequam senator factus sit, eum hominem privatum & plebeum, non verò filium senatoris esse. Nam (rejectione diversis aliorum conciliationibus, Quaren. lib. 2. disputat. universar. cap. 29. & Paen. cent. 1. §. 10. p. 404.)

quest. 39.) lex ipsa de speciali quodam senatorum privilegio intelligenda est, scilicet de immunitate functionis globalis, id est, pensionis, quæ ex possessionibus ætario inferitur: à quâ pensione & canone immunes sunt senatores, & eorum liberi. l. 2. C. de prætorib. & honore præture, &c. Veruntamen ab isthac functione globali immunes non censentur senatoris filii, qui nati sunt, antequam pater senatoriam dignitatem suscepisset. Atque illud est, quod in d. l. si senator. 11. in princ. C. de dignitatib. rescribitur, privatos esse senatoris filios, id est, plebejos, qui editi sunt, priusquam pater senator esset: quemadmodum ex Cod. Theodosiano istam legem interpretatur Cujacius ibidem, eumque referens Du. Collega Bocer. in tract. de regalibus c. 2. n. 11. Sic decurionis filius, ante patris decurionatum natus licet dignitate patris gaudeat; non tamen omnibus sui patris privilegiis lætatur, uti arguit textus in dict. l. 2. §. in filiis. vers. & quidem quantum pertinet. ff. de decurionibus. Sic quoque illustrium virorum filii, ante dignitatem parentum editi, quamvis dignitate paternā potiantur, non tamen à curiali conditione & functione liberi pronunciantur. l. Doctus. 63. §. 1. & l. seqq. l. penult. & ult. C. de decurionibus. nisi quædam familia ex speciali privilegio conditione & functione istâ, libera reperitur. d. l. neque Dorotheum. 61. C. eod. Cum ergo de speciali duntaxat functione, nimirum curiali, prædictæ leges agant: malè inde colligitur, quod illustris filius non sit, qui ante illustrem patris dignitatem est natus. Verum ut omnis difficultas removeatur facilius, dicendum videtur quod filii, ante patris dignitatem suscepti, fruantur quidem eadem dignitate, maximè quoad pœnas quasdam evitandas; non autem, quoad onera publica sustinenda: & de pœnis evitandis est textus dict. l. 2. §. 2. ff. de decurionibus. & in severam. 10. C. de dignitatib. D. Bocer. d. tract. de regalib. c. 2. n. 13. Ad alia, quæ opponi nostræ sententiæ solent, respondent Arniseus & Hunnius locis præallegatis. De eadem questione vide quoque latè disputantem Erasmus Ungewaur. exercit. Justin. 2. quest. 13. pag. 69. & seqq. edit. ult. nec non D. Besoldus in delibatis juris. ex lib. 1. Pand. tit. 9. de senatorib. n. 39. pag. 135. & seqq. itemque Jeremiam Reusnerum in methodo juris feudalis disp. 6. th. 54.

Quoniam porro jure civili liberi utriusque sexus succedunt. Novell. 118. cap. 1. §. item veteras. 15. infr. hoc tit. & attigimus supra num. 57. jure tamen feudali regulariter masculos tantum, non etiam feminas succedere, indubitatum est. tit. 1. §. hoc autem notandum. 3. & tit. 8. de successione feudi. §. filia verò. libro 1. feudor. c. 11. de successione fratrum. §. 1. vers. ad filias verò & tit. 50. de naturâ successionis feudi. lib. 2. feud. Hujusque multiplex affertur ratio: Tum quia scemina ab omnibus civilibus officiis remota est, l. 1. §. 1. & l. 2. §. 1. ff. ad Senatûsconsultum Vellejan. l. 2. ff. de regul. jur. nec militaria munera sive servitia (ob quæ concedi feuda solent. tit. 24. §. item. qui dominum. lib. 2. feudorum.) obire, & dominum armis in pugna juvare & defendere potest. Bald. in l. ult. num. 1. & 7. C. de suis & legit. Roland. à Valle consil. 41. num. 11. vol. 4. Jacobin. de S. Georg. in tract. de feud. in verb. Marchio. in Italia. num. 4. Alexander consil. 10. viso instrumento. num. 2. vers. sed præmissis. col. 5. Cravett. consil. 6. num. 77. volum. 1. Borchart. de feud. cap. 1. num. 19. Puls. lib. 1. de feud. cap. 4. num. 3. & cap. 9. num. 26. Quod spectat, quod Homerus tradit lib. 6. Iliados: Telam & eolum, & ancillarum curam, esse mulierum propriis; bella autem virorum, his verbis:

ἀλλ' εἰς ἄκρον ἰῆσα, τὰ σάυτης ἔργα κέμει,
ἰσόντ' ἡλακάτυντε, καὶ ἀμειπόλοισι καὶ λυτοῖς
ἔργον ἐποιχέσθαι, πῶλεμθ'. δ' ἀνδραγαθὸν μέλεισσι
πᾶσι.

Et illud Ovidii lib. 12. Metamorph.

Columq;

I cape cum calathis, & flamma pollice torque:

Bella relinque viris.

Item illud Virgilio lib. 7. Aenidos:

Bella viri pacamque gerans, quæ bella gerenda.

- 161 Tum quia ratione verecunditæ naturalis, ac honestatis publicæ, mulier cohibetur virorum, maxime si illustri fuerit, immiscere se non potest, arg. l. 1. §. secundo loco. ff. de postuland. l. si qua illustri. §. C. ad SC. Orfit. l. optimam. 14. vers. cum itaq; C. de contrah. §. Comm. stip. Bald. in d. l. ult. num. 7. C. de suis & legit. Borch. de feud. d. c. 1. num. 19. Schurer. in tract. de hered. quæ ab intest. defer. t. 9. Plebst. disp. feud. 7. th. 34. sub lit. a. Tum quia ob sexus imbecillitatem seu fragilitatem (propter quam multis casibus supposita & obiecta est: d. l. 2. §. verba ff. ad Senatusconsultum Vellejan.) & futilitatem levitatemque naturalem, secreta domini sibi commissa retinere, adeoque ea præstare nequit, quæ fidelitatis forma, feudorum jure præscripta, à vasallo exigunt. tit. 5. §. 6. l. 2. feudor. Curtius junior de feud. part. 3. membr. 1. n. 1. Decian. consil. 58. n. 45. §. 48. Sousbecc. in Commentar. ad usus feud. part. 9. n. 120. Vultejus dist. lib. 8. de feud. cap. 9. n. 26. Gregorius Rolbagius in certaminis masculino semine acie virib. cap. 1. num. 13. §. cap. 23. n. 9. pluresq; alii ab eis relati. A quo non multum abludivit Johannes Polthius part. 5. delictar. Poëtarum Germanor. illustr. pag. 224. ita canens:
- Quam vaga, quam levis est pictarum turba volucrum,
Liberior magnam quæ ter inane volat;
Tam leve, tamq; vagum genus est muliebre; nec ullis
Legibus adstringi carceribusq; potest.
- Uti & Johannes Sprengius part. 6. delictar. Poëtar. Germ. illustr. pag. 305.
- Femineo generi nemo concedere quidquam
Audeat: inconsians & leve pectus habet.
Omnia nosse cupit mulier: secreta revelat:
Et, nisi quod nescit, nil retinere potest.
- 163 Tum etiam quia feudi successio pendet à domini concedentis voluntate, quæ verisimiliter hæc est: ut soli masculi in feudum succedant. D. Bocer. class. 5. Disp. 18. th. 13. sub lit. a. edit. 2. §. in tract. de jure succedendi in feudum. cap. 3. quest. 3. pag. 125. Tum denique quia vasallus inter pares ejusdem curiæ judicare debet, secundum cap. un. de controvers. feud. ap. par. termin. tit. 16. lib. 2. feudor. §. cap. un. an apud. judic. vel cur. domini quasi. feud. deb. tit. 46. lib. 2. feudor. à quo tamen officio foeminas publicè l. ge. remotas constat, d. l. 2. ff. de reg. jur. l. fin. C. de recept. arbit. Wilhelmus Fornerius Aurel. in Commentar. feud. sub tit. diversa filior. parent. succed. genera. vers. jure civili filie. &c. Quamvis ergo filia vasalli armis adueta, & militæ dedita sit: in feudum tamen succedere nequit: sicut (contra Andreæ de Isernia ad tit. 1. §. hoc autem notandum. numer. 20. §. tit. 8. de successione feudi. §. hoc quoque. libro 1. feudor. §. Hieronymum Garzon. in tract. de femina. ad feud. recip. col. 24. vers. vigesimo primo, &c.) Doctores communiter exultinant: Martinus Landens. Matthæus de Afflic. Liorius & Alvarott. in §. §. quia, de his, qui feudum dare poss. tit. 1. libro 1. feudor. Petrus Ravennas in §. hoc autem notandum. eodem tit. Zofius in epitom. feud. part. 8. de feudi successione. n. 36. Joann. Thomas de Marinis tit. 11. de feudo femineo. num. 22. & hos, aliosq; referens Hartmannus Pistoris lib. 2. questionum jur. question. 34. num. 3. Neque juvat dissentientium opinionem, quod lex de his constituitur, quæ frequenter, non quæ raro contingunt. l. 3. §. trib. seqq. ff. de legibus. proindeque dicendum; sub lege feudali, quæ accentur à successione feudi foemine, non intelligi foeminas armis aduetas. Cum enim legis illius feudalis ratio sit non modò, quod foemina ad militiam & arma minus apta est: sed & quod consilia domino suggerere, & secreta ejus conticere nequit: quæ duo etiam sub fidelitate feudali continentur, tit. 5. §. 6. l. 2. lib. 2. feud. patet inde luculentè, quod mulier armis adueta succedere legè feudali non prohibetur. D. Bocer. in tract. de jure succedendi in feud. cap. 3. quest. 31. in fine. Henric. à R.enthal. in tract. totius jur. feud. cap. 6. conclus. 34. n. 14. Licet præmissa feudum generatim sit concessum primo acquirenti, & ejus heredibus: tamen filia primi acquirentis, ut quæ hæc concessione non comprehenditur, in feudum non succedit. In feudis enim appellatione heredum intelliguntur tantum heredes feudales, qui maris sunt, non foemine: Per remota expressum in tit. 12. de aliena-
- 169 tione feudi. §. etsi clientulus. lib. 1. feud. §. tit. 34. de lege Corradi. §. similiter. lib. 2. feudorum. Forsterus libro 3. de successione. cap. 34. num. 4. §. seqq. Fachinus libro 7. controversiar. jur. cap. 3. 4. 7. 42. & 43. Mynsinger. centur. 5. observat. 72. numer. 6. Henon. Disput. 12. sub controversia. 5. Zasius consil. 11. numer. 5. §. consil. 13. numer. 25. volum. 1. Decian. consil. 45. num. 14. volum. 2. Besold. & Wiebel. in Dissertat. de jure mulier. singulari. part. 2. conclus. 75. §. seqq. In tantum autem à feudi successione foemina excluditur: ut neque illo casu, quo feudum alicui, & heredibus ejus quibuscunque datum fuit, admitti videatur: cum appellatio heredis jure feudorum ad filios duntaxat vasalli pertineat, ut modò ostensum: & dictio, quibuscunque, restringenda sit ad personas habiles, & intelligenda juxta materiam subiectam, argum. l. ult. §. ibi gloss. C. sine censu vel reliquis feudum comparari non posse. l. 1. ibi. unusquisque. C. de Ecclesiis. l. 1. ibi, quibuscunque ubi gloss. C. de fide instrumentor. cap. 1. §. ultim. de jurejurando. in 6. Baldus in cap. 1. donare. num. 4. qualiter olim poterat feudum alienari. tit. 9. lib. 2. feudor. §. ibidem Martinus Landens. Præpositus & Schenck Baro. Alexander. consil. 30. num. 11. volum. 1. Cornutus consil. 199. num. 69. volum. 2. Rubens consil. 110. num. 9. Decius. consil. 171. numer. 6. §. consil. 185. vers. secundo respondetur & consil. 193. numero 5. in fin. §. consil. 208. num. 11. Beccius consil. 101. numer. 38. Cephalus consil. 2. num. 15. Barbat. consil. 63. num. 11. lib. 1. Menoch. consil. 1. numer. 456. Zasius dist. epitom. feud. part. 8. num. 62. vers. quid autem, si feudum. Vultejus dist. libro 1. de feud. cap. 9. num. 29. in fine. D. Bocer. d. tractat. de jur. succed. in feud. cap. 3. quest. 39. At quia longo usu, communique applausu recepta est opinio eorum, qui feudum hereditarium esse volunt, quoties in investitura heredis facta est mentio: ac proinde illud etiam ad foeminas, & quoscunque alios heredes transire, asserunt: certè ab isthac opinione in praxi recedendum non erit. Eamq; comprobant Baldus sibi non constans in leg. 1. quest. 45. §. 48. ff. de rerum divis. §. in cap. in presentia. numer. 20. de probat. §. in cap. 1. in princ. numer. 19. de prohibit. feudi alienat. per Frid. Curt. Jun. in tractat. feud. part. 3. n. 62. Jason. in leg. 2. num. 198. Cod. de jur. emphyte. Albertus Brunus consil. 16. vers. quintus est etiam casus Socii. senior. consil. 297. volum. 2. Socin. junior. consil. 72. num. 23. vol. 1. Gordin. consil. 6. num. 43. §. consil. 8. nu. 25. Roland. à vaille consil. 3. n. 65. §. consil. 69. num. 49. §. consil. 96. num. 37. volum. 1. §. consil. 79. n. 34. volum. 2. §. consil. 1. num. 47. volum. 3. Riminald. consil. 65. num. 19. Cravenz. consil. 256. Borsat. consil. 22. volum. 1. Molinaus in addit. ad Alexandrum. dist. consil. 39. num. 15. volum. 1. §. consil. 105. num. 4. volum. 6. Fachinus dicto libro 7. controversiarum jur. cap. 6. Joan. Baptista à Villalobos in communibus opinionibus lit. F. num. 2. §. Soares. in thesaur. recept. sent. lit. F. num. 99. aliq; plures, quos referunt & sequantur Ludolphus Schraderus in tractat. feud. part. 7. cap. 3. num. 1. §. Hartm. Pistoris lib. 2. quest. 1. num. 39.
- De feudo franco, id est, à servitiis libero, an in illud filia succedat, mirè controvertitur? Et quamvis opinio nem affirmativam amplectantur Baldus in cap. 1. §. quid. num. 19. de his, qui feudum dare poss. tit. 1. lib. 1. feud. Rom. singulari 168. incipiente, hodie foemina. §. §. consil. 33. §. consil. 367. n. 12. Alexand. consil. 29. num. 1. §. dict. consil. 30. num. 24. volum. 1. Warmser. de feud. observat. 14. vers. sicut etiam videmus. Paris de Puteo, de re integrat. feud. cap. 108. num. 7. Ruin. consil. 24. num. 9. vers. §. similiter. §. consil. 38. num. 7. volum. 1. Grat. consil. 9. num. 153. vol. 1. Jul. Clarus in §. feudum, quasi. 73. n. 7. & alii memorari & probati à Vultej. lib. 1. de feud. c. 9. numer. 41. pagin. 419. §. Hartmanno Pistor. dist. lib. 2. quest. 34. num. 29. 33. §. seqq. contrarie tamen sententia, utpote de jure veteri, habebant Martinus Landens. in dict. cap. 1. §. quia. num. 29. de his, qui feud. dare poss. Jacob. de S. Georg. de feud. super verb. §. foemina. num. 5. Duar. de feud. c. 10. num. 7. Hartmann. lib. 2. feud. c. 8. Franc. Curtius Junior in tract. feud. part. 3. n. 5. Zasius dist. epitom. feud. part. 8. num. 44. Schrader. dist. tractat. feud. part. 7. cap. 4. num. 15. Borcholt. de feud. cap. 7.

- cap. 7. num. 68. Henricus à Rosenthal. in synopsi juris feud. cap. 7. conclus. 87. & d. tract. totius jur. feud. c. 7. conclus. 34. num. 10. cum seq. D. Bocerus prædicta clas. 5. Disputat. 18. thes. 13. ad lit. d. & d. tract. de jur. succed. in feud. c. 3. quest. 29. Eiusque ratio non difficilis aut obscura est: Tum quia generaliter placitis feudorum definitum est, foeminas à feudi successione arceri. dict. tit. 1. §. hoc autem notandum. & dict. tit. 8. §. filia. lib. 1. feudorum cum similibus
- 173 supra citatis. Generali autem regule inherendum est, donec ejus exceptio demonstretur: arg. l. ab ea parte. §. ff. de probationib. l. sius quoque. 4. §. putò. ff. de heredi. instituend. cap. ad decim. 2. in fin. de restitut. spoliat. in G. Decus in l. 1. num. 7. de regul. jur. Thraquel. in tractat. de utroque retract. part. 1. §. 1. gloss. 9. num. 211. Tum quia feudorum in libris dux tantum exceptiones proponuntur, quibus etiam foemina ad feudi successione admittitur. Prima est: si eo pacto specialiter datum sit feudum, ut & filia sit foemina in illud succedat. dict. tit. 1. §. hoc autem & d. tit. 8. §. filia. lib. 1. F. & tit. 1. §. ad filias. & tit. 50. in princ. lib. 2. feudor. Altera: si feudum sit foemineum, id est, à foemina primò acquisitum. tit. 30. in princ. & dict. tit. 50. in pr. lib. 2. feudor. Schrader. d. part. 7. cap. 4. n. 48. & Borholt. dict. cap. 7. num. 69. pag. 158. quibus in locis plures allegant. Unus autem, vel alterius casus exceptio, est reliquorum omnium casuum inclusio. l. questum. 12. §. idem respondit. domo instructa. 43. ff. de instructo, vel instrument. legat. l. cum prator. 12. in princip. ff. de judic. l. nam quod liquide. 4. §. fin. ff. de penulegata. Tum quia licet feudum francum in eo, quod à servituti liberum est, à communi feudorum naturâ recedat: eandem tamen in cæteris retinuisse, existimandum est, tit. 48. & tit. 26. §. penult. lib. 2. F. Zasius d. Epitom. feud. part. 12. num. 3. Sonsbec. in Commento. ad usus feud. part. 4. num. 6. Curtius junior dict. tract. feud. part. 1. quest. 6. Molinæus in consuetud. Paris. tit. 1. §. 30. num. 100. in fine. Tum etiam: quia non ea solummodò causa est, cur mulier à successione feudi removeatur: quod ipsa dominum armis juvare in bello non possit: sed & alias ejus rei esse causas, jam supra expositum est, n. 160. & seqq. Quamvis ergo feudum à servituti sit liberum, haud tamen liberum putatur ab aliis oneribus, vassallo incumbenibus, quæ sub formâ fidelitatis comprehenduntur, in tit. 5. 6. & 7. lib. 2. F.
- 177 Hanc decisionem negatam non evertit textus in tit. 140. casus, quibus foemina in feudo succedit, in capitulis extraordinariis, ubi in fine principii expressò foemina ad feudi successione admittitur, cum id sic datum est, ut nullum pro eo servitium fiat. Nam extraordinaria ista capitula in explicando quidem jure feudorum dubio, alienius momenti esse possunt: at cum reliquis duorum librorum juris feudistici titulis parèi auctoritatem non habent: sed apocrypha & suppositicia appellantur, adeoque authentici esse negantur. Ideoque contra juris feudorum placita, aut eorum rationes allegari nequeunt: ut, post Bald. ad tit. de successione fratrum §. ad filias. lib. 2. & sententia Alexand. consil. 29. in fin. vol. 1. Jacobinus de S. Georgio in tract. de feudis in verb. §. foemina. num. 3. Curt. jun. eodem tract. p. 3. memb. 1. num. 5. vers. nec obstant. &c. & num. 14. & Duarenus in Commentar. in consuetud. feud. cap. 10. num. 7.
- 178 Similiter nihil resistit, quod foemina à feudi successione arceatur, eo quod servire feudum non valeat, per textum in tit. 36. an mutus vel alius imperfectus feudum retineat in fin. lib. 2. F. ut proinde si liberum sit feudum, nullique servitio obnoxium, ad feudi successione foemina admitti debeat. Item si servire feudum non tantum est, arma juvare dominum in bello, aut quod aliud manuum ministerium illi prestare sed & fidem, consilium & taciturnitatem ei exhibere: quemadmodum arguit forma fidelitatis proposita sub d. c. 6. & 7. lib. 2. feudor. Cum autem foemina ob sexus fragilitatem inops sit consilii: & propter loquacitatis, garrulitatis & facilitatis vitium, ne secreta domini pandat, suæque fidei commissa atque concedita revelet, vehementer obviandum sit: merito à feudorum successione eliminatur, & repellitur.
- 179 Nihil item adversatur, quod ubi plures sunt dispositiones alienius casu, cessante ea, quæ inter illas est potissima

(qualis in proposito est servitium manuum, & quidem militare) cesset etiam dispositio, arg. quoniam. §. §. porro. & si autem. ext. ut lite non contestata non procedatur ad testimonium receptionem, &c. Quandoquidem illud obtinet, si cæteræ causæ sint merè accessoriæ: quia semper ejus, quod principale est, ratio habetur; non etiam ejus, quod accessorie & secundario live in consequentiam venit, l. 1. ibi, prima enim ratio, &c. ff. de auctorit. & consens. tutor. cum similibus, collectis à Tiraqueo in tractatu regule, cessante causa, cessat effectus. limitat. 22. num. 22. & seqq. Quando autem cæteræ causæ etiam per se, vel conjunctim necessario considerantur; licet potissima cesset causa: non tamen cessat effectus. arg. §. assuitatis. 6. & §. seq. §. de nuptiis & l. si non lex Aelia Sentia. 83. ubi Bald. & Johan. de Imol. ff. de heredi. instituend. Nicol. Everard. in locis legalib. in loc. à cessatione rationis. num. 5. vers. secundò istud limitatur, &c. Cum ergo, præter servitium manuum, vassallus domino suo etiam fidem, consilium & taciturnitatem debeat: in tantum, ut his non præstitis, feudum amittat: mulier verò, propter sexus imbecillitatem, mentis inconstantiam, & inutilitatem naturalem isthæc prestare non valeat: certe nec in feudum francum succedere poterit. Adde, quod, licet cesset in feudo franco servitium: non tamen cessat primi concedentis voluntas, qui tribuendo feudum masculo, voluit: ut in id mares duntaxat, non etiam foemina succederent.

Ex modò allatis & declaratis pendet quoque decisio illius questionis: an foemina patri suo succedat in feudo, pro quo servitium ejusmodi est præstandum, quod foemina non minus decenter & commode, quam masculus, explicare possit. Quamvis enim in extraordinariis capitulis, dicto tit. 104. casus, quibus foemina in feudo succedit, foemina ad hujusmodi feudum aspirare valeat non tantum si fuerit sola, sed & si cum fratre concurrat: attamen eadem jus succedendi etiam in tale aliquod feudum placitis feudorum denegari, abundè evincunt rationes, paulò ante in patrocinium proximæ questionis adductæ, & refutatio argumentorum, quibus Doctores opinionem suam affirmatam fulcire & confirmare conantur. Atque insensitum Andreas de Isern. ad tit. 23. in quib. caus. feud. amitt. lib. 2. F. Curt. Junior. in tract. feud. part. 3. n. 12. Zas. in epitome feud. part. 8. num. 49. Duaren. de feud. d. c. 10. num. 7. Schraderus de feud. d. part. 3. cap. 4. num. 10. D. Bocerus d. clas. 5. Disput. 18. th. 13. ad lit. e. aliq. ob his allegati. Tametsi plerique alii contradicant, quos referunt & sequuntur Hartmannus Pistoris d. lib. 2. questionum jur. q. 34. num. 37. & Vultejus d. lib. 1. de feud. cap. 9. num. 42.

De feudo emptitio, an in hoc foemina succedat, non leve etiam est Doctorum nostrorum contentio. Et sanè non desunt qui in eo foeminam succedere opinantur, Odofridus in sua summa. tit. qui poss. succed. in feud. Jason. in l. 1. non. §. 1. C. de jure emphyteut. & cons. 57. num. 3. vol. 1. Roman. cons. 367. num. 12. & ibid. Mandos. in addit. & singul. 184. Rymus cons. 18. num. 18. vol. 1. Goradin. cons. 9. num. 55. & cons. 56. num. 19. Campeg. inter Brun. consil. 11. num. 7. Bologn. cons. 9. num. 55. & cons. 10. num. 47. Natt. cons. 216. num. 3. & seq. vol. 1. & cons. 393. num. 8. vol. 2. Rolland. à Vall. consil. 2. num. 3. & 33. & cons. 48. num. 7. & cons. 90. num. 13. vol. 4. Anton. Ruben. cons. 110. num. 3. Decius cons. 208. num. 2. & consil. 269. num. 4. & cons. 424. n. 14. & consil. 398. num. 14. Cephal. cons. 3. nu. 115. cons. 173. num. 8. Decian. cons. 54. num. 50. Matheus Grimald. in thesaur. commun. opin. lit. F. in verb. in feudo empto. Schirerius in tract. de heredit. quæ ab inter. desor. tit. 9. limitat. §. Jul. Charus lib. 4. sententiar. §. feudum. quest. 73. num. 6. ubi hanc opinionem sibi magis placere, magisque communem & veriorē esse dicit. Atque tandem, ut de jure veriorē, ac melioribus fundatam rationibus, judicando sequendum, & secundum eam in Camera Imperiali judicatum & observatum esse, testatur Andreas Bail. lib. 2. observ. 159. n. 5. vers. & hanc partem affirmatam, &c. Verum ego cum illis non conveniende auctoritatis interpretibus longè non valens, tum receptum esse censeo, foeminam nequaquam succedere in feudo empto. Tum quod generaliter foemina in feudo succedere jure feudorum vetatur, duobus

duobus casibus exceptis, quorum superius n. 174. mentio facta est: inter quos hic non reperitur. Tum quod foemina præstare ea nequit, quæ forma fidelitatis à vasallo desiderat atque exigit. Et licet feudum pecuniâ comparatum, ob id, quod contra communem feudorum naturam gratuitum non est, improprium videri possit: in reliquis tamen, quæ de naturâ feudi esse dicuntur, sicque etiam, si de ejus successione quæretur, propriam suam naturam retinet per triam illam ac vulgatam regulam: quod feudum in unâ sui parte alteratum, in cæteris suam naturam retineat, Socin. in Gallus. 29. Et videtur. 12. in verb. etiam si parente. col. 2. vers. quam conclusionem limita. ff. de liber. Et posthum. heredit. instit. Quod autem Doctores præallegati pro confirmatione suæ opinionis asserunt; feudum emptum esse instar bonorum allodialium, atque in eo succedi jure contractûs emptionis-venditionis, non jure feudi: id ipsum est, de quo quæritur, & (ut Logici vocant) petitio principii, & probatur incertum per æquæ incertum: imò verò jam non feudum, sed allodium esset dicendum. Huicque sententiæ subscripserunt non inviti Andreas de Isern. Martinus Laudens. Et Præpositus num. 62. in d. c. 1. §. Et quia de his, qui feud. dare poss. in usibus feud. Zaf. in epit. feud. part. 8. num. 37. Et part. 12. n. 21. Hanne-ton. lib. 2. de feud. cap. 8. Somsbec. in Commentar. ad usum feud. part. 9. num. 122. Pistoris. lib. 2. quest. 34. n. 8. Et quest. 38. num. 47. Molin. conf. 1. num. 427. Et conf. 443. num. 69. Alciat. respons. 170. num. 3. Wesenbec. conf. 2. n. 91. Mynsinger. cent. 5. observ. 73. Borcholt. de feud. cap. 7. num. 65. Garzon. in tract. de femm. ad feud. admittend. Et c. restit. 6. Kirchovius in thes. commun. opin. cent. 3. concl. 46. num. 14. Schrader. in tract. feud. part. 6. cap. 4. num. 5. Vulceus lib. 1. de feud. cap. 9. num. 44. alique plures ab iis relati. Quibus etiam novissimè accedunt D. Bocer. d. class. 5. Disput. 18 thes. 13. lit. f. Et copiosius d. tract. de jure succed. in feud. c. 3 q. 26 Gothofredus Antonius Disput. feudul. 6. thes. 1. lit. f. Niellius disput. feud. 5. thes. 3. sub. lit. a. Et D. Wolff, in Prodro-mo responsor. Et consilior. jur. n. 212. Et multis seqq.

De feudo item ligio (quod à ligando ita dictum videtur: quia id habens arctiore fidelitate domino suo obligatus & obstrictus est, adversus omnes homines, Alvarrot. in proem. feud. num. 32. Duaren. de feud. c. 4. n. 3. Somsbec. in d. Commentar. ad usum feud. part. 4. num. 26.) an in eo succedat foemina, variant Interpretes? Affirmativam certè partem secuti sunt numero non pauci, Curtius jun. in tractat. feud. part. 1 quest. 8. num. 26. Johannes Ferrarius Montanus lib. 1. feudor. cap. 6. vers. sextam speciem. Thomas de Marin. titul. 11. de feudo femineo. num. 24. Alexand. consil. 30. n. 2. vol. 1. Alciat. respons. 176. num. 3. Forster. lib. 4. de successione ab intestat. cap. 23. num. 58. Decius consil. 139. n. 1. Ripa respons. 1. n. 75. vol. 1. Gozad. consil. 56. num. 21. Socin. jun. conf. 77. num. 22. vol. 1. Et conf. 1. num. 36. vol. 4. Sed neque istud feudum ad filiam sive foeminam esse transitorium, arguunt sufficienter rationes suprà propositæ, Et idem taculenter tradunt Menochius consil. 1. n. 473. vol. 1. Borcholt. de feud. d. cap. 7. num. 70. Schrader. d. tract. feud. part. 7. c. 1. n. 9. Rosenthal. in synopsi juris feudul. c. 7. conclus. 101. Et in tractat. notius jur. feud. c. 7. conclus. 34. n. 12. D. Bocer. d. tract. c. 3. quest. 30. Vulceus d. lib. 1. de feud. c. 9. n. 43. Gothofred. Anton. d. disp. feud. 6. th. 1. ad. lit. d. alique per hos designati. Nec affirmantium opinionem tueretur, quod ajunt: ligii vasalli non modò personam, sed & bona omnia potestati & jurisdictioni domini subjiciuntur: ac proinde justum esse, & æquum, ut in hoc feudum etiam foemina succedant: ne propriis quoque vasalli bonis priventur. Falsum namque est, ligii vasalli personam & bona etiam non feudalia submitti jurisdictioni ac potestati domini: quippe cum vasallus subdit domino ratione tantum feudi, non generaliter in omnibus, per text. in Clement. Pastoralis, ibi ratione regni. tit. de sentent. Et re jud. item in tit. 54. de alio. diis. circa finem. ibi. pro quantitate feudi, Et c. Et tit. seq. 5. firmiter. lib. 2. feudor. Bocer. d. quest. 30. Enim verò si alicubi recepta sic consueverunt, ut foemina in ligium succedant feudum: admittuntur etiam foeminae vi consuetudinis il-

lius; uti tradiderunt Curtius Jun. d. tract. de feud. part. 1. c. 9. n. 26. Jason. in prælud. feudor. n. 11. Menoch. consil. 1. n. 474. Somsbec. in Commentar. in usum feudor. part. 4. n. 26. Rosenthal. d. tract. feud. cap. 7. concl. 34. num. 12. alique ab eo relati.

Quemadmodum verò filia patri suo in feudum non succedit: ita nec ejus liberi masculi in illud successionem sibi vindicare possunt; per textum expressum in titul. 1. §. hoc autem notandum. lib. à. P. Et titul. 11. de successione fratrum. §. ad filias lib. 2. F. D. Bocer. d. class. 5. disput. 18. thes. 13. lit. b. edit. 2. D. Besold. in tract. de success. reg. lib. 1. dissertat. 12. n. 1. Et 2. Cujus juris rationes hæc reddi solent. I. Quia foemina semel à successione feudi exclusâ, filii ex eâdem nati, tanquam in alienam familiam, patris scilicet sui recepti, l. familie, 196. §. 1. ff. de verbor. signif. propter corruptam radicem non admittuntur. Radice siquidem infectâ, infectum etiam censetur omne id, quod ab eâ descendit, argument. l. 3. C. de bonis matern. l. 1. §. hujus rei ff. de officio ejus, cui mand. ej. jurisdic. l. tria prædia. 31. ff. de servitut. rusticor. præd. II. Quia impedimentum obstat defuncto, obstat ejusdem etiam successoribus: cum successor melioris conditionis esse non debeat, quàm solius antecessor, quod ipsi. 143. ff. de reg. jur. d. l. 3. §. nam licet. C. de bon. matern. III. Quia nemo plus juris in alium transferre potest, quàm ipse habet, l. nemo. 54. Et l. nemo plus commodi. 120. ff. de reg. juris. IV. Quia filius eo ipso, quod vult succedere, surrogatur in locum matris. Atqui surrogatum sapit naturam ejus, cujus in locum surrogatum est, argum. l. si eum 10. §. qui injuriarum, ubi Bartol. Bald. Et Jason. ff. si quis cautionibus in judic. sistendi caus. fact. non obtinet. V. Quia successiones sunt non per saltum, sed gradatim & ordine juris servato, l. 1. §. prius ff. de success. edict. l. penult. ff. unde cognati. §. placebat. 7. infr. de legit. agnator. succession. Ernest. Cothman. consil. 26. num. 89. lib. 1. Rittershus. d. exposit. Novell. Justin part. 7. c. 1. n. 12. idèque necesse est, ad hoc, ut gradus sequens admitti possit, gradum præcedentem successionis esse capacem, argum. l. meminimus. 15. C. de legitimis hereditibus Et l. Divo Marco. 11. Cod. de questionibus. VI. Quia destructo antecedente, destruitur & consequens, argum. d. l. 1. §. hujus ff. de offic. ejus, cui mandata est jurisd. Nicol. Everb. in Topic. legal. loc. à destru. Et c. VII. Quia in successione fideicommissi si mater excluditur, exclusus quoque censetur ipsius filius, qui ex matris persona vult succedere, Johan. Andr. in Addit. ad Speculat. de testam. in fin. Alexand. consil. 56. n. 4. vol. 5. Corn. consil. 124. n. 14. vol. 2. Ruin. consil. 39. num. 11. Et consil. 120. num. 13. vol. 1. Grat. consil. 120. num. 11. vol. 2. Nat. consil. 187 in fin. vol. 1. Argumentum autem à fideicommissis ad feudum, receptum esse, ostendit Menochius consil. 89. num. 65. lib. 1. Et consil. 400. num. 42. lib. 4. Et Vulceus lib. 1. de feud. c. 9. num. 27. ubi hanc sententiam pluribus Doctorem auctoritatibus confirmat.

Insignis & spinosa, diversisque diversorum Interpretum opinionibus utramque in partem quasi fluctibus agitata, questio est: utrum foemina semel per masculum à successione feudi remota, perpetuò maneat exclusâ: an verò deficiente masculo, jus adhuc succedendi in feudum habeat? Facti species talis sit: Cajus Sempronius de feudo antiquo investivit, addito hoc expresso pacto: ut ipse Sempronius, & ejus descendentes heredes masculi & foeminae id obtinere possint. Sempronius postmodum moritur, relictis filio Pamphilo, & filia Julianâ. Pamphilus filius feudum illud successionem acquirit: adeoque sororem suam Julianam excludit. Sed feudo acquisito, Pamphilus postea sine liberis decedit: proindeque Julianâ in feudum istud succedere intendit. At Cajus, dominus feudi, morte Pamphili ad se feudum revertisse, ipsamque Julianam per Pamphilum fratrem semel exclusam, in perpetuum penseri exclusam & repulsam à feudi successionem, asserit. Quæritur modò, ecquid feudi dominus Cajus ipsi Julianæ, an verò Julianâ Cajo, feudi domino, jure præferatur? Et multi, siquæ magni nominis Jurisconsulti, tam veteres, quàm recentiores, omnino existimant: in proposito themate Julianam Cajo præferri, siquæ foeminam per masculum à feudo semel exclusam, non perpetuò intelligi

à feudi successione remotam. *Jacobus de Belviso, Martinus Laudensis* & *Cujacius* in titul. 6. §. quin etiam lib. 1. feudor. *Jacob. de Ardizone* in summa feud. part. 3. titul. de feud. success. vers. inde videtur, &c. *Petrus de Monte forti*, quem refert *Matth. de afflic.* in d. §. quin etiam. *Sonsbec.* in Commentar. ad usum feud. part. 9. num. 130. & seqq. *Guerrin. Pifo* in pralud. feud. cap. 40. vers. quarta species. num. 27. *Wesembec.* de feudis cap. 6. num. 23. *Jul. Clar.* in §. feudum. quest. 80. num. 2. *Joann. Fichard.* in additionibus ad *Joannem Baptistam à Villalobos.* libr. commun. opin. lit. F. num. 60. *Harmann. Pistor.* lib. 2. question. jur. quest. 36. n. 5. & seqq. *Rosenthal.* in synops. feud. cap. 7. conclus. 96. *Vultejus* lib. 1. de feud. cap. 9. n. 52. & seq. *Mynfinger.* 5. observ. 74. num. 8. *Forster.* lib. 3. de successione. cap. 14. in fine. *Petrus Heigius.* part. 1. quest. 26. *Loriot.* in tit. de his, qui feud. dar. poss. §. & quia. vers. sed dubium. *Matth. Stephan cent.* 3. q. 6. ad lit. b. *Henonius* Disp. 12. sub controvers. 5. ad fin. *Joh. Jacob. Plebs.* disp. feud. 7. thes. 42. *Arumens* disp. feud. 6. thes. 13. *Ilico Unnius* disp. de process. 18. in coroll. *Rudinger.* quest. feud. 4. lib. 1. *D. Besoldus* lib. 1. de regia success. differat. 11. num. 17. & ibi in fine istius Tractatus. *Valentinus Volz.* in suo consil. per tot. edit. 2. *Idem Besoldus* part. 1. consil. 2. & part. 4. consil. 171. num. 178. fol. 171. itemque part. 6. consil. 265. num. 35. cum seqq. fol. 63. *Paulus Berens* disputat. 8. ad Institut. them. 1. quest. 7. *Nellius* Disp. feud. 5. th. 4. sub lit. c. in fine. *Wurmser.* d. exercit. 2. de jure publ. quest. 12. pag. 73. & si qui sint alii ab his allegati.

196 Ceterum sententiam contrariam, quod videlicet foemina, propter masculi existentiam à jure succedendi in feudum semel exclusa, in perpetuum exclusa reputetur, omnium ætatum Doctores & Feudistæ antiqui, moderni (hoc est, mediæ ætatis Jurisconsulti) & recentiores numero ferè infiniti, Viri sanè legalis scientiæ laude maximè conspicui & celebratissimi, in lectionis, consiliis, decisionibus & Disputationibus suis amplexi atque tutati sunt: *Andr. de Ifern.* Feudistarum auriga, *Bald.* num. 3. *Alvarott.* num. 3. & 4. *Preposit. Afflic.* *Schenck Baro* & *Paulus Picus.* num. 12. in d. tit. 6. §. quin etiam lib. 1. *F. Job. Blanc.* in sum. sub tit. de success. feud. vers. vel dic, quod masculis, &c. *Odofred.* in summa, sub titul. qui poss. in feud. succed. *Zaf.* in epit. feud. part. 8. num. 58. *Michael Grass.* in lib. sententiar. §. successio ab intestato. quest. 4. num. 2. *Wilhelm.* *Hammeronius* lib. 2. de jur. feud. cap. 9. sub fin. *Tiraquell.* in repetitione l. si unquam. ad verb. suscepit liberos. num. 193. & seqq. *C. de revocand. donat.* *Gail.* lib. 2. observ. 148. *Francisc.* *Curt. jun.* in tractat. feud. 3. part. princip. in princ. num. 32. vers. vigesimo septimo quero. *Duaren.* de feud. cap. 10. num. 12. *Joan. Thom.* de *Marin.* in tract. feud. tit. 11. de feud. femin. num. 38. & seq. *Raphael Cuman.* consil. 99. incip. quedam possessio. colum. 1. *Angel.* de *Perusio* consil. 321. incip. pro decisione. col. 3. *Franc.* de *Aret.* consil. 50. incip. copiose & eleganter. & consil. 158. incip. viso puncto. col. fin. vers. circa secundum. *Stephanus Wernandus* consil. 276. incip. viso casu mihi exhibito. *Hugo Celsus* consil. 26. incip. cum ex facto jus oritur. num. 48. *Joan.* de *Imola* conf. 27. incip. viso quodam instrumento. post medium. *Joan. Rubens* consil. 57. incip. presupponitur. num. 2. *Franc.* *Buisat.* consil. 80. incip. dominus *Ludovicus.* mon. 9. *Claud.* *Cantium.* consil. 35. num. 42. *Joan.* *Cephalus* consil. 20. incip. investituris. *Tiber.* *Decian.* consil. 98. incip. videbatur prima fronte. num. 21. volum. 1. *Jacob.* de *Riminald.* consil. 578. incip. presens casus. num. 17. vol. 4. *Lud.* *Zanthus Parmensis* in consil. suis pro uxore consil. 2. num. 948. *Anton.* *Henrich.* man. consil. 37. incip. *Wilhelmus* quondam. tom. 3. *Thom.* *Grammar.* decis. 63. incip. honorabilis. *Marant.* disput. 10. num. 15. & alii, quorum longum catalogum recenter exhibuit *Adrianus Gylhuannus* tom. 2. *Symphorematis* supplicationum part. 1. vot. 21. num. 11. & seqq. Quibus meritis etiam accensetur *Joannes Boreholt.* de feud. c. 7. part. 2. num. 36. *Schrad.* tractat. feud. part. 7. cap. 4. num. 83. *Mozz.* de natural. feud. num. 99. *Menoch.* consil. 1. mon. 458. volum. 1. & idem consil. 400. mon. 15. volum. 4. *Fachinus* lib. 7. controversiar. jur. cap. 45. *D. Bocerus* class. 5. Disput. 18. th. 16. edit. 2. & idem exquisitis in tractat. de investitura feud. cap. 5. n. 62. cum multis seqq. & in tractat. de jure succed. in feud. cap. 3. quest. 4. *Andreas Knichen.*

part. 1. de vestiturarum passionibus. cap. 3. num. 23. & pluribus subseqq. *Joan. Georg. Majer.* in Synops. Jurisprud. Beneficiar. sect. 3. cap. 9. reg. 33. pag. 66. & *Gorhofredus Antonius* Disputat. feud. 5. thes. 6. ad lit. a. Quorum omnium traditio cum non solum communissima sit & receptissima: verum etiam solidissimis urgentissimisque argumentis & rationibus (quas mox ordine percrensabo) suffulta; ab ea in judicando minimè recedendum esse, autumo, argum. l. 1. in princ. ibi, sanè crebrior, apud veteres opinio est. ff. de officio questor. l. athletas. 3. in pr. ibi, & generaliter ita omnes opinantur. ff. de his, qui not. infam. l. ita vulneratus. §. 1. in princip. ibi, dicitur vulgò ff. ad l. Aquil. l. quod dicitur. §. 9. penult. ff. de impens. in res dot. fact. & l. 1. §. sed neque. 6. C. de vet. jure enucleando.

Primum autem argumentum sumitur ex textu tit. 6. 198
Episcopum vel Abbatem, &c. §. quin etiam lib. 1. feudor. ubi *JC. Feudista, Quineriam*, ait, si quis eo tenore feudum acceperit, ut ejus descendentes masculi & femina illud habere possint: relicto masculo, ulterius femina non admittuntur. In quo textu per dictionem ulterius aperte ostenditur: quod relicto & succedente masculo, femina nunquam amplius admittatur. Est etenim ista dictio ulterius adverbium temporis perpetuo exclusivum, ut arguit c. cum accessissent. 8. vers. fuit insuper ibi, ne primum dignitas esset ulterius in Ecclesia. ubi *Bald.* ext. de constitutionibus & l. 3. in fin. C. de prescript. 30. vel. 40. annor. & innuit, post alios, *Tiraquell.* in d. l. si unquam. in verb. revertatur. num. 129. C. de revoc. donationibus, atque adeò eandem potestatem continet, quam vox amplius aut deinceps: & denotat privationem seu summotionem perpetuam, non suspensivam aut moratoriam: sicuti dicitur de stipulatione, amplius vel deinceps non agi vel peti, l. eadem dicemus. 4. §. Cato. ff. de verbor. obligationib. l. amplius non peti. 15. & l. procurator. 23. ff. rem ratam haberi. Nec movet quicquam, quod cum verbum illud, admittuntur, in textu positum sit presentis, non futuri temporis, secundum hujus verbi tempus accipiendum quoque sit adverbium ulterius: proindeque de presenti, non verò de futura successione in feudum, textus ille intelligendus sit: eò quod qualitas adjuncta verbo, secundum tempus verbi exaudiri debeat l. in delictis. 4. §. si extraneus. ff. de noxalibus. act. l. Titius 25. ff. de testamento miliz. *Alexand.* consil. 83. n. 11. vol. 3. consil. 5. n. 3. & consil. 101. n. 14. volum. 5. consil. 29. n. 6. consil. 139. n. 3. consil. 143. in princip. consil. 198. num. 12. consil. 207. num. 10. & consil. 227. num. 8. volum. 6. Nam quoties qualitas verbo adjuncta non patitur, ut secundum tempus verbi illius intelligatur: toties fallit ista regula, quæ habet, quod qualitas verbo adjecta, secundum tempus, verbi illius sit intelligenda, argum. l. in substitutione. 31. ff. de vulg. & pupill. substitut. c. ult. §. item opponitur. 22. quest. 2. c. Raynuitus. 16. ext. de testament. *Petrus Duennas* in fallentis regul. jur. sub lit. Q. reg. §. 6. vers. secundo fallit. & vers. quinto, &c. *Menoch.* consil. 225. num. 16. & consil. 227. num. 25. & 60. Quare adverbium ulterius cum sit futuri temporis, propria ejus natura inspecta, juxta ejus genuinam proprietatem, verbum quoque illud admittuntur censendum erit. Reliqua, quæ tum ab *Hartmanno Pistoris.* d. lib. 2. quest. 36. mon. 25. tum *Hermann* *Vultejo* d. lib. 1. de feud. cap. 9. num. 53. contra communem & verum prædicti §. quinetiam, intellectum regeruntur: satis abundeque enervat & diluit *D. Collega Bocerus* d. tract. de investitura feud. c. 5. mon. 64. & 66. item d. tract. de jur. succed. in feud. c. 3. q. 4. nec non *Andreas Knichen* d. part. 1. de vestiturarum passionib. c. 3. n. 84. & seqq.

Secundum argumentum suppeditat clausula generalis 201
dicti tit. 6. §. ult. lib. 1. feud. ubi *Feudista* inquit: Et his omnibus casibus feudum amittitur & ad dominum revertitur. Ex quibus verbis indubitatè constat: quod in isto tit. 6. (ut & in proximè præcedenti) de casibus agatur, quibus feudum amittitur, & ad dominum revertitur. Unus proponitur in princ. & §. 1. ejusdem tituli: duo autem in d. §. quinetiam. & §. ultim. Primus casus est, quo feudum non jure datum redit ad dominum: ut quia *Prelatus* Ecclesiæ in feudum res Ecclesiæ dedic. quæ an-

liquitus dari in feudum non consueverunt. Alter est, quo sine liberis decedit vasallus, per quem femina prius exclusa fuit. Tertius est, quo vasallus, quod naturâ mutus est, feudum retinere non potest. Cum igitur his casibus omnibus feudum amittatur, & ad dominum revertatur: plusquam manifestum inde fit, quod femina per masculum prius exclusa, eo mortuo, ad feudi successionem in locum masculi nunquam amplius admittatur.

202 Qui enim feudum omittit: jus succedendi in illud, saluum habere amplius nequit: cum remoto subjecto, feudo scilicet & jure succedendi in illud, removeatur etiam necessarium ejus adjunctum, ipsa nimirum successio. Adhæc si feudum, à quo per masculum femina fuit repulsa, eo masculo sine liberis defuncto, ad dominum revertitur: haudquaquam verè dici poterit, quod femina exclusa, ad illud regressum jure habeat.

203 Tertium argumentum tale est. Quicumque in defectum alterius ad successionem vocatur: is succedente eo, cujus in locum vocatur in tantum non excluditur, ut postea non admittatur amplius; licet ille per quem remotus semel fuit, postea decesserit, aut jure, in quod successit, abstinuerit, l. 3. §. l. quamdiu. 69. ff. de acquir. vel amitt. heredit. l. ait Pretor. 7. §. sed quod 10. ff. de minoribus l. verbis civilibus. 7. l. in pupillari. 14. §. l. ex facto. 43. in princip. ff. de vulg. §. pupill. prohib. §. masculo igitur. 8. supra, de pupillari substitut. §. l. post aditam. 5. C. de impuber. §. aliis substitutionibus. Atqui verò femina quando investituræ pacto ad feudi successionem vocatur; in defectum saltem masculorum vocari intelligitur, tit. 17 in princip. ibi, vel his deficientibus. tit. 18. ibi, §. masculis deficientibus. §. tit. 30. ibi, deficientibus filiis masculis. lib. 2. feud. Ergo masculo succedente, femina, quæ pari gradu cum eodem masculo extat, sed per ipsum feudo excluditur, nunquam postea ad idem feudum, mortuo quantumvis eo masculo, admittitur.

204 Quartum argumentum hujusmodi est: Quicquid sub conditione datur; sub contraria conditione non dari censetur: & contra, quicquid sub conditione admittitur; sub contraria conditione dari intelligitur, l. quibus diebus. 40. §. quidem Titio. §. l. aliquando. 107. ff. de condit. §. demonstrat. Cravett. consil. 344. n. 4. Sed jus succedendi in feudum pacto investituræ datur feminae sub hac conditione, si masculi deficient. Verba namque, deficientibus masculis, in d. tit. 17. d. tit. 18. §. d. tit. 30. lib. 2. feud. conditionem important: cum sint duo ablativi absoluti; quorum ea natura est, ut conditionem inducant, vel in conditionem resolvantur, l. ab emptione. 58. ff. de pact. l. creditor. 13. in princip. ff. qui potior. in pignor. hab. l. evictis. 18. in princip. §. l. lita contestata 35. ff. de usur. l. fructus. 7. §. divorcio facto ff. solut. matrimon. l. acceptis. 93. ff. ad legem Falcid. l. facta. 63. §. rescripto. ff. ad Senatusconsultum Trebellian. Roland. à Valle consil. 61. num. 23. vol. 3. cum multis aliis relatis per Forsterum libro 3. de successionibus. l. 15. axiom. 3. num. 6. §. 7. Quocirca sub contraria conditione, si scilicet masculi non deficient, sed exsint, & in feudum succedant, non censetur feminae datum jus succedendi in feudum. Cui autem jus succedendi non competit: ei nec successio competere dicitur: cum successio ipsius juris succedendi effectus perhibetur.

205 Quintum argumentum ita habet: Quicumque aliquo modo a successione excluditur, is nulla ratione ad eam amplius admittitur, arg. l. si ponas. 23. §. 1. ff. de inoffic. testamento. l. 2 in princip. §. 1. §. 2. ff. de exceptionib. Atqui femina, à feudi successione per masculum remota, excludi dicitur, per textum in tit. 104. casus, quibus femina in feudo succedit. §. item si quis eo renore. ibi, femine excluduntur. in extraordinar. capitulis, in iis feudis. Igitur femina, à feudi successione semel per masculum remota, nulla ratione ad eam amplius admittitur.

206 Sextum argumentum & ratio hæc est: Jus semel consumptum sive extinctum amplius haud reviviscit, l. 3. §. si capitis. 19. vers. etiam si omiseris. ff. de bonis liberorum. l. in tantum 6. sacra autem. vers. semel ff. de divis. rerum. l. sed si meis. 26. §. arbor. ff. de acquir. rer. dom. l. inter stipulantem. 83. §. sacrum. ff. de verborum. obligat. l. qui res. 98. §. arcam. 8. ff. de solutionib. Sed jus succedendi in

feudum, feminae ex pacto investituræ competens extinguitur extante & succedente masculo, per d. tit. 104. §. item si quis, in extraordinar. capitulis. §. alia jura §. argumenta s. adducta. Illud ergo jus, mortuo postmodum masculo, haud reviviscit.

Septima, pro communi opinione quæ afferri solet ratio à simili, est illa: Femina, quæ vigore statuti per masculum à successione bonorum semel fuit, remota licet masculus ille deinde fuerit defunctus, ad successionem tamen amplius non admittitur, ut docent Bartolus in leg. ult. ff. ad Senatusconsultum Tertullianum. Baldus in l. si quis posthumus. §. 9 si filium. ff. de lib. §. posthumus §. in leg posthumus 6. §. in princip. ff. de inoffic. testam. Franciscus Aretinus consil. 144. incip. viso puncto Alexander consil. 43. incip. consideratis. vol. 3. Socinus consil. 92. vol. 1. §. consil. 50. vol. 3. Paris consil. 22. num. 16. Gail. lib. 2. observ. 148. num. 4. Ant. Peregrinus in tract. de fidei commissis. artic. 27. num. 17. Quapropter femina, etiam à feudi successione per masculum remota, eo masculo defuncto, amplius non admittitur: quippe cum jus feudorum regulariter feminas à feudis penitus repellat tit. 1. §. hoc autem 3. tit. 8. §. filia verò lib. 1. F. §. tit. 50. libr. 2. feud. §. latius expositum supra num. 159. §. seqq.

Octava denique ratio petitur ex tria illa, vulgareque juris regulâ, quâ dicitur: quod unumquodque ad naturam suam facile revertatur. d. l. in tantum 6 in princip. ff. de divis. rer. l. si unus. 27. §. pactis, ne peteret. vers. quoties enim. ubi Jason. ff. de pact. l. hac consultiissima. 21. §. si quis autem. C. de testament. can. ab exordio 2. §. ibi gloss. super verb. revolvit. ad a. distinct. 35. Cum ergo feudi natura ea sit; ut ad ejus successionem femina non admittatur: certè ad hanc naturam revertitur feudum, si femina per masculum semel à feudi successione repulsa, in perpetuum exclusi maneat. Contra hanc, ut §. superiores nonnullas rationes, quæ ab Antagonistis proponuntur; ad ea solidè respondet D. Bocerus d. tract. de investitura feudi. c. 5. num. 73. §. 74.

Restat nunc, ut adversariorum fundamina, quibus sententiam nostram, & rationum irrefutabilem pondere, & Doctorum gravissimorum auctoritate corroboratam, oppugnare laborant, evertantur. Neque enim verum dicere sufficit: sed simul contraria refellere, & falsitatis causam assignare oportet, tradente Aristotele lib. 7. Ethic. c. 14. & Nevizano in Sylva sua nuptial, quos referendo sequitur Joannes Borcholt in Comment. ad tit. Digest. de V. O. c. 3. n. 27. in fine. Et objectis non respondere, est animi elati, aut ignorantie tenebris involuti, prout inquit Angelus consil. 110. num. 7. & Fr. Card. Mantica de conse. ultim. volunt. lib. 7. tit. 8. num. 21. hosque laudans Joannes Ulricus Wolff, in prodromo responsor. §. consil. jur. consil. 3. num. 16.

Primò itaque nihil movet argumentum à lege cessante depromptum, quod videlicet jure feudali nusquam dispositum reperitur: feminae, quæ ex pacto ad successionem feudi vocata, & propter masculum exclusa fuit, ita successione jure privari, ut defuncto masculo amplius ad id aspirare non possit, sed feudum ad dominum potius revertatur. Sine juris autem autoritate temerè quid asseverare, erubescamus. Novell. 18. cap. 5. in princip. l. illam. 19. ibi, eo quod nulla constitutio, &c. C. de collationib. l. dissentientis. 5. ibi nulla juris præcipit constitutio. C. de repudiis. Nihil, inquam, hoc movet argumentum. Nam infestatione seu negatione antecedentis facile tollitur. Siquidem supra ex maximo testimonio textu in d. tit. 6. §. quinetiam. §. §. ult. libro 1. feudor. evidenter demonstratum est: quod femina per masculum semel à successione feudi remota perpetuò censetur repulsa: ut quavis postea sine prole masculus ille decedat, tamen ipsa denud ad feudi successionem non admittatur. Accedit, quod seu lista ibidem videtur particula quinetiam: quæ dictio, ut & vocula quinetiam, inter alias proprietates augmentativa sive ampliativa est, additativa ejus, quod est plus, arg. §. quoniam supra de militari testament. l. generaliter. 24. §. ult. vers. quoniam ff. de fideicommissar. libert. l. plures. 27. ff. de div. inoff. gloss. §. Jason in l. jurisprudentium. 7. §. quoniam num. 10. ff. de pactis. Alciac. consil. 15. num. 4. lib. 8. Andreas Ruden. dict. part. 1. de vestiturarum pactionibus, cap. 3. numer. 37. Sed & simplex dictio etiam ampliativa est, & (juxta conspirantem Od.

opinionem) sua natura casum magis dubium implicat, eumque similiter decidit, *Cephal. conf. 68. num. 9. lib. Paris. conf. 46. num. 30. lib. 4. Decianus respons. 46. num. 118. vol. 2. Roland. à Valle conf. 27. num. 19. vol. 4. Menochius conf. 27. l. num. 55. conf. 181. num. 14. conf. 289. num. 24. lib. 3. conf. 392. num. 9. conf. 331. num. 6. & conf. 336. num. 17. lib. 4. aliique ab eo citati. Cæterum casus, qui dictum §. quinetiam. præcedit, est de feudo, quod jure datum non est: ac proinde ad dominum revertitur. Est igitur & sequens ille in d. §. quinetiam. propositus casus de feudo, quod ad dominum revertitur. Præterea in eodem §. quinetiam. contra opinionis contrariæ defensores non parum militat*

214 proprietas, & vis verborum, relicto masculo. Quæ voces, cum sint duo ablativi absolute positi, conditionem hanc designant, si masculus sit relictus, l. si debitor. 4. §. 1. ibi, nisi salva causa pignoris. ff. quibus modis pignus vel hypoth. solvit. l. 1. a testatore. 119. ff. de condit. & demonstrat.

215 & juribus similibus, supra numer. 205. allegatis. Conditionis autem naturam hanc esse constat; ut, ea existente & purificata, confestim & planè evanescat id, quod ipsa dispositione concessum fuerat; nec amplius postmodum reviviscat. §. conditiones. 4. vers. nam si ea ita non sunt. infr. de verborum obligationib. l. qui res. 98. §. aream. 8. ff. de solutionib. cum legibus concordantibus, supra num. 207. annotatis. Tandem hanc interpretationem & illud juvat: quod Jurisconsultus Feudista in multis citato §. quinetiam. utitur cum negatione verbo præsentis temporis, non admittitur. Ex quo colligere promptum est: quod feminae, masculo existente, ipso jure à feudi successione statim repellantur. Si ipso jure postmodum in casu decedentis sine sobole illius masculi, amplius admitti nequitiam possunt: nisi juris expressi beneficio ostendantur denuò admitti: quod jus in feudorum codice nusquam expressum invenitur. Est ergo in textu prædicti §. quinetiam clarissime & expressissime dispositum: feminam per masculum à feud. successione semel exclusam, perpetuò remotam exclusamque censer: ut id fusiùs & enucleatius declarat D. Bocer. dict. tract. de investit. feud. cap. 5. n. 76. & 77.

216 Secundò, communi, cui patrociniatur sententiæ non obstat textus in tit. 8. de successione feudi §. filia verò. libro 1. feudorum, ubi generaliter & indistinctè dicitur: filiam succedere, non extantibus filiis. Ergo si filii non extent: quia scilicet, postquam successerunt, defuncti sint absque liberis; feminae videntur esse admittendæ: cum filii etiam tunc non extare dicantur, quando masculus, per quem femina fuit exclusa, postea sine prole decedit. Etenim verba illa (Tunc enim succedit filia, filiis non extantibus) hunc habent sensum: quod si mortuo vasallo, ejus filius non extet, qui ipsi patri in feudo succedat; extet autem filia; huic aditus ad feudi successione pateat, si & feminae pacto investituræ ad feudum sint vocatæ: non verò hanc continent sententiam, quod, masculo, qui patri vasallo successit, defuncto; ejus soror ad feudum admittatur. Et si enim & ille filius non extare dicatur; qui, mortuo patre vasallo, in ejus feudum successit, & post successionem defunctus est: attamen cum ibi questio sit de successione in feudum patris, ipso patre jam defuncto: sanè extantes filios in illo §. accipere jubemus de filiis non extantibus eo tempore, quo pater vasallus decessit: maxime cum non extantes filii

217 eo loco illi sint filii, qui alibi deficientes masculi dicuntur; & deficere in successionis materia dicamus non illos, qui posteaquam successerunt, moriuntur: sed potius, qui tempore delatæ successionis vel mortui sunt, vel succedere nolunt. §. si eadem res. 8. ff. de legat. l. si in testamento. §. ff. de vulgari & pupill. substituit. l. quod si 78. ff. ad legem Falcid.

218 Tertio, nullum facessit negotium textus in tit. 17. de eo, qui sibi vel heredibus suis masculis, &c. vers. non enim pater. lib. 2. feudorum, ubi femina à feudi successione excludi generaliter dicitur, donec masculus superest ex eo, qui primus de feudo fuit investitus. Illud adverbium temporis donec, eam vim & naturam sive proprietatem habere volumus dissentientes, ut actum, cui adiungitur, non penitus removeat, sed tantum ad tempus suspendat l. 2. in pr. ff. de vulg. & pupill. substit. l. ambiguitatem, 12. vers. sit autem

talis, &c. C. de usufructu, &c. Alexand. Raudens. decis. Mediol. seu tract. de analog. univoc. lib. 1. c. 27. num. 15. & seq. huncque referens D. Besoldus in thesauro practico lit. V. num. 22. pag. 813. Ille, inquam, textus nullum facessit negotium. Nam in eo Jurisconsultus Feudista non admodum ad naturam & proprietatem particulæ illius donec advertit, sed solummodo ad naturam feudi, quod pro masculis & feminis datum est, respexit. Natura autem & proprietas feudi illius hæc censetur: ut, si & masculus & femina adsint tempore delatæ successionis in feudum; feminae in feudi successione locus non pateat: & vocula illa donec ad casum duntaxat delatæ successionis, & quidem omnem ejusmodi casum, referatur: atque adeò hoc sensu intelligenda sit, quod femina ad feudi successionem non admittatur, quocunque etiam gradu cum masculo concurrat; hoc est, sive concurrat gradu primo, ut quo pater, primus vasallus decedit: sive gradu secundo, ut quo moritur primi acquirentis filius, & cum eo femina concurrat: sive remotiori aliquo gradu concurrat. De hujusmodi enim successionis gradibus nominatim eo in titulo agitur. Et quanquam dictionem illam donec esse adverbium temporis, liberaliter concedatur: tamen dubium vix est ullum, quin vim limitativam habeat, tradente Parisio conf. 28. num. 16. lib. 2. & Menochio conf. 181. num. 49. lib. 2. & dispositionem conditionalem faciat, l. si quis. 9. §. si oletum. 3. ff. de dolo mal. Tiber. Decianus post alios, quos allegat, conf. 9. n. 18. vol. 3. proindeque dispositionem restringat. Quæ restrictio secundum subjectam materiam, & rei, quæ de agitur, naturam intelligi debet. Cui consequens est, voculam illam donec, in dict. tit. 17. positam, limitandam esse & restringendam tantummodo ad delatæ successionis tempus, quo femina cum masculo concurrat: maxime cum de eo solum tempore & casu questio illius tituli tractet. Atque ita recte textum tituli illius 17. accipit D. Bocer. dict. tractat. de investituræ feudi cap. 5. num. 82. Tameñ ad eundem alii aliter respondeant. Andreas Knichen dict. part. 1. de vestiturarum passionib. cap. 3. num. 100. & seqq. Gylmanus prædicto tom. 2. symphorematis p. 1. vol. 21. num. 46. 50. & 51. & Ferrarius Montanus in tract. de feud. lib. 8. c. 18. & Fachinus dict. lib. 7. controvers. jur. c. 45. vers. secundum argumentum, &c.

Quarò non adversatur regula tit. 18. de duobus fratribus à capitaneo investit. libro 1. F. quæ traditur, quod unusquisque sibi & heredibus potius, tum masculis, tum feminis, quam extraneo sive domino concedenti contrahendo & paciscendo prospexisse, hocque omnino voluisse videatur: ut eo etiam casu filia succederet, quo post acquisitum feudum filius sine liberis decessisset; non autem ut feudum ad dominum rediret; idque ex paternæ pietatis affectione in liberos, arg. l. cum avo. 102. ff. de condit. & demonstrat. l. cum acutissimi. 30. C. de fidei. commiss. & l. generaliter. 6. Col. de institutionibus & substitutionibus. Isthæc namque regula exaudienda est non generaliter, sed secundum questionem ibi propositam; quæ est de casu quo duo fratres de feudo novo simul sunt investiti hoc tenore sive pacto: ut, deficientibus masculis, feminae feudum habeant. Horum fratrum unus si potest, nullo masculo, sed filia tantum relicta: decedat, non frater decedenti fratri; sed filia ejus in feudum succedit, cum pater filie potius, quam fratri, illo investituræ pacto prospexisse presumatur. Et licet patrem sive vasallum acquirentem in ipsa investiturâ id sensisse fingamus: ut etiam, filio mortuo, posteaquam is in feudum successit, filia admitteretur: cum tamen ipsius solius hæc fuerit voluntas, non etiam domini concedentis: sine effectu illa relinquatur. Filia quippe in feudum patris, non nisi ex pacto investituræ succedit. Pactum verò est utriusque, & domini & vasalli, voluntas & consensus. l. 1. §. 2. ff. de pactis. l. pactum. 3. in princip. ff. de pollicitationibus. Quare non spectandum est tantum: quid vasallus primus acquirens voluerit & senserit: sed & quid animi dominus concedens habuerit. Cùm igitur nullius expressa sit voluntas: intelligi utriusque debet mens ac intentio secundum usitatum feudorum naturam, argument. l. cum quid. 3. ff. de rebus credit. & l. nos enim erdo. 6. ff. de so.

219

220

221

de solutionibus. Natura autem feudorum hæc perhibetur: ut, existente filio, non admittatur filia, quæ investituræ pacto conjunctum cum masculis vocata fuit: at filio deficiente, locus ipsi filiae in feudi successione pateat, prædicto titulo. 6. §. quineriam. Et dict. tit. §. 8. filia. libro 1. feudorum. Ideoque non intelligitur pater prospexisse & consuluisse filibus, etiam in casum, quo decedit masculus, per quem antea remota fuit foemina: propterea quod foemina cum masculis conjunctum vocata, sub conditione, si masculi deficiant, vocata censentur. Masculo proinde successione delatæ tempore existente, adeoque ipsa conditione deficiente: foeminarum quoque vocatio corrumpitur, pro fusque evanescit, nec amplius reviviscit, præleg. l. qui res. 89. §. aream. 8. ff. de solutionib. dict. §. conditiones. 4. vers. nam si ea ita. infra, de verborum obligationibus. Deficiente liquidem conditione, perinde est, ac si dispositio facta non fuisset, l. pecuniam, quam 36. ff. de rebus credit. l. necessario. 8. circa princ. vers. quod si pendente. ff. de peric. Et commun. rei vend. & paria sunt, nihil fieri, vel fieri sub conditione, quæ non purificetur: cum ea conditionis natura sit, ut prius impleatur, quam effectus emolumentumve aliquod ex illa sequatur. l. si post diem. §. sed si sub conditione. 2. ff. quando dies legator. vel fideicommissi. cedat. Cephal. consil. 269. num. 23. lib. 2. Toland. à Valle, cons. 59. n. 8. vol. 3. Et expositum supra numer. 136.

223 Quinto, nihil resistit hæc argumentatio: Quocumque in gradu masculus existit, foemina in successione feudi præfertur, dict. tit. 17. Et tit. §. 1. §. similiter si quis. libro 2. feudorum. Ergo à contrario, quocumque etiam gradu deficit masculus, foemina in feudum succedit: & consequenter, decedente sine filio masculo, foemina per eundem prius submotam, succedit in feudum. Nihil, inquam, hæc argumentatio resistit. Plus enim est in conclusione, quam fuit in præmissis, ut Logici loquuntur: quippe cum præmissæ agant de masculo deficiente: conclusioni verò assumpta sit appendix de masculo, qui non deficit, sed in feudum successit. Masculus sanè, qui succedit, & postea moritur, deficere haud dici potest: quandoquidem ille duntaxat deficere in successione casu reputatur, qui successione delatæ tempore non succedit, dict. §. si eadem res. 8. supr. de legat. Et juribus similibus prælegatis, num. 217.

224 Sexto, communem decisionem non infringit ratiocinatio isthæc. Dispositio quævis ita accipi debet, ne sit otiosa & inutilis, sed ut semper aliquid operetur, arg. l. si stipulatus 4. ff. de usur. l. si quando. 109. in princ. ff. de legat. 1. Ergo quando foemina cum masculo si, pacto investituræ ad feudi successionem vocatur: pactum hoc ita exaudiri debet, ut foemina etiam aliquo casu ad feudum admittatur. Ideoque licet ea foemina semel per masculum sit exclusa attamen eandem alio sequenti casu, quo masculus à primo acquirente descendens, non exiat amplius, succedere posse convenit. Alias enim nullius momenti foret, nihilque operator illa investituræ pacto: cum feudum hæc ratione nunquam ad foeminam istam perveniret. Non, inquam, decisionem communem ratiocinatio isthæc infringit. Quia dispositio quævis intelligenda est secundum disponentium mentem & voluntatem. l. semper in stipulationibus. 34. in princ. ff. de regul. jur. l. in conventionibus. 219. ff. de verborum signification. l. 3. ibique Jafon C. de liberis præteritis Et l. ult. Cod. quæ respignori obligari possunt. sive expressum, sive tacitum, id est, juri & legibus conformem atque consentaneam, dict. l. cum quid 3. ff. de rebus credit. l. quod si nolit. 31. §. quia assidua. 20. ff. de adit. edit. l. si stipulatus. 4. in princ. vers. quia non est verisimile. ff. de usur. Lofred. cons. 39. n. 7. Jam verò voluntas domini concedentis, & primi acquirentis expressa non est ut quovis casu foemina, per masculum semel exclusam, in perpetuum vel ad tempus sit exclusa. Quapropter voluntas tacita, juri ac legibus conformis & consentanea, hic spectanda venit: quæ est, ut pacto investituræ foemina vocata per masculum à feudo repellatur, & semel repulsa, alio successione casu amplius non admittatur: quemadmodum supra argumentis firmis Et immotis, pro nostra sententia allatis, evidenter ostensum est. Igitur non inutilis aut otiosa est illa investituræ dispositio, quæ cum masculis etiam foemine ad feudi successionem vocantur: ta-

meti foemina ad feudum, à quo semel per masculum fuit exclusam, regressum nullum habeat. Operator etenim dispositio ista non solum illud, quod foemina in feudum succedere possit, si masculus tempore delatæ & successione non extet, sed omnino deficiat: verum etiam illud efficit, quod foemina antea per masculum exclusam, denuo successione casu existente non admittatur.

Septimo, veritatem conclusionis nostræ nihil detrahit hoc adversæ partis enthymema. Quicunque propter alium, in medio existentem, à successione remouetur, ejus jus succedendi non pemitus extinguitur, sed tamdiu suspensum esse censetur, donec alius succedendi casus contingerit, quo impedimentum illud cessat, argumento textus in tit. 14. de vasallo decrepitate atatis. Et tit. 50. de naturâ successionis feudi, libro 2. feudorum. l. si filius. 22. ff. de bonis libert. l. penult. ff. de jure delib. Et l. omnia. 82. §. ult. ff. de legat. 2. Ergo quamvis foemina propter existentiam masculi, à feudo arceatur: non tamen ejus succedendi jus omnino extinguitur: sed contingente casu, quo nullus extat amplius masculus, ad feudi successionem admittitur. Hoc, inquam, enthymema nihil veritati conclusionis nostræ detrahit. Nam antecedens enthymematis non est perpetuum verum: quippe cum substitutus heres, propter heredem gradu primo institutum, semel à succedendi jure remotus, ab eo in perpetuum exclusus existimetur: ita ut licet institutus moriatur post successionem: substitutus tamen ad eum denique non admittatur. l. post aditam. §. Cod. de impuber. Et alius substitutionibus. cum juribus concordantibus supra allegatis. n. 203. Itaque cum foemina pacto investituræ conjunctam ad feudi successionem cum masculis vocatae ipsis masculis tantum substituta ex feudorum placitis intelligantur, supra citato tit. 17. in præibi, vel deficientibus his masculis. libro 2. feudor. consequens ei est, foemina per masculum succedentem semel rejecta, jus illius pro fus extinctum peremptumque esse. Andr. Kueh. tractat. de vestitur. passionibus pag. 1. cap. 3. num. 40. Et seqq.

227 Octavo, minimè refragatur, quod feudum, quod vasallus pro se & heredibus suis masculis & foeminis, accepit, foemineo feudo æquiparetur: quodque in hoc feudo foemineo succedat filia, deficientibus masculis, licet masculi aliquandiu feudum possederint, juxta Dd ad tit. 30. de feudo foemina. libro 2. feudor. Somsbec. in Commentar. ad usus feud. part 9 num. 133. Et Wesenbec. de feud. cap. 6. num. 23. vers. quod si in feudorum. Et hoc namque posterius falsum esse: proindeque incertum per æquè incertum probari non posse, testantur Matthæus de Afflic. Et Alvarottus in dicto tit. 30. libro 2. feudorum. Borcholt. de feud. cap. 7. parte 2 de successione num. 37. Alciatus, consil. 170. num. 3. Rubens consil. 57. num. 2. Et Menochius consil. 400. num. 15. Idcirco, quod à feudo foemineo ad masculinum, vel à speciebus disparatis necessario ad alias species inferri haud queat. l. ult. ff. de calumniat. l. Papinian. 20. in fine principii. ff. de minorib. l. naturaliter. 12. §. 1. ff. de acquir. vel amitt. possess. l. si maritus. 18. ff. de donationibus inter virum & uxorem l. inter stipulantem 83 §. sacram. vers. Et hæc dissimilia sunt. ff. de verborum obligation. l. qui fundum. 7. §. 1. ibi propriam ac separatam conditionem habent. ff. pro emptore. l. neque natales. 10. C. de probationibus.

229 Nonò, traditionem communem non turbat hoc argumentum: Excludi à jure succedendi non dicitur ille, cui nondum obigit casus, quo succedere posset. Exclusio enim facta dici nequit, nisi præcesserit inclusio, arg. l. qui superstitis. 94. ff. de acquir. vel amitt. hered. Michael ab Agorre in responsis pro Rege Hispanie apologetico part. 3 num. 37. huncque referens Petrus Heig part. 1. quest. 26. n. 19. Sed donec masculus extat, non extat casus, quo succedendi jus foemineæ competat. Ergo à jure succedendi non dicitur exclusam foemina, quæ ante propter masculum succedere non potuit: & per consequens, casu postea contingente, quo nullus amplius adest masculus, per quem succedere impediatur foemina, hæc certe admitti debet. Hoc argumentum, inquam, non turbat traditionem communem. Quia jus succedendi in feudum competit hoc casu foemineæ sub conditione, si scilicet tempore delatæ successionis masculus ex primo acquirente deficiat, siue non extet,

ut supra dictum num. 203. & seq. Quando igitur deficit isthæc conditio: non inepti suo conditionali hoc jure exclusura feud. c. 6. num. 92.

230 Decimò, nihil obest regula, quâ dicitur, quod concessum à Principe beneficium, perpetuo tributum intelligatur, c. decet. 16. de reg. jur. in 6. & quàm plenissimè seu latissimè sit interpretandum, l. penult. ff. de constitutionib. Quoniam regula ista de eo beneficio accipienda est, quod purè & cum omni causa in aliquem confertur. Cæterum quando feudum pacto investituræ pro masculis & foeminis datur; beneficium hoc foemina non purè conceditur, sed sub conditione; si scilicet masculus delatæ successionis tempore deficiat, ut paulò ante dictum. Dominus item feudum non cum omni causa concedit: quippe cum directum (quod vocant) dominium sibi retineat, cum spe consolidationis futuræ, tit. 23. in quibus causis feud. amittatur. lib. 2. feud. juncto tit. 5. quib. mod. feud. amittatur. §. rursus. & tit. 13. de alienatione feudi §. etsi clientulus. lib. 1. feud. Knichen. d. part. 1. de vestiturar. pactioib. c. 3. num. 140. & seq.

231 Undecimò, nostram conclusionem haud enervat illa vulgatissima juris regula, cessante causa, cessat effectus, l. adigere. 6. §. quamvis. ff. de jure patronat. l. ex facto 43. in princ. ff. de vulg. & pupill. substitut. l. 1. C. de heret. l. 1. in princ. C. de Latin. Libert. toll. c. cum cessante 60. ext. de appellat. c. cum infirmis. 13. ext. de penitent. & remiss. Nam ea non procedit, quando effectus causæ jam perfectus & consummatus est, & (ut vulgò loquuntur) in esse productus, docente Tiraquello in tract. cessante causa, cessat effectus. limitat. 12. nec non Adriano Gylmanno tom. 2. Symphorematis supplicatione part. 1. vot. 21. num. 39. Quare cum foemina per masculum semel sit exclusura, atque adeo consummatus & perfectus semel effectus causæ illius, quæ est masculi existentia: certè prædicta regula hic planè vitatur, & officium suum perdit, l. 1. ff. de reg. jur.

232 Duodecimò & ultimò, nihil ponderis aut roboris habet, quod de iniquitate & duritie sive rigore sententiæ communis, quam defendimus, ab adversariis adferri solet. Etenim hanc sententiam iniquam duramve esse, negamus & pernegamus: Idque non sine manifesta ratione. Quandoquidem foeminas ex natura feudorum regulariter in feudum non succedere, abundè patet ex illis, quæ docuimus supra num. 159. & seqq. Quod autem ex ad feudi successionem ex pacto investituræ, contra feudorum indolem, nonnunquam admittuntur: id merito soli gratiæ & benignitati domini concedentis acceptum ferre debent: cuius liberalitas seu idem jus feudale mensuranda est, & æstimanda eo casu, quo simpliciter masculis & foeminis feudum est datum, nec expressè ac nominatim in pacto investituræ definitum, ut foemina, licet semel per masculum submotæ & exclusæ sit, ipso tamen masculo postea sine prole defuncto, ad feudum admittatur. Quoties enim quid specialiter & nominatim contra subjectæ materiæ naturam cautum non est: contrahentes & pacifices juri, reique, de qua agitur, naturali indoli se conformasse censentur. l. 3. ibique Dd ff. de reb. credit. c. cum dilectus. 8. ext. de consuetudine. Alciat. in tract. de præsumpt. reg. 3. præsumpt. 32. num. 9. Menoch. consil. 331. num. 35. lib. 4. Quamobrem cum feudorum naturam hanc esse constet: ut prædicto investituræ pacto foemina ad feudi successionem intelligatur vocata sub hac tantum conditione, si masculus deficiat: hac utique conditione semel deiciente, ita removeri concessum foeminam, ut perpetuum exclusæ sit, firmiter concludendum est: quemadmodum bene respondit D. Collega Bocet. d. tract. de investitura feud. cap. 5. num. 95. Et prædictam conclusionem egregie corroborant, responsa Fiscalium Juridicorum in Academia Ingolstadtensi & Heisterburgensi, itemque Tubingensi nostræ; nec non præjudicia Cameræ Imperialis, de Anno 1590. in causa Habern. contra Churfürst. Pfaltz. & de Anno 1612. in causa desz Herrn Churfürsten zu Meintz. contra Nassau und Wisbaden: quæ refert Joannes Ulricus Wolff in prodratio responsor. & consilior. jur. consil. 1. num. 16.

234 Si autem foemina per masculum à successionem feudi semel exclusæ, in perpetuum exclusæ censetur, adeo, ut nec

mortuo illo masculo per quem repulsa fuit, in ejus locum admittatur, velut non levis momenti argumentis hæctenus comprobatum est: ita eadem semel ob masculi defectum admissa, quamdiu vivit, feudum retinet; etiam si masculus aliquis postea nascatur. Feudorum etenim placita foeminam, extante masculo, à feudo per successionem acquirendo repellunt: non etiam illam à feudo jam acquisito remonent, d. tit. 6. §. quinetiam. tit. 8. in princ. §. filia verò lib. 1. feud. tit. 11. §. ad filias tit. 17. 18. & 50. in princ. lib. 2. feud. & consequenter hunc casum decisioni dispositionis juris communis relinquunt, argum. tit. 1. in princ. vers. strenuus autem lib. 2. feud. & l. præcipimus. 32. ult. C. de appellat. lib. 2. feud. Jure verò communi, quod alicujus factum est, id ab eo invito ad alium non transit, l. id quod nostrum. 11. ff. de reg. jur. l. si procurator. 31. ff. de acquir. rer. domin. & ne quidem actio, quæ alicui semel quesita est, eo invito resolvi, eique auferri potest, l. habere. 57. in fine. ff. de evictionibus. cum jus semel quesitum, perpetuum esse existimetur, arg. l. siue possidetis. 16. C. de probationib.

235 Confert quoque huc, quod multa fieri impediuntur: quæ tamen, si facta sint, tolerantur, l. patre furioso 8. ff. de his, qui sui vel alien. jur. sunt. & quod actus consummatus non vitatur, licet deveniat eum in casum, à quo incipere non potuisset: ut latè ostendit Tiraquellus in præallegato Tract. cessante causa, cessat effectus. limitat. 12. quod item contrariorum eadem est disciplina & ratio, argum. §. 1. f. de his, qui sui vel alien. jur. sunt. l. 1. in princ. ff. eod. l. si mortis. 18. in princ. ff. qui & a quib. manumissi liberi non fiunt. Aristot. lib. 1. Topic. c. 11. Nicol. Everhardus in locis legalib. loc. à contrariis, num. 1. Ut ergo foemina, semel à successionem remota perpetuo exclusæ permanet: sic semel admissa, quamdiu vivit, feudum retineat. Atque hanc sententiam utpote in puncto juris verionem & crebrius receptam, probant & sequuntur Baldus, Jacobus de Bevisio, & Fridericus Schenck. ad dict. tit. 17. lib. 2. feudor. Franc. Curt. junior in tractat. feud. part. 3. memb. 1. num. 32. Zasius in Epitome. feud. part. 8. num. 53. Jul. Clarus lib. 4. sententiar. quest. 80. num. 1. Joan. Thom. de Martin tit. 11. de feud. foemin. num. 37. vers. nonò quaritur. Guerrinus Pifo in prælud. feud. sub tit. propria & impropria feuda quænam sint. vers. quarta species feudi improprie, &c. Harneton lib. 2. de feud. cap. 9. Schrad. in tract. feud. part. 7. cap. 4. num. 84. Harenm. Pistoris lib. 2. quest. 34. n. 9. Paul. Berens disputat. 8. ad Instit. them. 1. question. 8. D. Bocerus class. 5. Diss. 15. thes. 17. edit. 2. Joan. Georg. Majer in Synops. jurispr. Beneficior. sect. 3. cap. 9. reg. 35 p. 67. Schneidewin. de feud. part. 6. n. 48. Mozz. de natur. feud. num. 101. & Vultejus lib. 1. de feud. c. 9. num. 49. in fine. Quamvis reclamant, post glossam. Andreas de Isernia, Martinus Laudensis, & Math. de Affl. ad d. tit. 17. lib. 2. feud. Hugo Celsus consil. 26. num. 47. & 56. nec non Franciscus Bursatus consil. 63. n. 16.

Nec quicquam verissimò huic pronuntiatio decerpunt contrariæ negantis opinionis argumenta. Quod enim primò illius patroni ajunt: foeminam in casu deficientis masculi ad feudi successionem conditionaliter tantum admitti, si scilicet masculus postea non superveniet, d. tit. 17. ibi, non patet locus foemine in feudi successionem, donec masculus superest, lib. 2. feudor. ac proinde nato post masculo, repelli foeminam antea admissam: id planissimè falsum est. Nam in fideis feudalibus traditum quidem reperitur, quod pacto investituræ foeminae jus succedendi in feudum deferatur sub hac conditione, si masculi deficiant defuncto vasallo, de cujus successionem agitur. At nusquam scriptum extat, quod foemina, deficiente masculo, ad feudi successionem sub aliquâ istiusmodi conditione admittatur. Non igitur ut illud receptum, ita & hoc sine lege feudali recipi debet, ut in simili loquitur J. C. Africanus in l. ejus, qui 41. ff. de reb. credit. Cæterum quod attinet dictanti, 17. lib. 2. feud. quem illi pro sua opinione stabilienti allegant: loquitur is de succedendo in feudum, id est, de futura successionem, non de successionem jam facta; quemadmodum ipsamet verba perspicue arguunt & declarant.

Deinde nihil officit decisioni nostræ, quod unum quodque foemina ad naturam suam reverti solet: l. si tuus. 27. §. pactus, ne peteres. 2. in fin. ff. de pact. cum juribus similibus

similibus allegatis supra num. 209. Siquidem militat hæc & procedit regula; si jus quæsitum iusto modo, veluti ex voluntate ejus, cui erat quæsitum, rursus resolvatur, ut liquet satis clare ex illo ipso §. pactus, ne peteret. in fine. & l. in tantum. 6. in princ. ff. de divisione rerum.

242 Præterea nihil stringit aut obest illa regula juris: quod ea, quæ à principio valent, si postea in eum perveniant casum, à quo initium sumere nequeant, vitentur & evanescent, §. idem juris. 2. vers. item contra. infr. de inutilibus stipulat. l. quia in eum. 16. ff. ad leg. Aquil. l. existimo. 98. in princ. vers. & maxime ff. de verbor. obligat. l. pro parte. 11. ff. de servitutib. l. in fine. ff. de his, quæ pro non scriptis habent. Ea quippe regula non ita certa & generalis est, ut ab omnibus juris conditoribus, & in omni specie sit recepta: ut arguit Marcellus in d. l. existimo. 98. in princip. ibi, maxime secundum illorum opinionem. & Paulus in l. pluribus rebus. 140. §. ultim. ff. de verbor. obligationib. & in l. ambiguis. 85. §. 1. ff. de reg. jur. Borcholt. in Commentar. de verbor. obligat. cap. 2. num. 66. & 67. item cap. 5. num. 6. Est autem isti regulæ locus in iis duntaxat speciebus, quæ cum perfectæ sive consummatæ nedum sunt, in eum incidunt casum, qui consummationem exitum & effectum earum impedit, Bartol. ad d. l. pluribus. 140. §. etsi placeat. ff. de verbor. obligat. Philip. Decius in d. l. in ambiguis. 85. §. 1. num. 2. ff. de reg. jur. Dynus in c. factum. 73. num. 7. & 8. de reg. jur. in 6. Cujac. in Commentar. in libr. 12. respons. Papin. pag. 517. D. Bocer. in tract. de Regalib. cap. 2. num. 85. & seq. Eademque de regulâ explanatius dicitur infr. numer. 298.

243 Quod si tamen vasallus, fato functus, prægnantem uxorem reliquerit, & ea postea filium pepererit: huic filio fœmina, quantumvis in feudum successerit, cedere cogitur. Hujusque ratio in promptu est: quoniam pro jam natis habentur, qui in utero sunt, quoties de illorum commodo queritur & agitur, l. qui in utero. 7. & 26. ff. de statu homin. l. si quis. 23. ff. de captiv. & possim. revers. l. cum vir. 25. ff. de condit. & demonst. Et ita docuit Matthæus de Afflic. ad d. tit. 17. lib. 2. feud. quem referunt & sequuntur Hartmannus Pistorius prædict. quest. 35. num. 11. Hermannus Vulrejus dict. lib. 1. de feud. cap. 9. num. 49. pag. mibi 436. Bocerius d. claus. §. Diss. 18. thes. 17. ad lit. d. edit. 2. & in tractat. de success. feud. cap. 3. q. 8. p. 169. itemque Joan. Georg. Majer. in Synops. jurispr. benefic. sect. 3. cap. 9. reg. 38. num. 134. pag. 67.

DE SUCCESSIONE LIBERORUM LEGITIMORUM TANTUM.

244 Hætenus de liberorum naturalium & legitimorum simul successione copiose & diligenter differuimus: nunc de successione liberorum legitimorum tantum videamus. Liberi legitimi tantum, vocantur liberi adoptivi: qui neque ex iustis nuptiis, neque ex concubinâ procreati, sed legis auctoritate potestateque sunt facti. Ut enim plerumque ars naturam imitatur: ita hæc defectum naturæ lex supplens, sterilitati conjugii, vel mortalitati deficientium familiarum medetur, & pro liberis naturalibus legitimos suos reponit: ut docuimus. ad princip. tit. de adoptionibus n. 3. & tradit hic Petrus Heigius cap. 5. n. 46. Adoptio quippe legis est, quæ imitatur naturam, §. minorem. 4. f. de adoptionib. & facit, ut aliquis filium habere possit, quem non generavit, assertore Cajo lib. institut. tit. 5. Sunt autem tales legitimi liberi in duplici differentia. Nam vel adoptivi in specie dicuntur, vel arrogati. Illi sunt filii familias, qui imperio magistratus filiorum loco adsciscuntur: hi verò sunt patres familias, qui Principis seu Imperatoris auctoritate adoptantur, §. 1. f. de adoptionib. l. 2. ff. eod. titul. Sanè legitimi liberi, conjunctive sint generis, jure adoptionis durante, ad patrem adoptivum, intestatò defuncti, successionem omnino admittuntur, §. sed hodie. 2. f. de adoptionibus. l. penult. §. 1. C. eod. §. sui autem. 2. vers. nec interest. infr. hoc nostro tit. l. tati. Forster. lib. 5. de successibus. cap. 2. Ast idem emancipati, patri adoptivo minime succedunt. Pendet enim jura succedendi ab adoptione: quâ resoluta etiam cessat successio: & emancipatus desinit adoptivo patri esse filius & quantum ad ipsum, extranei loco dein-

ceps habetur, cum nihil tam naturale sit, quàm ut n. 249 numquodque eo modo solvatur, quò colligatum est. §. at hi, qui 10. ibique Nysinger num. 2. §. §. sed ea omnia. 14. infr. hoc tit. d. l. penult. in princ. & §. 1. C. de adoptionib. l. nihil tam naturale. 35. ff. de reg. jur. Secus tamen est, si ab ascendente aliquo fuerit facta adoptio, & emancipatio fiat patre naturali mortuo. Hoc etenim casu emancipatio adoptivis hodie non nocet: ac proinde tam naturali patri, quàm avo succedere possunt, Auth. in successione. C. de suis & legit. liber. Novell. 118. cap. 4. arg. §. final. f. de legitimâ agnator. tutel. l. jura sanguinis. 8. ff. de reg. jur. Schneidevin. hie in cap. de successione filiorum adoptivorum num. 11. & seqq. Forster. senior. d. lib. 5. de successibus. cap. 3. n. 9. & seqq. nec non Forsterus junior. lib. 3. disput. 15. thes. 8. Qui duo (contra Accurs. & ejus affectus, in d. l. penult. circa princ. vers. si vero pater naturalis. in verb. reverti. C. de adoptionibus & in §. sed ea omnia. 14. in verb. vocabantur. infr. hoc tit.) discrete statuunt: filium familias, sive ab extraneo, sive à conjuncto adoptetur, si emancipetur, omnia nihilominus jura in bonis patris naturalis integra reservare: propterea quòd in hac successionum ab intestato materia non patris potestas, sed solum jus cognitionis naturalis spectatur, d. Auth. in successione. ibi, soli naturali causa inspecta. C. de suis & legit. heredib. & jus sanguinis nullo civili jure dirimi dissolvique possit, d. l. jura sanguinis. 8. ff. de reg. jur. & d. §. fin. f. de legit. agnator. tutel. Idem noviter docuit Humius lib. 3. var. resolution. jur. civil. tractat. 1. quest. 9. Nec huic assertioni obstat, quòd in proposito casu, ubi filius ab ascendente aliquo est adoptivus, duplex vinculum, & civile adoptionis, & naturale cognitionis concurrat, d. §. sed hodie. 2. f. de adopt. adeoque simplici for ius liget; & consequenter jus naturalis filiationis immuet: argum. auth. itaque ibique D. l. C. communia de successibus. l. re conjuncti. 89. ubi Jason. ff. de legat. 3. cap. ext. de treuga & pac. Etenim nexus civilis & naturalis confirmat quidem adoptionem in utilitatem & commodum adoptivi, tantumque operatur, ut filius in plenam potestatem avi adoptantis transeat, & eidem ex testamento & ab intestato, veluti filius legitimus & naturalis succedat, ad differentiam illius, qui ab extraneo adoptatus est. d. §. sed hodie. f. de adopt. non autem nexus ille jus sanguinis tollit aut perimit, argum. d. §. fin. f. de legit. agnat. tutel. Neque etiam adversatur, quòd nemo duos patres habere, nec duplicis successionis commodo gaudere debeat. per ea, quæ traduntur in d. l. Gallus. 29. circa princ. ff. de liber. & postum. hered. nst. §. si res aliena. 6. f. de legat. l. si servus legatus. 108. §. Stichum. 6. ff. de legat. 1. l. Mevius. 66. §. 1. ff. de legat. 2. & l. ntu. 21. §. 1. ff. de legat. 3. Quandoquidem haud difficile fieri potest, ut diversis respectibus diversos quis parentes habeat: fide unum; propriè verò & naturaliter alterum. Et talis quoque adoptio in augmentum & favorem filii adoptivi facta, in adium ejus retorquenda non est, l. nulla. 25. ff. de legib. l. quod favore. 6. C. eod. c. quod ob gratiam. 61. de regul. jur. in 6. Cùmque filio, ab extraneo adoptato, concedatur, ut adoptivo patri succedat, omniaque inter ea apud patrem naturalem integra illibataque jura sibi reservet. d. §. sed hodie. f. de adoptionib. d. §. sed ea omnia. 14. vers. hoc solito more corrigentes. infr. hoc tit. & d. l. penult. §. 1. C. de adoptionib. utique magis illud in adoptione ascendendum dicendum erit, Forster. senior. lib. 5. de success. c. 3. num. 12. Cæterum arrogati, etiam à parente arrogatore sine iustâ causâ emancipati, in quædam banorum parte intestatò parenti succedunt, §. cum autem 3. vers. sed & si decedens. f. de adoptionib. l. si arrogator. 22. ff. eod. Borcholt. in tract. de gradibus. tit. de successione liberorum. legitimorum. pag. 190. Adam. Keller in tract. de jure succedendi ab intest. tit. 25. num. 2. Adde Frantskium exercitar. jurid. 8. quest. 6. pag. 235. & seqq. ubi, quomodo liberi adoptivi succedant, nervosè atque doctè explicat.

Porro feudorum jure liberorum duntaxat legitimi nati, non etiam adoptivos, in feudum succedere, certum est. cap. 1. §. adoptivi si de feudo defuncti content. sit. &c. tit. 15. lib. 2. feud. Forster. d. lib. 5. de successibus. cap. 5. Schrader. tractat. feud. part. 7. cap. 5. num. 19. Menoch.

conf. 503. num. 21. volum. 6. & conf. 625. num. 49. vol. 7. *Vultejus lib. 1. de feud. cap. 9. n. 90. Sonsbecc. in Commentar. ad usum feud. part. 9. num. 63.* Et certe nisi hoc ita placitis feudalibus receptum fuisset: facile fieri potuisset, ut domino feudi etiam invito vasallus ex aliena familia, ex solius vasalli voluntate adscisceretur: quod fieri non debere, arguit textus in cap. 1. in fin. de fratribus de novo benefic. investit. titul. 12. libr. 2. feudor. Quinimò adoptivorum successione concessa, non modò alius ad feudi successorem admitteretur, quam qui in investitura comprehensus esset: sed & per eundem illum excluderentur agnati, in investitura vocati: quod & absurdum & iniquum foret, *Weseneb. de feud. cap. 6. num. 13. Decian. conf. 34. num. 16. vol. 1. & hos, aliosque citans Vultejus d. cap. 9. num. 90.* Ex tenore tamen live pacto investituræ, itemque loci statuto vel consuetudine, etiam adoptivus ad feudi successorem admitti poterit, ut sentit *Alvarottus ad d. §. adoptivus & Frederic. Schenck. ibidem n. 3. Sonsbecc. d. part. 9. num. 64. Weseneb. d. n. 13. D. Bocer. d. class. 5. Disput. 18. thes. 6. ad lit. a. Rittershus. lib. 1. partit. feud. cap. 13. n. 5. Gothofred. Anton. disp. feud. 5. thes. 6. sub lit. c.* Arrogatus quoque auctoritate Principis ea lege, ut in feudum succedat, admittitur ad feudum, ut scribit *Baldus ad dictum §. adoptivus. argumento l. quod Principis. 23. ff. de aqua, & aqu. pluv. arcend. quem Martinus Laudensis ibi, & alii sequuntur. idemque tradit Schneidewinus hic sub cap. de*
257 *success. filiorum adoptivorum. num. ult. Id quod Schenck de Baro in d. §. adoptivus. n. 4. verum putat, si nulli extant arrogatori agnati: quippe cum in præjudicium agnatorum Princeps nihil statuere possit argum. l. 2. & l. 3. & l. rescripta. 7. C. de precib. Imperatori offerend. &c. quamvis. 8. de rescriptis. in 6. Sed & ipsius domini consensu hujusmodi arrogationem fieri debere, probabile est. Cum enim deficiente legitimâ vasalli prole & agnatis feudi successoribus, feudum ad dominum redeat. tit. 11. de successione fratrum. §. His verò deficientibus. lib. 2. feudor. sane in domini inviti præjudicium indulgentia Principis operari nihil debet. Ea namque Principis probatur indulgentia, que petenti quidem prodest, at non lædit alium, d. l. 2. & d. l. rescripta. 7. C. de precib. Imperatori offerend. Sonsbecc. d. part. 9. n. 65.*
260 Enimverò non desunt in historiis exempla, ubi etiam adoptati postea regni successores extiterunt: ut videre est in Jugurtha, qui ex adoptione Micipsæ, Numidarum Regis, successit in regno cum Adherbale & Hyempsale, filiis naturalibus ac legitimis ipsius Micipsæ, tam ex ejusdem patris, quam S. P. Q. R. iudicio, ut testis est *Salustius in bello Jugurthino. Sic & Liberius Augustus, Nero Claudius, Trajanus Nervæ, Antonius Pius Adriano, & ipsi Pio Antoninus Philosophus, & Iustino majori noster Justinianus, & alii alii per adoptionem in Imperio successerunt, aut Floribus Cornelio Tacito, Suetonio, Dione, Aurelio Victore, Aelio Lampridio, & ceteris historiarii Scriptoris. Sic quoque Margareta, Daniæ Regina, Ericum Pomernorum Ducem; & Anna Neapolitana, Alphonsum Aragoniæ Regem, per adoptionem ad regni successionem invitarunt, ut ex *Bodino lib. 2. de Republ. cap. 4. in fin. hic refert Heigius in cap. 5. n. 93. & eandem rem latius pertractat Tiraquellus ad l. si unquam. 8. in verb. susceperis liberos. n. 19. C. de revocand. donationibus. Denique quod dictum est, in feudis filium adoptivum regulariter non succedere: id etiam ad emphyteusim Ecclesiasticam vulgò produciuntur: sicuti post *Mattheum de Afflict. in d. cap. 1. §. adoptivus, si de feudo defuncti content. sit, titul. 26. lib. 2. feudor. annotavit Heigius hic in d. c. 5. num. 94. Eadem de re videri etiam poterit Forsterus d. lib. 5. de successione. c. 7. n. 12. ubi plures refert.***

DE SUCCESSIONE LIBERORUM NATURALIUM TANTUM.

262 **S**atis superque de liberis, qui & naturâ & lege, vel hujus solius beneficio, ad parentum successionem vocantur, explicatum est: iam ut & de iis, qui naturæ saltem beneficio sese sustinent, sermo instituat, reliquum

est. Liberi naturales tantum (ideo vulgò ita dicti, quia natura in illis sola attenditur: adeoque lex live jus civile eos non agnoscat, docente *Rittershusio in exposic. Novell. Justin. part. 7. cap. 5. n. 2.*) hic appellantur liberi, ex pellice live concubinâ, (quam scilicet quis solutam & unicam, indubitato affectu, domi loco uxoris habuit) nati, can. liberi. 15. caus. 32. quest. 2. gloss. in cap. nisi cum pridem. 10. super verb. manzeres. exar. de renunciatione. qui alias dicuntur nothi: ut ex *Quintiliano libro. 3. capite 6. Jacobo Curtio tom. 1. conjecturar. lib. 3. cap. 8. & Giphano. docuimus in §. si adversus. 12. numer. 8. supr. de nupt. & fusius ostendit Valent. Forster. libro 6. de successione. ab intest. capite 32. numer. 2. cum seqq. itemque D. Besold. in delib. jur. ex lib. 3. Pand. num. 9. pag. 273. cum seq. & homines degeneres. l. ult. in fin. C. de naturalib. liber. & vulgò Bastardi, à Germanico, *böse Art*, id est, degeneris ingenii. *Cujac. ad Novell. 18. circa fin. & libro. 5. observat. 6. Vultejus libro 1. Jurisprud. Rom. cap. 8. numer. 46. Ludovicus de Sardis in tract. de naturalibus liber. part. 2. n. 2. gloss. super Rubric. ff. de concubinis. Gothofred. ad dict. leg. ult. in verb. degeneres. Cod. de naturalib. liber. Schneidewin. hic sub cap. de successione liber. natural. tantum. n. 4. Borcholt. in tract. de gradibus. tit. de successione natural. liberor. pag. 187. & in Comment. in consuetud. feudor. c. 7. part. 2. num. 17. Bocer. in tractat. de Regalib. cap. 2. num. 104. & Ranchinus in tractat. de successione. ab intestato. §. 7. numer. 15. Quibus annumerantur quoque illi, qui non ex concubinâ procreati sunt, sed ex aliâ liberâ femina, quam quis impotentia amoris victus compressit: eosque liberos Germani vocant. *Liebkinder*, ut constitutio *Eleonoris Palatini. part. 4. tit. 2. & jus municipale renovatum Wirtemberg part. 4. tit. 18. fol. 479. item quibusdam in locis Jungfrauinder*, asserente *Rittershusio loco supra notato. Liberi autem isti naturales, iustis liberis ex uxore legitimâ non extantibus, patri succedunt in sextantem hereditatis, hoc est, in duas uncias, cum matre suâ in viriles partiendas. Cæterum si defuncto conjunx legitima superstit: filios naturales ex concubinâ natos, in totum removeri placuit, dict. *Novell. 18. cap. 5. & Novell. 89. c. 12. §. si quis autem defunctus. Auth. licet patri. C. de naturalibus liber. Heigius hic cap. 5. numer. 115. Covarruvias in Epitom. in quartum librum decretal. part. 2. capite 8. §. 4. n. 9. Ludovicus de Sardis dict. tract. de naturalibus. lib. part. 3. n. 2. Fernand. Vasquius lib. 3. controversiar. illustr. cap. 102. num. 15. & seq. Hujusque ratio hæc assignatur: tum ut parcatur pudori honestæ & legitime uxoris, tum ut iusto ejus dolori occurratur; quam verisimile est iuste offensum, si, si quos videat, se vivâ, in numero & jure liberorum defuncti haberi aliunde susceptos, quam ex honesto & legitimo matrimonio, quale ipsius fuit cum defuncto. Id vero futurum est, si ipsâ superstite naturales ejusmodi, nullâ ex parte defuncto succedant. *Ludovic. Molina tom. 1. de iustit. & jur. tract. 2. disputat. 166. numer. 5. Donell. lib. 9. Comm. de jure civil. cap. 2. pag. 400. num. 30. D. Bocer. hic n. 62. p. 69. & c. l. 3. Disput. 10. th. 12. ad lit. b. edit. 2. D. Besold. in delib. jur. ex lib. 32. ff. question. 5. pag. 131.*****

265 Et hæc in liberis naturalibus primi duntaxat gradus locum habent. Nam secundi vel ulterioris gradus, hoc est, nepotes aut pronepotes naturales, à successione avi vel proavi paterni prorsus excluduntur. *d. l. ult. vers. sed hoc in his. C. de naturalib. liber. d. Novell. 89. cap. 12. in fin. Cujac. ad d. Novell. 18. Angel. Aretin. in §. novissimè. infr. de Senatusconsulto Orficiano. Gail. lib. 2. observat. 115. n. 1. Forster. d. lib. 6. de successione. cap. 10. n. 5. Mattheus. in tract. de success. ab intest. membr. 2. primi artic. n. 4. Gabr. Palaeotus in tract. de nothi spiritusque filii cap. 38. num. 5. Ratio ejus hæc reddi solet: quia tametsi concubinatus per leges nomen assumpsit, l. in concubinato 3. §. 1. ff. de concubinis. ibique Gothofred. vitium tamen aliquod in se continet, d. l. ult. C. de naturalibus liber. & ob id nepotes ac pronepotes naturales digni non judicantur, ut ab intestato ex bonis avi vel proavi paterni aliquid consequantur: maxime cum de domo & familia patris non sint, atque arma & insignia familie non ferant;*

- Bartolus in leg. tutelar. 7. in princip. ff. de capite minutis. Baldus in leg. generaliter. 6. §. cum autem. C. de institutionibus. & substitutionibus. Tiberius Decian. respons. 1. num. 6. vol. 3. & ref. 31. num. 92. & 93. vol. 1. Joannes Borchols. dict. tractat. de gradibus. tit. de success. natural. lib. pag. 188. Adam Keller. in tract. de jure succed. ab intest. tit. 6. num. 5. Quamvis aliter sentiant Covarruv. ad d. lib. 4. Decretal. part. 2. c. 8. §. 4. num. 10. Bald. & Salices. in d. l. fin. C. de naturalib. liber. Grass. in §. successio. quest. 18. n. 3. & Heigius hic. c. 5. sub tit. de jure succedendi naturalium propriè sic dictor. n. 117. Eadem de re videatur D. Besoldus. lib. 1. politicor. c. 11. num. 60. & Johan. Stephan. Durantus quest. jur. 19. & 20. pag. 85. & similibus.
- 268 At quid de filiis, ex diversis concubinis simul existentibus progenitis, censendum? Et eos patri, idque propter odium effusæ libidinis, omnino non succedere, aperte decisum est, d. Novell. 89. cap. 12. §. si verò effusa. §. Forster. d. lib. 6. de successione. c. 10. n. 3. Matthias Stephani cent. 3. sub quest. 9. Ad matris porro, etiam illis, nec non aliorum ascendentium, per lineam maternam conjunctorum bona, naturales unâ cum legitimis liberis æquâ lance & pariter convolare, indubitari juris est, dict. l. novissimè. 3. ubi Angel. Aretin. infr. de Senatusconsulto Orfician. l. 2. & l. Modestinus. 8. ff. unde cognati. l. si qua illis. §. C. ad Senatusconsultum Orfician. Schneidewin. hic sub cap. de success. liberorum natural. tantum. num. 14. & seqq. Covarruv. dicto loc. num. 15. Arnold. de Reyger in thesaur. jur. pag. 656. Francisc. de Barry lib. 18. de successione intestati. tit. 1. num. 17. & seq. in tantum, ut testamento neglecti, aut præteriti, querelam inofficiosi intentare valeant, l. si suspecta. 29. §. 1. & ibi Paul. Castrensis. ff. de officio testament. Schneidewin. dict. loc. num. 18. Arimæus Exercitatus. Justin. 11. thes. 8. ad lit. c. Forster. dict. lib. 6. cap. 11. num. 4. & 5. Et si verò, liberis legitimis extantibus, naturales à successione patris repelluntur: alimenta tamen illis, ex bonis paternis arbitrio boni viri debentur. dict. Auth. licet vers. hujusmodi. Cod. de naturalib. liber. d. Novell. 89. cap. 12. §. si quis autem defunctus. 4. Oldendorp. class. §. act. §. in epitome success. ab intest. n. 9. Heigius hic d. c. 5. num. 127. Bocer. num. 63. pag. 70. & d. tract. de Regal. c. 2. n. 207. pag. 108.
- 271 Sane si liberi naturales per subsequens matrimonium, etiam in articulo mortis contractum (de quo uberè diximus in §. aliquando. 13. supr. de nupt. num. 5. & seqq. & noviter pulchrè explicuit Georgius Beatus in suis decisionibus antinomiar. quest. 9. nec non Hummii in suis resolut. ad vol. 2. Treutleri, disput. 15. (vel 16.) th. 2. lit. A. quest. 15. pag. 206. & inibi in suis not. Bachovius pag. 1002. & seq. qui dissentire videtur) legitimi effecti fuerint: cum liberis reliquis per omnia parentum hereditate gaudebunt, §. sui autem heredes existimantur. 2. vers. quibus communerari. infr. hoc tit. l. cum quis. 10. & l. nuper. 11. C. de naturalib. lib. Novell. 12. c. ult. & Novell. 89. c. 8. Ratio conspicua est: quia legitimati per subsequens matrimonium, per omnia, & in omnibus, pro veris, justis & legitimis liberis habentur: nec quicquam à liberis naturalibus & legitimis, ex justo matrimonio procreatis differre censentur. Matrimonium quoque sequens purgat omne vitium antecedens, & retrahitur ad tempus conceptionis & nativitatis filiorum: & perinde habetur, ac si contractum esset ante conceptionem nativitatēque filiorum. c. tanta. 6. ext. qui filii legitimi. Matthias Stephani cent. 1. quest. 46. ad lit. b. & quest. 47. Rittershus. in expositione Novell. Justin. part. 7. cap. 6. numer. 3. David Doringus in Bibliotheca Jurisconsultorum tom. 1. verb. adulterium. num. 294. fol. 74. Ideoque liberi ita legitimati, substitutum, in casum non existentium liberorum legitimorum & naturalium excludunt: & statuto feminas excludente, masculis legitime nati existentibus, comprehenduntur: ut tradit Anton. Gabriel. Roman. lib. 6. commun. conclus. tit. de legitimat. conclus. 1. ampliat. 13. & 14. Andreas Gail. lib. 2. observat. 141. Gravina lib. 2. conclus. 141. Borchols. in tractat. de gradibus. tit. de successione liberor. per subsequ. matrimon. legitimator. pag. 197. & seq. Andreas
- Gerhardi Decad. 11. quest. 4. Ludovic. Molina. tom. 1. de justit. & jur. tractat. 2. disput. 172. num. 14. D. Collega Besold. in delib. jur. ex libr. 1. Pandect. num. 32. pag. 120. Hieronymus de Cavallos in speculo aureo opinionum commun. contra communes. quest. 2. num. 5. Forster. libro 6. de successione. ab intestato. 28. & 29. n. 4. & 15. aliqui plurimi, ab iis allegati. Adde eâ de re copiosius dissertantem Paulum Emiliu Gallum in tractat. de except. in success. tam ex testam. quam ab intest. part. 1. tit. 1. except. 2. num. 18. & multis seqq. Ad istum autem per subsequens matrimonium legitimandi modum quæ necessaria sint, succinctè explicuimus in dicto §. aliquando. 13. supr. de nupt. numer. 3. & 4. Deque is expositus agit Franciscus de Barry d. lib. 18. de successione. intestati. tit. 1. num. 21.
- De eo dubitatum memini: an matrimonium intermedium impediat legitimatorem proles per subsequens matrimonium? Exempli gratia: Quidam ex concubinâ suscepit liberos: deinde aliam mulierem uxorem duxit; hacque mortuâ, priorem concubinam matrimonio sibi junxit: questum est, nunquid matrimonium intermedium legitimatorem liberorum, antè susceptorum, officiat? Et non officere, plerisque non sine ratione visum est. Si quidemabilitas extremorum (uti sancti mos est Interpretum nostrorum) sufficit: velut hoc loco temporis, quo liberi sunt procreati, & ejus, quo sibi quispiam matrimonio concubinam jungit; argum. l. potior. 11. §. 1. ff. qui potiores in pign. vel hypoth. habeantur. ubi tempora præterita conjungi præsentibus ob secundam hypothecam non impediuntur, & argum. l. interdicte. 59. §. 1. ff. de conditionibus & demonstrat. ubi legatum non intercidit, si persona legatarii intermedio tempore incapax reddatur. Huc quoque facit vulgatum axioma: quando est impedimentum causatum facto hominis, superveniens medio tempore, non impedit extrema conjungi, argum. l. cum decem mihi. 71. §. 1. ibique Bartolus. ff. de solutionibus & l. bonorum. 24. §. 1. ff. ratam rem haberi. Eidem sententiæ suffragatur textus in Novell. 74. c. 2. §. si verò vers. omni. no enim suis existentibus, deinde naturalibus procreatis, aut primitus natis, &c. ubi haud dubie aliud matrimonium medium fuit inter concubinatum, & matrimonium cum concubinâ initum: cum aliâ non possent dici nati legitimi post naturales legitimandos: ut fusiùs id demonstrat. Antonius de Rosell. in tractat. de legitimat. tit. de causa materialis legitimatorem. num. 50. & seqq.
- Accedit denique & illud, quod istam vim legitimandi prolem priorem, jura matrimonio simpliciter & generaliter concedant, nec distinguant, an aliquod medium matrimonium intercesserit, vel non: aut an alia legitima proles, vel non, substit. ut apparet ex lege Divi Constantini. §. Cod. de naturalib. liber. Novell. 12. cap. 4. dubitatum, &c. & d. c. tanta. 6. ext. qui filii sint legit. Ergo nec nos distinguere debemus, argum. l. 1. §. initio. 4. ff. de offic. præfecti urbi l. de pretio. 8. ibique gloss. & Bartolus ff. de Publician. in rem act. Atque hunc, utpote æquam & communem, usque receptam sententiam, tenent Goffredus in summa, de filiis Presbyteror. ordinand. vers. quid si natus. Hostiens. in summa, eodem tit. §. 2. in fin. Richardus Malumbra in disput. incip. in quibusdam Provinciis, &c. Anton. Butr. & ceteri. in d. cap. tanta. ext. qui fil. sint legit. alique quos referre & sequitur Molinæ in Commentar. ad consuetud. Parisiens. tit. 1. §. 8. gloss. 1. n. 34. Quibus adijcendi quoque sunt Zasius in epitom. feud. part. 8. num. 76. Forster. senior. in tract. de successione lib. 6. cap. 33. num. 15. & seqq. Borchols. in Commentar. in consuetud. feudor. cap. 7. de successione, &c. num. 49. & Robertus Disp. 3. ad institut. thes. 3. Et quamvis Ludovicus de Sardis dict. tractat. de naturalib. liber. c. de legitim. per verum matrimonium. quest. 2. num. 5. & 6. contrarium defendere præsumat: ejus tamen opinio, tanquam minus æqua, & Saturnina (ut loquitur Molinæ jam allegato loco) rejicienda est, & contra communis omnino approbanda: adversus quam nimis & rigorosa subtilitas à consulentiis & judicantibus admitti haud debet, teste Marciano in l. si ut. 8. §. si debet. 16. ff. quibus modis pign. vel hypoth. solent & decursio in n.

tulo 6. Episcopum vel Abbatem. in verb. *ferendum lib. 1. feudorum.*

278 Non refragantur textus, qui volunt, in legitimatione affectionem concubinalem continuatam, esse transmutandam in maritalem. *l. cum quis 16. ibi postea autem ex eadem affectione. § l. seq. C. de natural. lib. Novell. 89. cap. 8. vers. affectus enim circa filios, &c. cum similibus.* Nam ope fictionis censetur nostro in casu eadem affectio cum verbum postea, in *d. l. cum quis. 10. C. de natural. liber. verificetur etiam posito aliquo intermedio, argum. l. 1. in princ. ubi Doctores. ff. si tabula testamenti nulla extiterit. Nihil quoque obstat, quod appellatione nuptiarum in iure nostro veniant primæ tantum, non secundæ. *l. cum pater. 77. §. pater certam. 9. ff. de legat. 2. l. dotis promissæ. 66. in fin. ff. de iure dot. cum similibus.* Etenim responderetur: hoc tantum secundum quid verum, ceterum absolute falsum esse: cum utique secundæ sint nuptiæ: & aliæ, nec liberos post primam uxorem natos ex concubina legitimi possent, sequeretur. Sed & in *d. l. 68.* ideo dicitur, dotis promissæ obligationem extinguere, si aliæ nuptiæ intercesserint: quod quicumque intuitu certæ mulieris, quam Titius ducturus erat, dotem promissæ, tacite promissæ videatur, si nuptiæ cum illa ipsa muliere statim sequantur. Nec quicquam aliud ex illo textu ad hanc rem inferri potest, quam, promissionem Titio factam super dote, si concubinam duxerit; aliâ uxore ductâ extinguere: neque reviviscere, si postea Titius concubinam ducere velit: intermedium autem matrimonium impedire legitimationem, qui proprius est nuptiarum effectus, male inde inferitur. Reliqua, quæ nostram hebetare videntur assertionem, satis refellit Forsterus dicto loco, & Antonius de Rosel. dict. tract. de legitimat. tit. de causa materiali legitimat. n. 56. & seqq. itemque Reinhardus Bachovius in suis not. ad vol. 2. Treutleri. disput. 16. ch. 2.*

279 *lit. A. pag. 1004. & seqq.* Porro an & quatenus per conjugium subsecutum legitimatus iure primogenituræ gaudeat, accurate explicant, post alios, Tiraquellus in Comment. de iure primigen. quest. 34. num. 3. cum multis seqq. Molin. dict. Commentar. in consuetud. Paris. t. 1. §. 8. gl. 1. num. 34. cum seq. Humius lib. 3. var. resolut. jur. civ. tract. 1. quest. 27. Nicol. Betsim in tract. de pactis famul. illustr. c. 9. pag. 575. D. Collega Besoldus lib. 1. de regni success. dissertat. 9. num. 8. & seqq. & novissime D. Martin. Ruvellin. in dissertat. 6. ad Auv. Bull. ch. 13.

280 Ceterum legitimati per rescriptum Principis tum deum parentibus suis succedunt, si iusti & legitimi liberi deficient. *l. imperialis. 23. Cod. de nupt. d. Nov. 89. c. 9.*

281 Ast ut Imperiali rescripto naturales liberi efficiantur legitimi, tria cumprimis conjunctim requiruntur: I. Ut matrem istorum liberorum conjugem habere pater nequeat, *d. Nov. 89. c. 9. Bocer. in tract. de regalib. cap. 2. num. 69. Gail. libro 2. observat. num. 3. Forster. d. libro 6. de successione cap. 33. num. 19. II. Ut alios liberos legitimos non habeat. Novell. 74. c. 2. & d. Novell. 89. cap. 9. Jafon ad leg. Gall. 29. §. quid, si tantum. num. 107. ff. de liber. & posth. Antonii Gabriel. Roman. d. lib. 6. commun. conclus. tit. de legitimat. conclus. 6. Vultejus libro 1. Jurisprud. Rom. cap. 23. num. 12. III. Ut ipsi liberi naturales in sui legitimationem consentiant, *d. Nov. 89. c. 11. Carolo Topia in Commentar. ad Rybr. ff. de constitut. c. 5. num. 46. huiusque referens D. Bocer. dicto loco.* Videatur etiam Petrus Felderus Mindanus de processib. Camer. lib. 3. cap. 12. num. 3. ubi, quid in supplicatione pro impetranda legitimatione narrandum sit, breviter ostendit. Enimvero naturales liberi, ad supplicationem patris, etiam exstantibus liberis legitimis naturalibus, adjecta hac clausula, non obstante, quod liberi legitimi supersint, legitimi per Principem, cum legitime natis succedere possunt, *arg. l. 2. §. 3. ff. de natalibus restituend. l. 2. in fin. C. de iure auct. omni. §. de natalib. restit. in l. Gallus. 29. §. si tantum. num. 96. ff. de liber. & posth. Alexandri Cassi. 188. num. 24. vers. non obstat, &c. Barchol. d. tract. de gradib. pag. 204. Gail. lib. 2. observat. 142. n. 5.**

282 In disputationem hic illud vocatur, nunquid, si pater legitimatione liberorum naturalium per Imperatorem

facta uxorem ducat, & ex ea liberos legitimos suscipiat, legitimatio revocetur, & irrita fiat? Negantium opinionem juri consonam esse, ex sequentibus præcipue rationibus constat. I. Quia ea, quæ legitime & rite constituta sunt, durant: licet ille postea extiterit casus, a quo initium capere non poterunt. *l. in ambiguis. 85. §. de regul. jur. cap. factum. 73. de regul. jur. in 6. idque maxime in beneficio, ut est legitimatio, locum habet, cap. docet, 16. eodem tit. in 6. II. Quia filium temporalem habere, absurdum est: velut ex mente Labeonis respondit Paulus J.C. in leg. questum. 34. ff. de adoptionibus. Cujac. in Commentar. in lib. 11. question. Paul. pag. 234. III. Quoniam perfectum quod est, ex post facto irritum fieri aut revocari non debet, *l. si ut proponis 3. C. de confirmando tutore. l. sancimus 25. vers. non enim debet. C. de administratione tutor. &c. IV. Quia legitimatio, per subsequens matrimonium facta, non constituitur irrita, quantumvis postea patri liberi legitimi nascantur, *d. Nov. 74. in præfat. §. sancimus namque ipse. & d. Novell. 89. cap. 8. V. Quia certi jureque definiti sunt modi, quibus liberi a nexu patriæ potestatis liberantur, *l. patre 8. ff. de his, qui sui, vel al. juris sunt. tot. tit. sup. quibus modis jus patriæ potestatis solvit.* Quibus tamen nusquam legitimorum liberorum nativitas connumeratur. Atque hanc sententiam, tanquam communem & veram, suis suffragiis comprobant. Decius consil. 307. incip. visio puncto colum. final. vers. quarto non obstat. & consil. 576. pro resolutione col. 1. in princ. vol. 3. Matthæus Gribald. in communib. opinionib. in verb. legitimatus. vers. legitimatio. Joann. Eichard. in addit. ad Baptista Villalobos in communib. opinionib. lit. L. num. 83. & latè Tiraquell. ad l. si unquam. in verb. donatione largitus. num. 282. & seqq. C. de revocand. donat. Quod autem idem Tiraquellus ibidem num. 308. & seqq. prædictam sententiam eo duntaxat casu procedere existimat, quo pater & Princeps in ipsa legitimatione cogitarent de futuris liberis, non item eo casu, quod de liberis legitimis non cogitaverunt: *§ n. 316. & seqq. ex quorundam Dd. traditione subijcit, etiam hoc posteriore casu legitimationem quoad patriam potestatem, honores, & dignitatem, privilegiaque familiæ omnino consistere ac duraret sed quoad jus succedendi, quod solis postea legitime natis liberis competat, irritam fieri; id sane à juris ratione prorsus alienum, adeoque minimè ferendum iudico, cum D. Collega Bocero in dict. tractat. de regalib. c. 2. n. 75. Tum quia legitimationis effectus patria potestatis censetur, *d. Novell. 74. cap. 1. ibi, & suos de cetero & sub potestate habere. & c. 2. in pr. ibi, ut sub potestate ejus consistant & d. Nov. 89. c. 9. Atqui patriæ potestatis effectus est, jus succedendi in bona defuncti patris, §. 1. §. emancipati. 9. & §. sed ea omnia. 14. infr. hoc tit. Cùm ergo patria potestas in liberos legitimatos duret, licet ipsi postmodum patri nascantur liberi legitimi: certe jus etiam illud succedendi in hereditatem patris durabit. Tum quia liberi per rescriptum Principis legitimi, nihil à legitimis liberis differre dicuntur, per modo allegatum Novell. 74. c. 2. in princip. ibi, nihil à legitimis filiis differentes. & d. Nov. 89. c. 9. in fine. Quare unâ legitimis liberis, postea natis, in patris hereditatem merito succedunt. Tum quia naturales liberi per hunc legitimationis modum restituntur & naturæ, & antiquæ ingenuitati, & juri legitimo, dict. Novell. 74. c. 2. in princ. & dict. Novell. 89. cap. 9. §. sit igitur. 1. Hoc igitur jus ipsis acquiritur, eis inivitis non debet auferri, nequidem per emancipationem à patre factam, dict. Novell. 89. c. 11. in princ. l. id, quod nostrum. 11. ff. de reg. jur. Tum etiam quia poena est noxiæ sive delicti vindicta. *l. aliud fraus. 131. ff. de verborum significatione.* Nihil autem delinquant legitimati liberi facto patris, ad secunda vota transeuntis, legitimisque liberos jura ex conjugio suscipientis. Neque ergo privatione juris succedendi puniendi erunt. Tum postremo, quia nullâ lege aut constitutione jus succedendi in paternam hereditatem ademptum est liberis legitimatis, eo casu, quo post legitimationem patri liberi legitimi nati sunt. Ergo, cùm sine lege loqui crebescamus, Novell. 18. cap. 5. in princ. nec nos id dicere debemus. *l. ab ea parte. §. in princ. ff. de probationib. & l. illam meritis. 19. vers. superstitibus qui-******

dem. ibi, eò quòd nulla constitutio super hujusmodi collatione posita esset. C. de Collationib.

- 294 Nec imminuit decisionem nostram: quòd legitimatio per imperiale rescriptum fieri nequeat, si pater jam justos & legitimos liberos habeat, *d. Novell. 74. cap. 2. dict. Novell. 89. cap. 2.* Nam justi quidem & legitimi liberi ante legitimatorem procreati, impediunt legitimatorem futuram: ac post eam ritè factam nati, ipsam non tollunt, & ne quidem quòd successionis effectum. Factum n. legitime retractari non debet, licet casus postea eveniat, à quo non potuit inchoari. *d. cap. factum 73. de regul. jur. in 6. dict. l. in ambiguis. 85. §. 1. ff. de regul. jur.* Hinc quamvis furor, & pontalía, & matrimonium contrahendum impediát: contracta tamen sponsalia, aut matrimonium alterutrius sponsi vel conjugis, non dissolvit aut infirmat, *l. furor. 8. ff. de sponsalib. & l. patre furioso. 8. in princip. vers. nam furiosus ff. de his, qui sui vel alieni juris sunt.* Hinc etiam licet cæcus ad novum magistratum aspirare penitus prohibeatur: attamen cœptum ante cœcitatem magistratum retinet, *l. 1. §. secundo loco. 5. vers. sed melius est. ff. de postulando.* Quapropter & legitimatio, per rescriptum Principis ritè facta, non revocatur; tametsi patri post legitimatorem liberi justí nascantur.

- 298 Nihil item conclusioni nostræ obloquitur regula illa vulgata: quòd ea, quæ ab initio constiterunt, corrumpi & irrita fieri dicantur, cum eum in casum recidunt, à quo incipere non potuerunt, *l. existimo. 98. in fine principii. ff. de verborum obligationibus. l. pro parte. 11. ff. de servitutib. l. 3. in fin. ff. de his, quæ pro non scriptis habentur, & similib.* Præterquam enim quòd non omnium, sed quorundam solummodò juris auctorum opinio fuit, ea, quæ rectè constiterunt ab initio, resolvi; si in eum pervenerunt casum, à quo initium sumere non potuissent, *d. l. existimo. 98. in princ. vers. & maxime secundum illorum opinionem ff. de verborum obligat.* sciendum etiam est, hanc regulam non in omnibus; sed iis duntaxat casibus esse veram, quibus res, quæ agitur, eo tempore, quo agitur, ultimum finem ac effectum non sortitur, ut jam supra dictum est num. 242. Unde in servitutis promissione non constituitur ab initio, cùm ipsa servitus: sed tum demum, cum planè acquiritur, & prædiis imponitur. Licet proinde stipulatio servitutis sit utilis: perimitur tamen & resolvitur, si tempore quo acquiritur, live prædio imponitur, casus aliquis existat, quo in stipulationem deduci non potuisset, *d. l. existimo 98. in princ. & l. si sub ima. 136. §. 1. ff. de verborum obligationibus. & dict. l. pro parte. 11. in fin. ff. de servitutibus.* Sic si res in stipulationem deducta, tempore stipulationis sit in commercio hominum; sed ante traditionem in hominum commercio esse destinat: inutilis efficitur, extinguiturque stipulatio: cùm ea ultimum suum finem & effectum tempore primum traditionis consequatur. *2. idem juris. 2. vers. item contra. infr. de inutilib. stipulationib.*

- 300 Cæterum altera regula, pro stabiliendâ decisione nostrâ supra num. 295. allata & proposita in dict. leg. in ambiguis. 85. §. 1. ff. de regul. juris & dict. capis. factum. 73. de regulis juris in 6. in his procedit speciebus, quæ eo, quo aguntur, tempore confectum ultimum suum finem & effectum sortiuntur: quo tempore, si vultiter & legitime fiant, dantur; quamquam postea in eum inciderint casum, à quo initium capere non potuerint. *Cujac. in Commentar. in libr. 12. respons. Papin. pag. 517. & seq. Decius ad dict. leg. in ambiguis. 85. §. 1. num. 2. ff. de regulis juris. aliisque superius allegatis, num. 242.* Hinc servitutes, quæ jure acquisitæ sunt, prædioque impostæ, ex accidenti & ex postfacto intercidere non possunt, *l. penult. §. ult. ff. de verborum obligation.* Simili ratione jus acquisitum eo tempore, quo utiliter acquirebatur, subsequens tempus corrumpere nequit, licet eum inciderit in casum, unde initium capere non potuit. *l. 1. §. ult. ff. de itinere, aditque privato. l. si. de eo fundo. 90. §. penult. ff. de acquir. vel amitt. possess.* Quocirca cum ipsa legitimatio ultimum suum finem & effectum suum tempore legitimatorem statim consequatur; quem finem & effectum esse patriam potestatem. *d. Novell. 74. cap. 1. & 2. & dict. Novell. 89. capite. 9.* hujus verò effectum esse jus succedendi in futuram hereditatem patris, docuimus

suprà n. 231. quamvis postmodum justí liberi patri agnascantur, sicque legitimatio in eum reciderit casum, à quo inchoari nequivit; ejus tamen finis & effectus amplius non corrumpitur.

Præterea nullum contrariæ opinioni adfert patrocini- 301
nium: quòd jus filiationis separatum est à jure successio-
nis: si quidem quis hereditati patris renunciare, & nihilo-
minus ejus filius manere possit: & licet filius ab hereditate
patris sit exheredatus; filius tamen ejus esse non desinat.
Etenim separatio isthæc sit aut voluntate filii, ut in renun-
ciatione; aut filii ingratitude, ut in exheredatione. In
proposito autem themate agitur de legitimatis liberis, qui
nec hereditati paternæ renunciant, nec ullius ingrati-
tudinis argui possunt: proindeque nec à patre exheredantur.
ut rectè respondit D. Bocerius in prælegato Tract. de regulib.
cap. 2. num. 86. in fine. pag. 96. De eadem controversiâ in
utramque partem disserit Ludovicus Molina tom. 1. de ju-
stit. & jur. tract. 2. disput. 173. num. 28.

Trahitur in questionem incipiem & illud: Num agna- 302
torum & cognatorum, qui post liberos legitimos successuri
sunt, consensus sit ad hanc legitimatorem necessarius?
Et eum non esse necessarium, sanior & receptior doctrina
est. Tum quia neque *d. Novell. 74. neque d. Novella. 89.*
(quæ utraque de hac legitimatorem, ejusque requisitis agit)
ulpiam agnatorum vel cognatorum consensum desiderat.
Tum quia agnatis & cognatis nullum in bonis agnati &
cognati adhuc viventis jus est quæsitum: siquidem is,
exclusis illis, etiam extraneæ honestæ personæ bona sua
testamento relinquere possit, *l. fratres vel sorores. 27. C. de
inofficioso testament. arg. l. 1. in re mandata. 21. C. mandati.*
Tum quia cùm adoptio sit, non est necessarius in eam rem 303
agnatorum & cognatorum consensus, respondente Celsò in
l. cum adoptio. 7. ff. de adoptionib. Tum denique, quia
pater qui nullam prolem legitimam aut parentes habet,
naturalibus suis liberis universam suam substantiam vel
ultima voluntate, vel inter vivos relinquere potest, *d. No-
vell. 89. c. 12. §. si verò filios non habuerit. & Auth. licet. C.
de naturalib. liber.* Et hanc sententiam firmanter probant.
de naturalib. liber. Et hanc sententiam firmanter probant.
que Jafon. in l. Gallus. 29. §. & quid si tantum. num. 130.
ff. de liber & posthum. Decius. consil. 55. num. 2. consil. 338.
num. 2. & consil. 376. num. 6. Anton. Gabriel. Roman. lib. 2.
commun. conclus. tit. de citation. conclus. 1. num. 143. Anto-
nius de Rosellis in tract. de legitimat. lib. 1. tit. de caus. for-
mali legit. n. 11. Capra consil. 2. colum. 4. & 5. Burjatus consil.
10. n. 5. vol. 1. Borcholt. in tract. de gradib. tit. de success. libe-
ror. per rescript. Princ. legitimator. pag. 202. Gail lib. 2.
obsil. 142. num. 1 & 2. Forjier lib. 6. de successib. cap. 33.
num. 26. Adam Keller. in tract. de jure succed. ab intest.
tit. 7. num. 4. Molina d. tract. 2. disput. 174. Domini Collegæ
Andreas Bayer & Christ. Besold. part. 5. consil. 199. num. 40.
& seqq. aliquæ plures. ab his designati.

Nec quicquam ad rem pertinet, quòd agnati & cognati 304
succedant in bona agnati & cognati sui, sine liberis justis
defuncti: atque ita jus quoddam in spe ipsius sit quantum.
Nam jus in spe, quòd quis habet, considerabile non est,
ut tradunt Bartolus, Crocius, Jafon, & alii ad d. l. Gallus. 29.
& quid si tantum ff. de liber. & posthum. hujusque referens
D. Bocerius d. tract. de regulib. a. 2. num. 83. & seqq. ubi pro-
positam questionem accuratius & copiosius examinat: nec
non num. 93. contra alios speciosis rationibus ostendi: le-
gitimatos per rescriptum Principis succedere etiam ipsis
cognatis intestato mortuis, licet illi legitimatorem non con-
senserint.

Est & hæc nobilis, contrariisque Doctorum opinionibus 305
involuta questio: utrùm liberi naturales, per rescriptum
Principis, vel Comitem Palatinum, legitimandi potesta-
tem indubitatè habentem, legitimati comprehendantur
statuto excludente sceminas, extraneas, masculis naturali-
bus & legitimis? Et quamvis multi id affirmant. Baldus in
Leam. quam. 14. & Jafon in l. cum acutissimi. 30. col. 2. vers.
breviter. C. de fideicommissis. Castrenf. in l. sed si hæc. 10. §. pa-
tronum. ff. de in ius vocand. & in l. si ita quis. §. §. ult. ff. de le-
gat. 2. & consil. 226. attendendum est lib. 1. Ant. Rosell. d. lib. 1. de
legitim. tit. de causis final. legitimatib. num. 4. Alexand. consil.
2. num. 11. & consil. 94. colum. 2. vers. secundo. lib. 1. Barata
consil. 14. num. 2. & consil. 174. num. 10. lib. 2. Curt. junior
consil.

consil. 53. num. 10. Albert. Bruns in tract. de statutis feminas à successione excludentib. artic. 12. q. 4. num. 10. Gozadinus consil. 6. num. 38. Et consil. 85. num. 26. Alciatus respons. 307. num. 2. Parisius consil. 55. num. 10. lib. 3. Covarruv. in Epitom. in 4. libr. Decretal. secund. part. cap. 8. §. 8. num. 3. Decianus consil. 3. num. 86. lib. 1. Bursatus consil. 85. num. 12. Et consil. 89. num. 22. Menochius consil. 227. num. 35. Et consil. 266. num. 9. Paul. Emil. Gall. d. tract. de except. part. 1. tit. 1. except. 3. n. 2. Et seqq. fol. 60. Hieronymus de Cavallos in Specul. aur. opinion. commun. contra commun. q. 2. n. 15. Et seqq. alique quos isti citant: conclusionem tamen negatam veriore, & iudicio Cameræ Imperialis merito approbatam esse, reor. Et enim legitimatio, quæ fit per rescriptum Principis, ex tantibus liberis naturalibus & legitimis, odiosa, jureque prohibita censetur: proindeque eo casu illegitimi jus liberorum legitimorum rescripto principali non consequuntur. Idque manifestè probatur per Novell. 74. cap. 2. in fin. vers. omnino enim, &c. Et Novell. 89. c. 11. §. 1. vers. omnino enim legitimis, &c. ubi dicitur, tunc per rescriptum filios legitimos effici, cum alii legitimi non extant: si verò extent, legitimos fieri posse per oblationem curiæ, vel per matrimonium, non autem per rescriptum. Si ergo jus legitimorum aliorum isti non habent per rescriptum neque feminas excludere possunt, quas soli filii legitimi & naturales excludunt. Nec obstat, si obijciatur, fieri posse, ut, etiam filiis legitimis existentibus, naturales filii ab Imperatore legitimentur, ut supra indicatum n. 281. atque aded hoc casu filia excludantur. Nam primò sententia nostra nititur tantum lege Justiniani scripta, cui tenaciter inhaerendum: non autem iis, quæ de facto servantur. Deinde responderetur, tales legitimatos quoquidem consequi, ut Imperiali beneficio legitimi efficiantur; & unà cum feminis ad successionem æqualibus partibus admittantur: non verò ut eas penitus excludant. Ex regulâ namque generali rescriptum Principis ita accipiendum est, ut aliis non præjudicet. l. 2. ff. de fluminib. ne quid in flum. &c. l. 2. Et l. rescripta. 7. C. de precib. Imperatori offerend. Atque ita sentiunt Antonius de Butrio in c. tanta. 6. Et c. per venerabilem. 13. ext. qui filii sint legitimi. num. 16. Socinus senior. in d. l. Gallus. 29. §. Et quid si tantum. n. 27. ff. de liber. Et posth. Et consil. 346. lib. 2. Curtius senior. consil. 13. Et consil. 16. Et consil. 35. Et consil. 74. Angel. consil. 76. Ludovicus Bologninus consil. 58. Cephalus consil. 78. lib. 1. Prosper Pasethus consil. 71. Guido Panciroli consil. 59. n. 68. Ludovicus de Molina lib. 3. de Hispan. primogeniis. c. 2. num. 7. Et cap. 5. num. 75. Grassius tit. de success. ab intestato. q. 19. n. 12. Portius Imolenis consil. 106. num. 89. Albanus in lucubrationib. ad Bartol. in d. l. Gallus. 29. §. Et quid, si tantum. num. 22. ff. de liber. Et posth. Tiraque. ad l. si iniquam. in verb. susceperit liberos. num. 98. C. de revoc. donat. Guilielmus Benedictus in c. Raymutus. 16. in verb. duas habent uxores. num. 148. ext. de testament. Ratinus consil. 84. num. 3. lib. 3. Molinæ in consuetud. Parisiens. rubr. 1. §. 8. gl. 1. num. 50. Mynsinger. cent. 3. obs. 26. circa finem. Gail. lib. 2. obs. 140. num. 6. Borchols. in tractat. de gradib. tit. de success. liber. per rescript. princip. legitimator. pag. 209. Doctor Marta tom. 4. digestorum novissimorum. tit. legitimatus. cap. 3. fol. 83. Forster lib. 6. de successib. cap. 37. num. 35. Andr. Gerhards decad. 11. q. 4. circa fin. Pachmans lib. 6. controversiar. jur. cap. 1. Rittershus. in d. exposit. Novell. Justin. part. 7. cap. 6. num. 9. Et Keller. d. tract. de jure succed. ab intest. tit. 7. num. 20. alique ab illis recensiti.

309 Quæri & illud non inconvenienter hic poterit: quid, ut liberi naturales, ex concubina progeniti; ita & spurii & ceteri, ex illicitis atque prohibitis conjunctionibus orti de quorum successione inferius num. 337. Et seqq. agitur rescripto Principis legitimari valeant? Franciscus Accursius sane in d. Novell. 89. cap. ult. in verb. participium Et in 1. verb. rescripti (ubi Et Gothofredus) C. de naturalib. liberis. Et auth. de complexu in verb. indigui. C. de intest. Et inustib. nupt. arbitrat. quod beneficium legitimatationis per rescriptum ad spurios non pertineat: addit tamen ibidem, si dicat Princeps in rescripto suo, quod jubeat eos esse legitimos non obstanto aliqua lege, legitimatationem

valere, arg. l. quæris. 3. ff. de naturalib. restituend. l. Princeps. 31. de legib. l. adoptio. 38. ff. de adoptionib. l. qui in provincia. 57. ff. de rit. nupt. Et d. c. per venerabilem. 13. ext. qui filii sint legitimi. Et hanc spuriorum legitimatationem Doctores propriè dispensationem appellant, Forsterus lib. 6. de successib. cap. 35. num. 16. Et seqq. alique ab eo memorati.

Verum cum per istam superiorum legitimatationem non solum occasio præbeatur peccandi per illicitam Venerem, & frequentiores prohibitos concubitus, & lex divina etiam spurios planè detestetur, Deuteronom. 2. vers. 2. ibique D. Andreas Osiander in suis Notis: nec non ipsè Justinianus Imp. satis diserte caveat in Novell. 18. cap. 5. vers. si autem concupiscentia, &c. Et in d. Novell. 89. c. ult. ne legitimatationis beneficium spurii proficiat: idcirco verisimile est, Imperatorem parè hoc beneficium in spurios collaturum. Ideoque parentes non temerè pro legitimandis suis spuris preces Principi offerre debent: ne fortassis cum Faustina audire necesse habeant à Principe illud: improbum est desiderium tuum, l. accusationis. 10. C. de his, quæ vis, metusve caus. gesta sunt. vel cum Alexandro: juris ordinem converti postulas, l. 2. C. de jurisdict. vel cum Victorino: jam pridem vetitum est, quod petis, l. mortuorum. 12. C. de religiof. Et sumpt. funer. vel denique cum Charidemo: contra juris formam evidenter postulas, l. non adversus. 15. C. si certum petatur. D. Bocerus in tractat. de Regalib. c. 2. n. 108 p. 109. Et seq. Unde non ineptè quidam Interpretes simpliciter concludunt: quod spurii & reliqui, ex illicitis conjunctionibus procreati, non legitimentur: nisi statuto vel consuetudine aliud sit introductum: Anton. de Rosell. in tract. de legitimat. lib. 1. tit. de causa materiali legitimatationis. num. 10. Et lib. 2. tit. de legitimatis Principum clementia. num. 38. Vultejus lib. 1. jurispru. Rom. c. 23. n. 1. Robertus Disp. 3. ad instit. thes. 1. ad lit. b. Porro de istis, & aliis quæstionibus, quæ hic moveri possent, videantur D. Besoldus in delibatis jur. ex lib. 1. Pandectar. num. 32. pag. 112. Et aliquot seqq. itemque volum. 4. consil. 193. fol. 283. cum seqq. & Antonius Quetta consil. 65. 66. 67. 68. Et 70.

Disputari quoque de eo solet: sitne concubinatus hoc nostro seculo illicita conjunctio, ita ut liberi ex eâ prognati spurii connumerari jure debeant, & consequenter legitimatationis beneficio regulariter non gaudeant? Et quamvis illegitimam hodie concubinatum esse conjunctionem, manifestissimè appareat ex quadam constitutione Imp. Constantini Porphyrogenetæ apud Harmenopolim lib. 4. tit. 7. cap. de concubin. Et Imp. Leonis Novell. 91. itemque ex can. concubina 5. caus. 35. quæst. 2. Et similibus: proindeque dicendum videatur, liberos ex concubina progenitos hodie spurios esse, atque aded neque patri suo ulla ratione succedere, neque legitimatationis beneficium frui posse: quod placuit Cujacio lib. 5. observat. cap. 6. in fin. Et ad l. cum tabulis. 16. §. 1. ff. de his, quæ ut indig. auferuntur. attamen cum nulla lege novâ illi ab omni patris substantiâ omni calu nominatim arceantur, aut beneficio legitimatationis exuantur: idcirco etiamnum jura ex legislatione Justinianea competentia, ad eos pertinere intelliguntur. Non enim ut novo jure concubinatus veritus est: ira eodem jure liberi ex eo nati à patris substantiâ omni casu repelluntur, vel legitimatationis beneficium privantur. Ideoque Justinianeam illud successionis & legitimatationis jus in liberis istis saluum mansisse statuendum erit, argum. l. penultim. ibi, neque enim sicut illud receptum est: ita hoc quoque receptum. ff. de rebus credit. Et l. præcipimus. 32. §. ultim. ibi, quicquid hac lege specialiter non videtur expressum, id veterum legum constitutionumque regulis omne delictum intelligant. C. de appellationibus. Sic licet adulterii poena antiquitus non fuerit ultimum supplicium, sed vel deportatio, juxta Julium Clarum lib. 5. sentent. §. ad ultimum. num. 7. Et alios ab eo allegatos; vel relegatio, secundum Cujac. lib. 6. observat. cap. 11. Et lib. 20. cap. 18. Menochium de arbitrar. judic. lib. 2. centur. 5. cas. 419. num. 27. Et 31. cum seqq. Et Wassenbac. in paratit. ff. ad leg. Jul. de adulter. num. 19. ac ea propter de adulterio transigi non potuerit, per regulam in l. transigere. 18. C. de transactionibus, postea tamen quævis constitutio nova adulterii

adulterium gladio puniri iusserit, l. *quavis*. 30. in fin. C. ad leg. jul. de adulter. nihilo tamen minus jus vetus, quoad transactionem illibatam, intactumque remansit, d. l. *transigere*. 18. C. de transactionibus. D. Bocer. in tractat. de regal. cap. 2. num. 110. Porro an & quatenus concubinitus tum jure civili, tum canonico sit permissus accurate explicant Bachovius in suis notis ad volum. 2. Treutler, disputat. 16. lib. 3. lit. A. pag. 1018. cum seq. & ibidem Hunnius in suis resolut. quest. 25. pag. 220. & seqq. Deque eo nonnihil dictum est ad §. 3. num. 7. supr. de justit. & jur. & §. 1. supr. de patr. potest. num. 34. & seqq.

314 Sanè liberi naturales non solum per subsequens matrimonium, per oblationem curiæ & rescriptum Principis legitimantur, §. *sui autem*. 2. vers. quibus communerari. infr. hoc tit. nostro §. ult. f. de nupt. l. cum quis 10. & l. nuper. 11. C. de naturalib. liber. Nov. 74. c. 1. Novell. 89. c. 2. & §. 9. verum etiam appellatione live nominatione suorum legitimis efficiuntur: adeoque cum naturalibus & legitimis liberis succedunt, non secus, ac si & ipsi ex legitimo matrimonio nati essent. Et patris etenim assertione, de qua ritè constat, matrimonium retrò contractum fuisse presumi ut, nec ad nuptiarum fidem alia probatio requiritur, Novell. 117. cap. 2. Quinimò si pater plures habens filios naturales, unicum ex iis suum nominaverit: hæc nominatio in testamento, vel instrumento publico facta, omnibus ex iisdem parentibus natis liberis prodest. Omnes quippe justis & legitimis reputantur, tanquam legitimum matrimonium præcessisse, probatum esset, d. Novell. 117. cap. 2. in fin. ibique Cujac. Iohan. Faber. in Breviario Codic. ad lib. 10. n. 3. C. de naturalib. liber. Baldum Hortens. Vult. num. 8. ad §. ult. supr. de nupt. & lib. 1. jurispr. Rom. cap. 23. num. 9. Rittershus. in expolit. Novellar. part. 4. cap. 12. num. 11. & Borcholt. in tractat. de gradib. titul. de success. liberor. qui per appellationem suorum legitimati sunt. pag. 207. A quibus recedere videntur Giphanius ad d. §. ult. supr. tit. de nupt. & Anton. Faber in jurispr. Papin. d. tit. de nupt. princip. 2. illat. 1. statuentes: nominationem non esse modum legitimandi specialem liberorum naturalium, sed potius iustarum nuptiarum, & quæ ex iis est, legitimæ natiuitatis probationem. His novissimè ad stipulat. Ungepaur. exercit. Justin. 9. quest. 5. pag. 358. edit. ult. Vide de isthoc legitimandi modo fufius differrantem Balthasarem Tomasium tract. 1. tit. 9. cap. 6. num. 233. cum seqq. fol. 39. & subseqq.

315 Porro filios naturales, etiam legitimatos, ad feudi successionem non admitti, certi juris esse videtur, cap. 1. §. naturales. Si de feudo defuncti contentio sit inter dom. & agnat. vas. titul. 26. lib. 2. feudor. Sed difficillima, & hæcenus nondum satis expedita quæstio, à feudalium placitorum Interpretibus moveri solet: Num naturales filii, per subsequens matrimonium legitimati, ut in alodis, ita & in feudis, æquè ac legitime nati, succedant? Affirmativam sententiam conspirantibus votis tulerunt Andreas de Isernia, Jacobus de Belviso, Bald. Præposit. Matth. de Afflic. d. Frideric. Schenck. Laudens. Alvarotti. & alii in d. naturales. Jason. in l. generaliter. §. §. cum autem. num. 10. C. de institutionib. & substitut. & consil. 168. num. 6. volum. 4. Hysienf. Ioan. Andr. & Anton. de Butr. in cap. lator. §. extr. qui filii sint legitimi. Ripa in l. si nunguam. 8. num. 88. C. de revocand. donat. & in l. ex facto. 17. §. si quis rogatus 4. num. 84. ff. ad Senatufc. Trebell. Marfil. sing. 542. Dec. consil. 155. num. 4. Ruin. consil. 211. volum. 1. & consil. 92. num. 4. volum. 4. Paris. consil. 13. num. 44. & consil. 15. num. 8. volum. 2. Cure. jun. consil. 52. num. 2. & consil. 64. num. 11. & consil. 136. num. 1. Schrader. in tract. feud. part. 7. cap. 5. num. 21. Jul. clar. lib. 4. sent. §. feudum. quest. 82. num. 4. Zasius in Epitom. feud. part. 8. circa fin. Borcholt. de feud. cap. 7. num. 48. Rosenthal. in tract. feud. cap. 7. conclus. 18. num. 1. & 2. Villalob. in thesaur. commun. opin. lib. 2. num. 73. Andree. Gail. lib. 2. observat. 141. num. 2. Soarez. in thes. recept. sent. lib. 1. num. 125. Francis. Frunz. lit. F. verb. filiusfamilias. vers. filii nati ex legitimo. & c. Olemann. ad lib. 3. Disputat. juris civil. Giphani. Disput. 23. num. 9. pag. 7. Robertus Disputat. 3. thes. 4. Heigius hic cap. 5. num. 158. D. Bocer. in tractat. de iure success.

dendi in feudum cap. 3. quest. 2. Adam Keller. in tractat. de iure succed. ab intest. cap. 30. num. 13. Valentin. Arithmeus in periculis secund. Disputat. 6. th. 2. pagin. 113. Ioan. Georg. majer. in Synopsi Jurisprud. Beneficiaria. sect. 3. c. 9. num. 43. Kubach. cent. 3. quest. illustr. politico-juridic. decur. 1. quest. 10. pag. 641. cum seqq. Ungepaur. exercit. Justin. 9. quest. 5. pag. 859. cum seq. edit. ultum. & Andr. Gerhardi Exercit. Justin. Decad. 11. in coronid. Atque secundum hanc communem sententiam quotidie prædicari, eamque confirmari sententiis iudicum, attestantur Schurffius cent. 1. consil. 1. num. 16. & Wefenbecius de feud. cap. 6. num. 9. Eaque in Camerâ Imperiali unanimi Assessorum suffragio recepta est, testimonium eâ de re perhibente Mynfingero, centur. 5. observat. 42. Imò etiam in Consistoriis Ducum Saxonie eandem observari, scribunt Schneidewinus in tractat. de feud. part. 6. numero 13. & Hartmannus Pistoris lib. 2. quest. 41. num. 5.

E contra verò sunt quidam recentiorum qui distin- 316 guendum putant inter veritatem practicam & theoreticam, dicuntque, sententiam affirmativam, cū in in praxi communiter sit recepta, veritati practicæ esse consentaneam: theoreticæ autem dissensaneam, ob expressam, generalem, & indistinctè (uti opinantur) loquentem textum feudalem, in d. §. naturales. tit. si de feudo defuncti contentio sit inter dom. & agnat. vasall. Vultejus lib. 1. de feud. c. 9. num. 94. pag. 540. Somsbeck in Commentar. ad usus feudor. part. 9. num. 72. Hotomanus ad d. §. naturales. & c. & consil. 10. volum. 1. Rittershus. lib. 1. partition. feud. cap. 13. num. 3. Niellius Disput. feud. 5. thes. 7. sub lit. D. Gothofred. Anton. Disput. feud. 5. thes. 6. ad lit. c. vers. quid, si per subsequens matrimonium, & c. Humius lib. 3. var. resolut. jur. civ. tractat. 1. quest. 11. pagin. 731. cum seqq. Bachovius ad volum. 1. Treutleri. disputat. 2. thes. 6. lit. f. pag. 92. & Anton. Bullens. discurs. 1. de tribus generalib. præcept. jur. conclus. 2. pag. 34. Quorum opinio in Scholis plerisque hodie adèd recepta est: ut affirmativæ conclusioni in collationibus tum publicis, tum privatis, facile quispiam non subscribat. Verum licet præallegatus §. naturales. communi traditioni expressis verbis refragari videatur: mihi tamen (cū ea tot Cameræ Imperialis & aliorum Indiciorum præjudiciis sit confirmata, nec non ipsi quoque neoterici contrariæ opinionis patroni nonnulli ab eadem respondendo & iudicando non recedendum esse, suadeant; ac jura nostra, non tam verba le- 317 gum, quàm vim & potestatem earum attendi debere, jubent, l. scire leges. 17. ff. de legib. non dubium. §. in princ. C. eod. l. nominis. 6. in fin. ff. de verb. sign. c. intelligentia. 6. ext. eod. tit. can. Marcion. 63. caus. 1. quest. 1. mihi inquam, vitio nemo vertet, si disti §. naturales. non verba, sed vim potius & mentem ejus, aliasque rationes mox proponendas peniculatè considerans statueret, affirmativam sententiam, uti in praxi veram, ita & in theoria esse verissimam. Et sanè jure feudorum disertè cautum est; quotiescunque casus aliquis feudorum placitis non sit expressè decisis, ex jure communi ejus decisionem petendam esse, titul. in fine principii, lib. 2. F. ubi Feudisti, Serenus, ait, legisperitus, sicubi casus emergerit, qui consuetudine feudi non sit comprehensus, absque calumnia uti poterit lege scripta. Cùm ergo feudorum jure non sit uspiam clarè dispositum, an liberi, per subsequens matrimonium legitimati, in feudum succedant: ex jure communi dicendum est, hos etiam ad feudi successionem esse admittendos, Novell. 12. c. ult. Novell. 12. 89. cap. 8. & c. tanta. 6. ext. qui filii sint legitimi.

Nec huic obest quicquam, quòd in d. §. naturales. li- 319 beri naturales, licet postea fiant legitimi, ad feudi successionem admitti, generaliter negantur. Feudista enim illic quæstionem hanc utramque proponit ac decidit; an naturales filii in feudum succedant? an item in feudum succedant filii legitimati? Hæc autem quæstioni tunc solummodo locus est, quando successione casus contingit: hoc est, cū moritur vasallus, de cujus successione agitur, tit. 8. in princip. ibi, si quis igitur decefferit, l. 1. feudor. & tit. 11. in princip. ibi, mortuo enim eo. & c. lib. 2. F. Et si liquidum tempore de successione iure primùm rectè queri,

queritur, non antea: cum impium sit, de viventis hereditate sollicitum esse: & eo maximè tempore jus heredis inspiciendum sit, quo hereditatem acquirit, *l. si alienum.*

49. §. 1. *vers. nam jus heredis ff. de hereditibus instituend.*
 320 Proinde textus in *sepe allegato*. §. *naturales*. intelligendus est de casu, quo pater vassallus decessit, & jam locus est successioni in feudum: id quod arguit etiam ibidem verbum præsentis temporis, *admittuntur*. Si Feudista ibi loqueretur de futura in feudum successione, adeoque de tempore, quo vassallus pater adhuc superstes est: uteretur certe verbo futuri temporis, *admittentur*. Quia verò eo in loco Feudista agit de feudo jam delato, & de præsentis in feudum successione: exaudiendus quoque est de filii legitimatione, post delatam feudi successione facta. Unde cautè addit hæc verba: *licet possent fieri legitimi*: id est, licet fiant legitimi, postea quam casus extitit, quo successioni in feudum locus est, puta post obitum patris vassalli. Cæterum cum mortuus pater vassallus ducere amplius uxorem concubinam suam, matrem liberorum naturalium, sique eos per subsequens matrimonium legitimare nequeat: omnino consequens est: textum dicti §. *naturales*. non de naturalibus filiis, per subsequens matrimonium legitimatis, sed de ejusmodi filiis, alio modo post mortem patris sui vassalli legitimatis, esse accipiendum. Quam interpretationem suadent & confirmant non parum illa verba; *fiant legitimi*: Fieri namque legitimi dicuntur, qui per rescriptum Principis, aut Pontificis Rom. (liquidem & hunc jus legitimandi liberos naturales sibi arrogare, patet ex *c. per venerabilem*. 13. *ext. qui filii sint legitimi* & *largo stylo*, post alios, *doces Forster. lib. 6. de successione*, cap. 34. & *D. Bocer. in tract. de Regalib. c. 2. non.* 100. & *seqq.*) legitimantur: quia singulari illo legitimationis actu id saltem agitur, ut immediatè naturales legitimi fiant. Qui autem per subsequens legitimantur matrimonium, illi non legitimi sunt: sed ipso jure legitimi: ex alio quodam actu, nimirum contractu matrimonii, existunt, *d. Novell. 12. cap. circa fin. ibi, proprii existentes atque legitimi.* & *d. Nov. 89. cap. 8. ibi, legitimi esse sancimus.* & *ibi, nihilominus prior soboles legitima consistit.* cap. *ibi, eam legitimam judicetis,* & *d. c. tanta. 6. ibi, legitimi habeantur.* *ext. qui filii sint legitimi.* Quibus ex locis cernere promptum est, quòd sicuti legitime nati, ita & naturales liberi vi solius matrimonii per se existant legitimi, non quodam hominis facto: quod tamen causa est legitimationis eorum, qui per rescriptum, vel oblationem curiæ legitimantur. Quamobrem necesse est, ut textus in *d. §. naturales*. non de legitimatis per subsequens matrimonium, sed de aliis legitimatis, puta per aliquod rescriptum, aut per oblationem curiæ, intelligatur: quem admodum etiam illud novissimè exaudis *D. Bocer. d. tract. de regalib. c. 2. non.* 35. & *alibi*.

322 Non evertit hanc interpretationem, quòd in textu illo hæc verba ponantur, *nec soli, nec cum aliis*: & quòd per rescriptum, aut mortuo patre per curiæ oblationem legitimatio fieri nequeat, existente legitima sobole, *d. Novell. 89. cap. 2. §. 1. & c. 9.* Illuc enim verba ad præcedentem dictionem, *naturales*, commodè referri possunt, & debent. Naturales quippe filii non succedunt in feudo, non solum cum ali legitimi filii adsint, sed & cum desint illi sique naturales soli sint: tametsi in allodiis communi jure sin duas uncias liberi naturales succedant, sine legitima prole patre defuncto, *Novell. 13. cap. 4. & d. Nov. 89. cap. 12. & uberius explicatum supra non.* 264. ad quos Feudista in *d. §. naturales*. *versimiliter respexit.*

323 Præterea receptam, cui favorem, assertionem juvat & hæc ratio: "Conditores juris feudistici proculdubio exploratum perspectumque habuerunt, quid legibus Romanis dispositum fuerit de successione liberorum, per subsequens matrimonium legitimatorum, ut liquet ex dicto titulo 1. *ibi, alia dirimuntur jure Romano.* & *ibi, legum autem Romanarum.* item *ibi, ut poterit lege scripta.* libro 2. feudorum. Si ergo ab hac communi legislatione de liberorum, per subsequens matrimonium legitimatorum, successione, conditores quætorum feudatum abhorruissent: utique nominatim & distinctè id dicubi testati fuissent: ac-

que ita hisce liberis aditum ad feudorum successionem expressè præclusissent. Atqui verò nusquam hos liberos aditu ad feudorum successionem expressè prohibuerunt. Itaque planè verisimile est, quòd ii, dispositionem juris communis secuti, etiam liberos, per matrimonium subsequens legitimatos, ad feudi successionem admiserint.

Adhæc, post feudorum jura prodierunt in usum jura canonica: id quod vel inde manifestum sit, quòd libro tertio decretalium integer titulus *de feudis*, videlicet 20. est insertus. Cum ergo jus canonicum legitimatos per subsequens matrimonium liberos, in omnibus & per omnia comparet liberis legitime natis: iisque non minùs, ac si ab initio legitimi fuissent, generaliter, nullaque adhibitâ distinctione inter res proprias & feudales, successionem deferat, *dict. c. tanta. 6. extr. qui filii sint legitimi.* certè ex dispositione quoque juris canonici liberi, per subsequens matrimonium legitimati, in feudum succedunt. Ilque ex eo etiam probabile redditur; quòd licet idem jus canonicum requirat, ut Episcopus eligatur, qui ex legitimo matrimonio est natus. *cap. cum in cunctis. 7. ext. de electione* nihilominus tamen permittit, ut Episcopus, qui per subsequens matrimonium est legitimatus, eligi possit, *c. innovat. 20. ubi gloss. super verb. conjugata. ext. eod. tit.*

Insaper in dubio juris sermone eam admittere interpretationem jubemur, quæ minimum iniquitatis habet, *l. quoties nihil.* 200. ff. *R. I. l. placuit. 8. C. de judiciis.* & quæ benignior est vitioque caret. *l. benignius.* 18. & *l. in ambigua.* 19. ff. *de ll. & semper in dubiis.* 56. ff. *de R. I.* Cum ergò in *tit. 8. in princip. lib. 1. feudor. & tit. 11. in pr. lib. 2. feud.* filiis tribuatur jus succedendi in feudum: & dubium sit, an textus illi per filios intelligant etiam filios, per subsequens matrimonium legitimatos: benignius autem sit & æquius, ut interpretemur eos textus etiam de filiis hoc modo legitimatis; maximè cum jus feudale ex jure communi interpretationem capiat, *per dictum tit. 1. libro 2. feudorum.* quod commune jus hos legitimatos liberos legitime natis liberis plenissimè comparat, *ut supr. ostensum est*: hanc profectò interpretationem recipere amplectique debemus.

Denique hæc & illa ratio confert, quòd statutum loquens de legitime natis, complectitur etiam per subsequens matrimonium legitimatos, *ut sensit Antonius de Butrio in cap. per venerabilem. 3. eodem. 18. vers. quod si dixerit. extr. qui filii sint legitimi.* & in *dict. cap. innovat. 10. ubi etiam Ioannes de Imola. extr. de elect. Ioan. Crotus in leg. Gallus. 26. §. & quid si tantum non.* 169. ff. *de liber. & posthum. hereditibus institut.* *Castrensis in l. fin. Cod. de his, qui ven. erat. impetrarunt.* *Campeg. in tractat. de dote. in 1. parte 5. partis princip. quest. 59. Decius in dict. c. cum in cunctis. 7. num. 29. extr. de electione & consil. 155. Parisius consil. 13. num. 40. vol. 2. hof. que refertur Forsterus libro 6. de successione.* cap. 29. non. 4. Ergo & jus feudale, de legitime natis liberis verba faciens, liberos quoque subsequenti matrimonio legitimatos comprehendit. Istas, similesque rationes pro affirmatâ sententiâ nostrâ amovavir. etiam *D. Bocer. cl. 5. dispus. 18. rhes. 7. ad lit. d. edit. 2. & tract. de jure succed. in feud. cap. 3. quest. 2.*

Nullum negatæ, eique contrariæ conclusioni firmamentum adfert textus in *multoties citato tit. 26. §. naturales libro 2. feudorum.* ubi Jurisconsultus Feudista satis expressè significare videtur, nec per subsequens matrimonium legitimatos feudi capaces esse. Generaliter enim loquitur de filiis naturalibus, qui postea facti sunt legitimi ita ut textus ille restringi posse non putetur tantum ad naturales filios, qui per rescriptum aliquod, aut per oblationem curiæ sunt legitimi facti. Siquidem posito seu negato genere, omnes ejus species positæ sive negatæ intelliguntur, *arg. l. ult. in princ. vers. cum enim jam constitutus.* *Cod. de usur. rei judicaz.* Nullum, inquam, negatæ conclusioni adfert firmamentum dictus §. *naturales*. Nam is exaudiri non potest de liberis, per subsequens matrimonium legitimatis: sed est tantum accipiendus de liberis, post delatum feudi successionem alio modo legitimatis, *ut supra dilucidè expositione demonstratum est.* Quin & cum Logici dici poterit genere indefinitè posito, non quamvis poni speciem. At indefinitè tantum, & non universaliter, de legitimatis in præallegato §. *naturales*, dicitur, quòd in feudis non succedant. Et ut maxime ita esset dici tamen posset, in jure nostro non novum aut infre-

quens esse, ut genus ad certam speciem restringatur. *l. in toto 80. ff. de reg. jur.* Rectè igitur iste §. accipitur de legitimatis per rescriptum Principis, vel oblationem Curie: maxime cum natura non patiatur, illum de legitimatis per matrimonium intelligi. Et quanquam dicti §. naturales. verba ita essent generalia, ut bene etiam de legitimatis per subsequens matrimonium intelligi possent: adhuc tamen non ineptè responderetur, excipi legitimatos per subsequens matrimonium: eo quod in omnibus pro legitime natis habeantur: ac in eis nulla amplius macula supersit. *d. c. tanta. 6. ext. qui filii sint legitimi.* & in jure nostro fingantur, quasi in matrimonio nati fuerint. *d. Nov. 89. c. 8. & 9.* Nec oberit, si ulterius quispiam instet: eos tamen non esse legitime natos. Investituram verò (puta si ejus tenor ita habeat: *Hoc castrum tibi tuisque heredibus, ex te legitime descendentibus, concedimus: wir wollen dir, und allen deinen Leibs Erben solch Schloß leihen, &c.*) requirere legitime natos. Respondetur enim: eos quidem non esse legitime natos naturaliter, sed bene civiliter. Jus quippe civile (ut & canonicum) in tantum faveat legitimatis per subsequens matrimonium, ut nullam inter hos, & ex justis nuptiis natos, differentiam agnoscat, illosque legitime natos esse fingat. *d. Nov. 89. cap. 8. d. c. tanta. 6. ext. qui filii sint legitimi.* Fictio autem in jure veritati equiparatur. *l. si is, qui. 15. circa princip. ff. de usurp. & usucap. Fachin. lib. 12. controvers. 7. Kubach. d. centur. 3. decur. 1. quasi. 10.*

330 Deinde nihil patrociniatur opinioni contrariæ: quod legitimatio, per subsequens matrimonium facta, patris legitimantis quædam ordinatio censetur. Nulla autem patris vassalli ordinatio in feudis valeat. *tit. 8. in fine princip. libr. 1. feudor.* Proindeque nec legitimatio, per subsequens matrimonium facta, jus succedendi in feudum filius legitimatus tribuat. Quando enim pater vassallus naturalem suum filium per subsequens matrimonium legitimat: per se & directò nihil omnino de feudi successione ordinat. Filius namque eo modo legitimatus non directò ex ipsa legitimatione, sicque factò patris feudum acquirit: sed ex juris dispositione matrimonium subsequens naturalem filium efficit legitimum. Contracti quippe matrimonii ea vis est; ut, qui antè naturaliter sunt geniti, postea legitimi habeantur; adeò, ut & parenti succedere queant. *d. c. tanta. 6. ext. qui filii sint legitimi.*

331 Rursus adversariæ sententiæ suffragatores nihil relevat: quod successio feudalitatis inter agnatos duntaxat, hoc est, ex masculo primo acquirente descendentes locum habeat. *tit. 11. & tit. 50. libr. 2. feudorum.* Legitimatio verò plenum jus agnationis non inducat: cum legitimatus in allodio soli patri, non etiam agnatis succedat. *Novell. 89. cap. 4.* Quandoquidem hæc *Novell. dict. cap. 4.* agit, tantummodò de legitimatione, quæ fit per oblationem curiæ, non de ea, quæ fit per subsequens matrimonium. Illa non confert plenum jus agnationis; sed hoc tantum efficit, quod legitimatus soli genitori suo, non item ejus agnatis, & cognatis, succedere possit: hæc verò per subsequens matrimonium legitimatio plenum jus agnationis legitimo tribuit: ex quo non modò patri, sed & agnatis & cognatis patris succedere potest. *dict. c. tanta. 6. ext. qui filii sint legitimi & Novell. 12. circa finem.*

332 Similiter adversariorum opinionem parùm munit hæc argumentatio; Naturalis filius, subsequenti matrimonio legitimatus, dedecori foret & domino feudi, & patribus curiæ: siquidem ejus opinio apud bonos & graves viros sit prægravata. Item domino redditum feudi impediret: & spem succedendi agnatis vassalli legitimantis adimeret, si in feudum jure patri succederet. Ergò filius, etiam isto modo legitimatus, non immeritò patri in feudum succedere negatur. Parùm, inquam, adversariorum opinionem munit hæc argumentatio. Quoniam antecedentis pars prima, ejusque legitimatio neganda est. Filius etenim naturalis, etiam ante legitimatorem, integre sanæ & existimationis censetur: proindeque ad omnes honores admitti jubetur. *l. 2. §. nulla. q. l. 2. §. spiritus. 2. & l. spiritus. 6. in princ. ff. de decurionib. cap. nisi cum pridem. 10. §. persone verò extr. de renunciatione.* Harpprecht ad Institut. Tom. III.

can. 1. distinct. 56. Gabriel Palaeotus in tractat. de nobis spiritus cap. 55. Thomingius in decisionibus questionum illustr. decis. 48. Hartmann. Pistoris libro 1. question. jur. quest. 30. alique plures, à nobis pro hac sententiâ relati in §. injuria autem. 1. infr. de injuriis. num. 237. & seqq. Ac licet semper in legitimo cicatrix quædam remanere videatur: tamen sciendum est, naturaliter duntaxat quandam cicatricem subesse: illam verò jura nostra non agnoscere: ut quæ ita habet subsequenti matrimonio legitimatum, ac si ex justis nuptiis procreatus esset. *d. Nov. 89. cap. 8. d. c. tanta. 6. ext. qui filii sint legitimi.* Ceterum ex alterâ antecedentis parte haud rectè concluditur: filium per subsequens matrimonium legitimatum in feudum non succedere: quippe cum & filii legitime nati faciant, quod minus feudum maturius vel ad dominum redeat, vel ad agnatos transeat: & tamen propterea à feudi successione non excluduntur. Sed & hæc legitimatio non penitus spem succedendi agnatis adimit: verum in tempus solummodò jus illud succedendi differt & prorogat.

Parimodo neganti assertioni nihil opitulatur & illud: 333 quod vassallus invitis agnatis feudum alienare nequit. *tit. 39. in princip. libr. 2. feudorum.* Sed filium naturalem legitimando, vassallus invitis agnatis feudum alienaret, si legitimatus etiam per subsequens matrimonium, in feudum succederet: siquidem ipse legitimatus non sive nativitatis, sed legitimationis beneficio, atque ita factò patris jus succedendi acquireret. Nihil, inquam, illud assertioni neganti opitulatur. Quia non factum patris, legitimantis naturalem filium, sed juris auctoritas filio legitimo jus succedendi in feudum tribuit. Ipsum sanè patris factum est medium aliquod, quo filius naturalis efficitur legitimus, posteaquam autem filius ita legitimus est factus, tribui ei legis auctoritas jus succedendi. Quod enim patri proles ipsius ab intestato succedit: non patris, sed legis beneficium judicatur.

Hoc amplius pro traditione contrariâ non militat: quod 334 bona feudalia necessariæ restitutioni subjaceant, ut arguitur textus in *tit. 3. §. sed etiam res. vers. ut ecce. & tit. 26. §. Titius filios. & tit. 39. in princip. libro 2. feudorum.* Ea autem, quæ restitutioni subjacent, ad alium quocunque alienationis titulo transferri non possunt. *l. ult. §. sed quia nostra. 2. junctâ Auth. res que subjacent. C. communia de legat.* Nihil enim de alienando feudo agitur in ipso matrimonii contractu: sed is solius matrimonii contracti effectus est, quod per illud filii legitimi in feudum succedant.

Tandem contrariæ sententiæ non succurrit in auxilium 336 hæc ratio: quod lex duo comprehendens subiecta determinabilia sub unâ determinatione, utrumque illud subiectum equaliter determinat, argum. *l. jam hoc jure 4. ff. de vulg. & pupill. substitut. & l. quamvis. 4. C. de impuber. & aliis substitut.* Atqui lex feudalitatis in prædicto titulo 26 §. naturales libr. 2. feudorum, duo subiecta comprehendit determinabilia: unum est de liberis naturalibus; alterum de liberis legitimatis. Ergo duo ista subiecta determinabilia equaliter determinat: proindeque ut de naturalibus filiis generaliter definit, quod ad feudi successionem non admittantur: ita definit quoque generaliter de legitimatis filiis, & determinat sine eorum distinctione, quod ad feudi successionem non admittantur. Nam respondetur: unam determinationem non determinare equaliter omnia determinabilia, cum id commodè fieri non potest: vel quando diversa adest ratio determinandi, majorve favor debetur uni determinabili, quam alteri. *inola & Iason in dict. l. jam hoc jure. 4. ff. de vulg. & pupill. substitut. Alexander. consil. 179. libro 5. Decius in leg. in testamento. 6. num. 8. C. de testamento milit. & consil. 394. num. 3. & Ripa in leg. 1. in princ. num. 68. ff. de verborum obligat. hosque citans Menochius consil. 497. n. 6. & 7.* Sed in *d. §. naturales.* una determinatio non solum non potest commodè determinare utrumque determinabile subiectum, ut supra evidenter probatum: verum etiam omnibus nonnullum est maiorem esse favorem naturalium, qui per subsequens matrimonium sunt legitimi, quam qui alio modo legitimantur prædicto cap. tanta est vis *6. ext. qui filii sint legitimi.* Et hæc de liberis naturalibus tantum, istius legitimatis.

- 337 **O** Rdo instituti nostri postulat, ut & de jure succedendi spuriorum aliquid adferamus. Spuri licet in latâ & generali significatione omnes appellentur, qui illegitimè nati, & ex illicito quovis coitu suscepti sunt: propriè tamen & speciali nomine dicuntur vulgò quæsti, sive ex meretrice & vulgari muliere, quæ publicè corpus suum libidini prostituit, concepti, *ll. vulgò concepti. 23. ff. de stat. hom. l. quique litigandi. 4. in f. cum l. seq. ibique Bald. ff. de in jus voc. Ludov. à Sardis in tr. de naturalib. liber p. 2 in §. de spuriorum appellatione. num. 1. 2. & 3. Benedictus de Barzais in tract. de filiis non legitimè natis. num. 1. Joann. Grivai. in decis. Senatus Dolani 144. num. 6. fol. 407. Schneidewin. hic sub c. de success. spur. seu vulgò quæstor. & Forster. lib. 6. de success. cap. 46. & paulò fusiùs exposuimus in §. si adversus. 12. num. 5. & seqq. suprà de nuptiis. Spuri autem patri, & aliis per lineam paternam conjunctis, cum patrem certum non habeant, nullo modo: matri verò, quæ semper certa est, ut & ascendentibus per maternam lineam, & quidem cum liberis l. legitimè natis, rectè succedunt, *l. l. vulgò 23. ff. de stat. homin. d. §. si adversus. f. de nups. l. quia semper. 5. ff. de in jus vocand. l. 2. l. si spurius. 4. l. Modestinus. 8. ff. unde cognati §. novissimè. 3. ibique Wesenbec. & reliqui Interpretes. infr. de Senatusconsulto Orfician. Schneidewin. dict. c. de successione spuriorum. num. 2. & 4. Covarruvias parte 2. relect. de matrimonio. capite 3. §. 5. numer. 3. & seqq. Jul. Pac. in epitom. jur. Disputat. 11. thes. 7. Borcholt. in tractat. de gradib. tit. de spur. & eor. success. pag. 209. Tomafius tract. 2 cap. 21. 22. & 23. fol. 23. cum seqq. latè Forster. dict. libro 5 de success. cap. 47. nisi mater sit persona illustis, quæ alios liberos ex justis nuptiis susceptos habeat. Spuri enim ex illustribus feminis nati, justis liberis existentibus, neque ex testamento, neque ab intestato, neque ex liberalitate inter vivos habità, aliquid ab illustribus matribus percipiunt**
- 339 **I** si qua illustis. §. C. ad SC. Orfici. Cæterum, justis liberis non extantibus, matribus etiam hoc casu succedunt, sumpto argumento à contrario sensu, quod in jure est fortissimum & frequentissimum. *l. 1. in princ. vers. hujus rei fortissimum. ff. de offic. ejus, cui mandat. est jurisdict. Angel. in d. §. novissimè. infr. de Senatusconsulto. Orfici. Ratio verò, cur spuri matri illustri penitus non succedat, si legitimis habeat liberos, hæc est: quia, inquit Imperator Justinianus, in mulieribus ingenuis & illustribus (quibus castitatis observatio præcipuum debitum est) nominari spurios, satis injuriosum, satilque acerbum, & nostris temporibus indignum*
- 340 **E**ssè judicamus, dict. l. si qua illustis. §. C. ad SC. Orficiam. Et enim majori pœnâ digni sunt illi, qui in conspicuo & eminentiori loco collocati, & qui aliis exemplo esse debent, delinquant. *l. presbyteri. 8. ad fin. ff. de episc. & cleric. & juxta illud Juvenalis Satyra 8.*

Omne animi vitium tantò conspectus in se

Crimen habet, quanto major, qui peccat, habetur.

- 342 **P**orrò cum spuri illustri matri, extantibus aliis liberis justis, non succedant: ex eo consequitur, quod ad avie avique materni hereditatem similiter non admittantur, dict. l. Modestinus. 8. ff. unde cognati. Forster. dict. libro 6. de success. cap. 48. in fine. Hic quæri poterit non inconvenienter: æquid filie spurie dos à patre debeatur?
- 343 **E**t deberi jure canonico sustinetur. Nam dos succedit loco alimentorum, argum. l. 1. ff. soluto matrimon. & l. asfiduis. 12. C. qui potior. in pign. habeant. sicque dos & alimentum equiparantur, ut innot. gl. in l. ob et alienum. 12. C. de præd. & aliis reb. minor. Jur. deor non alienum. Salicet. in l. qui liberos. 19. ff. de ritu nuptiar. & Alexand. de Imol. in l. cum in 32. §. mulier. ff. de cond. indebit. imò major est ratio dotis, quam alimentorum, tradente Cyno in l. 1. C. de alendo liber. & in l. non omni 16 C. de admiss. tutor. & in l. fm. C. de dotis promiss. & eodem Cyno. Buldo, & Salicet. in l. neque mater. 14. C. de jure dot. Alimenta autem jure canonico spuris debentur, per textum in cap. cum haberes. §. in fin. extr. de eo, qui duxit

in matrim. quam polluit per adulter. Jure ergo consequens est: patrem filiam spuriam loco alimentorum modicè dotare, imò ad hoc judicis officio compelli posse, uti docuerunt Panormitan. consil. 115. num. 1. in fine volum. 2. Peregrin. libro 3. de jure fisci cap. 18. num. 56. Decius consilio 611. per totum. Nicolaus Everhardus in Topic. legal. in loc. ab aliment. ad dotem. num. 4. Gail. libro 2. observation. 88. num. 7. Reusnerus lib. 2. consultation. 6. num. 17. Matthias Stephani centuria 3. quaestione 7. ad lit. D. Ioannes Baptista Pontanus de aliment. capite 2. num. 13. Villalob. in commun. opin. lit. F. num. 124. Bertrand. consilio 210. num. 5. parte 5. volum. 1. & consil. 230. volum. 4. Stephanus Ranchinus conclusio. 232. part. 2. Bernhardinus Bombinus consilio 15. num. 4. & hos, aliosque referens Martinus Coler. libro 1. de aliment. capite 3. num. 56. Adde Davidem Doringium in Bibliotheca Jurisconsultorum. tom. 1. verb. alimenta fol. 1402. & seqq.

DE SUCCESSIONE LIBERORUM,

EX DAMNATO COITU NATORUM.

Postremò sunt liberi, ex damnato coitu (qui scilicet à jure pœna constituta est procreati: quales sunt liberi, ex incestu, ex adulterio, & nefariis nuptiis suscepti. Bartolus in l. fin. ff. de his, quæ ut indig. auferunt. Heigius hic cap. 5. n. 47. Forster. libr. 6. de success. cap. 50. num. 1. Schneidewin. hic in cap. de success. liberor. ex damnato coitu. n. 1. Covarruv. p. 2. relect. de matrimonio. cap. 8. §. 5. num. 15. & seqq. Tomafius d. tract. 2. cap. 33. num. 488. cum seqq. fol. 238. & seqq. Hi liberi neque patri, neque matri, neque ascendentibus per lineam tum maternam, tum paternam, ab intestato, vel ex testamento, succedere possunt: in tantum, ut jure nostro civili nequidem alimenta iis à parentibus debeantur. Novell. 74. cap. ult. & Nov. 89. c. ult. Auth. ex complexu ubi gl. C. de incestis & inutil. nupt. Petr. Duennas in tr. reg. jur. reg. 353. Forster. d. cap. 50. n. 1. & 2. Covarruv. d. c. 8. §. 6. num. 15. aliq. per eum allegati. Quod tamen non intelligendum est de alimentis, sine quibus ejusmodi liberi vitam amitterent. Id namque apertè esset contra jus naturale: ac proinde manifestè iniquum. Sed intelligendum est de alimentis, sine quibus, vel proprio labore ac industria, vel aliquâ aliâ viâ possent vitam conservare, tradente Ludovico Molina tom. 1. de justit. & jur. tract. 2. disputat. 168. num. 1. & 3. Eaque de re explicatiùs agunt Illustris Dn. Enenkel. in tract. de privileg. parent. & liberor. privileg. 7. cap. 3. num. 17. pag. 450. cum seqq. & Dn. Collega Besold. in Comment. ad l. 1. tit. 1. lib. 1. ff. num. 22. pag. 41. Et cum his conferantur, quæ annotavimus ad princ. tit. suprà de jur. nat. gent. & civil. n. 13. & seq. Sanè tutius & æquius & humanius est, ut dicamus: filios etiam nefarios ac incestuosos à parentibus alendos esse, non solum in terris Ecclesiæ. c. cum haberet. §. in fine extr. de eo, qui duxit. in matrimon. quam polluit per adulter. sed etiam in terris Imperii, Trentacinq. lib. 1. resolut. 2. de nobis & spur. & resolut. 3. de aliment. n. 10. & pluribus confirmatur. infr. num. 361. Pro qua opinione hoc facit argumentum: Quoad jus naturale seu naturam, omnes homines sunt æquales. l. quod æsther. 32. ff. de reg. jur. At de jure naturali est, ut pater aliat liberos, ex se natos, per d. princ. tit. suprà de jur. nat. gent. & civil. 1. §. jus naturale. 3. ff. de justit. & jur. Ergo etiam incestuosos alere debet: cum & hi ex eo sint nati. Deinde jus civile, licet interdum à jure naturali recedat. l. jus civile. 6. ff. eod. tamen id prorsus tollere & intervertere non potest §. sed naturalia. 1. i. suprà de jur. nat. gent. & civil. 1. 2. ff. de usufruct. car. rer. quæ usu consumunt. At verò alimenta liberis jure naturali debentur. d. princ. Instit. de jur. nat. gent. & civil. l. final. C. de alend. liber. Ergo prorsus ea auferri liberis, etiam incestuosis, non possunt. Quin si parentes occidere non debent ullo jure liberos incestuosos: conveniens & consequens est, quod eos alere omnino debeant. Eos quippe occidunt, si non alunt. l. necare. 4. ff. de agnoscend. & alend. liber. At verum prius. Ergo & posterior. Ita tenet Quirinus Kubaoh. om. 2. quaestio. illust.

- illust. politico juridicar. decur. 4. quest. 5. pag. 365. Adde Gregorium Lopez. lib. singul. animadvers. jur. civil. cap. 32. num. 10. & Joachimum Cluten. lib. 1. diatrib. novo. Justinian. 2. quest. 7. Sed hic dubitatur, si maritus ex soluta muliere prolem sustulerit; an damnatus hic quoque coitus censetur, & exinde suscepti liberi successionis incapaces existimantur? Et tamen id negare quidam, minime verentur: eo quod iste coitus pro adulterio non sit habendus, nec per legem exteriorem poenâ aliquâ tali puniatur. arg. l. 1. C. ad leg. Jul. de adulter. Paulus Castrens. consil. 34. n. 4. volum. 2. Alexander consilio. 139. vol. 1. Cravet. consil. 166. colum. 1. & Socinus consil. 148. colum. 2. vol. 1. attamen contrariam sententiam veritati magis consonam esse, merito alii censent. Et si enim illi conjunctioni adulterii poenâ non sit statuta: stupri tamen sufficit, ut pro damnata habeatur: quemadmodum, post Angelum Aretin. in § novissimè, num. 22. Covarruv. dict. §. 7. num. 16. aliosque tradit Paleotus in tract. de nothi spurisque fil. c. 42. num. 1. & seqq. Et licet idem Paleotus ibidem num. 4. hæcenus id procedere putet, quatenus non obscura vilisque est mulier quam maritus, præter uxorem, cognovit; utpote cujus concubitus jure civili non puniatur. l. qua adulterium.
- 349 29. Cod. ad leg. Jul. de adulter. attamen quia jus canonicum (cui in materiâ peccati standum est, cap. 1. ibique Dd. extr. de novi operis nuntiat.) istiusmodi conjunctionem injustam pronunciat, can. nemo. 32. question. 4. can. non machaberis. can. præcepit. cum seqq. 33. question. 5. can. si ducturi. & seqq. 32. question. 6. Siquidem consilio criminal. 3. num. 4. & seqq. vix est, ut media isthæc opinio sustineri possit: præsertim cum non solum ex hujus Ducatus Würtembergici, sed & aliarum provinciarum constitutionibus & moribus, talis concubitus, cum soluta etiam muliere factus, damnetur, acriterque coerceatur, attestante Heigio hic d. c. 5. n. 149.
- 350 Cæterum, utrum liberi ex damnatis complexibus progeniti, sicut ascendentibus non succedunt; ita etiam à successionem transversalium, & contra, transversales ab eorum successionem excluduntur, non usque adeò expeditum est: Et omnino (reiecit Petrus Perusini & Cornei in l. si qua illustri. §. C. ad Senat. consilium Orsician. Curtii Junioris consil. 123. aliorumque erroneâ opinione) excludi, responderunt Alexander consil. 74 lib. 5. Decius consil. 311. Iohannes de Anania consil. 94. Forsterius dict. lib. 6 de successionibus. cap. 50 conclus. §. num. 12. & aliquot seqq. hosque secutus Pachmeus libro 6. controvers. jur. cap. 10. Matthias Stephanus cent. 3. quest. 8. & Paulus Berens disp. 8. ad Institut. them. 1. quest. 9. commun. sequentibus, præcipue argumentis.
- 351 I. Subiatio fundamento, ut corruat ædificium necesse est. l. egi. 26. ff. de except. rei judic. l. nam. origo. 8. ff. quod vi aut clam. can. cum Paulus 1. q. 1. Natus autem ex damnato coitu, filius nominandus non est, nec respectu patris, nec matris. d. Auth. ex complexu. C. de incest. & inutil. nupt. argumento l. fiscal. C. de induct. viduit. tollend. Ergo similiter nec frater, nec patruus invenitur. Quamvis enim natura hosce natos ex complexu nefario, filios esse dicat, & pro filiis agnoscat: quoad legis tamen dispositionem, prorsus pro incognitis habentur & reputantur. d. Novell. 74. cap. ult. & dict. Novell. 89. cap. ult. II. Successio deferatur ordine successivo, argum. l. 1. §. qui semel ff. de success. edito. At hic deest initium successionis: quia matri non succedunt. Multo igitur minus collateralibus, quibus per matrem conjunguntur, succedent. argum. Auth. multo magis. Cod. de SS. Eccles. III. Sine lege loqui erubescimus. Novell. 18. cap. 5. Nulla autem lege successio inter liberos, ex damnato coitu susceptos, ac parentes, & etiam collaterales permittitur. dict. Novell. 89. c. ult. cum juris similibus præallegatis. Cum ergo nec civili, nec prætorio, nec alio jure illis communicata sit successio: quo jure quis dixerit, illos aliquem ad transversalium hereditatem aspirandum habere accessum?
- 354 Hæc definitio non adversatur responsum Caji in l. 2. & Ulpianum in l. si spuris 4. ff. unde cognati. Ille quidem ait: quod si quis liber filii matris, & mater talium liberorum, item ipsi filii, inter se, ex parte bonorum possessionem petere possint: quia sunt in eadem filio cognati. Hic verb. inter cognatos inquit: & spuris intestato decessit: proximi. Harpprecht ad l. ult. Tum. III.
- tatis nomine mater ejus, aut frater eadem matre natus, bonorum possessionem ejus ex edicto petere potest. Hæc, inquam, Caji & Ulpiani responsa decisioni nostræ non adversantur; quia de his loquuntur spuris, qui vulgò concepti, sive quæsi sunt: non item de his, qui ex damnato coitu descendunt. Licet enim vocabulum spuriorum generale sit, ut supra explicatum. n. 237. propriè tamen intelligitur de illis, qui vulgò sunt quæsi seu concepti, prædicta. l. vulgò concepti. 23. ff. de stat. homin. qui matri, & ex matre fratribus succedunt, d. l. 2. & 4. ff. unde cognati. §. vulg. quæstos 4. infr. de success. cognator. Et sanè generaliter, quotiescunque leges de spuris, ad successionem admittendis, verba faciunt: accipi debent de vulgò quæsiis. Siquidem verba propriè, & secundum communem loquendi usum intelligenda sunt, l. non aliter. 69. ff. de legat. 3. l. ult. C. de his, qui veniant ætatis impetraverunt.
- Pariter non obstat, quod natura hos fratres nefarios jure sanguinis conjunxit: cum uno eodemque ventre gestati sint, & una eademque ubera suxerint: proindeque illis saltem bonorum possessio unde cognati, dari debeat. l. non facile. 4. §. cognationis. 2. vers. & quidem naturalis ff. de gradib. & affinit. Nam illud quidem negari non potest: verum lex ipsa, odio effrenatæ libidinis, quod successiones, quæ juris civilis sunt, effectum istius conjunctionis naturalis impedire & infringere voluit, d. Novell. 74. c. ult. ubi Justinianus, eos, inquit, qui semel ex odibilibus nobis, & propterea prohibitis nuptiis procedunt, neque naturales vocari, neque participanda eis ulla clementia est: sed sit supplicium etiam hoc Patrum, ut agnoscant: quia neque quicquam peccatricis concupiscentia eorum habebunt filii, & d. Novell. 89. c. ult. ubi idem Justinianus, primum quidem, ait, omni, qui ex complexibus (non enim hoc vocamus nuptias) aut nefariis, aut incestis, aut damnatis processerit: iste neque naturalis nominatur, neque alendus est à parentibus, neque habebit quoddam ad præsentem legem participium.
- Nihil quoque obstat: quod, licet liberi incestuosi & nefarii à parentum successionem, per novissimum jus Justinianum repellantur nulla tamen sit lex, aut constitutio, quæ à successionem fratrum, & aliorum transversalium eos differt excludat: ac proinde quadam argumentatione ab eadem successionem removeri non debeant: præsertim cum poenalia jura restringi, & favores ampliari convenit, c. odia. 15. de regul. jur. in 6. Etenim cessante causa, cessat ipse effectus, l. adigere. 6. §. quamvis. ff. de jure patronat. c. etsi Christus. 26. circa fin. ext. de jurejur. c. cum cessante. 60. ext. de appellat. c. cum infirmitas. 13. ext. de penitent. & remiss. f. sistimè Tiraquell. in tract. cessante causa, cessat effect. in princ. n. 11. & seqq. Hic autem cessat causa successionis, nempe cognatio vel proximitas inter matrem & filium: tum quia Justinianus ejusmodi liberos indignos & nomine filiorum naturalium, & omni clementia pronuntiavit, d. Novell. 74. c. ult. tum quia pater & mater sunt fons & origo, ex qua jura consanguinitatis & proximitatis oriuntur, qui fons cum illis desit, nullum habent medium, ex quo gradum cognationis deducere possint. Cessabit igitur omnis in ulterioribus quoque successio.
- Denique nihil urget, quod fratres, & alii transversales non peccaverint: sed parentes tantummodo, ex quibus tales filii procreati sunt: atque ideo non illi, sed hi piecendi veniant: cum suis poenæ auctores comitari debeant. l. si poenâ. 20. & l. crimin. 26. ff. de panis l. sancimus. 23. C. cod. tit. Quamquam enim illi non deliquerunt: odio tamen parentum (qui digni sunt hac poenâ, ut filios omni sanguinis jure destitutos esse sentiant) omnino pro externis habentur. Et licet non ineptè obijciatur, ex eo, quod filii à successionem parentum excludantur, non protinus consequi, quod etiam à mutua inter se ipsos successionem arceantur: tamen, quando filii à successionem parentum idcirco repelluntur, quod jura consanguinitatis & cognationis eis prorsus desint: non male inde inferitur, eos omni jure & gradu, ex quo successio deferatur, inter se quoque spoliatos & destitutos censer: quemadmodum et proximis decessit Forsterius d. lib. 6. de success. c. 50. num. 12. & multis seqq.
- Utrunque autem liberi ex damnatis complexibus nati, de jure civili & parentum successionem & alimentis indigni judicantur. d. Auth. ex complexu. C. de incest. & inutil. nupt. d. Novell.

Novell. 89. c. ult. jure tamen Pontificio illis alimenta à parentibus præstanda sunt c. cum haberet. §. in fin. ext. de eo, qui ducit. in matr. quam polluit per adulter. *Matthæus Mathesyllan. in tr. de success. ab intestat. 2. membr. primi art. num. 1. late Covarruv. in tract. de matr. in part. 2. c. 8. §. 6. Ioachim. à Beysl. in tractat. de matrimon. c. 60. cujus juris decisio, utpote posteriori æquior, etiam in terris Imperii, sicut in foro seculari servanda est, argum. l. necare. 4. ff. de agnoscend. & alend. liber. & l. legem. 7. ibi, misericordia indigni non sunt, qui alieno laborant vitio. C. de natural. lib. Palest. in tract. de nobis spiritibusque filiis. c. 46. & 47. Heigius hic in cap. 5. num. 150. Schneidewin. hic sub tit. de success. liber. ex damnato coitu nator. num. 3. Peregrinus. in tract. de jure fidei. lib. 3. cap. 18. num. 55. Joann. Iacobus à Camib. in tract. de exercit. ult. volunt. part. 2. §. consentaneum. num. 37. Claudius de Seyffello in l. 1. num. 11. ff. solut. matrimon. Ant. Capycius decis. 164. num. 2. Ioannes de Roias in Epitom. omn. success. c. 21. num. 19. Anton. de Padilla in auth. res, quæ. num. 65. C. commun. de legat. Hartmann. Hartmanni ab Epping. tit. 36. observ. 3. Ioannes Baptista Pontanus. de aliment. c. 2. num. 12. Fortunius Garfias de ult. fin. j. num. 109. & seqq. Bachovius in Not. ad vol. 2. Treutleri. disp. 16. th. 2. lit. G. pag. 1029. & ibidem Hunnius in suis resolut. q. 33. pag. 230. item lib. 3. var. resolut. jur. civ. tract. 1. quest. 10. Rittersbus. in exposit. Novell. Iustin. part. 8. cap. 8. num. 6. Martinus Colerus lib. 1. de alimentis. cap. 3. num. 8.*

362 alique plures, per eum designati. Hinc legatum alimentorum nomine, incestuosus liberis à patre relictum jure Canonico valet: etiam si testator non addiderit tali legato, se hoc vel illud alimentorum nomine relinquere; sed simpliciter aliquid reliquerit, Cravett. consil. 219. incip. licet datum. n. 8. consil. 846. num. 2. consil. 917. num. 3. Joann. Baptista Cuccialupus de S. Severino in consil. suo, quod est inter Cornei consil. 218. sub. num. 1. vers. posset replicari. vol. 3. Petrus de Benintendis. decis. 22. num. 3. & 15. Anton. Corduba de Lara in l. si quis à liberis. §. 5. idem rescriptis. 6. ff. de agnosc. & alend. liber. Ejusque ratio est: tum quia, cum pater sit debitor alimentorum necessarius, d. c. cum haberet. §. ext. de eo, qui ducit in matrimonium, &c. in dubio videtur donasse pro alimentis debitis, & animo compensandi pro eis; prout juris est, quando debitor necessarius creditori legat, arg. l. hujusmodi. 34. §. cum pater. 6. ff. de legat. 1. Tum quia legata sunt interpretanda ex conditione legatarii, arg. l. cum hi. 8. l. si in amor. 23. ff. de transactionib. & l. plenum. 12. §. equitii. 4. vers. sed si testator sciens ff. de usu & habit. non tantum, quando testamento addita est clausula, quæ hodie testamentis plerumque inferitur, nempe omni meliore modo & viâ. &c. Iacobus de Puteo in consil. suo, quod est inter Laurentii Calcanei consil. 62. incip. aggredienti mihi. num. 11. sed etiam, quando ea abest; partim quod eam clausulam in jure nusquam requiri videamus: partim quod dicta clausula, etiam testamento non inserta, subintelligatur. Et hanc communem esse opinionem, testantur Franc. Curtius jun. consil. 114. incip. non possum non mirari. num. 9. & consil. seq. num. 7. & Quintilianus Mandosus in addit. ad Lapide Castighionchio allegat. 29. sub lit. N. hogs referens Colerus d. lib. 1. de aliment. c. 3. num. 38. & seqq. ubi Calcanei in consil. 59. n. 9. & Obassanei consil. 49. num. 58. dissentientium doctrinam refutat, pluraque alia, hæc pertinentia eruditè explicat. Et hæc de successione descendendum sive liberorum dicta sufficiant.

DE SUCCESSIONE ASCENDENTUM SEU PARENTUM.

366 **D**istinguiamus modò de successione ascendentium sive parentum. Ascendentes sive parentes cum dicimus; non patrem tantum & matrem, verum etiam avum & aviam, proutiam, aliosque ascendentes in infinitum intelligimus, quique. 4. §. parentem. 2. ff. de injur. vocando. l. juris. consultum. 10. §. parentes. 7. ff. de gradib. & affinit. l. appellatione parentis. 51. ff. de verb. significat. Tineus Faber disp. 21. ad Instit. Imperial. th. 8. III. descendentibus deficientibus, mortalitatis & successione ordine inverso, secundo loco ad successionem defuncti vocantur, l. nam essi. 15.

ff. de inoffic. testam. l. scripto. 7. in fin. ff. unde liberi, Novell. 118. c. 2. Unde bellè Accursius in d. l. 15. ff. de inoffic. test. super verb. ordine. canit:

Ordine turbato, succedis Bulgare nato.

Filii itaque filiaræ sine liberis, fratribus item vel fororibus utrinque conjunctis, vita functis, si parentes soli, & in pari gradu supersint, æqualiter succedunt, d. Novell. 118. c. 2. Auth. defuncto. C. ad SC. Tertyllian. Quod si mater sola superstes fuerit, sola succedet: si pater solus, & ipse bona defuncti, omnibus aliis ascendentibus remotioribus exclusis, capeffer. Utroque verò parente, tempore mortis filii, è medio subducto: alii superiores, secundum graduum prærogativam admittuntur: ita ut semper propinquiores gradu, remotiores excludant. Neque enim in hac ascendendum serie, sicut in linea descendenti, locum habet jus representationis: cum contra naturam sit, ut avus representet patrem suum filium, tanquam ab eo genitus, d. Novell. 118. cap. 2. d. Auth. defuncto. ibi, salva gradus sui prærogativa. C. ad SC. Tertyllian. Wesenbec. in Parat. ff. de gradib. & affinit. num. 15. Forsterus lib. 7. de successione. cap. 4. conclus. 5. num. 23. Matth. Stephani cent. 3. sub quest. 11. Andr. Gerhardi Decad. 11. quest. 5. Humius lib. 3. var. resolut. jur. civ. tract. 1. quest. 32. Sed & diversitatis illius ratio hæc est: quia hereditas magis descendentibus, quam ascendentibus, debetur. Quid ita? quia non solum ratio naturalis, quasi lex quædam tacita, sed commune etiam parentum votum liberis hereditatem addicit. l. cum ratio. 7. ff. de bonis damnator. d. l. scripto. 7. in fin. ff. unde liberi. d. l. nam essi. 15. ff. de inoffic. testam. Ascendentibus autem debetur hereditas duntaxat propter miserationem & solatium: ut scilicet, liberis amissis, ipsi solatii loco bona liberorum consequantur, d. l. 7. in fin. ff. unde liberi. jure succursum. 6. ff. de jure dot. Unde eleganter Cicero pro Quint. Ad quem, ait, summus meror ex morte alterius venit: ad eundem summum successionis honorem pervenire oportet. Quod si ascendentes pariter quidem sint gradus, diversæ verò lineæ, paternæ nimirum & maternæ, vel etiam disparis numeri, in stirpes succedunt. d. Novell. 118. c. 2. vers. si autem eundem. Fürstl. Würtemb. erneuert Landrecht, part. 4. tit. 19. §. Auf den Fahl, &c. pag. 486. Covarruv. in Epitom. de successione. ab intest. num. 3. & 4. Schneidewin. hic sub cap. de success. parentum natural. & legitimor. simul. num. 22. Donell. lib. 9. Commentar. de jure civ. cap. 3. pag. 404. Oliver. Textor. in tract. de success. ab intest. num. 71. Forster. d. lib. 7. de successione. c. 4. conclus. 3. num. 5. Ubi tamen silentio non transeundum est: patrem vel avum paternum filio vel nepote intestato defuncto, qui erat in potestate, unâ cum matre vel materno succedentem, præter suam portionem, quam pleno jure consequitur, etiam usumfructum obtinere, donec vixerit, eius portionis. quæ matri avovæ materno delata est, per textum expressum in l. ult. §. 1. vers. fin. verò defuncta. C. ad SC. Tertyll. Paul. Castrens in Auth. defuncto. C. eod. tit. Fachin. lib. 6. controvers. jur. c. 6. quos refert & sequitur. D. Bocerus hic num. 92. pag. 73. & class. 3. disput. 10. th. 24. edit. 2.

Nec hæc obstat d. Nov. 118. c. 2. §. si verò, &c. ubi Justinianus ita loquitur: Si autem pater aut mater fuerint; dividenda inter eos quippe hereditate secundum personarum numerum, uti & ascendentium & fratrum singuli æqualem habeant portionem; nullum usum ex filiorum aut filiarum portione in hoc casu valente patre sibi penitus vindicare: quoniam pro hac usu portione, hereditatem jus & secundum proprietatem per præsentem dedimus legem, &c. Nam Imperator ibi usumfructum quidem patri aufert ex portione filiorum, non autem matris: & causam assignat; quoniam scilicet vocatur ad successionem, ad quam alias non erat vocatus secundum antiquas leges. Sed de matris portione nullum adfert verbum: cum tamen loquatur etiam eo in casu, quo mater adest & succedit, ut liquet ex illis verbis, uti & ascendentium & fratrum. Quæ significant non unius patris, sed plurium ascendentium successionem. Et ideo merito subdit: nullum usum ex filiorum portione patri sibi vindicare: idem & de portione matris dicturus, si voluisset. Ergo d. l. ultim. C. ad SC. Tertyllian. minime abrogatur; quatenus ex portione matris usumfructum patri attribuitur sed tantum, quatenus

ex portione fratrum. Quicquid enim expressim & specialiter mutatum non est, id veterum legum dispositioni relictum intelligitur. l. p. accipimus. 32. in fine. C. de appellation. Atque ita hoc explicat Fachinus d. c. 6. ad fin. Tamen aliter pronunciatum sit in Senatu Pedemontano apud Anton. Tessaurum decis. 156. quem novè sequitur, & tueri annuitur Hunnius d. lib. 3. quest. 33. Et in resolut. ad vol. 2. Treutler. disp. 15. th. 4. quest. 35. pag. 232.

372 Agitata sæpe utramque in partem est questio illa: ecquid pater & mater, cæterique majores diversæ linæ, in gradu pares, æqualiter in omnia bona succedant; si hæc bona à matre ad filium pervenerint: sicque nulla prorsus bonorum distinctio facienda sit? Et quidem multi, magni nominis Doctores, existimant: bonorum distinctionem & separationem hic faciendam esse: adeo, ut in bonis, quæ ex paternâ linæ ad filium defunctum profecta sunt, pater solus succedat, matre exclusâ; & mater contra sola, patre excluso, in bonis, quæ ad filium ex linæ maternâ pervenerunt: in omnibus autem cæteris bonis, abunde quesitis, æqualiter succedant; Bart. in l. post dotem. 40. n. ult. ff. soluto matrim. in Auth. itaque. C. communia de successione. Et in l. quod scitis 2. C. de bonis, quæ liberis, Et c. Iason. in d. post dotem. 40. num. 106. Et seq. ff. solut. matr. Matthæssian num. tr. de success. ab intest. in 2. artic. princip. num. 7. Et ibidem in addit. Ludov. Bologninus num. 8. Modestini. Pistoris consil. 31. q. 3. num. 39. vers. idem dicit. vol. 1. Benedi. de Guib. in c. Raymutius. 16. ext. de testam. verb. Et uxorem. num. 937. Chysan. in consuetud. Burgund. rubr. 7. §. 6. num. 7. Nicol. Boer. decis. 192. num. 5. Ambros. Schurer. in tr. de success. ab intestat. 2. 10. reg. 2. ampliat. 1. Anton. Tessaur. decis. 27. num. 2. Et 3. Matthias Berlichius part. 3. conclusio. pract. Et c. conclus. 20. num. 14. Et seq. Schneidewin. h. in c. de success. parent. natural. Et legis. simul. num. 12. Et 13. Borcholt. in tract. de gradib. tit. de success. ascendente. pag. 216. Petr. Gregor. Tholos. in syntag. jur. univers. part. 3. lib. 45. c. 8. num. 11. Ludov. Roman. concl. 40. pluresque alii, quos citat Tirag. in Comment. du retraiç. lign. §. 14. gloss. 2. num. 12. Verum alii, non minoris auctoritatis Juri, constanter asserunt; patrem, & matrem, & cæteros majores, diversæ linæ, pares in gradu, æqualiter in omnia bona succedere: nec aliquam bonorum paternorum & maternorum segregationem faciendam esse, undecunque bona profecta sint, siue à patre, siue à matre. Bald. in Auth. defuncto. num. 3. Cod. ad SC. Tertullian. Nicolaus de Ubaldis in tractat. de success. ab intestat. part. 2. num. 4. Cynus, Salicetus, Fulgosius, Ioan. à monte Sperello, Cornus, Et alii in d. l. quod scitis 3. Cod. de bonis, quæ liberis, Et c. Decius consil. 94. num. 9. Et sequentib. Et consil. 186. num. 2. vol. 1. Et consil. 7. vol. 3. Wesenbec. in addit. ad Schneidewin. dicto loco. Heigius hic in 2. ord. de success. ascendente. num. 5. D. Bocer. n. 90. pag. 72. Arnold. Ferronius ad consuetud. Burdigalens. lib. 2. tit. §. 1. Ranchinus in tr. act. de success. ab intestat. §. 14. num. 10. Forster. lib. 7. de successione. cap. 4. num. 12. Et seqq. Covarruv. in Epitom. de success. ab intest. num. 2. Ludovic. Molina tom. 1. de iustit. Et jur. tract. 2. disp. 163. num. 5. Baldus. Novell. in tract. de dote. part. 12. num. 45. Et seq. Mynsinger. cent. 6. observ. 55. num. 3. ubi hanc sententiam à Camera Imperiali approbatam esse, testatur. Eandem sequuntur Fachinus lib. 6. controversiar. jur. cap. 4. Hackelman. illustr. question. disput. 18. thes. 15. ad lit. d. Henonius Disp. 12. controvers. 7. Paulus Berens. Disp. 8. ad Institut. them. 2. quest. 1. Thomas Lindemannus. Exercitationum Justin. Disput. 5. th. 29. Didacus Spino in speculo testam. tit. de his, qui succedunt ab intestat. Grassus. in §. successio ab intestat. q. 22. num. 5. Capriol. lib. 2. num. 2. de success. ab intestat. Francisc. de Barry lib. 18. de success. intestati. tit. 2. num. 6. Illustris Bienenbel. in tract. de privileg. parent. Et liber. privileg. 14. c. 1. part. 2. n. 4. Hemming. Wegnerus Disp. 9. ad Institut. thes. 3. lit. d. Andr. Gerhards Decad. 11. q. 5. Iacob. Schegk. in delib. jur. Disp. 14. th. 48. Ioh. Iacob. Plebsl. Disput. 4. de iure locali Ducatus Wirtemberg. th. 85. ed. 1. Petrus Burbofa. ad l. post dotem. 41. n. 67. ff. solut. matrim. Et Casparus Schifordesber. lib. 1. ad Anton. Fabr. tract. 14. quest. 3. Et seqq. nec non Humius.

d. libro. 3. var. resol. jur. civ. tract. 1. quest. 31. Et Bachovius in not. ad volum. 2. Treutler. Disp. 16. th. 4. lit. c. p. 1038. Ungepaar. exercit. Justin. 9. quest. 7. p. 267. edit. ult. Fundamentum hujus assertionis solidum exiat in Novell. 118. cap. 2. vers. si autem plurimi, Et c. ubi aperte Justinianus sancit: hereditatem filii, vel alterius descendens sine liberis defuncti, ad ascendentes siue parentes, in pari gradu existentes, pariter pertinere. Hereditatem verò omne jus, quod defunctus habuit, complecti plati-quàm manifestum est, l. nihil aliud. 24. ff. de verbor. significat. l. hereditas. 62. ff. de regul. jur. Cum igitur lex indefinitè & indistinctè hereditatem ex æquo dividi jubeat, aliter intelligi non potest, nisi respectu omnium bonorum undecunque questitorum. Indefinita siquidem oratio, à lege prolata, universali æquipollet, argum. l. si ita relictum. 43. in princ. Et l. si pluribus. 44. ff. de legat. 2. l. si necessarius. 8. §. si annuus. ff. de pignor. act. & lex generaliter indistinctè loquens, generaliter & indistinctè accipi debet. l. 1. §. quod autem. 3. in fin. ff. de aleatorib. l. 1. §. generaliter. ff. de legat. præstind. Et l. de pretio. 8. ff. de Publican. in rem act. Huic accedit, quod Justinianus in d. Novell. 118. cap. 2. sibi proposuerit omnes ab intestato cognationum successiones clarè compendiosque divisione disponere: sic, ut ea sola, quæ ibi disposuerit, servari oporteat, prout in præfatione istius Novell. disertè scribit. At huic suo proposito non satisfecisset, si casum propositum in eadem novellâ constitutione claris & perspicuis verbis non definivisset. Eodem confert quoque evidens ratio: quod nimirum in delatione hereditatis non origo & causa acquisitionis, sed persona acquirentis spectetur: nec bona amplius maternâ aut paternâ dici possint, sed ipsius, qui acquisivit. Sed & bona semel alicui quesita, undecunque provenierint, cum aliis consolidantur, unumque patrimonium constituunt. l. sed si plures. 10. §. filio. 2. ff. de vulg. Et pupill. substitut. ac eo mortuo, hereditatis nomen adipiscuntur. d. l. hereditas. 62. ff. de regul. jur. proinde, cum medietas bonorum paternis, & altera medietas maternis parentibus acquiratur. d. Nov. 118. cap. 2. sequitur inde infallibiliter; bonorum à matre, & bonorum à patre questorum, separationem fieri debere.

Huic sententiæ nihil adversatur d. l. quod scitis. 3. vers. fin. autem idem nepos. C. de bonis, quæ liberis, Et c. quâ Bartoli & sequacum opinio maximè firmatur. Nam in specie illius legis agitur tantum de hereditate nepotis inter patrem & avum paternum, & sic inter ascendentes ejusdem linæ dividenda: & deciditur, quod bona, à matre profecta, ad solum patrem, tanquam proximiorum, pertineant, non ad avum. Hic verò tractatur de concursu avi paterni & materni, atque ita de ascendentibus diversæ linæ, in pari gradu constitutis: & dicitur, eorum respectu nullam bonorum separationem à jure novissimo introduci, & consequenter eisdem æqualiter in omnibus bonis, ex quacunque linæ obvenierint, succedere debere, d. Nov. 118. cap. 2. vers. si autem, Et c. Sic quoque minimè refragatur §. 1. supr. per quas personas cuique acquirit. ubi Justinianus ipse humanum & æquum esse judicat: ut id, quod a patre profectum est, ad eundem revertatur. Quis loquitur de bonis, à patre profectis: eoque ad ipsum rectè reverti dicuntur, vivo filio: quod cum presenti questione nihil commune habet. Ad alia, quæ huic sententiæ contradicere videntur, respondent satis commodè Forsterus, Fachinus, Berens, Humius Et Ungepaar locis præallegatis.

Ambigi hic quoque de eo posset: nunquid ascendentes in bonis feudalibus liberis suis succedere valeant? Sed negativa opinio expresso communis est textu in cap. 1. in princip. de naturâ successione feud. tit. 50. lib. 2. feudor. Quam amplectuntur Cacciaupus de feud. cognit. artic. 6. num. 21. vers. visis concordantiis. Similiter in Commentar. ad usum feudor. part. 9. num. 46. Schrader. in tractat. feud. part. 7. cap. 6. num. 1. Cephal. consil. 641. num. 18. vol. 5. Wesenbec. de feud. cap. 6. num. 7. Schneidewin. in tractat. de feud. part. 6. de success. ascendente. num. 1. Et idem hoc tit. c. de success. parent. natural. Et legitimor. simul. n. 10. Heigius hic sub c. de success. ascendente. n. 29. Borcholt. de feud. c. 7. part. 2. n. 9. Vultejns lib. 1. de feud. cap. 9. n. 101. aliqui ab his memorari. Ratio hujus decisionis non

non incommoda hæc videtur: quod propter communem feudi naturam semper, si non expresse, tacite tamen, in primâ investiturâ hoc inter dominum & vasallum actum esse intelligatur: ut concessum feudum ad investitum & ejusdem posteros, sive ex eo descendentes, non etiam ejusdem parentes, pertineat: quippe cum rarius, & non nisi turbato mortalitatis ordine eveniat, ut filii ante parentes decedant, & ad eorum successionem parentes vocentur, l. nam est. 15. ff. de inoffic. testam. Alvarott. in cap. 1. §. hoc quoque num. 9. de his, qui feud. dar. poss. Hotoman. in d. c. 1. de natura success. feud. Vult. loco proxime notato. Duaren. in Commentar. in usus feud. cap. 11. num. 10. Hartmann. Pistoris libr. 2. question. jur. quest. 19. num. 5. D. Bocerus class. 5. Disp. 18. thes. 22. ad lit. a. edit. 2. & latius in tract. de jure succedendi in feudum. c. 4. quest. 1. & seq.

381. Esti verò ascendentium successio regulariter in feudis nulla sit: sunt tamen casus nonnulli, quibus defuncto suo filio parens in feudum succedit. Primus est: si in feudi concessione sive investiturâ id expresse actum sit; ut, vasallo sine mascula prole defuncto, feudum ad ejus parentem pertineat, per textum in titul. 84. in extraordinar. capitulis. Valens. Forster. de success. lib. 7. cap. 4. num. 38. in additionibus. pag. 537. Et quamvis dubie auctoritatis capitula ista extraordinaria censentur: attamen valere hujusmodi pactum, ratio suadet: quippe cum pactione effici possit, ut persone, quæ alias in feudo succedere nequeunt, ad illius successionem admittantur: veluti femina, tit. 8. filia verò. lib. 1. feud. & d. tit. 50. in princip. libr. 2. feudor. & frater in feudo fratris novo, titul. 1. §. cum verò vers. fin autem unum ex fratribus. ibi, nisi hoc nominatim dictum sit. lib. 1. feud. item extraneus, titul. 48. lib. 2. feudorum.

382. Secundus casus est: si filius propter benemerita patris de feudo investitus fuerit. Cum enim respectu & contemplatione patris feudum filio conceditur: idem feudum etiam patri, in casum deficientis filii, concedi intelligitur, argumento l. dotem, quam. 6. ff. de collat. bonor. l. ultim. in fin. C. de usufruct. l. sed si plures. 10. §. in adrogato vers. ego etiam. ff. de vulg. & pupill. substitut. Schrader. d. tract. feud. part. 7. c. 6. num. 4. Duaren. d. Commentar. in usus feud. cap. 11. mon. 11. Borcholt. de feud. cap. 7. num. 9. Schirerius in tractat. de hereditatibus que ab intest. defer. titul. 11. in princip. Tertius est casus: quando pater favore filii feudum refutavit, ut filius investiretur. Tunc, filio nullis relictis liberis masculis mortuo, feudum ad patrem superstitem jure successionis revertitur, ut Interpretes plerique volunt, Iacobin. de S. Georg in investitura feud. super verb. & unum ex dictis vasallis refutavit feudum. num. 10. Jacobus de Ardis. in epitom. de feud. tit. de success. feud. §. ascendentes. Zas. in epitom. feud. part. 8. n. 2. Præposit. in c. 1. n. 2. de vasall. decrep. erat. Borcholt. d. c. 7. num. 9. Hartman. Hartmanni ab Epip. par. 7. pract. observat. titul. 54. observ. 46. Sonsbecc. d. par. 9. num. 48. Schrader. d. c. 6. num. 4. Schurff. cens. 1. consil. 27. Heigius hic in tit. de success. ascendentes. n. 31. & Rosenbal. in synopsi jur. feud. cap. 7. conclus. 27. Et licet hoc de casu non immerito quispiam dubitare possit, ob generalem textum in d. tit. 50. in princip. libr. 2. feud. & d. titul. 84. in extraord. capitul. eum tamen in Camera Imperialis receptum esse, testatur Mynsingerus cens. 3. observ. 93.

383. Ultimus casus est: si statutum vel consuetudo illius loci, in quo feudum, de cujus successione agitur, situm est, id permittat, argumento tit. 1. in princip. libr. 2. feud. & tradit. Andr. de Isern. ad d. titul. 50. libr. 2. feud. Schrader. d. par. 7. cap. 6. num. 3. Vult. d. lib. 1. de feud. cap. 9. n. 101. pag. 553. vers. quod autem, &c. hosque citant D. Bocerus d. class. 5. disp. 18. thes. 22. ad lit. e. & d. tract. de jure succed. in feud. c. 4. quest. 1. vers. tertius est casus, &c. Goshoffsch. Anton. disp. feud. §. th. 6. lit. A.

384. Porro si cum ascendentibus sive parentibus defuncti fratres & sorores conjuncti sunt, hoc est, utrinque defuncto juncti junctive (num. ex uno latere conjuncti, ab omnibus ascendentibus merito excluduntur, Novell. 118. cap. 2. in princip. ibi, exceptis solum fratribus, ex utroque parente conjunctis, &c. Nicol. de Ubal. in tractat. de success. ab

intest. part. 2. num. 7. Wiarnser in pract. observ. tit. 41. observ. 5. & 6. Henon. disput. 12. controvers. 10. Bocerus d. class. 3. disput. 10. thes. 29. ed. 2. Hummius d. libr. 3. tract. 1. quest. 34. Pachinus libr. 6. controvers. jur. cap. 8. ubi dissentientem adducit Chassanum consil. 9. & in consuetud. Burgund. Rubr. 7. §. 6. vers. dictum est hic, &c.) concurrant: tunc inter hos, & ascendentes gradu proximos hereditas ex æquo dividenda est, adeoque tot faciendæ sunt partes, quot personæ adfunt, Authent. de fundo C. ad Senatusconsultum Tertyl. dict. Novell. 118. c. 2. Idem quoque cautum extat Jure renovato Württemberg. part. 4. tit. 20. pag. 491. & seq. Fratrum quin etiam, & sororum prædefunctarum liberi, ex utroque parente conjuncti, sive defuncto frater superstit, sive non, cum ascendentibus, propter jus representationis, in stirpes vocantur, Novell. 127. c. 1. Forsterus de success. ab intest. libro 7. c. 7. Schneidewin. hic in secundo ord. succedendi. num. 29. Plebst. de jure locali Würt. disputat. 4. th. 87. & 89. edit. 1. Superstitibus itaque avo paterno, aviaque maternâ, fratre utrinque conjuncto, & fratris utrinque conjuncti filiis duobus, hereditas in quatuor partes dividitur: quarum quartam hi duo ex fratre filii accipient, quam habiturus fuisset parens ipsorum, si vixisset. Videatur Andreas Gerhardt Decad. 11. quest. 6. & 7. itemque Rittersbusius in expositione Novell. Justin. part. 7. cap. 10. n. 8. & 9. Quamvis diversum in nepotibus fratrum, aut pronepotibus, utpote in quibus representatio cessat, sit receptum, Authent. post fratres, fratrumque filios. & ibi gl. communiter approbata, Salicetus, Corneus & alii, C. de legit. heredib. Joan. Fab. in §. item vetustas. in fin. infr. hoc. tit. Angel. in §. præferuntur. num. 10. infr. de SC. Tertyll. Oliver. Textor. in tractat. de success. ab intest. num. 77. Covarr. in epit. de success. ab intestato. num. 5. vers. tertio est notandum, &c. Henon hic in 2. ord. de success. ascend. n. 14. Wegner. disp. 9. ad Institut. th. 3. ad lit. f. & Gerhardt. d. q. 6.

Planè ad defuncti frater utrinque conjunctus præferatur avo suo, nec ne, controversitur? Et illum huic non præferri, sed utrumque simul succedere, rectè statuitur, d. Nov. 118. c. 2. vers. si verò, &c. ubi expressum est, fratres utrinque conjunctos defuncto, cum proximis gradu ascendentibus vocari. Proximus autem gradu is dicitur, quem nemo antecedit, l. proximus 92. ff. d. V. S. Proinde si ex ascendentibus solus extet avus, cum eo frater utrinque conjunctus succedet, non verò eum excludet: quia avus tunc gradu proximus censetur. Atque ita docent. Bartol. Castrensi. Salic. & Corn. in Auth. defuncto. C. ad SC. Tertyll. Covarruv. d. epit. de success. ab intest. num. 5. hosque allegans Pachin. lib. 6. contrav. jur. cap. 7. Quibus addendi sunt Bald. Auth. defuncto. C. ad SC. Tertyll. Nicol. de Ubal. in tr. de success. ab intest. p. 2. num. 5. Mathæus Matthesyllan. in d. tract. in secundo arr. princ. n. 9. in fin. Dynus in summâ succession. Borcholt. in tract. de gradib. tit. de success. ascend. pag. 220. Paul. Berens disput. 8. ad Institut. them. 2. quest. 2. Hilliger. sedulus Enucleator Donelli, lib. 9. cap. 3. lit. g. Oliver. de success. ab intest. num. 77. & seqq. Henon. disput. 12. ad Institut. contrav. 8. Wesenbec. in parat. ff. de gradib. & affinit. n. 16. Humm. d. tract. 1. quest. 35. & Forster. d. libr. 7. de success. cap. 6. num. 1. & 2. Si ergo defunctus reliquit avum patrum vel matrum, & fratrem ac sororem ex utroque parente conjunctos: hereditas in tres distribuitur partes: unam partem accipit avus paternus vel maternus: secundam frater defuncti: tertiam soror. Idem dicendum, si defunctus reliquerit avum patrum & aviam paternam, & avum matrum ac aviam matrem, & fratrem ac sororem utroque ex parente junctos. Hæc specie hereditas defuncti in sex æquales partes dividitur: & duas hereditatis partes capient avus & avia paterni, & avus ac avia materni item duas partes; & reliquis duas partes frater & soror defuncti accipient. d. Nov. 118. c. 2. vers. si verò cum ascendentibus, &c. Plebst. d. disput. 4. th. 91. Quare merito jam diu nigros tulit calculos sententia Jacobi de Belviso in d. Novell. 118. c. 2. vers. si vero Chassanæ in consuet. Burgund. Rubr. 7. §. 6. vers. sed ad verum, &c. & aliorum, qui fratrem sororemve utrinque conjunctos cum patre & matre quidem admittunt, non vero etiam cum avo vel avia; sed hos ab illis excludi autumant.

390 Cæterum, si mater ad secundas nuptias transeat: tunc eorum, quæ ex paternâ substantiâ ad filium pervenerunt, usufructum quidem consequitur; proprietatem autem amittit, eamque filiis primi matrimonii superstitibus reservare tenetur. l. *femina*. 3. §. *illud. juncta aush. ex testamento. ibique gloss. C. de secund. nupt. l. mater*. 5. C. ad Senatusconsultum Tertullianum. Nov. 22. cap. 46. vers. *si autem* &c. & Novell. 2. cap. 3. ubi Cujac. Boër. decis. 185. & 192. Rittershus. d. exposit. Nov. part. 7. cap. 12. num. 5. Heigius hic in secundo ord. de success. ascend. num. 20. & latius Schneidewinus hic in secundo ord. succedendi. num. 32. & seq. Adde Doctorem Martam tom. 5. digestorum novissimorum Tit. Successio. cap. 123. fol. 118.

391 Sed utrum idem ad patrem, ad secunda vota convolantem, porrigi debeat, non omnino expeditum videtur? Sententia affirmata cum suffragiis Dd. conspirantibus (contra Matthæsyllanum hesitantem, in tract. de success. ab intest. in 2. artic. principali. num. 25.) recepta sit, nec mihi displicere debet, dict. Novell. 22. cap. 23. vers. & hac com-

392 munit, &c. Ejusque ratio satis est perspicua: quia jura non solum præsumunt, novas nuptias tum bona, tum animam & vitam suam novis maritis addicere. l. *lex*, quæ tutores. 22. ante finem. C. de administrat. tutor. verum etiam judicant, patrem novercalibus delinimentis instritum, maligne circa sanguinem suum ferre judicium, & à goppy ipsâ abduci atque avelli. l. 3. & 4. ff. de inoffic. testam. Unde cum & filiorum & conjugum causâ isthæc pœna introducta sit, & tam in patre, quàm in matre rationem eandem habeat: plusquàm manifestum sit, patrem similiter hoc casu proprietatem perdere, uti tenent Bartol. Baldus, & Salicetus in dict. leg. *femina*. 3. C. de secund. nupt. Ioannes de Monteferrato in repetit. l. *frater à fratre*. 38. quest. 17. ff. de condit. indebit. Paris. cons. 28. n. 77. volum. 3. Oldrad. consil. 33. n. 3. Decius cons. 87. n. 3. & consil. 130. n. 1. Capra consil. 46. num. 5. Forsterus pulchre lib. 7. de successio. ab intest. cap. 11. Gail. libro 2. observ. 98. num. 3. Paul. Emil. Gallus in tractat. de except. in success. tam ab intest. quàm ex testam. part. 1. tit. 4. except. 3. num. 32. cum seqq. fol. 121. alique complures, ab iis recensiti. Quibus adjiciatur novissimè Bachovius in suis not. ad volum. 2. Treutleri. Disput. 16. th. 4. lit. D. pag. 1041. ubi pro utraque parte nervosè disputat.

393 Præterea mater, si filio suo impuberi intra annum tutorem non petierit, jure succedendi in ejus impuberis defuncti hereditate, non gaudet. §. *penult. infr. de Senatusconsulto Tertyll.* ubi hac de re acturi sumus latius. l. *matres*. 3. C. ad Senatusconsultum Tertyllian. l. *sciant*. 10. C. de legit. heredib. l. 2 §. 1. & l. ult. ff. qui petant tutor. vel curat. l. *cum à matribus*. 8. & l. ult. Cod. eodem tit. Laurinus de Palatiis in tract. de successio. pare. 1. num. 51. prolixè Robertus Marant. in repetit. l. *is potest*. 18. num. 219. cum multis seqq. ff. de acquir. vel amit. heredit. Sed & si turpem ac luxuriosam vitam elegerit mater, in filii defuncti hereditatem non succedit. argum. l. ult. C. quando mul. tutoris officio fungi potest. Bartolus in leg. his solis. 7. in fin. C. de revocandis donat. Forsterus dict. lib. 7. cap. 15. Gail. lib. 2. observ. 98. num. 15. & Lucerus clas. 3. disput. 10. th. 32. ed. 2. Licet post Alexandrum in l. *sororem*. 10. C. de his, quibus ut indignis, &c. aliter sentiat Heigius hic in secundo ord. de success. ascendenti. n. 27.

395 Verum enim verò non solum parentes naturales & legitimi simul, ad successionem liberorum suorum intestatorum vocantur, ut hactenus traditum est: sed & legitimi tantum sive adoptivi parentes liberis suis adoptivis, quos in potestate habuerunt succedunt: non etiam extraneis adoptatis. §. *sed hodie*. 2. ubi Wesenbec. supr. de adoptionib. l. *penult. circa princip. vers. si verò pater*. & §. *sed ne arriantum* C. d. tit. §. *sed ea omnia*. 14. infr. h. tit. neque liberis arrogatis, si hi intra pubertatem decesserint. §. *cum autem impubes*. 3. ubi gloss. supr. de adoptionib. dict. l. *penult.* §. *fin.* & ibi gloss. C. eod. Schneidewinus hic in secundo ordine succed. n. 38. & explicatius Forsterus dict. libro 7. de successio. ab intest. cap. 18. n. 4. & aliquos subsequen-

396 tibus. Quemadmodum autem filii naturales tantum, sive ex concubina procreanti, succedunt patri in duabus uncias, ut superius expositum n. 264. ita & ipsa pater, reliquique

ascendentes duas uncias ex hereditate filiorum naturalium consequuntur. Auth. licet C. de naturalib. liber. Novell. 89. c. 13. Et vicissim vocati filii naturales in solidum ad hereditatem maternam vocantur: ita & ipsa mater, aut ascendentes ex lineâ maternâ ad successionem liberorum naturalium in solidum admittuntur, §. *fin. inf. de SC. Tertyll.* l. 2. in pr. ff. eod. Cravett. consil. 176. n. 3. Forster. d. lib. 7. cap. 17. Etenim jura successionum correlativa sive reciproca esse solent, & debent. argum. l. *penult.* & ibi Paul. de Castro. C. de legitimis heredib. Treutler. disp. 16. th. 4. ad lit. 1. volum. 2. Borcholt. in tract. de gradibus. p. mibi 231. Rittershus. in exposit. Novell. Justin part. 7. c. 1. n. 11. Cujac. ad Novell. 18. p. 139. Wegner. disput. 9. ad Institut. th. 3. sub lit. g. & correlativorum idem jus, & eademque disciplina judicatur. l. ult. Cod. de indic. viduit. tollend. l. 1. C. de cupressis, &c. Parentes porro naturales filiis suis legitimatis eodem succedunt modo, quo naturales & legitimi sive just. §. *sui autem*. 2. vers. quib. connumerari. infr. hoc tit. nisi quod per oblationem curiæ legitimatis soli parentes succedunt; non etiam alii agnati cognativæ. Novell. 89. cap. 4. Forster dict. libro 7. cap. 19. n. 1. & 2. Sanè à spuriorum seu vulgò quæstorum filiorum successione pater, & alii ascendentes per lineam paternam, cum sint incerti, excluduntur. l. *si spurius*. 4. ff. unde cognati. l. vulgo. 23. ff. de stat. hom. Mater verò, quia semper certa, licet publicum sit scortum, cæterique ex maternâ lineâ ascendentes iisdem succedunt. l. *quia semper*. §. ff. de in jus voc. l. 2. ff. unde cognati. exclusis fratribus uterinis, argum. Novell. 118. cap. 2. ibi, exceptis solis, &c. Forster. d. lib. 7. cap. 17. n. 7. Nec aliud de matre illustri statuendum, postquam nihil speciale de eâ jure constitutum reperitur, Matthæsyllanus in tractat. de successio. ab intest. 2. membro secundi articuli principal. num. 5. Schneidewinus hic in secundo ord. succed. n. 48. hosque referens Wegnerus dict. disp. 9. thes. 3. sub lit. g. ad finem. Parentes denique, qui liberos ex damnatâ seu incestâ consuetudine ediderunt, prorsus indignos eorum successione reputari, frequentius obtinuit, Aut. ex complexu C. de incest. & inutil. nupt. Novell. 89. cap. ult. Angel. in §. præferuntur. num. 18. infr. de Senatusconsulto Tertyllian. Borcholt. dict. tractat. de gradibus. pag. mibi 232. Forster. libr. 7. de success. cap. ultim. num. 10. & d. libr. 7. cap. 19. n. 3. Et tantum de successione ascendentium sive parentum.

DE SUCCESSIONE COLLATERALIU.

Restat, ut agamus de successione collateralium seu transversalium. Appellantur transversales omnes ex latere cognati: ut fratres, sorores, & ex fratribus ac sororibus prognati: item patruus, avunculi, amice, materteræ, patruus magni, avunculi magni, amice magnæ, & materteræ magnæ. l. *Juriconsultus*. 10. §. *sunt & ex lateribus*. 8. ff. de gradibus & affinitibus. Ioannes Borcholt. in tractat. de gradib. tit. de successio. transversal. pag. 233. Successio itaque tam ascendentium, quàm descendentiū deficiente: tertius transversalium occurrit ordo: quo fratres ac sorores defuncto ex utroque parente connexi (qui Germani fratres, Germanæque sorores indignantur) reliquis omnibus, ab uno saltem latere venientibus, præferuntur (aded quidem, ut repudiante hereditatem fratre utrinque conjuncto, jure accrescendi non admittantur uno latere conjuncti, sed à filiis repudiantis excludantur) exceptis solis fratrum sororumque præmortuorum præmortuarumque, utrinque conjunctorum conjunctarumque liberis: qui, patruis seu avunculis, amicis seu materteris suis in capita vocatis, jure representationis portionem parentis sui accipiunt, atque ita in stirpes succedunt: Novell. 118. c. 3. Auth. cessante. C. de legitimis heredib. F. W. erueuert Landrecht. part. 4. tit. 21. pag. 502. Schneidewin. hic in c. de tertio ordine succedendi num. 3. & 11. Heigius hic in tertio ord. de success. collateral. num. 1. & seqq. Cavaricus in epitom. de successio. ab intest. num. 7. & 10. vers. decima conclusio &c. Perronius ad consuetud. Burgdig. lib. 2. tit. 5. §. 12. Forster. libr. 8. de successio. ab intest. cap. 1. & 2. Modestini Pistorii consil. 25. num.

num. 24. vol. 1. Rambin. in Commentar. de success. ab intest. §. 13. num. 11. Oliver. Textor. in tractat. de success. ab intest. num. 78. & 88. Daniel Moller. in Comment. ad constit. Saxon. part. 3. constitut. 17. num. 1. Matth. Coler. deris. 48. num. 1. part. 1. Berlich. part. 3. conclusio. practica. conclus. 24. num. 3. & 8. cum seqq. ubi id amplia rationibus & limitationibus aliquot illustrat.

404 Jure autem feudali frater consanguineus, id est, ex patre tantum conjunctus, una cum fratre utrinque conjuncto succedit: eo quod consanguinitas est species agnationis, cujus solius in usibus feudorum ratio habetur, c. 1. de successione fratrum. §. his vero deficientibus. tit. 11. lib. 2. Fibique Bald. num. 1. Alvarot. num. 3. Proposit. num. 3. Afflic. num. 14. Landens. num. 15. & alii ibidem communiter. Ioan. Petr. de Ferrar. in forma libelli, quo agitur ad revocat. feudi. in verb. nec superstitib. num. 10. Tiraquell. de retract. lignag. §. 14. gloss. 2. num. 10. Rosenth. in synopsi feud. cap. 7. conclus. 139. Alexand. conf. 9. num. 14. volum. 5. Schwiff. consil. 8. cent. 1. Cravet. consil. 186. n. 3. Decian. consil. 16. num. 21. volum. 1. Borcholt. de feud. c. 7. p. 2. num. 80. Hartman. Pistoris lib. 2. part. poster. q. 43. n. 2. & 12. Schrader. in tractat. feud. part. 7. cap. 7. n. 14. Vult. lib. 1. de feud. c. 9. n. 108. ubi plures. citat. Atque hanc sententiam Aulicorum Camera Imperialis approbasse, testis est locupletissimus Andr. Gail. lib. 2. observat. 151. Quod si defunctus vassallus non tantum fratrem vel fratres, sed & præter illos demortui fratris filios relinquit: hos filios unà cum patruo suo vel patruis in feudum paternum succedere, dubitandum non est, per textum in tit. 14. §. 1. vers. si vero unus. ibi, prædicti fratres vel nepotes. lib. 1. feud. & d. 1. §. his vero deficientibus. ibi, fratres cum fratrum præmortuorum filiis. lib. 2. F.

405 Sed utrum in stirpes, an in capita vocentur cum patruis suis prædefunctorum fratrum filii, controversum videtur? Et ex stirpibus hos succedere, statuendum est: ita ut eam portionem consequantur, quam eorum parentes, si superstites essent, auferrent. Neque enim fratres fratri suo ut fratres, neque fratris demortui filii patruo suo ut patruo, sed illi tanquam filii suo patri, & hi tanquam aviatici nepotes suo avo in feudum succedunt. d. tit. 40. §. 1. vers. si vero. ibi prædicti fratres vel nepotes per investituram patris & avi in beneficium succedunt. & tit. 19. §. si quis miles. ibi, in beneficium patris ipse succedit. lib. 1. F. Idque etiam ex eo patet, quod frater, quando fratri in antiquum feudum succedit, succedere dicitur non in fratrum, sed in paternum feudum; si pater, si avus, si proavus, si abavus, si atavus, si tritavus feudum illud primò adquisierit. & 50. in princ. vers. ex latere. & §. paternum. lib. 2. F. Quemadmodum ergo nepotes avo suo in stirpes succedunt, si cum patruis suis concurrant, & 8. in pr. ibi, vel nepotes ex filio, loco sui patris. & d. 1. §. ult. ibi, in beneficium avi in patris vicem succedit. lib. 1. F. ita quoque si cum defuncti fratre concurrant alterius fratris prædefuncti filii, hi cum illo in stirpes succedunt: quippe cum hac in parte jus commune Romanum d. Novell. 118. c. 3. & Nov. 127. c. 1. comprehensum, contrarium feudorum jure nullibi sit immutatum. Et ita sentiunt omnes Feudistæ in d. c. 1. de success. fratrum. & 11. lib. 2. F. Borch. de feud. d. cap. 7. part. 2. numer. 81. Curt. jun. de feud. part. 3. memb. 3. n. 60. Somsbec. in consuetud. feud. part. 9. num. 98. Zasius in Epit. feud. part. 8. num. 17. Duaren de feud. c. 11. num. 13. Wesenbec. de feud. c. 6. num. 16. Mynsing. cent. 1. observ. 104. Vale. d. lib. 1. c. 9. num. 109. D. Collega Bocer. cl. §. disp. 18. th. 27. lib. 1. edit. 3. Petr. Nic. Moaz. in tract. de feud. tit. de substantia feud. num. 77. Schrader. tract. eod. part. 7. cap. 5. num. 38. & Berlichius d. part. 3. conclus. 40. num. 1.

408 Cæterum an id, quod modò diximus, fratris filios cum patruo suo in defuncti patruus feudum paternum succedere, non solum in feudo simpliciter hereditario, sed etiam in feudo, quod est ex pacto & providentiâ, itemque mixto, id est, partim hereditario, partim ex pacto & providentiâ, procedat, major est controversia? Sunt sane multi, qui, ut maxime id concedant in feudo mixto, itemque absolute hereditario; negant tamen in feudo ex pacto & providentiâ, in quo existimant, filios fratrum cum patruis

suis ad successionem non admitti: siquidem hoc in feudo successio æstimeretur non jure hereditario, sed jure sanguinis; ut proinde hæc res non sit metienda regulis successionum ab intestato, sed proximitate sanguinis, quo frater sine dubio fratri defuncto proximior est, quam fratris filii. Barth. in Auth. post fratres. C. de legitimis hered. Alexand. conf. 204. num. 6. vol. 2. & conf. 239. num. 8. vol. 5. Ias. conf. 141. vol. 1. Ruin. conf. 25. n. 23. in fin. & conf. 163. in fin. vol. 3. Covarr. practica. quest. c. 38. num. 13. Natta conf. 127. & seq. Menoch. consil. 498. num. 19. hos aliosque referens Vultejus dict. lib. 1. de feud. cap. 9. num. 109. pag. 572. & seq. ubi istam sententiam veritati theoricæ magis esse consentaneam arbitratur. Verum hæc traditio vix, ac ne vix quidem sustineri poterit. Etenim in prædicto. & 11. §. his vero deficientibus. lib. 2. feudor. generaliter dicitur, quod fratres cum fratrum præmortuorum filiis, ad successionem defuncti fratris in feudo paterno admittantur. Quod confert & illud: quod omnes agnati in paternum 409 feudum succedunt, non tam quod agnati sunt, quam quod sunt in numero liberorum, qui ex primo acquirente descendunt. Id quod ex eo quoque apparet: quod ipsi agnati in paternum, non agnatum seu fratrum feudum succedere ubique in libris feudorum dicuntur: At qui vero liberorum in successione feudi ea conditio est: ut nepotes in vicem & locum sui patris succedant, d. tit. 8. in pr. & d. 19. §. ult. lib. 1. F. Unde sequitur, quod & nepotes ex fratre unà cum patruis suis demortuo patruo in ejus feudum paternum succedant, etiam si ex pacto & providentiâ feudum illud fuerit: quod solum feudum re ipsa placita feudorum agnoscunt, non etiam hereditarium & mixtum feudum, docente Hartmanno Pistoris lib. 2. quest. jur. q. 1. n. 10. & seq. Atque ita sentiunt. Bald. conf. 263. vol. 2. Panormit. conf. 85. vol. 1. & conf. 3. num. 4. vol. 2. Aretin. conf. 162. Corneus. conf. 24. & conf. 131. volum. 2. & conf. 232. volum. 4. Socin. sen. conf. 252. vol. 2. Brun. conf. 70. & 71. Paris. conf. 3. num. 42. volum. 1. Roland. d. Valle conf. 68. num. 29. volum. 1. Tiraquell. de primogen. quest. 40. num. 20. Decian. consil. 28. num. 34. vol. 1. ubi hanc sententiam veriore & communiore esse pronuntiat: quam etiam defendit D. Bocerus d. c. 5. disp. 18. th. 27. ad lit. b. edit. 2.

Porrò illud hic non omittendum est: quod collaterales, five transversi ordinis agnati, in feudum duntaxat antiquum seu paternum, non etiam in feudum noviter acquisitum, succedant. d. tit. 11. §. his vero deficientibus. tit. 14. §. 1. & 26. in princ. tit. 45. 49. & 50. lib. 2. feud. tit. 1. §. cum vero. vers. si autem unus. tit. 8. §. ult. tit. 12. & tit. 20. lib. 1. feud. Forst. lib. 8. de successione. ab intest. cap. 1. num. 3. Et in tantum agnatus agnato suo defuncto in feudum novum non succedit; ut licet cum eo communiter & simul feudum illud acceperit: ad ejus tamen portionem non admittatur. d. tit. 1. §. cum vero. vers. si autem. & tit. 14. §. si duo fratres. lib. 1. feudorum, & tit. 20. in princ. lib. 2. F. sed ejusmodi feudum, ut apertum, ad dominum revertitur, d. 20. lib. 1. F. d. tit. 11. §. his vero vers. si enim Titii. d. tit. 14. d. tit. 15. & d. 26. in pr. lib. 2. F.

Enimverò certi sunt casus, quibus etiam novum feudum ad vassalli defuncti agnatos transit. I. est, si pacto investituræ nominatim convenerit, ut frater ad novi feudi fratris successionem admittatur, d. 1. §. cum vero. vers. si autem. ibi nisi hoc nominatim dictum sit. & d. 2. §. ult. ibi, nisi hoc fuerit dictum expressim. & d. tit. 20. ibi, nisi per investituram, & c. lib. 1. feudor. & d. 12. ibi, nisi facta fuerit eo pacto investitura. & tit. 18. ibi, ut quam diu ipsi, & c. juncto vers. ult. lib. 2. feudor. II. Casus est: 411 412 si unus fratrum, qui simul habitant, feudum novum ex communibus bonis utriusque nomine adquisierit, domino conditionem fratrum haud ignorante. d. tit. 20. ibi, vel nisi beneficium de communibus bonis, & c. lib. 1. feud. Quod si vero unus ex fratribus feudum quidem novum adquisierit, sed non ex communi pecuniâ & domini consensu: illo mortuo, feudum ipsius ad fratrem alterum non pertinet, sed ad dominum revertitur: tametsi vivo fratre fructus feudi, si simul ipsi fratres habitaverint, com-

- communes sint, per textum in d. tit. 12. §. si duo fratres. lib. 2. feud. Vult. lib. 1. de feud. cap. 9. n. 106. vers. tertio, si fratres. &c. III. Casus est: si duo fratres feudum aliquod communiter in hostem domini acquisierint; ut scilicet communiter in hostem domini acquisierint; ut scilicet communibus equis & armis dominum contra hostem juvent; textus est in d. tit. 20. in fine. lib. 1. feudor. Quod si verò simpliciter unus fratrum acquisierit feudum in hoc, ut equis & armis dominum juvet; licet cum fratre suo equos & arma illa communia habeat: ei tamen sine filiis mortuo, alter frater in feudum illud non succedit: ne forte dominus alium, quàm quem voluerit, sibi acquirat vasallum, per text. in d. tit. 12. §. quod si cum equis. lib. 2. feudorum. IV. Casus est: si consuetudine vel statuto cautum sit, ut transversales etiam in feudum novum succedant, arg. tit. 1. in princ. lib. 2. feudor. & l. de quibus 32. ff. de legibus. Schrader. in tractat. feud. part. 7. cap. 7. num. 5. V. & ultimus est casus: si in investiturâ novi feudi adjectum fuerit, ut hoc feudum jure antiqui sive paterni feudi censeatur. Hac siquidem specie omnes transversales illius, qui feudum acquisivit, in feudum succedere, multiplex suadet ratio. Tum quia natura cujusque feudi, pacto investituræ immutari potest. tit. 18. & tit. 48. lib. 2. feudor. Tum quia dominus; quando jure paterni feudi, novum alicui concedit feudum, jus suum remittit, quod ei planè liberum & integrum est: cum quisque rei suæ legem dicare possit, l. in traditionib. 38. ff. de pactis, & l. legem, quam dixisti. 10. C. eod. & quilibet rei suæ moderator & arbiter intelligatur, l. in re mandata 21. C. mandati. Tum quia donatio mortis causa ita fieri permittitur, ut nullo casu ejus sit repetitio: quæ donatio quoad effectum, ut scilicet revocari nequeat, erinde habetur, atque alia quævis donatio inter vivos. l. si alienam. 13. §. 1. & l. ubi donatur. 27. ff. de mortis caus. donationib. Tum denique quia illud etiam, quod novum est, pro antiquo haberi potest. l. quicumque desertum 7. in pr. ibi, & velut domesticum, & avita successione quesitum. Cod. de omni agro deserto, &c. lib. 11. D. Bocerius d. class. 5. Disp. 18. th. 27. sub lit. g.
- Neque in contrarium movet quicquam, quod pactum istud, ut videlicet feudum novum censeatur jure paterni feudi, rei veritatem non immutet arg. l. si forte. 8. in fin. ff. de castrens. pecul. l. non nudis. 14. C. de probationib. & l. si donatione. 13. C. de collationib. Quamvis enim ejusmodi feudum novum, si rei naturam spectes; reverà antiquum sive paternum feudum non sit: effectum tamen juris si consideres, pro paterno feudo habetur, eademque illius hoc casu qualitas reputatur. Et ita tradunt Bald. in c. 1. in princ. de alienat. paterni feudi. Fraposte. in c. 1. de gradib. succed. in feud. Alexand. consil. 10. lib. consil. 51. num. 17. lib. 4. Matth. de Afflict. decis. Neapol. 282. Paris. consil. 17. libr. 1. quos refert & sequitur Schraderus d. libr. 2. observ. 50. alique plures per hunc allegati.
- De eo mirabile magnumque Doctorum certamen est.
- Si duorum plurium fratrum filii, numero diversi, soli (nullo patruo vel avunculo superstite) extent: an illi defuncto suo patruo in stirpes, vel in capita succedant? Et in stirpes succedere, tradiderunt Accursius Bartolus, Dynus, Angelus, Cornetus, Jacobus de Arena, Guilielm. de Cuneo, Franc. de Ramponibus, & Raph. Fulgosius in Auth. cessante. C. de legitimis heredib. & alibi. Ioan. Andr. ad Speculat. de success. ab intest. §. 1. vers. sed an filii & Matth. Matthasyl. in tract. de success. ab intest. art. 3. princip. n. 12. vers. sed contrariam partem, &c. & ibidem addit. Ludovic. Bolognini. incip. quest. hæc quotidiana. n. 12. & seqq. Gerhard. Mulert. in addit. ad Rolandus. Passager. in tract. de success. ab intest. num. 16. & seqq. Andr. de Ifern. Bald. & Martin. Laurent. ad tit. 11. de success. satr. lib. 2. feudor. Jacob. de S. Georg. in tract. feud. in verb. presentes & recipientes. num. 13. Curt. junior. in tract. feud. part. 3. membr. 3. num. 53. Sontbecc. de feud. part. 9. num. 100. & seqq. Joannes. Lignan. in Clement. plures, ex. de jure patronat. Ioan. Faber. in §. caterum. infra. de legitima agnator. success. Guido Papa decis. 134. incip. sed qualiter, &c. Raimund. consil. 8. in fin. lib. 1. Guilielm. Benedictus in cap. Raimundus in verb. & uxorem. num. 631. ext. de testamentis.
- Stephan. Bertrand. in l. hac edictali. 6. vers. quam observationem. num. 4. Cod. de secund. nupt. Rochus Currius in tract. de jure patronat. vers. ipse velit, a quo causam habuit. quest. 2. Fabianus de Grochis in repetit. Auth. novissima. in §. question. quartæ quest. princip. C. de inoffic. testam. Anton. Faber in disp. solertif. quam addidit Tractatui de variis debitorum solutionibus. Bachov. in suis not. ad vol. 2. Treutleri. disputat. 5. lib. 1. pag. 1056. Ioan. Oldendorp. in Epitom. de success. ab intest. num. 20. Nicolaus de Ulbald. in tract. de success. ab intest. part. 3. n. 2. Anton. Contin. lib. sing. de hered. & bonor. poss. pag. 104. & seqq. Cravets. consil. 966. lib. 5. Hippol. Riminald. consil. 31. num. 47. lib. 1. Fridericus Scotus consil. 18. lib. 2. Tiracuellus in Comment. du retraict. lignagier §. 11. gloss. 12. num. 5. ubi complures Interpretes coacervat, qui ab ista opinione, utpote communi, in judicando non discedendum esse, autumant. Et eandem naturali rationi & æquitati consentaneam esse, haud obscure innuit Forsterus lib. 8. de success. cap. 3. num. 3. in fine. E contra verò in proposito themate fratrum filios in capita (etiam in feudis, quippe cum hic casus expressè feudorum placitis decisus non sit) admittendos esse, non in stirpes, censuerunt. Azo in summa Cod. de legitimis heredibus. num. 7. Jacobus Brutiger. Cynus, Odofredus, Albericus Castrensis, Obertus de Bobio, & Salicetus in d. Auth. cessante. Cod. de legit. heredibus. Idem Salicetus & Ioannes de Monte in Auth. post fratres. Cod. eod. tit. Hostiens. in summa tit. de success. ad intestat. §. visio igitur. colum. ult. Fortunitus Garzia in repetit. l. Gallus. 27. §. idem credendum. colum. 19. vers. ex superioribus. ff. de liber. & posthum. Zafius libr. 1. singulor. resp. cap. 7. & in Epit. feud. part. 8. n. 18. & tom. 1. consil. 4. Hotoman. in questionib. illustrib. quest. 14. Covarruv. in Epitom. de success. ab intestat. num. 8. Rebuffus in proœmio Constit. Regior. gloss. 5. num. 81. Vasquius de success. resol. libr. 2. §. 13. n. 33. Ioannes Spiegelius in Lexico juris. in verb. in capita succedere. Cujac. lib. 2. de feud. tit. 11. & consultat. 4. in fin. & in fragment. Ulpian. tit. 26. §. 4. citans ibidem Constantinum. Harmenoul. lib. 5. Epitomes. tit. 8. Duarenus in consuetud. feud. cap. 8. num. 10. & cap. 11. n. 14. Mynfinger. cent. 3. observ. p. 64. & in §. hoc etiam addendum. n. 5. infra. de legitimis agnator. success. Matruinus Montanus de heredib. ab intest. venientib. reg. 29. Grassus in libro commun. opinion. §. successio ab intest. q. 30. num. 4. Cephalus consil. 431. lib. 3. Anton. Tessaure. decis. Pedemont. 162. hof. que referens Fachineus libr. 5. controvers. jur. c. 3. Quibus addendi sunt Wesenbecius ad §. cum filius. num. 6. infra. hoc tit. & consil. 84. vol. 2. Vaudus lib. 1. var. question. q. 24. Borcholt. in tract. de gradib. cap. de success. transversal. p. 241. & in tract. feud. cap. 7. part. 2. num. 29. Donell. lib. 9. Commentar. de jur. civ. c. 4. pag. 405. itemque Hubiger in suis notat. ad lit. L. Rittershus. lib. 1. partition. feudat. c. 16. quest. 9. & seqq. in exposit. Novell. Justin. part. 7. cap. 13. num. 13. & cap. 14. per totum. Ludovic. Molina tom. 1. de justit. & jur. tract. 2. disp. 146. n. 12. & seqq. Huminius lib. 3. var. resolut. jur. civ. tract. 1. quest. 36. Berlichius part. 3. conclusio. practicable. conclus. 24. num. 26. Berens disputat. 8. ad Institut. them. 3. question. 2. Francisc. de Barry lib. 18. de success. intestat. tit. 3. num. 5. Joan. Georg. Majer. in hynops. Jurisprud. beneficiar. fasc. 3. c. 9. reg. 40. num. 140. pag. 68. Frantibius exercitatus. jurid. 8. q. 9. pag. 242. & seqq. Arimæus Exercitatus. Justin. 11. th. 12. Schrader. in tract. feud. part. 7. c. 7. n. 16. Bocer. hic num. 109. pag. 75. & class. 3. disput. 10. th. 46. edit. 2. Hackelman. illustr. quest. disp. 18. thes. 18. ad lit. b. Jacob. Schegg in delib. jur. Disp. 14. th. 58. lit. b. Schurerius in tract. de hereditatib. que ab intest. defer. tit. 12. de success. collateral. reg. 3. distat. 5. Schneiderwin. hic in tertio ord. succed. num. 28. Heigius 29. de in tertio ord. de success. collateral. mon. 20. Vult. hic n. 44. & lib. 1. Jurisprud. Rom. c. 73. n. 17. Bronckhorst cent. 2. assert. 42. edit. 1. Henonius Disp. 12. contravers. 11. Robertus Disp. 14. th. 10. Giphantus ad lib. 3. Instit. Disp. 23. th. 41. & ibi in suis Olenianus num. 19. Ranchin. de success. ab intest. §. 13. n. 14. cum seqq. Pleijl. Disp. 4. de jure topico Würtem. th. 96. ed. 1. Antonius de Rosell. in tract. de success. ab intest. num. 111. Hemming. Guden. consil. 68. Matth. Stepha.

Stephani cent. 3. quest. 12. Ungepaup. exercit. Justin. 9. quest. 6. pag. 306. edit. ult. Trentler. d. vol. 2. Disput. 16. thes. 5. lit. b. Schröter. decad. 6. diatrib. domesticar. q. 9. Andr. Gerbardi Decad. 11. q. 9. Barter. decad. 5. q. 1. Hartm. Hartmanni pract. observ. tit. 32. observ. 10. Forster. junior. part. 1. disput. Instit. disp. 15. ib. 9. Wegnerus Disputat. 9. ad Instit. ib. 4. sub lit. d. D. Marta tom. 5. digestor. novissimorum. tit. successio. cap. 136. fol. 120. Grivellus decisi. Senarius Dolani. 130. cum. 12. num. seqq. fol. 361. & seqq. & Adamus Kellerus in tract. de jure succedendi ab intest. tit. 20. num. 22. & seqq.

424 Quæ sententia (quam & ego juri magis consonam, magisque communem, proindeque semper in judicando sequendam esse, libenter fateor) tot & tantis stipata Auctoribus, probatur per luculentos textus in l. 2. §. 2. ff. de suis & legit. heredib. in l. 1. §. fin. ff. si pars hereditatis petat. l. penult. in fin. C. de legit. heredib. & in §. hoc etiam. 4. infr. de legitimâ agnator. success. & apud Ulpianum in fragment. d. tit. 26. §. agnatorum. & apud Caium. lib. 2. Instit. tit. 8. §. item si moriatur quis, &c. Qui textus cum jure Novellarum correcti aut immutati specialiter non sint; merito illis standum erit, argumento l. precipimus. 32. §. ult. C. de appellat. & l. sancimus. 27. ibi, quod enim non mutatur, quare stare prohibetur. C. de testament. Quinimodò eadem sententia non difficulter evincitur ex Novell. 118. c. 3. vers. hujusmodi verò privilegium. cum vers. sed & ipsis, &c. ubi Justinianus de nepotibus ex fratre, qui cum patris in successione concurrunt, duntaxat loquitur, & disponit, ut fratrum filii cum patris in stirpes succedant jure representationis. Ergo argumento à contrario sensu ducto: si fratrum filii patris non concurrant, sed soli existant in capita, non in stirpes, patruo defuncto succedunt, arg. l. 1. ibi, hujus rei fortissimum. ff. de offic. ejus, cui mand. est jurisd. si procuratorem 8. §. si ignorantes 7. juncto §. seq. vers. igitur. ff. mandati. & l. qui testamento.

425 20. §. mulier. 6. ff. de testament. qui testam. fac. poss. Idem præterea suadere videtur ratio illa solidissima: Hereditas inter eos, qui pari gradu distant, pariter æqualiterque partienda est, d. l. 2. §. hoc hereditas. 2. ff. de suis & legit. hered. Cum igitur fratrum filii pari gradu à patruo distent: æqualiter quoque, sicque in capita, & secundum numerum personarum, hereditatem inter se distribuunt. Adde, quod tum demum divisioni in stirpes locus est, cum ad eos hereditas defertur, qui è defuncti stirpe, id est, sobole ac progenie sunt: veluti sunt avi hereditas ad ejus nepotes aut pronepotes defertur, §. cum filius. 6. infr. hoc tit. Fratris autem filii ex patris stirpe ac progenie non sunt. Ideoque absurdum est, hereditatem ejus dici posse in stirpes dividi. Hancque decisionem non solum Gallie Parliamentaria receperunt, teste Hotomano d. quest. 14. sed & Caroli. V. Imp. constituto Germanica, in Comitiis Spirensibus An. 1529. promulgata, expresse confirmavit. Eandem quoque sequitur & comprobatur jus renovatum Ducale Württembergicum part. 4. tit. 21. pag. 506. §. So aber das Abgestorben, &c. nec non jus Saxonicum Landrecht. lib. 1. art. 17. vers. Wenn sich aber ein Erb. &c. Hennig. Gäd. consil. 68. num. ult. Zobel. part. 3. Disput. 17. num. 18. Fach. differ. 38. part. 1. Reinbartz. differ. 54. part. 1. eosque referens Berchins d. part. 3. concl. 24. num. 28.

427 Huic ita stabilitæ assertioni minime adversatur d. Novell. 118. c. 3. vers. si autem defuncto. ubi dicitur, fratres & fratrum filios in hereditate patris succedere in stirpes. Nam tum demum fratrum filii in stirpes succedunt, quando una cum suis patris & avunculis ad hereditatem patris vocantur. Hoc siquidem casu fratrum filios beneficio representationis succedere, non dubium est: cujus representationis hic perhibetur effectus, ut divisionem in stirpes inducat. Nostra autem questio est, cum soli patruus seu fratrum filii inter se patruo succedunt: quâ specie jure proprio, & ex sua persona, non alio beneficio succedere consentiunt: proindeque in capita hereditas dividenda venit.

428 Nec obstat textus in vers. unde consequens d. cap. 3. ubi habetur, fratris filios patruo, ex altero latere defuncto conjuncto præferri: atque ad eos filios fratrum, utrinque

defuncto conjunctorum, patruo jure representationis, sicque in stirpes succedere. Facile enim conceditur, eo in casu filios fratrum in stirpes succedere: quia jure representationis patris sui demortui succedunt: alioqui fratres defuncti, ex uno latere tantum conjunctum, unoque gradu præcedentem, excludere non possent. Et iste casus novus atque singularis est, de quo hic non agitur. Verum nostra disquisitio est, quando soli extant filii fratrum: nullus frater defuncti prorsus, neque utrinque, neque ex uno latere tantum conjunctus superest. Quò casu ut ipsi filii succedant, nullâ patris sui representatione opus habent: & consequenter, cum ex persona propria ad successionem vocentur, ea in capita secundum jus antiquum dividetur.

Pariter nihil movet vers. illud palam est. in d. Nov. 118. c. 3. ex quo liquet, fratrum filios in locum suorum parentum succedere, & patruos atque avunculos defuncti excludere. Nos etenim in illo versamur casu, ut liberi duorum pluriumve fratrum, defuncto ex utroque latere junctorum, soli existunt. Hi sanè parentes defunctos non representant. At secus est, quando patris & avunculi (quos patruos & avunculos magnos nominamus, ipsius defuncti existunt. Hi duorum fratrum liberi representant patres demortuos: & propter representationem in secundo esse gradu finguntur, atque ita defuncti patruos, qui in tertio sunt gradu, excludunt, d. vers. illud palam, &c.

Minus urget generalitas textus in vers. hujusmodi verò in d. c. 3. ubi representationis beneficium, fratrum & sororum filiis in genere tribuitur, sicque satis aperte indicatur, illud ipsis competere sive sint soli, sive cum patris succedant. Quia generalitas illa secundum ea, quæ præcedunt, intelligi debet. Ex præcedentibus autem constat, fratrum filios representare parentes, quando fratres & sorores utrinque defuncto conjuncti conjunctive extant. Quin etiam ex verbis subsequenibus in vers. sed & ipsis manifestissimum evadit, ipsis fratrum filiis tunc hoc beneficium conferri, quando cum propriis thiiis, hoc est, patris, materteris, amitis & avunculis vocantur. Ubi particula tunc extremitatem temporis significat, l. si his legatum. 4. in fin. ff. de condit. & demonst. & præcisè successionem in stirpes restringit ad eum casum, quo fratrum filii cum patris concurrunt. Nec rectè regeritur, Justinianum in d. vers. sed & ipsis hoc velle, non tantum filios fratrum, quando soli sunt, succedere in jura suorum parentum; sed tum etiam, quando simul cum patris succedunt in successione patris mortui: idque probari ex copulativa illâ, Et, quæ sine causa ibi posita non sit, sed emphasim habeat. Siquidem si voluisset Imperator id obtinere solum in casu, quo cum suis patris succederent, & tunc demum in locum parentum suorum succedere; non dixisset: sed & ipsis: sed dixisset, ipsis fratrum filiis (neglectâ copulativâ. Et,) tunc hoc beneficium conferimus, &c. Alias Justinianus culpandus esset, tanquam superflua scripisset: cum idem jam supra scripserit in d. vers. hujusmodi &c. Hoc, inquam, non rectè regeritur. Quandoquidem nihil superflui hic scripsit vel dixit Justinianus: quia in d. vers. hujusmodi hoc ipse statuit, ut hujusmodi privilegium solis filiis fratrum, & non ulterioribus, concedatur. At in vers. sed & ipsis aliud statuit, ut nempe ipsis quoque fratrum filiis tunc illud competat beneficium, cum ad successionem cum patris vocantur. Et sic cum diversa utrobique statuerit: non potest superfluum videri. Quod verò dictione illam, Et, attinet: ea non male posita est in hoc sensu; quoniam hoc vult Imperator, solis fratrum filiis privilegium illud competere, & non aliis: sed & ipsis tunc solum competere, quando ad successionem cum propriis patris vocantur. Quo sermone beneficium illud, quod antea videri posset absolute filiis fratrum competere, ad certas personas, & ad certum casum restringit. Qui enim successionem in patris locum tribuit solum tunc, cum succedunt fratrum filii cum superiore gradu sive patris suis: aperte iis, qui cum aliorum fratrum filiis pari gradu succedunt, denegat, arg. præallegata l. 1. vers. hujus rei ff. de offic. ejus, cui mandata est jurisd. & similitum.

Rursus non refragatur §. si verò neque fratres, in d. Nov. 118. cap. 3. ubi cum tractatur, successionem in capita pos

post fratres demum, & fratrum liberos admitti: ex eo inferri videtur, quamdiu vel fratres, vel fratrum liberi extant, non in capita, sed in stirpes succedi. Nam illic Justinianus quidem constituit, vocari cognatos in capita hac conditione, si defunctus non quater, neque fratrum filios reliquerit: sed diserte addit, *sicut diximus*. Quia adjectione de filiis fratrum omnem dubitationem sustulit. Declarat quippe eam adjectionem, se non loqui de his separatim inter se & solis succedentibus: sed succedentibus una & conjunctim, cum fratribus defuncti. De illis enim hæcenus dixerat, ut eos vocaret solum cum defuncti fratribus. Cæterum quid juris esset, si soli fratrum filii existerent, nec ad alterius exclusionem venirent: nullibi in d. Nov. 118. exposuit: proindeque istum casum dispositioni juris veteris reliquit, *ad præcipuum 32. §. ult. C. de appellationibus*.

Nihil in super resiliit, quod Justinianus in d. §. si vero neque fratres, nihil novi constituisse videatur, si duorum fratrum liberos in capita succedere dicamus. Esi enim Imp. Justinianus eam in parte nihil novi sancit: inutilis tamen propterea constitutio non fuit. Ex eadem liquidem perpicere licet, quid idem Imperator juris antiqui aliis in articulis abrogaverit, & quid juri antiquo convenienter statuerit. Neque verò ulla necessitas est, ut per novam constitutionem jura vetera omnia correctæ esse putentur: sed satis est, si in aliquibus correctæ; in aliquibus declarata, in aliquibus etiam confirmata fuerint, *docente Fachino d. lib. 6. controu. jur. c. 3. in fine*.

433 Similiter non repugnat nostræ sententiæ, quod fratrum filii avo in stirpes succedant, §. cum filius 6. infra hoc tit. Eo namque casu avi hereditatem illic nomine alieno consequuntur, quasi à suo patre transmissam: quicquid vivo avo quodammodo dominus fuit bonorum patris, §. sui autem v. vers. sed sui quidem §. de hered. qual. & diff. in j. 11. ff. de liber. & posthum. hered. insit, ut non tam hereditatem dividere, quam liberam ejus administrationem consequi videantur. Sed diversum est, cum fratrum filii patruo succedunt: quippe cum pater eorum in bonis fratris defuncti nullum omnino jus habuerit.

434 A hæc mihi negotii facessit, quod obijcitur: si patrueles soli, succederent patruo in capita: inde hoc absurdum sequi, quod necessum esset, eos concurrentes cum patruo superfluo succedere difformiter, scilicet cum patruo in stirpes, inter se autem in capita: atque adeo unius & ejusdem homines hereditatem modò in stirpes, modò in capita dividi. Etenim negatur, absurdum esse, unius ejusdemque hominis hereditatem variè, pro casuum & personarum varietate, dividi; hoc est, modò in stirpes, modò in capita. Nam etiam antiquo & perpetuo jure, cujus hominis hereditas, si ex duobus filiis nepotes succederent, in stirpes dividebatur, ejusdem hereditas, si fratrum filii, & (ut vulgus loquitur) ex fratribus nepotes succederent, in capita dividebatur, l. 1. §. si filii. & seqq. l. 2. §. 2. ff. de suis & legitimis hered. lib. 1. Papinianus. 8. §. quoniam. ff. de inoffic. testam. Hotoman. d. q. illustr. 14. ad finem. Rittershus. d. lib. 1. part. feud. cap. 16. quæst. 13. p. 246. Præterea non valet hæc consequentia: Fratrum præmortuorum liberi succedunt una cum patruo in stirpes: ergo succedunt quoque in stirpes, quando soli concurrunt. Illo namque casu ideo in stirpes succedunt: quia jure representationis ad defuncti hereditatem perveniunt, nec aliter admitterentur: quoniam cum patruo, gradu proximiori defuncto conjuncto, succedunt: à quo excluderentur, nisi ita jure representationis succederent.

435 At soli concurrentes succedunt in capita: quoniam suo jure succedunt, ut supra aliquoties monitum. Illic concurrunt diversi gradus persone: hic verò persone gradus ejusdem. A separatim proinde propositum argumentum procedit: & consequenter nihil validè concludit, arg. l. ult. ff. de calumniatorib. l. duobus. 25. ff. de testam. tutel. l. neque naturales. 10. C. de probationibus. Denique minime obstat Auth. cessante. C. de legitimis heredib. ubi diserte dicitur, cessante successione lineæ descendens, & ejus, quæ sola sit ascendens, vocari primò fratres, fratrumque præmortui filios in stirpes. Primò enim Auctor istius Authentice, quisquis ille fuit, malè eam & mutilatè ex d. Nov. 118. c. 3. concepit: & ideo, quia cum fonte & textu,

unde derivata & excerpta est, non concordat, auctoritatem nullam habet. Deinde verba illa (vocalur primò fratres, fratrumque præmortui filii in stirpes) non disjunctim, sed conjunctim intelligi debent: ut sensus sit, fratres defuncti, fratrumque filios, simul concurrentes, succedere in stirpes: id quod verum est, & à nobis haud negatur. D. Hunn. d. lib. 3. tract. 1. quæst. 36. in fine.

437 Quemadmodum autem duorum fratrum liberi, cum soli sunt, patruo suo in capita succedunt, ut ad longum hæcenus explicatum est: ita eodem patruo suo magno, id est, avi fratri, tam in allodialibus, quam feudalibus, succedere non malè dicuntur: cum utrobique eadem militet ratio: quod scilicet jure & nomine proprio, tanquam proximiores, non jure representationis, ad successionem veniant. Atque ita in quadam facti specie responsum fuisse, testatur Joannes Borcholt, d. tract. feud. c. 7. part. 2. n. 83. quem refert & probat D. Bocerius class. 5. Disp. 18 sub thes. 29 in fine. edit. 2 item Berlichius d. part. 3. conclus. 24. n. 31.

438 Sanè fratres legitimi tantum, cum demum mutuo successionis jure utuntur, cum ab aliquo ascendente sunt adoptati, l. pen. §. & ideo. Cod. de adoptionib. Forst. lib. 8. de successione. c. 14. n. 3. Schneidewin. hic in tertio ord. succed. num. 41. & Heigius in tert. ord. de success. collateral. n. 37. Naturales tantum, nec non spurii, ab uno eodemque procreati, divesas autem matres nati, jus hereditatis mutue non habent: licet de illis, qui eadem matre editi sunt, aliud sit statuendum. §. vulgo. infr. de success. cognator. l. 2. & l. si spurii 4. ff. unde cognati. Didac. Covarruv. in Epitom. in quart. lib. Decretal. part. 2. c. 8. §. 1. n. 19. Ex coitu tandem legibus damnato natis, sibi invicem succedere nullo jure permittitur, Auth. ex complexu. Cod. de incest. & inutilib. nupt. Nov. 74. c. ult. & Nov. 89. c. ult. Forstier. d. lib. 8. de success. c. 13.

439 Quod si porro defunctus fratres sororesve utrinque copulatos copulatosve non reliquit, nec etiam eorundem liberos: ad hereditatem ejus ex altero tantum parente juncti, scilicet patruis, avunculis, & aliis similibus, haud dubiè admittuntur, Auth. post fratres autem. C. de leg. hered. Nov. 118. c. 3. vers. his autem non existentibus. & c. Schneidewin. hic in tertio ordine succedendi. n. 20. Oliver. de success. ab intest. n. 88. vers. non existentibus, autem fratrib. & c. Berlich. d. conclus. 24. n. 71. & seqq. Quod & jure nostro renovato Wurtembergico procedit, part. 4. tit. 21. §. Mann aber der Abgestorben p. 507. & seqq. Hinc si fratrum filii ex uno latere, & nepos ex duplici vinculo concurrant: illi soli, hoc excluso, heredes erunt, d. Nov. 118. c. 3. §. si vero neque fratres. & c. d. Auth. post fratres, ibiq; d. Cod. de legit. hered. Quod tamen jure Wurtembergico non æquè est receptum. Siquidem eo jure omnes fratres, fratrumque filii ex uno latere, & nepos (non itidem pronepos) ex duplici copulâ, simul ad hereditatem vocantur, d. tit. 21. §. Rolke aber der verstorben. & c. p. 511. Plebs. disp. 4. de jure Topico Wurtemb. th. 134. edit. 2.

440 At quid pronuntiandum, si defunctus fratrem consanguineum, hoc est, ex eodem patre progenitum, itemque fratrem uterinum, id est, ex eadem matre natum reliquerit. Hac specie utrumque fratrem ad defuncti fratris hereditatem vocari, frequentius placuit: ita tamen, ut consanguineus solus habeat bona à patre, uterinus contra à matre quaesita, in reliquis bonis communiter partis, ex requo admittantur. Et huic pronuntio fundamentum satis solidum positum est in l. de emanc. 13. §. cum enim vers. ext. C. de leg. her. Quæ lex cum jure novissimo non reperitur nominatim & expressè correctæ, aut mutata, cur tunc prohibeatur; arg. l. sanc. 27. C. de test. & l. præc. 32. in fin. C. de appell. & l. un. ibi. leg. legib. conc. prompt. est. C. de inoffic. doz. Unde vulgò, & quidem non insoite, dici solet, paternam paternis, maternam maternis deferri. Eoque pertinet versiculus:

Maternis cedunt maternæ, paternæ paternis:

Eamque concordiam calculis sententiam comprobant Accursius in d. Auth. post frat. super verb. filii eor. C. de liber. & in Auth. itaq; mori an verb. ex utroq; part. ibiq; Barrol. C. com. de success. ad. Accursius in Nov. 84. c. 1. §. 1. in verb. mel. & ibi. Cuj. Azo in summa C. de leg. her. n. 9. Dymus Angelanus in tractat. de successione. ab intestat. num. 17. Rolandinus Passagerius in tractat. de successione. ab intestat. num. 20.

Cynus Pistoriens. in cod. tract. part. 3. num. 8. & 9. Matthaeus in tract. de success. ab intest. 2. art. princ. num. 8. & ad eundem Ludovicus Bologninus in suis additionib. Angel. Aretin. num. 5. Joan. Faber. num. 2 in §. si plures. infr. de legit. agnator. success. & idem Faber in Breviario Cod. ad d. Auth. itaque C. de legit. heredib. pag. 306. Job Peti. Ferrar. Practicus in forma libelli, pro hereditate ab intestato delata in verb. nullisque superstitibus ex eo liberis. num. 29. Hartmann Hartmanni libr. 2. pract. observ. 2. §. 3. observ. 3. n. 13. Ant. Gabrielius Rom. com. concl. lib. 4. de success. ab intest. 9. conclus. 3. n. 3. & 4. Jason. in l. post dotem. 41. n. 106. & seq. ff. solut. matr. Alex. consil. 5. incip. consideratis. col. 2. vers. sed hoc confirmo. lib. 6. Rynchin. de success. ab intest. §. 13. n. 8. Tirag. du retrait. lign. §. 14. gl. 2. n. 4. Bertachin. in suo Repertorio. in verb. fratres uterini, &c. Covarruv. in Epitom. de success. ab intest. n. 8. vers. tertio. &c. Grassus in thes. recep. sent. quest. 32. n. 1. in §. successio ab intestato. Schirff. consil. 91. incip. visis & diligenter. n. 4. cent. 3. Donell. libr. 8. Comment. de jure civ. cap. 4. pag. 405. D. Boer. class. 3. disput. 10. th. 44. edit. 2. & in hoc tit. num. 114. p. 76. Forster lib. 8. de success. q. 8. n. 2. & 4. Pfeil. consil. 116. Petr. Greg. Tholosan. in synag. jur. part. 3. lib. 45. cap. 11. n. 7. Borcholt. in tract. de gradibus c. de success. transversal. pag. 244. Ambros. Schurer. in tr. de success. tit. 12. amplius. 7. Treutler. vol. 2. disp. 16. th. 5. lit. C. Vultejas hic n. 45. & Heigius in ter. ord. de success. collateral. num. 32. Moleslin Pistoris consil. 31. quest. 3. n. 38. 39. 43. cum seq. vol. 1. & noviter Matthias Berlichius part. 3. conclusio. non practicabil. conclus. 20. num. 4. & seqq. ubi istius conclusionis quasdam restrictiones adducit. Quorum Doctorem tam veterem, quam novorum, eorumque gravissimorum traditioni merito etiam subscripsit Collegium Juridicum Altorfinum, Respons. 17. Et quamvis non desint ex Interpretibus, qui contrariae opinioni patrocinantur, siquae nullam in presenti casu bonorum separationem instituendam esse contendunt: quorum antesignanus perhibetur Placentinus Glossator, quem sequuntur Raynerius de Rolovio, Baldus, Salicetus, Fulgosius, & Cornuus in dict. Auth. itaque C. commun. de success. Fachinus lib. 6. controversiar. jur. cap. 5. D. Nicolaus Varenbulerus, Collega olim meus honorandus, in consilio quodam inter Altorfina relatione. 16. hincque laudans Plehl. d. disput. 4. de jure Top. Wurtemb. th. 136. Bachovius in not. ad d. volum. 2. Treutler. disp. 16. lit. C. pag. 1058. Petrus Barbosa ad l. post dotem. c. 1. n. 71. cum seqq. ff. soluto matrim. Schifordegherus lib. 1. ad Anton. Fabr. tract. 14. quest. 1. & 2. itemque novissime Humm. Keller. in tract. de jur. succed. ab intest. tit. 20. num. 34. & seqq. Thomas Lindemannus exortationum Justin. disput. 5. th. 39. attamen cum nostra decisio non solum manifesto juris textu, eoque nondum specialiter correcto (neque enim per Novell. 118. c. 3. generaliter & indistincte loquentem correctio, quae per se odiosa, adeoque vitanda est, & cum expediat. 29. text. de elect. in 6. induci potest vel debet: cum in correctione specialis expressio desideretur, d. l. precipimus. 32. §. ult. ibi, specialiter non videtur expressio. Cod. de appellat. & omnium a Justiniano, pro quibus habendum sit, l. si cum dotem. 22. in princ. & l. si vero. 64. §. de viro. 9. ff. solut. matrim. l. commodissime 10. ff. de liber. & posthumis. cum similib. Coshman consil. 26. num. 4. vol. 1. Muidius consil. 20. num. 118. vol. 1.) corroborata sit: verum etiam communem applausum meruerit, ut vel ipsa adversaria opinionis defensores fatentur & agnoscunt eo minus de veritate illius quisquam dubitare poterit. Ea namque opinio verior praesumitur, quae a majori Dd. parte recipitur & approbatur. l. 1. in princ. ibi, si maior opinio est. ff. de officio questor. l. 4. in princ. ibi, & generaliter omnes opinantur. ff. de his qui nos. infam. l. ita vulturatus §. 1. in princ. ibi, dicitur vulgo. ad l. Aquil. l. questum. 12. §. sed si fundus. 27. ibi, quam sententiam quotidie incrementum & incrementum videmus. ff. de instrum. vel instrum. legat. Bayrol. in l. ult. C. de par. jud. qui nulli male. Stephan. de Federich in tractat. de interpret. jur. part. ult. n. 118. Alexander. consil. 7. n. 30. lib. 4. & consil. 19. n. 13. lib. 7. Decius consil. 480. Thomas Ferrarius in tr. cautel. 31. Albus in tr. de pref. reg. 1.

presumpt. §. 1. n. 1. Nevizan. lib. 5. sylvae nuptial. n. 1. Martinus Navarrus in manuali confessor. cap. 27. n. 287. & Joannes Baptista Asin. in praxi de ordine judicior. §. ult. cap. ultim. num. 1. Quod pertinet, quod communis Dd. opinio vim consuetudinis obtinere dicitur, secundum Bald. in cap. ne imitatis. ext. de constitut. & Menochium de praesumptionibus. libro 2. praesumpt. 7. n. 3. ubi ea de re explicatius differtat. Denique haec nostra sententia, quae bonorum paternorum & maternorum separationem inter fratres consanguineos & uterinos inducit, non modo ab usu & observantia viridi non dissentit, ut testatur d. Responsum Altorfinum. 17. ad fin. & Ranchinus d. §. 13. n. 8. in fine. verum etiam summo Consistorio nostro Wurtemberg. nec non in Facultate Juridica Tubingensi, quamvis ego quidem cum aliis Dominis mei Collegis interfui, in illiusmodi controversia decidenda, exacte & notorie haecenus observata fuit: ita ut mirum sit, quosdam ex dissentientibus scribere non vereri; isthanc bonorum distinctionem hodie non tam jure, quam moribus & usu antiquata ac abrogatam esse. Tamen etiam jus renovatum Wurtembergicum haud obscure rejecerit, part. 4. tit. 21. §. Solte damit, &c. ibi ohne Unterscheid, die Euter senen vom Vatter oder Mutter, auf den Verstorbenen kommen. i. e. nullo habito discrimine ana patre vel a matre bona defuncti venerint. pag. 509. Vide D. Besoldum in de libat. juris ex lib. 37. ff. quest. 8. pag. 133. & seq.

Hujus loci propria & haec questio est: an fratres utrinque conjuncti excludant fratres ex altero duntaxat parente junctos, in successione nepotis ex fratre praedefuncto? Et non excludere, sed simul omnes admitti, docuit primus omnium Bartolus in l. post consanguineos. 2. §. legit. 4. ff. de suis & legit. heredib. quem secuti sunt Curtius junior consil. 46. col. 2. Antonius de Rosell. in tractat. de success. ab intest. num. 154. & seqq. Cornuus in Auth. post fratres. col. 22. C. de legit. hered. Rubens consil. 102. Covarruv. in epitom. de success. ab intest. num. 9. Nicol. de Ubald. in tract. de success. ab intest. part. 3. num. 6. Borcholt. in tract. de gradibus c. de success. transversal. pag. 247. & seqq. Schneidewin. hic in tertio ord. succed. num. 34. Cujac. consultat. 4. & Ranch. in Comm. de success. ab intest. §. 13. num. 18. Ratio autem, cur frater consanguineus, & frater germanus ad successionem nepotis ex fratre praemortuo simul admittantur, haec redditur, quia frater consanguineus & germanus in uno eodemque gradu existant. Neque hic dupliciter vinculi quidquam operatur: sed sola cognatio, proximitas & paritas gradus spectatur: h. e. non attenditur quod frater germanus ipsius defuncti patri ex utroque parente, consanguineus vero ex altero tantum conjungitur. Nam ille respectus tunc habetur, quando de hereditate & successione defuncti fratris aut patris agitur. Secus est, quando de successione nepotis, aut qua alia, tractatur. Tunc enim omnes ex latere sive ex transverso juncti, secundum gradus praerogativam, ad hereditatem veniunt: ita ut perpetua lege priores in gradu, potiores sint in successione: pares vero in gradu, pariter quoque & in viriles portiones succedant. Novell. 118. cap. 2. §. si vero. & Auth. post fratres C. de legitimis heredibus. Fursi. Wurtem. erneuert Landrecht part. 4. tit. 12. §. Fernerst von die abgestorben, & pag. 514.

Est & alia huic admodum affinis questio: utrum frater patruelis, sive consobrinus utrinque conjunctus, praefertur defuncti patruo aut avunculo, ex uno latere conjuncto? Pone: erant tres fratres, Titius, Sempronius, Cajus. Titius & Sempronius ex primo matrimonio procreati, & sic utrinque conjuncti: Cajus ex secundo, licet ex uno tantum latere iis junctus. Titius decessit uno superstitis filio: Sempronius itidem altero filio, qui postea intestatus mortuus est, superstitibus fratre patrueli, & patruo Cajo, ex uno duntaxat latere copulato. Queritur de legitima successione inter hunc patruum & fratrem patruelem: Cajus patruus vult succedere solus, tanquam proximior, excluso consobriano, tanquam remotiori, cum sit in quarto gradu. Ex adverso contendit consobrinus, se solum legibus vocari, cum sit utrinque conjunctus, & patruo potiore esse, qui defunctus ex uno tantum latere contingat. Quid juris? Patruum praeferrere consobriano, eumque excludere, varius est: cum ipse patruus in tertio sit gradu, consobrinus in

in quarto. §. 3. & 4. *infr. de gradib. cognat. l. 1. §. tertio gradu. §. 5. seq. l. jurisconsultus. 10. §. tertio gradu. 14. & §. seq. ff. de gradib. & affinit. Conjunctio tamen ex utroque latere (ut paulo ante monitum) in successione ab intestato tunc demum attenditur, cum fratribus aut patris, aut parentibus succedunt: non verò, cum questio de successione fratris patris oboritur. Hoc enim casu conexos ex uno latere, cum conjunctis ex utroque latere equaliter succedere, respondit Alexander *consil. 66. vol. 5. & Paul de Castro consil. 368 quos refert & sequitur Guilielm. Ranchinus dicto Comm. de success. ab intest. §. 13. n. 19.**

449 De reliquorum agnatorum & cognatorum successione copiosius disputare nihil attinet: cum ea, ex generalibus regulis, & jure novissimo d. promptis, quas mox subjiciam, facile judicari possit. I. Agnati & cognati hodie simul succedunt, nullo inter eos habito discrimine: ut, sororis neptis cum fratri nepotem: avunculi aut matertera filius, simul cum patris aut matris filio: avunculus magnus & matertera magna, cum patruo magno & matris magna: qui omnes sunt in quarto gradu, sed alii agnati, alii cognati, *auth. post fratres fratriumque filios C. de legitimis heredib. Novell. 118. cap. 3. §. ult. II. Proxiores agnati aut cognati excludunt ultiores: ut sororis nepos, qui in quarto est gradu, fratris nepotem, qui est in quinto, excludit: quamvis hic agnatus, ille cognatus, jure modo allegatis. Item avunculi filius excludit patris nepotem: patruus aut avunculus magnus, matris aut matertera magna propiores sobrino: cum illi sunt in quarto gradu, hi verò in quinto, l. 2. Cod. de success. d. d. l. 1. quarto gradu & §. seq. & d. l. jurisconsultus. 10. §. quarto gradu 15. & §. seq. ff. de gradib. & affinit. III. Nulla est inter eos differentia sexus: sed tam viri simul cum masculis succedunt: & proximiores excludunt ultiores viros. *auth. post fratres autem in pte & Auth. seq. C. de legitim. heredib. d. Novell. 118. cap. 4. IV. Collaterales omnes, præter fratres, & eorum filios, succedunt in viriles portiones, id est in capita, nunquam in stirpes dicta Novell. 118. cap. 3. §. autem. d. auth. post fratres, fratriumque filios. C. de legitimis heredib. d. part. 3. conclus. 25. num. 84. & seq. Remer. decal. 8. quasi illud. §. I. & seq. regulas recenset etiam Ranchinus d. §. 13. num. 20.**

453 In hoc loco singulariter, alioque (quod ajunt) calculo notandum venit: quod si qua persona duplici ratione defuncto conjuncta sit, ea duas quoque hereditatis partes auferre queat. Ideoque si (exempli gratia) Titia tanquam neptis ex avunculo magno, & tanquam neptis ex matris magna, defuncto fuerit conjuncta: eam duas portiones ex ipsius hereditate accipere posse, credibile omnino & probabile est. Primum enim juris est non incongruum: quod eo casu, quo duplex qualitas in una eademque persona concurrat, illa persona pro duabus personis reputetur, & perinde habeatur, atque si illa duplex qualitas duabus diversis personis inesset. l. si consul. 3. & l. seq. ff. de adoptionib. l. tutorem. 22. ff. de his, qui ut in d. consensum l. quæritum. 16. ff. de in jus voc. l. procuratoris. §. 8. si plures ff. de tributor. act. l. Titia testatoris 36. ff. de legat. l. 1. legatis. 65. §. si unus ff. de legat. 3. §. si tutor 4. §. de infirmitate testamenti. l. cum quadam. 26. Cod. de administrat. tutor. cap. de collatione. 11. extr. de appellationib. in 6. Andreas Gail in tract. de Arrestis Imperii. cap. 6. num. 14. & seq. ubi hoc aliquot exemplis illustrat.

455 Atque hinc est, quod una eademque persona diverso respectu censetur diverso jure. l. ille a quo. 13. §. fin. cum leg. seq. ff. ad SC. Trebellian. l. apud filiosfamilias. 18. ff. de munimissis vindicta. l. 1. §. sed & si præter ff. quando appelland. sit. c. postulasti. 15. extr. de concessione prebende. c. cum capella. 16. & c. ex ore. 17. in fin. & utrobique notabilis gl. & Zabaz. ext. de privil. Crav. in tract. de antiqu. temp. p. 4. §. absoluti. num. 34. & Everb. à Andeib. in cop. legal. in loc. de tanquam seu respectu. n. 24. Sicut etiam una eademque res diversis respectibus diverso jure censetur. l. miles. 75. §. pro parte ff. de legat. 2. ubi in prælegatis pars habetur jure hereditario pars jure leg. Porro in e. cum in tua. in fin. ext. de decimis. Ripa in c. ult. n. 132. Cod. de revocand. don. Tiracell. du retrait. lign.

Harpproche ad Institut. Tom. III.

§. 1. gloss. 18. n. 23. & §. 8. gloss. §. n. 1. & idem late in tract. de nobilitate cap. 28. n. 13. Menoch. in tract. de recuper. possess. remed. 1. n. 36. ubi plures citat.

Secundò, quando duæ qualitates in eadem persona simul concurrunt, quarum qualibet per se potest operari suum effectum: tunc una qualitas alteri non derogat: arg. l. 1. §. consules. ubi Baldus ff. de offic. consul. Socin. in l. cum filiosfamilias 14. n. 28. vers. secunda ratio. ff. de legat. 1. ibique Cravett in 2. part. n. 395. hosque referens Joann. Petr. Surdus *consil. 91. n. 19. item idem Surdus consil. 183. n. 42. & consil. 365. n. 22. ubi ita disertè respondit: Quando unus representat duplicem personam, & diversa jura habet secundum personæ diversitatem; tunc unumquodque jus consideratur per se, tanquam si duæ essent personæ. Cum igitur Titia nostro in themate duplicem sustineat personam, duplexque successionis jus obtineat: consequens utique est; eam, si tanquam neptis ex avunculo magno unam portionem acceperit, non impediri, quominus & alteram portionem, seu neptis ex matris magna, petere possit. Tertiò hanc decisionem juvat, quod exercens duas diversas artes mechanicas, ad onera & statuta utriusque Collegii obligetur, per textum in d. c. postulasti. 15. extr. de concess. prebende. l. penult. ff. de offic. assessor. dict. l. ille, à quo. 13. §. tempestivum. 4. ff. ad Senatusconsult. Trebellian. l. hac parte. 10. Cod. de proximis sacror. scribtor. & ibid. gloss. in verb. duplici. & l. final. §. nec sit concessum Cod. de adfessoribus. Et tradunt Felinus in c. 2. n. 10. extr. de probat. Roman. *consil. 422. & Andreas Gail. dict. tractat. de arrest. c. 6. n. 28. Quemadmodum ergo una eademque persona propter artificii, vel aliam duplicem qualitatem, duarum personarum onera sustinet: ita & propter duas diversas qualitates, duarum personarum commoda percipere debet: cum contrariorum eadem sit ratio & disciplina, argument. l. 1. in princip. ff. de his, qui sui vel alieni juris sunt. init. tit. supra dicto tit. & initio tit. de tutel. & l. si mortis. 18. in princip. ff. qui & à quib. manumissi liberi non sunt. Arjos. lib. 1. Topic. II.**

Quartò facit textus in leg. si ita scriptum. 13. ff. de liber. & posthum. hered. inst. ubi Julianus respondit in hæc verba: Si ita scriptum sit: si filius mihi natus fuerit, ex hæc mihi heres esto; ex reliqua parte uxor mea heres esto: Si vero filia mihi nata fuerit, ex triente heres esto: ex reliqua parte uxor heres esto: Et filius, & filia nati essent: dicendum est, assensu distribuendum esse in septem partes: ut ex his filius quatuor, uxor duas filia unam partem habeat, &c. Hæc Julianus. Ex cuius responso patet, quod uxor in utrumque casum, si vel filius, vel filia nascetur, in certa parte à marito heres instituta, natis & filio & filia, duplici respectu & quasi duplex mater consideretur: una, quæ filium, & altera, quæ filiam peperit. Et juxta hunc duplicem respectum uxor considerata majorem etiam portionem ex voluntate testatoris auferat, per textum ibi, quam ex utroque nato restat. voluerit uxorem aliquid habere &c. Eodem etiam spectat text. in l. post emancipat. 40. in pr. ff. de leg. 3.

Quintò, quando pluribus eadem quantitas promittitur; tunc pro personarum numero quantitas promissa inter eos dividenda est. l. reor. 11. §. 1. ff. de duob. reis. constit. l. eum, qui. 56. in pr. ff. de verb. oblig. Sic etiam quando pluribus eadem res in testamento legata est; ad partes viriles rei legatæ, pro numero personarum, vocantur. l. pluribus. 33. ff. de legat. 1. l. re conjuncti. 89. ff. de legat. 3. §. si eadem res §. de legat. Jam verò jura ad hereditatem illius, qui sine ascendentibus & descendentibus, & sine fratribus, & sororibus, eorumque liberis vita functus est, vocant plures cognatos, qui proximiores eodem gradu existunt; & illa vocatio intelligitur secundum numerum personarum ad æquales portiones facta esse: *Novell. 118. c. 3. §. si vero neque fratres. Auth. post fratres fratriumque filios. C. de legitimis heredib. Cui consequens est, quod persona, quæ propter diversas qualitates ei inherentes, pro pluribus habetur personis, in plures etiam viriles portiones ad successionem ab intestato vocata esse censetur. Nam argumentum ab ultima voluntate ad legem, vel contra, jure nostro receptum est. Nov. 22. c. 2. vers. disponat. &c. Nicol. Everb. in loc. legalib. loc. ab ultima volunt. ad legem, &c.*

464 Sexto huc confert, quod res eadem bis debetur ex diversis causis, quæ non sunt invicem incompatibiles, ut nostri loquuntur. *l. si is, qui Stichum* 18. ff. de oblig. & actionib. Et quando sunt duæ obligationes paræ potestatis, non potest altera per alteram consumi: cum non reperiatur, ultra alteram perimar. *l. si reus* 13. ff. de duobus reis constituend. & *l. general. §. vers. reum verò*, &c. ff. de fidejuss.

465 Et denique quotiescunque uni eidemque una eademque hereditas ex duabus causis defertur, toties lucri multiplicatio contingere potest, argument. *l. quingenta* 12. ff. de probationib. & *l. hered.* 3. Cod. de petitione heredit. Bald. Castrenf. Cuman. Alexand. Jafon. & alii in *l. planè* 34. §. 1. ff. de legas. 1. & *Surdus consil.* 119. n. 1. quem citat & sequitur Plebs. Disp. 4. partis quarta. de jure Provinciali Wurtemb. sub th. 114. edit. 2.

467 Hanc ita firmatam sententiam non destruit, quod quando quis moritur sine ascendentibus & descendantibus, non relictis post se fratribus & fratrum filiis, tunc ad ejus successionem vocentur agnati & cognati, gradu proximiores: & si sint plures pares in gradu, pariter vocentur, & in capita succedant; id est, secundum numerum personarum, non attenda sexus differentia, nec etiam considerata duplicitate vinculi; *d. Auth. post fratres fratrumque filios*, C. de legit. heredib. & *d. Nov.* 118. c. 3. §. si vero neque fratres, &c. Schneidew. hic in tertio ord. succed. n. 32. & seq. Ranchinus, post alios in *d. Commentar. de success. ab intest.* §. 13. n. 19. Grassus in *§. successio ab intestato* q. 33. n. 2. D. Besold. in *dehbat. juris ex lib.* 37. ff. quæst. 6. p. 132. Etenim pro dissolutione hujus objectionis observandum est diligenter, quod Justinianus Imp. in allegatis locis loquitur de vinculo duplicitatis, inter fratres ex eodem matrimonio progenitos subsistente, & de duplicitatis vinculo, quod inter posteros fratrum, ex duplici illo fraternitatis vinculo originem trahit. Statuit itaque Justinianus quod in materia successionis ab intestato, duplicitas isthæ vinculi fraterni in ipsis quidem fratrib. ad hoc prodest, quod frater utrinque conjunctus defuncto, vel filii fratris utrinque conjuncti, fratrem uno ex latere junctum, hoc est, consanguineum vel uterinum, vel eorundem filios excludat. Verum hoc ipsum duplicitatis vinculum, quod ex fraternitate communi ducit originem: non vult Justin. ultra fratres, fratrumque filios attendendum esse. Quare si moriatur quisquam sine descendantib. & ascendentib., relictis nepotib. fratris, ex utroque latere conjunctis, cum nepotib. fratris ex uno latere copulatis; non attenda duplicitate vinculi, qua nituntur nepotes fratris utrinque conjuncti, nepotes fratris, ex uno latere conjuncti, per illos non excludentur, sed simul cum illis ab intestato succedent. Hæc autem duplicitas vinculi, in fratribus utrinque conjunctis, eorumque posteris subsistens, non efficit, ut una persona duas personas sustinere intelligatur. Nam frater utrinque connexus, quamvis eodem patre & matre defuncto conjunctus sit: non ideo tamen pro fratre consanguineo, aut pro fratre uterino tantum habetur: siquidem impossibile est, ut frater utrinque conjunctus, sit frater consanguineus vel uterinus ipsius defuncti. Id

468 quod hoc modo ostenditur: quia frater germanus definitur, qui ex eodem patre & matre genitus est: consanguineus, qui ex eodem tantum patre; uterinus, qui ex eadem tantum matre natus est. Sicut itaque *ad vates* & impossibile est; ut, qui eodem patre & matre natus est, dicatur eadem matre tantum natus esse, vel natus esse eodem patre tantum: sic impossibile est, ut frater defuncti germanus, sit ejusdem consanguineus vel uterinus, & vice versa. Eadem ratione est impossibile, ut filius fratris, utrinque conjuncti, sit filius fratris consanguinei vel uterini. Et ita consequenter de nepotibus & ponepotibus fratrum judicandum. Quemadmodum vero in una persona non possunt hæc re ipsa concurrere: ita nec una persona ob eam rem pro duabus personis haberi potest. Fictio enim non potest fingere super impossibili, neque locum habere, ubi veritas locum habere nequit: siue consideremus impossibilitatem nature, siue etiam juris. *l. adoptio*, 16 ff. de adoption. *l. qui ad certum* 14. in fin. ff. luc. *l. certis* 6. in princ. ff. de proc. *l. si sibi elect* 8. §. iunius ff. de opt. vel elect. leg. Gloss. in *l. tali* Jurispru. 30. §. ult. super verb.

469

universa ff. de leg. 1. latè & pulchrè Barzola in leg. eandem. 9. n. 2. ff. de duobus reis constituend. idem Bartolus latius in leg. si is qui pro emptore. 15. n. 22. & seqq. ff. de usurpat. & usucap. ibique Jafon. num. 209. & seqq.

Ex his probè & exquisitè perpenlis cernere promptum 470 est: quod communis doctrina, de duplicitate vinculi ultra fratres fratrumque filios non attendenda, decisioni nostræ non adversetur. Nam in proposita quæstione agitur de tali duplicitatis nexu, qua mulier Titia & neptis ex avunculo magno, & neptis ex amita magnâ simul est: propter quod duplicis cognationis vinculum mulier ista duarum personarum vicem sustinet, & jure sustinere potest: cum impossibile non sit, ut neptis ex avunculo magno, simul etiam neptis sit ex amita magna. Regula autem Doctorum de tali duplicitatis vinculo loquitur, ad quod nulla personarum multiplicitas considerari potest, ut supra ostensum. Sed & quod illa doctrina, qua traditur, ultra fratres fratrumque filios duplicitatem vinculi non esse considerandam, non obstat, quod minus in proposito casu Titia duas capiat portiones, inde manifestum est: quia Justinianus in *d. Novell.* 118. c. 3. §. si vero, &c. & *d. Auth. post fratres fratrumque filios* C. de legit. heredib. pluribus cognatis, eodem gradu defuncto conjunctis, pro numero personarum hereditatem ab intestato defert; ut quot sunt personæ, tot partes fiant. Atqui nostro in casu Titia duas constituit personas, propter duplicem conjunctionem. Ergo ex mente Justiniani & Doctorum huic mulieri Titie minimè refragatur regula, de duplicitate vinculi ultra fratres fratrumque filios non attendenda: sed, ea prorsus non obstante, duas illa hereditatis portiones accipit.

Similiter nostram assertionem non evertit, quod duæ 471 causæ lucrativæ in una eademque persona, circa eandem rem, eodem tempore concurrere non possint, §. si res aliena 6. supr. de legat. l. omnes. 17. & *l. ex promissione*. 19. ff. de obligat. & act. l. si servus legatus 108. §. Stichum, ff. de legat. 1. l. Mævius. 66. §. 1. ff. de legat. 2. l. mutu. 21. §. 1. ff. de leg. 3. Primum enim in nostra specie Titia pro duabus personis, juris interpretatione habetur. Dubium autem non est ullum, quin duæ lucrativæ causæ in duabus diversis personis locum habere possint. Deinde duabus lucrativis causis locus esse potest in una & eadem persona, quoties causa acquisitionis variatur; ut, post Baldum, Castrensem, Cumanum, Alexandrum, Jafonem, Lancelotum & Decium in *l. planè* 34. §. 1. ff. de legat. 1. docet Joannes Petrus Surdus prædicto consil. 119. num. 1. Sed in proposito casu variatur acquirendi causa. Una namque portio Titie tanquam nepti ex avunculo magno, altera tanquam nepti ex amita magnâ debetur. Atque huic decisioni, ut juris & æquitatis rationibus consentaneæ, Domini Collegæ mei plerique olim, nimirum D. Halbritterus D. Varenbulerus D. Magirus & D. Roccus (quos omnes debiti amoris causa hic nomino) haud in invitum subscripserunt. §. die Martii, Anno Christi 1605. quo hæc ipsa controversia decidenda emerferat. Tamen decisionem similem improbare videatur Tilemannus Rönnerus, quæst. 8. prout eum refert D. Collega Besoldus in thesaur. practico, num. §. 1. pag. 826.

Quamvis autem collateralium sive agnatorum & co. 472 gnatorum successionem decimo gradu circumscriptam esse, Doctores communiter tradant, Gloss. in Novell. 118. §. si vero & in *Auth. in successione*, ibique Bartolus n. 3. C. de suis & legit. liber. Nicol. de Ubald. in tract. de success. ab intest. part. 3. n. 12. Azo in summa C. de legit. hered. n. 10. Matthæyllan. in tract. de success. ab intest. 3. artic. princ. n. 30. ibique Bologninus. Schneidew. hic in tertio ord. succed. n. 38. & Heigius in tert. ord. de success. collateral. n. 52. & seq. Vultejus hic n. §. 1. lib. 1. Jurisprudens Roman. c. 74. n. 12. Ant. Peregrin lib. 4. de jure fisci. tit. 3. n. 3. Andr. Guil lib. 2. observ. 150. Valens. Forster. lib. 8. de successione. c. 9. conclus. §. n. 7. Mynsing. & Schilbock in §. ult. infr. de success. cognator. & alii. veritati tamen propinquius est, omnes in infinitum, qui gradus proximitatem probare queunt, esse admittendos. *l. 2. §. 1. ff. de suis & legit. heredib.* §. ceterum 3. ibi, etiam si longissimo gradu sint infr. de legit. agnat. success. & §. ult. ibi, etiam si longissimo gradu sit.

fit infr. de servili cognat. d. Novell. 118. c. 3. §. si vero ibi, omnes deinceps à latere cognatos. Et c. 4. ibi, Et omnes sine qualibet. Et c. Qui textus omnes cum de longissimo loquantur gradu & de agnatis & cognatis indefinitè, nec quicquam de certo gradu adjiciant: perspicuè inde evincitur; quocunque gradu sint, omnes exclusa successione conjugum vel filiorum admitti, argum. l. item veniunt. 20. §. petitarum. 11. vers. à quo ff. de petit. hered. Et l. metum. 9. §. 1. ff. quod metus caus. gest. erit.

473 Nec obloquitur huic sententiæ §. final. *infr. de success. cognator.* ubi dici videtur, quod agnati duntaxat ad decimum usque gradum admittantur. *Haud* enim ibi Justinianus præcisè docet. quod agnati duntaxat ad decimum usque gradum succedant, non ultrà: sed quod succedant agnatis suis, licet sint in gradu decimo constituti: atque ita hæc verba exempli solummodo causâ pro longissimo gradu ponuntur. Ideo autem Justinianus Imp. exempli gratiâ loquitur de gradu tantum decimo; quod ultrâ eum gradum rerum natura non faciliè agnatorum vitam consistere patiatur, *d. non faciliè 4. in princ. ff. de grad. 474* Et affinit. Si amen agnatio & cognatio ultra gradum decimum consistere possit: non debent ut agnati, sic nec cognati per fîscum excludi: cum hodie in successiõibus exæquati sint cognati agnatis, *d. Nov. 118. c. 4.* Et huic suffragantur doctrinæ *Wesembec. ad d. §. fin. n. 4. infr. de success. cognat. Borcholt. ibid. Et in tr. de gradib. sub tit. de success. transversalium circa finem. p. 250. Humius Disp. 12. controvers. 13. Donell. lib. 9. Commentar. de jure civ. l. 4. p. 408. n. 30. Bocer. class. 3. Disp. 10. th. 52. ad lit. c. ed. 2. Et in tract. de regal. c. 3. n. 30. Arumens Exercit. Justin. 11. th. 13. Andreas Gerhardi decad. 11. Exercit. Justin. quest. 10. Paulus Berens Disp. 8. ad Instit. them. 3. quest. 1. Treutler. vol. 2. Disput. 16. th. 5. lit. b. ique pulchrè Bachovius in suis not. p. 1001. Et seq. Conrad. ab Einsedel. in tr. de Regalib. c. 3. n. 122. p. 584. Et seqq. Valent. Riemer. Decad. 8. quest. illust. 475 3. aliquæ plures tandem traditionem in feudis quoque obtinere, plerique statuunt, per c. 1. si vasallus feudum privet, tit. 31. Et cap. 1. de natura success. feud. tit. 50. lib. 2. feudor. Curt. jun. in tractat. feud. part. 2. tertia partis princ. ver. successivè. n. 48. Schenck Baro. Petrus Ravenas, Equitarius Baro, Et Hotoman. in c. 1. §. hoc quoque sciendum. 4. de his qui feud. dare poss. tit. 1. libr. 1. F. Zazius in Epitom. feud. part. 8. n. 5. Sonsbec. in tract. feud. part. 9. n. 84. Duaren. in consuetud. feud. c. 11. n. 16. Hanneeton. de jure feud. libr. 2. c. 25. Covarruv. lib. 3. variar. resolution. c. 5. num. 4. vers. quinto hinc. Et c. Jul. Clarus libr. 4. sententiæ. §. feud. quest. 79. num. 3. Et hos aliosque citans Hartmannus Pistoris libr. 2. part. poster. quest. 19. n. 26. cum seqq. Fachinus libr. 7. controversiar. jur. c. 27. Et Hachelmann. illustrium quest. Disp. 18. th. 19. ad lit. f. qui Doctores variè dissidentes notant. Illud hic addendum: quod tantum Descendentes & Ascendentes. non item collaterales, in bonis damnatorum succedant arg. Nov. 134. c. fin. Et contra Vultejum lib. 1. Jurispr. Rom. c. 74. n. 26. Clarus lib. sententiæ. §. fin. q. 78. n. 1. & communem Dd. opinionem luculen. usque ostendit Gothofredus Anton. Disput. 2. Antin. Vult. 134. eumque laudans Riemer. d. decad. 8. q. illust. 6.*

DE SUCCESSIONE
CONJUGUM.

476 **Q**uoties omnis liberorum, parentum, atque propinquorum successio deficit & expirat: uxor viro intestato, in solidum, ex juris Prætorii beneficio succedit: modo iustum inter eos matrimonium fuerit, & ad mortis usque tempus duraverit. *Lun. ff. unde vir & uxor. §. l. i. C. de rit. ibique Bartol. Bald. Salicet. Cast. & Dd. commun. D. Resol. in delib. iur. ex lib. 37. ff. q. 10. p. 135. Justin. Schütz exercitur. Disp. 12. ab. 21. p. 190.* Ratio huius succedendi modi hæc redditur: quia æquissimum est, cum inter conjuges omnis vitæ consortium sit, ac divini & humani iuris communio, *l. i. ff. de ritu nuptiar.* ut propter huiusmodi vitæ consortium, nullis legitimis heredibus existentibus, sileo prælati, ab intestato invicem sibi succedant. Nam & alias consortem consorti, sileo excludo, succedere certum est, *l. i. §. si quis coheredali. 2. C. de her. decur.*

477 *Hurpprechts ad Inst. Tom. III.*

Eccl. l. i. m. C. si liberalit. Imp. soc. sine herede decesserit. si quis
presbyter. C. de Episcop. & cleric. Confortes autem di- 478
cuntur collegæ ejusdem alicujus corporis, sive collegii,
jure non reprobati; veluti navicularii d. l. i. C. de her. decur.
Eccl. quorum Romæ & in Provinciis certum fuit corpus,
ex quibus alii annonæ, alii lignis, alii necessitatibus ser-
viebant. l. i. in fine princ. ff. quod cujuscunque universi. nom.
Eccl. l. semper. §. si licet. 9. & §. ult. ff. de jure immunitatis,
& l. i. C. de naviculariis, Eccl. Milites quoque ejusdem
legionis, vexillationis vel cunei, confortes sunt; ut militi
intestato sine legitimo herede defuncto, vel legio, vexilla-
tio, vel cuneus succedat, fisco excluso, l. si quis filio 6. §. ejus,
qui. 7. vers. quam distinctionem, ff. de injust. rupt. irr. fact.
test. l. 2. Cod. de hereditat. decurionum. Eccl. Sed & confor-
tes sunt clerici & monachi: ita ut clerico, aut monacho
sine legitimo herede intestato defuncto, Ecclesia vel mo-
nasterium, non fiscus, illi succedat, d. l. si quis presbyter.
20. C. de Episcop. & cleric. Denique confortes ii judicantur,
quibus ab Imperatore communiter aliquid donatum est;
& horum uno absque legitimo herede mortuo, alius ei
succedit, fisco similiter excluso, d. l. unic. l. si liberalitat.
Imper. soc. sine herede decesserit. Et ut conjux & confor-
tis excludunt sic & patronum in successione liberti,
sine liberis defuncti, eundem fiscum excludere, proba-
bile est, §. sed nostra constitutio. infr. de success. libertor. d.
l. si quis presbye. 20. Cod. de Episcop. & cleric. D. Collega Bo-
cerus in tractat. de regalib. c. 3. num. 29. At quid dicen- 479
dum, si etiam conjuges sibi invicem sanguine juncti sint,
ac non tantum vinculo matrimonii: id quod sæpe fieri so-
let, nempe in gradibus permixtis? Hoc casu vocabuntur
quidem, non tamen tanquam conjuges, sed tanquam
cognati: dummodò sint proximi. Ideoque ad præceden-
tem ordinem succedentium, nempe collateralium seu
transversalium propinquorum pertinebunt. Rittershus.
in exposit. Novell. Justin. part. 7. cap. 16. num. 4.

Planè interdum, matrimonio sine dote contracto fu-
perstes conjunx, inopia laborans, cum communibus, alte-
riusvè matrimonii liberis, prædefuncto diviti in quartam
hereditatis partem si tres vel pauciores super sint liberi :
sin plures, in portionem virilem succedit. *Auth. præterea.*
C. unde vir & uxor Novell. 53. cap. 6. & Novell. 117. cap. 5.
Borchola. in tract. de gradib. 1. de success. conjugum pag.
253. & seq. Forster. lib. 9. de success. ab intest. c. 4. Ritters-
hus. d. part. 7. c. 17. num. 11. & seqq. Francise. de Barry lib.
18. de success. intest. tit. 4. num. 11 Schneidewin, hic sub
tit. de success. inter vir. & uxor. num. 14. & 17. Matthias
Coler. decis. 61. num. 32. part. 1. Ambros. Schurer in tr. de
heredit. qua ab intest. t. 15. pag. 209. Domin. Cardinal. Ta-
schus tom. 7. pract. conclus. lit. S. conclus. 674. num. 7. &
tom. 8. lit. V. concl. 401. num. 1. & seqq. Paul. Emil. Galus
in tract. de except. in successione ab intest. quam ex testam.
art. 1. tit. 4. except. 5. num. 1. & seqq. fol. 137. Idque fufius
& explanatius prosequitur Berlichius part. 3. conclus. præ-
dicabil. concl. 26. num. 14. & seqq. Ithæ tamen succedendi
ratio evanescit, si vel pacta dotalia (quæ, si bonis mori-
bus non repugnant, observanda sunt) in medio fuerint :
vel statuta loci & consuetudines de successione conjugum
disponentes, contrarium suaserint, l. fin. C. de pact. con-
vent. arg. l. omnes populi. 9. & ibi Dd. ff. de just. & jur.
Mynsing. cent. 2. obs. 33. Gail. lib. 2. observat. 126. num.
3. late Rittershusius. d. part. 7. c. 18. per totum.

Sed elegans questio est: Num portio illa, quæ con-
gi superstiti debetur, per testamentum conjugis alterius
auferri possit? Et non posse, crebrior, & verior opinio
est; ejusque ratio potissima hæc perhibetur: quia portio
ista superstiti conjugi non ex provisione hominis, sed be-
neficio ipsius legis debetur: ideoque testamento auferri
nequit, *argum. l. nemo potest. 55 ff. de legat. 1. & Novell. 22. c. 33. in fine.* exemplo nimirum legitimæ liberis debetur: 483
quam parens sine causa iusta legibusque approbata, testa-
mento suo liberis de iure non potest, *l. omnimodo. 30. C. de inoffic. testam. auth. novissim. C. cod. Nov. 18 c. 1 Nov. 9. c. 1. Nov. 115. c. 3. Accurs. Badd. Alexand. Jason, Fabianus de Pepis, & alii in Auth. præterea. Cod. unde vir. & uxor. Socin. sen. consil. 118. num. 12. vol. 1. consil. 111. num. 4. & 34. vatum. 4. Corn. conf. 4. col. 2. & 3. vol. 4. Borchio. d.*

tract. de gradib. tit. de success. conjug. p. 256. & seq. Grass. in lib. recept. sent. §. success. ab intestato q. 39. num. 3. Francisc. Vivius in communib. opinionibus in verb. uxor seu mulier. num. 6. Ernest. Cothman. consil. 74. num. 59. & multis seqq. Daniel. Moller. in Commentar. ad consil. Saxon. part. 3. consil. 7. Carol. Ruin. consil. 152. num. 10. vol. 2. Augustin. Berous consil. 124. num. 13. vol. 2. Joan. Cephal. consil. 183. num. 14. lib. 2. Gail. lib. 2. observ. 86. num. 17. Forster. d. lib. 9. cap. 5. Joan. Dilect. Durantes in tract. de arte testand. tit. 6. caus. 20. num. 2. Matth. Coler. consil. 21. num. 17. 18. 43. & seq. vol. 1. Schneidewin. hic sub tit. de success. inter vir. & uxor. num. 17. vers. tertio ampliat. &c. hosque citans Berlichius d. part. 3. conclus. 9. num. 3. 10. seqq. ubi de hac, & similibus questionibus plenissime differtat. Atque hinc illius dubie controversiæ resolutio plana efficitur: si maritus bona per donationem, vel aliquem contractum inter vivos alienaverit, utrum uxor pro consequenda quarta totius substantiæ, possit donata vel alienata revocare? Etenim, si in fraudem alienatio facta sit, revocationem fieri posse, merito concluditur: argum. l. omnes. 17. §. 1. ff. que in fraud. creditorum facta, &c. l. filie meæ 59. ff. soluto matrimonio. &c. 2. ext. de renunciatione lib. 6. Humius Disput. 12. controvers. 14. in fin. Matthias Stephani cent. 3. quest. 13. ad lit. a. Virgil. Pingir. in suis questionibus Saxon. quest. 28. num. 12 & seqq. Coler. d. decis. 61. num. 5. & seq. part. 1. Hieron. Panschn. quest. 5. num. 12. sup. fin. vers. ideo etiam maritus part. 2. Berlichius d. part. 3. conclus. 9. num. 22. & d. conclus. 26. num. 25. D. Bocer. in hoc tit. num. 133. pag. 38. Forster. d. lib. 9. de success. c. 6. ubi utrumque in partem miscra adducit, contrariaque diligenter refellit.

Circa successionem mariti vocatur in disceptationem & illud: si statuto caveatur, maritum non posse uxori ultra quartam, jure communi debitam, aliquid relinquere quocunque titulo: an idem obtinere debeat in uxore. Et quomodo hanc questionem, post Jasonem, affirmativè decidat Schuttsius cent. 1. consil. 85. num. 14. negatam tamen sententiam probabiliorē esse, haud levis ratio suadet. Constat enim ex communi Dd. traditione, statuta stricti esse juris, & eorum verba, prout jacent, sicque ad literam accipienda esse, arg. l. 1. §. licet. 20. vers. in re igitur dubia. ff. de executor. act. l. ait Praetor 3. §. hac verba. 6. ff. de negot. gest. Bartol. in l. omnes populi. 9. num. 60. ff. de just. & j. & in l. constitutionibus. 24. num. 1. ff. ad municipal. Albert. Brunnus in tract. de statut. art. 5. princ. num. 1. & 25. Meneghini consil. 4. num. 8. & consil. 76. num. 24. Alderan. Mascardus de generali statutorum interpretat. conclus. 4. p. 151. & seqq. Statutum autem eo in casu loquitur tantum de marito, & per consequens ad uxorem extendi non debet: præsertim cum sit odiosum, & favorabilem ultimæ voluntatis dispositionem impediens, l. vel negare. 5. ff. quemadmodum. testam. aperiant l. 1. C. de sacros. Eccles.

Nec obstat, quod statutum in uno ex correlativis disponentis, & in alio disponere censetur, arg. l. ult. C. de indicia viduit. tollend. & l. 1. C. de expressis &c. Nam vulgaris, & quidem vera est responsio, axioma illud obtinere, ni diversa correlativorum ratio appareat, quæ hic diametralis apparet. Siquidem causa finalis statuti præcul dubio hæc fuit: ut importunitates & instigationes muliercularum coercerentur, argum. l. non est enim 4. ff. de inoffic. testament. quas in maritis non ita metui, quotidiana experientia attestatur. Altera ratio in conservatione familiarum consistit: ne agnati, quia sunt de familia testatoris, bonis ejus privarentur: quæ ratio rursus in uxore non æquè militat. Et hanc sententiam, ut veriorē, magnificus Jurisconsultorum ordo in illustri Salana secutus est, referente Virg. Ping. decis. Jen. 26. & Arumien. Exercit. Justin. 11. ibi. 15.

Preterea & hoc in questione versatur: an ut vir uxori, sine agnatis & cognatis defunctæ, succedat, excluso filio: ita & socer ad nuptias sue (nullo ex sanguinis linea nec viro relicto successore) hereditatem admittatur, filio excluso? Et nihil remorans Baldi id affirmantis in d. l. un. post medium. vers. item quæro si non extat vir. Cande vir. & uxor. item Nicolai de Noapoli. & Joannis Plas. ad §. mariti. supra de nupt. aliorumque paucorum auctoritate (ne-

gantium doctrinam esse verissimam, plusquam manifestè patet ex textu in l. affinis. 7. Cod. commun. de successionē. ubi Impp. Dioclet. & Maximianus disertis rescripserunt verbis, quod affinitatis jure nulla successio permittatur.

Neque refragatur quicquam, quod soceri nomen à matrimonio derivetur. l. cui eorum. 3. §. 1. ff. de postulando. Nam & vitrici, novercæ, privignique nomina similiter ex matrimonio derivantur, l. non facile 4. §. sed quoniam. 3. vers. affines ff. de gradibus. & affinis. & tamen vitrico privigni successio, neque civili, neque honorario jure debetur, l. vitrico. C. communia de success. quæmodum neque hereditas novercæ debetur privigno, l. amita. 5. C. eod. tit. Et ita sentiunt Raphael Fulgos. Paul. Castrens. Roman. Alexand. Jason Decius, & alii communiter ad d. l. unio. Cande vir & uxor & ipse Bald. sibi contrarius in l. ult. colum. 4. vers. item queritur, an sit Cod. unde legitim. Tiraquell. in Tractat. Le mort saisi le vis. part. 2. Declarat. 15. num. 2. Anton. Peregrinus lib. 4. de jure fisci. tit. 3. num. 4. Einsiedel. in tract. de Regalib. c. 4. num. 128. p. 593. cum seq. Dn. Bocer. in Tractat. de regalib. cap. 3. num. 33. Porro ad jus nostrum locale renovatum Wurtembergicum quod attinet: eo jure conjunx superstes in certa portione succedit defuncto, etiam si cognatos is relinquat, part. 4. tit. 5. & aliquot seqq. Idque fusissime explanat Joan. Jacob. Plehst. Disput. 4. partis quartæ de jure Topico Wurtemberg. th. 5. & multis seqq. edit. 2.

Denique & illa hoc loco non prætereunda est quæstio: quid dicendum sit, de sponsa, quam de præsentis appellitant: ecquid & hæc sponso, reliquis successoribus deficientibus, succedet? Et ab agentium partibus standum est, sequentes præcipue ob rationes. Nam matrimonium, per verba de præsentis contractum, licet non sit consummatum; pro perfectio tamen matrimonio habetur: cum nuptias non concubitus, sed consensus faciat, l. nuptias. 30. ff. de regul. jur. Cum fuerit. 15. ubi Bartol. ff. de condit. & demonstrat. l. cum hic status. 32. §. si mulier 13. l. penult. ff. de donat. inter vir. & uxor. Novell. 22. cap. 3. & Novell. 117. cap. 3. can. sufficiat. 27. quest. 2. Idque quoque sit, quod spon-

sus per verba de præsentis, non consummato matrimonio, accusationem adulterii institueret possit, l. propter 7. C. ad Leg. Jul. de adulter. Sicut etiam donatio, quæ inter virum & uxorem prohibita est, prohibita censetur, si sponso per verba de præsentis sponsæ donet, d. l. penult. ff. de donat. inter vir. & uxor. Adhæc cum sequi debeat commodum, ad quem incommodum spectat, l. secundum naturam. 10. ff. de reg. jur. Sponso autem incommodum maximum impendit: quia sponsalibus de præsentis libertatem cum alia scemina matrimonium contrahendi amisit, c. quos Deus 33. quest. 2. c. inter corporalia. 2. ext. de translat. Episcop. Igitur & commodum successionis in proposita questione consequi debet. Plura pro stabilienda hac opinione asserunt Valent. Forsterus lib. 9. de success. cap. 3. num. 10. & multis subseqq. Albericus Gentilis in tract. de nupt. lib. 2. cap. 23. D. Besoldus in Oeconomia tit. 5. & 6. lib. 1. ff. man. 9. p. 186. item in discursu juridico polit. de nupt. cap. 6. num. 9. pag. 88. Carer. in tractat. de sponsalibus & matrim. lib. 5. c. 5. Andr. Gail. lib. 2. observ. 80. Dominicus Cord. Tufsehus tom. 7. practice. conclusion. lit. S. conclus. 511. num. 58. Matthias Berlichius part. 3. conclusionum practice. conclus. 25. n. 1. & seqq. Trentler. vol. 2. disp. 16. th. 6. lit. A. ibique in suis not. Bachovius pag. 1063. & Humius quest. 45. pag. 253. Roland. à Valle in tract. de lucro dotis quest. 106. Francisc. à Solis in tractat. de lucr. dot. quest. 13. Ceterum istæ moribus nostris immutata videntur, ubi requiritur. Dasi nach gihaltenem Rathgang albereit zu ehelichem Verlager, kommen, und die Deßen beschlagen vorden. i. e. ut post benedictionem Ecclesiasticam, jam ad conjugalem concubitus ventum, aethori consecratio facta sit Fursst. Wurtemb. enucleat. Landrecht. part. 4. tit. 2. pag. 131. Sic & Saxonico jure, conjuges antequam consenserint lectum conjugalem, conjugii nomine tituloque nil alter ab altero priormortuo lucratur. Sachsische Landrecht, lib. 1. art. 45. & lib. 3. artic. 45. August. Elekt. consil. part. 3. artic. 19. Berlich d. conclus. 25. num. 27. Et de generali consuetudine attestatur Boerius, decis. 22. num. 53. 36. & 38. Enimvero hic non requiri copulatio carnalem, verius est: cum non sicut matrimonium faciat

De Hereditatibus quæ ab intestato deferuntur.

faciat, sed maritalis affectio: ut respondit Ulpianus in l. cum hic status. 32. §. si mulier. 13. ff. de donat. inter. vir. & uxor. Berlich d. conclus. 25. num. 31. eumque referens D. Besold. d. discurs. de iur. cap. 6. num. 3. pag. 28. ad finem. Adde Riemerum decad. 8. quest. illustr. 8. ubi & alios citat Eucque pertinent, quæ annotavimus ad §. 1. num. 25. supra de patr. potest. nec non ea, quæ attulit Samuel Banlovius par. 6. consil. Besoldi. 297. num. 14. & seq. fol. 263.

DE SUCCESSIONE FISCI.

497 **S**i nullum prorsus ex qualibet sanguinis linea, vel juris titulo, legitimum heredem defunctus reliquerit: bon ejus, rejecta affinitatis successione, tanquam vacantia, fisco deferuntur, l. 1. vacantia. 4. Cod. de bonis vacantib. l. affinitatis. 7. Cod. communia de successiombus. Regner. Sixtin. in tract. de Regalib. lib. 2. cap. 9. num. 3. cum seqq. D. Rummelin. part. 3. ad Aur. Bull. Caroli IV. Imper. Dissert. 2. th. 29. Arnseus de jur. majest. lib. 3. cap. 6. num. 18. Fiscus non dictus est quasi fixus, id est, firmus & stabilis: quod semper præsumatur esse dives & solvendo, l. 2. in fin. ff. de fundo dotali. Accurs. & Bart. num. 10. in Rubric. C. de jure fisci. Bald. in l. 1. num. 7. C. de heredit. vel actione vendita. & consil. 363. in princ. hosque referens & sequens Anton. Peregrin. libr. 1. de jure fisci. tit. 1. n. 34. sed potius nomen habet à fisco sive sportis, quibus pecuniæ publicæ olim affortari concludebant, ut auctor est Asconius Pedianus in secunda Verrina: quem comprobant Mynsinger. in §. res fisci. num. 1. supr. de usucapionibus. Schneidewin. hic sub c. de successione fisci. num. 2. & Johannes Borcholt. in tractat. de gradib. tit. de success. fisci. pag. 260. Hinc fiscus significat locum, quo pecunia & instrumenta omnis patri monii, quod Principi Romano, ad ejus dignitatem tuendam, & usus Imperii publicos, tributum est, conduuntur, l. 1. in princ. ibi, ex fisco comparasse. &c. & passim. ff. C. de fisco. l. 2. §. hoc interdictum. 4. ff. ne quid in loco publico, &c. Qui locus nonnunquam etiam ærarium appellatur, l. senatus. 15. §. 1. & 3. ff. de jure fisci. ultim. vers. ad versum autem. §. de usucapionibus l. 2. in princ. ibi, à sacratissimo ærario comparaverint. & ibi, contra sacratissimum ærarium & l. bene à Zazone. 3. in princ. C. de quadrienni præscript. Quenquam olim fiscus ab ærario distinguebatur. Fiscus quippe erat pecunia Principis sive Imperatoris privata; ærarium verò pecunia publica & Imperii, sive populo & Reipublicæ: ut ex Plinio in Panegy. ad Trajan. Tacito libr. 5. annal. & Spartiano in Adrian. evineant, docentque Duarenus ad tit. ff. de jure fisci. c. 1. Cujacius ad Rubr. C. de jure fisci. in fin. & ad l. 2. C. de petitionib. bonor. sublat. lib. 10. Dn. Collega Besold. in discursu de veditatib. populi Romani. 50. Rittershus. in exposit. Novell. Justin. part. 7. cap. 19. num. 1. Doringius in Bibliotheca jurisconsultorum. tom. 1. verb. ærarium. num. 14. fol. 940. aliique, per eum citati. Constitutiones autem Imperatorum novissimæ, & Doctores plerique, illum locum Cameram Imperialem vel Imperii nuncupant, veluti Friderici III. Constitutio Francofurti promulgata, Anno 1442. §. Item wenn dieselb. ibi, des Reichs Rammer & Ferdinandi Ordinatio monetalis, Augustæ edita, Anno 1559. §. Wir ordnen serson und wollen. ibi, in inser. Rav. ferliche Rammer. aliique Recessus Imperii, Accurs. & Bart. num. 6. in d. Rubr. C. de jure fisci. Cardinal ad Clement. Nolentes §. inquisitoribus. num. 3. tit. de hæreticis Peregrina d. lib. 1. de jure fisci. tit. 1. num. 2. & D. Bocer. d. tract. de Regalib. c. 3. num. 2. & seqq. ubi plures significat nominis fisci recenset & explicat.

501 **C**æterum non aliter ad defuncti bona vacantia fiscus admittitur, quam si illa intra quadriennium agnoscat. Alias etenim possessio honorum adversus fiscum præscriptio se tunc poterit, d. l. 1. ubi Bartol. & l. penult. C. de bonis vacantib. l. ergo. 4. §. eadem. 17. ff. de fideicommiss. lib. 2. §. 9. Drom Pim. ff. de jure fisci. l. qui autem 6. §. cert. 7. ff. si quis, omisi causa testamenti, &c. l. 1. C. de quadrienni præscriptione. Borcholt. d. tractat. de gradib. tit. de success. fisci. pag. 261. Quinimo fiscus interdum pro-

piores excludit heredes: puta si vel ob criminalis affectus atrocitatem, vel alioquin indignos se hereditate fecerint. l. quisquis. §. C. ad l. Jul. Majest. l. fraudem 45. §. ejus bona. 2. ff. de jure fisci. tot. tit. ff. & Cod. de bonis eor. qui ante sentent. &c. & t. tit. ff. & Cod. de his, quibus ut indign. hereditates auferuntur. Hereditates tamen, quæ filius reorum perduellionis deferuntur, non fisco, sed heredibus proximioribus, ab intestato venientibus, applicari rectè, poss alios nonnullos, defendit Menochius consil. 275. num. 26. lib. 3. Peregrinus lib. 3. de jure fisci. tit. 9. num. 1. Berens. disp. 8. ad l. iustis. them. 3. quest. 3. & Fuchinem lib. 9. controu. jur. cap. 36. idque latius exposuimus in §. publica autem 3. infr. de public. judic. num. 72. & sequentibus. Porro varias causas ex quibus bona alicui, ut indigno, auferuntur & fisco vindicantur recenset Regner. Sixtinus in tractat. de Regalibus cap. 12. eumque laudans Adamus Keller. in tract. de jure succedendi ab intestato. tit. 28. num. 4.

504 **I**llud hic non inconvenienter quæritur: an pupillo defuncto, nullis agnatis & cognatis relictis, ejus tutor persona extranea succedat, adeoque fiscum excludat, necne? Alii ajunt, Accursius ad l. quo tutela. 73. in fine princip. ff. de reg. jur. Dynus Albericus, Cornem & Jason. num. 10. ad l. iustic. Cod. unde vir & uxor. Bald. in l. si qua illustris. §. num. 6. C. ad Senat. consult. Orfician. Angel. ad l. nutritoribus. 10. C. commun. de success. l. si quis filio. 6. §. ejus. in fin. ff. de injust. rupt. irr. fact. testam. & ad l. cum in eo. 44. in fin. ff. de pact. Matthæus de Afflict. ad tit. 56. Que sunt regulia. in verb. bona vacantia. colum. 1. vers. item tutor deficientibus lib. 2. feudor. Alii negant, Bartol. & Cagnolus. num. 4. ad d. l. quo tutela. 73. ff. de regulis juris Baldus sibi contrarius, ad l. ultim. num. 14. Cod. unde legie. Itraquellus in tractat. le mort suisit le vis. part. 2. Declarat. 15. num. 4. & 5. D. Bocer. d. tract. de Regalibus. cap. 3. num. 31. Henonius Disp. 1. ad l. iustit. sub controverf. 15. Moller. lib. 4. semestr. quilibet. in fin. Treutler. Disputat. 16. thes. 1. sub his. s. volum. 2. Berens d. disputat. 8. them 3. quest. 4. & Matthias Stephani centur. 3. quest. 13. sub lit. a. in fine. Alii verò cum ita varient in hac re opiniones, difficultatem istam pro medietate esse componendam, censent: adeoque dimidiam Fisco dimidiam tutori tribuunt hereditatem. Borgin. Cavalcanti in tract. de tutoribus sub num. 336. & Peregrinus lib. 4. de jure fisci. tit. 3. num. 18. ad fin. Sed ego negantium sententiam firmiter rationibus mutitam esse, omnino arbitror. Tum quia legitima hereditas sola lege defertur, nec ulli datur, nisi cui lex ipsa nominatim eam tribuit §. 1. infr. hoc tit. l. 1. & l. 3. ff. de petitione hereditat. l. vitrico. 3. & d. l. nutritoribus. 10. C. communia de successiombus. Unde etiam legitima vocatur hereditas, quod sola lege defertur, l. si curatoris. 9. Cod. de jure deliberand. cum similibus supra allegatis. num. 4. Cum ergo nusquam ulla lege pupilli hereditas specialiter ejus tutori dativo, personæ extraneæ defertatur: injustum sane fuerit, illud sine lege affirmare, Novell. 13. cap. 5. in princ. l. illam merito. 19. ibi, eo quod nulla constitutio, &c. Cod. de collationibus. l. ultim. in fine. Cod. de consilibus libr. 12. cap. illa. 2. ibi, cum nusquam invenitur cautum in jure text. Ne sede vacante aliquid innovetur & capite 1. ibi, cum id non invenitur à jure concessum. ext. de supplenda negl. Prælator. lib. 6. Tum quia hereditas extraneis testamento datatur: ab intestato illi non succedunt, l. hereditas. §. Cod. de pactis conventis &c. Tutor igitur dativus, personæ extraneæ, pupillo suo non succederet. Tum quia nutritor, ut qui gratis puerum aliquem educavit, l. sancimus. 3. vers. sed neque his, &c. Cod. de infantibus exposit. ipsi puero, intellecta o mortuo, non succedit, d. l. nutritoribus. 10. Cod. communia de successiombus. Itaque multò minus tutor dativus pupillo suo succedere debet. Tum etiam, quia tutor gratis administrare tutelam regulariter renetur l. à tutoribus. 33. §. ult. ibique trad. & alii Dd. ff. de administratione. & peric. tutor. & facit l. 1. §. si pupilli 6. & §. seq. ff. de tutela. & rationibus distrahend. Ergo, ut pro mercede hereditas pupilli obveniat tutori, haud et abile aut equum videtur. Tum denique quia sub tit. C. de hereditatib. decurion. extraneæ personæ, quibus etiam defunctorum intestatorum hereditates iure de-

feruntur, & per quas ipse fiscus excluditur: nusquam verò sub toto isto titulo huius personis tutor dativus connumeratur: cum tamen verisimile non sit; quòd si per tutorem dativum voluissent Legislatores fiscum excludi, hunc tam notabilem & frequentem casum ibidem omisissent. Atque ita noviter quoque docuit Valentinus Riemer. *de cad. 8. quæst. illustr. 9.*

509 Nihil nostræ obstat sententiæ d. l. quòd tutela. 73. ff. de reg. iur. cuius in principio Scævola Jurisconsultus, quò, ait, tutela redit, eò hereditas pervenit. Nam ea regula accipienda est de tutela legitima, quæ ad proximos agnatos, ex Iulianiani constitutione ad cognatos etiam pertinet, Nov. 118. c. 5. non item de testamentaria, vel dativa tutela, uti exceptio feminarum huic regulæ subiecta satis arguit. Etenim ad foeminas agnatas legitima spectat hereditas, non autem tutela. l. 1. §. 1. ff. de legit. tutor. §. ult. ff. de legit. patronor. tutela l. tutela. 16. §. l. ult. ff. de tutel. Sed & hoc forsitan non ineptè cum quibusdam dici poterit, principii istius lectionem vitiosam, proindeque legendum esse, vel ita; Quo hereditas redit, eò §. tutela pervenit: vel ita, Et tutela redit, quo hereditas pervenit. Neque enim propter tutelam cuiusdam hereditas defertur, sed tutela hereditatem consequitur: hoc est, onus tutelæ demandatur ei, qui spem successionis, ab intestato consequendæ habet, d. tit. ff. de legitima patronor. tutel. §. l. tutela. 3. §. proinde 7. vers. legit. ff. de legitimis tutorib. ubi Ulpianus in hæc verba respondit: Legitima hereditas ad solum filium pertinet. Ergo & tutela ad solum filium descendit. Sed ea de re videatur, post Placentinum, Cujacium, Hotom. Petrus Faber & Philippus Matthæus ad l. 73. ff. de R. I. Ant. Fab. in errore 7. decad. 6. §. D. Boc. d. tit. de regalib. c. 3. num. 33. ubi id enucleatius persequitur.

510 Tenetur autem fiscus post agnitionem bonorum creditoribus pro viribus tantum rerum hereditariarum. l. 1. §. an bona l. non possunt. 11 ff. de iure fisci l. mulier bona. 72. ff. de iure dot. Fachinæ lib. 6. controvers. iur. c. 21. Bona siquidem agnovit, non hereditatem, quæ agnita teneatur creditoribus hereditariis, licet hereditas solvendo non esset. l. que dotis 33. ff. soluto matrim. l. bona. 3. ff. de bonor. possessionib. l. si te bonis. 10. C. de iure deliberandi. Et si bona immobilia diversis in territoriis sint sita; domini territoriorum, secundum quantitatem bonorum, creditoribus defuncti satisfacere compelluntur. Alex. cons. 111. ad fin. p. 4. §. cons. 31. p. 1. Zes. cons. 17. lib. 2. huiusque referens & probans Borcholt. in tract. de gradib. tit. de successione fisci. pag. 261.

511 Sed utrùm fiscus, in bona vacantia succedens, teneatur legata & fideicommissa præstare testamento vel codicillis relicta, controversia non caret? Et negativè responderetur Richardus Malumb. in l. unica. §. penult. C. de cad. toll. Petr. de Bellapere & Imola in l. quidam testamento. 96. §. quoties ff. de legat. 1. Ripa in l. ex facto 17. §. ex facto. n. 6. ad Senat. cons. Trebell. Prosper. Farinac. lib. 1. variarum quæst. criminal. quæst. 25. num. 286. & alii, quos memorat, §. sequitur Marcus Anton. Peregrin. lib. 4. de iure fisci. tit. 3. n. 26. Verùm contrariam amplexi sunt sententiam. Baldus in l. eam, quam. 14. num. 5. C. de fideicommissis. Salices. in d. l. unic. §. penult. 39. C. de caduc. tollend. Fachinæ dict. lib. 6. controversiar. iur. cap. 22. Bocorum class. 3. Diss. 10. thes. c. 3. edit. 2. §. d. tract. de regalib. c. num. 37. Adam Keller. d. tract. de iur. succed. ab intest. tit. 28. num. 8. & nuperrimè Valentinus Riemer. decad. 8. quæst. 10. circa medium. Quam & ego verissimam esse iudico, per textum in d. liquidum testamento 96. §. quoties. ff. de legat. 1. ubi clarè & generaliter Iulianus ait: legata & fideicommissa esse præstanda à fisco, qui in bona vacantia succedit. Accedit ad ejusdem sententiæ confirmationem textus in l. dicitur. 14. ff. de iure fisci. reculare. 6. §. si fisco. 3. ff. ad SC. Trebell. l. cum fisco. 9. ff. de SC. Silan. & d. l. unica §. penult. ibique gloss. in verb. pepercinus. C. de caduc. tollend.

512 Nec adversariæ regulæ generalis, quæ vult, quòd si nemo hereditatem adeat, nihil quod testamento scriptum debeatur. l. si nemo. 9. ff. de testamentar. tutela. l. si nemo. 118. ff. de regulis iur. Nam regula hæc officium suum perdit, sique locum non obtinet, quando bona vacantia ad fiscum transeunt. Tunc enim, quia in heredis loco ha-

betur, meritò legata & fideicommissa præstare tenetur. Ad reliqua contrariæ opinionis argumenta solide respondit Fachinæus d. lib. 6. c. 22. circa fin. Et hæc de successione fisci. Ad extremum hic subiiciendum est: quempiam hereditatem, ab intestato sibi delatam imprimis consequi posse, vel petitione hereditatis, de qua tot. tit. ff. §. C. de petitione hereditatis. §. actionum. 28. circa finem, & ibi copiosè Angel. Platea, Jason. Zasius, Schneidew. & alii infr. de action. Joan. Petr. de Ferraris in sua practica, in forma libelli pro hered. ab intest. delata. Oldendorp. in progymnasmat. act. for. cl. §. act. 5. & Borcholt. in tract. de grad. tit. ult. p. 262. & segg. vel interdicto quorum bonorum, de quo tot. tit. ff. §. C. quorum bonor. §. adipiscenda possessione. infr. de interdict. Joannes Crispus de Montib. act. 58. & Oldendorp. class. 2. act. 1. vel imploratione officii iudicis; de qua, ut & aliis iuris remediis pro hered. ab intest. competentibus, prolixè & perspicuè agit Ambrosius Schurerius in tr. de hered. qua ab intest. deferuntur. tit. 22. per totum: item novissimè Adam Kellerus in d. tract. de iur. succedendi ab intestato. tit. 36. per totum.

Coronidis vice insignis illa & inter Dynastas quosdam haud ita pridem exorta, & discutienda venit quæstio: Si transactio sive conventio sit inita: ut si res data perveniat in alienas manus (in andere Aande) ea danti restituatur: nunquid, si res per successionem legitimam pervenerit ad heredes, eadem in alienas manus pervenisse censetur? Ego sanè (quicquid ab aliis regeatur) ad negativæ sententiæ patrocinium me procliviorè agnosco, sequentibus potissimum rationibus adductus I. Quia in transactio- 515 ne & quovis contractu magis voluntas & mens transigentium ac contrahentium inspicienda est, quàm verba. l. in conventionibus 219. ff. de verb. signif. l. semper in stipulationibus. 34. in princ. ff. de reg. iur. l. ult. ibi cum sit iustum voluntates contrahentium, &c. C. Que res pignori obligari possunt. Verisimiliter autem præsumitur, trans- 516 igentes de hereditas cogitasse: quippe cum regulariter contractus & ad heredes, & contra heredes transeat, sive specialis eorum facta sit mentio, sive non, per apertum textum in l. veteris. 13. C. de contrah. & committ. stipulat. Hinc clausula Notariorum in instrumento heredum men- 517 tionem faciens, superflua & supervacua creditur. arg. l. eum, qui ita 56. §. 1. ff. de V. O. II. Quælibet con- 518 ventio sive pactio in dubio iudicatur esse realis, & sic transitoria ad heredes non verò personalis. arg. l. iuris gentium. 7. §. pactor. 3. in fine. & l. tale pactum. 40. in principio ff. de pactis. cum intentio contrahentis præsumatur esse talis, ut non solum sibi, verum etiam suis 519 heredibus prospexisse videatur. l. si pactum 9. ff. de probationib. t. 18. de duobus fratribus à capitaneo investit. lib. 2. F. III. Defunctus (scil. contrahens) & heres re- 520 putantur una eademque persona l. heredum 59. ff. de reg. iur. & Novell. 48. in fine principii. Ergo clausula ista (in andere Hand) sub his heredes non complectitur. IV. In pactis & stipulationibus, verba dubia sunt interpre- 521 tanda contra stipulatorem, qui potest legem contractus dicere apertius. l. veteribus 3. 9. ff. de pact. l. stipulatio ista. 38. §. in stipulationibus 18. & l. quicquid. 99. ff. de verb. obligat. Quo casu pro reo, tanquam favorabiliore, contra actorem esse respondendum, certum est. l. favorabi- 522 liores. 125. ff. de regulis iur. V. In prohibitione alienandi in alienam familiam, vel in alienas manus, non comprehenditur alienatio, quæ sit per successionem legitimam si- 523 ve ab intestato: rationem hæc non est alienatio hominis, sed ipsius legis, quæ ab intestato successionem defert. §. l. infr. hoc t. l. ea vero 3. §. de illo quartum ff. pro socio & lege obve- 524 nire. 130. ff. de V. S. Item necessaria omnino est quia per mortem, quæ omnibus est necessaria, causatur: ideoque sub hominis interdicto contineri non intelligitur. l. aliena- 525 tiones. 13. ff. familia ercisc. l. peto. 69. §. prædium. ff. de legat. 2. Quocirca prohibitio de alienando, facta ab homine, ad hominis alienationem restringenda vide- 526 tur. Et huc facit casus in l. cum pater. 77. §. cum inter. 28. ff. d. e. de leg. 2. ubi (Secundum interpreta- 527 tionem Bartoli & Imole) filius libertæ, quamvis non sit de familia libertorum, arg. l. pronuntiatio. 195. §. fin. & l. seg. ff. de V. S. succedit tamen matri suæ in re alienari prohibita extra libertorum familiam. Ed- 528 dem

dem pertinet textus in d.l. peto. 69 § fratre. 3. ff. de leg. 2. ibi, extero herede instituto &c. Secus ergo, si non fuisset institutus exterus: ut ibi plenè notavit Bartolus, & alii, Idem Bart. in l. si ita quis. 135. §. ea lege. n. 7. & seqq. ff. de V. O. ubi pulchrè concludit; prohibita alienatione per legem aut per hominem, non censi prohibitam successione intestatam: cum hæc legis alienatio necessaria existimetur. Idem tradidit Aretin. in l. Pamponius. 86. §. 1. ff. de acquir. vel amitt. heredit. & latè Socin. conf. 227. in 3 qu. n. 8. ubi in eandem sententiam plures allegat: eamque communem esse testatur Cornueus confil. 213. col. 2. lib. 2. & conf. 369. col. 2. lib. 4.

His ita satis copiosè de novissima ab intestato succedendi ratione declaratis & præcognitis: jam ordine, quod instat, exequemur; adeoque ipsum propositi tituli textum breviter explicandum suscipiemus. Initio autem Justinianus Imp. indicat ex l. 1. ff. de suis & legit. hered. aliquem intestato decedere quatuor modis. Primum intestatus decedit, qui omnino testamentum non fecit; cum tamen facere posset. Nam si facere non potuit, id est, si testamenti factionem non habuit, ut est impubes, furiosus, prodigus; non nisi abusive & improprie intestatus decedere videtur: uti arguit Ulpian. d.l. in pr. ff. de suis & legit. heredib. Paulus. lib. 4. sentent. tit. 3. Stuckius part. 1. Exercitat. Justin. deced. 8. assert. 1. lit. b. Si quidem privatio habitum præsupponit, arg. l. decem. 116. ff. de verb. obligat. Quamvis & hæc, similesque personæ, ratione effectus & juris, in successione ab intestato constituti, pro intestatis habeantur, d.l. in princ. vers. planè ff. de suis & legit. her. d. l. 2. §. dicitur 2. l. credend. 4. §. 3. ff. qui petant tutor. l. qui duos. 9. ff. de reb. dub. l. pater. 14. §. ult. ff. ad L. Falc. l. vel singulis 37. l. qui duos. 42. in fine. & l. Lucius. 45. ff. de vulg. & pupill. sub lit. l. 2. §. impuberem §. ff. ad SC. Tertull. & legib. concordantibus. Etque de re videantur Hummii lib. 3. var. resolut. jur. civ. tract. 1. quest. 2. & Tineus Faber Disput. 21. ad Instit. Imperial. ib. 3. itemque Locamer. quest. jur. fasc. quest. 8.

Unde quæsitum disceptatumque graviter fuit à Doctores: an pupillus, furiosus, prodigus, intestatorum appellatione in statutis contineantur, Finge statutu ita sonare: Bona eius qui ab intestato decedit, proximorum agnatorum sunt. Nunc pupillus mortuus est: dubitatur, anne mater à successione illius excludatur? Sunt sanè multi, qui pupillum furiosum, & similes, qui testari non possunt, intestatos non dici: ideoque nec marrem à successione repelli posse, opinantur. Cynus & Alberic. ad l. 2. C. qui testam. fac. possunt. Bald. & Salicet. ad l. cum in antiquioribus. 19. C. de iure deliber. Raynerius & Nicolaus de Neapol. ad l. intestato parente. 6. ff. de legitimis tutoribus Angel. ad l. in testamento. 6. C. de testamento militis. & ad l. 2. C. de impub. & al. substitutionibus. Joann. de Imola ad leg. centurio. 15. ff. de vulgari & pupill. substitut. & ad c. cum tibi. 13. extra de testament. Signorol. confil. 6. & confil. 101. Raphael Fulgos. confil. 40. confil. 48. confil. 165. & confil. 159. Decius confil. 456. Marian. Socin. confil. 23. Joan. Fab. num. 2. Ang. Aret. num. 8. & Christoph. Porc. in hoc principio nostro. Alexand. Trentacinq. in tract. de substitution. part. 2. cap. 3. Joann. Petrus Ferrariensis in forma libelli, quo petitur hereditas ab intestato delata, in fine, eumque referens Rittersbusius in expositione Navell. Justin. part. 7. cap. 1. num. 3. Cæterum non desunt plures, qui contrarium intrepide adserunt, adeoque concludunt; appellatione intestatorum in statutis hos quoque, qui ipso actu testamentum facere nequeunt, comprehendendi. Bartol. in d. l. 1. in princ. num. 2. ff. de suis & legit. heredibus. Bald. sibi non constans. in auct. præterea. C. unde vir. & uxor Felinus in proemio decretal. Castrens. in l. ambigua. 19. ff. de leg. & in d. l. 2. C. de impub. & aliis substitutionibus. & d. l. cum in antiquioribus. 19. C. de iure deliber. & confil. 48. lib. 1. Aleianus num. 6. & Gadd. num. 4. in l. intestatus. 64. ff. de verb. signific. Mathæus de Afflic. in cap. 1. tit. de success. feud. in offibus feudor. Carolus Ruin. confil. 50. lib. 3. Paul. Paris. confil. 22. l. 2. Cardin. Zabarella confil. 111. Alexand. confil. 115. lib. 2. Cornueus confil. 75. & confil. 336. l. 1. Barbat. in d. c. cum tibi. 13. extra de testam. & confil. 67. lib. 1. Joan Baptista Castelloneus in additionibus ad dictionarium Alberici. in verb. intestatus. Polius in tract. de substitut-

tionibus in tit. de pupillari substitutione. quest. 4. Rolandinus Passagerius in tract. de successione ab intest. num. 5. Oliverius Textorius in tract. de success. ab intest. in princip. num. 8. Maturin. Montan. in tract. de heredibus ab intest. venientibus cap. 1. col. penult. Hieronym. Gabr. confil. num. 15. lib. 1. Simon de Pratis confil. 163. num. 42. Paul. Pic. confil. 60. num. 3. aliique nonnulli, relati & approbati à Menochio confil. 569. volum. 6. num. 12. Quibus adiciendi sunt Forsterus in tract. de successione ab intest. lib. 3. cap. 4. num. 10. & 14. Emanuel Soarez. in thesaur. recept. sent. tit. l. num. 160. Fachin. lib. 4. controvers. jur. cap. 74. D. Boec. class. 3. disput. 10. th. 4. edit. 2. Forman. disput. 18. th. 1. ad lit. b. Hilliger. in Donello enucleat. lib. 9. cap. 1. ad lit. l. Martinus Schickard. disput. 11. ad Institut. th. 1. num. 1. & in resolut. quest. 1. & 2. Treutler. disputat. 16. thes. 1. sub lit. a. volum. 2. ibique in suis Notis Bachovius pag. 980. & Hummii quest. 2. pag. 138. & seq. Hackelman. illustr. quest. disp. 18. th. 1. sub lit. b. Heigius hic in cap. 1. num. 4. Hartmann. disp. 12. sub controvers. 1. & Andr. Gerh. deced. 11. quest. 1. Quorum sententia & ego lubens meritoque subscribo. Etenim & is non male dicitur intestatus, qui testamentum actu facere non potuit, argum. d. l. credendum 4. §. hoc autem. 3. ff. qui petant tut. vel curat. d. l. 2. §. impuberem §. ff. ad SC. Tertyll. Quæ significatio licet minùs propria videatur: usu tamen juris, & communi stylo approbata est, d. l. 1. in princ. ibi, sed hos quoque pro intestatis accipere debemus. ff. de suis & legit. heredibus d. l. pater 14. §. ultim. ff. ad l. Falc. l. qui duos. 42. ff. de vulg. & pupill. substit. d. l. qui duos. 9. in princip. ff. de reb. dub. d. l. in testamento. 6. C. de testament. milit. d. l. 2. C. de impub. & al. substit. l. sciant. 10. C. de legit. heredib. & l. omnem. 6. C. ad SC. Tertyll. in quibus locis omnibus, ut & aliis quibusdam, pupillus intestatus aperte appellatur. In statutis autem communem loquendi usum observandum esse, nemini dubium esse potest, argum. l. uxor. 32. in princ. & l. librorum. 52. §. quod tamen. 4. ff. de legat. 3. l. cum de lamiis. 18. §. item. 3. ff. de instructo. & instrum. legato. l. suppellect. lili. 3. §. ultim. ff. de suppellect. legat. Bartolus in l. talis scriptur. 30. num. 2. ff. de legat. 1. & idem ad titul. ff. de operis novi nuntiat. num. 6. & ibidem late. Franciscus Nicconius num. 196. Et proinde quicquid lege, vel statuto, de intestatis cautum reperitur: illud ad pupillorum, furiosorum & prodigorum (dummodo illis substitutum non sit) successione (ut & ad successionem feudalem) rectè porrigitur, argum. l. libertum. 64. §. 1. ff. de rit. nupt. Niellius Disputat. feudal. §. thes. 1. ad lit. c. Idque edò magis dicendum est; quòd omnis hereditas aut ex testamento, aut ab intestato deferatur; adeoque tertia successione species non datur. §. ultim. supr. per quas personas cuique acquiritur. l. 1. ff. de pet. hereditat. & l. 1. in princip. ff. si tabule testam. nullæ extab. Sed hereditas à pupillo, cui nullus testamento substitutus est, ab intestato obvenit. Intestatum igitur eum dici oportet.

Non obstat, quòd statutum illud odiosum sit, luctuosa nam matrem hereditate privans. l. maximum vitium. 4. C. de liber. præterit. idque contra juris civilis provisionem, Auct. cessante. C. de legitim. hered. proindeque in benigniorem partem accipiendum: ita scilicet, ut ad eos tantum pertineat, qui proprie intestati decedere dicuntur, argum. l. ea quæ. 192. §. 1. ff. de R. l. nec ad pupillos, furiosos, & similes, qui testamentum facere non possunt, extendendum, argum. c. odia. 15. de R. l. in 6. maxime cum non desit ratio diverſitatis. In illis siquidem, qui testamentum facere potuerunt, nec fecerunt, præsumptio est voluntatis, qua se ad statutum accommodant, & ex mente statuti proximis agnatis, exclusa matre, hereditatem relinquunt: in reliquis verò, qui, etsi aliter disponere voluissent, non tamen potuissent, præsumpta nulla pro agnatis voluntas militat. Non inquam, illud obstat. Licet enim propter matrem odiosa interpretatio videatur: considerata tamen pensulatè principali ratione ac mente statuti (ea quippe semper consideranda venit, l. scire leges. 17. ff. de legibus. d. l. libertum. 64. §. 1. ubi Gothofred. ff. de ritu nuptiarum) quæ est conservatio familiarum (Familia etenim proprie consistit in agnatis, l. primum.

l. pronuntiatio. 195. §. 1. ff. d. V. S. maximum favorem continet, arg. l. 1. §. sed & si servus. 13. ff. de ventre inspiciend. l. super statu. 9. C. de questionib. Mynsing. cent. 3. obs. 26. in princ. latius Forster. d. lib. 3. de success. c. 4. num. 20. Et hinc haud obscure patet, quod praesumpta defuncti voluntas huiusmodi delationis ad agnatos, exclusa matre, in causa non sit, nec differentiam importare possit: cum lex eam voluntatem non sequatur, sed ipsa legem. Voluntatem enim suam secundum leges regere, & moderari quisque praesumitur: alioquin si quis de facto impeditus testari non potuisset, agnati fuissent excludendi: quod absurdum est, tradente Alciato ad d. l. intestatus. 64. num. 9. de verb. signific. quem refert & sequitur etiam Andreas Gerhardi d. Decad. 11. q. 1. in fin. Non obstat etiam, quod verba statuti in propria significatione sint accipienda, maxime quando statutum juri communi est contrarium, arg. l. 1. §. licet autem. 20. ff. de exerc. act. l. non aliter. 69. in princ. ff. de legat. 3. l. quod constitutum. 21. ff. de testament. milit. l. si servum. 71. §. non dixit. 5. ff. de acquir. vel amitt. heredit. Nam in statutis, ob communem loquendi usum, si is à proprietate verborum diversus est, recedi solet à propria verborum significatione per jura allegata supra num. 529. propterea quòd, cum statuto municipibus, hominibus juris planè imperitis, prescribantur: ideo ad modum potius loquendi apud ipsos usitatum, quam in jure receptum, sese statuantes accommodare soleant. Sed inspicatur Hummius d. quest. 2. pag. 189. ubi & aliis objectionibus satisfacit. Quid autem, si codicillos quis fecerit, an putandum est, illum decessisse testatum? Nequaquam, quia testatum, aut intestatum esse, est adjunctum hereditatis. Hereditas autem codicillis non datur, nec adimitur. §. codicillis. l. 2. sup. de codicillis. l. 2. l. si idem. 7. C. eod. & faciendo codicillos creditur quis sponte sua relinquere hereditatem legitimam successuris ab intestato l. conficiuntur. 8. §. 1. ff. de jure codicill. Joan. Faber. hic num. 4. & Pult. num. 7.

- 533
- 534
- 535
- 536

537 Secundò decessit intestatus, qui fecit quidem testamentum, sed injustum sive minus rectè; puta quia in eo juris solennia omisit. l. 1. ff. de injust. rupt. irrit. fact. testam. l. si veritas. 23. C. de fideicommiss. Lams. 12. C. de testam. tot. tit. ff. de testament. ordinandis. (paria enim sunt: ali-quid omnino non fieri, vel minus rite & solenniter fieri. l. quoniam 6. ff. qui satisfar. cogant. l. 2. ff. de auctorit. tutor. l. non putavit 8. §. non quavis ff. de bon. poss. contra. tab. l. quamvis, 8. §. si convenerit ff. ad SC. Vellejan.) aut pietatis officium praeteriit, malè exheredando filium, vel praeterendo: quo casu vel initio irritum est: vel per inofficiosi testamenti querelam, vel per bonorum possessionem contra tribulas, irritum efficitur, tot. tit. ff. de exhered. liberor. & de inofficioso testam. §. quos autem infr. de bon. possessionib. tot. r. ff. & C. de inoffic. testam. d. l. 1. ff. de injusto, rupt. irrit. fact. test. l. 1. l. illud. 4. dist. l. non putavit. 8. §. a primo. §. & segg. ff. de bon. poss. contra tab.

538 Tercio intestatus decessit sive moritur, cujus testamentum ex post facto ruptum irritumve factum est, hoc principio nostro. Quia hoc testamentum licet jure factum ab initio, postea tamen infirmatum perinde habetur, atque si nullum esset, utpote jam sublatum. Rumpitur autem testamentum agnitione sui heredis, seu natiuitate posthumii praeteriti: irritum sit, capitis diminutione testatoris, & aliis modis, de quibus, si tot. r. quibus, mod. test. inform. & tot. r. ff. de injusto, rupt. irrit. fact. testamento.

539 Postremo & is intestatus decessit, qui quidem initio testamentum jure fecit, sed ex eo nemo heres existit h. e. ex eo nemo hereditatem adit, per hoc princ. In fine l. 1. ff. de fili. & leg. heredit. d. l. intestatus. 64. ff. de V. S. l. si quis posthumus, 9. §. 2. vers. sed & si heres ff. de liberis. & posthum. heredit. instit. Etiam enim revoat eo tempore, quo hic decessit, testatus censetur attamen cum hac restrictione, quendam habere, & quodammodo ab herede, qui caput ac fundamentum est totius testamenti, pondeat. §. ante heredit. 34. sup. de legat. judicari non potest, certum, tamen, perfectumque testamentum esse, nisi adita hereditas, propter istam notamque juris regulam qua traditur, vim omnium testamenti solvi, si nemo hereditatem subierit. l. si nemo, 9. ff. de testamentum. instit. l. si nemo. 181. ff. de

regulis jur. l. filium. 20. circa princip. ff. de bonorum poss. contra tabul. l. eam, quamvis 14. C. de fideicommissis. cum similibus.

Porro intestatus quis decessisse in dubio praesumitur, non verò testatus, ut docuerunt Alexander, Jason. Corneus, Sapia, Bolognetus, Cagnolus, & alii communiter ad l. si emancipati. 9. c. de collationib. Unde legitimam petens hereditatem, necesse non habet probare, intestatum aliquem decessisse: modo se proximiorum, & à lege vocatum esse, demonstrat. Certum est enim, factionem testamenti pluribus indigere solennibus, quæ in facto consistunt: atque ideo non praesumuntur. argum. l. quaecunque 13. §. ult. ff. de Publican. rem. act. l. 1. C. de probationib. l. asseveratio. 10. C. de non num. pecun. Et ea de re egregie diligenterque scripserunt Franciscus Mantica lib. 2. de conjectur. ult. volunt. tit. 1. Didacus Covarruvias lib. 2. variar. resolut. cap. 6. n. 5. Menochius de praesumption. lib. 4. praesumpt. 1. Mascard. de probat. vol. 2. concl. 937. & vol. 3. concl. 1352. Petrus Heigius hic. c. 2. n. 5. cum seq. & Fachinus lib. 6. controversiar. jur. cap. 46. Quibus adstipulantur Rittershusius in d. Expositione Nov. Justin. part. 7. c. 1. n. 6. Treusler. vol. disp. 16. th. 1. lit. A. ibique Bachovius pag. 981. cum seqq. & Hummius pag. 190.

§. Intestatorum. 1. & §. sui autem heredes existimantur. 2.

§. Intestatorum autem hereditates ex lege duodecim tabularum, primum ad suos heredes pertinent.

§. 2. Sui autem heredes existimantur (ut supra diximus) qui in potestate morientis fuerint: veluti filius filiae, nepos neptisve ex filio, pronepos proneptisve ex nepote, ex filio nato prognatus prognatave. Nec interest, utrum naturales sint liberi, an adoptivi. Quibus connumerari necesse est etiam eos, qui ex legitimis quidem nuptiis vel matrimoniis non sunt progeniti, curiis tamen civitatum dati secundum divalium constitutionum, quæ super his positæ sunt, tenorem, heredum suorum jura nanciscuntur. Nec non eos quos nostræ amplexæ sunt constitutiones, per quas jussimus: ut si quis mulierem in suo contubernio copulaverit, non ab initio affectione maritali, eam tamen, cum qua poterat habere conjugium, & ex ea liberos sustulerit: postea verò affectione procedente, etiam nuptialia instrumenta cum eâ fecerit, & filios vel filias habuerit: non solum eos liberos, qui post dotem editi sunt, justos & in potestate patris esse: sed etiam anteriores, qui & iis, qui postea nati sunt, occasionem legitimi nominis praestiterunt. Quod obtinere censuimus, & si non progeniti fuerint post dotale instrumentum confectum liberi, vel etiam nati ab hac luce fuerint subtrahiti. Ita demum tamen nepos neptisve, pronepos proneptisve, suorum heredum numero sunt, si praecedens persona desierit in potestate parentis esse: sive morte id acciderit, sive alia ratione, velut emancipatione. Nam si per id tempus, quo quis moritur, filius in potestate ejus sit: nepos ex eo, suus heres esse non potest. Idque & in ceteris deinceps liberorum personis dictum esse intelligimus. Posthumii quoque, qui si vivo parente nati essent, in potestate ejus futuri forent, sui heredes sunt.

SUMMARI A.

- 1 Quæ persona ab intestato succedant.
- 2 Jure civili nudo quot sint succedendi ordines.
- 3 Ratio differentia inter jus novum & vetus.
- 4 Potissimum jus est suorum hereditum.
- 5 Jure natura parentum hereditas debetur liberis.
- 6 Sui heredes, etiam vivis parentibus, quodammodo domini existimantur.
- 7 Sui heredes proprie & verè qui dicantur.
- 8 Adoptivi in plerisque juris articulis eodem jure censentur, quo naturales.
- 9 Suis heredibus qui conveniuntur.
- 10 Legitimatorum liberorum quot genera.
- 11 Utrum ad legitimatorem per subsequens matrimonium sufficiat, quod tempore natiuitatis liberorum, matrimonium parentes contrahere potuerint: an verò præcisè conceptionis etiam tempus sit attendendum.
- 12 Quatenus is, qui in utero est, pro jam nato habeatur 1. & num. 16.
- 13 Ingenui qui vocentur.
- 14 Senilis & consideratio l. Paulus. 17. ff. de statu homin.
- 15 Equid legitimatio per subsequens matrimonium dotalia instrumenta requiratur.
- 16 Inter suos heredes, quales posthumi referantur.

Differit hic Imp. Justinianus de personis, quæ ab intestato succedunt. Earum autem personarum jure civili veteri, quod ex lege duodecim tabularum deduxit, duo tantum sunt gradus seu ordines, prior suorum; alter legitimorum sive agnatorum, teste Ulpiano in *fragm. Instit. tit. 26. §. 1. in princ. ff. unde cognati & Cajo lib. 2. Instit. tit. 8. & Paulo lib. 4. recept. sentent. tit. 8.* De priori gradu explicatur sub hoc titulo de altero, sub titulo proximo. Huc accesserunt ex jure Prætorio duo alii gradus: quorum unus est cognatorum: alter viri & uxoris. De illo agitur *infr. tit. de successione cognator.* de hoc verò in §. *sed eas quidem. 4. vers. aliam infr. de honor. possessionibus.* Sed jure civili novo tres sunt ordines: descendendum scilicet, ascendendum, & collateralium, de quibus in *Novell. 118. Forster. lib. 3. de successione ab intestat. cap. 7. num. 8.*

3 Quibus additur gradus viri & uxoris, item fidei, ut supra circa principium hujus tituli ubertim explicationem. Ratio differentie juris novi & veteris huc assignari poterit: quia jure novo spectatur ratio nature, & sanguinis: jure veteri inspicitur ratio civilis, quæ est, tum patria potestas, tum jus familie, & agnationis, l. *cum ratio. 7. ff. de bonis damnator. Auth. in successione. C. de suis & legit. liber. Rittershus. ad principium hujus tit. pag. 337.* Cæterum ad jus antiquum, & id, de quo tractatur in his Institutionibus, quod attinet: duo (ut modo dictum) sunt successionis ab intestato ordines civiles: suorum, & agnatorum: & duo Prætorii: cognatorum, & viri uxorisque. De prioribus ordine civili, videlicet suorum, hoc jus est: intestatorum heredes ex lege XII tabularum primum ad suos heredes pertinere. Ita enim lex ista habuit: *Si intestatus moritur, cui suus heres nec exstabit, agnatus proximus familiam habeto.* Ulpian. A. tit. 26. l. *promissio. 195. §. 1. ff. de verbor. significat.* Ratio, cur primum & potissimum jus sit suorum heredum, hæc est: tum quia jure nature parentum hereditas debetur liberis, l. *nam etsi. 15. ff. de inoffic. testam. l. scripto. 7. in fine ff. unde liberi. l. penult. §. 2. in fin. ff. de bonis libertor. & supra expositum in principio hujus tit. num. 55. & 71.* Tum quia (quæ est ratio civilis) sui heredes, etiam vivis parentibus, quodammodo domini existimantur: adeo, ut hoc dominum post mortem parentum in ipsos continuetur: & non tam hereditatem percipere, quam liberam bonorum administrationem consequi videantur, l. *1. §. largius. 12. vers. quia ostendi. ff. de successor. edit. §. sui autem. 2. vers. sed sui quidem ff. de hered. qual. & differ. l. in suis 11. ff. de lib. & posthumi heredit. instit. l. 3. vers. & statim morte. & ubi nos latius *infr. hoc tit.**

7 Sui autem heredes proprie & verè sunt liberi, qui in potestate mortuorum proximi fuerunt, hic & §. *sui autem. 2. supra, de hered. qual. & differ. ubi singula hujus definitionis verba ita copiose explanata sunt, ut eadem inculcare nihil necesse sit. Rursum definitionem etiam diligenter*

discussimus part. 1. Disputationum nostrarum ad Institutiones. Disput. 26. th. 4. Nec verò interest utrum naturales & legitimi sint liberi, an adoptivi, hic & l. 1. §. suos 2. ff. de suis & legitimis heredib. Paul. d. lib. 4. *recept. sent. tit. 8. & Cajo d. lib. 2. Instit. tit. 8.* Hujusque ratio est hæc: quo niam adoptivi in plerisque juris articulis eodem jure censentur, quo naturales, id est, ex legitimo matrimonio nati, §. *in plurimis. 9. ff. de adoptionibus.* In quibus autem adoptivis hoc obtineat, ipse Justinianus declarat in §. *sed ea omnia. 14. infr. hoc tit.*

Suorum porò heredum loco sunt legitimi, ex constitutionibus Principum, de quibus hic in *vers. quibus connumerari, &c. & emancipati*, ex edicto Prætoris, de quibus in §. *emancipati. 9. infr. hoc tit.* Legitimatorum autem liberorum genera hoc loco exponuntur duo: primum est ex oblatione curæ, quod innotuit Imp. Theodosius, l. *si quis. 3. C. de naturalib. liber.* quodque hodie in usu amplius non est, ut indicatum in §. *ult. supr. de nupt. num. 2.* Alterum, quod Constantinus invenit, hodieque viget, est ex subsequente matrimonio, l. *divi q. C. de naturalib. liberis.* Si quis enim extra figuram conjugii usus est consortio ejus mulieris, cum qua jure matrimonium contrahere potuit, & postea contraxit: liberi, etiam ante matrimonium contractum, ex ea suscepti, jus suorum heredum nanciscuntur, legitimeque fiunt, hic & d. §. *ult. vers. nec non is, &c. ff. de nupt. c. tanta est vis. 6. ext. qui filii sint legitimi.* Rectè dicimus: cum quæ jure matrimonium contrahere potuit. Nam si inter eas personas matrimonium jure subsistere non potuisset, propter impedimentum aliquod juris naturalis, canonici, vel civilis: nuptiæ, quantumvis mutuo consensu contractæ, minimè proficerent liberis ad jus legitimorum consequendum, per hunc textum nostrum, & l. *cum quis. 10. C. de naturalib. liber.*

Sed valde controversum est: utrum sufficiat, quod tempore natiuitatis liberorum, matrimonium parentes contrahere potuerint: an verò præcisè conceptionis etiam tempus sit attendendum? ut si deportatus, qui civis Romanus non est, rem cum aliqua habuerit, & postmodum ante natiuitatem receperit jura civitatis, num hoc satis sit: etiam si tempore conceptionis istæ personæ ad nuptias ineundas quæ tantum inter cives Romanos consistunt, idoneæ non fuerint? Et quidem ut matrimonium ipsius conceptus tempore contrahi potuerit, præcisè requiri, docuerunt Cynus ac Paul. Castrensis in l. *ex libera. 6. & Salicetus in l. filium 7. C. de suis & legit. liberis.* Anton. de Rosell. in tract. de legitim. tit. de causa materiali legitimat. num. 26. & Sarmentus lib. 1. *selectar. interpret. c. 5. num. 10. & seg.* Verum ex adverso Hostiensis, Joan. Andrea, Anton. Butr. & Cardinal in d. c. tanta 6. ext. qui filii sint legit. Didac. Covar. in Epitom. de sponsalib. part. 2. de matrimon. c. 8. §. 1. 2. hujusque referens Fachinens lib. 3. *controversiar. jur. c. 50.* & alii communiter statuunt: tempus conceptionis ad nuptiarum habilitatem non desiderari: si modo natiuitatis tempore nuptiæ potuerint inter parentes contrahi. Hæc que sententia (quæ & mihi non displicet) probatur ex eo, quod ita jure cautum est, ut vel conceptionis, vel natiuitatis tempus inspicatur, quatenus scilicet filiorum legitimatiori magis expedit: idque liquet primum ex l. *qui in utero 7. ff. de stat. hom. ubi Paulus: Qui in utero est inquit perinde ac si in rebus humanis esset, custoditur, quoties de commodis ipsius partus queritur.* Si ergo de incommodis ejus agatur, secus erit: atque adeo isto casu pro non nato habendus erit: & natiuitatis ejus tempus inspicitur. Secundò id patet ex §. *sufficit supra, de ingenuis. l. 1. & servorum. §. 2. ff. de stat. hom. ubi textus ita habet: Ingenui sunt, qui ex matre libera nati sunt. Sufficiat enim, liberam fuisse eo tempore, quo nascitur, licet antea conceperit. Et contrariò si libera conceperit, deinde ancilla pariat: placuit, cum qui nascitur liberum nasci.* Tercio id ipsum apparet ex l. *nuper. 11. circa fin. C. de naturalib. lib. ubi Justinian. ita rescripsit: Et generaliter definimus, & quod super hujusmodi casibus variabatur, definitivè certè concludimus, ut semper in hujusmodi questionibus, in quibus de statu liberorum est dubitatio, non conceptionis, sed partus tempus inspicatur, & hoc favore facimus liberorum, ut*

editionis tempus statuamus esse inspectandum: exceptis his tantummodo casibus, in quibus conceptionem magis approbatur, infans conditionis utilitas exposulat. Accedit ad ejusdem sententiae confirmationem textus propositi §. nostri vers. quibus commutari, &c. in quo generaliter dicitur: omnes liberos, etiam ante nuptias procreatos, per subsequentes nuptias legitimari: nec distinguitur, an tempore conceptionis matrimonium inter parentes esse, vel non potuerit. Ergo nec nos distinguere debemus, arg. vulgata. l. de pretio. 8. ff. de public. in rem actione.

14 Non obstat l. Paulus. 1. ff. de statu homin. ubi is, qui ignorante patre ex filia concipitur, illegitimus esse pronuntiatur, quamvis mortuo avo suo nascatur: & tamen certum est, avo mortuo potuisse inter patrem nuptias legitimas celebrari. Sed cum conceptionis tempore non potuerint subsistere nuptiae: nihil conducit tempus natiuitatis. Non obstat, inquam, lex illa. Nam in ea de consensu novo nuptiarum legitime contrahendarum nihil constabat: ideoque merito responsum est, secundum facti speciem ibidem propositam; liberos non fieri legitimos. Ad hoc enim, ut legitimi efficiantur, non tantum requiritur, ut tempore natiuitatis liberorum nuptiae potuerint contrahi: sed necesse etiam est, ut revera per consensum in matrimonium de praesenti sint contractae & confirmatae. Aliis levioribus, quae adduci solent, objectionibus respondit Fachineus. d. lib. 3. cap. 50.

15 Ut autem legitimatio per subsequens matrimonium valeat: nuptialia sive dotalia instrumenta jure civili omnino exiguntur, hic §. d. §. ult. ff. de nupt. d. l. nuper. 11. C. de naturalib. liber. Novell. 12. c. 4. & Novell. 18. cap. 11. Jure vero pontificio & moribus nostris illa non requiri, plerisque placuit, d. c. tanta. 6. ext. qui filii sint legitimi. Wesseningio hic in d. vers. quibus commutari. num. 6. & Mynsingerio num. 8. Covarruv. d. Epitom. de sponsalib. part. 2. cap. 8 §. 2. n. 8. Hieron. de Cevallos in specul. aur. commun. opin. cont. commun. quæst. 591. & aliis. tum per eos, tum per nos designatis sup. d. §. ult. de nupt. n. 4. Cæterum præter istos duos, hoc loco relatos, legitimandi modos, sunt & alij, de quibus videatur Nov. 89. per tot §. de iis explicatis tractatum est supra in præallegato §. ult. de nupt. num. 63. cum seq. §. f. in principio hujus t. num. 271. & subsequentibus.

16 Denique inter suos heredes non solum nati, sed etiam posthumi referuntur illi, qui si vivo parente nati essent in ejus potestate fuissent, primumque gradum obtinuis-
sent, hic in fine, §. l. 3. ff. de injusto. rupt. irrit. factio testam. Ejusque ratio est perspicua: quia posthumi, sive ii, qui sunt in utero, pro jam natis habentur, cum de ipsorum commodo agitur, prædicta l. qui in utero. §. 26. ff. de stat. homin. l. vel si vivo 7. ff. de suis & legitim. heredibus. l. cum quidem. 30. §. 1. ff. de acquir. vel amitt. hereditat. & dictum supra initio hujus tit. num. 62.

§. Sui autem heredes sunt. 3.

§. 3. Sui autem heredes sunt etiam ignorantes: & licet furiosi sint, heredes possunt existere: quia quibus ex causis ignorantibus nobis acquiritur: ex his causis & furiosis acquiri potest. Et statim morte parentis quasi continuatur dominium: & ideo nec tutoris auctoritate opus est pupillis: cum etiam ignorantibus acquiratur suis heredibus hereditas. Nec curatoris assensu acquiritur furioso, sed ipso jure.

S U M M A R I A.

1 Extranei heredes qui dicuntur.

2 Si sine ulla additione, etiam ignorantes & involti, heredes sunt: quare ratio.

3 Quia ipso jure nobis etiam involti & ignorantibus sunt.

4 Morte parentis dominium rerum paternarum continuatur in suis heredibus.

5 Unius rei dominium unusquisque in solidum esse nequit.

6 An possessio in suum heredem absque ulla apprehensione continuatur.

7 Possessio animo & voluntate retinetur.

8 Animus & voluntas morte finitur.

9 Quid in heredem transfundatur.

10 Sui non dicuntur adire hereditatem, sed se ei immiscere.

11 Sui non plus operatur in suo, quam aditio in extraneo.

12 Fictio in iis, quæ facti sunt, locum non habet.

13 Pater & filius eadem penè persona esse reputantur.

14 Ratio differentia inter dominium & possessionem.

15 Intellectus l. cum miles. 30. ff. ex quibus caus. majores, &c.

16 Sine possessione usucapio non contingit.

17 Usucapio quatenus ante aditam hereditatem impleatur.

18 Sententia l. 2. C. de usucapione pro herede.

19 Viventis nulla est hereditas.

20 A proprietate verborum non facile recedendum.

21 Non quid dictum, sed quæ mente dictum sit, perpendendum.

22 Verborum prior, rerum potior vis atque potestas.

23 Sensus verus l. 2. §. 1. vers. filium. ff. pro herede.

24 Res immobilis tradi non potest.

25 Nihil refert, quid ex æquipollentibus fiat.

26 Explicatio l. gerit. 88. ff. de acquir. vel amitt. heredis.

27 In toto & pars continetur.

28 Quis pro herede gerere dicatur.

29 Conciliatio l. per procuratorem. 8. C. de acquir. possess. cum l. naturaliter. 12. ff. eod.

30 Nicolani de Passeribus à Genoa, impudentia arguitur & convincitur.

31 An & quatenus interdictum unde vi, heredibus competat.

32 Possessio rerum etiam feudalium à patre in filium non ipso jure migrat, sed apprehensione indiget.

E T si heredes extranei (quicunque scilicet non sub-
diti sunt potestati testatoris, §. ceteri. 3. sup. de her. qual. & differ. Forster. lib. 2. de successione. cap. 18. num. 55. & seq.) necesse habeant adire hereditatem, hæcque iis ignorantibus atque invitis non acquiritur, l. nec is. 17. cum ll. seq. ff. de acquir. vel amitt. heredit. & expositum est superius in §. in extraneis. 4. & §. extraneis autem. 5. & §. final. de hered. qual. & differ. tamen sui sine ulla additione heredes fiunt, etiam ignorantes & inviti, hoc §. & l. lege Cornelia. 12. ff. qui testam. facere poss. l. 1. §. qui sunt. 7. ff. si quis, omnia causa testamenti, &c. Cujus ratio est: quia sui ipso jure, hoc est, legis ipsius vi ac potestate, nullo hominis intercedente facto, heredes constituuntur & existunt. l. in suis 14. ff. de suis & legitim. heredibus. l. si fratris. 3. ibique Gothofred. ad lit. 1. C. de jure deliber. Jul. Paul. lib. 4. sentent. tit. 8. §. qui sui heredes, &c. Donellus libr. 7. Commentar. de jure civil. cap. 2. Quæ autem ipso jure sunt: nobis etiam
invitis & ignorantibus fiunt, sicut explicatum in §. item vobis. sup. per quas pers. cuique acquir. & notat hic D. Giphani. Itaque & furiosis & infantibus, & peregrinantibus modò suis, ut hereditas, ita & legata, & fideicommissa & actiones, acquiruntur, l. si à furioso. 12. ff. de reb. credit. l. si à furioso 24. & l. furiosus. 46. ff. de obligat. & act. Paul. loco ante allegato. Et suæ statim morte
parentis dominium rerum hereditariarum seu paternarum continuatur in suis heredibus, per hunc textum: quasi
scilicet vivo adhuc parente domini sint, l. in suis 11. ff. de liberis & posthumis: &c. Rectè, quasi, Revera enim non
sunt domini, vivo adhuc patre: sed solus pater verè dominus est: quoniam unius rei dominium penes duos in solidum esse non potest, l. si, ut certò. 5. ult. ff. commodati.

Perelegans & egregia hoc loco examinanda occurrit
quæstio: An sicuti dominium, ita & possessio in suum heredem absque ulla apprehensione continuatur? Et
(quicquid in contrarium adferant Corasius lib. 6. Miscell. jur. civil. c. 12. Duarenus ad 1. ff. de liber. & posth. c. 3. pag. mihi. 459. & Forster. d. lib. 2. de successione. c. 4. num. 17. & seq.) sententiam negantem à veritatis tramite non alio-
nam esse, omnino persuasum mihi habeo, per textum in
l. cum heredes. 23. in princ. ff. de acquir. vel amitt. possess. ubi his verbis à JC. Javoleno responsum est: Cum heredes
instituti sumus: aditæ hereditate, omnia quidem jura ad
nos transiunt: possessio tamen, nisi naturaliter comprehen-
sa, ad nos non pertinet. Et ratio non obscura est: Tum
quia possessio animo & voluntate retinetur, l. 3. §. sed
si animo. 7. l. etiam possideret. 6. in fin. l. si id. 25. §. ult. l. qui
interdicit. 30. §. quo per colonum. 5. ff. de acq. vel amitt. possess. l. licet. 4. C. eod. Animus autem acque voluntas de-
fundit

- functi morte finitur. l. locatio. 4 ff. locati. c. si gratiosè. 5. ext. de rescript. lib. 6. Et animo & voluntate extincta, etiam possessionem extinctam censeri, proindeque continuari non posse, dicendum est, l. futurum. 37. 1. ff. de usurpat.
- 9 **§ usucap.** Tum quia in heredem id duntaxat transfunditur, quod est hereditatis, l. 1. §. Scavola. 15. ff. si quis testamento liber esse jussus &c. l. omnia ferè. 193. ff. de reg. jur. Sed possessio non est hereditatis, d. l. 1. §. Scavola. ff. si quis testamento &c. Igitur in heredem non transfunditur: & consequenter novâ apprehensione opus habet, siue heres suus sit, siue extraneus, d. l. cum heredes. 22. in princip. ff. de acq. vel amitt. poss. Nec quicquam oberit, si obijciatur in hac lege 23. aditionis mentionem fieri ibi, *aditâ hereditate*: hocque verbum propriè extraneorum esse: cum sui non dicuntur adire hereditatem, sed se ei immiscere. d. §. extraneus autem. 5. ff. de hered. qualitat. & differ. l. 3. §. fin. & l. seq. ff. quib. ex caus. in poss. eatur: Nam licet verbum *aditionis* propriè ad extraneos spectet: hic tamen in latiori significato etiam suos heredes complectitur. Neque enim minus suus, quàm extraneus, hac in parte apprehensione possessionis indiget: cum ratio, quæ in utroque est eadem idem etiam jus in utroque efflagitet, illud *quisitum*. 32. ff. ad leg. Aquil. Et passim in jure nostro differentiam inter aditionem & immisionem confundi, in confesso est, d. l. si fratri. 3. C. de jure deliber. cum similibus.
- 10 **Præterea** fuitas (ut loquuntur) non plus operatur in suo, quàm aditio in extraneo. arg. l. si is, qui pro emptore. 15. ff. de usurp. & usuc. Atqui heredes extranei nequidem hereditate aditâ possident, d. l. cum heredes. 23. ff. de acquir. vel amitt. poss. Ergo nec sui heredes virtute fuitatis possidebunt. Et quamvis contrariæ opinionis patroni hanc ipsam rationem ita diluere conentur, ut dicant: eam obtinere respectu acquisitionis domini, non etiam possessionis, quali fuitas plus roboris virtutisque habeat in suo, quoad possessionem: nescio tamen, an isthæc distinctio juri undiquaque conveniat. Nulla etenim lege eam probari posse crediderim: neque hic nostrum est distinguere, cum leges inter suum & extraneum heredem non distinguant, arg. l. de pretio. 8. ff. de public in rem act.
- 12 **Conferi** quoque huc, quod fictio in iis, quæ facti sunt, in possessione, locum non habeat, l. deniq. 19. ff. ex quibus caus. major in integr. restitut. l. 3. §. 3. l. possessionem. 29. ff. de acquir. vel amitt. poss.
- 13 **Quod** autem filius, mortuo patre; possidere intelligatur non nisi per fictionem dici potest: cum pater & filius eadem penè persona esse reputentur, l. ult. C. de impub. & aliis substitut. Novell. 48. in princip. §. si quis alii. 4. in fine. infr. de inutilib. stipul. Nec moveret, si regeretur; fictionem etiam in iis, quæ in facto consistunt, habere locum: veluti, lex fingit, defunctum apud hostes, ante captivitatem occubuisse, §. fin. quib. non est permiss. fac. testam. l. lege Cornelia. 12. ff. qui testam. fac. poss. revertem ab hostibus, semper in civitate fuisse. §. si ab hostibus f. quib. mod. jus patr. potest. sol. in utero existentem, jam natum esse, l. qui in utero 7. ff. de statu hominum mortuum pro salute Reipublicæ in perpetuum vivere, §. 1. ff. de excusationib. tutor. & his similia. Eo enim inso, quod illa jure concedente & permitte sunt, efficitur: fictionem privatâ auctoritate factam nihil operari. Nullibi verò in jure nostro expressum est, filios vivo patre naturaliter possidere. Ratio porro differentie inter dominium & possessionem, cur illud in heredem suum continuetur hæc non item, in promptu est: quia dominium in jure, possessio in facto consistit, d. l. 1. §. furiosus 3. & d. l. possessionem. 28. ff. de acquir. vel amitt. poss. Jam verò quæ sunt juris facit ab uno transeunt in alium: quæ sunt facti, non item, arg. l. qui heres. 44. in princip. ff. de condit. & demonstr. & l. quod dicimus. 23. l. ff. de verb. signif.
- 15 **Non** advertebat Pauli sententia, qui disertè ait, possessionem defuncti quasi junctam, descendere ad heredem, ad eam apprehensione opus non esse, l. cum miles. 30. ff. ex quib. caus. majores, &c. Nam possessionis vocabulum ibi impropriè pro usucapione positum est, ut & in d. l. denique 19. ff. eod. idque ex illis textus verbis satis evincitur: & præterea non duntaxat aditâ, completur. Quæ verba de usucapione, tanquam ipsius possessionis effectum, intelligenda esse, sole illustrius est: quia vacuum tempus, quod ante aditam hereditatem intercessit; ad usucapionem complendam heredi procedit l. nunquam. 31. §. vacuum. 5. l. ceptam. 50. ff. de usurpat. & usucap. Nec infingit hanc responsionem, quod sine possessione usucapio contingere nequeat, l. sine possessione 25. ff. d. tit. c. sine possessione. 3. ext. de reg. jur. in 6. per rerum autem naturam fieri non possit, ut hereditas jacens, hoc est, quæ nondum adita est, vel per se, vel per alios possideatur; cum animo careat, factorumque sit incapax l. 1. §. Scavola. ff. si is qui test. liber esse jussit, &c. Etenim id jure & ratione singulari receptum est: ut etiam ante aditam hereditatem usucapio impleretur, l. iusto. 44. §. nondum 3. ff. de usurp. & usuc. dummodo tempore medio ab alio possessa non fuerit, l. poss. 20. ff. eod. Quia enim ante aditionem nihil heredi (qui jure secum deliberat, consultumne sit hereditati se immiscere, quæ forte plus damni, quam commodi adferre possit) imputari potest, quare possessionem non apprehenderit: æquitatis causâ, adversus rigorem juris, introductum est: ut hereditas tantisper defuncti personam sustineat; & aditio hereditatis retrahatur, temporis quoque mortis defuncti, ad continuandam possessionem, conjungatur, §. diutina. 12. sup. de usuc. l. heres. 22. d. l. iusto. 44. §. nondum 3. ff. d. tit. tit.
- 16 **Nec** præterea urget, si quis ulterius instando replicaret; prædictam l. cum miles. 30. ff. ex quib. caus. majores, &c. non de usucapione, sed de possessione, prout verba sonant, esse accipiendam: propterea quod ab Imp. Diocletiano & Maximiano rescriptum sit; nihil pro herede usucapi posse, suis heredibus existentibus, l. 2. C. de usucapione pro herede. Nam Imp. ibidem non dicunt suum heredem usucapere non posse pro herede: sed potius dicunt, suis existentibus heredibus, nihil posse pro herede usucapi, scilicet ab extraneo. Ut enim viventis nulla est hereditas, l. 1. ff. de hered. vel act. vendit. ita etiam quamdiu sui heredes existunt (quorum potissima causa est ut in §. 1. sup. hoc sit. audivimus) non potest ullus alius ad pro heredem usucapionem admitti: cum hereditas ipso jure jam ante adita à suis heredibus intelligatur, d. l. in suis. 14. ff. de suis & legat. hered. usque adeò, ut sine herede non sit, qui suum heredem, licet abstinenter se relinquit, h. caus. quasi 30. §. sed & h. 10. ff. de fideicom. libere. Et de sensu istius legis. C. de usucap. pro herede. explanantes dictum est ad principium tit. sup. de usucap. non. 122. & seq. Et quamvis d. l. cum miles. possessionis mentionem faciat, & à proprietate verborum non facile recedendum sit, l. non aliter. 69. ff. de legat. 3. ita tamen verba exaudiri oportet, ut materiam subjunctæ inferant, arg. l. insulam. 6. ff. de præscript. verb. Neque enim quid dictum scriptumve, sed quæ mente dictum scriptumve sit, perpendendum est. l. penult. ff. de exhibend. Verborum igitur ut prior; ita rerum seu mentis præstantior vis est, atque potestas. l. Laben. 7. §. ut ff. de stipul. d. legat. l. non dubium. 5. C. d. l. si seiro oportet. 13. §. aliud vers. sed est. ff. de excusation.
- 17 **Rursus** non obest quod Julianus ex Servio refert: naturalem possessionem, vivo patre, penes filium esse l. 2. §. filium 2. ff. pro herede. Id enim ad eum respicit casum, quo filius rem à patre sibi donatam & traditam apprehendit; ac proinde cum, vivo adhuc parente, rei donatæ possessionem sit consecutus: novâ apprehensione, eo mortuo, opus non habet. Et sanè cum in casu dicta. l. 2. §. 2. filius pro donato, & non pro herede possideat: inde infallibiliter sequitur, ibidem possessionem defuncti in filium, tanquam suum heredem, non fuisse ipso jure continuatam, & in possessionem acquisitam. Titius Faber Disp. 16. ad Instit. in pr. ib. 10.
- 18 **Similiter** non obstat, possessionem aliquando etiam abfque corporali apprehensione acquiri posse, non secus ac dominium: præsertim cum res immobili ut hereditas, tradi non possit. l. 1. §. si jussit. 21. l. quod meo. 18. §. si venditorum. 2. ff. de acquir. vel amitt. poss. cum similib. Nam idem est, siue naturalis fiat apprehensio, siue tale quid interveniat, quod pro naturali apprehensione habetur, legibus modò allegatis, & l. quarundam. 51. ff. eod. tit. Nihil siquidem refert, quid ex æquipollentibus fiat l. fidei commissi. 1. §. si cui ff. de legat. 3. Regulariter ergo naturalis requiritur apprehensio, idque in rebus mobilibus ut plurimum: sed in immobilibus & incorporalibus patientis est

loco traditionis. l. i. §. fin. de servit. prae. rustic. l. si ergo. 11. §. i. ff. de Public. in rem. act. l. 3. §. si iter. Et ibi Gothofred. §. de actionib. empte. Quae omnia non solum in illis obtinent rebus, quae primo occupanti adjiciuntur. §. illud questum. 13. ff. de rerum divisione. Et c. verum etiam in jam acquisitis, per textum expressum in l. qui universas. 30. §. quod per colonum. ff. de acquir. vel amitt. possess. ubi Paulus in hunc modum respondit: Quod ego per colonum possideo: heres meus, nisi et ipse nactus fuerit possessionem; possidere non poterit. Retinere enim animo possessionem possumus, adipisci non possumus.

- 26 Hoc amplius non obstat l. gerit. 88. ff. de acquir. vel amitt. heredit. ubi idem Paulus inquit, possessionem esse in hereditate. Jam autem omne id, quod hereditatis est, ad heredes transit, l. nihil est aliud. 24. ff. de verborum significat. l. omnia. 193. ff. de regulis iuris. Acquisita ergo hereditate, tanquam aliquo toto: utique & possessio, velut pars ejus, necessario acquisita videtur. Siquidem in toto & pars continetur, l. si quis 7. ff. de except. rei jud. l. in toto. 118. ff. de reg. jur. Non obstat, inquam. Paulus enim improprie dicit, possessionem esse in hereditate: cum facti sit, & mortuo possessore evanescat: ac proinde omnino apprehendi ab herede debeat, ut sup. demonstravimus. Declarat autem illic Jurisconsultus, quoniam pro herede gerere dicatur: & ait, etiam cum gerere pro herede, qui animo agnoscit successionem, tamen nihil attingat hereditarium. Jam vero dubitabatur de domo pignori data defuncto, quam constat inter corpora hereditaria non referri. Et non tantum 29. in princ. ff. de petit. heredit. querebatur, inquam. utrum is, qui domum pignori datam, sicut hereditariam, retinuit, pro herede gessisse videretur? Et Jurisconsultus decidit, eum gessisse pro herede. Ratio decisionis sumitur ex l. si quis extraneus. 21. §. 1. ff. de acquir. vel amitt. heredit. quia interdum animus solus quem obstringit hereditati: ut puta si re non hereditaria quasi heres usus sit. Licet ergo domus illa oppignorata, non fuerit ex corporibus hereditariis: tamen qualis qualis ejus possessio fuit in hereditate: hoc est, tamen illa retentio gestionem pro herede arguit.

- 29 Pariter nihil ad rem pertinet, quod Imperatores afferunt: proprietatem a possessione separari non posse, l. per procuratorem 8. C. de acquir. Et retinend. possess. Nam id ad subjectam & propositam facti speciem referendum est. Venditor enim habens proprietatem & possessionem rei, vendidit eam rem procuratori, ut & proprietatem & possessio simul emptori acquireretur; hocque respectu lex dicit, proprietatem a possessione non posse separari. Quae lege ita breviter explicata, ei non repugnat Ulpianus in l. naturalis. 12. §. 1. ff. de cod. tit. ubi ait: proprietatem cum possessione nihil commune habere. Quia hoc vult dicere: qui rem vindicat, non renunciat ejus possessioni. Non igitur sunt eadem proprietatem & possessio. Si namque idem essent: renuncians rei vindicationi non posset agere possessorio. Alias vero expeditum est, proprietatem & possessionem nonnihil commune inter se habere. Utraque enim per eandem personas acquiritur. §. item vobis 3. vers. non solum. Et §. d. tit. 4. vers. non solum autem. sup. per quas personas cuique acquiris, & a possessione dominium incipit. l. i. §. 1. ff. de acquir. vel amitt. possess. Et c. Illud hic omittit non possum, quod Nicolaus de Palleribus a Genoa; in conciliat. cum Bar. leg. part. 2. sub tit. Anton. Govea. Et c. p. 991. edit. 2. u. §. 5. Et seq. imprudenter & impudenter dicat: me contrarietatem quandam statuere inter d. l. naturaliter. 52. §. 1. ff. de acquir. vel amitt. possess. Et d. l. per procuratores. 8. C. de cod. tit. Contrarium quippe ex meis verbis hoc loco positum evidentissimè constat. Expresse etenim ajo: non repugnat Ulpianus, Et c. Ergo ille procul dubio somniavit, non ego: qui ubique in meis Scriptis inculco nullam in jure extare tantam contrarietatem, quae conciliari non possit. l. i. §. nulla. 8. Et l. 2. contrarium. 15. C. de vet. jur. eniel.

- Nihil denique refragatur l. i. §. hoc interdictum. 44. ff. de vi arm. ubi scriptum est: heredibus competere interdictum unde vi: quod interdictum recuperandae possessionis esse, apertissimi juris est. d. l. i. §. 1. ff. de tit. recuper. 6. inf. de interdict. Recuperamus autem possessionem, quam antea habuimus. Unda videtur dicendum heredem aut superstitem

defuncto possedisse, aut morte ejus possessionem ad illum continuè transivisse. Hoc, inquam, nihil refragatur. Namque heres eo interdicto experitur non ex persona sua: cum nec superstiti defuncto possederit; nec post illius obitum possessionem apprehenderit, quam alius occupaverat: sed ex persona defuncti. Quinimò cum actio ista in bonis defuncti fuerit: merito ab herede, tanquam universi juris successeur, intentari potest. d. l. nihil est aliud. 24. ff. de verborum significat. Et l. heres. 37. ff. de acquir. vel amitt. heredit. Ex quibus omnibus tandem conclusum relinquitur: possessionem defuncti in filium, sive suum heredem, non nisi naturaliter apprehensam, continuari. Et sic, post Bartol. in d. l. cum heredes. 23. ff. de acquir. vel amitt. possess. aliosque plurimos a se citatos. sentit Tiraqueus in tract. Le mort s'ist le vis. in praefat. declarat. 3. num. 6. Roland. à Valle consil. 46. num. 26. Et seqq. vol. 2. Viglius ad §. sui autem. num. 5. sup. de heredum qual. Et differ. Giphanius hic in vers. Et statim morte parentis, Et c. Cujacius ad dict. leg. in suis 11. ff. de liber. Et posthum. Et c. Borch. in Commentar. class. 3. Et Disput. 11. th. 10. edit. 2. Geddeus ad dict. leg. nihil est aliud. 14. ff. de verborum significat. num. 18. Et seq. Bronchorst. centur. 2. evaytio Davy assert. 64. edit. 1. Arumaeus Exercitat. Iustin. 10. in corollar. Et Humius lib. 2. var. resolut. jur. civ. tractat. 5. quest. 28. pag. 597. Et seq. Quae conclusio non solum in possessione rerum patrimonialium; sed feudalium etiam locum habet. Nam & harum possessio a patre in filium non migrat ipso jure: sed facto, hoc est, apprehensione opus est. Atque ita in Camera Imperiali judicatum fuisse, testatur Mynfinger. hie num. 4. Et Gail. lib. 2. digestorum novissimorum. tit. possessio. cap. 48. Et seq. fol. 257. ubi scribit, frequentius decusum esse; valere consuetudinem sive statutum, quod possessio rerum hereditarium ipso jure in heredem suum sine apprehensione transeat: ita ut heres post mortem defuncti statim in dominio & possessione rerum omnium, hereditario jure obvenientium succedat.

§. Interdum. 4: cum §. seq.

§. 4. Interdum autem, licet in potestate parentis mortis tempore suus heres non fuerit; tamen suus heres parenti efficitur: veluti si ab hostibus quis reversus fuerit post mortem patris sui. Jus enim postliminii hoc facit.

§. 5. Per contrarium autem hoc evenit, ut licet quis in familia defuncti sit mortis tempore; tamen suus heres non fiat: veluti si post mortem suam pater judicatus fuerit perduellionis reus, ac per hoc memoria ejus damnata fuerit. Suum enim heredem habere non potest, cum fiscus ei succedat: sed potest dici, ipso quidem jure suum heredem esse, sed desinere.

S U M M A R I A.

- 1 Sui heredes sunt, qui in potestate morientis proximi fuerunt hujusque exceptio.
- 2 Quo casu is, qui tempore mortis in familia et potestate defuncti existit, postea in potestate, adeoque suus heres esse desinat.
- 3 Utrum filia, cuius pater criminis lesa majestatis est damnatus, ad successionem ejus, fisco excluso admittatur.
- 4 Olla sunt restringenda, favores ampliandi.
- 5 A communi opinione non facit recedendum.
- 6 Filia eorum, qui lesa majestatis crimen patrarunt, legitimum tantum ex bonis matris innocentis consequi possunt.

Hic locus ad definitionem sui heredis pertinet, in qua dictum est: suos heredes esse, qui in potestate morientis proximi fuerunt. Ejus exceptio hic asseritur, quae interdum suus est heres, qui in potestate morientis non fuit; veluti filius ab hostibus captus, in potestate parentis, mortis tempore non est: & tamen post mortem patris

patris reversus, suus heres efficitur. Ratio hujus exceptionis est: quia jure postliminii is fingitur apud hostes nunquam fuisse; sed in potestate patris semper mansisse. *§. si ab hostibus. §. si quib. mod. j. patr. potest. solvitur. l. retrò. 16. ff. de captiv. & postlim. revers. Paul. 4. receptar. sent. 2. 8.* Sic è contrario usu venire solet: ut, qui tempore mortis in familia, id est, potestate defuncti existit, postea in potestate, adeoque suus esse desinat: puta si post mortem suam pater læsæ majestatis vel perduellionis reus judicatus, atque ita memoria ejus damnata fuerit. Hoc casu filius ipso quidem jure post mortem patris incipit esse suus heres: sed post damnationem heres esse desinit: eò quòd omnia patris defuncti bona fisco vindicantur *§. per contrarium §. b. t. l. 1. §. interdum. ff. de suis & legit. hered. l. ultim. ff. ad l. Jul. majest. & l. quisquis §. C. eod. tit.* Quòd si verò pater vivens adhuc læsæ majestatis damnatur: filius omninò non fit suus heres. Quinimò hac specie filius non modò non suus heres efficitur: sed prorsus à patris hereditate, utpote quæ applicatur fisco, excluditur, *d. l. quisquis §. C. ad l. Jul. majest.*

3 Quæstionis autem est: num etiam filia isto casu patri succedere non possit? Et communis opinio est: filiam, cujus pater criminis læsæ majestatis est damnatus, ad successionem ejus, fisco excluso, admittendam esse. Ejusque probabilis est ratio: quia dicitur *l. quisquis §. C. d. tit.* de filiis tantum loquitur: proutque ad filias extendi non debet, propter tritam regulam illam: quòd odia restringenda sint, favores ampliandi, *l. cum quidam. 19. ff. de lib. & posth. c. odia. 15. de R. l. in 6. Grass. lib. recept. sent. §. successio ab intestato q. 5. Clar. lib. 5. sent. §. læsæ majest. n. 10. & 12.* Sed licet à recepta hac sententia non sit in judicando & consulendo facile recedendum, arg. *l. 1. vers. junè crebrior ff. de offic. quæstor. l. minimè. 32. & l. si de interpretatione. 37 ff. de ill. tamen disputandi causa tentari poterit, illam à juris veritate videri alienam, per d. l. quisquis §. §. ad filias. 3. C. ad l. Jul. majest. ubi Imp. Arcadius & Honorius discretè ajunt: filias eorum, qui læsæ majestatis crimen perpetrarunt, posse tantum legitimam ex bonis matris innocentis consequi: atque ita haud obsecure innuunt, filias à patrum successione omnimò arcedas esse. Cum enim matri, quæ nihil deliquit, succedere nequeant: quomodo patri, qui læsæ majestatis reus est, succedere poterunt? Præterea in eodem *§. ad filias* dicitur: filias ex bonis maternis legitimam obtinere ut se alere possint. Ergo præsupponitur, eas minimè succedere patri læsæ majestatis reo. Nam si huic succederent: haud difficulter ipsis alimenta ex ejus hereditate suppetere. Verum confer cum his, quæ traduntur in *§. publica autem. 3. num. 52. infr. de publ. judic.**

§. Cum filius. 6.

§. 6. Cum filius filiarè, & ex altero filio, nepos neptisve existunt, pariter ad hereditatem avi vocantur: nec qui gradu proximior est ulteriorem excludit. Aequum enim esse videtur, nepotes neptesque in patris sui locum succedere. Pari ratione & si nepos neptisve sit ex filio, & ex nepote pronepos proneptisve: simul vocantur. Et quia placuit, nepotes neptesve, item pronepotes proneptisve in parentis sui locum succedere: conveniens esse visum est, non in capita, sed in stirpes hereditatem dividi: ut filius partem dimidiam hereditatis habeat, & ex altero filio duo pluresve nepotes alteram dimidiam. Item si ex duobus filiis nepotes neptesve existant, ex altero unus forte aut duo, ex altero tres aut quatuor: ad unum aut duos, dimidia pars pertineat, ad tres vel ad quatuor altera dimidia.

S U M M A R I A.

1 Nepos ex filio præmortuo, una cum patruo suo ad hereditatem avi æquabiliter admittitur.
Hoypprecht, ad Inst. Tom. III.

- 2 Jus successionis sive representationis unde profectum, ejusque ratio.
- 3 Illud jus in quo ordine inveniat locum.
- 4 Principatus & regna plerumque sunt individua.
- 5 Hereditas inter liberos diversi gradus, non in capita, sed in stirpes partienda.
- 6 Quæ hereditas in capita, quæ item in stirpes dividi dicatur.
- 7 Istæ duplex hereditatis divisio quibus quæque earum in casibus locum habeat.

Explicat hic Justinianus duo insignia juris capita: quorum primum est, de successione nepotum in locum filiorum: alterum est, de divisione hereditatis in ista successione. Primum quod concernit: certum est, nepotem neptemve ex filio præmortuo, una cum filio superstitem nempe patruo suo, ad hereditatem avi æquæ ex parte admitti sive nepotem succedere in locum filii, hæc *§. penult. infra h. tit. l. 1. §. si filius 4. ff. de suis & legit. hered. l. 2. & 3. C. de suis & legit. liber. Cujus lib. 2. Inst. 2. 8. & Ulpian. tit. 26. §. 1.* Finge: Sempronius duos habet filios: Mævium & Pamphilum. Moritur Mævius relicto filio, id est nepote Sempronii. Postea moritur etiam Sempronius de cujus hereditate contendit Pamphilus, & Mævii filius, hoc est, nepos. Pamphilus enim, ut filius, & gradu proximior, nepotem, tanquam gradu remotiorem, vult excludere, solusque hereditatem Sempronii habere. Sed inquit Imperator: pariter eos vocari, & nepotem in locum patris sui Mævii succedere. Quod jus successionis, sive (ut vulgò vocant) representationis ex duodecim tabul. profectum est, d. *§. penult. infr. hoc tit. & d. l. 3. C. de suis & legit. liber.* Ejusque juris ratio est æquitas naturalis. *d. l. 1. §. si filius ff. de suis & legit. heredib.* Unde & Justinianus hic ait æquum esse videtur, nepotes neptesve in patris sui locum succedere. Ideòque videtur stricto jure aliud dicendum, ut nimirum nepos à filio excludatur: Eadem ratione pronepos proneptisve ex nepote demortuo, una cum nepote neptre ex filio æquis ex partibus succedit, hoc *§. nostro. vers. puri ratione & c. & l. 1. §. liberos: 7. ff. de conjungend. cum emancipato liberis ejus, & c.* An verò etiam abnepotes in parentum suorum, id est pronepotum defunctorum locum admissi, cum aliis pronepotibus, nepotibus, & filiis abavo suo succedere possint, necne, latè expositum est *supr. in princ. hujus tit. 69. & seq.*

Illi porò successionis sive representationis juri locus est tantum in ordine descendenti seu liberorum. *l. consanguinit. 3. ibiq. Gothofr. C. de legit. hered. & novissimo jure etiam in ordine agnatorum sive collateralium, sed uno solummodo casu, puta in filiis fratrum cum patruo concurrentibus in successione patris defuncti, Nov. 118. c. 3. Cypb. & Wesenb. hic n. 2 & 3. Valent. Riemer. decad. 8. q. illust. 4. Franzk. exercit. jur. 9. qu. 7. & 8. p. 238. cum seqq. & c.* *gimus sup. ad dict. princ. hujus tit. n. 92.* Et hæc quidem sunt indubitati expeditique juris, in successione privatis. Cæterum in divisione ac successione regnorum & principatum, de isthoc representationis jure ingentes olim fuerunt pugne, & frequentes controversie. Nec profecto sine ratione. Nam principatus & regna plerumque sunt individua, ita ut si duo sint filii, ad alterum tantaxat regni successio deferatur: quæ de re videntur Andrea Gail. lib. 2. obs. 153. D. Mart. Ræmel. part. 1. ad Aur. Bull. Carol. IV. dissert. 6. in Coroll. ibique Speidel. in addit. ad lit. a pag. 188. & seq. Finge igitur: Rex duos habet filios: quorum major natu moritur antepatrem, relicto filio. Post rebus humanis etiam ipse Rex excedit. Contentio oritur de successione regni inter filium Regis secundum, & nepotem ex primo. Si regnum divisionem reciperet, uterque succederet: & (ut in hoc *§. nostro* dicitur) pariter æquabiliterque ad hereditatem vocarentur: Sed quia regna (ut dicitur) sæpe semper individua sunt vehementer dubitatur, uter alterum excludat? Moribus tamen magis obstitit, ut nepos ulterior, cum in locum patris sui succedat, filium proximiorum jure hoc representationis removeat. Egregie Horum in lib. quæst. illust. q. 3. & hæc de re abundè dissertavimus *supr. ad princ. tituli nostri num. 81. & multo seqq.*

Atque hæc de prioribus hujus capituli Alterum est, de divisione hereditatis parentis inter liberos diversi gradus. Quæ quidem hereditas inter eos non in capita, sed in stirpes divi-

denda est, hic & §. ult. infr. hoc tit. l. 2. C. de suis & legit. liber. *Cajus. d. lib. 2. Instit. t. 8. Ulpian. d. t. 26. Paul. lib. 4. recept. sent. t. 8. §. filii, &c.* In capita autem dividi dicitur hereditas, quæ in portiones viriles, sive tot in partes, quot sunt capita, id est, personæ succedentium, dividitur: ut singulis personis singulæ partes attribuantur. l. 2. §. hæc hereditas. 2. ff. de suis & legit. heredib. in stirpes verò, cum non capitum sive personarum, sed stirpium ratio habetur, Nov. 118. c. 1. vers. sic tamen, &c. & paulo explanatius diximus 7 *supr. in princ. hujus t. n. 65.* Cæterum hæc duplex hereditatis divisio, una in capita, altera in stirpes, quibus quæque earum in casibus locum habeat, explicatu difficile est. Videtur tamen ita res commodè definiri posse: ut in primo ordine, hoc est, liberorum, hereditas in stirpes; in secundo, id est, agnatorum sive legitimæ successione, in capita distribuatur. De priorē parte agitur hic: de altera in §. hoc etiam 4. infr. tit. prox. & §. sed nostra. 3. in fine infr. de success. libert. Ratio de parte priorē est: quia ibi successio fit respectu stirpis, hoc est, ejus, cujus in locum succeditur. De altera hæc est ratio: quia ibi successio fit proprio jure, sive ratione personæ & capitis, & non jure alieno; id est, ratione stirpis. *Hotoman. hic enunciat. 4. circa fin. & Anton. Matthæus in vers. item si ex duob. &c.*

§. Cum autem quaeritur, 7. &
§. Et licet. 8.

§. 7. Cum autem quaeritur, an quis suus heres existere possit: eo tempore quaerendum est, quo certum est, aliquem sine testamento decessisse: quod accidit & destituto testamento. Hac ratione, si filius exheredatus fuerit, & extraneus heres institutus, & filio mortuo, postea certum fuerit, heredem institutum ex testamento non fieri heredem, aut quia noluit esse heres, aut quia non potuit, nepos avo suus heres existeret: quia quo tempore certum est, intestatum decessisse patremfamilias, solus invenitur nepos. Et hoc certum est.

§. 8. Et licet post mortem avi natus sit: tamen avo vivo conceptus, mortuo patre ejus, posteaque deserto avi testamento, suus heres efficitur. Planè si & conceptus & natus fuerit post mortem avi: mortuo patre suo, desertoque postea avi testamento, suus heres avo non existeret: quia nullo jure cognationis patrem sui patris attingit. Sed nec ille est inter liberos avi, quem filius emancipatus adoptavit. Hi autem, cum non sint sui (quantum ad hereditatem) liberi: neque bonorum possessionem petere possunt, quasi proximi cognati. Hæc de suis heredibus.

SUMMARIA.

- 1 Hereditas quo tempore deseratur.
- 2 Nepos vivo avo conceptus, & in utero tempore mortis ejus existens, pro jam nato habetur.
- 3 Exhereditatio non est modus solvendi patriæ potestatis.
- 4 Nepos post avi mortem & conceptus & editus avo suus heres non existit.
- 5 Tamen ille bonorum possessionem contra tabula liberti avi potestulare quærit.

Iste quoque locus pertinet ad definitionem sui heredis in qua diximus, spectandum esse tempus mortis, an scilicet quis in potestate defuncti mortis tempore fuerit proximus. Ejus alia hic adducitur exceptio, quæ non tempus mortis, sed etiam tempus post mortem spectatur, puta tempus delatæ hereditatis. Et sanè cum plerumque hereditas tempore mortis deferatur: ideo plerumque etiam mortis tempus in sui herede inspicitur. Nonnunquam tamen hereditas non itam à morte defuncti sed eo tempore, quo defunctus conceptus in utero existens est, deseratur:

quod sæpè longè post ejus mortem fieri potest: sicuti in hac specie contingit: Cajus habet filium, & ex eo nepotem: filium exheredat, & extraneum instituit heredem. Deinde mortuo testatore Cajo, moritur & filius exheredatus, dum deliberat extraneus. Postea extraneus ille, heres institutus hereditatem non adit: & ita defunctus testator sit intestatus, quippe destituto & deserto ab herede testamento. Ac proinde nepos proximum jam gradum obtinens, suus avo efficitur, eique succedit: qui tamen tempore mortis gradum illum non obtinebat, præcedente ipsum filio exheredato. Verum tempore deserti testamenti in potestate avi est proximus. Ergo & suus, l. 1. §. sciendum. ff. de suis & legit. hered. l. si quis filio. 6. ff. de injust. rupt. irr. fact. testam. l. si quis filium. 34. C. de inoffic. testam. l. scripto. 7. ff. si tab. testam. nulla extab. l. ult. ff. de conditionib. institution. Non refert: vivo avo, an eodem mortuo, natus sit ille nepos. Nihilominus enim, deserto post patriæ mortem testamento, suus heres avo existit: si modò eo vivo fuerit conceptus, §. & licet. 8. hoc tit. & d. l. si quis filio. 6. circa princip. ff. de injust. rupt. irr. &c. Ratio est 2 perspicua: quia nepos, vivo avo conceptus, & in utero tempore mortis ejus existens, pro jam nato habetur, l. qui in utero. 7. & 26. ff. de stat. homin. l. vel si vivo. 7. ff. de suis & legit. hered. l. Quid autem dicendum: si eo tempore, quo testamentum destituitur, filius exheredatus adhuc viveret? Hoc utique casu ipse filius suus heres foret; & ut gradu proximior, nepotem ex se genitum excluderet. Nec movet in contrarium: quòd filius exheredatus fuerit. Nam exhereditatio non est modus solvendi patriæ potestatis, tot. tit. f. quibus modis jus patriæ potestatis solvit. eaque, destituto testamento, simul cum heredis institutione, & cæteris in illo dispositis, annihilatur & corrumpitur, l. filium. 20. ff. de bonorum poss. contr. tab. l. Papinianus. 8. §. penult. ff. de inoffic. testam.

Planè nepos post avi mortem & conceptus & editus, 4 avo suus heres non existit: & consequenter nec ejus legitimam hereditatem obtinebit; nec etiam bonorum possessionem jure prætorio, d. §. & licet. 8. vers. planè hoc tit. d. l. si quis. 6. in fine principii. ff. de injust. rupt. irr. fact. test. l. Titius. 6. & l. item Prætor. 8. ff. de suis & legit. hered. Giphanius & Rittershus. hic pagin. 341. Ratio: quia, inquit Iustinianus, nullo jure cognationis patrem sui patris, id est, avum attingit: non quidem jure civili: quia nunquam fuit in illius potestate, utpotè nondum conceptus: non etiam jure naturali, aut prætorio, quod cognationem naturalem spectat: quia sanguinis necessitudo vel conjunctio ne fingi quidem potest inter duos, quorum neuter in rerum naturâ erat eo tempore, quo de hereditate deferendâ agitur, hoc est, tempore mortis, d. l. Titius. 6. & duab. seqq. ff. eod. tit. Tamen sine ratione sufficienti repugnet Johan. Wurmser. in nucleo juris controversi disputat. 12. controvers. 2. pag. 294. Siquidem Imp. hic in §. 8. rotundè asserit: nepotem, de quo agitur, nullo jure, adeoque nec jure sanguinis avum attingere: ac propterea eum neque legitimam hereditatem ejus, tamquam suum heredem, neque bonorum possessionem, tanquam cognatum accipere posse, ut disertè respondit Julianus in d. l. Titius. 6. vers. qui post mortem. ff. de suis & legit. heredib. Cui quoque subscribit Ulpianus cum Marcello in d. l. si quis. 6. in fine principii. ff. de injust. rupt. irr. fact. testam. Vanum proinde est, quod Wurmserus scribere haud erubescit: ne Imperatorem quidem negare posse: nepotem illum ex avi sanguine procreatum esse. Enimverò hic nepos licet ad avi successione non admittatur: tamen bonorum possessionem contra tabulas liberti avi potestulare potest, & ad hereditatem legitimam ejus admitti, l. Paulus respondit. 37. §. penultim. ff. de bonis libertor. Ratio differentie inter hereditatem avi, & inter hereditatem liberti avi hæc est: quia is nepos avo non est agnatus, ut modò explicatum: sed avi liberti est patronus; & ideo liberti hereditas ad eum, ut patronum, pertinet. Vide Baldum hic in verb. tamen avo vivo conceptus. Giphanium in verb. quantum ad hereditatem, & Mynsingerum num. ult. item Humium lib. 3. variat. resolut. jur. civ. tit. 1. quæst. 7.

§. 9. Emancipati 9.

§. 9. Emancipati autem liberi, jure civili nihil juris habent. Neque enim sui heredes sunt, qui in potestate parentis esse desierunt: neque ullo alio jure per legem 12. tabularum vocantur. Sed prætor naturali æquitate motus, dat eis bonorum possessionem. Unde liberi, perinde ac si in potestate parentis tempore mortis fuissent: sive soli sint, sive cum suis heredibus concurrant. Itaque duobus liberis existentibus, emancipato uno, & eo, qui tempore mortis in potestate fuerit: sanè quidem is, qui in potestate fuit, solus jure civili heres est, & solus suus heres. Sed cum emancipatus beneficio Prætoris in partem admittitur: evenit, ut suus heres pro parte heres fiat.

S U M M A R I A.

1. Liberis emancipatis jure civili parentum successio non deferretur.
2. Naturalis æquitas omnes liberos ad parentum successionem æqualiter admittit.
3. Jus sanguinis, & naturale liberorum nomen, emancipatione siquæ civili modo tolli nequit.
4. Jure novissimo differentia inter suos & emancipatos, ut & inter agnatos cognatosque, prorsus sublata est.
5. Itaque intelligendum duntaxat quoad causam succedendi.

DE suis heredibus, & de iis, qui inter suos ex constitutionibus Principum numerantur, ut sunt legitimi, hæcenus explicatum est: nunc de iis, quos inter suos numerat Prætor, ut sunt emancipati subjungitur. Liberis autem emancipatis jure civili parentum successio non deferretur. Nam cum duplex tantum esset eo jure successionis gradus: suorum, & agnatorum, ut supra in §. 1. b. t. diximus, & infra initio tituli proximi monebimus: emancipatos neque ut suus heres, quia desierat in potestate parentis esse, succedere poterat: neque ut agnatus cum jus agnationis, & legitimæ successionis, per emancipationem sive capitis diminutionem peremptum esset, §. ult. supr. de legitim. agnator tutel. l. tutel. 7. ff. de cap. minutis. Omni igitur remedio auxilioque filius emancipatus erat destitutus. Id quod naturali æquitati, quæ pariter omnes liberos ad parentum successionem admittit, maxime refragabatur, l. scripto. 7. §. fin. ff. si tabul. testam. nulla extab. Quæ de causa æquitatem illam Prætor secutus, liberis emancipatis, sive soli sint, sive cum suis concurrant, beneficio bonorum possessionis, Unde liberi; subvenit; per quod ii, rescissa capitis diminutione, ad paternam hereditatem perinde, ac si in parentum potestate persistissent, vocantur, ut hic & l. liberi. 4. ff. dicto tit. 1. l. im. §. 1. C. de legitim. heredib. l. sed cum. 6. §. 1. ff. de bonor. possessionib. Utcunque enim emancipati desinunt sui heredes, & agnati esse: non tamen desinunt esse liberi, & sanguine proximi. Quid ita? quia jus sanguinis, & naturale liberorum nomen emancipatione id est, civili ratione & modo tolli nequit, §. minus ergo. 11. infr. hoc tit. l. jura sanguinis. 8. ff. de reg. jur. pulebræ Forster. lib. 4. de successionibus. cap. 12. num. 5. Sed hodie jure novissimo emancipati, absque Prætoris beneficio, instar suorum heredum, succedunt. Nam ad successionem quod attinet, differentia inter suos & emancipatos; quemadmodum etiam inter agnatos cognatosque prorsus sublata est, Novell. 118. cap. 1. & 4. Mosinger. hic num. 3. & Guilielm. Ranchin. in tract. de success. ab intestat. §. 4. num. 3. & 4. ubi Aleoium lib. 3. paradox. cap. 10. & Cujacium in expositione dictæ Novell. 118. differentes, solidè refutat. Et eandem rem pluribus locis prætorum auctoritatibus confirmavimus, s. in princip. hujus tituli. num. 58. Neque verò inde consequens est: quod jura suorum & emancipatorum penitus sint confusa, omnique omnino inter suos & emancipatos differentia sit sublata, sic ut emancipatus & suus in omni

Harpprechts ad Justin. Tom. III.

bus ac per omnia paribus ambulent passibus: verum Justinianus discrimen inter suos & emancipatos, solummodo (ut ante monitum num. 4.) quoad causam succedendi sustulit: ita ut emancipati, qui olim erant planè incogniti jure civili; nec poterant succedere, nisi ex beneficio prætoris, hoc §. nostro hodie possint succedere jure civili, & ex Imperialis constitutionis auctoritate, nec indigeant auxilio prætoris, ut olim. Illa interim differentia semper manet inter suum & emancipatum: quod qui suus heres est, non minus sit heres ipso jure atque olim: emancipatus autem aliter heres non existat, quam si adierit hereditatem. Id quod latius explicatum est in §. 3. supra hoc tit. & idem abundè explanat Humius lib. 3. variar. resolut. jur. civil. tract. 1. quest. 4. Frantzkus exercitat. jurid. 3. quest. 1. cum aliquot seqq. pag. 218. & subseqq. itemque Ungepair. exercit. Justin. 9. quest. 3. pag. 350. cum seqq. edit. ult.

§. At hi, qui emancipati. 10.

§. 10. At hi, qui emancipati à parente in adoptionem se dederant, non admittuntur ad bona naturalis patris quasi liberi: si modò, cum is moreretur, in adoptivâ familiâ fuerint. Nam vivo eo emancipati ab adoptivo patre, perinde admittuntur ad bona naturalis patris, ac si emancipati ab ipso essent, nec unquam in adoptivâ familiâ fuissent. Et convenienter, quod adoptivum patrem pertinet, extraneorum loco esse incipiunt. Post mortem verò naturalis patris emancipati ab adoptivo patre: & quantum ad hunc adoptivum patrem pertinet, æquè extraneorum loco fiunt: & quantum ad naturalis patris bona pertinet, nihilo magis liberorum gradum nanciscuntur. Quod ideo sic placuit; quia iniquum erat, esse in potestate patris adoptivi, ad quos bona naturalia patris pertineant, utrum ad liberos ejus, an ad agnatos.

S U M M A R I A.

1. Quo casu emancipatis per bonorum possessionem, Unde liberi, non succurratur.
2. Extraordinario auxilio non est locus, si adest ordinarium.
3. Emancipatione civilis adoptivus potestatem omnino tollitur.
4. Successionum casus ab alieno arbitrio pendere non debent.
5. Volenti non fit injuria.

Quanquam emancipatis jure Prætorio per bonorum possessionem, Unde liberi, succurratur; ut superiori §. dictum: id tamen non procedit, si tales emancipati sese arrogandos alicui extraneo dederint. Hujus ratio non obscura est: quia cum eis satis in adoptivâ familiâ sit consultum, in quâ jura tum suavitatis, tum agnationis adepti sunt: nihil illis prætoris auxilio opus est. Neque enim solet prætor subvenire iis, quibus jure civili est prospectum. Cur ita? quia Prætorium auxilium est extraordinarium: cui non est locus, si ordinarium, id est, civile adest, l. in causa. 16. in princip. ff. de minoribus. 25. an. Hæc autem ratio in iis cessat, qui vivo patre naturali iterum emancipati sunt ab adoptivo: quoniam nec civili jure, nec Prætorio, patri adoptivo succedere possunt, sublata penitus adoptione per emancipationem, de quo infr. §. seq. Ideoque ad naturalis patris, postea morientis bona, per Unde liberi bonorum possessionem perinde admittuntur, ac si nunquam in arrogatoris potestate & familiâ fuissent, hoc §. & l. lib. 4. ff. si tab. test. nulla extab. Cæterum post naturalis patris mortem ab adoptivo emancipati, utriusque extranei videntur; adeoque utriusque patris, naturalis & adoptivi, successionem excluduntur. Adoptivi sanè ideo: quia emancipatione sic tollitur civilis adoptionis potestas, ut ne vestigium quidem juris ex adoptione questu remaneat, l. in omni. 13. ff. de adopt. naturalis verò ideo: primò quia jus aliis liberis aut agnatis patris naturalis, à tempore mortis ejus (quo illi hi erant adhuc

in familiā alienā, atque ita hereditatis hujus incapaces) per additionem quæstium, factō patris adoptivi illis auferri non debet, *l. id, quod nostrum. 11. §. l. non debet. 74. ff. de reg. jur. §. l. ult. ff. de pactis.* Deinde quia absurdum est, & iniquum: successionum casus ab alieno pendere arbitrio, *l. illa infirmitas. 32. §. l. captatorius. 70. ff. de hereditibus instit.* Id quod hic fieret, si pater adoptivus, filios arrogatos rursus emancipando, hereditatem aliis propinquis & agnatis adimere, vel eos non emancipando, ipsis eandem pro suā voluntate relinquere posset, ut Imperator in fine hujus §. subindicat. Tertiō, quia non sit injuria his filiis, ab adoptivo patre emancipatis: utpote cum sponte se in arrogationem dederint; & non nisi volentes, aut propter suum delictum, emancipari à patre adoptivo possint, *l. nonnunquam 32. cum legibus sequentibus. ff. de adoptionibus. l. jubemus. 5. Cod. de emancipationibus liberor.* Novell. 89. cap. 11. Volentibus autem, vel commercantibus, nulla sit injuria, *l. 1. §. usque adeo. ff. de injur. l. nemo. 145. ff. de regulis jur. l. Gracchus. 4. Cod. ad leg. Jul. de adult. Wesenbec. hic num. 5.* Illud tamen quia æquum visum non est: à Justiniano Imperatore merito correctum est, §. sed ea omnia. 14. *infra. hoc tit.*

§. Minus ergo. 11.

§. 11. Minus ergo juris habent adoptivi filii, quam naturales. Namque naturales emancipati, beneficio Prætoris gradum liberorum retinent, licet jure civili perdant: adoptivi verò emancipati, & jure civili perdunt gradum liberorum, & à Prætoris non adjuvantur: & rectè. Naturalia enim jura civilis ratio perimere non potest: nec quia desinunt sui heredes esse, possunt desinere filii filiarum, aut nepotes neptesque esse. Adoptivi verò emancipati, extraneorum loco incipiunt esse: quia jus nomenque filii filiarum, quod per adoptionem consecuti sunt, aliā civili ratione, id est, emancipatione perdunt.

S U M M A R I A.

1. Differentia inter emancipatos naturales, & inter emancipatos adoptivos.
2. Ratio istius differentie.
3. Jura naturalia civili instituto tolli non possunt.

1. **E**X præcedentibus colligit Imperator differentiam inter emancipatos naturales & inter emancipatos adoptivos. Differentia hæc est: quod naturales emancipati liberorum gradum, quem jure civili amiserant, jure Prætorio recuperant, vel potius retinent, hoc est, per bonorum possessionem *Unde liberi*, à Prætoris admittuntur: adoptivi verò à patre adoptivo rursus emancipati, quicquid in adoptivā familiā juris habuerunt, perdunt: nec Prætoris auxilio adjuvantur, hoc §. nostro & *l. 4. ff. si tab. testam. nulla extab. l. 2. §. liberi. 6. ff. ad SC. Tertyll. l. in omni. 13. ff. de adopt. §. l. ult. §. 1. C. de leg. hered.* Ratio differentie jam supra in §. emancipati. 9. hoc tit. n. 3. exposita est: quia naturales manent jure naturæ & sanguinis filii: nec nomen liberorum naturalium, utpote naturale per civilem emancipationis actum perimitur: ut adoptivi non manent liberi, propter emancipationem, quā nomen liberorum emancipatorum, utpote civile prorsus extinguitur. Ratio rationis: quia, inquit Justinianus, jura naturalia civili instituto tolli non possunt, hic & §. ult. *f. de leg. agnat. tutel. l. jura sanguinis. 8. ff. de reg. jur.* De adoptivis una est exceptio, quā adoptivus etiam post emancipationem admittitur: utputa si nepos naturalis avi, ab ipso eodem avo adoptetur in locum filii: quod fieri posse, constat ex §. & *zani filium. 6. f. de adoptionibus.* Nam hic nepos licet postea ab avo emancipetur: nihilominus tamen, cum sit ex naturalibus liberis bonorum possessionem accipit, *d. l. 2. §. liberi. 6. vñf. adoptiv. ff. ad SC. Tertyll. confide. Tertyll.*

§. Eadem hæc. 12.

§. 12. Eadem hæc observantur, & in eā bonorum possessione, quam contra tabulas testamenti parentis liberis præteritis; id est, neque heredibus institutis, neque ut oportet, exheredatis, Prætor pollicetur. Nam eos quidem; qui potestate mortis tempore fuerint, & emancipatos, vocat Prætor ad eandem bonorum possessionem: eos verò, qui in adoptivā familiā fuerint per hoc tempus, quo naturalis parens moreretur, repellit. Item adoptivos liberos emancipatos ab adoptivo patre, sicut ab intestato, ita longè minus contra tabulas testamenti ad bona ejus non admittit: quia desinunt in numero liberorum ejus esse.

S U M M A R I A.

1. Bonorum possessio contra tabulas cur ita appelletur.
2. Quibus competat hæc bonorum possessio.
3. Quo casu emancipati ad illam bonorum possessionem non admittantur.
4. Liberi adoptivi, ob vinculum adoptionis emancipatione solvantur, in numero liberorum patris adoptivi esse desinunt.

QUOD paulò prius dictum est, de bonorum possessione *Unde liberi*, eam liberis naturalibus emancipatis à Prætoris decerni, adoptivis non item: hoc idem in bonorum possessione *contra tabulas*, observandum esse Imperator hic monet. Ideo dicitur *contra tabulas*: quia contra lineas testamenti tabulas conceditur. In tabulis enim ligneis, verà illitis, testamenta scribi antiquitus solebant. Sed hoc de re fortassis etiam aliquid dicitur in §. sunt aut. 3. *infra. de bonor. possess.* Liberis autem præteritis, i. e. ut Justinianus seipsum interpretatur, neque heredibus institutis, neque ritè & legitime exheredatis, siue sui sint, siue emancipati, hæc *contra tab.* bonorum possessio datur. Nam licet suorum præteritione testamentum vitietur, idque ipsi nullum dicere possint, initio sit. *f. de exheredat. liberor. l. 1. ff. de injusto, rupt. irr. fact. testam.* tamen, ut magis sibi caveant auctoritate Magistratus, etiam hoc remedio possessionis *contra tabulas*, propter emancipatos præcipue inducto, uti queunt. *l. 1. §. si retentus. 7. §. l. si duobus. 12. §. 1. ff. de bonor. poss. cont. tabul.* Si tamen emancipati per hoc tempus, quo pater naturalis moritur, in adoptivā familiā fuerint: per bonorum possessionem *contra tabulas* non admittuntur, hic & *l. penult. in princip. C. de adopt.* Ratio ex supra dictis evidens est: quia cum ii successionem patris adoptivi habeant salvam: Prætoris beneficio non indigent. Sed & adoptivi liberi emancipati ab adoptivo patre, sicut ab intestato ei non succedunt: ita ab eodem in testamento præteriti, bona ejus non consequuntur per bonorum possessionem *contra tabulas. d. l. penultim. Cod. de adoptionibus.* Et igitur liberi naturales emancipati habeant utramque bonorum possessionem, tam *Unde liberi*, quam *contra tabulas*: adoptivis tamen emancipatis neutra competit. Differentiæ ratio in utraque possessione est eadem: quia scilicet utraque datur iis, qui naturaliter manent liberi. Adoptivi autem, propter vinculum adoptionis emancipatione dissolutum, in numero liberorum patris adoptivi esse desinunt, siueque prorsus pro extraneis habentur, hoc §. nostro in fin. & *l. 1. §. §. fin. 6. l. 3. §. 2. ff. de bonor. poss. cont. tabul.* & in §§. præcedentibus satis annotatum.

§. Admonendi. 13.

§. 13. Admonendi tamen sumus: eos, qui in adoptivā familiā sunt, quivè post mortem naturalis parentis ab adoptivo patre emancipati fuerint: intestato parente naturali mor-

mortuo, licet eâ parte edicti, quâ liberi ad bonorum possessionem vocantur, non admittantur: aliâ tamen parte vocari, scilicet quâ cognati defuncti vocantur. Ex quâ parte ita admittuntur, si neque sui heredes liberi, neque emancipati obstant, neque agnatus quidem ullus interveniat. Antè enim Prætor liberos vocat tam suos heredes, quàm emancipatos: deinde legitimos heredes: dehinc proximos cognatos.

S U M M A R I A.

1. Liberis emancipatis à patre naturali, qualis bonorum possessio concedatur.
2. Adoptio sive emancipatio, utpote civilis, jure cognationis naturale tollere nequit.
3. Bonorum possessio Unde cognati quando decernatur.

1. **A** Ccomodandus est hic §. ad ea, quæ dicta sunt in §. ut hi, qui emancipati. 10. supr. hoc tit. Nam ibi exposuit Imperator; emancipatis à patre naturali, si sese in adoptionem dederint, & moriente patre naturali adhuc in adoptiva familia fuerint, non dari bonorum possessionem Unde liberi, in bonis patris naturalis. Hoc loco subnecti: his tamen aliam bonorum possessionem, nunc Unde cognati. concedi, l. 1. §. 2. ff. unde cognati. l. liberi. 4. ff. si tabul. testament. nulla extab. idque eâ ratione, quod adoptio aut emancipatio, utpote civilis, jure cognationis naturale tollere non possit, vulgata l. jura sanguinis. 8. ff. de regul. jur. d. l. 1. §. cognationem. 4. vers. evenit igitur. ff. unde cognati. Verum hæc Unde cognati bonorum possessio tertio demum loco, nimirum post bonorum possessionem Unde liberi, & post bonorum possessionem Unde legitimi decernitur. Hos enim tres successionum ordines Prætor facit: ut ad bonorum possessionem primò suos & emancipatos: dein legitimos sive agnatos; post cognatos admittat. l. 1. ff. quis ordo in bon. poss. serv. l. 1. §. 1. ff. si tab. test. null. extab. §. sunt autem. 3. infr. de bonor. possessionibus.

§. Sed ea omnia. 14.

§. 14. Sed ea omnia antiquitati quidem placuerunt: aliquam autem emendationem à nostrâ constitutione acceperunt, quam super his personis composuimus, quæ à patribus suis naturalibus in adoptionem aliis dantur: Invenimus etenim nonnullos casus, in quibus filii & naturalium parentum successionem propter adoptionem amittebant, & adoptione facillè per emancipationem soluta, ad neutrum patris successionem vocabantur. Hoc solito more corrigentes, constitutionem scripsimus, per quam definimus, quando parens naturalis filium suum adoptandum alii dederit, integra omnia jura ita servari atque si in patris naturalis potestate permansisset, nec penitus adoptio fuisset subsequuta: nisi in hoc tantummodo casu, ut possit ab intestato ad patris adoptivi venire successionem. Testamento autem ab eo facto: neque jure civili, neque prætório, ex hereditate ejus aliquid persequi potest, neque contra tabulas bonorum possessione agita, neque inofficiosi querela instituta: cum nec necessitas patri adoptivo imponatur, vel heredem eum instituere, vel exheredatum eum facere, utpote nullo vinculo naturali copulatum, neque si ex Sabiniano Senatusconsulto ex tribus maribus fuerit adoptatus.

Nam & in ejusmodi casu, neque quarta ei servatur, neque ulla actio ad ejus persecutionem ei competit. Nostrâ autem constitutione exceptus est is, quem parens naturalis adoptandum suscepit: Utroque enim jure, tam naturali, quàm legitimo in hanc personam concurrente: pristina jura tali adoptioni servamus, quemadmodum si paterfamilias sese dederit arrogandum: quæ specialiter & singulatim ex præfata constitutionis tenore possunt colligi.

S U M M A R I A.

1. In adoptionem à patre naturali datus, an & quo jure in testamentum & familiam adoptantis transeat.
2. Traditus in adoptionem, utrique patri & naturali & adoptivo, succedit ab intestato.
3. Jus de liberis adoptivis novum, cur toties in Institutionibus repetatur.

EXponuntur hoc titulo duo juris veteris correcti capita. Prius est, de liberis in adoptionem datis, de quo hic: alterum est, de differentiâ marium & foeminarum, de quo in §§. sequentibus. Quod ad prius attinet; jure veteri in adoptionem à patre naturali datus, ejus potestate liberabatur, & transibat in familiam & potestatem patris adoptivi. Hoc jus de adoptione vetus suffulit Imperator & emendavit: ita ut in adoptionem datus à patre naturali, in hujus potestate remaneat; nec in adoptantis jus & familiam transmigret, ut hic, & diffusius in §. sed hodie. 2. supr. de adoptionibus. Sic quoque jure antiquo, propter mutationem potestatis per adoptionem eveniebat interdum: ut traditus in adoptionem ad neutrum patris successionem vocaretur. Non quidem naturalis: quia erat in familiâ adoptiva: non etiam adoptivi, quia ab eo emancipatus, pro extraneo habetur; de quo dictum in §. at hi, qui emancipati. 10. supr. hoc tit. & hic in vers. Invenimus etenim, &c. Quod jus successionis, ex priori de adoptione jure descendens, tanquam valde durum & iniquum, Justinianus itidem correxerat: ita scilicet, ut in adoptionem datus, utrique patri, tam naturali, quàm adoptivo succedat ab intestato. Nam ex patris adoptivi testamento nihil habet juris, nisi ab eo instituat. Et hæc emendatio juris veteris: tam in adoptione, quàm in successione, continetur in l. penultim. C. de adoption. Vide Davidem Doringium in Bibliotheca Jurisconsultorum. tom. 1. verb. adoptare. num. 113. fol. 669. & seq. Unus excipitur casus, quo jus præsumptum Imperator reliquit: quando videlicet avus proavusve aliquem adoptandum suscepit. Tunc enim filius adoptatus in familiam & potestatem patris adoptivi contestim transit, eique suus heres efficitur. Ratio est: quia duplici vinculo, naturali sanguinis, & civili adoptionis illi conjunctus est. De quâ exceptione hic in vers. nostrâ autem constitutione, &c. & in dict. §. sed hodie. 2. vers. si vero pater. supr. de adoptionibus. & §. sed hæc quidem. 5. num. 5. supr. de adoptionibus. lib. Ceterum vehementer mirandum est: jus illud de liberis adoptivis novum, neque magnæ rei, neque industrie in hisce Institutionibus toties repeti, atque ad fastidium incutiar. Quod utrùm jactantia, an oscitantia nostrorum acciderit, non habere se dicere inquit Wesenbecius, hic in princip.

§. Item vetustas. 15. cum §. sequente.

§. 15. Item vetustas ex masculis progenitos plus diligens, solos nepotes vel neptes, qui quævis ex virili sexu descendunt, ad suorum vocabat successionem, & jure agnatorum eos anteponebat: nepotes autem, qui ex filiabus nati sunt, & pronepotes ex neptibus, cognatorum loco connumerans, post agnatorum line-

am eos vocabat tam in avi vel proavi materni, quam in aviae vel proaviae, sive paternae, sive maternae successione. Divi autem Principes non passi sunt talem contra naturam injuriam sine competentem emendatione relinquere: sed cum nepotis & pronepotis nomen commune sit utrisque, tam qui ex masculis, quam qui ex foeminis descendunt, ideo eundem gradum & ordinem successione eis donaverunt. Sed ut amplius aliquid sit eis, qui non solum naturae, sed etiam veteris juris suffragiis muniuntur: portionem nepotum, vel neptum, vel deinceps (de quibus supra diximus) paulo minuendam esse existimaverunt: ut minus tertia parte acceperent, quam mater eorum vel avia fuerat acceptura, vel pater eorum, vel avus paternus, sive maternus, quando foemina mortua sit, cujus de hereditate agitur: iisque (licet soli sint) adeuntibus, agnatos minimè vocabant. Et quemadmodum lex duodecim tabularum, filio mortuo nepotes vel neptes, pronepotes vel proneptes in locum patris sui ad successionem avi sui vocat: ita & principalis dispositio in locum matris suae vel aviae, eos cum jam designata partis tertiae deminutione vocat.

§. 16. Sed nos, cum adhuc dubitatio maneret inter agnatos & memoratos nepotes, quartam partem substantiae defuncti agnatis sibi vindicantibus ex ejusdem constitutionis auctoritate, memoratam quidem constitutionem à nostro Codice segregavimus, neque inseri eam ex Theodosiano Codice in eo concessimus. Nostram autem constitutionem promulgatam, toti juri ejus derogatum est: & sanximus, talibus nepotibus ex filia, vel pronepotibus ex nepte & deinceps, superstitionibus, agnatos nullam partem mortui successionis sibi vindicare: ne hi, qui ex transversa linea veniunt, potiores iis habeantur, qui recto jure descendunt. Quam constitutionem nostram obtinere secundum sui vigorem & tempora, & nunc sancimus: ita tamen, ut quemadmodum inter filios & nepotes ex filio antiquitas statuit, non in capita, sed in stirpes dividi hereditatem: similiter nos inter filios & nepotes, ex filia, distributionem fieri jubeamus, vel inter omnes nepotes & neptes, & inter pronepotes, & proneptes, & alias deinceps personas: ut utraque progenies, matris vel patris, aviae vel avi portionem sine ulla deminutione consequatur: ut si forte unus vel duo ex una parte, ex altera tres aut quatuor extent: unus aut duo dimidiam, alteri tres aut quatuor, alteram dimidiam hereditatis habeant.

SUMMARIA.

- 1 Jure civili melior masculorum, quam foeminarum causa.
- 2 Stirps vel duplex ratio.
- 3 Circa successionem nepotum triplex juri observandum.
- 4 Cur nepotes ex filio succedunt primo ordine suorum: ex filia nepotes non item.
- 5 Praetor non vocat eos, quibus jure civili prospectum est.
- 6 Sententia juri secundi sive medi de successionem nepotum.
- 7 Ratio istius juri.
- 8 Tertio & novissimo jure nepotes ex filio, & nepotes ex filia, exclusis peritis agnatis, aequaliter avo succedunt.
- 9 Differentia veteris inter masculos & foeminas sublata.
- 10 An valeat institutum, in uxoris filio filia patri non succedat.

- 11 Publicè interest, si familias in suo flore & vigore conservari.
- 12 Foemina caput & finis familiae.
- 13 Foemina nubendo transit in familiam mariti.
- 14 Qui nascuntur: patris, non matris, familiam sequuntur.
- 15 Foemina regulariter à feudis arcentur.
- 16 Statutum, divina legi consonum, dici non potest irrationabile, aut iniquum.
- 17 Consideratio l. 4. C. de liber. praterit.
- 18 Jure divino filia, extantibus filiis, non succedunt.

Adfertur hoc loco alterum juris veteris emendati caput, de nepotibus & neptibus, ex filiabus descendentibus. Quod ut cognoscatur planius, breviter sciendum est: jure civili, ut in aliis articulis, ita & in hereditatibus ac successione meliorem fuisse masculorum causam, quam foeminarum, prout luculenter notari solet in l. 2. ff. de reg. juris. l. in multis. 9. ff. de stat. homin. §. sed haec quidem vetustas. §. de exheredat. liberor. §. ceterum 3. infr. tit. proximo. l. si defunctus. 9. & lult. C. de suis & legis. lib. lege 14. & l. sept. C. de legit. heredibus. Cujus rei ratio non solum civilis, sed & naturalis videtur. Civilis quidem aperta est, conservatio nimirum familiae, & patria potestas, quae in maribus duntaxat locum habent. l. pronunciat. 195. in fin. l. liberorum. 220. §. ult. ff. de V. S. §. foemina. 10. supr. de adoptionibus. Ant. Matthaeus hic in suis notis, & Hotom. enunciat. 1. Naturalis verò putatur illa à quibusdam: quod meliora & nobiliora deterioribus sint praefenda. Sed hoc referri debent, quae diximus ad princip. tit. supr. de nupt. n. 3. & 4. Ceterum hic tantum de differentia nepotum ex masculis, id est, filiis: & foeminis, hoc est, filiabus nascentium agitur: & circa successionem eorum triplex jus recensetur.

Primo jure haec inter nepotes erat differentia: ut nepotes ex filio succederent avo, primo ordine suorum: nepotes ex filia succederent, non primo ordine suorum nec etiam secundo agnatorum, sed tertio demum, nempe cognatorum. Ratio, cur nepotes ex filio succedant primo gradu seu ordine, facilis est: quia sunt in potestate avi sui, de quo supra. §. 1. h. t. Ex filia autem nepotes cur primo ordine non succedant, haec est causa: quia non sunt in potestate avi materni. §. ultim. in fin. supr. de patr. potest. Cur verò solum jure Praetorio, ut emancipati, non succedant primo ordine per bonorum possessionem Unde liberi, haec est ratio: quia Praetor non vocat eos, quibus jure civili prospectum est, ut monitum supr. §. at hi, qui. 10. h. t. Atqui nepotibus ex filia prospectum est jure civili, succedendo avo suo paterno. Cur porro non succedant secundo agnatorum ordine, ratio est: quia non sunt in familia avi materni, id est, quia non sunt agnati: propterea quod per foeminam sexus cognationem conjuncti sunt. Cur denique tertio loco succedant, ratio haec est: quia licet avo materno neque sui sint, neque agnati: naturaliter tamen ei sunt cognati. Sed videatur Giphanius hic in vers. & jure agnatorum, &c. itemque Rittershus. pag. 344.

Secundum jus (cujus auctores sunt Imperatores, Valentinianus, Theodosius & Arcadius, d. l. si defunctus. 9. C. de suis & legis. liber. & l. si defunctus. 4. C. Theod. lib. 5. tit. 1. de legit. hered.) hoc est: ut tam nepotes neptesque ex filia, quam ex filio succedant avo & aviae: ita tamen, ut nepotes ex filia tertia parte minus accipiant: aut si nepotes ex filia soli superint, agnatis quartam partem substantiae defuncti concedant: Pone primò de tertia parte: Cuius decedens intestatus relinquit ex filio, itemque ex filia nepotem, & in bonis sexcenta. Ex his nepos ex filio consequitur trecenta: dein nepos ex filia capit reliqua trecenta: sed tertiam ex his partem, id est, centum, nepoti ex filio restituere cogitur. Secundò pone de quarta: Cuius moriens intestatus nepotem ex filia tantum derelinquit, & in bonis centum. Idem quoque Cuius derelinquit fratrem. Hic frater jure primo sive veteri solus, excluso nepote succedebat: hoc jure secundo (quod explicandi causa medium appellari potest) succedit nepos: sed fratri quartam partem, id est, ex centum 25, dare tenetur. Ratio autem hujus juris secundi sive medi: primò cur nepotes ex filia admittantur, ad successionem avi primo loco, cum nepotibus ex filio natura-

turalis est: quia scilicet non minùs sunt nepotes ex filia, quàm ex filio, ut hic in vers. sed cum nepotis, &c. Deinde cur nunc parte tertia, nunc quarta minùs habeant, hæc est ratio: quia nepotes ex filio etiam juris veteris suffragiis muniuntur, quod nepotes ex filia prorsus excluderat, ut hic in vers. sed ut amplius, &c.

- 8 Tercio, tandem & novissimo jure, à Justiniano nostro introducto, nepotes ex filio, & nepotes ex filia, exclusis penitus agnatis, & absque ulla deminutione trientis vel quadrantis, ad successionem avi æqualiter, non quidem in capita, sed in stirpes, vocantur, ut hic in §. 16. §. ult. C. de suis, & legit. lib. Nov. 118. & Nov. 118. c. 1. Quia porro ex hoc §. liquet quòd olim, quoad successionem intestati differentia fuerit inter masculos & feminas, filios & filias, nepotes ex filio, & nepotes ex filia, sicut illi quidem patri succederent: hæc verò à masculis excluderentur: quam tamen differentiam Justinianus non sine causa sustulit, constituitque, ut omnes liberi, nullà h. bita ratione sexus, pariter succederent. l. penult. C. de legitimis heredib. & juribus modo allegatis.
- 10 Idcirco haud inconvenienter queritur: utram statuto contrarium introduci, & pristina illa differentia in usum revocari queat; ita ut masculis extantibus, feminæ excludantur? Et affirmantium sententia probabiliter defendi poterit. Etenim publicè interest: familias, præsertim nobiles & illustres, suo in flore, vigore ac splendore conservari. l. 1. §. sed & si. 13. ff. de inspicendo ventre, &c. cum civitas omnis è familiis constet, teste Aristotele lib. 1. polit. Atqui familiæ tum maxime conservantur in flore & vigore, quando bona paterna atque avia in familiis retinentur, nec extra eas transferuntur ad alias familias: id quod fit, cum ad solos devolvuntur masculos: secus verò quando etiam ad feminas: quoniam femina caput familiæ & finis est. d. l. pronuntiatio 195. in fin. ff. de verb. signif. caput quidem, quia ab ea incipit cognatio: finis autem, quia in ea desinit cognatio, quando nubit, & nubendo è patris familia in familiam mariti transit: & consequenter bona paterna in mariti sui familiam transfert. Hinc feminarum liberos in familia earum non esse, Cælius ait: quia qui nascuntur, patris non matris familiam sequuntur. l. familia. 196. §. 1. ff. d. tit. Hucq. respiciunt que annotav. in §. 3. n. §. & seq. supr. de patr. potest. Quam rationem veteres Legulatores potissimum attendentes, isthanc inter masculos & feminas differentiam constituerunt: adeoque feminas, masculis extantibus, à successione excluderunt. Atque hanc ipsam quoque ob causam jure feudali constitutum esse videtur: ut feminæ ad feuda regulariter non admittantur, masculis extantibus, quin etiam his non extantibus, à feudali successione excludantur: ne videlicet nubendo feuda bona secum in mariti familiam transferrent. tit. 1. §. hoc autem notandum. 3. & tit. 8. de success. feudi §. filia verò lib. 1. feudor. & latius expositum supra ad principium hujus tit.
- 16 n. 110. & seqq. Huic rationi & illa accedit: quòd illud statutum iniquum, naturæ contrarium aut irrationabile dici nequeat, quod divinæ legi congruit. Atqui divinæ lege aperte cautum erat: ut, filiis extantibus, filie non succederent: sed hæc tum demum admitterentur, quando filii non superessent. Numeri cap. 27. v. 3. & seqq.
- 17 Cui non obstat, quòd Justinianus Imp. injuriam naturæ inferre, ejusdemque accusatores existere judicet, qui sexus discrimen faciunt. l. maximum vitium 4. vers. qui enim tales. C. de liber. præter. Nam Imp. Justinianum paulò liberius, in favorem mulierum, locutum videri, patet primò inde: quòd ipsa natura inter masculos & feminas differentiam evidenter constituit, masculos & animi & corporis dotibus plus, quàm feminas, exornans: Deinde quia allouquin & ipse Imperator, injuriam naturæ inferret, eamque iniquitatis argueret, dum perspicue cum Papiniano scribit: in multis juris nostri articulis deteriorem esse conditionem feminarum quam masculorum, d. l. in multis. 9. ff. de stat. hom. Denique idem & ipsi Mosi. Legumlatori omnium sapientissimo, spirituique divino illustri, imputandum foret, dum filias, filiis extantibus, haud succedere manifestè sancit d. c. 27. Num. vers. 3. Verum et de re explanatione differant. Brunnus in tract. quòd sunt. masc. femine non succedant. art. 3. n. 12. & art. 4. n. 6. Gabrielus lib. 6. de stat. concl. 4. hosq. referens Pul. Forsterius lib. 3. de success. c. 13. Mann. lib. 3. var. res. jur. civ. r. 1. quæst. 4. Bachov. hic pag. 644. & seqq.

DE LEGITIMA AGNATORUM SUCCESSIONE.

TIT. II.

Principium Tituli, cum §. 1. & 2.

Si nemo suus heres, vel eorum, quos inter suos heredes prætor, vel constitutiones vocant, existat, qui successionem quoquo modo amplectatur: tunc ex lege duodecim tabularum ad agnatum proximum pertinet hereditas.

§. 1. Sunt autem agnati [ut primo quoque libro tradidimus] cognati per virilis sexus personas cognatione conjuncti, quasi à patre connati. Itaque ex eodem patre nati fratres, agnati sibi sunt, qui & consanguinei vocantur: nec requiritur, an etiam eandem matrem habuerint. Item patruus fratris filio, & invicem is illi agnatus est. Eodem numero sunt fratres patruales, id est, qui ex duobus fratribus procreati sunt, qui etiam consobrini vocantur. Quà ratione etiam ad plures gradus agnationis pervenire poterimus. Si etiam, qui post mortem patris nascuntur, jura consanguinitatis nanciscuntur. Non tamen omnibus simul agnatis dat lex hereditatem: sed iis, qui tunc proximiores gradus sunt, cum certum esse coeperit, aliquem intestatum decessisse.

§. 2. Per adoptionem quoque agnationis jus consistit: veluti inter filios naturales, & eos, quos pater eorum adoptavit. Nec dubium est, quin improprie consanguinei appellentur. Item si quis ex cæteris agnatis suis: veluti frater, aut patruus, aut denique, is, qui longiore gradu est, adoptaverit aliquem: agnatus inter suos heredes esse non dubitatur.

SUMMARI A.

- 1 Ratio ordinis.
- 2 Agnati qui dicantur.
- 3 Consanguinei proprii qui nuncupentur.
- 4 Possunt jura consanguinitatis nanciscuntur.
- 5 Quibus agnatis hereditas intestati deferatur.
- 6 Jus agnationis non tantum per generationem, sed & per adoptionem acquiritur.
- 7 Numquid sui heredes dici possint agnati.
- 8 Considerato l. ult. §. si quis 2. C. de codicib.
- 9 Proprietate verbi in dubio adhibendum.
- 10 Quatenus sui heredes agnati opponantur.
- 11 Agnationis vocabulum duplicem habet significationem.
- 12 Adoptionis verbum generaliter sumptum quid significet.
- 13 Sententia l. scripto 7. ff. si testat. testam. null. extab.
- 14 An sintus, sit species agnationis, remissive.

D lectum est hætenus, de priore successionis ab intestato ordine civili, quid est suorum, eorumque qui suorum sunt loco: nunc de altero, qui est agnatorum, ut agatur, lex methodi postulat. Nam, ut hic Justinianus ait ex Cajo lib. 2. Instit. tit. 8. Ulpiano tit. 26. & Paulo lib. 4. sent. tit. 8. si suus heres non extet ad agnatum proximum hereditas intestati pertinet. Sunt autem agnati, cognati per virilis sexus cognationem conjuncti, quasi à patre connati. §. 1. hoc tit. & §. 1. supr. de leg. agnat. suc. l. 2. §. 1. ff. de suis & leg. her. Itaque fratres ex eodem patre nati, etsi non ex eadem matre sint, agnati inter se & consanguinei vocantur, l. 1. §. post suos. 9. ff. de suis & legit. hered. l. ult. §. cognationis. ff. de gradibus & adinibus. Et quamvis consanguinitatis appellatio interdum in jure generaliter accipitur, pro omnibus hiis, qui quoquo modo sanguine inter se connexi sunt: sive ex patre, sive ex matre & quocunque gradu & sexu se attingant, l. 1. C. ad SC. Orfitian. §. tot. i. ext. de consanguinitate & affi. tamen proprie consanguinei dicuntur 3 fratres

- fratres & sorores ex eodem patre, licet ex diversa matre procreati, §. 1. in hoc tit. & l. 1. C. de legit. heredibus Ulpian. d. tit. 26. in princip. Georg. Schultz. in exposit. arboris consanguinitatis. cap. 1. num. 5. Bachovius hic num. 4. pag. 651.
- 4 Neque verò solum vivo patre nati, agnati sunt: sed posthumum etiam jura consanguinitatis nanciscuntur, id est, agnati sunt, d. §. 1. vers. et etiam. Et hoc tit. quia pro jam natis habentur. l. 1. in fin. & l. vet. si vivo. 7. ff. de suis & legit. heredibus. l. qui in utero. 7. & 26. ff. de stat. ho. min. cum similibus. Non omnibus tamen simul agnatis, sed qui propinquiore gradu sunt, intestati hereditas deferuntur. d. §. 1. vers. non tamen omnibus. hoc tit. & l. 2. §. hac hereditas. 2. ff. de suis & legitimis hered. Et de eo latius in §. si plures. §. & §. seq. infra. hoc tit. Præterea non tantum per generationem: sed & per adoptionem jus agnationis consistit, §. 2. ibique Theodorus Marcellus. hoc tit. dist. l. 1. §. ult. & d. l. 2. §. parvi. 3. ff. de suis & legit. heredibus. Ratio est manifesta: quia jus familie & agnationis civile est, §. ult. f. de legit. agnator. intest. d. l. ult. §. inter agnatos. 4. ff. de gradibus & affinibus. ideoque rectè per adoptionis actum civilem acquiritur. l. qui adoptionem. 23. ff. de adoptionibus. sicut & tollitur. §. minus. 11. supra tit. prox. Wesenbec. hic num. 8. Proinde qui à patre, vel ab aliis agnatis nostris adoptantur, agnati nobis sunt; & ipsi nobis, ut vicissim nos ipsis, ab intestato succedimus. d. §. 2. hoc tit. in fine d. l. 2. §. 3. ff. de suis & legit. heredibus.
- 7 Porro, quia hic initio agnati suis heredibus opponuntur: bellè & opportunè queri potest; an etiam sui heredes patri propriè dici possint agnati? Et licet Aleciatus lib. 2. parerg. cap. 58. & Hotoman lib. 1. observ. cap. 16. existiment, filios patri agnatos non esse: verior tamen est contraria affirmantium sententia, per l. filius. 12. ff. de suis & legit. her. ubi disertè Pomponius ait, filium patri agnatum proximum esse & d. l. ult. §. ff. de gradibus. ubi Paulus inquit: proximiores ex agnatis suos dici. Et de bonis. 6. §. huius. 2. ff. de Carbon. edicto. l. 2. ff. unde legitimi. & l. 1. §. sed videndum. 11. ff. de successor. edict. in quibus legibus bonorum possessio. Unde legitimi, datur etiam suis: quæ perfectò non daretur, nisi sui quoque agnati essent: cum ea bonorum possessio tantum agnatis concedatur. Idemque perspicuè colligitur ex l. ult. §. si quis. 2. C. de codicill. ubi quartos gradus lineæ rectæ, quæ est liberorum & parentum dicitur quartus gradus agnationis. Unde manifestum evadit: parentes & liberos, agnationis vinculo connexos, agnatos sibi invicem esse: & consequenter suos quoque heredes esse agnatos. Et quamvis dissentientes respondeant, in legibus adductis liberos & suos heredes pinguis & minus propriè dici agnatos: attamen hoc solum dicunt, non verò probant. Pro proprietate autem verbi in dubio præsumptionem esse, constat ex l. non aliter. 69. in princip. ff. de legat. 3.
- 10 Non refragatur huic sententia, quod in l. 12. tabul. (in qua ita scriptum erat: Si paterfamilias intestatus moritur, cui sunt heredes nec extabit, agnatus proximus familiam habeto. Ulpian. in fragm. d. tituli. 26. circa princip.) l. caput. 11. vers. quoniam. ff. de suis & legitimis heredibus. Et in principio hujus tituli. sui heredes agnatis opponantur. Nam agnati à suis separantur, & suis opponuntur; non quia sui non sint agnati: sed quia non eodem jure omnes agnati trahuntur, argumento dist. principii hujus tituli. Præterea vocabulum agnationis duplicem admittit significationem. Primò enim generaliter omnes eos, qui sanguine nobis junguntur, complectitur: deinde ad speciem restringitur, ad eos videlicet agnatos, qui liberi non sunt: perinde ut adoptionis verbum, generaliter sumptum, & arrogationem & simplicem adoptionem significat: specialiter verò acceptum, ad speciem, nempe simplicem adoptionem, restringitur: nec tamen ex eo sequitur, quòd improprie sui dicantur agnati. Generalis namque significatio non semper est impropria: unde & adoptio simplex non improprie sed proprie adoptio dicitur. §. 1. & possim. supra. de adoptionibus.
- 13 Nec etiam omnia scripta. 7. ff. si tabul. testam. null. extabit. ubi de nepote ex filio exheredato dicitur, cum sine dubio non esse agnatum. Nam id non simpliciter, sed compacatè & conditionaliter accipiendum est, hunc in
- modum: si non suus heres est hic nepos: sine dubio ne agnatus quidem est. Atq. ita docent Cujacius lib. 14. observ. cap. 11. Joan. Robertus lib. 1. recept. lect. jur. cap. 2. Antonius Faber. lib. 10. conjectur. jur. civ. cap. 12. Giberus Regius lib. 2. évacuation. cap. 13. Rittershus. Tuningius & Vultejus hic num. 6. Henius lib. 3. ar. resol. jur. civ. tract. 1. quest. 29. & Hilligerus in Dónello enucleat. lib. 7. cap. 2. lit. F. ubi multis eruditis rationibus, contra Cujacium, probat & evincit: suavitatem speciem agnationis non esse. De illa quoque re videatur Jacobus Revardus lib. 5. varior. cap. 1. num. 26. & seqq.
- §. Cæterum. 3.
- §. 3. Cæterum inter masculos quidem agnationis jure hereditas, etiam si longissimo gradu sint, ultrò citròque capitur. Quod ad fœminas verò attinet: ita placebat, ut ipsæ consanguinitatis jure tantum capiant. Masculi autem ad earum hereditates, etiam si longissimo gradu sint, admittantur. Quà de causa fratris tui, aut patris tui filia, vel amita tuæ hereditas ad te pertinebat: tua verò ad illas non pertinebat. Quod ideo ita constitutum erat: quia commodius videbatur ita jura constitui, ut plerumque hereditates ad masculos confluerent. Sed quia sane iniquum erat, in universum eas quasi extraneas repelli: Prætor eas ad bonorum possessionem admittit ea parte, qua proximitatis nomine bonorum possessionem pollicetur: ex qua parte ita scilicet admittuntur: si neque agnatus ullus, neque proximior cognatus interveniat. Et hæc quidem lex duodecim tabularum nullo modo introduxit: sed simplicitatem legibus amicam amplexa, simili modo omnes agnatos, sive masculos, sive fœminas, cujuscunque gradus, similitudinem suorum invicem ad successionem vocabat. Media autem Jurisprudentia, quæ erat quidem lege duodecim tabularum junior, Imperiali autem dispositione anterior; subtilitate quadam excogitatâ, præstatam differentiam inducebat, & penitus eas à successione agnatorum repellebat, omni aliâ successione incognitâ: donec Prætores paulatim asperitatem juris civilis corrigentes, sive quod deerat, adiungentes, humano proposito alium ordinem suis edictis addiderunt: & agnationis lineam proximitatis nomine introductâ, per bonorum possessionem eas adjuvabant, & pollicebantur his bonorum possessionem quæ Unde cognati appellatur. Nos verò legem duodecim tabularum sequentes, & ejus vestigia in hac parte conservantes, laudamus quidem Prætores suæ humanitatis: non tamen eos in plenum huic causæ mederi invenimus. Quare etenim uno eodemque gradu naturali concurrente, & agnationis titulis, tam in masculis, quam in fœminis æquâ lance constitutis: masculis quidem dabatur ad successionem venire omnium agnatorum, ex agnatis autem mulieribus nulli penitus, nisi soli sorori, ad agnatorum successionem patebat aditus: Ideo nos in plenum omnia reducentes, & ad jus duodecim tabularum eandem dispositionem exæquantem, nostrâ constitutione sancimus: omnes legitimus personas, id est, per civilem

lem sexum descendentes, sive masculini generis, sive foemini sint, simili modo ad jura successionis legitimæ ab intestato vocari, secundum sui gradus prærogativam: nec ideo excludendas, quia consanguinitatis jura, sicut germanæ, non habent.

SUMMARI A.

- 1 *Differentia vetus in legitima agnatorum successione, inter masculos & foeminas.*
- 2 *Fœmina in alienam familiam migrant: mares autem eam retinent, & observant.*
- 3 *Mares Rempubl. domi & foris administrant.*
- 4 *Mares fœminis præstant.*
- 5 *De prædicta differentia quatuor jura diversa notantur.*
- 6 *Media Jurisprudencia quæ dicitur.*
- 7 *Natura marem & foeminam multis auxiliis indigere voluit.*
- 8 *Jure novissimo indistincte tam foemina, quam masculi, sublato agnationis, & cognationis discrimine, ad intestati successionem vocantur.*

1 **D**ifferentia vetus inter masculos & foeminas; in legitima agnatorum successione hæc est: quod agnati mares jure agnationis succedant, etiam si longissimo sive remotissimo gradu sint: foeminae verò non nisi jure consanguinitatis, id est si sint sorores, ad hereditatem admittantur. Quod jus antiquum memorat *Alpianus in fragment. tit. 26. & Paulus libr. 4. sentent. tit. 8.* Ratio veteris hujus differentie (quam indicat hic Justinianus in *vers.* quod ideo ita constitutum, &c.) est: primum, quia foeminae in alienam familiam migrant: mares autem gentilitatis nomen, familiamque retinent, propagant, atque conservant, §. ult. f. de patr. potest. l. pronuntiatio. 195. & l. seq. ff. de verb. signif. Deinde, quia hi Rempublicam domi & foris, pacis & belli tempore administrant, eique magis profunt. l. 1. §. sed & si. ff. de ventre inspic. Viglius in §. sed hæc quidem f. de exheredat. liber. num. 5. Tum etiam, quia & alias mares foeminis præstant; ac proinde plus commodi ex successione percipere debent. l. in multis. §. ff. de stat. homin. & dictum in §. item vetustas. 15. f. tit. proximo.

5 Cæterum de differentia ista quatuor hic jura diversa enarrantur. Primum, est legis duodecim tabularum: quæ lex foeminis æque ac maribus, quocunque gradu essent, agnatorum hereditatem deferrebat. *vers.* & hæc quidem lex duodecim tabul. &c. Secundum, est mediæ Jurisprudentiæ: quo jure foeminae ab agnatorum hereditatibus prorsus (exceptis sororibus consanguineis) excluderentur. *vers.* media autem, &c. Mediam Jurisprudenciam vocat Justinianus, quæ ex interpretatione Prudentum, & aliis legibus, post leges XII. tabular. latis sive rogatis, descendit: & ante Principum constitutiones obtinuit, testibus *Rittersbusio hic pag. 347. & Mynfingero num. 2. Adde Bachovium num. 1. pag. 654.* Tertium, est jus Prætorium: quo agnatæ foeminae, etiam ultra sorores consanguineas, admitterentur per bonorum possessionem. Unde cognati, cum masculis æquali gradu connexis: si tamen nequagnatus ullus neque proximior cognatus existeret. *vers.* sed quia sanè iniquum, &c. Quartum jus est Justiniani: quo res ad legem duodecim tabularum reducitur: adeoque foeminis agnatis idem juris, quod maribus attribuitur, l. penultim. & ult. C. de legitimis hered. Cum enim natura mares & foeminas mutuis auxiliis indigere voluit: & ad ipsarum mulierum successionem masculi jure agnationis vocantur: quis patitur, earum quidem hereditatem ad eos legitimo jure deferri; ipsas verò nec invicem sibi, nec masculis eodem jure posse succedere: sed propter hoc solum puniri, quod foeminae nate sunt; & paterno vitio (si hoc vitium est) prolem innocentem gravari? inquit Legislator noster in d. l. penult. circa principium. C. d. tit. His juribus addi potest & quintum, scilicet Authenticorum seu Novellarum: quo indistincte omnes persone, tam masculi, quam foeminae, sublato penitus omni agnationis & cognationis discrimine, ad intestati successionem vocantur. *Novell. 118. cap. 4. & saepius incidendum supr. in princip. tituli præcedens. num. 58. & alibi.*

§. Hoc etiam addendum. 4.

§. 4. Hoc etiam addendum nostræ constitutioni existimavimus, ut transferatur unus tantummodo gradus à jure cognationis in legitimam successionem: ut non solum fratris filius & filia [secundum quod jam definimus] ad successionem patris sui vocentur: sed etiam germanæ consanguineæ, vel sororis uterinæ filius & filia soli, & non deinceps personæ una cum his ad jura avunculi sui perveniant: & mortuo eo, qui patruus quidem est sui fratris filius, avunculus autem sororis suæ soboli: simili modo ab utroque latere succedant, tanquam si omnes ex masculis descendentes, legitimo jure veniant, scilicet ubi frater & soror superstites non sunt. His etenim personis præcedentibus, & successionem admittentibus; ceteri gradus remanent penitus semoti videlicet hereditate non in stirpes, sed in capita dividendâ.

SUMMARI A.

- 1 *Quo casu in secundo successione ordine cognatus admittatur.*
- 2 *Sententia juris novissimi.*
- 3 *Quando hereditas patris & avunculi non in stirpes, sed in capita sit dividenda.*
- 4 *Successio in locum parentis, quo in ordine recepta.*

Constat ex fine §. præcedentis, jus duodecim tabularum vetus Justiniani constitutione renovatum esse, & sancitum: ut omnes agnati & agnatæ hoc secundo ordine succedant, secundum sui gradus prærogativam: hoc loco Imperator jus planè novum adjicit: ut nimirum hac secundâ successionis serie etiam is admittatur, qui non est agnatus, sed tantum cognatus, puta sororis uterinæ, consanguineæ filius & filia, & non ulteriores, hoc est, non nepos & neptis sororis: ut, inquam, sororis filius & filia non minus succedant avunculo, atque fratris filius & filia succedant patruo suo; non exstantibus aliis fratribus vel sororibus defuncti, qui illos in successione præcedant. Finge: Sempronius & fratrem habet, & sororem. Moritur frater, relicto filio: postea moritur & soror, filio relicto. Fratris filius Sempronio intestato mortuo succedit ex jure veteri, utpote agnatus suo patruo. Sed sororis filius eidem Sempronio agnatus non est, verum cognatus. Est enim Sempronius ejus avunculus. Nihilominus tamen novo hoc jure ad hereditatem Sempronii ille pervenit, ut agnatus; hoc est, filius sororis cum fratris filio concurrat, & uterque Sempronio succedit. Ac rursus finge: hunc Sempronium decessisse, relicto non solum filio fratris, & filio sororis, ut jam dictum: sed etiam relicto fratre. Hoc utique casu frater hic relictus, exclusis fratris & sororis filiis, solus hereditatem Sempronii consequitur. Ratio est perspicua: quia hic frater Sempronius est proximior filiis fratris & sororis: cum ei conjunctus sit secundo gradu; fratris autem sororisve filius tertio, l. consanguinitas, & l. penultim. §. ultim. C. de legit. heredibus. Verum hæc duo jure novissimo immutata sunt, & correctæ. Nam primum hodie non tantum fratris & sororis & filii & filie in succedendo concurrunt: sed etiam tota cognatio in legitimam agnationem translata est, ut pari omnino nunc jure, cognati juxta ac agnati admittantur, ut in §. priori ex *Novell. 118. cap. 4.* annotavimus. Deinde hodierno jure defuncti frater non præferitur liberis præmortui fratris & sororis, ut jure veteri: sed hi una cum superstitibus fratre in bonis patruus vel avunculi, jure

jure representationis in stirpes succedunt, hoc est, capiunt tantum, quantum eorum pater, aut mater, si viveret, accepisset, *Auth. cessante. C. de legit. heredib. d. Novell. 118. cap. 3. Vide Locamerum questionum juridicarum fascic. 33. quest. 3. & seqq.*

- 3 Quod autem in calce præsentis §. subijcitur: hereditatem patrui & avunculi non in stirpes, sed in capita dividendam esse: intelligi debet si nullis superstitibus patrui vel avunculis, fratrum sororumve liberi soli ad successionem patrui aut avunculi vocantur. Tunc enim in capita distribuendam esse hereditatem, superius in principio tituli præcedentis num. 422. & multis subsequentibus, prolixè docuimus. Et ratio hujusce rei est: quia in hoc secundo ordine unusquisque proprio jure & nomine, non alieno; sive ex suo quisque capite & personà, & non ex capite vel
- 4 personà parentis sui succedit. Nam in primo duntaxat ordine successio in locum parentis recepta est §. cum filius. 6. *supr. tit. proximo.* non item in ordine secundo, seu in successione legitima, §. placebat. 7. *infr. hoc tit. eleganter Giphanius hic in verb. videlicet hereditate, &c.* Quamvis unus casus quo successio in locum parentis, in secundo quoque ordine obtinet, putà in fratrum filiis) excipitur: ut paulò antè, & etiam *supr. in d. §. cum filius. tit. præced. num. 3. ex d. Novell. 118. cap. 3. indicatum est.*

§. Si plures. 5.

§. 5. Si plures sint gradus agnatorum: aperte lex duodecim tabularum proximum vocat. Itaque si [verbi gratià] sint defuncti frater, & alterius fratris filius, aut patruus: frater potior habetur. Et quamvis singulari numero usa lex duodecim tabularum proximum vocet: tamen dubium non est, quin si plures sint ejusdem gradus, omnes admittantur. Nam & propriè proximus ex pluribus gradibus intelligitur: & tamen non dubium est, quin licet unus sit gradus agnatorum, pertineat ad eos hereditas.

S U M M A R I A.

- 1 Proximus quis censetur.
- 2 Cur lex XII. Tabb. proximum tantum agnatum ad hereditatem vocet.
- 3 Civilia jura natura subsequi solent.
- 4 Liberis jure natura hereditas parentum debetur.
- 5 In legibus & beneficiis Principum latior interpretatio facienda, quam in legatis.
- 6 Si plures sint agnati ejusdem gradus, omnes simul succedunt.
- 7 Singulari numero sæpe pro plurali utitur: & contrà.

- I Si paterfamilias intestatò moritur, & plures agnatos diversi gradus, quorum alii propinquiore sunt aliis relinquit solus proximus, exclusis remotioribus, lege XII. Tabularum ad hereditatem admittitur, hoc §. nostro. Proximus autem est is, quem nemo antecedit, l. 2. §. hac hereditas. 2. & §. legitima. 4. ff. de suis & legit. hered. l. ex duobus. 34. in princ. ff. de vulg. & pupill. substit. l. proximus. 29. ff. de verbor. significat. sive unus, sive plures eodem in gradu existant, l. proximi. 115. ff. eod. l. 1. §. proximus. 5. ff. inde cognati. Exemplum hic in Textu positum est de fratre defuncti, & alterius fratris filio, aut patruo: inter quos frater tanquam proximior, solus ad fratris successionem vocatur. Frater quippe in secundo est gradu: fratris filius & patruus sunt in tertio. §. 2. & 3. *infr. de gradibus cognationum.* Sed jure novissimo, quo nunc utimur, fratris filius cum fratre in successione patrui demortui concurrat, ut iam sæpius supra ex *Auth. cessante. Cod. de legit. hered. repetitum est.* Ratio porro legis, cur proximum tantum vocet agnatum, est ex ipso jure naturæ, quod propter honorem sanguinis semper plus propinquiore tribuit, quam remotiori, l. 1. §. largius. 12. ff. de ius-

cessor. edict. Neque movet, quòd hæc agnatorum successio sit legitima, planeque civilis; ac proinde in eà jus naturæ non consideretur. Nam civilia niti solent jure naturæ, idque subsequi, l. jus civile 6. ff. de justit. & jur. Secus est in primo ordine liberorum, in quo non, quisnam proximus sit, spectatur: sed tantum, quis sit suus: & jure Prætorio, quis sit ex numero liberorum, sive filius sit, sive nepos, sive pronepos, &c. Quà de causà in illo ordine pronepos defuncti, qui in tertio est gradu, non modo fratrem defuncti, qui in secundo est; sed & defuncti patrem, qui est in primo, excludit. Semper enim in primo ordine liberi reliquis omnibus præferuntur. §. repetitis 1. *infr. de servili cognat.* Cur verò in primo liberorum ordine non curetur gradus, hæc est ratio: quia liberis jure naturæ hereditas parentum debetur, *Leum ratio. 7. ff. de bonis damnator. l. scripto 7. in fine. ff. si tabul. test. ult. extab. & tamen si aliqui in remotiori gradu constituti sunt: tamen in locum parentum representationis beneficio succedunt, §. cum filius. 6. supr. titulo præcedente. Georg. Schultze in expositione arboris consanguinitatis & affinit. cap. 10. memb. 2. n. 32. cum seqq. pag. 274. & subsequi.* Illud hic addendum: quòd in legibus & beneficiis Principum latior & benignior fiat interpretatio, quam in legatis. Quare si muralis corona ei promissa sit, qui primus murum ascenderit; & duo simul ascendant: utrique sua corona debetur, *arg. l. penult. ff. de constit. princ. Et ita P. Scipio jus dixit, auctore Livio lib. 26. eumque referente Tuningio hic in verb. omnes admittantur.* Cæterum si legatum relictum sit ei, qui primus Capitolium ascenderit, & duo concurrant, neutri debebitur l. si fuerit. 10. in princ. ff. de reb. dub. Similiter si plures agnati eodem gradu concurrant: omnes simul succedunt hoc §. nostro d. l. 2. ff. de suis & legit. her. Nec obstat, quòd lex XII. tabular. numero singulari seu unitatis utitur, & proximum vocat, non proximos. Ita quippe habet: *Agnatus proximus familiam habeto. l. pronuntiatio. 195. in princ. ff. de verb. signification.* Etenim in usu juris frequenter singulari utimur appellatione, cum plura generis ejusdem significare volumus, l. in usu. 158. ff. de verb. significat. Sicut & contrà plurativo numero utuntur Jurisconsulti sæpe pro singulari, de re unica loquentes: ut probat vox liberorum, pugillarum & codicillorum. l. non est sine liberis. 148. *ibiq. eleganter Godeus. ff. de verbor. significat. Aul. Gell. lib. 2. Noct. Atticar. cap. 3. Rittershus. hic pag. 348.*

§. Proximus autem. 6.

§. 6. Proximus autem, siquidem nullo testamento facto quisquam decesserit, per hoc tempus requiritur, quo mortuus est is, cujus de hereditate queritur. Quòd si facto testamento quisquam decesserit: per hoc tempus requiritur, quo certum esse coeperit, nullum ex testamento heredem extitutum. Tunc enim propriè quisque intestatus decessisse intelligitur. Quod quidem aliquando longo tempore declaratur. In quo spatio temporis sæpe accidit, ut proximior mortuo, proximus esse incipiat, qui moriente testatore non erat proximus.

S U M M A R I A.

- 1 Quo tempore inquirendum; proximus, necne, aliquis sit.
- 2 Hereditas quo tempore deservatur.

Cum queritur; proximus, necne, aliquis sit: eo tempore, quo patremfamilias intestatò, mortuum esse certum est, exquiri debet. Quare aut facto testamento decessit, aut non facto testamento. Et hoc quidem casu spectandum erit tempus mortis: illo verò tempore institui vel desecti testamenti, hoc §. & l. 2. §. inter-

interdum. §. 5. & seqq. ff. de suis & legitim. heredibus. l. si ex duobus. 4. ff. unde legitimi. Atque eadem distinctio temporis, quæ hic attenditur in secundo ordine agnatorum, observatur quoque in primo ordine suorum, & tertio cognatorum, §. cum autem queritur. 7. *supr. tit. proximo. l. 1. §. proximum. & §. sequenti. ff. unde cognati.* Eademque omnium ordinum ratio est, hæc videlicet: quia illis temporibus hereditas defertur: & certe ea defertur plenius tempore mortis, l. 1. §. 1. *Cod. de caducis tollend. tam testamentaria, quam ab intestato sive legitima, docente hic Giphano.* Sed tamen aliquando hereditas legitima etiam post mortem defertur, si nimirum factum sit testamentum, & non adeatur hereditas. *Exempli gratia: Titius cum fratrem & patruum haberet, testamentum fecit, & Mævium heredem instituit, posteaque defecit. Mævius de adeundâ hereditate deliberat: & medio tempore frater Titii testatoris moritur. Mox Mævius hereditatem repudiat. Hoc casu patruum (qui moriente testatore proximus non erat) heres erit: quoniam est proximior eo tempore, quo nemo ex testamento heres existit. Sed vide Hotomannum hic enunciat. 2. & Mysinger. num. 2.*

§. Placebat. 7.

§. 7. Placebat autem in eo genere percipiendarum hereditarum, successione non esse: id est, ut quamvis proximus, qui secundum ea, quæ diximus, vocatur ad hereditatem, aut spreverit hereditatem, aut antequam adeat, decesserit: nihilo magis legitimo jure sequentes admittantur. Quod iterum Prætores imperfecto jure corrigentes, non in totum sine adminiculo relinquebant: sed ex cognatorum ordine eos vocabant, utpote agnationis jure eis recluso. Sed nos nihil perfectissimo juri deesse cupientes, nostra constitutione, quam de jure patronatus, humanitate suggerente, protulimus, sancimus: successione in agnatorum hereditatibus non esse eis denegandam; cum satis absurdum erat, quod cognatis à Præatore apertum est, hoc agnatis esse reclusum: maximè cum in onere quidem tutelarum, & primo gradu deficiente, sequens succedit: & quod in onere obtinebat, non erat in lucro permissum.

SUMMARI A.

1. Lege duodecim tabularum duo duntaxat sunt succedendi ordines: suorum & agnatorum.
2. Ratio differentia inter jus civile & Prætorium.
3. Non debet plus licere cognatis, quam agnatis.
4. Ubi onus & incommodum, ibi etiam lucrum.

Jure civili veteri, nempe duodecim tabularum (quod duos tantum novit ordines: suorum heredum, & agnatorum, ut *supr. ad §. 1. tit. proximo, num. 1. dictum*) nulla est successio, sive in suis, sive in agnatis l. 1. §. sciendum. 8. & l. 2. in princip. ff. de suis & legitim. hered. *Ulpian. in fragment. Institut. tit. 28. §. si plures Paulus lib. 4. sentent. tit. 8. §. in hereditate, &c. latè Hunnim lib. 3. variar. resolut. jur. civ. tractat. 1. quest. 8.* Finge: Lælius intestatò moriens, relinquit filium, & ex eodem filio nepotem. Hoc casu filius solus suus est heres, eique hereditas defertur. Si filius post delatam hereditatem se abstineat, nepos non admittitur. *Item finge: Lælius habens fratrem & patruum, intestatus defecit. Ejus hereditatem, sibi à lege delatam, frater aspernitur, vel, dum deliberat, moritur. Hic non patruus, licet agnatus, sed fiscus hereditatem, quasi rem nullius, occupat. Jure autem Prætorio successioni est locus, hoc est, jure Prætorio etiam admittitur agnatus secundi gradus: non tamen jure agnationis, sed*

Harppecke ad Instit. Tom. III.

cognitionis, hoc §. *vers. quod iterum Prætores, &c. & tot. tit. ff. & Cod. de successorio elict.* Ratio differentia inter jus civile & Prætorium hæc videtur: quod illud est strictum: hoc verò latius est, & benignum: ac naturalem potius æquitatem, quam juris scrupulositatem sequi solet. Unde quando jure civili hereditas est semel delata suo in primo ordine, aut proximo agnato in secundo: non potest semel delata potiri & venire ad alios. *Paul. dist. lib. 4. sentent. tit. 8. §. in hereditate. Hotomann. hic enunciat. 1.* Cæterum jure novo ex Justiniani constitutione (quæ temporum vitio perlit, quamque Græcam restituisse Cujacium ex Basilicis lib. 20. *observation. cap. 34.* testatur hic Rittershufius pag. 349.) inter ipsos quoque agnatos est successio, & sequentes agnati post priorem vocantur, ut agnati, *per hunc §. nostrum. vers. sed nos nihil, &c.* Ratio novi juris adfertur duplex. Primo, quia non debebat plus licere cognatis, quam agnatis, id est, tertio ordini: quam secundo. Cognatis autem jure Prætorio conceditur successio. Ergo & agnatis concedenda est. Deinde quia cum successio sit in onere, ut in tutelâ l. 3. §. penult. ff. de legitim. tutorib. etiam in lucro, ut in hereditate, successio esse debet, juxta vulgatam regulam juris, l. secundum naturam. 10. ff. de regul. jur. §. ult. *si pr. de legitim. patronor. tutel. Giphano. hic in vers. sed nos nihil, &c.* Hodie verò, agnationis & cognitionis discrimine exactorato, hujus disputationis non magnus est usus; quia, uno hereditatem repudiante, defertur illa postea sequenti propiori, sive agnatus sit, sive cognatus, *Novell. 118. cap. 3. & 4. & annotatum supr. in princip. tit. proximi. num. 68. & in §. cæterum. 3. hoc tit. num. 6.*

§. Ad legitimam. 8. & ult.

§. 8. Ad legitimam successionem nihilominus vocatur etiam parens, qui contracta fiducia filium vel filiam, nepotem vel neptem, ac deinceps emancipat. Quod ex nostra constitutione omnino inducitur, ut emancipationes liberorum semper videantur quasi contractâ fiduciâ fieri: cum apud veteres non aliter hoc obtinebat, nisi specialiter contractâ fiduciâ parens manumisisset.

SUMMARI A.

1. Quâ juris solemnitate olim facta sit emancipatio.
2. Quod fuerit contractâ fiduciâ emancipare.
3. Pater naturalis filium emancipans, hoste semper contractâ fiduciâ emancipasse censetur.
4. Cui pater filio emancipato succedat ab intestato.
5. Jure novissimo hujus §. dispositio immutata.

Ut hic §. rectius intelligatur; paucis explicandum est, quâ juris solemnitate olim facta sit emancipatio. In hunc autem modum fiebat: Quinque aderant testes, & libripens, id est, statueram tenens, & quidam alius qui pater fiduciarius nominabatur. Huic patri fiduciario filium suum naturalis pater emancipabat, hoc est, manu tradebat, accipiendo vicissim unum aut alterum nummum pretii loco. Deinde pater fiduciarius illum quasi emptum manumittebat. Quo facto, is rursus in patris naturalis potestatem tacito quodam jure, reversus, secundo atque item tertio & emancipabatur & manumittebatur. Fœminæ tamen, vel nepotes ex masculo, unicâ emancipatione de patris vel avi potestate exibat, siquæ juris efficebantur. Tandem hoc etiam inter patrem naturalem & fiduciarium nominatim agebatur: ut si filius ille moreretur: ei in hereditate naturalis pater, non fiduciarius, succederet. Idque erat contractâ fiduciâ emancipare: quis inter patrem naturalem ac fiduciarium

expoliet

expressè de succedendo filio tunc emancipato, si testamentum non fecisset, conveniebat, quasi contraheretur ejus juris fiducia: cum alioqui pater naturalis illi tanquam extraneo jam facto succedere nequiret. *Quæ de re copiosè differt Cajus libr. 1. Institut. tit. 6. Theophilus in §. præterea. 6. supr. quibus. mod. jus patr. potest. solvit.*

3 Verum hoc, ut rationi minùs congruū, Justinianus emendavit; atque constituit: quòd pater naturalis emancipans filium, semper censeatur contractà fiducià emancipasse; et si specialiter & expressim jus succedendi sibi non referavit. *l. ult. C. de emancipationibus liberor.* Atque ita parens hoc jure novo filio emancipato, velut agnato, contractà fiducià succedit. Filiifamilias verò, si moriatur intestatus, bona licet castrensia, occupat jure peculii, & non ut heres, sive non jure successionis, *initio tit. §. quibus non est permitt. fac. testam. l. 2. l. proponebatur.*

4 9. *§. l. penult. ff. de castrensi pecul.* Ratio autem, cur pater filio emancipato succedat ab intestato, æquissima est: quia patri acceptum ferre debet filius, quòd jam omnia sibi acquirat: qui si in potestate retentus fuisset, omnia patri acquisiturus erat. *l. acquiritur. 10. §. 1. ff. de acquir. rer. domin. l. placet. 79. ff. de acquir. vel amitt. heredit.* *§. fufius expositum supr. ad §. 1. per quas person. cuique acquirit. num. 2. §. seqq.* Ideoque præmii loco isthæc successio patri debetur, notante Rittershusio *hic in fine pag. 330.* Porro jure novissimo nec hujus §. dispositio apud nos ullum potest habere fructum: cum successio parentum sive ascendentium & descendentium valde mutata sit: statimque parentes, post liberos, filiis suis intestatis succedant. *Novell. 118. capite 2. §. explicatum. latius suprâ, circa princip. tituli præcedentis, numero 6. §. sequentibus.*

DE SENATUSCONSULTO TERTYLLIANO.

TIT. III.

Principium Tituli, cum

§. 1. & 2.

Lex duodecim tabularum ita stricto jure utebatur, & præponebat masculorum progeniem: & eos, qui per foeminini sexûs necessitudinem sibi junguntur, ad eò expellebat, ut ne quidem inter matrem & filium filiamvè ultrò citròque hereditatis capiendæ jus daret: nisi quòd Prætores ex proximitate cognatorum eas personas ad successionem, bonorum possessione Unde cognati accommodatâ, vocabant.

§. 1. Sed hæc juris angustie postea emendatæ sunt. Et primus quidem divus Claudius matri ad solatium liberorum amissorum, legitimam eorum detulit hereditatem.

§. 2. Postea autem Senatusconsulto Tertylliano, quod divi Hadriani temporibus factum est, plenissimè de tristi successione matri, non etiam avie, deferendâ cautum est: ut mater ingenua trium liberorum jus habens, libertina quatuor, ad bona filiorum filiarumvè admittatur intestatò mortuorum, licet in potestate parentis sit: ut test. cum alieno juri subjecta est, jussu ejus adeat hereditatem, cujus juri subjecta est.

- 1 Ratio continuationis.
- 2 Cur mater neque liberis, neque hi illi olim succedebant.
- 3 Sanguinis ratio inter matrem & filium arctissima.
- 4 Senatusconsulti Tertylliani sententia.
- 5 Afflictio non addenda afflictio.
- 6 Senatusconsultum Tertyllianum unde dictum.
- 7 Tertyllianus Jurisconsultus, Christianus factus, complures libros de religione scripsit.
- 8 Matrimonium jure Romano non solvit patriam potestatem: licet moribus Germania aliud videatur receptum.

A Udivimus superiori titulo §. ultim. quomodo pater liberis emancipatis ab intestato succedat: nunc, quomodo & quando mater ad liberorum intestatorum hereditatem admittitur, dispiciendum. Et primum quidem jure civili antiquo, quod ex lege duodecim tabularum descendit, nec mater liberis succedebat, nec liberi matri, tradente hic Justiniano, & Ulpiano in fragment. Institut. tit. 26. §. penult. Cujus ratio hæc est: quia inter matrem & liberos neque jus sui, neque jus agnationis intercedit, non quidem jus sui; quia mater liberos in potestate non habet. §. femina. 10. supr. de adoptio. nibus. §. ceteri 3. supr. de hered. qualitat. & different. non etiam, jus agnationis; quia mater liberis non per virilem sexum jungitur, sed matrimonio tantum, & partu, auctore Giphano hic, & infr. tit. seq. verb. admittuntur, &c. Juris autem civilis successio solummodo istis duobus, nempe jure sui, & agnationis nitebatur, ut explicuimus ad §. 1. supr. de hereditatibus, quæ ab intest. defer. num. 1. Prætores deinde æquitate naturali, & sanguinis ratione (quæ certè inter matrem & filium est arctissima) adducti, bonorum possessionem Unde cognati matri ac filio ultrò citròque dederunt. *l. 1. & l. 2. ff. unde cognati.* Sed quia hoc jure prætorio parùm matri consulebatur: cum ista bonorum possessio esset tertii ordinis; ita ut omnes sui heredes & agnati præferrentur matri. §. admonendi. 13. supr. de hereditatibus, quæ ab intest. defer. postea Claudius Cæsar matris legitimam liberorum, non tamen omnium, sed in acie fortassis, bellòve publico amissorum, hereditatem attribuit, ut Justinianus subindicat hic in principio tit. supr. de excusationibus tutor. & notant Budens, Tumingius, Mynsingerus, & Hotomanus hic enunciat. 3. Tandem Senatusconsultum Tertyllianum matri, non etiam avie, (quod tamen hodie correctum est, & cautum, ut avia etiam nepoti succedat, *Novell. 118. cap. 2. §. copiosius explicatum suprâ ad principium tit. de hereditatibus, quæ ab intestat. defer. num. 267. & seq.*) plenius subvenit, statuitque: ut ingenua mater jus trium liberorum habens, libertina verò quatuor, bona filiorum filiarumvè intestatò mortuorum capiat, quamvis sit in potestate parentis. §. 2. hoc tit. l. 2. & tot. tit. ff. ad Senatusconsultum. Tertyllianum. Ulpian. dict. tit. 26. §. ultim. Ratio hujus Senatusconsulti hic in dict. §. 2. indicatur illa: ut luctus & tristitia, quam mater percipit ex morte filii, leniatur & mitigetur successione: sive ne afflictæ addatur afflictio, luctus ex morte, & hereditatis privatio, argum. *l. nam & si. 15. in princip. ff. de inoffic. testam. l. jure succursum. 6. in princip. ff. de jure dor. §. l. scripso. 7. in fine. ff. si tabule testament. nulla extab.* Huic rationi accedit & alia, nimirum jus sanguinis, seu proxima conjunctio naturalis, ut *infrâ in §. sed nos. 4. vers. respicientes ad naturam.* &c. Ceterum Senatusconsultum hoc Tertyllianum nomen habet à Tertyllo quodam sive Tertullo. Quis autem fuerit iste Tertyllus sive (ut alii nominant) Tertullus, cerè non constat. Ulpianus meminit cujusdam rescripti Imperatoris sui ad Ovinium Tertyllum libro. 1. §. interdum. 3. ff. ad Senatusconsultum. Tertyllianum. Cassiodorus meminit Tertulli Consul: ut & Rittershusius *hic in dicto. §. 2. pagin. 391.* Notus etiam est Orator ille Tertullus, qui Paulum Apo-

Apostolum accusavit. *Aët. c. 24.* Nec est ignotus Iurif. consultus Tertullianus : quem Iustinianus vocat Interpretem juris antiqui. *l. ult. in princ. C. de curatore furiosi*, traditurque scripsisse libros Quæstionum quatuor, & unum de castrensi peculio. Unde Rutilius putat, ad hujus relationem & suasionem factum esse senatusconsultum, de quo hic agitur : & addit, quosdam existimare, eum esse Tertullianum, qui postea Christianus factus est, multosque de religione libros reliquit ; ut refert Balduinus hic, & Mynsinger. *num. 3.* nec non Dionysius Gothofredus in not. ad d. l. ult. *lit. E. C. de curatore furiosi.*

Ex illis porro propositi §. 2. verbis, *licet in potestate parentis sit*, perspicuum videtur, quod jure Romano matrimonium seu nuptiæ filiarum, à patris potestate eam non liberent. *l. 1. §. 1. ff. de agnoscend. §. alend. lib. l. 2. §. 1. l. quoties. 29. ff. solut. matrim. l. si uxorem. 5. C. de conditionibus. insert. §. l. filia, loc. cit. 12. C. de collationibus.* Ejusque ratio videtur : quia patria potestas est merè civilis. *§. Jus autem potestatis. 2. sup. de patria potest.* matrimonium verò propter consensum, ex quo potissimam constet, magis naturale est, *l. cui fuerit. 15. in fin. ff. de condit. §. demonstrat. l. nuptias. 30. ff. de regulis jur. Novell. 22. cap. 3. cum similibus.* Sed moribus totius ferè Europæ etiam matrimonio potestas patria tollitur : quia ea hodie magis naturalis, quam civilis esse censetur. Quà de re videntur Siehardus in l. ubi adhuc. 29. mon. 16. C. de jure dot. Tiraquell. in legib. connubialib. in princ. num. 3. & seqq. Berlich. conclusion. practicabil. part. 2. conclus. 11. num. 13. cum seqq. Besold lib. 1. Politic. c. 10. num. 47. pag. 372. aliquos quos citavimus supra in princ. tit. de nupt. n. 57. & in §. præterea C. num. 7. tit. quibus mod. jus patr. potest. solvitur.

§. Præferuntur. 3.

§. 3. Præferuntur autem matri liberi defuncti, qui sui sunt, quive suorum loco sunt, si-ve primi gradus, si-ve ulterioris. Sed & filiarum mortuæ filius, vel filia, præponitur ex constitutionibus matri defunctæ, id est, aviæ suæ. Pater verò utriusque, non etiam avus & proavus, matri antepositur, scilicet cum inter eos solos de hereditate agitur. Frater autem consanguineus tam filii, quam filiarum, excluderat matrem, soror autem consanguinea pariter cum matre admittebatur. Sed si fuerant frater & soror consanguinei, & mater liberis honorata : frater quidem matrem excluderat ; communis autem erat hereditas ex æquis partibus fratribus & sororibus.

SUMMARIA.

- 1 Quando ex Senatusconsulto Tertulliano mater ad successionem liberorum admittatur, & quoniam illi præferantur.
- 2 Hereditas magis liberis debetur, quam parentibus.
- 3 Femina moriens suos heredes habere nequit.
- 4 Cur avus & proavus matri non præferantur.
- 5 Frater & soror quatenus matrem excludant.

Decernit hoc loco Imperator, quando ex Senatusconsulto Tertulliano mater ad successionem filii & filiarum admittatur, & quoniam illi præferantur. Et primò matri præferuntur omnes defuncti liberi, qui sui sunt, suorumve loco, hoc est, emancipati. *§. emancipati. 9. sup. de heredit. que ab intest. defer. l. 2. §. liberi. 6. ff. ad Senatusconsultum Tertullianum.* si-ve primi sint gradus, ut filii, si-ve ulterioris, ut nepotes, pronepotes : & deinceps. Hi namque omnes liberorum appellatione continentur. *l. liberorum. 220. in princ. ff. de verbor. significat.* Ratio expedita est : tum quia primus ordo, qui est liberorum, præferri debet secundo, id est, legitimorum, inter quos nunc est mater. Tum quia natura dicitur, ut successio potius descendat, quam ascendat ; hoc est, hereditas magis liberis, quam parentibus debeatur. *l. nam est. 15. ff. de inst. test. l. Harpprecht ad hujus. Tom. III.*

cum ratio naturalis. *7. ff. de bonis damnator. l. scripto. 7. in fin. ff. si tabul. testam. nulla extrah. Giphani. hic in verb. liberi defuncti.* &c. Rectè autem Iustinianus ait : *liberi defuncti.* Nam liberi defuncti non omnes matri præponuntur ; sed filius solummodo, & filia defunctæ, hoc §. vers. sed & filia, & l. quoties. 4. C. ad Senatusconsultum Orficianum. Cur non omnes præponantur ; hæc est ratio : quia non sui sunt. Filia siquidem, si-ve femina moriens suos heredes habere nequit, arg. §. femina. 10. sup. de adoptionib. & §. sui autem. 2. sup. de hereditatib. que ab intest. deferunt. Deinde & pater utriusque, id est, tam filiarum, quam filii, si-ve filius, si-ve filia decederit ; matri antepositur. hoc §. nostro. vers. pater verò utriusque, &c. d. l. 2. §. objicitur. 14. ff. ad Senatusconsultum Tertullianum. l. 2. C. eod. l. si ad patrem. 10. ff. de suis & legit. heredib. Berlich. part. 3. conclusion. practicabil. conclus. 23. num. 1. Et ratio : quia pater non tantum eodem est gradu, quo mater sed & aliquid amplius habet, purè jus vetus ex manumissione, de quo sup. in §. ult. tit. proximo. Avus autem, & proavus defuncti non præferuntur matri : quoniam hæc gradu illos antecedit. d. l. 2. §. objicitur. 15. vers. sed neque avus. ff. ad Senatusconsultum Tertullianum. Præter præterea consanguineus matrem excludit : soror verò consanguinea cum matre concurrat, ut hic in vers. frater autem, &c. d. l. 2. §. si sit consanguinea. 18. & l. si quis intestatus. 7. ff. eod. Sed si frater & soror ambo cum matre concurrant, matri antepositur : & soror quidem hoc casu propter fratrem. Quod si fratres uterini sint, aut naturales : mater iis præfertur. *l. Lucius. 45. ff. d. vulgar. §. pupill. substit.* si modò mater tres vel quatuor liberos pepererit, ut ex §. 2. hujus tituli efflorescit.

§. Sed nos constitutione. 4. & §. sed cum antea, 5.

§. 4. Sed nos constitutione, quam in Codice nostro nomine decorato posuimus, matri subvenendum esse existimavimus : respicientes ad naturam, & puerperium, & periculum, & sapè mortem ex hoc casu matribus illatam. Ideoque impium esse credidimus, casum fortuitum in matrum admitti detrimentum. Si enim ingenua ter, vel libertina quater non peperit : immerito defraudabatur successione suorum liberorum. Quid enim peccavit, si non plures, sed paucos peperit ? Et dedimus jus legitimum plenam matribus, si-ve ingenuis, si-ve libertinis, etiam non ter enixæ fuerint, vel quater, sed eam tantum, vel eam, qui quavè morte intercepti sunt, ut sic vocentur in liberorum suorum legitimam successionem.

§. 5. Sed cum antea constitutiones jura legitimæ successionis perscrutantes, partim matrem adjuvabant, partim eam praegravabant, nec in solidum eam vocabant, sed in quibusdam casibus tertiam ei partem abstrahentes, certis legitimis dabant personis, in aliis autem contrarium faciebant : nobis visum est, rectè & simplici viâ matrem omnibus personis legitimis anteponi, & sine ullâ deminatione filiorum suorum successionem accipere : exceptâ fratris & sororis personâ, si-ve consanguinei sint, si-ve sola cognationis jura habentes : ut quemadmodum eam toti alii ordini legitimo præposuimus ; ita omnes fratres & sorores, si-ve legitimi sint, si-ve non, ad capiendas hereditates simul vocemus : ita tamen, ut siquidem solæ sorores agnatæ vel cognatæ, & mater defuncti vel defunctæ supersint : dimidiam quidem mater, alteram verò dimidiam partem omnes sorores habeant. Si verò matre superstitie & fratre, vel fratribus

foliis, vel etiam cum sororibus, sive legitima, sive sola cognationis jura habentibus, intestatus quis vel intestata moriatur: in capita distribuatur ejus hereditas.

S U M M A R I A.

- 1 Car liberorum hereditas matri indistinctè concedenda, triplici ratione declaratur.
- 2 Justiniani sanctione mater, in legitimâ filii successione, omnibus agnatis præfertur: exceptis solis fratribus, & sororibus defuncti.
- 3 Hujus §. dispositio jure novissimo correctâ.

1 **A**dfertur hic Senatusconsulti Tertulliani, & constitutionum quarundam emendatio, quâ primùm Justinianus legitimam liberorum hereditatem, eamque solidam, matri indistinctè concedit; sive ter, sive quater enixa sit, sive defunctum tantum susceperit. l. 2. C. de jure liberorum. Ratio hujus correctionis sive novi juris triplex adduci poterit: Tum, quia hæc successio ex natura, ut causâ certâ & justâ, & non ex numero liberorum, ut causâ incertâ & fortuitâ pendere debet, hoc §. 4. Tum, quia jure naturæ tantum debetur matri, quantum patri, argum. l. 4. & seqq. ff. de injus vocando. & l. penult. C. de legit. heredib. Tum, quia plus periculi & oneris in pariendo & alendo sustinet mater, quam pater: ac proinde etiam plus illi deberi videtur, notante hic Giphano, in verb. respicientes ad naturam, &c. Cæterum quod ait hic Imperator (quem ineptiarum solito more ineptissimè arguit Bachovius hic pag. 664.) de periculis puerperii sive partûs: idem pluribus verbis exaggerat in l. assiduâ, l. 2. §. 1. C. qui potiores in pign. hab.

2 Deinde Justinianus tertiam illam hereditatis partem, quam mater olim ex constitutionibus (quas relatas videmus in Codicis Theodosiani librum. 5. sub. tit. 1. de legitimâ hered. l. 1. 2. & penult.) agnatis dare cogebatur, pro jure antiquo illis competente, tollit: ut mater in legitimâ filii successione agnatis sive legitimis personis omnibus, sine ullâ detractioe tertie partis, præferatur: solis fratribus & sororibus defuncti exceptis. l. ult. Cod. hoc tit. Nam si mater concurrat cum solis sororibus, sive consanguineis, sive uterinis, ad semissem hereditatis admittitur: sin concurrat vel cum fratribus solis, vel cum fratribus & sororibus simul; hereditas in capita dividitur, totque partes fiunt, quot succedentium personarum reperiuntur, hoc §. 5. & dict. l. ultim. Cod. eod. Atque hæc quidem succedendi ratio jure Institutionum & C. obtinet: aliud verò novellis constitutionibus sancitum est. Quare qui exactè vult cognoscere, quomodo parentes hodie liberis succedant: eum recurrere oportet ad ea, quæ annotavimus supra ad princip. tit. de hereditatibus, quæ ab intest. deferuntur. num. 367. & seqq.

§. Sed quemadmodum 6.

§. 6. Sed quemadmodum nos matribus proposuimus; ita eas oportet suæ soboli consulere: scituris eis, quod si tutores liberis non petierint, vel in locum remoti, vel excusati, intra annum petere neglexerint: ab eorum impuberum morientium successione merito repellentur.

S U M M A R I A.

- 1 Mater, nisi liberis impuberibus intra annum tutores petat, à successione eorum repellitur.
- 2 Quibus ex causa, mater, tutorem filii non petens, excusatur.
- 3 Mater & intestatus l. 1. C. si adversus delict.
- 4 Quod in matre desitum, idem in auct. obtinet.

1 **M**ater, quæ liberis suis impuberibus, patre amissis, intra annum tutores idoneos non postulat, ab eorum hereditate excluditur, per hoc tantum nostrum, &

monuimus supr. in pr. tit. de hereditatibus, quæ ab intest. defer. num. 393. Nec interest, si sint liberi naturales, an ex justis ac legitimis nuptiis procreati. l. ult. C. qui petant tut. vel curatores. Idque optimâ ratione constitutum est: quia indigna videtur mater successione filii, cui impuberi ipsa prospicere de idoneis tutoribus neglexit. l. 2. §. si mater. 23. ff. ad SC. Tertull. l. 2. §. 1. ff. qui petant tutor. & l. matris. 6. C. d. tit. Illud tamen ut procedat, 2 primò requiritur, ut pupillo tutorem habere expediat. Nam si ex re & commodo pupilli non sit, tutorem constitui: mater, quæ eum non petiit, excusatur. Exempli gratiâ: si amplum legatum pupillo sub hac conditione sit relictum, Si tutores non habuerit. Hoc casu si majus sit emolumentum legati, quam tutelæ, mater non petens tutorem, pœnam non meretur. d. l. 2. §. tractari. 44. ff. ad SC. Tertullianum. Deinde necessarium est, ut filius in pupillari ætate moriatur. Etenim si pubes factus decedat: mater, quæ ipsi impuberi non petiit tutorem, ab ejus hereditate non arceatur. l. matres. 3. & l. omnem. 6. C. hoc tit. Mynsinger. Wesenbc. & Giphanius hic in verb. impuberum morientium, &c. Ratio hæc reddi potest: quia filius matri culpam remisisse videtur. Poterat enim alioqui pubes factus illam testamento omittere, & ab hereditate suâ remove. Atque isthæc conjectura & interpretatio ob favorem matris faciliem recipitur: cum præsertim is, cui nocitum est, non amplius superfit. Rittershus. hic pag. 355. Tertio exigitur, ut mater sit major 25. annis. Ea enim, quæ 25. annum nondum attingit, etiam si filio impuberi tutorem non postularit, propter ætatis lubricum pœnam evitat: a lege ipsi successio filii minimè denegatur: cum hæc pœna in majoribus tantum matribus obtineat, uti rescripserunt Imperatores Diocletianus & Maximianus in l. 2. C. si adversus delictum, &c. Neque minor restitutionis in integrum auxilio opus habet: cum ipso jure tuta sit, & à pœna hac privationis excusetur, argum. d. l. 2. C. dict. tit. & l. penult. C. ex quibus caus. infamia irrogatur. Forster. lib. 7. de successione ab intest. cap. 16. num. 5.

Nec obstat l. 1. C. si adversus delict. ubi minor ad 3 evitandam pœnam delicti, à se commissi, non tutus est ipso jure, sed restitutionis ope indiget. Namque lex illa loquitur de delicto, quod consistit in faciendo, & citradolum malum perpetratum fuit: nos autem hic agimus de delicto, quod omitiendo saltem admissum est. Itaque nostro in casu mater minor ipso jure excusatur à pœnâ, nec restitutionis beneficio opus habet.

Porrò non mater tantum, sed & avia, tam maternâ, 4 quam paternâ, si non petierit tutorem nepotibus pupillis intra annum, eorum successione privatur, præallegatâ leg. 2. §. filiis autem. 23. ff. ad Senatusconsultum Tertullianum. Bartolus in dict. leg. 2. §. si mater. 23. ff. eodem. & in leg. 2. in princ. ff. de vulgari & pupill. substit. Paulus de Cassr. Corneus, & alii in leg. sciant. 10. Cod. de legitimis heredibus. Parisius consilio. 84. volum. 2. Forsterus dict. lib. 7. cap. 16. num. 11. & Grassus in lib. recept. sentent. §. successio ab intestato. quasi. 28.

§. Licet autem. 7.

§. 7. Licet autem vulgò quæsitus sit filius filiarivæ: potest tamen ad bona ejus mater ex Tertulliano Senatusconsulto admitti.

S U M M A R I A.

- 1 Mater non solum justis liberis, verum etiam vulgò quæsitis succedit.
- 2 Mulieribus illustribus castitatis observatio præcipuum debetur.
- 3 Matrem illustris filii sui spurii hereditatem petere, communiter obtinet.

EX senatusconsulto Tertylliano mater non legitimis solam & iustis liberis, verum etiam spuris, & vulgo quælitis, cum ea cognata & natura mater sit, succedit, hoc §. 1. 2. §. 1. ff. ad SC. Tertyll. & l. si spurius. 4. ff. un. de cognati. Et quamvis Accursius hic, Mynsingerus, & alii tradant, matrem illustrem ab hereditate filii spurii repellendam esse: quod in mulieribus illustribus, quibus castitatis observatio præcipuum debitum est, nominati spucios, satis ignominiosum, satisque acerbum sit. l. si qua illustris. §. C. ad SC. Orphit. attamen cum nihil singulare de matre illustri hac in parte, jure nostro sit cautum, eam filii sui spurii hereditatem petere posse, communiter, & quidem rectè, receptum est, post Angel. in §. præferuntur. 3. f. hoc tit. & Matthæyllan. in tr. de success. ab intest. 2. membro secundæ articuli principal. num. 5. docuit Schenckew. f. in tr. de heredit. que ab intest. defer. in secundo ord. succed. non 48. & nos etiam attingimus f. in princ. d. tit. de heredit. que ab intest. defer. num. 400. Et eâ de re uberius se ipse Valentinus Forsterus libr. 7. de successio. ab intest. cap. 17. num. 5. & sequentibus.

DE SENATUSCONSULTO ORPHITIANO.

TIT. IV.

Principium Tituli, cum §. 1.

Per contrarium autem liberi ad bona matrum intestatarum admittuntur ex Senatusconsulto Orphitiano, quod Orphitio & Rufo consulibus effectum est, divi Marci temporibus: & data est tam filio, quam filia legitima hereditas, etiam si alieno juri subjecti sint: & præferuntur consanguineis & agnatis defunctæ matris.

§. 1. Sed cum ex hoc Senatusconsulto nepotes & neptes ad aviæ successionem legitimo jure non vocarentur: postea hoc constitutionibus principalibus emendatum est, ut ad similitudinem filiorum filiarumque & nepotes & neptes vocentur.

S U M M A R I A.

- 1 Continuatio hujus titi: ad præcedentem: & senatusconsultum Orphitiano à quo, & quando factum.
- 2 Prætor non jurare solet eos, quibus jure civili est prospectum.
- 3 Patria potestatis effectus.
- 4 Quare nepotes ad aviæ, & non item avia ad nepotum successionem vocentur.

IN proximè præcedenti titulo explicatum est: quomodo ex Senatusconsulto Tertylliano mater filio succedat: nunc vice versa, qua ratione filius ex Senatusconsulto Orphitiano (quod factum est, imperantibus Marco Elío sive Aurelio patre, & ejus filio Antonino sive Commodo, circa annum Christi 180. Cornelio Scipione Orphitio, & Velio Rufo Consulibus: adeoque ab auctore suo nomen est sortitum; ut Balduinus, Welenbecius, Mynsingerus Hotomanus & Tuningius hic notant) ad matris hereditatem veniat, sub exitur. Etenim ante hoc Senatusconsultum liberis, in patris potestate constitutis, ad matris successionem nullus patebat aditus, neque jure civili, neque jure Prætorio. Non quidem jure civili: quia nec jus sui, nec jus agnationis inter eos erat, ut supra. in principio tituli proximi dictum. Non etiam jure Prætorio, per honorum possessionem Unde cognati: quia Prætor non jure solebat eos, quibus jure civili erat prospectum. l. i. liberis autem in potestate jure civili deferbatur successio patris. Sed tamen si emanciparentur liberi à patre: matri jure Prætorio, ut proximi cognati, id est, tertio ordine Harpprechts ad Inst. Tom. III.

dine succedebant. Cæterum ex hoc Senatusconsulto filius & filia ad bona matris intestatæ, ante ejus consanguineos agnatosque, admittuntur; quamvis patris in potestate sint, hic §. 1. l. i. l. matris 4. & l. penult. ff. ad Senatusconsultum Tertyllianum. Hujus ratio est: quia hæc successio non patriæ potestate, aut ratione civili, sed potius ratione naturali; nimirum jure sanguinis nititur. Ex quâ ratione & illud resultat, quod vulgo quoque quælitis & ex concubinis nati ad matris successionem admittuntur, ut constat ex §. novissimè. 3. infra hoc tit. item quod fratres ac sorores, etiam uterini, sive diversis ex matrimoniis nati, matri succedant. d. l. matris. 4. ff. ad Senatusconsultum Tertyllianum. Nec adversatur, quod si liberi sint in potestate, hereditas matris non maneat penes liberos, sed transeat ad eum cujus juri subjecti sunt, videlicet ad patrem, l. placet. 76. ff. de acquir. vel amitt. hereditat. Nam id fit non ratione successionis, sed ratione patriæ potestatis, per quam omnia patri acquiruntur. Quod tamen de jure veteri, sive de tempore Senatusconsulti hujus tantum intelligendum est: posteriori siquidem jure bona materna, quoad proprietatem, ad liberos pertinent, §. 1. supra. per quas pers. cuique acquir. & l. 1. C. de bonis maternis.

Ut autem ex Senatusconsulto Tertylliano sola mater filio, & non avia nepoti; ita & contra ex hoc Orphitiano solus filius matri, & non nepos aviæ, succedit, §. 1. hoc tit. Sed postea Principum constitutionibus, quæ circa hoc Senatusconsultum factæ sunt, id emendatum est: ut non tantum filius & filia ad matris, sed etiam nepotes & neptes ad aviæ intestatæ successionem admittantur: quamvis avia nepotibus non succedat, l. si defunctus. 4. Cod. Theodosius de legitim. hereditibus. Ratio differentie, cur nepotes ad aviæ, & non item avia ad nepotum successionem vocetur, hæc est: quia hereditas magis debetur descendentibus sive liberis, quam ascendentibus, hoc est parentibus, l. nam est. 15. ff. de inoffic. testament. & l. scripto. 7. in fine. ff. si tabul. testament. nulla extab. Verum jure novissimo parentum & liberorum mutua successio in infinitum habet locum, Novell. 118. cap. 1. & 2. & abundè expositum in princip. sup. t. de hereditatibus, quæ ab intest. deferuntur. num. 55. & seqq. item n. 367. & sequentibus.

§. Sciendum. 2.

§. 2. Sciendum autem est, hujusmodi successiones, quæ ex Tertylliano & Orphitiano Senatusconsultis deferuntur, capitis diminutione non perimi; propter illam regulam, quæ novæ hereditates legitimæ capitis diminutione non pereunt, sed illæ solæ, quæ ex lege duodecim tabularum deferuntur.

S U M M A R I A.

- 1 Hereditates veteres legitimæ, capitis diminutione minimè perimuntur: novæ non item.
- 2 Capitis diminutio, ut civilis, tollit civilia; non verò naturalia.
- 3 Veteres hereditates, itemque novæ, unde nomen habent.
- 4 Maximè & mediâ capitis diminutione pereunt quæque jura agnationis.

Hereditates legitimæ veteres capitis diminutione minimè, hoc est, emancipatione perimuntur: novæ verò hereditates legitimæ eadem capitis diminutione non pereunt, hoc §. 1. §. capite 8. ff. ad Senatusconsultum Tertyllianum. l. capitis. 11. ff. de suis & legitim. heredit. l. tutelæ. ff. de capite minuit. Ratio dissimilis evidens est: quia veteres hereditates tantum respectum habent ad causam civilem, nimirum ad jus potestatis & agnationis: novæ autem tantum considerant causam naturalem, puta jus agnationis & linguinæ, ut sentit hic Balduinus, Henricus Schilbock. & Giffa.

2 *Giphanus*. At capitis deminutio, ut civilis, tollit civilia; naturalia non item, §. ult. f. de legit. agnat. tutel. l. i. jura sanguinis. §. ff. de regul. jur. Ceterum veteres hereditates à veteri lege duodecim tabularum, ut novæ à novis legibus sive Senatusconsultis, ex quibus deferuntur, non habent, l. i. §. 3. ff. de petitione hereditat. Porro noranter superius dictum est: capitis deminutione minimā veteres duntaxat hereditates periri. Nam maximā & mediā capitis deminutionibus etiam jura cognationis; ac prout succelliones quæque novæ, ex novis legibus natæ, pereunt. §. quod autem. 6. supr. de capis. deminut. effectus, inquam, illius cognationis tollitur, non ipsa cognatio; quæ est planè naturalis, docente *Rittershusio* hic in fine. pag. 357.

§. Novissimè. 3.

§. 3. Novissimè sciendum est; etiam illos liberos, qui vulgò quæriti sunt, ad matris hereditatem ex hoc Senatusconsulto admitti.

S U M M A R I A.

- 1 *Spurii ex Senatusconsulto Orphitiano matri succedunt.*
- 2 *Ratio Senatusconsulti.*
- 3 *Liberi, ex damnato coitu procreati, ab omni successione excluduntur.*

1 **Q**uemadmodum ex superiori Senatusconsulto *Tertulliano* mater filio spurio sive vulgò quærito succedit: ita ex hoc Senatusconsulto *Orphitiano* spurius ad hereditatem matris admittitur, per hinc §. 1. l. i. §. 2. ff. ad Senatusconsult. *Tertullian.* nisi mater illultris sit. & liberos ex iustis nuptiis procreatos habeat, l. si qua illustis. §. C. ad Senatusconsult. *Orphitiam*. Idque explicamus tractatum ad principium tit. supr. de hereditatib. quæ ab intest. defer. num. 358. §. seqq. Ratio utriusque Senatusconsulti jam aperta est: quia successio utriusque nititur causa & ratione naturali, id est, jure sanguinis, ut supra initio hujus tit. dictum num. 2. Jus autem sanguinis, hoc est, naturalis cognatio tam est in liberis iustis, & vulgò quæritis, quam iustis & legitimis, argum. l. jura sanguinis. §. ff. de regul. jur. 3. At verò ex putibili, damnatoque coitu suscepti; quales sunt ex adulterio nati, incestuosi & similes, à successione omni prorsus alieni habentur, *Novell.* 74. cap. ultim. *Grass.* in libr. recept. sententiar. §. successio ab intestato. question. 20. num. 4. *Harenan* *Pistoris*. lib. 1. quest. 42. §. expositum supr. in d. principio tit. de hereditatib. quæ ab intest. defer. num. 347.

§. Si ex pluribus. 4. & ult.

§. 4. Si ex pluribus legitimis heredibus quidam omiserint hereditatem, vel morte, vel aliâ causâ impediti fuerint, quò minus adeant: reliquis, qui adierint, accrescit illorum portio: & licet antè decesserint, quàm accresceret; ad heredes tamen eorum pertinet.

S U M M A R I A.

- 1 *Jus accrescendi quid sit.*
- 2 *Nemo pro parte testatus, & pro parte intestatus, decedere potest.*
- 3 *Jus accrescendi in quibus locum habeat.*
- 4 *Hereditas legitima semper proximiori defertur.*
- 5 *Jus accrescendi transmittitur ad heredes: ejusque ratio.*
- 6 *Beneficia realia ad heredem transmittuntur.*

1 **J**us accrescendi, de quo hic agit *Justinianus*, dicitur: quando portio unius heredis, non adempta hereditate, aliis coheredibus aduentibus, etiam invitis ac nolentibus, accrescit. Cui invitis ac nolentibus? Primum quia absolute atque ineptum est, ejusdem hereditatis partem agnoscere, & partem repudiare, l. unic. §. si ita definitis. 10. 2. C. de caduc. tollend. Deinde quia (quæ ratio propria est hereditatis ex testamento delata) nemo pro parte testa-

tus, & pro parte intestatus decedere potest, §. hereditas. §. f. de heredibus instituend. l. jus nostrum. 7. ff. de regul. jur. De utraq; hac ratione egregiè *Duarenus* lib. 1. de jure accrescend. capit. 2. *Paulus* *Emilius* *Gallus* in tract. de exceptionib. in success. tam ab intest. quam ex testam. part. 3. tit. 2. except. 3. num. 1. §. seqq. fol. 561. De hoc autem accrescendi jure dux insignes breviter notandæ sunt sententiæ. Prior est: huic juri locum esse non solum in hereditatibus ex testamento. d. §. hereditas. §. ff. de hered. instit. in legatis & fideicommissis, §. si eadem res. 8. supr. de leg. & in bonorum possessione, l. 3. §. ult. §. tribus seqq. ff. de bonor. possessionib. sed etiam in hereditatibus legitimis, sive ab intestato delatis. l. si ex pluribus. §. ff. de suis & legit. hered. l. 1. §. si nemo. §. ff. ad Senatusconsult. *Tertullian.* l. si Titio. 61. §. 1. ff. de legat. 2. *Paul.* lib. 4. sentent. tit. 8. §. ultim. Ratio, cur in hereditate legitimâ jus accrescendi locum habeat, hæc est: Tum quia eodem in gradu qui sunt, conjuncti esse reputantur; velut duo fratres: duo filii, &c. ita ut omnibus ejusdem gradus tota hereditas deberi, ac non nisi concursu scienda videatur: *Duaren.* d. lib. 1. de jure accrescend. cap. 1. §. 14. Tum quia hereditas legitima proximiori semper defertur, *Paul.* d. tit. 8. §. in hereditate. &c. Est autem absurdum, ut unius hereditas diverso jure censeatur, id est, partim ad proximiorum, partim ad remotiorum pertineat, *Leum*, qui ades. 23. §. l. rerum mixtura 30. §. ultim. ff. de usurpat. & usucap. Altera sententia est: jus accrescendi transmitti ad heredes; d. l. si ex pluribus. §. ff. de suis & legit. hered. l. hæc scriptura 26 §. 1. ff. de condit. & demonstrat. d. l. unic. §. his ita. C. de caduc. tollend. Ut pone: Tres sunt heredes ab intestato. Duo hereditatem adeunt: tertius verò repudiat. Hujus tertii deficiens portio reliquis duobus, hereditatem adeuntibus, accrescit. Et licet reliqui duo, qui adierunt, antè mortui fuerint, quàm portio tertii accresceret: tamen ad heredes eorum tertii portio deficiens transmittitur, hoc §. nostro, in fine. Ratio, cur jus accrescendi transeat ad heredes, hæc esse videtur: quia jus istud reale est sive ad rerum acquisitionem pertinet, l. si totam. 83. ff. de acquir. vel. amit. hered. *Giphanus* & *Schilbock* hic circa finem. Atqui beneficia, quæ rei coherent, non personæ, ad heredem transeunt. l. privilegia. 196. ff. de regul. jur. & notat *Rittershusius* hic in fine. pag. 358.

DE SUCCESSIONE COGNATORUM.

T I T. V.

Principium Titul. cum §. 1. 2. 3. & 4.

Post suos heredes, eosque, quos inter suos heredes *Prætor* & constitutiones vocant, & post legitimos (quo numero sunt agnati, & hi, quos in locum agnatorum tam supradicta Senatusconsulta, quàm nostra crexit constitutio) proximis cognatos *Prætor* vocat.

§. 1. Qua parte naturalis cognatio spectatur. Nam agnati capite deminuti, quique ex his progeniti sunt, ex lege duodecim tabularum inter legitimos non habentur, sed à *Prætor* tertio ordine vocantur: exceptis solis tantummodo fratre & sorore emancipatis, non etiam liberis eorum, quos lex *Anastaliana* cum fratribus integri juris constitutis, vocat quidem ad legitimam fratris hereditatem, sive sororis: non æquis tamen partibus, sed cum aliqua deminutione, quam facile est ex ipsius constitutionis verbis colligere. Aliis verò agnatis inferioris gradus, licet capitis deminutionem passi non sint, tamen anteponit eos, & procul dubio cognatis.

§. 2. Eos

§. 2. Eos etiam, qui per foemini sexus personas ex transverso cognatione junguntur, tertio gradu proximitatis nomine Prætor ad successionem vocat.

§. 3. Liberi quoque, qui in adoptivâ familiâ sunt, ad naturalium parentum hereditatem hoc eodem gradu vocantur.

§. 4. Vulgò quæsitos, nullos habere agnatos, manifestum est: cum agnatio à patre sit, cognatio à matre: hi autem nullum patrem habere intelligantur. Eadem ratione ne inter se quidem possunt videri consanguinei esse: quia consanguinitatis jus species est agnationis. Tantum ergo cognati sunt sibi, sicut & matri cognati sunt. Itaque omnibus istis ex eâ parte competit bonorum possessio, quâ proximitatis nomine cognati vocantur.

SUMMARI A.

- 1 Ordinis ratio, seu continuatio.
- 2 Qui tertio cognatorum ordine succedant.
- 3 Civilis ratio civilia jura corrumpit, naturalia non item.
- 4 De lege Anast. sit Imperatoris.
- 5 Quibus cognatis Prætor bonorum possessionem pollicetur.
- 6 Proximitatis verbum quid hîc significet.
- 7 Liberi adoptivi quatenus ad naturalis patris hereditatem vocentur.
- 8 Cessat Prætorium & extraordinarium auxilium, ubi est ordinarium.
- 9 Liberi vulgò quæsitæ quo ordine succedant.
- 10 Vulgò quæsitæ nullum patrem habere intelliguntur.

defer. ubi id explicatius persecuti sumus. Porro proximitatis nomine hic in d. §. 2. & alias læ. e. ut in §. 4. & ult. infr. hoc tit. initio tit. infr. de servili cognat. l. si spiritus 4. ff. unde cognati. & l. ad intestati 5. C. de legitimis heredib. cognatio naturalis, per sexum foemininum inducta, designatur: quia in hac solâ proximitas spectatur: & quousque gradu proximior est, eo jure habetur potior. Cæterum in aliis, suorum nimirum & agnatorum, ordinibus, non tam quis sit gradu proximior, quam quis suus, quisve agnatus sit, consideratur: atque ita remotior interdum proximior excludit, ut docent Wesenbecius, Rittershusius & Tuningius in d. §. 2. hoc tit.

Tertio, liberi quoque adoptivi ad naturalium parentum hereditatem hoc cognatorum ordine vocantur, §. liberi. 3. hoc tit. d. l. 1. §. cognationem. 4. ff. Unde cognati. Ratio, cur hi tertio demum hoc cognatorum gradu vocentur, est: tum quia cum sint emancipati, sive extra potestatem patris naturalis, non sunt amplius sui, quoad illum patrem: tum etiam, quia Prætor eos non vocat in primo ordine liberorum: quia cum sint in familiâ & potestate patris adoptivi, & proinde iis jure civili sit prospectum: non putavit, se illis succurrere debere. Cessat enim Prætorium & extraordinarium auxilium, ubi est ordinarium, l. in causa. 6. ff. de minoribus 25. ann. & dictum in §. at hi, qui emancipati. 10. §. de hereditatibus, quæ ab intest. defer.

Denique liberi vulgò quæsitæ, id est, ex meretrice pro-
geniti, hoc tertio ordine mutuo sibi succedunt, §. vulgò quæsitæ 4. hoc tit. l. si spiritus. 4. ff. Unde cognati. Ratio clara est: quia cognati tantum inter se sunt, non agnati. Quid ita? quoniam agnatio à patre est, §. 1. §. de legitimis agnatorum successione. At vulgò quæsitæ nullum patrem habere intelliguntur, d. §. 4. hoc tit. & l. vulgo concepti. 23. ff. de statu hominum. Ex quo sequitur, eos inter se quoque consanguineos non esse. Nam consanguinei vocantur fratres ex eodem patre nati: & consanguinitas ius agnationis species est, aut. Just. in d. §. 4. hoc tit. Quamobrem vulgò quæsitæ, nec consanguinei, nec agnati, sed solummodo cognati, tum inter se, tum matri esse dicuntur, l. 2. & d. l. 4. ff. Unde cognati. Idque paulo latius explicat Petrus Ostermann. hic in suis rationalibus p. 37.

§. Hoc loco. 5.

§. 5. Hoc loco & illud necessario admonendi sumus: agnationis quidem jure admitti aliquem ad hereditatem, etsi decimo gradu sit: si-
ve de lege duodecim tabularum quæramus, si-
ve de edicto, quo Prætor legitimis heredibus daturum se bonorum possessionem pollicetur. Proximitatis verò nomine iis solis Prætor promittit bonorum possessionem, qui usque ad sextum gradum cognationis sunt, & ex septimo à sobrino sobrinaque nati natæve.

SUMMARI A.

- 1 Agnati usque ad decimum, cognati usque ad sextum tantum gradum succedunt: nisi ex sobrino, sobrinaque descendunt.
- 2 Quæ sit ratio istius differentie.
- 3 Hodie & agnati & cognati in infinitum succedunt: sed tamen semper gradus prærogativa.

Exponitur hic egregia inter agnatos & cognatos in successione differentia: agnatos scilicet, qui per masculinum nos contingunt, ad hereditatem venire, etsi decimo gradu sint, hoc est, admitti in infinitum (neque enim ista hujus §. verba, etsi decimo gradu sit: hoc innunt, quodd agnationis jure usque ad decimum solum gradum succedatur, sed exempli causâ ponitur pro longissimo gradu, §. cæterum. 3. de legitimis agnatorum successione. in fin. infr. de servili cognat.) cognatos verò, id est, per foemininam lineam conjunctos, usque ad sextum tantum gradum succedere: nisi nati sint ex sobrino, vel sobrina. Hi enim soli etiam ex septimo gradu admittuntur, l. 1. §. hac autem. 3. ff. unde cognati. cum quia velut descendentes sunt, quibus

Expedito primo, qui est suorum heredum: itemque secundo, qui est legitimorum seu agnatorum, eorumque, qui his annumerari solent, ordine succedendi civili: transit Justinianus ad tertium, jure Prætorio comparatum, qui ad cognatos pertinet. Ex his autem, qui hoc tertio ordine succedunt, primò sunt agnati capite deminuti, h. e. emancipati, & qui ex iis progeniti sunt, §. 1. hoc tit. & l. legit. 5. ff. Unde cognati. Ratio, cur hi tertio ordine à Prætor vocentur, hæc est: quia licet agnatio minimâ capitis deminutione extincta sit, adeoque emancipati, ex iisque geniti, non amplius inter legitimos ex lege duodecim tabularum habeantur, i. e. non amplius sint agnati; manent tamen cognati. Emancipatio siquidem, quæ juris civilis est, cognationem, quæ ex naturâ descendit, tollere non potuit. Nam civilis ratio civilia quidem jura corrumpit, naturalia verò non utique. §. ultim. supr. de legit. agnator. tutel. §. minus ergò. 11. supr. de hered. quæ ab intestato deferuntur. Anastasius porro Imperator emancipatum fratrem aut sororem unâ cum fratribus integri juris, id est, capitis deminutionem non passis, sive non emancipatis, ad legitimam fratris sororisve hereditatem ita vocat, ut integri, hoc est, non emancipati, singuli duplo plus accipiant, quàm emancipati: veluti, si unus sit frater non emancipatus, & alter capite minutus, id est, emancipatus: non emancipatus bessem sive octo uncias accipit, emancipatus verò trientem, h. e. quatuor uncias, l. si ab eo. 11. & l. ult. §. 1. Cod. de legitimis heredib. l. frater. 4. Cod. de legit. tutel. & hic copiose Theophilus.

Deinde hoc tertio gradu seu ordine admittuntur ad bonorum possessionem Unde cognati à Prætor illi, qui per muliebrem sexum sive per foeminini sexus personas ex transverso cognatione junguntur. §. 2. hoc tit. nostro. l. 1. & 2. ff. Unde cognati. ubi traditur, Prætorem naturali ratione & æquitate permotum, omnibus cognatis promittere bonorum possessionem, qui jure civili ad successionem admitti non poterant. Recte autem ait Imperator hic in d. §. 2. ex transverso cognatione junguntur. Licet enim etiam in lineâ directâ sint cognati per foeminas cognatione juncti: ut nepotes ex filia: hi tamen in primo ordine hodie, & non in hoc tertio vocantur, ut patet ex §. penult. & ult. supr. de hereditatib. quæ ab intest.

potius hereditas, quam collateralibus debetur: tum quoniam frequentius natura evenit, ut hi superstitibus sint, quam alii ejusdem gradus ex patris & patruelibus *teste hic Wesenbecio num. 3.* Ratio autem differentie, quare agnati ad hereditatem in infinitum, cognati usque ad sextum duntaxat vel septimum gradum inclusive admittantur, hæc est: quia in agnatione ratio civilis & jus familie, in cognatione jus sanguinis sive natura spectatur. Jam vero jus familie porrigi & produci potest in infinitum. At natura non patitur, ut vita cognatorum ultra septimum gradum consistat, aut vix eo pertingat, sive in directo limite, sive in transverso, *l. non facile. 4. ff. de gradib. & affinib. Paul. lib. 4. sent. tit. 11. §. ult. Uldor. lib. 9. cap. 6. Cyprianus in hoc §.* Sed & illa forsitan ratio assignari poterit: tum quia post agnatos veniunt cognati: ac proinde frustra multiplicarentur gradus cognationis. Tum quia minus indulgendum fuit bonorum possessioni, quam successioni civili, *notante hic Marcilio. Vide tamen ipsam aliter explicantem Bachovianum hic num. 1. pag. 672. & seq.*

3 Porro cum hodie in successione, agnationis & cognationis discrimen oblitteratum sit: in infinitum & cognati cum agnatis veniunt ad successionem: salva tamen semper gradus prerogativa, ut qui prior in gradu sit, potior etiam in successione habeatur, *Novell. 118. cap. 4. Anton. Matth. hic in suis Not. Döring. in bibliotheca Jurisconsultorum. tom. 3. verb. agnati. num. 47. fol. 1170. & explicatum sup. in princ. tit. de hereditatib. que ab intest. deferuntur. num. 58. 449. & sequente.*

DE GRADIBUS COGNATIONUM.

TIT. VI.

Principium Tituli.

Hoc loco necessarium est exponere, quemadmodum gradus cognationis numerentur. Quia in re in primis admonendi sumus, cognationem aliam supra numerari, aliam infra, aliam ex transverso, quæ etiam à latere dicitur. Superior cognatio est parentum, inferior liberorum, ex transverso fratrum sororumve, & eorum, qui quæve ex his generantur, & convenienter patrui, amix, avunculi, materteræ. Et superior quidem & inferior cognatio à primo gradu incipit: at ea, quæ ex transverso numeratur, à secundo.

SUMMARIA.

- 1 Continuatio hujus tituli cum præcedente.
- 2 Dispositionis de gradibus cognationum, triplex manifeste juris civilis usus.
- 3 Tutela ad proximos agnatos pertinet.
- 4 Contra affines & agnatos invito dicere testimonium non cogitur.
- 5 Graduum utilitas insignis in contrahendis matrimoniis.
- 6 Gradus unde, & quid sit: & n. 11.
- 7 Nulli affinitatis sunt gradus: hujusque ratio.
- 8 Lectio & sensus l. ult. ff. de gradib. & affinib.
- 9 Cognati unde sic dicuntur.
- 10 Cognationis triplex linea sive ordo: parentum, liberorum, & propinquorum.
- 11 Directus & transversus limes à quo gradu incipiat.
- 12 Inter fratres & sorores nulla est generatio.

1 Quid paulo ante dictum est: agnatos, etiam si decimo gradu sint, succedere; cognatos usque ad sextum vel septimum, sequens fuit exponere, quoto quique ex his sint gradus: ut inde intelligi possit, qui quibus in successione præferuntur. Est autem dispositionis de gradibus cognationum triplex possimum jure civili usus. Primus ærniat in hereditatibus, quæ eo jure proximis

agnatis deferuntur: ut cognatis jure Prætorio. §. si plures. §. sup. de legis. agnat. success. initio. tit. proxime præcedentis. Novell. 118. c. 3. in fine. Alter est in tutelis, quæ & ipsæ ad proximos agnatos pertinent, de quibus sup. de legis. agnator. tutel. & §. ult. f. de capitis deminutio. Ter. 4. tius est in lege publicorum judiciorum, quæ contra affines & agnatos testimonium invito dicere non cogitur. l. lege Julia. 4. ff. de testibus. Et has tres utilitates adfert ipse Paulus in l. ult. in pr. ff. de gradib. & affinib. Est & quarta utilitas, eaque insignis in contrahendis matrimoniis, de quâ Alexander Papa secundus in can. ad sedem. 35. q. 5. ubi reprehendere videtur Jurisconsultos, quod hanc omiserint utilitatem, quam tamen solam spectent canones. Sed immerito reprehendit. Nam non omnem illi graduum mentionem & usum in nuptiis prætermiserunt, ut patet ex §. inter eas. 2. & §. seq. sup. de nupt. & l. per adoptionem. 17 §. 2. de ritu nuptiar. Vide D. Besoldum in thesauro pract. lit. G. num. 64. pag. 358. & Georgium Schultz. in expositione arboris consanguinitatis & affinitatis in proximo. Gradus autem *metaphorice* hoc loco dicitur, ductâ 6 similitudine à scalis, vel locis proclivibus, quos per gradus ita ingredimur, ut à proximo in proximum, id est, in eum, qui quasi ex eo nascitur, transeamus. d. l. ult. §. gradus. 10 ff. de gradib. & affinib. nihilque aliud est, quam generatio personæ, sive intervallum cujusque generationis cognatorum, §. hæcenus. 7. infr. hoc tit. Etenim cum quaeritur, quoto gradu hic distet ab illo: hoc quaeritur, quotâ generatione illum contingat? Verbi gratiâ, cum quaero, quoto gradu distet pater à filio, quoto filius à patre, vel quoto fra re à fratre: hoc solum quaero, quot generationes inter filium & patrem, aut inter duos fratres intercedant? Hinc est, quod Modestinus Jurecon- 7 sultus respondet, nullos esse affinitatis gradus. d. l. non facile. 4. §. gradus. 6. ff. de gradib. & affinib. Ratio, cur sint nulli, hæc est: quia nullæ sunt generationes: quippe cum affines nequaquam nascantur ex affinibus, sicut cognati ex cognatis, sed matrimonio fiant. Affinitatis liquidem principium faciunt conjuges, maritus & uxor: qui arctissimâ conjunctione juncti, unum corpus sunt. Genes. cap. 2. v. 23. Matth. c. 19. 1. Corinth. cap. 14. & c. 6. v. 16. Ephes. c. 5. v. 28. 29. 31. 33. Nov. 22. in præfat. l. si id. 28. §. 2. ff. de donat. inter vir. & uxor. & ab utraque parte suos cognatos, alter alteri devincit & affines efficit, eo gradu quo à se in cognatione distant. d. l. 4. §. sed quoniam. 3. vers. affines sunt. ff. de gradib. & affinib. Alib. lib. 1. Dico-log. cap. 7. num. 32. pag. 20. Quare male in vulgaribus libris & exemplaribus legitur, de gradibus affinitatis & consanguinitatis: recte vero in Pandectis Florentinis de gradib. & affinibus: de gradibus, scilicet cognationum ut hic. Et ita Paulus quoque libro 4. sentent. tit. 11. simpliciter concepit, de gradibus.

Nec obloquitur dict. l. ult. ff. eod. in cujus principio habetur, Jurisconsultum nosse debere cognatorum gradus & affinium. Ille namque locus (ut hic monet Cujacius in suis notis) emendandus videtur, & legendum: gradus & affines. Sic enim ipsa inscriptio legis est: de gradibus & affinibus. Nisi quis fortè ibi nomine tantum seu abusive, non propriè & re ipsa gradus affinitatis nominari existimet, quemadmodum hic ad Rubricam Wesenbecii. Vide quoque Julium Pacium centur. 6. evectio. 4. quæst. 71. & Iacobum Cio tian tom. 1. conjectur. lib. 3. c. 7. itemque Theodorum Marcillum hic, p. 436. ubi paulo fusius eâ de re disputat.

Porro cognati ab eo dici putantur, quod quasi unâ 9 communiterve nati, vel ab eodem orti, progenitive sint, auctore Modestino in dict. l. non facile. 4. §. 1. ff. de gradib. Et cognationis vocabulum hic generali significatione acci- 10 piendum est, ut tam agnatos, quam cognatos, sive tam agnationem, quam cognationem in specie sumptam, complectatur. dict. l. ult. §. 1. & 2. ff. dict. tit. Myfingerus hic in Rubr. num. 3. Ejusque triplex perhibetur linea seu ordo: superior, qui est parentum: inferior, qui est liberorum: & ex transverso, sive à latere, qui est fratrum sororumve liberorumque eorum, sive agnatorum & cognatorum. hic & l. 1. princip. ff. eod. tit. Quidam subtilius ita distinguunt: primum, ut duo sint limites sive ordines 11 cognati-

cognationis: directus & transversus sive obliquus: deinde, ut directus subdividatur in lineas duas, superiorem & inferiorem, *Paulus in l. stemmata. 9. ff. de gradib. & affinitib.* *Giphanius hic in verb. quā in re imprimis, &c.* Verum sive initio cognationem in duos limites, transversum & directum dividat, & directum rursus in duas lineas, superiorem videlicet, & inferiorem subdividas; sive duas hasce divisiones conjungas, & tres lineas seu ordines, superiorem, inferiorem, & transversum facias: eodem res recedit. Nam semper verum est triplicem cognationis esse ordinem: parentum, liberorum, & propinquorum, id est, agnatorum & cognatorum. *Timeus Faber. disp. 21. ad Inst. Imperial. lib. 14. Atque de multiplici cognationis divisione consulat Ambrosius Schuerius in tr. de hereditatibus quæ ab intest. defer. in explicat. de gradibus consanguinitatis, &c. loc. 4 pag. 455. & seqq.*

- 11 Cæterum directum limitem incipere a primo gradu, in quo est pater & filius; transversum a secundo, in quo est frater & soror, *Cajus in d. l. 1. §. 1. ff. de gradib. & affinitib.* æstet: Justinianus hic confirmat. Ratio hujus differentiæ inter directum & transversum limitem, est illa: quoniam (ut superius dictum num. 6.) gradus nihil est aliud, quam generatio: sive quia gradus ex generatione
- 12 oritur. Inter fratres autem & sorores cum non sit generatio (non siquidem frater fratrem progenerat) nec gradus esse potest. Itaque ut in transverso limite reperitur gradus: inquirenda est generatio, hoc est, ascendendum est ad eos, à quibus fratres sint generati: ut sunt pater & mater, qui in primo constituti sunt gradu: unde statim ad fratrem & sororem pervenitur, secundusque gradus efficitur, *d. l. ultim. §. num. quoties. 9. in fine. ff. de gradibus. & affinitib.* Videatur *Franciscus Hotoman. hic. enunc. 3.* & planius explicabitur in dict. §. hæcenus. 7. *infra. hoc s.*

§. Primo gradu. 1. cum aliquot sequentib.

§. 1. Primo gradu est suprā, pater, mater: infrā, filius, filia.

§. 2. Secundo gradu suprā, avus, avia, infra, nepos, neptis ex transverso, frater, soror.

§. 3. Tertio gradu suprā, proavus, proavia: infrā, pronepos, proneptis: ex transverso, fratris sororisque filius, filia; & convenienter patruus, amita, avunculus, matertera. Patruus est frater patris, qui Græcè πατράδελφος appellatur. Avunculus est frater matris, qui Græcè μητράδελφος dicitur: & uterque promiscuè δεῖλα appellatur. Amita est patris soror, quæ Græcè πατράδελφη appellatur. Matertera vero matris soror, quæ Græcè μητράδελφη dicitur: & utraque promiscuè δεῖλα appellatur.

§. 4. Quarto gradu suprā, abavus, abavia: infrā, abnepos abneptis: ex transverso, fratris, sororisque nepos, neptis: & convenienter patruus magnus, amita magna, id est, avi frater & soror: item avunculus magnus, & matertera magna, id est, avia frater & soror: consobrini, & consobrini, id est, qui quæve ex sororibus aut fratribus procreantur. Sed quidam recte consobrinos eos propriè dici putant, qui ex duobus sororibus progenerantur, quasi consobrinos: eos verò, qui ex duobus fratribus progenerantur, propriè fratres patruales vocari. Si autem ex duobus fratribus filia nascuntur, sorores patruales appellari. At eos, qui ex fratre & sorore progenerantur, amitinos propriè dici putant. Amita tua fili, consobrini te appellant, tu illos amitinos.

§. 5. Quinto gradu suprā, atavus, atavia: infrā, atnepos, atneptis: ex transverso, fratris sor-

risque pronepos, proneptis: & convenienter propatruus, proamita, id est, proavi frater & soror, & proavunculus & promatertera, id est, proavia frater & soror: item fratris patruelis, vel sororis patruelis, consobrini & consobrini, amitini & amitina filius, filia: propior sobrino, propior sobrina. Hi sunt patru magni, amita magnæ, avunculi magni, matertera magnæ filius, filia.

§. 6. Sexto gradu sunt suprā, tritavus, tritavia: infrā, trinepos, trineptis: ex transverso, fratris sororisque, abnepos, abneptis: & convenienter abpatruus, abamita, id est, abavifrater & soror: abavunculus, abmatertera, id est, abavia frater & soror: item fratris patruelis sororis patruelis, consobrini, consobrini, amitini, amitina, nepos neptis: item propatruus, proamita, proavunculi, promatertera filius, filia: item sobrini, sobrina, id est, qui quæve ex fratribus vel sororibus, patruelibus vel consobrini, vel amitinis progenerantur.

S U M M A R I A.

- 1 Pater quis, & unde dicatur; quæ item mater, & unde.
- 2 Patris & matris appellatione quando avus & avia continentur.
- 3 Filius quis, & unde vocetur.
- 4 Filii nomen interdum latè quædamque augustè sumitur.
- 5 Primo cognationis gradu quot personæ continentur.
- 6 Secundus gradus quot complectatur personas.
- 7 Soror appellatione fratris quatenus venit.
- 8 Appellatione sororis nunquam includitur frater: & cur.
- 9 Exemptio pessima est, semini no sermone masculos contineri.
- 10 Jus de insionis & imperium domesticum ad masculos pertinet.
- 11 Masculinus sexus in omni rerum genere est principium & creatura perfectior.
- 12 Tertius cognationis gradus quot personas comprehendat.
- 13 Avunculus unde derivetur.
- 14 Amita unde dicatur.
- 15 Matertera unde.
- 16 Patruus unde.
- 17 Patruus & avunculus & patruus promiscuè significat.
- 18 In quarto gradu quot personæ numerentur.
- 19 An appellatione patruus veniat patruus magnus.
- 20 Qui patruus est, consobrini, itemque amitini dicantur.
- 21 Quinto gradu quot continentur persona.
- 22 In sexto gradu quot personæ reperiuntur.
- 23 Tritavus unde sit dictus.
- 24 Septimus gradus quot personas complectatur.

Pater & mater (dicti à vocibus, quas primas infantes edunt *Pa* & *Ma*, priore viros, altera mulieres omnes consalutare soliti, auctore Jacobo Curtio, *rom. 1. com. 47. cap. 47.*) in cognationis lineâ superiore, filius & filia in inferiore orimum gradum obtinet. *l. ult. §. primo gradu. 12. ff. de gradib. & affinitib.* Pater est, qui aliquem genuit: mater est, quæ peperit. Hæc certissima est: ille incertissimus: & is dicitur, quem iustæ nuptiæ designant. *l. quia semper. 5. ff. de in jus vocando.* Patris autem nomine demonstrari quoque avum, à *Juliano* responsum est, *l. iusta. 201. ff. de verborum significatione.* Quod tamen in his maxime procedit, quæ benignè accipiendæ, & interpretatione dijuvanda sunt. Nam quoties de odio & interpretatione dijuvanda sunt. Nam quoties de odio tractatur: appellati ne patris & matris, avus & avia non continentur. *l. i. lege Julia. 44 §. 1. ff. de ritu nupt. l. patre. 20. ff. ad legem Juliam de adult. & refert eæ Bartolo & Baldo* *Mysingerus hic num. 1. in §. 1. Avum* *Festus* *an dictum vel doctum. à Græcâ voce πατὴρ, quæ significat avum sive patrem vel maternum: vel, quod ad duos attineat, quasi ad avum, vel quæ ad patrem sit additus.* *Isidorus ab. 8. orig. 5. avum dictum scribit ab avo, id est, antiquitate: quem refert Bachovius hic num. 1. pag. 674.* Filius (dicitur à *φίλος* dictus, vel à Græco vocabulo *υἱός* aspiratione in digamma, quod Latino

- Latino & simile, conuersa. Tac. Curt. loco preallegato) est, de-
 finire Ulpiano, qui ex viro & uxore eius nascitur. l. filium.
 6. ff. de his, qui sui vel alieni iuris sunt, vel jure filii loco
 adoptatur. l. i. l. cum nepos. 6. l. adoptiones. 43. ff. de ado-
 ptionib. Et filii quoque nomen in jure nunc latius patet,
 & non solum filium, sed etiam nepotem per interpreta-
 tionem comprehendit; nunc augustius de filio tantum
 dicitur, dicitur l. i. j. 201. §. l. filii. 84. ff. de verborum signi-
 ficatione ibidemque eleganter Alciatus, Fornierius, Brecheus,
 5. §. Geddans, num. 2. alique nonnulli ab hoc allegati. Pri-
 mo igitur cognationis gradu quatuor personæ, nomine
 differentes, continentur: scilicet viri & mater: pater &
 mater: deorsum versus idem dux: filius & filia. Qui
 tamen plures esse possunt: numerum tamen graduum
 non augent: cum inter se non differant: adeoque pro
 uno eodemque computentur. d. l. ult. §. primo gradu. 12.
 ff. de gradibus & affinitatibus.
6. Secundo gradu cognationis duodecim comprehendun-
 tur personæ: duplicatis nimirum personis, hic in §. 2. enu-
 meratis. Duo namque avi sunt, & duæ avix, à patre sci-
 licet & matre: nepos item ac neptis, tam ex filio, quam
 ex filia: frater denique & soror, tam ex patre, quam ex
 matre. d. l. ult. §. secundo gradu. 13. ff. de gradibus & affi-
 7. nitatibus. Unde colligendum videtur ex significationis
 proprietate, sororem appellatione fratris non venire: ni-
 si eadem subest ratio. l. tres fratres. 35. ff. de pactis. l. si ita
 sit scriptum. 45. ff. de legat. 2. Alciat. in l. i. n. 2. ff. de
 8. verb. significat. Et contra verò appellatione sororis nun-
 quam includitur frater, etiamsi eadem ratio subesset: quo-
 niam certum est, quod scilicet minima appellatione nunquam
 sexus masculinus, neque sermonis proprietate, neque in-
 terpretationis beneficio, contineatur. l. servus legatus. 81.
 in princ. vers. ancillis. ff. de legat. 3. d. l. si ita sit scriptum.
 9. 45. ff. de legat. 2. ubi hujus rationem Pomponius illam
 assignat: quod exemplo pessimum sit feminino vocabulo
 sive sermone etiam masculos contineri. Cur exemplo pes-
 simum sit, ratio non una est: tum quia veteres soliti fue-
 runt per exprobrationem & irrisionem femineo nomine
 appellare eos, qui imbecilles, molliculi & effeminati
 erant. Alciat. lib. 2. parerg. cap. 48. Tiraguel. ad leg. 1.
 10. Conubialem. gloss. 1. part. 1. num. 88. ubi id fufius decla-
 rat. Tum quia visus defensionis, & imperium domesticum
 11. ad masculos spectat. l. 2. ff. de injuriis. Tum etiam, quia
 masculinus sexus in omni rerum genere est principium &
 creatura perfectior. At si femininæ appellationi, ut ma-
 sculos comprehenderet, tribueretur: utique indigniori &
 imperfectiori tribueretur id, quod κατ' ἐξοχήν digniori,
 excellentiori & perfectiori deberetur: imò, femina
 masculi principium, caput & turris, contra omnem ra-
 tionem politicam economicam & physicam, constitueretur.
 Quod cum exemplo sit pessimum, & ipsa re tur-
 12. pissimum apud mulieres, nimium maritalia imperia affe-
 ctantes: merito placuit, nequaquam feminei sexus appel-
 lationem ad masculum extendere: id quod pluribus ex-
 ponit Geddans in Commentar. ad l. 1. ff. de verbor. signi-
 ficatione. num. 63. & subsequentibus.
- Tertium cognationis gradum, supra quidem proavum
 infra, pronepos: à latere verò fratris filius, patruus, avun-
 culus, amita, & matertera obtinent. §. 3. hoc tit. l. 1. §. 1.
 tertio gradu. 1. ff. de gradibus & affinitatibus. Tertius autem
 iste gradus comprehendit personas triginta duas; sedecim
 rectas, totidemque transversas. Sunt enim supra proavi
 quatuor: pater avi paterni, pater avix paternæ, pater
 avi materni, pater avix maternæ: totque sunt prouix.
 Infra pronepotes sunt quatuor: filius agnati nepotis, filius
 agnatæ neptis, filius cognati nepotis, filius cognatæ ne-
 ptis: totque sunt pronepotes. Ex transverso filii & filix
 fratris & sororis sunt octo: natus & nata ex consanguineo,
 natus & nata ex consanguinea, natus & nata ex uterino,
 natus & nata ex uterina: duo sunt patrui: fratris frater
 consanguineus, & frater uterinus: duæ amix: patris
 soror consanguinea, & soror uterina: duo avunculi, matris
 frater consanguineus, & frater uterinus: duæ materteræ;
 matris soror consanguinea, & soror uterina. d. l. ult. §.
 tertio gradu. 14. ff. de gradibus & affinitatibus. Et notat Myn-
 13. singerus in d. §. 3. hoc tit. num. 1. Avunculos porro ma-

tris meæ frater; traxit appellationem ab eo, quod æquæ
 tertius à me, ut avus est, sed non ejusdem juris: Ideoque
 vocabulo facta deminutio: sive avunculus appellatur,
 quod avi locum obtrineat, & proximitate tueatur sororis
 filium; quasi minor avus: ut, post Festum tradit Bachovius
 hic num. 1. pag. 675. Amita, patris mei soror (quia limi-
 14. ter tertia à me est, atque avia videri potest) dicta ex eo,
 quod ab antiquioribus avita sit vocitata: sive amita dicta
 est, quia à patre meo amata est. Nam plus sorores à
 fratribus, quam fratres, diligi solent: videlicet propter
 dissimilitudinem personarum: quæ ideo minus habent dis-
 15. similitudinis, quod minus æmulationis. Cæterum matertera
 matris soror, dicta est quasi mater altera, vel quia ma-
 tris loco est; uti annotarunt post Festum, Bachovius hic
 num. 2. Hotomanus enunciatur. 4. hujusque nomine im-
 pudenter (ut ferè aliàs semper) suppresso. Tuningius pag.
 499. & Jacobus Curtius d. tom. 1. Conjecturar. lib. 2. cap.
 47. Denique patruus, frater patris, ex eo vocatus est, 16
 quod patris loco sit. Vocula autem illa (ἄρτερος) cujus in d. 17
 §. 3. hoc tit. fit mentio, cum simpliciter ponitur: promi-
 scue vel de avunculo, vel patruo intelligi potest l. cum
 quis. 37. §. codicillis. 5. ff. de legat. 3. Itaque Græci ut
 hanc dubitationem tollant, aliquam notam addere solent:
 ut apud Aeschinem in quadam ad Ctesiphontem epistola
 est, ὁ ἐκ πατρός ἄρτερος ut significetur avunculus. Apud
 Lucianum in Somnio idem est πατρός ἄρτερος. Sed & Ju-
 18. stinianus Imp. sæpenumero isthac vocula utitur in novella
 sua constitutione. 118. cap. 3. ut refert Balduinus, ejusque
 mentione dissimulata (ut & in plerisque locis aliis Myn-
 singerus in d. §. 3. hoc tit. num. 2. Sanè & M. T. Cicero
 lib. 2. Epistol. ad T. Pomponium Atticum. quest. 17. hoc
 nomine notat patruum: eumque minimè indulgentem.
 Sic enim loquitur: Attico commendans fratris sui Quinti
 filium: Cura, amabo te, Ciceronem nostrum: ei nos ἄρτερος
 videmur: hoc est, nos illi videmur nimirum patrui: non
 fert severitatem nostræ disciplinæ; proptereaque nos fu-
 git. Balduin. d. loco.

Quartum cognationis gradum supra abavus; infra ab- 18
 nepos; à latere sive ex transverso fratris sororisque
 nepos: item patruus & avunculus magni, amita & mater-
 tera magnæ obtinent. §. 4. hoc tit. d. l. §. quarto gradu. 6.
 ff. de gradibus & affinitatibus. Cæterum in isto quarto gradu nu-
 merantur personæ octoginta, nempe triginta duæ rectæ,
 de quibus in l. fin. §. quarto gradu. 15. in princ. ff. d. tit.
 utriusque avi fratres quatuor, qui patrui magni: & tot
 sorores, quæ amix magnæ: utriusque avix quatuor fra-
 tres, qui avunculi magni: totidem sorores, quæ mater-
 teræ magnæ nominantur. d. l. fin. §. 15. vers. patruus. &
 vers. amita. &c. consobrini sedecim; itemque sedecim
 fratris atque sororis nepotes ac neptes. d. §. 15. vers. eo-
 dem gradu. & vers. fratris, &c. Num patruus magnus 19
 veniat appellatione patrui, ambigitur? Sed probabilis est,
 ex propria verbi significatione non venire: sed tantum per
 interpretationem, arg. d. l. i. j. 201. ff. de verbor. signifi-
 cat. Ejusque hæc redditur ratio: l. quia ubi nomen cum
 adjuncto profertur, putà patruus magnus: dictio illa ad-
 20. jecta (magnus) improprietatem denotat: ut & graduum
 diversitatem. Patruus namque in tertio gradu est: patruus
 magnus est in quarto. §. 3. & 4. hoc tit. Adde, quod ver-
 ba plerumque in priori significato accipiuntur, non in po-
 steriore, argumento l. qui lib. 8. §. hoc verba. 1. ff. de
 vulgari & pupilli. subhis. Et ita sentiant Loricus in d. l.
 fin. §. quarto gradu. 15. ff. de gradibus & affinitatibus. eumque
 laudans Mynsingerus in d. §. 4. hoc tit. num. 2. Porro qui 20
 duobus ex fratribus nascuntur, patrucles: qui duobus ex
 sororibus, consobrini: qui ex fratre & sorore, amitini
 inter se propriè nominantur: quamvis plerique nomine
 generali hos omnes consobrinos vocent. d. §. 4. hoc tit.
 d. l. 1. §. quarto gradu. 6. & l. ult. §. quarto gradu. 14.
 vers. eodem gradu. &c. ff. de gradibus & affinitatibus. Quod au-
 tem Paulus in d. §. 15. vers. fratris autem mei, &c.
 fratrum sororumque nepotes neptelæ consobrinos ap-
 pellat: levi quadam sit abusione: ut, qui verè inter se
 sobrini sunt, dicantur simul consobrini: sicuti, si qui in-
 ter se fratres sunt, se confratres vocarent. Tuningius hic
 in d. §. ibidemque Hotoman. enunciatur. 3.

- 21 Quintum gradum cognationis supra, atavus; infra, atnepos; à latere, fratris pronepos, propatruus, propior sobrino, patruique magni filius occupant. *dict. l. 1. §. quinto gradu. 7. §. d. l. ult. §. quinto gradu. 16. ff. de gradib. & affinit. §. 5. hoc tit.* Et si verò hoc quinto gradu, juxta Holoandri lectionem, centum octoginta quatuor duntaxat personæ continentur, attamen ex ipsa dinumeratione centum & nonaginta duas esse constat. Numerantur enim triginta duo atavi & atavia; tot atnepotes & atneptes: tot propatruus, proamita; proavunculi, promaterterae: tot propiores sobrini sobrinaeque: tot consobrino- rum consobrinarumque filii & filiae: tot fratris & sororis pronepos & proneptes. *d. l. ult. §. 16. & post Eguinarium Baronem notat Mysingerus in d. §. 5. hoc tit. n. 1.*
- 22 Sextum cognationis gradum supra, tritavus; infra, trinepos; à latere, fratris abnepos, abpatruus, consobrino- rumque nepos, sobrinus, propatruusque filius obtinent. *§. 6. hoc tit. l. 3. §. d. l. ult. §. sexto gradu. 16. ff. de gradib. & affinit. In eo autem gradu, secundum Pauli dinumerationem, numerantur personæ quadringentæ quadraginta octo: nempe tritavi & tritavia sexaginta quatuor: tot trinepos & trineptes: tot abpatruus, abamita; abavunculi, abmaterterae, tot sobrini & sobrinae: tot propiorum sobrinorum sobrinarumque filii & filiae: tot fratris & sororis abnepotes & abneptes. *d. l. ult. §. sexto gradu. 17. ff. d. tit.* Porro tritavus dicitur, quasi tertii avi avus: quoniam avus est abavi, qui patris tertius avus est: sicut trinepos, tertii nepotis, nimirum abnepotis nepos, docente Mysingero in *d. §. 6. hoc tit. num. 2.* Præterea Julius Paulus etiam septimum gradum subjungit: in eo que mille viginti quatuor personæ reperiri ostendit, ut videre est ex sepe allegatâ *l. ult. §. septimo gradu. 18. ff. de gradib. & affinit.* Cæterum de cognatorum ordinibus latius dixerit Joannes Bechstadius in *collatione juris matrimonialis cap. 6. pag. 25. & seqq.**

S. Haftenus. 7.

Haftenus ostendisse sufficiat, quemadmodum gradus cognationis numerentur. Namque ex his palam est intelligere, quemadmodum ulteriores quoque gradus numerare debeamus: quippe semper generata persona gradum adjicit, ut longè facilius sit respondere, quoto quisque gradu sit, quàm propriâ cognationis appellatione quenquam denotare.

SUMMARIA.

- 1 Quot gradus Justinianus hic recenset.
- 2 Quare non plures, quam septem, inveniantur cognationis gradus.
- 3 Sensus *l. octavi 9. ff. unde cognati.*
- 4 Quæ sit vera dinumerandorum graduum ratio.
- 5 Tot sunt gradus cognationum, quot sunt generationes.
- 6 In descendantibus quomodo gradus inquirantur.
- 7 Quomodo item in ascendentibus.
- 8 Quales tenenda graduum computatio in transversalibus.
- 9 Patruus quoto gradu sit conjunctus.
- 10 Item avunculus.

1 Quamquam sex tantum gradus, eorumque nomina Justinianus hoc titulo exponat: Cajus tamen in *l. 3. §. 1. & Paulus in l. ult. §. septimo gradu. 18. de gradib. & affinit.* septimi etiam gradus meminit, ejusque personæ mille viginti quatuor recenset, ut jam monuimus supra in fine *§. proximi.* Ratio, cur sex tantum hic ponantur gradus, hæc est: quia ulterius nomina non reperiuntur, attestante Paulo lib. 4. *sentent. tit. 11. §. ult.* Unde bene nomen. Nam ultra tritavum, qui in sexto gradu est, parentes speciale nomen non habent, sed majores: ut & liberi ultra trinepotem, posteriores appellantur: à latere verò qui post sobrinos reperiuntur, sobrino nati vocantur. *dict. l. ult. §. parentes. 7. & §. f. primo gradu. 18. vers. his personæ, & §. ff. de gradib. §. fin. supr. tit. proximo.* Et sane haud plures, quam septem, inveniantur co-

gnationis gradus: Ejusque ratio est: quia ultra septimum ferè gradum, rerum natura cognatorum vitam consistere non patitur, inquit *Modestinus in lege non facile 4. ff. de gradibus & affinit.* Nec refragatur *l. octavi. 9. ff. unde cognati.* ubi etiam octavi gradus fit mentio. Dicendum enim, quod ad jus cognationis sive sanguinis, id est, cognationem naturalem, non facile quem excedere gradum septimum: quod verò ad agnatos, sive jus agnationis, id in infinitum, etiam in vigesimum gradum porrigi. Ratio differentiae inter agnationem & cognationem jam supra, *dict. §. fin. titulo precedente,* exposita hæc est: quia cognatio est naturalis: agnatio civilis. At naturâ jus sanguinis paulatim minuitur, & circa septimum gradum extingui videtur. *d. l. 4. ff. de gradibus & affinitibus.*

Imprimis autem vera dinumerandorum graduum ratio hic notanda est, quam Imperator noster Justinianus insigni hac regulâ declarat: *semper generatam personam gradum adjicere: sive, tot esse gradus cognationum, quot sunt generationes.* Cujus regulæ ratio, cur, inquam, generatio spectatur, est hæc: quia in gradibus cognationis, potissimum natura inspicitur, ac proinde generatio quoque, utpote naturalis, tradente *Giph. hic in verb. quippe semper generata &c.* Et ex una hac solâque regulâ Justinianea (*repudiatis insulsis, minusque necessariis Doctorum regulis*) omnis cognatio judicari sine negotio potest: idque in descendantibus & ascendentibus plusquam manifestum est. Verbi gratia: Si scire volo, filius quoto mihi sit conjunctus gradu? ita dicendum erit: Ego filium genui, est una generatio, quæ unum gradum constituit. Primo igitur gradu mihi conjungitur. *§. 1. supr. hoc tit. l. 1. §. primo gradu. 3. & l. Jurisconsultus. 10. §. primo gradu. 12. ff. de gradib. & affinit.* Nepos quoto? Ego filium genui, & filius nepotem. En duæ hic generationes sunt, quæ duos gradus conficiunt. Ergo nepos secundo mihi gradu conjungitur. *§. 2. supra hoc tit. d. l. 1. §. secundo. 4. & d. l. Jurisconsultus. 10. §. secundo gradu. 13. in fin. ff. eod.* Pronepos quoto? Ego filium genui: filius genuit nepotem: & nepos pronepotem. Ecce tres generationes faciunt tres gradus. Atque ideo pronepos mihi tertio gradu est. *§. 3. supr. hoc tit. d. l. 1. §. tertio. 5. & d. l. 10. §. tertio gradu. 14. in fin. ff. d. 2. Abnepos quoto? Ego genui filium: filius nepotem genuit: nepos pronepotem & pronepos abnepotem. Hic quatuor intercedunt generationes. Ergo quatuor sunt gradus: & sic quarto gradu mihi est conjunctus abnepos. *§. quarto. 4. supr. hoc tit. d. l. 1. §. quarto. 6. ff. eod.**

Sed & de ascendentibus videamus. Si quaesiero, pater quoto mihi sit gradu? Pater me genuit. Ecce una generatio. Ergo unus gradus. Atque ita primo mihi pater est gradu. *d. §. 1. supr. hoc tit. d. l. 1. §. 3. & d. l. Jurisconsultus. 10. §. primo gradu. 12. ff. de gradib. & affinit.* Avus quoto? Me genuit pater: patrem genuit avus. En duæ generationes duos gradus produciunt. Ac ideo avus mihi secundo gradu est. *d. §. 2. supr. hoc tit. d. l. 1. §. 4. & d. l. 10. §. secundo. 13. ff. eod.* Proavus quoto? Me genuit pater: patrem avus: avum proavus. Ecce tres generationes, tres constituunt gradus. Et propterea proavus a me tertio distat gradu. *d. §. 3. supra hoc tit. d. l. 1. §. 5. eod. & d. l. 10. §. tertio. 14. ff. eod.* Idem in cæteris ascendentibus obtinet. Et in his, & descendantibus simplex fidelisque est graduum cognitio & computatio. *l. 3. §. ult. ff. de gradibus & affinitibus.*

In transversalibus sive collateralibus dinumeratio est perplexior, & non tam faciles inventu sunt gradus. Neque enim protinus ad personam, quæ à latere est, recurri debet: sed prius sursum versus ascendi oportet, donec ad eum, qui à latere venienti cognationis causam præstitit, pervenerimus: quo reposito, deorsum descendendum est ad personam, de quâ ex transverso quaeritur. Et ita omnes, quæ occurrerint tam in ascensu, quam descensu, generationes numerande sunt: atque ita ratio ineunda, ut singulis generationibus suis gradus attribuantur. *Exempli gratia:* si quaeratur, quoto gradu tibi pater? Ascende ad patrem, qui te genuit. Ecce una generatio unum gradum facit. Deinde invento eo, qui cognationis causa & origo est, descen-

descende ad fratrem, adjecta ibi secunda generatione. Ecce duæ generationes duos gradus adferunt. Ergo frater tuus tibi secundo gradu conjungitur. d. §. 2. *supr. hoc tit. d. l. 1. §. 4. Et l. Jurisconsultus. 10. §. nam quoties. 9. vers. idem faciendum. ff. de gradib. Et affinit. Rursus. si ex te quis quærat: patruus tuus quoto tibi gradu sit? Dic tertio. Et iterum necesse tibi est, ut ad patrem sursum tendas, & generationes numeres, ita nimirum: Pater me genuit: est una generatio. Ergo unus gradus. Patrem genuit avus: est secunda generatio: proindeque secundus gradus. Idem ille avus progenit patrum meum: est tertia generatio: ac consequenter tertius gradus. Sic igitur patruus mihi tertio gradu est. d. §. 3. *supr. hoc tit. d. l. 1. §. tertio gradu. Et d. l. Jurisconsultus. 10. §. tertio gradu. 14. vers. patruus. ff. eod. tit.* Similiter cum in quaestione vocatur: quoto gradu à te distet avunculus? generationes numerandæ sunt hunc in modum: Te peperit mater: est una generatio. Ergo unus gradus. Matrem genuit avus maternus: est generatio secunda: ideoque secundus gradus idem ille avus maternus genuit avunculum: est tertia generatio. Ergo tertius gradus. Atque ita avunculus à te tertio gradu distat, *juribus modo allegatis.* Sic si quæretur: quoto gradu à me distet patruelis meus; vel duo patruelis quoto à se invicem gradu distent? ascendendum erit ad communem originem & stipitem utriusque, in quo concurrunt: qui est avus utriusque patruelis. Pater igitur genuit me filium: quæ est prima generatio. Ergo est hic primus gradus. Patrem meum genuit avus, quæ est secunda generatio. Ergo hic secundus gradus. Avus hic, quia est communis origo & stirps, in qua concurrunt mea & patruelis, seu utriusque patruelis cognatio, indicat, non ulterius ascendendum, sed ad latus declinandum. Avus igitur hic genuit patrum meum, quæ est tertia generatio. Itaque & hic patruus in tertio gradu mihi erit. Patruus vero meus genuit filium, qui mihi patruelis: quæ est quarta generatio. Ergo & patruelis meus mihi in gradu quarto erit. §. 4. *supr. hoc tit. d. l. Jurisconsultus. 10. §. quarto gradu 15. ff. de grad. Et affinit.* Et ad eundem modum procedendum erit, quotiescunque de gradu alicujus quaestio incidit: & quot generationes inveniantur: tot erunt gradus. Atque hanc veram & commodissimam dinumerandorum graduum rationem ac viam, ex eadem Divi Justiniani regula petitam, sequuntur probantque Theophilus *supr. in principio tit. de legitimâ agnat. success. Constitutio. Harmonop. lib. 4. Epitom. jur. tit. 6. Theodor. Beza in Tract. de repudiis Et divorc. Balthas. Mentzer. in tract. de conjug. pag. 27. Et seq. Chovradus Wolfius hic in suis erotemat. Johan. Borcholt. hic, Et idem in Comment. de feud. c. 7. in secundo modo acquirendi feud. n. 86. Et in tract. de gradib. pag. 5. Et sequent. Adamus Kellerm in tr. de jure succedendi ab intest. tit. 4. n. 3. Hotom. in tr. de gradib. Et affinit. aliique recentiores Interp. plerique. Quibus addendi sunt Johannes Althus. lib. 1. Dialectolog. cap. 7. num. 31. Valent. Arithmæus in peric. secund. disput. 1. Quirin. Kubach. cens. 3. quest. illustr. politico-juridicæ. decur. quest. 4. pag. 613. cum seqq. & Hunnius l. 1. var. resolut. jur. civ. tract. 3. quest. 20. pag. 177. Et seqq. qui copiose admodum demonstrant, quod graduum cognationis supputatio civilis, præferri canonice supputationi debeat. Sed & Sacris in literis possit ex *Matth. c. 1. v. 17. Et seqq. 1. Chron. cap. 6. per tot. cap. 9. v. 38. cum seqq. Et alibi passim. Althus. d. cap. 7. n. 31. in fine.* Atque de graduum computatione vide plura novissime adferentem Boechstadium in collat. jurium communiæ. c. 8. pag. 45. Et seqq. itemque Georg. Schultze. in expositione arboris consanguinitatis Et affinitatis cap. 2. 3. Et 4. nec non D. Rolandum in compendio juris privati, dissertat. 1. cap. 3. th. 19. cum seqq. pag. 61. Et seqq.**

1. Agnationis. 8. cum §. seq.

§. 8. Agnationis quoque gradus eodem modo numerantur.

§. 9. Sed cum magis veritas oculatâ fide, quam per aures animis hominum infigatur: ideo

necessarium duximus, post narrationem graduum, eos etiam præsentî libro inscribi, quatenus possint & auribus & oculorum inspectione adolescentes perfectissimam graduum doctrinam adipisci.

S U M M A R I A.

1. Agnationis & cognationis gradus eodem ductu inquirendi.
2. Qua sit inter agnatos & cognatos hic notanda differentia.
3. Rei cujusque cognitio certius ex oculorum sensu, quam aurium, percipitur.
4. Ocularis inspectio quid operetur.
5. Qua videntur, magis nos movent, quam quæ audiuntur.

Agnationis gradus eodem modo, quo cognationis, numerandi & inquirendi sunt: nimirum per tres lineas; superiorem, inferiorem, & transversam, & per gradus supra ordine expositos: siquidem & agnati sunt cognati, generaliter verbo cognationis accepto. l. ult. §. cognati. 2. ff. de gradib. Et affinit. l. penult. ff. unde legitimi. Sed & quo ductu agnatorum, id est, eorum, qui per virilem sexum nobis conjunguntur, gradus inquirentur: eodem quoque & cognatorum, qui scilicet à foemina sexu ducunt originem inquirendi sunt grades, argum. hujus §. 3. Itaque filius emancipatus, qui agnatus non est, perinde in primo gradu collatur, ac filius in potestate positus: & uterinus frater, qui tantum cognatus est, ita in secundo gradu numeratur, atque frater consanguineus, qui est agnatus: & sic deinceps, docente Mynsingero. Est tamen differentia hic inter agnatos & cognatos observanda, quod in cognatis semper generatio efficit gradum, id est, natura & sanguis; in agnatis, quia agnatio est civilis, sæpe gradum efficit non generatio, sed adoptio. Verum adoptio unum tantum gradum efficit filii, & deinceps nepotis, &c. Nemo siquidem in fratrem aut patrem adoptare potest, ut recte hic tradit Giphanius. Enimvero cum adoptio naturam imitetur, §. minorem. 4. *supr. de adopt. per adoptionem (nempe cognationem legitimam) cognatus iisdem sit aliquis, quibus sit agnatus. l. qui in adoptionem. 23. ff. d. tit. l. si qua mihi. 12. §. ult. ff. de rit. nupr. l. 1. §. cognationem. 4. ff. unde cognati. Rittershus. in hoc tit. pag. 364.*

Tandem in §. 9. ait Justinianus, se hoc loco figuram five arborem & tabulam (quæ jam pridem intercidit, teste Balduino hic) cognationis subijcere propterea quod veritas magis oculatâ fide, quam per aures animis hominum infigatur, hoc est, quod rei cujusque cognitio certius ex oculorum sensu, quam aurium percipitur, juxta illud Horatii in arte Poetica:

Segnius irritant animos demissa per aures,
Quàm que sunt oculis subjecta fidelibus, & quæ
Ipse sibi tradit spectator.

Eodemque pertinet, quod ait Plautus in Truculent. to, act. 2. Scen. 6.

Pluris est oculatus testis unum, quam auriti decem.
Qui audiunt, audita dicunt: qui vident, planè
sciunt.

Et Herodotus lib. 1. magis, inquit, incredulæ sunt hominibus aures, quam oculi. Ideoque homines semper amplius oculis, quam auribus credunt, juxta Senecam epist. 6. Unde Doctores nostri concludunt: evidentiam rei seu ocularem inspectionem operari firmissimum judicium in judicando. l. 2. in fine. ff. de feris. Et l. si irrupt. 8. in fine. ff. fin. regundor. & prevalere cuicunque probationi, admittique, etiam si omnis alia probatio exclusa sit, Alexand. consil. 145. vol. 1. Et consil. 85. itemque consil. 124. vol. 2. Mathæus de Afflict. in consuet. Neapol. Rubr. 21. num. 17. lib. 2. hosque referens Joannes Borcholt. hic circa finem. Tiracuell. du retrait. l. gn. §. 4. gl. 1. num. 36. Petrus de Ran. singul. § 21. hosque cum aliis allegans Joannes Baptista Cossig. tom. 1. tractat. de remediis subsidial. remedi. 101. fol. 165. Ratio autem, cur rei cujusque cognitio certius oculorum sensu, quam auribus percipitur, hæc assignari poterit: quia quæ videntur, ideo magis nos afficiunt, quia sunt in propinquioribus audiuntur, contra abluunt fere, atque ideo non ita movent, tradente Gerardo Tuningio hic in fine.

DE SERVILI COGNATIONE.

TITULUS VII.

Principium Tituli.

Illud certum est, ad serviles cognationes illam partem edicti, quâ proximitatis nomine bonorum possessio promittitur, non pertinere. Nam nec ulla antiqua lege talis cognatio computabatur. Sed nostra constitutione, quam pro jure patronatus fecimus [quod jus usque ad nostra tempora satis obscurum, atque nunc plenum, & undique confusum fuerat] & hoc humanitate suggerente concessimus: ut si quis in servili constitutis consortio, liberum vel liberos habuerit, sive ex libera, sive ex servilis conditionis muliere: vel contra, serva mulier ex libero vel servo habuerit liberos, cujuscunque sexus: & ad libertatem his pervenientibus, ii, qui ex servili ventre nati sunt, libertatem meruerint; vel dum mulieres liberæ erant, ipsi in servitute eos habuerint, & postea ad libertatem pervenerint: ut hi omnes ad successionem patris vel matris veniant, patronatus jure in hac parte sopito. Hos enim liberos non solum in suorum parentum successionem, sed etiam alterum in alterius successionem mutuum vocavimus; ex illâ lege specialiter eos vocantes: sive soli inveniantur, qui in servitute nati, & postea manumissi sunt: sive unâ cum aliis, qui post libertatem parentum concepti sunt: sive ex eodem patre, sive ex eadem matre, sive ex aliis nuptiis, ad similitudinem eorum qui ex justis nuptiis procreati sunt.

SUMMARI A.

- 1 Ordinis ratio.
- 2 Hic titulus, secundum quosdam, est appendix tituli proximè præcedentis.
- 3 An aliqua sit cognatio servilis.
- 4 Servus nemini succedit.
- 5 Cur in nuptiis servilis cognatio spectetur, in successio- nibus non item.
- 6 Quo jure servi pro nullis habentur.
- 7 Justiniani lege nati ex servili cognatione, tum ad paternam, tum fraternam successionem vocantur.

Dixit Imp. Justinianus *suprà* tit. 5. de cognatione, seu successione cognatorum. Quia verò, naturali jure inspecto, etiam inter servos est cognatio, & dubitari posset, an inter eos esset successio: ideo hoc titulo (quem non novum esse titulum, sed partem & appendix tituli proximi præcedentis, censent Theophilus & Harmenop. in *Epit. lib. 2.* itemque veterici interpretes non pauci: Cujacius, Giphanius, Ludovicus Russardus, Hotomannus, Baldus, Baro, Wesenbec, Borcholt, Rittershusius, Tamingio, & Anton. Matthæus Hœ: tamen contrarium non infami subfelli Vicis, magis placeat, veluti Mynsingero, Putejo, Thadeo Pifoni, Contio, Bachov, Ostermanno, & aliis communiter) de servili cognatione, id est, ea, quæ in servitute fuit contracta, agere voluit. In servilibus autem cognationibus edictum Prætoris, quod proximioribus cognatis defuncti bonorum possessionem concedit, locum nullâ antiquâ lege talis cognatio computabatur. Et (ut Ulpianus ait) quia nulla servilis videtur esse cognatio. l. 1. §. 2. ff. Unde cognati. & in fragment. tit. 12. Et Paulus in l. ult. §. non parimus. §. ff. de gradibus & affinitatibus. Ad legem, inquit, serviles cognationes non pertinent. Quare neque servus ulli succedit, neque ullus servo, l. servus.

Harpprecht ad Institut. Tom. III.

4. C. communia de successione. Enimverò quoad nuptias est aliqua cognatio servilis, eaque in illis attenditur, §. illud certum. 10. §. de nupt. Ratio differentie, cur in 5 nuptiis servilis cognatio spectetur, in successione civilis, est in l. adoptivus. 14. §. 2. ff. de ritu nuptiar. gloss. in l. 1. super verb. civitatis. ff. de acquir. rer. domin. Servi autem jure quidem civili, ut Prætorio, pro nullis habentur: non verò jure naturali. l. quod attinet. 32. ff. de regul. jur. l. 1. ff. de jure deliber. l. nullo 7. ff. ad leg. Cornel. de fals. Sed Justinianus, humanitate iuggerente, constitutione quadam iis, qui ex servis nati essent, potestatem fecit: ut si, manumissis parentibus, ipsi quoque manumissi essent superstitibus, jus obtinendæ hereditatis tum paternæ, tum etiam fraternæ aut sororis haberent, non minus, ac ii, qui ex justis nuptiis sunt suscepti. Cæterum iithæc Justiniani constitutio, cujus hic, & *infra* §. sed nostra. 3. tit. sequent. meminisse, desideratur in Cod. sub tit. de bonis liberior. & jure patronat. Eam tamen in Basilicis invenit, & cum Latine, tum Græcè edidit Jacobus Cujacius lib. 20. observation. c. 34. & in Corpore Dionysii Gothofredi est l. 4. §. illud. 10. C. d. tit. Porro Cujacius hic in suis Notis censet in fine hujus principii ita legendum: sive ex eodem patre, vel eadem matre, sive ex aliis qualicunque copulatione nati, &c. ut expungatur verbum nuptiis, quod etiam delendum putant Russardus, Condus, Hotomannus, & alii. Verum vulgatam lectionem rectè defendit, & singulas Cujacii rationes non sine acumine confutat Bachovius hic num. 3. pag. 681. & sequo industrium Lectorem remitto.

§. Repetitis. 1.

§. 1. Repetitis itaque omnibus, quæ jam tradidimus, apparet: non semper eos, qui parem gradum cognationis obtinent, pariter vocari, eoque amplius, ne eum quidem, qui proximior sit cognatus, semper potiorum esse. Cum enim prima causa sit suorum heredum, & eorum, quos inter suos heredes enumeravimus: apparet, pronepotem vel abnepotem defuncti potiorum esse, quam fratrem, aut patrem, matremque defuncti: cum alioqui pater quidem & mater [ut *suprà* quoque tradidimus] primum gradum cognationis obtineant, frater verò secundum, pronepos autem tertio gradu sit cognationis, & abnepos quarto. Nec interest, in potestate morientis fuerit, an non: quod vel emancipatus, vel ex emancipato, aut ex fœmineo sexu propagatus est. Amotis quoque suis heredibus, & quos inter suos heredes vocari diximus: agnatus, qui integrum jus habeat agnationis, etiam si longissimo gradu sit, plerumque potior habetur, quàm proximior cognatus. Nam patris nepos vel pronepos avunculo vel materteræ præfertur. Totiens igitur dicimus, aut potiorum haberi eum, qui proximiorum gradum cognationis obtinet, aut pariter vocari eos, qui cognati sunt: quotiens neque suorum heredum, quique inter suos heredes sunt, neque agnationis jure aliquis præferri debeat, secundum ea, quæ tradidimus: exceptis fratre & sorore emancipatis, qui ad successionem fratrum vel sororum vocantur: qui etsi capite deminuti sunt: tamen præferuntur cæteris ulterioris gradus agnatis.

SUMMARI A.

- 1 Pater in gradu, pariter succedens.
- 2 Propior gradu, remotior præfertur.
- 3 Illius regula quæ sunt exceptiones.

4 Hujus item regulae exceptiones quae sunt.

5 Quoties cognati, qui in pari sunt gradu, pariter admittantur & proximior ulteriorem excludat.

1 **D**uo sunt praecipua in hereditatibus ab intestato axiomata & regulae. Prima est: eos, qui parem gradum cognationis obtinent, pariter succedere, §. si plures §. 2. *supr. de leg. agn. success.* Altera: eum, qui propiore gradu est, potiorum esse, & remotiori praeferi, §. 1. *vers. non tam omnib. & §. proxim. 6. f. jam alleg. tit.* Sed utraque regula suas exceptiones habet. Et prioris quidem exceptiones attigimus *f. in §. item vetust. 15. de hered. quae ab intest. defer. & §. ceterum. 3. f. de leg. agn. success.* Ut finge: defunctus reliquit patrum, & avunculum. Hic patruus & avunculus in eodem gradu sunt, nempe tertio: non tamen propterea avunculus defuncto succedit, sed patruus solus: quia est agnatus. *l. patruo. 7. Cod. de legitimis heredibus.* Ita soror & avia in pari sunt gradu, puta secundo: & tamen soror excludit aviam maternam, utpote agnata cognatam, *l. in successione. 9. C. eod. t.* Sic pater & mater eodem constituti sunt gradu, nimirum primo: sed pater manumissor antepositur matri, *f. uti supra est expositum, in §. praef. feruntur. 3. De Senatusconsulto Tertyll.* Sunt & alii casus, quibus prior regula limitatur: quos facile est ex superioribus titulis colligere.

4 Alterius autem regulae fallentiae seu exceptiones hic proponuntur duae. Prior est *in vers. cum enim prima causa &c.* Ex quo elucet, non semper proximior excludere remotiorum, sed interdum contra fieri, ut remotior sit potior proximiorum. Nam sui heredes licet in remotiore sint gradu: tamen ascendentibus, & ex transverso conjunctis proximioribus anteposuntur. Ut pronepos defuncti, si suus fuerit, licet tertio sit gradu, excludit fratrem defuncti, quamvis sit in secundo: item patrem, quamvis sit in primo: quia neuter est suus. Altera est *in vers. amotis quoque &c.* ubi suis deficientibus, agnati etiam remotiores cognati, quantumvis propinquioribus, praeferruntur. Ut patruus nepos, qui quinto gradu est; aut pronepos, qui sexto; avunculo & matertera praeposuntur, etiam si tertium gradum obtineant: quia scilicet illi agnati sunt, avunculus & matertera cognati. Toties igitur cognati, qui in pari gradu sunt, pariter admittuntur, & proximior ulteriorem excludit: quoties neque suus aliquis, aut qui sui vicem tenet, existat; neque etiam agnatus ullus superest, exceptis fratre & sorore emancipatis: qui etsi capite deminuti, hoc est, emancipati sunt, adeoque agnati esse desierunt: tamen ulterioris gradus agnatis ex constitutione Anastasii praeferruntur, §. 1. *f. de success. cognator. l. frater. 4. C. de legitima tutel. & l. ult. §. 1. C. de legitimis heredibus.* Verum hodie ex jure novissimo, quo agnationis & cognationis jura sunt exaequata, dicendum est: agnatum non amplius praeferi cognato, sed generaliter semperque verum esse & in agnatis & cognatis: priorem in gradu, potiorum esse in successione. *Novell. 118.*

DE SUCCESSIONE LIBERTORUM. TITULUS VIII.

Nunc de libertorum bonis videamus. Olim itaque licebat libertis patronum suum impune testamento praeterire. Nam ita demum lex duodecim tabularum ad hereditatem liberti vocabat patronum, si intestatus mortuus esset libertus, herede suo nullo relicto. Itaque intestato mortuo libertis, si is suum heredem reliquisset, patrono nihil in bonis ejus juris erat. Et si quidem ex naturalibus liberis aliquem suum heredem reliquisset, nulla videbatur querela: si vero adoptivus filius fuisset, aperte iniquum erat, nihil juris patrono superesse.

§. 1. Quae de causa postea Praetoris edicto haec juris iniquitas emendata est. Sive enim faciebat testamentum libertus, jubebatur ut testari, ut

patrono partem dimidiam bonorum suorum relinqueret. Et si aut nihil, aut minus parte dimidia reliquerat: dabatur patrono contra tabulas testamenti partis dimidia bonorum possessio. Sive intestatus moriebatur, suo herede relicto filio adoptivo: dabatur aequè patrono contra hunc suum heredem, partis dimidia bonorum possessio. Prodesse autem libertis solebant, ad excludendum patronum naturales liberi, non solum quos in potestate mortis tempore habebat, sed etiam emancipati, & in adoptionem dati: si modò ex aliqua parte scripti heredes erant, aut praeteriti contra tabulas bonorum possessionem ex edicto Praetorio petierant. Nam exheredatio nullo modo repellebat patronum.

§. 2. Postea verò lege Papia adacta sunt jura patronorum, qui locupletiores libertos habebant. Cautum est enim, ut ex bonis ejus qui sestertium centum millium patrimonium reliquerat, & pauciores, quam tres liberos habebat; sive is testamento facto, sive intestatus mortuus erat: virilis pars patrono deberetur. Itaque cum unum quidem filium filiamve heredem reliquerat libertus: perinde pars dimidia debebatur patrono, ac si is sine ullo filio filiamve intestatus decessisset. Cum verò duos, duasve heredes reliquerat, tertia pars debebatur patrono. Si tres reliquerat, repellebatur patronus.

§. 3. Sed nostra constitutio, quam, pro omninatione, Graecà lingua compendioso tractatu habito composuimus, ita hujusmodi causam definivit: ut, si quidem libertus vel liberta minores centenariis sint, id est, minus centum aureis habeant substantiam (sic enim legis Papiae summam interpretati sumus, ut pro mille sestertiis unus aureus computetur) nullum locum habeat patronus in eorum successione: si tamen testamentum fecerint. Si autem intestati decesserint, nullo liberorum relicto: tunc patronatus jus (quod erat ex lege duodecim tabularum) integrum reservavit. Cum verò majores centenariis sint, si heredes, vel bonorum possessores liberos habeant, sive unum, sive plures, cujuscunque sexus vel gradus: ad eos successiones parentum deduximus, patronis omnibus modis una cum sua progenie semotis. Sin autem sine liberis decesserint: si quidem intestati, ad omnem hereditatem patronos patronasque vocavimus. Si verò testamentum quidem fecerint, patronos autem aut patronas praeterierint, cum nullos liberos haberent, vel habentes eos exheredaverint, vel mater sive avus maternus eos praeterierint, ita quod non possint argui inofficiosa eorum testamenta: tunc ex nostra constitutione per bonorum possessionem contra tabulas, non dimidiam (ut antea) sed tertiam partem bonorum liberti consequantur, vel quod deest, eis ex constitutione nostra repleatur, si quando minus tertia parte bonorum suorum libertus vel liberta eis reliquerit: ita sine onere, ut nec liberti libertave ex ea parte legata vel fideicommissa praestentur, sed ad coheredes eorum hoc onus redundet: multis aliis casibus nobis in praesentia constitutis congregatis: quos necessarium esse ad hujusmodi dispositionem juris per

perspeximus; ut tam patroni patronæque, quam liberi eorum, nec non qui ex transverso latere veniunt, usque ad quintum gradum ad successionem libertorum libertarumve vocentur, sic ut ex ea constitutione intelligendum est: ut si ejusdem patroni vel patronæ, vel duorum, duarumve pluriumve liberi sint: qui proximior est, ad liberti vel libertæ vocetur successionem, & in capita, non in stirpes dividatur successio: eodem modo & in iis, qui ex transverso latere veniunt, servando. Penè enim consonantia jura ingenuitatis & libertinitatis in successione fecimus.

§. 4. Sed hæc de iis libertinis hodie dicenda sunt, qui in civitatem Romanam pervenerunt, cum nec sint alii liberti; simul & D. diritiis & Latinis sublati, cum Latinorum legitimæ successiones nullæ penitus erant: quia licet ut liberi vitam peragebant; attamen ipso ultimo spiritu simul animam atque libertatem amittebant, & quasi servorum, bona eorum jure quodammodo peculii ex lege Junia Norbana manumissores detinebant. Postea verò Senatusconsulto Largiano cautum fuerat, ut liberi manumissoris non nominatim exheredati facti, extraneis heredibus eorum in bonis Latinorum prapronerentur. Quibus etiam supervenit divi Trajani edictum, quod eundem hominem, si invito vel ignorante patrono ad civitatem Romanam venire ex beneficio Principis festinaret, faciebat quidem vivum civem Romanum, Latinum verò morientem. Sed nostrâ constitutione propter hujusmodi conditionum vices, & alias difficultates, cum ipsis Latinis etiam legem Juniam, & Senatusconsultum Largianum, & edictum divi Trajani, in perpetuum deleri censuimus; ut omnes liberti civitate Romana fruantur, & mirabili modo quibusdam abjectionibus ipsas vias, quæ in Latinitatem ducebant, ad civitatem Romanam capiendam transposuimus.

SUMMARIA.

- 1 Ratio ordinis.
- 2 De successione libertorum quatuor diversa jura: & primum quidem est legis XII. tabularum.
- 3 Alterum est edictum Prætoris.
- 4 Tertium, est legis Papiæ.
- 5 Quartum, est ex constitutione Justiniani.
- 6 Tria olim libertinorum genera: & de quibus libertis hic titulus accipiendus.

1 **E**xpositâ successione ingenuorum, tanquam potiore & digniore: proximè jam sequitur explicatio de successione libertorum. Etenim de servis hac in parte monere nihil attinet: quippe cum nec proprii quidquam in vita possideant, nec post mortem relinquunt: sed omnia domino acquirant, ut dictum in princ. supr. per quas person. cuique acquirit. & notat. Wesenbec. hic num. 1. De hac autem libertorum successione quatuor diversa hic referuntur jura. Primum est legis duodecim tabularum, quo patronus ad liberti ab intestato mortui hereditatem tum demum vocabatur, quando suos heredes libertus non reliquerat. In testamento verò patronum impudè præterire, & ab hereditate sua excludere poterat, Ulpian. in l. 3. ff. de suis & legit. heredib. & in fragment. tit. 27. Giphanius & Vultejus in principio hujus tit. num. 2.

2 Secundum jus, & edictum Prætoris, quo dimidia pars bonorum liberti, siue testamentum fecisset, siue ab intestato decessisset, patrono ob datum grande libertatis beneficium deferrebat: nisi libertus reliquisset liberos naturales, id est, iustis nuptiis procreatos. Hi enim, siue in potestate fuerint mortis tempore, siue emancipati, repellabant patronum, §. 1. hoc tit. l. 1. & passim. ff. de bonis libertorum. Quinimodò liberi naturales, quamvis in servitute suscepti, patronum à successione excluderant, ut ex superioris tituli principio non obscure apparet: & plenius explicat Bachovius hic ad §. 1. pag. 688. & seqq.

3 Tertium jus circa successionem libertorum, est legis Papiæ, quo patronus ex bonis liberti, testatò intestatòve mortui, virilem portionem consequabatur, si libertus sextertium centum millium patrimonium, id est, mille aureos illius ætatis, reliquerat; nec plures, quam unum vel duos liberos habuerat. Sin plures, quam duos reliquerat liberos: patronus omninò repellabatur, §. postea. 2. hoc tit. Plura istius legis capita recenset Justus Lipsius in Commentar. ad lib. 7. Annal. Taciti, & Mynsingerus hic num. & seqq.

4 Quartum & ultimum jus est ex constitutione (quam hæcenus desideratam in lucem protulit Cujacius, ut monuit sup. initio tit. precedent. n. 7.) Justiniani, qui consideratâ tenuitate & inopiâ suorum temporum, Papiam legem ita moderatus est: ut si libertus minus in bonis habeat centum aureis sui temporis, ei patronus non aliter succedere possit, quam si absque liberis intestatus decesserit. Si verò patrimonium liberti centum aureorum sit, aut eam summam excedat, isque liberos habeat: patronus, tam ex testamento, quam ab intestato, excludatur: liberis non extantibus, patronus ab intestato ad totam hereditatem admittatur. Sin autem libertus non habens liberos, testamentum fecerit: tertiam partem relinquere patrono cogatur: quâ non relicta, bonorum possessio contra tabulas liberti, ad tertiam istam consequendam, patrono concedatur. Et sanè non solum ipse patronus, qui manumissit libertum; sed post ejus mortem liberi quoque ipsius, nec non cognati & agnati, salvâ tamen semper gradus prærogativâ, ad successionem liberti vocantur. §. sed nostra. 3. h. 1. Hujusque ratio est: quia & hi pro patronis habentur, arg. l. in servitutem. 16. §. ult. & l. seqq. l. queritur. 38. ff. de bonis liberti. l. liberi. 8. ff. de assignand. liberte.

5 Quia vero olim tria libertinorum genera erant: De- 6 dicitur, Latini, & cives Romani: ait Imperator hic in §. finali: quæ de successione libertorum dicta sunt, de civibus tantum Romanis in eligenda esse. Nec mirum cum duo alia genera ab ipso sublata sint: ut hodie libertini non triplicis amplius sint generis, sed unius duntaxat. l. unic. C. de dedit. libert. tollend. & l. unic. C. de Lat. lib. tollend. Etque de re latius dictum in §. libertinorum. 3. supr. de libertin. & ibi abundè d. Theophilus.

DE ASSIGNATIONE
LIBERTORUM.
TITULUS IX.

In summâ (quod ad bona libertorum attinet) admonendi sumus, censuisse Senatum, ut, quamvis ad omnes patroni liberos, qui ejusdem gradus sunt, æqualiter bona libertorum pertineant: tamen liceret parenti: uni ex liberis assignare libertum, ut post mortem ejus solus is patronus habeatur, cui assignatus est: & ceteri liberi, qui ipsi quoque ad eadem bona, nullâ assignatione interveniente, pariter admitterentur, nihil juris in his bonis habeant: sed ita demum pristinum jus recipiant, si is, cui assignatus est, decesserit nullis liberis relictis.

§. 1. Nec tantum libertum, sed etiam libertam, & non tantum filio, nepotivè, sed etiam filiz, neptivè, assignare permittitur.

§. 2. Datur autem hæc assignandi facultas ei, qui duos pluresve liberos in potestate habet: ut eis, quos in potestate habet, assignare libertum, libertamve liceat. Unde quærebatur, si eum, cui assignavit, postea emancipaverit; num evanescat assignatio? Sed placuit evanescere: quod & Juliano, & aliis plerisque visum est.

§. 3. Nec interest, an testamento quis assignet, an sine testamento: sed etiam quibuscunque verbis patronis hoc permittitur facere ex ipso Senatusconsulto, quod Claudianis temporibus factum est, Sabellio Rufo & Asterio Scapula consulibus.

SUMMARI A.

- 1 Continuationis ratio.
- 2 Assignatio liberti quid.
- 3 Senatusconsulti Claudiani due partes.
- 4 Quatenus liberi ipso iure pro patronis habeantur.
- 5 Quibus liberis assignari libertus libertare possit.
- 6 Quæ resdè constituerunt: extinguuntur postea, si eum in casum incidant, à quo incipere non potuerunt.
- 7 Mens & expositio l. utrum ei §. ff. de assignandis lib.
- 8 Sepè per alium quis habet, quod per se habere nequit, & quæ formæ assignatio fiat.
- 9 Equid usum aliquem habeant, quæ de servis & libertis traduntur.
- 10 Nihil antiquitatis ignorandum.
- 11 An si ut libertum suo victu patrono operas prestare cogitur: ita quoque vasillus propriis sumptibus servare domino teneatur.
- 12 Contrarius ex conventione legem accipiunt.
- 13 Num quemadmodum patronus uni filiorum assignare potest libertum: sic pater uni filiorum prælegere queat feudum.
- 14 Ordinatio defuncti nulla in feudo valet.
- 15 Nemo potest legare ius mortis suæ periculum.
- 16 Fendi alienatio prohibita.
- 17 Testamenta ex alieno arbitrio pendere non debent.
- 18 Pater uni ex filiis emphyteusim prælegere nequit.

1 Quandoquidem ad patroni liberos, eo mortuo, pertinetque pertinet successio liberti, atque ad ipsum patronum, ut ex superiori titulo didicimus: rectè & ordine hæc de assignatione Imperator agit. Nam per eam fit, ut ex pluribus patroni liberis tantum libertus succedat, cui libertus a patre assignatus est, & attributus, hoc est, quem pater aut scriptis, aut verbis declaravit, ut post mortem suam ipse solus libertus sit patronus. Ita enim declaratio sive testificatio assignatio liberti dicitur, l. assignare. 107. ff. de verborum significatione. Hæc autem assignandi potestas patri, vel avo paterno, habentibus in potestate liberos: concessa est ex Senatusconsulto Claudiano, quod factum est tempore Imperatoris Claudii, Vellejo Rufo, & Hosterio Scapula consulibus. Sic enim in fine nostri tituli, ex libris Florentinis legendum esse, monet hic, post Anton. Augustinum libr. 3. emendat. c. 7. Balduinus & Giphanius. Tamen si Cujacius, Borcholt. Wesenbec. alique aliter sentiant. Cæterum verba hujus Senatusconsulti & venustè interpretati extant in leg. 1. tot. tit. ff. de assignandis lib. Usque dux sunt partes. Prior est, quæ uni liberorum assignatur libertus, ut ille omne ius patronatus solus habeat, solusque libertus succedat, exclusis aliis liberis, etiam eodem gradu constitutis. Altera pars est, quæ reliqui liberi pristinum ius recipiunt, mortuo sine liberis illo, cui libertus assignatus fuerit, ut hic incipit. §. d. l. 1. ff. de assign. libert. Ratio prioris est patris potestas, ut hic in §. datur. 2. in verb. in potestate habebis, &c. quæ parentibus licet, cum est aliquid liberis adimere, vel adicere, l. in suis. 11. ff. de liber. & posthum. heredib. instig. tot. tit. sup. de exheredat. liber. Nec adversatur, quod supra hic. proximo diximus; singulos liberos ipso iure pro patronis haberi; & proinde voluntate privata id mutari non debere, arg. l. in publicum 38. ff. de pact. & l. Neratium. 20. in princ. vers. quia pater. ff. de religiosis, & sumptib. funer. Illud namque defuncto demum patens est verum, non item eo vivo. Alterius partis ratio est, quæ ius reliquorum li-

berorum non aliter ademptum ipsis intelligitur, quàm si assignatio vim suam obrinuerit. Ut porro alias masculinum comprehendit sub se foemininum l. 1. ibiq. d. ff. de verb. significat. ita & hic liberta uni ex filiis, & tam filia neptivæ, quam filio sive nepoti assignari potest. §. 1. hoc tit. Quin & is libertus, qui apud hostes est, assignari poterit, propter spem scilicet postliminii. d. l. 1. §. is quoque. 2. ff. de assignand. libert.

Nominatim autem Senatusconsult. liberorum quos patronus in potestate habet, meminit, dict. l. 1. in princ. ff. eodem tit. & hoc in dict. §. 2. Ex quo efficitur, filio emancipato assignari libertum non posse. Imò si filio, in potestate posito, assignaverit libertum patronus, & postmodum emancipaverit filium: assignatio expirat & evanescit, dict. §. 2. hoc tit. Cujus rei ratio est: quia ea, quæ rectè constituta sunt, extinguuntur postea & evanescunt, si in eum casum reciderint, quo incipere non potuerunt. l. existimo. 98. & l. pluribus. 140. §. cisi 2. ff. de verborum obligat. l. pro parte. 11. ff. de servitutib. l. si in metallum. 3. in fine ff. de his, quæ pro non scriptis habentur. Neque refragatur Modestini responsum in leg. utrum ei. 9. ff. de assignand. libert. ubi etiam filio emancipato libertus assignari potest. Etenim de eo accipi debet casus, quo patronus, qui plures habet in potestate liberos, unumque emancipatum, uni ex illis, qui in potestate sunt & simul emancipato libertum assignat. Hæc assignatio, ita communiter & conjunctim facta, valet: & quod per se assignari emancipatus non potest, hoc conjunctionis beneficio assequitur. Quemadmodum & aliàs fieri solet, ut per alium quis habeat, quod per se habere nequit, l. non putavit 8. §. ultim. ff. de bonorum possessione contra tab. mulieri. 74. ff. de condit. & demonstrat. l. ult. ff. de liber. & posthum. l. quedam. 62. ff. de acquir. rer. dom. Atque ita Modestinum cum Justiniano conciliat posse, edocent Franciscus Hotomanus hic. Borcholt. num. 3. & D. Bocerius num. 8. pag. 53. Sane quoad formam & modum assignandi, nihil refert, utrum assignatio à patronis fiat in testamento, an extra testamentum, quibuscunque tandem verbis, etiam minus solennibus. §. fin. hoc tit. d. l. 1. §. assignare. 3. l. assignare. 7. & l. ultim. in princ. ff. de assignand. libert. Sed & vel purè, vel sub conditione, vel ex die certà, non autem usque in diem certum, assignatio fieri potest. d. l. assignare. 7. l. sub conditione. 10. & d. l. ultim. §. ultim. ff. d. tit.

Quamquam porro in magno apud nos usu esse non possunt, quæ hoc loco, & superioribus titulis, & alibi in juris nostri voluminibus de servis & liberis traduntur: cum Germania nec veros servos, nec libertos habeat: attamen non sunt omnino negligenda. Tum propter nationes alias, apud quas dominica potestas nondum desit, servitusque adhuc durat. Tum ut ius vetus, quod de servis & liberis passim loquitur, melius intelligatur. Nihil enim antiquitatis penitus ignorandum est, §. 1. f. de testam. ord. Tum etiam, quia nonnunquam argumenta suppeditant, ad ple-rosque casus filiorum familias & propriorum hominum nostræ ætatis, aliorumve, qui illis in quibusdam non admodum dissimiles sunt, decidendos. De quib. videatur Zasius in §. prejudiciales. 13. inf. de actionib. & in l. si non sortem. 26. §. libertum. 12. ff. de condit. indebiti.

Illud quasi corollarii vice hic queri poterit: an sicut libertus suo victu patrono operas prestare cogitur, l. suo victu. 18. ff. de operis libertor. ita quoque vasallus propriis sumptibus servare domino teneatur? Et communiter hæc distinctio recepta est: Aut ex tenore investituræ constat, cujus impensis servitium sit præstandum; & illud observari debet, argument. §. præterea, quid sit investit. tit. 2. lib. 2. feudor. Contractus enim ex conventionem legem accipiunt. l. 1. §. si conveniat. ff. deposit. l. contractus. 23. & l. semper in stipulationib. 34. ff. de regulis juris. cap. contractum. 89. ibique Dynus. extr. eodem tit. lib. 6. Aut ex investituræ litteris id non appareat: & tunc si vasallus est dives, habens opulentum & pingue feudum: propriis sumptibus servare domino compellitur: secus, si sit pauper, non possidens feudum, ad istos sumptus forea-

ferendus sufficiens. Hoc quippe specie domini expensis & sumptibus servitia præstabit, argum. dictæ leg. suo victu. 18. & legib. sequentib. ff. de operis libertorum. Idem dicendum, si dominus de sua provinciâ exeat. Nam & hoc casu dominus suis sumptibus vasallum secum ducere debet, licet vasallus feudum opulentum habeat, argumento l. quod nisi fiat. 20. §. 1. cum l. seq. ff. dicto tit. latè Speculator in tit. de feudis. §. quoniam. num. 42. & seq. Baldus in c. 1. de capitano, qui curiam vend. tit. 51. libro 2. feud. Alvarottus in cap. 1. de novâ formâ fidelit. n. 7. tit. 7. lib. 2. feudor. Zifius in Epitom. feud. part. 7. n. 44. cum seqq. Schneidew. supr. tit. de servitiis cognat. n. 8. & 9. & novissimè Matthius Stephani centur. 3. quæst. 14. ad lit. a.

- 13 Præterea & illud hoc loco quærere lubet: an quemadmodum patronus uni filiorum assignare potest libertum: sic pater etiam uni filiorum queat prælegare & assignare feudum: ita ut uni filio duæ partes, alteri tertia pars feudi assignetur: Et patri hoc non licere, tribus potissimum rationibus probatur. I. Quia nulla ordinatio defuncti in feudo valet. c. 1. in princ. de successione feudi. tit. 8. lib. 1. feudorum. Ergo nec illa valebit, quæ uni ex filiis feudum prælegaverit. II. Quia patris jus omne, quod habet in feudo, morte ejus extinguitur, & aliis, qui ex concessione vocati sunt defertur. Nemo autem potest legare jus, quod morte sua perituum est, argumento l. uxor patris. 21. C. de legatis. III. Quia si posset vasallus de feudo testari, idque legare: absque domini consensu illud alienare, & in alium transferre posset: quod placitis feudorum repugnat, cap. 1. de prohibitâ feudi alienat. per Frider. tit. 52. lib. 2. feudorum. Nec movere, si dicatur, posse adhiberi domini consensum: Nam (teste Cajo.) satis constanter veteres decreverunt, testamentorum jura ipsa per se firma esse oportere, non ex alieno arbitrio pendere. lilla institutio. 32. in princip. ff. de heredibus instituendis. Et hanc opinionem, tanquam communem, plerique amplexi sunt: Carolus Ruinus conf. 25. n. 13. lib. 1. Julius Clarus lib. 4. sent. §. feudum quæst. 40. n. 5. Zifius dict. Epitom. feud. part. 8. n. 60. Cujacius in Comment. ad lib. 4. feudorum. tit. 54. Fachineus lib. 6. controu. jur. cap. 62. Matth. Stephani dict. cent. 3. quæst. 14. ad lit. c. alique plurimi, quos commemorat Tiracquel. in Comm. de retract. lignagier. §. 11. gloss. 6. n. 24. & seq. ubi etiam Doctores variè dissentientes & distinguentes recitas. Sed & patrem uni ex filiis suis emphyteusim prælegare haud posse, post Bartolum in l. jurisjurandi. 7. §. si liberi. n. 6. ff. de operis libertor. contra alios præclare, prolixèque defendit Fachineus dicto lib. 6. controuers. jur. cap. 63.

DE BONORUM POSSESSIONIBUS.

TITULUS X.

Principium Tituli, cum §. 1.

Jus bonorum possessionis introductum est à Prætoribus, emendandi veteris juris gratiâ. Nec solum in intestatorum hereditatibus vetus jus eo modo Prætor emendavit, sicut supra dictum est: sed in eorum quoque, qui testamento factò decesserint. Nam si alienus posthumus heres fuerit institutus: quamvis hereditatem jure civili adire non poterat, cum institutio non valebat: honorario tamen jure bonorum possessor efficiebatur, videlicet cum à Prætoribus adjuvabatur. Sed & is à nostrâ constitutione rectè heres instituitur, quasi & jure civili non incognitus.

§. 1. Aliquando tamen neque emendandi neque impugnandi veteris juris, sed magis confirmationem. Nam illis quoque, qui rectè testamento factò heredes instituti sunt, dat secundum tabulas bonorum possessionem. Item ab intestato suos

heredes & agnatos ad bonorum possessionem vocat. Sed & remorâ quoque bonorum possessione, ad eos pertinet hereditas jure civili.

SUMMARI A.

- 1 Connexio hujus tituli cum precedentibus.
- 2 Bonorum possessionis definitio.
- 3 Possessio quatenus juris sit, & quatenus facti.
- 4 Bonorum possessio, & possessio bonorum nihil differunt.
- 5 Nomina & verba transposita idem significant.
- 6 An bonorum possessionis definitio conveniat possessionis hereditatis petitioni.
- 7 Hereditas quid sit.
- 8 Bonorum possessio an & quatenus hereditatis appellatione continetur.
- 9 Divisio bonorum possessionis in edictalem, & decretalem.
- 10 Edictalis bonorum possessio quid sit: & quatuorplex.
- 11 Bonorum possessio est testamentum datur aut secundum, aut contra tabulas testamenti.
- 12 Ab intestato bonorum possessioni quando locus relinquatur.
- 13 Hujus bonorum possessionis quæ species.
- 14 Decretalis bonorum possessio quid sit, & quot ejus species.
- 15 Bonorum possessio Carbonaria quibus detur.
- 16 Bonorum possessio centris nomine, cui competat.
- 17 Bonorum possessio litis agnoscenda causa, cui concedatur.
- 18 Bonorum possessio, ut ex legibus decernatur.
- 19 Numquid hodie bonorum possessionis aliquis sit usus.
- 20 Licet per procuratorem hereditas jure civili aliter nequeat: prætoriam tamen bonorum possessionem per eum peti possit.
- 21 Bonorum possessoribus quatenus competat interdictum Quorum bonorum.
- 22 Ei, qui communi auxilio tutus est, non debet concedi remedium extraordinarium.
- 23 Intellectus §. final. hoc tit.
- 24 Discrimen inter emancipatos & suos quatenus sublatum.
- 25 Prætoribus, qui hodie comparantur.
- 26 Bonorum possessio quam ob causam à Prætoribus introducta.
- 27 Intellectus §. posthumus autem alienus 28. supr. de legat.
- 28 Persona plane incerta heres institui non potest.
- 29 Circa successionem intestatorum, Prætor etiam à jure civili recessit.
- 30 Sententia l. non est ambigua. 12. §. 1. ff. b. 3.
- 31 Quæ sit bonorum possessio secundum tabulas.
- 32 Prætorium beneficium promptius est & expeditius.

Successio omnis, vel est civilis, vel Prætoriam: & illa quidem hereditas, hæc verò bonorum possessio dicitur. Vigilius in Rubric. tit. supr. de testament. ordinand. n. 7. Mynsinger. in rubr. tit. supr. de hered. que ab intest. defer. num. 1. Forster. lib. 1. de successione. c. 4. & §. Cum autem civilia sint potiora prætoris hereditatibus jam priore loco discussis; proximum est, ut de bonorum possessionibus subjiciatur tractatus. Bonorum possessio (prout eam definit Ulpian. in leg. bonor. 3. §. 2. ff. hoc tit.) est jus persequendi, retinendique patrimonii, live rei, quæ cujusque, cum moritur, fuit. Ad quam definitionem subvertendum nonnulli hilce utuntur argumentis. Primò (inquiunt) possessio non tam juris est, quam f. et l. 1. §. furiosus. & §. seq. ff. de acquir. vel amitt. possid. l. denique 19. ff. ex quib. caus. major. & c. Ideoque genus in hac definitione non rectè positum esse videtur. Sed respondendum: possessionem singularium rerum, de quâ agitur in jam citatis locis, facti esse & corporis: non autem possessionem universalitatis, quâ de his tractatur. Neque enim hæc nudam rei detentionem, velut illa, sed jus & utile dominium rerum, quæ in hereditate sunt, complectitur; adeoque in jure tota consistit. l. 1. & 3. ff. hoc tit. Ubi obiter (contra Mynsingerum hic in Rubr. n. 6. Schneidew. n. 3. & alios) notandum: nihil interesse, si live bonorum possessio, una voce, an duabus: live item bonorum possessio, an possessio bonorum, dicatur. Leges enim ejusmodi discrimen non observant, l. si minor. 61. ff. de acquir. vel amitt. heredit. l. cum proponas. 9. C. de bonis auctoris jud. possid. l. cognito. 4. §. 1. ff. de off. ejus, cui mand. est jurisdict. Forster. senior. lib. 2. de instit. c. 24. n. 11. Forster. junior. lib. 3. disp. 16. th. 1. attendit. class. 5. ad. 6. in princ. D. Bocer. hic n. 28. p. 90. ac alias nomina & vocabula transposita idem significant, l. quidam. 14. ff. de peculio §. legat. l. ambiguitates. 24. & l. præpositi. 25. ubi, Cynus, Salicet, & Dd. c. de testam. Aristot. in lib. ætælogiæ. Nicol. Eberhard. in locis legalib. loc. ab ordin. num. 3. modò

modò observetur, de quâ re subjectâ, an scilicet de successione, vel rerum detentione vox ista preferatur. Illo casu propriè juris est, & alteram successionis universalis speciem, Prætoriam videlicet, de quâ jam agimus, constituit. Hoc casu magis facti est, speciesque detentionis censetur, de quâ in d. tit. ff. de acquir. vel amitt. posses. §. vis. ff. de bonis auctoris. judic. possid. Borcholt. hic Treutler. disputat. 15. thes. 1. lit. b. volum. 2. ibique Bochoyus in suis not. pag. 912. & Hummius quest. 2. pag. 261. cum seq. nec non Wegnerus Disp. 9. ad Institut. th. 6. sub. lit. a.

6 Deinde (ajunt) hæc definitio latior est suo definito: propterea quoddam bonorum possessoria hereditatis petitioni convenit: quæ etiam jus est persequendi patrimonii, quod defunctus habuit: arg. tot. tit. ff. de posses. her. pet. Dicendum: bonorum possessionem ab Ulpiano jus persequendi definiri, non quoddam actio sit, vel remedium, quo persequimur patrimonium: sed quod jus contineat, quo innititur tamquam fundamento in petitione hereditatis. Qui enim per bonorum possessoria hereditatis petitionem ab eo, qui pro herede, vel pro possessore possidet, petiturus est patrimonium defuncti: eum oportet petitionis suæ fundamentum ac causam aliquam habere. Jam igitur bonorum possessio causam illam, nempe jus comprehendit, propter quod patrimonium sive hereditatem defuncti, bonorum possessoria hereditatis petitione persequimur, & retinemus. Quæ de re videantur. Accurs. & vulgò Doctores in rubric. C. qui admitti ad bonor. posses. possunt. Melchior Klingius hic num. 3. Forster. d. lib. 2. de successiombus. cap. 24. & Grass. in lib. recept. sent. §. bonorum possessio quest. 1. num. 2.

7 Tertiò objectant, hanc definitionem hereditati quoque competere: quippe quæ nihil aliud sit, quam successio in universum jus, quod defunctus habuit, l. heredit. §. 2. ff. de reg. jur. & l. nihil est aliud. 24. ff. de verb. signific. Verum respondetur: in hac definitione ipsum Jurisconsultum exprimere formam, quâ bonorum possessio ab hereditate distinguatur. Ait enim, bonorum possessionem jus esse patrimonii, id est, hereditatis persequendæ. At hereditas non est jus persequendi, sed successio in jus universum. dict. modo legib. Atque ita per hereditatem directè ipso jure in universum jus succedimus, dominique constituimur: per bonorum autem possessionem, tantum facultatem & jus persequendi (quæ persecutio non fit actionibus civilibus, sed Prætoris seu possessoriis, ut possessoria hereditatis petitione, tot. tit. ff. de posses. heredit. pet.) aut retinendi (quod fit exceptionibus) consequimur. Quæ in d. l. nihil est aliud. 24. num. 14. ff. de verb. signif. Wegner. d. disp. 9. th. 6. ad lit. c. De aliis bonor. posses. & heredit. different. dicetur inf.

8 §. seq. Nec obstat, quoddam hereditatis appellatione bonorum quoque possessio continetur. l. hereditas. 138. ff. de verb. signific. & bonorum possessio aliquando absolute hereditas appellatur, l. ult. ibi, amplectenda hereditatis. C. qui admitti ad bonor. posses. poss. Nam quoad effectum commodi & incommodi, bonorum possessio pro hereditate accipitur, & hereditatis appellatione bonorum possessio continetur: non verò quoad propriam formam, & formatum effectum, ut pulchrè tradit Goddeus in d. l. nihil est aliud. 24. num. 15. ff. de verb. significat. & Donell. lib. 7. Commentar. de jure civ. c. 14. Ex quo rectè inferitur, appellatione hereditatis, bonorum possessionem propriè non contineri, ut asseverat Hippolytus Riminaldi. in l. emancipata. 4. num. 174. C. qui admitti ad bonor. posses. possunt. &c.

9 Dividitur bonorum possessio in edictalem sive ordinariam, l. 1. §. sed si tabula testament. nulla extab. l. cum quidam. 30. §. 1. in fin. ff. de acquir. vel amitt. heredit. & decretalem sive extraordinariam, l. 1. §. decretalis. 7. ff. de successor. edit. l. 2. §. si qui ex liberis. ibi, decreto. ff. ad Senat. consult. Tertullian. l. 2. §. 1. ff. qui ordo in posses. servetur. Doringius in bibliotheca Jurisconsulti. tom. 1. verb. agnitio. num. 10. §. fol. 1198. Quam divisionem Accursius in d. l. 1. §. decretal. ff. de successor. edit. Bartol. in l. 3. §. 4. municipib. 4. num. 3. ff. hoc. De iur. in Rubr. C. qui admitti ad bonor. posses. possunt. num. 17. & Siehard. ibid. n. 24. alique Doctores communiter quidem admittunt,

sed malè explicant. Ajunt enim, edictalem eam esse, quæ ex edicto Prætoris mortui; decretalem verò, quæ à Prætoris vivo concedatur. Quod si verum esset: inde sequeretur, istas species tempore tantum differre: quod absolum est. At videantur Menochius de adipisc. posses. remedi. 1. num. 9. & aliquot seqq. Wesenbec. ad §. ult. num. 4. infr. hoc tit. Donellus d. lib. 7. Comment. de jure civ. c. 14. pag. 167. num. 4. Heigius hic n. 6. Giphani. in Commentar. de divisionib. jur. th. 53. & 54. Schegk. in de libatis jur. disp. 14. th. 69. ad lit. b. Fachinæus lib. 5. controvers. jur. c. 73. Scipio Gentil. lib. 1. de jurisdict. c. 2. Wegner. d. disp. 9. th. 6. ad lit. c. & Treutler. disp. 15. th. 2. volum. 2. ubi latè Hummius quest. 9. pag. 269. cum seqq. & Bachovius pag. 921. & seqq. Tamen divisionem illam improbandam & rejiciendam Forster. senior. lib. 2. de success. c. 26. Forster. junior. d. l. 3. disp. 16. thes. 4. & Arumæus Disp. pandect. 17. th. 1.

Edictalis bonorum possessio est, quæ ex dicto Prætoris perpetuo competit: ac simpliciter, id est, sine causæ cognitione de plano petitur, & agnoscitur. Eaque duplex est. Datur enim vel ex testamento, rite facto; vel ab intestato, per principium hujus tit. l. 1. & d. l. 2. §. 1. ff. quis ordo in possessionibus servetur. l. 1. ff. si tabula testam. nulla extab. l. sed cum patronus. 6. §. 1. ff. hoc tit. l. in plurium. 70. in princ. vers. idem juris. ff. de acquir. vel amitt. heredit. Wesenbec. in d. §. ult. num. 4. infr. hoc tit. Schegk. d. disp. 14. thes. 70. Bonorum possessio ex testamento rursus duplex est. Nam datur aut secundum, aut contra tabulas testamenti. Illa secundum voluntatem testatoris, testamento expressam conceditur omnibus jure scriptis, vel nuncupatis heredibus, tot. tit. ff. & C. de honor. posses. secund. tabul. & explicabitur in §. sunt autem. 3. infr. hoc tit. Hæc autem competit contra testamentum sive nuncupationem, liberis præteritis, tam suis, quam emancipatis, vel aliàs potestate patri liberatis, d. §. sunt autem. 3. infr. eod. §. emancipatos 3. supr. de exhered. liberor. l. 1. in princip. & §. sui juris. 6. l. quod vulgò. 19. ff. de bonor. posses. contr. tab. l. 1. Cod. d. tit. & l. i. qui in potestate. 15. ff. de legat. præstand. contr. tab. Ab intestato bonorum possessioni locus relinquitur, si neque contra tabulas, neque secundum tabulas bonorum possessio agnita fuerit. l. 1. in princip. & §. 2. ff. si tabula testam. nulla extab. d. l. in plurium. 70. in princ. vers. idem juris est ff. de acquir. vel amitt. heredit. Ejusque species ex jure hoc Institutionum hæc censentur: Bonorum possessio unde liberi: bonorum possessio unde legitimi: bonorum possessio unde cognati: & bonorum possessio unde vir & uxor. §. sed eis quidem. 4. infr. hoc tit. Ex jure verò novissimo hæc tantum: Bonorum possessio unde liberi: bonorum possessio unde legitimi: & bonorum possessio unde vir & uxor. Hodie etenim ex Justiniani constitutione omnes cognati effecti sunt heredes legitimi: adeoque unâ cum agnatis succedunt. Nov. 118. c. 4. Du. Collega Boccr. hic n. 55. p. 93. & class. 3. Disp. 12. th. 20. ad lit. c. ed. 2.

Decretalis seu extraordinaria bonorum possessio est: quæ non prius competit, quàm à Prætoris vivo pro tribunali, causâ cognita, decreta fuerit, l. bona. 3. §. penult. ff. hoc tit. Pacius in Epit. jur. disp. 11. th. 30. Schegk. d. disp. 14. th. 78. Vultej. l. 1. Jurispr. Rom. c. 75. n. 10. Cujusmodi bonorum possessiones sunt tres. Prima vocatur Carboniana, quæ datur liberis impuberibus, qui & statûs & hereditatis paternæ controversiam patiuntur. Nam decreto Prætoris interim mittuntur in possessionem, dilata statûs & hereditatis controversiâ in tempus pubertatis, tot. tit. ff. & Cod. de Carbon. ed. ibique Duaren. Paul. lib. 3. sent. tit. 1. Donell. d. l. 7. Comment. c. 14. p. 168. n. 20. & seq. Altera dicitur Ventris nomine: quæ conceditur mulieri, quæ se ex defuncto marito prægnantem dicit. Interim enim, dum spes esse partûs videtur, in possessione est: & constituitur curator bonis, qui ei præstat alimenta, habitationem, & cetera, ad partum edendum necessaria, pro dignitate & facultatibus mariti defuncti, l. 1. & tot. tit. Digest. de ventre in posses. mittendo. & ibi Wesenbec. in paratit. Myusinger. n. 6. & Schneidem. n. 7. ad §. septim. 4. infr. hoc tit. Tertia appellatur litis agnoscendæ sive ordinandæ causæ: quæ decretatur filio emancipato ex hereditate, qui de inofficioso acturus est: atq; hæc est sine rei quoniam litis solummodo præparandæ causæ petitur, l. post-
hunc

brimus. 6. §. ultim. & l. Papinianus. 8. in princip. ff. de in-
offic. testament. Schegg. d. disp. 14. th. 80. Pacius d. disput. 11.
th. 30. ad lit. c. Schneidew. ad d. §. septima infr. hoc tit. n. ul-
tim. Gove in lib. 2. lect. varior. c. 6. Grassus in d. libr. recept.
sent. §. bonor. quest. ult. Porro, ad istam bonorum pos-
sessionem extraordinariam, referri quoque poterit bo-
norum possessio quæ dicitur ut ex legibus, vel Quibus ex
legibus: quæ Prætor eos ad bonorum possessionem admit-
tit, quibus ut bonorum possessio detur, lege, constitu-
tione, vel Senatusconsulto cautum est: l. unic. ff. ut ex
legibus & Senatusconsult. bonor. poss. detur. & d. §. septima.
infra hoc tit.

19 Sed antequam progrediamur ulterius: indagandum est,
an hodie bonorum possessionis aliquis sit usus? Et non ef-
fe, opinantur Forster junior d. lib. 3. disp. 16. th. 8. & alii
nonnulli, hac præcipue adducti ratione: quod omnibus il-
lis, quibus olim Prætor consulere voluit, etiam hodie per
constitutiones civiles plenissime sit cautum. Novell. 118.
127. Arab. cessante. cum duabus seqq. C. de legit. her. & similib.
Verum contrarium & receptius videtur, & probabilius.
Etenim si de acquirenda hereditate queratur: liberalius
cum bonorum possessoribus Prætor, quam cum heredibus
jus civile agit. Hoc si quidem jure civili, qui in aliena sunt
potestate, hereditatem sibi delatam adire non possunt, nisi
jussu præcedente eorum, quorum in potestate existunt:
jure verò Prætorio bonorum possessionem, etiam igno-
rantibus his, quorum potestati subditi sunt, petere que-
unt. & ratihabitio sufficit, l. qui in aliena. 6. & l. si quis mi-
hi. 25. §. jussu. 4. ff. de acquir. vel omit. hered. l. 1. C. qui ad-
mitti ad bonor. poss. poss. Jure item civili complures sunt
gradus eorum, quibus hereditas defertur: & nemo ex in-
ferioribus gradibus hereditatem adire potest, donec prio-
res omnes exclusi sint, & iatque quis, eos exclusos esse,
l. quamdiu. 69. & l. seq. ff. de acquir. vel omit. hered. At
bonorum possessionem etiam inferior gradus agnoscere

20 potest intra vicem priorum, quibus ea defertur, l. ult. C.
qui admitti ad bonor. poss. poss. Præterea quamvis per pro-
curatorem jure civili hereditas adiri nequeat. l. Pannonius
Avitus. 86. in princip. ff. de acquir. vel omit. her. quem-
admodum etiam sub conditione hereditas jure civili adi-
ri nequit. l. actus legit. 77. ff. de reg. jur. attamen bono-
rum possessionem prætoriam possum petere, tum per
procuratorem, tum sub conditione, si scilicet lucrosa est,
vel opulenta. l. bona autem. 3. §. acquirere. 7. l. servus. 7. in
princip. ff. hoc tit. Sichard. ad rubr. C. qui admitti ad bonor.

21 poss. poss. n. 4. Acquisita demum bonorum possessione,
hoc proprium est bonorum possessorum beneficium, non
heredum: ut, quibus bonorum possessio ex dicto data
est, si de singularum rerum hereditariarum possessione
habeant interdictum. Quorum bonorum. l. 1. ff. Quorum
bonor. Petrus Heigius hic n. 5. Et idem sentiunt in hoc tit.
Clingius n. 11 & 12. Schneidew. in §. ult. n. 8. infr. eod. Gloss.
Bartol. & Dd. in l. fin. C. unde legitimi. Don. & Sichardus ad
Rubric. C. qui admitti ad bonor. poss. poss. n. 7. 11. & sequen-
tib. idem Donell. d. l. 7. Comment. de jure civ. c. 14. p. 169. n.
40. Vasq. de success. resol. lib. 1. §. 3. n. 27. Oldendorp. class.
§. ult. 6. quest. an hodie petatur recte bonor. poss. p. mihi
859. Treutler. d. disp. 15. th. 1. ad lit. f. vol. 2. ibique latissime
Bachovius in suis not. p. 917. cum seqq. & Huomius quest.
6. p. 266. cign. seq. Barter. Decad. 5. quest. 2. Arumans præ-
dicta Disp. Pandect. 17. th. 4. Paulus Berens disp. 8. ad insti-
tut. them. 4. quest. 1. & Johan. Kitzel. Disp. 13. repetit.
univ. jur. th. 10. lit. f. Adde Locamerum quest. jurid. fascic.
34. quest. 5.

22 Non adversatur huic sententiæ, quod ei, qui communi
auxilio & mero jure tutus & munitus est, non debet tribui
extraordinarium remedium sive auxilium. Lin causa cogni-
tione. 16. in princip. ff. de minorib. Atqui cognati non succe-
dunt amplius ex jure prætorio, sed magis ex jure civili. d.
Nov. 118. adeoque illis sufficit petitio hereditatis civilis:
præsertim cum per Justinianum Imp. bonorum possessio
sublata consuevit. §. fin. ibi. ne quis pro bonorum possessione
petenda curet. infr. hoc tit. Hoc, inquam, non adversatur.
Quia vetus duntaxat bonorum possessionis solennitas, vel
uti plus æquo scrupulosa, merito sublata est: & ita d. §. fin.
accipi debet. Verum simplex quædam imitatio, ut heres se-

se Magistratui insinuet, petatque auxilium in his, quæ illi
fortè, ne ad hereditatem apprehendendam perveniat, de
facto obstant: ea profectò honesta est, utilis, & necessa-
ria: idèdque frequens admodum, differente Oldendorp. d.
loco. Similiter non obstat, quod asserimus, quod olim erat
inter emancipatos & suos, prorsus sit sublatum. d. Nov.
118. c. 4. Etenim jure civili oblitterata quidem est diffe-
rentia emancipatorum & suorum, quoad successionem ab
intestato, quia ibi pariter succedunt: cæterum in succe-
dendo contra testamentum, in eo differentia adhuc hodie
manet, ut tradit Sichard. ad d. rubr. C. qui admitti ad bonor.
poss. poss. num. 8. & notavimus supra ad principium num.
58. & §. emancipati. 9. num. 4. & §. tit. de hered. quæ ab in-
test. defer. Denique nihil ad rem facit, quod hodie nulli
sint amplius prætores tales, quales olim fuerunt. Nam
Episcopos, Comites, Marchiones, Duces, Principes, &
similes comparari Prætoribus & Præsidibus, testantur
Bartol. in l. stipulationum. §. §. prætorie. ff. de verb. obligat.
& ferè omnes Dd. in l. omnes populi. 9. ff. de just. & jur.
hosque recenter referens Paulus Berens d. disput. 8. them. 4.
quest. 1. Vide Dn. Collegam Besoldum in delibatis juris
ex lib. 37. ff. quest. 1. pag. 126. & seq.

Nunc ad principium hujus tituli, junctis §. 1. quod attinet: 26
ex eo discendum est, bonorum possessionem à Prætore ju-
ris civilis tum emendandi sive corrigendi & impugnandi,
tum tuendi & confirmandi gratià institutam atque intro-
ductam esse. Correctionis exempla in jure possum sunt
obvia. Unum habetur in hoc principio, & l. verum. 3. ff.
de bon. poss. secund. tab. & l. posthumus. 6. ff. de inoffic. te-
stam. ubi posthumus alienus (de quo in §. posthumus quo-
que. 26. f. de legat.) jure civili inutiliter heres institutus,
hereditatem seu potius bonorum possessionem jure Præ-
torio agnoscit. Nec huic resistit §. posthumus autem alie-
nus. 28. f. d. tit. de legat. ubi traditur, posthumum alie-
num potuisse heredem institui, etiam ante constitutionem
Justiniani Nam respondetur potuisse quidem: ita tamen,
ut hereditatem persequeretur jure honorario, non verò
jure civili. Ratio, cur jure civili posthumus alienus uti-
liter institui non potuerit, est hæc: quia persona planè in-
certa est. At incertæ personæ institui non poterat, teste 28
Ulpiano in fragmen. tit. 22. §. incerta. & c. Aliud exem-
plum colligitur ex l. 2. §. 1. ff. de bonorum possessionib. se-
cund. tab. ubi heres sub conditione institutus, pendente
conditione bonorum possessionem assequi potest: tamen si
juris civilis subtilitate hereditatem adire non valeat, l. is,
qui heres. 13. ff. de acquir. vel omit. hered. Aliud est in l. post-
humus. 12. ff. de in just. rupt. irr. facto testament. ubi heres
scriptus in testamento, in quo posthumus est præteritus,
mortuo eo, bonorum possessionem secundum tabulas
accipit: quamvis testamentum agnatione posthumi, juris
scrupulositate ruptum videatur. Et hæc in causa testat.
Æque autem circa successionem intestatorum Prætor re- 29
cessit à jure civili, idque emendavit. Dedit namque fi-
liis emancipatis bonorum possessionem, Unde liberi; &
cognatis, Unde cognati: quos tamen jure civili ab here-
ditate defuncti exclusos, omnique auxilio destitutos fuisse
constat, §. emancipati. 9. sup. de heredit. quæ ab intest.
defer. tot. tit. ff. & C. Unde liberi. & tot. tit. ff. & C. Un-
de cognati. Plura exempla videre est apud Forsterum d.
libr. 2. de success. c. 27.

Neque his, quæ de emendatione seu impugnatione juris 30
civilis hic dicuntur, contradicit Ulpianus in l. non est an-
bigen. 12. §. 1. ff. hoc tit. dum asserit, quod ubicunque lex, vel
Senatusconsult. vel constitutio capere hereditatem pro-
hibet, bonorum possessio cesset. Illud enim eo de casu ac-
cipiendum est, quo propter aliquod commissum quis-
piam capere hereditatem à jure civili prohibetur: puta is,
qui rei capitalis damnatus, neque restitutus est. Etenim
huic bonorum possessionem Prætor non tribuit, l. edito.
13. ff. eod. tit. Forster. d. l. 2. c. 28. n. 26.

Confirmationis porro exempla hoc loco in §. 1. duo ab 31
Imperatore asseruntur: unum in successione testati. Nam
Prætor heredibus rectè utriusque institutis bonorum
possessionem secundum tabulas decernit: qui tamen etiam
contra Prætoris beneficium ex jure civili hereditatem con-
sequi possunt, l. verbis. 120. ff. de verbor. significat.

Est autem bonorum possessio secundum tabulas ea, quam Prætor testamenti tabulis ac scripturam sequens, eique obtemperans, instituit heredibus largitur, l. 1. *Et passim. ff. de bonorum poss. secund. tab. Et de hoc abundantius in §. fuit autem 3. infr. hoc tit.* Alterum exemplum est in successione intestati. Suis enim & agnatis, quibus ab intestato hereditas debetur, Prætor bonorum possessionem pollicetur, l. 1. *Et 2. ff. de suis & legitim. heredibus. l. 1. Et passim. ff. unde legitimi:* quamvis etiam sine bonorum possessione ad successionem jure civili vocentur. §. 1. *hoc tit. in fine.* Sed quia promptius est, & expeditius Prætorium beneficium: ideo Prætor adjuvandi & confirmandi, nec non ad exitum celeriter perducendi juris civilis gratia; & scriptis heredibus, & ab intestato proximis, bonorum possessionem concedit; ut non ineptè hic ad finem Wesenbecii annotavit. Adde, quod quemadmodum duabus anchoris niti tutius est: ita & duplici jure, civili scilicet & Prætorio, docente Rittershusio hic pag. 377. Adde Bachovium hic num. 2. pag. 700.

§. Quos autem solus. 2.

§. 2. Quos autem solus vocat Prætor ad hereditatem, heredes quidem ipso jure non fiunt. Nam prætor heredem facere non potest. Per legem enim tantum, vel similem juris constitutionem heredes fiunt, veluti per Senatusconsultum, & constitutiones principales. Sed cum eis Prætor dat bonorum possessionem: loco heredum constituuntur, & vocantur bonorum possessores. Adhuc autem & alios complures gradus Prætor fecit in bonorum possessionibus dandis, dum id agebat, ne quis sine successore moreretur. Nam angustissimis finibus constitutum per legem duodecim tabularum jus percipiendarum hereditatum, Prætor ex bono & æquo dilatavit.

SUMMARIA.

- 1 Quidem ad successionem duplici jure vocantur.
- 2 Prætor neque heredem, neque dominum facere potest hujusque ratio.
- 3 Quatenus eadem vis editi Prætoris, qua legis.
- 4 Differentia ac similitudo juris civilis & Prætorii.
- 5 Præcipua inter bonorum possessionem & hereditatem differentia.
- 6 Filiusfamilias an invito patre hereditatem adire, vel bonorum possessionem agnoscere valeat.
- 7 Num bonorum possessio & hereditas per procuratorem acquiri queat.
- 8 Tempus bonorum possessionis petenda, itemque hereditatis adenda quale sit.
- 9 Hereditate, bonorumque possessione quale acquiratur dominium.
- 10 Nemo plus juris in aliam transferre potest, quam ipse habet.
- 11 Lex omnium humanarum rerum domina & regina.
- 12 Confutatio l. 1. ff. hoc titulo.

Quibus solus Prætor bonorum possessionem decernit, si non heredes, sed bonorum possessores appellantur, per hunc §. nostrum. Rectè, solus Prætor. Nam ad successionem nonnulli duplici vocantur jure, civili, & Prætorio: ut heredes ritè scripti, ut sui, ut agnati, de quibus paulo ante circa §. 1. exposuimus. atque hi sunt & heredes, & bonorum possessores. Alii vocantur tantum jure Prætorio: & hi (ut modo dictum) non appellantur heredes, sed bonorum duntaxat possessores: veluti sunt emancipati, liberi præteriti, posthumi alieni, cognati, &c. Ratio, cur heredes hi non sint, illa est: quia, inquit hoc loco Imperator, Prætor heredem facere non potest. Ratio rationis: quia Prætor dominium facere non potest, sed tantum lex, Senatusconsultum, Principis placitum, arg. hujus §. *Et l. 2. ff. de legib. Et l. qui ususfructum. 3. ff. si ususfruct. parat. Cujacius hic in suis notis. Wesenbec. num. 1. Rinaldus Corsus lib. 3. indagatorum jur. cap. 4. D. Collega Besold. in Commentar. ad l. 7. ff. de leg. 1. lib. 1. ff. num. 9. p. 114. Et in de re variis opinionibus recitat Fachinus lib. 5.*

Controvers. jur. c. 74. At hereditas est species acquisitionis domini, arg. §. ult. ff. per quos person. cuique acquirit. *Et §. ult. sup. de heredita qualis. Et differ.* Cur verò Prætor dominum non faciat, sed tantum lex, aut Senatusconsultum, aut constitutio sive Principis placitum, hæc est ratio: quia dominium, quod acquiritur successione, juris est civilis, docente Vulejo ad principium hujus tit. num. 3. Prætor autem magis spectat jus naturale, & ea, quæ sunt naturalia, ut est possessio, argument. §. emancipati. 9. vers. sed prætor naturali, *Et c. ff. de hereditatibus, quæ ab intest. defer. cum juribus similibus.* Neque obstat, quod Prætoris edictum vim legis obtineat, §. Prætorum. 7. ff. de jure natur. gent. *Et civ.* Eadem namque vis est & auctoritas editi Prætoris, quæ legis, ratione sc. effectus; non autem ratione formæ & modi. Iddèque notanda hoc loco est juris civilis & prætorii differentia, ac similitudo. Differentia est: quod jus civile efficiat heredem: Prætor bonorum possessorem. Similitudo hæc est: quod quidem utriusque sit effectus, id est, bonorum possessor, quoad effectum, loco heredis habeatur, l. 2. ff. hoc tit. l. Prætor. 117. ff. de regul. jur.

Enimverò bonorum possessionis & hereditatis hæc præcipue sunt differentie. I. Hereditas sola animi destinatione adiri potest, sine præsentia judicis, §. item extraneus. 7. ff. de hered. qual. *Et differ. l. si avia. 6. C. de jure deliber. l. pro herede. 20. Et l. gerit. 88. ff. de acquir. vel omitt. heredit.* Bonorum possessio à Prætore, seu iudice peti debet, l. ultim. Cod. qui admitti ad bonor. poss. possunt. II. Filiusfamilias heres institutus, invito patre, hereditatem non adit, l. si quis mihi. 25. §. iussum. 4. ff. de acquir. vel omitt. heredit. At, ignorante & invito patre, bonorum possessionem agnoscit, l. 1. C. qui admitti ad bonor. poss. possunt. III. Bonorum possessio per procuratorem acquiritur, l. 3. §. acquirere. 7. ff. hoc tit. Hereditas per procuratorem adiri & acquiri nequit, l. per curatorem. 90. ff. de acquir. vel omitt. heredit. Cujac. libr. 1. observ. c. 34. *Et dictum supr. ad princip. hujus tit. num. 20. IV.* Tempus bonorum possessionis petendæ est vel annuum; vel centum duntaxat dierum l. 1. §. largius. ff. de success. edit. *Et §. cum igitur plures. 6. infr. hoc tit.* Tempus adendæ hereditatis est perpetuum, id est, triginta annorum, l. licet. 8. C. de jure deliber. l. hereditatis. 7. C. de petis. hered. V. Hereditate directum (uti vocant) acquiritur dominium: bonorum possessione utile tantum, juxta Accurs. *Et Dd. in l. 1. ff. hoc tit.* Idque ratione confirmatur: quia nemo plus juris in alium transferre potest, quam ipse habet, l. nemo. 55. ff. de regul. jur. Atqui Prætor rerum nostrarum dominus non est, arg. hujus §. Non ergo directum, sed utile tantum dominium bonorum possessori tribuere potest. Ex quo & alia (præter eam, quæ supra indicata est, num. 2.) differentie ratio colligitur, cur lex directum heredem & dominum, non autem Prætor, constituere possit: quia videlicet non Prætor, sed lex omnium humanarum rerum domina est, & regina: ut ex Chrysippo Marcianus scribit in dict. l. 2. ff. de legiti. Nec refragatur dict. l. 1. ff. hoc s. ubi Ulpianus respondit, bonorum possessionem dominium rerum tribuere. Nam id non de directo: sed utili; sive de dominio possessionis, non proprietatis, intelligendum est. Nec enim Prætor dominium rerum sive proprietatem tribuit, sed possessionem solum. modò & retentionem: sicut ibidem monuit Gothofredus, *Et Cujacius in Paratitlis.* Porro de illis, & aliis inter bonorum possessionem, & hereditatem differentiis, videntur Schneidevinius hic num. 6. Thadeus Pijo num. 3. Forsterus lib. 1. de success. lib. 1. cap. 5. per totum, *Et Humius lib. 3. var. resolut. jur. civ. tract. 1. quest. 38. item in Resolut. ad Treutler. vol. 2. disp. 16. sb. 1. quest. 3. pag. 363. Et seqq.*

§. Sunt autem. 3.

§. 3. Sunt autem bonorum possessiones ex testamento quidem hæ: Prima, quæ præteritis liberis datur, vocaturque contra tabulas. Secunda, quam omnibus jure scriptis hereditatibus Prætor pollicetur; ideoque vocatur secundum tabulas.

tabulas. Et cum de testamentis prius locutus est, ad intestatos transitum fecit. Et primo loco suis heredibus, & iis, qui ex edicto Prætoris inter suos heredes connumerantur, dat bonorum possessionem, quæ vocatur Unde liberi, Secundo, legitimis heredibus. Tertio decem personis, quas extraneo manumissori præferebat. Sunt autem decem personæ hæc: pater, mater, avus, avia, tam paterni, quam materni: item filius, filia, nepos, neptis, tam ex filio, quam ex filia: frater, sororve, consanguinei, vel uterini. Quarto, cognatis proximis. Quinto, tanquam ex familia. Sexto, patrono, patronæque, libertisque eorum, & parentibus. Septimo, viro & uxori. Octavo, cognatis manumissoris.

SUMMARIA.

- 1 Bonorum possessio contra tabulas adversus quos datur.
- 2 Querela inofficiosi quibus tribuitur.
- 3 Bonorum possessio contra tabulas quibus competat.
- 4 Suis heredibus præteritis, testamentum ipso jure est nullum.
- 5 Rem per magistratum possidere expedit.
- 6 An & quatenus bonorum possessio contra tabulas, filiosfamilias præterito accomodetur.
- 7 Cur ea legitime exhereditatis non datur.
- 8 Utrum eadem heredi instituto indulgeatur.
- 9 Bonorum possessio contra tabulas ad quid datur.
- 10 De bonorum possessione secundum tabulas.
- 11 Quare hæc bonorum possessio proprie locum habeat in testamento scripto, non in nuncupativo.
- 12 De bonorum possessione Unde liberi.
- 13 Nunquid illa huiusmodi liberis emancipatis sit necessaria.
- 14 De bonorum possessione Unde legitimi.
- 15 De bonorum possessione Unde decem persona.
- 16 De bonorum possessione Unde cognati.
- 17 De bonorum possessione Tanquam ex familia.
- 18 De bonorum possessione Unde liberi patroni.
- 19 De bonorum possessione Unde vir & uxor.
- 20 De bonorum possessione Unde cognati manumissoris.

EXponit Imperator breviter omnes bonorum possessionis species: & primum quidem juris veteris, quo sunt decem: deinde juris novi, quo sunt sex ordinariæ. Quædam autem bonorum possessiones ex testamento, seu potius occasione testamenti deferuntur quædam vero ab intestato. Ex testamento duæ sunt: contra tabulas, & secundum tabulas. Bonorum possessio contra tabulas datur, non contra scriptos heredes, sed contra tabulas ipsas ligneas, ceræque oblitæ, id est, ipsam testamenti scripturam. Nam etiam si nemo ex heredibus institutis hereditatem adeat: nihilominus tamen hæc possessio concedenda est, l. illud. 4. l. quod vulgus. 19. ff. de bonorum possess. contra tabul. Aliud in querela inofficiosi obtinet. Hæc enim non nisi post aditam ab herede scripto hereditatem moveri potest, l. Papinianus. 8. §. si conditionis. 10. ad fin. ff. de inoffic. testam. Ratio differentie est: quia querela inofficiosi, tantum liberis exhereditatis conceditur, l. si ponas. 23. ff. eod. l. non putavit. 8. in princ. ff. de bonorum possess. contra tab. Alia exhereditatio nisi aditam hereditatem non valet: nec ante eam aditam quisquam exhereditatus intelligitur. Bonorum autem hæc possessio competit liberis etiam nondum hereditate aditam præteritis. Præterito quippe nihil disponit: ac proinde non opus habet additione hereditatis, per quam confirmetur sicuti exhereditatio. Anton. Gomez. tom. 1. variar. resolut. cap. 11. num. 13.

Datur hæc bonorum possessio liberis (ut modo dictum) in paterno testamento præteritis, non tantum emancipatis, verum etiam suis. §. eadem hæc 12. supr. de hered. que ab intest. defer. l. is, qui in potestate. 15. ff. de legit. præst. contr. tab. Accursius & Schneidwin hic num. 6. & 7. Schulbock & Thadæus Piso num. 5. & alii Inter præter. Alexand. Juyon & ceteri De ferre omnes in l. fin. C. de bonor. possess. contra tabulas. Treuter. vol. 2. disp. 15. lib. 3. ibique in suis notis Bachovius p. 931. & Humilis p. 272. & segg. Emancipati autem plane necessaria est: quia jure civili, cum fuerint præteriti, nullum aliud habent

remedium, quo ad hereditatem perveniant. §. emancipati. 9. supr. de hered. que ab intest. defer. Suis vero non est necessaria: quia aliud ipsis suppedit remedium, quo hereditatem persequi possint, puta jus dicendi nullum. Suis enim præteritis ipso jure nullum est testamentum, per princip. §. de exheredit. lib. l. inter cetera. 30. l. pen. & ult. ff. de lib. & posthum. l. 1. & l. filio. 17. ff. de injust. rupt. irr. fact. testam. l. ult. in fin. C. de liber. præter. Est tamen illis etiam utilis hæc possessio: Tum quia expedit, rem possidere per Magistratum. l. jussu possidet. 11. ff. de acquir. vel amitt. poss. l. qui auct. 137. ff. de regulis jur. Tum quia suus præteritus prævenire potest, & impedire heredem scriptum, petita hac bonorum possessione contra tabulas, quam si petierit, scriptus ad bonorum possessionem secundum tabulas admitti non poterit. in fin. d. l. C. de bonor. possess. cont. tab.

Sed occurrit hoc loco scrupulus, non omnino (meo & judicio) contemnendus. Cum testamentum, in quo filiusfamilias præteritus est, ipso jure sit nullum, dictis iuribus: & ea propter rescindi nequeat: nec etiam rescissione suus heres præteritus, utpote qui testamento nullo facto, ab intestato potest succedere, indigeat, §. 1. supr. de hereditatib. que ab intest. defer. quomodo ei hæc bonorum possessio, quæ est remedium rescissorium, accomodabitur? Respondendum: filio in potestate præterito, testamentum jure quidem civili nullum esse, sed jure Prætorio valere, argum. l. posthum. 12. in princ. ff. de injust. rupt. irr. fact. testam. l. 2. §. 1. ff. de bonorum possess. secund. tab. Gloss. hic. & in dist. leg. fin. C. de bonorum possess. cont. tab. Viglius in §. 1. supr. de exheredit. lib. n. 4. & §. non tamen supr. quibus mod. testam. infirm. n. 2. Et quamvis vulgus Doctorum aliter sentiat, videlicet testamentum, in quo filiusfamilias præteritur, etiam jure Prætorio non subsistere: adeoque bonorum possessionem hanc contra tabulas filio in potestate præterito competere, non ad rumpendum, sed ad declarandum testamentum nullum, quemadmodum trahit Gomezius dist. tom. 1. variar. resolut. cap. 11. n. 5. & cum secutus Michael Grassius in lib. receptar. sentent. §. bonorum possessio. quest. 20. n. 2. nostram tamen sententiam contra communem, plurimis juris textibus & rationibus solide confirmasse videtur Fernandus Vasquius lib. 2. de success. lib. 20. pag. 3. requis. 29. num. 140. & seg. Firma igitur est conclusio: non solum emancipatis, sed & suis bonorum possessionem contra tabulas dari: ea tamen conditione si præteriti fuerint. Nam legitime exhereditatis non datur, præallegata l. non putavit. 8. & l. sed sub conditione. 18. ff. de bon. possess. contr. tab. l. ult. ff. de liber. & post. Ejusque ratio est: quia non temere voluit Prætor; contra patris certum & expressum judicium, quo filium suum ab hereditate removit, auxilium suum interponendo auctoritatem defuncti impugnare: cum iusta exheredationis causæ esse possit. Wesenbec. in paratit. ff. de bonor. possess. cont. tab. num. 3. Ex quo descendit & illud: quod de præteriti quidem ad hanc bonorum possessionem semper confugere valeant. Ea enim filio, testamento matris vel avi materni præterito, denegatur. l. illud notandum. 4. §. ad testament. ff. eod. Ratio ex supradictis patet: quia præteriti à matre, avovæ materno, pro exhereditatis habentur. §. ult. supr. de exheredit. liberor. Atqui exheredatione notati hæc possessio non tribuitur. d. l. non putavit. 8. ff. de bonor. possess. contra tab. d. l. ult. ff. de liber. & posthumis, &c.

Sed quid de herede instituto dicendum: nunquid ei bonorum possessio hæc dabitur? Nequaquam. Et ratio est: quia secundum tabulas habere possessionem potest. l. 3. §. si quis ex liber. 11. ff. de bonor. possess. contr. tab. Fit tamen interdum, ut institutus ad bonorum possessionem contra tabulas admittatur: propterea quod alius sit præteritus, qui edictum commiserit, id est, edictum de contra tabulas, instituto aperuerit. d. l. 3. §. si quis ex liberis 11. vers. plane. ff. d. l. Nec hi, qui propter alios contra tabulas bonorum possessionem petunt, expectant; ut præteriti bonorum possessionem accipiant: cum semel beneficio aliorum, ad id beneficium fuerint admitti. l. si post mortem. 10. §. ultim. ff. eod. Atque hoc remedium heredibus scriptis aliquando utilius est, quam bonorum possessio secundum

cundum tabulas: si fortè minimà ex parte heredes instituti sunt. *dict. l. non putavit. 8. §. ult. ff. eod. tit. Græff. in d. §. bonorum possessio. quest. 24.* Datur autem bonorum possessio contra tabulas, ad evetendum & rescindendum patris testamentum, *l. 1. in pr. ff. de legatis præstand. contra tab. §. c. d. l. quod vulgò. 19. ff. de bonor. poss. contra tab. l. ut liberi. 17. ibi, testamento rescisso. C. de collationibus cum similibus.* Rescisso porrò testamento, hic subsequitur effectus, ut liberi, in quorum favorem illud rescissum est, ab intestato succedant. *d. l. non putavit. 8. §. ult. §. l. cum emancipatus. 13. ff. de bonor. poss. contr. tab. & legata omnia, quæcunque ex testamento relicta sunt, intercidant: exceptis iis, quæ ipsis defuncti parentibus aut liberis, uxori item, nuriusque dotis nomine relicta sunt. Hæc etenim legata pietatis intuitu istis personis conservantur. d. l. 1. 2. 3. §. possim. de legatis præstand. §. l. 1. C. de bonor. poss. contr. tabul.*

10 Transeamus ad bonorum possessionem secundam tabulas, quæ deferitur secundum tenorem testamenti, siue secundum testatoris voluntatem, omnibus jure scriptis heredibus. *l. 2. §. deferitur. 4. l. hi demon. 6. ff. de bonorum possessionib. secund. tab. §. hoc §. nostro.* Et hæc bonorum possessio sicut omnium optimo jure nititur, quippe quæ in jure civili & in defuncti voluntate ultimâ fundata sit: ita necessaria in plerisque casibus non est. Nam ut maximè is, qui heres est institutus, bonorum possessionem non petat: tamen nihilominus hereditatem acquirat, quæ omne ipsi jus tribuit, quod ex bonorum possessione habere queat. Enimverò in eo utilis illa creditur: quod jus civile confirmet: cum justius possidere videatur, qui etiam auctore Prætoris possidet. *d. l. iust. 11. ff. de acquir. vel amitt. poss. Vule. lib. 1. Jurispr. Rom. c. 75. §. d. ad pr. hujus t. n. 11.* Rectè autem cum Justiniano hic dicimus: hanc bonorum possessionem concedi scriptis heredibus. Propriè enim locum habet in testamento scriptor:

11 non in nuncupativo. Ratio differentie est: quia nuncupativum penitus & merè civile est: *§. ult. f. de testament. ordin. scriptum non item: quoniam in eo quædam sunt prætoris ut signa septem testium. §. sed cum paulat. 3. supra dicto titul.* Itaque Prætor scriptum quidem testamentum agnoscit: sed non nuncupativum. Et ipsum scriptum non agnoscit prius, quam sua signa viderit. Quæ si compareant, etiam si alia solennia desint: id tamen testamentum jure prætorio sustinetur: heresque scriptus, accepta bonorum possessione secundam tabulas: bona optinet, non quidem ut heres, sed ut bonorum possessor, id est, heres prætorius. *§. non tamen. 6. ff. quibus mod. testament. infirmat.* Eademque est ratio in priore bonorum possessione contra tabulas; ut & ipsa appellatio indicat: Veruntamen receptum est, ut nuncupatis quoque heredibus utilis bonorum possessio secundam tabulas detur. *l. final. §. ibi Gothofred. Cod. de bonorum possession. secundam tab. l. ult. C. de codicill.* Quod autem hic ex Justiniano addimus, possessionem hanc deferri heredibus jure scriptis: intelligimus siue civili, siue saltem Prætorio, quod septem testium sigilla tantum in testamento requirit. *dict. §. non tamen. 6. ff. quibus mod. testament. infirmat.* Duar. ad dict. §. de bonor. poss. secund. tabul. cap. 2. §. 3. Atque hæc de bonorum possessionibus ex testamento.

12 Ab intestato bonorum possessiones tum dantur, cum omninò testamentum factum non est: vel factum quidem, sed quod ne jure quidem Prætorio sustineatur. Et hujusmodi ab intestato bonorum possessiones hic memorantur octo. Prima Unde liberi vocantur: & parentibus intestato mortuis, liberis eorum, tam emancipatis, quam suis conceditur. *l. 1. §. 1. §. 9. vult autem. §. l. liberi. 4. §. 11. segg. ff. si tabula testam. nulla extab. l. 1. §. ult. ff. qui ordo in poss. servet. §. emancipati 9. ff. de hereditatibus que ab intest. defer. Ulpian. in fragment. tit. 28. §. liberi. §. 2. Joan. Kitzelius Disp. 13. repetitionem universi j. n. 12. lit. b.* Ac sane suis datur, non tantumquam necessarius, cum jure civili hereditatem consequi possint, *l. quemadmodum. 7. ff. de hofic. testament. §. 1. ff. de hereditat. que ab intest. defer. sed ut utilis, propter auctoritatem Magistratus argum. dict. l. iust. 11.*

ff. de acquir. vel amitt. poss. Emancipatis verò prorsus necessaria est: quia jure civili ab hereditate excluduntur. Per hanc autem bonorum possessionem, cum suis heredibus, ad defuncti patris successionem admittuntur. *d. §. emancipati. 9. ff. de hereditat. que ab intestato defer.* Quæri hoc loco solet: an etiam hodie illa liberis emancipatis sit necessaria? Et necessariam esse, contendit Alciatorum *lib. 3. paradoxor. cap. 10.* Verum contraria longè verior est sententia, per Novell. 118. cap. 4. ubi aperte statuitur, in successione ab intestato nullam ampliùs differentiam inter suos & emancipatos esse. Atqui certissimum est, suos ipso jure civili heredes fieri, *dict. §. 1. ff. de hered. que ab intestato defer.* Ergo & emancipati ex jure civili succedent, nec bonorum possessione Unde liberi opus habebunt.

Secunda bonorum possessio ab intestato Unde legitimi *14* appellatur: & agnatis accommodata, non existentibus defuncti liberis *l. 3. §. tot. tit. ff. §. C. unde legitimi.* Agnatorum autem appellatione inprimis hic veniunt illi, qui capite deminuti non sunt. Nam legitimum heredem, si capite deminutus esset; ab hac bonorum possessione summo, palam est, *l. 1. in fine. ff. eod. l. legitimus. §. ff. unde cognati. §. 1. f. de success. cognator.* Deinde inter agnatos legitimos numerantur & alii, qui ex novis legibus, vel Senatusconsultis, ut Tertulliano, aut Orphitiano, ad hereditatem legitimam admittuntur. *d. l. 2. §. ult. cum l. seq. ff. unde legitimi.* Quare ad hunc numerum pater quoque manumissor aggregandus est, quem filii sui legitimum heredem esse, suprà audivimus in *§. ult. de legitimâ agnator. success.* Hæc autem bonorum possessio utilis est potius, quam necessaria: quia & legitimi jure civili ad successionem defuncti vocantur; ut ex principio allegati modò tituli liquido constet.

Tertia ab intestato bonorum possessio Unde decem per. *15* sona dicitur: & decem personis, quæ extraneo manumissori præferuntur, competit. Nam cum olim parens naturalis ad successionem filii emancipati non aliter admitteretur, quàm si contracta fiducia emancipatus esset: fiduciarius pater, siue extraneus manumissor, filii illius intestato mortui bona occupabat, propter emptionem imaginariam, uno scilicet aut altero nummo factam: ut in *d. §. final. f. de legit. agnat. success. dictum est, §. explicat. Coras. lib. 5. Miscell. jur. c. 9.* Sed Prætor iniquum nimis esse existimans: hominem alienissimum istius emancipati hereditatem auferre, & propinquus ejus omnibus anteponi, decem illi personas hic enumeratas prætulit. Verum hæc tertia bonorum possessio ab Imperatore sublata est. *§. sed eas quidem. 4. infr. h. t.*

Quarta bonorum possessio ab intestato cognatis proximi *16* tribuitur: & Unde cognati nominatur. *l. 1. §. tot. tit. ff. unde cognati.* Atque hæc possessio planè necessaria fuit cognatis, utpote quibus nullus jure civili ad successionem amplectendam aperiebatur aditus. At novissimo jure amplius necessaria non est: cum cognati & agnati hodie etiam de jure civili, si modò pares sint gradu, simul succedant: & quod magis est, si propinquiore sint agnatis, soli ad hereditatem vocentur, omnibus agnatis exclusis: ut ex dicta Nov. 118. c. 4. ostendimus suprà in *§. ult. de success. cognator. num. ult. & post Anton. Conium lib. sing. de hered. §. bonor. poss. docet Heigius hic num. 23.*

Quinta bonorum possessio ab intestato, tanquam em *17* familiæ, nuncupatur: & familiæ, hoc est, agnatis patroni si neque ipse patronus, neque ejus liberi extant, in bonis liberi indulgetur: ut rectè hic Theophilus (quicquid contra dicat Hotoman.) Egnat. Baro. Cigao. Ferretus, Cameracensis, hosque referens Borcholt. Bachov. n. 2. p. 705. cum seq. §. alti decl. ejusq. meminit quoq. Ulpian. in fragm. tit. 28. §. intest. §. c. Sed & hæc possessio à Justiniano est sublata *d. §. sed eas quidem. 4. vers. cumq. antea. infr. h. tit.*

Sexta ab intestato bonorum possessio dicitur, Unde liberi *18* patronis: & patrono, patronæ, liberis, parentibusque illorum datur, Ulpian. *d. f. 28.* Hæc verò possessio non videtur fuisse necessaria: quia & jure civili patronus libero succedebat ab intestato, si nullum suum heredem relinqueret, ut dictum suprà initio tit. de success. libertor. At hanc quoque possessionem, ut superuacuum, Justinianus de jure rescidit.

cedere iussit. d. §. sed eas. vers. cumque antea. infra hoc tit.

- 19 Septima bonorum possessio ab intestato, appellatur Unde vir & uxor, eisque attribuitur l. unic. ff. unde vir & uxor. §. l. unic. C. eod. Eaque in usu remanet, sèpe allegato §. sed eas quidem. vers. aliam verò. infr. hoc tit. Sed de hac abundè expositum supra ad princip. t. de hered. que ab intest. deferunt. n. 476. & segg. Ratio autem, cur hæc earum, quæ hodie obtinent, ultima sit, est illa: quia inter virum & uxorem neque ejus naturale seu sanguinis, neque ratio evidens civilis esse videtur. Omnibus tamen legitimis heredibus & propinquis deficientibus uxor & maritus in hereditate vacante, filio præferuntur. l. ult. Cod. Theod. de legit. hered. lib. 5. tit. 1. Qu nimmò secundum quorundam locorum statuta, superstitem conjugem præferri omnibus agnatis & cognatis, præterquam liberis, post Andreæ Cass. lib. 2. observ. 124. tradit Heigius hic n. 25.
- 20 Octava ab intestato bonorum possessio vocatur, Unde cognati manumissoris: & cognatis patroni, patronæque in bonis liberi assignatur, Ulpian. d. 2. Cæterum hæc possessio etiam à Justiniano evacuata est. ut ex d. §. sed eas quidem. 4. infr. h. t. mox intellecturi sumus.

§. Sed eas quidem. 4.

§. 4. Sed eas quidem Prætoria introduxit jurisdictione: à nobis tamen nihil incuriosum prætermisum est: sed nostris constitutionibus omnia corrigentes, contra tab. quidem & secundum tabulas, bonorum possessiones admisimus, utpote necessarias constitutas: nec non ab intestato Unde liberi & unde legitimi bonorum possessiones. Quæ autem in Prætoris edicto quinto loco posita fuerat, id est, Unde decem personæ: eam pro proposito, & compendio sermone supervacuam ostendimus. Cum enim præfata bonorum possessio 10. personas præponebat extraneo manumissori: nostra constitutio, quam de emancipatione liberorum fecimus, omnibus parentibus, eisdemque manumissionibus contracta fiduciâ manumissionem facere dedit: ut ipsa manumissio eorum hoc in se habeat privilegium, & supervacua fiat prædicta bonorum possessio. Sublata igitur prædicta quinta bonorum possessione, in gradum ejus sextam antea bonorum possessionem induximus: & quintam fecimus, quam Prætor proximis cognatis pollicetur. Cumque antea fuerat septimo loco bonorum possessio tanquam ex familia; & octavo, Unde patron. patronæque, & parentes eorum: utramque per constitutionem nostram, quam de jure patronatus fecimus, penitus evacuavimus. Cum enim ad similitudinem successionis ingenuorum, libertinorum successiones posuerimus, quas usque ad quintum gradum tantummodò coarctavimus, ut sit aliqua inter ingenuos & libertinos differentia: sufficit eis tam contra tabulas bonorum possessio, quam Unde legitimi, & Unde cognati: ex quibus possunt sua jura vindicare, omni scrupulositate, & inextricabili errore istarum duarum bonorum possessionum jure soluto. Aliam verò bonorum possessionem, quæ Unde & uxor appellatur, & novo loco inter veteres bonorum possessiones posita fuerat, & in suo vigore servavimus, & tutiore loco, id est, sexto eam posuimus: decima quoque bonor. possessione, quæ erat Unde cognati manumissoris, propter causas enumeratas merito sublata: ut sex tantummodò bonorum possessiones ordinaria permaneant, suo vigore pollescentes.

SUMMARI A.

- 1 Jure novo quot sint bonorum possessiones.
2 Has bonorum possessiones cur Justinianus ordinarias appellat.

Adhuc dictum est de jure veteri, quo decem fuerunt bonorum possessiones: nunc de jure novo, quo sex sunt: duæ ex testamento; contra tabulas & secundum tabulas: & quatuor ab intestato: Unde liberi: Unde legitimi: Unde cognati: Unde vir & uxor. Atque has sex bonorum possessiones Justinianus Imperator ordinarias in fine hujus §. appellat: non quòd sint juris civilis, sed quòd ordine deferantur. l. 1. ff. quis ordo in possessionibus servetur. §. cum igitur. 6. ibi. eosque per ordinem disposuisset. infr. hoc tit. Wesenbec. hic num. 4. Reliquas quatuor ab intestato omnes, nempe tertiam, Unde decem personæ: quintam, Tanquam ex familia: sextam, Unde liberi patroni, & octavam, Unde cognati manumissoris: siue, si etiam connumeret eas ex testamento; quintam, septimam, octavam, & decimam (ut ordine hic exponitur) tanquam supervacaneas, minusque necessarias, idem Imperator ex usu sustulit atque rejectit.

§. Septima. 5.

§. 5. Septima eas secuta, quam optima ratione Prætores introduxerunt. Novissimè enim promittitur edicto iis etiam bonorum possessio, quibus ut detur, lege, vel Senatusconsulto, vel constitutione comprehensum est: quam neque bonorum possessionibus, quæ ab intestato veniunt, neque iis, quæ ex testamento sunt, Prætor stabili jure connumeravit: sed quasi ultimum & extraordinarium auxilium (prout res exegit) accommodavit, scilicet iis, qui ex legibus Senatusconsultis, constitutionibusve Principum, ex novo jure, vel ex testamento, vel ab intestato veniunt.

SUMMARI A.

- 1 Quæ sint extraordinaria bonorum possessiones.
2 Edicti de bonorum possessionibus decretalibus opponuntur.
3 Requisita bonorum possessionis, quibus ex legibus, vel ut ex legibus.

Sex ordinariis bonorum possessionibus Justinianus hoc loco septimam extraordinariam opponit, quæ Quibus ex legibus, vel, ut ex legibus, appellari potest. l. unic. ff. ut ex legibus, Senatusconsultis bonor. poss. detur. Sunt tamen & aliæ extraordinariæ, quæ decretales dici solent: quia decreto, id est, pro tribunali à Magistratu decernuntur: cujusmodi est Carboniana, ventris item, & licet agnoscendæ ea ista quæ datur: de quibus diximus supra ad principium hujus tit. n. 15. & sequentibus. Et his 2 decretalibus opponuntur edictales: quæ scilicet edicto sunt proposite, & sine decreto, ipso jure competunt: ut sunt sex istæ præfate, & etiam hæc septima. Quæ septima haud incommodè vocari poterit & ordinaria, si comparatur decretalibus, & extraordinaria, ut hic, si comparatur sex prioribus, quæ ex ordinaria ceteraque causa conceduntur: cum hæc septima ex causa incerta, prout ex nova aliqua lege pendeat, & deferatur.

Requisita autem hujus bonorum possessionis, secundum magis receptam sententiam sunt: defertur ex legibus novis: civilibus, non Prætoris: expressè, & specialiter: neque is, qui ea utitur, per aliam legem civilem ad hereditatem vocetur. Exempli gratiā: Si per Cæsarem constitutionem in aliquo Collegio vel Universitate Seniori deferatur successio Collegæ, defuncti sine agnatis vel cognatis: certe eo casu ad hæc septimam extraordinariam bonorum possessionem necessariò illi Seniori recurrendum erit: promerita quòd nulla ad competens nominata bonorum possessio: cum nec filius sit, nec agnatus, nec cognatus, nec vir, nec uxor: nec etiam jure civili defuncto succedere possit. Sed de hac extraordinaria

nariâ bonorum possessione, post *Jasonem in l. fin. C. unde legitimi*, &c. videantur hic *Mysingerus* & *Schneidewinus*, *Grassus in lib. receptar. sententiar.* §. bonorum possessio. quest. 30. *Cujacius ad l. legitima. 6. ff. de pact. Boc. class. 3. Disput. 12. thes. 26. ad lit. a. edit. 2. Trentler. vol. 2. disp. 15. th. §. lit. E. ibique Bachovius in suis not. pag. 959.*

§. Cum igitur plures. 6.

§. 6. Cum igitur plures species successionum Prætor introduxisset, easque per ordinem disposuisset, & in unaquaque specie successionis sæpe plures extent dispari gradu personæ: ne actiones creditorum differrentur, sed haberent, quos convenirent, & ne faciliè in possessionem bonorum defuncti mitterentur, & eo modo sibi consulerent: ideo petendæ bonorum possessioni certum tempus præfinit. Liberis itaque & parentibus, tam naturalibus, quàm adoptivis, in petendâ bonorum possessione anni spatium, cæteris autem agnatis, vel cognatis, centum dierum dedit. Et si intra hoc tempus aliquis bonorum possessionem non petierit: ejusdem gradûs personis accrescit: vel si nullus sit, deinceps cæteris bonorum possessionem perinde ex successorio edicto pollicetur, ac si is, qui præcedebat, ex eo numero non esset. Si quis itaque delatam sibi bonorum possessionem repudiaverit: non quousque tempus bonorum possessioni præfinitum excesserit, expectatur, sed statim cæteri ex eodem edicto admittuntur.

S U M M A R I A.

- 1 Quare petendæ bonorum possessioni certum tempus à Prætoris sic præfinitum.
- 2 Ratio differentie inter liberos & parentes.
- 3 Juri accrescendi ubi sit locus
- 4 Nemo pro parte testatus; pro parte intestatus decedere potest.

1 **P**etendæ bonorum possessioni certum tempus à Prætoris præfinitum est: partim ideo, ne creditores essent in damno, si diu bona jacerent sine herede, quem convenire possent: Partim, ne injuriâ afficeretur defunctus, si nimis citò ejus bona à creditoribus per immixtionem bonorum occuparentur, & venderentur, hoc §. nostro. *l. 1. in princ. ff. de successorio edicto.* Liberi itaque & parentes, tum naturales, tum adoptivi, bonorum possessionem petere debent intra annum: cæteri autem, agnati vel cognati, intra dies centum, per hunc §. vers. *liberis* itaque, &c. Ratio differentie inter liberos ac parentes, & ceteros, est honor sanguinis: quia, inquit *Ulpianus*, arctandi non erant, nec tam faciliè excludendi, qui penè ad propria bona veniunt, *d. l. 1. §. largim. 12. ff. de successor. edict.* Anno isto, vel centum diebus istis elapsis: nec illi, id est, liberi aut parentes, nec hi, id est, cæteri, agnati nimirum vel cognati, admittuntur amplius. Quin & si is, cui bonorum possessio competeat, eam repudiaverit: protinus ad ordinem proximum jus illud devolvitur: aut pars repudiata accrescit alteri, qui cum ipso eundem obtinebat gradum, hoc §. vers. *et si intra*, &c. *Vultejus lib. 1. Jurisprud. Roman. c. 75. ad finem.*

2 Atque in juri accrescendi locus est non solum in hereditatibus, & legatis, sed etiam in bonorum possessione, *l. 3. §. ultim. & tribus legibus sequentibus. ff. hoc tit.* Ratio in bonorum possessione est eadem, quæ in hereditate: ne videlicet quis pro parte testatus, pro parte intestatus decedat. *2. hereditas. §. vers. neque enim. ff. de hereditibus institut. ubi id explicat fufius n. 9. & seqq. l. jus nostrum. 7. ibique Decius & Cognatus. ff. de regul. jur. ut contra diverso quis jura contrahatur ab intestato, hoc est;*

hereditas ad unum deferatur ex primo ordine, ad alium ex secundo: quod est absurdum, *l. cum, qui ades. 23. & l. rerum mixtura. 30. §. 1. ff. de usupat. & usucapionibus.* Et huc pertinet *tit. C. quando non petentium partes petentibus accrescant.*

§. In petenda. 7. & ult.

§. 7. In petendâ autem bonorum possessione dies utiles singuli considerantur. Sed benè anteriores Principes & huic causæ providerunt, ne quis pro petenda bonorum possessione curet, sed quocunque modo admittentis eam indicium (intra statuta tamen tempora) ostenderit, plenum habeat eorum beneficium.

S U M M A R I A.

- 1 Dies utiles, & continui qui dicantur: quomodo item differant.
- 2 Annus continuus ex quibus diebus conficiatur.
- 3 Duplicitèr Prætor sui copiam facere dicitur.
- 4 Dies sessionum qui.
- 5 Bonorum possessionem alia causa cognitionem requirunt: alia non requirunt: & utraque quomodo vocentur.
- 6 Ut in hereditate adenda solennis ratio, nimirum cætio; ita & in bonorum possessionibus petendis vetus solennitas sublata est.
- 7 Hodie sola declaratio animi, sive qualiscunque testatio amplectenda bonorum possessionis sufficit.

IN bonorum possessione petendâ singuli dies utiles computantur, hoc §. nostro. *l. 2. ff. quis ordo in possessionibus servetur.* Sunt autem dies utiles, quibus qui delatam sibi possessionem scivit, eamque à Prætoris postulare potuit, *l. 1. ff. de diversis & temporalibus præscriptionibus. l. miles. 11. §. sexaginta. 6. ff. ad leg. Jul. de adulter. l. 2. C. qui admitti ad bonor. possess. possunt.* Illis opponuntur dies continui. Dies utiles intelliguntur ex eo tempore, quo quis scivit, se habere jus agendi sive persequendi: continui dies intelliguntur, quam primùm jus delatum est, si vè is, cui delatum est, sciverit, sive ignoraverit. Ideoque illi sunt judiciales, hi etiam extra judiciales: illi currunt tantum scienti, non etiam ignorant. Dicuntur verò continui, eò quòd continuò unus ex aliquo dependet. Et ex continuis trecentis sexaginta quinque diebus conficitur annus, qui vulgaris dicitur. At annus utilis totidem constat diebus, sed ex anno continuo illis duntaxat desumptis diebus, quibus agi potuit: proindeque non nisi multi anni continui utilem faciunt, ne eleganter *Vultejus annotavit in §. precedente. n. 4.* Igitur dies utiles non sunt continui: quia continuè agi non potest: nec continuò & semper sui Prætoris copiam facit. Duplicitèr autem Prætoris sui copiam facere, aut jus dicere, non ignorandum est: interdum pro tribunali, eum scilicet res exposcit causæ cognitionem. *l. nec quicquam. 9. §. 1. ff. de offic. Proconsul. interdum extra tribunal, sive de plano, hoc est, de inferiori loco, & in viâ procedens etiam, seu in transitu; non in superiore illâ eburneâ tribunalis sellâ: scilicet eum non causæ cognitionem plenam, sed summariam tantum res desiderat: & magis executione, quàm cognitione indiget: magisque in imperio, quàm jurisdictione consistit, d. l. nec quicquam. 9. §. de plano. ff. dicto tit. l. 1. C. ut in possessionem legatorum, &c. §. 2. supr. de libertin. Wesseneo. hic num. 2.* Quibus porro diebus pro tribunali, in eburneâ curuli sellâ Prætor sedebat: ii dies sessionum scitè appellantur à nostris, *d. l. 2. §. 1. ff. quis ordo in possess. servetur. l. is, cui. §. §. sex autem. ubi Gothofredus. ff. ut in possess. legatorum, &c. Duarenus lib. 2. disput. anniverf. c. 16.* Jam verò bonorum possessiones quædam causæ cognitionem requirunt: quædam non requirunt. Illæ decretales vocantur, & pro tribunali petuntur; eoque dies sessionum in illis numerantur: hæ nominantur edictales, & de plano decerni possunt, atque ideo in his dies omnes, quibus copia Magistratus publicè privatèque haberi potuit;

potuit computantur, d. l. 2. §. 1. ff. quis ordo in possess. servetur. Hujusmodi septem illæ sunt, quæ hoc in titulo proponuntur: illius generis sunt Carboniana, Ventris in possessionem mittendi, & litis agnoscendæ sive ordinandæ causa, de quibus dictum superius ad princ. hujus tit. num. 15. cum sequentibus Et ita quoque docent Hotomanus hic, & Wesenbec. num. 4.

filiis convenitur: & si noluerit eum defendere, permittitur creditoribus per competentes nostros magistratus bona, quæ ejus cum usufructu futura fuissent, si se alieno juri non subjecisset, possidere, & legitimo modo ea disponere.

SUMMARI A.

- 1 Continuatio tituli ad precedenti.
- 2 Acquisitio per arrogationem quo jure introducta.
- 3 Olim arrogator omnia arrogati bona pleno jure acquirebat.
- 4 Hujus juris limitatio.
- 5 Operarum conditio personalis.
- 6 Opera libertorum duplices: fabriles, & officiales.
- 7 De quibus operis hic agatur.
- 8 Cur agnationis jus capitis diminutione perimatur.
- 9 Personalium cum persona extinguuntur.
- 10 Usus & usufructus hodie arrogatori acquiruntur.
- 11 Imò jure novo arrogator in bonis arrogati adventitiis nudum usufructum habet.
- 12 Arrogato tamen siue liberis & fratribus mortuo, bonorum ejus arrogator plenus dominus efficitur.
- 13 Nec filius pro patre, nec pater pro filio obligatur.
- 14 An pater filio succedens, ejus debita persolvere teneatur.
- 15 Creditores in bona debitoris indifensi à Prætoris immittuntur.
- 16 Ut pars hereditatis: ita & pars bonorum, universitas quædam censetur.

DICTUM est supra in §. finali tit. per quas person. cuiq. acquirit. quatuor esse modos sive species acquisitionis per universitatem: nempe hereditatem, bonorum possessionem, arrogationem, & additionem. Dux priores jam explicavit sunt: hereditas, & bonorum possessio: sequitur ergo tertia, quæ est arrogatio. Hæc autem per arrogationem acquisitio, neque jure civili, ut hereditas, neque jure Prætorio, ut bonorum possessio, sed ex jure non scripto, sive consuetudine & moribus introducta est, per principium hujus tit. Ejusque ratio videtur: quia patria potestate, quæ moribus est instituta & recepta, nititur, initio sit. ad finem. supr. de pupillari substit. l. patre furioso. §. circa principium. ff. de his, qui sui, vel al. in jur. sunt. De hac verò acquisitione dua distinguenda sunt jura. Veteri namque jure is, qui alium arrogaverat, omnia arrogati bona pleno jure consequabatur, §. 1. hoc tit. Ratio est: quia cum persona & caput ipsum, abeat in potestatem arrogatoris: per consequens, & quidem multò magis, illius bona & fortune cum capite transeunt, l. si paterfamilias. 15. in princip. ff. de adoptionib. l. qui ex liberis. 11. §. testamentum. 2. ff. de bonor. possess. secund. tabul. Excipiebantur ea, quæ minimâ capitis diminutione intereunt: ut operæ, ut jus agnationis, ut olim usus & usufructus, d. §. 1. vers. exceptis iis, &c. hoc tit. Ratio, cur hæc arrogatori non quærentur, est: quia arrogatione: quæ & ipsa est quædam capitis diminutio; extinguuntur; ut proinde acquiri non possint, utpote extincta. §. minima 3. supr. de capitis diminut. Quare autem operæ per capitis diminutionem pereant, ratio illa est: quia operarum conditio est personalis, & certæ debentur personæ, ut patrono à libertis. Quæ persona si capitis diminutione mutatur: & ipsæ operæ, propter personam mutatam extinctamve, deberi desinunt. Cæterum sciendum est: operas libertorum esse duplices: fabriles, quas & artificiales vocant, & officiales. Illæ certâ in arte, veluti pingendi, scribendi, medendi, coquendi, fabricandi consistunt: hæc verò in humanitatis officio, quibuscumque rebus præstando, consistunt. Illæ cuilibet à quovis patroni jussu præstari possunt: veluti ut domum libertus ædificet, ab alterove non minus perito ædificandam curet: hæc verò & à solo libero, & soli patrono navari queunt; ut ei præstò sit, quibuscumque rebus intersit, ad mensam ministret, comitem se adjungat, &c. Hujus igitur loci sententia intelligi debet de opere officialibus.

6 Cæterum quemadmodum in hereditate adeunda solennis ratio, quæ cretio dicebatur, est sublata, ut obiter admodum in §. fin. s. de hereditum qualis. & different. ita & in bonorum possessionibus petendis vetus solennitas, utpote plus æquo scrupulosa, exaudivata est. Nam olim solennia quædam verba in petenda bonorum possessione omnino erant necessaria, arg. l. 1. ibi, si solenniter petierint bonorum possessionem. C. communia de successionibus. nec peti illa poterat, nisi apud Magistratum populi Romanum, & non apud Magistratum municipale, ut indicat. l. ult. C. admitti ad bon. possess. possint, & Barn. Brissolinus lib. 5. de formulis, &c. pag. mihi. 407. Sed hodie sine ullis solennibus potius admittitur, quam petitur. Satis enim est ei, cui bonorum possessio competit, intra legitima tempora adire quemlibet judicem, seu Magistratum, & non tam ab eo petere, quam ostendere sive declarare suum animum & voluntatem amplectendæ bonorum possessionis, d. l. ult. C. qui admitti ad bonor. possess. Atque hinc est, quod dictus tit. C. ita concipiatur: Qui admitti &c. & non, Qui petere bonorum possessionem possint: & hic in fine Justinianus scribat: Sed quocumque modo admittentis eam, &c. Verum eâ de re videatur Bachovius hic pag. 714. & in suis not. ad vol. 2. Trentler. Disput. 15. th. ult. lit. K. pag. 976. & seq.

DE ACQUISITIONE PER ARROGATIONEM.

T I T. XI.

Est & alterius generis per universitatem successio, quæ neque lege duodecim tabularum, neque Prætoris edicto, sed eo jure; quod consensu receptum est, introducta est.

§. 1. Ecce enim cum paterfamilias sese in arrogationem dat: omnes res ejus corporales & incorporales, quæque ei debita sunt arrogatori antea quidem pleno jure acquirebantur: exceptis iis, quæ per capitis diminutionem pereunt: quales sunt operarum obligationes, & jus agnationis. Usus etenim & usufructus, licet his antea connumerabantur: attamen capitis diminutione minima eos tolli prohibuit constitutio.

§. 2. Nunc autem nos eandem acquisitionem, quæ per arrogationem fiebat, coarctavimus ad similitudinem naturalium parentum. Nihil enim aliud, nisi tantummodo usufructus, tam naturalibus parentibus, quam adoptivis, per filios familiarum acquiritur in iis rebus, quæ extrinsecus filiis obveniunt, domino eis integro servato. Mortuo autem filio arrogato in adoptiva familia, etiam dominium rerum ejus ad arrogatorem pertinet: nisi supersint aliæ personæ quæ ex constitutione nostra patrem in iis, quæ acquiri non possunt antecedant.

§. 3. Sed ex diverso, pro eo, quod is dedit, qui se in adoptionem dedit, ipso quidem jure arrogator non tenetur, sed nomine

bus, quæ solæ sunt personales, eoque ad alios minimè transeunt, argument. §. solvitur. §. infr. de societate. l. usus aquæ. 21. ff. de usu & habitat. l. privilegia. 196. ff. de reg. jur. &c. privilegium. 7. ext. de reg. jur. in 6. non de fabrilibus seu artificialibus, quæ cuivis à quoque exhiberi possunt: ut sunt operæ servorum, quæ capitis deminutione non amittuntur, l. 2. ff. de operis servor. & ad heredes extraneos transeunt: cum sint reales, nec personam patroni tantum concernant, l. fratiles. 6. & l. opera. 9. ff. de operis libertor. Quam autem ob causam agnationis jus capitis deminutione perimitur, à nobis explicatum est, in §. ultim. numero 3. ff. de legis. agnator. tutel. quia scilicet agnatio civilis est, l. Jurisconsultus. 10. §. inter agnatos. 4. ff. de gradibus & affinitibus. ac ea propter tollitur per capitis deminutionem, item civilem, l. eas obligationes. 8. ff. de cap. minut. Cur denique usus & usufructus olim capitis deminutione tollerentur, adeoque arrogatori non acquirerentur, ratio indicata est in §. finitur. 3. ff. de usufructu: quia hæc duo jura sunt personalia: proindeque cum persona extinguuntur, ut §. modo de operis dictum. At persona per capitis deminutionem tollitur civiliter, l. verum. 63. §. fin. ff. pro socio. Planè hodie usus & usufructus arrogatori acquiruntur: quandoquidem minimà capitis deminutione non amplius perimuntur, sed maximà tantum, & medià, d. §. finitur. sup. de usufructu. & l. penultim. C. eod. Quinimò jure novo, id est, ex constitutione Justiniani, non omnia arrogati bona transeunt ad arrogantem. Nam bonorum adventitiorum solum is usufructum adipiscitur, remanente dominio vel proprietate penes ipsum arrogatum, §. nunc autem 2. hoc. tit. Cujus ratio perspicua est: quoniam non debet esse melioris conditionis pater adoptivus quam naturalis. At jure novo ad naturalem patrem duntaxat usufructus adventitiorum pertinet, §. 1. sup. per quas personas cuiq; acquiris. l. cum oportet. 6. Cod. de bonis, quæ liberis, &c.

12 Et si verò rerum adventitiarum solum usufructum arrogator, vivente arrogato, habet: eo tamen sine liberis & fratribus in adoptiva familiâ mortuo; arrogator bonorum ipsius plenus dominus efficitur, d. §. 2. vers. mortuo nutem, hoc. tit. & l. ultim. Cod. communia de successioib. Sic autem is, qui in arrogationem acceptus est, aliquid debuerit: ipso quidem jure arrogator pro eo non tenetur: sed nomine filii arrogati conveniri potest, §. 3. hoc. tit. nostro. Ratio, cur ipso jure non teneatur, est: quia nec filius pro patre, nec pater pro filio obligatur jure civili, tit. Cod. ne filius pro patre, vel pater pro filio, &c. & tit. infr. Quod cum eo, qui in aliena potestate est, negotium, &c. Rationis ratio: quia pater ipse non contraxit, sed ipse filius. Atqui ex alieno contractu nemo, nisi heres obligatur, l. quæcumque. 11. ff. de obligat. & actionibus. At pater filio succedens, non est heres: quippe cum bona ejus occupet jure patrio sive peculii, & non jure hereditario. l. 2. ff. de castrens. pecul. Quia tamen bona filii ad patrem perveniunt: æquitas naturalis postulat, ut & debita pater ejus persolvat, ex reg. jur. l. secundum natu. ram. 10. ff. de R. I. Porro si arrogator filium defendere nolit: permittitur creditoribus, ut auctoritate competentium magistratum bona, quæ filii arrogati cum usufructu futura erant, si se in arrogationem non dedisset, possideant, legitimoque modo ea disponent, tradente Justiniano in fine huius tituli. Est enim juris regula: creditores ex Pretoris edicto mitti in possessionem bonorum ejus, qui non defenditur, l. 2. & tot. tit. ff. quibus ex caus. in poss. eatur. Denique hic obiter notandum: etsi hodie non omnia patri acquirantur per arrogatum, sed usufructus tantum bonorum adventitiorum, ut monuitur supra num. 11. rectè tamen adhuc dici: hunc acquisitionem per arrogationem, esse per universitatem & non rerum bonarum. Nam ut pater hereditatis etiam est hereditas, & universitas quædam: ita & de parte bonorum judicandum, auctore Rittershusio hic in fin. pag. 388. Vide omnino Locum rerum questionum juridicar. fascic. 24. quæst. 6.

DE EO, CUI LIBERTATIS CAUSA BONA ADDICUNTUR.

TIT. XII.

Accessit novus casus successionis ex constitutione divi Marci. Nam si ii, qui libertatem acceperunt à domino in testamento, ex quo non aditur hereditas, velint bona sibi addici libertatum conservandarum causa; audiuntur.

§. 1. Et ita divi Marci rescripto ad Pompilium Rufum continetur. Verba rescripti ita se suo libertatem quibusdam adscripsit, nemine successore ab intestato existente, in eâ causa bona ejus esse coeperunt, ut venire debeant: is, cujus de eâ re notio est, aditus rationem desiderii tui habebit, ut libertatum tam earum, quæ directò, quam earum, quæ per speciem fideicommissi relicte sunt, tuendarum gratiâ addicantur tibi: si idoneè creditoribus caveris de solido, quod cuique debetur. solvendo. Et ii quidem, quibus directà libertas data est, perinde liberi erunt, ac si hereditas adita esset: ii autem, quos heres manumittere rogatus est, à te libertatem consequentur: ita, ut si non aliâ conditione velis tibi bona addici, quam ut ii etiam, qui directò libertatem acceperunt, tui liberti fiant. Nam huic etiam voluntati tuæ, si ii, quorum de statu agitur, consentiant, auctoritatem nostram accommodamus. Et ne hujus rescriptionis, nostræ emolumentum aliâ ratione irritum fiat: si fiscus bona agnoscere voluerit, & ii, qui rebus nostris attendunt, sciant commodo pecuniario præferendam esse libertatis causam, & ita bona cogenda, ut libertas illis salva sit, qui eam adipisci potuerunt: ac si hereditas ex testamento adita esset.

§. 2. Hoc rescripto subventum est & libertatibus, & defunctis, ne bona eorum à creditoribus possideantur, & veneant. Certè si fuerint hac de causa bono addicta, cessat bonorum venditio. Existit enim defuncti defensor, & quidem idoneus, qui de solido creditoribus caveret.

§. 3. Inprimis hor rescriptum totiens locum habet, quotiens testamento libertates datæ sunt. Quid ergo, si quis intestatus decedens codicillis libertates dederit, neq; adita sit ab intestato hereditas: an favor constitutionis debebit locum habere? Certè si intestatus decesserit, & codicillis dederit libertatem: competere eam, nemini dubium est.

§. 4. Tunc enim constitutioni locum esse verba ostendunt, cum nemo successor ab intestato existat. Ergo quamdiu incertum erit, utrum existat, an non cessabit constitutio. Si verò certum esse coeperit, neminem existere: tunc erit constitutioni locus.

§. 5. Si is, qui in integrum restitui potest, abstinerit hereditate: an quamvis potest in integrum restitui, possit admitti constitutio, & bonorum addictio fieri? Quid ergo, si post additionem libertatum conservandarum causa factam, in integrum sit restitutus? Urique non erit dicendum, revocari libertates: quia semel competierunt.

§. 6. Hæc constitutio libertatum tuendarum causa introducta est. Ergo si libertates nullæ sunt datæ: cessat hæc constitutio. Quid ergo, si vivus dederit libertates, vel mortis causa: & ne de hoc quærat, utrum in fraudem creditorum, an non factum sit, idcirco velint sibi addici bona: an audiendi sint? Et magis est, ut audiri debeant, etsi deficient verba constitutionis.

§. 7. Sed cum multas divisiones ejusmodi constitutioni deesse perspeximus: lata est à nobis plenissima constitutio, in quâ multæ species collatæ sunt, quibus jus hujusmodi successionis plenissimum est effectum, quas ex ipsius lectione constitutionis potest quis cognoscere.

S U M M A R I A.

- 1 Ratio ordinis sive connectionis hujus tituli cum præcedentibus.
- 2 Additio bonorum libertatum conservandorum causâ, quando locum habeat.
- 3 Liberti. Omni qui.
- 4 D. Marci constitutio, de testamento agens, etiam ad libertatem codicillis, ab intestato, inter vivos, & mortis causa datam, Justiniani lege porrigitur.

EXpediis tribus modis, quibus per universitatem res nobis acquiruntur: restat nunc dicendum de quarto & ultimo acquisitionis universalis modo, qui dicitur additio bonorum libertatum conservandorum causâ. Et hæc acquisitio neque ex lege 12. tabul. sive jure civili, neque ex edicto Prætoris, neque ex populi consensu sive moribus & consuetudine, velut proximè præcedens, sed ex constitutione divi Marci Imp. descendit, initio hujus tit. §. 1. si hereditas. 6. §. lult. C. de testamentariis manumiss. l. 2. §. 4. ff. de fideicommissar. libertaribus. Imprimis autem hæc bonorum additio locum habet, quando facto testamento, libertates directæ, vel per fideicommissum à defuncto relicte sunt, §. 3. h. t. Et enim si fortè, propter magnitudinem æris alieni, nemo ex scriptis heredibus adire velit hereditatem: ne libertates destituito testamento perirent, divus Marcus humanissimè constituit: ut, si vel extranei, vel etiam servi, quibus libertas à defuncto adscripta est, à iudice competenti bona defuncti sibi addici seu adjudicari peterent: bonorum additio petentibus fieret.

Quæ factâ, servi quidem directè à defuncto manumissi, perinde libertatem accipient, ac si hereditas ab herede scripto relicta esset; hoc est, sicut liberti Orcini, sive liberti testatoris, ad Orcum euntis: ii verò, quibus fideicommissaria libertas data est, ab iis, quibus bona addicta sunt, manumittentur, eorumque liberti fient. Interim tamen illi, quibus bona defuncti debitoris addicuntur, creditoribus idemque cavere coguntur de solido (id est, tum de forte, tum de usuris) quod cuique debetur solvendo, §. 1. h. t. Idoneè autem cavere, est cavere datis fidejussoribus, vel pignoribus. Sed & si fides habita fuerit nudè promittenti idoneè cautum videbitur. Quæ de re prolixè Ulpianus in d. l. 4. §. addici. §. seqq. ff. de fideicommiss. libert.

Quamvis autem verba scripti seu constitutionis divi Marci de testamento tantum agant: ejus tamen sententiam Imp. nolter hic in d. §. 3. 4. §. 6. etiam ad libertatem codicillis, ad libertatem ab intestato, ad libertatem inter vivos, & mortis causâ datam extendit. Nam par est, eademque omnium ratio, favor sc. libertatis, cui tuendæ & conservandæ causâ hæc acquisitio vel successio potissimum inducta est: adeò, ut si nulli data fuerit libertas, huic successioni non sit locus; quemadmodum circa finem hujus tituli Justinianus indicat: ubi etiam simul asserit, jus additionis bonorum à divo Marco institutum, à se multum amplificatum esse, diff. l. ult. Cod. de testamentariis manumiss. Atque istam bonorum additionem plenissime interpretatur §. explicat Conradus Rarshusius hic pag. 389. §. seqq.

DE SUCCESSIONIBUS SUBLATIS, QUÆ FIEBANT PER BONORUM VENDITIONES, ET EX SENATUSCONSULTO CLAUDIANO. TIT. XIII.

Erant ante prædictam successionem olim & aliæ per universitatem successiones, qualis fuerat bonorum emptio, quæ de bonis debitoris vendendis, per multas ambages fuerat introducta; & tunc locum habebat: quando judicia ordinaria in usu fuerant. Sed cum extraordinariis judiciis posteritas usa est: ideo cum ipsis ordinariis judiciis etiam bonorum venditiones expiraverunt: & tantummodò creditoribus datur officio iudicis bona possidere, & prout utile eis visum est, ea disponere: quod ex latioribus Digestorum libris perfectius apparebit.

§. 1. Erat & ex Senatusconsulto Claudiano miserabilis per universitatem acquisitio: cum libera mulier servili amore bacchata, ipsam libertatem per Senatusconsultum amittebat, & cum libertate substantiam: quod indignum nostris temporibus esse existimantes, & à nostrâ civitate deleri, non inseri nostris Digestis concessimus.

S U M M A R I A.

- 1 Duo alii, præter superiores, per universitatem acquirendi modi.
- 2 Successio per bonorum venditiones quales olim habuerit ambages & solemnitates.
- 3 Judicia ordinaria, itaque extraordinaria quæ.
- 4 Quomodo hodie adversus debitorem procedatur.
- 5 Pænâ mulieris, quæ servo se alieno concesserat, ex Senatusconsulto Claudiano descendens, per Justinianum sublata.
- 6 Contra juris rationem receptum non est producendum ad consequentiam.
- 7 Eius de viis nihil caverit SC. Claudianum.
- 8 Quibus casibus jura occurrere soleant.
- 9 Quod statuentum, si mulier servo proprio se commiserit.

PRæter jam expositas quatuor per universitatem acquirendi species, fuerunt olim & duo alii modi quibus titulo universali res acquirebantur, videlicet successio, quæ fiebat per venditiones bonorum debitoris, & quæ ex Senatusconsulto Claudiano mulier libertatem & facultates suas amittebat. Nam olim debitore non existente solvendo, & latitante, nec idoneum defensorem habente, creditores à Prætoribus bonorum possessionem postulabant: eaque impetrata, bona ad dies aliquot possidebant. Postea rursus Prætores adhibant patentes, ut ex ipsorum numero aliquis magister, is est, curator bonorum constitueretur, qui bona obierati debitoris proferberet rerumque omnium vendendarum negotium susceperet. Proscribere autem magister bona debitoris, in celeberrimis quibusque totius Urbis locis ad hunc modum: Cuius Lucius debitor noster, in ea causâ est, ut bona ejus divendi debeant. Nos creditores patrimonium ejus distrabimus quatenus emere volet, adesto. Proscriptione factâ, post paucos dies tertium à Prætoribus petebant, ut sibi liceret legem, quam vellent, venditioni addere. Atque ex eo tempore magister legem venditioni adiciebat, hoc modo: Creditores qui bona Cui Lucii proscripserunt, cum emptor bonorum, signis accesserit, decident, hoc est, actum facient, quod dimittat, tertium vel quartam parte crediti contenti erunt. Et si emptor secundum legem istam satisfacere creditoribus paratus erat: totum debitoris patrimonium ei addebatur: bonorumque

DE OBLIGATIONIBUS.

TIT. XIV.

Principium Tituli.

Tunc transeamus ad obligationes. Obligatio est juris vinculum, quo necessitate adstringimur alicujus rei solvendæ, secundum nostræ civitatis jura.

SUMMARI A.

- 1 Continuatio hujus tituli ad præcedentes.
- 2 Obligationes an rectè ad res referantur.
- 3 Obligatio est mater actionis.
- 4 Ex obligatione, & ex dominio qualis actio nascatur.
- 5 Omnis verum tractatio à definitione proficisci debet.
- 6 Obligationis definitio, ejusque explicatio.
- 7 Bona definitio constat ex genere & differentiâ.
- 8 Obligatio quale vinculum.
- 9 Creditor quis, quis item debitor appelletur.
- 10 Debitum vel in dando, vel faciendo consistit.
- 11 Dare & facere in jure opponuntur.
- 12 Obligationum substantia in quo sit posita.
- 13 Differentia inter acquisitionem & obligationem.
- 14 Obligatio ex alienâ voluntate pendens, non est obligatio.
- 15 Sententia l. sub hac conditione. 8. ff. de obligat. & act.
- 16 Initio, quod vitiosum est, tractu temporis convalescere nequit.
- 17 Alienatio fundi dotalis à marito facta, quatenus valeat.
- 18 Explicatio l. contemnis 46. §. 2. ff. de verb. obligat.
- 19 Rei verbum generaliter accipiendum.
- 20 Solutio rei quomodo fieri debeat.
- 21 Emptor quatenus veniorem habeat obstrictum, ad rem venditam tradendam.
- 22 Aliud pro alio creditori invito solvi non potest.
- 23 Particularis solutio non admittenda.
- 24 Obligationis definitio de quâ obligatione sit accipienda.
- 25 Obligatio alia civilis sive propria, alia naturalis & impropria.
- 26 Quæ sit inter utramque differentia.
- 27 Exempla naturalis obligationis.
- 28 Intellectus l. naturales. 10. ff. de obligat. & act. item, l. fidejussor. 16. §. naturales, ff. de fidejussor.
- 29 Naturalis obligationis effectus.
- 30 Definitio, rei definita substantiam non completens, vitiosa.
- 31 Actio quomodo definiatur.
- 32 Definitio, quæ non potest converti cum suo definito, mala.
- 33 Res non secundum varietatem accidentium definienda.
- 34 Definitio bona non egreditur suum definitum.
- 35 In definitione verbum debet esse superfluum.
- 36 Quæ juris sunt, incorporalia dicuntur.

Continuatio hujus tituli dependet ex secundo titulo libri secundi. Ibi enim Divus Justinianus Imp. quasdam res corporales, quasdam vero incorporales esse, ut servitutes, hereditates, & obligationes, discretè docuit. Explicatâ itaque hæcenus abundè satis servitutum ac hereditatum doctrinâ: reliquum est, ut & de obligationum materia, & utili & frequenti, sermo institueretur. Atque ex succincta hac ordinis demonstratione ad oculum liquet: erroneam eorum esse sententiam, qui obligationes non ad res, sed vel ad personas, Lorio. de jur. art. tractat. 17. de pact. axiom. 2. Tulsejus hinc num. 8. & lib. 1. discepta. Scholast. cap. 4. & 16. & lib. 1. Jurisprud. Roman. cap. 26. vel ad actiones, Theophilus. Accurs. Nicæus, Angelus Aretin. Joann. de Platea, Nicolaus de Neapoli, Porcius, & alii in hoc princip. eorum laudans Petrus Ricciard. ad rubricam hujus tit. num. 6. & seqq. referunt, hæc potissimum ratione moti; quod obligatio mater actionis. l. licet in popularibus 42. §. ea obligatio. 2. ff. de procuratoribus. ubi habetur, obligationem parere actionem: & consequenter probatur, illam esse matrem actionis. Etenim ex hac ratione sequeretur: ea etiam, quæ lib. 1. & toto lib. 2. tractantur, actionibus annuenda esse: quippe cum & matrimonium, & tutela, de quibus in lib. 1. & dominum, de quo in lib. 2. & 3. usque ad hunc tit. agitur, mater actionis non incoitè dicatur. Nam quemadmodum ex obligatione actio in personam, ita ex dominio actio

emptor, & universalis debitoris successor dicebatur: actionesque omnes, quæcunque debitori prius competierant, ei, & contra eum dabantur, ut Theophilus hic, Antonius Contius lib. 1. disputation. jur. capite 12. & Marcus Cicero in oratione pro Quintio, aliique luculenter explicant. Atque hæc solennis bonorum impetratio & venditio tunc locum habebat, quando judicia ordinaria in usu fuerant, hoc titulo nostro. Vocabantur autem ordinaria judicia, quæ certis solennibus, præscriptivè formulis exercebantur: extraordinaria vero, in quibus formularum & ordinis ratio non habebatur. De quibus formulis bellè & argutè Barnabas Brissonius in tractat. de formulis & solennibus populi Romani verbis. lib. 5. Sed postquam populus Romanus judiciis extraordinariis uti coepit: cum ipsis ordinariis judiciis etiam bonorum venditiones expiraverunt, ut Justinianus hic testatur. Ac hodie creditores simpliciter, porrectâ suâ petitione, narrant: quomodo, & ex quâ causa debitor sibi obligatus sit, vel quâ ex causa rem petant. Et si tunc debitor preemptorio citatus, contumaciter se judicio subtraxerit: illi, implorato judicis officio, mittuntur in possessionem rei petite in actione reali, aut hypothecariâ vel in possessionem bonorum debitoris, in actione personali, pro quantitate & portione æris alieni. Hocque modo ad primum & ad secundum decretum, vel etiam ad venditionem bonorum; si scilicet adhuc debitor copiam sui publicè facere detrectet, proceditur, ut notatur in Authent. & qui jurat. Cod. de bonis auctorit. jud. possid. itemque Novell. 53. cap. 4. §. 1. Et cū de re perelegantur Wesenbecius in Paratit. Digestor. tit. de damnis infect. n. 5. & seqq. item tit. quibus ex causis in possessione eat. & tit. de rebus auctoritat. judic. possidend.

Erat & alter olim successionis universalis modus ex Senatusconsulto Claudiano inventus: quo mulier libera quæ servo se alieno junxerat, libertate & bonis privabatur: & dominus servi in universum ejus jus succedebat. Non tamen antè fiebat serva, quam ter ei esset denunciatum, ut a servo alieno abstineret; & tandem à judice pronuntiata, sicut Theophilus hic docet. & Cujacius lib. 21. observat. c. 12. Sed illud cū Imperator noster religiosissimus impium; suisque temporibus indignum judicasset: merito substituit. l. unie. Cod. de Senatusconsulto Claudiano tollend. Quod enim contra rationem juris receptum est, non est producendum ad consequentiam, l. quod verò. 14. ff. de legibus. & l. quod contra. 141. ff. de regulis juris. Atqui ab hostium ferocitate, contra naturalem libertatem inductum est, ut homines in servitutem deducantur. §. sed in quidem. 2. vers. jus autem gentium. sup. de jure nat. gent. & civil. §. brutum. 2. §. de jure personar. l. libertas. 4. §. 1. ff. de statu hominum. Igitur ad libidinem nequissimorum hominum inferendum non erit: ne fragilitate sexus decepta mulier, & infans servi amore perita, vel (ut ipse loquitur Justinianus) infelici cupidine capta, non sine naturalium suorum, totiusque familie dedecore, in servitutem redigatur, dist. l. unie. Cod. de Senatusconsulto Claud. tollend. Vide Petrum Offermannum hinc in suis rationabilib. pag. 60. & seqq. Observandum porro est: Senatusconsultum Claudianum tantum fuisse de mulieribus, non etiam de viris. Nam si liber homo alienæ ancillæ contubernium sequatur: licet ei fuerit denunciatum, ut se abstineret: servus tamen domini mulieris non fit. l. si liber. 3. §. de liberali caus. Ratio, cur de viris nihil caverit Senatusconsultum, hæc esse videtur: quia foeminae propter sexus fragilitatem facile peccant. Solent autem leges & jura iis potissimum casibus occurrere, in quibus crebrius delinquitur, argum. l. 3. & seqq. ff. de legibus. & notat hic Rittersbusius pag. 393. vers. deinde observandum, & c. Denique cū Senatusconsultum illud de alieno tantum servo fuerit: quæri non incommode potest: quid juris fuerit, si foemina proprio se servo commiscuisset? Et ejus facti poena ex utraque parte capitalis fuit ex constitutione Imp. Constantini. Namque servus ignibus quidem tradebatur: mulier vero capitali sententiæ subjugabatur. l. unie. C. de mulieribus quæ se propriis servis junxerunt. Rique de re accuratius tractat Cujacius d. lib. 21. observat. cap. 16.

actio in rem nascitur. §. 1. *infr. de actionibus*. Sed & minime sequitur: ex obligatione est actio in personam: igitur est jus personæ. Longè siquidem aliâ ratione dicitur actio in personam, aliâ jus personæ. Hoc enim statum & conditionem personæ denotat: illa autem verba in personam circumstantiam, non statum, significant, ut explicatum est uberius *supr. ad tit. de reb. corporali. §. incorp. n. 35. cum seq.* & quoque tradunt D. Arumæus *Exercit. Justin. 12. thes. 2. §. 3.* Jacob. Schegg *in delibatis jur. Disp. 15. thes. 1. §. seqq.* Reimerus Bachovius *hic n. 2. p. 725. §. lib. 1. Disput. Miscell. cap. 2. Forster. junior Disput. 2. ad Instit. thes. 1. Timæus Faber disp. 22. ad Institut. imperial. th. 1. Iustus Schütz exercitation. jur. disp. 13. th. 1. lit. b. pag. 193. Tobias Nonius hic in rubr. n. 15. Joan. Zabelius exercit. feud. 7. conclus. 1. sub lit. A. Wegner. disput. 10. thes. 1. ad lit. a. Gedd. de contrab. §. committ. stipulat. conclus. num. 15. Formannus Disputat. 19. in continuat. Nigerdin. lib. 3. Disp. 2. thes. 1. quæst. 1. §. 2. Hilliger. diligens Donelli enucleator. lib. 12. c. 1. lit. A. Schickardus Disp. ad Instit. 12. thes. 1. lit. a. §. in resolut. quæst. 1. §. Valentinus Riemer. decad. 9. quæst. 1. ubi elumbibus ac plumbeis Vulteji dissentientis, argumentis abundè satisfacit. Cæterum an & quatenus obligatio sit personæ, noviter operosè exponit Erasmi. Ungewap. *exerc. Inst. 10. quæst. 1. pag. 375. §. seqq. edit. ult.**

Quoniam porò omnis, quæ à ratione suscipitur, rerum tractatio à definitione proficisci debet, ut, quid sit id, de quo disputatur, melius intelligi possit, auctore Cicerone *lib. 1. officiis*. idcirco haud inconcinne & Justinianus hic de obligationibus verba facturus, earum definitionem præmisit, hanc nimirum: *Obligatio est juris vinculum, quo necessitate adstringimur alicujus rei solvende, secundum nostræ civitatis jura*. Verùm cum omnis bona & accurata definitio ex genere & differentiâ constet, ut *post Logicos*, declarant Bartolus in *l. 1. n. 2. ff. de testam. Hieronymus Cagnolus in l. omnis definitio 202. n. 28. ff. de reg. jur. & Everhard à Midelburgo in locis suis legalib. loc. à. definit. n. 3.* paucis dispendium est, an id hac in definitione fuerit observatum. Inquit igitur Imperator: *Obligatio est vinculum: quod loco generis positum est. Omnis namque obligatio est vinculum. l. si fidejussor. 59. ff. de condic. indebit.* At non omne vinculum est obligatio: quia funis sive restis, & aliæ ejusmodi res materiales, & copulæ, quibus vel homines, vel bestie vinciuntur, vincula quidem dicuntur, non tamen obligationes sunt. Ideoque ut isthæc excluderentur, vocabulum *juris* est adjectum: quod nimirum obligatio sit vinculum juris, hoc est, vinculum incorporale & intellectuale, sive jus vinciens & ligans, ut *post glossam hic interpretatur Nonius n. 3.* Per obligationis etenim nexum homo alteri obligatur: & ad præstandum id, quod in contractum deductum est, adstringitur, *Schneid. hic n. 16.* Adhæc obligatio potius vinculum, quam vincio dicitur: ut non actus obligandi significetur: sed æquum quoddam perpetuò durans, dum ab eo nexu absolvamur: quemadmodum ex *Barone lib. 1. de divid. oblig. c. 4.* notavit Hilliger. *d. lib. 12. cap. 1. lit. D.* Cæterum qui istiusmodi juris vinculo alium obstrictum habet, creditor vocatur: & qui tali vinculo alligatus tenetur, debitor propriè appellatur. *l. creditores. 10. §. duab. seqq. ff. de verb. signif.* Ille dicitur quoque reus credendi: hic verò reus debendi. *l. ibique Gothofredus ff. de duob. reis constituend. l. stipulationum. 5. in princip. vers. conventionales ff. de verb. obligat. l. idem est. 10. §. l. si duo. 16. in princip. ff. de constit. pecun. l. si cum dotem 22. §. si solus maritum. Auluf. lib. 1. Diaalog. c. 34. num. 9. §. seq. pag. 126.* Aque illud ipsum, quod vi obligationis solvendum & præstandum est, debitum & deberi propriè dicitur. *l. 1. §. debitum 7. §. seqq. ff. de constit. pecun. d. l. creditores. 10. §. seqq. ff. de verbor. significat. idque in dando, vel faciendo constituit. leg. obligationum. 3. in princip. §. l. actionum 25. in princip. ff. de obligat. §. action. leg. 2. in princip. ff. de verborum obligationib. §. 1. ibi, dare aut facere *infr. de actionibus*. In dando constituit debitum, si debitor rem creditoris facere, hoc est, rei debite dominium in ipsum transferre tenetur. *l. ubi autem 75. §. fin. ff. de verb. obligat. Lexempto. 11. §. 2. ibique Gothofred. ff. de actionibus empt. §. vend. l. 1. in princip. ff. de rer. permutat. l. non videntur. 167. ff. de regul. jur. §. si itaque discretis. 14. *infr. de actionibus.***

Harpprecht ad Institut. Tom. 11.

In faciendo debitum consistit, si debitor obligatus est ad factum, quo dominium in creditorem transferre non cogitur. Cum enim dare & facere in jure opponantur, & dare sit propriè dominium transferre; *d. §. sic itaque discretis. 14. *infr. de tit. d. l. ubi autem 75. §. ult. ff. de verb. obligat. l. non videntur. 167. ff. de reg. jur.** sequitur inde, factum propriè esse, quo dominium non transfertur *Donell. ad d. l. 2. n. 6. ff. de verb. obligat. §. ibidem Cujacius hosq; referens D. Collet. Bocer. class. 2. Disp. 1. thes. 5. ad lit. a. edit. 2. §. in hoc tit. n. 10. pag. 114.*

Apposita sunt definitioni & illa verba: *quo necessitate adstringimur alicujus rei solvende*. Quæ verba differentie specificæ loco addita, ad ipsam obligationis substantiam, finem & effectum pertinere censentur. Obligationum siquidem substantia, *Paulo Jurisconsulto attestante*, non in eo consistit: ut aliquod corpus nostrum: aut servitutem nostram faciat: sed ut alium nobis ad dandum aliquid, vel faciendum, vel præstandum, obstringat. *d. l. oblig. 3. in princip. ff. de oblig. §. act.* Unde insignis inter acquisitionem & obligationem differentia patefcit: putà quod usus sive finis acquisitionis est, ut aliquid nostrum fiat: obligationis est, ut aliquis ad dandum vel ad faciendum nobis adstringatur, *docente hic Giphano*. Sec & hic jus sive jurisvinculum, sicuti vim, necessitati conferri, & libere voluntati arbitrioque opponi, cognoscimus. §. 1. *supr. de fideicommiss. heredit.* Quare obligatio, quæ ex aliena voluntate, aut alieno arbitrio pendet, obligatio non est, *l. stipulatio. 17. §. l. Titio. 108. §. ult. ff. de verb. oblig. l. hæc venditio 7. ff. de contrab. empt. §. l. in vendentis. 13. C. cod.* Verbi gratia si quis ita stipuletur, *dabo?* & alter respondeat, *dabo si voluero*: non contrahitur obligatio. Ratio: quia voluntarium est, non necessarium vinculum: vel quia pro non dicto est, quod dare, nisi velis, cogi non possis, ut eleganter loquitur *Pomponius in leg. sub hac conditione. 8. ff. de oblig. §. act.*

Nec quicquam movet in contrarium, quod in *d. modò l. 8.* subijcitur: *heredem promissoris ejus, qui nunquam dare voluerit, non teneri: quia hæc conditio in ipsa promissione nunquam extiterit*. Ex quibus verbis colligere promptum est: heredem ejus, qui promissit dare si voluit aut voluero, teneri, si conditio in ipso promissore extiterit, id est, si promissor, priusquam vitæ excederet, dare voluerit. Hæc igitur promissio, *dabo, si voluero*, vinculum juris habet, & propterea obligat, necessitatemque solvendi adfert. Hoc, inquam, nihil movet in contrarium: quia promissio hoc modo facta: *dabo, si voluero*, ab initio juris vinculum non obtinet, planèque nulla est. *d. l. sub hac conditione 8. in princip. ff. de obligat. §. action.* Sed si promissor ex post facto, antequam n.oreretur, suam voluntatem, quod dare veller, declaraverit: tum utilis est stipulatio: quoniam conditio in ipso promissore extitit: ac proinde heres ipseus tenetur. *d. l. 8. circa finem. ff. cod.* Neque huic reclamari pervulgata regula juris: quod initio vitiosum est, tractu temporis convalescere non potest. *l. quod initio. 29. §. l. que ab initio. 210. ff. de reg. jur.* Hæc enim regula Catonis est, ad legata pertinens & institutiones, non ad contractus, ut notavimus *ad §. 1. n. 15. *supr. de usucapion.** Ecce. In contractibus sanè novum haud est: ut, quod ab initio non valet, postea vires assumat & subsistat. Hinc si maritus fundum alienaverit dotalem, alienatio non tenet, per. princip. *tit. *supr.* quibus alimone lic. vel non §. tit. ff. de fundo dotali.* Si tamen, defuncta in matrimonio nupte, dos luto mariti cesserit, alienatio confirmatur, *l. cum vir. 42. ff. de usucap. §. usuc. Joan. Bar. *l. in nact. de obligat. actionib. c. 1. n. 5.**

Præterea nihil adversatur *l. centesimis 46. §. 2. ff. de verb. obligat.* ex qua apparet, hanc stipulationem seu promissionem: *dabo cum voluero*, ita demum inurtem esse, si antequam constituam moriar, Et enim hæc promissio, cum voluero, diversa est ab illa, si voluero, illa, quippe, si voluero, statim ab initio nulla est. *d. l. sub hac conditio. 8. ff. de obligat. §. act.* Hæc verò cum voluero, non ita: propterea, quod his verbis, si voluero aut voluero, expressè constitit in meam voluntatem conferri: verbis, cum voluero, tacite duntaxat. Itaque illa promissio non valet: hæc autem valet: Expressa namque non est: tacita sive non expressa non nocet. *l. expressa 125. ff. de reg. jur. l. nonnunquam. §. 1.*

- f. de conditionibus. Et demonstrat. Borcholt. d. cap. 1. n. 6.*
- 19 Planè illis definitionis verbis, alicujus rei solvenda, non solum nummorum solutio; sed omnis liberatio quoquo modo facta; & quælibet præstatio, sive in dando, sive in faciendo posita, continetur. l. solutionis. 54. ff. de solutionibus. l. liberationis. 47. Et l. solutionis. 176. ff. de verb. significat. Rei siquidem verbum ut generale est; ita generaliter latèque accipiendum est. l. rei appellatio. 6. ff. d. r. Ac curs. Et Heigius hic. n. 4. Wesenb. n. 4. Nojus n. 42. Et 43. Donell. lib. 12. Comment. de jur. civ. cap. 1. p. 4. n. 30.
- 20 Tandem definitioni addita sunt hæc verba: secundum nostram civitatis jura. Quæ sanè verba non otiosa, aut minus necessaria videntur, ut nonnulli suspicantur, Giphanius hic, Et Vultejus n. 20. sed hoc potius important; solutionem rei, quæ in obligatione versatur, non valere: nisi fiat secundum modum & naturam actionis, à jure civili eo nomine introductæ, sive nisi eo fiat modo, quo jura civilia præcipiunt. Baldus. Hotoman. Thém. Pifo, Et Borcholt. hic n. 4. Nicol. Vigel. in Commentar. de oblig. cap. 1. Unde emptor quidem venditorem ad rem venditam tradendam habet obstrictum, habetque eo nomine actionem empti: verumtamen ita, si ille prius pretium solvat venditori. l. Julianus. 13. §. afferri. 8. ff. de actionib. empti. Item si, fundo vel rebus venditis, emptor etiam rata cæsa petat, agit contra jus civile: quia secundum hujus juris præscriptum, venditor emptori ad rata cæsa tradenda non est obstrictus; nisi nominatim de eo convenerit. l. in vendendo. 66. §. ult. ff. de contrab. empti. Atque ita omnis obligatio, omnisque actio certum modum à jure civili habet definitum, certosque limites constitutos, ultra quos reus actori non est obligatus, ut paulo latius id explanat Vigel. d. loco. Quo modo inter cætera quæque comprehenditur aliud pro alio, item alio loco: aliòve tempore, quam quo conventum est, invito creditori solvi non posse. l. 2. §. 1. ff. de reb. credit. l. si solutum. 39. ff. de solutionib.
- 23 Et arg. tot. tit. ff. de eo, quod certo loco dari oportet. item particularem solutionem, cum ea multa incommoda habeat, non esse admittendam. l. planè. 3. l. his consequenter. 18. §. Celsus 4. ff. fam. l. erisc. l. tutor. 4. §. 1. ff. de usur. l. Julianus. 13. §. offendi. 8. ff. de act. empti. l. si servus. 57. in fin. princ. ff. de adilio. edit. Et effusius demonstrabimus infr. ad princ. tit. proximi. n. 146. cum seqq. Quin & hoc inde manifestum evadit: hanc definitionem solummodò de obligatione civili (quam vulgò Interpretes naturalem & civilem simul, seu mixtam, rectius tamen civilem tantum, utpotè, quæ nunquam destituitur naturali, nuncupant. Mynsing. hic n. 5. cum seqq. Schneidevvin. n. 25. Heigius n. 6. cum seqq. Schilbock. Et Wolfius quæst. 4. Donell. d. lib. 12. Commentar. cap. 2. pag. 6. Giphani. in Comment. de divisionib. jur. th. 56. Et ad l. servi. 14. ff. de oblig. Et act. n. 28. Schegh. in de abbat. jurid. Disp. 15. th. 5.) non verò de naturali tantum esse accipiendam, ut docent Vacua à Vacuna libr. 1. de clarat. 21. n. 8. Emil. Ferret. ad rubric. ff. de verb. obligat. n. 10. Hortens. Et Vultejus hic n. 10. Dumen. de obligat. act. c. 1. Baro hic, Et d. lib. 1. de divid. Et individ. oblig. c. 4. Cujac. m. 3. 9. ad African. in l. frater à fratre. 38. ff. de condit. indeb. Parladorius lib. 2. rer. quotid. c. 3. num. 19. hosq. citans Hilliger. in Donello enucleat. l. lib. 12. c. 1. ad lit. E. Notum enim est, obligationem aliam esse civilem sive veram & propriam, aliam naturalem & impropiam. §. 1. ibi, utrum civilis, an naturalis sit obligatio. infr. de fidejussorib. l. Grac. 85. Et post hæc contestatam. 3. l. fidejussor. 16. §. fidejussor. accipi. 3. Et seqq. ff. eod. tit. l. 1. ff. de novat. Et de legat. d. l. servi. 14. ff. de oblig. Et act. l. quibus. 40. §. dominum. 3. ff. de condit. Et demonstrat. Wesenb. in paratib. ff. de oblig. Et act. n. 9. Ant. Matth. Et Borcholt. hic n. 7. D. Bocer. n. 17. pag. 114. Et d. class. 2. disp. 2. thes. 15. edit. 2. Arumæus Exercitat. Justini. 12. thes. 4. Pacius in Epitom. jur. Disp. 12. th. 2. Civilis obligatio nos necessitate solvendi adstringit: naturalis verò solo æquitatis naturalis vinculo, ex quo non actio, id est, solvendi necessitas oritur, sustinetur. l. Si chian aut Pamphilius. 95. §. naturalis. 4. ff. de solutionibus. l. juris gentium. 7. §. sed cum nulla. 4. ff. de pact. l. sed si pater. 27. familias. 2. §. ult. Et l. 59. ff. ad SC. Maced. Exempli gratiâ: frater à fratre, cum in ejusdem patris esset potestate, pecuniam mutuam accipiens, naturaliter tantum obligatur.
- d. l. frater à fratre. 38. ff. de condit. indeb. ibique Hortensius, Mercerius, Et Pacius. Sic filius patri, & contra pater filio. d. l. frater. 38. §. 1. Et 2. ibique Gothofred. ff. d. tit. sic servus domino, & contra dominus servo. d. §. 1. infr. de fidejussorib. l. naturaliter. 13. ff. de condit. indeb. sic denique pupillus, sine tutoris auctoritate promittens, naturaliter tantum obligari dicitur. d. l. 1. §. 1. ff. de novat. Et delegat. l. si pupillus. 21. ff. ad leg. Falcid. l. si ejus pupilli. 64. in princ. ff. ad Senatuscons. Trebell. Et similibus adductis suprâ ad princip. tit. de auctor. tutor. n. 6. Porro illâ de re vide latissimè disputantem Casparum Schifordegherum lib. 3. tract. 5. quæst. 12. Et sequentib. nec non Erasimum Ungepaur. d. exercit. Justini. 10. quæst. 2. pag. 381. cum seq. edit. ult. ubi definitionem obligationis, hoc loco traditam, naturali quoque obligationi convenire, duplici ratione contendit: sed irritò conatu ut ex antedictis evidenter satis patescit. Illud hic addendum: quòd obligatio in genere non malè definiatur, ad aliquid præstandum adstrictio: ut singulæ species tam obligatio naturalis, quam civilis, comprehendendi possint; auctore Bachovio hic pag. 726.
- Quod autem modò indicatum est, ex naturali obligatione non oriri actionem: ei non obstat l. naturales. 10. ff. de obligat. Et act. Et d. l. fidejussor. 16. §. naturales. 4. ff. de fidejussorib. ex quibus perspicuè liquet, non solum obligationem civilem, sed & naturalem, ad actionem producendam esse efficacem. Nam ad has leges rectissimè, meo iudicio, responderetur: ex naturali obligatione actionem quidem interdum nasci, non tamen per se, sed propter vim extrinsecam, quam obligatio naturalis ex auctoritate juris civilis accipit. Verbi gratiâ: pupillus licet naturaliter tantum ex contractu sine tutoris auctoritate celebrato, obligetur, ut paulo ante ostensum: ex hac tamen obligatione quantumvis naturali adversus pupillum, si locupletior factus fuerit, utilis actio competit: eò quòd speciali Divi Pii rescripto sit cautum; hanc obligationem, utcumque nullo synallagmate suffultam, ad actionem tamen proficere debere. l. ait prator. 3. §. pupill. 14. ff. de neg. gest. l. sed mihi videtur. 3. in princ. ff. commodati l. 1. in fine principii. Et l. pupillus. 5. in princ. ff. de auctor. Et consens. tutor. Verum eâ de re variè dissentientes videantur, Vacunius à Vacuna d. lib. 1. de clarat. 21. n. 17. Hotoman. lib. 3. observat. cap. 2. D. Bocer. in Comment. ad l. contract. 23. ff. de reg. jur. c. 1. n. 5. edit. 1. pag. 23. Anton. Mattheus hic in suis not. Olemannus ad lib. 3. Disput. Giphani. Disput. 24. n. 16. Borcholt. d. tract. de obligat. Et actionib. cap. 1. n. 10. Forster. junior in tract. de pact. cap. 8. pag. 205. cum seq. Et Hilliger. in Donello enucleat. lib. 12. cap. 2. ad lit. E.
- Esti verò obligatio naturalis actionem non producit: illam tamen alios effectus habere civiles, in aperto est. Etenim soluti repetitionem impedit, d. l. naturaliter. 13. l. si pater. 19. in princ. l. si non sortem. 26. §. libertus. 12. l. Julianus. 60. in princ. l. si quod dominus. 64. ff. de condit. indeb. d. l. naturales. 10. ff. de oblig. Et act. d. l. fidejussor. 16. §. naturales. 4. ff. de fidejussorib. compensationem admittit: l. etiam quod. 6. ff. de compensationib. Et exposuimus ad §. in bona fidei. 30. n. 5. infr. de actionib. ad constituendum prodest. l. 1. §. debitum autem. 6. ff. de constitut. pecun. novationem recipit. d. l. 1. ff. de novationib. fidejussor ad eam accedere potest. d. §. 1. infr. de fidejussorib. l. 1. l. stipulatus. 6. cum l. seq. Et fidejussor. 16. §. fidejussor. 3. ff. eod. nec non ejus nomine pignora perleverare jubetur, l. questum. 14. in fin. ff. de pignorib. Et hypothe. l. debitor. 59. in princ. vers. remanet ergo. ff. ad Senatuscons. Trebell. Et de istis effectibus latius Jafon. Et ceteri Dd. in l. ex hoc jure. 5. ff. de justit. Et jur. Donell. d. lib. 12. Commentar. de jur. civ. c. 2. pag. 10. n. 50. Pacius in Epitom. jur. Disp. 12. thes. 3. Schneidevvinus hic sub c. de obligatione naturali tantum. n. 23. Et seqq. Nonius n. 35. Bachovius n. 4. pag. 728. Covarruvius in c. quumvis. pars. 2. relect. §. 4. n. 5. de pact. in c. D. Bocer. d. class. 2. Disput. 1. thes. 28. edit. 2.
- Porro superiori Justinianæ definitioni ita explicatæ, quædam argumenta adversari videntur. Et primo quidem contra eam tale asserti solet: Definitio, quæ rei definitivè substantiam non complectitur, vitiosa est. Ac cursus, Desius Cognolus Et Dd. communiter in l. omnis definitio. 202. ff. de reg. jur. Bartol. in l. in l. 1. n. 2. ff. de testam.

- nam. & qui p^{oss}. facere poss. Atqui istæ definitio obligationis substantiam non complectitur. Ergo vitiosa. Minor inde probatur: quia Imperator hic dicit: obligationem esse juris vinculum, quo astringimur. Jam verò jus, quo astringimur, non videtur esse obligatio, sed potius actio juris: cum obligatio sit jus propter quod astringimur. Verum respondetur: in hac definitione obligationis substantiam poni & contineri, abunde patet ex præallegatâ l. 3. in princ. ff. de obligat. & act. Quod autem affirmatur, actionem esse jus, quo astringimur: illud aperte falsum est. Nam actio definitur jus, non quo astringimur, sed quo persequimur & petimus in judicio, quod virtute obligationis nobis debetur, initio sit. infr. de actionibus. Neque debitor recte adstrictus dicitur actione, quæ creditor in judicio debitum persequitur; sed obligatione, quæ vinculum, substantiam obligationis continens, diserte appellatur. leg. si fidejussor. § 9. ff. de condi. indeb.
32. Secundò contra obligationis definitionem hoc obijci-
tur argumentum: Definitio, quæ non potest conv. ri cum suo definitio, est mala, & reprobanda. l. 1. §. dolum. 2. ff. de dolmal. Nicol. Everb. à Middelburg. in locis argum. legal. loco à definit. n. 3. Sed illa definitio non potest converti cum suo definito. Siquidem ex eâ obligatione, cui potest opponi exceptio, quis non astringitur necessitate ad solvendum, arg. l. nihil interest. l. 12. §. l. non videtur cepisse 13 ff. de reg. jur. imo talis obligatio dicitur inanis l. Stichum. 95. §. ad-
tio. 2. ff. de solutionibus. Dicendum: rem definiti debere. pro-
ut est in substantiâ, non secundum varietatem acciden-
tium, ut docet, Bartol. in l. 1. in princ. n. 6. ff. de acq. vel. amitt. poss. Atqui verò obligatio, cui exceptio opponi potest, in substantiâ efficax est, & necessitatem solvendi ante oppo-
sitam habet, per princ. tit. infr. de exceptionib. Decius in d. l. non videtur. 13 ff. de reg. jur. n. 4. §. ubi plures allegat. Et licet hæc solvendi necessitas postea exceptione impetia-
tur: hoc tamen duntaxat sit per accidens, quod respectu definitionis in consideratione non habemus: sed solam rei substantiam, ut dictum, inspicimus.
34. Tertium quo hæc impugnatur definitio, argumentum tale est: Omnis bona definitio non egreditur suum defini-
tum, arg. d. l. 1. §. dol. 2. ff. de dol. mal. At definitio isthæc egreditur suum definitum dum etiam illi rei, quam defini-
tæ congruit. Idque hac ostenditur ratione: quia possessor rei alienæ, si à vero domino rei vindicatione conveniatur, rem istam solvere, & restituere necessitate juris astringi-
tur. l. qui restituere. 68. ff. de rei vindic. cum tamen is obli-
gatus nullo modo dicatur, §. 1. inf. de action. Sed breviter respondendum: actionem quoq; in rem quandam præsup-
ponere obligationem per §. item si in judicio. §. inf. de excep-
tione. Nec obstat d. §. 1. inf. de act. quia hoc saltem innuere videtur: eum, qui convenitur reali actione, principaliter & per se nullo jure esse obligatum: interim tamen ille tex-
tus non negat, quin propter istud accidens, quod ipse rem detinet, obligatus censetur, d. §. item si in judicio. infr. de excep-
tionib. Deinde dato, realem actionem nullam præsup-
ponere obligationem: nihilominus tamen is, qui rem pos-
sidet alienam, non astringitur ipso jure ad solvendum: sed iudex eum officio suo astringit, arg. l. Quintus Mu-
cius. 7. ff. de annuis legat.
35. Quantum argumentum est ejusmodi: In definitione
nulum verbum debet esse superfluum: sed unumquod-
que suum habere mysterium, ut post Aristot. l. 6. Topicor.
c. 1. tradit glossa & dicitur in princ. super verb. quam jus infr.
de action. In hac autem obligationis definitione quedam
verba sunt superflua. Primum enim superfluum est verbum
illud necessitate: cum subsequens verbum astringimur,
per se necessitate istam importet, arg. c. ult. exs. de except.
Deinde abundante & illa verba, secundum nostram civitatis
jura: quia eo ipso, quod obligatio juris vinculum dicitur:
non est extrinsecus & per excellentiam jus Romanum designatur.
§. sed jus quidem civile. 2. supr. de jur. nat. gent. & civ. Hæc
argumentationi responderi poterit, negando, superfluum
esse: aut absurdum, quod cum verbo astringo, etiam ver-
bum necessitate conjungatur: ut non solum ex Marco Tul-
lio: purioris sermonis magistro & parente liquet l. 1. de na-
tura Deor. pag. mihi. §. ubi in hæc verba scribit: Tu autem
- nolo existimes, me adiutorem huic verisse, sed auditorem &
quidem equum, libero judicio, nulla ejusmodi adstrictum
necessitate, ut mihi, velim, nolim sit certa quedam tuenda
sententia: verum etiam dilucidè confirmatur ex prædi-
cta l. in vendentis. 13. C. de contrah. empt. ubi augustissimi
Imp. Diocletianus & Maximianus rescripserunt: in ven-
dentis vel eementis voluntatem collatâ conditione comparan-
di, quia non astringit necessitate contrahentes, obligatio nul-
la est. Ad alteram hujus objectionis partem respondetur:
dictionem illam jurâ, in hac definitione non in eâ signifi-
catione accipi, ut jus aliquod civile, vel gentium significet:
sed ut ostendat, vinculum istud jurâ esse, id est, incorpora-
le & in intellectu consistens. Quæ enim juris sunt, incor-
poralia dicuntur. §. 1. supr. de reb. corporalib. & incor-
poralib. Plura argumenta, quæ contra eandem obligatio-
nem definitionis communis Doctorum turba opponere
assolet, sufficienter diluit Tobias Nonius hic n. 4. eum-
que passim mordens Petrus Ricciardus n. 210. & multis
segg. itemque novissimè Petrus Ostermannus in suis ra-
tionalibus. pag. 61. & segg.

§. Omnium autem. 1.

Omnium autem obligationum summa divisio
in duo genera diducitur. Namque aut civiles
sunt aut prætorie. Civiles sunt, quæ aut legi-
bus constitutæ, aut certo jure civili comprobata
sunt. Prætorie sunt, quas prætor ex suâ juris-
dictione constituit, quæ etiam honorariæ vocan-
tur.

SUMMARI A.

- 1 Obligationes civiles hic prætorie opponuntur.
- 2 Civiles quæ, & quotuplices.
- 3 Prætorie obligationes quæ.
- 4 Obligationes, constitutionibus Ducum, Principum, Marchia-
rum, &c. introductæ, an prætoribus annumeranda.
- 5 Ratio divisionis obligationum, in civiles & prætorias.
- 6 Ejusdem divisionis vis & effectus.

Post definitionem obligationis, duæ ejus divisiones
hoc loco percommode adferuntur, Tum quia à con-
fusus ad distincta procedit humana cognitio, ut philosophi
loquuntur. Tum quia unumquodque tunc perfecte co-
gnoscitur, cum in se & in suis partibus demonstratur, ut
tradit glossa in principio hujus tit. Summa ergo & prima
ac principalis divisio obligationum, à causa efficiente
remotiore perita, hæc est: quod quedam obligationes
sunt civiles: quedam prætorie. Obligationes civiles hic
strictè us aliquantid, quam supra, sumuntur. Prætorie
enim, quæ aliàs comprehenduntur sub civilibus, oppo-
nuntur: ut rectè docent hoc loco Bercholt. Giphanius &
Rittershusius pag. 400. Sunt autem civiles obligationes,
quæ aut legibus, id est, quinque juris civilis partibus, le-
ge videlicet, plebiscito, senatusconsulto, principum con-
stitutionibus, prætorum responsis sunt constitutæ: aut
certo jure civili comprobata, per hunc §. nostrum. Obli-
gatio igitur civilis duplex est. Alia nempe dicitur le-
gitima, sive absolute ac mtrè civilis, utpote ab ipso jure
civili inventa & constituta. Alibi lib. 1. D. deolog. c. 34.
n. 18. p. 126. Cujus generis sunt obligationes. XII. tabular.
de pauperie quadrupedum, l. 1. in princ. ff. si quadrup. pau-
per. fec. dicatur, arborum furtim cæsum, l. 1. ff. arbor.
furtim cæsar. furti nec manifesti §. sunt autem 4. infr. de
noxalib. action. ex lege aquilâ, initio. 1. infr. de leg. Aquil.
ex stipulatione, de quâ infr. tit. de verb. obligationib. ex le-
gitimo p^{act}ione. l. legitima. 6. ff. de pact. & similes. Alia
obligatio civilis est juris gentium, à jure civili non quidem
inventâ, sed tamen comprobata & confirmata. Hujusque
generis sunt obligationes, quæ ex conventionibus sive con-
tractibus juris gentium, ut emptione venditione, locatione
conductione, mutuo, deposito, societate, mandato, &c. des-
cendunt, l. ex hoc jure. §. ff. de just. & jur. §. sed jus quidem
civile. 2. vers. & ex hoc jure gentium. supr. de jur. natur.

gent. & civ. Cæterum ex confirmatione ista non oritur nova aliqua obligatio: sed semper nihilominus una eademque obligatio manet, & unica est semper ejus substantia. Contractus autem ipsos juris gentium, nemo dixerit jure civili confirmari: sed recipi tantum, aut admitti simpliciter. Ideoque nec juris civilis esse dicuntur. *Mysinger. hic n. 1. in verbo, comprobata.* Neque verò nullius utilitatis est hæc observatio. Nam si hæc conventiones jure civili confirmari dicerentur: jure civilis omnino haberentur. Itaque ab iis arceretur deportatus. *l. sunt quidam. 17. in fin. ff. de penis.* sed aliter judicatur, si tantum juris gentium esse dicantur, *l. si mandavero tibi. 22. §. is, cuius §. ff. mand. & notat hic Bald. Adde Hum. libr. 3. var. resolut. jur. civ. tractat. 2. quest. 4. pag. 822.*

3 Prætorie obligationes sunt, quas Prætor ex sua jurisdictione, hoc est, ex edicto constituit, quæ etiam honorariæ vocantur, *l. 1. §. nostro in n. ex eo, quod totum jus prætorum alias dicitur honorarium. §. Prætorum. 7. supr. de jur. natur. gent. & civil. l. si tibi decem. 17. §. de pignore. 2. ff. de pact. Borcholt. hic n. 9.* Atque hujus generis obligationes in jure, ex delicto omnem sunt innumerabiles; ut ex edicto, nautæ, cauponæ, stabularii, & ut ex furto manifesto, initio tit. *infr. de perpet. & tempor. act. ut ex rapina. init. tit. infr. de vi bonor. raptor. ibi, prætor introduxit.* Sc. ut omnes illæ, quæ actionem in factum pariunt. *l. is, cui. 42. in fin. ff. de obligat. & actionib. ex contractu verò sunt perpaucæ; ut ex constituto. §. in personam. 8. infr. de actionib. l. 1. & tot. tit. ff. de consis. pecuni. ut de peculio. §. actiones autem. 10. infr. de actionib. ut ex pignore sive hypothecâ. d. l. si tibi decem. 17. §. de pignore. ff. de pact. §. item Serviana. 7. infr. de actionib. & si quæ sunt similes. Hicce addunt Interpretes obligationes introductas constitutionibus Ducum, Principum, Marchionum, & Comitum. *Bartol. & Jason. in l. stipulationum. §. in princip. ff. de verb. obligat. Cagnol. in rubr. Cui admitti ad bonor. possess. possunt. num. 13. 41. cum segg. & Schneidervinus hic n. 5.* At minus recte. Si quidem Duces, & cæteri modò nominati dignitatem prætoriam majorem, eamque ipsam ad heredes transmissibilem & perpetuam habent: atque adeo contra jus ipsum civile, pro commodò subditorum suorum, sæpè constituunt, ut bene animadvertit Wesenbecius in notis ad Schneidervinum hic dñm. §. & in parat. ff. de legib. num. 3. Heigius hic n. 25. cum segg. & ostendimus in §. sed ista. 3. infr. de actionibus. n. 15. & seq.*

5 Ratio porro hujus divisionis obligationum, in civiles & prætorias, hæc assignari poterit: quia pleraque in jure, vel ipso jure civili, vel à prætore introducta sunt. Unde & ipsum jus Romanum in hæc duo genera diducitur, civile propriè sic dictum, & prætorium. *l. jus autem. 7. ff. de justis. & jur.* Hinc & tutela alia civilis est, alia prætoria, auctore Ulpiano in *fragment. institut. tit. 12. in princip.* Sic successio alia est civilis, prætoria alia, quæ bonorum possessio dicitur. *de quâ supr. de bonor. possess.* Sic testamentum aliud civile est, aliud prætorium, *§. 1. supr. de testam. ordin.* Sic denique actio alia est civilis, alia prætoria. *l. actionum. 25. §. ult. ff. de obligat. & actionib.* Vis autem & effectus istius divisionis hic est: quod civiles obligationes omnes sunt perpetuæ, id est, duram 30. annis. *l. sicut. 3. & l. omnes. 4. C. de prescrip. 30. vel 40. annor. prætorie verò plerumque sunt annales, præsertim pœnales: quoniam & ipsius prætoris jurisdictio erat annua, ut latius docebitur ad princip. titul. infr. de perpet. & tempor. actionib.*

§. Sequens. 2.

Sequens divisio in quatuor species dividitur. Aut enim ex contractu sunt, aut quasi ex contractu, aut ex maleficio: aut quasi ex maleficio. Prius est, ut de iis, quæ ex contractu sunt, dispiciamus. Harum æquè quatuor sunt species. Aut enim re contrahuntur, aut verbis, aut literis, aut consensu: de quibus singulis dispiciamus.

- 1 Obligationes aut ex contractu sunt, aut quasi ex contractu, &c.
- 2 Quasi contractus unde nascuntur.
- 3 Contractus delictis sunt antiquiores & frequentiores.
- 4 Contractus tride, & quotuplex ejus significatio.
- 5 Contractus definiti.
- 6 Nullus contractus conventionem desinitur.
- 7 Unus & idem secum contrahere nequit.
- 8 Pactum legitimum quatenus obligationem & actionem producat.
- 9 Pactum nudum non parit obligationem civilem; licet moribus aliud sit receptum.
- 10 Proposita contractus definitio contra D. Bocerum defenditur.
- 11 Theophilus definitio refertur.
- 12 In re minus necessariâ nimis scrupulosi esse non debemus.
- 13 In Bocerianam definitionem accuratius inquiritur; eamque multis modis vitiosam esse, ostenditur.
- 14 Omnis obligatio civilis ad agendum efficax est.
- 15 Obligatio perpetua comes contractibus.
- 16 Utrum illi contractus, qui non ex utroque, sed altero tantum latere obligationem producant, veri & proprii sint contractus.
- 17 Mutuum, depositum & stipulationem proprios esse contractus suis rationibus ostenditur.
- 18 Communis loquendi usus verbis proprietatem tradit. Et verba statim de contractibus loquentia, de quibus contractibus sint exaudienda.
- 19 Intellectus l. Labeo. 19. & l. creditores. 10. ff. de verb. sign.
- 20 Contractus alii certi seu nominati, alii incerti sive innominati.
- 21 Plura sunt negotia, quam negotiorum vocabula.
- 22 Præcipua inter contractus nominatos & innominatos differentia.
- 23 Contractus quidam bonæ fidei, quidam stricti juris.
- 24 In omnibus contractibus exigitur bonæ fidei.
- 25 Contractus alii re contrahuntur, quidam verbis, quidam literis nonnulli consensu.
- 26 Consus l. 1. §. & l. 4. ff. de obligat. & act. & similium.
- 27 Intellectus l. non signa. 38. ff. de obligat. & actionib.
- 28 Sententia l. 2. §. 1. ff. cod. tit.
- 29 Quatenus olim obligatio literarum in usu fuerit.
- 30 Dicitio, olim, quale tempus in descript. Institutionum libris significet.
- 31 Divisio, totum divisum non exhaustiens, vitiosa.
- 32 Mixtum sub simplicibus comprehenditur.
- 33 Obligatio quantum; pro contractu accipitur.
- 34 An & quatenus contractus & obligatio differant.
- 35 Diversa habentia nomina, diversam habent substantiam.
- 36 Obligatio est juris, contractus facti.
- 37 Consideratio l. consilio. 7. §. ut ff. de curat. furioso, &c.
- 38 Leges naturam imitantur.
- 39 Obligatio interdum pro conventionem ponitur.
- 40 In dubio à verborum proprietate non recedendum.
- 41 Jura juris concurrenda, inique lex ex aliâ explicanda.
- 42 Interpretatio qualis in dubio facienda.
- 43 Expositio l. omnem. 20. ff. de iudiciis.
- 44 Contractus est necessarius antecedens ipsius obligationis.
- 45 Consequent quæ existit, necessarius vult etiam antecedens.
- 46 Sententia l. ammittit. 8. §. acceptum. ff. de acceptis.
- 47 Capula & inter diversa poni solet.
- 48 Quæ diversa habent tractatus, diversam etiam substantiam habent.
- 49 Definitione qua differunt, differunt quoque substantiâ.
- 50 An & quatenus actio ex contractu nascatur.
- 51 Propria & peculiaris dictionis ex natura.
- 52 Dicitio ex secundum subjectam materiam intelligenda.
- 53 In contractibus quidam appellantur substantiales: quales naturales: quidam solennia: quidam accidentalia.
- 54 Substantiales contractuum qua dicuntur.
- 55 Forma dat contrahere rei suum esse.
- 56 Substantia emptiois, societatis, stipulationis qua.
- 57 Substantiales contractuum voluntate mutari nequeunt.
- 58 In contrahendis negotiis menti potius, quam verba spectanda.
- 59 Verba obiecta & ambigua contra quem interpretanda.
- 60 In dubio non regioni inspicendum.
- 61 Quæ persone contractum iure nequeant.
- 62 Naturalia contractuum qua.
- 63 Solennia contractuum qua: & an recte contractus solennitas distinguatur à substantia contractus.
- 64 Accidentalia contractus qua.
- 65 Dolus unde derogatur.
- 66 Dolus in genere definitur.
- 67 Furtum & rapina sine dolo non committitur.
- 68 Dolus bonus qui.
- 69 Albanasim bono dolo à manibus Juliani Apostolici trahi.
- 70 Non doli exempla.
- 71 Ambiguitas doli simpliciter dolus malus intelligitur.
- 72 Doli mali definitio, secundum Laberium.
- 73 Dolus re ipsa contingens sive negotiatus, qui.
- 74 Culpa duplex consideratio: generalis & specialis.

- 75 Culpa in specie considerata describitur.
 76 Culpa proutque nihil aliud, quam negligentia censetur.
 77 Varia culpe species, secundum Doctores.
 78 Tres gradus culpe: scilicet culpa lata, levis & levissima.
 79 Certe juris definitione gradus culparum comprehendendi nequeunt.
 80 Lata culpa quid sit.
 81 Lata culpa dolo comparatur.
 82 Inter latam culpam & dolum differentia.
 83 Levis culpa quid.
 84 Levissima culpa quid.
 85 Furtum domesticum casibus fortuitis annumeratur.
 86 Casus fortuitus quid.
 87 Incendium non casibus fortuitis, ut culpa accensendum.
 88 Verus intellectus l. 3. §. 4. ff. de offic. praefect. vigil.
 89 Sententia l. si vendita l. 1. ff. de peric. & commod. rei vend.
 90 Quid in quovis contractu veniat praestandum.

Secunda divisio obligationum, à causa efficiente propinquiore sumpta, haec est: Obligationes aut ex contractu sunt: aut quasi ex contractu: aut ex maleficio, aut quasi ex maleficio. Quae divisio etiam indicatur in l. 1. in princ. ff. de oblig. & act. his verbis: Obligationes aut ex contractu nascuntur: aut ex maleficio: aut proprio quodam jure ex variis causarum figuris. Quod ait Cajus l. ex var. caus. figuris: id ad obligationes, quae sunt quasi ex contractu, & quasi ex maleficio, referendum est. Hae quippe ex variis causarum figuris permanant. Idque ipsa legum series ostendit. In prima enim lege, itemque in l. 2. agitur de obligationibus, quae sunt ex contractu. In l. 4. de obligationibus, quae sunt ex maleficio. In l. 5. de obligationibus, quae sunt quasi ex contractu, & quasi ex maleficio. Et ita sentiunt hic Schneidewinus n. 1. Mynfinger. n. 2. Wesenb. n. 2. D. Boer. n. 2. pag. 125. Theodor. Marcilius. pag. 457. Borcholt. n. 10. & idem Borcholt in Commentar. de obligat. & act. cap. 1. n. 16. Quod vero annexit idem Cajus in d. l. 1. haec verba: proprio quodam jure: innuere videtur, obligationes etiam nasci ex jure, quod à puro & vero contractu seu maleficio quidem separatim est: cum eo tamen similitudinem quandam & affinitatem habet. Homan. hic enunciat. 1. Nam licet quasi contractus non ex conventionione & consensu aperto nascantur: ex negotiis tamen, in quibus quodammodo intervenit conventio, adeoque consensu tacito & praesumpto oriuntur. Vulzeus in princip. tit. infr. de obligationib. quasi ex contract. n. 5. Gadd. l. 1. ut si cui. 12. n. 7. ff. de verb. signif. Hilliger. in Donell. nucleat. lib. 17. cap. 14. lit. b. Ait autem hic Justinianus: se prius de contractibus & quasi, ut infra tit. proximo, usque ad finem hujus libri; posterius de delictis & quasi, ut lib. 4. tit. 1. & 4. seqq. acturum esse. Ratio hujus ordinis est: tum quia contractus delictis antiquiores videntur: tum quia contractus sunt & frequentiores & magis necessarii, docente hic Giphario: tum quia obligationes ex contractu propius contingunt dominii rerum acquisitionem, & eandem commutationem, quam obligationes ex delicto oritur. Wesenb. hic num. 4. Porro tertia obligationum divisio, live potius secundae istius divisionis subdivisio, à causa instrumentali desumpta, in fine hujus §. proponitur illa: Obligationes, quae ex contractu sunt, aut re contrahuntur, aut verbis, aut literis, aut consensu. De qua divisione infra latius.

Ceterum ut ea, quae de singulis contractibus sub titulis sequentibus exponuntur, cognoscantur planius: pauca quaedam de contractibus in genere hoc loco praemittam. Contractus à contrahendo dictus, arg. l. qui cum alio. 15. ff. de reg. jur. interdum & commercium appellatur, l. ex hoc jure. 5. ibiq. gloss. in verb. commercium. ff. de justis. & jur. quanquam commercium potius jus quoddam contrahendi est, quam contractus, auctore Ulpiano in fragment. tit. 19. §. commercium &c. §. non solum. 4. ibi, cuius commercium non est. supr. de legat. si in emptione. 34. §. 1. ff. de contrah. empt. Sed & inde contractus dici videtur, quod post multos tractatus habitos, tandem negotium, quod agitur, in pauca contrahatur, redigatur, seu restringatur, arg. l. 1. §. 3. ff. de pact. l. si voluntate. 8. C. de res. em. vendit. Philipp. Knipschuld. exercit. Acad. 1. them. 7. Ejusque duplex occurrit significatio. Alia lata, omnes omnino obligationes & conventiones comprehendens, etiam eas, quae proprie non sunt contractus, ut quasi

contractus, l. ex contractibus. 49. ff. de obligationibus & actionibus. l. omnem. 20. ff. de judic. Novell. 69. c. 1. §. 1. & distractus l. omnium. 13. ubi DD. C. de omni agro desert. & transactiones l. cum te. 5. ibi, de fide contractus. C. de transactionib. l. si donationis. 7. C. de his, qui veniunt ad transf. &c. Alia stricta, hoc §. nostro. l. exigere. 65. ff. d. judic. l. verba. 20. ff. de verb. signif. l. contractus. 17. C. de fid. instrumentor. quae maximè continet eas conventiones, ex quibus alter alteri obligatur. l. Labeo. 19. ff. de verb. signif. l. juris. gentium. 7. §. 1. ff. de pact. Et vide copiosius hac explicantem Wesenb. in suis lectionibus ad tit. C. de reb. credit. & jurejur. circa principium. nec non Christophorum Phil. Richter. in tract. de contr. disp. th. 1. lit. a.

Contractus (omissis aliorum scrupulosus & anxie admodum confectis definitionibus: de quibus videantur Mozzius in tract. de contractib. artic. 2. Gadd. ad d. l. Labeo. 19. n. 17. cum seq. ff. de verb. signif. D. Collega Boer. in Comment. ad l. Contractus. 23. ff. de reg. jur. c. 1. n. 28. edit. 2. Bachovius lib. 1. Disputationum miscell. cap. 3. Wegner. Disput. 10. ad Instit. thes. 2. lit. 5. Henon. Disput. 13. controvers. 2. Donell. lib. 12. Commentar. de jure civ. cap. 6. ibiq. Hilliger. in suis notat. Forstler junior in tractat. de pact. cap. 4. pag. 64. & seq. Wesenb. loco praecallegato. Stuckius part. 1. exercit. Justin. deced. 9. assert. 3. lit. a. Homan. Diss. 13. thes. 4. & seqq. lib. 3. var. resol. jur. civ. tr. 2. quest. 1. pag. 810. & seqq. Timaeus Faber disput. 22. ad Instit. Imperial. post thes. 5. §. quid autem. &c. Christianus Radevalde. in Collegio contract. Disp. 1. th. 3. Matthius Colerus in hoc §. 2. Knipschuld. d. exercit. 1. quest. 1. pag. 17. aliq. per hos citati breviter, & fortassis non usque adeo malè, hoc modo definitur: Contractus est conventio duorum pluriumve, per se obligationem civilem producent. Generis loco verbum conventio usurpamus: eo quod nullus est contractus, qui conventionione destituitur. l. 1. §. conventionis verbum. 3. ff. de pact. Eoque genere, contractus à quasi contractu & pollicitatione, à delicto item, & quasi delicto discernitur. Et si enim ex his, sicuti ex contractibus, obligatio oritur: in iis tamen obligatio sine ullà conventionione constituitur: cum in contractibus, conventio sola obligationem pariat. Illa verba, duorum pluriumve, ad causam efficientem pertinent. Nam unus & idem secum contrahere nequit: quia nec se sibi obligare, nec secum agere potest. l. legat. 116. §. 1. ff. de leg. 1. §. item inutilis. 6. infr. de inutil. stip. §. sic usque; 14. infr. de act. Est igitur duorum aut plurium conventio. d. l. 1. §. 2. ibi, duorum pluriumve. ff. de pact. l. non solum. 31. ibi, ex duorum pluriumve consensu. ff. de obligat. & actionib. Haec autem verba, per se, adduntur ad differentiam pacti legitimi. Contractus siquidem per se, sine juris adminiculo sive confirmatione, ad obligationem & actionem producendam efficax est: quumadmodum arguunt juris textus, cum simpliciter dicunt, obligationes esse ex contractu, hoc §. nostro. item contractum esse obligationem. d. l. Labeo. 19. ff. de verb. signif. item obligationes nasci ex contractu. l. in princ. ff. de oblig. & actionib. item contractus parere obligationes. d. l. nota. gent. 7. §. 1. ff. de pactis. cum similibus. Pactum verò legitimum, licet obligationem & actionem gignat: non tamen per se propriaque vi ac facultate, sed ex legis civilis confirmatione illam producit. l. legitima. 6. ubi Cujacius. ff. de pact. Idque explicatius prosequitur. Dn. Boer. d. Commentar. ad l. contractus. 13. ff. de reg. jur. c. 1. n. 29. & seqq. edit. 2. Denique illis verbis (obligationem civilem producent) contractus distinguitur à nudo pacto, quod non parit obligationem civilem. Etenim si in conventionione dixerit: Dubo tibi Stichum, ut mihi des Pamphilum: est quidem haec nuda pactio, sed non est contractus: quippe cum ex hac conventionione nulla vera obligatio constituitur. d. l. juris gentium 7. §. sed cum nulla. 4. ff. de pactis. l. ex placito. 3. C. de rer. permutat. Eumvero modum receptum est: ut hodie ex pactis omnibus, etiam nudis, serio & deliberate initis, actio derur: veluti. post Baldum. Salicetian. & Jasonem à se allegatos, testatur Wesenb. in paratit. ff. de pact. n. 10. Idem nominatim quodque eandem extat jure municipali Wurtembergico, tam veteri, quam renovato. Alt Landrecht part. 2. tit. welcher bedachtlich zu sein. pagin. 222. Brunner Landrecht. part. 2. tit. 33. pag. 311.

- 10 Ceterum propositam contractus definitionem acerbè quidem exagitat clarissimus Dn. Collega Bocerus hic n. 63. pag. 180. sed inique sicuti mox patebit. Nam dicit, *we voci conventio ineptè addidisse verba, duorum vel plurium*: siquidem nomen *conventio* isthæc verba per se complectatur. Verùm ignoras, mi D. Bocere, quot quantique Jurisconsulti, cum quibus tunc vix, ac ne vix quidem comparandus es, hæc verba suis definitionibus addiderint. His namq; verbis utuntur Jacobus Ungarellus in *addit. ad Summis quosdam*, eumque referens Petrus Nicolaus Mozzus in *tr. de contract. art. 2. n. 2. § 7.* Gerardus Tanningius, & Joan. Borcholt. n. 12. & Conradus Rittershusius circa finem *hujus tit. p. 402.* Joan. Schneidewin, hic n. 2. Marc. Anton. Peregrin. in *tract. de pact. § convent. n. 47. vers. demum insulso.* &c. Cujacius ad l. 1. circa finem ff. de pact. Mattheus Wesenbecius in *prædictis Lectur. ad tit. C. de reb. cre. § 1. vers. item Hugo Donellus* (ex quo te pleraque alia desumptisse constat) l. 12. *Comm. de jur. civ. c. 6. p. 22.*
- 11 Quia & Theophilo isthæc verba non displicent. Ita enim contractum hoc loco definit: *συμβαλλεῖται δὲ ἐξ ὁμοῦ καὶ πλειονῶν εἰς τὸ αὐτὸ σκοπὸς τε καὶ συναίρετες ἐπὶ τὸ συναῖσαι εἰς ἑνὴν καὶ τὸν ἐτερον τὴν ἐπερω ποιῆσαι, ἢ περὶ ὧν αἱ.* Contractus est duorum pluriumve in idem conventio & consensus, ad constituendam obligationem, & ut alter alteri fiat obnoxius. Quid igitur Bocere? Num ineptos dicere audeas tottantosque Juris nostri Interpretes, tantum propter duo vocabula, quæ superflua esse opinaris? An nescis, in jure nostro frequens esse, ut majoris perspicuitatis gratiâ definitionibus quædam vocabula inferantur, quæ alias abesse possent, si rigida Philosophorum præcepta observanda essent, clamitantium; bonam definitionem debere instar nummi se habere, cui nihil addi, neque detrahi
- 12 queat, quin tota species mutetur? Quâ in re laudo veteres Jurisconsultos nostros; veros, non imitatos Philosophos: quod in re minus necessariâ nimis scrupulosi non fuerint sed id unice operam dederint in suis definitionibus tradendis, ut res intelligatur. Verùm novi illi magistri de industria solent nonnulla obsecrare, tantum ut aliis plus *scilicet* videantur. Sed valent rigidi ejusmodi atque inepti censores, cum ineptis suis ineptis: quæ cordatioribus non possunt non displicere. Et quid tandem tibi imaginaris, mi D. Bocere, dum alios carpis, cum in minutissimis te vorò in magis erroribus notari ægre fers? Num te evaque in coparata esse omnino centes, quibus contradici non possit nec debeat? Erras utique, si id credis, & te ignoras, D. Bocere. In illam ipsam contractus definitionem, à te traditam, si quis more tibi consueto scrupulosius inquireret: quot vitia deprehenderet? quot supervacua vocabula animadverteret? Nunquid bona & sufficiens mansisset definitio, si his duntaxat verbis usus fuisses: *contractus est conventio, quæ propriâ indole obligationem civilem producit*? Reliqua igitur vocabula omnia superflua sunt, quæ in definitione Boceriana habentur. Abundant vocabula *bonæ mente contrahentium*. Nunquid enim conventio, propriâ indole obligationem civilem producat, præsupponit mentem contrahentium? *Luci omnis. 19. in princ. ff. de reb. cred. l. 3. ff. de obl. & act.* Abundat item vocabulum, *sui*. Quandoquidem vox, *propriâ* idem planè significat. Quod etenim *suum* est, id & *proprium* est, & vice versa; ut
- 14 vel pueris, Latinitati studentibus, notissimum est. Abundant quoque in definitione Boceriana verba illa: *ad agendum efficacem*. Nam omnis obligatio civilis ad agendum efficax est. §. 1. h. t. & in hoc consistit forma sive differentia specifica, quia civilis obligatio à naturali separatur, latente ipsomet Bocero in d. §. 1. n. 46. pag. 117. Mirum proinde est, nec immerito mirum: tantum scilicet artificem, tam insignem definitionum magistrum, tot supervacua verba in definitionibus obsecrandæ rei gratiā inferere, nec pati ab aliis explicandæ & declarandæ rei gratiâ ultimum vocabulum, quod ipse superfluum temere putat, addi. Ita sapissime, mi D. Bocere, facis, ut nimium intellegendi nihil intelligas & nimium expendendo non videas id mantice, quod in tergo est. Operosus quidem es in aliorum definitionibus exagrandis, & tuis confarcinandis: sed supervacua est hæcce in operositate. Haud enim facis operæ curæve pretium, in *inferenda dandis* suo loco perspi-

cuum evadet. Falsò insuper tibi persuades: tuas definitiones tales esse, ex quibus alii suas definitiones describant. Si quæ bona in illis continentur: ea non raro & apud alios auctores longè antiquiores reperiuntur: ac proinde meritò retinentur: quæ verò mala & inconcinna sunt; jure rejiciuntur, repudiantur, eliminantur. Cæterum haud inconvenienter illud Audæni Poetæ, quod habet epigrammatum, lib. 3. epigram. 79. de te pronunciari posse videtur.

Crimina qui cernunt aliorum, nec sua cernunt:

Hi sapiunt alii, desipiuntq; sibi.

Ut & illud Johannis Stigelii, quod refertur part. 6. delictiar. Poetar. Germanor. illustrium, pag. 165.

Heu commune malum toto jam regnat in Orbe:

Sentiat ut vitii crimina nemo sui.

Cernitur à nullo, quæ pendet mantica tergo:

Et tamen hærentem pectore quinq; videt.

Porro ex hac sic declaratâ & defensâ definitione, de omnibus conventionibus judicare possumus, num contractus sint, vel non sint. Hoc siquidem duntaxat in hujus rei dijudicatione considerandum est: utrum ex proposita conventionione obligatio nascatur, vel non. Obligatio enim perpetuus comes contractus est: ita ut posito contractu, necessariò obligatio ponatur: & sublata obligatione, contractus etiam sublatus censeatur. Atque hinc ipso meri-
die apparet dilucidius: eos quoque contractus, qui non ex utroq; sed altero latere tantum (illi à Græcis *συμβαλλεῖται δὲ ἢ πλεονα*, quales sunt emptio, venditio, locatio conductio, mandatum, societas hi v. *συμβαλλεῖται ἀτα μοι ὁπωστε*, ut sunt mutuum, depositum, stipulatio, &c. vocantur, Cujac. ad l. 1. in princ. ff. de verb. oblig.) obligationem producant, veros & proprios esse contractus: utcumque plerique & veteres & neoterici Interpretes repugnent, per d. l. Labeo. 19. ff. de verb. signif. Accus. hic super verb. ex contractu. ibiq; Angel. Aretin. Mynsing. n. 3. Schneidew. n. 5. Thadæus Pijō n. 2. §. alii. Bartol. in l. si donationis. 7. C. de his, quæ vi metusv. caus. gest. sunt. Imola, Romanus & Jason. in l. stipulationum. 5. ff. de verb. oblig. Joan. Robertus lib. 2. sentent. jur. c. 12. Cujac. in l. jur. gentium. 6. in princ. ff. de pact. Coras. in l. frater. 38. n. 3. ff. de condit. indebit. Aclanè mutuum, depositum & stipulationem proprios esse contractus, evidentissimè probatur ex presen. §. jur. in principio tit. sequentis. item ex l. 1. §. 2. & seqq. ff. de oblig. & action. d. l. 1. §. 3. ff. de pact. l. certi conditio. 9. §. quomam. 3. ff. de reb. cred. si cert. per. quibus in locis contractus in eos, qui re sunt, aut verbis, aut literis, aut consensu, dividuntur: & mutuum & depositum, tanquam species contractuum, qui re contrahuntur, ut & stipulatio, tanquam contractus, qui celebratur verbis, subjicitur. Præterea infra initio tit. de obligat. quæ q. ex contractu. nasc. primo hæc verba ponuntur: *Post genera contractuum enumerata, &c.* Quæ cerè verba etiam mutuum, depositum & stipulationem complectuntur. Hi siquidem contractus explicati quoque fuerunt titulis superioribus. Deinde statim illa eodem in titulo annexantur verba: *dispicimus etiam de his obligationib. quæ quidem non propriè nasci ex contractu intelliguntur, &c.* Hæc profecto verba, ad proximè præcedentia relata, apertissimè ostendunt: titulis præcedentibus obligationes esse expositas, quæ propriè ex contractu sunt: illo verò titulo, scilicet de obligat. quæ q. ex contractu. nasc. obligationes, quæ non sunt propriè ex contractu, explicari. Adhuc communis loquendi usus verbis proprietatem tradit, arg. l. Labeo. 7. §. 1. vers. nec mirum est. & ibi gloss. ff. de supplestit. legat. Alciat. lib. 2. de verb. significat. n. 27. Ad in rubr. ff. de nov. oper. nunciat. Sed communis Jurisconsultorum usus est: ut isto termino contractus promiscuè conventiones, tam ex una parte, quam ex utroque obligatorie significentur. d. l. 1. §. ult. ff. de pact. l. unie. Cui actiones & ab heredit. & cont. heredit. incip. d. l. si donationis. 7. C. de his, quæ vi metusv. caus. gest. sunt cum multis similibus: in quibus mutuum, stipulatio, & alii contractus, qui ultro citroque obligatorii non sunt, contractus appellantur. Quare terminus iste contractus non tantum conventionib. utrumque sive ex utroque parte, sed & ex altera tantum parte obligatoris, propriè convenit. Proinde

Proinde minimè sunt audiendi, qui verba statuti de contractu aliquid disponentia de solis *δυνάμει*, non etià de *μεσότητι* contractibus, interpretanda esse opinantur: propterea quòd in statutis verborum proprietas exigatur, arg. l. ait. prator 3. §. hac verba. 6. ff. de negot. gest. l. 1. §. licet autem. 20. vers. in re igitur. dubia. ff. de exercitor. act. Bald. Arctin. Et Portius in hoc §. Etenim cum contractus *μεσότητι* idem sint veriac proprii contractus, sicuti modò demonstratum est: nulla utique firma poterit adduci ratio: cur verba statuti de contractibus loquentia, non etià de his sint accipienda: quemadmodum rectè tradit Tobias Nonius *hic in vers. prius est*. Et c. n. 7. ad finem. eumque referens Petrus Heigius *hic n. 2. Et seq.*

19 Neque cum his pugnat *praallegata. l. Labeo. 19. Et l. creditores. 20. in fine. ff. de verb. signif.* ubi mutuum & stipulatio actus dicuntur, & à contractu separantur, eique opponuntur. Nam primò ad d. l. creditores. 10. ff. de tit. quod attinet, in isto textu, si probè consideretur, Ulpianus nequam mutuum contractui opponit: sed potius hoc summam in toto isto responsò innuit: quicunque ab altero invito aliquid extorquere potest, sive id possit civili, aut gentium jure, per ordinariam aliquam vel extraordinariam actionem, vel quolibet alio remedio, civili aut prætorio, eum creditorem dici debere, ut in possessionem mittatur, etià si purè id, quod petitur non debeat, si tamen debitum iri speretur: modò nullà perpetuà exceptione actor iste repelli queat. Quippe non solus ille dicitur creditor, qui mutuum dedit pecuniam, sed & quicumque quemcumque contractum habet: ut non solum in fine dicitur. l. 10. sed & duabus proximè sequentibus diserte subiicitur, & ubique eleganter explicat Joannes Gœddeus. Deinde quantum concernit dictam l. Labeo. 19. ff. de verb. significat. quā vel maximè dissentientes nituntur: putaverim eum eodem Gœddeo ibidem n. 37. Ulpianum, quando dicit, contractum esse ultro citroque obligationem, nihil aliud velle: quàm contractum esse negotium, hinc inde pacto conventionisque obligandi causa initum. Et quamquam Reinhardus Boehovius in not. ad Treutler. vol. 1. p. 215. Et 741. hanc Gœddei interpretationem vocat contortam, & à mente Jurisconsulti alienam; eò quòd ibi mutuum contractui perspicuè opponatur: attamen probabilior veriorque sententia est existimantium: Ulpianum in d. l. 19. h. u. d. quicquam mutuum contractui opponere; sed hoc saltem significare: posse mutuum etià dici actum, respectu scilicet numerationis, quā perficitur: sicut & stipulatio ratione promittentis, actus non inscirè appellatur: quemadmodum, post D. Christoph. Resoluit in tract. mutui. c. 2. in fine, à se laudatum, bene animadvertit D. Mart. Rymelinus in Diss. ad tit. 1. lib. 12. ff. de reb. credit. si cert. pet. thes. 2. sub lit. b. De eadem re videntur quoque D. Boer. d. Comment. ad l. contract. 23. ff. de reg. jur. c. 1. n. 12. cum seqq. edit. 2. Wesenb. in dist. lectur. ad tit. C. de reb. cred. Et Iurejur. post princ. And. Gerbard. Exercit. Just. decad. 12. th. 1. Et Bronchorst. cent. 1. miscel. contr. assert. 53. Præterea in d. l. Labeo. 19. ff. de verb. signif. non proponitur (secundum quosdam interpretes) vera & adæquata contractus definitio: sed is solummodò contractus describitur, qui utrinque obligationem producit: atque ideo mutuum illic, & similes contractus, ex altera parte contrahentium obligatorii, haud omnibus in genere contractibus opponuntur, sed illis duntaxat speciebus contractuum, qui ex utraque parte contrahentium obligationem pariunt. Vid. Hummii lib. 3. variar. resolut. jur. civ. tract. 3. par. 1. quest. 2. pag. 358. Albertum Gentilem in Commentar. ad d. l. 19. Et Johannem Ricciardum in exeg. de obligat. mutui. cap. 1. n. 11. cum seqq. Et Petrum Osermannum in suis rationib. ad principium tituli subseq. pag. 65.

20 Divisiones contractus tres potissimum in jure reperiri vult. Prima hæc est: quòd alii contractus sunt certi: qui vulgò nominati: alii incerti, qui innominati appellantur. l. 1. §. 2. Et 3. ff. de prescript. verb. l. 1. ff. de assumptor. act. l. 1. §. 2. ff. de rer. permus. l. ex uno. 18. in princ. ff. de acceptat. l. huius gentium. 7. §. 1. Et 2. ubi Cujacius ff. de pact. Putejus ad princ. huius tit. n. 39. Wegner. Dissut. 10. thes. 3. lit. a. Boehovius lib. 1. Dissut. miscel. c. 8. Althusius lib. 1. jur. Rom. c. 26. Mozzani in tract. de contractib. artic. 4. n. 2.

Et seqq. Formannus Diss. 19. thes. 4. ad lit. h. Stuckius par. 1. Exercit. Just. decad. 9. assert. 3. lit. d. pag. 349. Theus Piffo *hic num. 3.* Schneidewin. n. 8. Et Rittersbusius p. 401. Certi sive nominati sunt, qui certum proprium & speciale nomen habent, jure civili proditum, inventum & comprobatum: ut sunt mutuum, depositum, commodatum, emptio-venditio, locatio-conductio, societas, mandatum, stipulatio &c. adeoque contractus omnes, qui re, verbis, literis, vel consensu incurrunt, d. l. juris gentium. 7. §. 1. ff. de pact. d. l. 1. ff. de assumptor. act. Gœddeus in Comment. de contract. Et committ. stipul. c. 1. n. 50. cum seqq. Althus. lib. 1. Dicaeolog. c. 68. n. 4. Et seq. pag. 237. Et de his singulis agatur explicatius titulis subsequentibus. Incerti seu innominati contractus dicuntur: qui specialia & proprio nomine, jure civili imposito, carent: ut sunt do, ut des: do, ut facias: facio, ut des: facio, ut facias, d. l. 3. Et l. naturalis. §. ff. de prescript. verb. Cum enim per rerum naturam ita sit comparatum, ut plura sint negotia, quàm negotiorum vocabula. l. natura 4. ff. d. tit. fieri non potuit, ut negotia singula appellarentur nominibus: ideoque necesse fuit, nomen commune accommodari speciebus singulis: certum nomen non habentibus: cum nomen commune ejusmodi sit, ut ceteris omnibus, & quidem diversissimis negotiorum speciebus accommodari possit. Et de istis innominatis contractibus (ex quibus nascitur actio prescriptis verbis de quā tot. tit. ff. de prescript. verb. Et in fact. actionib.) consulantur Donellus in Comment. ad d. tit. ff. de prescript. verb. Et l. 12. Commentar. de jur. civ. c. 12. Fernand. Berengar. in l. pacta conventa. 72. n. 61. cum seqq. ff. de contrah. empt. Fortunius Garcias in d. l. juris gentium. 7. §. 1. Et ideo. 2. ff. de pact. pag. 445. cum seqq. Vultejus in §. n. infr. de mand. n. 12. Et seq. D. Boer. class. 2. Diss. 13. per tot. edit. 2. Stuck d. dec. 9. assert. 3. lit. f. Et seqq. Formannus Diss. 24. coroll. 1. Et 2. Bonacina in tract. de contractib. Et in tit. disp. 3. q. 1. princ. n. 14. p. 332. Mantica in tract. de tac. Et ambig. convent. lib. 1. tit. 8. Althus. d. lib. 1. Dicaeolog. c. 87. cum seqq. p. 308. Et seqq. Præcipua autem differentia hæc vulgò perhibetur: quòd in illis regulariter non est locus poenitentiae, etià re integrata: sunt enim necessarij ex post facto. l. sicut initio. §. C. de obligat. Et act. l. in commodato. 17. §. sicut. 3. ff. de commodati. in his verò, re integrata, regulariter poenitere licet: imò & re non integrata, qui implevit contractum pro sua parte antequàm alter adimpleat, eo etià invito poenitere permittitur. Exempli gratia, si tibi decem florenos dedi, ut pro me Argentinam eas: ego poenitere, & datos florenos repetere valeo, priusquam tu iveris Argentinam, interesse tamen soluto. Nam si fortè sumptus ad protectionem necessarios feceris, eorum ratio habebitur: quibus refutis, decem florenos condicere potero. l. si pecuniam. §. ibique Jason. ff. de condit. caus. data. caus. non fecit, Schneidewin. in hoc §. n. 13. Et 14. Ricciard. ad princip. tit. infr. quibus mod. re contrah. obligat. n. 101. pag. 130. Cassar. Guesfor. de gher. lib. 2. tractus 3. q. 7. Gomez. tom. 2. variar. resolut. c. 8. n. 2. Et 3. Covarruvias. lib. 1. var. resolut. c. 14. n. 15. Et 16. Videantur tamen Gœddeus in d. Commentar. de contr. h. Et comment. stipul. c. 1. n. 51. Et seq. Hummii Diss. 13. th. 8. item d. lib. 3. var. resolut. jur. civ. tract. 2. quest. 3. pag. 822. Et Wegner. d. Diss. 10. th. 3. lit. a. qui differentiam istam frequentioribus Dd. suffragiis receperunt etiam.

Secunda contractuum divisio est hæc: qua contractus alii sunt bonæ fidei, alii stricti juris. l. enim, qui 22. ff. de donationib. l. mora 32. §. in bona fidei. ff. de usur. l. in contractibus. 3. C. quib. ex caus. majores in integ. restit. c. cum venerabili. 6. §. adhuc Episcopius. ibi, cum permutatio inter contractus bonæ fidei computetur ext. de exceptionib. Ex quo c. aperte constat, quòd jure quoque canonico discrimen hoc inter contractus sit approbatum: ut fortè. Post Interpretet à nobis adductos ostendimus in §. ad divisionem contractuum. n. 49. Et seqq. infr. de actionib. Et de ista divisione videtur Boehovius d. lib. 1. Dissut. miscel. c. 4. Romæ fidei contractus, secundum veriores sententiam, dicuntur: non quòd alii contractus sint malæ fidei. In omnibus quippe contractibus bona fides requiritur. Libonum fidem. 4. C. de obligationibus Et actionibus. Ant. Lib. part. 1. de errorib. pragmat. decad. 9. error. 1. Sed quia in horum contractuum actione

- actione siue iudicio fit condemnatio ex bonâ fide, id est, ex bono & æquo, etiam ultra id, de quo in ipsa conventionne expressè ac nominatim fuit actum. §. conductor autem. §. infr. de locat. & conduct. l. quia tantundem. 7. ff. de negot. gest. ut sunt emptio, locatio, depositum, & ceteri omnes quorum actiones dicuntur bonæ fidei in d. §. actionum. 28. infr. de actionib. Stricti juris contractus sunt; quorum in actione strictè fit condemnatio de iis tantum, de quibus in ipsa conventionne nominatim ac discretè fuit dictum, §. allegat. l. quia tantundem. 7. ff. de negot. gest. l. si ita stipula. tit. 126 §. Chrysogonus. vers. plerumque enim in stipulation. ff. de verb. obligat. D. Bocer. in Comment. ad l. contractus. 23. ff. de reg. iur. cap. 2. num. 7. edis. 2. ut sunt mutuum, stipulatio, & omnes alii, quorum actiones non enumerantur in d. §. actionum autem. 28. infr. de actionib. ubi et de re nos explanatiis.
- 25 Tertia divisio contractuum in hoc præfati §. hæc adfertur: quod quidam contractus re contrahuntur, quidam verbis, quidam literis, quidam consensu. Atque hæc divisio omnium certorum siue nominatorum contractuum species complectitur. Sunt autem numero undecim; videlicet mutuum, indebitum, commodatum, depositum, pignus, stipulatio, contractus literarum, emptio, locatio, societas, & mandatum: de quibus omnibus in titulis subsequentiibus ordine dicitur. Ceterum huius divisioni quadrimembri primò opponitur l. 1. §. lex maleficio. 4. ff. de obligat. & actionib. l. græc. 8. §. 1. ff. de iudic. l. 1. §. 1. ff. de novationib. cum similibus: in quibus Jurisconsulti ex triplici tantummodo causa, nempe aut re, aut verbis, aut consensu obligationem oriri contrahendo scribunt: contractus autem siue obligationis literarum nusquam meminerunt. Sed respondetur: ideo in prædictis legibus obligationis literarum nullam fieri mentionem: quia hæc obligandi ratio Jurisconsultis tempore Digestorum ignota fuit, cum apud eos exceptio non numeratæ pecuniæ perpetua esset. Verum Imperatores postea exceptionem non numeratæ pecuniæ temporariam fecerunt: atque ita literarum obligationem introduxerunt. Job. Borchol. hie n. 14. & in tract. de obligationib. & actionib. cap. 5. n. 18.
- 27 Nec hinc responsioni, quæ dicitur, literarum obligationem tempore juris digestorum fuisse incognitam, obstat l. non figur. 38. ff. de oblig. & act. ubi traditur, non minus valere, quod scripturæ, quam quod vocibus lingua figuratis significabitur. Nam quod ibi Paulus J.C. ait oratione scripturæ nos obligari, hoc eam vim habet: non ut scriptura per se obliget, sed stipulatio epistola siue instrumento comprehensa & probata, quemadmodum rectè sentiunt Petrus de Bella partio. Joan. Faber, Weseb. Vulsejus, Ant. Matthæus, & alii infr. de lit. oblig. Nonius hic in vers. prius est n. 1. Alciat. in l. 2. §. appellata ff. de reb. cred. si cer. per. & Schægius in delib. jio. Disput. 17. ad lb. 13. Tamen novissimè aliter docent Marcilius hic. pag. 460. & seq.
- 28 Eadem solutioni non repugnat. l. 2. §. 1. ff. de oblig. & act. ubi habetur, ideo obligationes consensu contrahi: quia neque verborum, neque scripturæ ulla proprietas desideratur. Ex quibus verbis liquet, esse obligationem, quæ desiderat scripturam. Non inquam, hæc lex repugnat. Etenim accipienda videtur de illa solùm obligatione, quæ olim scripturâ celebrabatur, & jam ætate Justiniani exoleverat, per princ. tit. infr. de literar. obligat. non verò de eâ literarum obligatione, de quæ nos hic loquimur. Neque etiam prædictæ responsioni, quidquam adversatur, quod ex d. princip. infr. de liter. obligat. nimirum ex vocula, olim, colligere quidam conantur: jure etiam Pandectarum obligationem literarum in usum fuisse. Quod enim ibi Justinianus dicit, olim scripturâ obligationem esse factam: hoc ipso non ad jus Digestorum, sed ad jus vetustius, quod ante Digestorum jus viguit, respexit. Idque liquidissime ex dictione illa, olim, probari potest, quæ in hinc 4. Institutionum ubi ut plurimum tempus ante jus Digestorum denotat, minus tit. supr. de testament. ordinand. Ubi asserit Imp. duo olim fuisse testamentorum genera: unum, quod calatis comitiis, æque, quod procinctum appellabatur; & tamen illa duo testamenti genera jure Digestorum non obtinuisse, Doctores uno quasi ore omnes sententur, Idem etiam optime confirmatur ex princ. tit. supr. de lege Falcid.
- Ubi ipsemet Imp. Justin. illam vocem olim quodammodo declarare videtur, dum inquit, olim, id est, lege XII. Tabul. libera erat legandi potestas, &c. Sed vide Tobium Nonium hæc enucleatius prosequens. hic in vers. prius est. n. 2.
- Deinde contra hanc tertiam contractuum divisionem opponi solet tale argumentum: Divisio, quæ divisum totum non exhaurit, est vitiosa. Hæc autem divisio divisum totum non exhaurit: cum in eâ pars divisi, nempe obligatio, quæ & verbis & re simul contrahitur, omittatur: de qua est. l. certi conditio. 9. §. quoniam ff. de reb. cred. si cer. per. & l. obligantur. 25. ff. de oblig. & act. Sed dicendum eo ipso, quod hic ponitur contractus siue obligatio, quæ re contrahitur, & quæ contrahitur verbis, etiam obligatio, quæ re & verbis conjunctim contrahitur, posita intelligitur: cum mixtum sub simplicibus comprehendatur, ut notat glossa frequentiori Dd. calculo recepta, in l. 2. ff. de verb. obligat. eamque referens Nonius d. loco. n. 3. p. 388.
- Illud hoc loco admonendum: quod licet obligatio quandoque pro contractu sumatur. l. credito. 23. in fin. ff. de pignori. & hypothec. ubi verbum obligatur positum est pro contrahitur. & l. cum nota. 6. circa finem Cod. de transaction. ubi Imp. Alexander quod stipulationem appellaverat, statim verborum obligationem nuncupat: tamen si cu jusque indeoles & natura aliquantè penitus introspectiatur, ingens inter ista duo, ut & inter obligationem & actionem, differentia deprehenditur; ut ut hic oggannias Nicolaus Bellorus. Et quidem obligationem ex contractu nasci, definitio contractus superius exposita ostendit. Cum enim homines contrahunt, promittunt, emunt, vendunt, locant, conducunt, &c. ex hujusmodi factis quoddam jus, quod obligationem nominamus, oritur. Nam nisi mihi promississet: utique obligatus mihi non esses. Contractus ergo sunt facti. d. consilio. 7. §. fin. de curatorib. furioso, & aliis ex. minor. dand. & producant obligationes, quæ juris sunt: hæcque rursus actiones pariunt. Actionum igitur causa remota sunt contractus: propinqua verò sunt obligationes. Vel significantius: contractus est pater: obligatio filia: actio neptis, ut Dd. nostri loquuntur. Plane quod contractus & obligatio differant, probatur argumento l. si idem 7. C. de codicillis. ex qua ea, quæ diversa habent nomina, diversam etiam habeant substantiam. At contractum & obligationem diversa habere nomina, unicuique patet. Præterea jus & factum diversa sunt, imò ferè contraria d. l. consilio. 7. §. ult. ff. de curatorib. furioso, & aliis ex. minor. 36 obligatio juris est. §. 1. supr. de reb. corporal. & incorporalibus. contractus verò facti, ut paulo ante dictum. Nec quicquam ad rem facit, quod regeatur à dissentientibus, dictam l. consilio. 7. §. ultim. ff. de curat. furioso, &c. non loqui in contractu, sed in negotio, quod geritur ad celebrandum contractum, quod bene est facti. Loquitur namque verè in contractu. Siquidem textus aperte ait: quod solutio & venditio facti magis, quam juris sint. Acqui venditio non est negotium, quod ante contractum geritur: sed ipse contractus, ipsaque conventio, l. juris gentium. 7. §. 1. de pact. l. Labeo. 19. vers. contractum. ff. de verb. signif. Ergo contractus est ille, qui facti esse dicitur: Ad hæc per rerum naturam, adeoque etiam per leges, quæ naturam imitantur. §. minor. 4. supr. de adop. 16. ff. eod. fieri non potest, ut una eademque res se ipsam producat. Jam verò ex contractu nasci ac produci obligationem, certo certius est. l. 2. in princ. ff. mandati. Ergo adversus est, & in rerum naturâ non positum, ut idem sint contractus & obligatio.
- Cui non obstat d. l. Labeo. 19. vers. contractum. ff. de verbor. signif. ubi dicitur, contractum esse ultro citroque obligationem. Respondetur enim: causatum ibi poni pro sua causa, id est, obligationem pro conventionne: quod in jure non infrequens est, aut novum. l. hoc jure. 19. §. non potest. & ibi Castrensis. ff. de donationib. Nec hanc solutionem infringit, d. non aliter. 69. ff. de legat. 3. ubi Marcianus ait, in dubio à verborum proprietate non esse recedendum. Etenim jura jaritica sunt concordanda. cum expediat. 29. §. 1. ex. de electione. in 6. & una lex ex alia explicanda. l. non est novum. 26. ff. de legib. nec non in dubio ea facienda est interpretatio, quæ vitio caret aliisque legibus non repugnat. l. in ambigua. 19. ff. eod. tit. At aliter possunt adduci leges in quibus obligationem ex contractu oriri.

- expressè disponitur. *d. l. 2. ff. man. & hoc §. nostro.* Quare necessario dicendum est: obligationem in *d. l. Labeo. 19. ff. de verb. signif.* pro conventionem esse accipiendam: ut sit sensus, contractum esse ultrò citroque obligatorium conventionem. Nonius hic in *vers. prius est, non. 9. pag. 395. Paul. Berens in Dissertationib. Acad. Disp. 9. them. 1. quest. 1.*
- 43 Neque obloquitur *l. omnem. 20. ff. de iudiciis.* & ubi quisque agere, &c. ubi Paulus IC. docet, omnem obligationem pro contractu habendam esse. Nam facilis ad eam est responsio: cum IC. non dicat, contractum obligationem esse, sed obligationem pro contractu habendam. Diverfum autem est tale, ab eo, quod pro tali habetur, *arg. l. mercis appellatione. 207. ff. de verb. signif.* Proinde ut & ipsa obligatio à contractu diversa sit, ne esse est. Deinde illa lex ad alteram partem istius tituli, ubi sc. quisque agere, vel conveniri debeat, est referenda: ut aperte Rubrica sive inscriptio tituli demonstrat. Et quidem reus conveniendus est, vel ubi domicilium habet, vel ubi contraxit, si contra eum ex contractu aliquo agatur. *l. heres absens. 10. ubi multa sunt exempla de contractu & domicilio. ff. de iudic.* Sed quaeritur: quomodo nomen contractus hic sit accipiendum? Et respondet Paulus in *d. l. omnem. 20. ff. de tit. omnem obligationem pro contractu haberi debere: ubi ubique quisque obligetur, ibidem contraxisse quoque videatur.* Et si non tantum proprium contractum, sed etiam quasi contractum ut ex negotiis gestis, vel ex tutela itemque delictum, & quasi delictum Iuriconsulti intelligit: & significant, aliquem, in quocunque loco vel proprie contraxit, vel quasi contraxit: vel deliquit, aut quasi deliquit, in eodem etiam conveniri posse. Atque ita nomen contractus in ea lege laus & improprie pro quacunque obligationis causa accipitur: non verò contractum. ipsam obligationem esse affirmatur: & per consequens nostrae sententiae nihil officit. Et sic, post Dearen. ad *d. tit. de iudic. cap. de foro competentis circa medium, dictam l. omnem* exaudiat D. Colleg. Boccr. *d. Comm. ad l. contract. 23. cap. 1. n. 2. ff. de reg. iur.* Vide eandem fusius explicantem Donellum *lib. 17. Comment de iur. cap. 14. pag. 59.*
- 44 Nihil item movet, quod leges his vocabulis, *deductum est in obligationem, deductum est in contractum*, promiscue utantur: adeoque tacite indicare videantur, quod contractus & obligatio sint unum ac idem. *l. ubi autem 75. §. 1. ff. de verb. oblig.* Quia cum contractus sit necessarius antecedens ipsius obligationis: rectè dicitur, & infallibiliter sequitur: omne illud, quod deductum est in obligationem, etiam deductum esse in contractum: quippe cum is qui velit consequens, necessario velit etiam antecedens. *l. ad rem mobilem §. 6. & l. ad legatum. 62. ff. de procuratorib.*
- 45 Nihil denique ponderis habet, quod afferunt *d. l. in iustis §. 8. acceptum. 3. ff. de acceptilat.* Ubi quod Ulpianus in principio istius §. obligatum esse dixerat, mox in fine contractum esse dicit. Quandoquidem hoc non ideo est, quod obligatio & contractus idem sint: sed quod contractus ipsius obligationis causa intelligitur. Quocirca qui aliquid esse contractum, asserit: necessario etiam obligationem, quae effectus est ipsius contractus, praesupponit, *d. l. 2. ff. mandati. Nonius hic de vers. prius est num. 9. p. 395. Paul. Berens d. Disp. 9. them. 1. quest. 1. pag. 199. edit. 2.*
- 47 Quod autem similiter obligatio & actio differant, ad hoc praeter primum & ultimum fundamentum, supra ad confirmandum inter contractum, & obligationem discrimen, in medium adductum etiam haec ponderari possunt. Primum copula & inter diversa poni solet, *gloss. in rub. tit. ff. de iur. & facti ignor.* Aliter inter obligationem & actionem haec copula ponitur, *in rub. ff. de oblig. & actionib.* Deinde, quia diversos habent tractatus, diversam quoque habent substantiam, *arg. l. 2. §. quartus autem locus. 5. C. de ver. iur. emendand.* Acqui obligatio & actio diversos tractatus habent, ut ex hoc Institutionum volumine perspicuum est. Insuper, quae differunt definitione, differunt etiam substantia: quia definitio rei definit substantiam completè. Atque, secundum *gloss. & Dd. in l. omnis definitio. 207. ff. de reg. iur.* Sed obligatio & actio definitione differunt, ut constat ex principio huius tituli. & principio. *tit. inf. de actionib.* Ergo & substantia differre concludendum est. Unde Harpprecht ad *Instit. Tom. III.*

Doctores plerique eleganter dicunt: quod obligatio sit mater actionis, & contra actio sit filia obligationis: cum nulla deretur actio, nisi praecedat obligatio, *arg. l. licet 42. §. 2. ff. de procuratorib. Vincent. in bibliothec. mundi tom. 2. lib. 3. c. 3. Bernh. Diaz. reg. 501. Bartol. in l. 1. col. 1. vers. item nota. ff. de pecul. Cozman vol. 5. resp. 26. num. 38. & resp. 46. num. 8. eoque referens David Doring. in biblioth. Jurisconsult. in verb. actio. num. 98. fol. 237.*

Non his resistit §. 1. *inf. tit. proximo. l. juris gent. 7. ff. de pact. l. actionum 25. §. 1. ff. de oblig. & actionib. l. unic. C. si servus extero se emi maluerit.* Ex quibus locis quidem ita ratiocinantur: In his legibus, & innumeris aliis, rotundè dicitur, actionem ex contractu nasci, & contractum actionem parere. Jam verò obligatio etiam ex contractu nascitur, praedicta *l. 2. ff. mandati.* Ergo actio & obligatio non differunt: sed unum ac idem sunt. Non resistit, inquam, haec ratiocinatio. Nam dupliciter ad eam responderi potest: Primò quidem negando consequentiam. Haud enim sequitur: ex contractu nascitur actio: ex eodem etiam nascitur obligatio. Ergo actio & obligatio sunt idem. Etenim non absurdum est, aut insolens, ex una eademque causa diversos nasci, quoad substantiam, effectus, ut videre est in parte, ex quo uno eodemque plures nascuntur filii, & tamen illi non sunt iidem respectu substantiae, sed diversi, ut omnibus notissimum est. Secundo dici & hoc non ineptè poterit: contractus parere & producere actiones, non quia ipsi verè & immediate eas producant: sed quia produxerunt obligationes, ex quibus postea nascuntur actiones, *d. l. licet. 42. §. ea obligatio. 2. ff. de procurat. l. plura. 53. ff. de oblig. & actionib.* Atque ita actiones oriuntur ex contractibus, mediantibus sc. obligationibus.

Neque huic solutioni negotium fuisse, quod propria & peculiaris huius dictionis ex sit natura, ut causam immediatam & proximam significet. *l. eo tempore. 50. in fin. ff. de pecul. l. non dubium. §. ubi Dd. C. de legib.* Expressè autem in allegatis legibus dicitur, ex contractu actionem nasci: ac proinde causa immediata & proxima actionis contractus, non verò obligatio censeatur. Nam huic instantiae respondendum est: dictionem ex in praecitis iuribus nequaquam significare causam immediatam, sed potius mediatam, quemadmodum etiam accipitur in *l. 1. §. ex incendio. 2. ff. de incendi. ruin. naufrag. & §. 1. vers. sanctum etenim à nobis. ff. supr. per quas person. cuique acquirit.* Ut ita actionis causa quidem sit contractus, media tamen obligatione, tanquam actionis propinquiori causa.

Nec quicquam stringit, si rursus qui urgens obijciat: proprietatem huius voculae ex esse, ut designet causam immediatam ac proximam, sicuti autumat Bartolus in *d. l. 1. §. ex incendio ff. de incendi. ruin. naufrag.* nec in dubio praesumendum esse quod aliter, quam proprie, iur. Iuriconsulti ea dictione usu fuerint, *argum. d. l. non aliter. 69. ff. de legat. 3.* Et namque hoc responso occurrere possumus dictionem istam ex secundum subjectam materiam esse intelligendam: ut modò mediatam sive remotam, modò immediatam seu proximam causam significet, ut notant *Dd. in Auth. ex causa. C. de liberis praeiit.* At vero subjecta materia in proposito suadet & exigit, ut duntaxat causam mediatam & remotam denotet. Cum enim hinc inde possint adduci leges, quae tam ex contractu, quam ex obligatione actionem nasci, clare dissonant: propinquior autem actioni sit obligatio, quam contractus, cum ex eo obligatio oriatur, *d. l. 2. ff. mandati:* necessarium est consequens, quod in illis legibus, in quibus actio dicitur oriri ex contractu, propositio ex causam mediatam imparet: ut nimirum ex contractu actio, media tamen obligatione, nascatur: cum ex contractu obligatio, ut jam superius diximus, quae actionem procreat, proficiat, *d. l. licet. 42. §. ea obligatio. ff. de procuratorib. & d. l. plura. 53. ff. de oblig. & actionib.* Nonius hic in *d. vers. prius est num. 10. pag. 397.*

Sane & illud hic non ignorandum: quod in contractibus quidam vocentur à Doctores substantiales: quidam naturales: quidam solennia: quidam accidentalia, *arg. l. pacta conventa. 72 in fin. princip. ff. de contrah. empt. ibique Bald. & Madaur. l. Julianus. 9. §. sed si quis. 3. ubi*

- mutata forma prope interemit substantiam rei. ff. ad exhibend. l. obligationem. 3. in princip. ff. de oblig. & actionib. §. adeo. l. 3. vers. sed talis ibi, contractus propriam statuit naturam. infr. de locat. & conduci. l. si nuius. 27. §. pactus, ne peteret. 2. ad finem. ff. de pact. l. naturalis. §. 5. sed si factio. 4. vers. & potest mandatum. ibi, naturam suam excedere ff. de prescript. verb. &c. Bellon. lib. 1. supputation. jur. c. 5. Mozzius in tract. de contractib. artic. 5. & seqq. Zasius in singul. resp. c. 12. Schneidewin. hoc §. nostro. n. 20. cum seqq. ibidemque Thad. Pifo num. 8. & seqq. Honorat. illustr. quest. 36. & 37. Corofius lib. 3. miscellan. jur. civ. c. 10. Comm. lib. 5. Comment. jur. civ. c. 2. n. 9. D. Bocer. in hoc tit. n. 115. cum seqq. pag. 135. & in tract. de investitur. feud. c. 5. num. 24. & seqq. Giphon. in Comment. de divisionib. jur. thes. 61. & seqq. Pacius in Epit. Jur. Disp. 12. thes. 7. Schegk in delib. jur. Disp. 15. thes. 24. cum seqq. Hiliger. in Donello enucleat. lib. 15. c. 1. ad lit. A. Scipio Gentilis in tract. de solemnitatibus, quatenus in quocunque actu intervenire debeant, &c. c. 1. & seqq.
- 45 Substantialia contractuum illa dicuntur, quæ ita formam & essentiam uniuscuiusque contractus constituunt, ut sine istalis contractus consistere non possit, per text. & gloss. in d. l. pacta conventa. 72. super verb. nova emptio. & ibi Bald. ff. de contrab. empt. Forma siquidem dat unicuique rei summum esset hoc est, id, quod est. d. l. Julianus 9. §. sed si quis. 3. in fin. ff. ad exhibend. l. cum hi. 8. in princip. & §. si pretor. 17. ff. de transact. Exempli gratia: substantia (quam Dd. substantiale appellant) emptionis & venditionis est, pretium, merx, consensus. Sine hisce enim emptio consistere nequit. l. 2. d. 1. nec emptio. 8. ff. eod. tit. Sic substantia societatis est, communio. l. 1. §. 1. & l. 2. ff. pro soc. Sic substantia stipulationis est, præcedens interrogatio & sequens responsio, actu continuo facta. l. 1. §. 1. & l. contri-
- 47 num. 137. ff. de verb. obligationib. Adeo autem substantia ista speciem cuiusque contractus constituunt: ut contrahentium voluntate sive pacto ea mutari non possint. l. cum precario. 12. ff. de precario. Alciat. ad l. pen. num. 22. C. de pact. & ad l. 3. num. 1. ff. de reb. ered. eumque laudans Richter. d. tract. de contract. disp. 1. th. 6. & 8. Quare si inter nos convenerit, ut emptionem contrahamus: etsi emptionem appellemus illud, quod gerimus: tamen si pretium in eo non versetur, non erit emptio. Veluti, si domum tibi vendidi, ut tu aliam domum mihi resciceres: Neratius respondit, nullam esse venditionem: quia scilicet pretium quod in nummis consistit, hic deest: sed civili intentione incerti agendum esse, ait: hoc est, actione præscriptis verbis, quæ nascitur ex incerto sive innominato contractu. l. inulant. 6. ff. de prescript. verb. Scipio Gentil. d. cap. 1.
- 48 Ceterum in omnibus negotiis contrahendis consensus, sive tacitum, sive expressum, necessarii desiderari, translaticium est, l. 1. §. conventionis. 3. ff. de pact. l. in omnibus. 55. ff. de obligat. & action. Hinc in conventionibus contrahentium voluntatem ac mentem potius, quam verba spectari placuit. l. in conventionibus. 2. §. ubi. Alciat. & Gad. ff. de verb. significat. l. 3. §. conditio. ff. de animend. vel trans. legat. l. fin. C. que res pignori oblig. poss. Si verò mens non appareat: tunc contrahentium verba considerantur: neque ab eis, modo clara sint, temere recedi debet. l. si quis stipulatus. 112. ibi, respiciendus erit sermo. ff. de verb. oblig. l. si operas. 20. ibi, pacti tenor. C. de solutionib. l. ult. ibi, pro tenore communis militantium placiti. C. de pignori l. ult. C. de reb. alien. non alienand. Sin obscura sint, & ambigua verba: eorum interpretatio contra stipulatorem, venditorem, locatorem, aut alium, cui liberum fuit legem apertius dicere contractui, facienda est, l. veterib. 39. ff. de pact. l. Labro. 21. ff. de contrab. empt. l. cum queritur. 26. ubi Donell. ff. de reb. dub. l. stipulatio. 38. §. in stipulationib. 13. ff. de verb. obligat. l. in contrahenda. 172. ff. de reg. jur. Branchorst. cent. 1. answer. Passius assere. 40. edit. 2. D. Bofold. in delib. jur. & lib. 18. ff. quasi. 3.
- 49 pag. 16. & seqq. Quod si omnino non liqueat, quod actum esset dubio id, quod in regione frequentatur: quod si ne mos quidem regionis appareat, id, quod minimum est, sequimur. l. semper in obscuris. 9. l. semper in stipulationib. 34. & ibi obscuris. 114. ff. de reg. jur. & similib. Cum au-
- tem omnis contractus in se consensum habeat. d. l. 1. §. conventionis. in fin. ff. de pact. inde perspicuum fit: infantes, furiosos, & ceteros, qui consentire nequeunt, nec contrahere posse. §. furiosus. 8. & seqq. infr. de iustilib. stipulat. l. in negotiis. §. ff. de reg. jur. Verum de personis, quæ contractum inire, obligarique possunt, explicatius agunt. D. Vultejus in hoc §. nostro. num. 7. & multis seqq. Joan. Borcholt. in tract. de obligat. & actionib. cap. 2. & Wesenbec. in lectur. in tit. C. de reb. cred. & iurejur. pag. 357. & seqq.
- Naturalia contractuum sunt ea, quæ contractui tacite insunt, si expressa non sint: sed pacto mutari vel tolli, citra ipsius contractus corruptionem, queunt. Mozzius d. tract. de contractib. art. 6. num. 1. Jul. Pac. d. Epit. jur. Disp. 12. thes. 7. Thad. Pifo hic num. 9. Schrader. in tract. feud. part. 2. cap. 2. num. 48. Exempli gratia: secundum naturam venditionis obligatur venditor de evictione, etiam si hoc non sit expressè actum. l. ex empto. 11 §. 1. & 2. ff. de action. empt. & tamen in contrarium, salvo venditionis contractu, partes inter se pacisci possunt, ut venditor de evictione teneatur, d. l. ex empto. 11 §. qui autem. 18. ff. d. tit. latè Covarruv. lib. 3. var. resol. cap. 17. num. 2. Sic secundum naturam locationis est, ut locator teneatur ad ea omnia, quæ ex æquo & bono veniunt: veluti, ut fenestrae siant, ostia resarciantur, &c. sed hæc pacto tolli posse, manente nihilominus eodem contractu, exploratum est, gloss. & Bald. in d. l. pacta conventa. 72. ff. de contrab. empt. Jason. in l. cum quid. 3. ff. de reb. cred. si cert. pet. Richter d. Disp. 1. ad th. 8. Et talia naturalia videtur Papinianus vocare adminicula contractus. d. l. pacta conventa. 72. ff. de contrab. empt. Scipio Gentil. d. tract. de solemnitatibus, &c. cap. 2.
- Solennia contractuum nuncupantur, quæ iure ad validitatem contractus, præter substantialia & naturalia, requiruntur, juxta Baldum in l. ad exactionem. 6. num. 3. C. de dotis promiss. & in repetit. l. 1. in 4. notab. C. de sacrosanct. Eccles. quem refert hic Schneidew. num. 21. Verbi gratia: si pupillus, aut minor, sine tutoris auctoritate & decreto iudicis, rem immobilem alienet sive vendat: licet hæc venditio omnia sua substantialia habere videatur: si tamen in ea non interveniant tutoris auctoritas, & decretum iudicis, iste contractus minimè subsistit. l. obligari. 9. in princip. ff. de auctorit. & consens. tutor. l. non solum. 4. l. minorum. 6. l. si minor. 15. l. si prædium. 16. & tot. tit. Cod. de præditiis, & al. reb. minor. sine decret. non alienand. quatumvis minori utilis fuerit. l. fin. ibi, donandi causa & ibi, nisi ex magna utilitate. &c. ff. de curatorib. furioso & aliis, &c. l. Aristo. §. §. 1. ibi, adito pretore l. ait Pretor. 7. §. ult. ibi, pretor aditus ff. de jur. delib. l. magis puto. §. §. si es alienum. 14. & l. si fundus. 13. ff. de reb. eor. qui sub tutela. &c. & l. lex. que tutores 22. circa finem. Cod. de administrat. tut. Fachin. lib. 3. controvers. jur. cap. 3. Simoncell. in tract. de Decret. lib. 3. tit. 8. inspect. 17. num. 125. & docuimus in §. 1. num. 24. infr. de iis. per quos agere possunt. Etsi verò plerique Doctores dicto modo inter substantiam & solennia contractus distinguunt: quia tamen contractus, de prædio minoris sine prædicta solennitate decreti iudicis factus, ipso jure est nullus. d. tot. tit. C. de præd. & aliis reb. minor. sine decret. non alien. & d. tot. tit. ff. de reb. eor. qui sub tutel. vel cur. &c. consequens utique est, solennitatem illam esse de substantia contractus, quo res minorum alienantur. Unde perperam asseritur, quod venditio illarum rerum, sine iudicis decreto celebrata, omnia sua substantialia habere censetur. Si enim id verum esset: constitueretur isthac venditione firma obligatio, tamen si iudicis decretum non interveniret: quod tamen verè & jure dici nequit. Substantia quippe rei non consistit, si quid deest, quod rem ipsam subsistere facit. d. l. Julian. 9. §. sed si quis. 3. vers. nam mutata forma. ff. ad exhibend. Non est ergo à substantia contractus separanda atque distinguenda solennitas contractus, ut diserte hic docet D. Collega. Bocer. num. 120. & seqq. pag. 135. Hæque de re exquisitius dissertat Scipio Gentil. d. tract. de solemnitatib. &c. cap. 5. & seqq.
- Accidentalibus contractus appellantur, quæ contractui, præter ejus naturam, pacto contrahentium accedunt. Accus. & Bald. in d. l. pacta conventa. 27. ff. de contrab. empt. Thad. Pifo. hic n. 13. & Schneidewin. num. 23. Zasius

Zafius in Epitom. feud. par. 1. num. 8. Menoch. conf. 37. n. 99. lib. 1. Venui, si conuenerit inter contrahentes, ut depositarius culpam quoque leuem præstet l. 1. §. si conuenit. 6. ff. de positi. vel si ille, qui vendit domum, cum emptore paciscatur, ut domum emptam sibi pro tali pretio usque ad tantum tempus loacet. l. fundi partem. 79. ff. de contrab. empt. vel si adjiciatur lex commissoriam, additio in diem, pactum de retrovendendo, &c. Et huc pertinet trita illa regula: Pacta dant legem vel formam contractui, vel formant contractum. l. contractus. 23. vers. sed hæc ita. ff. de reg. jur. l. in conventionalib. § 2. in princ. ff. de verb. oblig. Sed videatur Olvrad. Hilliger. in prædicto Donello enucl. lib. 15. cap. 1. ad litteram A. ubi quadruplicem contractus formam subtilius declarat. Adde Corasium lib. 3. Miscel. jur. civil. cap. 10. n. 5. & seqq.

- 65 Quia porro in contractibus sæpe de dolo culpa & casu fortuito quæri solet: ideo antequam ad particularem illorum expositionem deveniam hæc singula paucis explicare, operæ pretium esse arbitror. A voce itaque Græca *δολος*, dictus est Latine dolus: eaque vox derivatur vel à verbo *δέω*, quod ligare, vincire, adstringere significat; propterea quod homines dolo inducti sæpe ligentur sive adstringantur, obligationem aliquam suscipientes, unde facile extricari nequeant: vel a verbo *δελω*, quod significat allicere, & veluti esca quadam capere. Capiuntur etenim, qui dolo decipiuntur: proindeque capti dicuntur, qui dolo circumveniuntur. l. denique 5. §. ergo. 5. l. verum. 11. §. sciendum. 3. ff. de minorib. l. quæro. 39. ibi, ne alioquin emptor capiat. ff. de actionib. empt. Celsus Bargalius in tract. de dolo. lib. 1. cap. 1. num. 15. Quo pertinet illud Virgil lib. 2. *Æneidos*.

Talibus insidiis, perjurique arte Sinonis

Credita res: coptique dolis, lacrymisque coacti.

& illud Ovidii Epistol. 20.

Verba, qui exultas, tua si mihi verba dederunt?

Sumque parùm prudens capta puella doli?

- 66 Cum autem dolus sit nomen generis, sicut adoptio, cognitio, & jurisdictio, boni malique doli species continens. l. 1. §. 3. ibi, *veteres dolum etiam bonum dicebant. ff. de dol. mal. in eo sensu acceptus, adeoque simpliciter consideratus non ineptè ita definiri posse videtur: Dolus est juvandi nocentique causa adhibita simulatio. Genus est simulatio: cetera definitioni inserta verba formam seu differentiam specificam constituent. Nullus siquidem est dolus, qui aut juvandi causa, cujusmodi est dolus bonus; aut nocendi, qualis est dolus malus, non adhibeatur. Bargalius d. lib. 1. cap. 1. num. 21. Nec movet objectio Labeonis existimantis, dolum reperiri etiam absque simulatione, dict. l. 1. §. 2. ff. de dol. mal. ut in furto & rapina, juxta Accursium. ibid. super verb. *& sine simulatione*. Nam dolus hic accipitur, prout in edicto Prætoris, qui scilicet non cadat in speciale nomen delicti, nec specialem actionem producat. dict.*

- 67 l. 1. §. ibi *si de his rebus alia actio non erit, &c.* In quo dolo innominato semper inesse simulationem, certum est. Et si enim in furto, rapina, & similibus dolus insit; adeo, ut sine dolo non committantur. l. 1. ff. de furt. §. 1. *infra de oblig. quæ ex del. nasc.* tamen furtum, aut rapinam non esse dolum, constat. Adde, quod in furto saltem occulto simulatio inest: item in eo, quod non a delicto, sed a contractu incipit: velut, si depositarius, aut commodatarius, ad alium usum, quam acceperit, re commodata utatur: negari simulatio nequit; cum simulet, se ad unum usum rem accipere, & convertat in alium. l. si pignore. 54. C. qui re si bi commodata. 76. l. fulto. 82. ff. de furt. Cui consequens est, Servium Sulpitium immeritò reprehensum à Labeone in ea parte, quod detur dolus sine simulatione. Sulpitius etenim definivit dolum, prout edicto Prætoris continetur: & vera est reprehensio isthæc in alia parte tantum, quod reperitur simulatio absque dolo malo, nempe cum dolum bonum facimus, rem nostram, vel alterius defendentes. d. l. 1. §. ibi, *qui per ejusmodi dissimulationem tuetur vel sua, vel aliena ff. de dol. mal.* Quare cum supra posita definitio utrumque dolum comprehendat, (in utroque quippe, adest simulatio) eam amplecti debemus, maxime cum nemo ex juris Auctoribus dolum, ita in genere sumptum, definiverit, docente Bargalio d. lib. 1. c. 1. n. 20.

Harpprecht ad Iulianum. Tom. III.

& seq. Verum de definitione doli plura novissime eleganter tradidit Dn. Collega Besold in delib. jur. ex lib. 4. Pand. tit. 3. pag. 344. & seq.

Definitioni doli proxima est divisio, quæ in duas deducitur species. Aut enim bonus dolus est, aut malus. d. l. 1. §. 3. ff. de dol. mal. Dolus bonus est, se ipsum, vel alterum, proprias res, vel alienas juvandi, inventa simulatio: qui dolus pro solertia & industria accipitur. d. l. 1. §. 2. ibi, *tuentur vel sua, vel aliena. §. 3. ibi, pro solertia ff. eod.* Quemadmodum de B. Athenasio traditur, qui, cum à Ju. 69 hani Apostata satellitibus conquiretur ad necem; quæ fugiebat naviculâ conversâ in contrariam fluminis partem his, qui se insequabantur, ex industria occurreit: & quærentibus, nunquid de Athenasio sciret? respondit: se non longè illum navi euntem vidisse. Atque ita sicarios illos contrarium cursum tenentes, effugit: bonoque dolo malum exclusit: ut ex Parisio, consil. 67. num. 58. vol. 3. refert Bargalius d. tractat. de dol. lib. 1. cap. 3. num. 6. Hinc 70 recte quidam doli boni speciem, licitumque esse scribunt, fallaciter ex hostium potestate evadere, l. nihil interest. 26. ff. de captiv. & postlim. revers. Hotom lib. 4. observ. 4. vectigalia injusta & illicita fraudare. Barbat & Roman. in l. vectigalia. 10. ff. de publican. & vectigalib. Bald. in l. cum proponas. 3. Cod. de nautico fœn. & in l. 1. in princip. col. 1. C. de caduc. tollend. Tiraguel. du retraiç. Li. gnagier in præfat. num. 69. ubi plures citat cultores carceris, cui injustè quis mancipatus est, fallere. Decian in tract. crimin. lib. 1. cap. 5. num. 16. Albanus in additionib. ad Bartol. in l. relegati. 4. in princip. lit. b. ff. de pœnis aliisque per hunc allegati, in causa justa cavillationibus & fraudibus uti. l. cum pater. 77. §. Titio. 31. in fin. de legat. 2. glos. in c. cupientes. 16. in princip. super verb. malignatione de election. in 6. Tiraguel. in d. præfat. num. 71. hostem actu, insidiis & stratagematibus circumvenire: modo sub ea specie fides data non fallatur, aut belli jura violentur. Hotoman illustr. quest. 7. Vand. lib. 1. quest. 51. Muret. lib. 18. var. lect. cap. 4. Antimachiarvelli auctor. lib. 3. theorem. 12. Waremond de Erenh. Mediam. pro fieder. lib. 1. cap. 2. num. 60. & 69. Elias. Reusner. lib. 2. art. stratagemat. cap. 5. hosque refert Hilliger. in Donello. enuclat. lib. 15. c. 40. sub. lit. C. pag. 1392. uti plura doli boni exempla recenset; ut & Borcholt. in tractat. de pact. c. 6. num. 5. & Bargalius d. lib. 1. c. 3. & seqq. qui præ ceteris hunc materiam fusissimè explicat. Ceterum de isto dolo in hoc & seqq. titulo non agitur. Siquidem & a 71

Dolus malus ex Labeonis sententia, definietur omnis calliditas, fallacia, machinatio, ad circumveniendum, fallendum, decipiendum alterum adhibita. d. l. 1. §. 3. in fin. ff. de dol. mal. Quam definitionem verbis duntaxat, non verò re ipsa a Servii definitione differre, non omnino inspicere quis dixerit. Etenim utraque habet loco generis machinationem: utraque continet simulationem, ad fallendum, decipiendumque alterum adhibitam. Nam tantundem important illa Labeonis verba, *calliditatem, fallaciam ad circumveniendum*, quantum illa Servii Sulpitii, *cum aliud agitur, aliud simulatur*. Calliditas quippe vel fallacia sine simulatione esse nequit: quoniam si aperta fronte machinatio adhiberetur, calliditas, vel fallacia dici non posset. Sed vide utramque istam definitionem ingenuè, contra alios, defendentem Celsum Bargalium sæpe allegato tractat. de dol. lib. 2. cap. 1. ubi num. 3. phœre ditionum interpretatione definitiones recitat. Sanè & alius prohibetur dolus, 72 re ipsa contingens, absque fraudulenta machinatione, & citra simulationem; quem negotialem indigitat Jacob. Gortensius ad d. l. 2. C. de rescind. vend. pag. 88 quo contrahentibus si circumscire hunc concessum est naturaliter, id est, ex natura contractus, *circumscire* sive negotiative l. in causa. 16. §. per ff. de minor. l. item si 22. ult. ff. locati Novell. 97. c. 1. propter substantiam contractus, & votum contrahentium.

- Petr. Fab. ad l. 206. ff. de reg. jur. pag. 786. vel re ipsa ac facto, citra personalem circumscriptiorem. Anton. Fab. lib. 8. conjec. cap. 5. Qui tamen dolus, propriè bonus minus rectè statuitur: sed nec doli mali species est. Cæterum vocatur ita ob similitudinem, verè non est: & cum dolo vero, bono malovè, convenit genere non synonymo, sed homonymo, docente Hilligero d. lib. 15. cap. 40. lit. C. pag. 1393. Hucque referantur, que annotavimus ad §. 1. n. 18. Et seqq. infr. de empte. Et vendit. De multiplici autem doli mali specie consulatur Bargalius d. lib. 2. cap. 1. Et aliquot seqq.*
- 74 Culpa dupliciter accipi & considerari; in genere, & in specie, non obscurum est. In genere considerata, dolum & quodcumque factum illicitum complectitur. l. si servum. 91. ff. de verb. oblig. l. magna. 226. ff. de verb. significat. Alciat. in l. lata culpe, 22. num. 1. ff. eod. t. Justus Mejer. in Commentatione, de culpa in contractib. proghanda th. 3. Et seqq. Et de hac nobis sermo non est: cum juris auctores perpetuò dolum à culpa sejungant, ut in l. contractus. 23. ff. de reg. jur. l. si, ut certo §. 2. ff. commodati. l. procuratorem. 11. Et l. à procuratore. 13. C. mandati. cum nullis similibus. In speciali significatione culpa sic commodè describitur: ut sit imprudentia, qua homines circa res alienas, vel negligunt, quod fieri oportet: vel faciunt, quod omitti debet. Coras. lib. 4. miscellan. jur. civ. cap. 1. num. 9. Ans. Delrio ad l. contractus. 23. ff. de reg. jur. cap. 1. Generis loco ponitur, imprudentia. Quia si quippiam à sciente prudenteque fieret, factum hoc non culpa, quam inscientes & improvidi duntaxat contrahunt, dici posset, sed in dolum incideret. d. l. 1. §. de dol. mal. Additur, circa res alienas. Quoniam in rerum propriarum administratione culpa propriè non consideratur, nec puniatur. l. etiam filios. 18. §. ff. solut. matrim. nisi in nimium rei suæ abusum abeat. §. 2. vers. sed major, supr. de bis, qui sui, vel al. jur. sunt. l. 2. ff. eod. Gaddens in l. cedere. 213. §. ultim. num. 1. ff. de verb. significat. Dicitur, vel negligunt quod fieri oportet. Quia culpa plerumque in desidia negligentia consistit; & nihil aliud, quam negligentia censetur. §. Præterea Et is 3. §. infra tit. proximo. d. l. si, ut certo. §. 2. ff. commodati. l. socius socio 72. ff. pro socio. §. ult. infra de societate. d. l. magna. 226. ff. de verb. significat. D. Bocero in d. l. contractus. 23. ff. de reg. jur. cap. 3. num. 4. Adicitur quoque, vel faciunt, quod omitti debet. Quandoquidem culpa non in desidia tantum & negligentia, sed quandoque etiam in facto versatur. l. si putatur. 31. ff. ad leg. Aquil. d. l. si servum. 91. ff. de verb. obligat. Coras. d. lib. 4. miscellan. cap. 1. num. 9. in fine. Plures culpræ definitiones ex Doctoribus refert Bargalius d. tract. de dolo lib. 5. cap. 1. num. 11. Et seqq. item Hilliger. in Donello enucleat. lib. 16. c. 7. lit. A.
- 77 Quamquam autem Bartolus & reliqui Dd. in l. quod Nerva. 32. ff. de posite. quinque culpræ species constituunt; latissimam, latiore, latam, levem & levissimam; & quamquam etiam Donellus ad l. procuratorem. 11. num. 18. cum seqq. C. mandat. Et lib. 16. Comment. de jure civil. cap. 7. pag. 620. latam duntaxat & levem culpam agnoscit; alique aliter culpam distinguunt, ut apparet ex notatis Gothofredi ad d. l. quod Nerva. 32. ff. de posite. Et Bargalius d. lib. 5. c. 1. num. 15. Et seqq. verior tamen est sententia eorum, qui culpræ nullas species (siquidem majus & minus non constituent diversas species). l. ult. ff. de instrum. Et j. plurim. legat. l. 1. cui via. 11. ff. quemadm. servit. omitt. l. aut damnum. 8. §. inter eos. 6. ff. de penit. Zafius lib. 1. sing. respons. cap. 2. num. 1. Georg. Everhard. conf. 34. num. 61. vol. 2. eosque laudans. D. Mundus in Comment. de dissimulat. cap. 2. num. 70.) tres verò gradus, nimirum culpam latam, levem, & levissimam, faciunt. Quotquot enim sunt gradus diligentie: totidem etiam esse gradus culpe seu negligentie necessario consequitur. Istæ namque duo, culpam & negligentiam, idem valere, paulò ante ostensum est, ex d. §. ult. usq. de societate. d. l. magna. 226. ff. de verb. significat. Et similib. Quia injure diligentia reperitur summa sive exactissima; diligentia mediocris, sive media, & diligentia exigua sive minima. l. regula. 9. §. sed facti. 2. ff. de j. Et facti. ignorant. l. in rebus. 18. in princ. ff. commodat. tit. §. ultim. infr. de societate. Est ergo & negligentia sive culpa summa, vel (quod idem est lata culpa. d. l. regula. 9. §. 2. ff. de jur. Et facti. ignorant. l. cedere diem. 213. Et l. data culpe. 223. ff. de verb. fig. Est & negligentia sive culpa levis. l. homo liber. 54. §. 2. ff. de acquir. rer. dom. l. cum res. 47. §. culpa. 5. ff. de legat. 1. l. tutori. 20. C. de negot. gest. Est item negligentia sive culpa minima, quæ levissima dicitur. l. in lege. 44. ff. ad l. Aquil. Et exactissima diligentia, culpræ levissimæ; media diligentia, levi culpræ; minima diligentia, latæ culpræ opponitur. Atque hi tres culpræ gradus manifestè colliguntur ex d. l. cum res. 47. §. culpa. 5. ff. de leg. 1. ubi sit mentio culpræ latæ, levis, & diligentie, per quam ex oppositio significari culpam levissimam non dubitandum est. Idem perspicuè consuevitur ex l. contractus. 23. de reg. jur. Cum enim Ulpianus ibi dixisset, esse quosdam contractus, qui dolum & culpam recipiant: quosdam, qui dolum & culpam levem: tandem subjicit, esse quosdam ex numeratis, qui præter dolum & culpam levem, recipiant etiam diligentiam, id est, culpam levissimam. Nisi enim diligentia, pro exactissima diligentia accipiatur: vana & nullius momenti esset evidens culpræ & diligentie separatio ab Ulpiano facta, in l. si, ut certo §. 5. num. videndum. 2. in fin. ff. commodati. Vana quoque & ridicula esset ejusdem jurisconsulti repetitio, in d. l. contractus. 23. ff. de reg. jur. Atque illam inter culpam latam, levem & levissimam distinctionem, ut verissimam, approbant Wesenbecius Et Hotoman. in d. §. præterea. infr. tit. proximo. Coras. d. lib. 4. Miscell. jur. civ. cap. 1. num. 11. Duarenus in tract. de in lit. jur. num. 33. Et ad tit. C. de commodato. cap. 8. Et ad l. si mora. 9. vers. non etiam culpam ff. solut. matrim. Borcholt. in tract. de pact. c. 5. num. 11. D. Collega Bocerus in d. l. contractus. 23. ff. de reg. jur. cap. 3. num. 10. Et seqq. edit. 2. Schegk. in delibac. jur. Disput. 15. thes. 43. ad lit. B. Stuckius part. 1. Exercit. Justin. decad. 9. assert. 4. lit. l. pag. 357. Petr. Gregor. lib. 21. syntagm. c. 11. num. 4. Hopperus lib. 1. περὶ ἀναγ. pag. 29. Charond. lib. 3. veresim. cap. 9. Gregor. Lopez. lib. singul. animadvers. jur. civ. c. 17. num. 3. Et 4. Jacob. Cure. lib. 2. conjec. ad frat. c. 28. Lychama lib. 7. Membran. 34. Decian. lib. 1. praxis criminal. c. 6. num. 8. horumque citans Hilligerus in Donello enucleat. lib. 16. c. 7. ad lit. F. Timæus Faber disp. 22. ad Instit. Imperial. th. 12. lit. b. Humius lib. 3. var. resolut. jur. civ. tract. 3. part. 3. quest. 3. pag. 934. Johan. Leombardus Breitschwerder. in tractat. de casibus fortuit part. 1. c. 1. sect. 3. Et Martinus Bonacina in tract. de contractib. Et resit. disp. 3. q. 1. punct. 6. n. 1. pag. 367.
- Etli verò (assistentibus Corasio Et Duareno loci proximi allegatis) certissimè juris definitione culparum gradus comprehendi nequeant; sed potius Judicis arbitrio relinqui debeant: ut is pro re nata gravitatem, & magnitudinem culpræ, ex circumstantiis diligenter æstimet; & quæ culpa censetur commissa, prudenter decernat. l. semper. 15. §. culpam. ff. quod vi aut clam. l. mora. 32. ff. de usur. nobis tamen hæc qualiscunque ex fundamentis deprompta descriptio sufficiat. Itaque lata culpa non ineptè definitur prætermisio minimæ diligentie, id est, ejus diligentie, quæ non curiosum & industrium hominem requirit: sed quam natura ultro unicuique regulariter suppediat, auctore D. Bocero d. cap. 3. num. 11. Vel, lata culpa est, non intelligere id, quod omnes homines (sani scilicet intellectus, & qui sensu non carent) intelligunt. d. l. lata. 223. Et d. l. cedere diem. 213. §. fin. ff. de verb. fig. Ricciard. in §. item is, cui. 2. infr. quib. mod. re contrahit. obligat num. 17. Et seq. pag. 185. Joan. Matienus Et Ferals, junior in repetit. l. contractus. 24. ff. de reg. jur. num. 44. Et seqq. fol. 142. Veluti, si quis rem commodatam in publica via nocturno tempore reliquerit, & causeat, se non putasse, quoniam ablaturum esse: aut si quis præterdat, se ignorare, quod loco & edicto publico præscriptum erat, aut quidvis aliud, quod ceteri omnes sciunt. l. sed si pupillus. 11. §. ff. 2. de institor. action. d. l. regula. 9. §. sed facti. 2. ff. de jur. Et facti. ignor. Hinc est, quod lata culpa passim in jure dolo proxima, atque ideo dolo comparari, prope fraudem accedere, & aliquando etiam absolute dolo dicatur. l. 1. §. 1. ff. si mensor fals. mod. disc. d. l. quod Nerva. 32. ff. de posite. l. si fidejussor. 29. in princ. ff. mandac. l. impu.

- impuberibus. 7. §. si fraus. 1. ff. de suspect. tutor. d. l. cum res. 47. §. culpa. 5. ff. de legat. 1. l. si fortuito 11. ff. de incend. ruin. naufrag. l. mulier. 22. §. sed enim. 3. ff. ad SC. Trebell. l. questum. 8. §. enim quoque. 3. ff. de precario l. 1. §. 2. vers. culpa. ff. si is, qui testam. liber esse iussus erit. §. c. d. l. magna. 226. ff. de verb. signif. l. is, cui §. §. dolum. 15. ff. ut in possess. legatur. §. c. Enimvero proprie loquendo
- 82 lata culpa longè à dolo differt. Nam dolus est fraus certa culpa lata prope fraudem accedit, vel quasi fraus est, siue fraus intellecta & præsumpta. c. 2. in princ. ext. de deposito, Coras. d. l. 4. miscell. jur. civ. cap. 1. n. 13. latè Bargalius præallegat. tract. de dolo. lib. 5. cap. 2. n. 20. §. seqq.
- 83 Levis culpa est prætermisio mediocris diligentie. D. Bocero d. Commens. ad l. contractus. 23. cap. 3. num. 10. ff. de reg. jur. ed. 2. Vel, levis culpa est, cum quis in eo peccat, quod diligens paterfamilias, secundum communem hominum naturam, præcavere & evitare potuisset. Ei enim opponitur diligentia, qualem bonus paterfamilias suis adhibere rebus solet. l. heredes. 25. §. non tantum. ff. famil. ercisc. d. l. mulier. 22. §. sed enim. ff. ad SC. Trebell. l. quod sepe. 35. §. si res vendita. ff. de contrah. empt. Ut, si quis annulum commodatum, aut aliam rem pretiosam, & quæ faciliè intercipi poterat, non conderit in arca, sed in media domo cuius expositam dimiserit. Duaren in d. l. si mora. 9. ff. solut. matrimon. Et hanc culpam in dubio Legislatores intelligunt, quando sine adiectione culpam simpliciter exprimunt. arg. §. præterea. 3. infr. tit. proximo. l. socius socio. 72. ff. pro socio. l. si mora. 9. ibique Jason. num. 8. §. l. si filiofamilias. 25. §. 1. ff. solut. matrimon. Quod ita tamen exaudiendum: si materia subiecta aliud non suadeat ut, post Bartol. in fin. vendition. 8. §. si quis fructus. num. 6. ff. de reb. auctorit. jud. possidend. Baldum in l. que fortuitis. 6. vers. sed dubitatur. C. de pignorat. act. Zafum responsor. lib. 1. consil. 20. num. 17. Alciatum in d. l. magna 226. num. 5. ff. de verb. signif. Decium. Cagnolus & alios in d. l. contractus 23. ff. de reg. jur. pluribus ostendit Bargalius d. tract. de dol. lib. 5. cap. 3. num. 18. §. seqq.
- 84 Levissima culpa est prætermisio summæ diligentie, tradente D. Bocero d. Commentar. ad l. contractus 23. cap. 3. num. 22. ff. de reg. jur. Vel, levissima culpa dicitur: cum quis mediocrem diligentiam in re custodienda adhibet: sed culpam tamen admittit, in quam vir diligentissimus & sagacissimus non incidisset. l. in rebus. 18. in princ. ff. commodati. l. 1. §. §. ille quidem. 4. ff. de obligat. & actionib. Exempli gratia: si quis gemmam sibi commodatam inclusit in arca, & ei fur arte aliqua illam abstulerit & furripuerit. Hic sanè casus cum ab homine diligentissimo prævideri potuerit, casibus fortuitis non annumeratur, licet quam proximè ad eos accedat, l. cum duob. 52. §. damna. 3. ff. pro socio. l. naufrag. 5. §. 1. ff. naufrag. coupon.
- 85 stabularii, &c. Excipitur furtum domesticum: idque non sine magna ratione: quia solet numerari inter casus fortuitos: cum furtum domesticum hominis etiam sagacissimi & prudentissimi, consilio prævideri non possit. arg. l. eum, qui. 14. §. idem scribit. 6. ff. de furt. Schneidevvin. ad princ. infr. tit. prox. num. 34. Duaren ad prædictum tit. C. de commodato. cap. 8. Farinacius part. 7. praxis criminal. tit. 17. de furt. quest. 169. num. 21. ubi plures citat. Et ea de re vide diversimodè sentientes Wesenbecium part. 1. consil. 36. num. 28. & 29. Andreæ Claudium in tract. de condict. furtiv. cap. 2. ad fin. Jafonem in §. sed ista. num. 46. infr. de actionibus. §. l. 1. C. de posit. Riminaldum consil. 164. §. seq. num. 206. Romanum. consil. 413. num. 11. & Boffium in præf. criminal. tit. de remiss. merc. ed. num. 75. hosque referentem Stuckium. part. 1. Exercit. Justin. decad. 9. assert. 4. lit. K. pag. 358.
- 86 Et igitur casus fortuitus nihil aliud, quam inopinatus eventus, quem nullum consilium humanum prævidere potest. l. 2. §. si eo tempore. 7. ff. de administrat. rer. ad civitat. pertinent. d. l. que fortuitis. 6. Cod. de pignorat. act. aut, cui prævisio etiam humana diligentia & cura resistere nequit. l. ex conducto. 15. §. 2. ff. locati. l. in reb. 18. ff. commodati. d. l. 1. §. §. ille quidem. 4. ff. de obligat. & actionib. l. in iudicio. 28. Cod. de loco. Donell. lib. 16. Commentar. de iur. civil. cap. 6. pag. 617. num. 30. P. Gregor. lib. 21. syntagm. cap. 12. num. 1. Sebastian. Medic. De fortuit. cas. part. 1. quest. 12. Menoch. de recuper. Poss. remed. 12. num. 23. Delrio ad l. contractus. 23. ff. de reg. jur. cap. 1. sub finem. & ibidem D. Bocero cap. 3. num. 10. cum seq. Breitschwerdt. d. tract. de casib. fortuit. c. 2. sect. 2. Ricciard. in d. §. item is, cui. 2. infr. quib. mod. re contrahit. oblig. num. 24. & seqq. ubi multa fortuitorum casuum exempla recenset. De incendio, nunquid casibus fortuitis, an culpæ, sit accensendum, controvertitur? Et illud inter casus fortuitos numerandum, apertè evincit d. l. contractus. 23. in fin. ff. de reg. jur. d. l. si, ut certo. 5. §. quod vero 4. §. d. l. in rebus. 18. ff. commodati cum similibus. 1. §. §. 88. Quibus non repugnat l. 3. §. ut curam. 4. ff. de offic. præf. vigil ubi dicitur, incendia oriri negligentia seu culpa inhabitantium. Nam dum Paulus JC. in ea lege incendium culpa inquilinorum accidere posse affirmat, eo ipso præsupponit, incendium aliquando etiam citra inhabitantium culpam fieri: Proinde rectè statuitur, incendium non simpliciter culpæ adscribendum; sed interdum casum fortuitum esse, nimirum à fulmine, vel à pravis hominibus & incendiariis excitatum. Delrio ad d. l. 23. ff. de reg. jur. c. 26. Similiter non obstat l. si vendita. 11. ff. de peric. & commod. rei vend. cuius in principio expresse asseritur, incendium sine culpa inhabitantium fieri non posse. Etenim in questione loco rationis dubitandi adducta hoc quidem dicitur: in responsione verò longè aliud deciditur. In ea siquidem Jurisconsultus dubitandi rationem removendo clarè disponit: incendium etiam sine partis familiaris culpa, adeoque casu quodam exoriri posse, Verùm hac de re consulantur Cujacius lib. 17. observat. cap. 20. in fine Pacius centur. 1. ἐπεὶ τὸ Πανὼν. quest. 45. Virgil. Pingiz. cap. 2. illustr. quest. Saxo. 23. num. 7. & seqq. Hotoman. lib. 5. observ. 10. Mostelin. Pistoris part. 1. quest. 25. Sebaft. Medic. de fortuit. cas. Part. 2. quest. 7. Joan Lublerus in tract. de incend. hosque referens Hilligerus in Donell. enucleat. lib. 16. cap. 6. ad lit. K. item Nicolaus Sudorius lib. 2. Disput. juris civil. sub tit. de incendio adiut. pag. 141. cum seqq. Gail. lib. 2. observat. 22. Mynsinger. cent. 6. observat. 88. Paul. Berens Disput. 9. them. 2. quest. 5. Vincentius Carocius in tract. locati & conduct. pars. 2. tit. de incendio, &c. pag. 166. cum seqq. & Hackelman. illustrum question. Disput. 9. thes. 3. sub lit. A. Cæterum an & quatenus dominus seu paterfamilias ex incendio, culpa suæ familiæ sive domesticorum causato, teneatur, explicatius exequuntur Andreas Rauchbar. quest. jur. 10. part. 2. Farinac in prax. crimin. part. 3. quest. 110. Berlichius part. 4. conclusionum practicabil. concl. 25. Breitschwerdt. d. tract. de casib. fortuit. cap. 5. sect. 11. D. Collega Besold. in delibat. jur. ex lib. 1. Pandect. num. 48. pag. 154. cum seqq. item ex lib. 9. Pand. n. 5. pag. 574. & seq. aliique plures, per eos citati.
- Quibus omnibus ita distinctis ac explicatis, quæri potest non inconvenienter: quid in quolibet contractu veniat præstandum? Et pro regula breviter observandum est: quod contractus alii unius tantum causa, siue ad unius utilitatem fiant; ut commodatum, ut depositum: alii utriusque gratia celebrentur: ut emptio, locatio, pignus, societas, &c. Ubi utriusque contrahentis utilitas vertitur: ibi dolus, lata & levis culpa præstatur. Ubi verò alterius tantum vertitur utilitas: siquidem accipientis, ut in commodato: dolus, lata, levis & levissima; sin dantis, dolus & lata duntaxat culpa, ut in deposito, præstatur. Nulli autem istorum contractuum sui natura casum fortuitum admittunt, d. l. si, ut certo. 5. §. nunc videndum. 2. ff. commodati. d. l. contractus. 23. ff. de reg. jur. ibique D. Bocero cap. 3. Breitschwerdt. d. tract. de casib. fortuit. cap. 1. sect. 4. Lopez. d. lib. singul. animadvers. jur. civ. cap. 17. num. 7. Timæus Faber. d. disp. 22. th. 12. sub lit. b. Bonacina d. tract. de contract. disp. 3. quest. 1. punct. 6. num. 5. cum seqq. pag. 367. & seq. Et nos (volente domino) in titulis sequentibus de singulis contractibus exponemus accuratius. Num porro in contractibus, vel quasi, sit præstanda culpa levissima, foissime explicat Erasmus Ungepaur exercit. Justin. 12. quest. 7. pag. 461. & aliquot seqq. De prædictis videtur etiam Everhard. Bronchorst. cent. 2. ἐπεὶ τὸ Πανὼν. assert. 33. pag. 255. & seq. ed. 2. nec non Justus Mejer, in d. Comment. de culpa in contract. præstanda. th. 18. cum multis seqq. ubi Donelli, levissimam culpam planè rejiciunt, singula argumenta solide refutat.

QUIBUS MODIS RE CONTRAHITUR
OBLIGATIO.

TIT. XV.

Principium. Tituli.

Recontrahitur obligatio, veluti mutui datione. Mutui autem datio in rebus consistit, quæ pondere, numero, mensurâ constant: veluti vino, oleo, frumento, pecuniâ numeratâ, ære, argento, auro: quas res aut numerando, aut metiendo, aut adpendendo in hoc damus, ut accipientium fiant. Et quoniam nobis non eadem res, sed aliæ ejusdem naturæ & qualitatis redduntur: inde etiam mutuum appellatum est; quia ita à me tibi datur, ut ex meo tuum fiat: & ex eo contractu nascitur actio, quæ vocatur condictio.

SUMMARIA.

- 1 Connexio hujus tituli cum præcedente.
- 2 Contractus re contrahi quare dicantur.
- 3 In contrahendum, qui re sunt societatem admittitur quoque permutatio, & contractus innominati.
- 4 Cur tantum quinq; contractus reales hic exponantur.
- 5 Mutuum unde appelletur.
- 6 Cujus derivatio mutui expolitur.
- 7 Mutui definitio, hujusq; diligens explicatio.
- 8 Mutuum verus ac proprius contractus.
- 9 Quando contractus dicitur propriè celebratus, quando item improprie.
- 10 Cur mutuum sit contractus re initus.
- 11 Cur eisdem nominatus, & juris gentium.
- 12 Mutuum debet esse rei mutanda dominus.
- 13 Quantitatis nomine quid significetur.
- 14 Mutuum quomodo differat à commodato, deposito & pignore.
- 15 Dare est dominium transferre.
- 16 Alia differentia inter mutuum & inter commodatum atque depositum.
- 17 Adjacere non decipi beneficio oportet.
- 18 Tres mutui species, juxta Doctores.
- 19 Mutuum naturale tantum, civile tantum, & mixtum.
- 20 Ista differetia, & unicum duntaxat mutuum statuitur.
- 21 Mutuum, secundum quædam, aliud proprium, aliud improprium.
- 22 Hæc quinq; distinctio representantur.
- 23 Mutuum contrahi qui possit.
- 24 Nemo in alium plus juri transferre potest, quam ipse habet.
- 25 In quibus contractibus contrahentium consensus necessarius.
- 26 Fere, aut ex rem alienam mutuum dando, nihil agunt.
- 27 Ex consuetudine, etiam aliena, bona fide facta, non mutuum contrahi: sed conditionem nasci, contra D. Bocerum & alios, defenditur.
- 28 Consideratio l. pater filii. 2. ff. de jure dos.
- 29 Ex separata nulla est illatio.
- 30 Utrum provincialium mutui contractum celebrare prohibeatur.
- 31 Quia l. qui Cudici ad certam fudi speciem etusa.
- 32 Intellectus l. p. f. 34. ff. de reb. credit.
- 33 Quatenus Magistratus noster temporis, contractus cum subditis fieri non possint.
- 34 Intellectus l. 1. C. de his, qui public. rationib. &c.
- 35 Magistratibus provincialibus mutuum pecuniam accipere licet.
- 36 Intellectus l. quiquis. 16. C. si cert. petatur.
- 37 Intellectus l. servitor. 8. C. de minoratib. &c.
- 38 Filiofamilias & servus utriusque pecuniam mutui dantes, patris, & domini voluntate id facere consentunt.
- 39 Filiofamilias mutuum pecuniam dare non potest.
- 40 Filiofamilias ex omni negotio regulariter obligatur.
- 41 An & quævis pupillus mutuum pecuniam, sine tutore suo, accipiendo obligetur.
- 42 Quoties minor. 24. annis, curatorem habens, ex mutuo, sine illius consensu obligari possit.
- 43 An ex quibus civitas accipiendo mutuum pecuniam, obstringitur.
- 44 Sine lege ubi observandum.
- 45 Civitas consensum ad obligandum sufficiens, interponere possit.
- 46 Prælati Ecclesiæ non cum capitulo mutuum accipientes pecuniam, ad eam restituendam obligantur.
- 47 Intellectus l. civitas. 27. ff. de reb. credit.

- 48 Lucile est, nisi totâ lege perspectâ, judicare vel respondere.
- 49 Civitatis administratores vel Syndici, civitatis nomine contrahentes, quatenus & quâ actione teneantur.
- 50 Nemo debet cum alterius detrimento locupletari.
- 51 Pecuniam in utilitatem civitatis conversam esse quomodo probetur.
- 52 Sententia l. ult. ff. de exercit. act.
- 53 Quatenus civitas restitutionem in integrum implorare possit.
- 54 Nunquid ludens, si collusori suo pecuniam mutavit, ejus actionem sive conditionem habeat.
- 55 Lusus prodigalitatis instrumentum.
- 56 Schachorum ludus ceteris præferendus.
- 57 Quæ leges in ludendo observanda.
- 58 Lupus est homini homo.
- 59 Mutui datio in quibus rebus consistat.
- 60 Aliud pro alio, invito creditori solvi nequit.
- 61 Nullum simile est idem: item nam grex ad numerum mutuo dari queat.
- 62 Panes, pisces, carnes &c. an mutuo dari possint.
- 63 Equivã mutuum sit si eisdem nummi mutuo dati reddantur.
- 64 Accidentia substantiam vel naturam rei non immutant.
- 65 Cujusque contractus initium spectandum.
- 66 Favorsi suo cuiuslibet renunciare licet.
- 67 Consideratio l. 2. in princip. ff. de reb. credit.
- 68 Quod actum est servari debet.
- 69 Modus dandi & accipiendi mutuum quid concernat.
- 70 Communis mutuum dandi modus quis.
- 71 Consideratio l. si ego. 18. in princip. ff. de reb. credit. cum l. cum in corpus. 36. ff. de acquir. rer. domin.
- 72 D. Bocerius instantia retunditur.
- 73 Si decem denis & pactiscar, ut undecim reddas, an obligatio ultra decem nascatur.
- 74 Usura pecuniæ credita ex pacto non debentur.
- 75 Donatio sine utriusq; voluntate non contrahitur.
- 76 Actum, formam mutui deserviens, non valet.
- 77 Singularis mutuum dandi modus.
- 78 Per liberam personam, juri nostro non subiectam, dominium non acquiritur.
- 79 Ratibatio ad tempus contractus retrotrahitur.
- 80 Alius singularis mutuum dandi modus.
- 81 Sensus l. quod si. 10. ff. de reb. credit.
- 82 Alius modus mutuum dandi singularis.
- 83 L. singularia 15. ff. de reb. credit. conciliatur cum l. qui negotia. 34. ff. mandati.
- 84 Nulla in jure contrarietas, quæ explicari nequeat.
- 85 Instantia diluitur.
- 86 Respondetur ad aliam instantiam.
- 87 Multiplex verbi epistolæ significatio.
- 88 A propria verbi significatione non recedendum.
- 89 Alius mutuum dandi modus singulariter receptus.
- 90 Explicatio l. rogasti. 19. in princip. ff. de prescript. verb.
- 91 Consideratio l. qui negotia. 34. in princip. vers. his argumentum. ff. mandati. cum l. rogasti. 11. in principio ff. de reb. credit.
- 92 Modus dandi & accipiendi mutuum; adjunctam mutui qualitatem concernens.
- 93 Mutuum suâ naturâ gratuitum.
- 94 Quibus casibus mutuatarius licitas præstet usuras.
- 95 Mutuum contrahitur vel pure, vel ad certum diem vel sub conditione.
- 96 An mutuatarius pecuniam pure, eam statim reposcens creditori restituere teneatur.
- 97 Contractus cur sint inventi.
- 98 Homines hominum beneficiis juvare oportet, non decipi.
- 99 Consideratio l. cum, qui Calen. 4. § ff. de verb. obligat.
- 100 Benignius leges interpretanda sunt.
- 101 Utrum in diem quod deberet, creditori invito ante diem restitui solvatur.
- 102 Quoties restitui posse dicatur.
- 103 Quando à propria significatione verborum recedi oporteat.
- 104 Quid dicatur alicui liberum esse.
- 105 Matrimonia debent esse libera.
- 106 Diei adfectio est pro reo sive debitor.
- 107 Cuius actum est beneficium, pro se introducendum, contemnere.
- 108 Summa l. cum, qui rogatus. 15. ff. de annis legat.
- 109 Sententia l. si solutus. 39. vers. quid enim, ff. de solutionib.
- 110 Intellectus l. creditor. 102. in princip. ff. de solutionibus.
- 111 Necessitas non subest legi.
- 112 Sensus l. 2. § idem Julianus & l. 1. §, qui certo. 9. ff. de eo, quod certo loco, &c.
- 113 Mem. l. item illa. 18. in princip. ff. de constit. pecun.
- 114 Sententia l. sed etsi ante. 10. ff. ad Senat. consult. Trebell.
- 115 Explicatio l. qui Roma. 27. in princip. ff. de verb. obligat.
- 116 D. Bocerius reclamantis objectiones referuntur & improbandur.
- 117 An eadem ratio solutionis faciendæ certo tempore, quæ est solutionis certo loco præstandæ.
- 118 Consideratio l. rescriptum. 22. in principio. ff. de distract. pignor.

- 119 Quis non posse dicatur.
- 120 Quid dicatur propriè, vel impropriè liberum.
- 121 Quid verbum (liberi) importet.
- 122 Consideratio l. stipulatio ista 38 §. 16. de verb. oblig. & l. quod certa 70 ff. de solutionib.
- 123 Ad aliam Boceri instantiam respondetur.
- 124 An si mutuum pecuniam mihi purè promittas. Et eandem jussu meo sub conditione promittas alteri, pendente conditione pecuniam illam à te petere possim.
- 125 Javolenus cum Paulo conciliatur.
- 126 Cur stipulator conditionalis, pendente conditione, sit creditor.
- 127 Actio, ex mutuo descendens, quando appellatur.
- 128 Certi conditio duplex; specialis & generalis, secundum Dd.
- 129 Actionis nomen hodie in libello exprimi non solet.
- 130 Unicam duntaxat generalis certi conditionem esse demonstratur.
- 131 Omne qui dicit, nihil excludit.
- 132 An & quatenus genus in speciem transeat.
- 133 Diversitas & identitas actionem ex medio concludendi cognoscitur.
- 134 Julianus in fine hujus principii quomodo exaudiendus.
- 135 Intellectus l. 1. in princ. ff. de condit. triticior.
- 136 Effectus sue causae commensurari debet.
- 137 Eodem modo contrahitur mutuum, quo indebitum.
- 138 Quatenus propositio generalis non excludat specialem.
- 139 Mutuatarius rem creditam quomodo restituere teneatur.
- 140 Num liceat invito creditori reddere melius, quam id, quod datum est.
- 141 Aliud pro alio invito creditori solvi nequit.
- 142 Minor numerus majori inesse dicitur.
- 143 Jura debitoribus faciunt in dissolvenda obligatione.
- 144 Præcedentium imitatio.
- 145 Conventionem effici potest, ut pro mutuo vino veteri reddatur novum.
- 146 An debitor partem debiti, etiam invito creditori solvere queat.
- 147 Explicatur l. tutor. 41. §. Lucius. ff. de usur.
- 148 Pena facit stipulationem individuum.
- 149 Summa l. Julianus 13. §. offerri 8. ff. de actionibus empt.
- 150 Actio pignoratitia quando sortitur locum.
- 151 Summa l. cum fundus. 31. ff. de reb. credit.
- 152 Summa l. si servus 57. in princ. ff. de adit. edict.
- 153 Summa l. si pater. 8. in fin. C. de actionib. empt.
- 154 Sortem sine usuris quis recipere non cogitur.
- 155 Quo quid modo contrahum est, eodem etiam modo dissolvitur, & n. 177. & 181.
- 156 Natura conventionis qua.
- 157 Alieri per alterum iniqua conditio inferri non debet.
- 158 Particularis solutio magna incommoda habet.
- 159 Mens & sententia l. quidam existimaverunt. 21. ff. de reb. credit.
- 160 In consentientem nulla sunt partes judicantis.
- 161 Prætor lites minuire debet.
- 162 Intellectus l. cum bey. 4 §. item si decem 6. ff. de statu liber.
- 163 In favorem libertatis multa specialia recepta.
- 164 Ratione legis cessante, cessat & ipsa legis dispositio.
- 165 Argumentum contrario sensu legis regulariter validum.
- 166 Intellectus l. Arrianus. 47. ff. de obligat. & actionibus.
- 167 Conventionalis definitio.
- 168 Interest nostra, potius non solvere, quam solutum repetere.
- 169 Dolo facit, qui petit, quod restituere tenetur.
- 170 Explicatur l. 2 §. 1. ff. de verb. obligat.
- 171 Cui quid præstatum esse dicatur.
- 172 Declinato §. 1. usur. quib. mod. tollit obligat.
- 173 Acceptilationis natura.
- 174 Quando solutio fiat.
- 175 Permissum est singulis debitoris heredibus, partem debiti hereditarii solvere creditori invito.
- 176 Alienum defuncti lere XII tabb inter singulos heredes pro portione hereditaria dividitur.
- 177 Lex illa XII tabb. neque iniqua est, neque damnoxa.
- 178 Consideratio l. placuit. a. C. de collatione fundor. patrimonial.
- 179 Consideratio l. in commodato 17. §. in his 4 ff. commodati.
- 180 Nemo creditores sui, aut alterius cuiusquam conditionem potest facere deteriorem.
- 181 Expositum ultimum ff. quib. mod. pig. vel hypoth. solvit.
- 182 An pro vno frumento mutuo, debitor estimationem in vno creditori solvere possit.
- 183 Aliud merx, aliud pretium.
- 184 Aliud pro alio, creditori invito solvi nequit. & n. 200.
- 185 Emolatur l. vinum 22 ff. de reb. credit.
- 186 Perpenditur l. si quis stipulatus. 57. in pr. ff. de solutionibus.
- 187 Examinatur l. si ita fideiussorem 47 ff. de fideiussoribus.
- 188 Nihil refert, quid ex recipientibus fiat.
- 189 Quomodo estimatio vice rei fungatur.
- 190 Utrum nummi, aut generaliter mutuo dati, debitor alterius generis nummos solvendo liberetur.
- 191 Pecunia bonitas ac substantia in quo consistat.
- 192 Que stipulatio non valet.
- 193 Summa l. ista. 35. in princ. ff. de aur. & argent. legat.
- 194 Summa l. unie. C. de collatione aur. &c.
- 195 Nummi rebus incorporabilibus accensentur.
- 196 Ex qua materia nummi custi soleant.
- 197 Summa l. creditorem. 99 ff. de solutionibus.
- 198 In quo creditoris versetur incommotum.
- 199 Ferdinandus Imp. constitutio.
- 200 Mutuum eadem bonitate, quæ datum est, reddi debet.
- 201 In nummis non materia externa, sed valor spectatur.
- 202 Instantia diluitur.
- 203 D. Boceri dissentientis fundamenta destruntur.
- 204 Consideratio d. l. creditorem 99 ff. de solutionibus.
- 205 Sensus & consideratio l. qua extrajudic. 65 §. 1. ff. de verb. obligat.
- 206 Debitor non plus juris habet adversus creditorem privilegiatum, quam non privilegiatum.
- 207 Mutatione monete facta, ejus temporis estimatio vel quantitas in mutuo reddendo sit spectanda.
- 208 Moneta mutatio duplex: intrinseca, & extrinseca.
- 209 Quid juris, si intrinseca moneta bonitas mutata fuerit.
- 210 Quid, si extrinseca moneta bonitas sit mutata.
- 211 In mutuo quid actum intelligatur.
- 212 In contrahibus qua estimatio sit inspicienda.
- 213 Omnis obligatio, ex actione pecunia descendens, certa.
- 214 Natura mutui qua.
- 215 Neminis officium suum debet esse damnosum.
- 216 Causa finalis mutui.
- 217 In contrahibus ad verisimilem contrahentium mentem recurrendum.
- 218 De verbis non curandum, cum de mente consistat.
- 219 Verba se habent, ut corpus: mens verò, ut spiritus.
- 220 In dubio Cameralibus præjudiciis inhærendum.
- 221 Mens & sententia l. cum certum. 9. ff. de aur. & arg. legat.
- 222 Aliud res, aliud ejus estimatio.
- 223 Sensus l. creditorem. 99 ff. de solutionibus.
- 224 Casus fortuiti an & quando à debitor præstentur.
- 225 Cur à mutui actione casus fortuitus debitorum liberare nequeat.
- 226 Genus perire non potest.
- 227 Res domino suo perit.
- 228 Facti specie primi consilii Facultatis juridicae Tubingensis.
- 229 In rei lutione redditum non tempus contrahendi, aut solutionis, inspicendum.
- 230 Pacto contrahentium in qualitate solutionis standum.
- 231 Vera valutatio sive estimatio monete, tractum temporis successivum requirit.
- 232 Moneta quomodo calculanda ac estimanda.
- 233 In moneta perpetua spectari estimatio debet.
- 234 Non ex momentis temporum pretia constituuntur.
- 235 Cur vitis moneta diu in eodem statu durare nequeat.
- 236 Contrahentium verba in proprio & juridico sensu accipienda.
- 237 Facti species secundi consilii, à Collegio Juridico Tubingensi super re nummaria confecti.
- 238 Quaestiones sex ad consilium propositæ.
- 239 Rationes dubiorum referuntur.
- 240 Instrumentum facit probationem probatam, diciturque veritas apparet.
- 241 Quatenus contra tenorem instrumenti probatio admittatur.
- 242 Declinatio vel estimatio pecunie, in instrumento expressa utenatur.
- 243 Principes & publica persona ad fidem servandam cum primis adstringuntur.
- 244 Moneta secundum temporum & regionum morem estimanda.
- 245 Moneta mutatio quando non utenatur.
- 246 Tempus minuit moneta; priorque melior censetur postea.
- 247 Bone leges, ex malis moribus nata, raro durationem habent.
- 248 Ex incerto eventu dependens latio, considerari non debet.
- 249 Incertitudo facit licitum, quod aliis est illicitum.
- 250 Volenti non fit injuria.
- 251 Recensentur rationes decidendi.
- 252 Mutatione monete facta, solutio facienda secundum bonitatem, quam habuit tempore contrahendi.
- 253 Licet solutio secundum conventionem fieri possit de moneta currente tempore solutionis: valor tamen libra, quæ tempore contrahendi, attendi & secundum illum pondus fieri debet.
- 254 Ubi moneta facta est deterior in bonitate intrinseca, vel in pondere: solutio fieri debet de moneta antiq. vel de novâ ad valorem antiquæ.
- 255 Statut. Statuto, quod solutio de certi monete fieri possit: ea ad estimationem antiqua reduci debet.
- 256 Si obligatio, consensu in libris vel floribus solvi debent libra vel floreni in eâ bonitate, qua sunt tempore contrahendi.
- 257 Contrahentium eadem ratio est adhibenda.
- 258 Natura correlacionum est, ut dissolutum in uno, censatur quoque dissolutum in alio.
- 259 Nemo contra acceptationem monete novam & novam, ob id non hanc hujus morem statuit, &c. nummi antici.
- 260 Debitor, invito tamen creditore, est favorabilior.

- 261 Consideratio e. cum canonicis, 26. de censib.
 262 Debitor restituendo eam quantitatem & qualitatem, quam accepit, promissioni suae satisfacit.
 263 Debitor in contractu mutui, utpote stricti iuri, in obligari nequit.
 264 Sententia & consideratio l. si tibi decem. 17. in principio. ff. de pactis. & l. si rogasti. 12. §. 1. ff. de rebus creditis. &c.
 265 Quatenus usura non censeatur, mutuo dare cum onere. &c.
 266 Verus annuus reditus quis appellatur, & intelligatur.
 267 Remedio l. 2. C. de rescind. vendit. quando sit locus.
 268 Valoris extrinseci auctio omnibus certum infert damnum.
 269 Crescente numerorum valore, crescent pretia rerum.
 270 Intra quod tempus & quatenus exceptio non numerata pecunia opponenda.
 271 Consideratio l. quasi 7. C. de non num. pecunia.
 272 Condictio sine causa quando locum habeat.
 273 Exceptio non numerata pecunia procedit, etiamsi confessio mutui recepti facta sit in iudicio: itemq; licet stipulatio interponatur.
 274 Responsiones ad dubitandi rationes.
 275 Contractus usurarius & simulatus ipso iure nullus.
 276 Contractus: sapiens usurariam pravitatem, iuramento confirmari nequit.
 277 Usurarius contemnit Deum, naturam, scripturas & iura.
 278 Contractus usurarius sententia roborari non potest: nec sententia isthac in rem iudiciorum transit.
 279 Pactum contra iustitiam contractus factum, non valet.
 280 Pacta illicita reddunt contractum usurarium & suspectum.
 281 Principes, & similes personae publicae, facilius decipiuntur, propter negotiorum multitudinem, & varias suggestiones.
 282 Donationes immodicae, à Principe factae, revocari possunt.
 283 Princeps contra contractum, quo laesus est, restituatur, sicut minor.
 284 Traditio Doctorum, existimantium: non tempus contractus, sed solutionis, inspicendum, de quo casu accipi debeat.
 285 Vox (Gulden) non pro certo aliquo nummo, sed potius pro mensura numerorum accipitur.
 286 In mutuo quid spectandum veniat.
 287 Intellectus & interpretatio absurda admitti non debet.
 288 Moneta definitur ea, quae perpetuam estimationem habet.
 289 Quatenus tempus futurum in lesione consideretur.
 290 Favorabilior est causa illius, qui certa de damno vitando.
 291 Quocumque tempore mutuum celebratum est id tantum, quod datum, in eadem quantitate, qualitate & bonitate restitui debet: licet expresso convenerit, ut plus in obligatione esset.
 292 Resolutio secunda questionis proposita.
 293 Protestatio rite & solemniter facta, debitorem securum reddit.
 294 Resolutio questionis tertia.
 295 An & quatenus debitor ab obligatione sit liberatus, quando antiqua moneta in totum reprobata est.
 296 Resolutio questionis quarta.
 297 Usura & annuus reditus nihil sunt aliud, quam accessio ad sortem.
 298 Accessorium sequitur naturam sui principalis: etiamsi eo illud sit dignius.
 299 A primordio tituli posterior formatur eventus: item, qualia principia, talia principia.
 300 Resolutio questionis quinta.
 301 Resolutio questionis sexta & ultima.
 302 Quatenus mora creditoris in non accipiendo pecuniam, ipse non noceat.
 303 Casus sui facti species tertii Consilii Facultatis Juridicae Tubingensis.
 304 Quaestiones duae, ad consultandum propositae.
 305 Rationes dubitandi recensentur.
 306 Solutio eius, quod debetur, omnis tollitur obligatio.
 307 Debitum quando praesumatur solutum.
 308 Quietatio debitori data, inducit veram solutionis probationem.
 309 Quod semel placuit, amplius displicere nequit.
 310 Qui moneta valor inspicit debeat.
 311 Quatenus solutio sit naturalis modus tollende obligationis.
 312 Aliud est, solvere, aliud, solutum consistere.
 313 Resolutio questionis prima, in hoc consilio tertio proposita.
 314 Peccatum non remittitur, nisi ablatione restituatur.
 315 Ad iustitiam commutationem observandam omnes sunt obligati.
 316 Quae forma sit, & proprietates mutui.
 317 Pecunia debet perpetuam habere estimationem.
 318 Tolerantia ex prohibiti non facit licentiam ad contractum praeteritum perveniri debet.
 319 Multa res patientius tolerantur, quae in iudicium deducta non debent tolerari.
 320 Crescente numerorum valore, rerum pretia crescent.
 321 Nemini officium suum debet esse damnosum.
 322 Natura ipsa non ad gratitudinem invitatur.
 323 De damno vitando certantes, sunt favorabiliores illi, qui solam de lucro captando contendunt.
 324 Nemo cum alterius iactura fieri debet locupletior.
 325 De moneta probe extrinsecus valor, non auctoritate publica fuerit auctus: tunc ea solvenda est in illa estimatione, quae fuit tempore contractus.
 326 In dubio grossa moneta videtur in valore extrinseco aucta.
 327 Florenus imaginarius an & quatenus intrinsecam vel extrinsecam bonitatem recipiat.
 328 Bonitas florenorum ex bonitate specierum metienda.
 329 Camera Imperialis, juris veritatem aequitatemq; semper sectatur.
 330 Verba contractus ad incogitata, qualia sunt exorbitantes monetarum depravationes, non sunt trahenda.
 331 Nemo suum iactare aut donare praesumitur.
 332 Quilibet locutus in suo proprio significato accipienda.
 333 Thaleri Imperiales pro 8. fl. nullo tempore legitime approbati.
 334 Ad consuetudinis validitatem quae requirantur.
 335 Resolutio questionis secunda: item an & quatenus in actu liberatorio remedium l. 2. C. de rescindend. vendit. admittatur.
 336 Error juris an & quatenus iusta sit causa restitutionis.
 337 Error juris dubii equiparatur errori facti.
 338 Quo casu ei, qui damnum passus est, haud noceat ignorantia juris.
 339 Forensis potest petere restitutionem in integrum, ex clausula illa generali, &c. adversus statutum, quod ignoravit.
 340 Ignorantia est iustissima restitutionis causa.
 341 Lesionem enormissimam omnia iura abhorrent.
 342 Dolus semper licum restitutioni facit.
 343 Illudque procedit, etiamsi lesioni enormissima renunciatum fuerit.
 344 Adversarii callida machinatio iustam praebet causam restitutionis in integrum.
 345 Actio de dolo, utpote famosa, non facile concedenda.
 346 Dolo se agere censetur; qui contra juris prohibitionem aliquid agit.
 347 Ignorantia est res in animo sita.
 348 Ex persuasionibus confidit praesumitur dolus ex proposito.
 349 Quae persuasio habeatur loco conditionis.
 350 Prohibito tempore aliquid faciens, in dolo esse praesumitur.
 351 Cantela insolita dolum arguit.
 352 Si quis veniat merces suas precio currenti, scient, brevi alias ejusdem generis in magna copia superventuras, emptoribus ignorantibus, contra iustitiam peccat.
 353 Qui utitur scientia legis, antequam promulgetur, ad se ipsum dirigitur, cum aliorum damno; utitur scientia rei, quae omni bus debet esse communis, in aliorum detrimentum: proindeq; illis injuriam facit.
 354 Idem perquam eleganti, ex Molina desumpto, casu illustratur.
 355 Restitutio est prioris status vel juris reintegratio.
 356 Restitutio in integrum, propter dolum adversarii competens, statuto tolli nequit.
 357 Quibus casibus statim, adimens restitutionem non procedat.
 358 Facti species consilii quarti Facultatis Tubingensis, super re monetaria confecti.
 359 Quaestio ad deliberandum proposita.
 360 Ratio dubitandi.
 361 Ratio decidendi prima.
 362 Semper & indifferenter in mutatione monetae tempus contractus spectandum.
 363 Redarguitur D. Hillerus, sibi in duobus diversis super re monetaria conscriptis responsis, contrarius.
 364 Contrariorum eadem ratio ac disciplina.
 365 Partes debitoris sunt favorabiliores, quam ipsius creditoris.
 366 Ratio decidendi secunda.
 367 In monetis perpetua estimatio attendi debet.
 368 Numismatum valor, modico durans tempore, nullo modo considerandus.
 369 Dolo facit petens quippiam ex ea stipulatione, ubi res dolum in se continet.
 370 Usura est, mutuo dare cum onere, ut mutuatarius reddere teneatur pecuniam meliorem in bonum estimatione, &c.
 371 Ratio decidendi tertia.
 372 Crescente auri argenteae estimatione, omnes res venales similiter in pretio augentur.
 373 Boni & graves viri lucrum, cum alterius damno conjunctum, semper fordidum putantur.
 374 Res publica jure minorum utitur: ac proinde restitui in integrum potest.
 375 Quando privilegiatus non utatur suo privilegio contra pariter privilegiatum.
 376 Privilegiatus contra privilegiatum indifferenter restituitur, quando privilegium imper & potestatis habet.
 377 Verba (praelii, gedacht oder geneth,) quid significant.
 378 Dictionum relativorum quae sit natura.

- 379 Mutato rei monetaria stat., à p. d. h. consentis receditur.
 380 Licet conveniant partes, ut solutio fiat de moneta corrente tempore solutionis: inbilonitis tamen nova pecunia solvenda est secundum valorem, antiqua.
 381 Non solum quid promissum sit, sed & quid iuste exigi possit, considerandum.
 382 Contractus, usurariam sapiens pravitatem, ne juramento quidem corroboratur.
 383 Constitutiones Imperii, de usurariis contractibus promulgatae, omnibus iudicibus servio injungunt; ne super istiusmodi contractibus sententiam ferant, executionemve faciant.
 384 Refertur nova Dn. D. Martini Ruelini circa solutionem faciendam opinio.
 385 Jure communi barbarica monetarum mutatio incognita, imò reprobata.
 386 Jure deficiente, id sequendum, quod aequitas suggerit.

CONTINUATUR hic titulus ad proximè præcedentem ratione sumta ex §. ultim. tituli ejusdem. Quia enim Justin. Imp. ibi obligationes, quæ ex contractu oriuntur, aut re, aut rebus, aut literis, aut consensu contrahi dixerat id è jam ad singularem specierum enumeratarum interpretationem descendens, prius eorum contractuum, qui re fiunt, quinque species, mutuum scilicet, indebitum, commodatum, depositum, & pignus ordine explicat. Cui autem hic contractus, quorum hoc titulo fit mentio, re potius, quam consensu, contrahi dicantur, hæc omnium verissima ratio redditur: quia isti contractus ipsa rei traditione seu ipso facto fiunt & substantiam capiunt. l. obligamur. §. 2. §. 1. ff. de obligat. & actionib. l. si tibi decem. 17. in princ. ibi, re enim non potest obligatio contrahi, nisi quatenus datum sit ff. de pactis l. contra. 6. ibi, quia expleta est numeratione substantia obligationis. ff. ad SC. Macedon. Id siquidem dicitur in jure re fieri, quod alias facto, actu vel ipso opere fieri dicitur. Hinc quod re fit, ei, quod fit verbis, opponitur. l. peculii. 4. §. 1. ibi, re enim, non verbis peculium augendum est. ff. de pecul. ut solutio fit aut re, id est, facto, numeratione videlicet pecunie; aut verbis, hoc est, acceptilatione. l. sub conditione. 16. §. 1. penult. ff. de solutionibus. Sic societas interdum re fit, interdum verbis. l. societatem. 4. ff. pro socio. ut & collatio. l. 1. §. quamvis 11. ff. de collat. bonor. Sic quoque domicilium re & facto transferri dicitur, non nuda contestatione. l. domicilium. 20. ff. ad municipalem. Sic & injuriarum vel re fieri, vel verbis constat. l. 1. §. 1. ff. de injuriis. Ita & hoc loco contractus, qui fiunt re, illis, qui fiunt vel verbis tantum, vel nudo consensu, opponuntur. Hi namque contractus non ex nuda conventionione sive nudo consensu, sed ex ipso facto, id est, numeratione & traditione rei perficiuntur & fiunt. Et hoc est, quod ait hic in v. Justinianus, veluti mutui datione, &c. Proinde si inter non convenit, ut mutuo tibi decem aureos: per hanc nudam conventionem mutuum haud contractum intelligitur: cum numeratio, sicque factum nondum intervenerit. l. 2. §. creditum. 3. vers. item mutuum. §. 1. qui pecuniam. 30. ff. de reb. credit. si cert. pet. l. posterior. 11. in pr. §. si colonus. 2. ff. qui prior. in pignor. vel hypoth. habent. l. quia quod vulgo. 4. ff. ad Senatuscons. Maced. Giphani Schneidevini. Bellov. & Vultejus hic num. 4. §. 6. Cæterum in horum contractuum, qui re fiunt, societatem merito quoque admittitur permutatio. Hæc enim ex re tradita initium obligationi præbet, ut loquitur Paulus in l. 1. item emptio. 2. ff. de rer. permut. Sed & contractus incerti sive innominati; do, ut des; do, ut facias; facio, ut des; facio, ut facias; re, id est, facto vel datione interveniente fieri dicuntur. l. juris gentium. 7. §. 2. ff. de pact. l. naturalis. §. 1. §. 1. §. seqq. ff. de prescript. verbis l. ultim. ff. de cond. causa data &c. Donell. lib. 12. Commentar. de jur. civil. cap. 12. pag. 44. §. seq. D. Collega Bocer. part. 1. class. 2. disp. 7. thes. 3. §. disp. 13. th. 1. lit. A. edit. 2. Cor vero tantum quinque hic exponantur, ratio hæc est: quia certis sive nominatis, ut est mutuum, commodatum, emptio, &c. de innominatis (quorum in numero & permutatio est. d. l. 1. §. item emptio. ff. de rer. permut. d. l. naturalis. §. 1. §. 1. ff. de prescript. verbis. &c. Paul. lib. 1. quest. 25.) non agitur, docente hic Giphano, qui sub-

jicit, re fieri non tantum hos contractus; sed etiam delicta omnia, per principium tit. infr. de obligationib. quæ ex delicto nascuntur. l. ex maleficio. c. ff. de oblig. & actionib. Quin & quasi contractus ex re sive ex ipso facto nasci videntur, ut ex communione, ex negotiorum gestione vel administratione. tot tit. infr. de obligat. quæ qf. ex contract. nasc. & notat Rittershusius hic circa finem. pag. 405.

Porro mutuum (de quo, utpote contractu celeberrimo, usuque frequentissimo, priore differit loco Justinianus) non ex eo solo appellatum est, quod de meo tuum fiat, ut innuere videtur Paulus in l. 2. §. appellata. 2. ff. de reb. credit. si cert. pet. & Imperator hic in vers. & quoniam &c. alioqui legati, donationis, venditionis, permutationisve causa traditum, esset mutuum, cum in iis, & similibus negotiis id; quod meum est, etiam tuum fiat, argum. §. 1. supr. de legat. l. 1. ff. de donationib. d. l. 1. ff. de ver. permutat. l. 1. §. tot. tit. ff. de contrab. empe. sed quod vice versa hoc quoque agatur, ut tuum illud, quod accepisti, tursus meum fiat, in re scilicet ejusdem generis. Inest enim in hoc motui verbo reciprocatio mei, & tui: id est, hæc vis, ut meum fiat tuum, & vicissim tuum meum. Idque tum Latini sermonis proprietates; tum usus loquendi veterum probat. Nam quæ sunt reciproca, mutua vocamus: ut cum dicimus mutuum amorem. l. 1. ff. de donat. inter vir. & uxor. mutuum pensionem l. viro. 39. ff. solut. matrimon. mutuas operas. apud Terent. in Phorm. act. 1. scen. 5. mutuum animum apud M. Tullium. lib. 5. Epistolar. ad familiares. epist. 2. ubi hæc leguntur verba: Quod autem ita scribis, pro mutuo inter nos animo; quid tu existimes esse in amicitia mutuum, nescio. Equidem hoc arbitror, cum par voluntas accipitur, & redditur. Atque de isthac mutui Etymologia fufius differant Donellus in Commentar. ad d. l. 2. §. appellata. ff. de reb. credit. §. lib. 14. Comment. de jur. civil. cap. 1. pag. 217. num. 40. Borchol. in Comment. tit. ff. de reb. cred. cap. 1. Forster. junior. lib. 3. disp. 16. thes. 10. Joan. Kitzelius ad d. tit. ff. de reb. credit. sive in exegesi, de obligat. mutui. cap. 1. num. 3. & seqq. Wegner. disputat. 10. ad Institut. th. 4. lit. c. Stuckius. part. 1. Exercit. Justin. de cad. 10. assert. 1. lit. b. Foman. disputat. 20. th. 1. ad lit. b. Tineus Faber disput. 22. ad Institut. Imperial. th. 8. Justus Schutz. disput. 13. th. 6. lit. b. pag. 199. Bachovius & Heigius hic num. 1. & Mynfinger. num. 2. item Cujacius lib. 11. observation. cap. 37. & in Commentar. in lib. 28. Pauli ad edict. pag. 28. ubi prædictam Jurisconsultorum nostrorum mutui originationem, seu Stoicorum imitatione confictam, scitam & concinnam magis esse, quam veram autumat; proindeque ipse mutuum à mutatione potius nomen habere, censet: quod mutetur hoc genere pecunia cum pecunia, dum par quantitas accipitur & redditur, quodque consistat in his rebus, quæ facile mutationem & promiscuum usum recipiunt. Et hanc derivationem Cujacianam probat Rittershusius hic in vers. mutui autem datio pag. 406. Verum si hæc nominis origo sive notatio esset vera: inde consequeretur, quod eadem ratione & permutatio mutuum esset, ut re & animadvertere D. Bocer d. class. 2. disputat. 7. th. 7. ad lit. A. edit. 2. Deinde Cujacio breviter responderetur: de meo tuum fieri, esse proprium mutui: at mutationem rei non fore mutuum propriè, sicuti tradidit hic Theodorus Marcellus p. 464. & D. Besoldus in tractat. de mutuo. cap. 1. num. 3. Iametsi alio sentiat Homini lib. 3. var. res sol. jur. civ. tract. 3. part. 1. quest. 1. pag. 856.

Definitionem nominis sequitur definitio rei, quæ colligitur ex principio hoc nostro extrui potest: Mutuum, est contractus, re initius, nominatus, jurisque gentium quo res nostra, quæ in quantitate consistit, datur alicui ea lege, ut eadem ipsa res, non in specie, seu individuo, sed in genere aliquando nobis reddatur. Hancque definitionem haud invitus amplectitur D. Collega Besold d. tract. de mut. cap. 14. Et ab eo non multum abluat Althusius lib. 1. Diaalog. cap. 68. num. 18. pag. 238. In isthac definitione generis vice funguntur hæc verba: contractus, re initius, nominatus, jurisque gentium. Et mutuum (quamvis ex eo ultro citroque obligatio non nascatur) esse verum ac proprium contractum, clarescit ex §. fin. supr. 2.

- supr. & prox. juncto principio. ubi Imperator mutuum, tanquam speciem, contractibus veris ac propriis, quare contrahantur, subijcit. Neque enim improprietas ulla resultat, si contractus ulterò citroque obligationis *οὐκ ἀλλὰ* *ἴσχυα* non habeat. Proprietas siquidem vel improprietas contractuum non est sumenda live æstimanda ex modo obligandi, sed ex modo contractum ineundi: ita ut propriè contractus dicatur esse celebratus, quoties negotium aliquod geritur inter partes consentientes: improprie, quando negotium inter partes revera gestum non est: lex tamen gestum esse fingit, sicque lex inter partes obligationem ex æquitate inducit, ut apparet ex l. si quis absens. §. ff. de obligat. & action. & ror. 2. infr. de obligat. qua quasi ex contract. nasc. Deinde mutuum vel erit pactum, vel contractus verus, vel quasi contractus. At non est pactum: cum pactum non producat actionem. l. juris gentium. 7. §. sed cum multa. 4. & §. sed l. divisionis. 45. ff. de pact. l. legem. 10. l. in bone fidei. 13. l. cum proponas. 21. C. de Mutuum autem producit actionem; & quidem proprià vi ac virtute. t. tit. ff. & C. de reb. condit. si cert. pact. & planius explicatur infra num. 127. & seqq. Neque etiam est quasi contractus; argum. ror. tit. infr. de obligat. qua qf. ex contr. mis. Verus igitur ut sit contractus, necesse est. Vultej. ad princ. tit. sup. de obligationibus. num. 32. Andr. Gerhard. exercitat. Jusliu. decad. 12. quest. 5. D. Collega Besold. disput. de contract. mutui. th. 3. de anno 1612. & d. tractat. de mutuo. cap. 2. Knipschilde exercitat. Acad. 2. quest. 1. p. 54. Richter. in tractat. de contractib. disput. 2. th. 2. lit. b. Idque copiosius explicatum est in §. fin. sup. titul. proximo. num. 17.
- 10 Dixi in definitione, mutuum esse contractum, re initum: quia rei ipsius datione, adeoque ipso facto substantiam suam capit: & non nisi re à mutuario tradita, & à mutuario accepta perficitur, per hoc principium. ibi, mutui datione. l. 1. §. 2. ff. de obligat. & act. l. 2. §. creditum.
- 11 3. vers. item mutuum. ff. de reb. cred. & c. Addidi, mutuum esse contractum nominatum: quoniam speciale nomen, & quidem elegantissimum, jure civili prodictum habet, hinc & d. l. 2. cum multa similibus. ff. eodem tit. Quod pluribus ostendit Johan. Kitzel. d. exegesi de obligat. mutui. cap. 1. num. 16. & seqq. Est autem hunc contractum juris gentium, perquam luculenter constat ex §. sed jus quidem civile. 2. vers. & ex hoc jure. supr. de jur. nat. gent. & civ. ubi Justinianus Imp. inter exempla contractuum juris gentium nominatim mutuum refert. Sed & quæ forma mutui dandi apud Romanos recepta est: eadem etiam quasvis alias gentes uti, exploratum est, docente Kitzelio
- 12 in d. exegesi de oblig. mutui. cap. 2. num. 16. Adjunxi, res nostra: quandoquidem mutuans debet esse dominus rei mutuandæ, aut haberi loco domini, ut servi & filii familias: qui licet nummorum peculiatum domini non sint §. 1. & §. item vobis. 3. infr. per quas person. cuique acquirit. l. quidquid. 4. ff. de acquir. vel amitt. poss. l. placeat. 79. ff. de acquir. vel amitt. hered. tamen voluntate viceque patris & domini nummos istos mutuuos facere intelliguntur. d. l. 2. §. pen. ff. de reb. cred. l. quod servus. 35. ff. de solationib. & liberat. Mynfinger. hic num. 2. Apposui, quæ in
- 13 quantitate consistit. Quantitatis nomine non pecunia tantum numerata live nummi significantur, ut in l. 1. ff. de pecuniis legatis l. si ambo. 10. ff. de compensationibus. l. si non singuli. 5. C. si cert. petatur. l. penult. C. de condit. indebit. & similibus. sed omnes res pondere, numero, mensurave constantes veluti sunt, vinum, oleum, frumentum, hordeum, triticum, aurum, argentum, & reliquæ res fungibiles, in quibus mutuum consistit, hoc principio. & d. l. 2. §. 1. ff. de reb. cred. l. 1. §. 2. ff. de oblig. & actionib. Fa. chin. lib. 2. contror. jur. c. 48. Et de istis rebus infra suo loco agitur explanatius, non. 59. & subseqq. Inferui, datur alicui: ad differentiam commodati, depositi & pignoris: in quibus res ita aliis tendimus, non ut accipientium fiant, & dominium transferatur, sed ad alium finem, ut in
- 14 fra in §. seqq. explicabitur. In mutuo verò res ita datur accipienti, ut ejus fiat: alioqui ea uti non posset. Datur quippe est dominium transire. §. sic itaque discretis. 14. infr. de actionib. l. ubi autem non apparet. 75. §. ult. ff. de verb. oblig. l. non videntur data. 167. ff. de reg. jur. An-
- nexi quoque, ut eadem ipsa non in specie seu individuo, sed in genere nobis reddatur. Tum ut commodatum & depositum excluderetur: in quibus illa ipsa species, quæ tradita est, & non alia ejusdem generis, redditur. Tum ad differentiam contractus innominati, do ut des. Si enim non idem genus, sed aliud, puta pro siligine triticum, pro pecunia frumentum, pro tritico æstimationem reddideris, & ita inter nos conventum sit: non erit mutuum, sed contractus innominatus, do ut des. l. fin. ff. de prescript. verb. Et ita omnes fateri, ait Mynfingerus hic num. 6. Subjeci denique, aliquando: quia spatium aliquod congruum, arbitrio judicis pro personarum rerumque qualitate & varietate statuendum, mutuario relinquendum est, intra quod re commodè utatur. Adjuvari namque nos non decipi beneficio oportet. l. in commodato. 17. §. sicut. 3. in fin. ff. commodat. Bartol. Alexand. & Jason. in l. si panam. 68. ff. de verb. obligat. Molin. in tract. de usur. quest. 2. num. 82. Menoch. de arbitrar. jud. quest. lib. 2. cent. 1. cas. 22. num. 4. Heigius hic n. 16. Matth. Steph. cent. 3. quest. 26. Fachin. d. l. 2. contror. jur. c. 51. ubi plures allegat. Eaque de re latius tractabitur infra num. 91.
- 16 Species mutui Doctores plerique tres constituent: videlicet quod mutuum aliud sit naturale tantum, aliud civile tantum, aliud mixtum, id est, civile & naturale simul, Accursius in l. 2. §. ult. in verb. credimus. ibique Decius, Bartolus, Zazius, & alii ff. de reb. cred. Joan. Petr. de Ferrarius in sua Practica, in forma libelli, in actione hypothecar. tit. 43. glos. 2. in verb. mutuo, & ex causa mutui. num. 15. & seqq. Mutuum naturale tantum, quod verum est
- 17 mutuum, omnibusque nationibus usitatum, ex definitione modo explicita intelligitur. Civile tantum live merè civile appellatur, in quo natura non cooperatur: veluti, si quis non donandi animo, sed spe futuræ numerationis, dat alicui chirographum, in quo se centum florenos mutuo accepisse confitetur, quos tamen non accepit. Ex hac, inquit, scriptura oritur mutuum civile, cui natura non cooperatur: cum numeratio non secuta sit: sed tantum civilis obligatio addit. Mixtum, secundum illorum opinionem, fit: quando quis per stipulationem promittit alicui dare mutuo centum; & istam stipulationem in continenti sequitur numeratio: hic oritur mutuum civile per stipulationem, quæ est juris civilis, cui natura per numerationem favet & cooperatur. Vide Mozzum in tract. de mutuo. cap. 2. de divis. mut. Molin. in tract. de usur. quest. 84. num. 654. Giphani. in Commentar. de divisionibus jur. thes. 94. Schneidevoin. hic num. 22. & seqq. Mynfinger. num. 10. & seqq. itemque Stuckium part. 1. Exercit. Justin. decad. 10. assert. 5. lit. L. p. 373. nec non notissime Joannem Pluturum hic in notis ad Matthiam Coler. pag. 15. & seqq. Sed divisio isthæc juri nostro consentanea non censetur: quia unicum duntaxat, quod illi naturale indigitant, est mutuum: nec uspiam in jure mutui distinctio reperitur. Omne quippe mutuum naturale si ve juris gentium esse, patet ex præallegato §. sed jus quidem civile. 2. vers. & ex hoc jure supr. de jur. nat. gent. & civ. l. juris gentium. 7. §. 1. ff. de pact. Et quod isti merè civile nuncupant, non est mutuum, sed potius contractus literarum, de quo infr. t. de literar. obligat. Similiter quod civile, cui natura cooperatur & adstipit, vocitant: non mutuum est, sed potius stipulatio, de qua in tit. subsequente. Hinc non immerito istam divisionem phantasticam & inutilem vocant Molin. d. tract. de usur. g. 84. num. 654. Dn. Collega Bocerius hic num. 30. pag. 148. & Dn. Collega Besold. in tract. de mutuo. cap. 3. num. 5. Eaque de re inspicitur Baldus, Albericus, Jason. Fulgosius. Curius. Alciatus, Bolognetus, & nonnulli alii in d. l. 2. ff. de verbis cred. Matth. Stephan. cent. 3. quest. 22. Nonium hic num. 3. & Heigius num. 6. Schegk. in delib. jur. Disput. 15. thes. 72. ad lit. B. & Trantlerus vol. 1. Disput. 20. thes. 1. lit. D. ibique Bachovius. Sunt præterea nonnulli
- 18 Interpretes, qui mutuum duplex faciunt: verum si ve proprium, & quasi, si ve improprium. Illud contrahi existimatur, cum nummi proprii mutuo dantur ab eo, qui dandi jus habet. Hoc conciliari si ve fieri putatur, cum nummi alieni, vel etiam proprii, ab eo tamen, qui dandi jure caret, credendi animo traduntur: & deorum post consumptionem

sumptionem mutuo dari intelliguntur. *l. rogasti. 11. §. ult. l. si a furioso. 12. in fin. Et l. seq. in princ. Et §. 1. l. non omnis. 19. in fin. ff. de reb. credit. Althus. lib. 1. juris Rom. cap. 26. Et lib. 1. Dicaelog. c. 68. num. 24. cum seqq. pag. 239. Borcholt. in Comment. ad tit. ff. de reb. credit. cap. 2. D. Besoldus prædicta Disput. de contractu mutui. thes. 5. Et d. tract. de mutuo cap. 7. D. Bocer. hic num. 32. Et seqq. aliique plures. At & hæc partitio vix, ac ne vix quidem sustineri poterit. Nam quod illi quasi seu improprium dicunt mutuum, nusquam toto jure traditur. Id siquidem tantum in præallegatis & similibus legibus habetur, ex consumptione nasci conditionem: non autem in illis dicitur nasci sine convalescere mutuum. Jam verò potest esse conditio sine mutuo: ut ex indebito, & variis aliis ex causis conditio quidem nasci solet: ubi tamen autuum esse nemo affirmaverit. *§. infr. hoc tit. l. certi conditio. 9. ff. de reb. credit. l. 1. ff. de condit. sine caus. Giphani. hic in verbis veluti mutui datione. Et Rittershus. in vers. mutui autem datio. pag. 406. ad finem. Humm. libr. 3. variar. resolut. jur. civ. tract. 3. part. 1. quest. 2. pag. 858. vers. ad secundum respondetur. Knipschild. d. exercit. 2. quest. 3. pag. 55. cum seq. Schegk. d. Disput. 15. thes. 72. sub lit. C. Vel (ut planius res explicetur dicendum est; jura illa, in quibus exprimitur, condictionem dari, nequaquam exaudienda esse de conditione seu actione, quæ ex mutuo competit; sed de alia, vel certe ista condictione, quæ conceditur, ubi res mea apud te est, sine iusta causa. *d. l. 1. ff. de condit. sine caus. Et pro hac sententia non mole adduci & considerari potest textus in l. si quis pro eo §. 6. §. si nummos. 2. vers. in omnem ff. de fidejussoribus, ubi hæc leguntur verba: In omnem enim causam acceptus videtur, quæ ex ea numeratione nasci potest. Quibus ex verbis perspicue evincitur: quod, licet mutuum, non constiterit, & ideo non videatur teneri fidejussor, qui in causam mutui acceptus est; quia tamen in omnem causam acceptus videtur: idcirco tenetur consumptis nummis, quamvis alia ex causa condicantur. Sed vide ea de re fusius differentem Petrum Augustin. Morla part. 1. Emporii jur. tit. 8. in præmissis num. 19. Et seqq.***

23 Mutuum contrahere, hoc est, dare vel accipere mutuo possunt omnes, qui consentire queunt: & rerum, quæ mutuo dantur, dominium liberamque administrationem
24 obtinent. *l. 2. §. penult. ff. de rebus credit. Et hujus quidem ratio non obscura est: quia nemo in alium plus juris transferre potest, quam ipse habet. l. traditio. 20. ff. de acquir. rer. domin. l. nemo plus §. 4. ff. de reg. jur. Illius verò ratio est: quia quemadmodum in quovis contractu, omnium contrahentium consensus est necessarius. *l. 1. §. conventionis. 3. in fin. ff. de pact. l. in omnibus rebus. §. 5. ff. de obligat. Et act. ita & in specie ad mutuum contrahendum non sufficit, pecuniam numerare; nisi quoque consensus ejus, qui pecuniam dat, & qui accipit, interveniat. *l. non omnis numeratio. 19. in princ. Et l. si §. me, Et Titium. 32. ff. de reb. credit. Et c. Itaque neque pupilli d. l. non omnis. 19. §. si pupillus. ff. d. tit. l. 3. §. in pupillo. ff. ad senatuscons. Maced §. nunc admonendi. 2. supra, quibus alien. lic. vel non. neque furiosi, l. si a furioso. 12. ff. de reb. credit. Et l. si a furioso. 24. ff. de obligat. Et act. neque prodigi mutuum dare possunt. *l. certi conditio. 9. §. sed Et si. 7. ff. de reb. credit. l. furiosi. 40. ff. de reg. jur. Cæterum notoriè prodigo ipsa lege bonorum administratione interdicti, explicatis docuimus in §. furiosi. num.****

26 7. Et seqq. supr. de curatoribus. Sed & fures, aliivè rem alicui alienam, citra domini voluntatem, mutuum dando nihil agunt. *l. rogasti. 11. §. fin. l. nam. Et si fur. 13. in princ. ff. de reb. credit. Sanè si pecunia aliena, vel quam pupillus, furiosus aut prodigus, mutuum dederit, bona fide ab eo, qui accepit, consumpta sit: ex hac consumptione non quidem mutuum (ut vulgò opinantur, Duaren. ad tit. C. si care. potat. seq. 3. D. Vultejm hic num. 9. Et D. Bocer. num. 60. cum seqq. item class. 2. Disput. 7. thes. 13. edit. 2. Truater. vol. 1. Disput. 20. thes. 6. Borcholt. d. Comment. ad tit. ff. de reb. credit. cap. 2. ibique in Paratit. Wesenbecia num. 12. Birzelius in exegesi. de obligat. mutui. cap. 3. num. 26. 30. Et seq. Paul. Bocer.*

in dissertationibus ad Instit. Disput. 9. thes. 1. quest. 6.) sed conditionem nasci, legibus cautum reperitur. *d. l. rogasti. 11. §. fin. d. l. si a furioso. 12. in fin. Et l. seq. in princ. Et §. 1. d. l. non omnis. 19. in fin. ff. de reb. credit. d. l. si quis. §. 6. §. si nummos. ff. de fidejussorib. Et similibus.*

Verum huic sententiæ noviter contradicit Dominus Col. 27 lega Bocer. hic de num. 60. Et seqq. pag. 152. Quoniam enim paulo antè dixi, vulgò opinari; Duarenum, Vultejum, D. Bocerum &c. ex consumptione pecuniæ alienæ bona fide facta mutuum nasci: ægrè hoc fert Bocer. & pro piaculo habet, quod ipsius pronunciatum, vulgi opinionem dicere non verear. Sed missam fac iram, mi Bocer. Non voco hoc clarissimorum Jurisconsultorum pronunciatum, vulgi opinionem: sed id tantum dico: vult, id est, passim & communiter ita opinari Interpretes. Quidquid sit; Bocer. non vult vulgariter sapere. Igitur operose demonstrare alaborat; ex prædicta consumptione conciliari mutuum, quod initio non fuit mutuum: sed conatu planè irrito. Nam id solum efficiunt rationes ab ipso allatæ; quod ex tali consumptione conditio nascatur; quod nemo unquam negavit. At sæpe locum habet conditio, ut supra dixi num. 22. ubi tamen mutuum non est. Quod attinet ad l. pater filie. 81. ff. de jur. dot. 28 ea irrationabiliter à Bocer., ad stabilendam erroneam sententiam suam adducitur. Quæ enim, quæso, est ratio consequentiæ? Fratre alienos nummos in dotem dante, licet tempore dationis dos non sit profectitia; consumptis tamen postea nummis à marito, dos efficitur profectitia. Ergo itidem, si nummi alieni fuerint crediti, licet ab initio non fuerint mutuum; consumptione tamen datorum nummorum mutuum conciliabitur. Nulla, inquam, hic subest ratio consequentiæ. Non etenim ut illud; ita & hoc jure nostro cautum reperitur. At sine lege loquere nescimus, vulgate Novell. 18. cap. 1. Et alias quoque ex separatis nulla est illatio. *l. Papinianus. 20. ff. de minoribus. l. ult. ff. de calumniatorib. Non est exigua Bocer. calumnia, quando scribit hic num. 68. me scribere, quod per conditionem, quæ ex consumptione alienorum nummorum mutuo datorum nascitur, significetur conditio sine causa. Non hoc volo: sed hæc mea mens est, quod jura illa, quæ dicunt, ex consumptione ista conditionem nasci, non sint necessario exaudienda de condictione, quæ ex mutuo competit: sed etiam de alia condictione intelligi possint. Unde etiam non necessario sequi contendo: Ex consumptione illa oritur conditio. Ergo per consumptionem illam conciliatur mutuum. Ex quo facile apparet, quàm debilis sit Bocer. & sequacium argumentatio.*

Præsidēs porro provinciarum licet rerum suarum do- 30 mini sint, & de iis liberam disponendi facultatem habeant: mutui tamen contractum celebrare in tantum prohibentur: ut non solum tenus exercere, cujusmodi questus à magistratus persona alienissimus esse debet: sed etiam ne gratis quidem sine usuris aut feonore (tamen si quidam dissantiant, Commatus lib. 7. Comment. jur. civil. cap. 2. mon. 1. Anton. Mathæus Disput. Digestor. 9. thes. 14. D. Besoldus d. Disputat. de contractu mutui. thes. 9. Et d. tract. de mutuo, cap. 16. mon. 2. Humm. lib. 3. var. resolut. jur. civ. tract. 3. part. 1. quest. 14. pag. 88.) pecuniam mutuum dare possint, per textum rotundum in l. principalibus. 33. ff. de reb. credit. ubi Modestinus in respondit: Principibus constitutionibus cavetur; ne hi, qui provinciarum regunt, quivè circa eos sunt, negotiantur, mutuumve pecuniam dent, fenusve exerceant. Hæc lege perspicue ostenditur: præsidēs provinciarum, omnesque eos, qui circa illos sunt, puta consiliarios, adhibitos comites & ministros, quos secum in provinciam veli les adducunt, mutuum pecuniam dare, fenusve exercere omnino prohiberi. Disjunctiva enim locutione Juri consultus utitur; & per mutuum pecuniam intelligit pecuniam, quæ gratis, abique usuris mutuo datur; per fenus vero intelligit pecuniam, quæ sub fensore & usuris creditur. Eodem modo Gordianus linc. dissentit ait: Eos qui officia administrant, neque per se, neque per suppositas personas, tempore officii sui in provincia fenus agitare possint. Sæpe rescriptum est. *l. cor. qui. 3. C. si care. potat. Et Gordianus de agitan.*

de agitando five exercendo fœnore solummodò idèd lo-
quitur : quòd de fœnore agitando quæstio tantùm sibi
proposita fuit Omnes quippe leges Codicis ad certam fa-
cti speciem five quæstionem propositam enatæ sunt ; ut in-
scriptiones legum in Codice arguunt , aliquanto fufius
edocuimus in §. si quis à non domino. 35. num. 96. &
seq. supr. de rer. divis. &c. Quod igitur Gordiani con-
stitutioni deest , ex d. l. principalibus. 33. ff. de reb. cred.
supplendum est , arg. l. non est novum. 26. §. l. seq. ff. de
legibus. c. cum expediat. 29. ext. de elect. in 6. Ratio au-
tem , cur Præsides provinciarum , & qui circa eos sunt ,
mutuam pecuniam dare , fœnufvè exercere nequeant , hæc
est : ne forte ob petentiam vel gratiam , qua pollent , à
provincialibus aliquid vi extorqueant : aut mutui datione
fraudem legis , fœnus prohibenti , faciant : aut quæstus stu-
dio à cura provincie administrandæ avocentur , argum.
l. milites agrum. 13. ff. de re militari. Eandem ob cau-
sam illis interdictum est , ne prædia in provincia , quamdiu
ibi officium administrant , comparent. l. non licet 45. §.
l. qui officii. 64. ff. de contrah. empt. aut dona vel mune-
ra accipiant. l. solent. 6. §. ult. ff. de offic. praefecti. aut
domum , navemvè extruant. l. aufertur. 46. §. quòd à
præsidi. ff. de jure fisco. l. unio. C. de contrah. judicium ,
&c. aut denique uxorem ducant , vel filio uxorem ducen-
ti consentiant , l. si quis officium. 28. l. qui in provincia.
57. §. l. praefectus. 63. ff. de rit. nuptiar. & uberius expo-
situm in §. sunt & alia. 11. num. 5. & seqq. supr. de nupt.
Huic decisioni non obstat l. præsidis. 34. ff. de reb. cre-
dit. ubi dum Paulus tradit : officialibus præsidum provin-
cie licere mutuam pecuniam dare , & fœnus exercere ,
dicendum videtur , id multò magis ipsis præsidibus permit-
ti debere. Nam ratio diversitatis inter Præsides provincia-
rum , & officiales five apparitores eorum , in ipso textu ex-
pressè est : quia , inquit Jurisconsultus , officiales perpetui
sunt. Unde valde durum & inhumanum esset , si iis , qui
semper in provincia & officio manent , ac singulis quibus-
que præsidibus ad tempus parent , l. illum. 59. C. Theodosi.
de appellacionibus , in perpetuum commercio mutui , sine
quo vita hominum consistere commodè nequit , interdice-
retur. Quod similiter non grave aut iniquum censetur in
ipsis præsidibus vel magistratibus Romanis : quia ii non
sunt perpetui , sed temporales , & tempore officii finito ,
à provincia excedunt. l. præsides. 3. ff. de officiis præsid. Pro-
inde non idem de magistratibus nostri temporis , utpote
qui perpetui sunt , dicendum erit : sed potius illi mutuam
dare , ceterosque contractus cum suis subditis inire pote-
runt : dummodo de illorum impressione seu terrore sub-
ditis injecto non appareat , l. penult. C. de his , quæ vi , me-
tusvè caus. gesta sunt. Donell. & Zasius ad d. l. principalibus.
33. num. 19. ff. de reb. credit. D. Besold. d. tract. de
mut. cap. 16. num. 5. D. Boer. hic. num. 74. D. Rummelin.
in Disputat. ad tit. 1. lib. 12. ff. de reb. credit. th. 11. sub
lit. A. Bronchorst. cent. 1. miscell. controvers. assert. 55. in
fine Kitzelius in exegesi de obligat. mutui cap. 3. num. 39.
& seqq. Schieffhard. Disput. ad Instit. 12. thes. 3. sub. lit.
c. & resolut. q. 2.
Neque refragatur l. 1. Cod. de his , qui ex public. ratio-
nib. mutuam pecor. acceper. ubi offi.iales mutuam pecu-
niam dare haud possunt & ad quod upli. poenam tenetur ,
qui fœnebrem pecuniam ab officialibus sumserit. Etiam
lex ista non de officialibus præsidum provinciarum : sed de of-
ficialibus publicarum rationum loquitur. Deinde eadem
lex non prohibet ne officiales publicarum rationum pro-
prium pecuniam dent mutuum : sed hoc duntaxat vetat , ne
credantur hypothecæ pignusvè publicam pecuniam , ut ha-
bent in synopsi Buxtorf. lib. 2. §. de debito fiscali. Sic ex
thesauro aut thesauro Principis mutuam pecuniam sumere
non fas est , in consilio Principe : Et qui ex thesauro Prin-
cipis aliam quid commodaverit , aut dederit , capitei sen-
tentia subiacet. l. 2. Cod. de his , qui ex publ. rat. mu-
tuam acceper. Bronchorst. d. Comment. ff. de reb. cred. c. 3. n.
9. Vide ulter. (quod perpetuos magistratus) sententiam
Pannium d. lib. 3. cap. 1. resolut. jur. civ. tract. 3. part. 1. qu.
12. pag. 878. cum seqq. resolut. ad Frenster. volum. 1.
pag. 1247. & seqq. nec non Buxtorfium in not. & animad-
versionib. ad resolut. Diss. 26. th. 4. lit. b. pag. 254. vol. 1.

Quamquam autem præsides five magistratus provinciales
mutuam pecuniam dare , fœnufvè exercere vetantur. d. l.
principal. 33. ff. de reb. cred. attamen mutuam pecuniam
fœnebrem , multoq ; magis pecuniam mutuam gratuitam
recte accipiunt. d. l. præsidis. 34. in fin. ff. eod. Hujusque di-
versi juris ratio in promptu est : quoniam per mutui datio-
nem aliquis sibi obligationem acquirit ; cujus prætextu
multa ad sese , cum aliena jactura , transferre potest : at per
mutui accptionem quis res suas minuit : alterius verò au-
get. Adhæc pecuniam plerumque ille mutuo dat , qui eâ
carere potest ; accipit verò , qui inopia laborat , & egestate
premitur. Ne ergo subsidium inopie præsidibus provin-
ciarum auferatur : iis ad sublevandas suas necessitates
mutuam pecuniam , vel gratis , vel sub usuris sumere
permisum est.

Nec obstat i. quisquis. 16. C. si cert. petatur. ubi ju-
dices five magistratus sub pœna exilii mutuam accipere
prohibentur : eaque pœna tam illi , qui mutuam accepit ,
quam qui dedit , irrogatur. Præsides namque provincia-
rum & alii magistratus mutuam accipere , vel fœnori
pecuniam sumere non licet à litigantibus , seu ab iis , inter
quos judicant : ne prætextu mutui judicia corrumpantur ,
& sententia Præsidi venales sint. Ab aliis verò apud se
non litigantibus magistratus pecuniam mutuam , vel sub
fœnore tutò accipere queunt : siquidem hoc casu corrupti
judicii suspicio cessat. Nec huic interpretationi quicquam
detrahit generalitas verbi quisquis positi in d. l. 16. C. si
cert. pet. Non enim simpliciter in ea dicitur , quisquis pecu-
niam mutuaverit : sed adjectis , judici. Nemo intelligit
ut mutuo accipere , ut judici : nisi is , qui judicem sibi ha-
bet , id est , qui apud eum litigat. Et ita sentiunt Coman. d.
lib. 7. Comment. jur. civ. cap. 2. num. 3. Donell. ad d. l.
præsidis. 34. ff. de reb. cred. Pacius ad d. l. 3. num. 9. C. si
cert. petat. & cent. 3. éværto Παρὸν quest. 76. Bronchorst.
d. cent. 1. miscell. controvers. assert. 55. §. adversatur gravi-
ter , &c. D. Besold. d. tract. de mutuo. cap. 16. num. 4.
Horn. d. lib. 3. tract. 3. quest. 15. pag. 882.

Nihil quoque obest l. seriniarios. 8. C. de numerariis ,
aduariis , &c. lib. 12. ubi disponitur : seriniarios ac nume-
rarios , qui ministri & officiales erant praefectorum præto-
rio , mutuam pecuniam sumere non posse. Igitur non insol-
tè inde concludendum videtur : multò minus præsidibus
provincie mutuam sumere pecuniam licitum esse. Hæc ,
inquiam , lex nihil obest , quandoquidem in ea non traditur ,
seriniarios & numerarios mutuam pecuniam non posse
accipere : sed hoc solum cavetur : si in publicas necessitates
quid sit impendendum , cogi non debere seriniarios ac nu-
merarios , ut eo nomine pecuniam mutuam sumant , aut
etiam se obligent : ne inde , deposito officio , periclitentur
damnumvè aliquod sentiant. Bronchorst. d. Commentar. ad
tit. ff. de reb. credit. cap. 3. num. 46.

Planè mutui obligationem voluntate etiam dominorum
acquiri , non debium est ullum : cum nihil interfit , utrùm
implet dominus tradat alicui rem suam , an voluntate ejus
alius. l. quæratione. 9. §. nihil autem. 4. ff. de acquir. rer.
dom. & §. nihil autem interest. 42. supr. de rer. divis. &c.
Hinc filii familias & servi nummos peculiares cum mutuos
dant : id patris & domini voluntate facere reputantur.
l. 2. §. penult. ff. de reb. credit. & monitum supr. n. 12.
Ideoque si servus mutuos , unius domini fuerit , uni et-
iam ; si communis , seu plurium dominorum fuerit : om-
nibus , pro partibus divisis , obligatio mutui ex numera-
tionis acquisitione cedit , prædègata l. nam & si fur. 13. §. fin.
ff. de reb. credit. Quod itidem in procuratore procedit :
qui si cum libera constitutus sit , vel mandatum habeat
specialiter instar veri domini , mutuam dare potest. l. procura-
tor. cui. 58. & l. procurator totorum. 63. ff. de procurat.
Jafon in d. l. non omnis. 19. §. si pupillus. num. 3. ff. de reb.
cred. hincque refertur Kitzelius in d. exegesi de oblig. mu-
tuæ cap. 3. num. 24. Esti verò filii familias & servi , si libe-
ram peculii teneant administrationem , mutuam dare
queunt. d. l. 2. §. penult. & l. rogasti. 11. §. si fugitivus. 2.
vers. & quidem si servus. ff. de reb. cred. Sino tamen fami-
lias regulariter nemo mutuam pecuniam utiliter dare , aut
cum eodem aliam , in fraudem Senatuseonsulæ Macedo-
niani , contractum inire poterit l. 1. & tota tit. ff.
ad Senatuf.

ad *Senatuscons. Macedon.* Quod si tamen filiusfamilias ab aliquo mutuatus pecuniam, suo non mutuae pecuniae creditori solverit: patri nummos vindicanti nulla exceptio obijcietur. At si bona fide fuerint contumpti à creditore nummi; cessare conditionem Marcellus ait. *l. si filiusfamilias. 14. ff. de reb. credit.* Ratio prioris, cur pater pecuniam extantem vindicare possit, hæc est: quia filiusfamilias pecuniam, utpote quæ in patris venerat dominium. §. igitur liberi *supr. per quas pers. cuique acquir.* alienare non potuit *l. nemo plus. 54. ff. de reg. jur.* adeoque pater dominus illius pecuniae marit: ac propterea eam extantem vindicare non prohibetur. *l. si quis. 3. §. si filiusfamilias. vers. Et ideo vindicationem. ff. ad SC. Macedon. l. in rem. 23. in princ. ff. de rei vindicat. l. actionum. 25. ff. de obligationibus & actionibus.* Ratio posterioris, cur videlicet pater pecuniam bona fide consumptam condicere nequeat (præter illam, quæ affertur in *d. l. si filiusfamilias. 14. ff. de reb. credit.*) hæc reddi potest: quia pater creditori filii sui de peculio tenetur, hoc scilicet casu nostro, quo ex alia, quam pecuniae mutuae causa, filiusfamilias illi quippiam debet. §. is quoque iuncto §. quæ diximus de servo. *inf. quod cum eo, qui in alien. potest. Et tot tit. ff. de pec. & filiusfamilias* ex omni negotio, excepta mutuae pecuniae causa, efficiat obligatur. *d. l. 3. §. is autem solus. 3. ff. ad SC. Macedon. l. tam ex contractibus. 57. ff. de iudic. l. filiusfamilias. 29. ff. de obligat. & actionibus. D. Collega Boccher. claus. 2. Disput. 7. thes. 16. lit. B edit 2 Et in hoc princip. n. 82. Et seqq. pag. 156.* Verum istam totam *Senatusconsulti Macedoniani* materiam plenius prosequuntur *Donellus lib. 12 Comment. de iur. civ. cap. 24 Et seqq. ibique in suis notat. Hiliger. Bro. hols. d. Comment. ad tit. ff. de reb. credit. c. 3. n. 52 cum seqq. D. Besold in d. tract. de mutuo. c. 21. Et part. 2. de actor jur. & lib. 14. Pand. q. 3. Et 4. pag. 94. Et seqq. Illuv. v. Baro Enckel. in tract. de privileg. parent. & liber. privileg. 12. cap. 1. Et seqq. Kitzel. d. exegesi. de oblig. mut. cap. 4. num. 54. Et multis seqq. Et de eadem nos non nihil attulimus in §. illud proprie 7. *infr. tit. quod cum eo, qui aliena potestate, &c.**

De pupillo paucis dispendendum, an mutuam pecuniam, sine tutore suo, accipiendo obligetur? Et quidem infantis proximus pupillus ne quidem naturaliter obligatur. *l. quod pupillus. 41. ff. de condit. indeb. l. pupillus. 99. ff. de obligat. & act. l. in causa cognitione. 16. in princ. ff. de minorib. nisi locupletior inde factus probetur, l. naturaliter. 13. in fin. Et l. seq. ff. de condit. indeb. l. plan. 38. ff. de perie. heredit. l. iura natura. 206. ff. de reg. jur.* Pub. iurati autem proximus, citra tutoris sui auctoritatem, mutuos sumendo nummos naturaliter tantum obligatur, et nisi non factus sit locupletior, *l. cum illud. 25. §. 1. ff. quando dies legator. ced. l. 1. in fin. ff. de novationib. l. si pupillus. 127. ff. de verb. oblig. l. Stichum. 25. §. aditio ff. de solut. Et similiter locupletior factus, ex rescripto Divi Pii etiam civiliter obligatur. *l. 3. §. pupillus sane. ff. de negot. gest. l. 3. in princ. ff. commodat. l. 1. in fine. princip. Et l. pupillus. 5. in princ. ff. de auctor. tutor. D. Boccher. claus. 2. Disput. 7. thes. 18. edit. 2 Et in hoc princip. num. 86. cum multis seqq. pag. 157. Et seqq.* Atque de ista quaestione multarum disputant Interpretes; *Goddens in Commentar. de contrah. & coninit. stipul. c. 7. concl. 12 n. 212. Et seqq. Vultejus disceptat. scholast. cap. 16 Reiner. Brocho. lib. 1. miscell. cap. 12. Valent. Kiemer. decad. 3. th. 8. D. Besold. d. tract. de mutuo. cap. 17 Philippus Matthæus ad l. in negotiis. 5. num. 20. Et seqq. ff. de reg. jur. Andreas Gerhordi Exercitat. sist. decad. 12. quest. 3. Kitzel. d. cap. 4. num. 32 Et subseqq. alique plures, quos laudavi *supra ad princ. tit. de auctor. tutor. num. 30.* ubi eandem quaestionem enodavi copiosius.**

Sine nec puberem, minorem 25. annis, curatorem habentem, ex mutuo absque illius consensu obligari posse, probabilius est. *l. si curatorem. 3. C. de in integr. restit. minor. nisi in quantum locupletior factus fuerit. l. 1. Et 2. C. si adversus creditores.* Atque hanc verissimam sententiam, post alios doctissimos viros, à me allegatos, pluribus tutatus sum ad §. item mutui. 2. num. 17. Et seqq. *supra de curatoribus.* Quibus novissime adiungendus est *Do. Collega Besoldus d. tractat. de mutuo. cap. 18. pag. 29. Et seqq.*

De civitate an mutuam pecuniam accipiendo obligetur, dubium aliquod esse videtur? Et si tota civitas, hoc

est, omnes cives, vel maiore eorum pars, aut consilium optimatum, totam representans civitatem, convenerit, & mutuam pecuniam sumendam esse, communicato consilio statuerit: tum civitatem mutuam accipiendo pecuniam (forfan per actorem suum, ad hoc nominatum constitutum: siquidem quod quis facit per alium, ipsemet fecisse creditur. *l. ita autem. §. §. quod si quis. 3. ff. de administrat. peric. tut. c. qui facit. 72. de reg. jur. in §. 1.) obligari, quamvis pecunia in ejus utilitatem conversa non fuerit, receptius est, & verisimilius. Idque probatur primum ex eo: quod civitatem, sive universitatem ex mutuo, & quovis alio contractu, non minus, ac alios privatos, absolute obligari posse, nulla lex, sine qua nihil affirmandum, prohibeat. *l. illam merito. 19. C. de collationibus. Novell. 18. cap. 5. illamque ex delicto, conventu habito, vim faciendo, aliudve contra iura committendo, obligari evidenter pateat ex l. metum 9 §. animadvertendum. 1. ff. quod met. caus. l. semper. 15. §. si in sepulchro. 2. ff. quod vi. aut clam. auct. item nulla. sub. l. 2. C. de episc. & cleric. Deinde civitatem consensum, qui omnibus in contractibus necessario exigitur, *l. 1. §. conventionis. ff. de pact. l. in omnibus. 55. ff. de obligationibus & actionibus* interponere posse, qui ad obligandum sufficiat, vel inde manifestum evadit: quod municipiis hereditibus institutis permixtum est hereditatem acquirere, *l. omnibus. 26. ff. ad senatuscons. Trebell. l. unic. §. 1. ff. de libert. universitat. quod unque absque animo & consensu explicari nequit. l. pro herede. 20. in pr. l. qui servum. 47. Et passim. ff. de acquir. vel omitt. hereditat. item, quod illis legem municipalem concedere (ad quod etiam consensum desiderari, evincitur ex *l. 1. ff. de legibus*) licet. *l. prohibere. 3. §. plan. 4. ff. quod vi. aut clam.* Accedit insuper argumentum à simili. Etenim si praelatus Ecclesiae una cum Capitulo mutuam acceperit pecuniam; ad eam reddendam obligatur; tamen si eandem in unitatem ipsius Ecclesiae suam versam, non doceatur, ut colligere est ex *c. penult. ext. de fideiussorib.* Atque ita sentit Decius, Jason, Hieronymus Boticell. Et *Donellus ad l. civitas. 27. ff. de reb. credit. Bartol. Alexand. Catrensi. Corneiu. Zasius Et Ripa in l. si is, qui bona. 11. ff. de pignorib. holsque referens Fachinus lib. 2. contraveni. jur. cap. 75. ubi dissentientes allegat. Fulgositum Et Alciatum. Adde D. Besoldum lib. 1. Politic. cap. 12. num. 64. cum seqq. Et d. tract. de mutuo cap. 20. Et Wolfgangum Jacobum Sadler. de iure universitatum conclus. 12. Et 13. itemq. D. Kümelinum, in Disp. ad tit. 1. lib. 12 ff. de reb. credit. th. 19.****

Hinc decisioni non obstat *d. l. civitas. 27. ff. de reb. credit. ibi dum expressum est, civitatem mutui datione obligari posse, si ad utilitatem ejus pecuniae versa sint: inde à contrario sensu colligi videtur, si pecuniae in utilitatem civitatis non sint conversae, civitatem ex mutuo hand obligari posse. Nam, auctore Celfo, incivile est; nisi tota lege perspecta, una aliqua particula ejus proposita, judicare vel respondere. *l. incivile. 24. ff. de legib.* Proinde sequentibus dicta leges 27. verbis illis (alioquin ipsi soli, qui contraxerunt, non civitas, tenebuntur) cum praecedentibus conjunctis, quibus facile animadvertet; Ulpianum superiorum nostram sententiam magis adjuvare, quam impugnare. Cum enim dicat (alioquin ipsi soli, non civitas, tenebuntur) eo perspicue satis ostendit: se non de eo mutuo, quod ipsimet civitas contraxit, sed de eo, quod alii (nempe Administratores, Syndici vel Consules) illius nomine contraxerunt, respondit: quorum contractus non obligat civitatem, nisi creditor probet, pecuniam in civitatis utilitatem conversam esse. Unde argumentatione à contrario sensu sumpta, sic recte concluditur: Ergo si civitas, suo facto, seu ipsamet contraxerit: ea absolute, citra hanc conditionem, si pecunia in ejus utilitatem conversa sit, obligabitur. Alioquin enim generaliter Ulpianus dixisset: civitas non tenebatur. Sed vide latus hinc explicantem Johannem Kitzelium in *supra dicti exegesi. de obligation. mut. cap. 4. num. 16. cum seqq. Et idemum lib. 3. par. resolut. jur. civ. tract. 3. part. 1. quest. 18 pag. 887. Et in resolut. disputat. Treutler. 13. th. §. quest. 27. cum seqq. volum. 1. pag. 1249. Et seqq.* Siquidem civitatis Administratores, Syndici, vel alii, pecuniam, aliamve rem fungibilem nomine civitatis mu-*

tudo acceperint: dum demum conveniri poterit civitas, si rem in ejus utilitatem versam esse, à creditore probatum fuerit. *d. l. civitas. 27. ff. de reb. credit. Novell. 120. cap. 6. §. 3. in fine. Bachov. in not. ad Treutler. volum. 1. pag. 757.* Re autem in commodum sive usum civitatis non versâ, civitas minimè obligabitur: sed soli Administratores, Magistratus sive Syndici, qui contraxerunt, & mutuam pecuniam civitatis nomine acceperunt, tenebuntur, *d. l. civitas. 27. ff. de reb. credit.* Idque propterea ita cautum est: ne civitates passim administratorum culpâ damnium subeant: & ut vigilantiores reddantur, qui civitatum nomine pecuniam mutuam accipiunt, scientes, in ipsorum perniciem redundare, pecuniâ in utilitatem civitatum non conversâ, *argument. l. ultim. C. de vendendis reb. civitat.* Sed quânam actione conveniri à creditore possint administratores, si non convertant in commodum civitatis pecuniam, nomine civitatis mutuò acceptam, quæstionis non est omnino expeditæ? Et quamvis plerique existiment, illos conditione certâ, quæ ex mutuo nascitur, conveniri posse: quam opinionem etiam sequitur Bachovius in prædictis notis ad Treutler. volum. 1. pag. 757. *lit. E.* attamen magis est, ut statuatur: creditori in casu proposito, adversus administratores, competere conditionem causâ datâ, causâ non secutâ. Nam creditor mutuum dans administratoribus civitatis, quos tales esse non ignorat, utique ipsius civitatis contemplatione mutuum dedisse intelligitur, in hunc finem: ut in usus civitatis ab administratoribus convertatur. Quo non factô; meritò, tanquam cessante causâ, propter quam mutuum datum fuit, conditio ista locum sibi vindicabit. Nec huic obest, quod in *d. l. civitas. 27. ff. de reb. credit.* Ulpianus asserit: ipsos teneri, qui contraxerunt. Etenim qui aliquid ob causam accipiunt: hoc ipso, cum eo, à quo accipiunt, aliquid negotii contrahere reputantur: hoc nimirum, ut causâ non secutâ, quod acceptum est, reddant. *l. si extraneus. 6. ff. de condict. caus. datâ, causâ non secutâ.* Atque ita, post Donellum, tradunt & sentiunt Hieronymus Treutler. disputat. 18. de mutuo. th. 5. *lit. e. vol. 1. ibique Hunnius in resolut. quæst. 30. pag. 1251. D. Besold. in d. tract. mutui. c. 20. n. 4. pag. 33. & novissimè D. Martin. Rümelin. ad tit. 1. lib. 13. ff. de reb. credit. th. 9. sub lit. E.* Cæterum quando pecunia in utilitatem civitatis est conversa: tunc, ipsâ naturali æquitate suadente, haud immeritò ad restitutionem civitas obstringitur: & res ejusdem, eo nomine, validè oppignorari possunt. *l. si is, qui bona.*

50 *l. in princ. ff. de pignorib. & hypothec. cum jure nature æquum sit, neminem cum alterius detrimento locupletari. Nam hoc natura. 14. ff. de condict. indeb. l. jure nature. 206. ff. de reg. jur. c. locupletari. 48. eod. in 6. Huicque sententiæ subscripserunt Hurmannus Pistoris lib. 1. quæstionum juris. q. 37. n. 23. & segg. Borcholt. in Commentar. ad tit. ff. de reb. credit. cap. 3. num. 47. Pincel ad l. 2. C. de rescind. vendit. pure. 2. c. fin. num. 32. Godeffr. ad l. inter publica. 17. num. 22. ff. de verb. signif. Wesenbec. consil. 53. part. 2. Colerus de processib. execut. part. 2. c. 3. n. 347. Pet. Frid. Afindan. de mandat. julio. lib. 2. c. 62. num. 8. Treutler. d. vol. 1. Disp. 20. th. 5. Hackelm. Disp. illus. 9. th. 5. lib. b. Nigerdin. lib. 3. Disp. 2. th. 2. q. 3. & segg. Paul. Berens Disp. 9. th. 1. quæst. 4. Stuckius part. 1. Exercit. Justin. decad. 10. assert. 2. lit. C. pag. 377.*

51 Pecuniam porro in utilitatem civitatis conversam fuisse, conjecturis & presumptionibus nonnulli probari existimant: puta si doceatur tantum; administratorem fuisse hominem fidum, industrium & diligentem: pecuniam in conspectu decurionum fuisse numeratam: civitatemque eâ indignâ, quo tempore accepit. Glossa in ant. hoc jns porrectum. in fin. ad verb. probat. Cod. de sacrâsanct. eccles. ibique Commun. 8. Cassens. ad l. 1. §. non autem 7. & ad l. ult. ff. de exercitor. act. Rinn. consil. 76. col. 4. in fin. lib. 4. Bald. Decius & Riminald. ad d. l. civit. 26. ff. de reb. credit. Sed verius eorum est dogma, qui tradunt: quod testibus vel instrumentis demonstrari oporteat, pecuniam reverâ in civitatis usum fuisse consumptam, seu conversam: puta in restitutionem, aut extructionem rerum civitatis, vel in ædificiorum emptionem erogata fuisse. Siquidem jura absolute probationem versionis in

utilitatem civitatis vel Ecclesiæ requirunt. *d. l. civitas. 27. ff. eod. d. c. penult. ext. de fidejussor.* Nulla verò lex est, quæ versionem probari ex eo decernat; quod civitas vel Ecclesia indiguerit pecuniâ: tum quia fieri potest, ut indiguerit; & tamen in ejus usum exposita non fuerit: tum quia rarò contingit, ut mutuò pecunia sine necessitate accipiatur. Quare aut nunquam, au certe rarissimè is succumberet, qui conversionem factam allegaret: quia probationem paratam ferè semper haberet. Vide Philipp. Knipschilde. ad exerc. Acad. 2. quæst. 7. p. 59. & seg.

Nec dissentientium opinionem quidquam juvat *d. l. ult. ff. de exercitor. act.* in cujus principio exercitor navis obligari dicitur creditori ex mutuo, à magistro navis accepto, si modò doceatur, navem refect. one indiguissè. Etenim & legum tenor, & rubricarum, sub quibus collocatæ sunt, diversitas satis arguit: id ipsum de privatis personis, qualis exercitor navis est, ita cautum esse: quod ad obligationem civitatis vel Reipublicæ non est producendum: quippe in quâ nominatim exigatur, pecuniam in utilitatem ejus erogari esse, *d. l. civitas. 27. ff. de reb. credit. ibique Alexand. & Jusun. num. 18. Bartol. in d. l. ult. ff. de exercit. act. Angel. consil. 245. Imola in cap. 1. num. 17. ext. de deposito. Ripa in d. l. si is, qui bona. 11. num. 10. ff. de pignorib. Fachin. d. lib. 2. controvers. jur. cap. 76. Kitzel. de exegesi. de obligat. mut. cap. 4. num. 24. & seg.* Tamen non desunt, qui hanc controversiam judici arbitrio relinquendam censent: ut prudenter cognoscat, an probabiliter pecunia mutuata in civitatis vel Ecclesiæ utilitatem sit versa, nec ne. *Alciat. in d. l. civitas. 27. ff. de reb. credit. Menoch. in tract. de arbitrar. jud. quæst. lib. 2. cent. 5. cas. 432. n. 35. Mascardus in tractat. de probationib. vol. 3. conclus. 116. num. 10. Du. Besold. d. tract. de mutuo. cap. 20. circa finem.* Et si verò Civitas seu Respublica ex mutuo, quod ipsa contraxit, firmiter & efficaciter obligetur, ut jam supra ostensum: eam tamen restitutionem in integrum, exemplo minorum, implorare posse, constat ex *l. penult. C. quib. ex caus. majores in integr. restituant. & l. penult. C. de jure Reipubl. & latius explanat Hunnius d. lib. 3. var. resol. tractat. 3. part. 1. quæst. 19. p. 888. & seg.*

52 Iudicia & lubrica, haud tamen inelegans, est quæstio: an, si ludens secum ludenti pecuniam mutuavit, ejus exactionem sive conditionem habeat? Et non habere, veritati æquitatque magis consentaneum puto. *l. alearum usus. 13. Cod. de aleatorib. gloss. in l. 1. §. penult. super verbor. simpliciter. ff. d. tit. junctâ l. ex ea parte. 121. §. 1. ff. de verb. obligat. item gloss. in l. si quis cum sciret. 8. in verb. luxurioso. ff. de usuc. pro empt. & in l. quod si minor. 24. §. restitut. sup. verb. non omnimodo. ff. de minorib. & c. Siliet. in l. ult. num. 6. C. de relig. & sumpt. fun. Matth. Coler. decis. 173. incip. ludus alearum. n. 9. Francisc. Pfeil. consil. 28. n. 6. Cum enim lusus prodigalitatis instrumentum, vitiumque detestandum censeatur, asserente Patricio, lib. 3. de regn. tit. 40. facile intellectu est, collusorem mutuò dantem, non solum nihil repetere posse. *d. l. 3. C. de aleatorib.* sed etiam extra ordinem coercendum esse, uti tradiderunt Paris de Put. in tract. de ludo. num. 15. 17. & 45. Caccialupus in tract. de ludo. artic. 6. n. 1. Angel. in tract. de malefic. in verb. Metidore de mali dadi. n. 15. Albert. de Gudio in tract. de malefic. tit. de ludo, & c. n. 15. Parladorius lib. 2. rer. quotid. cap. 7. num. 14. Frid. Tilemannus Disput. Pand. 19. part. 1. thes. 19. Forster. junior. lib. 2. Disput. 5 thes. 3. ad lit. b. Jul. Clarus lib. 5. sentent. §. ludus. num. 6. ubi subjicit num. 8. quicquid sit de jure; contrarium tamen in practica & de consuetudine servari. Cui ad stipulantur D. Boecerus hic num. 106. & D. Besoldus d. tract. de mutuo. cap. 22. & in Commentar. ad Ordinationes Politic. incl. dy Ducatus Wirtembergici. tit. vom Spielen und Wetten. num. 6. pag. 387. Sanè si aliquis est ludus concessus: latrunculorum seu Schachorum lusum (d. 56 Schachspiel, sedecim quo ludimus scopis, geminâ acie utrinque directis: in quibus duo sunt reges invicem copulantes, duo reginæ, quatuor equites, sedecim pedites, quatuor satellites, totidem centuriones) ceteris esse præferendum, non sine evidenti ratione quidam existimant. *argum. d. l. alearum usus. 3. Cod. de aleatorib. & l. solent. 2. in fine. cum l. seg. ff. eod. Clarus in d. §. ludus. num. 2. ubi ad hoc citat Rosellum de Rosell. inter consilia crimina-**

lia diverso. *consil. 46. num. 5. lib. 1. Claudius in Commentar. de condit. indebit. cap. 6. num. 55. pag. 309.* Item enim exerceat & acut ingenium: nec fraudibus, nec cœcæ fortunæ locum relinquit: venustam imperiorum exhibet theoriam, dum ostendit, non modò subditos à Principe, neque Principem à solis potentioribus; sed ipsū etiam interdum regem ab abjecto rustico incolumem conservari. Et quòd iste larruncolorum ludus sit tum jure Cæsareo, tum Pontificio, non modò laicis, sed clericis etiam permittitur, attestantur *Accursius in auth. interdicimus. in verb. ad tabulas. C. de episc. & cleric. Innocent. in c. lator. presentium. 9. de homicid. Joan. Andreae, Abbas & ceteri in c. penult. de vita & honest. cleric. Stephan. Costa in tract. de ludo. 2. artic. princip. num. 28. & seqq. hosque laudans Joannes Matienzus in tract. de referendariis. & advocator. offic. part. 1. cap. 1. num. Bartholomæus Ughinus in tract. de officio & potestate episcopi. c. 13. §. 2. fol. 98. Eandem Schachium elegantissimo carmine descripsit Hieronymus Vida, & Lucas Wielius in suis Comment. ad Vidam. Verum neque istum Schachium Ludum (quem Palamedes in castris Trojanis Græcorum invenisse proditur) permitti debere, post alios, placet Petro Heigio. part. 2. *question. 10. num. 31. pag. 103. cum seq. Dn. Beloldo & Lindenpür. in d. Comm. ad Ordin. Ducat. Wirte. d. tit. vom Spielen &c. n. 3. pag. 385. & seq. Ludi porro leges præscribit sequentes Ludovicus Vives in suis Colloq. Dialog.**

- 57 22. I. Quando ludendum. Homo propter res serias est conditus, non propter nugæ & lusus: lusus autem reperti ad reficiendum animum lassum à seriis. Tunc igitur ludendum, cum animus aut corpus erit defatigatum. II. Cum quibus ludendum. Quemadmodum facturus iter, diligenter dispicias, qui sint futuri comites: sic in ludo animadvertendum, cum quibus ludes: ut sint homines tibi noti. Nam in ignotis magnum est periculum: & verum proverbium Plauti: Lupus est homini homo, qui qualis sit, non novit. Sint etiam belli, festivi, & mœs: ne sint blasphemii in Deum, aut dejeratores: ne in dictis spurci, ne quid ex contagione adfricetur tuis moribus pravum, aut flagitiosum: denique sint ii, qui non aliam ad ludum mentem adferant, quam tu: nempe ut labore conquiescat, & levetur animus. III. Quo ludo. Primum noto: quoniam in ignoratione non potest subesse delectatio, nec ludentis, nec collusorum, nec spectatorum. Deinde quòd simul animum reficiat, & corpus exerceat: si quidem tempus ac valetudo patitur. Sin secus: ludus sit, in quo non omnia possit mera fors: sed ubi peritia casum corrigere valeat. IV. Qua sponcione. Nec nullà sponcione: quia celerrimè exsariat: nec ita magnà, quæ ipsa lusione inquietet animum, & si vincaris mordeat ac discoriet. Non est hic ludus, sed carnificina. V. Quemadmodum. Ut antequam ad ludendum adideas, reputes te ad refocillandum animum venire, in cuius aleam conicias pauculos nummos, hoc est, emas illis refecionem defatigationis: toto profum ludo sis comis, hilaris, læetus, jocosus, citra scurrilitatem & petulantiam: ne des significationem ullam fraudis, sordium, aut avaritiæ: in contentione ne sis pertinax; minimè omnium jurato; memòr, rem illam totam (etiam si meliorem causam habes) non esse tanti, ut nomen Domini adferas in testimonium. Spectatores memineris esse velut iudices ludi: si quid illi pronunciarunt, cedito; nullam edens notam improbationis. VI. Quamdiu ludendum. Quo ad sentias animum revocatum jam, & reparatum ad laborem, & vocet hora ad negotium serium. Qui secus facit: improbè factum videtur. Cæterum de ista & aliis quæstionibus, ad ludi materiam pertinentibus, consulantur Didacus Covarruv. in c. peccatum. part. 2. *reliq. §. 4. de reg. jur. Paladorius d. lib. 2. cap. 7. Menochius lib. 2. de arbit. iud. quest. cent. 4. cal. 399. & seqq. Moria in emporio iur. tit. 2. de aleatorib. quest. 1. & seqq. Kubichius cont. 1. question. illustr. decur. 4. q. 6. & seqq. Ludovicus verbo in tractat. de omnium rer. restitut. quest. 37. & aliquot seqq. Martin. Bonacina in tract. de contrah. & restitut. dispus. 2. quest. 3. punct. 1 & 2. pag. 192. & seqq. Joan. Grivellus decisi. Senat. Dolom. 57. fol. 174. cum seq. Belold & Lindenpür. d. loco Franc. Potarch. Harpraght ad Insti. Tom. III.*

lib. 1. de remed. utriusque fortunæ. dial. 25. cum sequentib. Damhouder. in praxi rerum criminal. cap. 126. Forinac. in prax. criminal. part. 3. *quest. 109. pag. 531. cum seqq. & Berlichius decisi. auct. 66. pagin. 217. & seqq. alique ab his designati. Adde Doringium in Bibliotheca Iur. consulti. tom. 1. verb. alea fol. 1231. & seqq.*

Mutui datio in quantitate consistit, hoc est iis in rebus omnibus, quæ pondere, numero & mensura constant: veluti vino, oleo, frumento, pecunia numerata, ære, argento, auro, & similibus, hoc principio. l. 2. §. 1. ff. de reb. credit. l. 1. §. 2. ff. de obligat. & actionib. Solæ enim illæ res functionem per solutionem recipiunt, id est, tantundem præstant, cum pari pondere, numero, vel mensurâ in genere solvuntur, ac si in specie, seu (ut Dialectici loquuntur) in individuo restituerentur, argum. licetum. 6. in fine ff. de reb. creditis, &c. Quâ de re latè, post alios, à se relatos, Fachinæus lib. 2. *controvers. iur. cap. 48. Borchole in Commentar. ad tit. ff. de reb. credit. cap. 4. num. 1. & seqq. Vultejus disceptation. Scholasticar. cap. 14. Kitzel. in exception. de obligat. mut. cap. 5. num. 5. cum seqq. Arumæus Disp. ff. 11. th. 1. Ant. Natth. Disp. ff. 9. th. 2. Jacob. Cramer. Disp. ad Insti. 16. thes. 3. Hunnius lib. 3. var. resol. iur. civ. tract. 3. part. 1. quest. 3. & 4. Althufius, de rebus fungibilib. num. 1. & seqq. In aliis verò rebus, puta fundis, ædificiis, libris, vestibus, equis, ovibus, valis, & cæteris, ubi ipsa corpora, non quantitas spectatur, mutuum locum habere nequit. Nam etsi res istæ numerari, vel etiam appendi, aut admensurari possint: quia tamen in genere suo functionem non recipiunt, ut ait Paulus in d. l. 2. §. 1. ff. de reb. credit. hoc est, altera alterius vicem non in se sustinet, non omnino illa ipsa, quæ data quidem, sed non consumpta est, esse censetur; in mutuum minimè veniunt: siquidem aliud pro alio, invito creditori solvi non potest. d. l. 2. §. 1. in ff. eod. Verbi gratiâ: cum tibi admenturo 60 unum modium frumenti, eoquæ consumpto, tu mihi reddis alium modium frumenti ejusdem bonitatis: illum ipsum modium, quem tibi dederam, mihi restituisse videaris. Non idem est, cum tibi dedi equum, vel bovem, & tu reddis mihi alium. Frumentum etenim, non idem equus aut bos, mutuam functionem in genere recipit: quoniam animal licet simile sit aliis animantibus in suo genere: tamen individua ipsa, speciei, formæ, qualitate, probinate, usu plurimùm à sese invicem differunt: ut hic verum sit, quod vulgò dici solet: nullum simile esse idem. Cum autem ea sit natura mutui: ut idem omninò reddi debeat, neque aliud pro alio solvi invito creditori queat. d. l. 2. §. 1. ff. d. tit. evidens sit, quamobrem hæc res, pondere, numero, & mensurâ non constantes, in mutuum non cadant. Atque ita hoc explicant Vultejus hie num. 11. Kitzel. d. cap. 5. num. 11. cum seqq. & Welsenbe in l. 1. ff. de reb. credit. num. 11. Ideoque haud admittenda est opinio Jacobi Cujacii lib. 11. *observat. cap. 37. prope finem.* ejusque assecutorum, nempe D. Bollerii *class. 2. disputat. 7. thes. 22. edit. 2. pag. 201. Justi Meieri ad tit. ff. de reb. credit. & aliorum quorundam, statuentium: etiam gregem ad numerum mutui dari posse, ita ut tot reddantur capita, quod data sunt, argum. l. quod sèpè. 35. §. in his. 5. cum §. seq. ff. de contrah. empt. Etenim si maxime (verbi gratiâ) equi vel oves in pari numero restituerentur, & tot capita, quod data fuerunt, redderentur: manifesta tamen inde emergeret iniquitas: siquidem ejusmodi individua suis peculiaribus formis, propriisque qualitatibus, à sese invicem plurimùm differant, ut paulò antè monitum: atque idcirco ejusdem bonitatis (in qua semper mutuum est restitutum. l. cum quid. 3. ff. de reb. credit. ejusdemque pretii esse nequeant. Nec Cujacianam opinionem quicquam juvat textus in d. l. quod sèpè. 35. §. in his. 5. juncto §. seq. ff. de contrah. empt. Ibi namque Cajus Jureconsultus hoc solum habuit propositum, ut doceret: periculum gregis ad numerum venditi, ita demum spectare ad emptorem quando ipsi gregem venditor adnumeravit: sicut & venditio eorum, quæ pondere, numero, mensurave constant, non prius perfecta censetur: sic ut periculum emptoris sit, quam si ad mensuram, adnumerata, vel ad mensuram fuerint. l. 1. §. 1. ff. de pign. & comm. rei vend. Licet ergo venditio**

gregis, & venditio quantitas in eo comparentur: non tamen in omnibus conveniunt: nec protinus, sicut quantitas, ita & corpus in mutui contractum deduci potest, per notata Hunnii d. lib. 3. var. resolut. jur. civ. tract. 3. part. 1. quest. 3. p. 85. cum seqq. & in resolut. ad Treutler. vol. 1. Disp. 18. quest. 8. p. 1234. ubi dissentientis Cujacii, adeoque etiam sequatium opinionem monstruosam esse dicit, & passim ab Interpretibus Juris explosam. Hunnium refert & sequitur D. Martinus Rümelin. in disput. ad tit. 1. lib. 12. ff. de reb. credit. th. 3. sub lit. d.

62 De panibus, piscibus, carnibus, & ejus generis aliis rebus controversatur: an mutuo dari possint; Et non posse, opinatur Accursius in d. l. 2. §. 1. sup. verb. in creditum. ad finem. ff. de reb. cred. ibique illum secuti Jacob. Burig. Rayner. & Bald. Azo in sua summa C. si cert. petat. num. 18. & novissime Sebastianus Horumold. tom. 2. repertor. in verbo. mutuum. pag. 917 Sed rectius statuitur, etiam in istis rebus mutuum consistere; si panes certi ponderis mutuo dentur, ut ejusdem ponderis alii panes æque boni reddantur: vel si pisces ad certum dentur pondus, ut alii ejusdem ponderis bonitatisque pisces restituantur: vel denique si carnes in pondus dentur, eâ lege, ut carnes ejusdem ponderis & bonitatis reddantur. Et si enim panes, pisces, carnes per se quantitates non sunt: attamen cum ad certum pondus eâ lege dantur, ut ejusdem ponderis & bonitatis panes pisces & carnes restituantur: non amplius pro corporibus, sed pro quantitate hujusmodi res accipiuntur, arg. l. quod sepe. 35. §. in his que pondere. 5. & §. seq. ff. de contrah. empt. Bartol. Alexand. Angel. Salicet. Paul. Castrens. & alii. in d. l. 2. ff. de reb. cred. Cujac. d. lib. 11. observat. cap. 37. circa finem. Ricciard. in hoc princip. n. 176. pag. 146. Borcholt. in Commentar. ad tit. ff. de reb. credit. cap. 4. num. 5. & part. 1. Disput. 2. de reb. credit. proposit. 7. pag. 144. & 199. D. Bocerus d. class. 2. Disput. 7. thes. 22. lit. b. edit. 2. & in hoc princip. num. 109. D. Besold. in tract. de mutuo. cap. 4. num. 4. Forster. lib. 3. Disputat. 16. thes. 13. Treutler. vol. 1. Disput. 20. thes. 1. sub lit. E. ibique Bachov. Cramer. Disput. 16. thes. 3. ad fin. Struck. part. 1. Exercit. Justin. decad. 10. assert. 2. lit. d. pag. 377. Schickard. Disput. 12. ad Institut. thes. 3. sub lit. b. & resolut. quest. 2. Hunnii in d. resolut. ad Treutler. vol. 1. disp. 18. quest. 9. pag. 1234.

63 Ambigitur quoque de eo, æquid mutuum sit, eosdem nummos, quos tibi mutuo dedi, cum postea iis non indigeres, mihi reddas? Quod licet negare videatur Azo in d. sua summa C. si cert. pet. num. 16. tamen id ipsum non sine evidenti ratione affirmat Accursius in d. l. 2. in princ. sup. verb. speciem. ff. de reb. cred. Primum enim accidentia substantiam vel naturam rei non immutant, arg. l. generaliter. 34. §. proinde. 15. ff. de fideicommiss. libert. Menoch. conf. 35. n. 19. lib. 1. Alii ex accidente hoc contingit, quod

64 iidem nummi redduntur, non ex mente contrahentium. Deinde uniuscujusque contractus initium, non ejus implementum, est spectandum. l. si procuratorem. 8. in princ. ff. mandat. l. si tantum. 12. ff. ad senatusconsult. Maced. l. 1. §. id Pomponius. 13. & si servum. 30. in fin. ff. de depos. l. si id. quod. 58. §. 2. ff. pro socio. l. 1. §. divus. 3. ff. ad legem Cornel. de sicar. Ab initio autem id inter contrahentes accipitur censetur, ut rei dominium in accipientem transferatur, atque in genere quantitas restituitur: quoniam aliter ab initio mutuum contrahi nequit. dist. l. 2. in princ. ibi. recepturi non eandem speciem, & c. ff. de reb. cred. & hic in verbis, non eadem rei, sed alia ejusdem nature, & c. Præterea favore debitoris hoc est receptum, ut nummis mutuo datis mihi posset, atque eosdem in genere redderet. Quare si vult, eosdem restituere poterit: cum his, quæ pro se introducta sunt, renunciare cuilibet liceat. l. penult. C. de pact. præsertim si hoc sine sine præjudicio creditoris, arg. l. pretii. 9. de rescind. vendit.

67 Unde non obstat d. l. 2. in princ. ff. de reb. cred. ubi expressè se dicitur, quod non mutuum sit, sed commodatum, aut depositum, si pecunia sit data fuerit, ut eadem species reddatur. Nam licet largimur, & jam ante diximus, mutuum ab initio se contrahi non posse, ut eadem res in specie reddatur, hoc princip. nostro ff. d. l. 2. sed tamen interim & hoc constanter asserimus: posse rei mutuo ita dari, ut non ipse in specie, verum alia ejusdem generis præstetur,

postea restitui in specie: cum & aliàs in contractibus propositum & intentio contrahentium, ab initio contractus inspicitur; non verò, quid ex post facto contingat. d. l. si procuratorem. 8. in princ. ff. mandat. & similibus præallegatis. Nihil quoque officit, quod illud fervari debeat, 68 quod actum est. l. 1. ff. de pact. l. 1. in princ. ff. de const. pecun. Id autem actum sit inter eos, qui mutuum contraxere, ut non eadem res in specie, sed alia ejusdem generis restituitur. Propositio siquidem hujus argumenti non est accipienda de illis, quæ favore alicujus sunt constituta. Hæc quippe contra invitum fervari non debent. d. l. penultim. C. de pact. At verò dubium non est ullum, quin in favorem debitoris hoc sit constitutum, ut rem non in specie, sed in genere restituat, ut superius monitum. Præterea etsi videatur eadem illa res, quæ data fuit: attamen revera ceteri eadem non debet, nec potest. Nam quod dabatur, creditoris erat: quod verò redditur, est mutuatarii debitoris: cum in eum rei datæ dominium sit translatum, per hoc principium nostrum. Et huic adstipulantur sententiæ Donellus num. 5. Zasius num. 9. Viglius num. 10. ad l. 2. ff. de reb. creditis. Borcholt. hic num. 6. Mynsinger. num. 8. Ricciard. num. 179. pag. 147. Schneidewin. num. 12. D. Bocerus num. 31 pag. 161. D. Besold. d. tract. de mutuo. cap. 8. num. 5. Arumens Exercitat. Justin. 12. thes. 9. Treutler. Disputat. 20. thes. 1. lit. g. volum. 1. Robey. Disput. 14. thes. 2. Matth. Stephan. cent. 3. quest. 23. Henonius disputat. 13. controvers. 6. Andr. Gerhard. Decad. 12. quest. 8. Kitzel. in exegesi. de obligat. mut. cap. 6. num. 49. & seqq. Schickard. d. disputat. 12. thes. 3. lit. d. & resolut. quest. 7. Hunnii lib. 3. var. resolut. jur. civ. tract. 3. part. 1. quest. 7. p. 865. Ungepaun. exercit. Justin. 10. quest. 5. pag. 385. ed. ult. Richter. in tract. de contractib. disput. 2. th. 2. ad lit. b. pag. 30. Locanner. quest. juridicar. fascic. 35. quest. 1. & Knipschild. d. exerc. Acad. 2. quest. 17. pag. 69.

Jam de modo dandi & accipiendi mutuum, dispiciendum est. Is autem partim concernit substantiam, partim adjunctam qualitatem mutui. Modus qui mutui substantiam concernit, vel communis perhibetur, vel singularis. l. singularia. 15. ff. de reb. cred. D. Collega Bocerus. class. 2. disput. 7. thes. 24. edit. 2. & in hoc principio num. 111. 70 & seqq. pag. 160. Communis mutuum dandi modus est: cum ipsa pecunia mutua ab ejus domino, ipsam suo nomine dante, rectè ad accipientem mutuatarium proficiscitur. l. 2. §. creditum. 3. vers. item mutuum non potest. & §. seq. ff. de reb. s. credit. Neque verò statim contrahitur mutuum, ubi pecunia à creditore proficiscitur ad debitorem: sed tunc demum, cum eo animo pecuniam dat creditor, ut mutua fiat, & eadem opinione debitor accipiat. Hinc cum aliâ contractus opinione, quàm dati sunt, quis accipiat nummos: utputa si ego tibi pecuniam quasi donaturus dederim, tu quasi mutuam accipias: neque mutuum, neque donatio erit, auctore Ulpiano in l. si ego pecuniam. 18. in princ. ff. de reb. credit. Cui legi non contraria est l. cum in corp. 36. ff. de acquir. rer. dom. ubi Julianus disertè respondit: pecuniam dominium à me in te transire, cum ex alia causa sive opinione pecuniam tibi do, & tu ex alia eam accipis. Nam licet, Ulpianum irreconciliabili inimicitia à Juliano dissentire eique verè adversari, putet Antonius Mattheus disput. 9. Pandect. thes. 11. Contius lib. 1. disp. jur. civil. c. 9. ante finem. & alii nonnulli: tamen rectius sentiunt illi, qui dissidium istud ex collatione legum componentis sorsunt: Julianum in dict. l. 36. loqui de traditione, modo acquirendi dominii: Ulpianum vero in d. l. 18. loqui de contractu, modo acquirendæ obligationis: & si de traditione queratur, an efficiat sit, respondendum affirmativè, dist. l. 36. si de contractu, an teneat, negativè, dist. l. 18. D. Gaddem in Commentar. de contrah. & commiss. stipulat. c. 3. conclus. 2. num. 8. & 9. Vultreus in §. per traditionem. 40. mon. 8. sup. de rer. divis. & acq. ips. domin. ubi non solum nos n. 23. & seq. id latius exposuimus: verum etiam plures interpretes, diversimodè Ulpianum cum Juliano reconcilians, citavimus. Quibus addendæ sunt Duarenus ad tit. Cod. si cert. pet. c. 2. Zasius & Costalun in d. l. si ego. 18. ff. de reb. credit. Borcholt. ibidem in suis Commentar. cap. 5. num. 7. Giphon. in dict. licum in corp. 36. ff. de acquir.

- de acquir. rer. domin. Hülliger. in Donell. enucleat. lib. 4. c. 18. D. Bofoldus d. tract. de mutuo. cap. 5. num. 1. Justus Reifenbergius disp. 5. juris civil. renovat. th. 24. Et Nicolaus de Passeribus à Genoa, in conciliat. leg. pag. 231. Et aliquot. seqq. edit.
3. ubi septendecim hujus antinomiae conciliationes adducit.
- 72 Porro prædictam conciliationem non rectè intelligit D. Collega Bocerius, sicuti ex iis apparet, quæ scripsit hoc loco, num. 35. pag. 149. ubi admodum pueriliter monet, in mutuo quoquo agi de acquirendo dominio. Quis enim unquam de hoc dubitavit, aut dubitare potuit, cui vel nomen mutui non fuit incognitum? in fine principii, h. l. 2. §. appellata. 2. Et §. in mutui. 4. ff. de rebus credit. Verum hæc est mea mens; nullam esse pugnam inter dictam l. 18. Et d. l. 36. illam liquidem exaudiendam esse de contractu; hanc verò de traditione, seu domini translatione: adeoque hoc velle Jurisconsultos; quòd error vel dissensus in causa tradendi impediit quidem contractum, sed domini translationem non item, quemadmodum pluribus docet Godeus d. loco, alique supra allegati: quos si legisset D. Bocerius: proculdubio tam pueriles cogitationes de eorum conciliatione non habuisset. At magnam oportet esse hominis, confidentiam dicam, an arrogantiam; aliorum sententiam nec lectam nec intellectam damnare non erubescens. Cæterum si decem dem, & paciscar, ut undecim reddas: non nascitur obligatio ultra decem, nec mutui, nec usurarum, nec etiam donationis nomine, l. rogasti. 11. §. 1. ff. de reb. credit. Ratio, cur hoc casu obligatio ultra decem, mutui nomine non nascatur, est perspicua: quia mutuum contractus realis est, hoc principio nostro: ac proinde quatenus res non intervenit, eatenus mutui obligatio contrahi non potest. Effectus quippe non debet esse major sua causa: cum potentior sit causa, quam causatum Paul de Castro in d. l. 11. §. 1. num. 3. Nummus itaque, qui superest, quasi creditus deberi nequit: quoniam numeratus non est. l. si tibi decem. 17. in princip. ff. de pact. l. ciam ultra. 9. C. de non num. pecun. Ratio autem, cur obligatio ultra decem non nascatur usurarum nomine, hæc est: quia usura pecuniæ creditæ ex pacto, etiam in continenti adjecto, non debentur. Iquamvis. 3. C. de usur. D. Bofold. in delib. jur. Et lib. 22. ff. quest. 2. pag. 55.
- 74 Et seqq. Ratio denique, cur donationis nomine ultra decem non oriatur obligatio est multiplex; Tum qui non hoc actum est, ut donaretur. Atqui donatio sine utriusque animo & voluntate non contrahitur. d. l. si ego. 18. ff. de reb. credit. l. si tibi 25. ff. de donation. l. in omnibus.
- 75 ff. de obligat. Et actionib. Tum quia alia conjectura potest capi, quam donationis, nempe ut facilius impetraretur mutuum, tradente Costatio ad d. l. 17. ff. de pact. Tum postremo, quia pactum illud omnino non valet: propterea quòd non solum formam mutui destruat, ut indicat Godeus d. Comment. de contrah. Et committ. stipul. c. 8. n. 82. Et seqq. sed etiam quòd fiat in fraudem legis. l. non dubium. §. C. de legib. quæ pacto usuris deberi negat: ut, post Donellum ad d. l. rogasti 11. ff. de reb. credit. docet Andr. Gerhardt d. decad. 12. quest. ultim. Adde D. Martinum Rumelin. in disp. ad tit. 1. lib. 12. ff. de reb. credit. h. 4.
- 77 Singularis mutuum dandi modus est: si nummos meos tuo nomine, vel tuos, absente te, & ignorante, alicui tertio, puta Titio, dederis. Quam mutui datione tibi, non mihi, directam certi conditionem acquiri, apparet ex l. 2. §. penult. vers. id enim tale. Et l. certi 9. §. si nummos 8 ibique Donellus, Et Phil. Matthæus ff. de reb. cred. Quòd si tamen tu ejusmodi nomen sine contractum reprobes: ipsemet vel mandatis actionibus, vel cessante mandato, utili conditione certi ex mutuo adversus Titium mutuatarium experiri poteris. l. si absenti. 4. C. si cert. petat. D. Bocer. d. class. 2. Diffut. 7. thel. 27. edit. 2. Ille autem modus ideo singularis dicitur: quòd secundum communis juris regulas, non omnis pecuniæ datio sive, numeratio, sed ea duntaxat, quæ ex intentione contrahentium ad mutuum destinata est, obligationem mutui inducat. l. non omnia. 19. in pr. ff. de reb. cred.
- 78 quodque per liberam personam, quæ neque juri nostro subiecta est, neque bonâ fide nobis servit, dominium nobis non acquiritur. §. ex hâ itaque 4. sup. per quas person. cult. acquir. quòd item is, qui alterius nomine contrahit, neque

alii, neque sibi obligationem vel actionem acquirere possit. l. quæcunque gerimus. 11. de obligat. Et actionib. l. si ita stipulatus. 126. §. Chrysogonus vers. per liberam person. ff. de verb. obligat. l. multum interest. 6. vers. si verò ab initio. C. si quis alteri, vel sibi sub alterius nomine, Et c. l. si genero 26. ibi. nec sibi, cessante voluntate, nec tibi, prohibente jure. C. de jure dot. Quoniam non omnino infulse dicatur: in proposito casu nihil, quod ad constituendum mutuum exigitur, defuisse: sed utrumque ex parte tua, videlicet dominium & voluntatem intervenisse. Dominium quidem: quoniam ego, qui pecuniam meam, non meo, sed tuo nomine Titio numeravi; eo ipso possessione ejus me abdicavi, eamque tibi acquisivi. l. quod meo. 18. in princip. ff. de acq. vel amitt. possess. ac postea per possessionem, etiam dominium. l. traditio. 20. in fin. ff. de acquir. rer. domin. Voluntatem verò: quia ut maximè possessio, vel quasi obligationis tibi, quamdiu absens fuisti & ignorasti, acquiri non potuerit. l. ea, quæ civiliter. 53. ff. d. tit. attamen ea tibi ita volenti acquisita fuit postmodum: ubi rescivisti, pecuniam tuo nomine Titio à me creditam esse; atque hoc ipsum creditum ratum habuisti, vel saltem non contradixisti: liquidem ratihabitio ad tempus contractus retrahitur; adeò, ut à principio omnia ea, qui ratum habet, præsentem ac mandante gesta esse intelligantur, l. licet. 56. ff. de jud. l. si fundus. 16. §. 1. ff. de pignor. Et hypoth. l. ult. C. ad SC. Macedonian. l. donation. 25. in fine. C. de donationib. inter vir. Et uxor. Kitzel. in exeg. de oblig. mut. cap. 6. num. 3. Et seqq.

Est & ille singularis mutuum dandi modus; si pecuniam meam apud te deposuero, posteaque tibi roganti permiseris, ut eâ utaris ex causa mutui. Hac quippe specie, quantumvis non intervenerit vera traditio: nihilo tamen minus ista permissione & conventionione pecunia, etiam antequam loco moveatur, sit mutua proindeque periculum ejus ad te transit ab eo momento, quo ipsam mutuum impetrasti. l. certi 9. §. ult. ibi, quasi mutua. ff. de rebus credit. l. qui negotia. 34. in princ. vers. nec huic simile. ff. mandati. Simulatque enim usus illius pecuniæ tibi dispositario fuit concessus, quamvis non attigeris, eam animo possidere coepisti: dum hoc animo es, ut eandem pecuniam, jam ante penes te existentem non amplius ex depositis, sed mutui causa, affectuque dominantis obtineas: ejusmodi possessio, cum in ea animus (dum pecuniam voluntate domini pro tua habere incipis) & corpus (dum eam & antea tenuisti, & adhuc teneas) concurrant, iusta & legitima reputatur. l. possideri. 3. §. 1. Et l. quemadmodum. 8. ff. de acq. vel amitt. possess. Kripfschild. exercit. Acad. 2. quest. 13. pag. 65. Et seqq.

Nec prædictis magnopere resistit. l. quod si 10. ff. de reb. credit. ubi pecunia initio deposita, non simplici deponentis permisso ac consensu mutua efficitur: sed eam insuper loco motam esse oportet. Nam rectè respondetur; legem hanc esse exceptionem dicitur l. 9. §. ult. ff. eod. ita nimirum, ut depositum quidem in ejusmodi casu, quo usus pecuniæ depositæ purè, sineque ulla conditione depositario roganti conceditur, statim in mutuum convertatur, etiam si pecunia necdum à depositario loco mota & usurpata fuerit: secus vero res se habet, si deponens motu proprio permittat depositario: ut, si volet, pecunia deposita utatur. Tunc enim depositum non ante convertitur in mutuum, quam depositarius pecuniam loco moveat, eaque uti incipiat: quoniam (ut loquitur Ulpian. in d. l. 10.) debitum iri non est certum: hoc est, nondum liquidò constet, depositarium ista pecunia uti velle, ut ejus debitor constituatur. Atque ita in causa hujus l. 10. usus pecuniæ depositario non roganti permittitur sub hac conditione, si volet: quæ conditio tamdiu obligationem mutui suspendit, donec depositarius pecuniam moverit, hocque ipso se pecuniam istam usurpare velle declaraverit arg. l. proinde. 8. ff. de reb. credit. Si quidem voluisse hanc dicitur, nisi qui factis aliquo suam voluntatem expressit, argument. l. reprehendenda. 5. C. de inst. Et subtit. Philipp. Mat. ad d. l. quod si. 10. ff. de reb. credit. Kitzel. d. cap. 6. num. 14. Et seqq. D. Bocer. hic num. 40. Et seqq. pag. 150.

Idemque perhibetur maximè singularis mutuum dandi modus: si tibi, roganti mutuum, debitorem meum pecuniam mihi debitam dare jussero; vel, si inter nos conven-

venerit, ut pecuniam, quam ex causa mandati mihi debes, eam crediti nomine retineas, respondente Ulpiano
 83 in l. singularia. 15. ff. de rebus credit. Sed huic è diametro repugnare videtur Africanus in l. qui negotia. 34. in princip. ff. mandati. ubi expressum est: pecunia Lucii Titii apud mandatarium ex negotiorum administratione existente, eam ipsi postmodum creditam sub usuris semisibus, eam creditam seu mutuam non fieri. Jacobus Cujacius tract. 8. ad African. in d. l. 34. §. lib. 8. observat. cap. 8. post Fulgosium & ~~Antonium~~, censet; nullam esse querendam rationem componendi dissidii inter Ulpianum & Africanum, eosque nullo pacto posse conciliari. Illo novissime sequuntur Borcholt. in Commentar. ad tit. ff. de rebus credit. cap. 5. num. 26. Philippus Matthæus ad d. l. singularia. 15. ff. eod. Ant. Faber. libr. 3. conjectur. jur. civil. cap. 19. Georg. Frantzkius exercitat. jurid. 9. quest. 6. pag. 222. & Antonius Matthæus Disput. 9. pand. thes. 9. Quibus addatur Nicolaus de Passeribus à Genoa, in conciliat. leg. pag. (mibi) 205. & aliquot seq. ubi octodecim conciliationes affert: quas tamen omnes itidem
 84 improbat, concludens: Ulpianum & Africanum revera hac in re à se invicem dissentire, nec ullà probabili ratione conciliari posse. Verum cum Justinianus Imp. nullam in jure antinomiam aut contrarietatem agnoscat, quæ subtili mente, & verà rationis indagine explicari nequeat. l. 1. §. nulla. 8. §. l. 2. §. contrarium. 15. C. de vet. jur. enucl. alii Interpretes rectius existimant: Ulpianum de alia facti specie respondisse in d. l. 15. ff. de rebus credit. de alia item Africanum in d. l. 34. ff. mandati. Ulpianus namque loquitur agitque utroque in casu suo de debitore præsentem. Si debitor meus sit præsens, & ego eum jubeam tibi dare pecuniam: tunc mutuum contrahitur, & pecunia à debitore meo ad me, & rursus à me ad te profecta videtur: idque singulari jure & benignè receptum est, fictione quadam. Cum enim præsens sit debitor: facile potuit mihi dare pecuniam, & ego illam tibi: ac propterea hoc factum esse fingimus. Sic eum convenit ut pecuniam, quam mihi ex causa mandati debes, crediti nomine retineas: ea pecunia mutua efficitur: quia cum præsens sis, facile mihi dare pecuniam potuisti, & ego illam tibi: ideoque hoc fingimus esse factum. Utimur fictione brevis (ut ajunt) manus: cum per rerum naturam facile fieri poterit, ut tu mihi, & ego vicissim tibi pecuniam darem. Africanus contra loquitur, agitque de debitore absente. Quo casu pecunia, ex causa mandati debita, non sit credita sive mutua: quoniam fictione brevis manus hic uti non possumus. Neque enim per rerum naturam debitor absens mihi potest dare pecuniam, neque ego illam tibi dare possum. Quod verò in casu dicti l. qui negotia. 34. ff. mandati, debitor seu procurator fuerit abiens, ex eo probatur; quod dicitur emisisse epistolam ad creditorem, sive dominum, quâ significavit: certam summam ex administratione apud se esse. Atqui ejusmodi epistolam non emitti, nisi ad absentes, in consensu est. Et hanc tanquam omnium planissimam verissimamque conciliationem adducunt Donellus in d. l. singularia 16. ff. de rebus credit. Kitzel. in exeg. de obligat. mut. cap. 6. num. 30. D. Boer. lib. 42. cum seq. pag. 150. Hannius Disput. 14. thes. 5. §. 1. 3. var. resolut. jur. civ. tract. 3. part. 1. quest. 6. Tamen si alii aliam conciliandi rationem afferant. Comm. lib. 7. Comm. jur. civ. l. 1. num. 9. Dicendum ad tit. C. si cert. pet. o. 2. Covassin lib. 6. Miscellan. jur. cap. 16. Robert. lib. 2. sentent. jur. cap. 4. Pacius centur. 3. evantrio Pavlov. q. 67. D. Besold. in tract. de mutuo. cap. 7. num. 12. cum seq. Keisenbergius d. disp. 1. juris civil. th. 23. §. D. Römel. d. disp. ad tit. 1. lib. 12.
 85 ff. de rebus credit. th. 5. in fine. Ceterum prædictæ solutioni non obstat, quod à dissentientibus regegitur: Africanum in d. l. 34. ff. mandati. negantem, pecuniam esse creditam, non ponit fundamentum in absentia debitoris, sed in pactione. Borcholt. d. cap. 5. num. 15. pag. 265. Nam eo ipso, quod Africanus sese fundat in nuda pactione, quod pecunia, ex causa mandati debita, non possit converti in pecuniam creditam, intelligitur se quoque fundare in absentia paciscentium. Siquidem pactio ideo erat nuda: quod traditio nulla, ac non solum quidem, intervenerat: hoc verò idcirco, quia res inter absentes gerebatur; inter

quos fingi traditio nullo modo poterat; ut ita absentia sit, maneatque potissima causa, cur in specie dictæ l. 34. pecunia non fuerit facta credita. Hum. d. quest. 6. vers. ceterum adducta, &c. pag. 864.

Similiter non obstat, quod Africanus ibidem speciem 86 illam, cum tibi debitorem meum jubeo dare pecuniam, obiciens huic speciei, ut pecuniam ex causa mandati debitam, ex crediti causa retineas; & admittens in priori specie, pecuniam fieri creditam, in posteriori non item, nullam aliam diversitatis rationem, quam hanc, assignat: quod in priori specie receptum sit benignè, ut pecunia sit credita; in posteriori verò non sit receptum: atque ita in absentia debitoris se minimè fundat. Hoc, inquam, non obstat. Quandoquidem respondetur: in priori ista specie benignè receptum esse, ut pecunia credita fiat: quia omnes paciscentes fuerunt coram & præsentem, inter quos ex benignitate & fictione brevis manus potuit pecunia facile in creditam converti: in posteriori autem casu pecuniam non fieri creditam: quia scilicet paciscentes fuerunt absentes; ut ita diversitatem illorum casuum præsentia & absentia duntaxat personarum manifestè pariat.

Præterea nihil movet in contrarium: quod epistola in 87 jure nostro etiam pro cautione & chirographo accipitur; idque præsentem quoque dari posse, non dubitetur. L. emptor. 47. §. 1. ff. de pact. l. Titius. 24. ff. de pecun. constit. l. Titius. 34. ff. de pignorat. act. Etenim verbum epistolæ in jure multoties significare chirographum, non quidem negatur: at hoc fieri impropiè & abusive omnibus notum est. A prioria vero verbi significatione in dubio recedendum non est. l. non aliter. 69. in princip. ff. de legat. 3. Accedit, quod epistola dicitur ad dominum emissâ in d. l. qui negotia 34. in princip. ff. mandati. Epistolam autem emitte non dicimur, nisi ad absentes. Eodemque facit, quod Africanus ibidem ait, procuratorem illâ epistolâ significasse domino, penes se esse pecuniam. Atqui epistolâ significamus & notum facimus aliquid absentibus tan. um. Unde Cicero lib. 1. Epist. ad Q. Fratrem, proprium hoc epistolæ esse testatur, ut scribatur de rebus, quas quis ignorat. Ita explicat D. Humius d. quest. 6. circa finem.

Porro & ille mutuum dandi modus singulariter est receptus: si tibi mutuos roganti nummos, lancem vel massam auri argenti, aut aliam quamlibet speciem tradam, ut eam vendas, & nummis ex venditione redactis utaris, tuque eam vendas. L. rogasti. 1. in princip. de rebus credit. Lex etenim, celeritate conjugendarum inter se actionum, unam actionem occultat: & me brevi manu pretium ab emptore accepisse, tibi que illud credidisse; fingit, argum. l. hec ratio. 3. §. sed si debitorem. 12. ff. de donat. inter vir. & uxorem. l. licet. 43. §. 1. ff. de jure dot. Nec huic reluctatur. L. rogasti. 19. in princip. ff. de præscript. verb. ubi ex tali facti specie, quam mutuum inducere modo indicavimus, non conditionem certi, ex mutui contractu nascentem: sed actionem præscriptis verbis ex contractibus innominatis competentem, exoriri respondetur. Nam mutuum tunc contrahi censetur, certique conditione, tanquam ex mutuo, agitur; quando is, qui rem vendendam accepit, pretium recepit: idque ex proposita specie in d. l. 1. ff. de rebus credit. satis evincitur. Hoc enim actum est, ut rem venderes, & nummis acceptis uteris: quoniam nisi acceperis, pecunia tibi mutua esse haud potuit: cum non nisi accepta pecunia uti poteris. Sin autem is, qui rem accepit vendendam, eam nondum vendidit: aut vendidit quidem, sed pretium necdum exegit vel accepit: tunc nondum est mutuum: quia mutuum contractum dici nequit, nisi accepta à debitore pecunia: neque species in mutuum cadere potest. l. 3. §. 1. ff. de tit. Ideoque præscriptis verbis hic actio creditori competit: quâ compellere rem accipientem vellet, non tam ut actionem sibi adversus emptorem cedat, arg. l. si fover. 44. §. 1. ff. solut. matrimon. quam ut rem sive speciem, quam nondum vendidit, restituat: aut si vendidit, ut tum pecuniam ab emptore condictam vel id quod interest exigat, & in vicem speciei datæ sibi reddat: sicut, post Zafum num. 4. & Aleium num. 7. id explicat Philippus Matthæus ad d. l. rogasti. 11. in princip. ff. de rebus credit. Pacius cent. 3. evantrio Pavlov. quest. 65. Brancholt. cent. 2. evantrio Pavlov. assert. 23. edit. 2.

91 Rursus non contrariatur *praelegatq. l. qui negotia. 34. in princip. versio. his argumentum esse. ff. mandat. ubi Africanus tradit, pecuniam mutuam non fieri, si tibi, cum mutuum pecuniam dare vellem, argentum vendendum dederō. Etenim, secundum communem Dd. sententiam, respondetur: hanc legem de ejusmodi casu exaudiendam esse, quando quis mutuum petenti dedit argentum vendendum, non quidem ea lege, ut accipiens pecuniā inde redacta profinus uteretur: sed ut danti prius illam afferret, ac postea illam ab eodem mutuum acciperet. Idque innuere videtur ipse textus his verbis: *cum mutuum pecuniam dare vellet, &c.* Ergo nondum dedit. Non siquidem convenit expresse, ut accipiens rem vendendam, statim post rem venditam pecuniā uteretur. At in d. l. rogasti 11. in princ. ff. de reb. credit. nominationem actum est; ut, re vendita, venditor pretio sive nummis inde redactis uteretur, adeoque isti nummi statim post venditionem mutui essent *Accurs. in d. l. qui negotia 34. §. 1. ad verb. nihilo magis. ff. mandat. Alciatus & alii in d. l. rogasti. 11 ff. de reb. credit.* Et ab hac solutione non omnino alienus videtur Donellus *ibidem*, & Kitzelius in d. exegesi, de oblig. mut. c. 6. n. 20. Deinde & hoc non incommode dici poterit. Africanum negari enim, pecuniam ex lance, vel argento mutui causa vendendo constatam fieri mutuum, ad strictam juris rationem respexisse: quippe quae non patitur, ut mutuum, quod re, hoc est, numeratione fieri debet, nudā pactione contrahatur. Neque etiam mutui naturae quae de meo tuum fieri vult, hoc convenit: ut accipientis pecunia fiat, quae à mutuantis ipsi tradita non est. hoc pr. nostro. & d. l. 2. §. ap. pelata. 2 ff. de reb. cred. At verò Ulpianus fictione juris nititur: quāvis is, qui mutuum rogavit, hoc casu censetur pecuniam ex lance redactam brevi manu danti soluisse; ac eandem illico ab ipso recepisse. Mutuum igitur, quod iure stricto valere non poterat, Ulpianus ex benigna juris ratione sive ex aequo & bono sustinet, propter singulariā quaedam creditae pecuniae praecipua. d. l. singularia. 15 ff. eod. tit. Jul. Pac. d. cent. 3. quest. 65 in fin. Bromhors. d. cent. 2. assert. 23. ad fin. Philipp. Matib. ad dictam l. 11 ff. de reb. cred. p. 114. Molin in tract. de usur. quest. 84 n. 658. p. 653. D. Besold in tract. de mutuo. c. 7. n. 6. D. Rümelin. d. disp. ad tit. 1. l. 12. ff. de reb. cred. th. 6. lit. b. Knipschild. d. exerc. Acad. 2. q. 15. p. 67. Atque istam geminam primā facie pugnantium legum conciliationem, quantumvis divinationis vitio laborare putetur, malo calculo meo comprobare, quā cum Cajacio in d. tract. 8. ad African. ad d. l. qui negotia 34. sub finem. ff. de reb. credit. ejusque perpetuo asseclā Borchor. in d. cap. 5. num. 28 & Anton. Fabro d. lib. 3. conjectur. cap. 29. & nonnullis aliis asseverare, ab Ulpiano Africanum verē dissentire, contra pronunciationem Divi Imp. Justiniani in d. l. §. nulla 8 & d. l. 2 §. contrarium. 15. C. de vet. jur. enuel. Porro magis divinatoris solutiones qui amat, adeat is D. Brocerum hic num. 46. inter verum & quasi mutuum inconsideratē distinguentem; & Honnium, inter veritatem & fictionem juris distinctionem temerē fingentem. d. lib. 3. var. resolut. jur. civ. tract. 3. part. 1. quest. 5. in fine. Itemque Nicolaum de Passeribus à Genoa in d. concil. leg. pag. 223. & seqq. ubi septem conciliationes refert.*

92 Modus dandi & accipiendi mutuum, adjunctam mutui qualitatem concernens, hic est: quod mutuum datur aliquando gratis, quandoque verò sub usuris. l. lecta. 40. ff. de rebus credit. (quam insignem legem, à paucis haecenus intellectam, omnium accuratissime rectissimeque noviter explicuisse mihi videtur D. Rümelin. d. disput. ad tit. lib. 1. 32 ff. de reb. credit. th. 12. & sex seqq.) l. debitor. 7. l. pecunia. 9. Gajus. 11. l. 1. Seja. 12. l. cum quidam. 17. & l. equum ex nudo. 30. ff. de usur. D. Brocer. d. class. disput. 7. th. 31. edit. 2. Sua equidem natura mutuum, utpote ex amicitia & familiaritate profectum, est gratuitum, arg. l. si tibi decem. 17. in princ. ff. de pact. l. usura pecuniae. 12. l. 1. ff. de verbor. significat. Verum stipulatione mutuo adjecta effici potest, ut propter usum pecuniae mutuae licitas usus mutuarii praestet. l. quamvis 3. C. de usur. l. idemque. 10 §. si quis. Titulo. 4. ff. mandat. l. Titius 24. ff. de praescript. verb. Idque receptum est ideo: non, quod non sic contra naturam & essentiam proprietatem mutui, pluram mutuae pecuniae accipere: sed quod tunc non tam ex mu-

tuo usurae numerentur, quā ex stipulatione, cui causam solummodo praebuit mutuum, docente Gaddio in Commentar. de contrah. & committ. stipulat. cap. 8. n. 83. Planē tibi vinum, oleum, vel frumentum mutuū datur: ob incertum & inconstans frugum pretium, etiam ex nudo pacto usuras praestari, rescriptum extat. l. frumenti. 12. ibique Gothofredus. l. si ea lege. 17. & l. oleo. 23. C. de usur. Sed & si pecunia à civitate, vel argentariis al cui credatur: usure nudo pacto promissae debentur. dist. l. etiam ex nudo. 30. ff. eod. Novell. 136. cap. 4. ut si trajectory pecunia mutuetur. l. periculi. 5. §. ultim. & l. in quibusdam. 7. ff. de naut. fen. Alias verò nudum pactum mutuo, ut stricti juris negotio, etiam in continenti adjectum, ad actionem jure civili scripto inefficax esse, extra controverfiam est. d. l. si tibi decem. 17. in princ. ff. de pact. l. rogasti. 11. §. si tibi dederō. ff. de reb. cred. D. Brocer. d. Disp. 7. th. 33. lit. e.

Est & his ejusdem generis dandi & accipiendi mutuum 95 modus, quo mutuum datur sive contrahitur vel purē vel ad certum diem, vel sub conditione. l. proinde. 8. & d. l. lecta. 50. ff. de reb. credit. Sed quāvis hic potest: an 96 mutuatus pecuniam purē, eam statim reposcenti creditori restituere compellatur? Et quamvis Accursius, Baldus & Angelus ad l. si penam. 68. ff. de verb. obligat. affirmativē respondeant: ego tamen cum Doctoribus supra num. 17. citatis, contrariam sententiam viorem judico, adeoque existimo: tantum temporis inter pecuniam acceptam, & eam restituendam intervenire debere, quantum arbitrio judicis debitori, ad convertendam illam in utilitatem suam, sufficere possit. Hujus assertio- 97 nis ratio non obscura est: tum quia contractus ideo sunt adinventi, ut exinde aliqua utilitas ad contrahentes redundare, queat, argum. l. si ut certo. §. 2. ff. commod. Tum quia homines hominum beneficiis juvari oportet, 98 non decipi. l. in commodato. 17. §. sicut. 3. in fine. ff. d. tit. At si debitor cogi posset, ut pecuniam mutuū acceptam statim creditori restitueret, deciperetur potius, quā juvaretur. Idem quoque cautum reperitur jure Provinciali renovato Würtemb. part. 2. tit. 1. §. Welcher dem andern. &c. pag. 236.

Nec quicquam refragatur Leum, qui Calendis 41. §. 1. ff. de 99 verb. oblig. ubi haec in verba Ulpianus respondit: Quoties in obligationibus dies non ponitur, praesenti die pecunia debetur. Cum quo concordat Pomponius in l. in omnibus. 14. ff. de reg. jur. Nam summo quidem jure inspecto, statim debitor à creditore conveniri posse videtur, ut pecuniam acceptam restituat: verum ut contra juris stricti regulas, multa pro communi utilitate sunt constituta, testis Julianus in l. ita vulneratus. §. 1. §. ult. ff. ad leg. Aquil. sic & in proposita specie communis utilitas & equitas suadent, ut non statim debitor conveniatur: sed aliquid ei temporis intervallum relinquatur, quod pecuniam mutuū acceptam in necessarium usum erogare valeat. Fuchsin. lib. 2. contrav. jur. cap. 51. Benignius quippe leges interpretande sunt, quo voluntas earum conservetur l. benignitas. 18. ff. de leg. Hinc licet & aliis quodvis debitum purum, cui nulla dies vel conditio appositā est, praesenti die deberi & peti posse dicatur. l. cedere diem 213 ff. de verb. significat. nihilominus tamen debitori aliquid adhuc temporis ex equitate indulgendum praecipitur, quo commodē salvere possit. l. quod dicimus 105 ff. de solutionib. & liberationib. l. si ita stipulatur. 14. cum l. seq. 15. l. ex ultimo 98 §. ult. l. continui. 137. §. ult. insipientium 4. ff. de verb. obligat. Kitzel. in exegesi de obligat. mut. c. 6. num. 47. Knipschild. d. exercit. 2. quest. 21. pag. 72. Richter. d. disp. 2. th. 3. ad lit. a. pag. 44.

Illud quoque in quaestione non inconveniens hoc 100 loco vocatur: utrum in idem quod debetur, creditori invito ante diem recte solvatur? Id quod non levibus rationibus moti negandum putant Specul. lib. 4. part. 3. tit. de emphyteusi §. nunc aliquo num. 44. Bald. in l. item illa. 18. ff. de consil. pecun. in lect. antiq. num. 1. & in addit. nov. ex l. cur. antiq. idem. n. 2. ibi, non quod creditor, &c. An hinc ferretur? Cuius in stipulatione ista. 38. §. inter 16 ff. de verb. obligat. item Cuius lib. 23. observat. cap. 22. Borchor. in tract. de verb. obligat. cap. 6. num. 33. & D. Colleza Brocerus class. 2. Dissolut. 7. th. 34. edit. 2. & infra ad princip. tit. quibus modis tollit obligatio. num. 67. & mutuo

multis seqq. pag. 535. & seqq. Verum contraria affirmantia sententia ut crebrioribus votis recepta: ita & veritati magis consentanea est. Eaque inprimis nititur aperto textu in l. stipulatio ista, habere. 38. §. inter 16. & l. contrarius. 137. §. 2. vers. num. & quod ff. de verb. obligat. l. quod certa. 70. ff. de solutionib. & l. quod quis. 50. ff. de obligat. & actionib. in quibus scriptum est, quod certa die promissum est, vel statim dari & solvi posse. Recte autem jureque illud solvi posse dicitur, quod invito adversario vel creditore, solvi potest, argument. l. quod stipulatus. 10. & l. si quis stipulatus fuerit. 57. §. 1. de solutionib. & §. si quis alii. 4. vers. plane. infr. de inutilib. stipulat. Nec predictos textus enervat, quod quidam regerunt: scilicet aliquem dici, posse etiam id, quod potest ita demum, si adversarius velit & consentiat. l. rescriptum. 12. in princip. ff. de distract. pignor. l. invitum. 11. C. de contrab. empt. l. nec emere. 16. C. de jure deliber. l. invito. 69. ff. de reg. jur. & similib. Etenim non nisi improprie dicitur, id quempiam posse, quod facere nequit, altero non consentiente. Ast propria significatione verborum non aliter recedi oportet, quam cum manifestum est, hoc sensisse legislatores. l. non aliter. 69. in princip. ff. de legat. 3.

Proinde pro nostra assertionem haud parum facit, quod in l. stipulatio ista. 38. §. inter. 16. ff. de verb. obligat. & in d. l. quod certa. 70. ff. de solutionib. traditur: in obligationibus in diem, totum medium tempus ad solvendum promissori liberum relinqui. Atqui liberum non esset debitori tempus ad solvendum, si ei non liceretolvere invito creditori, aut si creditor solutionem recusare ante diem jure posset. Liberum quippe illud dicitur, quod est in potestate alicujus ita ut facere, cum velit, possit. Nec quicquam movet, quod a dissentientibus assertur: illud quoque dici alicui liberum esse, seu liberum relinqui, quod non ex facientis tantum, sed alterius etiam voluntate & consensu dependet: ut cum dicimus, liberum esse adolescenti cum puella matrimonium contrahere: hic liberum non est absolute voluntatis. Neque enim adolescens, si puella nolit, matrimonium cum illa contrahere potest: cum libera debeant esse matrimonia, argument. l. Titia. 134. in fine principii. ff. de verb. obligat. Nihil, inquam, id movet: quia istud improprie liberum dicitur: in quo significatu verbum hoc liberum, Ulpianum in d. l. stipulatio. 33. §. inter. 16. ff. eod. & Celsum Jureconsultum in d. l. quod certa. 70. ff. de solutionib. accepisse, prælumi non debet, arg. d. l. non aliter. 69. in princip. ff. de legat. 3.

Tertio huc confert l. cum qui Calendis. 41. §. 1. in fine. ff. de verb. obligat. l. ultra 7. ff. de re judicat. l. cum tempus. 17. in fine ff. de regul. jur. & §. omnis stipulatio. 2. vers. quia totus. infr. de verb. obligat. in quibus locis disertè cavetur, quod diei adjectio sit pro reo sive debitore, non pro stipulatore seu creditore. Si igitur dies pro debitore est; ei die uti licet, si velit: si nolit, eique videatur commodum statimolvere, licet die non uti: ut ita nihil magis ei dies nocet, quam si omnino adjectus non esset: quo casu statim etiam creditor invito solvi posse, certum est: adeo, ut illo recusante accipere, si pecunia solenniter obligetur, ipso jure liberatio contingat. l. obligatione. 9. Cod. de solutionib. Ac sane dies, qui pro debitore est, ipsi obesse minime debet, argum. leg. nulla. 25. ff. de legib. ubi Modestinus pereleganter hunc in modum respondit: Nulla juris ratio, aut aequitatis benignitas patitur: ut qua salubriter pro utilitate hominum introducuntur, ea nos duriorè interpretatione contra ipsorum commodum producamus ad severitatem.

Quarto, huic sententiae robur addit: quod cuicunque licitum est; beneficio pro se tantum introducto renunciare, idque contemnere. l. si iudex. 41. ff. de minorib. 25. an l. sed & si. 4. §. quæsumus. 4. ff. si qui cautior. in judic. sistendi caus. fact. non obtemp. l. pactum. 46. ff. de pact. l. penult. Cod. eod. At qui vero diei beneficio debitoris seu promissoris tantum in dubio adjectus intelligitur. dicitur l. cum, qui 41. §. 1. in fine. ff. de verb. obligat. l. cum tempus. 17. ff. de reg. jur. Ergo illi debitor renunciare, illumque contemnere: & consequenter etiam ante diem creditori repugnantemolvere poterit.

Quinto, accedit textus in l. cum, qui rogatur. 15. ff. de omni legat. ubi dicitur, si dies non legatus, sed heredis causa adjectus sit, tunc si ante diem solverit heres legatum,

ipsum liberatum censerit: cum plus præstiterit, quam debuerit. Sexto, suffragatur jus vetus Provinciale Württembergicum, part. 2. tit. Wie geliehen Geld und Gut gefordert und bezahlt werden soll. p. 184. ubi hæc habentur verba: So aber gewisse Zahl und Tag gesetzt, sol der Leihvor dem Zahl nicht fordern, aber der Schuldner mag vor dem Zahl wol zahlen, wann er will, welches auch der Leihvor annehmen schuldig. Quæ dispositio cum jure renovato Württembergico specialiter non sit sublata aut correcta: merito ei etiamnum standum erit, l. præcipimus. 32. §. ult. Cod. de appellationibus.

Postremo hanc defendunt, probantque sententiam Bayrol. Jafon. Coras. & Duaren. in dict. l. stipulatio ista. 38. §. inter. 16. ff. de verb. obligat. Donell. in dict. l. cum, qui. 41. §. 1. n. 47. & seqq. ff. eod. Godeus ad l. ut si cui. 12. §. n. 5. ff. de verb. signif. Gomez. tom. 2. var. resol. c. 11. n. 22. Anton. Faber. lib. 1. conjectur. jur. c. 1. Briffon. lib. 1. de sol. pag. 348. Bronchorst. centur. 2. §. 10. Pavov. assert. 95. edit. 1. Hackelman. Disput. illust. thes. 9. lit. b. Fortier. lib. 3. Disput. 19. thes. 7. Arumæus Exerc. Justin. 16. thes. 3. & in Commentar. de mor. cap. 7. num. 9. Claud. de condit. indebit. cap. 2. num. 8. Plebs. Disputat. 2. de jure copico Ducatus Württemberg. thes. 9. Hunnius Disputat. 16. thes. 31. & lib. 3. variar. resolut. jur. civ. tract. 2. quest. 10. pag. 835. & seq. Philipp. Decius in d. l. cum tempus. 17. ff. de reg. jur. num. 4. vers. idem est de quolibet, & c. Petr. Peck. lib. 5. de testam. conjug. c. 28. n. 2. Joan. Zanger. de except. part. 3. cap. 1. num. 218. & seqq. Andr. Gerhard. decad. 16. quest. 3. Hilliger. in Donell. enucl. lib. 16. cap. 11. ad lit. c. Petrus de Bella Pertica in suis questionibus. & decisionibus aureis & singularib. quest. 41. Dn. Martini Rümelin. Exercit. 16. ad Instit. th. 8. sub lit. e. pag. 151. Riemer. decad. 11. quest. illust. 9. Henon. Disput. 17. controvers. 24. Wegner. Disputat. 13. thes. 6. ad lit. c. Matth. Stephan. cent. 3. quest. 96. lit. a. Petr. Aug. Morla part. 1. empor. jur. tit. 8. quest. 21 num. 4. alique ab eo citati. Atque hanc assertionem novè etiam tuetur, & Scabinorum Lipsiensium responsio corroborat Matthias Berlichius decis. aur. 153. n. 2. & seqq. pag. 587. cum seqq.

Huic stabilitæ decisioni primò non adversatur l. f. solutus. 39. vers. quid enim, si inopportuno. ff. de solut. ex qua patet, oblationem & solutionem pecunie fieri debere opportuno loco & tempore. Opportuno autem tempore non solvitur debitum, si alio tempore, quam quo dari debuit, sicque ante diem adjectum solvatur vel offeratur. Non adversatur, inquam. Quia minor propositio manifestè falsa est, nec ullà lege probari potest: quinimò ex majori propositione hæc potius assumptio extrui debet: Ast opportuno tempus est, licet ante diem constitutum debitor solvat, ut ostensum est ex d. l. cum, qui. 41. §. in fine ff. de verb. obligat. & similibus præallegatis.

Deinde non resistit l. creditor. 102. in princip. ff. de solut. ex qua tale ducunt argumentum: Si debitor alio tempore creditori invito possetolvere; periculum non debitoris esset, sed creditoris, qui pecuniam sibi oblatam accipere noluit. Creditoris vero non esse, sed debitoris, liquet ex d. l. 102. ff. eod. Hoc, inquam, non resistit: quoniam in specie istius legis ideo periculum creditoris non esse respondetur: quia in opportuno tempore debitorolvere voluit: ac proinde creditor pecuniam oblatam, alio die, hoc est, sibi magis opportuno, accepturus, iusta ex causa distulit. Quod ipsum exemplo tutoris planum & perspicuum efficitur. Nec enim ita constringendus est creditor: ut si necessariis occupationibus distentus atque distractus teneatur, iis omittis debitorem sequi necesse habeat; sed potius in alium sibi magis convenientem & opportunum die differre solutionem poterit: & si interim deposuerit debitor pecuniam (qui videtur esse casus dict. leg. cred. 102.) suo, non creditoris, periculo deponet: cum nulla prorsus hic culpa creditori, qui necessariis negotiis impeditus oblatam accipere non potuit, imputari queat. Nec cessitatem siquidem legi non subesse, tralutatum est, argum. l. 2. 3. & 4. de in jus vocand. l. 1. §. 1. cum ibi notat. ff. de offic. consul. l. alienationes. 13. ff. famil. eresc. l. qua propter necessitatem 162. ibique Decius & Cagnolus. ff. de reg. jur. late Thrauell. in tract. de retract. Lignagnier. §. 26. gloss. 1. num. 19. & sequentibus.

112 Sic quoque non refragatur l. 2. §. *idem julianum*. 7. & l. *is, qui certo*. 9. ff. de eo, quod certo loco. ubi is, qui certo loco dare promittit, nullo alio loco, quam in quo promittit, solvere invito stipulatore potest. Ergo nec alio tempore solvere poterit: cum locus & tempus comparentur. d. l. si solutus. 39. ff. de solutionibus. Nam responderetur: rationem consequentiae non sat firmam esse: propterea quod tempus solui promissoris, non etiam stipulatoris, gratia adjiciatur. d. l. cum qui. 41. §. 1. in fin. ff. de verb. obligat. d. l. cum tempus. 17. in fin. ff. de reg. jur. & similibus supra adductis. locus autem utriusque contrahentis gratia apponi solet. d. l. 2. in princ. ff. de eo, quod certo loco. Nec quicquam comparatio loci & temporis in d. l. si solutus. 39. ff. de solut. officit, modò eam rationem importunitatis quispiam intellexerit, docente Arumaeo locis praedilectis.

113 Rursus nihil obstat l. item illa. 18. in princ. ff. de constit. pecun. ex qua evincitur: creditorem impunè recusare posse ante diem constituti debitam pecuniam accipere. Etenim creditor ante diem constituti recusare solutionem potest: & nihilominus ei actio de constituta pecunia ad solvendum competit si tempore constituti paratus sit accipere; si scilicet res adhuc sit integra, id est, si promissa res adhuc extet. Nam & ceteri omnes creditores, quibus ex aliis causis debetur, etsi maxime in accipiendo moram fecerint: nihilominus tamen integras actiones suas retinent, quamdiu res debita extabit, argum. l. illud. 17. ff. de peric. & comm. rei vend. Itaque Jureconsultus in d. l. 18. ff. de constit. pec. indicans, auctori non nocere, si promissum ante diem oblatum accipere recusavit, non simpliciter negat nocere: sed negat nocere ad actionem constitutae pecuniae movendam, rebus adhuc integris, si nimirum res promissa adhuc extet. Unde haud obscure arguit, aliis in rebus illi nocere, quod ante diem accipere oblatum recusaverit. Latè Donell. ad d. l. cum qui. 41. §. 1. n. 49. ff. de verb. oblig.

114 Præterea negotii facit nihil textus in l. sed etsi ante. 20. ff. ad Senatuscons. Trebell. ubi cum heres, qui ad diem rogatus erat restituere hereditatem, ante diem non rectè restituit: inde inferendum videtur, quod nec debitor ante diem solvendo, creditore invito, liberari queat. Heres enim, qui ad diem rogatus est restituere hereditatem, non tenetur quidem ante diem in fideicommissarium hereditatem transferre: si tamen eam sponte vult restituere, hoc potest facere in sui præjudicium; ut scilicet actiones, quæ heredi contra hereditarios debitores competeant, in fideicommissarium transferantur, l. post mortem. 12. & inibi Castrens. Cod. de fideicommissis. Bronch. d. cent. 2. assert. 95. ed. 1. p. 265.

115 Tandem nostræ conclusioni nihil decerpit. l. qui Rome. 122. in princ. ff. de verb. obligationibus. ubi traditur, quod debitor in diem, ante diem creditori invito, non rectè solvat. Quandoquidem in ista lege dies fuit appositus in gratiam creditoris seu stipulatoris: ac proinde ante diem ei invito solvi nequit: quia utilitas temporis, contrahentium conventionem vel testamento illi semel concessa, invito auferri non debet, arg. l. si ita relictum. 43. §. 2. ff. de legat. 2. d. l. cum, qui. 15. ff. de annuis legat. 3. §. 3. ff. de usuris. Gerbard. d. deced. 16. quest. 3. in fine. Cæterum in dubio dies semper præsumitur adjectus in gratiam debitoris: ideoque is etiam premature & ante diem solvere potest: cum qui heri favori suo renunciare liceat, d. l. cum, qui. 41. §. 1. in fin. ff. de verb. obligat. d. l. cum tempus. 17. ff. de reg. jur. d. l. penult. Cod. de pact. Aus. Gomez. tom. 1. var. resol. cap. 15. num. 5. & tom. 2. cap. 11. num. 22. hincque cum aliis citatis Petrus Aug. Morla d. part. 1. emporii jur. tit. 8. quest. 21. num. 4. & 5.

116 Ex prædictis quilibet, qui non contentionis, quam veritatis, amantior est, fateri cogitur: veram esse illorum sententiam, qui statuunt: etiam invito creditori ante diem solvi posse, quod in diem debetur. Verum clariss. Dn. Collega Bocerius semel seductus, atque in erroneam opinionem adductus, ab ea pro more suo recedere non vult. infra ad princ. d. sit. quib. mod. tollit. oblig. n. 68. & seqq. p. 535. Unde rationes & responsiones modo allatas eludere conatur: sed frustra. Nam primò impingit in eo, quod putat, solum illum diem, in quem promissum est debitum, esse tempus solvendi opportunum. At textus ab ipso allegati hoc non docent, sed id saltem efficiunt, diem

illum, in quem promissum est debitum, esse tempus solvendi opportunum: quod nemo unquam negavit. Sed quod ille solus dies sit tempus solvendi opportunum, adeoque præcise illo die facienda sit solutio, & ante illum diem invito creditori solvi nequeat: hoc, inquam, nullo jure cautum reperitur.

Deinde admodum debili argumento, pro corroboranda sua opinione, utitur: quando putat, eandem esse rationem solutionis faciendæ certo tempore: quæ est conditio solutionis certo loco præstantæ: Namque ratio diversitatis patet ex iis, quæ in præcedentibus dicta sunt ad num. 112. Et licet Dominus Collega Bocerius opinetur: quadam consideratione tempus etiam creditoris gratia adjici dici: tamen id nullo jure comprobare potest. Etenim legi, si solutus. 39. ff. de solutionib. quam pro sua opinione adducit, longe alius est intellectus: sicut pluribus ostendit Arumæus in d. Comment. de mora. c. 7. num. 9. & d. Exercitat. Justin. 16. thes. 3. Tertio, valde ridiculum & suavem se præbet D. Bocerius, quando negat, veram esse propositionem illam, quæ dicitur, posse quem etiam invito alio, quod potest. Nam quando in d. l. rescriptum. 12. in princ. ff. de distr. pign. dicitur: creditorem à debitore pignus emere posse: præsupponitur consensus utriusque, ita exigente negotio, de quo ibi agitur, arg. t. infr. de oblig. ex consensu. Et antequam constet de voluntate debitoris, non solum posse dicitur creditor. Idem etiam ad alterum exemplum, à D. Bocero allatum, respondendum putamus. Idem enim, quando quis dicitur posse alteri donare, præsupponenda est voluntas ejus, qui quis donare posse dicitur. Hac siquidem deficiente, ei donari non potest l. hoc jure. 17. §. non potest. 2. ff. de donation. Huc facit, quod non dicitur posse, qui non potest solus. Angel. consil. 61. in fine. vers. nec obstat, &c. Idque latè declarat Dominicus Cardinal Tulch. tom. 6. conclus. pract. lit. P. conclus. 460. num. 17. & seqq. Merito ergo etiam non nisi improprie posse dicitur, qui tantum potest altero volente ac consentiente; sicut, post alios, noviter quoque sentit Hunnius d. lib. 3. variar. resolut. tract. 2. q. 10. p. 336. Quarto, putat Dn. Collega Bocerius ad princ. d. sit. infr. quib. mod. tollit. obligat. num. 82. & seqq. pag. 538. me sine ratione negare: proprie dici liberum, quod non ex unius: sed alterius etiam arbitrio dependet. Verum facile obtinebo apud omnes Jurisconsultos: non nisi improprie dici liberum, quod ab alterius voluntate dependet. Id vel ex unico illo Imp. Diocletiani & Maximiani rescripto patebit, quod est in l. sent. §. C. de obligationib. & actionib. ubi negatur, esse liberum, quod non nisi consentiente adversario fieri potest. Et quidni? Nam ipsum verbum liberè idem importat, quod importat, sine contractione, & è converso. Alexand. consil. 214. n. 2. & seqq. vers. pro hoc etiam facit. lib. 6. Et lex concedens alicui aliquid faciendum liberè, intelligitur sine requisitione alterius. Curt. Junior consil. 2. nam. 3. lib. 1. Verbum namque liberè, excludit omne onus. Socin. consil. 43. num. 13. lib. 4. plenamque & omnem libertatem importat: ita, ut cesset omne impedimentum, & non requiratur consensus ejus, cujus alias deberet requiri. Ruin. consil. 219. num. 3. lib. 1. Roland. à Valle consil. 42. num. 19. lib. 1. Hæcque in tantum procedunt, quod improprie verbum liberè, si non importaret libertatem absolutam. Joan. de Anan. consil. 62. n. 2. In quam rem plura adducit Dominicus Card. Tulch. pract. conclus. tom. 5. lit. L. conclus. 335. Quæ cum ita unanimi consensu à Doctoribus nostris tradantur: quis non mireretur, solum Bocerium audere tam absonam & à verborum proprietate abhorrentem interpretationem adire dictorum textuum in l. stipulatio ista. 38. §. inter 16. ff. de verb. oblig. & l. quod certa. 70. ff. de solutionib. Quasi verò, dum ibi dicunt Jurisconsulti, in obligationibus in diem totum tempus medium promissori ad solvendum relinqui liberum: quasi, inquam, horum verborum nullus alius sit sensus, quam quod medium illud tempus à creditoris petitione liberum sit. Cur ergo addunt Jurisconsulti in d. legib. quod in diem debetur, vel statim solvi posse? Debitori igitur medium illud tempus ita liberum relinquitur, ut vel statim solvere possit, & quidem etiam invito creditori. Alioquin quæ hæc esset libertas, quæ ab alterius dependeret voluntate? Aut quis unquam de eo dubi-

dubitasset, quin debitor volenti creditori ante diem solvere posset?

123

Tandem Dn. Collega Bocerius in *d. princip. infr. quib. mod. tollit. obligat. mun. 92. pag. 540.* non recte accipit verba mea, quibus dixi *supra* n. 108. prædictæ sententiæ suffragari quoque jus vetus provinciale Württembergicum. Neque enim præcisè argumentor à jure Württembergico ad jus commune: cum sciam, hæc jura à se invicem interdum discrepare. Veruntamen cum in plerisque conveniant: utique verisimile est, quod in proposito quoque consentiant: proindeque sicuti jure Württembergico; ita & jure communi creditori etiam invito ante diem solvi queat. Nam contrarium jure communi dispositum esse: nullo solido satisque firmo fundamento ostendi potest. Ad reliqua, quæ contra fundamenta nostra, *supra* n. 102. & segg. adducta, adferri solent, tum à D. Bocero, tum Borcholten prædictis locis, solide respondit Valentinus Riemer. *d. decad. 11. quest. 9.*

124

Non omittenda hoc loco & illa quæstio est: si mutuum mihi pecuniam purè promittas, & eandem jussu meo sub conditione promittas alteri, an ego, pendente conditione pecuniam illam à te petere possim? Et negativè respondit Javolenus Juriconsultus in *l. pecuniam. 36. ff. de reb. credit.* Cui non contradicit Paulus in *l. purè. 5. in princip. ff. de doli mali. 8. met. exc. ex qua* apparet; heredem, pendente conditione pecuniam, quæ defuncto purè debebatur, & quam defunctus tibi sub conditione legavit, petere posse: dummodò legati nomine caveat, se illud præstiturum, si conditio extiterit. *Licendum* enim est: Javolenum diserte loqui de stipulatione conditionali: Paulum verò de legato conditionali: inter quæ magnam esse differentiam in propatulo est. Siquidem stipulatorem conditionalem, pendente conditione, creditorem esse placet: legatarium conditionalem, non item *l. is, cui sub condit. 42. in princip. ff. de oblig. 48. l. condit. cred. 54. ff. de verb. signif.* Quæ de causâ Javolenus in *d. l. pecuniam. 36. ff. de reb. cred.* respondit; me, pendente adhuc conditione, sub quâ Attio pecunia promissa est, pecuniam petere non posse: quia videlicet Attius jam creditor est, eique pecunia jam debetur. At in *d. l. purè. 5. in princip. ff. de doli mali. 8. met. except.* heres, pendente conditione sub quâ pecunia est legata, decem rectè petit: quoniam legatarius creditor nondum est, illique pecunia nondum debetur: sed legatarius primum incipit esse creditor, eique pecunia primum incipit deberi, ubi conditio existit.

125

Ratio autem, cur stipulatio conditionalis, etiam pendente conditione, creditor sit, hæc redditur: quia stipulatio vires ex præsentia accipit. *In usufructus. 26. ff. de stipul. servor. hoc est, in stipulatione spectatur tempus, quo contrahitur. l. si filiusfamilias. 78. in princip. ff. de verb. oblig. l. non omne. 144. in fin. ff. de R. l. atque ideo existente conditione, stipulatio perinde habetur, ac si illo tempore, quo stipulatio est interposita, purè sineque conditione facta esset. l. postior. 11. §. 1. ff. qui postior. in pignori habeant.* Atqui si purè contracta fuisset stipulatio: stipulatorem statim ex illo tempore fuisse creditorem, non ambigitur. E contrario legatum vires accipit ex futuro conditionis eventu: hoc est, in legato spectatur tempus, quo conditio existit: proindeque existente conditione, legatum perinde habetur, ac si tunc primum purè relictum esset. Ex quo consequitur: pendente conditione, legatarium conditionalem non posse esse creditorem; ut id planius paulò declarat Borcholten in *Commentar. ad tit. ff. de reb. credit. cap. 6. num. 6.* & subsequentibus. Item Philippus Matthæus ad *d. l. pecuniam. 36. ff. de reb. credit.* holicque laudans D. Besoldus in *tract. de mutuo. cap. 7. num. 14. & seq.*

126

Actio, ex mutui contractu que nascitur, vocatur certi conditio, hoc principio nostro, in fine. Appellatur quoque mutui actio, *l. neque unum. 5. Cod. quib. non obijciuntur longi tempor. præscrip.* item actio, si certum petatur, *l. 1. in princip. ff. de condit. triticior. & actio pecuniæ creditæ, l. penultim. in fin. ff. de institor. act. d. l. rescriptum. 12. §. 1. ff. de distract. pignoris.* Cæterum, de hac certi conditione valde diligantur & rixantur Doctores. Eam enim plerique duplicem faciunt: alteram specialem, quæ ex solo motui contractu, sive obligatione emergat: alteram generalem, quæ ex quibuscumque aliis contracti-

127

bus, ex quibus certum petitur, descendat, eorumque actiones in sese contineat. Accursus & Bartol. in rubric. & in *l. certi conditio. 9. ff. de reb. credit. si cert. pet. Speculator. in tit. de obligat. & solut. §. sequitur, &c. Fulgos. Salicet. & Bald. ad Rubr. Cod. si cert. pet. ibique Cusacius in suis paratit. & Schneidewin. hic num. 31. & idem ad §. sequens illa. 16. num. 7. ibique Vultejus num. 13. infra de actionibus. Fachin. lib. 1. controversiar. jur. cap. 90. vers. nec illa est prætermittenda, &c. Harfolte, part. 3. act. 1. Vacinius à Vacuna. lib. 3. declarat. 47. n. 11. Schickard. Disput. 12. ad Instit. thes. 3. ad lit. e. & in resolut. q. 10. Alii verò numero non pauci contendunt: unicam tantum, eamque generalem esse certi conditionem, ex omni causa, omnivè contractu seu obligatione, in quâ certum peti potest, adeoque mutui etiam, ex quâ semper certum debetur, competentem. Zasius, Jason, & Donellus in *d. l. certi conditio. 9. ff. de reb. credit. Oldendorp. class. 4. action. 17. num. 8. pag. 626. & action. 28. pag. 746. Mynfinger. hic num. 19. ad fin. & in d. §. sequens. 16. num. 8. & segg. infr. de actionibus. Heigius hic num. 36. Rittershusius pag. 407. Nonius. n. 42. & segg. Gaddens in comment. de contrah. & committ. stipul. c. 11. conclus. 2. num. 9. cum segg. Phil. Matth. ad rubr. d. tit. ff. de reb. credit. &c. Gilgenius ad rubric. C. si cert. pet. n. 7. Hummils lib. 3. var. resol. jur. civ. tract. 3. part. 1. quest. 20. pag. 390. cum segg. & in resolut. ad Treutler. disp. 18. th. 10. lit. A. quest. 40. pag. 1260. & segg. volum. 1. Duaren. ad tit. Cod. si cert. petat. cap. 6. Kitzelius in exeg. de obligat. mut. cap. 7. num. 26. & segg. D. Bocer. hic num. 155. cum segg. & class. 2. Disp. 7. thes. ult. lit. d. edit. 2. Treutler. Disp. 20. thes. 10. volum. 1. Richter. d. disput. 2. th. 10. sub lit. a. pag. 49. Ant. Matth. Disp. 9. Pandect. th. 8. Etsi autem inter utramque opinionem parum interest in effectu, ut monet Bachovius in tract. de actionib. disp. 4. th. 10. lit. a. pag. 130. cum segg. & ad Treutler. d. disput. 20. th. 10. lit. A. eumque laudans Dn. Collega Besoldus d. tract. de mutuo. c. 23. num. 1. atque adeo isthæc controversia (cùm hodie actionis nomen in libello exprimi non solet: sed factum ipsum narretur; sicque actio in id, quod factum est, concipiatur. c. dilecti. 6. ibique gloss. & Panormitan. ext. de judic. Vinnius Disput. 6. de process. judic. thes. 11. num. 51. & hac de re fusius differuimus in tract. de process. judic. Decad. 5. conclus. 2. num. 5. & conclus. 3. n. 6.) de lanâ caprinâ esse, ac proinde ejus decilio nullam, vel certè modicam utilitatem adferre videtur; ut, post Alciatum & Vighium, refert Philippus Matth. ad d. Rubric. ff. de reb. credit. in fine, & Schneidewinus locis præallegatis: quia tamen in Scholis, in quibus nos versamur, illa haud rarò ventilari & examinari consuevit: nos quoque exemplo aliorum quorundam Interpretum, eandem sub incudem (quo lajunt) revocabimus: eorumque sententiam, qui unicam duntaxat ac generalem certi conditionem statuunt, tanquam veriorum, rationibus non levibus suffulti, defendemus. Nam præterquam, quod in universo jure (sine cujus auctoritate nihil affirmandum, l. illam merito. 19. vers. superstitibus quidem. Cod. de collationibus. Novell. 18. cap. 5.) non duarum vel plurium, sed unius semper conditionis certi fit mentio, & semper numero singulari, non plurali: id etiam evidentissime relucet ex *d. l. certi. 9. in princip. ff. de reb. credit.* ubi cùm Ulpianus dicat, ex omni causa, & omni contractu, quo certum petitur, certi conditionem competere: satis perspicue arguit: eam quoque dari ex mutuo. Qui enim dicit omne: nihil excludere**

128

conferetur, argument. l. mutuum. 9. §. 1. ff. quid met. caus. l. de pretio. 8. ff. de Public. in rem actionib. & l. Juliano. 68. in princip. ff. de legat. 3. Quinimò hanc ipsam certi conditionem, quam in principio dixi *l. 9. ff. de reb. credit.* generaliter ex quavis obligatione competere dixerat Ulpianus, idque in §. 1. 2. & 3. exemplis quibusdam declaraverat; ad mutuum etiam idem Juriscons. diserte accommodat §. 4. 5. 8. & 9. ejusdem legis. 9. ut sic specialis certi conditio, si que esset, nullum prorsus effectum haberet. Præterea idem Ulpianus in *l. si qui certum. 24. ff. eod. 1.* hanc conditionem certi, quæ datur ex obligatione mutui, ex verborum etiam obligatione, si ex ea certum petatur, nasci manifestè respondet: quod rursus unitatem istius actionis luculenter ostendit. Sed &

129
130
131
132
nunquam

133 num. 13. Denique diversitas & identitas actionum ex medio concludendi, sive causa petendi, cognoscitur, arg. l. non debet. 11. in fin. ibi. ut bonæ fidei. ff. de dol. mal. §. c. l. l. i. tere. 3. ubi Ant. de Butr. ext. de dilationib. Atqui unum idemque medium concludendi est in quavis certi conditione, nempe quia certum. Ergo una quoque, nec diversa certi conditio dici aut existimari potest. Neque est, quod quis regeret, expressionem mutui, per certi conditionem petiti, peculiarem actionis qualitatem inducere, siquidem rem potius expressio ita demonstret, & quid in iudicio petatur, manifestum faciat. Et sane si causa, ex qua, & ob quam certum dari fieri petitur, specialem quandam certi conditionem argueret: non profecto una specialis certi conditio, & quidem tantum ex mutuo foret, ut dissentientes volunt: sed tot essent conditiones speciales, quot sunt debendi diversæ causæ, ex quibus certi conditio competit: videlicet ex stipulatione, ex indebito, ex comodatato, pignore, deposito, &c. l. si quis. 4. §. penult. §. ult. d. l. certi. 9. in princ. §. 1. 2. 3. 4. §. d. l. si quis certum. 24 ff. de reb. cred. initio tit. infr. de verb. obligat. §. appellamus. 1. §. infr. de actionib. l. actionum. 23. ff. de obligat. §. act.

138 Similiter non infamat opinionem nostram textus *m.l. 1. in princ. ff. de condict. triticiar.* ubi cum ipse Ulpianus conditionem, si certum petatur, à generali conditione triticiaria fecernat; consequens esse putatur, conditionem certi aliam esse specialem, ex sola mutui obligatione ortam; & aliam generalem, ex omni alio contractu, & ob rem omnem aliam competentem. *Hæc namque consequentia ex antecedente neutiquam elicitur*: quandoquidem *in ista l. 1.* haud opponitur una certi conditio alteri certi conditioni; ac si illa sit specialis, hæc generalis: sed certi conditioni opponitur conditio incerti, quæ triticiaria appellatur: idque ex verbis textus satis clarescit, dum in eo conditio, si certum petatur, dicitur competere petenti pecuniam certam: conditio vero triticiaria tribuitur ei, qui alias res petat. *Kitzel d.c. 7. de oblig. mutui. n. 33. Et seqq. Adde D. Besoldum. d. tract. de mut. cap. 13. mon. 2. ubi istam leg. 1. explicat paulo fusius.*

Nihil item obstat, quod eodem modo contrahatur mu- 137
tuum, quo indebitum, ut patet ex hoc initio *§* 1. *hujus
tit.* Indebitum verò propriam & peculiarem actionem
habeat, nempe conditionem indebiti. *d. §. 1. hoc. tit. ff. de
condict. indebit.* Proindeque mutuum quoque propriam ac-
tionem, videlicet certi conditionem specialem habere de-
beat, *inquam*, illud obstat. Si enim indebitum cer-
tum est, eadem competit condictio, quæ ex mutuo, ex nu-
merata pecunia, & ex omni alia certi causa: si incertum,
condictioni incerti æquo generali locus est: eaque condi-
tio, quæ ex indebito est, tantum denominationem à cau-
sa, ex qua datur, assumit: & præter communem formam
nihil habet amplius. Sicut ergo numero una eademque
hæc est, cum qualibet alia certi conditione: ita etiam illa,
quæ ex mutuo datur. Adde, quod indebitum propriè non
est mutuum: imò vix inflat mutui. *d. §. 1. hoc. tit.* Ideoque
à separatis petenda consequentia non erit. *l. Papinianus.
20. ff. de minorib. l. inter stipulantem. 83. §. sacram. vers. sed
hæc dissimilia sunt. ff. de verb. oblig. Gedd. d. cap. 11. de con-
trah. §. committ. stipulat. n. 18. §. seq.*

Porro certi conditione five murti actione mutuataris
conventus, rem creditam in eodem genere, eademque
bonitate & qualitate, quamvis id nominatim cautum non
sit, mutuanti restituere cogitur, in princip. nostro. l. 2. in
princip. § 1. Et licet quid. 3. ff. de reb. credit. l. 1. §. 2. ff.
de obligat. & actionib. l. cum a quo. 16. C. de solut. § liberat.
Forsl. Würtemb. Erneuert Landrecht. part. 2. tit. 1. pag.

236. §. Unde *zwar soll* Et. Unde non licet debitori rem
deteriorem, quæ ex eodem genere sit, creditori redde-
re: veluti vinum novum nondum defæcatum pro ve-
te vino. d.l. 3. ff. de reb. credita. Si igitur non licet reddere
aliquid deterius: quæri haud ineptè solet: an liceat in-
vito creditori reddere melius, quam id, quod datum est,
puræ vinum vetus, pro novo nondum defæcato? Et
quamvis, post Joannem, antiquum glossatorem, negativam
amplecti videatur D. Vulpius hic num. 18. affirmativam
tamen sententiam, quæ communis præhibetur, non sine
ratione defendi Joannes Corasius lib. 3. miscell. jur. civ. c.
12. num. 6. eumque referens Dn. Collega Bocerus hic num.
39. pag. 162. Etenim quod melius est, id quoque sine
controversia bonum est, ubi autem non apparet. 75. §. ut
que adeo. 2. ff. de verb. obligat. & res, quæ plaris est, utique
& tanti est laudem forti. 9 ff. de in lit. jurand. & liberator de-
bitor rem præstando meliorem, arg. l. penult. ff. si ex noxali

tor rem preterea non minoratur arg. 2. perit. ff. preterea non
conf. agat. Neque obstat, quod aliud pro alio invito cre- 141 E
 ditor solvi nequeat. d. l. 2. ff. de reb. credit. Nam qui sol- 142
 vit, quod melius est, in genere eodem, non solvit aliud
 pro alio: cum ei, quod melius est, bonum insit ut minor
 numerus majori inesse dicitur. l. 1. §. si stipulanti 4. ff. de
 verbor. obligat. Et licet deterior videatur, quod invito cre-
 ditori solvitur, quamvis melius sit: atamen illa unius &
 solus creditoris opinio veritati cedere debet, arg. §. si
 quis rem suam, l. 1. supra de legat. Eodem non parum con-
 fert textus in §. si quis agens. 23. circa finem. ibi, quin etiam
 licet vilissimum sit, &c. nisi de actionib. ubi traditur, quod
 promissori saepe facilius sit solvere, quod est pretii ma-
 joris, quam quod est minoris pretii. Cumque per iura 143
 debitoribus sint favorabilia in dissolvenda obligatione.
 l. d. d. d. d.

l. *Arrianus*. 47. ff. de obligat. & action. l. *favorabiliores*. 125.
ff. de reg. jur. permittendum certe erit debitori, ut solvere
etiam possit, quod melius est eo, quod debetur: dum-
modo sit ejusdem, non diversi generis. Si tamen creditor
affectio probabilis, & utilitas major spectetur in novo,
quàm veteri vino: compelli non poterit accipere vetus
vinum pro novo: ut si fortè mercator si creditor, & vi-
num novum in aliam provinciam vendendi causa expor-
tare velit: eùm utilius transducatur novum, quàm vetus
vinum: siquidem vetus corrumpatur facilius, & novum
duret longius: uti post *Corasium* d. lib. 3. miscell. cap. 12.
n. 7. explicat. D. *Bocerius* hionum. 144. Enimverò con-
ventionem sive pacto effici posse, ut pro mutuo vino veteri,
proximâ vindemiâ vinum novum, putè mustum reddat-
ur, plerique tradiderunt, *Christophorus Castillonius*, huncq;
citans *Jason* in repetit. dicta l. cum quid. 3. ff. de reb. credit.
n. 21. *Bartol. Castrensis*. *Decius* & *Alciatus* ibidem n. 4. *FredERICUS*
Scotus Comes in d. l. 2. §. 1. n. 198. ff. eod. hosque laudans
Fachinus lib. 2. controvers. jur. c. 69. D. *Bocer.* hic num. 145.
pag. 163. & *Dn. Besold.* in tract. de mutuo. cap. 8. n. 1.2. & 3.
Sed & magna Doctorum pugna est ac dissensio: num
totum, quod mutuo datum est, reddi debeat: an verò
debitor partem debiti, etiam invito creditori, solvere que-
at? Et quòd invito creditori debitor per partes solvere de-
bitum possit, opinantur *Fulgosius* n. 4. *Decius* n. 6. & *Alcia-*
tus n. 8. in l. quidam existimaverunt. 21. ff. de reb. credit.
Corasius in l. 2. §. 1. num. 1. ff. de verbor. oblig. *Molinæus* in
tract. de dividuis & individ. n. 13. & 77. part. 2. & *Hunnus*
Disp. 14. ad Instit. thes. 13. item lib. 3. var. resol. jor. civ. tr. 3.
part. 1. quest. 11. pag. 874. & seqq. itemque iisdem penè verbis
in resol. *Disput.* *Treutler.* 18. th. 11. lit. d. quest. 42. vol. 1.
pag. 1264. nec non *Disp.* 29. th. 2. lit. b. vol. 2. At contraria
sententia, quòd nimirum creditor regulariter debiti par-
tem accipere haud compellatur, non solum juris veritati
magis est consentanea: sed & frequentioribus Interpre-
tum præclarissimorum suffragiis recepta. Eam siquidem
tenent & sequuntur *Bartol. Jason, Emanuel à Costa, Petrus*
Cosalius, Zastius, Philipp. Matthæus & *Donellus* in d. l. qui-
dam existimaverunt. 21. ff. de reb. credit. *Petrus à Duennas*
regula jur. 158. incip. cred. part. p. 112. *Duarens* in d. l. 2. §.
1. circa fin. ff. de verb. oblig. *Wesemb.* in parat. ff. de solut. n. 5.
Petrus de Bella Pertica in suis quest. & decis. aureis. q. 39.
Hottoman illustr. quest. 22. *Gomezius* tom. 2. var. resol. c. 10.
rub. de individuis. n. 5. ibidemque *Eman. Soarez* lit. d. *Barnab.*
Brissonus de solut. n. 32. pag. 146. *Negusantius* in tract.
de pignorib. 2. parte tertii membri quintæ parti principal.
n. 17. pag. 460. *Gail* lib. 2. observ. 19. n. 7. *Bronchorst.* cent. 1.
observat. 4. par. 1. assert. 33. edit. 1. *Guédard* ad l. minus. 32. n. 9.
ff. de verb. signif. & in Comment. de contrab. & commit. stipu-
lat. cap. 6. num. 265. & cap. 12. num. 3. *Sarmient.* lib. 6. sele-
ctar. interpret. cap. 16. *Zanger* in tr. de except. pur. 2. cap. 2.
num. 3. & 4. *Vultejus* lib. 1. Jur. spr. Rom. cap. 53. num. 81.
Fachin lib. 10. controvers. jur. cap. 59. *Tiraquell.* de retract.
convent. §. 4. gl. 4. n. 1. pag. 432. *Johannus de Amicis* consil.
55. incip. in causa executionis. num. 18. pag. 45. *Alexand.*
Tortagnus Imoleus. consil. 88. incip. visis ac diligenter. num.
18. pag. 61. lib. 6. *Treutler.* *Disput.* 20. thes. 11. ad lit. a. vol. 1.
ibique *Rachow.* in suis not. p. 770. & idem *figius* in not. &
anepidictis ad notidem *Treutler.* vol. 2. *disput.* 29. th. 2. lit.
B. pag. 991. cum seqq. *Herman.* *Gebausen* in sui necessar. in-
format. *disputat.* ultim. pag. 292. *Ricner.* deced. 11. quest.
illustr. 8. *Hackelmann illustr. disputat.* 9. thes. 9. lit. C. *Forster.*
lib. 3. *disput.* 19. thes. 6. *Pacius* centur. 3. observat. 4. quest.
71. *Porcholt.* in Commentar. ad i. ff. de reb. cred. cap. 7. num.
22. & in tractat. de verbor. obligat. cap. 2. num. 12. & seqq.
item part. 1. *Disp.* 3. de reb. cred. proposit. 12. pag. 221. *Arri-*
men exercitat. *Justin.* 16. thes. 2. & in tractat. de mora. c. 7.
num. 8. *Alemannus* consil. 8. de jure monete. quest. princip.
12. pag. 861. *Petr.* *Aug. Morla* part. 1. tempor. jur. tit. 8. quest.
8. *Paulus Herens* *Disputat.* 12. item. 3. quest. 8. & novè
Schickardus *Disput.* ad Instit. 12. thes. 3. lit. e. & in respo-
lut. quest. 9.

Eaque primò evidentè probatur per tutor. 4. l. 5. *Lu-*
cius Titius. 1. ff. de usur. ubi *Modestinus* consultus, an *Lucius*
Titius, cum centum & usuræ aliquanti temporis haberet,
mutuam pecuniam, quam debebat, obligando, ab illius,

quam obsignavit, pecuniæ usuris liberetur: negativè hunc
in modum respondit: si non hac lege (id est pacto) mu-
tua pecunia data est, ut liceret & particulatim, quod acce-
ptum est, exsolvere, non retardari totius debiti usurarum
prestationem; si, cum creditor paratus esset totum suscipe-
re, debitor, qui in exsolutione totius cessabat, solam par-
tem deposuit. Quo sanè responso clarissimè demonstra-
tur: debitorem totum, quod mutuo accepit, solvere tene-
ri: nec creditorem invitum, ut partem accipiat, cogi
posse. Et quanquam contra hoc fundamentum dicti §.
Lucius, contrariæ sententiæ Auctores excipiunt, respon-
dentque: in eo agi de usurâ, quæ pœnæ similis est: pœ-
nam autem facere stipulationem individuum. l. stipula-
tionum. §. §. si fortem. 4. ff. de verb. obligat. ac propterea
partis solutionem non admitti: temen non ineptè repli-
catur, responsionem isthanc satis frigidam videri, hac ra-
tione: quòd si debitor solutione partis liberaretur invito
creditori, usuræ totius summx non deberentur. Et quòd
de comparatione sive similitudine pœnæ ac usuræ adfer-
tur; vanum est: quòd attinet ad d. l. 1. §. §. si fortem.
ratio illius non in eo consistit, quòd de pœnâ agatur; sed
in eo, quòd aliter fieri non possit sine injuriâ stipulato-
ris: ut in calce ejusdem §. disertè subjicitur. *Fachin.* d. lib.
10. cap. 59. in fine.

Secundò à nostra assertione non est alienus *Ulpianus*
in l. *Julianus*. 13. §. offerri. 8. ff. de actionib. empt. dum ait,
offendendum esse pretium ab emptore, cum ex empto agi-
tur: & ideo pretii parte oblata, actioni ex empto nec-
dum esse locum: quippe quòd venditor, ad integram us-
que solutionem, rem venditam, quasi pignus retinere
possit. Duplici hic, eoque fortissimo utitur *JC.* argu-
mento: priore à causa ad effectum; posteriore verò à
pignore ad rem venditam ducto; ostendens, totalem pre-
cii oblationem progignere actionem ex empto; ac pro-
inde illâ sublata, ipsam quoque actionem tolli. Posterius
à pignore, tanquam à simili sumptum, priori multum ad-
dit roboris. Siquidem actio pigneratitia non antè forti-
tur locum, quam omnis pecunia debita soluta, aut eo no-
mine satisfactum est. l. si rem 9. §. omnis. 3. & §. ult. l.
quod si 10. l. solutum. 11. in princ. eleganter. 24. §. 1. & l. si
pecuniam. 34. ff. de pignorat. act. l. qui pignori. 19. ff. de pigno-
rib. & l. 1. C. de luitione pignoris.

Tertiò, istam *Ulpiani* sententiam disertè confirmat *Paul-*
lus in l. cum fundus. 81. circa finem. ff. de reb. credit. in hæc
scribens verba: Sed adicere debuit *Julianus*, non aliter do-
mino servi venditore ex empto teneri, quin si ei pretium
solidum, & quacunque, si cum libero contraxisset, debe-
rentur, dominus servi prestaret.

Quartò, dilucidius idem *Paulus* probationem suam ex-
planat, sicque nostram traditionem corroborat ex l. si ser-
vus. 57. in pr. ff. de adilit. edit. quando respondet; domi-
num ex contractu servi redhibitoria vel ex empto actione
non aliter quidquam à venditore consecuturum esse,
quam si totum pretium solverit, & omnia, quæ hisce ac-
tionibus continentur, presterit.

Quintò, accedunt textus perspicui in l. si pater. 8. in fin. C.
de action. empt. & in l. obsignatione totius. 9. C. de solution. &
liber. in quorum altero Imperatores *Diocletianus* & *Maxi-*
mianus aliquantò oblectus; in altero expressissimè deci-
dunt: creditorem invito particularem non esse solvendum.

Sextò, huc facit non parùm, quòd jure cautum est: quòd
fortem sine usuris quis recipere non obstringatur. l. usuras
2. l. acceptam. 19. ibique gloss. super verb. cum usuris. C. de usur.
l. 2. ibique si universum cum fortis, quam usurarium offerat debi-
tum. C. debitorem venditionem pignori impedire non poss. nec
depositio fortis; usuris detractis vel reservatis, teneat. dicta
l. 2. vers. eoque non accipiente, &c. *Alex. Tart.* *Invol.* consil. 75.
incip. in caus. n. 8. vers. non deposuit omnes accessiones, &c. p.
44. lib. 7. quòd item solvendo esse nemo intelligatur, nisi
qui solidum solvere potest. l. solvendo. 14. ff. de verb. signif. &
denique tum demum solutio rite facta dicatur, quando uni-
versum est. l. si solutus. 39. & l. solidum. 85. ff. de solutionibus.

Septimò, natura obligationis postulat: ut, quo modo
quid contractum est, eodem etiam modo dissolvatur. l.
nihil tam naturale. 85. ff. de reg. jur. Sic autem omnis
obligatio

obligatio ab initio contrahitur: ut, quod inde debetur semel, totum deberi incipiat: ac propterea totum quoque debeat solvi, si creditor exigit. Totum verò non solvit tam is, qui nihil solvit, quam qui partem, arg. § si minus. 34. infr. de actionib. Et quoties debitor, quod debet, offert aliter seu in alia forma, quam debet; non est cogendus creditor accipere, si ex eà re aliquid damni sit passurus: ut diserte Paulus respondit in l. cred. 99. ff. de solut. Sed & natura conventionis est: ut totum, quod debetur, solvatur: & minor solutio, invitum creditorem non ligat magis, quam nulla solutio, arg. l. sed mihi. 3. §. 1. ff. commod. l. Jul. 9. §. sed si quis. 3. ff. ad exhib. l. is conseq. 18. §. Celsus. 4. ff. fam. ercisc. l. per hoc 4. §. hoc iud. 2. ff. communi divid. l. illud quoque 7. §. si cuius. 2. ff. de tributor. act.

157 Octavo & ultimo, pro hac conclusione etiam hæc militat ratio: quod æquitas non patiatur, ut quis alterius facto gravetur; aut alteri per alterum iniqua conditio inferatur, l. non debet. 74. §. l. factum cuique suum. 155. ff. de reg. jur. At creditor, si invitus debiti partem acceptare teneretur, per debitorem gravaretur: eique iniqua conditio inferretur: eò quod particularis solutio non minima sæpe incommoda habeat. l. planè. 3. vers. quia sæpe ff. fam. ercisc. l. cum hi, quibus 8. §. in causa. 9. ibi, & minus singulos convenire difficile. ff. de transactionib. l. solent. 3. in princ. ibi, minutatim alim. ff. de alim. vel cibor. leg.

159 Huic verissimæ conclusioni primum non obstat l. quidam existimav. 21. ff. de reb. credit. ubi Julianus JC. quibusdam existimantibus, neque eum, qui decem peteret, cogendum quinque accipere; neque eum, qui fundum suum diceret, partem duntaxat iudicio persequi, contradicit moris summæ æquitatis ratione: quod nimirum prætor posteaquam ad officium ejus pertinet, lites diminuere, humanitas sit factorus, si actorem ad accipiendum id, quod offertur, compulerit. Etiam Juliani in d. l. 21. sententia hæc est: Quemadmodum cum debitor fatetur, se debere totum, & paratum dicit solvere, in eum actio non datur; de quo inter omnes convenit. l. si debitori 21. ff. de iudic. l. si debitor 20. ff. de solution. ita & si partem tantum offerat, quamvis alteram se debere neget, & de eà litigare paratus sit; nihilominus & in eum de eo, quod offertur, denegandam esse actionem; de quo diserte in d. l. quidam. 21. ff. de reb. cred. Siquidem hic locum habet, quod alibi traditur, in consistentem nullas esse partes judicantis. l. prinde. 25. in fine. ff. ad leg. Aquil. Quà ratione sit; ut creditor, cui pars tantum offertur, compellatur ad accipiendum, quod offertur: partem vero non oblatam, eandemque negatam iudicio petere queat. Nam veluti de parte negata controversia est, & de re controversa iudicium consistit: sic è contrario de eà parte iudicium non consistit, de qua confessione Rei ita constat, ut de illa nulla controversia esse possit: cum reus pro iudicato sit, & frustra adversus eum, qui in iure confessus est, actio petatur, utpote prætor illam in rem actionem denegante, etiam si maxime istam partem reus non offerat. Unde firmiter colligitur: nullas in consistentem, sive de parte, sive de toto in iure fuerat, partes esse judicantis: itaque nec de eo, de quo confiteretur, iudicium in eum reddi posse, sed perinde habendum, ac si iudicatus esset: eamque ob causam Prætorum, cum ad officium ejus pertineat, lites bono & humano more minuere, humanius facturum: si posthabita disputationis subtilitate, quæ aliud exigere videtur, creditorem partem oblatam, quamque debitor se debere in iure confessus est, accipere compulerit: ut id plenius declarat Donellus ad d. l. quidam existimaverunt. 21. ff. de reb. credit. n. 12. §. seq. Cui non ineptè congruit communis illa Interpretum distinctio, quam asserunt de debiti parte liquidâ & per confessionem certâ, & illiquidâ vel negatâ, asserentes: respectu partis liquidæ particularem solutionem esse admittendam: secus, si totum debitum sit liquidum, gloss. in verb. ad accipiendum. Bartol. Alberic. de Rolat. l. son. Zasius, Costalius, & alii ad d. l. quidam. 21. ff. l. tit. Gomæ. d. eam. 2. var. resolut. c. 10. n. 5. vers. quod est verum, & proinde. Sc. p. 298. Eodem pertinet planè simile ejusdem Juliani responsum in l. permittendum. 8. ff. si pars heredit. petat. Quandoquidem eum quoque, qui hereditatem petit, vult, partem hereditatis sibi à possessore cessam accipere, & de alterâ eum ipso litigare: eò quod

possessor illam partem petenti neget: ut sic lex illa. 8. æquæ, atque prædicta lex 21. ff. de reb. credit. evidenter arguat: creditorem ita demum cogendum debiti partem accipere, si illud totum liquidum non sit; sed partem solummodo à se deberi, debitor contendat: Philipp. Matth. ad dict. l. 21. ff. eod. pag. 177.

Deinde non obstat assertioni nostræ l. cum heres. 4. §. item si decem. 6. ff. de statu liberi. ubi Paulus statuit; heredem decem, quos statu liber ei dare iussus erat, per partes accipere cogendum esse. Nam non generaliter ita statuit Paulus: sed causam, favorem nimirum libertatis, propter quem particularis solutio admittenda est, expresse assignat; non incertus, in favorem libertatis multa specialia recepta, & recipienda esse. l. libertas omnib. 122. ff. de reg. jur. Quæ causa quia in aliis minus favorabilibus casibus non militat: hujus specialis casus decisio h. u. d. quam ad eos est trahenda l. quod verò. 14. §. l. seqq. de leg. Siquidem ratione legis cessante, ipsius quoque legis cessare vigorem palam est. l. ult. ff. ad Senatusconsult. Silanian. Quinimo ex allegato dicto l. cum heres. 4. §. 6. ff. de statu liberi. textu magis dissentientium opinio labefactatur, quam communiter, argumento à contrario sensu hunc in modum concepto: Heres à statulibero decem per partes, favore libertatis, accipere cogitur: adeoque infallibiliter sequitur, in aliis minus favorabilibus casibus invitum creditorem oblatam debiti partem acceptare non compelli Argum. namque à contrario sensu legis vel canonis in iure est usitatissimum, ejusque consequentia validissima: nisi absurdus & juri contrarius intellectus ex ea resultat. l. 1. §. hujus rei fortissimum. ff. de offic. ejus, cui mandat. est jurid. gloss. & Dd. in l. conventicula. 15. C. de episcop. & cleric. Everhard. in Topic. legalib. loc. à contrar. sens. n. 4. Nec regefferit quispiam, libertatis favorem in quovis debitoris velari. Arianus. 47. ff. de obl. & action. Paulus siquidem in dict. l. cum heres. 4. §. item si decem. 6. ff. de statu liberi. loquitur de ejusmodi libertate, quæ servitutem excludit, nec ullo ære potest æstimari. l. libert. inestim. 106. §. l. non est sing. 176. §. 1. ff. de reg. jur. ejusmodi libertatis plur. differt ab illa liberatione, quam idem Paulus sibi propositam habet in d. l. Arrianus. 47. ff. de obligat. & action.

Præterea non obstat l. 1. ff. de compensationib. ibi cum compensatio à Modestino definitur, debiti & crediti inter se contributio sive collatio, quâ qui convenitur, creditorem suum, eundemque debitorem, petentem, quoad partem, quâ eum sibi obligatum habet, summovet putatus compensare. l. 2. ff. eod. tit. indeque nihil aliud esse dicitur quam solutio & quidem particularis. l. si debitor. 4. in fine ff. qui potior. in pignor. vel hypoth. habeant. Firmiter concludendum videtur; creditorem, debitum universali-ter petentem, particularim accipere cogi posse. Non inquam, illud obstat. Quamvis enim compensatio ipso jure debitum minuat: effectu tamen solidum præstat, posteaquam, quod ultro citroque debetur, in eam deducitur. d. l. 1. 2. 3. §. 4. ff. de compensationib. Nec ea destituitur s. à ratione: quia partim naturalis, partim civilis æquitas statueret, ut talis debiti & crediti inter se collatio fiat: quippe interest nostrâ, potius non solvere, quam solutum repetere. d. l. 3. ff. d. tit. imò dolo facit, qui petit, quod restituere tenetur, c. dolo 59. de reg. jur. in 6. publiceque interest, ut lites, ultro citroque contributione factâ, uno iudicio dirimantur, quæ alioqui plura exigere, arg. l. 1. ff. de jur. jurand. l. item si 4. §. 1. vers. non tamen. ff. de alienat. iudic. mut. caus. l. si cuius. 13. §. æquissimum. ff. de usufruct. leg. properand. 13. in princ. C. de jud. Taceo, quod jus compensationis tacitam vel præsumptam habet creditoris petentis voluntatem: factum verò solutionis, cum solus sit debitor, eam non habet, docente Gaddeo ad dict. l. minus. 32. num. 11. ff. de verbor. significat.

Rursus non obstat l. stip. quædam 2. §. 1. ff. de verb. obl. ubi general. & indistincte dicitur: obligationem pecuniæ dandæ recipere partem præstat. hoc est debitum pecuniæ pro parte posse præstari; vel, ut alibi scriptum est id quod debetur pro parte recte solvi. §. 1. in fin. infr. quib. mod. tot. obl. Nam exaudiendum illud est, volente & partem præstation. admittente creditore: non item creditore invito & nolente. Hæcque interpretatio colligitur tum ex verbis, tum ex mente Pauli Jurisconsulti in dict. leg. 2. §. 1. ff. de verb. obl.

rum. obligat. Ait enim: pecuniæ obligationem seu stipulationem partis præstationem recipere. Atqui præstari pecunia non potest, nisi volenti: quoniam ei demum quid præstitum esse dicitur, cui ad placitum est satisfactum, arg. l. quid sit fugitivus. 17. §. ult. ff. de edil. edict. & præstatio non est sine accipiente; ut nec donatio sine accipiente esse solet. l. hoc jure utimur. 19. §. 2. ff. de donati-
 171 ubi. Nemo autem accipere potest, nisi volens. Ita fit, ut in præstationis verbo, vi ipsa etiam voluntas accipien-
 tis contineatur. Si mentem Pauli spectemus: res mani-
 festior erit. Paucis etenim verbis interjectis, subjicit: *quedam partis quidem dationem naturæ recipiunt; sed nisi tota dantur, stipulationi satis non fit: veluti cum hominem generaliter stipulor, aut lanceam, aut quodlibet vas. Nam si Stichus pars soluta sit: nondum in ulla parte stipulatione liberatio nata est, &c.* Ergo quod prius dixerat, quædam stipulationes partium præstationem recipere: hoc eo sensu dixerat, ut intelligeremus, eas recipere hanc præstationem effectum, hoc est, ita ut si partes præstite sint, pro his partibus stipulationis satisfiat; adeoque debitor in parte obligationi liberetur. l. stipula-
 172 tus. 9. §. 1. ff. de solution. Constat igitur, cum ad effectum referatur, quod Paulus dixit: obligationem pecuniæ dandæ partium præstationem recipere, inde non recte inferri: partium præstationem esse admittendam etiam invito creditore: sed hoc potius, eam non aliter admitti, quam creditore volente: & si admissa sit, debitorem in parte obligationis liberari, & reliquum remanere in obligatione: id quod dilucidius expressit Ulpianus in d. l. stipu-
 173 latus. 9. §. 1. ff. dicto tit. Eadem fere declaratio occurrit in d. §. 1. infr. quibus mod. tollit. obligat. ubi solutio partis, & acceptilatio partis inter se conferuntur: quod mirum, sicut quod debetur, pro parte recte solvitur; ita in parte debiti acceptilatio recte fieri possit. At dubium non est ullum, quin acceptilatio fieri non possit invito creditore: siquidem ejus natura flagitat, ut fiat creditore volente & consentiente. Constat enim acceptilatio duorum consensu, creditoris & debitoris, l. an inutilis. 8. in princ. ff. de acceptilat. l. si unus. 27. §. penult. ff. de pact. Idcirco utriusque consensu eam dissolvi necesse est: quandoquidem secundum naturam est, unumquodque dissolvi eo modo, quo colligatum est. l. nihil tam naturale. 35. ff. de reg. jur. Proinde & quod de solutione in d. §. 1. infr.
 174 quibus mod. toll. obligat. dicitur, id, quod debetur, pro parte recte solvi, eodem modo intelligere debemus, ut recte solvatur, admittente creditore: quia non fit solutio, nisi cum naturaliter pecunia creditori numeratur. l. solutam. 49. ff. de solutionib. neque id sit aliter, quam volente eo accipiente. Donell. ad l. quidam existimaverunt. 21. num. 16. ff. de reb. cred. Zanger. d. tract. de exceptionib. part. 3. c. 2. num. 6. & 7.
 175 Adhuc non obstat: quod cum permissum sit singulis debitoris heredibus, partem debiti hereditarii, in quam successerunt, solvere creditori invito, l. in executione. 85. §. 1. ff. de verb. obligat. l. si testamento. 49. §. 1. ff. de fidejussorib. l. 2. C. de heredit. actionib. l. 1. facere. pe-
 176 tatur. etiam ipsi debitori principali partem debiti creditori invito offerre & solvere licet: cum ex persona hæredum, conditio obligationis non immutetur. d. l. 2. §. ex his. 2. ff. de verb. obligat. Etenim negatur consequentia: quoniam inter debitorem principalem, & ipsius heredes maxima est ratio differentie. Principalis debitor, ut si-
 177 dem suam liberet, totum, ad quod obligatus est, præstare & solvere tenetur: verum heredes plures partem dun-
 taxat hereditariam debent: quia in partem debiti solum-
 modo succedunt: & ut alienum defuncti ipso jure & lege XII. tabb. inter singulos heredes pro portione hereditaria dividitur. d. l. 2. C. de heredit. action. l. pacto successorum. 26. C. de pactis. Et sine si heredes omnes conjunctim consi-
 derantur: obligatio ex ipsorum persona non immutatur: quia tantundem illi præstare coguntur, quantum defun-
 ctus, cui successerunt, debuit, etiam si separatim, nec eo-
 dem tempore suam quisque quotam præstet, luti Donell. ad d. l. quidam existimaverunt. 21. n. 17. ff. de reb. cred. Nec obtrudat aliquis: legem 12. tabularum dividentem
 obligationem inter heredes pro portionibus hereditariis,

esse iniquam, & creditoribus damnosam. d. l. planè. 3. ff. fami l. erasci. Non quippe iniqua est: quia cum plures sint heredes, qui in jus defuncti succedunt, necesse est, ut inter eos commoda & onera hereditaria dividantur, ut modo dictum. Non est damnosa: quia creditores actionem contra omnes heredes habent. Quare si unus partem suam solverit: illis contra alios actio, quæ simul totam debitam quantitatem consequi possunt, remanet. Pachin. d. lib. 10. controversiar. jur. cap. 59. vers. quantum argu-
 178 mentum, &c. Ex quibus omnibus ita expositis facile res-
 pponderi poterit ad vanas instantias, quas Hunnius in contrarium temerè adduxit, d. l. 3. var. resol. jur. civ. tract. 3. quest. 11. pag. 874. & alii in locis.

Nihil insuper obstat l. placuit. 4. C. de collatione fun-
 179 dor. patrimonial. ubi Valentinianus & Valens Imp. re-
 scripserunt: ligere possessoribus fundorum patrimonialium pensionem annuam particulatim solvere; dummodo nu-
 merum ternæ illationis non excedant. Si ergo hoc rece-
 ptum est adversus fiscum: multo magis adversus privatos creditores recipiendum erit. Fisci siquidem causa potior est. l. 2. ff. de jure fisci. & publica causa semper vincit privatam. l. 2. ff. ne quid in loc. public. l. utilitas. 4. Cod. de principio, l. unic. §. hæc autem omnia. Cod. de caduc. tollend. Nihil, inquam, obstat. Illud enim nomina-
 tim in causa pensionum publicarum, pro fundis patrimonialibus debitarum, constitutum est: proinde in cæteris causis & contractibus diversum jus obtinet. Nam si jus commune omnium debitorum debita, invito creditore, particulatim solvi voluisset: nequidquam id de possessoribus fundorum patrimonialium, in pensionibus publi-
 cis solvendis, specialiter cavisset. Cæterum cum illud nusquam generaliter factum reperitur: istud hac in causa jure singulati constitutum, aut sublevandorum possessorum causa, qui publicis pensionibus onerantur, aut etiam Reipubl. gratiâ, quo fiscus facilius suum consequatur (cum facilius sit, plures particulas separatim expedire, quam totam summam pensionis debitorum representare) in consequentiam ad omnes alios debitores trahere nefas reputabitur: ideoque in contrarium jus commune merito observabitur. d. l. quod verò. 14. cum ll. seqq. ff. de legib. Zanger. d. tractat. de exceptionib. part. 3. cap. 2. num. 13. Philipp. Matthæi ad d. l. 21. ff. de reb. cred. pag. 174.

Minimè quoque obstat l. in commodato. 17. §. duabus. 179
 4. ff. commodati. Ibi dum perspicue traditur, creditorem partem debiti ab invito debitore petere posse; eodem etiam modo debitorem partem invito creditori solvere posse, verisimile videtur; propterea quod favorabiliores sint rei, quam actores. d. l. Arrianus. 47. ff. de obligat. actionib. l. favorabiliores. 125. ff. de reg. jur. Respondeatur enim: à creditore ad debitorem hac in parte non procedere argumentum: cum dispar sit utriusque ratio. Creditor namque pro voluntate sua partem debiti petere potest: quia in eo de jure suo statuit; nec minus petendo, debitori nocet. At debitor, qui offert partem debiti, & cogere vult creditorem, ut eam accipiat, non statuit de jure suo, sed creditoris; & quidem haud sine damno & injuria creditoris. Plusquam autem certum est: neque de-
 180 bitorem, neque alium quemlibet creditoris sui, aut alterius cujusquam conditionem facere posse deteriorem. l. solvendo. 39. ff. de negot. gestis. Donell. in sepe allegata l. quidam. 21. num. 17. ff. de reb. credis. pag. 140.

Deniq; non obstat l. ult. ff. quib. mod. pig. vel hypoth. solvit. 181
 ubi dicitur, creditorem partem debiti accipere cogendum esse, salvo jure pignoris. Etenim illic Scævola loquitur de duabus separatis summis sive rebus, quæ ex diversis debentur causis: quasque debitor separati solvere non prohibetur. Idque non injuria. Quemadmodum enim obligationes sunt contractuales: hæc quoque dissolvi debent. d. l. nihil tam nat. 35. ff. de reg. jur. Atqui ibi eas sigillatim & separatim contractas esse, contextus probat. Ergo recte fit, & nature conveniens est, ut quod ex singulis causis debetur, separatim solvi permittatur. Gadd. ad d. l. min. 32. n. 11. ff. de verb. signific. Beron. d. disput. 12. them. 3. sub question. 8. pag. 292. Remotis igitur & confutatis adversariorum argumentis, omnique dubitandi ansa præcepta, nihil aliud superesse video, quam ut constanter & firmè, ex variis juris
 funda-

fundamentis concludam : particularem solutionem regulariter, invito creditore, non esse admittendam. Vide tamen rem istam aliter expedientem Antonium Merendam, l. 1. *controversiar. jur. c. 32. p. 44. & seqq.*

Huic controversiæ, modò expeditè succedit alia : an nimirum pro vino vel frumento mutato, debitor æstimationem sive pecuniam numeratam invito creditori solvere & obtrudere possit ? Et (quidquid in contrarium adferant *Iacobus de Arena & Curtius, aliique, quos refert Decius in l. 2. §. 1. ff. de rer. credit.*) negativa sententia non sine evidenti ratione vulgò obtinuit. Tum quia in mutuo debet reddi idem genus, quod datum est. d. l. 2. in princ. ff. eod. tit. Pecuniam autem & frumentum esse diversi generis; manifesto manifestius est : cum aliud sit merx, aliud pecunia seu pretium. leg. 1. ff. de contrah. empt. & l. 1. in princ. ff. de rer. permutat. Tum quia notissima regula est : aliud pro alio, invito creditori solvi non posse. dict. l. 2. §. 1. in fine. ff. de rebus credit. l. promissor. 21. §. ult. in princ. ff. de constit. pecun. l. si se non obtulit. 4. §. ait. prætor 3 ff. de re judicat. l. manifesti juris. 17. ibi, consentiente creditore. C. de solutionib. leg. 1. Cod. de Fabricensib. Petrus à Duennas regul. jur. 159. pag. 213. *Iacob. Aleman. consultat. 8. quest. principal. 11. pag. 854.* Ast illud fieret, si debitori, pro frumento pecuniam creditori restituere, permitteretur. Et hanc sententiam non solum jùs renovatum Württemberg cum confirmat, part. 2. tit. 1. p. 163. in fin. sed & eandem Doctores communiter amplectuntur : *Bartol. Purpuratus, Bolognet. & ceteri in dict. l. 2. §. 1. ff. de reb. credit. eosque citans Petrus August. Morla part. 1. emptor. jur. tit. 8 q. 9. num. 2. Nonius in hoc principio n. 28. & D. Bocer. n. 129. p. 161. Fuchsius libr. 2. controvers. jur. c. 68 in pr. Bronchorst. cent. 1. évayrio Qvāv assert. 66 edit. 1. Arumens Exercitat. Iustin. 12. thes. 10. Wesenbec. in paratit. ff. de reb. cred. n. 12. vers. ego tamen magis. &c. Kitzel in exeg. de obligat. mut. c. 6. n. 53 Paulus Berens. Disput. 9. th. 1. quest. 8. pag. 207. Henonius Disput. 13. controvers. 4. circa medium D. Besold. d. tract. de mutuo. cap. 8. n. 4.*

Cui non adversatur textus in l. vinum. 22. ff. de reb. credit. ubi expresse habetur, quòd pro vino mutuo dato, æstimatio solvatur. Hæc enim lex concepta est non de nostro casu, ubi vinum creditum ejusdem bonitatis & qualitatis adhuc extat, & à debitore comparari potest : sed eà de specie tractat, ubi idem vini genus, quale creditum fuit, non amplius superest. Quia specie licet vini æstimatio non sit in obligatione, nec etiam in facultate solvendi, argum. l. fundum. 28. ff. de novationib. attamen necessario ad æstimationem devenitur : pecunià seu æstimatione vicem rei ipsius tum demum sustinente, si res ipsa à debitore amplius præstari nequeat, argument. l. si non sortem. 26. §. libertus. 12. ff. de condict. indebit. l. si domus. 71. §. qui constitetur. 3. ff. de legat. 1. Et si igitur jus indubitatum est, aliud pro alio, invito creditore, solvi non posse : hoc tamen tamdiu duntaxat verum est, quandiu quod debetur, præstari à debitore potest, nec sit ei potestas jure aliud solvendi. Quòd si res ab eo præstari nequit : natura suadet, cogitque : ut pro illa aut nihil, aut æstimatio, aut si quid aliud habet debitor : præstari debeat. Necessitati quippe parendum, stultumque est exigere, quòd fieri non possit, arg. l. in re furtiva. 8. in pr. ff. de condict. furtiv. l. qui restituere. 68. ff. de rei vindicat. d. l. si domus. 71. §. 3. ff. de leg. 1. Auth. hoc nisi debitor. C. de solut. Novell. 4. c. 3. ibiq. Cujacius, Gail. lib. 2. observat. 73. n. 8. Wegner. disput. 13. ad instit. th. 6. lit. b. Knipschilde. d. exercit. Acad. 2. q. 22. p. 73. Sed & si debitor alterius rei solvende potestatem habeat, vel jure sibi tributam, vel testamento, vel conventionem : jam hoc jure fit, ut pro potestate sibi concessa aliud solvere possit, ut fisisis explicat. Donellus ad d. l. 2. §. 1. n. 8. ff. de rebus credit.

Non item refragatur l. si quis stipulatus. 57. in pr. ff. de solutionib. ubi dicitur, si quis stipulatus fuerit decem in melle, quòd debitori liberum sit, vel mel, vel decem, seu æstimationem solvere. Nam in isthoc vel borum contractu æstimatio in obligationem deducta fuit, facultate solvendi mellis pro decem, ex peculiari conventionem, in arbitrium promissorum collata : quòd in nostro mutui con-

tractu omnino secus est ; utpote in quo vinum seu frumentum fuit in ipsa obligatione : ac proinde, si modo extet, creditori à debitore in eodem genere restituendum est. d. l. 2. in principio. ff. de reb. credit. Kitzel. d. c. n. 56.

Nihil præterea refutit l. si ita fidejussorem. 42. ff. de fidejussorib. ibi cum statuatur, non posse pro debitore pecuniæ accipi fidejussorem in tritico, additâ ratione : quia cum pecunia non æstimeretur merce, à contrario sensu colligitur, pro debitore frumenti, fidejussorem in pecunia acceptum efficaciter obligari : cum per pecuniam omnia æstimentur. Etenim mutuato frumento accipi potest fidejussor, eo casu, quo principalis debitor ad pecuniam quoque tenetur, i. e. quo in mora fuit, propter quam factum est, ut frumentum ejusdem bonitatis non amplius reperitur, argum. d. l. vinum. 22. ff. de reb. cred. Dein & hoc dici poterit : argumentum à contrario sensu non procedere, quando legum correctio inde sequitur, tradente, post alios, R. verbaro à Middelburg. in loc. à contrario sensu. n. 4. quòd fit in casu nostro, cum ex eo corrigatur d. l. 2. in princ. ff. de reb. credit. Nonius hic n. 28. pag. 430. Licet porro omnes res ceteræ æstimentur per pecuniam, dict. leg. si ita. 42. ff. de fidejussorib. tamen per eam non recipitur functio cum frumento vel vino. Functio siquidem debet esse in eodem genere : ut pecunià ad pecuniam, frumento ad frumentum. Et quamvis frumentum & vinum res fungibiles sint : haud tamen ejusdem sunt qualitatis & nature : adeoque non est in iis communicabilis qualitas : ut ex Zasio in d. l. 2. §. 1. n. 12. & seqq. ff. de reb. cred. declarat Paulus Berens d. disput. 9. them. 1. quest. 8.

Pari ratione non obest, quòd quoties duo æquipollent, non referat, quid ex eis fiat. l. mulier. 22. circa princ. ff. ad senatusc. Treb. l. si mater. 3. cum concordantib. ibi adductis per glos. in verb. sua causa. C. de institution. & substit. Frumentum autem & ejus æstimatio æquipollentia sint : quippe cum æstimatio vice rei fungatur. Proindeque non referat, utrum frumentum, an ejus æstimatio solvatur. Hoc non obest, inquam : quia tunc vice rei fungitur æstimatio, ubi res ipsa solvi non potest d. l. si non sortem. 26. §. lib. 12. ff. de condict. indebit. Sed nostro in casu potest solvi vinum vel frumentum : ideoque non relinquatur locus solutionis æstimationis, Adhæc responderetur : argumentationem procedere in aliis contractibus non in mutuo : in quo idem genus, non diversum, reddi debet, præcalle-gatâ l. 2. in princ. ff. de reb. credit. Bronchorst. d. cent. 1. assert. 66. in fine. edit. 1. Huc revocanda sunt & reperenda, quæ annotavimus infra ad princip. tit. quib. mod. tollit. obl. num. 2. & seqq.

Vocatur in disceptationem ancipitem & illud : utrum nummis aureis simpliciter sive generaliter mutuo datis, debitor alterius generis nummos, puta argenteos, rectè vel solvendo liberetur ? Et non liberari, censent *Bartol. ad l. 1. §. ult. ff. de ouro & argent. legat. & ad l. Paulus alias est l. creditorem. 99.) ff. de solutionib. ibidemque Castrenf. & Imola, Covarruv. de veter. manuf. collat. cap. 7. §. unie. Boerius decisio. 327. Wesenbec. in Paratit. ff. de reb. credit. n. 12. vers. ex eadem ratione, &c. Borcholt. in Comment. de reb. cred. c. 7. n. 4. & seqq. D. Bocer. in tract. de reg. c. 2. n. 229 item tract. de jure monet. c. 2. n. 83. cum seqq. & in hoc princ. n. 146 p. 163. Matth. Col. in tr. de process. exeg. part. 1. c. 10. n. 7. & seq. Aleman. conf. 8. q. pr. 7 p. 818. Justus Schütz. exercit. disp. 13. th. 7. lit. b. pag. 201. cum seq. Kitzel. in exeg. de oblig. mutui c. 5. n. 49. cum seqq. & c. 6. n. 63. & seqq. Sed rectius sentire mihi videntur illi, qui nummos simpliciter mutuo acceptio, in quavis alia monetæ forma, creditori etiam invito reddi posse, statuunt ; usque adeo, ut qui debeat aureos, rectè solvat argenteos, sive æreos, & contra : dummodò reddat ad eandem quantitatem seu æstimationem, probos & locabiles Ita sentiunt *Alicius n. 11. Purpuratus n. 31. & Feder. Scotus n. 231. ad l. 2. §. 1. ff. de reb. cred. Cuv. jun. n. 25. Donell. n. 10. & Philip. Matth. ad l. cum cred. 3. ff. eod. tit. Cui. ad l. que extrinsec. 65. ff. de verb. obl. Hotom. illustr. q. 15. Pinel. ad l. 2. de rescind. vend. part. 1. rubr. c. 3. n. 16. Soares in th. recep. sent. lit. p. n. 74. Eschard conf. 28. vol. 1. & conf. 47. n. 7. vol. 2. Hackelin. Disput. illustr. 9. thes. 4. lit. A. Trentler disput. 20. thes. 12. lit. a. vol. 1. Noll. Disput. feud. 11. thes. 5. lit. a. Hanonius.**

Disput. 13. controvers. 4. Vultej. lib. 1. Jurisprud. Rom. c. 35. num. 83. Schegh. in delib. jur. disput. 15. thes. 76. Molinæus in tract. de usur. quest. 100. num. 753. Menoch. con. fil. 49. num. 38. cum seqq. Hummius disput. 14. thes. 10. § lib. 3. var. resolut. jur. civ. tract. 3. part. 1. quest. 8. p. 867. Dn. Collega Besoldus in tract. de mutuo. cap. 9. num. 2. cum seq. § Fachineus lib. 2. controvers. jur. cap. 50. edit. 2.

191 Hæcque sententia probatur primum per l. 1. ibi, eaque materia formâ publicâ percussa, usum dominiumque non tam ex substantiâ præbet, quàm ex quantitate. ff. de contrah. empt. ex quâ apparet, quod pecuniæ bonitas, vis ac substantia non consistat in ipsa pecuniæ materia; sicut vini bonitas est in ipso vino: sed aliunde, ab arbitrio videlicet magistratus & legislatoris dependeat: adeo, ut nummus nihil aliud, quàm ejus æstimatio & valor ipsi a percussente seu magistratû edicto impositus Unde nummus à Greco *νόμισμα* dicitur; eò quòd omnem suam auctoritatem ex lege sola habeat. *Aristot. lib. 5. Et hic c. 5. § lib. 1. politic. cap. 6.* Itaque qui certam monetæ speciem accepit mutuam, non tam speciem, quam valorem atque æstimationem istius speciei accepit: neque etiam accepisse intelligitur in alia bonitate quam ea, quæ illâ ipsâ æstimatione continetur: veluti qui thalerum Imperialem Wûrtembergicum hoc tempore accepit mutuum, non præcisè corpus thaleri, sed potius ipsius valorem debet: proinde si 22. batzios reddat: non aliud pro alio, sed idem reddit, nempe valorem, qui creditus censetur, in quo solo pecuniam numeratæ bonitas sita est: cum unicam hanc ad rem paratam sit, ut eam æstimationem, quæ publica lege ipsi indita est, præstet. *Vultej. lib. 1. discept. Scholastic. c. 10.*

192 Deinde nostræ sententiæ fundamentum desumitur ex d. l. quæ extrinsecus. 65. §. 1. ff. de verbor. obligat. ubi is, qui denarios stipulanti, ejusdem quantitatis aureos spondet, obligari dicitur. Atqui non valet stipulatio, verborumvè obligatio, cum de alia re loquitur stipulator, de alia promissor. §. præterea. 9. §. si de alia. 22. infr. de inutilib. stipulat. Ergo non sunt aliud dinariæ, quàm aurei ejusdem quantitatis: ac ea propter nec aliud solvitur; quam quòd debebatur, cum pro aureis denarii ejusdem quantitatis, & vice versâ pro denariis aurei ejusdem quantitatis sive valoris solvuntur.

193 Tertiò, isti sententiæ auxiliatur non parùm l. Titia amicti. 35. in pr. ff. de auro & argent. leg. ubi, auri pondo quinque legatis, respondetur: aut aurum, de quo queritur, præstari oportere: aut pro arbitrio heredis pretium auri, quanti comparari potest. Si igitur pro auro infecto pecunia quævis signata præstari potest ad eam quantitatem, qua aurum æstimetur: multò magis pro pecunia aurea debita, cujus multo certior est æstimatio, quàm auri infecti, alia quævis pecunia præstari poterit.

194 Quartò, eandem assertionem confirmat textus in l. unie. C. de collatione aris, & l. unie. C. de argenti pretio, quod thesauris inferitur. in quarum prioribus, in collationibus, pro viginti libris aris, unicum auri solidum: in posteriori, pro singulis libris argenti, quinos solidos: adeoque pro argentea moneta auream, & contra, inferre & solvere debitori licet.

195 Quintò, huc accedit, quòd nummi rebus incorporalibus accensentur; adeoque æstimatio nummorum magis, quàm corporum, credita existimetur. leg. si it. cui. 94. §. 1. ff. de solutionib. leg. plani. 34. §. sed si non corp. 3. ff. de legat. 1. leg. qui quis. 95. ff. de leg. 3. l. Lucius Titius. 24. ff. de posit. leg. si pene. 19. §. 2. ff. de condic. indebit. l. si heres. 68. ff. ad senatusconsult. Trebellian. l. quod dicitur.

196 §. in pr. ff. de impens. in res dotal. factis. Ac sanè impositum principaliter spectandum esse, vel ex eo satis liquet: quòd non solum ex auro & argento verum etiam ex plumbo, ferro, ære, atque adeo ex corticodi interdum nummi soleant. *Jul. Casar. de bello Gallico. lib. 5. Alex. ab Alex. gen. dier. 4. c. 15. Seneca de benefic. lib. 5. c. 14. Greg. Tholos. lib. 3. de Rep. c. 6. Hinc & Imp. Fridericus. II. propter exhaustam diturnitate Italici belli pecuniam, coriaceam monetam oadi iussit, eique pretium, sive valorem aurei Augustalis imposuit: statuitque, ut eo pretio ab omnibus in emendo vendendoque sumeretur: simulque per præconem publicè*

edici curavit; eum, qui bello finito talem monetam ad Camera Imperialem referret, aureum Augustalem recepturum. Quod cum ab ipso bonâ fide præstitum fuerit: documentum apertissimum præbuit, valorem & pretium monetæ, non materia, sed hominum instituto & conventionione æstimari: ut auctor est Pandolphus Collenucius & Antonius Florentinus in Chronicis sub an. 1240. hosque referens Hotomanus. d. quest. illustr. 15.

Postremò, nostræ patrocinator sententiæ textus in d. l. creditorem. 99. ff. de solutionib. ubi Paulus tum demum non vult cogi creditorem, ut in alia formâ nummos accipiat, quando damnum aliquod ex eâ re passurus sit. Ergo si damnum creditor non sit passurus; etiam in alia formâ nummus accipere tenetur, argumento à contrario sensu ducto: quod in jure ita validum est, ut quod inde inferitur, pro expresso habeatur. l. 1. in princ. vers. hujus rei. ff. de offic. ejus, cui mand. est jurisd. l. ex eo. 18. ubi gloss. ad verb. colligitur. ff. de testib. §. l. qui testamento. 20. §. mulier. 6. ff. qui testament. fac. poss. ubi Accursius ad verb. argumento est lex. notat: contrarium sensum legis pro lege accipi. Cæterum, nummis alia formâ datis, creditoris damnum non utique in eo esse potest, si argentei aut ærei nummi dentur pro aureis: dummodo, qui dantur publicâ æstimatione eandem quantitatem, atque eundem usum in rerum permutationibus præstent: sed potius in eo creditoris versatur incommodum; si summa mutui sit magna, & minuta moneta reddita nimium oneretur creditor: aut si peregrè profecturo, vel peregrè transportato reddatur exiguæ quantitatis moneta: quæ ad gestationem creditori sit gravis & onerosa, ut sine sumptu ac periculo majori eam ferre nequeat: aut si solutio fiat in eâ monetâ, quæ à proficiscente iis in locis, in quæ cogitat eam deferre, collocari, commutari & impendi in negotiationes haud facile possit. *Donell. ad d. l. 3. n. 10. ff. de reb. credit. An. Matth. Disp. Pandect. 9. th. 3.* Quò procul dubio respexit Ferdinandus. I. Imp. dum inter cætera constituit; creditorem in summæ alicujus notabilis solutione, ad viginti quinque saltem florenos, de minuta pecunia accipere teneri: reliquâ parte, in grossiori (uti loquuntur) usitata pecunia, solvenda. *Reichs Abschied zu Aufspurg, de Anno 1559. §. Die jetz gemeldten, &c. pag. mihi 212.* Ex quibus solidissimis fundamentis liquidissimè apparet; haud necessarium esse, ut pecunia credita in eadem materia vel formâ præcisè reddatur: sed omnino sufficere, si æstimationis ratione, *So viel Gulden oder Pfunde, als ausgegeben worden i. e. tot aurei vel libræ quod mutuo data fuerant reddantur.* Quod & attestatur haud obscure Paulus *Wehner. in pract. suis observ. lit. C. §. Goldgülden, &c. vers. hisce tamen omnibus, &c. p. 247. edit. ult. ubi disertè scribit: ex communi usu loquendi, verbum Gulden, non intelligi de aureis in auro, sed de moneta usuali i. e. tantam pecuniam quantam pro auro numerant, so viel geldtes, als man vor einen gulden rechnet, Als in Meissen 21. groschen, in Francken 28. schilling, im Reich 15. batzen, &c.* Hancque sententiam non solum juris veritati, communissimæque Doctorum traditioni, verum consuetudini convenire, Interpretes plerique supra n. 190. laudati, intrepide, & quidem meritò, affirmant. Ideoque satis improvidè asserit Dn. Collega Bocerus; ne prædictæ verissimæ opinioni subscripsisse argumentis minimè idoneis, in hoc prin. nostro. n. 146. p. 163. Planè aliud judicandum erit, aliud si specialiter inter contrahentes convenerit. *arg. d. l. 3. ff. de reb. cred. l. 1. §. si conven. & §. l. Lucius. 24. ff. de posit. l. in conventional. §. 2. ff. de verb. obl. l. 1. §. l. inter debitor. 24. ff. de pact. §. l. contract. 23. ff. de reg. jur. velut si certi generis nummi, puta centum Wûrtembergici, ut Wûrtembergici, non verò certa summa in Wûrtembergis [exempli causâ, hundert Gulden an Thaler,] dati fuerint. Hoc enim casu eos in eodem genere monetæ reddendos, dubitationis non multum habere videtur: quippe cum non æstimatio, sed magis corpora certa, ad numerum credita reputentur. *Coler. de processib. exec. d. part. 1. c. 10. n. 11. & seq. Andr. Gerhard. Berra. Justianear. dec. 12. q. 6. circa fin. D. Coll. Bes. in Disp. de contr. mut. de An. 1612. th. 30. §. d. tract. de mut. c. 9. n. 4. §. 10. Patr. Greg. Tholos. in syn. jur. univ. l. 25. c. 14. n. 2. p. 506. §. lib. 36. c. 2. n. 27. p. 703. & plur. alii quos referre licet ipse dissent.) Alim. Consult. 8. q. princ. 3. p. 762. & seq.**

200 Superiori conclusioni nostræ non obstat: quod aliud pro alio invito creditori solvi non possit. *leg. 2. §. 1. in fin. ff. de reb. credit. & mutuum eadem bonitate, quâ datum est, eodemque genere reddi debeat. dict. l. 3. ff. eod. & hoc principio. vers. & quoniam, &c.* Hoc autem non fiat, cum pro auro argentum, au pro argento æs restituitur: siquidem aurum multis partibus præstat argento, & argentum æri, nemo ignorat. Illud, inquam, non obstat.

201 Quia, cum in nummis non materia illa externa, aurum videlicet, æs, vel argentum, sed valor spectetur; indeque nummi substantia, qualitas & bonitas æstimeretur; & nummus sub ratione quantitatis ac valoris in mutuum deducatur, ut ostensum supra ex dict. l. 1. ff. de contrah. empt. non videtur aliud solvi pro alio, aut pecunia in alia qualitate sive bonitate, quam in qua erat credita: quando

202 idem valor, qui datus erat, restituitur. Nec quicquam movet, quod sicut pro tritico vinum non potest solvi; ita etiam pro aureis alia moneta, argentea vel ærea, solvi non possit. Hæc enim ratiocinatio ex disparibus procedit; proindeque nullius momenti habetur. *l. duobus. 25. ff. de testamentar. tutel. l. inter stipulantem. 83. §. sacram. 5. vers. sed hæc dissimilia sunt. ff. de verb. obligat.* Nam cum triticum datur pro vino: res alterius generis dari intelligitur: non verò, cum pro aureis dantur argenti nummi: quoniam tunc idem planè, quod datum est, redditur, nimirum valor seu æstimatio. Nec etenim nummi aurei ab argenteis, aliisve genere differunt; si substantia illorum, non ex materia externâ, sed ex quantitate, valore & potestate æstimeretur. *Quâ de re latius Donellus & Hotomanus locis prælegatis.*

203 Sanè contra prædictam sententiam aliquot affert instantias Dn. Collega Bocerius *d. tract. de jure monetar. cap. 2. num. 84. & seqq.* Sed ex sine negotio refelli possunt. Nam primo ulro largior: ipsam substantiam sive materiam pecuniæ etiam considerandam esse, ita scilicet, ut proba sit numismatis materia: neutiquam verò, ut nummis certi generis simpliciter creditis, debitor præcisè cogatur ejusdem generis nummos solvere: veluti aureos pro aureis, thaleros pro thaleris. Non ita, inquam, spectatur pecuniæ materia; sed sufficit ipsam quantitatem restitui in nummis cujuscunque alterius materiæ modo ea proba sit. Et hoc est, quod dicit Paulus Jurisconsultus in *d. l. 1. in fine principii. ff. de contrah. empt. & vendit.* pecuniam æstimari, non tam ex substantia, quam ex quantitate. Deinde in eo quoque hallucinatur Dn. Collega Bocerius, quod putat, Paulum Jurisconsultum in *d. l. creditorem (aliis debitorem. 99.) ff. de solutionib.* per formam significare tantum figuram, signum, notam sive effigiem monetæ, adeoque eum esse illius legis sensum: creditorem non esse cogendum: pro aureis (verbi gratiâ) Cæsareis, accipere Würtembergicos: pro thaleris Joachimicis; Brunsvicenses, &c. si ex eâ re damnum passurus sit: veluti si in tempus solutionis alii cuidam aureos Cæsareos, vel thaleros Joachimicos sub aliquot florenorum pœnâ solvere promiserit. Verùm hæc inepta esse, qui non videt? An enim debitor propterea adstringetur ad solvendo Joachimicos, nec præstando alios thaleros requè bonos liberabitur, quod creditor se alii cuidam ad Joachimicos solvendo sub pœnâ obligavit? Cur creditor se ita obligavit? Quid hoc ad debitorem, qui ita se non obligavit? Tertiò, Dominus Collega Bocerius dicto loco non sine divinatione asserit: in *d. l. quæ extrinsecus. 65. §. 1. ff. de verb. obligat.* per denarios significari non argenteos, sed aureos denarios. Licet enim apud Romanos etiam aurei denarii in usu fuerint: quemadmodum ostendit Plinius *lib. 33. natur. histor. cap. 3.* hisce verbis: *proximum scelus fecit, qui ex auro denarium signavit, quod & ipsum latet, auctore incerto, &c.* attamen non sequitur, quod in *d. l. quæ extrinsecus* idcirco per denarios significentur aurei, & non argentei. Insuper si in *d. l. per denarios intelligendi essent aurei denarii* nulla subesset ratio dubitandi. Quis enim quæso dubitaret: quin valida esset obligatio, si quis stipulanti decem (verbi gratiâ) denarios (aureos scilicet: ut vult Bocerius) sponderet aureos scilicet denarios ejusdem quantitatis? Eset utique Harpprecht ad Instit. *Tom. III.*

ridiculum de his dubitare: ut non sit verisimile, Jureconsultum ibi quæstionem ejusmodi Domitianam proponere voluisse. *l. Domitius Labeo. 27. ff. qui testam. fac. poss.* In eo largiendo promptiores sumus: Jurisconsultum de eo illic differuisse causâ, quo stipulator & promissor spectantur non tam ipsam rem sive materiam, quam rei sive materiæ quantitatem, æstimationem, seu valorem. At idem hoc regulariter fit, quoties nummi simpliciter mutuo dantur: ut valor scilicet eorum, non materia spectetur, per supra dicta. Ergo quemadmodum in stipulatione pro nummis argenteis dari possunt aurei ejusdem quantitatis: ita & in mutuo id fieri posse dicendum est, quatenus non expresse aliter conventum apparet, aut cum creditoris damno illud conjunctionem esse, juxta ea, quæ diximus supra num. 198. Tandem minus idoneam quoque instantiam affert præclarissimus D. Bocerius ad *d. l. unie. C. de collat. aris. & d. l. unie. C. de argenti pretio. &c. lib. 10.* Quis enim crederet: specialiter hîc debitoribus permittum esse, ut pro argentea moneta auream, & contra, inferre & solvere possint: & id non multo magis aliis debitoribus licere; Quis non intelligit: dictu absonum esse, plus juris habere debitorem adversus creditorem privilegiatum, quam non privilegiatum? Maquet ergo firma atque inconcussa nostra sententia & haudquaquam idoneæ sunt instantiæ, quas Dn. Collega Bocerius pro impugnanda ea attulit. Porro reliqua dissentient. arg. ex supra dictis facile dissol. poter. Eadem de re videatur Georgius Franzkius exercitat. *jurid. 9. q. 2. n. 286. & seqq. pag. 257. cum seqq.* nec non Auctor consilii Argent. *5. & 45. vol. 2.*

Major, & in praxi quotidiana frequentior concertatio de eo videtur: mutatione monetæ factâ, cujus temporis æstimatio vel quantitas, solutionis, an contractus, in mutuo reddendo, spectanda sit? Verùm hæc quæstio ut intelligatur facilius, breviter sciendum: monetæ mutationem esse duplicem, secundum Doctorum traditionem: intrinsecam, & extrinsecam. Intrinsecam monetæ mutationem appellant, quando materia ipsius pretiosior vel vilior facta est: extrinsecam verò, quando valor sive æstimatio tantum, non materia monetæ, mutata est. Ut & intrinsecam monetæ bonitatem nuncupant ipsam monetæ materiam: extrinsecam, valorem impositum seu æstimationem. Bartol. in *l. cum quid. 3. num. 16. & 17. ff. de reb. credit. Carol. Molin. in tractat. de usur. & commerc. quest. 92. num. 696. Didac. Covarruco. in tract. de veterum. numismat. collatione. cap. 7. num. 6. post medium. Petr. Gregor. Tholosan. lib. 36. syntagm. jur. univers. cap. 2. num. 27. vers. quia tunc coactio. pag. 703. Euchin. lib. 2. controvers. jur. cap. 9. in pr. Andreas Knichen. Comment. in jus Saxonie. cap. 5. rubr. de regalib. verb. Müntz. Ge. rechtigkeit vers. ceterum in moneta. pag. 152. Renerus Budelius in tract. de re nummaria. l. 1. cap. 7. n. 3. 4. & 9. Ernestus Cochin. respons. 34. n. 14 & 17. p. 286. edit. 2. hosque citans Alemannus in palæstra consultationum. jur. illustr. consultat 8. question. princip. 1. p. 384. Andreas Dinnner. Disp. 1. de monetæ mutatione. &c. th. 9. Henricus Hornmannus in disput. de monet. vers. intrinsecus, &c. Arment Volon. 5. de jure publ. discurs. 1. de re monetali. cap. 13. Johan. Wolffgang. Aur. in dissert. de jure monetarum. c. 14. axiom. 72. Berlichius concl. pract. part. 2. concl. 35. n. 2. & seqq. ubi plures allegat. Tamen Doctores aliter concludere, putet Matth. Colerus in tract. de process. execut. part. 1. c. n. 7. versic. scio sanè. p. 282. Quod si signum intrinsecum monetæ bonitas mutata fuerit: (Wann Korn, ipsa materia, und Schrot, pondus monetæ, minuitur; hoc est: Wann die Thaler oder Goldgülden an der fein schlechter, oder am Gewicht ringer werden) etque adhuc extat: in illa ipsa monetâ: sin verò haberi amplius illa antiqua monetæ non possit; in alia quidem monetâ, sed juxta antiquæ æstimationem, quæ tempore contractus fuit, solutionem faciendam esse, juris Interpretes plerique (paucis exceptis, Ioan. Fabro ad princ. tit. inf. quib. mod. tollit obl. n. 3. & in auct. hoc. nisi. C. de solut. Cetero d. c. 10. n. 13. in fin. p. 284. Flaminio Disp. ad Inf. 14. th. 12. & quibusd. aliis) constanter asserunt. arg. c. olim. 20. & pen. ex. de censib. item c. quando person. 18. ibi. sic. cum hat. &c. ana. de jure jur. Ioan.*

Borch in c. un. qua sunt reg. n. 62. Et in Com. ad tit. ff. de reb. cred. c. 7. n. 20. Guido Papa dec. Parl. Gratian. 493. n. 2. vers. non tamen nego. p. 745. Matth. de Afflic. in d. c. un. qua sunt regal. in verb. moneta. num. 12. in fin. Et idem decif. Neapolit. 90. n. 3. Pileus Modicensis quest. aurea. 35. vers. in iunge ergo. pag. 291. Frider. Pruckman. consil. 12. num. 17. Et 18. vol. 2. Dominicus Cardinal. Tuschus tom. 5. practica. conclusio. lit. M. conclus. 349. num. 50. Et seqq. Reguer. Sixtin. de regalib. lib. 2. c. 7. n. 152. sub fin. Cothman d. Respons. 34. n. 60. Et seqq. vol. 1. Daniel Moller. ad constitut. Saxon. 28. n. 2. pag. 235. part. 2. Gail. lib. 2. observat. 73. n. 7. Anton. Gabrielius Roman. lib. 3. commun. regular. tit. de solutionib. conclus. 1. num. 1. Tiraguel. retrahit. lignag. §. 1. gloss. 18. num. 27. Iohan. Petr. de Ferrar. in practica. aurea. form. lib. in actione hypotheacar. verb. relaxandum. num. 2. vers. de primo modo. pag. 405. Molinæus d. tract. de usur. quest. 100. n. 749. Schurpf. f. cent. 1. consil. 10. in princ. pag. 39. Cravetta. consil. 47. num. 6. Fachinæus d. lib. 2. controvers. iur. c. 10. §. restat postrema. Alemani d. consulte. 8. question. pr. 1. Dn Collega Besoldus in thesauro pract. lit. §. n. 33. p. 726. Berlichius d. part. 2. conclus. 35. n. 8. Et seqq. item n. 36. cum seq. aliique plures, ab his relati.

210 Cæterum si extrinseca, monetæ bonitas commutata sit (wann der valor oder werth auffschleget, oder verendert, wird) nec ulla debitori mora adscribi possit: & lucrum & dampnum ad creditorem, Auctores quidam gravissimi referunt: hoc est, solutionem à debitore præstari volunt ad æstimationem istius temporis, quo pecunia solvenda est: ita sanè, ut creditor in totidem aureis sive thaleris acquiescere teneatur, quot expendit, sive æstimatione illorum aucta sive imminuta interea fuerit. Bartol. in d. l. cum quid. 3. num. 17. Castrensis num. 6. Socinus n. 42. Alexand. num. 16. Et Alciat. n. 68. de reb. credit. Borchol. d. Comment. de reb. credit. cap. 7. n. 17. Et seqq. Cesar Ursillus in annotat. ad Matthæum de afflic. decif. Neapolit. 194. num. 3. vers. qua licet vera esse videantur, Et c. pag. 264. Nicol. Boerius decif. Burdegal. 327. n. 4. Et 13. Zafus singular. responfor. lib. 1. cap. 1. num. 25. Soarez. in thesaur. recept. sent. lit. M. n. 201. Et seq. Cothm. d. resp. 34. n. 101. Et seqq. vol. 1. ed. 2. Albert. Brim. in tract. de monet. part. 6. num. 3. Et seq. Renner. Budel. in tractat. de monet. lib. 2. c. 2. n. 13. Et seqq. Gail. d. lib. 2. observat. pract. c. 73. n. 9. Anton. Faber. de var. n. debit. solut. c. 5. Schickhard. d. Disp. ad Instit. 12. thes. 3. ad lit. d. Et resol. quest. 8. Andreæ Kohl. exercitat. legal. 19. num. 2. Fachinæus d. lib. 2. controvers. iur. cap. 9. vers. tertia est sententia, Et c. Corasius lib. 4. Miscellaneor. cap. 13. num. 5. Kirzelius in exeges. de oblig. mut. cap. 6. n. 81. Et seqq. Aur. d. differat. de iure monetar. c. 15. axiom. 112. cum seqq. alii qui hanc sententiam communem Et veram perhibent. At verò non desunt iidem Viri præclarissimi, qui plane diversum sentiunt: ac pecuniam mutuo acceptam in eo demum valore, quem tempore contractus illa habuit, reddi debere, seriò contendunt. Decius n. 56. Bolognetus n. 73. Donellus num. 11. Philippus Matthæus pag. 38. Et seq. in d. l. 4. ff. de reb. credit. Anton. de Butrio. n. 3. Et Panormitan. num. 32. in d. c. quanto. 18. de iurejurand. Molinæus d. tract. de usur. quest. 92. num. 694. Et 701. Hippolytus. de Mafil. in l. qui falsam. 19. num. 118. ff. ad leg. Cornel. de fals. Bronchorst. cent. 1. évavliε Pávav, assert. 64. edit. 1. Horoman. illust. quest. 15. circa fin. Et in tractat. de usur. lib. 1. cap. 5. Moller. ad constit. Elect. Saxon. 28. num. 2. Petrus Frider. Mindæus. lib. 2. de mandatis judicial. cap. 63. sect. 8. Et seq. Statinus in tract. de regalib. lib. 2. c. 7. num. 148. Et seq. Antonius Tessaurius decif. Pedemont. 174. num. 2. Henning. Arniseus de iure majest. lib. 1. c. 7. rubr. de potestate in rem nummar. 3. pag. 418. Cothmann. d. tract. de veterum numism. collat. §. un. num. 2. vers. Cæterum, Et c. Wesenbec. in Paratit. l. ff. de reb. credit. num. 13. ad fin. Menochius lib. 2. de arbit. iud. quest. cap. 207. num. 3. Et 10. Iosephus Ludovici commun. conclus. 10. §. dubitatio. Et §. sed quicquid. pag. 17. Nicol. Ruether. d. consil. 189. n. 16. Fichard. consil. Lat. 30. num. 5. Et consil. Germ. 47. n. 4. Liber. Decian. responf. 11. n. 92.

vol. 1. Modestini Pistoris consil. 27. num. 35. Et seqq. vol. 2. Adrian. Gylman. rerum Camere judicatar. lib. 1. decif. 16. n. 17. Johannes Koppen. decif. iur. 2. n. 1. Et seqq. Hackelman. Disp. illustr. 9. thes. 4. lit. E. Doctor Marta tom. 3. digestorum novissimorum: tit. solutio. cap. 15. 18. 20. Et 22. fol. 313. cum seqq. Kichter d. Disput. 2. th. 11. lit. f. pag. 52. cum seq. D. Besold. d. tract. de mutuo. c. 9. n. 9. D. Boeer. in tractat. de iure monetar. cap. 2. n. 163. Et seqq. Kurbach. cent. 2. question. illustr. politico-jurid. decur. 7. quest. 7. pag. 487. cum seq. Treutler. consil. 114. volum. 2. Arumæus Exercit. Justin. 12. thes. 11. Matth. Stephan. cent. 3. quest. 24. Hanon. Disput. 13. controvers. 5. Stuckius part. 1. Exercitat. Justin. decad. 10. assert. 2. lit. g. pag. 379. Hummius d. Disput. 14. thes. 11. Aleman. d. consulte. 8. quest. princip. 2. pag. 603. cum plurimis seqq. Mynsinger. centur. 4. observat. 1. ubi hanc sententiam, tanquam veriore, & iuri atque æquitati magis conformem, in Camerâ Imperiali crebrius obtinuisse scribit. Eoque nuperrimè suum calculum addidit Berlichius d. part. 2. conclus. 36. num. 5. Et seqq. nec non decif. aur. 152. num. 1. ubi simul exponit: si alius sit valor monetæ tempore primæ obligationis, & alius tempore constituti, utrum tempus inspici debeat. pag. 184. Et sequentibus. Quibus novissimè addatur Ioan. Wolffgangus Hillerus in Responsio juris, Ueber die Frag, i. e. Ad questionem: An ei qui mutuum crediderit pecuniam, monetam sc. in Imperio receptam nec damnatam, debitor eam, secundum usitatam nunc monetæ æstimationem majorem minoremve, jure solvere queat.

Eademque sententia non levibus nititur rationibus & 215
fundamentis: quorum primum petitur ex d. l. cum quid. 3. in fine ff. reb. cred. ubi Pomponius respondet: in mutuo id actum intelligi, ut ejusdem generis, & eadem bonitate solvatur, quâ (tempore nimirum contractus, sive mutui facti) datum sit. Quod si verò, secundum præsentem monetæ æstimationem, non illam, quæ tempore mutui contracti fuit, solutio facienda esset; non tantundem, sed plus minusve, quàm est acceptum, redderetur: id quod à mutui naturâ quam maximè abhorret: quippe in quo tacite actum intelligitur, ut non solum in eodem genere, sed eadem quoque bonitate solvatur, quâ datum est. d. l. 3. ff. eod. tit.

Alterum fundamentum dependet ex l. Rutilia. Polla 216
69. ff. de contr. empt. ubi apertè Proculus statuit, in contractibus eam æstimationem inspiciendam esse, quæ fuit tempore contractus. Cui assentiri videtur Africanus in l. cum quis. 22. ff. de obligat. Et actionib. nec non Innocentius, ejus nominis III. in prædicto c. olim. 20. de censibus. non obscure tradens, ad tempus contractus, quo denarii Papienses promissi sunt respiciendum: & Gregorius IX. in d. c. penult. ibi, solutione prioris pecunie (quod ad tempus contractus refertur) vel si non sit in usu, æstimatione pensionis antiquæ, Et c. ex dicto tit.

Tertium fundamentum tale est: Omnis obligatio, quæ 217
ex datione pecuniæ oritur, ratione æstimationis certa est. l. nummis. 3. vers. cum certa. sit. ff. de in lit. jurand. l. 1. in princ. ff. de condit. triticar. l. idem. 3. vers. pecuniarum quoque ff. de eo, quod certo loco, Et c. Ergo ex mutatione monetæ isthæc obligatio, quæ initio contractus certa fuit, haudquaquam variari, & incerta fieri; sed in temporis contractus certitudine persistere ac permanere debet, argum. l. fundum Cornelianum. 28. vers. præsentis æstimatio ff. de novationib. Et l. hominem. 37. ibi, æstimatio ejus ad id potius tempus, Et c. ff. mandati.

Quartum fundamentum sumitur à naturâ mutui: quippe 218
quæ periculum rei mutuo acceptæ ad debitorem transfert, non tam quod ipius gratiæ mutuum contrahitur, quàm quod is rei mutuo acceptæ dominus factus est: ac proinde si ullum periculum hoc casu versaretur; illud nulli alii, quàm ipsi debitori, tanquam domino, adscribendum esset, hoc principio nostro. l. si, ut certo. §. si nunc videndum. ff. commodat. Et l. pignus. 9. C. de pignorat. actione.

Quintum fundamentum ex eo constat: quod si dimi- 219
nutio valoris thalerorum sive auctorum mutuo datorum

creditoris damno cederet, veluti fieri oporteret, si non contractus, sed solutionis tempus attendendum esset: hoc absurdum sequeretur, creditori officium suum damnosum esse debere, dum videlicet ex eo, quod debitori credendo benefecit, damno afficeretur. Contra verò debitor non solum usuram temporis frueretur; sed & lucrum faceret ex eo, quod plures aureos sive thaleros expendit, in ea nimirum æstimatione, quæ tempore contractus fuit, cujusmodi iniquitatem ipsa ratio adversatur; quippe quæ dictat, ne quisquam ex suo officio, quod ejus, cum quo contraxit, non etiam commodi sui causa fecit, damnum patiarit. *leg. sed si quis. 7. ff. testam. quemadmod. apertiant. leg. si servus 61. §. quod verò. §. ff. de furt. l. si verò. 12. §. si mihi. 9. ff. mandat. leg. absentia. 140. ff. de regul. juris.*

216 Sextum fundamentum depromitur ex causa mutui finalis. Cum enim mutuum eum in finem sit inductum, ut necessitati commodisque proximi per illud subveniatur: est profectò, quod debitor commodum ejus, quod accepit mutuum, habeat tantisper, dum moræ argui non potest: tantum abest, ut si valor monetæ interim auctus fuerit, damnum hoc ad ipsum debitorem redundare debeat. Quemadmodum & vice versâ, si valor pecuniæ mutuo acceptæ imminutus sit, iniquum ducendum non est, si debitor suppleat id, quod valori pristino, qui videlicet tempore contractus fuit, interium decessit: cum eum pecuniæ valorem creditori restituat, quem acceptum protinus suos in usus convertit. *D. Philipp. Matth. ad d. l. 3. ff. de reb. credit. pag. 40. Bronchorst. d. centur. 1. assertio. 64. edit. 1.*

217 Postremum fundamentum defumitur à verosimili contrahentium mente: quorum nunquam non recurrendum: præsertim vero in contractibus. *leg. sed Celsus. 6. §. ibi, potius id, quod actum, quam quod dictum, sequendum. §. leg. ffulas. 78. in princip. ff. de contrab. emptio. leg. in conventionib. 219. ff. de verborum significat. leg. ultim. ibi, eam sit justum, voluntates contrahentium magis, quam verborum conceptionem inspicere. Codic. que res pignori obligari poss. l. unic. ibi, ne propter nimiam subtilitatem verborum, latitudo voluntatis contrahentium impediatur. Codic. ut actiones & ab heredibus. §. c. Et cum mens patet, de verbis parum curandum, leg. 1. §. tot. titul. Codic. plus valere, quod agitur, quam quod simulatè concipitur. Philipp. Decius in leg. semper in stipulationib. 34. num. 3. vers. verba non sunt curanda, §. c. ff. de regul. juris. Verba quippe se habent, ut corpus & superficies: mens verò, ut spiritus & anima, teste Augustino, canon. sedulo. 12. Distinction. 38. Roland. à Valle consil. 70. num. 56. volum. 3. Cæterum contrahentes ad nummi (quatenus, lege & æstimatione publicâ, nummi) valorem; non nummi corpus seu massam respexisse; eandemque valorem in obligationem deduxisse censentur. Quoniam verosimilius est, eos consensisse in id, quod præsens fuit, quam quod sub incerto esse potuit. *leg. si ita esset. 7. versic. quia præsens tempus semper intelligitur, §. c. ff. de aur. §. argent. legat. dicta leg. 1. in fine principii. ibi, usum dominiumque non ex substantia, sed quantitate, §. c. ff. de contrab. empt. Quare firmiter concludendum: bonitate monetæ extrinsecâ, quæ in valore consistit, immutatâ, ad tempus contractus, quæ tunc æstimatio monetæ fuerit communis, respiciendum, & secundum eam solutionem faciendam esse: & consequenter incrementum monetæ, eo casu, debitoris lucro; decrementum contrâ ejusdem damno cedere. Atque hanc conclusionem pluribus aliis argumentis, nec non tum Cameralibus (quibus in dubio tenaciter inhaerendum) tum aliarum præjudiciis novissimè confirmavit Jacobus Alemannus d. consultat. 8. quest. princip. 2. pag. 604. §. plurimè subsequentibus. nec non Hillerus prædicto Responso jur. num. 7. §. seqq.**

218 actiones & ab heredibus. §. c. Et cum mens patet, de verbis parum curandum, leg. 1. §. tot. titul. Codic. plus valere, quod agitur, quam quod simulatè concipitur. Philipp. Decius in leg. semper in stipulationib. 34. num. 3. vers. verba non sunt curanda, §. c. ff. de regul. juris. Verba quippe se habent, ut corpus & superficies: mens verò, ut spiritus & anima, teste Augustino, canon. sedulo. 12. Distinction. 38. Roland. à Valle consil. 70. num. 56. volum. 3. Cæterum contrahentes ad nummi (quatenus, lege & æstimatione publicâ, nummi) valorem; non nummi corpus seu massam respexisse; eandemque valorem in obligationem deduxisse censentur. Quoniam verosimilius est, eos consensisse in id, quod præsens fuit, quam quod sub incerto esse potuit. *leg. si ita esset. 7. versic. quia præsens tempus semper intelligitur, §. c. ff. de aur. §. argent. legat. dicta leg. 1. in fine principii. ibi, usum dominiumque non ex substantia, sed quantitate, §. c. ff. de contrab. empt. Quare firmiter concludendum: bonitate monetæ extrinsecâ, quæ in valore consistit, immutatâ, ad tempus contractus, quæ tunc æstimatio monetæ fuerit communis, respiciendum, & secundum eam solutionem faciendam esse: & consequenter incrementum monetæ, eo casu, debitoris lucro; decrementum contrâ ejusdem damno cedere. Atque hanc conclusionem pluribus aliis argumentis, nec non tum Cameralibus (quibus in dubio tenaciter inhaerendum) tum aliarum præjudiciis novissimè confirmavit Jacobus Alemannus d. consultat. 8. quest. princip. 2. pag. 604. §. plurimè subsequentibus. nec non Hillerus prædicto Responso jur. num. 7. §. seqq.*

219 non sunt curanda, §. c. ff. de regul. juris. Verba quippe se habent, ut corpus & superficies: mens verò, ut spiritus & anima, teste Augustino, canon. sedulo. 12. Distinction. 38. Roland. à Valle consil. 70. num. 56. volum. 3. Cæterum contrahentes ad nummi (quatenus, lege & æstimatione publicâ, nummi) valorem; non nummi corpus seu massam respexisse; eandemque valorem in obligationem deduxisse censentur. Quoniam verosimilius est, eos consensisse in id, quod præsens fuit, quam quod sub incerto esse potuit. *leg. si ita esset. 7. versic. quia præsens tempus semper intelligitur, §. c. ff. de aur. §. argent. legat. dicta leg. 1. in fine principii. ibi, usum dominiumque non ex substantia, sed quantitate, §. c. ff. de contrab. empt. Quare firmiter concludendum: bonitate monetæ extrinsecâ, quæ in valore consistit, immutatâ, ad tempus contractus, quæ tunc æstimatio monetæ fuerit communis, respiciendum, & secundum eam solutionem faciendam esse: & consequenter incrementum monetæ, eo casu, debitoris lucro; decrementum contrâ ejusdem damno cedere. Atque hanc conclusionem pluribus aliis argumentis, nec non tum Cameralibus (quibus in dubio tenaciter inhaerendum) tum aliarum præjudiciis novissimè confirmavit Jacobus Alemannus d. consultat. 8. quest. princip. 2. pag. 604. §. plurimè subsequentibus. nec non Hillerus prædicto Responso jur. num. 7. §. seqq.*

220 Cui nihil derogat textus in l. cum certum. 9. ff. de auro & argent. legat. ubi Modestinus respondit: si certum auri vel argenti populus legatum, & non species designata sit, sed genus, ut sit in muno, puta si quinque pondo legata sint: non materiam, sed pretium sive æstimationem præsentis temporis præstari deberet: cujusmodi tempus

præsens vix intelligi potest de tempore alio, quam quo solutio facienda est. Etenim verba ista (præsentis temporis) haudquaquam de tempore solutionis; sed tempore, quo testamentum est conditum, exaudienda sunt, per leg. uxorem. 41. §. testamento. 4. ff. de legat. 3. §. d. l. si ita. 7. ff. de aur. §. argent. legat. ubi tam Scævola, quam Paulus æstimationem rei legatæ in dubio ad tempus conditi testamenti referri volunt: quod verosimilius sit, testatorem verba sua intellexisse de illa æstimatione, quam præsens vidit & scivit: cum futuram monetæ mutationem ne divinare quidem potuit, argument. l. Julianus. 6. ibi, nec adventitii casus computandi sunt. ff. qui & a quib. manumissi liberi non sunt. Puel. ad rubric. Codic. de rescind. vendit. par. 1. cap. 3. numer. 22.

Nihil item obstat, quod aliud sit res ipsa, & aliud ejusdem æstimatio: & id præstari oporteat, quod in obligatione est, argument. l. si ita fidejussorem. 42. ff. de fidejussorib. §. l. fin. C. de fideicommissariis libertatibus. Atqui res, sive ipsa centum (exempli gratiâ) aureorum seu thalorum corpora in obligatione consistant. Hæc igitur, quantumvis eorum æstimatione mutata, præstari debeant. Nam respondetur, hoc argumentum falso inniti principio: quoniam præsupponit, aureum æstimari ex materia potius, & auro, quam ex valore impositio: ac nummis creditis, non principaliter potestatem & valorem, sed corpora certa aureorum esse credita: quod superius sufficienter refutatum est ex dict. l. 1. ff. de contrab. empt. & indicatum, nummum sub ratione quantitatis in mutuum deduci: adeoque non corpora aureorum, sed ipsum valorem mutuo dari. Hic igitur si restituatur, recipit creditor, & quod in obligatione fuit, quodque ipsi debebatur.

Sic quoque nihil negotii facessit præallegata l. creditor. 99. ff. de solutionib. ex qua inferitur, quod quemadmodum creditor nummos in aliam formam recipere non cogitur, si damnum aliquod inde passurus est: ita nec pecuniam numeratam in æstimatione majori, quam expendit, accipere teneatur: cum haud sine damno id sit factururus Creditor enim damnum nullum patitur, quando eandem pecuniæ æstimationem recipit, quam expendit. Nec cuiquam iniquum videbitur, auctæ æstimationis commodum creditori adimi: cum in initio spontè usu pecuniæ sese abdicarit, contentus parem ejus æstimationem postea recipere: eoque æquius hanc, si quæ est, jacturam creditor feret, quod etiam spem commodi habet. Etenim si imminuta fuisset pecuniæ à se data æstimatio: debitor defectum illum similiter supplere teneretur; ita ut creditor eandem illam pecuniæ æstimationem, quam erogavit, habere posset. Et alias insuper tritum est, ex fortuito dubioque eventu neutrum læsum censi, argument. leg. si pater. 12. Cod. de inofficiis. testament. leg. si olei. 21. Cod. de locato Philipp. Matth. ad dict. l. 3. Codic. de reb. credit. p. 42. Ad plura alia argumenta, quæ in contrarium moveri solent, prolixè respondet Alemannus d. consultat. 8. quest. princip. 2. pag. 701. §. seqq. Et eorum dissolutio haud difficulter ex subjectis responsis juris in clytæ Facultatis Juridicæ Tubingensis, colligi perique poterit. Sed & de istis monetaribus controversiis aliquot quæstiones novissimè diligenter explicuit Johannes Kitzelius in tract. de jure monetar. chf. 2. 3. §. 4. pag. 78. §. multis. sequent.

Illud tandem singulariter hic notandum: quod licet casus fortuiti, in re debita incidentes, nullo planè iudicio, & à nullo debitore præstentur. *leg. si ex legatis 23. ff. de verbor. obligat. l. qua fortuitis. 6. C. de pignorat. act. l. 1. C. de commodat. l. contractus. 23. ff. de reg. jur. ibique Delrio cap. 21. nisi in illa restituenda moram commiserit. l. quod te mihi. §. ff. de reb. credit. l. si in Asia. 12. §. fin. ff. de posit. vel culpa casum fortuitum præcesserit. l. si ut certo. §. §. quod verò. 4. ff. commodat. vel nominatim etiam aliud inter contrahentes cautum sit. l. 1. §. si convenit. ff. deposit. l. cum quid. 3. ff. de reb. credit. d. l. si ut certo. §. §. 2. vers. aut si hoc ab initio convenit. ff. commodat. l. fortigentium. 7. §. sed & si quis. 15. ff. de pact. d. l. contractus. 23. ff. de reg. jur. utamen hoc secus sit in certi conditione sive actione mutui, a qua casus fortuitus, quo res mutuo sumpta amissa est, debitorem liberare nequit. §. item si, cui 2.*

vers. & is quidem. infr. hoc tit. l. 1. §. & ille quidem. 4. ff. de obligat. & act. l. incendium. 11. C. si certum petatur. Eiusque perspicua est ratio: quoniam is, qui debet ex mutuo, genus debet. l. 2. in pr. & d. l. 3. ff. de reb. credit. Quod autem in genere debetur, perire non potest. Nec enim genera quid sunt materiale, sed quid intellectuale, quod passionem non recipit, notante Gothofredo ad d. l. incendium. 11. in verb. non exiit. C. si cert. petat. Præterea ille, qui rem mutuo accepit, ejus protinus dominus est effectus, ut constat ex fine hujus principii. At rem domino suo perire, certo certius est. l. pignus. 9. C. de pignoratit. action. late Borcholt. in Commentar. ad tit. ff. de reb. credit. cap. 7. num. 26. cum seqq. & Kitzelius in exegesi. de oblig. mutui. cap. 7. num. 45. & aliquot seqq. pag. 261.

Porrò ut prædicta omnia clarius elucescant: placet hic subijcere unum atque alterum Facultatis Juridicæ Tubingensis, super re nummaria seu monetali confectum consilium sive responsum: & primum quidem Anno 1622. Mense Decemb. consulenti cuidam datum.

Facti Species.

228 Dn N. D. j. u. d. dum viveret, in urbe quadam insigni Germaniæ, anno 1593, pensionem annuam sexaginta bonorum florenorum iusti ponderis, mille & ducentis florenis emit; postea vero, nomen anno 1607 deletum est, eique aliud sortem 2000 florenorum dicens subrogatum, eo sc. modo, ut in singulos annos centum floreni penderentur, quilibet 15 batz. sive 60 cr. tales quidem qui in dicta urbe pendendo essent; ea insuper lege ut à pensionis venditore, si eam redimere vellet, 2000 florenorum, nummis habendis secundum æstimationem quæ tunc temporis in dicta urbe obtinebit, restituenda essent. Nunc autem pensionis venditor, qui heredibus defuncti emptoris dictam sortem numerandam denunciavit, in eam forte vel species minoris notæ destinat, vel bonas quidem - at juxta eum valorem auctum habendas, quo nunc multis in locis Imperii & in Urbe redimentis, ex communi æstimatione penduntur. Quapropter, nos infra scripti, rogati hac de specie responsum juris dare, petitioni nulla morâ annuentes, in confessa collegiali, re diligenter perpensa, unanimi sententia conclusimus.

229 Quamquam apud Imper. jurisperitos quæstio dubia sit, & de qua confuse & perplexe juris utriusque interpretes scripserunt, ubi oritur controversia de nummis eorumque valore vel bonitate ad sortem restituendam, num sc. tempus contractus, an vero solutionis sit respiciendum. Etsi porro in proposita facti specie, debitor sortis venditor pensionis, singulari pacto sibi prospexerit, modumque dixerit de redimenda pensione nummis juxta eam æstimationem pendendis quæ tempore solutionis usitata erit. Quo in casu, tempus solutionis inspicendum esse, communiter ferè receptum est: pactoque contrahentium in qualitate solutionis omnino standum esse, Bartolus docet, in l. Paulus. 99. in fin. ff. de solutionib. Debent enim ea, de quibus inter debitorem & creditorem conventum est, observari. Albert. Brin. de augment. moneta, in 2. præsupposito. num. 10. Ant. Solis, ad consue. Sabaud. tit. de pact. inter empt. & venditor. casu 17. Hincque dicit Laudenensis in tract. de monet. num. 13. in fin. quod Prædicantes debeant attendere conventionem partium, in monetâ restituendâ, &c. Non tamen potest debitor pensionis hanc redimere monetâ eo valore habendâ qui nunc ab exiguo tempore obtinet: hic quippe valor ab inaudita rei monetar. conturbatione sit, ac ita de facto & quasi vi maje-

re, adversus votum & voluntatem sapientis regiminis incesse; nec usquam in Imperio Germanico, multo minus in debitoris urbe (quæ pro aliis urbibus politiæ statutis insignis est) is valor lege vel statuto, aut edicto perpetuo receptus, at per conniventiam necessariam, ad quoddam saltem tempus, donec aliud quid statuatur, toleratus sit; Dum sc. diligenter conquirantur remedia, quibus damnosa ista confusio cesset, resque monetaria aliqua ratione contineatur. Quapropter monetâ hujus temporis, ipsiusque valore, minime standum est, quasi ea essent a statuto vel ordinatione, quæ temporis aliquem tractum successivum probabilemque durationem requirit & intendit. Quamvis porro in communi solutione, in emptione venditione, valor iste sit receptus; id ex eo tantum fit, quod omnium quoque mercium, bonorumque mobilium & immobilium valor, merces etiam omnium operarum, in duplum triplumve creverint; hocque pacto ad aliquam proportionem seu æquabilitatem inter pretium & rem pervenire liceat. Verum enim verò, ubi de pecuniaria pensionis redimenda agitur, si quis olim nummos bonos, aureosve ponderosos dederit mutuos, nunc verò minoris bonitatis, vel aucti valoris thaleros, ejusque generis nummos accipere teneretur, is contra omnem justitiæ commutativæ rationem, ne quartam quidem ejus quod mutuum dederit reciperet. Id quod non solum charitas Christiana & canonica, ipsaque naturalis ratio, ac sensus communis notoriè detestatur: sed & Juris civilis Interpretes abnuunt uno ore. Etenim monetâ esse calculandas ac æstimandas, non prout Mercatorum abusus introduxit, sed prout quantitas metalli ferre solet, tradit Caspar. Anton. Tessauros tract. de augment. moneta. n. 41. Licet enim pecunia soleat à communi usu recipere æstimationem: communis tamen curus à vero valore haud ita longè aberrare debet: ut ibidem innuit modò laudatus Tessauros. Et graviter hac de re differit Iohan. Mariana, Theologus & Societ. Jesu in tract. de justitiæ. Regis. cap. 8. lib. 3. fol. 269. & Bodinus lib. 6. de Republ. cap. 3. à princip. Absolum ideo & nullum esset statutum (præsertim Principis, aut Reipublicæ inferioris) si nummum ita inique æstimaret: ac proinde secundum talem absolum æstimationem creditoribus suis satisfacere vellet.

Et quod in monetâ perpetua inspicere æstimatio debeat; non ea, quæ ad certum tempus inducitur, vel toleratur; evincunt quoque ea, quæ habet Martinus Laudenf. in d. tract. de monet. num. 13. vers. si autem esset reprobatâ, &c. Dn. Ernestus Cothman. consil. 34. num. 82. & seq. vol. 1. Et est textus hanc in rem expressus in l. 1. in princ. ibi, publica ac perpetua æstimatio. ff. de contrah. empt. l. 3. ibi, cum certa sit nummorum æstimatio. ff. de in lit. jurand. Consentit quoque l. 3. ff. de eo, quod certo loco, &c. Sicque pro nummo (sive für ein Wehrung) haberi illa æstimatione, quæ perpetua haud existit. Ac quod ipsis in terminis nostris mutatio numismatum, quæ modico tempore duravit, vel duratura est, nullo pacto consideranda sit, nec ejus ratio debeat haberi, Bartolus tenet, in d. l. Paulus col. penult. ff. de solutionib. quem communiter alii sequuntur; ut fatetur Panormitanus adductus & approbatâ à Didaco Covarruv. in collat. veter. numism. cap. 7. n. 4. ad fin. qui tamen regulariter tempus solutionis, in redituum relatione, pertinaciter urget. Quo etiam confert elegans Pauli JC. responsum in l. pretia rerum. 63. §. fin. ff. ad leg. Falcid. ubi inquit: Non ex momentis temporum, nec ex eâ, quæ raro accidit, caritate, pretia constitui. Multo minus ergo incerta illa nummi, indiesque varians expensio, pro verâ æstimatione haberi debet. Et ita cum justè veremur; valoris augmentum, vel decrementum propediem rursus mutatum vel abrogatum iri: tum etiam ex mente eorum Auctorum, qui alias dicunt, respiciendum esse hoc nostro in casu ad solutionis tempus, potius attendi debet pretium & bonitas nummorum, quales si fuerunt tempore contractus celebrati. Et sane præ-

235 sentis temporis vilis moneta, probiorque inique æstimatione, durabilis præsumi nullo modo debet. Quippe diu durare moneta vilior, in eodem statu propterea non potest: quia difficultates commerciorum, & id genus alia quam plurima incommoda, ex monetæ deterioratione, quantumvis publicè instituta, suborirentur: semperque ita metuentum est, ne brevi, vel in totum vilior illa tollatur, vel edicto publico valor extrinsecus restringatur; vel si neutrum horum eveniat, ipso Populi tacito consensu aliud introducatur. *Andr. Kohl. exer. 18. n. 1. vers. quintò quia cum moneta &c.* Proinde omnino contra bonam si dem foret: si quis timens, imò prævidens talem, necessariam monetæ depretiationem, annum censum quem diu solvit, & porro etiam alias soluturus esset, maximo cum emptoris detrimento redimere vellet.

236 Istis incassum opponitur, quod in instrumentò, ut dictum est, eà moneta solvendum esse dicatur; quæ hoc tempore danda & recipienda est; Nam contrahentes (utpote quorum verba proprio & juridico sensu intelligi debent) non eam monetam dandam & recipendam esse intellexerunt, quæ non perpetuo edicto, aut legitimo modo, sed per abusum, introducta est, & ad tempus toleratur: cum maximè in omni obligatione & dispositione, utcumque verba generalia & prægnantia sint; semper tamen per jura vulgata, ipsumque rectæ rationis instinctum, exclusus censetur is casus, per quem alterutri parti summa iniquitas, & damnum evidens suboriretur: præsertim si eo de eventu, nullo modo cogitare, eumque providere contrahentes potuerunt, *arg. l. cum Aquiliana. §. ff. de transactionib. ubi Dd. & Afflictus Decis. 403. n. 4.* Nemo autem negare potest: præsentem rei monetariæ depravationem non solum injustam planè, ac perniciosam: sed & in Imperio Romano-Germanico inauditam prorsus esse; similemque in nullis ferè rerum gestarum monumentis inveniri.

Nostri proinde manet Sententia, istam nempe inconstantem, Romani Imperii optimis constitutionibus: bonoque publico penitus adversam æstimationem nummorum majorum, & juxta horum rationem æstimate monetæ, nequaquam in specie facti proposita contrahentes respexisse: neque eos nummos pensionis emptoribus, ad eam redimendam obtundi posse, sed, aut pensionem diutius esse pendendam, aut restituendam esse sortem nummis juxta eum valorem æstimandis, qui ante damnosam illegitimamque monetæ aucionem, in dicta urbe usitatus erat.

Quemadmodum supra decisio continetur: ita nos Decanus & reliqui Professores Facultatis Juridicæ in Academia Tubingensi, secundum ea, quæ nobis in superscripta, Facti specie ad consultandum proposita fuerunt (solâ veritate & iustitiâ pro oculis habitâ) unanimiter sentimus, consulumus, & juris esse respondemus: salvo tamen semper melius sentientis iudicio. In quorum fidem consuetum Facultatis nostræ Sigillum opprimi curavimus, Actum in Collegio nostro, secundo die Decembris. Anno Christi supra millesimum, sexcentessimum, vigesimo secundo.

Secundum Amplissimi Collegii Juridici Tubingensis Consilium, super re nummariâ seu moneta compositum, mense Junio Anno 1623.

Facti Species.

237 Quadam in urbe, an: 1621 & 1622, pecunia, exigente necessitate, accepta est mutua, quam creditores numerarunt diversi, qui accipientes queritabant, imò etiam emixè rogabant ut acciperent: Multa milia florenorum credita sunt, usuræ dictæ vicissim: Species æstimate pro valore qui tunc temporis in immensum creverat:

Ducatus nimirum quilibet 10. 14. 15. Aureus (goldsgulden) 10, 11. thalerus vero, 8 florenis æstimati sunt; numerata etiam sunt multa millia florenorum nummis Baruthensibus, Ambergensibus aliisque Sexbatzenis, obligationes porro conceptæ sunt in florenos Rhenanos monetâ intellectos, ut ex Litteris A. B. C. D. apparet.

Fit autem hoc anno 1623, dum dicta in urbe moneta ista maximam partem, penes accipientes adhuc extat, ut, jubentibus ordinibus rei monetariæ moderatoribus Circulorum Bavaricæ & Franconicæ, monetæ corporalis (die grobe) aurea & argentea in valorem multo inferiorem sit delapsa; nimirum ducatus ad duos fl. 20 cr.: Aureus ad florenum unum & 44 cr.: thalerus vero ad florenum unum & 30 cr.: decreverint: nummi vero Baruthenses, Ambergenses & ejusmodi Sexbatzeni, penitus prohibiti usuque vetiti. Inde eis apud quos pecunia ista accepta extat, gravissimum damnum emergeret, si tam multa millia florenorum ducatibus, aureis & thaleris summo pretio habitis accepta, nunc secundum valorem diminutum essent creditoribus restituenda. Quale esset, ex. gr. cum ei qui centum ducatibus, quolibet ducatu pro 15. fl. habito; mille & quingentos florenos dedit, nunc decresciente valore, 642 ducatus & 2 fl. in moneta, adeoque 542 ducatus & 2 fl. præter centum acceptos, restituendi essent.

Similis ratio est aureorum, quorum si quis centum, quolibet 10 fl.: æstimato, acceperit pro mille florenis, is, postquam valor aurei ad florenum unum & 44 cr. reductus est, quingentas septuaginta septem species cum 96 cr.: adeoque præter centum species quas accepit, quadringentas septuaginta & septem cum 96 cr. restituere deberet. Si quis porro centum thaleris, quolibet pro 8 fl. habito, 800. florenos dedit; ei, postquam thalerus ad florenum & 30 cr. lapsus est, restitui oporteret circiter 533 species, adeoque 433 præter centum acceptas.

Quandoquidem igitur eo pacto debitor non modo 238 ultra dimidium, verum etiam ultra quadruplum & quintuplum læderetur, summumque damnum patere, exigit idcirco necessitas ut de quæstionibus sequentibus responsum juris requiratur.

Primò, quamvis in obligationibus, ubi data est pecunia mutua, de speciebus earumque ingenti valore nihil tantum sit, at omnia secundum immensam tunc usitatam æstimationem, in florenos Rhenanos monetâ intellectos fuerint deducta; Annon diversos illos nummos, quorum valor actu jam sit diminutus ac forte in posterum minuendus, Ducatus sc. & aureos thalerosque eo valore quo traditi sunt, veluti ducatum pro 10, 14 & 15 florenis, aureum pro 10, 11 flor.: thalerum pro fl. 8. nulla ratione habita valoris actu jam diminuti & forte in posterum minuendi, Creditor in solutum accipere teneatur?

Quoniam porro, juxta litteras B. C. D. obligationes nonnullæ in aliquot annos fuerint contractæ; annon, propter valorem diminutum, qui forte in posterum adhuc minuetur, ex caducæ factæ sint, & creditores teneantur species superiori anno, summo pretio datas, nunc ad præsentem futurumque valorem diminutum, juxta florenos Rhenanos monetâ intellectos, reducere, ac in obligationes de novo conceptas deducere?

An-non etiam obligationes ex, quæ antè annum, ratione nummorum Baruthensium, Ambergensium & id

id genus Sexbatzenorum, qui jam omnes sunt pro-
fus usu prohibiti, prohibitione ista irritæ factæ sint?
An porro Creditores, quamvis obligationes in ali-
quot annos, qui juxta litterar B. C. D. nondum efflu-
xerunt, conceptæ sint, nummos eos, qui tempore con-
tractus dati sunt, iam nunc in sortem & usuras
accipere jure teneantur? An non etiam Creditores,
nummos aureos argenteosque a se datos, eodem va-
lore quo dederunt, Ducatus Sc. pro 10, 14, 15. fl.
aureos pro 10, 11. fl. thaleros pro fl. 8. in solutionem
usurarum accipere teneantur? An vero ex juxta de-
minutionem valoris, thalerorum sc. uno fl. 30. cr. Du-
catum 2 fl. 20. cr. aureorum 1 fl. 44. cr. æstimatum,
solvendæ sint?

Quoniam in quibusdam obligationibus, juxta lit. B.
à creditoribus de sorte & usuris ita cautum sit, ut ipsis
solutio parata fieret bonâ Imperii monetâ, seu, juxta
lit. C. bonis ac recipiendis (guten und gangbaren) num-
mis, uti eo tempore ibi locorum nummi pendendi
erant & idonei, seu, juxta lit. D. bonâ eoque in lo-
co usitata monetâ: An, eâ clausulâ remotâ, creditori
satisfactum esse dici possit, si sortis & usurarum re-
stitutio fiat eo valore qui tempore contractus obtine-
bat? An nimirum clausula quicquam efficiat, nisi ut
iis nummis qui eo in loco in usu sint, solutio fiat.
Cum etiam factum sit ut creditores quidam, qui
thalerum octo florenis æstimatum dederint, ex ætio-
nem usurarum quarum dies venerat, in cerealia (licht-
mess) distulerint alia aliæque, donec ad tempus demi-
nui valoris pervenirent, quo thalerus ad 1 fl. 30.
cr. decrevit: queritur num eis thalerus 8 florenis an
vero juxta diminutum valorem 1 floreni 30 cr. æ-
stimatus in solum, jure dari possit!

IN NOMINE DOMINI NOSTRI JESU CHRISTI.

Nos Decanus ceterique DD. Juridicæ Facultatis
Universit. Tubingensis, rogati de proposita facti spe-
cie & ad questiones subjectis sententiam nostram
aperire: hoc neutiquam denegantes, res ea cum sit
momentosa, graviæque contineat negotia inaudite
antehac monetæ mutationis his temporibus contin-
gentis, undè similes controversiæ in posterum de
valore vel pretio nummorum haud dubie excitabun-
tur: qualis autem hæc sit in consensu collegii diligenter
investigavimus, attendentes non modo ad naturalem
christianamque æquitatem, sed etiam ad jura commu-
nia & scripta, constitutiones & recessus Imperii:
Nobis igitur visum est, quod ex parte creditorum non
leves militent causæ ex quibus concludi possit, quoad
primam questionem supra propositam (ex cujus deci-
sione reliquarum omnium resolutio dependere videtur)
non posse debitores usurarum fortisque solutionem,
tempore præstituto faciendam, eâ monetâ eoque va-
lore quæ in obligationibus dicuntur, citra notam
fractæ & non servatæ fidei, declinare.

Rationes dubitandi

229 Nam, primò: Creditores ad pura verba instrumen-
torum ad nos transmissorum, quibus se debitor oblitri-
tum confiteri debet, provocare possunt atque ex iis

causam petendi paratissima liquidissimaque probatione
docere; nam in prima obligatione, sub littera A, no-
tante dicitur, quod in debitoris Camera (Rent-Cam-
mer) Cui sempronii vidua 1000. fl. Rhenanos monetâ,
quolibet floreni 15 batzenis seu 60 crucigeris æstima-
to, in usuras legitimas consignaverit; quod eam sum-
mam debitor paratâ pecuniâ acceperit, promittens se
prædictorum mille florenorum monetâ Rhenanorum,
singulis annis usuram esse soluturum. Alia obligatio sub
littera B magis stringit: in ea enim debitor non modo
profiteretur se 8000 fl. monetâ Rhenanos, paratâ pecun-
iâ accepisse; verum etiam promittit se creditori hujusve
successoribus dictâ 8000 florenorum, monetâ bonâ,
quæ sc. sit in usu, tempore præstituto esse soluturum.
Similiter est tertia obligatio sub Litt. C. de consignatis
florenis monetâ Rhenanis concepta: notante verò in ea
cautum est de solvendis usuris & sorte, bonis ac tempo-
re solutionis faciendæ usu venientibus nummis, sc. uti
in debitoris camera (Rent cammer) in acceptis & ex-
pensis communiter æstimati erunt. Ultima obligatione
sub littera D. etiam probatur, Debitorem tria millia flo-
renorum monetâ Rhenanorum accepisse, enimque
promississe ea a se, tempore præfixo: monetâ bonâ,
eâ sc. quæ in sua Camera (Rent Cammer) in usu
erunt, restitutum iri, seque interea usuras eo modo
soluturum esse.

Nunc autem certi juris est: instrumentum facere pro-
batam probationem non probandam, Bald. in l. quoties,
C. de judic. & dicitur veritas apparens, secundum Baldum
in l. Imperator. ff. de stat. homin. & in l. interez. in ultim.
notab. C. de solut. Cur. Jun. consil. 109. num. 20. Instru-
mentum nem reputatur facere rem certam. Bartol. in l. 1.
in princ. num. 8. ff. de novi oper. nunciat. Decius consil.
302. colum. fin. & probationem manifestam Bald. in l. 2.
colum. 2. C. quando fiscus vel privatus debitoris sui debito-
res, &c. Paris consil. 104. n. 64. part. 1. Nasta consil. 177.
num. 1. & consil. 102. num. 3. adeò, ut contra tenorem
instrumenti probatio non admittatur, nisi per aliam scrip-
turam l. generaliter. 13. C. de non num. pecun. Et sic et-
iam verba; dedit, ac consignavit (angelgt, von ihm
empfangen und eingenommen) quibus nempe Da. De-
bitor utitur: numerationem & traditionem probant,
Alexand. consil. 146. incip. videtur inspectu. num. 9. vol. 1.
Et ipsis in terminis nostri casus, quando in Instrumento
obligationis declaratio vel æstimatio pecuniæ invenitur:
tunc illa declaratio & æstimatio attendi debet: ut Bartol.
in l. Paulus. 99. (alias incipit, debitorem sive creditorem)
in fine ff. de solutionib. & in l. si quis stipulatus fuerit de-
cem. 57. ff. eod. ut & in l. sed adder. 19. (alias. 21. §. si
dominus ff. locati. Anchoran. in Clement. si beneficiorum. 2.
circa finem. ubi etiam Imola. de decimis. post Baldum in con-
sil. 339. incip. punctus questionis. vol. 2. aliique tradunt.

Secundò, ista omnia heic locum ita sibi vindicant,
atque efficiunt ut claris obligationum verbis de speciebus
tam in sortis quam in usurarum solutione præstandis,
stari debeat, eo magis, quod istæ obligationes, juxta
ea quæ in iis narrantur, virum dignitate principem de-
vinciant, qui se iis fideliter stare velle sine fraude, fori-
pto promissit, Principes autem, aliique Magnates & pub-
licæ personæ, ad fidem servandam cum primis adstrin-
gantur l. 1. & l. 5. ibique Dd. ff. de pact. ut & in l. 1. ff. de
const. pec. Etenim ex Meterano, Petro Matthæo, Ru-
dolpho Boterejo, aliisque Historicis hujus seculi, intel-
ligere licet, quantum splendori Regiæ Majestatis Philip-
pi II. Hispaniarum Regis offecerit, quod ipse
Genuensi.

Genuensibus mercatoribus lucrum quidem iniquum captantibus sceleratitium compendium præscidit, id verò ab obligationibus, clarisque earum verbis discedens, fecit.

sciverint voluerintque, nullam habent causam de latione conquerendi: cum volenti injuria non fiat, per jura vulgata.

RATIONES DECIDENDI

244 Tertio, a creditoribus, probabili admodum ratione obijci potest, se bonos & tunc temporis facile accipientes florenos dedisse, & idcirco sibi par numerum florenorum, nummis juxta eam valorem æstimandis, quo ii quandocunque in usu erunt restituendum esse, cum moneta secundum temporum & regionum placita vel morem censenda sit & æstimanda, *argum. l. si servus. 40. §. ult. ff. de legat. 1.* maxime cum Dom. debitor, secundum ea quæ in facti specie narrantur, eas summas, exigente necessitate, adeoque utiliter acceperit; siquidem ista pecunia tot floreni impendi ab ipso potuerint, quot eadem accepti sunt. Idque si forsan non factum fuit: haud creditoribus, sed sibi met ipsi imputare debet.

245 Et etiam si floreni sint in solutione, ac ex partium conventionione thaleri, vel alia grossæ monetæ in æstimacionem fuere deductæ: tunc monetæ mutatio non attenditur; sed tot sunt floreni reddendi, quot in obligationem deducti fuerunt, *argum. c. quanto. 18. ext. de jurejurand. Bartol. in d. l. Paulus. 29. ff. de solutionib. Boer. decis. 327. num. 10. Covarruv. de collat. veter. numismat. c. 7. §. unic. conclus. 7. Gabriel. Roman. commun. conclus. lib. 3. t. de solut. conclus. 2. num. 8. Menoch. consil. 40. num. 10.*

Huc accedit quarto, quod creditoribus non certa fuerit lucri expectatio a verbis obligationum stricte intellectis: facile enim potuisset, & nunc potest contingere ut a tempore mutui contracti, ad solutionis diem, valor ejus generis nummorum in majus crescat, vel ii a bonitate degenerent. Semper enim tempus minuit monetam: priorque melior reputatur posteriori, *Wehner. in pract. observat. significat. verbo. Golagilden, à principio. fol. nobis. 230.* Et cum ista, quæ nuper gliscebant, nunc aliis in locis nondum explosa immodica perturbataque monetæ æstimatio, antehac fuerit inaudita: ita ut eam nullus sanæ mentis suspicari potuerit; fieri utique potest, ut intra aliquot annos, res monetaria in pejus adhuc misceatur, eaque ad susceptam restitutionem perducere, sistique nequeat. Quod enim semel factum, iterum, & adhuc pluries fieri potest: ac semper in Mundi theatro eadem fabula agi solet: in pejusque indies cuncta ruunt, retròque sublapsa referuntur. Et inde bonæ leges ex malis moribus nasci; raro durationem habent; sed à causa impulsiva, malitia nempe hominum, quæ iis ansam dedit, tandem superantur: & plerumque doctâ plus valet arte malum.

248 Cum igitur certum non sit quod prætenditur lucrum creditorum, verum id incerto contineatur eventu: cumque, ut modò dictum est, quod in re monetaria perturbatum fuit, id tempore solutionis in peiores turbas ire possit: inde sequitur, quod ex incerto hoc eventum dependens læsio, nullo modo debeat considerari. *Id. in l. 1. ff. de in lit. jurand. Cynus in l. fin. §. sed neque C. communia de legat. Bartol. in l. inter stipulantes. 83. §. sacram. 5. ibidem Zasius n. 18. ff. de verbor. obligat. Et incertitudo facit licitum, quod aliàs illicitum est, Guil. lib. 2. observ. n. 8. Quale est, ubi quis in terminis mutui, vinum vel frumentum ea lege dedit, ut sibi id, adveniente autumno vel messe, eadem mensura, ea vero bonitate qua Deus eo anno largietur, *argumento. l. omnia. 7. §. l. vin. 22. ff. de reb. cred. si cert. pet. Id. l. ad l. 3. ff. d. tit.**

Qualiacunque sint ista, aliave, quæ pro creditoribus dici possent, & quibus efferendis brevitatibus causâ, superfedemus; tamen est ut contrariam sententiam tueamur à nobis significanter tandem proponendam; sc. non ob stare verba clausulasque in obligationibus scripta, quin, tempore solvendæ fortis & præstandarum usurarum, nummi eo valore summo quo dati sunt, creditoribus retrò tradi possint, & ab ipsis fiat accipiendi. Etenim mutatione monetæ facta: cum, ut plerumque sit, dubitari solet: an ne tempus solutionis, num verò contractus attendendum sit? communissimè responderi consuevit; sive mutata sit moneta extrinsecâ in bonitate, hoc est, *In der valuation oder æstimation, dass sie nemlich jetzt mehr oder weniger gillt, als zuvor:* sive intrinsecâ, hoc est, materia, pondere & qualitate, *im Korn, Gehalt und Gewicht:* semper secundum eam bonitatem faciendam esse solutionem, quam habuerunt nummi tempore contractus. *Gail. lib. 2. observ. 73. num. 7. Sixtin. de Regalib. c. 9. num. 177. fol. nobis. 158. Borcholt. de feud. ad c. unic. que sint regalia. n. 62. §. 58. Mynsing. cent. 4. observ. 1. Zas. lib. 1. singul. resp. 1. num. 25. Thesaur. decis. 174. num. 1. Joan. Koppen. decis. 1. Cothman. consil. 36. per tot.* Idque sequitur quoque Cameræ Imperialis stylos, etenim in eo consilio seu responso juris, quod *Joh. Wolffg. Hillerus U. J. D. de hac ipsa materia, Augusta vindelicorum nuper edidit,* non modo præjudicia multa, verum etiam, in alio, huc adjecto consilio, num. 10. & seqq. nonnulla mandata sententiasque verbotenus refert, omnia eo tenduntia, ut creditor mutuam a se datam pecuniam, nummis ejusdem generis ejusdemque valoris, aut aliis qui ejus penitus sint bonitatis, exigere queat; haudquaquam verò teneatur notioris notæ accipere nummos: atque adeò tempus contractus, seu mutui dati, indifferenter sit respiciendum, & juxta id solutio sit facienda. Generaliter itaque attenditur ac consideratur valor, qui fuit tempore contractus; tantusque reddendus est, quatenus tempore contractus, legis, aut sententiæ fuit constitutus; quemque tum pecunia habebat: sive postea illa crescat, sive decreseat in valore. Utrumque enim cedere æque potest in detrimentum aut commodum, tam debitoris, quam creditoris: atque adeò ex naturâ rei utriusque æqua conditio est: ut Theologus & Jurconsultus maximi nominis Ludovicus Molina in tract. de justit. & jur. tom. 2. disp. 312. num. 3. & seqq. deducit. Quemadmodum etiam egregius & subtilis Jurconsultus Joannes Petrus Surdus tom. 2. consil. 120. irrefragabiliter edocet: quod, etsi solutio secundum conventionem fieri possit de monetâ corrente tempore solutionis: attendi tamen valor libræ, qui erat tempore contractus, & secundum illum fieri solutio debeat: ita ut, si tempore conventionis tredecim libræ constituerent aureum, & nunc de monetâ novâ, quæ est vilior, & magis ære commixta, decem & septem requirantur: tunc teneatur debitor solvere decem & septem pro tredecim antiquis: cum nempe communis conclusio sit, quod ubi moneta facta est deterior in intrinsecâ bonitate, vel in pondere: solutio fiat de monetâ antiquâ, vel de novâ ad valorem antiquæ. *Bartol. in d. l. Paul. n. 6. ff. de solution. §. in l. cum quid. 3. n. 17. ff. de reb. cred. si cert. pet.* Et hanc quoque dicit magis communem Alexander ibi, n. 16. & Socinus in consil. 298. vol. 2. citata communiter tenere Legistas & Canonistas. Consentit Brunnus in tract. de monet. in part. n. 1. Hocque procedere etiam ibidem Surdus dicit in monetâ indeterminata: ut sunt floreni, libræ, &c. ita ut nihilominus solutio fieri debeat secundum æstimacionem antiquæ. Hincque concludit, quod dari non possint

possint centum libræ de pecunia contaminata, loco centum librarum antiquarum, quæ erant pretiosiores. Et insuper quoque Surdus censet; quando conveniunt partes, quod solutio fiat de monetâ corrente tempore solutionis: tunc nihilominus novam pecuniam solvendam esse secundum valorem antiquæ, eamque reduci ad æstimationem antiquæ, tantumque solvi debere de novâ, quantum necesse est ad æquandum valorem antiquæ. Namque talem clausulam vel conventionem aliud nil operari, quàm quod debitor non cogatur solvere de pecuniâ antiquâ, sed possit de novâ. Allegat, *post alios multos*, itidem Oldradum in *consil. 250. n. 3. vers. ad secundum*, &c. qui dicit, stante statuto, quod solutio possit fieri de certâ monetâ, eam debere reduci ad æstimationem antiquæ: quia statuti intentio fuit non augere, vel minuire obligationem, sed demonstrare, de quâ monetâ solutio fieri debeat. Et quæ hæcenus ex Surdo recensita sunt; ea pariter singulari responso comprobatur idem Surdus *tom. 3. consil. 368. ubi inter alia n. 16. scribit*: si æstimatio grossæ pecuniæ est aucta, & minutæ bonitas intrinsecus est mutata, licet non sit mutatus valor: tunc si ex decem florenis mihi debitum poteram tempore contractûs habere tres aureos; nunc autem plures floreni requiruntur: teneberis mihi solvere tot florenos, cum quibus possim emere tres aureos: quemadmodum potuissim tempore contractûs. Cum verò aurei valor creverit absque vitio monetæ inferioris: tunc interesse non considerabile esse, putat. Quoddamque hoc etiam procedat, si floreni sint in obligatione: præter ea, quæ hæcenus ex Surdo sunt relata, sequenti quoque consideratione roborantur. Nam etsi florenis (sicut in Italix plerisque locis, libris) tanquam imaginariis, & numeralibus, ut ita dicamus, monetis, aliarum monetarum pretium calculetur; hique floreni, quoad baciorum ac cruciferorum numerum, semper immutabiles maneant: ii tamen floreni, relatione factâ ad currentes monetas, intrinsecam quodammodo recipiunt bonitatem: & hac inspectâ intrinsecâ bonitate, imaginarium admittunt decrementum vel incrementum: floreni minuta namque specierum, si minoris notæ monetâ, eaque viliori numerantur, jam bonitatem habent longe minorem eâ quam habere, cum minuta monetâ longe melior fuit. Consentit Gaspar Anton. *Thesaurus in prædicto Tract. de augm. monet. pars. 1. n. 27. 44. &c. ubi inter alia dicit*: animadvertendum esse, quot floreni illius monetæ, quæ ingreditur sive efficit florenum, tempore contractûs constituerint Ducatum (vel Thalerum) & quanti nunc illa monetâ argentea in florenis æstimetur: ac juxta illam æstimationem, dandum esse floreni valorem in alia monetâ, tempore solutionis currente. Et ita quoque intelligendus est Anton. Faber in *tract. de var. numm. debitor. solut. cap. 9. vers. postremo hoc numm. requiro*, &c. Ex quo loco colligitur: tum demum in obligatione librarum totidem libras esse reddendas, si libræ intrinsecus nec auctæ, nec diminutæ sint. Similiter respondet Alciatus *consil. 115. in fin. Si obligatio consistat in libris vel florenis: quod libræ vel floreni solvi debeant illius bonitatis, cujus erant floreni tempore contractûs. Idemque repetit consil. 586. in principio: & ad stipulationem Cephalus consil. 31. num. 12. vers. nec est verum*, &c. Ex cujus traditione colligi potest: si non solverentur floreni secundum bonitatem, quæ erat tempore promissionis: quod tunc plus vel minus, ratione subsequenti augmenti vel decrementi solveretur, quàm in stipulationem deductum fuit. Hancque sententiam item communem dicit Anton. *Thesaurus decis. Pedem 174. num. 6. vers. sed aliter*, &c.

Secundo: quandoquidem creditor, ut modo probatum est, minoris bonitatis, seu vilioris iis quos dederit florenos, accipere non tenetur: pari ratione concludendum venit, quod nec ipsi florenos meliores vel ponderosiores iis quæ dedit, petere liceat, nec debitor ad id, ulla ratione juris adigi queat. Contrarium namque eundem est disciplina. *con. hospitium. 32. Distinct. 1. 1. ff. de his, qui sunt sui, vel alien. jur. initio hylit. cod. l. qui accusa. re. 8. ff. de accusat. lib. 1. & si contra, 35. ff. de vulg. &*

257

pupill. substitut. l. Pomponius. 4. §. sed & is. 2. ff. de procuratoribus. l. fin. in princip. ff. de legat. 3. Idque maximè procedit, quando par eademque utrobique ratio existit, arguunt. l. si quis negotia. 23. ff. de negot. gest. l. ea lege. 51. ff. locati. Nicol. Everhard. à Midelburg. in locis legalib. loc. à contrario sens. num. 8. & seq. Ac item natura correlativorum est: ut dispositum in uno ex ipsis correlativis, censetur dispositum in alio. Hypolyt. de Marfil. singular. 398. incip. tu scis. &c. ubi dicit, quod regula (quæ est: quod illud, quod non dixit lex, nec nos dicamus) haud habeat locum in correlativis. Licet enim lex tantum faciat mentionem de uno correlativo: tamen idem censeri in alio constitutum. Nunc autem debitor & creditor correlativa sunt: & ergo, quemadmodum in eo omnes hodie ferè conveniunt Jureconsulti; quod pro florenis, in bona & proba monetâ veteri expensis, nemo cogatur accipere monetam ærosam & novam, aut occasione hujus novæ improbæque monetæ Thaleros; Ducatos, &c. ex mero abusu, ratione extrinsecæ & putativæ bonitatis: nimium auctos; quod & roboratur per textum in c. cum olim. 19. ext. de censibus. ita è contrario, & adhuc magis dicendum est; debitorem non posse cogi, ut pro tali ærosâ, vel nimium auctâ monetâ, quam accepit, solvat creditori bonos, ad veteremque normam redactos nummos. Partes enim debitoris, tanquam Rei, multo magis favorabiles sunt, quàm creditoris: & ideo (quemadmodum infra latius deducetur) pacto quidem fieri potest, ut in minus vel in mitiorem partem debitor sit obligatus; non verò, ut in deteriorem.

Atque vim accipit hæc decisio nostra per expressum textum, ac in terminis terminantibus nostri casus loquentem, nempe per c. cum canonicis. 26. ext. de censib. ubi Pontifex Max. referibit: non posse debitorem cogi, ut meliorem monetam solvat, quàm quæ ab initio fuit constituta, sufficereque, si solvat æstimationem illius, quæ fuit tempore contractûs. Et sanè debitor restituendo eandem quantitatem & qualitatem, quàm accepit, promissioni suæ satisfacit, ac obligatio tollitur initio tit. Instit. quib. mod. tollit. obligat. Id & sequitur Alemannus *consil. 8. q. princip. 2. in decid. ratione. 13. p. 624. & seqq. & p. 627. 703. vers. respondet*, & p. 755. §. ex his ergo, &c. Et pariter Oldradus de Ponte *consil. 250. n. 1. respondet*: solutionem fieri debere de vili illa monetâ, quæ currebat tempore contractûs, vel de novâ (scilicet meliore vel majore) habito respectu ad valorem illius vilis monetæ: debitoremque pecuniam meliorem, quàm solvit, tanquam indebitam repetere & condicere posse. Sic quoque Johannes Köppen *decis. n. 4. expressè concludit*: creditorem non petere posse meliorem pecuniam, quàm dedit mutuo. Et tractat hanc questionem pluribus ex professo Auditor consilii sive questionis secundæ D. Wolfgangi Hilleri adjunctæ. Augusta editæ.

Tertio: quanquam regeri queat, ea quæ hæcenus dicta sunt, eò tantum pertinere, ubi nihil pacto definitum fuit: Atqui heic speciatim cautum esse, de nummis in solutionem sortis & usurarum tradendis, ut ii qualicunque tempore in usu erunt. Verum ex adverso, est in presenti specie facti maximè notandum: quod debitor in mutui contractu non possit in plus obligari: quia mutuum est contractus stricti juris, qui re contrahitur. Unde si res, hoc est, pecunia, non intercedit: mutuum haud subsistit: nec restituendum est, quod datum non fuit. Hinc traditum invenitur: si dem tibi mutuo decem, & paciscar, ut viginti mihi debeantur & restituantur: non nasci obligationem ultra decem. Re enim non potest obligatio contrahi, nisi quatenus datum est. l. si tibi decem. 17. in princip. ff. de pactis. Item, si tibi dem decem, ut undecim debeas: amplius, quàm decem condici non posse, Ulpianus, ex sententia Proculi, respondit, in l. si rogasti. 11. §. 1. ff. de reb. cred. si cert. per. Facit l. hæcenus. 11. in fine. ff. de constituta pecun. Et propterea Imp. Diocletian. & Max. in l. cum ult. 9. C. d. non num. pecun. hunc in modum releserunt: Nihil ultra hoc, quod accepisti sortis à te nomina Prasas provincia exigi patiaris. Nam nu-

tura mutui non patitur, ut plus petatur quàm datum, & per consequens in obligatione fuit. Unde quidam ex vultuoribus Juris Interpretibus dicere non dubitarunt: citius stellas de cœlo casuras; quàm ut mutuum in plus contrahatur. *Jafon & Zaf. ad dictam. l. 11. de reb. credit.* Neque etiam id, quod supra numerationem promissum est, alio, quàm mutui jure deberi potest; putà ut usura, aut ut dono datum, vel vi pacti: quod jam laudati Auctores docent. Pariter insuper ut in plures florenos, quàm quos accepit, non se potest debitor obligare: ita nec quoque in meliores. Nam & tunc in effectu solveret plus, quàm accepit. Et pertinet huc, quod Ludovicus Molina d. tract. de just. & jur. tom. 2. disput. 312. num. 11. scribit: *Quamvis usura non sit, mutuo dare cum onere, ut pecunia ejusdem rationis solvatur cum eà, quæ mutuo datur: esse tamen usuram, mutuo dare cum onere, ut mutuatarius reddere teneatur pecuniam rariorem, & meliorem in hominum æstimatione: ut mutuare aream, quando illius est magna abundantia cum onere, ut aurea vel argentea reddatur: eo quod gravamen illud injuste ultra sortem apponatur.*

266 Jam autem contractus de quibus heic agitur, magis ut mutui habendi sunt quam emptionis, venditionis redditus anni; siquidem nullum in fundum concepti sint, unde redditus aliquis percipi queat; atque in iis, contranaturam annui redditus, facultas repetendi creditori data sit. Textus autem canonici juris, putà *Clement. exivi. de verb. significat. ut & cap. 1. & 2. in Extravagant. de empt. & vendit.* illum tantum verum annuum redditum vocant, qui nempe ita fundarius est, ut periculum cum fundis commune fortiaur: quique redimibilis tantum est ex parte venditoris. Hosque redditus, si verum fateri velimus probat solum canonicum jus; eosque etiam aliam ab usura, in mutui contractu stipulatà, rationem habere judicat. Ejusmodi verò redditus personales sub generali hypothecà omnium, & sic incertorum bonorum; ac etiam ad certum tempus constitutos, de quibus nobis nunc est sermo, nec novissimis Imperatorum Germanorum constitutionibus pro emptione & venditione annuorum reddituum haberi, docet Colerus, de process. execut. part. 1. cap. 10. Similiterque Henricus de Gandavo quodlibet 18. quest. 22. Gregor. de Arim. & Salicet. ad Auth. adhec in fine C. de usuris, hanc reddituum emptionem nominatenus tantum ab usura differre; & ideo solum eam ob causam inventam putant; ut rei exosæ aliud nomen constituatur.

267 Etsi porrò hic contractus non ex natura jureque mutui esset designendus, verum is ut emptio venditio redditus annui, ac ita ut bonæ fidei contractus esset habendus: posset nihilominus redditus venditor, ad remedium L. 2. C. de rescind. vind. utiliter confugere: si quidem is, ut in ipsa facti narratione propositum est, longè ultra dimidium læsus sit, imò vix sextam ejus accepit partem, quod restituendum esset. Atque si creditoribus, trium saltem annorum usuræ, bonà monetâ pendendæ essent, eæ, contra æquitatis, & utriusque juris rationes, novissimæ Imperii constitutiones, fortis duplicationem æquarent, possentque insuper creditores; juxta obligationum verba, sortem quinquies sexiesve majorem petere: quæ omnia sunt inter Christianos inaudita: nec enim quisquam est nisi fœn ratorum pessimus, aut mammonæ totus, qui hominum cuiquam, ne dicamus principi ac Domino suo, tam iniquus esse velit. Nec est horum quæstus lælorius, nefandumque lucrum ab incerto dubiove eventu; seiverunt enim jam iso tempore contractus, se lucrum captare certum: hi quippe nummos villi acquisitos, aut longe majori quàm reapse erant pretio, æstimates vendiderint, si que monetam viliozem immodicè æstimateam excussent; haud dubiè præsumentes ejusmodi nullibi locorum per Imperium germanicum publice dicto, aut ex conniventia saltem vel abusu, & temporum iniquitate mille-

riaque, tolerato pecuniæ valori, diutius stari non posse. Per totum enim Imperium certum palamque est, istud omne, non modo sacri R. Imperii utilitatis constitutionibus sub pœna gravissima prohibitum esse; verum etiam ab Illustri Cæsarea Camera compluribus produsse mandata pœnalia, cum in ipsos Status, tum in monetæ magistros (*munzer*) horumve socios (*munzgenossen*) si in re monetaria, adversus Imperii constitutiones faciant. Atqui Dominus debitor ipso tempore contractus graviter læsus, summumque damnum passus eo est, quod ipse in pretium venditi redditus perennis; ejusmodi prohibitos partim & interimisticos, ut aiunt, vilesque nummos, partim bonos, sed in immensum æstimates, tempo a lem sc. ac veluti vicariam monetam minimeque perpetuam, & ad debita saltem crebra minorisque notæ solvenda, inque quotidianas cœmpciones erogari solitam, acceperit; quam quidem ipse nec utiliter expendere, nec ut bonam monetam exercere potest; certò namque apud omnes constat, eà monetâ quæ partim vilis est, partim pluri æquo æstimatea fuit, nullam fundum emi, nullas vetustas rationes, negotio justo expungi posse; quin etiam annonam mercesque, aliæque omnia, secundum justum pristinumque valorem, æstimatea venire, nec proinde imaginarii istius valoris rationem reapse habitam unquam fuisse. Et ita hæc valoris extrinseci auditio nemini lucrum, sed omnibus certum damnum, caritatem, aliasque difficiles molestias creat; veluti Imperii & circulatorum Acta testantur, quòd semper Ordines conqueisti sint, quod hæc valoris intensio omnibus Dominis, nec non Nosocomiis, orphanotrophiis, etiam personis privatis maxime sit damnosa; eà quippe redditus annui extra modum minuantur: dum enim corporalis monetæ intenderetur æstimateo, intendi vicissim omnium mercium pretium, adeo ut harum caritas jam sit intolerabilis. Et jure itidem communi constat: crescente nummorum valore, crescere pretia rerum, quæ nummis sunt comparandæ. l. 2. C. de veteris numismat. potestate.

Postremo, cum ex facto certum intelligatur; nihil in istas obligationes numeratum esse præter prohibitos sexbatzenos, vel ducatus floreni 10. 14. 15. vel aureos floreni 10. & 11. aut thaleros floreni octo æstimates; in eas tamen totam pecuniàm floreni thebanis esse deductam; atque in ipsis instrumentis ita pactum esse, quali creditores monetam bonam numerarint: iude est ut dicatur, à Domino debitore, cum nondum effluerit bienni m, exceptionem non numeratæ pecuniæ opponi posse; se. jure dici, sibi non esse traditam pecuniàm ea quantitate aut bonitate quæ ea in obligationem deducta est: ac proinde creditores; si velint usuras & sortem bonâ pecuniâ sibi præstari, id adequi non posse, nisi prius vilem à se numeratam pecuniàm suppleant, & ad normam probæ monetæ obligationi exæquent. Nam que in l. si quasi 7. C. de non num. pecun. ita expresse cautum est; Si quasi accepturi mutuam pecuniàm adversario cavisti, quæ numerata non est: per conditionem obligationem reperere, etsi actor non petat: vel exceptione non numeratæ pecuniæ adversus agentem uti potestis. Ac quamvis numeratio non intercessit: censetur cautio seu instrumentum esse sine causa penes creditorem; & ideo reperti potest, etiam conditione sine causa. l. 1. & l. pen. ff. de cond. sine caus. l. ult. & passim. C. cond. Cumque (ut jam mox deducit) mutuum non contrahatur, si res, id est pecuniæ numeratio deficiat; igitur, cum vel omnino nihil, vel minus, quàm in syngraphâ continetur, ad debitorem pervenit, eaque ratione ex p. principali negotio, hoc est, ex mutuo & literarum obligatione, in maiorem summam, quàm reipsa numerata sit, nulla efficax obligatio constituitur; consequens est, exceptionem non numeratæ pecuniæ competere in quantum minus, quàm in literis continetur, datum fuit. Etsi hæc exceptio adeo favorabilis; ut 273 pro.

procedat, etiam si confessio mutui recepti fieret in iudicio apud Acta, Bald. in *Instit. de liter. obligat. in ultim. colum.* Et idem in l. siue apud acta. 28. C. de transactionibus. Eandemque exceptionem etiam procedere ajunt: quando quis diceret, se accepisse pecuniam facto, tantum spe futuræ numerationis literis se obligasse. Bald. in l. si ex causatione. 3. in l. colum. in fin. C. de non. num. pecun. Hincque exceptioni itidem concedunt locum: etiam si in scriptura interveniat stipulatio. Nam licet non nascatur, ex literis obligatio, sed ex ipsa stipulatione, tamen in eâ habet locum effectus ille obligationis literarum: quia qui in tali scripturâ, mediante stipulatione, confessus est: poterit se tueri, ne cogatur ad solvendum, saltem exceptione in factum. 1. cum ultra 9. C. de non. n. pec. aut etiam exceptione doli, l. palam. 2. §. circa. 3. ff. de doli mali. Et met. excepte. ex eadem æquitate, ut qui literis obligatus est, tueretur se exceptione pecuniæ non numeratæ. §. 1. *Instit. de liter. obligat.*

RESPONSIONES AD DUBITANDI RATIONES.

- 274 Atque hæc decisio nostra, quod nimirum creditores, nummos eo immodico, quo ab ipsis traditi sunt, pretio, teneantur in solutum, quoad sortem & usuras, accipere; id sane haudquaquam dimovetur eo quod super, in prima dubitandi ratione, ad nuda obligationum verba provocatum sit, quibus debitor ad monetam probam pendendam altringi dicitur: Etenim ad hæc responderi primò potest; quod creditores istis obligationibus male innittantur: siquidem ex (ut in ultima dubitandi ratione evictum est) causam notorie aperteque vanam contineant, quale est quod dicitur, debitori pecuniam nummis probis monetæ rhenanæ numeratam esse; dum tamen creditores rem aliter planè esse, in tam recenti facto, negare nequeunt: atque ex pacto magis est, ut istæ obligationes eos rubore suffundant, quam juvare queant; adeoque, quod debitor probos nummos vilium loco promissit, is contractus, utpote usurarius, ipso jure nullus est: nec enim possunt creditores, salva conscientia & honestate, urgere vel certare ex contractu, quo debitor tam enormiter sit læsus & emundus. Et nec tantum, quid promissum fuit, attendi debet: sed & quid iustè & secundum æquitatem exigi possit: sicque invalidus est contractus, sapiens usurariam pravitatem: adeò, ut nec juramento roborari valide satis possit. c. tuas dudum. 18. extr. de usur. Mascard. de probat. volum. 1. concl. 447. num. 33. Et seqq.
- 277 Usurarius namque faciens contractus usurarios, contemnit Deum audacius: naturam expressius: scripturas detestatur: & jura diutius, ut Alex. de Imol. in cons. 49. v. 4. scribit. Propterea etiam Constitutiones Imperii de usurariis contractibus, in Comitibus Augustanis. Anno M. D. Et postea, Anno M. D. XXX. ac Anno M. D. XLVIII. promulgata, contractus usurarios reprobant: adeoque supremis, mediis, & infimis iudicibus seriò mandant: ne super ejusmodi contractibus judicent, neque executio nem faciant. Quia & contractus usurarius, sententiâ firmari non potest: & sententia ista non transit in rem judicatam. Aut. de Buer. cons. 24. ubi add. Caballini. verb. judicatum. Et certè nostri casus contractus omnino pro simulatis & usurariis sunt habendi: quia aliud actum, aliud conceptum siue rescriptum fuit. Debitor enim recepit pravam, vel iniquissimè æstimatam monetam: hoc verò omissum non solum, sed & aliud scriptum fuit: non item valet pactum, quod contra iustitiam contractus factum apparet. Unde si pecunia deterior debitori per Creditorem mutuo sit data, ut melior restituatur: non erit hujusmodi pactum admittendum: sed, uti usurum sapiens, veniet reprobandum: prout in specie tradunt Hostiens. in summa. de usur. in fin. Et Rodolph. de usur. quest. 45. 46. Ideoque pactum illud de reddenda proba monetâ loco arotis, aut improbi æstimatis, pro nullo haberi

debet: cum (ut supra in Decidendi rationibus deductum fuit) mutui nature repugnet: & ideo pro usurario debeat haberi; quia ejus vigore multo plus acciperent creditores; quàm ipsi numeraverant. Pacta verò illicita, & contra naturam contractus, reddunt contractum usurarium & suspectum, Cavalcanus decis. 32. part. 2.

Quoad secundam dubitandi rationem: quanquam principem aliamve illustrem personam, stare firmius promissis oportet, quàm communis fortis homines: æquitas tamen ex adverso postulat omninò, ut subditi ab ejusmodi contractibus iniquis abstineant; ut sc. contractus, quo adversus utilitatem publicam, in fraudem & detrimentum fisci, & ærarii principalis, imperans vel princeps a subditis circumventus est, rescindatur, ac nullus dicatur: idque sine labe, & absque principalis reputationis detrimento, omninò fieri potest: cum ejusmodi personæ propter negotiorum multitudinem, variasque variorum suggestiones, facilius decipi, & ad contractum aliquem sibi damnosum persuaderi possint. Hincque eandem ob causam plurima in jure nostro fisci privilegia prodita non solum sunt: sed & donationes immo dicæ à Principe factæ, tam successe, quàm ab eo, qui donavit, revocari possunt, Hippol. à collib. in prin. c. 33. latè Et nervose, P. Gregor. Tholozan. de Republ. lib. 3. c. 8. à num. 1. usque ad 12. Johann. Parladorius lib. 7. rer. quotidian. fin. part. 1. §. 7. num. 4. Bodin. de Rep. lib. 6. cap. 6. n. 656. Licet aliàs donationes, à Principibus factæ, etiam absque insinuatione valere dicantur, quamvis summam quingentorum florenorum excedant: Sed & princeps contra contractum, ex quo læsus est, restituitur pariter, ut minor, arg. l. Republ. 4. C. quib. ex caus. major. in integr. restituant. ibique Doctores.

Neque movet quicquam ratio dubitandi tertia: Quamvis enim florenus in florenum fuerit acceptus, atque obijci queat, florenos eos a debitore utiliter impenfos fuisse, vel eos, uti accepti erant, excuti potuisse, adeoque florenum floreno, in solutum, quoad sortem & usuras, nonobstante monetæ mutatione, præstandum esse: tamen usque recurrit victrix responsio; quod debitor monetam haud probam, verum injustam improbamque, nec in Imperio unquam acceptam, usquamve in eo publica constantique æstimatione usitatam acceperit. Quapropter eorum omnium Doctorum (quorum aliquot noviter refert ac sequitur Franciscus de Crucifissi in allegationib. super variatione valoris monetar. pag. 9. Et 10.) traditio, qui contra communiorum sententiam, non tempus contractus, sed solutionis inspiciendum censent, quique putant, debere cogi debitorem tot solvere florenos, quot accepit, idque in monetâ tempore solutionis corrente, ad præsentem facti speciem non ita pertinere ac si in ea proponeretur, summam florenorum aliquam, monetâ probâ, ac juxta æstimationem tempore contracti mutui constanter obtinentem, numeratam esse; hujus verò valorem lento temporis gressu sensimque mutatum, tempore demùm solutionis majorem minoremve esse. De quâ re plura Auctor in prædicto consilio siue quest. 2. D. Hilleri responsio annexâ.

Enimverò hæc sententia, quod semper & indifferenter tempus contractus, eaque moneta, quæ tunc fuit, vel alia in parili bonitate debeat reddi, naturali æquitati, contractusque mutui nature multo similior est, ut ex decidendi rationibus apparet. Etenim stante illâ, non plus vel minus recipit creditor; nec aliud, quàm accepit, debitor reddit; maximè cum vox florenus (guilder) non pro certo aliquo nummo, verum potius mensura varissimissimi judicii, gnarissimisque naturalis & Christianæ æquatis, Ludovic. Molina in tr. de just. Et jur. tom. 2. disp. 312. num. 7. his formalibus verbis scribit:

si ex mutuo, aut ex quocunque alio contractu vel titulo debitis sit modus tritici, & postea mensura variantur, sive quoad incrementum, sive quoad detrimentum, solvendus est modus tritici illius quantitatis, cujus erat, antequam mensura acciperet variationem. Quoniam nec major, nec minor quantitas, quæ quæ ante eam variationem debebatur, solvi debet. Ita pariter magis monetæ quantitas & qualitas, quæ florenum facit, quam ipse florenus, tantquam mensura, quæ quasi pecunia mensuratur, inspicitur debet. Et quoniam Dnus debitor, ut sæpius dictum est, non probat, nec ex constanti valore æstimationem monetæ acceperit, ita nec eam potuit ullo modo impendere utiliter vel excurrere, quod quidem supra ex notoria experientia jam evictum est. Notanter vero semi-sexbatzen nulloquam in summam adeo ingentem, citra maximum damnum numerari potuerunt. Accedit quod, etsi creditor probare possit, debitorem ex ista improba vel nimis æstimatione, quam accepit monetam, majorem vel æqualem utilitatem percipere potuisse, ac si monetam minorem vel tempore solutionis usitato pretio acceperit: Tamen aliena hæc sunt a natura contractus mutui, qui & stricti juris est, nec istis rationibus conuenitur: in mutuo namque hoc tantum venit attendendum, quid quantumque sit id quod datum numeratumque est: tantum porro, nec amplius quicquam, meliusve, nec minus pejusve esse restituendum. Atque, si iudici ad illa priora attendendum potius esset, sique ex iis decidere deberet: sequeretur, non esse respiciendum quid datum sit (quod tamen expresse iura volunt) verum quid debitor ex re credita perceperit nec ne: unde porro hoc absolum consequeretur, nihil creditori ex causa mutui pecuniæ deberi, ubi nihil utilitatis debitor ex ea perceperit. Intellectus autem vel interpretatio ea, quæ non est apta rei, & absurda, secum adfert, admitti non debet. Simon de præf. de interpretat. vol. lib. 1. solut. 1. Autor. de consilii sive questionis secunde, D. Hueri consilio adjecta.

mentantur Henning Gœden, in cons. de censib. n. 5. & Ant. Tess. decis. pedemont. 174. n. 2. quem sequitur Aleman. supra d. consult. 8. quæst. princ. secund. in 6. & 9. decid. rat. p. 607. & seq. 611. & 614. Etenim quocumque tempore mutuum celebratum est: id quod datum, in eadem quantitate, qualitate & bonitate, & neque plus, neque minus quam revera datum fuit, restitui debet, etiam si expresse fuerit conventum, ut plus esset in obligatione: quod supra aliquoties tactum fuit. Et alia etiam ratio est in eo, qui vinum mutuo dat eam conditione: ut recipiat, quod collectum fuerit proximè futuro autumno; etiam si optimum, vel admodum generosum foret. Id enim procedit, si mutuum dedit bonum vinum, non aqua dilutum, vel aliter corruptum: & quod saltem (ut vulgò loqui solemus) Kauffmans Gut ist. Hic verò dominus debitor monetam ac cepit ere infectam, & legibus Imperii, improbatam æstimationem.

Secunda quæstio.

Secunda quæstio ex resolutione primæ spontè deciditur, ac circa eam unum tantum habemus movendum; nempe ut Dnus debitor intentionem suam, nummos Seminis æstimationes ad justam normam in monetam hannanæ redigendi, creditoribus, sine mora, scripto vel oretenus diserte significari curet, adhibita utique solenni protestatione: Se ultra id diutius obligari nolle, seque eam proportionem in usuris & sorte solvendi sequi velle. Quæ protestatio sive jam in præsentia Creditorum sive coram Notario & testibus facta, & creditoribus postea insinuata, Dn. Debitorem satis securum reddere videtur. Sicuti id etiam, in casu exceptionis non numeratæ pecuniæ fieri solet, per text. in l. si intra, 8. vers. si autem quæstus cum vers. seq. & ibi gloss. ac Dd. in verbo, Querimoniam. C. de non num. pec. Et in eod. tit. in l. in contractibus. 14. §. in omni 4. Imp. Justinianus inter cætera ait: cui competit querela vel exceptio numeratæ pecuniæ, ei licere denunciationibus scripto missis querelam non numeratæ pecuniæ manifestare ei, qui numerasse eam, vel alias res dedisse in instrumento scriptus est: eoque modo istud remedium vel exceptionem ex temporali perpetuam reddi.

Tertia quæstio.

Quoad 3. quæstionem, in qua dubitatur, an creditores, qui Barchinenses, Ambergenenses, vel alios dederint viroses sexbatzenis adversus constitutiones Imperii cufos, ac merito ubique locorum prohibitos, nunc teneantur, vel reprobam istam monetam in solutum accipere, vel nominum ex ea causa fictorum nullitatem pati? Nos sane ratio juris & æquitatis, uti ea ad primam quæstionem passim est exposta, impellit ad concludendum; quod creditoribus, bonâ quidem pecuniâ, habito tamen respectu extrinsecæ bonitatis istius jam reprobatæ monetæ, sic solvendum: ita Sc. ut eundem tempore mutui contracti, in haleram octo doreni vilibus istis sexbatzenis communiter dati sint, nunc in octo florenos unus thalerus restituatur, nec eis quicquam amplius petere liceat.

Nec enim in hac decisione quicquam æquitati ullatenus adversatur; siquidem creditores pecuniam ei bonitate quâ tempore sui contractus mutui accipiant: debitor autem id ipsum, tantumque, quod quantumque utile perceperit, restituit. Quomodo enim, quando antiqua moneta est in totum reprobata, ob illius deteriorationem quidam velint, debitorem omnino liberatum esse ab obligatione quasi per interitum speciei, per l. quod te, §. ff. de reb. cred. si cert. per. & in l. minorum 3. C. in quib. caus. in integr. restitutio necess. non est. Loudenf. in tractat. de monet. n. 14. Imol. in c. quinto.

286 Tamen aliena hæc sunt a natura contractus mutui, qui & stricti juris est, nec istis rationibus conuenitur: in mutuo namque hoc tantum venit attendendum, quid quantumque sit id quod datum numeratumque est: tantum porro, nec amplius quicquam, meliusve, nec minus pejusve esse restituendum. Atque, si iudici ad illa priora attendendum potius esset, sique ex iis decidere deberet: sequeretur, non esse respiciendum quid datum sit (quod tamen expresse iura volunt) verum quid debitor ex re credita perceperit nec ne: unde porro hoc absolum consequeretur, nihil creditori ex causa mutui pecuniæ deberi, ubi nihil utilitatis debitor ex ea perceperit. Intellectus autem vel interpretatio ea, quæ non est apta rei, & absurda, secum adfert, admitti non debet. Simon de præf. de interpretat. vol. lib. 1. solut. 1. Autor. de consilii sive questionis secunde, D. Hueri consilio adjecta.

288 Eadem hac ratione ruit ratio quarta quâ objicitur, dictam a Dno debitore lesionem, ab incerto eventu esse. & rem monetariam in pejus adhuc misceri potuisse: ad hoc enim respondendum oppido venit; quod ex voto communi saneque ratione intellectum speratumque fuit, perturbatam istam rei monetariæ rationem non diutius esse duraturam, aut in meliorem mutaturam, ut Sc. omnia commercia riant, & consequenter ipsa humana societas solvatur, deplorabilisque Reip. eversio sequatur. Verum enim verò, ex eo etiam cernitur Dni debitoris, ipsissimo contractus tempore apparens læsio, quod non modo pravam, verum ad tempus & per conniventionem tantum toleratam, nec usquam perpetuam, sique in effectum nullam penè monetam pecuniæve acceperit; cum nempe moneta definiatur ea, quæ perpetuam habet æstimationem l. 1. in princ. ubi omnino videndus est Goshofredus. ff. de contrab. empt. l. 3. ff. de in lit. iur. & consimilib. Et denique, quomodo quidam velint: futurum tempus non considerandum esse in læsione, propter dubium eventum: tamen Ernestus Cöpmannus consil. 53. n. 93. contrarius asserit recte: quia læsio, in re præsentis facilius evitari potest, propter scientiam. Ubi autem læsio pender ex futuro: tunc facilius decipimur, hisque incogitantè magis renunciamus.

290 Nec tandem fallimur eò quod Dnus debitor hoc sibi emergens grave damnum leverit aut scire debuerit. Namque in pari conditione fuerunt ipsi Creditores: & tunc potior & fevo abillior est causa ejus, qui certat de damno vitando. Atque ejus modi loorum quod creditores captant, usure crimen & iniquitas inest: idè quæ est iuso jure nullum. Talis namque creditor plus petere, imò in castra fœneratorum improborum concedere videtur. Et in terminis nostræ quæstionis ita argu-

num. 1. ext. de jurejur. Petr. de Bella pertica. in d. l. in minorum. 3. C. in quib. caus. in integr. restit. necessar. non est: Est tamen æquitati communique DD. sententiæ magis consentaneum; ut debitor loco reprobatae solvere debeat vel novam, ad æstimationem illius antiquæ: cum sufficiat, idem restituere in genere, & in eadem bonitate: Bar. in d. l. Paulus. quem secuti sunt Andr. de Isern. in tit. que sunt reg. in verb. monetæ. Hostiens. Joann. Andr. Abb. & Ant. de Butr. in d. cap. quanto. de jurejur. Alberic. de statut. quest. 103. pag. 1. Petr. de Anchor. in eadem. si beneficiorum. de decim. Anton. Gamma detis. Lusitan. 374. Papiens. in form. libell. action. Hypothecaria, super verb. relaxandum. num. 3. Jaf. in l. emphyteuticariis. 2. C. de jure Emphyt. n. 91. vers. si verò illius cursus sit reprobatus. Dominic. Cardinal. Tuschus tom. 5. Pract. conclus. lit. M. concl. 349. num. 50. 51. & seqq. Nicol. Bér. decis. 327. incip. hac questio sæpè evenit. num. 12. Anton. Gabr. in com. concl. tit. de solut. concl. 1. num. 4. Joann. Bologn. in l. cum quid. 3. ff. de reb. cred. si cert. pet. n. 17. Bald. in l. in dubitanti 16. C. de non num. pec. num. 6. sub fin. vers. aut est mutata propter utilitatem aliquam. Tirac. de retract. lignag. §. 1. gloss. 18. verb. je crois que la chose. num. 29. & de retract. convent. §. 4. gloss. 2. n. 2. sub fin.

Quæstio quarta.

- 296 Quandoquidem ad quæstionem primam sufficienter est expositum, Dn. debitorem, non ultra id quod accepit, esse obligatum; idque thaleris singulis in octo florenos, ducaibus verò aureisque juxta valorem ingentem quo dati sunt æstimatis, restitui jure posse: Indè fluit sponte, a Dn. debitore usuras, nonobstante valoris diminutione, non nisi juxta ingentem istum valorem esse præstandas. Usura enim & annus etiam reditus nihil aliud sunt, quàm accessio ad sortem sive quantitatem principalem, per leges & auctoritates, quas adducit Borcholt. in tr. de usur. cap. 1. num. 24. & cap. 2. num. 6. Petr. Frid. Mindam. consult. Saxon. lib. 1. quest. 8. num. 49. Atqui indubitatum est: accessorium sequi naturam sui principalis, c. accessorium. 42. de R. l. in 6. & ibid. Dyn. Idemque juris est in accessorio, quod habet principale. l. & per jurandum. 13. §. si fidejussori. 7. ff. de acceptil. etiam si accessorium sit dignius, quàm principale. Rom. cons. 330. num. 13. in fin. & ibid. apostill. in verb. digna.
- 299 Accedit, quòd à primordio tituli, h. e. contractus, posterior debeat formari eventus: & qualia sunt principia, talia censeantur principata, & è contrà Fernand. Vasquius lib. 1. contr. illustr. cap. 47. num. 10. Auctor. consilii sive quæstionis tertie, D. Wolfgangi Hilleri responso subjecta: ubi hanc quæstionem pluribus profertur.

Quæstio quinta.

- 300 Hæc etiam quæstio ex resolutione primæ definitur; in hac quippe demonstratum sit, Dno debitori non obesse clausulam, de qua in hac quæstione quinta mentio est: istam enim clausulam, si ea pro creditorum intentione intelligatur, lucrum parare fœneratorium, adeoque esse ipso jure nullam.

Quæstio sexta & ultima.

- 301 Quoad hanc quæstionem, nùm debitor, facta jam monente depretiatione, probos nummos parvi æstimator, pendere in usuris teneatur. De ea, quamquam varis militent dubitandi rationes, ob quas concludendum esse videatur, usuras etiam, quantum dies ante devaluationem venit, nec exactas, proba monetæ esse solvendas; quippe cum per l. creditor. 102. ff. de solut. mora creditoris in non accipiendo pecuniam, si interim moneta depretietur, creditori non exigenti nocere haud

videatur: præsertim, si depositio & obsignatio non intervenerit ex parte debitoris: Quia tamen nullo habito respectu devaluationis seu depretiationis monetæ, nummi in sortem usurasque ea quæ dati sunt bonitate ac æstimatione sunt præstandi (quod in prima quæstione, sufficienter ut speramus, demonstratum est) ita tollitur omnis dubitatio, atque iterum concludendum tandem venit: Creditores, quoad sortem & usuras, teneri bonam quidem monetam, eo tamen grandi precio quo ea data est, oblatam, in solutum accipere; atque etiam prohibitos sexbatzenos in eadem proportionem, nummis quidem usitatis ac legitimis, esse restituendos, thalero Sc: quovis in octo florenos impurato, prout id antea exaquabatur: nec posse creditores notam usurariæ pravitatis, si plus contendant, effugere.

Quemadmodum supra scriptum & decisum est: ita Nos Decanus & Doctores Facultatis Juridicæ, in inclytâ Aca-
demiâ Tubingensi, secundùm ea, quæ nobis in præmissis facti specie proposita fuere (solâ veritate & justitiâ præ oculis habitâ) unanimiter sentimus, consulimus & Juris esse respondemus: salvo tamen semper cujusque rectius meliusque sentientis judicio. In quorum omnium fidem consuetum Facultatis nostræ sigillum huic Responso appendi curavimus. Actum in Consilio nostro, duodecimo die Junii, Anno salutis humanæ, supra millesimum, sexcentessimum, vigesimo tertio.

Tertium Consilium à Magnifico Collegio Facultatis Juridicæ Tubing. super re nummaria conscriptum, mense Junio, Anno 1623.

Casus seu facti species.

Julius Titius, cui Sultzbachii domicilium, die 1. Nov. an. 1617. Mœvio civi ac mercatori Norimbergensi 13000. florenorum Norimbergæ, in annos quatuor, mutua credidit: nummi aurei (goldsgulden) omnes erant, singuli in florenos duos; usuræ dictæ in singulos annos viciesimæ, ut ferunt hac de re confecta instrumenta; cautum porro est de pecunia nummis ex bessel legitimo (guter marks wehrung) restituenda Norimbergæ. Interea autem, ante anni ultimi terminum, diem sc. Novemb. 1. an. 1621. moritur Mævius; rogant per institorem heredes creditorem, velit eo modo quo scriptum est, creditum in annum prorogari, ad diem sc. 1. Novemb. an. 1622. idque obtinent. Die autem 20. Decemb. 1621. anni, valor nummorum certus Norimbergæ publicè dicitur decreto eam in rem promulgato, quo quidem Statuitur, ne proximè futuro Trinitatis termino, die nim. Junii 16. an 1622. civis quis vel inquilinus, ea in urbe nummos aliter ac juxta præfinitum valorem, det in solutum vel accipiat: atque notanter thalerus dicitur in tres florenos 15. cr. pendendus. Speciatum verò tollitur debitori cuilibet facultas solutionem, ante dictum Trinitatis terminum, futuram denunciandi in fraudem creditoris, ne sc. ei qui probam dedit monetam mutuatam, damnum emergat præter id quod jam passus est; de quo plenius in adjuncto N. 1. Quo facto, institor Mævianus Sultzbachium petit mandato heredum die 9. febr. 1622., creditori narrat hoc mercimonium vendere velle quo res alienum solvatur, videat proin, an nummos Sexbatzenos aut Imperiales (reichsthaler) singulos quidem in 8. florenos accipere in solutum velit, quoad sortem & usuras. Silenti autem de eo creditori, alio die institor amicitiam impensè simulat, verbisque ad veritatem compositis alloquitur rursus, de decreto autem verbum nullum, sit itaque, ut creditor de damno minime cogitans, & florenorum magis numerum quàm valorem respiciens, thaleros juxta æstimationem

æstimationem octo florenorum, mille, sexcentos & viginti in 13000. florenorum, quasi ex besse (ligam dicunt) legitimo, (*guter marck währung*) norimbergæ, in solum accipi voluerit, retrotraditis instrumentis obligatoriis; data insuper apochâ, quam ad præscriptum ipsius intitoris scripsit die 21. febr. Postquam verò die 2. aprilis rescivit decretum, & certior factus est solutionem ejusdam summæ ad præscriptum istius decreti, die Trinitatis, a se faciendam esse; ita animadvertit se maximo damni periculo circumdatum: quapropter die aprilis 3. ad Mævianos heredes scribit, se enormissimè læsum esse, pecuniam vinculis nondum solutam recipiant, solutionem in diem novemb. 1. an. 1622. differant: repulsam fert; de ea re ad judicium provocatur.

304 Ista igitur summa 13000. florenorum, quia tempore contractûs, ratione bonitatis intrinsecæ, in 8666. thaleros, adeoque, (si thalerus octo florenis æstimetur) facile in florenos 69328. dari potuit, atque in eam thaleri tantum 1615. seu floreni 13000. à debitoribus numerati sunt, ita nec solida restituta fuit, defunctque thaleri 7041. aut floreni viliiores 56328. quod sanè creditori nihil nisi enormissimam læsionem, vel etiam dolum manifestum arguit; maxime cum jam animadvertatur, Mævianos, cum à tertiâ personâ nomine creditoris tradente, aureos singulos in duos saltem florenos acceperunt, tamen usque finxisse quasi aureus sibi in 4. cruciferos, supra florenos duos, datus esset; quod quidem callidum mendacium, animumque fraudandi, quoad 833. flor. prodit.

Quæritur autem de jure. Primò an in præsentis facti specie, extensioni remediî L. 2. C. rescinden. vend. locus sit?

Secundò, si ea ratione res expediri nequeat, an possit creditor ad dictum decretum, ratione loci, in quo debitum est contractum, non secus ac civis vel incola Norimbergensis, à tempore scienciæ, confugere; Mævianorum hæredum calliditatem accusare; actione de dolo creditum instaurare, vel ad minimum tantundem sibi restitui, quantum accepisset, si ex tenore decreti dicta summa 13000. fl. die 1. Novemb. anno 1622. restituta esset, judicis sententia obtinere?

Christo Duce, & Auspice Christo.

Nos decanus ceterique DD. juridicæ facultatis Aca-
demix Tubingenis, rogati ut par est; sententiam nostram a partium studio liberam aperire, circa propositam facti speciem & quæstiones adjectas duas, (quas quidem ambas uno argumento decidi posse arbitramur) rationumque decidendi & dubitandi præcipuas scripto consignare: Hoc quidem, pro ratione officii præstandum, haudquaquam declinantes, omnia quibus quæstio factumque continentur maturè in confesso collegii ponderavimus: atque visum nobis est, quod primâ facie creditori nunc consulenti, quædam vehementer obsint, quibus via istius manifesti quidem & ab æquitate planè alieni damni sublevandi, fere præclusa videatur.

RATIONES DUBITANDI.

305 Nam primò, creditor non modo nummis accepit ingenti pretio æstimated debitam sibi pecuniam; verum etiam instrumentum obligatorium tradidit, confessusque est propria manu scriptâ sigilloque munitâ apochâ intitori traditâ, se debitam sibi 13000. flore-

Harppecht ad Institut. Tom. III.

306 norum sortem usurasque paratâ pecuniâ, sine ullo defectu ullave deminutione accepisse; sibi satisfactum planè esse; debitores immunes proin ac liberos dicens, promittensque se nihil unquam eo nomine petiturum esse; sine fraude &c. Quibus verbis admodum emphaticis vis inest singularis: Sed & est jure ita provisum, ut si solvatur id, quod debetur, vel aliud loco illius, consentiente creditore; omnis tollatur obligatio; tam rei principalis, quàm fidejussoris, *Angel. post text. in princip. Institution. quibus mod. tol. obligatio.* Indeque correi debendi, in solidum obligati, uno solvente, omnes liberantur. §. ex hujusmodi. 1. *Institut. de duob. reis stipulandi, &c. l. 2. & 3. §. 1. ff. de duob. reis constituend.* Estque solutio probata, quando debitor instrumentum debiti penes se habet cancellatum. Debitum enim eo ipso præsumitur fuisse solutum: habetque debitor exinde exceptionem taciti pacti: nisi creditor possit contrarium edocere. *l. si chirographum. 24. ff. de probationibus. l. Laben. 2. ff. de pact. l. pecunie. 14. & l. seq. C. de solutionib. & liberationib. c. penult. ext. ut lite pendente, &c. Andr. Gail. lib. 2. observ. 87.* Ac cum confessio solutionis (nos vulgò Quittung vocitamus) nec præstetur, neque debeat, nisi omnibus persolutis, *l. dissoluta 2. C. de conditione ex lege, &c.* id circo postquam ea facta ac red-
307 dita fuit, intelligitur super rationibus conclusum, solutum ac transactum; ideoque est acquiescendum, *l. unic. ubi Dd. C. de errore calculi, licet postea plus deberi comperiatur. Wesenbec. consil. 3. num. 6. & consil. 47. num. 42.* Quoddam Quietatio data debitori, per triginta dies inducat veram solutionis probationem, textus est, *in l. in contractibus. 14. §. super cateris. 1. C. de non num. pecun. & tunc amplius exceptio non soluti haud competit creditori. Laufranc. de Orian. in sua praxi. cap. de confession. num. 22.*

309 Secundò; etsi creditor possit objicere, a se datam quidem esse apocham, aut pecuniam sibi eandem non esse restitutam quam dederat, & sibi restitui justum erat: Tamen creditori valdè obest, quod pecuniam ad certum florenorum numerum redegit, quodque in eam tot accepit florenos quot numerati erant. Quod autem nummos justo majori pretio accepit, id facilitati suæ imputandum habet. Et ita id, quod semel ei placuit, amplius eidem duplicare non potest: ac multa, quæ prohiberi, vel recusari potuissent, jam facta, vel acceptata valent, & rescindi non possunt: præsertim ne lites multiplicentur: rerumque ac factorum aliqua tandem certitudo esset. Ea propter Senatus inelytæ Norimbergæ, die 13. maii anno 22. sapienter statuit, uti pecunia usuraria restituenda dicta vel in solum numerata, ita servandum esse. Quod quidem communi DD. sententiæ consentaneum videtur. Ac in hunc sensum allegari posset decisio Antonii Fabri in *Cod. tit. de solut. defin. 25.* ubi dicit: quod damnatio totius debiti, salvâ imputatione soluti, non restituat obligationem augmenti monetæ pro parte, quæ in executione judicati soluta invenitur. Et placuit communiter quoque non tam eum valorem inspicere debere, qui edicto constitutus est, quàm qui communi hominum usu & commercio frequentatur. *Faber dicto tit. definit. 11.* Parum enim est, legem esse, si ea non observetur, & in desuetudinem abeat. *l. de quibus. 32. in fin. ibique Dd. ff. de legib.*

RATIONES DECIDENDI.

Quicquid verò moveant ista omnia, aliave quæ huc objici queant: tamen sententiâ nostrâ diserte tandem declarandâ, Christianæ naturalique æquitati

consentanea, verius est, Debitorem eam quam præ-
tendit solutione haudquaquam se tueri posse: id enim
creditorum jure adhuc petere posse quod ei jure de-
bitum existat. Licet quippe solutio naturalis & verus
modus sit tollendæ obligationis. *l. penult. ff. de solut.*
attamen solutio, quæ obligationem tollat, talis esse
debet, ut solvatur id, quod debetur, *initio tit. l. i. ff. de
quib. mod. tollit. obligat.* & uti creditor non debet
dammum habere ex mutuo: ita debitor non debet
lucrum sentire ex solutione facta; sed ille id ipsum
præcisè consequi, quod revera exposuit, hic, quod
accepit. *l. Paulus. 99. ff. de solutionib. l. cum quid. 3. Et
ibi notat. ff. de reb. credit. & aliud est solvere: aliud,
solutum confiteri, gloss. Et Bartol. in l. spadonem. 15. §.
ratiocinatio. 7. ff. de excusationib. tutor.*

212 Igitur duobus argumentis totum hoc vertitur,
quorum prius est: an creditor minus, quam jure
petere potuit, acceperit. Alterum: si evincatur cre-
ditori multò minus quam debebatur, restitutum esse,
eumque eo pacto, in solutione, gravi damno læsum
esse; an is, sive mediante beneficio *l. 2. C. de rescind.
vend. summi* recuperare, sive æquissimi illius Edicti,
si qua alia mihi iusta causa, generali sententiâ se tueri,
sive adversus istam clausulam scitè cautèque vallatam
& ad dictata aliena, conceptam scriptamque apo-
cham, restitui, atque ita, quod sibi adhuc debitum
est nunc petere queat?

313 Igitur quoad primum, nulli sanè dubitamus, cre-
ditorem, eam quæ contigit solutione, enormissimè læsum
esse; cum aliàs in facto certum sit, eum ista 13000.
florenorum in 6500. aureorum (*goldsgulden*) mutua
dedisse, ac in eam pecuniam mille tantum supra sex-
centos & viginti quinque thaleros recepisse: quo qui-
dem adeo enormis tamque manifesta læsio apparet,
ut ipse adversarius, vel leviter admonitus, animo com-
moveri queat, ne creditorem tanto maclari damno pa-
tiatur, ne alienâ miseriâ grande infandumque lucrum
capiet, verum ad liberandam conscientiam, turpe istud
compendium sponè nec requisitus omittat: cum pec-
catum non remittatur, nisi restituatur ablatum. *can.
1. caus. 14. quest. 6. ubi in hunc sensum referuntur
verba B. Augustini: si nempe restitui potest. Quia si-
cut auferre alienum, peccatum est mortale: ita & de-
tinere alienum. Hancque restitutionem requiri ante
omnem poenitentiam pariem, Juris quoque canonici
Doctores scribunt. Francisc. de Platea in tract. de resti-
tut. in princ. Atque ut tenens adulteram non est poe-
nitentiæ capax, sed irrisor: ita & detinens alienum
voluntate simul & facto. Summa astensis lib. 5. t. 19.
dicens, quod restitutio est de necessitate salutis: quia
est actus iustitiæ commutativæ, ad quam observandam
omnes sunt obstricti.*

316 Quam hæc autem hæc læsio injustumque lucrum
pateat, apertum ex eo est, quod constat; creditori;
qui monetam dans probam, in imperio publicè usita-
tam acceptamque, debitori subvenerat, eamque in
huius utilitatem bonumque numeraverat, non dici
posse solutionem à debitore legitime fieri, si hic monetam
nunc pretio auctam in solutum numeret: quippe in
mutuo pro formâ & requisito necessario habeatur; ut
nummi crediti in eadem bonitate, quâ dati sunt, resti-
tuantur, *l. cum quid. 3. ff. de reb. cred. si cert. pet.
princip. tit. l. i. ff. de quib. mod. re contrah. obl.* Et etiam
proprietas mutui est, ut idem & tantundem reddend-
um sit, quantum datum fuit. *l. mutuum damus 2. in
princ. Et d. l. cum quid. 3. in fin. ff. de reb. credit. Et c.*

317 Dedit autem hic creditor aureos pretio æquissimo;
debitores verò lucrum ingens procul dubio percipere

indè, aut percipere possant. Contrà, accepit credi-
tor in solutum thaleros tanto pretio, quanto expen-
di vel dari utiliter nusquam queant: ista enim valoris
intensio Reecessibus Imperii omnibus adversa, nec le-
ge perpetua ullibi est probata, aut solum modò per
conventionem ad tempus tolerata; Nec adeoque pos-
sunt isti nimio pretio habiti nummi, id ullo modo
æquare, quod ex valore seu bese Norimbergensi, in
obligationem deductum promissumque est: quippe pe-
cunia perpetuam debeat habere æstimationem: & ea
quæ ad tempus tantummodo recepta vel approbata est,
pro moneta publicè civiliterque proba haberi nequeat.
Tolerantia enim ex prohibitis non facit licita: ac proin-
de in iudicium deducta, non sustinetur. *Cravett. con-
sil. 86. n. 7.* Insuper tolerantia talis ad contractus præ-
teritos, quique temporis successivum tractum habent,
porrigi haud debet: sed solum necessitate ita urgente,
ad momentaneos (ut ita dicamus) contractus, qui
indies celebrantur, continuèque perficiuntur, spectat.
Et quod item tolerantia non plus, quàm legi tribue-
re debeamus; hæcque præterita neutiquam includat,
evincent tradita Gailii lib. 2. observ. 9. sub n. 3. & Ant.
Fabri in tr. de var. n. debitor. sol. c. 4. post medium.
Ita porro est in hoc casu: multa per patientiam tole-
rantur; quæ si deducta fuerint in iudicium, exigente
Iustitiâ, non debent tolerari. *c. cum jam dudum. 18.
ext. de præbendis.*

Juris indubitati etiam est, solutionem eam monetâ
fieri oportere quâ creditor nullum damnum sentiat; ma-
ximè cum debitor magnum manifestumque lucrum
captare videtur. Est autem in aperto, quod, in nego-
tiatione ampia (qualem, haud dubiè, gerunt debitores)
ista monetæ intensio non attendatur, aut omnia ad
thalerum ejusque valorem pristinum exigantur & ven-
dantur. Crescente etenim nummorum valore, statim
rerum pretia cresunt. Quapropter, cum debitores
seu pater eorum, istis sibi creditis 6500. thaleris, eam
mercium copiam comparaverint, quibus comparandis
nunc, si thalerus stet octo florenis, vix sexaginta
millia florenorum sufficiant. Hinc æquitatis jurisque
explorati rationi consentaneum facile sequitur; non
posse creditorem, tantum cum percipiatur lucrum, tre-
decim millibus vilium florenorum dimitti. Etenim ne-
mini officium seu beneficium suum damnosum debet
esse. *l. sed si quis 7. ff. testamenta quemadmodum. aperiunt.*
& nemo ab altero petere debet, ut cum suo detri-
mento sibi faciat benignè: sed potius qui beneficio
mutui est affectus, ad remunerandum, non ad one-
randum, naturaliter est obligatus. *l. sed etsi. 26. §.
consultus. 11. ff. de petis. hered. Donell. ad d. l. 3. n. 5.
ff. de reb. credit. Et c.* Et quid, quæso, tam hominem
deceat, quàm pro beneficiis gratiam habere, & referre
studere? præsertim cum natura ipsa nos ad gratitu-
dinem invitet; & bestiaæ suo exemplo eandem nobis
commendet? Ac porro etiam jure civili hi, qui de
damno vitando certant, favorabiliores sunt illis, qui
solum de lucro captando contendunt. *l. nemo prædo.
126. in fine ff. de reg. jur. Corbman. vol. 2. resp. 78.
num. 36. Et vol. consil. 95. num. 29. Pansschman.
question. pract. part. 2. quest. 21. n. 158.* Naturâ
namque æquum est: neminem cum alterius detri-
mento & injuriâ fieri locupletiores. *c. non debet. 22.
Et locupletari. 48. de reg. jur. in 6. Corbman. d. vol.
2. consil. 21. num. 192. Et duob. seqq. Hartman. Pi-
lor. lib. 2. question. 43. num. 8.* Et detrahare ali-
quid alteri; & hominem hominis incommodo suum
augere lucrum, magis contra naturam esse censetur,
quàm mors, quàm paupertas, quàm dolor, &c. aucto-
re Cicerone.

Quo autem ad speciem præsentis facti propius 325
1000.

accedamus; ex æquo sanè jureque, nemine ferè contradicente, tenendum est: quòd, si monetæ probæ extrinsecus sive impositus valor, vel non auctoritate publicâ, vel ob minutoris monetæ intrinsecæ bonitatis deteriorationem fuerit auctus: tunc ea solvenda sit in illa æstimatione, quæ fuit tempore contractûs. Quod bene docet Albertus Brunus de augment. & diminut. monet. part. 6. ubi sic scribit: Equidem illam monetam, quæ in bonitate intrinsecâ mutata fuit, quod attinet: certum est, quod eâ non rectè fiat solutio: cum non liceat de deteriore monetâ in bonitate intrinseca solvere. Sed majus dubium est: an debitor possit solvere de antiqua moneta currente tempore contractûs, quæ nunc autem plus valet computatione institutâ ad valorem, qui nunc currit? Nego: sed inspicendum est tempus contractûs: idque idè; quia valor antiqua monetæ non mutata in bonitate intrinseca auctus fuit propter deteriorationem minoris monetæ magis ærore, seu magis ære contaminata: cum deterioratio minoris pecunie sit causa augendi valorem extrinsecum majoris pecunie, vel melioris. Et sic per consequens subest mutatio in bonitate intrinseca: quo casu attenditur tempus contractûs. Hactenus Albertus Brunus: qui etiam subiicit se ita consuluisse & obviavisse. Idem quoque evincit Renier. Budel. de re monet. lib. 2. cap. 2. num. 27. Ac si minuta moneta, tempore solutionis æquè bona in ligâ seu ratione intrinseci valoris non est, ut antiqua, ad quam taxatio facta est, aut grossæ valor extrinsecus ob hujus minoris depravationem crevit: tunc & dissentientes in hoc conveniunt; quòd æstimatio illa taxata sit solvenda, vel in monetis currentibus tempore contractûs, vel in eâ, quæ tempore solutionis est, ad rationem tamen valoris, qui tempore contractûs erat. Barth. Socin. confil. 298. lib. 2. Alciat. confil. 155. & confil. 587. Gratius confil. 12. & seq. Surd. confil. 268. & confil. 392. n. 13. Gratian. discept. forens. cap. 51. num. 20. & Bertazo tract. clausul. 30. glos. 9. num. 21. Quoad & tradit Sixtinus, de regalibus. libr. 2. cap. 7. num. 155. vers. adde, &c. Et porro comunius concludunt: in dubio videri grossam monetam in valore extrinseco auctam: quia minor moneta magis indies ærorior fit. Ita docet Gratius d. confil. 12. num. 53. & confil. 13. num. 39. ubi hanc præsumptionem elicit à communiter accidentibus: & ait, solita haberi pro probatis, Cephal. confil. 37. n. 10. Menoch. confil. 49. n. 3. Surd. confil. 438. alique per eos citati.

dit Faber. d. tractat. de var. num. debitor. solut. cap. 12. in med. & cap. 21. in med. ubi quoque ait: bonitatem florenorum metiendam esse ex bonitate specierum, ex quibus conficiuntur; ac si florenorum species aliqua esset conflata ex 12. solidorum bonitate intrinsecâ. Atque ad jam dicta respexit etiam Molinaus in tract. de usur. num. 749. dum scribit: Si pecunia in genere abstractio debeatur; attendi & exigi juxta communem sententiam, intrinsecam bonitatem temporis contractûs. Sed & Cameram Imperialem (quæ juris veritatem æquitatemque, non cerebrinam, sed verâ juris analogiâ subnixam, semper sectatur) secundum hanc opinionem in occurrentibus casibus judicare, diversa edocent præjudicia, quæ & in terminis imaginariæ monetæ versantur. Atque plura ex tomis sententiarum Cameral. Bartii collegit Andreas Knichen in Comment. de Sax. non provoc. jur. cap. 5. num. 595. Quibus accedunt recentiora: quæ omnibus, qui Spiræ praxi Camerali operam dant, notissima existunt: & indies ferè mandata de solvendo, in eum sensum decernuntur. Et si porro quis in eum valorem consenserit, seque obligari scitulerit, qui tempore solutionis in usu erit: tamen ea est clausula ad hanc insolitam & injustam, nullibi approbatam, ac præter omnium opinionem exortam depravationem, ac consequenter inde causatam auctorem monetæ, haudquaquam extendenda. Nec enim verba contractûs ad incogitata, qualia sunt exorbitantes monetarum depravationes & mutationes, atque ex iis apparenter subsequens immentum augmentum, trahi debent. Calcan. confil. 15. num. 16. Purpurat. confil. 522. Post Guidonem Papæ, Socinum, Pinelium, & Solum: Surdus confil. 454. num. 17. Quare contrahentes periculo mutationis gravioris, aut futuro damno non præsumuntur se subjecisse. Rub. confil. 17. Surd. confil. 406. n. 3. præsertim hoc rerum stricto considerato, ubi ea ratione credita ad nihilum penè reducerentur. Nam suum remittere, jactare aut donare nemo præsumitur. l. cum de indebito. 25. ff. de probationibus. In hac igitur clausula, verba (in valore, qui tempore solutionis usualis erit) intelligenda sunt de valore extrinseco, qui suis constat legitimis requiritis (ubi nimirum ille valor non nimium injustus, ac etiam perpetuus, non temporalis tantum est) cum quolibet locutio in suo proprio significato sit accipienda. l. quicquid astringende. 99. ff. de verbor. obligat. & ut non includat publicis legibus adversantia, Surd. confil. 182. num. 3. & seq.

327 Deinde, cû si florenus consideratus solummodo, ut est imaginaria pecunia, propriè non recipiat intrinsecam vel extrinsecam bonitatem: respectu tamen ejus, per quod constituitur, verè ita considerari, dicique potest: ut bonitas, quæ de partibus prædicatur, etiam de toto; quæ de integritatibus; etiam de integrato; quæ de constituentibus, etiam de constituto enunciatur. Sicque cum usualibus florenis, in contractum deductis addi plerumque soleat, tantum vel totidem florenos, quorum singuli in 15. bacios seu 60. crucigeros numerentur. &c. certè ad eosdem bacios vel crucigeros respici videtur. Habere autem crucigeros, bacios certam ac determinatam bonitatem manifestum est ex monetario edict. de Anno 1459. §. (zum siebenden, &c. Cum itaque is, qui florenum imaginarium debet, rectè dicatur debitor 60. crucigerorum, seu 15. baciolorum; sic eodem modo ac si in obligatione solum positum esset; tot vel tot crucigeros, quot floreni resoluti constituunt, deberi: illi secundum bonitatem intrinsecam temporis contractûs sunt præstandi, uti rectè argumentatur Surdus confil. 368. num. 11. vers. 4. Atque eâ ratione. & in consequentiam mutationem bonitatis intrinsecæ vel extrinsecæ etiam in genericâ pecuniâ plurimi constituunt Doctores, Alciat. confil. 155. Socinus confil. 321. vol. 3. Capra confil. 29. Calcan. confil. 14. Rubens confil. 17. alique à Surdo d. confil. 368. ut & confil. 406. num. 7. & 8. ac quoque confil. 220. num. 15. laudati: contrariamque considerationem esse solum verbum, non substantialem; tra-

Tertiò, thalerum in octo florenos imputatum nunquam ex ligâ seu valore Norimbergenli legitimo fuisse, apertè docet decretum a Sapiente Senatu die 29. maii 1621. datum: in quo nimirum legitur, istam in dies gliscentem corporalem quos grossos dicunt florenorum (groschen gulden) nummorumque argenteorum auctorem, à Sapienti Senatu, utpote Imperii constitutionibus adversam, nunquam probatam fuisse; imò ei obices ut ponerentur, nihil reliquum esse factum. Hoc ipsum in decreto, quod die 20. Sept. ejusdem anni prodit, latius exponitur. Ille ergo abusus vim consuetudinis seu usus obtinentis habere nequit. Namque ad consuetudinis validitatem, præter tacitum populi consensum, etiam præscriptio seu diuturnum tempus l. diuturna 33. ff. de legib. c. ultim. in fin. ibi, & legitime sit præscripta ext. de consuetud. & actuum æqualitas ac frequentia. l. 1. C. quæ sit longa consuetud. & rationalitas insuper requiritur. d. c. ult. circa fin. ibi, nisi fuerit rationalis. ext. de consuetud. Gail. lib. 2. observ. 31. num. 1. Mynsing resp. 10. num. 32. decad. 2. nec non respons. 32. decad. 2. Ernesti Costmann. lib. 1. resp. 13. num. 15. Quæ requiritur deficiunt in hoc casu simul cuncta.

Cum igitur ex hactenus deductis liquido appareat, creditorem ea solutione seu nummorum tanto prærio habitorem acceptione, tempore statim solutionis, ultra dimidium lesum oppidò esse, imò ne quartam quidem ejus partem accepisse quod ei ex æquo justoque Christia-

no debitum erat; atque eum tam in jure communi, quam statuario (ipso incio, & paulò ante solutionem promulgato) in errorem machinatione debitorum graviter incidisse, de pecunia ista ingenti pretio accipienda: Inde sequitur, dubio procul, creditori contra acceptam illam iniquam solutionem, datamque apocham (quietantiam dicunt) ac juris quod habuit renunciationem, subvenendum; seu eum in pristinum statum inque jus, quod tempore istius solutionis habuit, restituendum esse. Quamvis enim in actu liberatorio communior sententia haud admittat remedium *l. 2. C. de resc. vendit.* verior tamen sententia est; tam ex parte debitoris, plus solventis, quam ex parte creditoris minus accipientis, quamlibet læsionem ob errorum esse emendandam: nec etiam expectari debere, an excedat dimidiam partem ejus, quod solvendum erat, *arg. l. 1. & l. 7. ff. de jur. & fact. ignorant. l. error. 7. C. cod. & utrobique Dd.* Idque etiam in terminis tradit Arius Pinelus *ad d. l. 2. part. 1. cap. 4. num. 7. & seqq. C. de rescind. vendit.* Concedenda ergo est restitutio hoc nostro in casu creditori ex clausula illa generali, vetæque salutari, si qua alia mihi iusta causa esse videbitur, *l. 1. in fin. ff. ex quib. caus. majores, &c. vigore* cuius pbcunque æquitas suggerit, & id speculiter jure prohiberetur non reperitur, Judex arbitrio suo restituere potest. *Sfort. Oddus in tract. de in integr. restitut. part. 1. quest. 8. art. 6.* Et quamvis error juris quibusdam non videatur iusta causa restitutionis. *Bartol. in l. divus. 33. n. 2. ff. de re judic. & in l. cum fideicommissum. 7. n. 2. ff. de confessis* atamen si jus esset obscurum & implicitum, & quilibet etiam peritissimus errare posset, vel saltem subsistere: tunc restitutio concedi solet. *Sfort. Oddus jam modò laudato loco.* Quoddam error juris intricati excuset, tradit Capycius *dec. 69. num. 39.* Errorque juris dubii, æquiparatur errori facti. *Curt. consil. 6. fol. 77. volum. 4. & fol. seq. col. 2.*

338 Atqui etiam apud omnes qui affectibus vacui, & ab adulatione studiove partium alieni erunt hac de re judices, ferè pro jure indubitato erit: qui probam credidit pecuniam, eum nummos pretio auctos accipere in solutum non teneri. Quoniam tamen alii alique status seu dynastæ facere ejusmodi solutiones ceperint, eamque rem juris DD. non nulli calculo suo, multis conquisitis argumentis, comprobare voluerint: facile itaque potuit creditor opinione decipi falsa, ac ita debitoribus per nuntium festinantibus, in damnosam illam solutionem ex præcipitantia, consentire. In eo verò causa est restitutionis obtinendæ damnique declinandi; præsertim, cum is, ut supra evictum est, de damno certet vitando, illi verò de lucro captando. Quo in casu ei, qui damnum passus est, haud nocet ignorantia juris. *l. error. 8. & l. regula. 9. ff. de jur. & fact. ignorant.* Idque notavit etiam Hippolytus de Marsil. in practica sua crimin. §. nunc videndum. num. 17. volens, quod in tantum ignorantia juris non noceat in damnis evitandis: ut etiam si causa esset lucrativa, quæ tamen haberet originem à causa onerosa, ea non debeat obesse, *per gloss. singul. in l. si donaturus. 9. §. fin. & ibi Bald. ff. de conditione causa data. &c.*

339 Deinde, Creditor ignorantiam, paulo antè solutionem, promulgati edicti allegare potest: siquidem, ut in casus figuratione narratur, is ex decreto Norimbergensi die 20. decemb. an 21. dato, nummos pretio vix ratione subtriplo accipere debuisset ejus quod eodem accepit: dictum notanter vix, nam nec ad tantum valorem, vigore decreti interpretativi die 13. Maii dati, tenebatur. At qui id eum oppidò latuit, ac ipsi, ut facile consilium potest, in occulto planè fuit. Forensis autem potest petere restitutionem in integrum, ex clausula illa generali, adversus statutum, quod ignoraverit. *Johan. Andr. ad rubr. ext. de consuetud. Jas. in l. quamdiu. §. in fin. C. qui admitti ad honor. possession. poss.* Quodque forensis restituatur propter ignorantiam juris municipalis

alicujus loci, si inde fuerit læsus, omnes communiter tenent. *Innocent. & alii in rubr. ext. de donat. & post eos Alexand. consil. 37. num. 23. lib. 2. Hippolyt. de Marsil. in l. fin. num. 78. ff. de jurisdict. Molin. de tractat. de usur. sub num. 747. vers. tum quia, &c. Roland. à Valle consil. 42. num. 26. lib. 3. Cephal. consil. 146. num. 39. lib. 1. Gabriel. Roman. in tit. de consuetud. conclus. 2. num. 18 Namque ignorantia, quæ etiam prudentissimos fallit, quin sit iusta causa restitutionis, non dubium est. *l. 1. §. 1. ff. de itin. actuque privat. & ibi Bartolus.* Sed talis hæcce reputatur. *cap. 1. de constitut. lib. 6.**

Cum porrò Creditor ea solutione non modo longè ultra dimidiam, & ita enormissimè læsus sit, verum etiam quinta vix ei pars restituta sit ejus quod restitui iustum fuit: ita profectò est hanc ipsam propter enormissimam læsionem, ex sæpè dictâ clausula salutari & generali, multò liberalius restituendus, Talem enim enormissimam læsionem omnia jura, eorumque Interpretes abhorrent, & nunquam non adversus eam restitutionem concedunt; *l. in contractibus. 3. ubi Dd. C. quibus ex caus. majores in integr. restituant.* Quippe ubi enormis lætio adest, ibi dolus adversarii intervenisse putatur; qui semper locum restitutioni facit. *l. si superstitie. §. C. de dolo malo. l. 2. C. de præd. minor. jacta. l. 1. C. si advers. vendit. pignor.* Et ita Dd. communiter tradunt, *Ripa consil. 4. num. 8. Nevizan. caus. 22. num. 18. usque ad finem. Maurit. in tract. de restitut. cap. 380.* qui loquitur de dolo præsumpto, resultantem ex hac enormi læsione, de qua agimus. *Mascardus, post multos alios, conclus. 532. num. 25. & seq. ibique num. 31. dicit;* hoc procedere, etiam si expressè fuerit renunciatum enormissimæ læsioni: aut (ut in nostro casu) etiam si fuisset solennis apocha data: nam tunc nihilominus agere posse, aut restitui debere ita læsum.

Hoc sanè in præsentī specie facti locum sibi eò magis vindicat, quod heic dolus non tantum reipsa, verum ex proposito sit admissus: Creditor enim callidè fuit circumventus à festinante institore debitorum, qui hoc factum vel iusserunt, vel ratum habuerunt, vel adhuc detinent id, quod ipsorum minister callidissimâ fraude extorsit; sicque se doli, à suo ministro commissi, participes fecerunt. *arg. l. si quis, cum aliter 36. ff. de verb. obligat.* Cum nimis silens institor de decreto Norimbergæ iterum promulgato, prætendensque quasi debitores mercaturam abjiceret velint, eoque pacto denunciationem solutionis antè terminum colorans, creditorem ad nummos pretio auctos accipiendos astutè moverit. Creditor enim, si decretum ei notum nec celatum ab institore esset, rem, procul dubio, curatius inspexisset, nec thalerum nisi in tres ad minimum florenos & 15. cr. accepisset. Nunc autem certi juris est: adversarii dolum & callidam machinationem iustam præbere causam in integrum restitutionis, *per textum in c. ex literis. 4. ext. de in integr. restitution. & l. Divus. 7. §. 1. ff. cod. ibique ratio ponitur,* quare non detur hoc casu actio de dolo, sed restitutio: quia scilicet illa famosa est, & non concedenda, nisi demum omnia alia remedia cessent. Ac ita sine scrupulo tenendum, ait *Sfortias Oddus d. tr. de restitutionib. part. 1. question. 12. artic. 1.* Idque procedit etiam tunc, cum dolus adversarii non in committendo, sed in omitendo duntaxat consistit. *Oddus d. quest. 11. artic. 2.* Hic autem damnandus dolus non solum ex eo intelligitur, quod institor, decretum Norimbergense, quod thalerus 3. fl. 15. cr. æstimatur, sciverit probè, idque creditorem celaverit: verum de dolo damnatio minus effugi potest, quod ille contra juris statutarii, ac notanter memorati edicti apertam prohibitionem, antè terminum, solutionem denunciaverit, seu eam in lucrum debitorum grande, creditoris verò damnum grave, anticipaverit. Jam verò nemo negare potest, dolosè agere eum, qui contra juris

juris prohibitionem aliquid agit, sibi que vel suis lucrum capiat. *Mascard. conclus. 532. n. 10. & num. 47. ac 52.* Et porro quando aliquis cum alio contrahens, tacet aliqua, quæ si expressisset, alius verisimiliter contractum non fecisset; præsumitur dolus contra talia tacentis: & tali contrahenti subveniri debet in odium tacentis; ut responsum fuit ad Alexandro, *consil. 109. viso processu inter Antonium. num. 10. & seq. lib. 4.*

347 Atqui quod decreto Norimbergenfi anno 1621. die Decemb. 20. prohibitum est, ne debitori, in fraudem creditoris, solutionem antè diem Trinitatis præstitutam, dolose denunciare liceat, neve ea in re damnum creditor sentiat; id profectò debitorum institor scivit creditorique ad captandum lucrum reticuit; creditor contra, quid decretum sit planè ignoravit, idque in casu necessitatis, ipsius juramento probari potest: cum ignorantia sit res in animo sita. *latè Mascard. conclus. 82. per totam.* Eaque ignorantia creditoris exinde etiam probabilis omnino fit: quòd aliàs suum jactasset, inconsultèque prodigisset; id quod nullo modo præsumi solet. Etenim creditor, ut primum rescivit decretum, nondum elapso mense (qui ex juris dispositione ad revocandam apocham sive quietantiam, ut *suprà in l. decidendi ratione probatum est*, dictus) intentionem suam contrariam significavit, adhibita protestatione se eà solutione quæ præstenditur, stare nolle. Rursus autem institoris dolus ex eo apparet, quod is, ut in facto narratur, amicitiam simulaverit impensè, verbis ad veritatis speciem compositis, creditorem ad thaleros, contra decretum Senatùs Norimbergici pretio præter justum triplo accipiendos, perduxerit. Nam quòd ex his persuasionibus præsumatur dolus ex proposito, respondit Proculus, in *l. cum quis. 31. & ibi Bartol. ff. de dolo & tradidit etiam Glos. 1. in l. apud Celsum. 4. ff. de doli mali, & met. except.* Ille v. hisce in casibus dicitur persuasor, qui aliquid persuadet ad sui commodum, ut docuit Bartol. in *l. non solum. 11. §. si mandator. 3. colum. 2. numero 15. ff. de injur.* Imò unica persuasio, per quam quis inducitur ad aliquid faciendum, habetur loco coactionis & compulsionis per *l. cum, qui §. C. de apostatis, & l. 1. ante finem. C. de raptu virgin.* cum multis allatis à Cravetta in *consil. 192. sub num. 12.* Ut & quando quis contra æquitatem scienter aliquid facit: tunc præsumitur in eo dolus. Ita cavit Papinianus, in *l. qui æquitate. 12. ff. de doli mali, & met. except.*

850 Hoc verò debitorum institor heic fecit contra juris statutarii prohibitionem æquitatemque ipsam, quod creditori, pro pecunià probà, thaleros tanto æstimatedos pretio obtruderit, idque tempore prohibito, quo, ex sententià decreti, solutionem nemini denunciare licuit. Prohibito autem tempore aliquid faciens, præsumitur esse in dolo, *Gratus resp. 36. num. 2. vol. 1.* Atque posset hujus institoris dolus & calliditas ex eo argui, quod tam sollicitè apocham sibi tradi curavit, formulam liberandi ipse præscripserit exquisitis vel etiam non veris clausulis conceptam, qualis ea est, creditorem pecuniam suam 13000. fl. integram accepisse, cujus quidem falsitas in propatulo est. Nunc autem insolita cautela arguit dolum, ut auctor est Baldus in *l. testamentum. 17. Cod. de testam. & consil. 57. vol. 2.* Cui accedit Gratus *resp. 53. numero 10. vol. 1.* atque Curtius Jun. *consil. 178. num. 13. part. 2.* & Bertrand. *consil. 126. num. 10. vol. 3.* Et pertinet insuper huc omnino illud, quod tam Theologi, qui casus conscientia tractant, quam etiam Jurisconsulti tradunt: si quis vendat merces suas pretio currenti, sciens, brevi alias ejusdem generis in magna copia superventuras, emptoribus id ignorantibus, cum contra justitiam peccare, atque ad restitutionem teneri, Conradus Summerhardt, eximius quondam Theologiæ in hac nostrà Academia Professor, in *tr. de contrah. quæst. 62 & 63.* quem sequitur Joannes Medina in *tr. de resur. quæst. 35.* Abundantia etenim illa brevi superventura, reverà minuit pretium: idque si sciretur,

reipsa decreveret statim pretium, antequam merces illæ supervenirent. Ergo qui sciens vendit tunc pretio currenti, vendit ultra justum pretium: atque ad eò contra justitiam peccat, restituere tenetur. Præterea quoniam communis æstimatio, tunc currentis, fundatur in errore ac ignorantia, quòd tot merces accessuræ sint: ergo pretium justum attendi non debet tunc secundum illam communem existimationem, sed secundum rei veritatem. Si itaque talis scientia facti futuri contingentis, bonam perimit fidem: quid, quæso, dicerent æquitatis christianæ studiosissimi illi Doctores de eo Ministro, qui creditorem nostrum ita circumvenit? Eandem illam quæstionem tractat quoque Ludovicus Molina, in *tr. de justis. & jur. tom. 2. disputat. 354.* ubi casum consimilem proponit, huicque nostro magis congruentem; dum nempe scribit: intervenire peccatum contra justitiam cum restituendi onere, si quis sciens conditam esse legem quæ pretium frumenti sit minuendum; aut si pecuniarum valor sit deponendus: ut in Lusitania valor æreorum nummorum superioribus annis fere in duplo lege publicà meritis fuit imminutus: & ita propter scientiam ejusmodi legis, nondum promulgatæ, plus vendat frumenti cum aliorum jactura, qui illam legem ignorabant, quàm alioquin erat venditurus: aut plures parum pecuniarum, cum aliorum similiter jactura expendat, quàm seclusa ea scientia erat distractus. Cumque hac sententià consentire etiam Bartolus in *l. quæro 39. ff. de actionib. empt. quem sequitur Covarruvias in regula, peccatum, de reg. jur. in 6. part. 2. §. num. 6.* ita etiam in exteriori foro judicandum esse assertat. Et eandem sententiam confirmat expressus textus in *l. si vina 15. in ff. de peric. & commod. rei vendit. & ad stipulatur meritis Pinelus in l. 2. Cod. de rescind. vendit. part. 3. capite 2. num. 21.* eò, quòd qui utitur scientia legis, antequam promulgetur, ad se ipsum ditandum cum aliorum jacturà, utitur scientiæ rei, quæ omnibus debet esse communis, in aliorum detrimentum: ac proinde injuriam illis facit. Idem sentit præterea Alvarus Valascus *consil. 64. in fin. num. 8. ubi plures refert.* Alium adhuc casum, nostram decisionem non parum roborantem, recenset idem Molina dicto loco, ita scribens: Cùm fama esset, eos qui in hac civitate Conchenfi facultatem à rege obtinuerant eadendi nummos æreos, multam eam facultatem excessisse, resque ad Regem esset delata, isque secreto correctori civitatis præcepisset, ut moneta domum clauderet, nec fineret amplius cudi monetas, aut quicquam ex ea domo extrahi: idque antequam executioni mandaretur, ad cujusdam notitiam devenisset: qui in eà domo ingentem massam æris, argento permixti, atque in laminas jam redacti, ut moneta inde conficerentur, habebat. Is massam illam sex millibus aureorum eadendi vendidit, qui rem prorsus ignorabat, multa caesus, cur venderet, quibus emptorem ad emendum adduxerat. Clausa autem subito paulo post moneta domo dubitari capite: an contractus justus, validusque fuisset, tenereturque emptor periculum illud subire, & solvere pretium, quo massam illam emerat? Multi affirmanter responderunt: Ego tamen semper constanter dixi, contractum fuisse nullum, neque emptorem pretium solvere teneri. Ducebar ego imprimis: quoniam venditor usus fuerat ad vendendum, rejiciendumque in emptorem damnum ac periculum proprium, scientià decreti principis occulti, antequam executione mandaretur. Deinde venditor non adduxit emptorem ad emendum solà mercis expositione ad vendendum: sed consiliis multis, quibus illum ad emendum persuasit; ut eà ratione damnum ac periculum quod sibi imminabat, rejiceret in emptorem. Id autem non licere, adque fraudem ac dolum spectare, dubio caret. Hactenus Molina.

Heic verò versamur in terminis validissimis, quòd sc. debitor non tantum de statuto audiverit condendo aut brevi promulgando, quo nimis nummorum auctioni modus præscribatur; verum id Statuti nuper promulgatum esse sciverit, quo prohibitum est, ne in fraudem damnum-

que creditorum qui probam dederint pecuniam, debitor solutum eat, neve solutionem denunciet. Contra hoc prohibitivum decretum, debitores per institorem creditari id ignorantem solutionem denunciarunt, ac nummos, ut sæpius dictum est, immodico pretio æstimatos venditari jusserunt. Ex quibus colligi nihil potest, nisi, quod creditori, utpote enormissimè læso, vixque quintam ejus pecuniæ quam dedit partem consecuto, remedium competat restitutionis: maximè cum is ad pecuniam istam accipiendam, callida fraudulentaque circumventionem debitorum sit perductus.

355 Inde rursus consequitur; quod mediante hoc juris beneficio, creditor in eum restituendus sit statum, in quo ante factam solutionem, erat; ita ut res eò jam sit revocanda, ac si is thalerorum numerus, nunc primum in solutum offerretur. Restitutio enim est prioris status vel juris redintegratio. *d. c. ex literis. 4. ext. de in integr. restit. l. 1. C. de sentent. pass.* ac per judicium rescindens res eum statum assumit, quem jam induerat tempore læsionis. *Mauritius in tractat. de restitut. in integr. cap. 4. num. 2.* Atque inde est ut concludatur, quod nunc creditor haudquaquam thaleris quasi 3. fl. 15. cr. ex Norimbergico valore æstimatis, dimittendus sit. Is namque valor, ex sententiâ declaratorij edicti, anno 1623. die 13. Maii dati, non in solutum pecuniæ antea debite, quæque nummis probis tradita erat, extendendus est. Ergo ista pecunia, juxta ea quæ supra latè satis sunt deducta, & secundum Norimbergense decretum ultimum, nummis iisdem vel ejusdem bonitatis valorisque, uti dati sunt, restituenda est.

RESPONSIONES AD DUBITANDI RATIONES.

356 Necessarium autem non ducimus propositas superius dubitandi rationes prolixius refellere; quod enim in primo de apocha instrumentisque obligatoriis redditis, deque accepta solutione objiciebatur, id creditori nocere nequit; is quippe, ut supra luculenter satis evictum est, in integrum sit restituendus.

Neque contra creditorem facit ultimum Norimbergense decretum, quo statuitur, si quid deinceps solutum erit id ratum esse oportere: Nam id statuti ad speciem præsentem non est extendendus, ubi solutio extra territorium Statuentis facta est, *argum. l. ultim. ubi Dd. ff. de jurisdict.* Quòdque tale statutum extra territorium statuentium nullatenus, nullo respectu locum habeat propter ejus exorbitantiam, censet Sfortias Oddus *d. tract. de restitut. in integr. part. 1. quest. 15. artic. 1. num. 30.* Et præterea restitutio in integrum, præsertim propter dolum adversarii competens, statuto tolli nequit: quia beneficium restitutionis in integrum dicitur fundatum in naturali æquitate, secundum Baldum in *addit. ad Spec. d. tit. de restitut. col. fin. vers. item illud, &c.* Sed jura naturalia non possunt tolli aliquâ lege, vel statuto *§. sed naturalia. l. 1. Insit. de jure natur. gent. & civ.* Cùmque hoc statutum non adimat restitutionem, sed tantum roborat solutionem factam: nullatenus extendendum est extra proprium casum, de quo est conceptum. *Parif. consil. 13. num. 43. 44. & 45. lib. 1. Per. Ant. August. consil. 38. n. 8. lib. 2.* Et ideo si statutum tollat restitutionem in integrum ex uno edicto, non intelligitur tollere ex alio competentem. *Parif. d. consil. 13. num. 45.* Ac si aliquid lege prohibeatur retractari: haud ideo intelligitur prohibita restitutio in integrum, per textum in *l. in causa. 16. ff. de minorib.* Licet in contrarium allegetur à quibusdam, tu advertit Nevizanus *consil. 17. sub. n. 7. lib. 1. & inquit, quod si Baldus ali-*

ter diceret, falsum diceret. Et idem sequitur Socinus Senior *consil. 299. capio primum. colum. fin. lib. 2. & Jason in l. 1. ff. de jurisdict.* & plenè refert ac tenet Marilius in *sua pract. crimin. §. opportunè num. 58. & 59.* ac etiam Alexand. in *addit. ad Bartol. in l. 1. §. & parvi ff. quod vi aut clam.* Ajunt etiam nostri Doctores: quòd statutum, adimens restitutionem, non procedat, quando statuentes, vel consuetudinis inductores recognoscerent Superiorem. *Aretin. in l. more. 8. ff. de acquir. vel. omitt. heredit.* Nec item procedit statutum prohibens restitutionem in casu enormissimæ læsionis: quia propter præsumptum dolum adversarii, qui continetur in tali læsione, non valeret statutum, tanquam præbens causam doli committendi, & sic peccati. *Capoll. consil. 17. in fine.* Quin nec prohibitum intelligitur beneficium restitutionis in integrum, ex eo, quòd adversario plenissima securitas à lege est promissa, *arg. l. omnes. 4. in fin. C. de præscript. 30. vel 40. amor.* ubi promittitur plenissima securitas illi, qui possedit 40. annis: & tamen contra eum datur restitutio in integrum ex capite ignorantie, secundum sententiam magis communem, per notata Sfortia Oddi de *tract. de restit. in integr. part. 2. quest. 90. artic. penult.*

Quemadmodum supra decisivè continetur: ita nos Decanus & ceteri Professores Facultatis juridicæ in Academia Tubingensi, unanimiter sentimus & consulimus, nec non juri Justitiæque consonum esse, respondemus, &c., Actum in consilio nostro, die 27. Junii, Anno 1623.

Quartum Juris Responsum, à Collegio Facultatis Juridicæ Tubing. super re monetali conscriptum, Mense Septemb. Anno 1623.

Facti Species.

Civitas quædam S. R. I. Germ. nobilis, anno superiore, 358 die Salvatoris natali, cum thalerus ibi locorum decem adhuc florenis stabat, aliquot mille thalerorum à diversis è vicinio quemlibet thalerum in 6. fl. numerantibus accepit mutus, ut haberet quo civibus pressis suppeditanda emeretur annona. Ita autem ea de re confecta se habent instrumenta; nimirum se pensionis emptori, seu creditori certum florenor. numerum monetâ Rhenanâ intellectorum, quemlibet quidem in batzenos 15. seu crucigeros Sexaginta, juxta legitimum valorem, anno quolibet recurrente numerandum, ex causâ emptæ venditæque pensionis, promittere; eamque pensionem certo numero florenorum, juxta memoratum valorem, emptam venditamque esse. Adjicitur porro, pensionis venditori seu debitori, post elapsum biennium, liberum fore, alio quovis anno, pensionem istam certo numero florenorum ex legitimo publicoque valore, redimere: pariter pensionis emptori seu creditori licere, post exactos binos annos, sortem repetere. Cùm autem nuper circuli Suevici aliorumque è confinio circulorum communi conclusio, monetæ pretium ad præscriptum constitutionum. S. R. I. nempe thaleri ad Sesquiflorenum, revocatum sit: Inde nascitur quæstio valde momentosa; num sc. à debitoribus, quoad usuras & sortem ipsam, thaleri, tanquam Sesquifloreno saltem æstimati in solutum numerandi sint: An verò creditores thaleros in sex florenos, uti ii antea, cum pensio emebatur dati sunt, accipere teneantur.

Quandoquidem autem Nos Decanus ceterique facultatis juridicæ Acad. Tubingensis DD. ea de re rogati sumus, ut secundum Divinum humanumque jus, speciatim verò, juxta S. R. I. jura & constitutiones,

morā nullā responsum demus quo debitoribus certum fiat, quid eis incumbat faciendum, in forte ista restituenda, usurisque nunc vel in posterum præstandis; nec sc. ab eis contra justum honestumve quicquam admittatur: id fanè officii denegare non licuit.

360 Etsi autem nobis sit compertum, quædam illustria Collegia propemodum conclusisse, ab iis qui antea, nondum ubique locorum revocato ad modicum intensiori nummorum pretio, certum florenorum numerum in probis, nimio verò æstimatis pretio numis acceperint, tamen florenos eodem numero nunc, post depreciationem, esse præstandos, & quidem thaleros aliosve nummos juxta id pretium quo tempore solutionis erunt: quam ipsam sententiam *Dn. Joh. Wolfgang Hillerus*, in *informatione juris & æqui*, quæ antè aliquot hebdomadas sumptibus *Sebastiani Mylli* prodit, operose aliquibus Brocardicis ambidextris (quæ sc. eadem facilitate contra eum retorqueri possunt) adstruere contendit. Re tamen accuratè perpensa, rationibusque hinc inde militantibus perspectis, nostra est significanter aperienda sententia, communi regulæ consentanea: quod sc. qui monetam magno pretio dedit, eam juxta eundem valorem teneatur in solutum accipere. Id quod in duobus Responsis, iudem Augustæ Vindelicorum impressis (quorum unum prædicti D. Hilleri responso juris, ad quæstionem: *An creditori qui mihi probā nec legibus imp. prohibita monetā, mutui nomine datā, subveniret, ego vili aut aucti nunc pretii monetā rectè solvam?* in Octavo, à fol. 90. usque 128. annexum: alterarum vero in quarto, sub titulo, *Tria responsa juris*, &c. extat, & numero primum est) sum nervosè ac variis juris & æqui rationibus, necdum à Dn. Hillero enervatis, deductum & approbatum fuit. Consentit n. in solum inelyta Universitas Helmstadiensis, quam D. Hillerus in *d. juā informatione* fol. 57. pesperam pro se allegat: sed etiam Jurisconsultus quidam Anonymus, qui ad Volckmari & Hilleri responsa notas addidit, Spiræ impressas, pag. 99. nec non Henricus Petreus, in responso contra Ingoistadienses, itidem Spiræ impresso.

362 Neque enim in proposita facti specie occurrit quidquam, quo à nostrā quam supra diximus sententiā dimoveatur. Quin etiam, multa heic versantur, ob quæ ipsi aliqui à nobis dissentientes jurisperiti, nostram huc pertinentem sententiam difficulter oppido rejicere queant. Nam primò, omnibus penè juris peritis palam est, & ab ipso Hillero impensè defenditur; quod in redimenda pensione pecuniaria, tempus contractus sit respiciendum: atque indiscriminatum, sive mutati sint nummi quoad extrinsecam, sive intrinsecam bonitatem, ii nihilominus in ea proportionem & bonitate, uti dari erant, restituendi sint. Ac communiter ita Doctores sentire, patet ex Ruben *consil. 17. Angulola consil. 37. lib. 3. Purpurato ad l. cum quid. 3. n. 169. & seq. ff. de reb. cred. si cert. petatur*. Sigismundo Scacco *de commero. §. 2. gl. 5. num. 180.* Quare Molinæus in *tractat. de usur. sub n. 749.* hancce plusquam communem & præjudicatam vocat opinionem; & pro eā se infinitos allegare posse, scribit. Idem tradunt *Surdus consil. 406. n. 6. & Thesaur. de augment. monet. part. 2. n. 49.* Consentit Petrus Heigius *ad princ. tit. Instit. quib. mod. re contrahit. obligat. n. 28. & seqq.* ubi notanter inter cætera scribit: Licet varîe disputatum & tractatum sit; an, aucto vel imminuto pretio seu valore nummorum, periculum vel commodum creditoris, an debitoris sit: tamen probabilius aut verius nihil invenire, quam distinguendum non esse, utrum agatur de monetæ bonitate extrinseca, vel intrinseca: Extrinseca enim bonitate mutata, seu valore & quantitate monetæ aucta, vel diminuta, justam esse solutionem & satisfactionem in eodem valore &

pretio, quo data sita fuit: Iaque ad tempus contractus respectum habendam esse: similiter & intrinseca bonitate, sive materia & formâ monetæ mutata, secundum tempus contractus solutionem faciendam, vel si non amplius reperiatur illa moneta, quæ data fuit, aliam æquivalentem, ad prioris æstimationem, restituendam esse. Cui eidem opinioni pariter etiam Augustissimi Cameralis Judicii infinita ferè præjudicia, & in eum sensum emanata Mandata (quorum nonnulla in supra memorato Hilleri responso priori, in 8vo impresso, à fol. 73. usque 86. legere est) nec non recessus Circuli Ulmenis die 13. Martii an. 1622. §. *demnach sonderbare beschwerde furkommen*, &c. adstipulantur ac penitus consentiunt; notanter autem in memorato recessu dicitur, quod ea res citra vitium usurariæ pravitatis aliter procedere nequeat.

363 Cum igitur, qui probam justoque pretio mutuum dedit pecuniam, non teneatur nummos, aut pravos, aut majori pretio æstimates in solutum accipere; pari ratione, neque justum profectò est, eum ad probam monetam minori pretio æstimatam præstandam compelli, qui nummos magno accepit pretio. Quodque casus conversus, ubi nempe moneta minuta tempore solutionis, melioris est bonitatis, aut vilis & ærosa reprobata fuit, ac proinde necessariò moneta major in valore extrinseco decrevit, suam quoque ex superioribus, vel invito D. Hillero, habeat decisionem (ut nempe debitor non teneatur per hanc meliorem monetam, aut majorem in eo valore, qui est tempore solutionis,olvere; sed satisfacere possit in aucto valore, qui tempore contractus erat) non solum evincunt tradita Baldi *consil. 499. in fin. Oldradi de Ponte consil. 250. Rubei d. consil. 17. n. 2. Goden consil. 77. Anton. Fabri tract. de solut. cap. 6. §. non igitur cogendus*, &c. Molinæi, *d. tract. de usur. sub num. 707. Cardinalis Tusch. lit. M. conclus. 349. n. 14.* sed & in eum sensum videtur textus expressus in c. cum canonicis. 26. ext. de censib. ubi glossa ad verbum (pecunie) prudenter notat: quòd pecunia, quæ ab initio fuit constituta, & non nova, quæ melior, ab hisce Canonicis sit exigenda. Si enim moneta diminuta fuisset, illam recipere recusarent. Cum ergo minorem recipere nollent: majorem exigere non debent. Et confert huc, quòd contrariorum eadem sit ratio ac disciplina: quodque natura correlativorum sit, ut dispositum in uno ex ipsis correlativis, etiam in alio dispositum censetur. Et inde inter creditorem & debitorem æqualitas est servanda: & quòd uni in suo casu non licet, nec alteri in antithesi concedendum erit. *Alamanus consil. 8. quæst. princ. 6 p. 808.* & contractus claudicare non debet. *Richard. consil. lat. 30. n. 3. & consil. 28. n. 5. Ernesti. Coshman vol. 1. respons. 34. n. 154.* Accedit, quòd nemo id petere possit, cujus contrarium in casu contrario accipere recuset. *l. pen. ff. de solut. & l. si ea lege. 17. C. de usur.* Imò semper partes Debitoris tamquam Rei favorabiles magis existunt, quàm creditoris, qui est Actor, vulgata *l. favorabiliores. 125. ff. de reg. jur.*

Nec enim capere possumus quo jure contendere queant, ab eo, qui probam justoque pretio dedit monetam, esse nummos juxta pretium tempore solutionis auctum accipiendos; contra, ab eo qui immodicè æstimatam monetam accepit, eam tempore solutionis probis modicè æstimatis nummis restituendam esse. Si enim hoc posterius ex eo velint deducere, quòd a debitore qui nummos magno pretio accepit, ii pari modo eodemque pretio impendi possint, sicque nulla a tempore contractus læsio sit: inde ergo (posito, rem in facto ita se habere; quòd tamen plane negandum esse postmodò non ostendemus) dicendum omnino esset, eum non esse audiendum qui probam dedit monetam, si ei nummos intenti pretii debitor restituere paratus sit; quòd scilicet ille eos in totidem florenos impendere possit; quòdque iniquum lustrum captalet, si monetam sibi pretio parvo resti-

restitui ita vellet, ut exinde quadruplum aut amplius lucraretur. Est adeoque in aprico; quod iis Doctoribus aut iudicibus (quorum ex sententiâ, creditori, loco probæ & legitimæ æstimatæ monetæ, reproba vel nimium aucta monetâ nullo modo obrudi potest) necessariò hæc etiam probanda sit sententiâ: quod pro monetâ, in immenso volare creditâ, eadem in valore multum diminuto, præsertim intra tam breve tempus, nullo colore exigi queat.

366 Atque huic decisioni nostræ vis insuperabilis indè accedit, quod creditores hac sibi debitorem devinciendi ratione multis modis adversus Imperii leges, quin etiam (ut hac intentione sua præfractè stare velint) usurariè fecerint: nec proinde eis, in hoc negotio, ullum legis beneficium, vel in Camera (si modò rem, ut gesta est, narraverint) processus prodesse queat: siquidem ii thalerum in 6. florenos dederint, qui tamen, nec ex communi Imperii jure, nec recessibus Circuli, eo steterit pretio. Quamquam enim, his ultimis annis, alicubi locorum, valor probæ monetæ accessit major, & in Suevico Circulo, thalerus sex florenis æstimatus est; id tamen connivendo tantum, & ad tempus, majoris mali evitandi causâ, factum est: Scilicet quia ei malo paratum remedium non erat: interea tamen, significanter edictum est; quod ea res non perpetuò obtinebit, verum, quamprimum emendabitur: quapropter, nec dilatio ista ullo modo fecit, ut thalerus sex florenis æstimatus, pro legitima, vel publicè æstimatâ, monetâ, haberi potuerit. 367 eo quod in monetis perpetua æstimatio, non ea, quæ ad tempus inducitur, vel toleratur, attendi debeat, per sextum in l. 3. ff. de eo, quod cert. loc. l. 3. de in lit. jura. l. 1. in princ. ff. de contrah. empt. ubi eleganter Gothofredus ait: quod nec quidem generalis æstimatio monetarum pro verâ & perpetua æstimatone haberi debeat: sed ea demum pro perpetua æstimatone sit admittenda, quæ nullo tempore mutabilis est: ne si mutetur in horas, ipsi possessoribus nummorum usus noceat. Et quod numismatum valor, qui modico duravit tempore, nullo pacto sit considerandus, argumento nobis est. l. pretia rerum. 63. §. fin. ff. ad leg. Falcid.

368 Itaque illicita prorsus creditorum agendi ratio fuit, qui monetam seu valorem ad tempus saltem procedentem, nec nisi quotidiano mercimonio, brevique credendi debendive rei comparatum, in emendam pensionem perpetuam, debitoribus, cum horum aperto damno, obruderint: cum tamen ipsi, ut credibile est, thaleros istos haud magno acquisiverint pretio, vel cum certò sciverint monetæ depreciationem (quæ heic nullo modo est pro casuali habenda) brevi futuram esse. Ideò autem Creditores litteris obligatoriis inferi voluerunt singularem sanè, nec verò probatam, auct legibus Imperii penitus contrariam cautelam, Ne sc. debitores ante elapsum biennium pensionem redimant, fortemve restituant: Cujus rei ratio unica hæc fuit, quod nempe creditores certò sciverint, immodicum monetæ pretium post id tempus mutatum iri. Hæc autem lucri captatio ab usurariâ pravitare minimè est aliena: Cum enim pro usurario manifestò habeatur, qui decimas sibi usuras parat; equid melioris notæ esse is velit, qui lucrum capiat multò majus: quale est, cum quis 400. thaleros ex 2000. thaleris usuræ nomine exigit: & ita consequenter pro sorte 2000. aliam 8000. thalerorum, tempore solutionis sibi restitui contendere audeat? Etsi autem, creditoribus, tempore contractus, consilium non fuerit usurarium; tamen eo ipso usuræ crimen committerent, si sufficienter moniti, ab iniquâ petitione non recedant. Dolo enim facit, qui petit quid ex ea stipulatione, ubi res dolum in se

habet l. si quis. 36. ff. de verbor. oblig. Et in terminis nostri casus, usuram esse reipsa pravam, cum quis meliorem ac dedit pecuniam sibi deberi vult, testatur nobilis theologus ac jurista, Ludovicus Molina, in tr. de just. & jir. tom. 2. disp. 312. ubi n. 11. scribit; quamvis usura non sit, mutuò dare cum onere, ut pecunia ejusdem rationis solvatur cum eâ, quæ mutuò datur: esse tamen usuram, mutuò dare cum onere, ut mutuarius reddere teneatur pecuniam rationem & meliorem in hominum æstimatone: ut mutuare æream, quando illius est magna abundantia, cum onere, ut aurea vel argentea reddatur: eo quod gravamen illud injustè ultra sortem apponatur.

Atqui tertio, debitores eo contractu graviter, ac longè ultra dimidium læsos esse, luce meridiana clarius est. Quamquam enim eâ pecuniâ civibus egenis annonam suppeditarunt, thalerumque in decem florenos impenderunt: tamen pro eâ annona pecuniam quadruplo majorem aut amplius numerarunt: deinde ab egeno cive pecuniam in solum nullam recuperare potuerunt, nisi eam quæ tunc temporis, ibique locorum in usu fuit. Atque ejus pecuniæ ad minimum dodrans residuus est ab ipsis conquirendus. Neque verò quisquam sanæ mentis homo non agnoscat, ex pecunia vel annona aut ejus generis rebus magno pretio, superiore anno datis, parvum vel etiam nullum compendium dantes fecisse: quia scilicet eo tempore cuilibet jam sololuit; quantum à temporario verus distet valor: atque, cum interea merces eo majore pretio emi vendique cœperint, nulla proinde imaginarii istius nummorum valoris ratio habita unquam fuit.

Et ita isthæc valoris extrinseci auctio nemini aliquod lucrum, sed potius omnibus certissimum damnum, caritatem perniciosam, aliasque molestias quam plurimas creavit: quod Imperii & Circulorum Acta, omniumque Ordinum querelæ testantur abundè. Si quidem certum est, & quotidiana docet experientia: quod, crescente auri vel argenti æstimatone, omnes res venales similiter augeantur in pretio, & hoc modo carior indies fiat annona, resque pecuniâ comparabiles, pecuniæ cursum sequantur. Albericus in l. cum quid. 3. ff. de reb. credit. & ibid. Purpurat. num. 171. & idem in consil. 522. n. 38. Curt. ad d. l. cum quid n. 13. vers. circa questionem, &c. Thessaur. decis. 214. n. 1. Joan. Petr. Sord. consil. 368. num. 27.

Igitur sperandum omnino est, creditores seu pensionis emptores hocce quadrupli lucrum non esse mordicus captaturos: cum semper & ubique boni gravesque viri lucrum, alterius cum jacturâ conjunctum, sordidum inhonestumque putarint, ut individuo ex Decio decidit Cephalus consil. 25. n. 8. vol. 1. & post eos Fridericus Pruckman. consil. 19. num. 51. lib. 1. Quo confert & illud, quod ex Johanne de Anan. docet Jason ad l. penultim. num. 5. in fine. C. de pact. quod is, qui se in judicio virum bonum profitetur, deceptionem etiam infra dimidium nullâ fronte excusare possit. Idemque comprobatur Pruckmannus consil. 29. numero 26. vol. 1. Atqui, cum ea res ad Rempubicam pertineat, facillime sanè ei, adversus hunc damnosum contractum, parata erit restitutio in integrum. l. Respublica. 4. Cod. quib. ex caus. major. in integr. restituant. ubi habet textus: Rempubicam uti minorum jure: ideoque restitutionis in integrum auxilium implorare posse. Cujus legis dispositionem Castrensis ibidem ad quamvis Rempubicam refert, etiam si simplex fuerit municipum. Nam (secundum illum) pariter, ut Respublica, suos habet administratores, & per eos regitur. Intè Johann. Mauric. in tractat. de re-

de restitut. in integr. cap. 417. & Sfortias Odder. de restitut. in integr. part. 1. quest. 18. art. 9. & seq. ubi hoc item ad omnes villas, castra, & Universitates quascunque extendit.

- 375 Non autem fallit nos, quod quis dixerit, inter creditores esse etiam mulieres & viduas, quarum favor in jure idem est ac illorum. Namque respondetur primò: privilegiatum non uti privilegio suo contra pariter privilegiatum, eo demum in casu, si privilegiatus restitutionem implorans, fuerit in lucro, aut si uterque damnum esset passus, *Oddus d. part. 1. quest. 8. art. 4. §.*
- 376 & 6. In nostro verò casu notorium est: hæc viduas lucrum cum maximo damno Reipublicæ appetere. Deinde juris est expressi privilegiatum contra privilegiatum indifferenter restitui, quando privilegium impar & magis potens habet. *l. verum 11. §. penult. ff. de minorib. 25. ann.* Quia tunc potentius privilegium præfertur inferiori. *Cac. cialup. in l. omnes populi. 9. num. 122. ff. de justit. & jur. Crot. in l. 1. num. 22. ff. solut. matrim. latè Decius in c. in præsentia num. 170. & seq. ext. de probat.* Et in specie minorem ac Rempublicam mulieri præferri, tradit *Oddus d. part. 1. quest. 18. artic. 8. num. 47. & seqq.*

Cum igitur ista se ita habeant reipsa uti deducta sunt, & hæc sententia nostra pluribus, si requiratur, juris æquitatisque rationibus confirmari possit: Inde rectè concluditur, tenorem obligatorii scripti creditoribus nullo modo juvare posse. Nam primò, verba ipsa promissionem debitorum non aliam inferunt, ac de pecunia secundum eum valorem quo in contrahendo mutuo data est, non autem alium, tempore solutionis restituenda. Nam in scripto cavetur de pensione annua certo numero florenorum moneta rhenana, eaque proba publicique valoris intellectorum (*reinisch muntz, guter, genchmer unerruffter landwährung*) præstanda. Scriptum porro est, emptam esse hanc pensionem. N. millibus florenorum prædicti valoris: deinde, pretium in thaleris quorum singuli in sex florenos dati sunt, emptores præstitisse; quæ verba nihil aliud inferunt quam, pensionem creditoribus præstandam nummis ex valore publico non deterioribus ac si fuerunt, qui in eam emendam numerati sunt. Atqui, ex supra dictis patet, thalarum ex publico legitimoque valore nunquam sex florenis æstimari potuisse, ac proinde non licere creditoribus aliter pensionem petere quam juxta hunc ipsum valorem, qui sanè verbis, *prædicti valoris*, aperte designatur. Verbo enim *prædicti* repetunt modum & qualitatem præcedentem: & demonstrant, idem esse in sequentibus, quod in præcedentibus fuit: quemadmodum omnium dictionum relativarum natura est, referre præcedentia cum omnibus suis qualitatibus: & referens regulatur secundum relatum, *uti docet Octavianus Ufascus decis. 110.* Esi porro debitores dixissent, usuras aut fortem eo valore præstandas, qui quolibet solvendi tempore in usu erit, *gang und geb seyn Wurde*: utramque & hanc clausulam intelligendam esse, volunt nostri Doctores, si res permanserit in eodem, vel non planè dissimili statu, *arg. l. quero. § 4. §. inter locatorem. 1. ff. locati. Tiraguell. in præfat. l. si unquam num. 166. & seq. C. de revoc. donat. Molin. d. tract. de usur. n. 170. cum seqq. Cuthman. conf. 36. num. 269. & 304. & Surd. decis. 436. n. 2. quoloco scribit,*

379 *mutato rei monetarie statu, recedi à pactis conventis.* Item contrahentes periculo mutationis gravioris, aut futuro damno non præsumuntur se subjecisse. *Rub. d. consil. 17. Surd. consil. 406. num. 3.* Quemadmodum etiam idem *Surdus consil. 120. censet:* quando conveniunt partes, quod solutio fiat de moneta corrente tempore solutionis: tunc nihilominus novam pecuniam solvendam esse, secundum valorem antiquæ, eamque reduci ad æstimationem antiquæ, tantumque solvi debere de nova, quantum necesse est ad æquandum valorem antiquæ. Namque talem clausulam, vel conventionem aliud nil operari, quam quod debitor non cogaturolvere de pecunia antiqua, sed possit de nova.

Harpprecht ad Insitius, Tom. III.

Deinde, posito quod debitores disertis verbis, usu
ras præstandas fortemque restituendam, thalero quasi sesquifloreno æstimando, promiserint: tamen esset hoc promissum, utpote usurariam respiciens pravitatem, eamque reipsa incurrens, ipso jure nullum. Et nec tantum, quid promissum fuerit, attendi debet, sed & quid justè ac secundum æquitatem exigi possit: considerandum est. Atque adeo invalidus est contractus, usurariam sapiens pravitatem, ut nec juramento corroborari validè satis possit. *c. tuas dudum. 13. ext. de usur. Mascard. de probationib. conclus. 447. num. 33. & seqq.* Præterea, quod Imperii Constitutiones, de usurariis contractibus promulgatæ, eosdem non solum reprobent; sed & omnibus Judicibus serio mandent, ne super ejusmodi contractibus sententiam ferant, executionemvè faciant, notius est, quam ut debeat juris allegationibus roborari. Ac si quid ultra sortem, & legitimum atque concessum interesse petatum, aut in conventionem deductum est, id non debere attendi, probant *Goden consil. 3. in fine. Fichardus vol. 2. consil. 30. num. 4. & Cravetta conf. 47. n. 7.*

Quæ cum ita sint, debitoribus auctores sumus ut pensionem hanc iterum acta creditoribus offerant, adhibita formali interrogatione, num eis res ea uti deducta est, in animo sit. Si à sententia sua moveri nolint, licebit pensiones in urbe Imperiali neutrius partis studiosa, vel in qua domicilium creditoribus est, deponere.

Quemadmodum supra decisum continetur: ita nos Decanus & ceteri Professores Facultatis Juridicæ, &c. iunimenter sentimus, &c. Actum in Collegio nostro, vigesimo die Mensis Septembris, Anno Christi supra millesimum, sexcentessimum, vigesimo tertio.

Colophonis loco hic silentio involvendum non est: quod novissimè D. Martinus Ruelin in *disput. ad tit. 1. lib. 12. ff. de reb. credit. th. 19.* automat: in præmissis & decisis hæcenus casibus, neque simpliciter tempus contractus, neque tempus solutionis spectandum esse, sed potius dicendum: bonum Judicem rerum & factorum circumstantias diligenter expendendo, & in singulis casibus peculiarem rationem & æquitatem ante oculos habendo, variè constituturum, quomodo solutio facienda sit; non autem generaliter omnes & indiscriminatim, adiungat unius, statim decisurum (more imperitorum Medicorum, qui uno collyrio morbo omnes sanari volunt) sed omnino talem ubique sententiam pronuntiaturum, quæ neque mutuantem cum damno mutuatarii, neque hunc cum damno illius locupletari fiant. Quam novam & singularem opinionem si Juxta diser. tus æquitasque studiosus in judicando secutus fuerit, fortassi minus peccabit. *argum. l. placuit 9. & l. seq. C. de iudiciis. l. & si quis 14. §. idem La-beo ait 13. circa finem. ff. de religiof. & sumpt. fuit. l. si servum 91. §. sequitur. 3. vers. esse enim. ff. de verb. obligatio-nib. l. si quis res tuas. 8. in fin. C. ad exhibend. cum similibus.*

Etenim quod in istiusmodi prodigiosa monetæ mutatione præcisè spectandum sit tempus, vel contractus, vel solutionis: id nullo aperto jure doceri posse videtur. Tam enim hæc quæstiones à jure communi exorbitant, quam eodem jure barbarica hujuscemodi monetarum mutatio incognita est, imò reprobata & damnata, inquit Carolus Molinæus, in *tract. commercior. & usurar. &c. quest. 25. num. 726.* In his autem, super quibus jus non invenitur expressum; Juxta, æquitatem servata ac circumstantiis omnibus ponderatis, procedere jubetur. *c. ultim. in fin. ubi Panormitanus num. 6. & 7. ext. de transactionibus.* Jure siquidem deficiente, id sequendum erit, quod æquitatis suggerit, respondente Paulo Jurisconsulto in *l. 2. & item Varus ait. §. vers. quoniam ff. de aqua. & aquæ pluvie arcend.* Hucque pertinent, quæ tradidi infra ad princip. tit. de officio judicis, num. 20. cum aliquot seqq. & in tractat. de process. judicior. decad. 2. conclus. 6. num. 4. & seqq.

Et seq. itemque Decad. 16. conclus. 1. num. 5. conclus. 3. n. 27. Et 8. alibi passim. Porro plura monetaria juris responsa, nomine inclytæ Facultatis juridicæ, in prælustri Academia Tubingensi, magno studio conscripsit Dn. Collega Besoldius: quæ extant in volum. 2. consil. 58. Et aliquor. seqq. fol. 159. Et multis seqq. item consil. 81. fol. 332. Et seqq. nec non volum. 3. consil. 99. Et 142. fol. 225. Et subseqq.

§. Is quoque. 1.

Is quoque qui non debitum accepit ab eo, qui per errorem solvit, re obligatur: daturque agentis contra eum propter repetitionem condictionis actio. Nam perinde ei condici potest, si apparet, eum dare oportere, ac si mutuum accepisset. Unde pupillus, si ei sine tutoris auctoritate indebitum per errorem datum est, non tenebitur indebiti condictione: non magis, quam mutui datione. Sed hæc species obligationis non videtur ex contractu consistere: cum is, qui solvendi animo dat, magis voluerit negotium distrahere, quam contrahere.

SUMMARIA.

1. Indebiti obligatio valde similis mutui.
2. Ut ex mutuo, ita ex indebito sive promissio usura non debetur.
3. Differentia inter mutuum et indebitum.
4. Promissum et indebitum, in quo differant.
5. Indebiti solutio definitur.
6. Indebiti solutio quando sit contractus.
7. Quando quasi contractus sit.
8. Sicut indebitum solvens, donare videtur, et num. 45.
9. Indebitum non oritur sine reali solutione.
10. Effectus indebiti.
11. Error translationem dominii impedit.
12. Indebitum unde estimandum.
13. Ex re ipsa duo indebiti genera existunt.
14. Naturale tantum debitum, singulum repeti nequit: et num. donatarius, ad dandum obligatus, si solvat, repetere solutum possit, quasi nullo jure debitum.
15. Quoniam naturalis obligatio, qua inter fratres contracta est, patri consistit acquiritur: an vero in persona filii creditore subsistat.
16. Quamvis et obligatio patri et domino per filium aut servum consensum acquiritur.
17. Obligatio in iure consistit.
18. Qui dicatur debitor.
19. Natura actionis de peculio.
20. Obiectio, epique dissolutio.
21. Nemo filii ipsi potest obligari.
22. An et quantum pater filio, et dominus serco naturaliter obligetur.
23. Quantum mortuo patri: naturalis obligatio, qua inter fratres contracta, et patri quesita est, tollatur.
24. Confusio debiti et crediti colligitur obligatio.
25. Item ut compensationis.
26. Debitum, a cuius petitione creditor per debitorem exceptio temporali repellit potest, solutum repeti nequit.
27. Equid in diem debitori, ante diem debitum solvendi, id repetere valet.
28. An mediis temporis intervitiis, accessione, fructus, et emolumenta, quorum ratione debitor damno se ex pramatura solutione assilum ali, fiat restituenda.
29. Generaliter dicta, sunt generaliter accipienda, tam in odio, si quam favorabilibus.
30. Specialia semper generalibus insunt.
31. A quo remoretur genus, ab eodem remouentur species.
32. Principale qui perit, si et accessorium perit.
33. Nemo debet locupletari cum alterius iactura, num. 79.
34. Debitum parum et debitum in diem aequivalentur.
35. Diu consistit pars summa et obligatio.
36. An et quantum debitum, quod quis perpetua exceptione tunc solvere non tenetur, si solutum sit, repeti queat.
37. Indebitum ex persona dantis et accipientis quando estimatur.
38. Condicio si potest 19 §. 1. ff. de condit. cum l. repetito. 22. ff. eod. Et l. de hereditate. §. C. de pet. heredit.
39. An in dubio solutio alieno potius, quam proprio nominis facti præsumatur.
40. In omnibus contractibus magis persona ipsius contrahentis, quam alterius inspicitur.

41. Solutio in quam causam facta in dubio intelligatur.
42. Indebiti qualitas estimatur ex personis pupilli, siue et proligi.
43. Intellectus gentium l. si ejus pupilli. 64. in princip. ff. ad SC. Trebell.
44. Legum correctio et contrarietas citanda.
45. Error quid sit: et quodnam indebitum condici possit.
46. Cujus per errorem dati repetitio est, ejus consilio dati donatio est.
47. Propositum in mente retentum, nihil operatur.
48. An, si quis dubitans indebitum solvit, per errorem soluisse sit censendus.
49. Dubitans et errans in jure aequivalentur.
50. Num dubitans transigendi causa soluisse præsumatur.
51. Cessante causa, cessat effectus.
52. Duplex error: juris, et facti.
53. Utrum facti tantum, an juris etiam errore solutum repeti possit.
54. Jus finitum et potest, et debet esse.
55. Omnes homines scire jura debent.
56. Culpam contrahit, qui jura ignorat.
57. Sententia l. juris ignorantia. 7. et l. error. 8. ff. de jur. et facti. ignor.
58. Intellectus, i. cum it. 32. §. 1. et l. si fidejussor. 59. ff. de condit. indeb.
59. Qua significatio in dubio accipienda.
60. Sensus l. 1. in princip. ff. ut in poss. legator. Et c.
61. Consideratio l. si a patre. §. C. de condit. indebit.
62. Intellectus l. frater a fratre. 38. in pr. ff. de condit. indebit.
63. Intellectus l. 2. §. 1. cum l. seq. ff. eod. tit.
64. Indebiti condicio oritur ex aequitate naturali. et num. 101.
65. Juris ignorantia censetur lata culpa, qua dolo aequipatur.
66. Datus nemini prodesse debet.
67. Intellectus l. eleganter. 23. §. item si ob transactionem. ff. de condit. indebit.
68. Indebitum per errorem solutum quatenus repeti possit.
69. Inutile est, nisi tota lege perspecta, judicare vel respondere.
70. Totum juris corpus pro una lege habetur.
71. In toto jure generi per speciem derogatur.
72. Ignorantia in proprio iudicio intolerabili.
73. Qua persona, et quibus casibus indebitum, errore juris solutum, repetere queant.
74. Differentia inter ignorantiam juris, qua militibus, et illam qua faminis indugetur.
75. Restitit jura ignorare quando liceat.
76. Ignorantia juris naturalis nemini permittitur.
77. Quibus ex causis indebitum, per errorem facti solutum condici nequeat.
78. Intellectus l. inde Neratius. 23. §. ult. ff. ad leg. Aquil.
79. Natura iniquum est, aliquem cum alterius damno locupletari.
80. Equitas in omnibus rebus spectanda.
81. Volenti nulla sit injuria.
82. Ecclesia, iustitia caltrix et audax.
83. D. Boceri cavillationes refelluntur.
84. Verbum (videri), et quasi (improprietas) nota.
85. Arumai de nova Boceri opinione iudicium.
86. Patet casus, secundum Dd. quibus indebiti per errorem soluti repetitio cessat.
87. Id maxime debitum putatur, quod ab invito exigi potest.
88. Qua actione indebitum solutum repeti queat.
89. Condicio indebiti cui competat, et adversus quem.
90. Donatio in dubio non præsumitur.
91. Condicio est actio personalis.
92. Heres et defunctus pro una eademque habentur persona.
93. Num procuratori, qui indebitum solvit pecuniam, et contra procuratorem, qui indebitum accepit, condicio detur: an vero domino, et contra dominum competat.
94. Si quis pro reo, qui indebitum promisit per errorem, fidejussit et solverit, recond, an fidejussori condicio tribuatur.
95. Quia actione condictionis petatur.
96. Judicium in l. cum it. 32. §. ult. ff. de condit. indebit. con. cillatur cum Ciso in l. si si, cui. 19. ff. de legat. 2.
97. In alternatione regulariter promissoris, aut rei electio.
98. Quando leguario electio concedenda.
99. Condicio l. penult. Cod. de condit. indebit. cum l. si non fortan. 26. §. si decem. 13. ff. eod. tit.
100. Explicatio l. plane si duas 21. ff. de condit. indebit.
101. Indebiti condicio cui dicatur naturalis.
102. Quantum in illam variant.
103. An solus, qui rem ad reddendum pecunie, indebiti accepta, condemnatur, siquid tamen in usuras condemnare possit.
104. Nuncquid remissionis, sive generalis, sive specialis, indebiti condictionem impediatur.
105. Erranti nullus consensus.
106. Nemo intelligitur renuntiare juri suo, quod sibi dampnare ignorat.
107. An actio condictionis cum rei vindicatione concurret.

- 1** Secunda species contractuum seu obligationum, quæ re contrahuntur, est solutio indebiti. per errorem facta. Nam is, qui non debitum accepit ab eo, qui per errorem solvit, re, hoc est, ex ipsa solutione seu numeratione, obligatur, quasi ex mutui datione, ut indicat Justinianus hoc in §. 3. *Cajus in l. si quis absentis. §. 5. is quoque qui non debitum. 3. ff. de obligat. & actionib.* Unde patet, indebiti obligationem valde esse similem mutuo, de quo jam abundè tractatum in principio hujus tituli. Et quidem similitudines hæc potissimum notandæ veniunt. I. Actio ex utroque negotio nata dicitur condictio, hoc §. nostro. dict. l. 5. §. 3. ff. de obligat. & actionib. II. Quemadmodum ex mutuo usura non debentur. leg. Titius Sempronio. 24. ff. de script. verb. ita quoque ex indebito (quod promutuum nonnulli appellant, Cujacius in parat. Cod. de condict. indebit. lib. 8. observat. cap. 34. Anton. Martheus & Heigius in hoc §.) usura non dantur. l. 1. C. de condict. indebit. III. Dominium in utroque transfertur. l. dominus. 53. ff. d. tit. initio hujus tit. in fine. IV. In utroque redditur res ejusdem bonitatis. leg. cum quid. 3. ff. de reb. credit. l. in summa. 65. §. in frumento. 6. ff. de condict. indebit. V. Ut ex mutuo; ita ex indebito sive promutuo pupillus sine tutoris auctoritate non obligatur, hoc §. nostro. ibique Mynsinger. num. 8. l. obligari. 9. ff. de auctor. & consens. tutor. & curator. VI. Ut mutui & promutui actio per liberam personam nobis acquiritur. l. certi. 9. §. si nuntios. 8. ff. de reb. credit. l. si per ignorantiam. 6. C. de condict. indebit. Cujac. d. lib. 8. observat. cap. 34. Differentiæ verò inter hæc duo negotia afferuntur illæ. I. Mutuum verus est contractus, ut ostensum supra ad principium hujus tit. num. 8. indebitum videtur potius distractus, ut hic in versicul. Sed hæc species obligationis, &c. §. itemis, cui. 6. infr. de obligationibus quæ quasi ex contractibus nascunt. II. Mutuum est juris gentium. §. sed jus quidem civile. 2. vers. & ex hoc jure supr. de jur. nat. gent. & civil. indebitum est ex jure naturali. l. indebiti. 15. in princ. & l. si quod dominus. 64. ff. de condict. indebit. III. Ex mutuo promanat tantum certi condictio. per princip. hujus tituli. ex indebito quandoque etiam incerti condictio nascitur, l. sed & si me. 22. in fine. ff. de condict. indebit. IV. In mutuo redditur tantundem, quantum est datum. l. 2. in princip. & dict. l. 3. ff. de reb. credit. Alii in indebito sæpè plus restituitur, velut fundus cum fructibus &c. leg. videamus. 38. §. 2. ff. de usuris. leg. indebiti. 15. d. l. in summa. 65. §. ei, qui indebitum. 5. ff. de condict. indebit. V. Et si utrumque in iisdem ferè rebus habet locum: tamen indebitum interdum in aliis quoque rebus, quam iis, quæ numero, pondere, aut mensura constant, ut in fundo, in servo, in servitutibus, & cæteris, locum obtinet. dict. l. sed & si. 22. in fin. & l. cum is. 32. §. ultim. cum similibus ff. eodem tit. Giphani. hic in vers. nam perinde, &c. VI. Mutuam pecuniam accipiens tenetur ex mutuo, etiam si illa perierit, & debitor locupletior factus non sit. leg. incendium. 11. Cod. si cert. pet. & expositum supra initio hujus tituli. num. 20. & seqq. Indebitum autem per errorem accipiens, eatenus tantum tenetur, quantum ex eo locupletior est factus, d. l. cum is. 32. in pr. d. l. in summa. 65. §. penult. ff. de condict. indebit. cum bi 8. §. si quis de alimentis. 22. ff. de transactionibus. Andr. Clud. in Commentar. de condict. indebit. cap. 2. num. 84. & seqq. ubi plures differentias fusiùs recenset. Enim verò promutuum & indebitum in eo maxime differre sciendum est: quòd promutuum dicitur, quando res solvitur, cujus datione in creditum itur, hoc est, quæ pondere, nun èro, mensuravè continetur: quo casu accipiens ex quasi mutuo, ex promutuo, ex tacito mutuo obligatus est. Quòd si alia quævis res solvatur, cujus datione in creditum ire non solemus, putà si corpora, homines, vasa, hisque similia soluta fuerint; promutuum non censetur, sed indebitum ac proinde eo casu condictio non est ex quasi mutuo, sive ex promutuo, sed ex bono & æquo: ut post Cujacium d. lib. 8. observat. cap. 34. circa fin. & ad princ. tit. C. de condict. indebit. explicat Cludius d. caput. 2. num. 93. Fide Bachovian hic n. 7. pag. 733.
- 2** Indebiti solutio non male definitur contractus, vel quasi contractus, re initus, quo pars una per errorem quipiam, quod non debet, sui liberandi causa alteri dedit parti; & eodem ad id reddendum obligavit. Dn. Collega Boccr. class. 2. Disput. 8. thes. 1. edit. 2. Et sanè contractus iste indebiti solutio, cum id agitur, ut, si postea appareat, solutum esse indebitum, restituatur. l. 2. in princ. ibique Jason ff. de conditione indebit. Tineus Faber disput. 22. ad Institut. Imperial. thes. 10. Quo etiam referri poterit l. si in area. 33. ff. eod. tituli. ubi Julianus discretè respondit: eum, qui non debitam pecuniam solvit, hoc ipso aliquid negotii genere, id est, contrahere, ut ibi præcedens ac subsequens propositio ostendit: quemadmodum & alibi phrasis illa accipitur, leg. in commodato. 17. §. sicut. autem. 3. vers. geritur. ff. commodat. Oeman. ad lib. 3. Disputation. juris civil. Giphani. disputat. 24. num. 46. Rittershus in hoc §. pag. 408. Quali verò contractus est indebiti solutio, si quis tantum animo liberandi se ab obligatione, eamque distrachendi, non etiam cavendi obligandi accipientem, solvat, hoc §. nostro, vers. sed hæc species &c. d. §. item is, cui. 6. infr. de obligat. quæ quasi ex contract. nasc. l. si quis absentis. §. 5. is quoque. 3. fin. in ff. de obligat. & actionib. l. is, qui commodatum. 13. §. fin. ff. commodat. D. Bocerus hic num. 7. pag. 169 ubi ait, negotium hoc esse contractum, esse etiam distractum diversa consideratione. Contractus est, si appareat indebitum: distractus obligationis est, si sit debitum. Verum hanc rem latè, licet diversimodè, examinant Donellus lib. 14. Commentar. de jur. civil. c. 16. & 17. & utrobique Hilliger. in suis notat. Cludius in d. Commentar. de condict. indebit. c. 1. num. 67. cum multis seqq. Mozzius in tractat. de contractibus rubr. de indebito in prin. p. nam. 2. Rainallus Corsus libro 1. indagar. jur. cap. 31. Rober. Disputat. 14. thes. 6. Schickard. Disputat. ad Institut. 12. thes. 4. & resolut. q. 1. Arumans Exercit. Justin. 15. thes. 14. Wesenbec. hic num. 1. & Vultejus in d. Sitem is. cui. 6. infr. de obligation. quæ ex contract. nascunt. Hummius lib. 3. var. resolut. jur. civil. tract. 3. part. 2. quest. 1. & 2. Buchorius in tractat. de actionib. Disputat. 4. thes. 15. pag. 139. & seqq. Ungepaar. exercit. Justin. 12. quest. 8. pag. 470 & seqq. ult. Richter. in tract. de contract. Disput. 3. thes. 2. lit. 6. &c. pag. 58. cum seqq. nec non Osterman hic in suis rationalib. pag. 66. & seqq. Dicitur in definitione. per errorem. Nam qui sciens indebitum solvit, donare videtur, l. qui fundum. 7. §. servus. 2. in fine. ff. pro emptore l. cuius 53. ff. de reg. jur. eoque nec accipiens ad id reddendum obligatur. l. 1. l. si is, qui 4. l. jules. 28. l. quod quis. 50. ff. de condict. indebit. l. indebitum. 9. C. eod. & latius tractabitur infra suo loco. Additur, al. 9. veri &c. Et enim cum re hic obligatio constituitur, per hunc §. nostrum ibi re obligatur & d. l. si quis. §. 3. ibi, obligatur quidem ff. de obligat. & act. proficisci illa debet per solutionem à solvente ad eum, cui solvitur, argument. leg. 1. §. item emptio ff. de rer. permutat. & solutum intelligimus pecuniam utique naturaliter, si numerata sit. l. solutum. 49. ff. de solutionib. & standum est, quod solvitur, hoc est, dominium eius in accipientem est transferendum: cum pro eo repetendo competit condictio, quæ non nostram, sed adversarij rem persequimur, §. sic itaque discretis 14. infr. de actionib. D. Bocerus dict. class. 2. Disputat. 8. thes. 1. ad lit. g. Effectus quippe indebiti est, ut per illud in accipientem dominium transferatur, argum. l. intendum. 29. in fin. & l. dominus. 53. ff. de condict. indebit. Neque obstat, per errorem indebiti solutionem fieri, ut ex hoc §. nostro. & definitione modo proposita constat. Errorem autem domini translationem impedire. l. si procurator. 35. ff. de acquir. rer. domin. l. dedi tibi. 3. §. penult. ff. de condict. causa data, &c. Hoc enim locum sibi vindicat in iis, quæ essentiam solutionis spectant, vel quando in ipsa re, ejusque solutionis est erratum: quo casu dominium non transferitur, dictis iuribus. Secus se res habet, quando in causa solvendi error committitur, ut in indebiti solutione: quo casu domini translatio non impeditur, argument. l. cum tale 72. §. si quis ff. de conditionib. & demonstrat. Jul. Pac. ad rubr. tit. C. de condict. indebit. num. 4. Vultejus ad §. sequens. 16. num. 53. infr. de actionib. Cludius d. Commentar. de condict. indebit. cap. 1. num. 32. & cap. 9. n. 7. pag. 374. Adde Valentinum Riemer. decad. 9. quest. illustr. 7.

- 12 Indebitum porrò non ex re ipsa solum, verum etiam ex persona dantis & accipientis æstimandum est, docente Donello lib. 14. *Commentar. de jur. civ. cap. 11. pag. 354. num. 40. cum seqq. § cap. 13. in princ. pag. 264.* Ex re ipsa duo indebiti genera, quæ locum faciunt repetitioni soluti, existunt. Unum genus est: cum quid omnino non, neque civili, neque naturali jure debetur. *l. si non sortem, 26. §. indebitum. 3. ff. de condict. indebit.* Hujusmodi quoque indebitum est: cum verè causa præcessit, ex qua quid debeatur, sed debetur sub conditione vera, de qua scilicet incertum sit natura, an existat, necnè. *l. sub conditione 16. ff. d. tit.* Alterum genus est: cum quid jure quidem civili peti potest; sed actio per exceptionem perpetuam infirmatur. *d. l. si non sortem 26. §. indebitum l. qui exceptionem 40. l. ex his omnibus. 54. ff. de condict. indebit. l. creditor. 55. ff. de verbor. significat. Pac. in epitom. jur. Disputat. 15. thes. 14. lib. h. § centur 4. évayrto Pavov. quest. 15. Wegner Disput. 13. thes. 4. ad lit. C. Cui exceptioni annumeratur etiam exceptio, quæ ad rei debitæ perpetuam retentionem comparata est, puta vel ad servandas impensas in rem alienam factas. *d. l. qui exceptionem 40. §. 1. ubi Bartol. ff. de condict. indebit. l. quod dicitur: 5. § penult. ff. de impens. in res dotul. fact. l. heres. 21. vers. similem. ff. ad senatuscons. Trebell. Pac. d. centur. 4. quest. 9. § 12. Vult. in § sequens. 16. num. 44. infr. de actionib. vel hereditate vendita ad servandum id, quod venditori defunctus debuit. l. si is, qui 54. ff. de condict. indebit. juncta l. 2. §. ult. ff. de heredit. vel actionib. vendit. vel soluto fideicommissio aut legato, ad exigendam cautionem Falcidix nomine inventam. l. si quis, cum 39. ff. de condict. indebit. juncta l. 1. cui, 31. ff. ad leg. Falcid. § leg. 1. ff. si cui plus, quam pater l. Falcid. § c. vel fundo vendito, & servitute quæ imponi debuit, non imposita, ad eam imponendam. l. sed § si 22. §. ult. ff. de condict. indebit. l. si tibi. 8. ff. de action. empt. D. D. Bocer. class. 2. disputat. thes. 7. lit. g. edit. 2. Itaque quod illud, quod jure naturali tantum debet, solvit; quamvis indebitum hac censeatur ratione, quod ab invito exigi non potest. l. creditor. 10. vers. quod si natura, § c. juncta l. debitor. 108. ff. de verbor. significat. solutum tamen repeti nequit. l. naturales. 10. ff. de obligationibus § actionibus fidejussor 16. §. naturales. 4. ff. de fidejussor. l. naturaliter. 13. l. si pona. 19. in princ. l. frater à fratre. 38. §. 1. § 2. l. si quod dominus. 64. ff. d. condict. indebit. l. sed etsi 9. in fin. cum l. seq. ff. ad senatuscons. Mucedon. D. Bocer. hic num. 18. § d. Disputat. 8. thes. 8. Pac. d. Disputat. 15. thes. 15. Vide Bachovium, ingeniose in contrarium disputantem, d. tr. de actionib. disput. 4. ad thes. 16. p. 141. § seq. De donatario, ad ævridagæ obligato, quæri solet: num si solvat, repetere possit solutum, tanquam nullo jure, nec civili, nec naturali debitum, Affirmativam probabiliorē judicant Arius Pinelus ad l. 1. C. de bon. matern. pars. 3. num. 60. Donellus lib. 12. *commentar. de jur. civ. cap. 2. pag. 8. num. 20. cum seqq. § D. Bocer. hic num. 33. § seqq. pag. 172.* Verum pro negativa militare videtur textus expressus in l. sed § si 25. §. consilium. 11. ff. de petit. heredit. § l. si pignore 54. §. 1. ff. de furt. Quos textus quamvis eludere conetur Donellus: tamen ad ipsius rationes prolixè respondet D. Humius d. lib. 3. *variar. resolu. jur. civ. tract. 3. part. 1. quest. 4. pag. 901. § seqq.* Earumque negantem sententiam, seu naturali æquitati apprimè consentaneam, jam olim defenderunt Fortunius Gars. in l. 1. § jus naturale. num. 65. § seqq. ff. de justit. § jur. Zasius lib. 1. singul. respons. caput. 3. num. 22. § Covarruv in c. cum in officis. 7. num. 10. ex. de testam. Tamen illam, seu ineptam, repudiet Bachovius d. Disput. 4. sub thes. 16. pag. 143.**
- 13 Sane & illud naturale tantum est debitum, quod ea obligatione naturali continetur, quæ ex datione mutue pecunie, quam frater fratri, ejusdem patris potestati subiecto, credidit, nascitur. *d. l. frater à fratre 38. in princ. ff. de condict. indebit.* Ac vehemens hic concertatio exurgit: æquid naturalis illa obligatio, quæ inter fratres contracta est, patri confestim acquiratur, verò in persona filii creditoris subsistat? Et quidquid in contrarium diversimodè & anxie disputent Accursius & Hotomannus ad d. l. frater à fratre. 38. ff. cod. Johan. Robert. lib. 1. *recept. lect. cap. 30. § lib. 3. annuadvers. cap. 6. cum 2. seqq. § lib. 3. notat. ad notata Merceator. cap. 6. cum 2. seqq. Henricus à Sverin. in lib. repetit. lectio. jur. cap. 10. Anton. Faber lib. 20. conject. cup. ult. horumque referens novissimè Hilliger. in Donello enucleato lib. 14. cap. 19.* Communiorem ego, veriorēque eorum puto esse sententiam, qui obligationem illam naturalem patri per filium confestim adeo acquiri autumant, ut ne momento quidem in persona filii subsistat. Ita tenent Bartol. Bald. Jason. Lescurius & Mercerius ad d. l. frater à fratre. 38. ff. de condict. indebit. Cujacius tract. 9. ad Afric. in explicatione dictæ. l. 138. Duaren. ad dict. tit. cap. 6. Donell. d. lib. 14. *Commentar. de jur. civil. cap. 19. pagin. 289. Vincent. Cabotus lib. 1. Disputat. cap. 22. D. Bocer d. Disputat. 8. thes. lit. b. § in hoc §. num. 22. pag. 170. Pacius cent. 4. évayrto Pavov. v. quest. 17. § Cludius in Commentar. de condict. indebit. cap. 4. num. 20. § seq.* Atque hæc 16 sententia comprimis probatur textu perquam luculento in leg. placet. 79. ff. de acquir. vel omitt. hered. ubi Ulpianus generaliter ostendit; non solum hereditatem, sed & aliud quodlibet jus, sive quancunque aliam rem, sive obligationem qualemcunque: patri & domino per filium & servum confestim acquiri; neque momento aliquo subsistere in persona ejus, per quem acquiritur. Maxime verò patri & domino acquiruntur ea, quæ juris sunt, vel in jure consistunt. l. quod dicitur. 130. ff. de verb. obligationib. Obligationes autem inter ea referri, quæ in 17 jure consistunt, & in oculos non cadunt, patet ex §. incorporales. 2. *supr. de rebus corporalibus & incorporalib. Deinde obligationem acquiri patri per filium, evincitur ex del. frater à fratre. 38. in princ. vers. adeo ut, § c. ff. de cond. indebit.* ubi filius, qui mutuam pecuniam à fratre accepit, debitor patris vocatur. Si ergo debitor est patris: obligationem certè patri acquisitam esse, necesse est. Ille enim debitor dicitur, qui nobis obligatus est: & verbum, debetur, obligationem præsupponit, argument. l. debitor. 108. § l. pecunie verbum. 178. §. ult. ff. de verbor. significat. Præterea patri obligationem per filium acquiri, ex natura 18 actionis de peculio, de qua agitur in d. l. frater à fratre 38. ff. de condict. indebit. perspicuum evadit. Pater namque 19 ex contractu filii, cui peculium concessit, actione de peculio conventus, deducere potest non tantum, quod sibi filius debet; verum etiam quod idem filius fratri suo, alteri filio, debet: cum hoc ipsum patri quoque debeat. Si igitur hoc ipsum pater deducere potest: obligationem naturalem per filium patri esse acquisitam, consequens est. Hoc etenim naturalis obligatio, patri acquisita, operatur: ut ipse deducere possit, quod frater fratri debet, ac filius patri acquisivit. Et quemadmodum domino servus debet, quod debet servo, vel filiofamilias domini. l. sed si 20 damnum 9. §. huic definitioni. 3. ff. de peculio. l. si peculium 6. in princ. ff. de pecul. legat. ita quoque quod frater debet fratri, ipsi patri debere dicitur: cum eadem ratio in utroque militet. Donell. & Cludius locis præallegatis, ubi id sufficiens confirmant.
- Huic assertioni non obstat sequens argumentatio: Si 20 naturalis obligatio patri per filium acquireretur: pater ipse filio nunquam naturaliter obligaretur: siquidem obligatio naturalis filio acquisita adversus patrem, non consisteret in persona filii; sed patri mox acquireretur, & ad patrem statim recurreret: & sic obligatio naturalis confusione extingueretur, patre eodem momento creditore & debitore existente: cum nemo sibi ipsi possit obligari. l. cum filiofamilias. 11. vers. denique. ff. de legat. 1. l. Gramini. 71. ff. de fidejussorib. Atqui patrem filio naturaliter obligari, liquet ex d. l. frater à fratre. 38. §. contra si pater. 2. ff. de condict. indebit. ubi filius patri pecuniam pecuniare credit, & pater filio naturaliter obligatur: adeo, ut ista patris obligatio etiam post emancipationem duret. Ergo obligatio naturalis patri per filium non acquiritur. Hæc, inquam, argumentatio non obstat. Nam respondetur: acquiri patri quidem naturalem obligationem ipso jure; sed quamdiu pater ea acquisitione non utitur, id est, quamdiu peculium manet apud filium, non intelligi acquisitam. Nam sua sponte pater patrimonium suum separavit à peculio, ac veluti patrimonio filii: rationes suas, à rationibus filii: quemadmodum Julianus pecuniam servi, à rationibus domini separari inquit,

Harpprecht ad Institut, Tom. III.

quando aliqui debetur: certum est; diem futurum; ideoque ante diem deberi recte dicitur. *l. in diem. 10. ff. de condict. indebit. l. cedere diem. 213. in princip. ff. de verbor. significat. l. centesimis. 16. in princip. ff. de verbor. obligat.* Nec officit, diem adjectum efficere, ne presenti die pecunia debeat: proindeque in diem promissum statim non deberi, *leg. eum, qui Calendis. 41. §. quotiens. vers. verum dies. ff. eod.* Illud si quidem ad effectum referri debet: quia in diem quod promissum est, statim non ita debetur, ut peti possit, sed demum adveniente die: obligatio autem incipit ex illa die, qua pecunia est promissa: & diei adjectio pro promissore est, ut ait Ulpian in *d. vers. verum dies*, &c. Ceterum in diem incertum promissum (puta, cum Sempronius consul factus fuerit; vel Caesar hostes vicerit, &c.) conditioni comparatur: propterea quod potest non venire: ac adeo vim conditionis illud habet, & repetitionem permittit. *leg. dies incertus 7. ff. de condition. & demonstrat. l. sub conditione. 16. §. l. sufficit. 56. ff. de condict. indebit.* Tamen id solum, quod debetur sub ea conditione, quam certum est omnimodo extitutam, condici neutiquam possit. *l. quod si ea conditione. 18. ff. d. tit. conditione in certum collata, propter eventus certitudinem, obligatio pura censeatur. l. si pupillus 9. §. 1. ff. de novat. & delegat. Clud. d. Commentar. de condict. indebit. caput. 2. num. 7. cum seqq. & cap. 3. num. 3. & seqq. Adde Hunnium lib. 3. var. resolution. jur. civ. tract. 2. quest. 11. item tractat. 3. part. 2. quest. 5. pagin 904. & seq.*

Cum igitur is, qui in diem certum debet, adeo debitor sit, ut ante diem solutum repetere haud possit: non abs re ambigitur, an medii temporis interusurium; accessiones, fructus, commoda aut emolumenta, quorum ratione debitor damno se ex prematura solutione affectum dicit, restituenda sit? Et licet ajens sententia ardeat Alberico de Rosas. Englosio & Jassoni ad *d. l. in diem 10. ff. de condict. indebit.* Duverno ad eundem tit. c. 5. vers. sed queritur, an interusurium, &c. ~~non possit dari~~ Hackelm. illustr. disp. 10. thes. 8. lit. C. Cludio d. Comm. de cond. indebit. c. 8. n. 29 & seqq. Philippo Kupschilde. exercitat. Acad. 11. quest. 10. pag. 399. itemque Hunnio loci antedicti. negativam tamen (quam & ego in puncto juris veniorem censeo) non sine rationibus defendunt Barzoli in *l. 1. num. 30. Confutatus* & alii in *d. l. in diem 10. ff. de condict. indebit.* Treutler. Disputat. 22. thes. 5. lit. d. volum. 1. Matthias Stephani centur. 3. quest. 28. Robertus Disputat. 14. thes. 7. & Robertus lib. 1. sententiar. jur. cap. 26. ubi asserit, ex communi antiquiorum sententia verius id esse: soluto eo, quod in diem debebatur, nec sortis principalis, nec accessionum, nec interusurii medii temporis nomine quicquam repati posse, quocunque errore id solum sit. Cum enim principale debitum repeti non possit. *d. l. in diem 10. d. l. sub conditione. 16. in fin. cum l. seq. ff. de condict. indebit.* ubi generaliter & simpliciter rei solutæ condictio prohibetur: utique nec interusurii, tanquam accessorii, ratio habebitur. *l. eos, qui. 26 in princ. C. de usur. c. accessorium. 42. de reg. jur. in 6. l. cum principalis 178. eod.* Nam generaliter dicta, 29 generaliter etiam sunt accipienda: tam in odiosis, quam favorabilibus. *l. 1. §. initio. 4. ff. de offic. prefecti urb. l. 1. ff. de offic. prefid. l. regula 9. §. ult. ff. de jur. & fact. ignor. Tiber. Decian. consil. 39. num. 54. volun. 2.* Et semper specialia generalibus insunt, auctore Cajo in *l. 30 semper 147. ff. de reg. jur.* Et à generalitate quod non est nominatim exceptum, non videtur specialiter dictum. *l. incorem. 41. §. felicissimo. 3. ff. de legat. 3.* Et de genere quod dicitur, idem de specie judicantur. *leg. que de tota. 76. in primo. ff. de rei vindicat.* Et à quo removeretur genus, ab eodem removerentur species. *l. 1. §. quod autem ff. de aleatorib. cum similibus allegati per Everhardum à Middelburgo in loc. à genere ad speciem num. 1.* Et denique principale 32 qui perdit, cum etiam accessorium perdere palam est. *l. Labeo. 17. ubi Barzoli ff. quomodo. servitutes amittunt.* Præterea ipsa diei adjectio obligationis substantiam verè non respicit, sed executionem tantum: si quidem dilatio solummodo in favorem debitoris adjecta censetur. Quocirca diem obligationi adjectum lex interpretatur, non ut debitor medii temporis interusurio

fruat: sed ut facilius solutionem parare, suoque tempore debitum præstare possit. *leg. eum, qui Calendis. 14. §. quoties. ff. de verb. oblig. l. quod quis. 50. ff. de obligat. & actionib. l. cum tempus. 17. ff. de regul. juris*

- §3 Hanc decisionem nihil impedit vulgatum istud axioma juris: quod nemo debeat locupletari cum alterius injuria, jactura & detrimento. *l. nam hoc natura. 14. ff. de condic. indebit. l. jure nature 206. ff. de reg. jur.* Is autem, qui ante diem accipit debitum & medii temporis interusurium non restituit, cum alterius, videlicet debitoris, jactura & damno locupletetur. *Etenim* respondetur, eum, qui in diem certum debet, verè debere, debitumque purum, & debitum in diem equiparari. *leg. si Stichum. 8. §. 1. ff. de novat. & de legat.* Ideoque ante diem qui solvit, plus solvit tantum ratione executionis, non verò obligationis. Atqui solutio transfert dominium in eum, cui est solutum, *argument. l. si rem meam 20. & l. qui sibi. 33. ff. de solutionib. l. naturaliter 13. l. Julianus. 62. & l. si quod dominus. 64. ff. de condic. indebit.* Itaque non immerito commoda & emolumenta domini consequitur. *arg. §. item ea, que ex animalibus. 19. supr. de rer. divif. & l. item que 6. ff. de acquir. rer. dom.*

Eandem quoque decisionem minimè infringit, quòd is, qui per errorem ratione quantitatis plus solvit, id repetat. *l. si pena. 19. fin. ff. de condic. indebit. & qui solvit ante diem, plus solvat, argument. §. si quis agens. 33. vers. plus autem infra. de actionib.* cum dies sit pars summæ & obligationis. *leg. 1. §. editiones. 2. ff. de edend. l. ut si cui. 12. in fin. ff. de verbor. significat.* ac proinde eadem ratione, quòd tempore plus solutum est, rectè condicatur. Ratio namque diversitatis inter hæc satis evidens est. Qui enim quantitate plus solvit; revera plus solvit; qui tempore; respectu executionis duntaxat, non debiti, plus solvisse dicitur, ut paulò antè monitum. Sed vide accuratius id explicantem Robertum d. lib. 1. sentent. jur. cap. 26. & Robertum d. Disput. 14. ad thes. 7.

- §36 Quanquam autem debitum, quod quis perpetua exceptione tutus solvere non tenetur, si solutum sit per errorem repeti queat, ut & illud quod num temporariam, an perpetuam exceptionis defensionem habiturum sit, incertum est; veluti de quo convenit, ne petatur, donec Titius consul fiat. *l. iussit. 56. ff. de condic. indebit. Cujac. in Comment. in lib. 8. quest. Papin. pag. 156. & seq. Duaren. ad d. tit. ff. de condic. indebit. caput. 5. Vult. in §. sequens. 16. num. 43. infr. de actionib. Treuster. d. disput. 22. thes. 5. ad lit. f. vol. 1. D. Bocer. class. 2. Disputat. 8. th. 13. edit. 2. attamen si exceptio illa in odium ejus, cui debetur, sit comparata, soluti repetitio cessat. Unde si mulier ex intercessione sua quod debet, per errorem solvat, ejus repetitionem habet: at filiusfamilias si pecuniam, quam contra senatusconsultum Macedonianum accepit mutuum, paterfamilias factus solvat, non repetit. *l. si pena. 19. in principio l. si non sortem. 263. filiusfamilias. 9. & l. qui exceptionem 40. in princ. ibique Gothofred. ff. de condic. indebit. l. sed si paterfamilias 9. in fin. & l. seq. ff. ad senatusconf. Maced. Donell. libr. 14. Commentar. de jur. civil. cap. 11. pag. 256. num. 40. Pacius centur. 4. & vult. in §. sequens. 15. Cludius in Commentar. de condic. indebit. cap. 2. num. 28. cum seqq. pag. 65. cap. 5. n. 126. pag. 284. item cap. 8. num. 61. cum seqq. pag. 358. & num. 74. cum seqq. pag. 361. Etenim verò hic non ignorandum: eum, qui solvit per errorem, quod exceptione doli mali, vel rei judicate tutus solvere non tenebatur, solutum repetere posse, per textum notabilem in l. qui se debere. 7. ff. de cond. causa dat. causa non secuta d. l. qui except. 40. ff. de condic. indebit. ita tamen, ut vero debitori, quem iudex male absolvit, repetitio denegetur, si sua sponte sciens, bonamque fidem agnoscens, solverit, *l. iudex. 28. & l. Julianus. 60. in princ. ff. eod. Cujac. ad lib. 22. Pauli ad edict. pagin. 120. latissimi Donell. d. lib. 14. cap. 12. ibique Hilliger. in suis not. D. Bocer. dict. Disputat. 8. thes. 14. Ea que de re vide diffusius disputantem D. Hunnius, d. libr. 3. tractat. 3. pars. 2. quest. 7. & seq. pagin. 907. & seqq.***

- §37 Ex persona dantis & accipientis indebitum æstimatur; si vel is, qui suo solvit nomine, non debet illi, cui solvit, tamen si quod solvitur, accipienti debeatur ab alio. *leg. si pa-*

na. 19. §. 1. juncta l. in summa. 65. §. ult. ff. de condic. indebit. vel si is, qui solvit, debet quidem, quod dat, sed non ei, cui solvit: proindeque solutum quod est, ut indebitum repeti potest, dict. l. in summa. 65. §. ult. ff. eod. D. Bocer. d. class. 2. Disputat. 8. thes. 16. edit. 2. & in hoc §. n. 41. & seq. Cæterum prædicta l. si pena. 19. §. 1. ff. d. tit. (ubi nominatim traditur, quamvis debitum sibi quis recipiat: tamen si is, qui dedit, non debuit, repetitionem competere) non contrariantur l. repetitio. 44. ff. eod. & l. de hereditate 5. C. de petis. heredit. ex quibus clarescit, repetitionem cessare, quando suum, vel sibi debitum quis recepit, licet à vero debitore non sit solutum. Etenim communi, eaque verissima distinctione res explicanda: Aut is, qui solvit, quod alius debet, suo nomine solvit; & tunc competit condicatio indebiti, & verus debitor non liberatur. d. l. si pena 19. §. 1. d. l. in summa. 65. §. ult. ff. de condic. indebit. l. si à patre. 5. C. eod. l. si quid possessor. 31. in princ. ff. de petis. heredit. l. cum quis. 38. §. de peculio. 2. ff. de solutionib. Aut debitoris nomine solvit, & tunc nulli datur condicatio, verusque debitor liberatur. d. l. repetitio. 44. l. quod nomine 8. & l. servum. 36. ff. de condic. indebit. Sic in specie dicta l. de hereditate. 5. C. de petis. heredit. præsupponendum est eum, qui falso putabat, se heredem esse, solvisse heredis nomine: ac ea propter cessat condicatio: quia cum hereditario nomine solvit, indebitum non solvit. Atque distinctionem istam approbant Accursius & Bartholus in d. l. si pena. 19. §. 1. ff. de cond. indebit. Cujacius lib. 8. obs. c. 9. Don. d. lib. 14. Comment. de jur. civ. c. 13. Pacius cent. 4. & vult. in §. sequens. 16. infr. de actionib. num. 57. Cludius in Comment. de condic. indebit. cap. 1. num. 38. cap. 4. num. 95. pag. 205. Humius d. lib. 3. var. resolut. jur. civ. tract. 3. part. 2. quest. 9. pag. 911. Gilkenius ad rubric. tit. C. de condic. indebit. num. 27. & Paulus Berens Disput. 12. them. 3. quest. 5. ubi varias variorum interpretationes refert. Quibus addatur Dn. Collega Besoldus part. 2. delibator. jur. ex lib. 12. Pandect. quest. 11. pag. 79. & seq. ubi aliam, & quidem non inscitam oppositarum legum conciliationem adfert, post Georgium Lopez. animadvers. cap. 13.

Quid verò statuendum, si non constet, an proprio, vel alieno nomine quis solverit? Bartholus, Angelus, Fulgositius, Castrensis, Costalius, & alii in sepe allegata l. si pena. 19. §. 1. ff. de condic. indebit. item Mozzius in tract. de contract. tit. de condic. indebit. rubr. de caus. que faciunt cessare cond. n. 11. opinantur, in dubio præsumendum, solutionem nomine alieno esse factam. Sed rectius, me iudice, concluditur; in dubio potius nomine proprio, quam alieno, solutionem factam censi: nisi adsint circumstantiæ, quæ aliud suadeant. Tum quia in omnibus conventionibus ac contractibus potius personam, quæ conventionem sive negotium celebrat & contrahit, inspicimus, quam alium, qui conventioni non interest: cum magis ipsius contrahentis, quam alterius causa res agi, & quilibet proprio potius, quam alieno nomine contrahere existimetur. l. & magis. 4. ff. de solutionib. l. cum de indebito 24. in princ. vers. qui enim solvit. ff. de probationibus. Tum quia solutio in dubio intelligitur facta eam in causam, quæ magis est utilis solventi. l. 1. & 2. ff. de solutionib. & l. 1. C. eod. tit. Atqui magis utilis est, si solvens intelligatur proprio nomine solvisse. Hoc enim modo solutum repetere potest, quod ab altero, si ejus nomine solutum præsumeretur, quia forte non esset solvendo, condicere solventi integrum haud esset. Tum denique si eo casu, quo dux sunt obligationes, solvens potius suum, quam alienam dissolvit obligationem, suoque nomine dedisse præsumitur, *argum. d. l. & magis. 4. ff. d. tit. nihil certe prohibet, quòd minus idem obtineat, quando hoc casu quis solvit, quo ipsemet nunquam obligatus fuit, neque de alia ejus mente apparuit. Et ita, post Jasonem in dict. l. si pena. 19. §. 1. ff. de condic. indebit. docuit novissime Cludius d. c. 4. n. 97. p. 206. Estimatur præterea indebiti qualitas ex personis pupilli, furiosi & prodigi. Si enim hæc personæ sine tutore vel curatore suo naturale debitum solvant: etli in aliis personis cessaret naturalis debiti soluti repetitio: in his tamen personis generaliter repetitioni locus esse, non ambigimus. *l. in arduum**

interdum. 29. ff. de condit. indeb. Robert. lib. 1. sent. jur. c. 10. D. Bocer. in hoc §. num. 44. §. d. class. 2. Disputat. 8. thes. 17. edit. 2. Cui non refragatur. l. si ejus pupilli. 64. in princ. ff. ad senatuscons. Trebell. ubi Mœcianus J.C. ait, pupillum, si naturâ tantum debitum solverit, non repetere. Nam ut legum correctio & contrarietas evitetur. c. cum dilectum 8. ibique gloss. in verb. juri communi. ext. de consuetud. non usque adeo male responderetur: in illa lege proponi quidem mutuum pecuniam accepisse pupillum sine tutore; sed non exprimi, an absque tutore, aut pubes is effectus solverit. Ideoque nihil vetat, quominus legem istam exaudiamus eo de casu, quo pupillus solvit tutore auctore, vel eo tempore, quo ipse efficaciter solvere potuit, nempe pubes factus. Tunc etenim non repetet, ut sustinuit ostendit Robertus dicto loco. Eadem de re consulendi sunt Duarenus ad tit. Cod. si cert. pet. cap. 3. Anton. Faber lib. 3. conject. cap. 6. Petrus Faber. Sturtius, & Hippol. à Collibus ad l. cuius per errorem. 53. ff. de reg. jur. alique quos refert Cludius in Commentar. de condit. indeb. cap. 5. num. 24. & seqq. pag. 239.

Porro indebitum, ut condici possit, per errorem (Est autem error nihil aliud, quam falsa opinio, ex ignorantia contracta, tradente Frantzio, exercit. jurid. 11. quest. 8. num. 1. pag. 364.) solum esse oportet. Siquidem scienter indebitum qui solvit, donasse potius, quam indebitum solvisse reputatur. leg. qui fundum. 7. §. servus meus. in fin. ff. pro emptor leg. 1. §. 1. leg. si is, qui. 24. l. si non sortem. 26. §. indebitum 3. in fin. & §. qui filiofamilias 8. ff. de condit. indeb. l. indebitum. 9. in princip. C. eod. Et huc confert trita juris regula: cuius per errorem dati repetitio est; ejus consulto dati donatio est. d. l. cuius per errorem. 53. ff. de reg. jur. l. si quis delegaveris. 12. ff. de novat. & de legat. Idque adeo procedit: ut, licet ea mente quis sciens solverit, ut repeteret: tamen conditio cesset. l. quod quis sciens. 50. ff. de condit. indeb. Propositum namque in mente retentum, nihil operatur. l. si repetendi. 7. ibique. Gothofred. Cod. de condit. ob caus. dator. Cephal. conf. 107. n. 24. Pacius cent. 3. évayrio Παύλ. quest. 99. At quid dicendum, si quis dubitans indebitum solvit: an per errorem solvisse censendus est? Maxime ac propterea ei conditio competit; constitutante Justiniano in l. ult. C. de condit. indeb. Ejusque constitutionis rationes sunt perspicuæ. Tum quia dubitans & errans in jure æquiparantur, leg. 1. in princ. ff. de legat. 3. l. de futu. 15. ff. qui testam. fac. poss. Tum quia nulla donationis præsumptio hic militat: quandoquidem animo incerto & titubante qui solvit, donare non censetur: ac proinde ei soluti repetitio datur. Causa quippe donationis hic cessante, merito quoque ejusdem effectus cessare, adeoque repetitio locum obtinere debet. l. adigere. 6. §. quamvis. ff. de jur. patronat. lex facta. 43. in princip. ff. de vulg. & pupill. substit. c. cum cessante. 60. ext. de appellat. Tum etiam quia in re obscura potius favendum est illi, qui indebitum repetit, quam qui indebitum accepit, sibi que donatum esse contendit. l. non debet. 41. in fine. §. de regul. juris. Cum ergo hoc casu, quo quis mente ancipiti ac titubante indebitum solvit, res satis obscura sit, favorque indebitum condicentis subbit: indebiti conditionem solventi accommodari, recte statuitur. d. l. ult. C. de cond. indeb. Vultej. in §. sequens 16. infr. de act. num. 56. Wesenb. in Paratit. l. ff. de condit. indeb. n. 9. vers. pari ratione, &c.

Nec movet in contrarium, quod dubitans transigendi causa solvisse præsumatur, & ob id repetitioni locus nullus relinquatur l. in summa. 65. §. 1. ff. de condit. indeb. Nam transactionis præsumptio contra animo dubio solventem induci minimè potest. auctore ipso Justiniano in d. l. ult. circa finem C. eod. cum in transactionibus animus voluntas & consensus, qui in solvente animo ancipiti æque incerto præsumendus non est, intervenire debeat. Merito itaque hic quoque axioma istud obtinet: quod cessante causa transactionis, videlicet animo, voluntate & consensu, effectus ejusdem cesset, sique solventi repetitio concedatur. d. c. cum cessante 60. ext. de appellat. Clud. in Comment. de condit. indeb. c. 5. num. 6. pag. 231. Porro dubitans & errans sive ignorans an & quatenus parificentur, post alios, explicat Joannes Baptista Costa tom. 1.

tract. de facti scientia & ignorantia. inspect. 82. fol. 288.

Quandoquidem verò constat duplicem esse errorem, juris & facti, leg. 1. in princip. l. regula. 9. in princip. §. sed facti. 2. cum §. seq. & tot. tit. ff. de jur. & facti ignorant. tempestivè hoc loco quaeritur: utrum facti saltem, an juris etiam errore solum repeti queat? Et quavis multi autument, juris quoque errorem producere indebiti conditionem. Accurs. in l. 1. super verb. per errorem. Cod. de condit. indebit. ibique ad Rubric. Sichardus num. 9. & in l. 1. num. 2. eod. Wesenb. in paratit. ff. eod. tit. num. 9. Joan. Faber. in Breviario jur. in l. 1. §. 5. Ludovic Vitalis lib. 2. variar. lect. cap. 22. Schickhard. Disputat. ad Insti. 12. thes. 4. in resolut. quest. 2. Bachovius in tract. de actionib. disput. 4. ad th. 17. pag. 144. & seqq. & alii: mihi tamen eorum, qui facti tantum errorem admittunt, sententia magis arridet, per textum apertum in l. cum quis. 10. C. de jur. & facti ignorant. l. si per ignorantiam. 6. & l. fideicommissum. 7. C. de condit. indebit. l. error. 9. Cod. ad leg. Falcid. l. regula. 9. §. penultim. ff. de jur. & facti ignorant. cum similibus. Ratio diversitatis petenda est ex Neratio in l. 2. ff. dicto tit. quia jus finitum & potest, & debet esse: facti interpretatio plerumque etiam prudentissimos fallit. Unde omnes homines jura intelligere & scire debere, alibi dicitur l. leges. 3. & l. leges sacratissime. 9. C. de legib. Et culpam contrahit, qui jus ignorat, argum. l. late culpe 223. in princip. ff. de verbor. significat. Huicque ad stipulantur sententia Duarenus in Commentar. ad tit. de condit. indebit. cap. 3. Cujacius in d. l. si per ignorantiam. 6. C. eod. & in Comment. lib. 19. question. Papinian. p. 512. cum seq. Eguinar. Baro & Heigius in hoc §. num. 18. Robert lib. 1. sentent. jur. cap. 6. & 7. Donell. lib. 14. Commentar. de jur. civil. cap. 14. Julius Pacius centur. 4. évayrio Παύλ. quest. 6. & in Rubric. C. de condit. indebit. num. 6. & in l. si a patre. §. num. 50. & in dict. l. fideicommissum. 7. Cod. eod. Vultej. in dict. §. sequens. 16. num. 54. infr. de actionibus. Hotoman. ad tit. ff. de condit. indebit. pag. mihi 81. D. Bocer. class. 2. Disput. 8. thes. 18. edit. 2. & in hoc §. num. 45. & seqq. Matth. Stephani centur. 3. quest. 317. Petrus Faber in l. cuius per errorem. 53. ff. de reg. jur. Bronchorst. cent. 1. évayrio Παύλ. assert. 77. edit. 1. Arumens exercit. Justin. 15. thes. 15. Clud. dict. Commentar. de condit. indeb. cap. 1. num. 14. & seqq. Henon. Disputat. 13. controvers. 7. Robertus Disput. 14. th. 5. Johan. Ulricus Wolff, in prodromò responsor. & consilior. jur. conf. 1. num. 349. Frantzio d. exercit. 11. q. 8. n. 7. & seqq. Ungepaar. exerc. Justin. 12. q. 8. pag. 471. edit. ult. Andr. Gerhard. Decad. 16. q. 6. Paulus Berens. Disput. 12. them. 3. quest. 4. & Homius d. lib. 3. var. resolut. jur. civ. tract. 3. part. 2. quest. 3. p. 898. & seqq. Quibus omnibus adjiciatur Petrus Franciscus Linglois decis. Justin. 10. quest. 1. fol. 102. & seq.

Huic assertioni primò non obstat, quod ex l. jur. ignorantia. 7. & l. error. 8. ff. de jur. & facti ignor. obijci solet: juris errorem in damnis rei suæ amittendis non nocere. Eum autem, qui indebitum solum repetit, quod suum est, petere. Ergo juris errorem ei non nocere; & consequenter indebiti conditionem parere. Nam Papinianus J.C. in utraque lege apertè ait, errorem seu ignorantiam juris suum petentibus non nocere. At indebitum condicens seu repetens, suum petere dici non potest, cum dominium rei indebitè solutæ in accipientem transtulerit, argum. l. dominus. 53. ff. de condit. indeb. §. sic itaq; 14. infr. de actionib. & l. ult. ff. usufructuarius quemadmodum caveat. Duaren. & Donellus locis præallegatis, & Clud. dict. cap. 1. num. 26. & seqq. ubi etiam aliter, & quidem satis prolixè, ad istam objectionem respondet. Quamquam illam Duaren. & cavilla. asseclatum responsum omnino captatorium & cavillatorem, imò ineptum & nullam, contra clarissimos juris textus supra num. 53. allatos, ineptè pronunciet Bachovius d. disputat. 4. sub tit. 17. pag. 145.

Secundò non obstat l. cum a 32. §. 1. & l. si fidejussor 52. ff. de condit. indebit. ubi fidejussori in jure erranti, atque indebitum solventi, condicendi jus competit. Etenim in hisce l. fidejussor non juris, sed facti imprudenti lapsus creditor, qui pactum de non petendo fecerat, lapsus fecit. Fidejussor siquidem ille fortassis propter memoriam labilem, pacti de non petendo, quod ipsi fecerat creditor, fuit oblitus. Neque hæc solutio, tanquam divinatoria, cul-

panda est, aut rejicienda; præsertim cum in dubio ea accipienda sit significatio seu interpretatio, quæ vitio vacat, aliisque legibus non contradicit. *l. in ambigua. 19. ff. de legib.*

60 Tercio non obstat, *lex. 1. in princ. vers. si verò hoc ff. ut in possess. legatorum servand. caus. esse lic.* ubi heres, qui legatorum nomine per errorem juris satisdedit, cum remissa ei esset à testatore cautio, satisfactionem condicere potest. Ex ipso namque textu responsio commodè sumitur. Non enim ibi præcisè Ulpianus affirmat, heredem in jure errantem condicere satisfactionem posse: sed tantum ait, *benigne quempiam dicere satisfactionem condici posse.* Quibus utique verbis haud obscure significat, benignitatis & æquitatis quidem ratione ac intuitu hoc ita posse tolerari; idque favore ultimæ voluntatis: quia voluit defunctus heredem non cavere legatariis: aliud verò ipso jure esse receptum. Quod autem benigne & singulari ratione alicui concessum est, non est trahendum ad consequentias. *leg. quod verò. 14. cum. 11. seqq. ff. de legib. & argument. leg. qui negotia. 34. in princip. vers. id enim benigne. ff. mandati.*

61 Quartò non obstat *l. si à patre. §. C. de condic. indebit.* ex qua colligi posse videtur, erranti in jure conditionem dari. Quandoquidem filius emancipatus ibi non erravit in jure, sed in solo facto: quia putabat, tempora præstituta, id est, annum nondum præterisse, qui tamen præterierat. Sanè si tempora præterisse non ignorasset, & nihilominus exultimasset, se jure honorario post annum succedere posse in jure errasset, ac proinde indebiti conditio ei non competisset. *d. l. cum quis. 10. C. de jur. & fact. ignorant. & juribus concordantibus superius allegatis, n. 53.*

62 Quintò non obstat *l. frater à fratre. 38. in princip. ff. de condic. indebit.* ubi frater fratri solvit, ad quod obligatus jure non fuit; & tamen repetitio soluti pro parte dimidia, secundum distinctionem Africani, fratri solventi tribuitur. Quoniam illic non juris, sed facti errore solutio facta fuit. Frater enim, qui solvit, fortè putavit, mutuum post mortem patris fuisse contractum, vel ex causa caltrensis peculii, illius, qui mutuum pecuniam dedit. *Clud. d. Commentar. de condic. indebit. cap. 1. num. 44.*

63 Sextò non obstat *l. 2. §. 1. cum 1. seq. ff. de condic. indebit.* ubi datur indebiti conditio, quando, ex testamento falso, inofficioso, rupto, vel irrito aliquid solutum est. Testamentum autem falsum, inofficiosum, ruptum, vel irritum dicere, ad jus pertinet, non ad factum. Ergo juris errore solutum repeti potest. Non illud, *inquam*, obstat. Quia nequaquam ibi erratum fuit in jure, sed in facto. Testamentum quippe ibidem non fuit; vel causa exheredationis falsa apparuit, aut probata non fuit; vel pater filium obisse falso existimavit, qui postea ab hostibus est reversus; vel aliud testamentum probatum fuit, de quo heredi prius instituto nihil constitit, vel heres institutus ignoravit, posthumum natum in utero fuisse: quæ omnia factum respiciere, nemo non intelligit. *Cludius dict. capit. 1. numero 48.*

64 Septimò non obstat, quòd indebiti conditio ex æquitate naturali oritur. *l. in summa. 65. §. quod ob rem. 4. & 1. seq. ff. de condic. indebit.* Æquitas verò naturalis non tantum in errore facti, sed etiam in errore juris obtinet. Respondetur enim: æquitatem hanc naturalem ad jus, utpote quod omnes scire debent, referendam non esse. *d. l. leges. 3. & 9. C. de legib.* Juris siquidem ignorantia lata culpa esse censetur. *d. l. late culpa. 223. in princ. ff. de verbor. significat.* Hæc autem in contractibus dolo equiparatur. *leg. quod Nerva. 32. ff. de positi. d. 1. §. si mensor. fals. ff. mod. dix. 1. ff. de jussor. 29. in princ. ff. mandat. qui nemini prodesse debet. 1. §. 1. ff. de doli mal. & nec. except. 1. ita demum 31. ibi, ne quis doli sui præmium ferat. ff. de recepti. arbit. 1. itaque. 12. §. 1. & leg. cum qui. 14. §. 1. autem ff. de furt. Unde etiam juris errorem ad usurpationem nemini prodesse constat. *Insummam. 31. ff. de usurpat. & usurpationibus.**

65 Hæc autem in contractibus dolo equiparatur. *leg. quod Nerva. 32. ff. de positi. d. 1. §. si mensor. fals. ff. mod. dix. 1. ff. de jussor. 29. in princ. ff. mandat. qui nemini prodesse debet. 1. §. 1. ff. de doli mal. & nec. except. 1. ita demum 31. ibi, ne quis doli sui præmium ferat. ff. de recepti. arbit. 1. itaque. 12. §. 1. & leg. cum qui. 14. §. 1. autem ff. de furt. Unde etiam juris errorem ad usurpationem nemini prodesse constat. *Insummam. 31. ff. de usurpat. & usurpationibus.**

67 Octavò non obstat. *l. eleganter. 23. §. item si ob transactionem. 2. ff. de condic. indebit.* ex cujus specie manifestum est, se videtur, errore juris indebitum solventem, ejus repetitionem habere. *Adulium* namque refert & interest: utram

quid, tanquam indebitum, sit solutum; an verò quasi ex causa transactionis, de qua lex ista agit. Neque enim si transactio fuerit utilis, repetitur, quod ex causa transactionis solutum est, etiam si adversarius in re litigiosa & transacta nihil juris habuerit. At si transactio inutilis est, quasi indebitum repeti potest. *l. in summa. 65. §. 1. ff. de condic. indebit.* Quare & in casu dicti §. item si ob transactionem, repetitio locus invenit; cum transactio nullas vires habeat: sed ea senatusconsulto, ut Ulpianus ibidem loquitur, vel oratione Divi Marci (*sicuti liquet ex l. cum hi 8. in pr. ff. de transact.*) infirmetur. Ideoque non propter juris errorem, sed quòd transactio alimentorum, testamento relictorum, sine Prætoris auctoritate facta non subsistit, repetitioni locus relinquitur. *d. l. cum hi. 8. in princip. ff. d. tit. Clud. d. cap. 1. num. 49.* Quæ solutio licet Flunio loco præallegato non placeat: quia tamen ipse haud meliorem, sed merè divinatoriam substituit: nostram omnino retinendam arbitror.

Postremò non obstat, quòd multis in locis simpliciter & generaliter absque ulla distinctione, traditur, indebitum per errorem solutum repeti posse, hoc §. nostro. *l. 1. si non fortem. 26. §. indebitum. 3. l. qui exceptionem 40. ff. de condic. indebit. l. 1. C. eod. & in toto, eoque prælixo & insigni titulo ff. de condic. indebit. nulla sit prorsus erroris facti mentio. Nam etiam istis locis nihil de errore distinguitur: aliis tamen locis & distinguitur, & disertè de errore juris expressum est; quod per hunc errorem solutum sit, repeti non posse, *d. l. regula. 9. §. penult. ff. de jur. & fact. ignorant. d. l. cum quis. 10. C. eod. & similib. supra adductis. num. 53. & seq.* Hos igitur locos, ut ad interpretationem aliorum, & ad exceptionem erroris juris positos, id est, ut certos, minimeque dubios sequi, & secundum eos generalitatem sive ambiguitatem aliorum interpretari debemus. Idque facere jubemur duobus præceptis juris notissimis. Unum hoc est: incivile esse, nisi tota lege perspecta, una aliqua particula ejus proposita, judicare, vel respondere. *l. incivile. 24. ff. de legib.* At totum corpus juris civilis, quo utimur, una quodammodo lex est Justiniani, qui quidquid in eo scriptum est, suum esse, aperte protestetur. *l. 2. §. tanta autem 19. G. de vet. jur. enucleand.* Est igitur incivile, & contra hanc legem, ex quibusdam locis judicare & pronunciare in universum de tota hac repetitione, omittis aliis, in quibus certò adjicitur aliquid, vel detrahitur. Alterum præceptum hoc est: in toto jure generi per speciem derogari, & illud potissimum haberi, quod ad speciem directum est. *l. in toto. 80. de reg. jur.* Jam verò quibusdam locis definitur, per errorem solutum repeti posse; generaliter hoc quidem: sed aliis locis certis excipitur ex eo genere error juris, dum nominatim traditur, quod hoc errore solutum est, non posse repeti. Quocirca quod ad hanc speciem erroris directum est, id potius haberi oportuit. *Donell. d. Commentar. de jur. civil. lib. 14. cap. 14. pagin. 267. & seq.* Constanter ergo concludendum: tantummodo ob errorem facti, conditionem dari.*

Nec urget, quod regeritur: ignorantiam in proprio facto tolerabilem haud esse. *l. quaiquam. 7. vers. quia facti ff. ad senatusconsult. Vellejan. 1. qui quis. 15. Cod. de rescind. vendit. ac propterea indebitum solventi, tanquam in proprio facto erranti, conditionem non concedi. Etenim idcirco ei conditio indulgetur; quòd jure naturæ iniquum sit, ut indebitum solutum maneat penes eum, cujus esse non potest, & qui cum alterius damno & injuria cupit locupletari. *Inam hoc natura. 14. ff. de condic. indebit. l. jure naturæ. 206. ff. de reg. jur.* Ideoque ut is, qui solvit indebitum, damni restitutionem consequi possit, conditio ipsi conceditur; & regula illa, qua dicitur ignorantiam in proprio facto non esse tolerabilem, hoc casu, quo agitur de damno vitando, officium suum perdit, notante Gothofredo ad *d. l. quaiquam. 7. ff. ad senatusconsult. Vellejan. & Cludio dict. Commentar. de condic. indebit. capit. 1. num. 50.**

Enimverò regula hæcenus exposita, quæ vult, errorem juris conditionem ob indebitum non parere, in quibusdam personis singulariter imitatur. Minores namque 25. annis in errore juris excusationem merentur: ac proinde, si per

per errorem juris indebitum solverint, conditionem sive repetitionem ejus habent. *l. regul. 9. in pr. ff. de jur. & fact. ignorant. l. cum de indebito. 25. §. fin. autem is. 1. ff. de probat. l. 2. C. si advers. solutionem. &c.* Unde si minor 25. annis filiofamilias majori mutuam pecuniam dederit, ignarus SCti Macedoniani; creditum propter ignorantiam juris non amittit, sed illud repetere potest. *d. l. regula. 9. in fin. princ. ff. de jur. & fact. ignorant.* Magis enim est, ut ætatis ratio: quam SCti habeatur, referent Ulpiano in *l. verum 11. §. ult. ff. de minorib. 25. annis.* Deinde etiam foeminae in quibusdam casibus propter sexus infirmitatem, excusantur. *d. l. regula. 7. in pr. ff. de jur. & fact. ignor. l. de die. 8. §. si servus. 2. in fin. ff. qui satisf. cogantur.* Hinc si foemina, SCti Liboniani ignara, sibi legatum adscripserit; quamvis non sit modicum legati istius compendium; juris tamen hæc ignorantia foeminae non nocet. *l. Divus Claudius. 15. §. matri. 4. & §. seq. ff. ad leg. Cornel. de fals. Eadem ratione ignorantia juris foeminae non obest, quando ignara juris sui, se ipsam defert fisco, quasi incapacem legati relictæ, cujus verè capax est. l. 2. §. fin. ff. de jure fisci.* Sic si mulier ignorans, se exceptione SCti Vellejani tutam esse, solverit pro eo, pro quo fidejussit, conditione indebiti solum repetere poterit, tamen si in jure erraverit. *l. quamvis. 9. C. ad SC. Vellejanum.* Præterea milites juris ignorantia excusat, non solum ut damno non afficiantur; sed etiam ut aliquid lucrentur & acquirant. *d. l. regula. 9. §. 1. ff. de jur. & fact. ignorant. l. 1. Cod. eod. l. ult. in princip. Cod. de jure deliberand. d. l. cum de indebito. 25. §. 1. ff. de probationib.*

74 Est tamen differentia notanda inter ignorantiam juris, quæ militibus, & illam, quæ foeminis præbetur. Milites enim ob juris ignorantiam excusantur semper foeminae verò certis duntaxat casibus. *d. l. regula. 9. in princip. ff. de jur. & fact. ignorant.* Foeminae item in lucris non excusantur. *l. error facti 8. ff. d. tit. l. quamvis 11. & l. ult. C. eod. l. in eo. 110. §. fin. de reg. jur.* Milites autem in lucris quoque, sicuti minores 25. annis, excusatione digni judicantur. *l. ait prætor. 7. §. hodie 6. ubi Cujacius ff. de minorib. 25. annis.* Denique & rusticus juris ignorare permittum est; maxime si copiam Jurisconsulti habere non possint. *d. l. regula. 9. §. sed juris 3. ff. de jur. & fact. ignorant. l. ex quibusdam. 2. §. ult. ff. de jur. fisci. l. 1. in fin. de edend. d. leg. cum de indebito. 25. §. 1. ff. de probationib. l. quicumque. 8. Cod. qui admitti ad bon. poss. possunt.* Cæterum prædictis personis, in illis, quæ juris sunt naturalis, ignorantia juris nequaquam permittitur. Haud etenim audiendus est minor, foemina, miles, vel rusticus, si præendant, se nescire reverentiam parentibus deberi; aut se per ignorantiam juris incestum, adulterium, homicidium, furtumve commississe. Hæc siquidem jure naturali sunt probra, quorum ignorantem nemo sanæ mentis prætereundum potest: cum jus illud nescire nemo valeat. *l. si adulterium. 38. §. quare. 2. ff. ad leg. Jul. de adulter. Cujac lib. 1. definit. Papin. in explicat. dictæ l. error. facti. 8. in fin. ff. de jur. & fact. ign. hincque laudans Cludius d. Comment. de condit. indebit. cap. 1. num. 60. Eademque de re latè Donell. lib. 1. Commentar. de jure civil. cap. 21. & cap. ult.*

77 Licet porro indebitum per ignorantiam seu errorem facti solum repeti posse, jam cognitum exploratumque sit: illud tamen haud esse perpetuum, sciendum est. Ex iis enim causis, ex quibus inficiando lis crescit, hoc est in quibus aliquis mendacii convictus punitur, & pro simplo condemnatur in duplum (veluti ex L. Aquilia ex legato sacrosanctis Ecclesiis, & cæteris venerabilibus locis relicto, item ex deposito ob ruinam, incendium, & naufragium) indebitum solum repeti non posse, manifestò constat ex *§. ult. infr. de obligat. que quasi ex contract. nasc. §. sed furti quidem 26. infr. de actionib. l. ea, quæ. 4. C. de condit. indebit.* Hujusque pronunciati alias rationes assignant Bartol. Bald. Angel. & D. Bocerius in repetitione dictæ. *l. 4. Dna. rem ad d. tit. cap. ult. Arumens Exercitat. Instit. 15. thes. 16. Bachovius in d. §. ult. infr. de obligat. que gr. ex contract. nasc. pag. 839. & Humius d. lib. 3. tract. 3. part. 2. quest. 11. pag. 914.* Verum, horum opinionationibus omissis, mihi convenientissima videtur ratio, quæ desumitur ex *l. hujus 53. ff. de reg. jur.* hæc nimirum: quòd ex his causis, quæ inficiando in lite crescent, id, quod solvitur, quantumvis in-

debitum, non tam per errorem, quam à sciente, vitandæ scil. pœnæ causa, quæ ex juris dispositione inflictori imminet, solvi putetur. *Exempli gratia:* Qui ex L. Aquilia æstimationem servi occisi solvit, is quamvis solverit indebitum, si ipse non interfecit: tamen hanc etiam ob causam solvit, ut liberaret se à metu ac periculo pœnæ, quam inficiando sive negando in duplum crescere scivit, & in quam incideret, si cum adversario litigaret, atque succumberet. Proinde sive ipse servum interemerit, sive alius: non tamen pecunia soluta apud dominum servi extincti sine causa relinquitur. Ideò enim, ut dictum, solvit; quò periculo metuque pœnæ dupli, in quam litigando incur-rere posset, se liberaret, Ast eo metu jam est liberatus: ac propterea causa, ob quam consultò dedit, secuta est: & consequenter solum condicere non potest. Atque hanc rationem non obscure amplectuntur Cujacius in *Paratit. Codic. tit. de condit. indeb. Rittershusius hic. pag. 409. Vultejus in §. sequens. 16. num. 47. infr. de actionibus. Donell. lib. 14. Commentar. de jur. civil. cap. 15. pag. 272. Pacius in dict. leg. 4. Cod. de condit. indebit. num. 7. hosque novissimè referens Cludius in Comment. de condit. indeb. cap. 3. n. 78. ubi aliorum rationes refellit.*

Prædictis non adversatur *l. inde Neratius. 23. §. ult. ff. ad 78 leg. Aquil. ubi Ulpianus ex Juliani sententia respondit:* legis Aquiliæ actionem cessare, quispiam falsò confiteatur: se hominem occidisse: ac proinde eo nomine indebitè solum repeti posse. Nam ibi ille, qui falsò confessus est, servum se occidisse, confessionem hanc suam ea de causa revocare potest: quòd servus occisus non fuit, sed adhuc vixit; ut ex ipso textu perspicue liquet. In nostro autem casu, quòd conditionem indebiti cessare dicimus, servus verè, licet non ab illo, qui ejus æstimationem solvit: sed ab alio, fuit occisus. Et hoc casu conditio indebiti nullatenus competit, *d. l. ea, quæ. 4. C. de condit. indeb. d. §. ult. infr. de obligationib. que gr. ex contractib. nasc. quæ tamen competeret, si servus iste, qui occisus putabatur, à nemine occisus fuisset.* Hujusque ratio est: quoniam is, qui ideò solvit, quòd opinetur, se servum interfecisse, duas ob causas solvit: primum quidem, quòd servum interfecit: deinde verò, ut metu pœnæ inficiationis, per quam lis in duplum crescit, se liberet. Quocirca si constat, servum non esse occisum: dare etiam recusat; & per consequens solum, ex tacita conventionione, si apparuerit, servum non è medio sublatum esse, sed spiritum decere, ei est restituendum, *arg. d. l. inde Neratius. 23. §. ult. ff. ad leg. Aquil.*

Similiter non adversatur: natura iniquum esse, aliquem cum alterius damno & jactura locupletari. *l. nam hoc natura. 14. ff. de condit. indeb. l. jure natura. 206. ff. de reg. jur. & in omnibus quidem, maxime tamen in jure, æquitatem spectandam esse. l. in omnibus 90. ff. eod. cum universum 80 jus nostrum sit ars æqui & boni, definitore Celsò in l. 1. in pr. ff. de jur. & jur.* Ideòque accipientem indebitum teneri ad ejus restitutionem, & solum repeti posse. Cùm enim nostra specie non per errorem, sed à sciente indebitum solum videatur; ut à lite se redimat, duplique pœnam evitet: non est, quòd de iniquitate, vel detrimento conqueratur: cùm volenti & scienti nulla iniquitas, aut injuria fiat. *l. 1. §. usque adeo. ff. de injur. l. cum donatio-nis. 34. C. de transactionibus. c. scienti. 27. de regul. jur. in 6.*

Sic quoque non adversatur: iniquius nihil esse quàm si, cùm legatum relictum esset; heres tamen existimans, centum (verbi gratia) esse legata, ea solvit, repetitionem ipsi non dari, præsertim in legatis pietatis intuitu relictis, de quibus hic agitur: cùm Ecclesia, cultrix & auctrix justitiæ, non patitur contra justitiam aliquid fieri in se, vel in alterum. *c. unic. vers. Ecclesia enim. &c. de alienat. feud. lib. 1. tit. 13. feudor.* itemque iniquius nihil esse, quàm si, cùm servum tuum non vulnerassem, vulnerasse autem me putarem, & ob id decem solverim, me soluta perdere & repetere non posse. Hæc, inquam, & similia non adversantur. Nam sibi imputare debet solvens, quòd sponte & ultro, & quasi scienter indebitum solvit. Ejus quippe voluntate res in accipientem translata intelligitur: adeòque accipiens, interveiente solventis scientia & consensu, locu-

locupletior redditur: cui ab initio liberum fuit, nihil solvere & dubium litis exitum ac poenam dupli expectare. Nihil igitur hic rationi & æquitati contrarium statuitur, docente Cludio. c. 4. num. 81. & seq.

- 83 Porro nihil hic moror vanas D. Boceri in d. §. ult. infr. de obligat. quæ quasi ex contr. nasc. pag. 517. & seq. cavillationes, quibus prædictam verissimam, & à multis præclarissimis Jurisconsultis, me & Bocero longè doctioribus, traditam sententiam pervertere (evertere cum nequeat) conatur. Numquam enim mihi in mentem venit: quod is, qui ex tali causa, ex qua inficiendo lis crescit, indebitum solvi, revera sciens & consultò: solvat: siquidem expresse scripserim. num. 80. quod in hac specie non per errorem, sed à sciente indebitum solutum videtur: item in num. 77. quod à sciente solvi putetur & in num. 82. quasi scienter indebitum solverit. An ergo solus Dn. Bocerus ignorat: verbum *videtur*, itemque verbum, *quasi*, esse notam improprietas? Aut, si id non ignorat: cur alienum (solum vincendi studio) verbis meis affingit sensum? Equidem lubentissimè admitto exceptionem in d. §. ult. infr. de obligat. quæ quasi ex contractu nascunt. d. §. sed si fieri quidem. 26. infr. de actionib. & d. l. ea, quæ. 4. C. de condic. indebit. propositam, itidem intelligendam & declarandam esse de indebito, per errorem soluto: sicut ipsa regula de tali casu loquitur. At hoc volo: conditionem indebiti propterea hic cessare debere: quod quodammodo à sciente soluto facta videatur. Hanc meam mentem quin Dn. Bocerus intellexerit, nullos debito: tamen frivole ac sine effectu contra eam insurgit: saltem quia videt, à nova singulari & erronea ipsius opinione me dissentire. Nempe Aristarchus noster non patitur, alios sibi contradicere: sed ejus *juris*, & statim ut ore excidit, exosculandum & adorandum esse putat. Scilicet! Sed lubet hic referre: quid de novella Dictatoris nostri opinione, quæ ipsi tantopere placet, noviter sentiat Dominicus Arumæus. Is d. exercitat. Justin. 15. th. 16. hac de re inter cætera ita scribit: Bocerus novum ausus est dare intellectum: quem neque probò, neque prædictorum textuum sensui congruum existimo, &c. Non ergo ægrè ferat Dn. Collega Bocerus me quandoque ab ipso dissentire: cum videat, & alios non omnia ipsius commenta pro oraculis habere.

- 86 Et si verò Accursius & Doctores plerique ad hunc §. nostrum & ad l. eleganter. 23. §. ult. ff. de cond. ind. plures casus (puta causam judicati. l. 1. C. de condic. indebit. jurisjurandi nam posteaquam 9. §. 1. si actor. 36. ff. de jurejur. §. item si quis postulare. 11. infr. de action. pietatis. l. cum is, qui. 32. §. mulier. ff. de condic. indebit. transactionis. l. in summa. 65. §. 1. ff. d. t. & denique scientiæ. l. indebitum. 9. C. eod.) excipiunt: quibus indebiti per errorem soluti repetitionem cessare existimant: attamen, præter exceptionem superius n. 77. propositam, nullam aliam recipiendam esse, rectius concluditur. Quod enim quis condemnatus ex causa judicati solvit, maxime debitum solvit: siquidem judicati actio constituta est ad illud exigendum. l. miles. 6. §. ultim. ff. de re jud. leg. actori. 8. Cod. de reb. credit. Id autem maxime debitum esse constat, quod ab invito 87 exigi potest. leg. deb. 108. ff. de verb. sign. Sic etiam quod ex causa jurisjurandi solutum est, non indebitum, sed debitum solutum est: quia & hic non minus actio est ex causa jurisjurandi, quam ex causa judicati. d. l. actor. 8. Cod. de reb. credit. d. §. item si quis. 1. infr. de action. Pari ratione si mater filie nomine dotem dedit, sed eo nomine obligatam credens; non omnino indebitum, sed debitum naturale pietatis contemplatione solvit, arg. l. naturaliter. 10. ff. de oblig. & act. l. naturaliter. 13. ff. de condic. indebit. & similibus allegaturum supra num. 14. Præterea quod ex causa transactionis datur, non ut debitum solvitur: sed datur ob causam futuram, ut à lite discedatur. d. l. in summa. 65. §. 1. ff. de cond. indebit. l. 2. C. eod. Postremo & illud in confesso est: eum repetere non posse, qui sciens indebitum solvit. d. l. indebitum. 9. C. d. tit. cum concordantibus supra adductis num. 8. & 45. Sed non magis hoc pertinet ad regulam, quam superiora: cum regula concepta sit de indebito per errorem soluto: itaque cum ista omnia tam aperte ad regulam non pertineant: valde stultum & ridiculum est, illa excludere à regula, quæ non solum ea non conti-

neantur, sed etiam excludantur. Suntque omnino exceptionis similes his: si quis dicat, indebitum solutum repeti posse, nisi sit debitum: aut si quis leget omnes libros, quos habet in bibliotheca, exceptis statuis & imaginibus? quasi scilicet quisquam tam esset stultus, qui putaret, debitum indebiti appellatione, aut statuas appellatione librorum contineri, ut hæc ex prioribus excipi oporteret. Atque hoc ita eleganter declarat Donellus lib. 14. Comment. de jur. civ. 15. pag. 273. quem referunt etiam, & sequuntur Petrus Heigius hic. n. 23. & Dn. Collega Bocerus class. 2. disp. 8. thes. 21. edit. 2.

Restat actio, qua indebitum solutum repeti potest: 88 quæ condicitiæ actio à Justiniano vocatur. in hoc §. nostro frequentius condicitiæ indebiti. tot. tit. ff. & C. de condic. indebit. nonnunquam indebiti actio. l. si fidejussor. 29. §. hoc idem. 3. in fin. ff. mandati. l. servus 24. in princ. ff. de actionib. empt. quandoque actio condicitiæ. l. 1. ad finem C. de condic. indebit. l. 2. C. de condic. ob causam dator interdum indebita condicitiæ. l. indebiti soluti. 15. §. 1. in fin. ff. de condic. indebit. & sæpius simpliciter condicitiæ. l. 2. in fin. l. ea, quæ 4. & l. seq. C. d. tit. d. l. indebiti. 15. in princ. & §. 1. d. l. si non sortem. 26. §. adeo. 7. cum §. seq. & §. si decem. 13. l. interdum. 29. in fin. l. si in area. 33. l. cui 34. in fin. l. servum meum. 37. l. si is, qui 45. l. dominus 53. l. ex his omnibus. 54. l. sufficit. 56. l. in summa 65. §. sed agere 3. & l. seq. ff. eod. Eaque competit non tantum ei, qui solvit indebitum per errorem: sed & heredi ejus: adversus eum, qui in solutum accepit, & ejus heredem, l. si fundi. 22. l. qui heredis. 46. ff. de condic. indebit. l. si à parte. 5. C. eod.

Nec obstat, quod defunctus, qui non repetiit indebitum, 90 donasse videatur, argumentum l. cum hic status. 32. §. 1. ff. de donat. inter vir. & uxor. ac proinde heredi condicitiæ hæc non accommodetur. Nam in dubio nemo donare præsumitur. l. cum de indebito 25. circa princip. ff. de probationib. & conjunx in d. l. cum hic status, nequaquam donasse, quod non repetiit, sed ejus donationem expresse factam confirmasse censetur.

Nihil quoque movet, quod condicitiæ sit actio in personam, 91 ideoque personam accipientis non egrediatur, nec heres ejus teneatur. argument. l. usus aquæ. 21. ff. de usu & habit. l. privilegia. 196. ff. de reg. jur. c. privilegium. 7. ext. eod. tit. in 6. Heres enim & defunctus pro una eademque 92 persona habentur. Novell. 48. in fine præfationis. idque in omnibus contractibus & obligationibus perpetuum est, ut eadem obligatio teneatur heredes, qua tenebatur defunctus. Sed vide Clodium uberius hæc explicantem in Commentar. de condic. indebit. cap. 5. num. 115. cum aliquot seqq. & cap. 6. numero 1. & 69. cum sequentib. pag. 312.

Sane haud novum est: ut, quod alius solvit, alius repetat, l. nec novum. 5. l. cum indebitum. 57. l. tutores. 61. ibique Gothofred. ff. de condic. indebit. & ibidem Drayen. cap. 8. Inde convenienter quesitum est: an procuratori, qui indebitum solvit pecuniam, & an contra procuratorem, qui indebitum accepit, condicitiæ competat: an verò domino, & contra dominum detur? Et si dominus ratum non habuerit, procuratori, & adversus procuratorem competere, si ratihabitio domini intercesserit: ipsi domino, & adversus dominum dari, responsum est. l. si procurator. 6. ff. de condic. indebit. l. si procuratori 14. ff. de condic. caus. data. caus. non secut. Donell. lib. 14. Comment. de jur. civil. cap. 18. pag. 281. & seq. Clud. d. cap. 5. num. 81. cum seqq. & d. capit. num. 16. & seqq. Quod si duo rei, aut reus & fidejussor, qui decem debebant, viginti pariter solverint: Celsus ait, singulos quina repetituros. l. si pene. 19. §. ult. cum l. seq. ff. de condic. indebit. Si verò non pariter sed diversis temporibus solverint: is qui posteriùs solvit, indebiti condicitiæ habet. l. cum duo. 25. l. ult. §. Titius. 2. ff. d. tit. At quid, si quis pro reo, qui indebitum promissit per errorem, fidejusserit & solverit reone, an fidejussori condicitiæ competet? Et, si rei nomine solverit, reus condicitiæ in suo, ipse fidejussor à stipulatore repetat. l. indebitum pecuniam. 47. ff. de condic. indebit. Cujas. lib. 8. observat. cap. 9. Clud. d. c. num. 94. & seqq. Ceterum si quis pecuniam indebitè solutam bona fide consumplerit: vel casu aliquo perdidit: adversus eum hanc condicitiæ 94 actio

nem non dari, nisi quatenus locupletior invenitur, æquitati consonum putatur. *l. idem est, 3. vers. scilicet quid. §. c. l. nam hoc natura. 14. §. l. hæc conditio. 66. ff. de condit. indebit. Jason. num. 7. & Zasius num. 6. in l. indebiti. 25. §. sed si munus ff. eod. Molin. in tractat. divid. §. individ. part. 2. num. 139.*

95. Petitur autem hac actione conditio vel id ipsum quod solutum est: vel tantundem, sive ejus æstimatio. *l. quod indebitum. 7. l. in summa. 65. §. in frumento. 6. ff. de condit. indebit. l. si operas. 25. in fine. ff. de prescript. verb. §. c. l. Ipsum sanè corpus seu species, quæ data est, petitur, reddique debet, si extet penes accipientem: æstimatio verò reddenda est, si vel species soluta non extet penes accipientem; is tamen ex ejus alienatione factus sit locupletior: vel res, quæ pondere, numero, aut mensura constat, soluta sit, *l. si non fortem. 26. §. libertus. 12. vers. sed hæc inquit. ff. de condit. indebit. l. 2. in princip. §. 1. ff. de reb. credit. l. res in dotem. 42. ff. de jur. dot. Cujac. in Paratit. l. C. de condit. indebit. Donell. d. lib. 14. Comment. de jur. civil. cap. 18. pag. 283. n. 50. bique Hiliger. in suis notat. l. 2. D. Bocer. class. 2. Disputas. 8. thes. 25. edit. 2. latè Clud. dict. Commentar. de condit. indebit. cap. 7. num. 17. §. seqq. part. 324. Quod si quis ad res duas disjunctim obligatus, puto Titium vel viginti, utrumque per errorem solvat: in arbitrio ipsius solventis est, utrum repetere velit. *l. penult. Cod. de condit. indebit. Quædammodum, qui hominem generaliter promissit? Stichum autem, existimans eum se promississe, præstet; Stichum repetere, & alium quemlibet dare poterit, teste Juliano in l. cum sit, qui Pamphilum 32. §. ult. ff. eod. tit. D. Bocer. d. Disputas. 8. thes. 26. Hum. d. lib. 3. var. resolut. jur. civ. tract. 3. part. 2. quest. 10. pag. 912. §. seq. Linglois d. decis. Julin. 10. quest. 2. §. 3. fol. 105.***

96. Cui non reclamatur Celsus in l. si sit, cui legatus. 19. ff. de leg. 2. ubi ait solventi Stichum, cum ignoret, sibi permissum vel Pamphilum dare, repetitionem neutiquam competere. Nam (non attentis variis aliorum solutionibus, Bartoli, Baldi, Jasonis & Fulgosi in dict. leg. cum sit 32. §. ult. ff. de condit. indebit. nec non Cujacii libr. 8. observation. cap. 35.) rectius nonnulli respondent: sententiam Juliani in contradiis; Celsi verò in ultimis voluntatibus obtinere & quod hoc casu ex contractibus indebitè solutum est, posse repeti: quod autem ex ultimis voluntatibus non æquè: idque specialiter favore ultimarum voluntatum receptum esse. Quamvis enim regulariter alias in alternativis promissoris sive debitoris aut rei electio sit. *l. plerumque. 10. §. ult. ff. de jure dot. l. 2. §. Scævola 3. ff. de eo, quod licet loc. l. ubi autem non apparet. 75. §. qui illud aut illud 8. ff. de verb. oblig. Cap. in alternat. 70. de reg. jur. in 6. in ultimis tamen voluntatibus ad eum, qui creditoris vicem sustinet, electio spectat. Unde jura nostra legatario, qui creditoris loco esse censetur, electionem concedunt, quando illi generaliter, vel sub alternatione aliquid legatum fuerit. *§. si generaliter. 22. sup. de legat. l. plane. 34. §. penult. l. legato 37. in princ. ff. de legat. 1. & l. Lucio Titio. 23. ff. de legat. 2. Alciat. in l. 2. §. 1. ff. de verb. obligat. Robertus libr. 1. sentent. jur. cap. 9. Costatus in l. si pater. 19. §. ult. ff. de condit. indebit. Pacius in d. l. penult. C. eod. §. cent. 4. in eod. David. quest. 7. hoque laudat Cludius d. Comment. de cond. indebit. c. 3. n. 78. §. seqq. Linglois d. decis. 10. quest. 4. num. 10. §. seqq.**

97. Similiter illi, quod ex d. l. penult. C. de condit. indebit. notatum est, in alternativis debitori, qui utrumque & Titium & viginti per errorem solvit, electionem repetendi permitti, non obloquitur textus in l. si non fortem. 26. §. si deceat. 13. in fine. ff. d. tit. ubi utroque simul soluto, & quinque & Stichum, in debitoris voluntate positum non est, repetere utrum velit: sed in creditoria arbitrio consistit, vel quicquid retinere, vel Stichum; & vel quinque restituere, vel servum Stichum. Respondetur enim: sententiam veterum Jurisconsultorum hac de re olim variasse. Ulpianus liquidem, Celsus & Marcellus voluerunt i debitori, utroque soluto, electionem amplius non concedendam; sed creditoris, qui accepit, arbitrio permittendam reddere utrum velit. *l. l. si non fortem. 26. ff. si decem. 3. ff. eod. Papinianus vero, & Julianus contrarium affirmarunt debitori videlicet electionem dandam esse repe-*

tendi, quod velit, non creditori electionem restituendi dict. leg. penultim. C. eod. tit. Atque hanc posteriorem sententiam, rejecta Ulpiani & aliorum opinione, Justinianus approbavit; adeoque postterram partem dict. §. decem in dict. l. si non fortem correxit, per dict. l. penult. C. eod. sicuti non infusè, post Accursium ibidem, Cujacium d. lib. 8. observat. cap. 35. Borcholten in Commentar. de compensationibus c. 1. n. 47. cum seqq. & Duarenum ad tit. ff. de cond. indebit. cap. 9. annotavit novissimè Cludius dict. cap. 3. num. 66.

Non item refragatur *l. plane si duos. 11. ff. de condit. indebit. ubi in alternativis repetitio & electio non debitori, sed potius creditori datur. Multum namque interest, utrum duo, qui illud aut illud debuerunt, pariter ambo utrumque solvant, an verò unus, qui idem debuit, solos solvat utrumque. Cum unus solvit utrumque: quod disjunctim debuit, is ut electionem dandi ante habuit: ita & post solutionem electionem, utrum velit, petendi habet, & potest etiam habere: quia duæ res ab eo disjunctim debita electionem hanc admittunt, dict. leg. penultim. C. eod. At cum duo res eodem modo debuerunt, & singuli unam solverunt, id est, ambo pariter utramque: non possumus singulis electionem dare, utram petant; cum singuli unam à se solutam repetant; manifestum sit autem in unam rem, quæ à singulis petatur, electionem non cadere: sic fit, ut hoc casu, electio e petendi singulis adempta, soli creditori, quid reddat, & cui reddat, electio relinquatur. *d. l. plane. 21. ff. eod. Donell. d. lib. 14. Comment. de jur. civ. c. 18. pag. 275. num. 30. Idque copiosius exclamat Cludius dict. cap. 3. num. 80. cum aliquot sequentibus ubi & aliis objectionibus respondet.**

Porro cum indebiti conditio naturalis sit (non aliam ob causam sic dicta, quam quod natura, id est, boni & æqui regula utitur ad res exigendas, quas in rebus nostris, quæ sine causa ad alium pervenerunt, præstari æquum est argum. *l. nam hoc natura. 14. §. l. penult. de condit. indebit.) ideo etiam, quod rei soluta accessit, ut fructus fundi, ancillarum partus, pecorum forus, item merces habitationis, in illam venit, *l. indebiti. 14. in princ. §. l. in summa. 65. §. si, qui indebitum. 5. cum §. seqq. ff. d. tit. §. ibidem in Paratit. Wesseneb. num. ult. Donell. d. cap. 18. pag. 286.**

Nec obstat, accipientem lucrari debere fructus consumptos: cum habeat titulum pro soluto, itemque bonam fidem: siquidem ignoranter acceperit, arg. *§. si quis à non domino. 25. sup. de ver. divis. Nam fructus consumptos tum demum lucratur, quando ex titulo debitum verum resultat. l. fructus. 33. ff. de rei vindicat. Aliter se res habet, quando debitum falsum est, ut hic *§. l. si non fortem. 26. §. libertus. 12. ff. de condit. indebit. Clud. d. Comment. de condit. indebit. cap. 7. num. 80. pag. 340.**

Quæri hoc loco opportunè solet: an iudex, qui reum, probationibus id ipsum exigentibus, ad redditionem percurrit, indebitè acceptæ, condemnat, simul eundem in usuras condemnare possit? Et non posse, satis expresse decidit Imp. Antonius *l. 1. vers. istas autem C. de cond. ind. ubi hanc addit rationem: quia actione conditionis ea sola quantitas repetitur, quæ indebita soluta est. Obligatio quippe hic non nascitur, nisi quatenus res data repetitur. l. si tibi decem. 17. in princ. ff. de pactis. Usure autem dare non sunt: proindeque actione hac repeti non possunt. Eodem facit textus in l. quærens 4. ff. de cond. ob turpem causam. Et ea de re vide subius dissertantem Clodium prædicto comment. de condit. indebit. cap. 10. num. 59. & multis subseqq.*

Quæri item solet de eo: nunquid, si hujus actioni renunciatum sit, nihilominus ea intentari possit? Et multi quidem autumant, renunciationem specialem indebiti conditionem impedire, non autem generalem. Fulgosi & Costatus in l. ultim. §. idem quasi, 3. ff. de condit. indebit. Arcerius in l. si quis cum aliter. 36. col. ultim. ff. de verb. obligat. Alexand. consil. 42. num. 8. vol. 1. Inod. in c. cum contingat. man. 54. ext. de juror. & in c. penultim. num. 16. de capt. vend. & Cramero. lib. 2. var. resolut. cap. 4. num. 4. hoque referens Cludius dict. Commentar. cap. 5. num. 19. Quibus addatur Richter in tract.

de contractibus, disput. 3. th. 14. ad lit. c. pag. 87. Verum neque generalem, neque specialem renunciationem ob stare, quod minus indebiti conditio possit à renunciante intentari, & receptius videtur & probabilius, tum per textum evidentem in d. l. ult. §. idem quasit ff. de condit. indebit. tum quia idem error est in utraque renunciatione, qui est in principali solutione; & sicuti per errorem indebiti solvitur: ita & indebitè renunciatur: ac proinde error iste renunciante non præjudicat, argum. l. doli exceptio 105 19. vers. diversum est. ff. de novationib. tum quia errantis nullus planè est consensus. l. si per error. 15 ff. de jurisd. tum denique quia nemo intelligitur renunciare juri suo, quod vel ignorat sibi competere, vel dubitat, argum. l. mater decedens. 19. in princ. ff. de inoffic. testament. & l. in repudianda. 23. ff. de acquir. vel omitt. heredit. Atque ita tradiderunt Bartolus: Paulus de Castro, & ceteri in d. l. ult. §. quasit. ff. de condit. indebit. Jacob. Butr. Guilhelm. de Cuneo, Albericus de Rosat. & Jason in l. 1. ff. eod. ibidemque Duarenus cap. ult. vers. alia questio est de renunciati. &c. nec non Hiliger. in Donello enucleato, lib. 14. c. 18. ad lit. a. ubi & alior citat.

106 Postremo & illud queri assolet: an hæc conditio actio cum rei vindicatione concurrat? Sed haud dubium est, non concurrere. Is enim, qui solvit. transfert dominium rei solutæ alium, licet per errorem solvat. leg. dominus. 52. ff. de condit. indebit. ubi à Proculo distinguitur: an dominium translatum sit in accipientem, cui jam solutio facta est, an non sit: ut, si dominium translatum sit; quoniam scilicet soluta res est ab eo, qui potestatem ejus alienandæ habebat; cesset rei vindicatio, & competat conditio. Si autem dominium translatum non sit; quia is, qui solvit, mansit dominus; competat rei vindicatio. Is siquidem, qui experitur actione in rem, contendit se dominum esse. l. in rem. 23. ff. de rei vindicat. Qui verò experitur condictione indebiti, petit dominium in se transferri: quæ utique repugnantia esse, nemo non animadvertit, docente Duarenio in Commentar. ad d. tit. de condit. indebit. cap. ult. in fine.

§. Item is. 2.

Item is, cui res aliqua utenda datur, id est, commendatur, re obligatur: & tenetur commodati actione. Sed is ab eo, qui mutuum accepit, longè distat. Namque non ita res datur, ut ejus fiat: & ob id de eâ re ipsa restituenda tenetur. Et is quidem, qui mutuum accepit, si quolibet fortuito casu amiserit, quod accepit: veluti incendio, ruina, naufragio, aut latronum hostiumvè incurso: nihilominus obligatus remanet. At is, qui utendum accepit, sane quidem exactam diligentiam custodiendæ rei præstare jubetur: nec sufficit, ei tantam diligentiam adhibuisse, quantum suis rebus adhibere solitus est; si modò alius diligentior poterat eam rem custodire: sed propter majorem vim, majoresvè casus, non tenetur; si modo non ipsius culpa is casus intervenit. Alioqui si id, quod tibi commodatum est domi peregrè tecum ferrè malueris, & vel incurso hostium prædonumvè, vel naufragio amiseris, dubium non est, quin de restituenda eâ re tenearis. Commodata autem res tunc propriè intelligitur; si nulla mercede accepta vel constituta, res tibi utenda data est. Alioqui mercede interveniente, locatus tibi usus rei videtur. Gratuitum enim debet esse commodatum.

SUMMARIA.

- 1 Commodatum nunc dicitur.
- 2 Commodati definitio.

- 3 Commodatum est contra Jus realis.
- 4 Commodatum in quo differat à locatione.
- 5 Commodatum quomodo differat à deposito, pignore, & mutuo
- 6 Commodatum & precarium in quibus differant.
- 7 Commodatum in quo distinguitur à mutuo.
- 8 Commodatum contrahere qui possint.
- 9 Impuberes sive tutore suo commodare alii res suas nequeunt.
- 10 Impubes & furiosus commodatum accipientes; qua actione teneantur.
- 11 Quod de impubere statuitur; idem de pubere minore, itemque prodigo, sine curatoris sui consensu commodatum contrahente, intelligendum.
- 12 An si libero homini, mihi bona fide servoienti, quasi servo, rem commoda vero, commodatum consistat.
- 13 Quæ res in commodatum cadant.
- 14 Equid res aliena commodatur.
- 15 Quæ res in hunc commodati contractum non veniant.
- 16 Commodati contrahendi modus vel substantialis, vel accidentalis.
- 17 Mens & intellectus l. rem mihi 21. §. 1. ff. commodati.
- 18 Explicatio Novell. 99. cap. 1. & auth. hoc ita. Cod. de duob. reis stipul.
- 19 Qua pacta adici possint commodato.
- 20 Ex commodati contractu quæ obligatio nascatur.
- 21 Directa commodati obligatio quæ.
- 22 Ut contractus obligationem; ita obligatio actionem parit.
- 23 Commodatarius quam culpam præstare teneatur.
- 24 Sensus & lectio hujus. §. 2.
- 25 Verba pro subiecta materia sunt accipienda.
- 26 Articuli (sane & planè) gradum addunt.
- 27 Intellectus l. si, ut certo §. §. enodiam. §. ff. commodati.
- 28 Quod uni legi deest ex alia supplendum est.
- 29 Consideratio l. 1. ff. de peric. & commod. rei vend.
- 30 Similitudo & dissimilitudo inter commodatum & precarium.
- 31 Quando dolus, lata & levis duntaxat culpa, in commodato præstetur.
- 32 Quando dolus tantum, & lata culpa.
- 33 De casu fortuito non tenetur commodatarius.
- 34 Quibus casibus etiam casus fortuito præstetur in commodato.
- 35 Nam ad hoc, ut commodatarius teneatur ad casus fortuitos, sufficit pactum generale de omni periculo præstando: an verò requiratur, ut casus fortuiti specialiter enumerentur.
- 36 Omnium pactorum fides servanda.
- 37 Tantum valet genus per se solum positum, quantum enumeratio omnium specierum.
- 38 Summa l. si quis domum. 9. §. 2. ff. locati.
- 39 Summa l. qua fortuitis. 6. C. de pignor. act.
- 40 Sententia l. juris gentium 7. §. 15. ff. de pact. & l. & Arifioni. 39. ff. mandati.
- 41 Sententia l. litis. 17. §. 1. ff. de negot. gest.
- 42 Summa l. tutoribus. 4. C. de peric. tutor. & curat.
- 43 Dicitio (periculi) quam significationem recipiat.
- 44 Intellectus l. negotium. 22. Cod. de negot. gest. & l. 1. Cod. depositi.
- 45 Declaratio l. sed & si quis. 4. §. 4. ff. si quis cautionib. &c.
- 46 Explicatio l. 1. C. de commodato.
- 47 Leges Codicis semper sunt restringenda ad casum propositum.
- 48 Utrum commodatarius, si rem per nuntium remisit, re præempta, liberetur.
- 49 Quando commodatarius extra culpam esse censetur.
- 50 Commodatarius eandem speciem tempore & tempore locæ que opportuno, commodatori restituere tenetur.
- 51 An compensatio in commodato habeat locum.
- 52 Summa l. ult. C. de commodato.
- 53 Compensatio tantum in quantitatibus, non in speciebus, præcedit.
- 54 Sententia l. creditoris. 15. §. ult. & l. si is qui rem 50 ff. de fure.
- 55 Intellectus l. in rebus commodatis 18 §. fin. ff. commod.
- 56 Sententia l. ult. C. de compensationib. & §. in bonæ fidei. 10. Inst. de actionib.
- 57 In commodato non solum ipsa res principalis, sed & ejus accessio restitui debet.
- 58 An, siquid ob dolum, ita etiam ob latam culpam commodatarii, sive culpamque Rei, rem non restituentis, vel non exhibentis, in rem juretur.
- 59 Lata culpa non solum dolo comparatur, sed & dolo appellatur.
- 60 Sententia l. in actionibus. §. §. 1. ff. de in lit. jurand.
- 61 Diffinitioni taxativa (tantum, solum, duntaxat, &c.) casus finiter non excludunt.
- 62 Quatenus dolus in delictis ad latam culpam non producat.
- 63 Cujus temporis æstimatio rei commodata in judicio fieri debet.
- 64 Sensus & explicatio l. vinum 22. ff. de reb. cred. & l. ult. ff. de condit. instic.
- 65 Directa commodati actio cum quibus actionibus concurrat. & cui, adversus quem competat.
- 66 Commodator ad quas præstationes commodatario adstringatur.

- 67 Si quisquam ad certum usum & præfixum tempus rem committit : an finito tempore, necum tamen impleto usu, rem à commodatario repetere possit.
- 68 Commodator damnum, quod per causam commodati contingit, commodatario rescire tenetur.
- 69 Quæ impensas commodatario refundere commodator necesse habeat.
- 70 Contraria commodati actio cui, & contra quem datur.
- 71 Contraria ista actio cur sic dicta.
- 72 Directa commodati actionis formula.
- 73 Contraria actionis forma.
- 74 Si commodatario res commodata surrepta sit, quodnam ei iudicium ad rem illam recuperandam competat.
- 75 Furti actio quibus accomodetur, & quid persequatur.
- 76 Quanto actionibus in factum, officio iudicis, &c. locus relinquatur.
- 77 Conditio incerti, itemq; conditio ex iniusta causa, commodatario adversus furem conceditur.
- 78 Opinio Boceri, iudicis officium nobile hoc casu habere locum putantis, refellitur.
- 79 Intellectus l. interdum. §. 1. ff. de furt.

Tertia species obligationis, juxta re contrahitur, est commodatum; à commodandi verbo derivatum: quod generaliter, late & improprie significat, inservire alicujus commodis, vel alicui quoquo modo prodesse: ita ut etiam pro mutuum dare. l. fin. C. de his, qui ex publicis rationibus mutuum pecuniam acceperunt. & contra mutuoare pro commodare ponatur. litem legato. 49. §. 2. ff. de legat. 3. l. questum. 12. §. si quis. 14. ff. de instructo, vel instrument. leg. Mantice de pac. & amb. convent. lib. 9. tit. 1. num. 1. Alti in specie, sive proprie & strictè, ut hic, rem aliquam gratis ad certum usum utendam concedere designat: & hujus respectu non inconcinne dicitur commodatum, quasi cum modo, id est, certâ formâ utendi datum: uti tradiderunt Wesenbecius in Parat. l. ff. hoc tit. n. 2. ibidemque Duaren. cap. 1. Conan. lib. 7. Comment. jur. civil. c. 3. n. 1. Oldendorp. class. 4. act. 15. in princ. Hiliger in Donell. enucleat. lib. 14. cap. 2. ad lit. A. Dn. Obrecht.

2 Disput. 13. thes. 2. & seqq. Definitur itaque commodatum haud ineptè contractus, re initus, nominatus, juris gentium, bonæ fidei: quo res gratis, certum ad usum, eâ lege conceditur; ut eadem ipsa in specie, finito usu, restituitur. Vide Althusium lib. 1. Diæalog. cap. 69. num. 2. p. 240 & Kniphschildi exercitatus. Acad. 3. th. §. p. 90. Commodatum esse contractum, re initum, nominatum, juris gentium, bonæque fidei, liquefit ex l. juris gentium. 7. §. 1. ff. de pact. l. in commodato. 17. §. sicut. 3. vers. geritur enim ff. commodati. hoc §. nostro. in verb. re obligatur. item §. actionum autem 28. infr. de actionib. l. 1. §. si quoq; 3. ff. de obligat. & act. l. contractus. 23. ff. de regul. jur. Dixi in definitione, quo res: quia hic contractus non oritur, nisi res interveniat; sive ea mobilis sit, ut vestis; sive movens, ut equus; sive immobilis, ut fundus. l. 1. §. 1. commodati. & latius explicabitur infrâ n. 13. Dixi quoq; gratis, per hunc §. nostrum. in fine. l. si, ut certo. §. 1. rem tibi 12. ff. commodati. leg. si gratuitum. 17. §. si cum unum. 3. ff. de prescript. verb. Eaue nota distinguitur commodatum à locatione & conductione. Tamen enim in locatione atque, ac in commodato, res utenda conceditur: commodatum tamen gratuitum est: in locatione verò merces pro usu, rei intervenit, initio tit. l. de locat. & conduct. l. 2. in princ. ff. locati. Timens Faber disput. 22. ad l. l. Imperialis. th. 10. lit. b. Dixi item, certum ad usum, arg. hujus §. & d. l. 1. §. ille quidem. 4. ff. de obligat. & act. Atque istis verbis commodatum discriminetur à deposito, & pignore, itemque mutuo. Nam si creditor pignore, & depositarius re depositâ uti fuerint, furtum committunt. §. furtum autem sit. 6. vers. itaq; sive creditor. infr. de oblig. que ex del. nasc. Similiter in mutuo res non ad usum, sed potius ad abutulum datur. Res etenim, quæ mutuo datur, talis esse debet, ut usa consumatur, velut constat ex princ. hujus tit. l. 2. §. 1. ff. de reb. cred. & d. l. 1. §. 2. ff. de obl. & act. contra quæ commodator, talia esse debet, ut usu non consumatur. Neque enim potest commodari id, quod usu consumitur, nisi forte ad pompam vel ostentationem (dicitur gratia, hoc est, perfunctorie tantum, arg. l. 1. §. exornatur. 34. ff. ad SC. Silianum vel dicitur gratia. l. c. ad ostentandas divitias arg. l. si ego. 18. in fin. ff. de reb. cred.) quis accipiat, inquit Ulp. in l. Hurpprechts ad Iulianus. Tom. III.

3 §. ult. ff. commodati. Usus quippe abutui contrarius est. 6 Duar. d. c. 1. circa medium Osterman. in suis rationalib. hic pag. 67. Sed & iisdem verbis commodatum fecerunt à precario, quod commodato est simillimum, l. 1. §. fin. ff. de precario: quia utroque usus rei gratis conceditur: & utrumque ad libertatem & beneficium magis, quam ad negotium contractum pertinere videtur. l. interdum. 14. ff. de precar. d. l. in commodato. 17. §. sicut. ff. commod. Differunt tamen cum aliis in rebus, tum hac maxime: quod commodatum certum utendi modum, certumque finem accipienti præscribit; quem transgredi commodatario non est licitum. d. l. si, ut certo. §. 5. quoniam & dict. l. 17. §. sicut. ff. eod. Sed precarium neque certum utendi tempus, neque certum modum præfinit: proindeque pro arbitrio concedentis revocari potest. d. l. 1. & 2. ff. de precar. Vultejus hic n. 7. & seqq. Mynsiger. n. 3. Borcholt. n. 7. Donell. lib. 14. Commentar. de jur. civil. cap. 2. pag. 218. n. 50. Petr. Gregor. in syntagm. juris univers. lib. 23. cap. 1. n. 8. Althus. d. lib. 1. Dicaeolog. cap. 69. n. 11. cum seqq. pag. 241. Andr. Gerhard. d. decad. 13. quest. 1. Oleman. ad Disp. 25. Giphanii n. 4. Formannus Disp. 20. thes. 4. ad lit. b. Arnoldus Vinnius lib. 2. Jurisprud. contracta. cap. 24. pag. 73. Martin Bonacina in tract. de contractib. & rellit. disp. 3. quest. 15. n. 1. pag. 685. & Hoffschius programmatus. decuria 6. postea. 3. lit. A. Licet aliter sentiat Nicolaus Bellonus lib. 2. supplectio. jur. cap. 13. n. 2. Dixi denique, eadem ipsa in specie restituitur. Quâ notâ rursus commodatum distinguitur à 7 mutuo; in quo non redditur eadem species, sed idem genus, ut diximus supra initio hujus tit. dict. l. 2. in princ. & §. 1. ff. de reb. cred. Stuck part. 1. exercit. Justin. decad. 10. assert. 4. lit. b. Et quidem res non deterior est restituenda: siquidem proprie haud reddita dicitur, quæ deterior reditur. l. 3. §. 1. & l. in rebus. 18. §. 1. ff. commodati. Timens Faber d. disp. 22. th. 16. ad lit. d.

Contrahere autem commodatum queunt omnes, qui 8 consentire possunt l. 1. §. convent. ff. de pact. leg. in omnibus §. 5. ff. de obligat. & act. leg. in negotiis. §. ff. de regul. jur. In personâ igitur furiosi & infantis commodatum non consistit, l. 2. ff. commodat. leg. furiosi. 40. ff. de regul. jur. §. sed quod diximus. 10. supr. de inutil. stipulat. Surdum verò commodatum contrahere posse, non dubium est, leg. in quibuscumq; 48. ff. de obligat. & action. Et sanè in primis puberes, ut sui juris, sic & filii familias hunc contractum celebrare possunt. leg. 1. fin. ff. de commod. l. filiusfamil. 39. ff. de obligation. & actionib. Etenim impuberes sine tuto- 9 ris sui auctoritate commodare alii res suas nequeunt, leg. obligari. 9. in princip. & §. 1. & 2. ff. de auctorit. & consens. tutor. leg. obligari 43. ff. de obligationib. & actionib. initio tit. suprâ, de auctorit. tutor. ubi id explicari fufius n. 4. & sequi- nec ipsi, si absque tutore commodatum accipiant, obligantur: nisi quatenus locupletiores facti fuerint. dict. leg. 1. §. ult. & l. 3. in princip. ff. commodat. leg. pupillus §. in princip. ff. de auctorit. & consens. tutor. Tamen de re com- 10 modatâ restituenda ad exhibendum actione, & rei vindicatione teneatur, ut & furiosus. leg. 2. ff. commodati. leg. furiosus. 46. ff. de obligationib. & actionib. Hujusque ratio est perspicua: quia valde iniquum esset; eum, qui tenet rem alienam, nullâ actione teneri; propterea quod is justæ ætatis non sit, vel non sit sanæ mentis. Ratio autem, cur actione ad exhibendum magis, quam actione commodati teneantur furiosus & impubes, hæc est: quoniam iudicio consensuque carent: & tunc obligantur, cum ex re obligatio venit, id est: ex facto aliquo, in quo non est necessarium iudicium pupilli vel furiosi. dict. leg. furiosus. 46. ff. de obligationib. & actionib. Duaren. ad tit. ff. & Cod. de commodat. cap. 7. Ceterum quod de 11 impubere: absque tutoris auctoritate commodatum contrahente, jam dictum est: id etiam de pubere minore, itemque prodigo, sine curatoris sui consensu contractum commodati ineuntem, excludendum est, leg. si curatorem. 3. Codic. de integr. restitut. minor. l. 1. & 2. Codic. si adversus credit. l. in cuius bonis. §. ff. de verbor. obligation. dict. leg. furiosus. 40. ff. de regul. jur. D. Collega Boceri. hic n. 16. pag. 180. & class. 2. Disput. 10. thes. §. edit. 2. Si libero homini, qui mihi bonâ fide serviebat, quasi servo, rem commodavero, an commodatum consistat, ambigitur?

12 Sed distinctione res expedienda est. Aut enim liber ille homo ignarus fuit sue conditionis: aut non. Priori casu commodatum non consistit: sed ad innominati contractus naturam quam proxime accedit. Posteriori vero casu vires obtinet, *leg. is, qui commodatum. 13. §. 2. ff. commodat. juncto leg. liber. 19. in fine. & leg. homo liber. 54. in princip. juncto §. 1. ff. de acquir. rer. domin. & leg. liber homo. 118. in princip. ff. de verbor. obligat. D. Bocer. d. Disput. 16. thes. 6.*

13 Res, quæ in commodatum cadunt, sunt non solum mobiles, sed & immobiles, non tantum corporales, verum etiam incorporeales. Unde & habitationem commodari posse, Vivianus asserit. *l. 1. §. 1. ff. commodat. quoniam de eo Ulpianus subdubitet. l. si gratuitam. 17. in pr. ff. de prescript. verb.* Sed & servitutes ad certum tempus concessæ alicui commodabuntur, vel potius accommodabuntur, id est, aptabuntur usui alicujus, permittendo alicui illis uti, tradente Petro Gregorio Tholosan. in *Syntag. jur. univers. d. lib. 23. cap. 1. n. 2.*

14 Commodantur quoque res tam alienæ, quam propriæ. *l. commodat. ita ut fur, sive prædo (siquidem domini translatio ad hanc obligationem contrahendam necessaria non est. leg. rei commodata. 8. & l. seq. ff. d. tit.) commodare possit. lita ut. 16. ff. eod. tit. l. non ab judice. 64. in princip. ff. de judiciis.* sed alii, quam rei domino, argumento *l. bona fides. 31. §. 1. vers. si tamen ignorans. ff. de positi. Duaren. ad tit. ff. Codic. de commodato. cap. 2.* Ex tamen res quæ usu consumuntur, veluti pecunia numerata, oleum, frumentum, &c. in hunc contractum non veniunt: nisi forte (ut jam supra dictum n. 5.) ad pompam vel ostentationem commodentur, ut dicis gratiæ numerationis loco intercedant, & simulatæ ista numeratione absolutæ restituantur. *l. 3. in fine. & l. 4. ff. commodat. sive (veluti ex glossis veterum Græcorum ad d. l. 4. ff. d. tit. interpretatur Cujacius lib. 10. observat. 37.) ut satisfiat solennitatibus*

15 juris; quemadmodum in mancipationibus interveniebat tertius unus, dicis tantum gratiæ: sive ut dicere quis posset, se numerasse, perfuntoriæ scilicet & simulatæ, non serio & verè: ut recte docuit Duaren. d. cap. 2. in fin. & lib. 1. Disputat. annivers. cap. 47. eumque referens Heigius hic n. 9. & Coras. lib. 4. miscellan. jur. civil. cap. 8. n. 6. quamvis hic ibidem & alias expositiones recenscat. n. 2. & seqq.

16 Commodatum contrahendi forma sive modus, vel substantialis censetur, vel accidentalis, docente D. Collega Bocer. *class. 2. Disputat. 9. thes. 10. edit. 2. & in hoc §. num. 24. pag. 180.* Substantialis quidem quod res commodatur gratis ad certum aliquem usum, hoc §. nostro. in fin. *leg. si, ut certo. §. 5. rem tibi 12. ff. commodat. l. si gratuitam. 17. §. si cum unum. 3. ff. de prescript. verb. l. 1. §. & ille quidem. 4. ff. de obligationibus & actionibus.* Accidentaliter vero; quod res quandoque commodatur pluribus: qui singuli, si species, commodata sit, in solidum obligantur. *d. l. si, ut certo. §. 5. ult. ff. commodat. l. si duo heredes. 22. ff. de positi.* Hæc enim natura est correctorum, ut singuli in solidum, & æque principaliter obligentur, nullaue prorsus sit obligationis discrepantia. *l. 2. l. 3. §. 1. & passim. ff. de duob. rei constituend. Knipschild. exercitat. Acad. 3. quest. 4. pag. 100.*

17 Cui non obstat textus in *l. rem mihi. 21. §. 1. ff. commodat. si* ubi Africanus respondit: si quis duobus vasa quædam communi periculo commodaverit, & ea culpa ipsorum surrepta sint, habiturum commodatorem actionem adversus eos pro cuiusque parte: hoc est non adversus singulos in solidum, quamvis commune periculum fuerit. Nam ibi commodator non singulorum commodatiorum fidem in solidum secutus erat, sed amborum simul, qui conjunctim illorum in se valorum periculum receperant. *Hotoman. illustr. quest. 19. post medium. Cigac. in tract. ad African. 8. in explicatione dicte l. rem mihi. 21. §. 1. D. Bocer. hic n. 34.* Vel in specie istius legis conveniat, ut divideretur periculum inter commodatarios: quia proponitur, vasa utenda communi periculo data esse. Ubi autem non apparet, hoc actum esse, in solidum tenentur. *Duaren. ad tit. ff. de commodato. cap. 8. in fine. Jul. Pac. cent. 4. & vartio Pavat. quest. 42. Rober. Disput. 14. thes. 8.*

18 Similiter non advocatur *Novell. 99. cap. 1. & Auth. hic*

ita C. de duob. rei stipulandi. ubi deciditur, quod hodie duo correi debendi pro virilibus tantum portionibus conveniri debeant, non in solidum: nisi alter aut abiens sit tempore iudicii accepti, aut inops, aut renunciatum sit beneficio novæ constitutionis. Etenim Novella ista nequam abrogat, quod duo rei in solidum exigi & conveniri possint: siquidem de iis duntaxat agit reis, qui vice mutua fidejusserunt. Ita quippe inscriptio Novellæ habet: *περι αλληλεγγυων*, id est, de duobus reis, qui vice mutua fidejussores accepti sunt. Sententia igitur Novellæ illius hæc est: Duo rei promittendi constituti sunt, ita ut singuli in solidum tenerentur: atque adjectum est: ut vice mutua fidejussores existerent, ut alter pro altera fide juberet. (Non videntur autem vice mutua fidejussisse nisi id nominatum sit actum. *l. reo. 11. ff. de duob. rei constituend.*) Hoc casu Imp. Justinianus constituit; ut si omnes solvendo & præsentibus sint, habeant beneficium divisionis, hoc est, ut quilibet pro portione virili, non in solidum, obligetur. Ergo si simpliciter sine fidejussione duo rei sunt constituti: quilibet in solidum potest conveniri: nec reo convento licet allegare divisionis beneficium, quod non reis, sed fidejussoribus datur. Idque latius exponunt. *Cujacius ad dict. Novell. 99. Bronchorst. centur. 4. & vartio Pavat. v. assert. 51. Costal. ad l. vir uxori. 17. ff. ad senatusconsult. Vellejan. Paulus Berens Disputat. 9. them. 2. q. 4. Arumens Exerc. Justin. 13. thes. 9. D. Bocer. hic n. 35. & seq. p. 182.*

Accidentalis quoque contrahendi commodatum modus est; quod interdum ipsi commodato pactum aliquod adjicitur, puta de re commodata certo loco vel tempore reddenda. *l. si ut certo. §. in princip. ff. commodat. & tot. tit. ff. de eo, quod certo, &c. item de non præstanda à commodatario culpa, vel de præstando etiam casu fortuito. leg. contractus. 23. vers. sed hæc ita ff. de regul. jur.* Sed pactum, quo cavetur, ne futurus dolus præstetur, utpote bonis moribus è diametro contrarium, nec in hoc, nec in alio contractu valere potest. *leg. in commodato in princip. ff. commodat. l. 1. §. illud. 7. ff. de deposit. l. si unus. 27. §. illud. 3. ff. de pact. dict. l. contractus. 23. vers. excepto eo. ff. de regul. jur.*

Nascitur ex hoc contractu duplex obligatio: directa five principalis, & contraria, *d. l. in commodato. 17. §. 1. & leg. seq. §. ultim. ff. commodat.* Directa commodati obligatio est, qua commodatori quid præstare commodatarius tenetur. *l. in rebus. 18. §. ult. ff. eod.* Eamque duo afficiunt: 21 debitum, quod commodatarius præstare commodatori strictus est: & actio, qua dubitum illud commodator persequi potest. Ut enim ipse contractus obligationem; sic obligatio actionem parit. *l. licet. 42. §. ea obligatio. 2. ff. de procuratorib.* Obligatio autem spectat debitum aliquod, five rem; quam, qui obligatus est, præstare alteri compellitur, argument. principii. *supr. de obligationib. & l. obligationum. 3. in princip. ff. de obligat. & actionib. D. Bocer. class. 2. Disputat. 9. thes. 11. ad lit. C. edit. 2.* Cæterum debitum istud continetur duabus partibus: curâ videlicet rei commodatæ, & tempestiva rei ejusdem restitutione. *Donell. lib. 14. Comment de jur. civil. cap. 3. pag. 221. num. 10.*

Cura in eo consistit: ne commodatarius dolo, vel culpa sua committat, ut res commodata pereat, aut deterior fiat. Et quia commodatum plerumque concernit solam utilitatem commodatarii, *d. l. si, ut certo. §. 5. nunc videndum. 2. ff. commodat.* ideo ipse exactissimam custodiende rei commodatæ diligentiam; adeoque præter dolum & latam culpam, etiam culpam levem & levissimam evitare cogitur. *d. l. §. 2. in fine, ibi, diligentiam. & d. l. in rebus. 18. in princip. ibi, diligentissimam ff. d. tit. l. 1. §. & ille quidem 4. ibi, exactissimam ff. de oblig. & actionib. d. l. contractus. 23. ubi Petrus Fab. Cujac. & D. Bocer. cap. 4. n. 6. item Deltio cap. 8. ff. de regul. jur. Constant. Hermenop. l. 6. Epitom. tit. 2. Wesenb. n. 4. Hotoman. enunciat. 5. Borcholt. n. 4. Heigius n. 36. Ricciard. n. 46. Bachovius n. 5. p. 737. & alii in hoc §. nostro. Pacini in Epitom. jur. Disp. 12. th. 16. Rober. Disputat. 14. thes. 9. Schickhard. Disputat. 12. thes. 5. lit. c. & resolut. quest. 3. Hanon. disp. 13. controuv. 8. Matth. Stephani cent. 3. quest. 29. Paulus Berens Disput. 9. them. 2. qu. 3. Ciphon. disp. 25. ad hult. th. 7. ibique Olemann. in suis not. n. 7. & Humilius lib. 3. var. resolut. jur. civ. tract. 3. pars. 3. quest. 3. pag. 935.*

- 24 Non resistit huic sententiae, quod in hoc §. nostro dicitur: eum, qui utendum accepit, exactam diligentiam praestare juberi. Tum quia pro voce *exactam*, legendum esse *exactissimam*, patet luculenter ex d. l. i. §. *Et ille quidem*. 4. ff. de obligat. Et act. unde hic §. desumptus est.
- 25 Tum quia verba pro subjecta materia sunt accipienda, & ex natura contractus: alias superlativum non inesse positivo, recte scribit Vultejus lib. 1. disceptat. Scholasticar.
- 26 cap. 15. Tum etiam quia hic §. non dicit simpliciter: commodatarius *exactam* diligentiam praestare debet: sed, *sanè quidem exactam diligentiam*. Hoc autem perinde est, ac si diceret, valde exactam, sive exactissimam, ut Ulpianus in d. l. §. ff. commodat. custodiam *planè* diligentem dixit; pro diligentissimam. Articulus, *sanè* & *planè*, addere gradum, certum est. Stulte verò ac barbare scriberetur in hoc §. *sanè quidem exactissimam*. Est enim perinde, ut si diceret, valde exactissimam, aut valde diligentissimam. Itaque etiam in §. ult. hoc tit. Justinianus in pignore custodiendo, non requirit *sanè* quidem exactam, sed simpliciter exactam diligentiam. Et hoc ipso in §. cum ait, *si modò alius diligentior* &c. satis admonet, se intelligi velle, *exactissimam*, ubi dixit, *sanè quidem exactam*. Usurpari quippe in lingua Latina *sanè*; pro valde, testatur hic in suis notis Marcellus pag. 468. Et seq.
- 27 Sic non obstat d. l. si, ut certo. §. custodiam. §. ff. commodati. ubi Ulpianus diligentem duntaxat custodiam, non diligentissimam, à commodatario exigit. Nam primò ibi JC. non simpliciter custodiam, sed *custodiam planè diligentem*, adeoque diligentissimam desiderat. Deinde, quod uni legi deest, suppleendum est ex alià, quæ rem definit apertius, arg. leg. incivile. 24. Et leg. non est iniquum. 26. cum ll. seqq. ff. de legib. Et c. Atqui ex d. l. in rebus. 18. ff. commodati. Et d. l. i. §. 4. ff. de obligat. Et actionib. manifestum est; commodatarium accuratissimam diligentiam rei commodatæ adhibere debere. Ergo quod in dict. leg. §. §. ff. commodat. de diligente custodia responsum est de custodia diligentissima exaudiri debet. Anton. Matth. hic in vers. nec sufficit ei &c.
- 29 Nihil præterea refragatur l. 3. ff. de pericul. Et commod rei vendit. ubi Paulus in hæc verba respondit: Custodiam venditor talem præstare debet, quam præstant hi, quibus res commodato est: ut diligentiam præstet exactiorem, quam in suis rebus adhiberet. Ea namque lex referenda est ad casum, qui proponitur in §. 1. legis proximè præcedenti. Ibi autem agitur de casu, quo emptio & venditio nondum omninò perfecta est: hoc est, quo vinum ad mensuram venditum, nondum admensum est. Ideoque venditor eà specie merito, præter dolum, latam & levem culpam, etiam culpam levissimam præstat: de qua & commodatarium teneri, ex prædictis aperte constat. D. Boccr. ad dict. leg. contractus. 23. cap. 4. n. 6. ff. de regulis juris. Et in hoc §. nostro. n. § 1. pag. 183.
- 30 Hoc amplius non obstat, quod commodato valde simile est precarium. l. i. §. ult. ff. de precario. in quo non levis, nedum levissima culpa præstatur. d. l. contractus. 23. ff. de reg. jur. in cujus principio disertè traditur: quod precarium recipiat tantum dolum. Quandoquidem inter ista duo magna est ratio differentie: quia precarium non solum ex mera liberalitate proficiscitur. l. quisit 8. §. cum quoque. 3. ff. de precar. sed etiam revocari potest, quandoque concedenti libuerit. d. l. i. §. 2. Et l. 2. §. 2. ff. eod. tit. commodatum verò præscripto modo & fine utendi contrahitur: nec ante usum legitimum intempestivè revocari potest. leg. in commodato. 17. §. sicut. 3. ff. commodati. Mitius itaque egit Prætor cum eo, qui precariò rogavit: si quidem danti imputari queat, cur precarium, cum suspectam haberet diligentiam ejus, qui illud acceperat, mature non revocaverit: ut notariunt Duaren. ad tit. ff. Et c. de commodato. cap. 8. vers. Levissima culpa, Et c. Robertus Et Berens locis præallegatis.
- 31 Porro si utriusque, & commodantis, & commodatarii causa commodatum sit contractum: dolus, lata & levis duntaxat culpa præstatur: veluti, si communem amicum aut cenam invitaverimus, tuque ejus rei curam suscepisses, & ego tibi argentum commodaverim. d. l. in rebus. 18. in princ. vers. at si utriusque. ff. commodati. Thom. Ma. Harpprecht ad Institut. Tum. III.
- tiens in repetit. l. contractus 24. ff. de reg. jur. mun. 171. fol. 168. Si verò quis commodatoris solummodò gratia rem commodatam acceperit: de dolo & lata saltem culpa tenebitur: ut, si quis sponsæ suæ, quò magis compta ornataque ad se duceretur, dederit res utendas: vel, si quis alicui, ut in sua causa consulere, dederit commodatò liberos. l. si, ut certo. §. §. interdum. 10. ubi Bartol. Castrenf. Et alii. l. eum, qui. 10. §. 1. Et l. si mei causa. 12. in princ. ff. commodat. Oldendorp. class. 4. act. 15. pag. mihi. 605. n. 3. Schegk. in delib. jur. Disputat. 15. thes. 83. ad lit. a. Cagnol. ad d. l. contractus. 23. ff. de reg. jur. n. 35. Et seqq. Ungepaur. Exercitior. Justinianeor. 15. quest. 8. Planè, si incendio, vel ruinà, vel quò alio casu fortuito quid damni in re commodatà contigerit; commodatarium non teneri, indubitati juris est. d. l. si, ut certo. §. §. quod verò senectute 4. d. l. in rebus. 18. ff. commodat. d. l. contractus. 23. in fin. ff. de reg. jur. l. 1. C. de commodat. l. que fortuitis. 6. C. de pignorat. act. Paul. Berens. d. Disputat. 9. them. 2. quest. 5. Proinde si commodavero tibi equum senio confectum, quo uteris usque ad certum locum, isque in ipso itinere deterior factus sit, vel perierit: commodati mihi non teneberis. Nam ego in culpa ero, qui in tam longum iter commodavi, qui eum laborem sustinere non potuit, ut disertè respondit Pomponius in l. ult. ff. commodat. D. Boccr. class. 2. Disp. 9. thes. 17. edit. 2. Quinimò commodans equum alicui, quem sciebat non posse ferre laborem, tenetur contraria commodari actione ipsi commodatario ab interesse, si in via ob id equus deficiat, & ipse commodatarius sit damnicatus; secus, si gratis ille commodaverit. Ita, post Caspensem, in l. eum, qui rem. 10. ff. commodat. decidit Hippolytus Bonacossa, in tractat. eorum. question. 404. Enimverò tres præcipuè excipiuntur casus, quibus etiam casus fortuitus in commodato præstatur. I. Si culpa commodatarii intervenerit, per hunc §. nostrum ibi, ff. modò non ipsius culpa, Et c. II. Si res commodata æstimata fuerit, & commodatarius æstimationem se præstiturum recepit. d. l. si, ut certo. §. §. Et si forte. 3. ff. commodat. Oldendorp. class. 4. act. 15. pag. 607. D. Obrecht. Disput. 13. thes. 68. Dynfinger. hic n. 11. in fin. III. Si ita convenit, ut & casus fortuitus præstetur. dict. leg. si, ut certo. §. §. 2. ff. commodat. dict. leg. contractus. 23. ff. de reg. jur. l. i. §. si convenit. 6. ff. deposit. dict. leg. 1. Cod. de commodato. Quo facto & de insolito casu teneri commodatarium, probabilius est, argument. l. fistulus. 78. §. frumentaria. 3. ff. de contrahend. empt. l. ex conducto. 15. §. 2. ff. locat. Pincl. in l. 2. Cod. de rescind. vendit. part. 1. cap. 3. num. 29. Est enim illa indefinita locutio, quæ universali requipollet arg. l. si plures. 98. ff. de legat. 3. Et quid aliud est casus fortuitus, quam insolitus? Justus Schütz. exercitior. jur. Disputat. 13. th. 10. lit. C. pag. 304. Atque id explicatius prosecuti sumus in §. conductor. §. infr. de locat. Et conduct. n. 11. Et seqq.
- Cæterum magna apud Doctores est altercatio: num ad hoc, ut commodatarius teneatur ad casus fortuitos, sufficiat pactum generale de omni periculo aut casu fortuito præstando: an verò requiratur, ut casus fortuiti specialiter enumerentur? Et pro illa, cetero veriore sententia, haud exigui momenti plura sese offerunt argumenta. I. Juris nostri notissima est enuntiatio; omnium pactorum fidem servandam esse: nisi aliqua juris ratio eis obstat. leg. 1. in princ. leg. juris gentium. 7. §. ait prætor ff. de pactis. leg. fin. Codic. eod. Atqui isti pacto generali nihil obstat. Ergo servandum erit. II. Tantum valere debet genus per se solum positum, quantum enumeratio omnium specierum, argument. leg. si chorv. 79. in princ. ff. de legat. 3. Et leg. omnes. 4. Cod. de prescription. 30. vel 40. annor. Jam verò dubium non est ullum; quin si essent omnes species casuum fortuitorum expresse, commodatarius teneretur. III. Suffragatur lex. si quis domum. 9. §. si quis fundum. 2. (qui alias pro lege allegari solet) ff. locati. ex qua apparet, pacto generali standum esse, si quis fundum ita locaverit: ut si quid vi majore accidisset, hoc ei præstaretur. IV. Accedit lex, que fortuitis. 6. Cod. de pignorat. actionib. ubi expressum est, creditorem à petitione debiti submoveri, si inter contrahentes generaliter placuerit, ut amissio pignorum liberat

- 40 beret debitorem. V. Confert d. l. juris gentium. 7. §. sed si quis. 1. ff. de pact. §. l. Arifioni. 39. ff. mandati. ex quibus intelligitur, conventionem valere, quod quis omne periculum præstet, vel ut res alicujus periculo sit. Quæ verba non aliam recipere interpretationem videntur, quam ut etiam omnes casus fortuitos agnoscat. VI. Huc pertinet l. i. 37. §. 1. ff. de negot. gest. ubi declaratur eum, qui negotium gerit alienum, uluras quoque præstare compellendum, & periculum eorum nominum, quæ ipse contraxit: nisi fortuitis casibus debitores ita res suas amiserint, ut tempore litis ex eâ actione contestata solvendo non essent. Si generali periculi appellatione fortuiti casus non comprehenderentur: parum aptè Paulus Jureconsultus illos de relato casu excepisse judicandus esset: cum exceptio de ipsa regula deducatur. secundam Decium, Cagnolus, & Interpretes plerisque in l. 1. ff. de reg. jur. VII. Istud coarguit l. tutoribus. 4. si conferatur cum rubrica siue inscriptione tituli, C. de periculo tutor. & curator. quæ aperte decidit, tutoribus vel curatoribus fortuitos casus non imputari: cum tamen titulus solum periculi mentionem faciat. VIII. Denique huc referri poterunt plures aliæ leges, in quibus dictio periculi hanc significationem admittere videtur, ut l. si quis. 4. ibi hoc depositum periculo est ejus, qui suscepit. ff. de reb. credit. si cert. petendum. l. qui negotia. 34. in fine principii ibi; pecuniam, ex argento redactam; periculo ejus fore, qui accepisset argentum. ff. mandati. §. l. 1. in princip. ibi, convenit, quoad periculum vini sustinetur. & ibidem in §. 1. periculo liberatur, &c. ff. de peric. & commod. rei vend. Atque huic assertioni adimplentur Martinus, relatus à gloss. in l. sed si quis. 4. §. 1. questum. 4. ff. si quis cautionibus &c. Scharidus. Salicernus & Pacius in d. l. 1. C. de commodato. Matth. Stephan. cent. 3. quest. 29. in fin. Soarez. in thesaur. recept. sentent. lit. C. n. 27. ubi plures citat. & novissimè Paulus Berens Disput. 9. ad lultic. them. 2. quest. 6. aliis aliter sentientibus, Azone, Accersio, Odofredo, Guiljel. de Cuneo. Nicolao de Maturelli. Cymo & Gilkenio ad d. l. 1. C. de commodato, & ceteris. per hunc relatis.

- 44 Nec hanc nostram conclusionem enecant l. negotium. 22. C. de negotiis gest. quæ decernit, negotium gerentes alienum, non interveniente speciali facto, casum fortuitum non præstare. §. l. 1. C. depositi. quæ cavetur eum, apud quem res deposita est, ita demum de casu fortuito teneri, si illud specialiter convenerit. Num speciale pactum seu specialis conventio ibi appellatur, non quod sigillatim enumerentur casus fortuiti: sed quod præstatio casuum fortuitorum sit specialis. Hoc enim pactum, de omni periculo præstando, quamvis sit generale, respectu singulorum casuum: tamen est speciale respectu pacti magis generalis, id est, de re commodata domino restituenda. Vel (ut planius res explicetur) speciale in adductis legibus non generali, sed tacito, opponitur: ita ut specialiter nihil aliud sit, quam expressè: quemadmodum enim accipitur in l. licet. 6. ff. in quib. caus. pignus vel hypoth. tacite contrahit. & l. si pignus. 9. ff. qui potior. in pig. vel hypoth. habeant.

- 45 Notum item assertio haud emedullatur per textum in l. sed si quis. 4. §. questum. 4. ff. si quis cautionibus in judicio sistendi caus. factis, &c. ubi dicitur, conventionem istam (nec ulla exceptio in promissione deserta judicio sistendi causa facta, obijciatur) non valere; nisi specialiter causæ exceptionem exprimentur, quibus à promissore sponte renunciatum est. Etiam in casu illius legis dum is, qui caret iudicio sisti, renunciat casibus fortuitis, quibus potest impediri, ne sistat; rem quodammodo impossibilem promittente videtur. Promittit enim, se venturum: & pacificur, se excusandum non esse, licet inundatione fluminis, incursione hostium, aut simili casu impediatur. Proindeque hoc pactum est odiosum, atque adeo restringendum: cum impossibile nulla sit obligatio. l. impossibilem. 185. ff. de reg. iur. Ceterum in nostro schemate, nihil tale in considerationem venire potest: dum commodatarius caret de restituenda estimatione rei, quovis casu perempta: imò æquissimum est, ut casum omnem præstet: cum ipsius gratia contractus fiat: nec dominus commodaturus esset, nisi periculum commodatarius subiisset. Sed vide Pinellum ad l. 2. Cod. de regim. vultu. part. 1. cap. 3. non. 26.

Bronchorst. centur. 1. évartio Davā v. assert. 26. edit. 2. & quæ notavimus infr. ad §. sed hodie. 2. tituli. de satisfactionib. n. 20. & seqq.

Præterea minime enervat decisionem nostram dict. l. 1. Cod. de commodato. ibi dum probatur pactum generale, quod est factum contemplatione unius certi casus, nempe incursione hostium: inde colligi posse videtur; alias, id est, nisi contemplatione certi casus fiat, pactum generale non valere. Imperatores namque Diocletianus & Maximianus non ajunt, pactum esse factum duntaxat de incursu hostium: sed proponunt pactum simpliciter factum & generaliter. Nec moverit, quod dicatur factum contemplatione incursione hostilis. Hoc siquidem ideo proponitur: quia pactum generale ad eum casum, de quo non fuit cogitatum, pertinere non videtur. Unde cum in specie istius legis incursu hostium res perierat: pactum autem non de incursione hostium, sed generaliter conceptum fuerat: ideoque omnis dubitationis, & in facto consistentis questionis tollendæ causa proponitur, pactum intervenisse contemplatione hostium. Adde, quod leges Codicis semper restringendæ sunt ad casum propositum, de quo Impp. respondent; ut, post Pacium in d. l. 1. C. de commodato. n. 12. rectè tradidit Paulus Berens dict. Disput. 9. item. 2. quest. 6. in fine.

Ambigitur quoque de eo: utrum commodatarius, si rem per nuncium remisit, re peremptâ, vel à nuncio averfa, liberetur? Et, nisi qua culpa ei imputari possit, illum liberari putaverim. l. eum, qui. 10. §. 1. & ibi Costal cum l. seq. ff. commodati. Extra culpam verò commodatarius esse censetur, si tali rem perferendam committat, cui nulla mali infidet suspicio, & quem consuevit dominus istis implicare negotiis, argum. l. si mei causa. 12. §. 1. l. argentum. 20. ff. commodat. & l. qui hominem. 34. §. si Titium. 3. ff. de solutionib. Heigius hic n. 24. & Schrader. num. 29. Idque procedit, etiam si commodatarius rem tradat servo vel famulo ipsius domini aut creditoris: quia si alias erat fidelis, & talis, cui verisimiliter potuit & debuit credere, & cui talia solebat dominus committere: non tenetur commodatarius, sed excusatur & liberatur. Bartol. in l. si quis uxori. §. 2. §. apud Labonem. 11. ff. de furt. & in dict. l. eum, qui 10. §. fin. ff. commodat. Anton. Gomez. tom. 2. variar. resol. cap. 7. n. 3. Soarez. in thesaur. recept. sent. lit. f. n. 399. Gothofred. ad l. si is, cui. 7. C. de furt. Speckhan. cent. 2. class. 3. g. 14. n. 10. Idque paulò fustius explanat Oldendorpius class. 4. act. 1. §. versic. sed quid de dolo vel culpa nuncii. &c. pag. mihi 608. Et eadem de re in jure renovato locali Wurtembergico ita cautum extat: So der entlehnner &c. i. e. Si commodatarius rem commodatam per famulum suum asportari curet, vel deinceps remittat ad commodantem: quod in re damni vel detrimenti inter viam sit, id resarcire ille tenetur. Si verò commodans rem per ministrum suum miserit vel acciverit, tunc quod res perierit, vel deterior facta fuerit, de eo non tenetur commodatarius, si modo hujus culpa nulla fuerit. part. 2. tituli. 2. pag. 242. §. Und so der Entlehnner, &c.

Ad tempestivam rei commodatæ restitutionem quod attinet; certum est, quod commodatarius eam ipsam rem, quam accepit, tempestivè, id est, expleto usu, in quem res commodata est, & tempore locoque opportuno, ut de quo in ipso contractu convenit, restituere commodatori debeat, hoc §. nostro l. 1. §. 1. quoque, cui rem. 3. ff. de obligat. & act. leg. si, ut certo. §. in primo leg. in commodato, §. §. sicut autem ff. commodat. l. si soluturus. 39. & l. creditor. 102. in princip. ff. de solutionib. l. in bonæ fidei. 7. l. is, qui certo. 9. tot. ff. de eo, quid certo loc. aut oportet. D. Boer. class. 2. Disput. 9. thes. 18. edit. 2. & in hoc §. n. 59. cum seq. p. 189. Treulter. Disput. 24. thes. 2. lit. c. vol. 1.

Hinc num compensatio in commodato locum habere possit, non omnis contentions expertus est questio? Id licet multi magni Jurisconsulti astruant, Jacobus Cujacius lib. 9. obseruat. 37. & ad Paul. lib. 2. sentent. tit. 12. §. ultim. Gihanus ad §. in bonæ fidei. 30. infr. de actionib. Manonius Disput. 13. controvers. 9. Humius Disput. 20. thes. 16. & lib. 3. var. resol. jur. in tract. 3. part. 3. quest. 4. pag. 937. Rittershusius in hoc §. nostro. p. 432. circa fin. Schickhardi disp. 12. thes. 4.

thes. §. lit. b. n. 1. §. resolut. quæst. 2. Wegnerus Disputat. 15. ad hystic. thes. 7. sub. l. d. alique: attamen ego negantium sententiam juri magis esse consentaneam, nullus dubi-
 52 to. Et primum quidem moveor textu manifesto in l. ult. Cod. de commodato. ubi Imp. Diocletianus & Maximianus his formalibus verbis rescripserunt: *Prætextu debiti restitutio commodati non probabiliter recusatur.* Quibus ex verbis luculentissime constat; commodatum minime admittere compensationem. Et quanquam Cujacius, & ipsius sequaces pro Commodati legendum ajunt Commendati, id est, depositi: quia tamen in omnibus & manuscriptis & impressis exemplaribus constanter legitur Commodati: & præerea lex ista non sub tit. depositi, in quo de commodato agitur, sed potius sub tit. de commodato, collocatur: utique isthanc Cujacianam correctionem & quamvis aliam, utpote in mera conjecturâ positam, omnino rejicere debemus. Deinde in commodato eadem species restituenda est, per hunc §. nostrum ibi, de eâ re ipsa restituenda tenetur. §. l. 2. in pr. ff. de reb. credit. si cere. pet. Atqui, secundum communem Interpretum opinionem compensationis tantum in quantitatibus, quæ inter mutuam functionem recipiunt, non verò in speciebus locum obtinet. leg. si convenerit. 18. in princip. ff. de pign. act. l. si non fortem. 26. §. si centum. 4. ff. de condict. indebit. Præerea idem confirmat jus provinciale renovatum Württembergicum, sequentibus verbis: *Wann die geliehene l. e. Rem commodatam tempestivè repetenti tenetur commodatarius restituere ac tradere: quamvis huic in commodantem crediti nomine, aut in ipsam rem commodatam, ratione dominii, aliquid jus esset. part. 2. tit. 2. §. ult. p. 242.* Denique hanc traditionem plures, non spernendæ auctoritatis, Jurisconsulti suis calculis corroborant: *Fornerius lib. 2. select. cap. 14. Hortensius, Vultejus & Ant. Mathæus ad dict. §. in bona fidei. 30. infr. de actionib. Arumæus Exercit. Justin. 12. thes. 13. Bronchorst. centur. 2. évayrio Pavav assert. 42. edit. 2. D. Bocerus class. 2. Disput. 9. thes. 19. edit. 2. & in hoc §. n. 93. cum seqq. pag. 188. Schifordegher. tractat. 2. q. 2. §. seqq. M. Lycklama in jur. Studios. velit. 3. q. 20. pag. 140. Hilliger in Donell. enteleas. lib. 16. cap. 1. §. ad lit. X. Flehsh. Disput. 2. de jure. topic. Ducatus Württemberg. thes. 14. edit. 1. Forster junior lib. 3. Disput. 16. thes. 15. Gilbert. Regius lib. 1. évayrio Pavav. cap. 8. Mercerus lib. 1. opinion. 6. 14. Jul. Pap. centur. 4. évayrio Pavav. sub q. 45. Knipschilde. d. exercit. Acad. 3. q. 5. pag. 101. cum seq. & Paulus Berens Disput. 9. ad Instit. them. 2. quæst. 1.*
 54 Non obstat. l. creditoris. 15. §. ult. & l. si s. qui rem. §. 9. ff. de furt. ex quibus apparet: quod commodatarius rem commodatam ob impensas, quas fecit in re commodatâ, retinere, sicque compensare queat. Etenim commodatarius potest quidem pignoris loco, ob impensas factas, retinere commodatum: verum ista retentio longè differt à compensatione. Nam qui rem pignoris loco habet, retinet aliquando redditurus; ut cum solvere paratus fuerit debitor, pignus liberet, sibi que habeat. l. item liberatur. 6. §. 1. ff. quib. mod. pign. vel hypoth. solvit. At in compensatione secus fit: quoniam qui paratus est compensare, creditorem suum, eundemque petitorum summovet, ut rem suam actione consequi non possit. leg. 2. ff. compensat. Mercer. d. cap. 14. in fine.

55 Pariter non obstat l. in rebus commodatis. 18. §. fin. ff. commodati. ubi expressè responsum videtur: quod commodatarius, actione commodati directâ conventus, jure compensationis consequi valeat impensas, quas in re commodatâ fecit. Hoc enim intelligendum est, quando commodator non ad speciem commodatam restituendam, sed ad æstimationem agit: utputâ si commodatarius rem commodatam deterioravit, vel res commodato data æstimata est, & æstimationem se præstaturum recepit. l. si, ut certo. §. 3. ff. eod. Tunc siquidem cum non de specie, sed æstimatione agatur, & in pecuniam condemnatio fiat: rectè opponitur compensatio, per quam id servabitur, quod contrario iudicio peti potuisset. d. l. in rebus. 18. §. fin. ff. d. titul. Pachus d. cent. 4. q. 45. in fine.

56 Sic quoque non obstat l. ult. C. de compensationib. & §. in bona fidei. 30. infr. de actionibus ubi deciditur, in omni-
 Harpprechts ad Institut. Tom. III.

bus judiciis & actionibus compensationi locum esse, exceptâ solâ depositi actione. Ergo & in actione, commodati locus erit compensationi. Illud namque verum est, si petatur quantitas, sive res, quæ suo in genere functionem recipit. In corporibus verò seu speciebus compensatio non admittitur: cum incerta sit & inæqualis harum rerum æstimatio, hæque res mutuam inter se functionem non recipiant. Ideoque, cum in commodato species, quæ petitur, præcisè restituenda sit; commodatarius rem commodatam per compensationem retinere nequit. Bronchorst. d. centur. 2. assertat. 42. edit. 2. Vide Rimerum Decad. 9. quæstion. illus. 8. Rachovium volum. 1. ad Treutler. disputat. 25. th. 8. lit. g. & Frantzkiu exercitat. jurid. 9. quæst. 7. pag. 283. & seq. item Richterum in tract. de contractib. disput. 4. th. 1. ad lit. g. pag. 99.

Quod porro de cura & restitutione rei commodatæ hæc 57 ætenu dictum est: non solum de ipsa re principali, sed ejus accessione etiam exaudiendum erit. Proinde equam commodatam cum pullo, servum cum lance, domum cum suppellectile, fundum cum instrumentis; reitem commodatæ fructus, atque ex mora usuras, omnemque utilitatem commodatori restituere & præstare commodatarius tenetur. l. si, ut certo. §. §. usque adeo. 9. & §. si me rogaverit. 13. ff. commodat. l. mora. 32. §. in bona fidei. 2. & l. videamus. 38. §. si possessionem. 10. & §. in ceteris. 15. ff. de usur. Oldendorp. class. 4. action. 15. Petr. Gregor. in hystag. jur. univers. lib. 23. cap. 1. num. 13. Sed & sumptum, si quem in re commodata repetenda commodator fecerit, commodatarius agnoscere æquum est. d. l. si, ut certo. §. §. rem tibi. 22. in fin. ff. commodati. Cæterum si commodatarius dolo vel contumaciâ rem commodatam non restituat: quanti in litem commodator juraverit, condemnabitur. l. sed mihi. 3. §. in hac act. 2. ff. comm. l. 2. §. 1. & l. ut. §. si de in lit. jur. Inde 58 dubitatur: utrum, sicuti ob dolum; ita etiam ob latam culpam commodatarii sive cujusunque Rei rem non restituentis, vel non exhibentis, in litem juretur? Et sanè istud plerique negant, Azo, Accursus, Bartol. Castrensis, Jason & alii in l. in actionibus. §. ff. d. titul. Sed non desunt, qui affirmant, Fulgosius & Duarenus in dict. l. §. eod. Corasius lib. 4. miscellan. jur. civil. c. 2. n. 11. Bronchorst. centur. 2. évayrio Pavav. assert. 30. edit. 2. Borcholt in Commentar. ad tit. ff. de in lit. jurand. cap. 5. num. 5. & seqq. Atque hæc sententia mihi magis probatur: eo quod lata 59 culpa non solum dolo comparatur. l. 1. §. 1. si mensor. fulf. mod. dixer. sed etiam apertissime dolo vocatur. l. quod Nerva 32. ff. depositi. l. 1. §. si quoque. §. in fin. ff. de obligat. & act. l. magna. 226. ff. de verb. signif. cum similibus. supra ad §. 2. tit. de obligationib. allegat. n. 73. Accedit textus clarissimus in l. 2. C. de in lit. jurand. ubi Imp. Antoninus disertè rescripsit: non minus ob latam culpam, quam ob dolum in litem jurati.

Nec quicquam detrahit huic sententiæ, quod Marcia- 60 nus ait: ob dolum solum in litem jurari; non etiam ob culpam, d. l. in actionibus. §. sed in his omnib. 3. ff. de in lit. jur. Nam & de agrimensore dicitur, quod de dolo duntaxat teneatur. d. l. 1. §. 1. ff. si mensor. fals. mod. dixerit. nihil tamen id impedit, quod minus & latam culpam præstet. d. l. 1. vers. lata culpa, &c. Sic quoque de depositario traditur, cum de dolo tantum teneret. l. contractus. 23. ff. de reg. jur. & nullum tamen dubium est, quin & de lata culpa teneatur. d. l. quod Nerva. 32. ff. depositi. Idem denique responderetur de eo, qui precario rogavit, quod solum dolum præstet: & nihilominus tamen idem etiam de lata culpâ tenetur. l. quæsumus. §. §. cum quoque. 3. ff. de precario. siquidem & lata culpa dolo est. d. l. magna. 226. ff. de verb. signif. Neque movet, quod prædictæ leges utuntur particulis taxativis. Hæc namque dictiones taxativæ: tantum, solum, duntaxat, & id genus hæc, casus similes haud excludunt, argum. l. ob æs alienum. §. ubi glof. & Bartol. C. de prædictis & aliis reb. minorum sine decet. non alie. nand. præsertim in nostro themate, ubi textus expressum de lata culpâ habetur. d. l. 2. C. de in lit. jurand.

Nihil insuper urget quod dolo in delictis ad latam culpam produci non solet. l. in lege. 7. ff. ad leg. Cornel. de fcar. Etenim id procedit, si ad poenam corporalem agatur. dict. leg. 7. At si delicti poena pecuniaria sit & 62 civilis

civilis lata culpa doli appellatione continetur. l. 1. §. non aliis tenebitur. 2. ff. si is, qui testamento liber esse iussus erit, &c. Bronchorst. d. centur. 2. assert. 30. edit. 2.

- 63 Planè si culpa commodatarii levi, vel levissimà, res commodata aut omnino non, aut deterior restituitur: æstimatio à iudice faciendà est: nec jusjurandum illud in litem (quod affectionis appellant) hic locum sibi vindicet. d. l. 2. §. 1. l. videamus. 4. §. ult. d. l. in actionibus. 5. §. 3. ff. de in lit. jurand. D. Bocer. d. class. 2. Disputat. 9. th. 23. edit. 2. Sed intricatè admodum est quæstionis: cujus temporis æstimatio rei commodatæ fieri in iudicio debeat? Et probabilis est; tempus, quo res commodata post moram commodatarii fuit plurimi, spectandum esse, per textum in l. hac actione. 3. ff. de conditione triticaria. Et l. ratio. possessionis 3. §. ult. ff. de actionibus empti. ac proinde etiam tempus condemnationis, seu rei iudicandæ, si eo tempore plurimi fuerit. l. sed mihi. 3. §. in hac act. ff. commod. Nec huic conclusioni adversantur illa juris loca, in quibus dicitur, ex tempore litis contestatæ rem petitam esse æstimandam. l. vinum. 22. ff. de reb. cred. si cert. pet. l. ult. ff. de cond. tritic. cum siml. Nam in iis non agitur de certa specie debita; quæ extincta, vel deteriori reddita, propter moram debitoris, ejus temporis æstimatio spectatur, quanti unquam res plurimi fuit. d. l. 3. ff. eod. sed tractatur perspicuè de quantitatibus vel rebus fungibilibus debitis, puta vino, oleo, frumento, &c. quarum rerum æstimatio pro locorum & temporum varietate mutatur. At certè de l. vinum. 22. ff. de reb. cred. planè dubitari non potest: quandoquidem in eà nominatim quæritur de vino petito, quod mutuum datum erat, in quo genus peti, non speciem, constat. ex l. 2. in princ. ff. de titul. Sed nec magis de d. l. ult. ff. de condit. tritic. dubitare licet. Illic enim in primò quidem de merce petita ponitur generaliter quæstio: atquam mercedem Cæus intelligat, explicat postea exemplis: si merx aliqua, inquit, petita sit: veluti vinum, oleum, frumentum, &c. De vino igitur, oleo, frumento similiter ibi agitur: quæ res itidem mensurà constant: eoque & hac ipsa quantitate in genere, non specie certà æstimantur. d. l. 2. §. 1. ff. de reb. cred. Nec oberit, quòd in calce sive fine Cæus hanc clausulam subiicit: Quod de cæteris rebus jurà est. Ea namque sic intelligenda est: de cæteris similibus, quæ scilicet pondere, aut etiam similiter mensurà constant: ut liquoribus omnis generis, leguminibus item, & generaliter in his, quæ locatæ in genere, certa tamen mensurà aut pondere, non certà specie, debentur: in his, inquam, rebus omnibus, cum quæritur, cujus temporis æstimatio faciendà sit: rectè statuitur, si dictum non sit, quòd e dari deberent, rem petitam tanti æstimandam, quanti fuit, cum agitur, seu lis contestatur. Atque ita docet Donellus ad d. l. 3. ff. de condit. triticar. n. 10. Et seqq. item ad l. quoties. 59. n. 11 ff. de verb. oblig. Et ad d. l. vinum. 22. ff. de reb. cred. n. 17. ubi rationem differentie, cur certæ rei debita æstimatio post moram tanta debeatur, quanti unquam plurimi fuit post moram, aliter atque in vino, & aliis rebus generaliter debitis, prolixè & accuratè exponit: quem referendo sequitur Dn. Collega Bocer. d. class. Disputat. 9. th. 23. ad lit. b. edit. 2. Et eadem de re diversimodo sentiunt Cujacius in tract. ad African. in explicat. l. hominem certum. 37. ff. mandat. Horoman. illig. quæst. 16. Fa. chinæ lib. 2. controvers. jur. cap. 74. Bronchorst. centur. 2. évær. 10. Pav. assert. 19. edit. 2. Arminius in tract. de mora. c. 8. n. 5. Borchol. in tract. de reb. cred. c. 7. Humius Disputat. 14. thes. 20. Et lib. 3. var. resolut. jur. civ. tract. 3. part. 3. quæst. 6. pag. 921. Et seqq. aliquo ab eo adducti.

- 65 Porro actio, quæ commodator debitum illud (quod commodatarius præstare illi obligatus est) persequi potest, dicitur commodati actio, hoc §. nostro l. 2. Et l. 3. in princ. ff. commodat. & quidem principalis, & directæ commodati actio. l. in commodato. 17. §. 1. ff. commod. ut magis rectum commodati iudicium. l. in rebus. 18. §. fin. ff. commodat. cum quo etiam furti. l. si ut certo. §. §. quinnio. 8. ff. d. tit. l. qui servum. 4. §. 1. ff. de obligat. Et ad l. Aquiliæ actio concurret: si videlicet commodatarius vel alio modo usus sit re commodatâ, quam convenit: vel eam rem deterioram fecerit. Si tamen quæ eorum fuerit actum,

aliæ tolluntur. d. l. in rebus. 18. §. siue autem. 1. ff. commodat. d. l. qui servum. 4. §. 1. ff. de obligat. Et actionib. Oldendorp. class. 4. act. 15. pag. 604. n. 5. Datur autem hæc actio non solum commodanti, sed & ejus heredi; adversus commodatarium, ejusque heredem. d. l. 3. §. heres ejus. d. l. in commodato. 17. §. 2. ff. commodat. Et ibi Wesenbec. in Paratit. n. 10. Et Johan. Phil. Steinhausen. n. 6. Vide de isthac actione Thomam Cormerium in Cod. jur. Roman. Gall. Henri IV. lib. 13. titul. 2. cap. 4. eumque laudantem Doringium in bibliothecâ Jurisconsultorum. tom. 1. in verb. actio. commodati. n. 3. cum sequentib. fol. 298.

Succedit contraria commodati obligatio: ubi dispici. 66
endum venit, tum ad quas præstationes commodator commodatario astrictus sit: tum quâ actione hujusmodi præstationes commodatarius persequi possit, d. l. in commodato. 17. §. 1. Et §. sicut. 3. ibi, converti in mutuas præstationes. Et §. ult. d. l. rem mihi. 21. in princ. Et l. seq. ff. commodat. Præstationes hic debita censentur, quibus commodatarius indemnis servatur, arg. l. furti. 6. §. ult. ff. de hæ. qui not. infam. Et l. ei. apud quem. §. in princ. ff. de deposit. Sunt autem tres potissimum. Una liberum rei commodatæ usum, in quem res commodata est, continet. Et si enim voluntatis & officii magis, quam necessitatis, est commodare: attamen intemptivè rei commodatæ usus auferri commodatario nequit: sed pati commodator tenetur, ut commodatarius liberè re commodatâ utatur, ad eundem modum & finem, in quem rem accepit: cum non decipi beneficio nos oporteat, sed jvari. d. l. in commodato. 17. §. sicut. 3. ff. commodat. C. unic. in fin. ext. de commodato. Atqui, si quispiam ad certum usum & prænitum 67
tempus rem commodasset; num finito tempore, nedum tamen impleto usu, rem à commodatario recipere poterit? Et magis est. commodantem repetere posse commodatum: si iustum tempus, quo usus rei potuit impleri, sit transactum. Etenim sibi ascribere debet commodatarius: quòd non fuerit isto tempore usus: & insuper certat de damno vitando commodator: commodatarius verò de lucro captando sollicitus est: quo casu illud huic præferri debere, æquius est, argum. l. verum. 11. §. item quæritur. 6. ff. de minorib. 25. an. Sebastian. Medices in tract. de fortuitis casib. pag. 2. quæst. 10. n. 53. Heigius hic n. 19. Bartolus in d. l. in commodato. 17. §. sicut. ff. commodat. n. 6. Castalius in l. si ut certo. §. in princ. ff. d. l. l'arnormis. in c. unic. col. 2. exp. eod. Gomez lib. 2. var. resolut. c. 7. n. 3. hosq; referens Matthias Stephani cent. 3. quæst. 30. ad lit. d. Quibus adjiciatur Philippus Knipschildt. d. exercit. Acad. 3. quæst. 7. pag. 103. Et seq. ubi plures recenset casus, quibus commodatarius, etiam ante completum usum Et finem, repeti poterit. Videatur item eadem de re Richterius in d. tract. de contradit. disput. 4. th. 1. ad lit. e. pag. 98. Et seq. Altera 68
præstatio in refarciendo damno, quod per causam commodati contingit commodatario, consistit. Si igitur quis vasa sciens vitiosa commodaverit, & infusum quod erat, effluerit: vel scienter commodaverit servum turem, & is commodatario furtum fecerit: damnum hoc refarcire commodatario tenetur. d. l. in rebus. 18. §. penult. Et l. penult. ff. commodat. Fursll. Württemberg. ernewert Landrecht. part. 2. t. 2. pag. 241. §. Derjenig, &c. Si item commodatarius pro re perditâ premium commodatori solverit, & ea deinde ad commodatorem pervenerit: aut rem ipsam, aut datam ejus æstimationem reddere commodator commodatario cogitur. d. l. in commodat. 17. §. fin. ff. commodat. Tertia 69
præstatio impensas: quas in rem commodatam fecit commodatarius, complectitur. Quæ impensæ si necessarie & magne fuerint: eas commodatario refundere commodator necesse habet: cibaria autem: & modica impendia non item. d. l. in rebus. 18. §. possunt. 2. ibique Bartol. Et Salices. ff. eod. D. Bocer. class. 2. Disputat. 9. thes. 3. edit. 2. Mozz. in tract. de commodato. col. 4. de naturalib. commodat. n. 8. Duar. ad tit. ff. Et C. de commodato. c. 5. Tressil. Disputat. 24. thes. 4. lit. d. vol. 1. Licet interdum magis è re commodatarii sit: propter istas impensas sive sumptus: retentionis jure rem retinere, quam ultro commodatæ agere, Fursll. Württemberg. ernewert. Landr. d. part. 2. t. 2. §. ult. pag. 247.

pag. 242. D. Plest. Disputat. 2. de jure topic. Württemb. thes. 15. ad lit. d. edit. 1.

70 Actio autem quæ commodatarius præstationes illas potest persequi, est contraria commodati actio: quæ non solum ipsi commodatario, sed & ejus heredi adversus commodantem, ejusque heredem datur. l. si ut certo. §. 5. §. quini. mō. 8. l. in commodato. 17. §. 1. §. ult. l. in rebus. 18. §. ult. l. rem mihi 21. in princ. §. l. seq. ff. commodati. Oldend. class. 4. act. 15. pag. 601. n. 6. Contraria verò ista actio sic dicta videtur e re, quod vicissim competat vel intendatur, utilitate & æquitate suadente. Joam. Stuck. part. 1. Exercitation. Justinianear. decad. 10. assert. §. ad lit. H. pag. 182.

71 Quia porro non satis est, scire actionum vim & naturam: nisi etiam sciatur, quomodo in judicio proponi debeant: utriusque actionis, tam directæ, quam contrariæ, formam hic adicere libuit, ex D. Obrecht Disputat. 13. thes. 114. §. aliquot seqq. Et quidem directæ actionis talis formula constituitur: Non dubium est, Judices, magnum esse officium ejus, qui sic rem suam alteri dat utendam, ut interius ipse jure sui domini non possit de eâ statuere: §. id. circo accipientem tale beneficium. gratias agere, multò magis rem, finito usu, bonâ fide restituere debere. Jam verò ego Sempronius, hujus causæ actor, Titio reo gratis equum

72 atratum Francosurtum usque commodavi: qui tamen jam Francosurto reversus, immemor accepti beneficii, equum retinet: nec eum, quamvis antea compellatus, vult restituere. Quare, Judices, actione commodati contra dictum Titium reum experior, §. peto, eum condemnari & compelli, ut equum, quem in sua potestate habet, restituat; unâ cum refusione litis sumptuum. Cæterum contrariæ actionis talis forma perhibetur: Certum est: Judices, adjuvari nos, non decipi beneficio oportere: ideoque decipientem ad id, quod interest, decepto teneri. Jam verò Sempronius, hujus causæ reus nuper mihi Titio actori, gratis quidem, sed dolo malo, tigna vitiosa ad fulciendam insulam commodavit: ex quo insula, quam centum flororis Rhenensibus vendidissem, mox corruit. Quare, Judices, actione commodati experior contra dictum Sempronium; §. peto, eum ad centum flore. nos Rhenenses, in quibus mihi nocuit, condemnari; unâ cum refusione litis expensarum. Aliam libelli formam videre est apud Schneidevvinum in §. sequens illa divisio. 16. infr. de actionib.

73 forma perhibetur: Certum est: Judices, adjuvari nos, non decipi beneficio oportere: ideoque decipientem ad id, quod interest, decepto teneri. Jam verò Sempronius, hujus causæ reus nuper mihi Titio actori, gratis quidem, sed dolo malo, tigna vitiosa ad fulciendam insulam commodavit: ex quo insula, quam centum flororis Rhenensibus vendidissem, mox corruit. Quare, Judices, actione commodati experior contra dictum Sempronium; §. peto, eum ad centum flore. nos Rhenenses, in quibus mihi nocuit, condemnari; unâ cum refusione litis expensarum. Aliam libelli formam videre est apud Schneidevvinum in §. sequens illa divisio. 16. infr. de actionib.

74 Coronidis loco hic non inconvenienter quaeritur, & dubitatur: si commodatario res commodata surrepta sit, quodnam ei judicium ad rem istam recuperandam competat: cum furti actio (quam omnibus omnino, quorum interest, dari explorati juris est, L. ejus interfuit. 10. §. l. seq. ff. de furt.) pœnam duntaxat, non rem persequatur: & conditio ex fortiva causa, quæ rem ipsam persequitur, domino soli concedatur? l. l. si pro jure. 7. §. 1. ff. de con. dict. furt. §. explicavimus in §. ult. infr. de obligat. quæ ex delict. nascunt. Et quamquam Accursius, Bartolus, & ceteri communiter. ad l. §. ideo. 12. §. ult. ff. de condit. furtiv. commodatarium omni actione, quæ rem subtraham recuperet, destitui: proindeque ad actiones in factum, ad officium judicis, ad conditionem ex lege Arcadii decurrendum esse opinantur, l. si coloni. 14. ibique idem Accursius, §. alii. C. de agricol. §. censu. quibus scilicet judicis cum locus esse solet, cum nulla actio alia eo nomine introducta est. l. i. ff. de præscript. verb. §. in fact. actio. l. qui per collisionem. 40. in fin. ff. de actionib. emp. l. 1. ff. de condit. ex leg. attamen verius esse reor, conditionem incerti illi adversus furem applicari posse; arg. d. l. §. ideo. 12. §. ult. ff. de cond. furt. ubi pignoratitius creditor; si pignus ei surripitur, incerti conditionem in furem adstringit. Nec quicquam in contrarium movet, quod obijcitur, jus in re credi quædam habere, quoadusque pecunia ipsi soluta sit. Nam & commodatarius jus habet in re commodata: quoad usum, in quem ea accepta est expleverit: aded, ut illi adversus dominum maritum repetentem civilis actio competat: cum ut in obligatione pignoris; ita & in commodati, actione utroque citroque nasci soleant. l. in commodato. 17. §. si. §. §. seq. ff. commodati. Sed & non ineptè concluditur: conditione ex injusta causa commodatario adversus furem experiendi jus esse: quæ scilicet actio-

ne potest id quisque condicere, cujus interfit, quod ex non iusta causa ad aliquem pervenit l. i. §. si. ff. de condit. sine caus. l. perpetuo. 6. ff. de condit. ob turp. vel injustam caus. l. rerum quidem. 15. ff. rerum amotar. Atque ita sentit Johannes Vandalus variarum question. l. 1. quest. 34. eum que referens Philippus Knipchild. d. exerc. acad. 3. quest. 11. pag. 100. circa finem.

Verum huic sententiæ novissimè reclamation. Dn. Collega Bocerus in hoc §. n. 78. §. seqq. pag. 186. §. seqq. ubi Judicis officium nobile hoc calu locum habere contendit. Et quia aliquis regerere posset: juris auctoritatem non agnoscere hanc officii judicis, in nobile & mercenarium partitionem: ideo huic objectioni respondendo subjungit n. 92. rem ipsam juri convenire. Alibi verò non tantum nomina isthæc non agnoscit: sed & rem ipsam negare videtur. Nam expresse scribit: in jure nostro non reperiri officium judicis nobile: item omnem jurisdictionem dici posse mercenariam: nec aliam esse nobilem, id est, non mercenariam, in tract. de jurisdict. cap. 3. n. 4. vers. ceterum. §. cap. 5. n. 2. vers. adhuc, §. c. Nec juvat ejus opinio. l. interdum. 56. §. 1. ff. de furt. Non enim ibi proponitur talis casus quo quis magistratus officium imploravit principaliter, ad rem furtivam recuperandam: sed quo cum fure criminaliter agere, eumque in periculum majoris pœnæ deducere voluit, juxta l. cum servus. 15. ff. de condit. caus. dat. §. l. ult. ff. de furtis.

§. Præterea. 3.

Præterea & is, apud quem res aliqua deponitur, re obligatur, teneturque actione depositi: quia & ipse de eâ re, quam accepit, restituendâ tenetur. Sed is ex eo solo tenetur, si quid dolo commiserit: culpæ autem nomine, id est: desid. ac negligentia, non tenetur. Itaque securus est, qui parum diligenter custoditam rem furto amiserit; quia qui negligenti amico rem custodiendam tradit: non ei, sed suæ facilitati id imputare debet.

SUMMARIA.

- 1 Depositum unde dicatur.
- 2 Depositum definitio seu descriptio.
- 3 Genus proximum in definitionibus usurpandum.
- 4 Depositum debet esse gratuitum.
- 5 Quæ forma depositum ab aliis contradiis realibus distinguitur.
- 6 Differentia inter locationem, precarium & depositum.
- 7 Sententia §. sed et, apud quem. 17. Inst. de obligat. quæ ex delict. nascunt.
- 8 Boceriana depositi definitio rejicitur.
- 9 Depositum species quot.
- 10 Depositum simplex & mixtum.
- 11 Depositum sequestrarium, hujusq; subdivisio in voluntarium, & necessarium.
- 12 Predicta depositi divisio à quo inventa.
- 13 A quo quo anno mortuus fuerit.
- 14 Qui deponere, & apud se deponi permittere possunt.
- 15 Quibus in rebus depositum consistat.
- 16 Quæ justitia probanda.
- 17 An res immobilis depositum recipiat.
- 18 Rei vocabulum tam res immobiles, quam mobiles, complectitur.
- 19 Deponere quid.
- 20 Commodatum quoq; in re immobile consistit.
- 21 Non exemplis, sed legibus judicandum.
- 22 Res immobilis neq; tradi, neque dari, neque auferri, neque custodiri posse videtur.
- 23 Quare furti sine hoc furtum non fit.
- 24 Factum dandi tradendiq; in rem etiam immobilem cadit.
- 25 D. Boceri religio inconstans taxatur.
- 26 In custodienda re deposita quid depositarius prestare teneatur.
- 27 Depositum soluti deponentis utilitatem concernit.
- 28 Quibus casibus, præter dolum & latam culpam, in deposito etiam levis & levissima culpa præstat.
- 29 D. Boceri error notatur.
- 30 Differentia specifica, quæ locatio conductio securum à deposito, in quo consistat.

- 31 Quae definitio vitiosa, secundum Aristotelem.
- 32 Recensentur reliqui casus, quibus in deposito etiam culpa levis & levissima praestatur.
- 33 An casus fortuitus spectet ad depositarium, si culpa, etiam levis, casum praecesserit.
- 34 Quando casus fortuitus commodatario imputetur.
- 35 Intellectus l. si in Asia. 12. §. ult. ff. deposit.
- 36 Mora obligationem perpetuat.
- 37 Qua culpa perpetuet obligationem.
- 38 Generi per speciem derogatur.
- 39 D. Boceri intellectus ad d. l. si in Asia. 12. §. ult. repudiatur.
- 40 Futura causa excusat a dolo.
- 41 Sensus germanus l. si quis inficiatur. 13. ff. depositi.
- 42 Rei deposita deponitori, quocumque tempore petenti, restituenda est.
- 43 Quo loco depositum sit restituendum.
- 44 Quatenus ipsa res deposita, in specie sit restituenda.
- 45 Fructus quoque, omniq; causa in restitutionem venit.
- 46 Utrum, si quis penes aliquem cistam signatam deposuerit, cista tantum, an & species incluse sit petenda.
- 47 Quando deponentis iuramento contra depositarium non stetur.
- 48 Si pecunia deposita fuerit, & convenerit, ut tantumdem restitueretur, depositum contrarium censetur. Item, an depositarius pro lubitu rem depositam invito deponenti restituere possit.
- 49 Qua actiones nascantur ex deposito.
- 50 Actio depositi directa cui, & adversus quem, competat.
- 51 Quatenus in heredem depositarii haec actio detur.
- 52 Quibus casibus depositarius condemnatus in duplum condennatur.
- 53 Varia actionis depositi privilegia.
- 54 Compensatio, vel doli, aliusve altioris indaginem requirens exceptio, istam actionem non excludit: sed etque ob impensas retento.
- 55 Quadrimelre tempus debitoribus ad iudicantem solvendum interdictetur.
- 56 Qua actiones, & quo casu, cum depositi actione concurrant.
- 57 Actio depositi contraria cui, & contra quem, concedatur.
- 58 In hac actione cur in litem non iuretur.
- 59 Sequestratio, itemque, sequestrer, quid & unde.
- 60 Sequestratio quomodo discernitur a deposito, in specie sic dicto.
- 61 Sequestrum & sequestratio promiscue usurpantur.
- 62 Arrestum in quo differat a sequestratione.
- 63 Missio in possessionem ex primo decreto quomodo a sequestratione differat.
- 64 Sequestratio voluntaria quid sit.
- 65 Necessaria quid.
- 66 Divisio istarum contra Bocerum defenditur.
- 67 Quilibet consensus in sequestratione necessaria interveniat.
- 68 Voluntaria sequestratio semper & ubique permittitur.
- 69 Rerum suarum quilibet moderator & arbiter.
- 70 An, quid a iudice fieri nequit, id nec a privato privata conventionione fieri possit.
- 71 Partes possunt esse iuramentum remittere: non item iudex.
- 72 Iudici multa sunt permissa, qua partibus sunt prohibita.
- 73 Quibus casibus lex ipsa rem litigiosam sequestrari potest.
- 74 Necessaria rerum tam mobilium, quam immobilium, sequestratio regulariter prohibita.
- 75 Nemo in possessione sua turbatur.
- 76 Ab executione processus non debet inchoari.
- 77 Nullus contractus sine consensu perficitur.
- 78 Altor intentionis suam plene probare tenetur.
- 79 Nemo in possessione sua commodum, absque causa cognitione, adimendum.
- 80 Possidens multa variisque commodis.
- 81 Stenti a capiendo persona non debet incipi processus: ita nec non a sequestro.
- 82 Quod favore alienus introductum est, id in eundem odium non est reintroducendum.
- 83 Rei favorabiliores sunt, quam allori.
- 84 Vini inferum haurire licet.
- 85 Explicatio tit. C. de prohibita sequestrat. pecuniae.
- 86 Pecunia verbum tripartitum accipitur.
- 87 In dubio pecunia verbum latissimum sumendum.
- 88 Verba generalia in potius significantur cum effectu accipienda.
- 89 In Codice non ita exactus ordo est servatus, ut in pandectis.
- 90 An l. i. C. de prohibita sequestrat. pecuniae pertineat ad correctionem legis 1. C. Theod. si cert. petatur de chirographis.
- 91 Certi patio quis res persequatur.
- 92 De quibus actionibus traditur in d. l. i. unie. C. de prohibita sequestrat. pecuniae.
- 93 Ubi eadem sunt ratio, ibidem ius statuerendum.
- 94 Ratio legi censetur anima legis, & ius supplere dicitur.
- 95 Ubi eadem est equitas, ibi idem ius esse debet.
- 96 De qua pecunia loquitur l. i. C. de prohibita sequestrat. pecuniae.
- 97 Verbum (deboni) ad omnes omnino actiones referendum.
- 98 Solutio quid sit.
- 99 Verbum (solomni) generale est, omnibus actionibus conveniens.
- 100 Verus intellectus l. in re mandata. 21. C. mandat.
- 101 Ubi ratio est diversa, ibi quoque diversa est juris dispositio.
- 102 Principius sequestrationis finis.
- 103 Pecunia vocabulum non stricte accipiendum in d. l. unie. C. de prohibita sequestrat. pecuniae.
- 104 Casibus quibusdam specialibus sequestratio iudicialis permittitur.
- 105 Sequestrationem iure faciens affirmans, hoc probare tenetur.
- 106 Regulam juris pro se habens, intentionem habet fundatam.
- 107 Primus casus, quo sequestratio iudicialis licita putatur.
- 108 Secundus casus.
- 109 Creditor affirmans, debitorem de fuga suspectum esse, id docere cogitur.
- 110 Tertius casus.
- 111 Quod de servo statuitur, etiam ad filiumfamilias & similes extenditur.
- 112 Quartus sequestrationis casus.
- 113 Iudex curare debet, ne partes ad arma veniant.
- 114 Quintus casus sequestrationis.
- 115 An bono liber sequestrari possit.
- 116 Sextus casus.
- 117 Obiectio removetur.
- 118 Septimus sequestrationis casus.
- 119 Octavus casus.
- 120 Nonus casus.
- 121 Sententia l. si quis conduclionis. 24. C. de locato & cond. & l. litibus. 20. C. de agricol. & censu.
- 122 Infantia diluitur.
- 123 Decimus sequestrationis casus.
- 124 Gravius est personam capere, quam bona sequestrare.
- 125 Undecimus casus.
- 126 Totius causa negotium per appellationem ad superiorem devolvitur.
- 127 Duodecimus casus sequestrationis.
- 128 Minus praedictum in sequestratione, quam in possessione bonorum missio.
- 129 Modus & forma sequestrandae.
- 130 In quibus adibus partis adversae citatio requiratur.
- 131 Citatio non praesumitur, nisi probetur.
- 132 Contra fugitivos de facto procedi solet.
- 133 Ad nudam creditoris petitionem sequestrum non decernendum.
- 134 An ad obtinendum sequestrum publico instrumento sit opus.
- 135 Explicatur l. iubemus. 16. §. 2. Codic. de rogat. militar. amon.
- 136 Sequestrationem petens, quia demonstrare debeat.
- 137 Ad sequestrationis permissionem cognitio causa necessaria.
- 138 Equid iuramentum calumniae inter sequestrationis requisita reddere numeretur.
- 139 Iuramentum non temere a iudice imponendum.
- 140 Pena sequestrationis iustam impedire conantis.
- 141 Si sequestratio fructuum, vel alterius rei a iudice fuerit recte facta: pars autem sequestrationem patiens aliunde non habeat, quo se sustentare queat, an, hic pendente, ei sumptus ad litem, & necessaria alimenta sint suppeditanda.
- 142 Nemo adversarium suum in se armare tenetur.
- 143 Quodnam sequestri officium.
- 144 Sequestrer non solum fructus, sed & rem ipsam litigiosam tempore sive mora perituram, distrabere, & pretium inde redactum loco rei custodire debet.
- 145 Intellectus l. citator. 7. §. 1. & 2. ff. de iure deliberand.
- 146 Nunquid in sequestrum rei deposita possessio transeat.
- 147 Explicatio accurata l. interesse. 39. ff. de acquir. vel amitt. possess.
- 148 Nullum depositum, sine expressa partium conventionione, transfert possessionem in depositarium.
- 149 In possessionem missus ex primo decreto, non constituitur possessor.
- 150 Nemo praesumitur suum perdere, aut donare.
- 151 Ad possessionem transferendam citulus idoneus exigitur.
- 152 Quod possidemus, id in nostris quoque bonis habere dicimur.
- 153 Mens & sententia l. licet. 27. ff. depositi.
- 154 Deponere, pro amittere.
- 155 Intellectus cap. 1. & eos. titulus extr. de sequestrat. possess. & fruct.
- 156 Sententia Clement. unie. de sequestrat. poss. & fruct.
- 157 Intellectus l. unie. C. ut possidet.
- 158 Quatenus iudex aliquem suo domino privare possit.
- 159 Intellectus Ordinationis Cameracensis pars. 2. tit. 21.

- 160 An is, apud quem factum est juris patronatus, &c. sequetur, vacante Sacerdotio, jus presentandi habeat.
- 161 Disciplina Ecclesiastica periclitari non debet ob partium conventionem.
- 162 Sequeser administrationem habet tam spiritualium, quam temporalium.
- 163 Intellectus c. cum Bertholdus. 18. de sentent. & re jud.
- 164 Sequeserium ad quid fieri solent.
- 165 Intellectus c. quoniam. 3. & c. cion propter. 27. ext. de jur. patronat.
- 166 Satisfactio (qua medicina sequeseri vocatur) sequeserium relaxatur.
- 167 Quo casu satisfactio sive cautio non recipiatur.
- 168 Satisfactio malevolam propositum non immutat.
- 169 An & quatenus juratoria cautio ad relaxandum sequeserium sufficiat.
- 170 Sensus l. 1. §. 2. c. de adfert. tollend. & Auth. generaliter. c. de episc. & clericis. &c.
- 171 Qua satisfactio proprie idonea intelligatur.
- 172 Quibus modis sequeseratio finitur.
- 173 Quando lis terminata dicatur.
- 174 Per qualem satisfactionem de iudicio fisti sequeserium revocetur.
- 175 Sequeseratio finitur per sequeseri renunciationem.
- 176 Sequeseri officio per renunciationem finito, cui res litigiosa restituitur.
- 177 Sequeseratio finitur conditione existente, vel die veniente.
- 178 Cur morte sequeseri extinguitur sequeseratio.
- 179 Actio depositi sequeseraria duplex: directa, & contraria.
- 180 Directa cui, & adversus quem, & ad quid, competat.
- 181 Contraria depositi sequeseraria actio cui, contra quem, & ad quid, decur.

Quarta species obligationum, quæ re contrahuntur, dicitur depositum, quod aliàs & commendatum, & receptum appellatur. l. Lucius. 24. l. Publica 26. in princip. ff. de positi. l. 1. penes quem. 6. & l. cum hereditas. 9. Cod. eod. l. commendare. 186. ff. de verb. signif. tit. ff. nautæ. camp. stabul. ut recepta restituant. D. Vultejus hic, & lib. 1. Jurisprud. Rom. cap. 33. n. 1. Treutler. Disput. 26. thes. 1. ad lit. B. & f. volum. 1. dictumque est ex eo, quod ponitur. Præpositio enim de augeat positum: ut ostendat, totum quoad custodiam, commissum fieri ejus, apud quem deponitur. l. 1. in pr. ff. de positi. ibique in Paratit. Wesenbec. n. 2. Mozz. in tract. de deposito, in princ. Petr. Gregor. in synag. juris univers. lib. 23. cap. 2. n. 2. Quemadmodum eadem præpositio de significatione augeat in aliis quibusdam verbis; ut in verbo, demereri, dedere, deperire, demirari, & similibus. Cujac. tract. 1. ad African. in fin. ad l. servos. 20. ff. de manumiss. testant. Gaspar Schoppin lib. 2. verisim. cap. 9. Hilligerus in Donello enucleat. lib. 14. cap. 2. ad lit. F. Quod non sit, ubi deponere sumitur, pro demoliri, ut in l. sed & loci. 4. §. sed & si. 3. ff. fin. regundor. l. 2. si quis. nemine. 17. ff. ne quid in loc. publ. l. metum. 9. §. 2. ff. quod met. caus. gest. erit.

2. Definitur autem, mea sententiâ, depositum non incommode contractus, re initus, nominatus, juris gentium, bonæ fidei: quo res gratis custodienda alicui traditur, eo sine, ut eadem illa in specie, quandoque deponenti libuerit, restituitur. Eodem penè modo depositum definit Johannes Althusius lib. 1. Dialectic. cap. 70. n. 1. pag. 241. & Knipschildt exercit. 4. Academi. 4. th. 5. pag. 114. nec non Richter in tract. de contractibus. Disputat. 5. th. 1. pag. 109. Quod depositum sit contractus, re initus, nominatus, juris gentium, & bonæ fidei, evidens est ex hoc §. nostro. l. 1. §. is quoque, apud quem. §. ff. de obligat. & actionib. l. juris gentium. 7. §. 1. ff. de pact. §. sed jus quidem civile vers. l. ex hoc jure. supr. de jure nat. gent. & civil. l. 1. §. hanc actionem. 23. ff. de positi. & §. actionem autem. 28. infr. de

3. actionibus. Et cum proximum genus in definitionibus usurpandum sit: rectè illa verba, re initus, generis loco huic definitioni sunt adjecta, ad differentiam aliorum contractuum, qui non res, sed verba, aut literis, aut solo consensu perficiuntur, de quibus infra suo loco, titulis subsequenibus. Merito dicitur in definitione: quo res gratis. Nam si interveniat merces, non depositum, sed potius locatio erit. Alci. l. 1. §. si vestiment. 8. & §. seq. ff. de positi. §. ult. infr. de mandis. Quamquam pretium depositionis, in re remunerationem præstari beneficii accipi possit, l. 2. §. si in re deposita. 24. ff. si honor. raptor. Treutler. Disputat. 26. thes. 1. ad lit. B. vol. 1. Oligon. ad Disputat. 25.

Giphan. n. 10. Formann. Disputat. 20. thes. 5. ad lit. C. & thes. 6. lit. A. Schickhard. Disputat. 12. thes. 6. ad lit. c. Rectè quoque in definitione ponitur: custodienda alicui traditur. Etenim hæc censetur forma depositi, per quam ab aliis contractibus, qui similiter re constituuntur, præcipue distinguitur, hoc §. nostro, & d. l. 1. in princ. & l. propriè. 6. ff. de positi. d. l. 1. §. is quoque. §. ff. de obligat. & actionib. Siquidem in reliquis contractibus, qui re ineuntur, res custodienda non datur; sed, ut vel accipientis fiat, ut in mutuo & indebito, de quibus supra initio & §. 1. hoc sit. vel ut ea accipiens utatur, sicut in comodato, de quo supra §. proximo. vel ut eam in securitatem crediti habeat, ut in pignore, de quo infra §. proximo. Sed & ex illo verbo, custodienda, rursus differentia inter locationem, ut & precarium, & hunc depositi contractum perficitur. In illis namque res conductori, & precarium roganti nequaquam custodienda, sed utenda traditur. l. 1. in princ. ff. de precar. l. si quis domum. 9. in princip. l. si merces. 25. §. 1. & passim. ff. locati. Martin. Bonacina in tractat. de contractib. & restitut. disput. 3. quest. 14. n. 2. pag. 683. Neque adversatur §. sed is, apud quem. 17. infr. de obligationib. que ex delict. nasc. ubi Justinianus ait, quod is, apud quem res deposita est, custodiam non præstat. Ibi enim custodia significat diligentiam mediocrem sive mediam, item exactissimam diligentiam, quam depositæ rei adhibere depositarius nequitiam tenetur, ut patet ex hoc §. & bene notavit Dn. Collega Bocer in Commentar. ad l. contract. 23. ff. de reg. jur. cap. 4. n. 11. edit. 2. & in hoc §. n. 7. pag. 192. Cætera definitionis verba probationem suam recipiunt ex hoc §. nostro. d. l. 1. §. is quoque, apud quem. §. ff. de obligat. & actionib. d. l. 1. §. est autem. 22. & d. l. Lucius. 24. ff. de positi. Porro ex proposita explicata definitione satis (ut opinor) apparet, quid sit depositum. Unde parum curo Bocerianam depositi definitionem: quam ipse quidem D. Bocerius magis artificiosam & logicam putat, in hoc §. n. 5. At malo nostram retinere definitionem, utpote dilucidam, quam illius obscuram æmulari diligentiam. Nam video magis è re studioforum esse, perspicue rem proponere, quam obscure. Et passim Jurisconsulti gravissimi, tam veteres, quam recentiores, contenti sunt ejusmodi rerum Juridicarum sive definitionibus, sive descriptionibus, ex quibus res probe intelligitur: paucique reperiuntur, quibus istiusmodi Labeones, qui doctrinæ fiducia multa innovare student, grati sunt. l. 2. §. ult. circa principium. ff. de orig. juris. Hinc rectè Francisc. Duarenus scripsit ad tit. ff. de probationib. c. 2. Jurisconsultis non opus esse logicæ sive dialecticæ definitione. Sed & ipse Galenus (qui aliàs à methodo laudem maximam meretur) lib. 4. de pulsuum differ. monet: ne quis se coniciat in definitiones, de quibus nec inter ipsos Dialecticos satis conveniat. Idem explanatius persequitur Arumæus in tract. de mor. cap. 2. eumque laudans Dn. Collega Besoldus, in delib. jur. ex lib. 4. pand. tit. 3. n. 7. pag. 344. Hucque referenda sunt, quæ notavimus ad §. 1. supr. tit. de tutelis. n. 2. & ad §. 2. supr. tit. de obligationibus numero 10. & aliquot subsequ.

Depositum etsi alii alias, easque varias constituunt species, 9 de quibus videndi sunt Schneidevinus hic num. 2. cum seqq. Mynsinger. n. Kling. num. 18. & Heigius num. 4. & seqq. Mozzam in tract. de deposito. cap. de divis. depositi. n. 16. Giphanus in Comment. de divisionib. jur. thes. 96. Secus pars. 1. Exercit. Justin. decad. 10. assert. 6. ad lit. H Althusius lib. 1. juris Roman. c. 28. item d. lib. 1. Dialectic. cap. 70. mon. 4. cum seqq. pag. 241. Nicol. Reusner. lib. 3. Disput. 6. thes. 8. Richter. d. disputat. 5. thes. 2. pag. 118. & Pachius in Epitome. jur. Disputat. 12. thes. 18. ego tamen ejus duas potissimum species esse, confiteor: quarum una perhibetur depositum in specie sic dictum: quando res non litigiosa, ab uno, vel à pluribus deponitur quod & simplex & vulgare depositum vocatur l. 1. §. sed si duo. 44. & passim. ff. de positi. altera sequeseratio dicitur. l. et apud quem. §. §. 1. l. propriè. 6. l. si in Asia. 12. §. cum sequesero l. licet. 17. ff. cod. l. sequeser. 110. ff. de verbor. signification. l. unica. Cod. de prohib. sequeserat. pecun. Treutler. Disputat. 26. thes. 4. vol. 1. Illudque subdividitur in voluntarium, quod ex libera voluntate deponentis proficiscitur: & necessarium, quod ex necessitate aliquis descendit, veluti ruit, naufragii, in-

multis, incendii. *dict. l. 1. §. 1. & 2. l. de eo. 18. ff. deposit. D. Vultej. lib. 1. Jurisprud. Roman. cap. 33. num. 2.* Prædictæ autem depositi divisionis neque ego, neque Dominus Collega Bocerus, auctores sumus, aut inventores: cum ea ab Azone, aliisque pluribus, à Treutlero *d. disput. 26. th. 4.* allegatis tradita reperitur. Non igitur est, ut aegrè molestèque ferat D. Bocerus, quòd in priori editione ipsum pro auctore & inventore hujus divisionis non laudaverim. Licet enim ante annos triginta duos hanc depositi distributionem in Disputatione quadam (de qua, utpote obscuriore, nunquam cogitavi) proposuerit: non tamen sibi eam adscribere debet: cum Azo ante annos quadringentos, & quod excurrit (Mortuus etenim est anno Grætiæ millesimo ducentesimo: ut refert Johannes Fichardus in vita ejus, pag. 227.) eam reliquerit. Ceterum quòd Bocerus me insinuat, quasi ego hujus divisionis me primum auctorem jactitem: in eo necum agit pro more suo, ac suum ingenium (ex quo me fingit) suamque calumniandi libidinem apertè prodit. Nam cum expressè pro hac divisione allegaverim Treutlerum qui prænominatum Azonem, aliosque Interpretes adducit: profectò graviter impudentem & audacter calumniantem oportet esse eum, qui me tantæ arrogantiae accusare; ac quasi ego pro hujus divisionis primo auctore & inventore agnosci velim, scribere non veretur.

14 Quia verò omnes contractus requirunt consensum. *l. 1. §. conventionis. in fin. ff. de pact. l. in omnibus. 15. ff. de oblig. & actionib.* idcirco deponere, & apud se deponi permittere illi tantum possunt, qui intellectum habent, & consensum accommodare noscuntur. Ex quo confectarium est: quòd infans, ne tutore quidem auctore, ex hoc depositi contractu alios sibi obligare, aut ipse obstringi queat. *§. sed quod diximus. 10. infr. de inutilib. stipulat. l. 1. §. hic proximus. 13. ff. de obligationib. & actionib. l. in negotiis. 1. ibi, qui fari possunt. ff. de reg. juris.* Sic quoque nec tu riosus. *dict. leg. 1. §. furiosus. 12. ff. de obligationib. & actionib. dict. leg. in negotiis. 5. & l. furiosi. 40. ff. de regul. juris.* nec pupillus sine tutore. *l. quod pupillus. 41. ff. de condition. indebit. l. pupillus. 59. ff. de obligationib. & actionib. cum similib. nec minor. 1. 3. Codic. de in integrum restitut. minor. vel prodigus. l. is, cui 6. ff. de verborum. obl. l. interdum. 29. ff. de condition. indebit. l. certi. 9. §. sed & si. 7. ff. de rebus creditis. & dict. l. furiosi. 40. ff. de reg. jur.* abique curatore depositi teneantur: nisi in quantum locupletiores facti fuerint, vel dolum commiserint. *l. 1. §. an in pupillum. 15. ff. deposit. l. 1. & 2. Cod. si advers. creditorem. Du. Collega Bocerus. class. 2. Disputat. 10. thes. 5. edit. 2. & in hoc §. n. 21. Gedd. in Commentar. de contrah. & commit. stipul. cap. 7. conclus. 10. num. 126.*

15 Deponi autem possunt omnes omnino res, quæ sub factum custodiamque cadunt, tam alienæ, quam propriæ: adeò, ut etiam, furi vel prædoni depositio rei furtivæ permittatur. *l. 1. §. si prædo. 39. l. bona fides. 31. §. 1. ff. deposit. l. non ab judice. 64. in princ. ff. de jud. si modò non apud rei dominum deponatur, Dominus siquidem rem suam, apud se depositam, restituere deponenti non compellitur. l. qui rem suam. 15. d. l. bona fides. 31. §. 1. in fin. ff. deposit. l. neque pigrius. 45. ff. de reg. jur.* Quinimò si apud alium fur vel prædo deposuit, domino petenti depositarius debet restituere. Tameñ enim bonæ fidei congruum est, ut rem recipiat, qui dedit: utamen totius rei requirit inspecta, quæ ex omnibus personis, quæ negotio isto continguntur, impletur; domino reddenda sunt, quæ facto scelestissimo ei adempta fuerunt. Hanc etenim probat Tryphoninus justitiam, quæ suum cuique tribuit, ut non distrahatur ab ulius personæ justiore repetitione. *dict. l. bona fides. 31. §. 1. vers. hac est bona fides. ff. deposit. & inibi Wes. in Paratit. l. n. 7.*

17 Sed perplexæ disquisitionis questio hic occurrit: an res quoque immobilis recipiat depositum? Et sanè frequentissimè Interpretum calculis negativa opinio recepta est: eamque, post Azonem in summa sua Cod. deposit. num. 5. sequuntur Accursius, Bartolus, Baldus, Salicetus & vulgo Dd. ad l. 1. ff. deposit. & Rubric. C. eod. ibique Siebard. numero 4. Panorritan. Felin. Innocent. alique ad rubric. extr. eod. Angelus, Pavius, Chingus, Schneidewinnus, Mysingerus, Wesenbesius, Schilbock. Hoigius, Orbius,

Thadæus Pifo, Hottomanus, Vultejus & alii ad huc §. nostr. Nicol. Morzsius in tractat. de deposit. cap. 1. n. 5. & cap. de reb. quæ deponi poss. n. 1. Coler. de processib. execut. part. 1. cap. 2. n. 67. & n. 104. in fin. Dn. Collega Besold. part. 2. deliberat. jur. ex lib. 16. Pandect. quest. 14. pag. 165. Treutler. vol. 1. Disputat. 26. thes. 4. ad lit. d. Pet. Gregor. Tholosan. in Syntag. jur. univers. lib. 23. cap. 3. n. 4. Donell. lib. 16. Commentar. de jur. civ. cap. 14. Giphani. in Altdorph. lection. ad l. si rem. 47. n. 5. ff. de acquir. vel amitt. poss. Hackelm. disput. 9. thes. 13. Arumæus Exercit. 12. thes. 14. Locamer. questionum juridicar. fascic. 35. quest. 4. Forster. libr. 3. Disputat. 16. thes. 16. Paulus Berens disputat. 9. ad Institut. them. 3. quest. 1. Steinhausen in Paratit. ff. depositi n. 6. Schickard. disputat. 12. thes. 6. sub lit. a. & resolut. quest. 1. Cludius in tract. de jure sequestrat. cap. 1. n. 19. cum seq. & cap. 8. n. 2. & seqq. Verum contraria affirmans sententia legum veritati magis videtur consentanea. Tum quia objectum depositi indefinitè in vocabulo rei constituitur. *l. 1. §. quæ depositis. 5. & passim. ff. deposit.* Rei autem vocabulum non minùs immobilibus competere, quàm mobilibus, extra controversiam est. *l. rei appellatio. 5. ibique Dd. ff. de verborum significat.* Tum quia deponere nihil aliud est, quàm commendare, sive rei custodiam alicujus fidei committere. *dict. leg. in princip. l. Lucius. 24. vers. quid est enim ff. deposit. l. commendare. 186. ff. de verb. significat.* At rei quoque immobilis custodia esse, expediti juris est. *l. 3. in fin. ff. de acquir. vel amitt. poss. l. si vendita. 11. ibi, in insula custodienda. ff. de peric. & commod. rei vend. l. dominus. 55. in princip. ff. locati.* Tum etiam quia & commodatum in re immobili consistit. *l. 1. §. 1. ff. commodat. & monitum supr. §. proximo. num. 13.* in quo ipso etiam custodia præstanda est. *l. si, ut certo. 5. §. custodiam. 5. ff. d. tit. Atque huic decisioni, post Geddum ad rubr. extr. de sequestrat. poss. & fruct. num. 10. cum seqq. & ad l. sequestrat. 100. num. 2. ff. de verbor. significat. ad stipulantur D. Bocerus class. 2. Disputat. 10. thes. 7. ad lit. b. edit. 2. Plebst. Disputat. 2. de jure topico, Ducatus Württemberg. th. 16. ad lit. a. edit. 1. Henonius disputat. 13. controversi. 11. Matth. Stephani. centur. 3. quest. 31. Ungepaar. Exercit. Just. 10. quest. 6. pag. 397. edit. ult. Nebelius in them. dub. disput. 12. th. 4. lit. A. Setser. disp. ad Institut. 21. th. 12. lit. f. Wegner. disputat. 10. ad Institut. th. 6. lit. d. Knipschilde. d. exercitatus. decur. l. 4. g. 1. pag. 125. cum seqq. Hostrichius progymnas. decur. 6. post. 4. lit. 1. Hunnius Disput. 14. thes. 22. & libr. 3. var. resolut. jur. civ. tract. 3. part. 4. quest. 1. pag. 241. cum seqq. Stuchius. part. 1. Exercit. Justin. decad. 10. assert. 7. lit. c. Quirinus Kubach. cens. 1. quest. illustr. decur. 1. quest. 3. & Timæus Eiber disput. 22. ad Institut. Imperial. th. 13. sub lit. b.*

Non obstat, quòd nulla lex sit, quæ dicat, etiam rei immobilis depositum esse; nullumque rei immobilis depositi exemplum in Corpore Justiniano extet. Siquidem non exemplis, sed legibus judicare oportet. *l. nemo judex 13. Cod. de sentent. & inter loc. om. jud. D. Georg. Mundius in Comment. de diffamationib. cap. 4. n. 85. pag. 120. ed. 1.* Nam & commodatum in re immobili consistere, apparet ex d. l. 1. §. 1. ff. commodat. & tamen ejus vix alibi expressum exemplum occurrit. Imò exempla depositi rei immobilis extant in cap. 1. extr. de sequestrat. possess. & fruct. Clement. in. eod. c. examinata. 15. ubi, Ecclesiam sequestratam. extr. de judic. cap. 2. extr. de dol. & centum. l. si cum dotem. 22. §. fin. autem. 8. ibi. dotem sequestrari. ff. solut. matrimon. & similib. quia sequestrationem (quæ, secundum jura modò allegata, etiam potest esse rerum immobilium) depositi speciem esse, exploratum est. *l. propriè. 6. ff. deposit. & ostensum supr. n. 11.*

Similiter non resistit, quòd Ulpianus ait, depositum esse, quòd custodiendum alicui datum sive traditum est. *dict. leg. 1. in princip. ibique gloss. ff. deposit. rem autem immobilem neque tradi, neque dari, neque custodiri posse: cum neque loco moveri, neque manu in manum dari, neque latere, neque fugere, neque auferri, vel subtrahi queat. §. quod autem. 7. vers. abolita supr. de usucapionib. & long. temp. prescript. Hoc, inquam, non resistit. Quod enim in d. vers. abolita. fundi loci furtum non dari dicitur: in causa non est custodia, aut factum tradendi: sed quòd loco moveri non possit, & auctori:*

- aufferri: cum tamen furtum à ferendo appellatum esse putetur, rerumque duntaxat sit mobilium. §. 2. *infra de obligationibus, quæ ex delicto nascuntur.* §. 1. ff. de furtis. Et si verò furtum locorum fundorumque fieri nequit: iis tamen vim inferri, incendium fieri, depasci eos, corrumpi, & multis aliis modis ob neglectam custodiam deteriorari posse, in confesso est. §. quod autem. 3. *supra de usucapionibus.* l. 1. §. 1. ff. de vi. §. 1. ff. de vi armata. d. l. si vendit. 11. ff. de peric. rei. tit. ff. C. de vi. §. 1. ff. de vi armata. d. l. si vendit. 11. ff. de peric. rei.
24. *Commodat. rei vend.* Sed & factum dandi tradendique in rem cadere immobilem, elucescit ex l. si stipulatus. 4. ff. de usuris. l. stipulationes non dividuntur. 72. ff. de verbor. obligationibus. l. 1. l. 3. l. tenetur. 6. §. sed si aream. 2. §. l. si tibi. 8. ff. de actionibus. empti. Proindeque falsum est, quod nonnulli docent, tradere nihil aliud esse, quam è manu in manum dare: cum traditio significet quamlibet rei translationem, quæ modò nudum est factum, à causa possessionis jurisque vacuum. l. 2. ff. de verborum obligationibus. modò non nudum, sed cum causa. d. l. leg. 3. ff. de actionibus. empti. D. Gæd. ad d. rubric. tit. de sequestrat. possess. §. fruct. n. 11. Clud. d. tract. de jure sequestrat. cap. 8. n. 6.
25. Hic verò nova, quæ præclarissimum D. Bocerum incessit religio, me paululum subistere jubet. Perfingit me ille numero 24. pagin. 194. quòd prædicta argumenta ex Domino Gædæo transcripserim. Alienam operam (inquit) omnibus obviam transcribere integrum, & meis Commentariis adponere, mihi religio esset, &c. O religiosum hominem! Sed o nimis in religione inconstantem. Nam ipsissima illa Gædæi argumenta hic Doctor noster transcripsit, & suis classibus apposuit. d. disput. 10. class. 2. pag. 220. th. 1. Quid ergo, mi Domine Bocere? Itane religionem tuam mutas? Itane ab eâ recedis? Aut, num forsitan tibi licere putas, quod in aliis reprehendis? Certè, si quis omnia tua Scripta evolvat: deprehendet facilè, te quoque aliorum operà usum esse: nihilque ferè in iisdem inveniet, quod non antea etiam sit traditum ab aliis: tantum excipio quosdam errores tuos, qui sunt singulares. Nunquid ergo.
- Turpe est Doctori, cum culpa redarguit ipsum?
26. In custodiend. porro re deposita, depositarium tantummodò dolum, & latam culpam evitare teneri, liquet ex hoc §. nostro. l. 1. §. ult. ff. de hominib. 7. in princip. l. si sine. 20. l. quod Nerva. 32. ff. de depositis. l. si, ut certo. §. 2. ff. commodat. l. 1. §. 1. si quis quoque, apud quem §. ff. de obligationibus. §. actionibus. l. contractus. 23. ff. de regul. juris. eleganter Marcilius hic in suis not. & Justus Mejer. in Commentar. de culpa in contractibus. præstanda. th. 115. Ejusque ratio duplex est: tum quia ille, qui negligenti amico rem custodiendam tradidit, non ei, sed suæ facilitati id imputare debet, ut Justinianus hic in fine loquitur: & in simili respondit Paulus in l. cum mandat. 23. in fine. ff. de minoribus. Tum quia depositum nullam depositarii, hoc est, ejus, apud quem deponitur, sed solius deponentis utilitatem continet. d. l. si, ut certo. §. 2. ff. commodat. Henon. Disputat. 13. controvers. 12. At quid, si suis rebus summam adhibere diligentiam consueverit depositarius: annon hoc casu ad levem etiam culpam tenebitur? Non teneri, discimus ex hoc §. & juris præallegatis: ex quibus constat, nullam in deposito rationem culpe levis & levissimæ, nullam desidere aut negligentie habendam: sed solius doli & latæ culpe præstationem esse: ut rectè monuit Treutlerus volum. 1. Diss. 26. thes. 2. ad lit. c. ubi Accursius dissentientem citat. Item Treutler. latè consil. 34. n. 19. §. seqq. volum. 1. Eadem de re vide nervosè ac doctè differentem Frantzium exercitat. 9. quest. 9. pag. 285. §. seqq. itemq; Locamerum d. fascic. 35. quest. 5. §. 6. Enimverò excipiuntur nonnulli casus, quibus præter dolum & latam culpam, in deposito etiam culpa levis & levissima præstat. I. Si depositarius se deposito obrulerit. d. l. leg. 1. §. sepe evenit. 35. ff. de depositis. Licet aliter sentire videatur Cludius. d. tractat. de jure sequestrat. cap. 11. n. 11. II. Si pro rei custodia mercedem acceperit. d. l. si, ut certo. §. 2. vers. nisi forte. ff. commodat. Joannes Matienus in repetit. l. contractus. 23. ff. de regul. juris. n. 99. Tamen hoc casu magis locatio propria, quàm depositum, censetur. d. l. 1. §. si quis servum. §. 9. ff. de depositis. Quamquam autem Dn. Collega Bocerus in hoc §. nostro. n. 34. pag. 196. autumat, manere deposti-

tum utcumque merces intervenerit: tamen fallit se ipsum. Quomodo enim, obsecro, actio ex locato & conducto locum habebit in deposito? Proinde cum Ulpianus Jurconsultus in d. l. 1. si quis servum. 9. ff. de depositis. aperte actionem ex locato & conducto esse dicat, si merces custodire intervenerit: non video sanè, cur erroneam & absurdam Boceri opinionem, præ verâ ac juri consonâ Ulpiani sententiâ, amplecti debeam; maximè cum D. Bocero nihil omnino suppetat, quod ad tam expressum textum respondere queat. Huc accedit, quod differentia specifica (teste ipsomet Bocero ad hunc §. n. 9.) quâ locatio & conductio secernitur à deposito, in eo consistit, quòd depositum gratis fiat: in locatione verò & conductio merces interveniat pro custodia. d. l. 1. §. si vestimenta. 8. ff. de depositis. Qui ergo depositum erit, si merces interveniat? Hoc qui dicit: is æquè ineptè statuit, ac si hominem animal irrationabile esse diceret. Insuper D. Bocerus perperam & vitiosè in definitione depositi addidisset vocabulum gratis, si etiam mercede interveniente depositum maneret. Nam, teste Aristotele lib. 6. Topic. cap. 2. (cujus rigida præcepta in suis definitionibus se observasse videri vult D. Bocerus) omnis definitio, constans tali aliquo vocabulo, quo detracto, perfecta nihilominus relinquitur definitio, ea vitiosa est. Sed hæc planiora esse puto, quàm ut prolixiore refutatione indigeant. III. Si depositarius in mora restituendi depositum fuerit. l. si in Asia. 12. §. ult. ff. de iur. tit. Clud. d. cap. 11. n. 22. Ostermann. hic in suis rationibus p. 68. IV. Si depositum solius depositarii gratiâ fuerit factum, ut in specie l. si quis nec causam. 4. ff. de reb. credit. si certa. pet. V. Si nominatim convenit, ut res deposita esset periculo ejus, qui suscepit. d. l. leg. 1. §. sepe. 35. ff. de depositis. d. l. leg. 5. §. 2. ff. commodat. l. juris gentium. 7. §. sed & si quis. 15. ff. de post. ubi Pomponius, prone eum refert Ulpianus, ait: omne periculum, adeoque non id solum, quod culpâ, sed & illud, quod casu fortuito accidit, ex pacto & conventionione spectare ad depositarium. Idem dicendum putat Accursius ad d. l. leg. 1. §. sepe. ff. de depositis. & ad l. 1. C. eod. & alibi. si culpa, etiam levis, casum præcesserit, argum. d. l. 1. §. 2. quod verò. 4. ff. commodat. & d. l. si in Asia. 12. §. ult. ff. de depositis. & similibus. Quæ opinio quantumvis à multis magni nominis Doctoribus recepta sit, nempe à Bartolo, Alexandro, Jafone, Castrensi, Zafio, & aliis, quos refert & sequitur Fachinus lib. 2. controvers. jur. cap. 70. quibus assensit etiam Joan. Jacobus Plebsi. Disputat. 2. de jure topic. Württemberg. thes. 17. ad lit. b. edit. 1. juri tamen nostro civili conveniens haud videtur. Depositarium etenim ob culpam levem non teneri: sed solum duntaxat, & quæ huic proxima est, latam culpam præstare debere notissimum est ex hoc §. & d. l. quod Nerva. 32. ff. de depositis. & similibus supra allegatis. Si igitur depositarius culpam solam, & per se consideratam, evitare non cogitur: multò certe minùs eandem evitare compelleretur, si præter culpam etiam casus fortuitus accesserit, eoque res interierit. Hujusque ratio perspicua est: quia fatalis interitus sive casus fortuitus efficit, non ut durius depositarius, sed ut minùs obligetur, argument. d. l. contractus. 23. ff. de regul. juris. & l. que fortuitis 6. Cod. de pignorat. act.

Nec hanc nostram, & ceteriorem, impugnat sententiam d. l. si, ut certo. §. 2. quod verò. 4. ff. commodat. ubi casus fortuitus imputatur ei, qui commodatum accepit, si aliqua culpa intervenit. Longè namque diversa est inter commodatarium & depositarium ratio. Commodatarius enim cum ob culpam quoque levem teneatur: mirum non est, si etiam ad casum fortuitum, qui ex levi ipsius culpa resultat, adstringatur. At depositarius cum levis culpa nomine obligari nequeat, ut ex prædictis patet: nulla patitur ratio, ut de casu fortuito, qui ex levi proficiscitur culpa, teneatur.

Neque etiam nostram definitionem evertit d. l. si in Asia. 12. §. ult. ff. de depositis. ubi Pomponius in hæc verba respondit: Quemadmodum quod ex stipulatu, vel ex testamento dari oporteat, post iudicium acceptum cum detrimento rei periret: sic depositum quoque eo die, quo depositi actum sit, periculo ejus, apud quem depositum fuerit, est, si iudici accipiendi tempore posuit id reddere reus, nec

nec reddidit. In isthoc siquidem responso depositarius circa restitutionem tantum rei, non autem in re ipsa culpa commisit. Litem enim secum contestari passus est, nec depositum reddidit; cum id reddere potuerit. Itaque in mora fuit constitutus, quæ merito obligationem perpetuat. *l. si ex legati. 23. ff. de verbor. obligat.* Nec hanc frangit solutionem, si quis instando objiciat: culpam etiam in ipsam rem commissam perpetuare obligationem. *l. si servum. 9. §. sequitur. 3. ff. de lit. proindeque depositarium, culpa in rem ipsam admissa, ad casus fortuiti præstationem adstringendum esse. Etenim dicendum: regulam illam, qua generaliter affirmatur, quod per quamvis culpam obligatio perpetuetur, non esse ad levem depositarii culpam applicandam: propterea quod nominatim & in specie tum hoc in §. nostro tum alibi cautum sit, ob culpam levem non teneri depositarium. In toto quippe jure generi per speciem derogatur. *l. in toto. 80. ff. de regul. jur. Sed vide Joannes Vaudum, istam rem latius enodantem, variarum question. lib. 2. quest. 33. quem refert & sequi videtur D. Collega Bocerus class. 2. Disputat. 10. thes. 21. ad lit. b. edit.* Porro idem Bocerus rem istam novissimè aliter explicat in præsentis §. n. 31. pag. 195. ubi dictam *l. si in Asia. 12. §. ultim. ff. deposit.* accipiendam putat de eo casu, quo depositarius in dolo consistit. Sed qua ex causa, non video. Nec enim sequitur: depositarium continuo in dolo esse, si iudicii accipiendi tempore potuit rem depositam reddere, nec reddidit: quandoquidem quælibet, etiam fatua, bestialis, temeraria, injusta, inepta atque infusa causa, à dolo excusat, argument. *l. igitur. 12. §. 2. & 3. ff. de liberali caus. glos. & Jason. in l. unio. §. ultim. num. 24. §. seqq. ff. si quis ius dic. non obtemper. Menoch. consil. 31. n. 8. consil. 98. n. 34. & consil. 728. num. 15. Tirrquell. de pen. tempor. caus. 43. Coshman. consil. 4. n. 6. & consil. 51. n. 14. vol. 3. hosque cum multis aliis referens D. Muidius in Commentar. de diffamationib. cap. 2. §. 3. n. 37. & seqq.* Neque juvat Boceri explicationem *l. si quis inficiatus 13. ff. deposit.* Nam loquitur ille textus de eo, qui licet sciat, se reddere debere, nec ullam causam prætereundam possit, quod minus reddat: tamen rem depositam reddere non vult. Hunc dolo malo facere, rectè respondet ibidem Paulus Jurisconsultus. Ast idem de casu dicta *l. si in Asia. 12. §. ultim.* absque divinatione dici nequit.*

Cæterum quocunque tempore depositum sibi reddi depositor petit: res deposita restituenda est: etiam si convenerit, quo tempore depositum reddi debeat: quia cum deponentis gratia contrahatur: non prohibendus est pro arbitrio revocare contractum, & mutare voluntatem. *l. 1. §. est autem. 22. & §. si deposuero. 45. ubi Bartol. Castrensis. & Cossal. ff. deposit.* ibiq; in Paratit. *l. Wesenbec. n. 7.* Eo autem loco depositum est restituendum, ubi est sine dolo malo depositarii: nisi depositor suis impensis alibi reddi velit. *l. 1. si in Asia. 12. in princ. & §. 1. ff. deposit. l. cum res. 47. ff. de legat. 1. l. quod legatur 38. ff. de iudic. aut convenerit inter partes, quo loco debeat restitui. l. ei, apud quem. §. 1. ff. deposit. id bonæ fidei. 7. & l. is, qui certo 9. ff. de eo, quod certo loco dari oport. Donell. *l. 15. Commentar. de jur. civil. cap. 13.* Et sane eadem ipsa res, quæ data sive deposita est, in specie restituenda est, hoc §. nostr. & *l. 1. §. is quoque apud quem. §. ff. de oblig. & actio.* nisi quantitas veluti pecunia sit deposita, & conventum, ut tantundem redderetur. Tunc enim eandem quantitatem in genere eodem reddi, æquitati congruit. *l. Lucius. 24. l. die. 21. §. 1. d. si sacculum 29. §. 1. ff. deposit. l. in navem. 31. ff. locat.* Si quidem contractus ex conventionem legem accipiunt. *l. 1. §. si convenerit 6. ff. deposit. l. in conventionalib. 52. ff. de verb. oblig.* Vide Frankium *d. exercit. 9. quest. 8. pag. 284.* Quod si depositarius ob contumaciam restituere depositum nolit vel ejus dolo, aut lata culpa res deposita perierit, ut restitui nequeat: officio iudicis iurjurandum in litem depositum potest deferri, ut ejus arbitrio rei pretium statuantur. *d. l. 1. §. in depositum. 26. ff. deposit. l. 2. §. 1. l. tur. 8. ff. de in lit. iurand. l. 2. Cod. de lit. D. Bocerus. d. class. 2. Disputat. 10. thes. 30. edit. 2. & in hoc §. n. 42. pag. 167.* Fructus quoque, omnique causa, & rei utilitas, itaque partus in restitutionem veniunt. *dist. leg. 1. §. & l. deo. 24. ff. deposit.* Hoc in*

summa Codic. eod. titul. n. 26. Mozz in tractat. de deposit. colum. 4. n. 1. & 2. usurae autem sine morâ & conventionem non debentur. *dist. l. Lucius. 24. dist. leg. die 25. §. 1. l. Publica. 26. §. 1. l. si sacculum. 29. §. 1. ff. deposit. l. 2. & l. 4. Cod. eod.* Eaque de re enodatiùs tractant Duarenus in Commentar. tit. Cod. & Digest. depositi. cap. 4. Cujacius in Commentar. in lib. 9. question. Papin. pagin. 200. cum sequentib. Bronchorst. centur. 2. εὐαγρίο Φανώβ. assert. 4. edit. 1. & Treutler. volum. 1. Disputat. 26. thes. 7. ad lit. A.

Quæri haud infrequenter solet: si quis penes aliquem cistam sive valisiam signatam: vel simile quid deposuerit: utrum cista tantum, an & species inclusæ petendæ sint? Et utrumque petendum, verisimilius videtur. *l. 1. §. si cista signata. 41. ibiq; Bartol. n. 2. ff. deposit.* Cæterum si cista illa referata vel dissigillata, indeque aliquid amissum fuerit; & quantum sit ablaturum, ignoretur: tunc, deficientibus probationibus, juramento deponentis (habetur moderata ratione iudicis secundum personæ qualiteram) creditur. *d. l. 1. §. si quis argen. 40. vers. salvo eo ff. d. l. si quando. 9. C. unde vi. Idem tradidimus in §. item exercit. 3. n. 11. infr. de obligationib. que quas ex delict. nascunt.* Cur autem tam severe contra depositarium lex statuerit, ratio hæc assignatur: quia iniquissimum esse iudicavit, depositarium deponentis amici fidem, quam de eo habuit amicus, ita turpiter debuisse fallere: ut post Aristotel. lib. problem. section. 29. quest. 2. & 6. dequit Menochius lib. 2. de arbitrar. iudic. quest. centur. 3. cas. 208. n. 28. Veruntamen deponentis juramento contra depositarium non statuit, si facti & personarum qualitas aliud suaserit: ut, si cista per se facile referari potuerit: & depositarius sit vir probus & bonæ famæ, spectatæque fidei: vel si deponens non consignasset valisiam hospiti, sed eam ita simpliciter in diversorio reliquisset: vel si illi custodiam non mandasset, sed eam ipse retinisset, aut denique, omni se culpâ vacare, depositarius probare vellet: de quibus & similibus casibus exceptis plenissimè agunt Johan. Baptista Plotus in *d. l. si quando 9. §. 10. n. 6. cum seqq. C. unde vi. Mascard. vol. 1. de probat. conclus. 507. Hypolyt. de Masfil. ad rubr. C. de probat. n. 134. Heigius in hoc §. nostro, n. 35. Menochius d. cas. 208. n. 30. & multis seqq. aliq; per hunc relati.* Eadem de re jus nostrum renovatum Würtembergicum sequentibus disposuit verbis, part. 2. tit. 3. pag. 246. *So in einem beschlossenen. . . i. e. Si in clauso vel signato dolio vel cista, vel cuius generis theca, res depositæ sint vel custodiende commissæ, nec corpora singula depositario designata vel numerata sint; Atque hæc cista vel theca clausa signataque, uti deposita erat, restituantur, tunc non tenetur depositarius de rebus singulis rationem inire, vel earum nomine quicquam præstare, nisi dolum vel fraudem circa eas commiserit. Si verò sigilla vel cera sint fracta, aut cista quocunque modo sit referata, indeque aliquid amotum sit, probante autem deponente hoc ab eo factum esse apud quem depositum erat; tunc, quæ erant in dolio vel cistâ inclusa, secundum deponentis iuramentum desiderium iuramento confirmationis, erunt restituenda. Si verò nullus arguatur doli depositarii, hicque vir sit probus ac bonæ famæ, & iuramento suo probaverit se non referasse cistam, nec de ea re quicquam sibi compertum, suæve culpæ factum esse; tunc depositarius liberandus est. In hoc tamen negotio Caupones & tabernarii magis quam alii diligentiam, eamque maximam præstare tenentur; nec enim nisi de casu improvise liberari possunt.*

Porro si pecunia, nec clausa, nec obsignata apud aliquem deposita fuerit, & convenerit, ut tantundem restitueretur, non mutuum, sed depositum, potius contra-ctum videri, evincitur perspicue ex *l. Lucius. 24. l. dis sponsallorum. 25. §. 1. & l. si sacculum. 29. §. 1. ff. deposit.* In hisce enim locis omnibus habetur, quod usurae pecuniæ sic depositæ, ut non eadem, verum tantundem redderetur, præstari ex conventionem debeant. Atqui usura ex mutuo non debetur, etsi de illis præstandis ab initio convenerit. *l. quamvis. 3. ibique glos. C. de usur.* Non

Non igitur in proposito casu mutuum, sed depositum contractum intelligitur. Hancque sententiam pluribus defendit D. Hunnius *l. 3. var. resolut. jur. civ. tractat. 3. part. 4. quest. 2. pag. 944. Et seqq.* contra dissentientes Hotomanum *lib. 4. observ. 10.* & Nicolaum Bellonum *lib. 1. supputation cap. 7.* Vide quoque Kubachium *cent. 1. question. illustr. decur. 1. q. 4.* Quæri & illud non inconvenienter poterit: an etiam depositarius quovis tempore & pro lubitu rem depositam invito, neque reposcenti deponenti restituere valeat? Et quamvis id affirmant Treutler. *vol. 1. disput. 26. th. 5. sub lit. b. & ibidem Hunnius in suis resolut. pag. 1673. cum seq.* contrarium tamen verius esse putaverim. Tum quia contra legem depositio- nis facere non potest, qui semel officium suscepit: quoniam ex post facto fiunt necessitatis, quæ ab initio erant voluntatis. *l. sicut. 5. C. de obligat. Et act. § mandatum. 1. 1. infr. de mandat. l. si quis. 27. § 2. ff. eod. l. in commodato. 17. § 3. ff. commodati.* Tum quia eam ob causam depo- nimus res nostras, & in iis custodiendis alterius operam imploramus, quod ipsi eas non possumus custodire. Sed si depositarius invito deponenti eas pro lubitu restituerat: hunc depositi finem transgrederetur; hocque modo re- dundaret in odium deponentis, quod tamen in ejus favo- rem introductum est, *contra l. legata inutiliter. 14. ff. de adim. vel transf. legat.* Tum postremo quia non ve- rum esset, quod pro lubitu deponens rem suam repe- te posset, *contra d. l. 1. §. est autem. 22. Et §. si deposuero. 45. ff. depositi.* Nec obstat ratio à Treutlero *prædicto loco* adducta: quod scilicet depositarius tantum ad restituenda non etiam ad servandam teneatur. Nam falsa est ist- hæ ratio: quippe negotio contracto, & officio suscepto, depositarius obligari cœpit non tantum de re restituenda, sed etiam servandâ. *Wesembec. in Paratit. ff. depositi. num. 5.* Enimvero istud limitari debet, si justissima & gravissi- ma causa supervenerit. *l. ei, apud quem. 5. §. fin. ff. eod. Richter. in tractat. de contractib. disput. 5. th. 1. sub lit. k. pag. 113.*

- 49 Actio ex deposito nascitur duplex: una directa, altera contraria: id quod satis arguit inscriptio tituli Digellor. quæ ita concepta est: *Depositum, vel contrâ.* Sicuti in com- modato, cum agitur commodati, vel contrâ. Una enim hæc est actio principalis; altera autem est veluti secunda- ria. *l. in commodato. 17. §. 1. ff. commodati.* Quoties agitur ad id, de principaliter contractus initus est, tunc datur actio directa: quæ actio ei competit; qui de- posuit rem; adversus eum, apud quem res deposita est. De eo namque principaliter negotium contractum est, ut res custodiatur, & postea reddatur, cum deponens eam repetere voluerit. Sed utilitatis causa receptum est: ut depositario contra; id est, vicissim etiam liceat experiri certis ex causis: & ea actio dicitur contraria, ut belle no- tavit Duarenus *ad t. ff. Et C. de commodato. cap. 3. Et ad tit. C. de digest. depositi, vel contrâ. cap. 2.* Et certè dire- ctâ depositi actio non solum depositori; sed & heredibus, cum rei sit persecutoria, cæterisque successoribus accom- modatur. *l. 1. §. hac actio. 19. ff. depositi.* singulis tamen pro portione hereditaria, ut & reliqui jura. *l. 2. C. de he- reditar. actionib. l. ea, quæ. 6. C. famil. erisc.* Quod si res individua sit deposita: uni agenti, præstet hæc satisfactio, restituetur: aut in ædem sacram deponetur: hacque ra- tione depositarius omni actione & periculo liberabitur. *l. 1. §. si pecunia. 36. cum §. seq. ff. depositi.* In heredem quoque ejus, apud quem depositum est, hæc actio da- tur in solidum, vel si plures sint, in quemlibet eorum pro eâ parte, quâ heres est. *l. si hominem. 7. §. 1. ff. eod. nisi res* divisionem non recipiat: quo casu quilibet in solidum, sed in condemnationem pro eâ parte, quâ heres convenitur. *l. si duo. 22. ibiq. Accursius. ff. n. tit. Et ibidem in suis Para- tit. Wesembec. n. 9. Et Steinhausen n. 5. item Duaren. c. 4. ad finem.* Plane hæc actio si instituitur, & depositarius apud se rem depositam esse, in lite insciatur, si tumultus, incen- dii, ruine vel naufragii causâ res sit deposita, deposita- rius convictus in duplum condemnatur, non etiam ejus heres: nisi de huius dolo agatur. *l. 1. §. 1. Et seqq. l. de eo, quod tumultu. 18. ff. depositi. §. rei persequenda. 17. vers. planè si depositi. infr. de action. Fürstlich Würtembergisch Harpprecht ad byzianus. Tom. III.*

Ernewert Landrecht, part. 2. tit. 3. p. 247. Hæcque deposi- ti actio illo gaudet privilegio, ut is, qui eâ experitur, omnibus creditoribus, etiam privilegiatis, quique taci- tum vel expresse pignus non habent, præferatur, *dist. l. si hominem. 7. §. 1. vers. Et ante privilegia. ff. depositi. l. si venri. 9. §. in bonis. ibiq. Ripa. ff. de privil. cred. Stracca in tract. de decoctor. part. ult. Heigius hic n. 30.* Nulla item compensatio, deductio, vel doli, aut non numeratæ pecu- niæ, aliave altiore indagine requirere exceptio, ist- hanc actionem excludit. *l. penult. C. depositi. l. fin. C. de com- pensat. l. in contract. 14. §. 1. C. de non numerat. pecun. §. in bona fide. 30. ubi id explicui paulo latius. n. 25. Et 29. infr. de action. Oldendorp. class. 4. act. 23. pag. mihi 673. §. qua ra- tione, Et C. Sebast. Medic. in tract. de compensat. part. 1. q. 19. Eman. Costa in l. si ex cautione 3. limit. 2. n. 1. Et seqq. C. de non n. pec. Mozz in tract. de depositi. col. 4. n. ult. Hun- nius Disp. 20. ad inst. thes. 16. Arumæ exercit. Just. 12. th. 16. Andr. Gerhards decad. 13. q. 2. Schickhard Disp. ad inst. 12. thes. 6. sub lit. b. in fine, Et resol. q. 5. Enimvero retentio- nem in deposito ob impensas dari, concludunt Casp. Schif- fordeghker. part. 1. tract. 1. q. 3. eumque laudans Valentinus Riemer. dec. 9. q. illustr. 9. Præterea hac actione condem- natus, adeo confestim ac præciè rem restituere tenerur: ut illi quadrimestre tempus (quod aliis debitoribus ad ju- dicatum solvendum est indultum. *lib. 2. C. de usur. rei ju- dic.*) haud indulgeatur, *arg. d. leg. 1. §. est autem. 22. ff. de posit. Et d. leg. penult. ibi illico motus omni b. compellat. C. eod. Würmser. lib. pract. observ. tit. 23. obs. 1.* Imò suo nomine convenius & condemnatus, infamie macula notatur. *l. 1. l. furti. 6. §. si quis alieno ff. de his, qui not. infam. l. qui de- positum 10. ubi gloss. Bartol. Et Castren. Col. depositi.* Quod si depositore invito, rem depositam contraxerit, deposita- rius: & hæc depositi, & furti actio, itemque conditio furtiva competit, *l. si quis insciatur. 13. §. 1. l. si saccu- lum. 29. in princ. ff. eod.* Sed & depositorem rei vindica- tione rem suam depositam repetere possit, enucleari juris est. *l. 1. in fine. Et ibi Scharius. n. 2. C. eod. tit. l. officium. 9. ff. de rei vindic. D. Cotta Boc. class. 2. Disputat. 10. thes. 37. edit. 2.**

Actio depositi contraria tribuitur depositario, ejusque heredi, in deponentem, & ejus heredem: ad recuperandos sumptus, in rem depositam necessariis & utiliter factos leg. ei, *apud quem. §. in princ. l. si in Asia. 12. leg. actione. 23. ff. depositi. ibiq. in suis Paratit. Steinhausen n. 5.* Non autem, ut in directa, ita & in hac contraria actione, in litem ju- ratur: quia non de fide ruptâ, sed de indemnitate ejus, qui depositum suscepit, agitur. *d. leg. ei, apud quem. §. in princ. ff. eod. Oldendorp. class. 4. action. 23. p. 676. n. 5.* Ideo- que hoc in judicio damnatum infamia non sequitur. *§. de quibusdam. 2. infr. de pen. tener. litigant. l. furti. 6. §. ult. ff. de his, qui notant. infam. Schneid. vin. in hoc §. n. 21. Et Wesembec. in Paratit. ff. depositi. num. ultim. Job. Coppen. lib. 2. observat. 14. num. 3. Doringius in Bibliotheca Juris- consultorum. tom. 1. verb. actio depositi. numero. 3. fol. 305.*

Hæc de speciali sive vulgari deposito breviter explicata sufficiant: succedit modò sequestratio: quæ est rei lingiosæ à pluribus facta depositio, definitore Treutlero *Disp. 26. thes. 8. volun. 1.* Alias definitiones videre est in tract. meo de process. judiciar. decud. 23. conclus. 1. ad lit. D. Diciturque est à sequestro, qui est is, apud quem fit ejusmodi depo- sitio. *l. sequester. 110. ff. de verborum significatione. l. licet. 17. ff. depositi.* Sequester autem, auctore Modestino, dicitur à sequendo: non tamen, quod ipsi depositores si- dem illius sequantur: sed quod ipse sequester quasi se- quatur eos, qui de re contendunt, paratus eam restituere parti alterutri, cui ex lege depositi ipsam reddi oportet. *d. leg. sequester. 110. ff. de verborum signific. D. Boc. class. 2. Disputat. 19. thes. 11. Et Disput. 11. thes. 2. edit. 2. item in hoc §. num. 65. pag. 199.* Atque istam Modestini Jurisconsulti etymologiam: contra alios, erudite & co- piose defendunt Gaddus *ad rubr. titul. Decretal. de se- questrat. possess. Et finet. num. 4. cum seqq. Et Cludius in tractat. de jure sequestrat. cap. 1. num. 6. Et seqq.* Illis porro definitionis verbis (rei litigiosæ à pluribus) discrimi- natur à sequestratione a deposito, in specie sic appellato.

In sequestrum enim tantummodo res litigiosa seu controversa venit : at depositum rem etiam non controversam admittit. Requiritur item in sequestro, ut duo pluresve deponant : depositum verò à parte deponentis unica duntaxat personà contentum est. *d. l. licet. 17. in pr. ff. de positi. Joan. Bauman. in tr. de sequest. c. 1. n. 12. & seqq.*

- 61 Hic obiter notandum : sequestrum & sequestrationem pro uno eodemque accipi. Nam tametsi rem penicillatius consideranti videri potest, sequestrationem à sequestro differre, quantum factum à jure, ita ut sequestrum juris, sequestratio facti esse censeatur : usus tamen hæc duo vocabula, confundit adeoque unum pro altero accipitur : ut videre est apud Franciscum Carr. in tractat. de sequestis. Angel. Perus. in tractat. sequestror. Jacobum de Arena in tractat. de sequestrationibus. Wesenbec. consil. 7. per tot. hosque citantem Clodium d. cap. 1. num. 22. Sed & illud monendum est : quòd, etiam si Doctores communiter, sequestrum seu sequestrationem atque arrestum unum idemque esse, existiment, Quintil. Mandos. in tractat. de monitor. question. 8. num. 3. & question. 10. num. 3. Mynsinger. decad. 7. respons. 66. num. 14. Matth. Coler. de process. execut. part. 1. cap. 2. mem. 81. 112. 157. & 159. toto tamen genere arrestum à sequestratione differat. Arrestum quippe est impedimentum sive interdictum, ne res aut persona loco, vel statu suo moveatur. Molin. ad consuetud. Parisiens. part. 2. §. 52. glos. in verb. arresto. n. 1. & seq. Petr. Peck. in tractat. de jure sistendi. cap. 1. num. 4. hosque referens D. Bocer. d. Disp. 11. thes. 1. ad lit. C. & in hoc §. num. 66. Sequestratio sive sequestrum quid sit, ex definitione supra posita liquet. Deinde sequestrum depositi species est, atque ita contractus : arrestum neque depositum est, neque contractus, sed manuum quedam injectio. Conrad. Lag. in method. jur. part. 5. cap. 32. de execut. rei judic. num. 23. Pyrrhus ad consuet. Aurel. rubr. de execut. instrument. cap. 5. 10. & 12. Nos Germani dicimus : in Verbot legen, anhalten, arrestiren, aufhalten. D. D. Besold. in thesaur. practico lit. A. num. 58. & idem Besoldus & Johan. Georg. Kierner. in disputat. inaugurali. de jure sequestrationis. th. 15. Præterea sequestrum fit causà custodiæ, & tantum in re litigiosa. *d. l. sequester. 110. ff. de verbor. signific. l. propriè. 6. ff. de positi.* Arrestum non fit custodiæ causà, nec in re litigiosa solummodo ; sed tam in personam, quam in rem quamlibet, etiam non litigiosam, exercetur. In arrestis siquidem alicui à Magistratu interdictur, ne excedat ex eo loco, in quo inventus est, nisi rebus cum eo compositis, qui de illo apud judicem questus est. Pyrrhus d. cap. 12. eumque laudans Cludius d. tractat. de jure sequestrat. cap. 2. num. 6. Vide Berlichium part. 1. conclusion. practicable. conclus. 50. & 51. Sic à sequestratione missio in possessionem ex primo decreto plurimum differt : quoniam illa tam partium conventionem, quam judice auctore fieri potest : hæc nunquam sine judicis decreto & cognitione. *l. jubere. 4. ff. de jurisdict. l. dies. 4. §. 1. §. dunt. 3. §. hoc autem. 8. ff. de dam. infect. l. 2. ff. quib. ex caus. in possess. eat. l. interesse. 39. ff. de acquir. vel amitt. possess.* Missus insuper in possessionem ex primo decreto, maxime in actione reali, post annum verus possessor efficitur. *l. possideri. 3. §. ultim. ff. d. tit. c. quoniam. 5. §. in alia vero. ext. ut lit. non contest. non procedat.* In sequestratione autem hoc legibus cautum non reperitur. innocens. in c. ex litteris. 2. num. 2. ext. de dol. & contumac. Angel. in l. si qui emptio. 8. §. sed & si quis. num. 5. Cod. de prescript. 30. vel 40. annor. Alexand. n. d. l. interesse. 39. n. 3. ff. de acquir. vel amitt. possess. Coler. d. part. 1. de process. execut. cap. 2. num. 66. Adhæc in possessionem missio non tantum ei, qui missus est, sed & aliis, eandem causam habentibus, prodest, nocetque. *l. cum unum. 12. ff. de reb. auctoris. judic. possid.* Sequestrum verò prodest nocetque tantum deponentibus. *d. l. interesse. 39. ff. de acquir. vel amitt. possess. D. Gaddem ad d. rubric. de sequestrat. possess. & fruct. num. 21.* Hoc amplius sequestratio in pene tertium, qui non est in lite. *d. l. sequester. 110. & ibi Alciat. num. 2. ff. de verbor. signific.* Sed missio in possessionem uni ex litigatoribus decerni-

tur. Creditor etenim seu actor in possessionem rei mittitur. *d. c. quoniam. 5. §. in aliis. ext. ut lit. non contestat. non process. dict. l. 3. §. fin. ff. de acquir. vel amitt. possess. cap. 1. ext. de dol. & contumac.* Denique missus in possessionem ex primo decreto jus pignoris prætorii consequitur. *l. si finit. 15. §. ex hoc edicto. 11. ff. de dam. infect. l. 1. & 2. C. de prætorio pignor. c. fin. ext. de eo, qui mittitur in possess. &c.* In sequestro autem nihil juris in sequestrum transfertur. *d. l. interesse. 39. ff. de acquir. vel amitt. possess. Clud. prædicto c. 2. num. 19. ubi hanc rem persequitur latius.*

Dividitur vulgò sequestratio in voluntariam sive conventionalem, & necessariam sive judicalem seu prætoriam. Voluntaria est rei litigiosæ depositio, quæ fit merà partium litigantium voluntate ac conventionem. *l. ei apud quem. 5. §. 1. ibi, cum sequestro convenit. & §. 2. ibi, qui eum elegerant. l. propriè. 6. tibi, certà conditione custodiendum traditur. l. licet. 17. §. 1. ibi, id enim agitur eà depositione. ff. de positi. l. si quæ sunt. 5. ibi, ex consensu eligendus est amicus. ff. familie ercisc. l. interesse. 35. ibi, qua mente apud sequestrum deponitur. ff. de acquir. vel amitt. poss. l. postquam. 5. §. 1. vers. sed si nec ipsi, ff. ut legator. seu fideicommissor. servandor. caus. cau. l. si soluturus. 39. in fin. ff. de solutionibus.* Necessaria perhibetur, quæ à judice, adhibita causæ cognitione, decernitur. *l. unic. ibi, sequestrationis necessitas. C. de prohibet. sequestr. pecun. l. si fidejussor. 7. §. ultim. ibi, si hoc judici federis. ibique Costalius. ff. qui satisfacere cogant. cap. 1. 2. & 3. ext. de sequestrat. possess. & fruct. Clement. unic. eod. Atque hanc sequestrationis partitionem quamvis Clarissimus Dn. Bocerus, Collega meus, ut non satis logicam, alligatenuis rejiciat, class. 2. Disput. 20. thes. 13. & Disputat. 11. thes. 17. edit. 2. ego tamen eam, tanquam prædictarum legum auctoritate satis suffultam, concordibus omnium ferè interpretum, tam veterum, quam neotericorum, calculis receptam, tot seculis approbatam, & quasi usu præscriptam omnino retinendam judico, argument. l. minime. 23. & l. si de interpretatione. 37. ff. de legib. l. 1. vers. sanè crebrior. ff. de offic. questor. & l. si idem 11. ibi, Sabino, Cassio, Proculo placuit. ff. de jurisdict. [Eandem quippe probant & tutantur, Jacobus de Arena in tractat. de sequestrat. num. 2. & 3. Azo ad titul. Cod. de prohibet. sequestrat. pecun. num. 3. Jason in d. l. si fidejussor. 7. §. fin. ff. qui satisfacere cogant. Corasius lib. 3. Miscellan. jur. civil. cap. 2. num. 1. Mynsinger. centur. 5. observat. 35. Gall. in tractat. de arrest. cap. 12. num. 1. Scheneidewinus in hoc nostro §. num. 5. Sebast. Medic. in tractat. de conservand. possess. gloss. 2. part. 1. num. 289. Scharidus numero. 4. & Gilkenius num. 2. ad titul. C. de prohibet. sequestrat. pecun. Colerus de process. execut. part. 1. cap. 2. num. 55. Ciphanius in Commentar. de divisionibus. jur. thes. 97. Vultejus lib. 1. Jurisprud. Roman. cap. 33. num. 3. Gaddem ad cap. 1. de sequestrat. possess. & fruct. num. 79. cum seqq. Cludius in tractat. de jure sequestrat. cap. 3. num. 2. Hackelmann. Disputat. 9. thes. 14. lit. a. Bauman. dict. tractat. de sequestis. cap. 2. Stuckius part. 1. Exercit. Justin. decad. 10. assert. 6. lit. Arnold. Vinnius lib. 4. Jurisprud. contractu. cap. 8. pag. 247. Steinhanssen in Paratit. ff. de positi. num. 6. Flomius lib. 3. var. resolut. jur. civil. tra. fac. 3. part. 4. quest. 3. pag. 947. & seq. D. Collega Besoldus & Kierner. d. disput. de jure sequestrationis thes. 24. cum seq. aliique ab his citati.*

Verum hæc divisiō, pluribus non solum legum momentis stabilitæ, sed etiam non contemnendis magnorum & omnium ferè (ut paulo ante dictum) Jurisconsultorum auctoritatibus corroboratæ, noviter repugnat Dn. Bocerus, Jurisconsultus haud incelebris, in hoc §. nostro num. 67. & seqq. pag. 200. Rationes ipsius quibus ad impugnandam hanc receptam divisionem nititur, admodum frigide sunt, & in hoc potissimum consistunt : Depositum & sive etiam sequestratio, est contractus. At sequestratio necessaria non est contractus : cum in eà non interveniat consensus partis, utpote quæ judicis sit auctoritate. Ergo sequestratio necessaria non est depositum : & consequenter nec sequestratio. Sed ad hanc & similes objectiones sufficienter respondet Hunnius, dicto loco. Nempè

- 67 Nempe negatur minor propositio. Nam etiam in sequestratione necessaria intervenit consensus, si minus expressus, saltem tacitus: quandoquidem sequestrationi causam præbens, tacite ipso facto in sequestrum consentit. Non igitur deficit contractus, utcumque iudicis auctoritas intercedat: sicuti nec stipulatio prætoris, quæ iussu prætoris interponitur, definit contractus esse, licet capitis pignoris quispiam ad eam cogatur. Cæterum quod attinet ad Rociarianam sequestrationis divisionem, qua eam in propriam & quasi sequestrationem dispertit: quoniam ea satis, solideque confutata est à D. Gæddo, in repetitione d. cap. 1. de sequestrat. possess. & fruct. num. 8. pag. 117. edit. 2. de illa plura dicere superfedeo.
- 68 Porro voluntariam seu conventionalem sequestrationem semper & ubique permissam esse præallegati Interpretes uno ore attestantur, argument. dict. leg. ei, apud quem. §. 1. & l. seg. ff. de posit. dict. leg. interesse. 39. ff. de acquir. vel amitt. possess. l. in commodato 17. §. sicut. 3. ff. commodat. dict. leg. si que sunt. §. ff. famil. ercisc. & familiam. Baldus & Salicet. num. 3. in dict. leg. unic. Cod. de prohib. sequestrat. pecun. Huiusque assertionis ratio manifesta est: quia rerum suarum quilibet liberam habet moderationem, liberumque arbitrium, l. in re. mandata. 21. Cod. mandat. l. sed & si 26. §. consuluit. 11. ibi, dum re sua abuti putant. ff. de hereditat. petit. & contractum inire, in cuiusvis positum est voluntate. l. sicut. 4. C. de obligat. & actionibus. iurique pro se introducto quisque renunciare potest. l. penult. C. de pact. Nec obest, si obijciatur: quod à iudice fieri nequit, id nec à privato privata conventionem fieri posse: proindeque sequestrationem etiam quam iudex regulariter concedere non potest, nec à partibus posse concedi, argument. l. 3. ff. de testib. l. non videntur. 167. §. qui iussu. & l. is damnus. 169. ff. de regul. iur. Nam responderetur: multa posse fieri à privato privata conventionem, quæ iudex facere non potest. Verbi gratia; partes contrahentes certam pœnam conventionem constituere possunt, ubi nulla est. l. magnam. 12. Cod. de contrah. & committ. stipulat. iudex non potest. l. 1. §. quorum. 4. ff. ad senatuscons. Turpill.
- 71 Sic partes possunt telti iuramentum ab eo præstandum remittere, c. tuis. 39. ibique glos. ext. de testibus l. ult. in fine. Cod. de temporib. appellation. Johan. Ferrar. Papiens. in forma oppositionis contra testes. in verb. & non jurati. num. 2. iudex non potest. l. iurijurandi. 9. Cod. de testib. can. honorantur. 19. caus. 3. question. 9. c. nuper nobis. §. 1. ext. de testib. Sic quoque alter litigantium recte se adstringit ad dictum & testimonium adversarii, ut eo absolvatur, vel condemnatur. l. cum proponas. 6. & l. delata. 9. C. de reb. credit. & iurejur. l. fin. Cod. de iudicommis. c. Quinta vallis. 23. ext. de iurejur. idem iudici concessum non est, argum. l. prolatam. 1. C. de sentent. & interloc. om. iud. l. fin. C. de rei vindicat. Gæddus ad d. cap. 1. de sequestrat. possess. & fruct. num. 105. Ex contrario multa iudici sunt permissa, quæ partibus sunt prohibita: veluti, Iudex potest sententiam interlocutoriam revocare: quia ea, quoad iudicem, nunquam transit in rem iudicatam. l. quod iussit. 14. & ibi Bartol. Alexand. Gothofredus & Dd. communiter. ff. de re iudicat. Marant. in tract. de ordine iudicior. part. 6. tit. de sententia. num. 7. At partibus id non est licitum: quoniam sententia interlocutoria, quoad partes, in iudicatum facit transitum, argum. c. cum cessante. 60. ubi glos. & Panormitan. ext. de appellationibus. Jason. in d. l. quod iussit. 14. num. 27. & seg. ff. de re iudic.
- 73 In tantum autem sequestratio voluntaria legibus est permissa, ut interdum lex ipsa rem litigiosam sequestrare ponere hortetur. Etenim si plures sint coheredes, communia hereditaria instrumenta habentes, utile visum est, ut inter eos conveniat, hæc apud m. joris partis heredem, vel quem major pars elegerit, deponere. d. l. si que sunt. §. ff. famil. ercisc. Coler. d. part. 1. de processib. execut. cap. 2. num. 123. Sic etiam, si legatorum, fideique commissorum causa caveri oporteat: probatum est, ut virum bonum ab utraque parte eligant, apud quem, ut sequestrum, fructus deponantur. d. l. postquam. §. §. sed si nec ipsi ff. ut legator. servand. caus. cavent. Cæterum necessaria sive judicalem rerum tam mobilia, quam immobilia, tam corporalia, quam incorporalia & quantitatim sequestrationem, non solum civili, sed & canonico jure regulariter prohibitam vetitamque esse; crebrius, & merito quidem (frustrà reclamantibus Johanne Roberto lib. 1. sententiar. iur. cap. 5. Cujacio in Paratit. Cod. de prohib. sequestrat. pecun. Fornerio in d. l. sequestrat. 110. ff. de verb. significat. & novissime Schrötero diatribar. domestic. decad. 7. quest. 5.) obtinuit d. cap. 1. ibi, pro suo arbitrio sequestrari. & ibi, mandato sequestrationis penitus revocato. de sequestrat. & possess. & fruct. cap. 1. ut lite pendente nihil innovet. d. l. unic. C. de prohib. sequestrat. pecun. ibi, Azo Bartol. Bald. Salicet. Duaren. & Scharf Rebuffus in d. l. sequestrat. 110. §. prima ergo sit conclusio. & ibi. Alciatus & Brecheus. ff. de verbor. signific. Humanius d. lib. 3. var. resol. tract. 3. part. 4. quest. 4. pag. 949. cum seq. Guil. in tractat. de arrestis. cap. 1. num. 7. Mysinger. d. cent. 5. observ. 35. pluresque alii, quos laudant & sequuntur D. Gæddus ad d. c. 1. de sequestrat. possess. & fruct. n. 83. & Claudius d. tr. de jure sequestrat. c. 4. n. 2. itemque Knipschildt. exercit. 4. q. 8. p. 133. & seg.
- I. Conclusions hujus rationes adferri solent multiplices. 75
- I. Quia nemo in possessione sua, ne rescripto quidem supremi Principis, est turbandus. l. neminemint. 6. C. unde vi. l. si quis. 7. quis. 7. C. ad L. Jul. de vi publ. cap. 1. ut lite pendente nihil innovet. c. conquerente. 7. & ibi Panorm. num. 7. de ressit. spoliator. Sequestrationem autem esse quandam possessionis turbationem, vel ex eo liquefit, quod possessor rei controversæ live litigiosæ sequestratæ fructus non percipit, sed penes sequestrum manent: id que pluribus probat Wesenbecius consil. 7. num. 4. & 7. II. Quia ab executione processum inchoari, juri minime congruit. l. 1. ibique Dd. C. de execut. rei iudicat. adeo, ut etiam sententia, contra ordinem juris notorium lata, ipso jure nulla existimetur. l. prolatam. 4. Cod. de sentent. & interlocut. om. iud. Atqui sequestrationem esse quandam executionis speciem, negari non potest: uti tradiderunt Francisc. Curt. de sequestrat. num. 75. & Colerus d. part. 1. de process. execut. c. 2. num. 81. III. Quia nullus contractus sine consensu, vel vero, vel præsumpto perficitur. l. 1. §. conventionis. 3. ff. de pact. l. 2. l. 3. & 4. ff. de obligat. & act. Alit in sequestro judiciali nec verus; nec præsumptus consensus interponitur: nisi lex expressa, quæ hic destituitur, eum suppleat, & inesse præsumat: quoniam facti est magis, quam juris. l. consilio. 7. §. ult. ff. de curatorib. fenerator. & aliis, &c. Ergo judicialis sequestratio, utpote quæ species contractus est, fieri regulariter non potest, Annon disputat. 13. controvers. 13. IV. Quia non solum juris ratio dicitur, ut actor, qui rem sibi condemnari cupit, intentionem suam plene probet. l. 2. & l. quingenta. 12. ff. de probationib. l. actor. 25. C. eod. l. qui accusare. 4. C. de edend. d. l. unic. C. de prohibita sequestrat. pecunie. Verum etiam ipsa æquitas hoc persuadet. Iniquissimum namque foret, lite super re quadam mota, & actore nihil probante, sicque reo non convicto, rem litigiosam reo adimere, & tertio tradere. Alias quilibet litem intendere, & commodum possessionis alteri eripere posset. Isthæc autem juris ratio & æquitas, quæ sequestrationem prohibent, non tantum in actionibus in personam, sed & in actionibus in rem militant. Tamen enim is, qui fundum, domum, vestem, & aliam rem ut suam petit. l. 2. l. proprietatis. 4. l. sive possidetis. 16. & l. ad probationem 21. C. de probationibus. quam ille, qui certam pecunie quantitatem postulat, probationibus obnoxius est, l. 1. l. rationes 6. & l. cum res. 12. C. eod. tit. V. Quia nemini possessionis suæ commodum absque legitima causæ cognitione adimi debet. d. l. memini. 5. C. unde vi. & d. l. si quis. 7. C. ad leg. Jul. de vi publ. d. c. conquer. 7. & passim. ext. de ressit. spoliat. Est quippe commodum possessionis maximum. §. retinende. 4. vers. commodum. infr. de interdiction. Idedque Accursius cum, qui possidet, beatum pronuntiavit, in §. si iudex. 2. vers. si res vel plures. super verbo, requirat. tit. de pace tenend. & ejus violatoribus. Nam qui possidet rem, non modò ejus fructus percipit: sed & adversarium facit actorem, eoque non probante, qui possidet, absolvitur. d. §. retinenda. 4. vers.

- commodum. *infr. de interd. l. ult. C. de rei vindicat.* In pari quoque causa pro possessore judicari consuevit. *l. si a sede 31. de prabendis in 6. Et c. in pari. 66. ff. de reg. jur. eod. libro.* Quin & qui possidet, usufructu habet conditionem, & rei dominium per possessionem acquirit. *l. Paulus respondit 12. §. 1. ff. quibus mod. pign. vel hypoth. solv. l. 3. ff. de usurpat. Et usufruct. l. un. C. de usufruct. transform. Et similibus.* Præterea qui rem possidet immobilem, à prestatione cautionis iudicio fisci est immunis, *l. scient. dum. 15. in princ. ff. qui sacris dar. cogant.* Sic, duobus habentibus causam ab uno, is, qui possidet, vel cui res est tradita, alteri præfertur. *l. si ea res. 31. §. uterque. 2. ff. de actionibus. empte. l. siue autem. 9. §. si duobus. 4. ff. de Public. in rem act. l. quoties. 15. C. de rei vind.* Insuper ille, qui possidet, dominus præsumitur, *arg. l. 1. §. 1. ff. sim. mil. ercisc. l. siue possidetis. 16. C. de probationib. Accurs. in l. sicut. 8. §. sed si queritur. super verb. possessoris. ff. si servitus vindicet.* Cæterum hisce, aliisque possessionis commodis ac emolumentis, maxime secundum eos, qui per sequestrationem in sequestrum possessionem transferri opinantur (*quæ de opinione inferius suo loco. num. 143.*)
- 81 possessor privaretur. VI. Quia sicuti à captivâ personæ non debet incipi processus, *argum. lib. 2. Cod. de exactoribus tributor. Et l. ob es alienum. 12. Cod. de obligation. Et actionibus;* ita nec à sequestro, quod nihil aliud, quàm captivâ rerum debitoris, repuratur. *Bald. in l. consentaneum. 8. num. 32. Cod. quomod. Et quando judex sententiam, Et c. Coler. part. 3. de processibus. execut. cap. 11. num. 57. Et seq. VII.* Quia quod favore alicujus introductum est, id alio modo in ejusdem odium non est retorquendum. *l. quod favore. 6. C. de legibus.* At si sequestratio rerum: in controversiam vocatarum, ante sententiam & plenam domini probationem semper fieri possit, non solum possessionis commodum reo invito auferretur; sed qui favore esset afficiendus, odio prægruaretur: cum tamen favorabiliores rei potius, quàm actores, habeantur. *l. favorabiliores. 115. ff. de regul. jur. VIII.* Quia denique si cuique possessori jura permittunt resistere vim inferenti, vel possessionem avellere conanti. *l. quemadmodum. 29. §. 1. ff. ad l. Aquil. l. ut vim. 3. ff. de justit. Et jur. cum concordantibus.* quomodo adversus eundem hanc possessionis turbationem sive sequestrationem admittent? *D. Gudd. in repetitione d. cap. 1. de sequestrat. possess. Et fruct. num. 83.* Ex quibus rationibus quovis electo dilucidius evadit: necessariam vel judicalem omnium omnino rerum sequestrationem, tam jure civili, quàm pontificio, regulariter esse prohibitam.
- 82 Huic ita firmatæ decisioni seu regulæ primò non obstat, quòd Impp. Honorius & Theodosius non cujusque rei, sed pecuniæ tantum sequestrationem prohibuerunt, tum in rubrica tit. C. de prohibita sequestratione pecuniæ, tum ipso nigro sive textu, ibi, *ex quolibet contrahu pecuniæ, & in fine ibi, pecuniam petiturus.* Nam; ad hujus objectionis resolutionem, sciendum est: quod pecuniæ verbum trifariam in jure nostro accipitur. Primò enim stricte sumitur, & pecuniam duplicatam numeratam seu signatam denotat; idque præcipue fit, quando hoc epitheton, numerata, aut signata, verbo pecuniæ adjicitur, aut significatio ista ex re subjectâ colligitur, *arg. l. pecun. verbum. 178. ff. de verbor. signific. l. item si filius familias. 7. §. mutui. 3. ff. ad SC. Macedonian. l. si quis. 4. §. 1. ff. de reb. credit. Gudd. ad l. 4. num. 35. ff. de verb. signific. Deinde latè accipitur, pro rebus, pondere, numero, mensurâve constantibus, ut in l. legata. 19. Et l. talis. 30. in princip. ff. de legat. 1. l. 2. §. creditum. 3. Et l. singularia. 15. ff. de reb. credit. Johan. Cuiusdam in tractat. de mineralib. lib. 3. de moneta tit. 9. num. 5. pag. 109. Tertiò capitur latissimè, pro omni re, quæ in patrimonio nostro esse potest, tam mobili, quàm immobili, sive sint corpora, sive jura, d. l. pecunia verbum. 178. Et l. pecunia nomine. 222. ff. de verb. signific. l. 2. C. de constit. pecun. l. in illa stipulatione. 50. ff. de verbor. obligat. l. si creditor. 37. in princip. ff. de pecul. l. liber homo. 20 §. 1. ibi, quoniam pecunia ff. de stipulation. servor.*
- 83 In hac autem latissima significatione, pecuniæ verbum in dubio accipi oportere, post Alciatum, Rebuffum & Brechæum, à se allegatos ostendit Gudd. in repetit. d. cap. 1. de sequestrat. possess. Et fruct. num. 92. per d. l. pecuniæ. 178. ff. de verb. significat. Adde Rener. Budel. de re nummar. lib. 1. cap. 1. num. 46. Et seq. itemque Kirzelium in tract. de jure monetar. class. 1. theorem. 4. lit. H. Et 1. pag. 43. Nihil ergo vetat, quo minus eodem generali sensu verbum illud in dict. tit. C. de prohibita sequestrat. pecun. accipiat: & consequenter; non solum pecuniæ numeratæ, vel rei, quæ pondere, numero, aut mensura constet; sed omnium etiam rerum, tam soli, quam mobilium, tam incorporalium, quam corporalium, sequestrationem judicalem prohibitam esse, concludatur.
- Nec urget quicquam, quòd præfati Impp. in d. l. unic. C. de prohib. sequestr. verbum pecuniæ adjecerint, idque reperierint. illud etenim, ut latissimum, non restringendi vim; sed potius generalem prohibitionem extendendi, naturam habet: cumque verisimile non sit, Imperatores in inscriptione sive rubrica superfluis voluisse uti vocibus: perspicuum fit, non temere & absque singulari efficacia ac virtute, pecuniæ verbum ab Impp. illic adjectum & geminatum fuisse. Adde quod verba generalia in potiore significatu, & cum effectu sunt accipienda. *l. 1. §. 2. quod quisque jur. in alter. statuer. l. si per alium. §. 2. ff. ne quis eum, quis in jus vocabit. Et c. l. 1. §. ultim. ff. si ager vectigalis, Et c.* Neque verò pro vana aut superflua adjectione haberi potest illud, quod singularem aliquam virtutem & efficaciam continet; & dubium, quod obstat; quadantenus tollit, *argum. l. si stipulatus. 4. ff. de usur. l. si quando. 109. in princip. ff. de legat. 1. Zas. consil. 3. num. 47. volum. 1. Clud. in tract. de jure sequestrat. cap. 4. num. 34.*
- 84 Secundò, non adversatur, quod de ordine titulorum à dissentientibus affertur: videlicet in libro quarto Codic. præcedere titulos, *de rebus creditis; si certum petatur; Et de suffragio:* deinde subjici titulum, *de prohibita sequestratione pecuniæ:* & sequi titulum, *de conditione indebiti:* titulos autem, *de rebus creditis, de suffragio, ac de condit. indebiti.* ad materiam pecuniæ creditæ spectare: proindeque titulum quoque, *de prohib. sequestrat. pecun.* qui istis includitur, ad eandem materiam pertinere: atque adeò in actionibus personalibus tantummodo locum obtinere. Hoc, inquam, non adversatur: Tum quia negari nequit, & res ipsa loquitur; in Codice nostro Justiniano non ita exactam methodum & ordinem, ut in Pandectis, esse servatum; sed in eo singula facta & spec'es, pro re natâ incidentes, decidi: sicuti monet. *D. Wesenbecius in Oeconomia Codic. in præfatione.* Tum quia ordo ille libri quarti Codic. generalem sequestrationis prohibitionem non impedit, sed potius confirmat. Siquidem in tit. de suffragio, qui proximè præcedit titulum, *de prohib. sequestrat. pecun.* non solum tractatur de rebus, pondere, numero, mensurâ consistentibus, suffragii causa datis, verum etiam de cæteris corporibus; tam immobilibus, quàm mobilibus, seseque moventibus. *l. unic. §. 1. Et §. 2. C. de suffragio.* Similiter titulus, *de condit. indebiti.* qui immediate sequitur titulum, *de prohib. sequestrat. pecun.* omnes omnino res, immobiles, mobiles, & se moventes complectitur; exque omnes in conditionem indebiti veniunt. *l. qui promissit. 48. l. fideicommissum. 62. Et fin. ff. de condit. indebiti. l. 2. Et l. fideicom. 7. C. cod. Gudd. ad d. c. 1. de sequestrat. possess. num. 93.*
- 85 Tertiò, non obstat, quòd dict. lex. unic. Cod. de prohib. sequestrat. pecun. pertineat ad correctionem l. 1. C. Theod. si certum petatur. de chirographis. lib. 2. tit. 27. quæ lege uno casu admittebatur pecuniæ creditæ sequestratio, nempe quo questio inter debitorem & creditorem exoriebatur de falso chirographo Hoc Impp. in d. l. un. C. de prohib. sequestr. pecun. emendarunt, & generaliter, pecuniæ creditæ sequestrationem prohibuerunt. Unde dicendum videtur constitutionem istam l. un. ad pecuniam circumscribitur, siveque actionem in personam solummodo pertinere. Illud, inquam, non obstat. Licet enim concedatur dictam l. un. pertinere ad emendationem dictæ l. 1. C. Theod. si cert. pet. de chirogr. ob id tamen generalis prohibitio

91 bitio sequestrationis non restringitur. Nam certi petitiō non tantum persequitur res in quantitate existentes, sed quaslibet etiam alias, vel mobiles, vel immobiles, quæ in stipulationem, permutationem, transactionem, aliumve similem contractum, vel quasi contractum veniunt. *l. certi conditio. 9. ff. de reb. credit. si cert. pet. l. 1. ff. de condit. triticaria. l. stipulat. 74. §. 1. ff. de verbor. obligat. l. scire. 6. Codic. de contrah. & committ. stipulat.* Ex chirographo autem tam res immobilis, quam mobilis, siue quantitas ac pecunia numerata deberi potest. *dict. leg. unic. §. 1. & 2. C. de suffragio. l. penult. ff. qui testament. facere possunt.* Ideoque *dict. ex unic. Cod. de prohib. sequestrat. pecun.* ad quantitatem duntaxat nequaquam restringenda est. Imò ut generalis prohibitio appareat; pecuniæ vocabulum tanquam latissimum, inscriptioni siue rubricæ ejusdem legis est adjectum. *Gædd. ad d. c. 1. de sequestrat. possess. num. 94. Clud. d. tractat. de jure sequestrat. cap. 4. num. 41.*

92 Quintò, non refragatur, quòd in *d. l. unic. C. de prohib. sequestrat. pecun. & toto libro 4. Codic. de actionibus* solummodo personalibus, non item de actionibus realibus, agatur; ac propterea quòd de actionibus in personam ibidem constituitur, ad actiones in rem non sit extendendum: cum istæ actiones toto inter se cælo differant. *§. 1. infr. de actionib. l. actionum. 23. in princ. ff. de obligat. & actionib.* Posito namque, sed non concessò, in *d. l. unic. C. de prohibita sequestrat. pecun. & toto libro 4. Codic.* agi tantum de actionibus in personam: atiam inde haud convincitur, sequestrationem judicalem in actionibus realibus esse permissam. Rationes siquidem, quæ ab Imp. illic adferuntur, & quæ superius *num. 75. & seqq.* recitatæ sunt, tam in actionibus in rem, quam in actionibus in personam procedunt. Quemadmodum enim in actionibus in personam actor probationes adferre, reumque convincere debet: ita quoque in actionibus in rem. *dict. l. 1. d. l. 2. d. l. 4. d. l. 12. 16. & 21. Cod. de probationibus.* Et quemadmodum in actionibus personalibus processus initium ab executione non est faciendum: ita nec in actionibus in rem. *d. l. 1. Cod. de execut. rei judicat.* Sicut etiam in actione in personam actor reum in possessione turbare, eique commodum possessionis eripere non potest: ita quoque in actione in rem *d. l. memini. 6. C. unde vi.*

93 *& jur. simil. præleg.* Potius itaque locum hic sibi vindicabit illud notissimum axioma: ubi eadem est juris ratio, ibi quoque idem jus statuendum. *l. quadam. 9. §. nummular. ff. de edend. l. illud quesit. 32. ff. ad l. Aquil. l. non possunt.*

94 12. *& l. seq. ff. de legib.* Unde ratio legis, censetur anima legis: imò pro ipsa lege habetur: & jus supplere dicitur. *l. cum mulier 47. ff. solut. matrimoni. l. cum ratio. 7. ff. de bon. damnat. l. scire. 13. §. aliud. 2. vers. sed etsi maximè. ff. de excusationibus can. consuetudo. 6. Distinct. 1. Bald. in l. si quis servo. 20. num. 7. C. de furt. Panormitan. in c. ratio nulla. 3. ext. de præbend.* Præterea æquitas, quæ ab Imp. in *d. l. unic. C. de prohib. sequestr. pecun.* adducitur, & quæ sequestrationem impedit, non solum in actionibus personalibus, sed etiam in realibus locum habet. Nam sicut æquum est in actionibus in personam, ut actor probationes secum adferat, & reum convincat, nec ab executione initium processus faciat, reumque in possessione turbet; ita quoque in actionibus in rem, utpote quæ eundem desiderant processum, æquum hoc esse dicendum est.

95 Quare hic rursus trito illi axioma loci erit: ubi eadem est æquitas, ibi semper idem jus esse debet. *l. à Titio. 108. ff. de verb. obligat. & d. l. illud. 32. ff. ad leg. Aquil. Bald. in l. si quis. 8. num. C. de interdict. matrim. inter pupill. & tutor. &c.* Et quemadmodum ratio; ita etiam æquitas jus supplet. *l. 2. §. item Varus. 5. in fin. ff. de aqua. & aqua pluv. arcend. l. placuit. 8. ubi Jason. C. de judic. Wesenbec. consil. 2. num. 2.* Imò æquitas regina juris vocatur. *Zaf. in l. si insulam. 85. num. 11. ff. de verbor. obligat. Martb. Coter. de process. execut. part. 1. cap. 9. num. 31.* Cum ergo ratio & æquitas juris eadem militet in realibus, quæ in personalibus actionibus: rectè concluditur, tam in illis, quam in his sequestrationem prohibitam esse. *Clud. dice. tractat. de jur. sequestrat. cap. 4. num. 27.*

96 Quintò, non resistit, quòd Honorius & Theodosius Imp. in *d. l. unic. C. de prohib. sequestr. pecun.* de pecunia ex quolibet contractu debita; sicque tantum de actionibus in personam, quæ ex contractibus oriuntur, loquantur. *§. 1. infr. de actionib. l. action. 25. in princ. vers. in person. ff. de obligationib. & actionibus.* Quamvis enim id concedatur: tamen & illud vicissim concedi necesse est: quòd ratio decisioni annexa generalis sit, adeoque non solum ad contractum, vel quasi contractum, ex iisque descendentes obligationes & actiones personales: verum etiam ad quamcunque aliam petitionem ac vindicationem, actionesque reales pertineat, *veluti ex paulò ante dictis clarissimè constat.* Sic parum ad rem facit, quòd Imp. in *dict. leg. unic.* aliquoties verbo, *debitoris*, utantur: verbum autem *debeendi*, ad personales solummodo actiones referendum videatur: cum actionibus istis persequamur res nobis debitas: actionibus verò realibus, res nostras. *d. §. 1. infr. de actionibus. l. in rem. 32. ff. de rei vindic.* Etenim verbum *debere* omnem omnino actionem; atque ita tam realem, quam personalem complecti, enitescit *ex l. pecunia. 178. §. fin. ff. de verbor. significat. & uberius explicuimus infra ad princip. tit. de actionib. num. 32. & seq.* Minus movet, quòd memorati Imp. vocabuli *solutionis* mentionem faciant: solutio autem actiones duntaxat in personam respiciat: cum solutio nihil aliud, quam obligationis liberatio in actione personali, esse putetur, *argum. l. solutionis. 176. ff. de verborum significat. & l. solutam pecuniam. 49. in princip. ff. de solut. & liberat.* Certum namque est, verbum *solvendi* generale esse; & tam in rem, quam in personam actionibus convenire. Siquidem non tantum quòd nobis debetur: sed & quòd nostrum est, solvi nobis dicitur. *l. pignoris. 22. C. de usuris. Clud. d. cap. 4. num. 31.*

98 Sextò, nihil planè decerpit nostræ sententiæ: quòd quilibet rei suæ liber sit moderator & arbiter, *vulgatè l. in re mandata. 21. C. mandat.* Res autem, quæ actione in rem petitur, sit actoris: ac proinde quando actor rei suæ litigiosæ sequestrationem petit, concedenda & permessa sequestratio videatur. *Quandoquidem* breviter respondetur: dictam *l. 21. Cod. d. titul. procedere in iis*, qui absque contradictione plenum alicujus rei habent dominium. Hi liberam rerum suarum moderationem, liberumque arbitrium obtinent: secus est in illis, qui res adhuc controversas & litigiosas petunt, *argumento totius tit. C. de litigiosis.*

99 Septimò, non evertit decisionem nostram hæc argumentatio: ubi ratio est diversa, ibi quoque diversa est juris dispositio, *prædicta l. illud. 32. ff. ad leg. Aquil.* Atqui inter quantitatem & corpus est diversa ratio: quoniam quantitas corpus non habet; ac ideo non potest interverti, aut corrumpi; & consequenter nec sequestrari. Reliquæ verò res corpus habent, & interire possunt: ac ea propter sequestrantur. Ergo quòd de quantitate in *d. l. unic. Cod. de prohib. sequestrat. pecun.* asseritur, malè ad corpora extenditur. Hæc, inquam, argumentatio decisionem nostram non evertit. Etenim negatur: inter quantitatem & corpus diversam hic juris rationem esse. Is siquidem præcipuus sequestrationis censetur finis: ne actio instituta vel instituenda reddatur inanis: sed ut saluum maneat jus actoris, isque in casu victoriæ possit consequi, quòd actione institutâ petit, vel potere destinavit. Nemo autem sanus facile inhiæcis ibit: debitorem alicujus quantitatis bona sua, quibus isthæc quantitas inest, ita dissipare, profunderè ac perdere posse, ut amplius non sit solvendo, & facultatem solvendi quantitatis debiti amittat: atque adeò actio instituta inanis proferat & elusoria reddatur. Sed & pecuniæ verbum in sepe *alligata l. unic. Cod. de prohib. sequestrat. pecun.* ita stricte pro re invisibili ac incorporali, quantitate nimirum, non est accipiendum: sed potius pro corpore, quòd pecuniæ verbum continet & importat, quòdque tangi & apprehendi potest. Alias enim si rem saltem incorporalem atque invisibilem denotaret: insulsa, ac ridicula videretur sequestrationis prohibitio, rei scilicet, quæ in rerum natura non existit. *Verum vide Clud. ad*

ad istud argumentum sufficiens respondentem d. tr. de jure sequest. c. 4. num. 37. Et seqq.

104 Octavo & ultimo, nihil negotii faciunt textus plures, quibus sequestratio judicialis in actionibus realibus concessa perhibetur, l. postquam. §. §. 1. ff. ut legator. seu fidei-commissor. servandor. caus. caveat. l. Imperatores. 21. §. ult. ff. de appellationib. l. fidejussor. 7. §. fin. ff. qui satisfac. cogant. l. si cum dotem. 22. §. fin. autem. 8. ff. solut. matrim. l. si cuius. 13. §. sed si inter. 3. ff. de usufruct. l. 3. ff. de liber. exhibend. l. ab executione. §. C. quor. appellat. non recipiunt. l. ultim. Cod. de agricol. Et censit. l. ultim. C. de assert. tollend. Et l. ult. C. quib. ad liber. proclum. non lic. Nam in hisce legibus omnibus, & nonnullis aliis, proponuntur casus speciales, qui certas ob causas sequestrationem, quæ alias regulariter prohibita est, admittunt; quarum aliquot paulo post sum explicaturus. Refutatis itaque plerisque, quæ momenti quid habere videbantur, Adversariorum argumentis: supra tradita, communique Doctorum applausu corroborata, est retinenda conclusio sive regula: quæ statuitur: sequestrationem necessariam omnium rerum, tam jure civili, quam Canonico, illicitam esse, atque prohibitam. Hinc fieri solet, ut qui sequestrationem jure factam affirmat, illud demonstrare teneatur. Etenim possessor, cui res per sequestrationem ablata est, probatione non indiget: cum sufficiat, eum pro se habere regulam, quæ sequestrationem prohibeat.

106 Nam qui regulam juris communis pro se habet, intentionem habet fundatam, eique inherendum tenaciter, donec in contrarium dispositio specialis probetur, argum. l. ab ea parte. §. ff. de probationib. l. omni. 202. ff. de reg. jur. Baldus in l. si tutor. 6. Cod. de servo. pign. dat. manum. Decius in l. 1. num. 6. Et ibidem Cagnolus num. 21. ff. de regul. jur. Schurff. conf. 6. num. 5. cum seqq. Et conf. 6. n. 4. Et 8. cum seqq. Wesenbec. conf. 7. num. 7. Claud. d. cap. 4. num. 44. Et seq. Porro recensentur plures a Doctoribus casus, quibus etiam judicialis sequestratio licita permittitur. Ergo paucos, eosque præcipuos, & qui communi in hominum usu frequentius occurrunt, tantummodo perstringam.

107 Primus itaque casus sit: si debitor vel reus conventus, propter dilapidationem, aut prodigalitem bonorum suorum ad inopiam vergat. Tunc n. iudex sequestrationem rei litigiosæ rectè decernit: ne iudicium elusorium reddatur, & creditor seu actor, etiam si victoriam reportet, vel nihil, vel parum in executione sententiæ, à reo convicto consequatur. argum. l. non è nullam. 6. ff. de dol. mal. l. Imperatores. 21. §. fin. ibique Bartol. ff. de appellationib. cap. 2. Et 3. extr. de sequestrat. possess. Et fruct. Fürstl. Württembergisch erneuert Landrecht. part. 1. tit. 80. §. Da aber, Et pag. 230. Azo in summa Cod. de prohib. sequestrat. pec. Guido Pap. decis. 246. Mynsing. cent. 5. ob. servo. 35. num. 4. Gail. lib. 1. observ. 147. num. 3. Et observ. 148. num. 2. Petr. Erider. Alindan. de mand. judic. lib. 2. cap. 39. num. 3. D. Collega Magirus in Comm. ad l. sequestrat. 110. num. 5. ff. de verb. significat. Camillus Borell. in sua decis. de sequestr. n. 27. Et 186. Et fanè dilapidatio, legitime probata, sequestrationi locum facit, non solum in iudiciis realibus, puta si aliquis dominium rei mobilis, vel immobilis vindicet; verum etiam in personarum iudiciis, quando videlicet pecunia, hoc est, quælibet res mobilia, vel immobilis, ex obligatione petitur, ut nosant Francisco. Curtius in tractat. de sequestrat. quest. 6. num. 33. Coler. in tractat. de process. execut. part. 1. cap. 2. num. 103. hosque cum aliis citans Chidius in tract. de iur. sequestrat. cap. 5. num. 17. Quo modo autem dilapidatio seu prodigalitas probetur abundè, post alios, quos allegat, declarat Josephus Mascardus vol. 1. de probationib. conclus. §. 15. Et volum. 3. conclus. 1234.

108 Secundus sequestrationis casus est: si reus, nulla immobilis possidens, cum re mobili controversa, de fugâ suspectus sit. Nam tunc ad ejus rei sequestrationem rationabiliter proceditur: ne videlicet creditor re sua plane privetur. l. si fidejussor. 7. §. fin. ff. qui satisfac. cogant. l. servatus consulto. 16. ff. de offie. præd. Coler. d. part. 1. cap. 2. num. 110. Coras. lib. 3. miscell. iur. civil. cap. 2. num. 9. D. Boser. class. 2. Disputat. 11. thes. 50. cum seqq. edit. 3.

Bauman. in tractat. de sequestrat. cap. 3. num. 1. Gedd. in cap. 2. de sequestrat. possess. Et fruct. num. 28. cum seqq. Dornspenger. in syntagm. iur. lib. 3. cap. 10. de sequestro pag. 739. Gilkenius ad d. l. unic. C. de prohibit. sequestrat. pecun. num. 3. Et seqq. Imò hoc casu, quo scilicet debitor de fugâ suspectus est, non tantum sequestratio rerum, sed etiam personarum, concessa intelligitur: adeo, ut debitor fugitivus per creditorem, si præsens sit periculum fugæ, & iudicis copia haberi nequeat, propria autoritate capi & incarcerari possit, argum. l. ait prætor. 10. §. si debitorem. 16. ff. que in fraud. creditor. l. generalis. §. 4. C. de decurionib. late Jason in §. 1. num. 72. Et seqq. infr. de actionib. Et Gail. lib. 2. observat. 44. Caterum creditor affirmans, debitorem de fugâ suspectum esse, id docere cogitur. argum. l. qui accusare. 4. C. de edend. l. frustra. 8. Et l. actor. 23. Cod. de probationibus. Bauman. d. tract. cap. 6. num. 4. Et seqq. Ex quibus verò indiciis suspicio fugæ colligatur, explicuit copiose Johan. Baptista Caccialupus in tract. de debitore suspecto Et fugit. quest. 1. item Jacobus Menochius lib. 2. de arbitr. judic. quest. casu 87. nec non Mascard. d. vol. 1. de probationib. conclus. 455. Et vol. 2. conclus. 823.

Tertius casus, quo sequestratio est permittitur, perhibetur: si servus ad libertatem proclamaverit, & domini in possessione vel quasi servitute sit. Tunc etenim servi peculium (quod is domini permittitur à rationibus dominicis separatim habet. l. depositi. §. §. fin. l. sed si damn. num. 9. §. præterea. 4. ff. de peculio) non ad dominum transfertur: sed durante lite, ac donec causa per iudicem cognoscatur, penes tertium sequestratur. l. fin. Cod. de ordine cognit. l. ultim. C. quib. ad libert. proclam. non licet. l. unic. §. super peculio. Cod. de assert. tollend. Coras. d. lib. 3. miscell. cap. 2. num. 9. Joan. Petr. de Ferrar. in sua prætic. in form. sequestr. seu fuximenti. verb. sapiens vir. num. 2. fallent. 3. Coler. de process. execut. d. part. 1. cap. 2. num. 134. Hackelman. Disputat. 9. thes. 14. lib. f. Quod autem de servo, cujus apud nos hodie nullus ferè est usus, modò dictum est: idem à paritate rationis ad filiosfamilias, monachos, & similes, si de eorum statu agatur, extendi poterit, tradente Johanne Petro de Ferrar. loco præallegato. Quemadmodum enim servus omnia domino; ita filius patri, respectu peculii profectitii, omnia acquirit. §. 1. supr. de his, qui sui vel alien. iur. sunt. §. 1. Et §. item vobis. 3. supr. per quas pers. cuique acquirit. l. acquiritur. 10. §. 1. Et l. etiam in iuris. 32. ff. de acquir. rer. domin. §. 1. infr. de stipulat. servor. l. quodcumque. 45. ff. de verbor. obligat. Et sicut servus acquirit domino, iuribus modò adductis: ita etiam monachus acquirit monasterio, per notata Panormitani in c. quod à te. num. 7. extr. de cleric. conjugat. Et Nicolai Everhardi in topic. legalib. loc. à servo ad monach. num. 3.

Quartus casus sequestrationis est: si de momentanea aut litigiosa possessione lis orta fuerit, & præsens periculum, metusve armorum subsit. Hac utique specie iudex tam ad instantiam unius vel alterius partis, quam ex officio & motu proprio, partibus non petentibus, rem controversam sequestrare; ac deinde cognoscere debet, cuiusnam momentanea possessio adjudicanda sit: neo scilicet partes ad arma veniant, pacemque & tranquillitatem publicam violent, ita sententiæ Dd. communiter: Baldus in dict. leg. fin. Codic. de ordine cognit. huncque citans Vultejus lib. 1. jurisprud. Roman. cap. 33. num. 10. Speculator in tit. de petit. Et possess. §. 1. num. 38. Hostiens. in sua summa, de sequestrat. possess. vers. duodecim. Jason. in d. l. si fidejussor. 7. §. fin. num. 27. ff. qui satisfac. cogant. Guido Pap. decis. 246. num. 5. Nevissus. in sua sylv. nuptial. num. 81. Natta consil. 121. Coras. d. lib. 3. Miscell. cap. 2. num. 9. Sebastian. Medic. de conservand. possess. gloss. 2. part. 1. n. 289. Forner. ad l. sequestrat. 110. ff. de verborum significat. Borell. in suis decis. de sequestrat. num. 32. Duaren. ad dict. leg. unic. in fin. Codic. de prohibis. sequestration. pecun. Et ibidem Gilkenius num. 11. aliiq. per eum relati. Et quanquam non desunt, qui armorum propter metum sequestrationem haud fieri posse, disputando defendere probabiliter conantur, Jacobus de Arena in tract. de sequestrat. num. 21. Du. Collega Boer. d. class. 2. Disputat. 11. thes. 50. cum seqq. edit. 3.

thes. 57. edit. 2. Gaddens in cap. 2. de sequestrat. possess. & fruct. num. 44. cum sequentibus. Reyger. in process. judic. Disput. ultim. thes. 8. ad lit. b. tamen hodie ex Ordinatione Camerae Imperialis res ita expedita & decisa est, ut dubitationi locus nullus relinqui debeat. part. 2. tit. 21. §. ob auct in obberibrem Fall, &c. Hujusque decisionis ratio est perspicua: quandoquidem si propter prodigalitatem, dilapidationem, ac fugam adversarii sequestratio permittitur, ut expositum supra num. 93. & seq. multo certe magis, ad evitanda homicidia, latrocinia, aliaque delicta & publica & privata, quae ex conjunctione armorum oriuntur, sequestratio in salutem Reipublicae concessa erit. Cur enim (inquit Julianus) ad arma & rixam procedere patiatu Prator, quos potest jurisdictione sua componere? l. si cuius. 13. §. sed si inter. 3. ff. de usufruct. Eoque conferunt etiam l. ultim. §. 1. ff. de offic. procurat. Caesar. l. illicitas. 6. §. ne potentiores. 2. & l. congruit. 13. ff. de offic. praefid. l. si super possessione. 9. Codic. de transactionib. & l. denunciamus. §. C. de his, qui ad Eccles. confugunt. Illudque in Camera non semel observatum esse, testatur Mynsinger. cent. 2. observ. 11. in fine. & innuit Gail. lib. 1. observat. §. num. 1. & 2.

114 Quintum sequestrationis casum praebet puella, quam duo adolescentes ambiunt; & uterque matrimonium sibi ab ea promissum contendit. Hic namque copula interdicti, & puella, donec lis finiatur, in domo honesta sequestrari debet. c. cum locum. 14. & ibi gloss. in verb. donec. & Panormitan. num. 4. ext. de sponsalib. c. causam matrimonii. 14. de probationib. Speculat. lib. 4. tit. de sequestrat. poss. & fruct. n. 7. Natta conf. 250 n. 2. part. 2. Hotom. conf. 43. n. 5. Gail. d. lib. 1. obs. 112. n. 15. & lib. 2. obs. 45. n. 7. Gilbansen in arb. judic. pag. 1. cap. 1. §. 1. n. 41. Marcus Antonius Gen. in part. Curiae Archiepiscopalis. Neapol. capit. 14. pag. 57. Bauman. d. tr. de sequestrat. cap. 3. num. 14. Joh. Kitzel. in Synops. matrimon. cap. 3. theore. 20. lit. e. & f. pag. 79. item cap. 10. theore. 13. lit. g. & h. pag. 355. Nec huic obstat, hominem liberum, cum in commercio esse non censeatur, sequestrari minime posse, §. item juris. 2. infr. de inutilib. stipulat. l. inter stipulantem. 33. §. sacram. 5. & liber homo. 103. ff. de verbor. obligat. Quia potius jus illud, quod in commercium venire potest (puta quisnam jus conjugii in persona, de qua quaeritur, habere debeat) quam persona ipsa sequestrari videatur. Clud. d. tractat. de jure sequestrat. cap. 5. num. 38. Imò liberi quoque homines sequestrationem fieri posse, utroque jure probatur. l. 3. §. si. ff. de liber. exhibend. d. c. cum locum. 14. de sponsalib. c. ex transmissa. 8. & c. litteras. 13. in fin. de restit. spoliat. Dn. Boc. d. class. 2. Disputat. 11. thes. 61. & seqq. Vide Knipschildt d. exercit. Acad. 4. quest. 12. pag. 139. & seq.

116 Sextus casus est: cum à sententiae executione, qua judicationis modus exceditur, appellatum est: quoniam si res, de qua contenditur, mobilis sit; ea possessori detrahatur & sequestro idoneo conceditur: sin fuerit immobilis, fructus omnes, qui tempore interpositae provocationis capti, vel postea nati erunt, in deposito sequestratio collocantur, jure fundi penes eum, qui appellaverit, constituto. l. ab executione. §. C. quor. appellat. non recip. Bald. in d. l. si fidejussor. 7. §. fin. num. 2. ff. qui satisfaciunt. cogant. Coras. d. lib. 3. miscellan. jur. civil. cap. 9. num. 9. Zabarell. in Clement. unic. num. 22. de sequestrat. Panormitan. in c. fin. num. 8. cum seqq. de sequestr. possess. & fruct. Cursius in d. l. unic. n. 5. Cod. de prohibis. sequestrat. pec. Gail. d. lib. 1. observ. 147. num. 7. Bocer. d. Disputat. 11. thes. 68. Bauman. d. cap. 3. num. 24. Coler. d. tract. de processib. execut. part. 1. cap. 2. num. 118. part. 3. cap. 11. num. 18. Neque movet, quod obijciatur, in proposito themate fructus rei litigiosae potius victori, quam sequestro concedendos esse: tum propter sententiam, quae transiitum fecit in rem judicatam: tum propter jus, quod victor sibi habet acquisitum; nec non praesumptionem, quae pro eo militat. Nam appellatio interposita hoc operatur: ut fructus in victorem transferri nequeant; sed penes tertium, donec alia super appellatione interposita feratur sententia, sequestrantur. Appellatio quippe hic licita putatur, utpote quae non super meritis causae prin-

cipalis, sed tantum super modo & excessu executionis interjecta fuit, d. l. ab executione. §. C. quor. appellat. non recip. Clud. d. cap. 5. num. 64.

118 Septimus sequestrationis casus obtinet in emptione-venditione: si nimirum inter emptorem & venditorem lis oriatur de pretii solutione, ac rei venditae traditione, & alteruter alterius fidem suspectam habeat, ita ut pretium venditori tuto numerari, vel merx aut res vendita emptori absque periculo tradi nequeat. Hic certe non immerito tam pretium, quam res vendita ad manus judicis, vel penes tertium aliquem sequestratur; &, donec contrahentibus consulatur, controversiaque summarie, cum hac specie processu juris ordinario, ac longo sufflamine litis opus non sit, cognoscatur, deponitur. l. si soluturum. 39. in fin. ff. de solutionib. & libertat. Francisc. Crat. in tract. de sequestrat. quest. 1. num. 12. in fin. vers. septimo fallit. Coler. d. part. 1. cap. 2. num. 128. Fornerius in d. l. sequestrat. 110. ff. de verbor. significat. hosque referens & sequens Cludius praedlegato cap. 5. num. 69. & sequent.

119 Octavum sequestrationis casum suppeditat res, tempore peritura: quae lite mota, vendi implorato judicis officio, ejusque pretium loco rei sequestrari poterit, arguunt. l. lib. 20. C. de agricol. & censit. & l. ult. §. 1. ff. de requirend. reis. Panormit. in cap. 2. num. 24. de sequestrat. possess. & fruct. Sigismund. Scacc. lib. 8. c. 38. n. 8. de judic. caus. civil. crim. & heretic. Jacob. de Aren. de sequestrat. num. 19. Johan. Petr. de Ferrar. in forma sequestrari seu saximenti. verb. sapiens vir. num. 8. Gail. d. lib. 1. observ. 184. n. 3. ubi ait, in facti contingentia per judicem & assessores Camerae, ad evitandum interitum, rei litigiosae alienationem concessam fuisse. Et quamvis quidam autument, ad solius sequestri officium pertinere, res tempore perituras alienare, Joan. Ant. Masius in addit. ad Ferrariens. dist. loco, ad verb. fructuum, eumque citans D. Gaddens in d. cap. 2. num. 64. de sequestrat. possess. & fruct. id tamen duntaxat procedere sciendum est, quando iudex alicui tertio curam & custodiam rerum litigiosarum commisit, urg. l. propriis. 6. ibi, custodiendum. ff. deposit. l. is, penes quem 6. C. eod. & l. 1. ff. de curatore bonis dando. Clud. d. cap. 5. num. 73.

120 Nonus casus, quo sequestrationem permissam dicimus, est: cum inter dominum & colonum est de dominio rei controversia. Etenim si recusaverit colonus de restituendis fructibus satisfacere; fructus isti sequestrabuntur. d. l. lib. 20. C. de agricol. & censit. D. Bocer. d. class. 2. Disputat. 11. thes. 60. edit. 2. Neque huic contradicit textus in l. si quis conclusionis. 25. C. de locato & conduct. ex qua liquecit, colonum seu conductorem domino locatori questionem domini referre non posse: sed prius possessionem restituere, & postea de proprietate litigare debere: & consequenter sequestrationi hoc casu locum non esse. Nam dispositio illius legis tunc obtinet, quando de locatione constat, & colonus locationem non differtur. Ac d. l. lib. 20. C. de agric. & censit. eo loquitur de casu, quo colonus negat, se rem habere à domino, neque aliter de locatione apparere sive constat, quam ex assertione domini. Hoc casu domini questio recte domino referri, & colonus cautionem de restituendis redditibus vel fructibus prestare detrectat, ad eorum sequestrationem procedi potest. Et ita ex communi Doctorum sententia illud contrarium (quod difficile appellat) diluit Corasius d. lib. 3. miscellan. cap. 2. n. 10. Tamen si aliter, & quidem prolixè, allegatos textus enarret & conciliet Gaddens in cap. 2. de sequestrat. possess. & fruct. num. 33. cum multis subseqq. Neque etiam obest, quod reperitur, in d. lib. 20. C. de agricol. & censit. non de necessario judiciali, sed voluntario ac conventionali sequestro agi: adeoque inter casus judiciales, & in quibus à iudice decernitur sequestratio, legem illam referendam non esse. Cum enim Justinianus Imp. illic mandet sequestrationem, hancque praedicto casu fieri praecipiat: ipso iubere clarius inde patet, eum non de voluntaria, utpote quae ex motu partium conventionione, sine iudicis praeepto, proficiatur; sed de judiciali aut necessaria sequestratione loqui: quemadmodum id verbosius ostendit Andreas Cludius d. tract. de iur. sequestrat. cap. 5. num. 77.

- 123** Decimus sequestrationis constituitur casus: si fisco aliquid debeatur, nec debitor persolvat debitum; ad sequestrationem bonorum debitoris, non citra rationem, descenditur. Tum quia propter debitum fiscale potest debitor incarcerari, arg. l. 2. ibi, custodia. Et l. 3. ibi, ab-
- 124** reptus. Et utrobique gloss. C. de exactorib. tributor. proindeque multo magis bona ejus sequestrari poterunt: cum plus sit, longeque gravius, personam capere, quam bona sequestrare, arg. c. 2. ibi, vos mitius cum eo agere volentes, possessionem sequestrari fecistis. Et ibi Panormitan. n. 12. ext. de dol. Et contumac. Bald. in l. per diversas. 22. num. 44. C. mandati. Tum quia debitor pro pecuniario debito non est incarcerandus, si bona habeat, ex quibus creditor satisfieri possit. arg. l. à Divo Pio. 15. §. in venditione. 2. ff. de re judic. l. 1. C. qui bon. ced. poss. Bartol. in d. l. 2. num. 3. C. de exactorib. tributor. Ergo in fisci arbitrio positum est; sequestrationem bonorum petere, & debitorem carceri non mancipare. Ita tenent. Matth. Coler. de process. execut. part. 1. cap. 2. num. 142. huncque referens Chudius d. c. §. num. 82. Scaccia lib. 3. c. 38. num. 6. de judic. caus. civil. crim. Et heretic. itemque Githausen. in arb. judic. pag. 6. c. 10. §. num. 29.
- 125** Undecimus casus est: si appellatum sit à sententia lata de spirituali beneficio, quod una cum fructibus apud personam idoneam sequestratur; nisi condemnatus triennio pacifice beneficium istud possederit. Tunc etenim sequestratio cessat; & possessor in beneficii spiritualis possessione tuendus est, per textum in Clement. unic. de sequestr. poss. fruct. Gadd. in cap. 3. de sequestrat. poss. num. 10. D. Roder. d. class. 2. Disputat. 11. thes. 69. edit. 2. Quando autem in appellationis instantia, propter fugam aut dilapidationem sequestratio decernenda est: non iudex inferior, à quo est appellatum, sed iudex superior, ad quem causa per appellationem est devoluta, sequestrationem decernit. l. ab executione. §. Et ibi gloss. in verbo, cognitor. C. quor.
- 126** appellat. non recip. Ratio, cur eo casu iudex inferior sequestrationem decernere nequeat; est facilis: quia totius causæ negotium per appellationis viam ad superiorem est devolutum. c. pastoralis. 28. §. præterea. de offic. Et potest. jud. deleg. ac iudex inferior, lata semel sententiâ officio suo perfunctus est. l. iudex. §. §. ff. de re judicat. Gadd. in d. cap. 3. num. 22. de sequestrat. poss. Et fruct.
- 127** Duodecimum casum, quo sequestratio permittitur, subministrat odium rei contumaciter absentis. Nam si quis in iudicium vocatus non compareat, sed contumaciter sese absteret: contra eum rectè ad sequestrationem bonorum, quæ vocantur in controversiam, devenitur. c. ex literis. 2. ext. de dol. Et contumac. Cum eim possit iudex partem præsentem in possessionem ex primo decreto immittere. c. nra. 3. Et c. quoniam frequenter. §. ut lit. non contest. non procedatur. Et c. multo magis concedendum est iudici, propter contumaciam rei conventi, bona ejus sequestrare: quippe cum minus præjudicium inferat sequestratio, quam missio in possessionem bonorum. Siquidem missus post annum, veram acquirat possessionem: quod in sequestratione, jure proditum non extat. Ita sentiunt Corasius lib. 3. miscellan. jur. civil. c. 2. num. 10. vers. octavus, Et c. Curtius in tract. de sequestrat. in princ. num. 12. vers. quinto fallit. Angel. de sequestr. l. num. 10. Molin. in consuetud. Parisiens. tit. 7. Et §. 2. gloss. 1. in verb. arrest. num. 11. Wesenbee. consil. 7. n. 4. Matth. Coler. de process. execut. part. 1. cap. 2. num. 84. Et seqq. boique omnes laudans D. Chudius sæpe allegato in tract. de jure sequestrat. cap. §. num. 90. cum seqq. ubi non solum secundum hanc, ab interpretibus nostris unanimiter receptam sententiam in Collegio juridico Academicæ Helmstadiensis pronuntiatum esse, asserit: verum etiam argumentis nonnullis, quæ contra istum casum à dissentientibus proferuntur, abundè satisfacit: quò Lectorem benevolum brevitas studio rejicimus.
- 129** Postquam igitur præcipuos casus, quibus sequestrari res possunt, breviter recensuimus: nunc paucis de modo & forma sequestrandæ, propter ejusmodi casus, rem aliquam, dispiciamus. Modus autem & forma sequestrandæ primum in eo constituitur ad sequestrationem videndam citetur is, cujus in præjudicium ea tendit. Notificari quippe juris
- est: quòd in omnibus actibus, qui adhibita causæ cognitione expediuntur, & maximi sunt præjudicii, partis adversæ cujus interest, citatio requiratur. l. de unoquoque. 47. in princ. ff. de re judic. l. nam ita Divus. 39. ff. de adoptionibus. l. in causa cognitione. 13. in fine principii. ibi, causa enim cognita. ff. de minorib. l. bona. 3. §. si causa cognita. §. ff. de bonor. possessionib. Novell. 119. cap. 6. Francisc. Curt. in tractat. de sequestris. quest. 7. num. 40. Camill. Borell. in suis decis. de sequestr. num. 18. Scacc. lib. 1. cap. 38. num. 25. de judic. caus. civil. crimin. Et heretic. calium. Trentacinq. lib. 3. resolut. 12. num. 5. D. Anton. Winter. in suo Assessore. part. 1. cap. 4. num. 35. Et 40. Illudque adeo censetur verum: ut, si Princeps sine partis citatione procederet, alterique præjudicium crearet; justà ex causa istum factum non præsumeretur, per notata Abbat. in cap. 1. col. 5. de caus. poss. Et propriet. Socini consil. 266. num. 55. vol. 2. Jasonis consil. 233. colum. fin. num. 13. vol. 2. Et Cravetta consil. 50. num. 5. Et sanè citatio, cum facti sit, solennitasque extrinseca, non præsumitur, nisi probetur. l. quecumque. 13. §. fin. ff. de Public. in rem act. c. quod sicut. 28. Et ibi gloss. in verbis vocatos, de electione. Vant. in tractat. de nullitatib. titul. de nullitat. ex defectu citat. num. 22. Alciat. de præsumptionibus. præsumpt. 9. numero. 19. regul. 3. latè Mascard. vol. 1. de probationib. conclus. 290. num. 1. 2. Et 4. Enimvè rò si de fuga omnino suspectus sit adversarius; proindeque metuendum, ne ad illam ipsà citatione verbali instruat: tunc, omisà citatione, iudex rem de qua est controversia, sequestro deponere potest. Siquidem contra fugitivos procedi solet de facto, ordine juris non servato, argument. l. quæsitum. 14. ibique Gothofred. ff. de pignorib. l. penult. Codic. de pignorat. act. Bald. in l. fidejussor. 7. §. fin. Et ibid. Alexand. num. 3. Et Jason. num. 10. ff. qui satisfac. cogant. Cephal. consil. 439. num. 58. Et seqq. lib. 3. Francisc. Virius in communibus opin. in verb. sequestr. D. Roder. class. 2. Disputat. 11. thes. 76. edit. 2. Hinc rectè traditum est: propter præsens moræ periculum, non solum ad sequestrationem bonorum; sed & ad capturam personæ, diebus quoque feriatis, in honorem Dei introductis, procedi posse, argument. l. 1. §. fin. Et l. solet. 3. ff. de feriis. Curt. d. tractat. de sequestris. 10. n. 47. Sibar. in l. unic. n. 12. Codic. de prohib. sequestrat. pecun. Bald. in d. l. si fidejussor. 7. §. ultim. num. 1. ff. qui satisfac. cogant. Et idem in l. dies festor. 11. C. de feriis.
- Deinde in sequestratione legitimè decernenda requiruntur: ut iudici fiat fides de credito seu jure, propter quod sequestratio petitur. Ad nudam enim assertionem ac petitionem creditoris sive actoris: sequestrum non debet à iudice discreto concedi; sed prius diligenter investigari, an reus, cujus bona sunt sequestrandæ, actori sit obligatus, vel aliquid debeat: id quod chirographo, publico instrumento, vel testibus, fide dignis, probari poterit. Num si ad simplicem cujusvis petitionem seu instantiam, sequestrationis remedium decernendum foret: quilibet hoc petere, & eum fructuum perceptione spoliare posset: quod & juri, & rationi naturali vehementer adversatur. dist. l. unic. Cod. de prohib. sequestrat. pecun. Andr. Chud. in tract. de jure sequestr. c. §. n. 110. Et c. 6. n. 7. Et licet quidam Interpretes ad obtinendum sequestrum, publicum instrumentum, quo doceatur de debito, præcisè necessarium esse opinentur. Bartol. in l. jubemus 16. num. 5. Cod. de erogat. militar. annon. Matth. Beslanus in tract. de carcere Grammat. consil. 27. n. 2. Et si qui sine aliis, attamen contrariæ sententiæ defensionem qui suscipiunt, veritati propius accedere mihi videntur. Tum quia summaria duntaxat causæ cognitio ad concedendum sequestrum sufficit: cum ea quoque in primo decreto requiratur. l. si n. à quo. 3. §. 1. ff. ut in poss. legator. Et c. Bald. in d. l. 1. C. de prohib. sequestrat. pecun. Johan. de Inol. Et Angel. Aretin. in l. Imperatores. 21. §. fin. ff. de appellat. Jason. in d. l. si fidejussor. 7. §. fin. num. 13. ff. qui satisfac. cogant. Mascard. vol. 3. de probationib. conclus. 1298. n. 3. Tum quia si duo testes sufficiunt ad debitum principale probandum; multo magis illi hic suffecerint, D. Roder. d. class. 2. Disputat. 11. thes. 77. sub lit. d. edit. 2. Nec repugnat textus in d. l. jubemus. 16. §. super hi. 2. in verb. erga.

erogationis p̄ctacia C. de erogat. militar. ammon. ubi ad obtinendum sequestium videtur instrumentum publicum fuisse necessarium. Etenim ibi p̄ctacia non sunt publicam instrumentum; sed rationes & commentarii annorum nularum: ut bene notarunt Cujacius & Gothofredus ad l. actuarii. §. Codic. eod. tit. itemque D. Bocerius d. thes. 77. ad lit. E. Tametsi speciale illud contineri casum existimet Clodius d. cap. 6. num. 9.

136 Præterea sequestrationem petens debet notum facere judici, & demonstrare periculum aliquod subesse, vel ne res consumatur, vel ne debitor efficiatur non solvendo, aut hujusmodi aliam probabilem justamque subesse causam. Ita scribunt & sentiunt Abbas in cap. 2. num. 29. ext. de sequestrat. possess. & fruct. Jason. & Alexand. in d. l. si fidejussor. 7. §. fin. ff. qui satisdant. cogant. hosque referens Mascardus d. conclus. 1298. num. 4. vol. 3. Cum enim sequestratio regulariter sit verita ac prohibita: causa justa non præsumitur: sed probatione opus habet: siquidem pro reo militat juris regula, quæ sequestrationem prohibet, & onus probandi in adversarium rejicit. l. ab ea parte. §. & l. in exceptionibus. 19. ff. de probationib. & pro regula, hoc est, sequestrationem non admittendam esse, pronunciat: nisi contrarium, id est, causa, ex qua admittenda sit, demonstretur. Bald in cap. 1. num. 2. ext. de alienat. judic. mutand. caus. fact. Wesenbec. consil. 7. num. 7. & attingimus supr. num. 92.

137 Adhæc, ad sequestrationis permissionem desideratur: ut iudex, citatis & auditis partibus, jureque actoris explorato, & causâ, ob quam sequestratio petitur, adductâ, cognitionem causæ adhibeat, & accurate seduloque dispiat: an jus actoris saltem summarie sit probatum: an defensionem rei conventi sint relevantes: an item causa sequestrationis sit sufficiens, justa & legibus approbata. Nam si causam sequestrationis justam, & legibus expressam, vel expressis parem aut graviolem deprehendit: licet, & absque periculo, sequestrationis necessitatem discernere poterit. Ceterum in decernenda sequestratione cognitionem causæ necessariam esse, evincitur ex l. ei. apud quem §. §. ultim. ibi, denunciatione facta. ff. de pos. l. in causâ cognitione. 13. in fine principii. ibi, causa enim cognita. ff. de minorib. l. nam ita Divus. 39. ff. de adoptionibus. l. de qua re. 74. in princ. ff. de iudiciis. Imò sequestrum, causæ cognitione non præeunte factum, censetur nullum: quia tunc ex solo officio est permillum. Iudex autem ex se ad officium moveri non debet sine justa causa, & causæ cognitione. c. l. junctâ ibi glos. in verb. pro suo arbitrio. de sequestrat. possess. & fruct. Atque ita in terminis docent Angelus consil. 107. num. 2. Wesenbecius d. consil. 7. num. 7. pag. 336. & seq. eosque referens Clodius d. tract. de jure sequestrat. cap. 6. num. 13. & seq. ubi subjicit, in tantum cognitione causæ opus esse, ut etiam in notoriis ea requiratur, per doctrinam Baldi in l. cum fratre. 9. num. 5. Cod. de his, quib. ut indign. & in l. ea quidem. 7. ubi etiam late Salicet. C. de accusatomb.

138 Denique inter requisita sequestrationis numerat quoque juramentum calumniæ; Vincentius Coratius in tract. de sequestro. part. 3. quest. 4. ut nimirum pars, quæ sequestrationem fieri petit, jurejurando affirmet; se non calumniæ & æmulationis causa; sed ad juris, debitiq. sui conservationem id facere; argument. l. de pupillo. §. §. opus. 14. ubi Jason. ff. de operis novi nunciat. & l. qui bona. 13. §. si alieno. 13. ff. de dam. infect. D. Boer. class. 2. Disput. 11. thes. 75. edit. 2. Bateman. in tract. de sequestris. cap. 5. num. 2. Quod tamen non perpetuum esse videtur. Idcirco iudex hoc casu diligenter advertere debet, num istiusmodi juramento opus sit: non potius animo calumniandi ab adversario exigatur. Quid enim si causa, ex qua sequestratio fieri potest, manifesta sit & notoria? quorsum hic calumniæ sacramento opus esset: cum haud temerè, sed magna cum discretione & prudentia, à iudice juramenta sint imponenda; tradente Cludio præallegato cap. 6. num. 19. Quod si ex justa aliqua causa, itemque debito modo ac forma sequestratio fiat: adeo licita reputatur, ut si quis eam impedire conetur; & quid contra eam tentet, si de litigantibus fuerit, jure suo cadat; si alius, excommunicetur jure canonico; Clement. in.

139 140

de sequestrat. possess. & fruct. Oldendorp. in enchiridio exception. in exceptione sequestri. fol. 93. vel aliter jure civili coërceatur. l. unic. ff. si quis jus dicenti non obtemper. l. a. Divo Pio. 15. ff. de re judicat. D. Bocer. d. class. 2. Disput. 11. thes. 79.

Elegans hic incidit quaestio: si sequestratio fructuum, 141 pecuniæ: vel alterius rei, à iudice fuerit justè & ritè facta: pars autem sequestrationem patiens aliunde non habeat, quo se sustentare, ac litis expensasolvere queat: an, lite adhuc pendente, ei sumptus ad litem, & necessaria alimenta, ex re litigiosa sequestratâ, sint suppeditanda? Et ajens sententia frequentius, & meritò quidem, obtinuit. l. ultim. ubi Baldus & Salicet. C. de ordine cognit. l. unic. §. super peculio. C. de assert. tollend. l. sed est hereditas. 11. §. 1. vers. proinde ff. ad exhibend. Jacobus de Arena in tractat. de sequestris. num. 15. Francisc. Curt. in tractat. de sequestris. quest. 1. num. 10. Coler. in tract. de process. execut. part. 3. cap. 11. num. 6. p. 703. D. Bocer. d. Disput. 11. thes. 80. Treutler. Disputat. 26. thes. 11. lit. g. volum. 1. Hackelman. Disput. 9. thes. 15. lit. f. Clud. d. tract. de jure sequestrat. cap. 5. num. 86. & cap. 10. n. 24. & seq. ubi plures adhuc laudat. Neque adversatur, 142 quod nemo adversarium suum in se armare teneatur, argument. l. 1. C. de edend. & l. nimis grave. 7. Cod. de testibus. Male namque asseritur, illius armis ac sumptibus adversarium armari: cum dubius & anceps litis eventus hunc dominum efficere possit: nec desint pro possessore præsumptiones, quibus in dubio multum fidei tribuendum. l. si ve possidetis. 16. C. de probationibus. Et ita, post Franciscum Herculanum in proband. negat. & Alciat. de præsumpt. à se citatos. docent D. Goeddeus in cap. 2. num. 54. ext. de sequestrat. possess. & fruct. Kneipshilde d. exercit. 4. quest. 13. pag. 146. & Alexand. Trentacing. libr. 3. resol. 12. num. 6. vers. & quando, &c.

Porro ad officium sequestri pertinet: ut rem penes se 143 depositam diligenter ac fideliter custodiat: ne ipsius dolo, latave culpa res ista quid incommodi capiat, argument. hujus nostri §. l. 1. l. propriè. 6. ibi, custodiendâ. l. si sine dolo. 20. & l. quod Nerva. 32. ff. de pos. Fürstliche Würtembergisch Erneuert Landrecht, part. 1. tit. 80. §. Und vvercher. p. 230. Sed & sequester non solum rem ipsam, ne deterior fiat, custodire; verum etiam fructus colligere, in tutum reponere, dissipata, & male ablata revocare; adeoque omnia ea facere debet, quæ vir bonus in re aliena custodienda & administranda facere solet; donec lis finiat, vel causa terminetur. cap. 1. ibi, ut de causa possessionis. & c. item c. 2. extr. de sequestrat. possess. & fruct. ibique D. Goeddeus num. 55. l. postquam. 4. §. 1. vers. sed si nec ipsi ff. ut leg. seu fideicom. sero. caus. caveat. l. is, cui legatorum. §. §. qui legatorum. 22. ff. ut in possess. legat. vel fideicommiss. servand. causis esse lic. Quin & hoc ad se. 144 quætri officium spectat: ut fructus, tempore perituros, distrahât: & pretium inde redactum, pro utilitate litigantium, in usuras concedat: fructus autem, morâ non deterioribus futuros, studiosè conservet & custodiat, argument. dict. l. is cui. §. §. qui legatorum. 22. vers. quinimò. tales. ff. d. tit. l. litibus. 20. §. 1. & 2. Codic. agricol. & censur. & l. ultim. §. 1. ff. de requirend. vel absentib. dammand. Augel. Arcim. in l. Imperatores. 21. ff. de appellat. Corasius de sequestro. part. 2. quest. 21. & part. 2. quest. 47. Neque verò fructus tantum; sed & rem ipsam litigiosam, quæ tempore live morâ est peritura (cum eadem in hac re, quæ in fructibus hic militet ratio: ne scilicet a partibus planè pereat) in litigantium commodum, sequester vendere; & pretium inde redactum loco rei custodire, ac conservare poterit, argument. l. fin. C. de ordin. cognit. d. l. lib. 20. §. 1. & 2. C. de agric. & censur. Briel in Linte. resse 32. n. 3. ff. de acquir. vel amit. poss. & idem in l. si quis affirmavit. 9. (in quibusdam exemplaribus est l. si olim. 10.) per istum textum. 3. ff. de dot. mal. Coras. d. part. 3. quest. ultim. Althuf. lib. 1. Dicolog. cap. 70. num. 10. pag. 242.

Cui non obstat Lati prætor. 7. §. 1. & 2. ff. de jure delib. 145 vand. ubi expressum est, sine prætoris live iudicis permisso alienationem seu diminutionem rei minus ritè fieri: ac proinde sequestrum iudicis auctoritatem adhibere debere.

here. Nam lex illa nequaquam de casu nostro sive de sequestre; sed de longè diverso casu, nimirum de tutore, qui nomine pupilli, heredis institui, tempus ad deliberandum petit, disertè loquitur. Hic tutor res hereditarias diminuere nequit: nisi causa cognita, bonique viri arbitratu diminutio fiat. Ratio autem, quare tutor illud facere nequeat, duplex est: tum quia tutor, qui res hereditarias privato arbitrio alienaret; hereditatem expilasse, resque istas in fraudem creditorum alienasse videretur, de quo crimine est tot. tit. ff. explicata. hereditat. Tum quia si auctoritate propria ejusmodi res alienaret: hereditatem adiisse, seque pro herede gessisse, crederetur. l. pro herede. 20. cum l. seq. §. 1. l. §. l. gerit. 88. ff. de acquir. vel omit. heredit. Quæ gemina ratio cum in sequestre cesset: idcirco quod de tutore allatum est, ad illum trahi non debet, argum. l. quod d. verò. 14. l. §. l. seq. ff. de leg. l. Papinianus. 20. ff. de minorib. l. inter stipulantem. 83. §. sacram. ibi. sed hæc dissimilia sunt. ff. de verb. oblig. D. Clud. in tract. d. jure sequestrat. c. 11. num. 31.

146 Ecquid verò in sequestrem rei depositæ possessio transeat, dubia valde est, mirumque in modum agitata, diversisque Interpretum censuris vexata quæstio? Etenim quidam, per rei controversæ sequestrationem interverti possessionem, eamque simpliciter in sequestrem transire autumant. Azon num. 2. §. gloss. in verb. sequestrationis. in tit. Cod. de prohib. sequestrat. pecun. Angel. in tract. de sequestrat. num. 2. Hanerionius in tract. de judicior. ordin. tit. de sequestratione. pag. mihi 37. Præteus in Lexico, verb. possessio. in fine. Alii è diametro contrarium tradunt; adeoque sequestrum nunquam possidere contendunt. Cujacius lib. 9. observat. c. 33. in vers. in possessione est depositarius, &c. Idque tenuisse glossam in c. examinata. 15. ext. de judic. refert Corasius lib. 3. miscellau. jur. civil. cap. 2. num. 11. Plerique inter voluntariam & necessariam sequestrationem distinguentes, in illa possessionem amitti: in hac non item, statuant. Bartolus in l. interesse. 39. num. 4. item Alexand. num. 4. ff. de acquir. vel amit. possess. Salicetus. post Jacobum de Arena §. Cynum. in l. unic. C. de probib. sequestr. pecun. Panormitan. in cap. 2. ext. de sequestrat. possess. §. fruct. Felin. in d. c. examinata. num. 11. de judic. Francisc. Curt. de sequestr. n. 7. Molin. ad consuetud. Parisiens. tit. 2. gloss. 1. verb. arrest. num. 26. Costal. in l. licet. 17. ff. de posit. ibique Wesenbec. in Paratit. num. 6. Schneidevoin. in hoc §. nostro num. 5. Gail. lib. 1. observat. §. num. 10. §. observat. 184. num. 9. §. in tract. de arrest. c. 12. num. 9. Bauman. in tract. de sequestris. cap. 4. num. 3. §. seq. Schickard. Disput. 12. ad Instit. thes. 6. sub lit. a. num. 3. §. resolut. quæst. 4. Aliqui alias; & quidem diversas distinctiones & subdistinctiones adferunt. Raphael Cumanus in d. l. interesse. 39. in princip. ff. de acquir. vel amit. possess. §. Johannes Petr. de Ferrar. in practica sua, in forma sequestris seu saximenti verb. audeat vel presumat. num. 1. Nonnulli denique, & maxime recentiores, indistinctè tenent: quòd possessio in sequestrem non transeat; nisi expressè ac nominatim id à partibus litigantibus sit actum, dictum, & conventum. Joan. Corasius d. lib. 3. miscell. jur. civil. cap. 2. num. 14. Duinen. ad tit. 6. de posit. c. 1. circa finem. §. lib. 3. de benefic. c. 10. Jul. Pacius centur. 4. évastio Παρών quæst. 80. Forner. in l. sequester. 110. in fine. ff. de verbor. significat. Gaddæo in cap. 1. de sequestrat. possess. §. fruct. num. 115. cum seqq. D. Bocer. in hoc §. num. 79. pag. 201. class. 2. Disput. 11. thes. 8. edit. 2. Bronchorst. cent. évastio Παρών. assert. 66. edit. 1. Hackelman. Disput. illustr. 9. thes. 15. ad lit. a. Cludius in tract. de jure sequestrat. c. 9. num. 25. cum seqq. Humm. Disput. 14. thes. 27. §. lib. 3. var. resolut. jur. civ. tract. 3. part. 4. p. 954. §. seq. Olemannus in not. ad Disput. 25. Giphani, ad Instit. num. 11. §. seq. Paulus Berens Disput. 9. ad Institut. them. 3. quæst. 3. Richter. d. disput. §. ch. 2. sub lit. d. pag. 122. §. seq. Atque hæc sententia (quam & ego verissimam esse puto) confirmatur primum manifesto & inevitabili textu in d. l. interesse. 39. ff. de acquir. vel amit. possess. ubi Julianus docet, per sequestrationem non transferri possessionem; nisi aperte hoc inter litigatores fuerit approbatum, sive actum, conventum & expressum. Cujus legis (ut planius

intelligatur) talis constitui solet facti species: Cajus & Mævius de re quadam disceptarunt, & tandem eam apud sequestrem deposuerunt, eà conditione, ut illi, qui reportaret victoriam, redderetur. Quæritur itaque, an ista hac sequestratione videatur actum; ut, lite pendente usucapio non adimpleatur; sed potius interrupta censeatur? Julianus consultus per distinctionem respondit: Aut hoc aperte est actum, ut possessio omittatur, aut custodiæ duntaxat causa res litigiosa est deposita. Priori casu ad usucapionem possessio partibus non procedit, hoc est, litigatores usucapionem inceptam non adimplent: sed ea, sequestratione interveniente, interruptitur: quoniam omittitur hoc casu possessio à partibus: & sequestro committitur, nec usucapio ulterius progreditur. Posteriori verò casu usucapio non impeditur: sed possessio, quæ penes deponentem fuit (penes ipsum manet, victorique ad usucapionem procedit & prodest. Cum enim hac specie in sequestrum non sit translata possessio: perspicuum evadit, usucapionem antea cœptam non impediri, neque interrupti; sed, permanente penes deponentem possessione, eam continuari, argum. l. sine possessione. 25. §. l. non solum 31. §. qui pignori. 4. ff. de usurpat. §. usucapionib.

Deinde sequestrum regulariter non possidere, inde quoque patet: quòd sequestrum est species depositi, ut ostensum supra num. 9. §. 10. Nullum autem depositum propria vi ac virtute, sine partium expressa conventionione, transfert possessionem in depositarium; quoniam modus transferendæ possessionis non est; sed custodiæ solummodo causa res alteri committitur sive commendatur. l. 1. §. l. proprie 6. ff. de posit. At custodia actum possessionis nullum habet: cum separata sint possessio, & custodia. l. 3. §. ult. ibi, non possessionem, sed custodiam. ff. de acquir. vel amit. possess. Præterea mitius agitur cum eo, cujus res ob contumaciam sequestro ponitur, quam si ob eam missio in possessionem ex primo decreto fiat. cap. 2. in verb. cum eis mitius agere volentes, possessionem sequestrari fecistis. ext. de dol. §. contumac. Atqui per missionem in possessionem, missus possessor non constituitur, l. 2. cui legatorum. §. in princip. ff. ut in possess. legator. vel fideicommissor. servand. caus. esse lic. l. cum legatorum. 12. ff. quib. ex caus. in possess. eat. Ergo multò minùs sequestratione possessio transferetur. Accedit, quòd nemo in dubio presumitur animum perdendæ possessionis, & propriæ substantiæ profundendæ habere, arg. l. cum de indebito. 25. in princ. vers. qui enim solv. ff. de probat. §. l. si de eo. 40. §. 1. ff. de acquir. vel amit. possess. cum potius quælibet alia, etiam fatua & stulta causa, quam voluntaria bonorum, vel alicujus juris perditio donatione, presumatur, argum. l. Campanus. 47. ff. de operis libertor. l. si cum autem 50. §. ibi Bartol. ff. de solutionibus. Bald. in l. generaliter. 13. num. 7. C. de non num. pecun. Wesenbec. consil. 42. num. 57. latissime Tiraguellus in repetitione. l. si unquam. 2. in verb. donatione largitus. num. 206. §. seqq. ubi hæc de re plura cumulavit. Igitur nec hoc in loco possessionis translatio præsumi poterit. Adhæc ut possessio transferatur, titulus habilis & idoneus requiritur: aliàs, justo titulo deficiente, res custodiæ causâ tradita censetur. l. cum pater. 77. §. pater. pluribus. 21. ff. de legat. 2. Depositum verò titulum habilem ac idoneum non esse, ut per eum possessio transferri possit, apparet ex d. l. 1. §. d. l. proprie 6. ff. de posit. Ideoque consequens est, traditionem ex depositi sive sequestris contractu factam, non animo transferendæ possessionis, sed custodiæ potiùs causâ factam censi. Hoc ampliùs, officium sequestris est: rem, ejusque possessionem deponentibus conservare ac custodire, ut nihil damni in eà accipiant, per notat. Jacobi de Arena in tract. de sequestrat. num. 1. §. 2. §. d. l. sum supra num. 129. At si possessio fieret sequestris: sine damno & injuriâ deponentium, officium suum non exqueretur: tum quòd possessio interrupteretur, & usurparetur. l. naturaliter. 5. l. possessio. 20. ff. de usurpat. & l. usucap. tum quòd non custodiret tantum, sed possessionis jus pro suo etiam haberet: eò id, quod possidemus, in nostris quoque bonis habere dicamur. l. bonorum. 49. ff. de verbor. significat. Quæ cum ita sint: firmiter cum Corasio, Gaddæo, Cludio, & cæteris Interpretibus præ-

præallegatis, concludendum est: in sequestrum rei depositæ possessionem non transire: sed apud deponentem eam permanere; nisi illud expressè ac nominatim à litigatoribus actum, dictumque fuerit. *Huicque conclusio- ni etiam patrocinantur Philipp. Adolphus à Münchhausen, in suis disceptationib. Pandect. quest. 18. Dornspenger. lib. 3. syntag. jur. c. 10. de sequestro. pag. 746. Coppen. lib. 2. observ. 15. num. 13. Gilhaus. in process. judic. c. 10. part. 6. §. 3. n. 10. huiusque refer. D. Besold. & Kierner. in d. disput. de iure sequest. th. 90. Knipschild. d. exerc. Acad. 4. quest. 18. pag. 145. & seq.*

153 Nec isthinc decisionem enecat *lex. licet. 17. in fine. ff. deposit. ex qua dicendum videtur, possessionem rei depositæ in sequestrum transferri. Nam primò respondetur: Florentinum Juriconsultum ibi de ejusmodi casu intelligendum esse, quando non apparet, uter ex litigatoribus possideat: sed uterque se possidere contendit. Si propter hanc incertitudinem sequestratio interponatur: possessio in sequestrum transfertur. Idque ex hisce Jurisconsulti verbis evincitur: ut neutrius possessioni id tempus procedat. Tunc enim possessio, quæ antea dubia fuit ac incerta, nulli erepta, sed potius sequestri, donec lis per sententiam finem accipiat, commissâ putatur. Alias cum constet quempiam solum esse possessorem: sed ex causa propter securitatem, purâ creditoris, vel agentis actione reali, partes etiam voluntariè ad sequestrum descendunt: possessionem à possidente avocari, & in sequestrum transferri nemo dixerit: cum jactare suum, aut animum dimittendæ possessionis habere, nullus præsumatur. d. l. cum de debito. 25. in princ. vers. qui enim solvit ff. de probationib. Coras. d. lib. 3. miscell. jur. civil. cap. 2. num. 15. Bronchorst. d. centur. 2. assert. 76. edit. 1. Deinde non incommode dici potest: Florentinum de illâ loqui sequestratione, in quo possessio est deposita live sequestrata. Possessio etenim, secundum eundem Jureconsultum, rei depositæ apud deponentem manet, nisi apud sequestrum deposita est, id est, nisi ipsa possessio apud sequestrum deposita est; vel, nisi animo dimittendæ possessionis res est tradita, ut Julianus ait in d. l. intere. 39. ff. de acq. vel amit. poss. Deponere namque, hic dimittere significat: Unde frequentes hæc locutiones: Imperium deponere, Magistratum deponere, deponere possessionem. l. si me in vacuum. 34. in pr. ibi, quia animo deponere & mutare nos possessionem posse, &c. ff. d. tit. Cui congruunt sequentia ejusdem Florentini verba: Nam tum demum sequestrat possidet, id est, eo tantum casu possidet sequestrat, cum possessio apud ipsum dimissa depositaque est. Et subjicitur ratio: Id enim agitur eâ depositione, ut neutrius possessioni id tempus procedat, hoc est, id agitur eâ depositione, in qua dictum & actum est, ut possessio transiret in sequestrum, & ut neuter ex litigatoribus possideret, sed solus sequestrat. Atque hoc interpretatione adhibitâ, Florentinus in d. l. licet. 17. ff. deposit. optimè convenit cum Juliano in d. l. intere. ff. de acq. vel amit. poss. ita ut in utraque lege possessio in sequestrum transferatur, si hoc aperte ac expressè à partibus approbatum, dictum & actum fuerit. Atque ita eleganter istas duas leges, quæ invicem pugnare videbantur, conciliat explicatque Durenus ad dict. titul. Codic. deposit. cap. 1. & d. lib. 3. de benefic. cap. 10. eumque laudans Cludius d. tract. de jure sequestrat. cap. 9. num. 37. Aude D. Besoldum part. 2. delibatorum jur. ex lib. 16. Pandect. q. 5. p. 106. & seq.*

155 Similiter decisionem nostram non debilitat c. 1. §. tot. 2. ext. de sequestrat. possess. & fruct. ubi possessionem sequestrat: licet sequestratione possessionem in sequestrum transferri, dicitur. Illic enim possessionis verbum non pro jure insistenti rei; sed pro ipsi rebus sive corporibus, super quibus lis est mota, accipitur. Neque novum est, ut possessionis verbo res ipsa contineatur. l. cum miles. ff. de alienat. judic. mut. ord. caus. fact. l. si medicum. 3. ff. de var. & extraord. cognit. l. magis puto. §. §. idem prator. 10. ff. de reb. eor. qui sub tutela, &c. l. vix sternende. 4. ff. de priv. veteran. l. Pamponius 85. §. fin. ff. de acquir. vel amit. hered. l. Imperat. 17. ff. de servit. prædict. l. interd. 78. ff. de verb. significat. l. 2. c. de probat. l. si ex pec. 6. c. de rei vindic. & similib. Coras. d. lib. 3. miscell.

c. 2. num. 13. Gædd. in d. c. 1. de sequestrat. possess. & fruct. num. 125.

Nihil item assertioni nostræ adversatur Clement. unic. 156 de sequestrat. possess. & fruct. ubi cum beneficium sequestratur, ejus possessio in sequestrum transire videtur. Nam hoc saltem vult ibi Clemens Pontifex, ut si de beneficio litigetur ob animæ curam, illud ita sequestratur, ut aliquis sit, qui vice sequestri vel beneficiarii ea, quæ ad animarum curam dignitatem & personatum (ut loquuntur) pertinent, expedit. At beneficiorum propriè non est possessio: cum non in corpore, sed jure percipiendi redditus, & similibus, consistant. Petr. Pech. ad cap. 1. de regul. jur. in 6. Non ergo sequestrat beneficium possidet: sed & possessionis, hoc est, reddituum & usus, cultum iam in se recipit, ut similis est casus in d. lib. 20. c. de agric. & censu. & cap. 2. & 3. ext. de sequestr. poss. & fruct. Gædd. d. loco, num. 124. Paul. Berens d. Disput. 9. them. 3. quest. 3. object. 3.

Nihil quoque ad rhombum facit textus in l. unic. ibi, 157 transferre possessionis. Cod. uti possides. ex qua colligi posse videtur, per sequestrationem possessionem transferri in sequestrum. Quamvis enim hanc legem de sequestratione accipiendam esse, arbitretur Johannes Robertus, lib. 3. sentent. jur. cap. 21. Imperatores tamen Diocletianus & Maximianus ibidem sequestrationis nullam prorsus mentionem faciunt, neque de sequestratione loquuntur: & juris ratio non patitur, ut quod de transferenda possessione ab Imp. dicitur, ad sequestrationem extendatur; cum ea regulariter possessionem in alium non transferat, ut supra sufficienter probatum, & nota Cludius d. c. 9. num. 44.

Haud præterea frangit conclusionem nostram, quod 158 Judex per sententiam suam aliquem suo dominio: & per consequens etiam possessione privare valeat. §. fin. infr. de offic. judic. l. qui universas. 30. §. item cum prator. 2. ff. de acquir. vel amit. poss. Antecedens si quidem non aliter verum est, quam si natura & indoles actionis hoc requiratur, arg. l. ut fundus. 18. ff. de communi divid. l. sunt. & alie. 3. ubi Petr. Cossal. & l. ed. & si res. 7. ff. de public. in rem action. l. si per errorem. 17. ff. de usurpat. & injur. d. §. fin. infr. de offic. judic. Imò ne tunc quidem judex dominium alicui per suam sententiam adimit: sed possessoris non esse, utpote quoddam alterius sit, saltem declarat, arg. l. si aut 8. §. & si quidem. 4. ff. si servitus vindic. l. licet. 3. Sædem scribit. 1. ff. de pecul. l. Pomponius 13. §. si iussu. 9. ff. de acquir. vel amit. poss. Joh. Freig. in suo Zafio ad l. §. ff. de iust. & jur. eumque referens D. Gædd. in d. c. 1. num. 128. ext. de sequestrat. possess. & fruct.

Postremo mihi derogat nostræ traditioni Ordinatio Ca- 159 meræ Imperialis, part. 2. tit. 21. §. ult. vers. Sollen Cammer-richter und Besitzer, &c. ubi dicitur, non solum ad instantiam partis: verum etiam ex officio à Judice & Assess. foribus Cameræ Imperialis possessionem sequestrari posse. Nam respondendum: Ordinationem sive constitutionem istam Cameralem eo de casu esse intelligendam, quo non apparet, uter ex litigatoribus possideat, adeoque possessio dubia & incerta est, ac uterque se possidere contendit: hæc utique species judex ad sequestrationem licet procedit. Quinimò isto casu possessio partibus non adimitur, nec in sequestrum transfertur, sed potius victori, & possessionem summarie duntaxat probanti conservatus, sequestrumque conservanda committitur: Ita enim in fine d. tit. 21. sub- jicitur: Unde so dis. . . i. e. atque si ita res est, ad neutri parti in jure quoad possessionem non erit. Qui de re explicatius dissentat D. Clud. prædicto tract. de jure sequestrat. c. 9. num. 42. & seq.

Ambigua quoque & insignis disceptatio est: utrum is, 160 apud quem factum est Ecclesiæ, vel juri patronatûs, aut beneficii, cui tale jus coheret sequestrum, vacante sacerdotio, jus præsentandi aut conferendi habeat? Arque hunc sequestrum ejusmodi jus præsentandi habere Cælosa opinione contraria Hostiensis, Antonii de Butrio, Panor. mitani & Corseti in c. exam. 15. ext. de judic. Hieronymi de Casali. in commun. op. contr. com. q. 740. & Scherardi Disp. 12. lib. 6. ad lit. a. n. 2. & resol. q. 4. & c. b. i. o. r. i. b. & Janio. zib. Interpretum suffragiis receptum est, Favor etenim ac

utilitas Ecclesiarum hoc suadet: ne deficiente justo pasto-
re, ovile Christi rapaci alicui lupo pateat. *ne pro defectu.*
12. ext. de elect. & electi potest. Nec æquitati consonum est:
ut disciplina Ecclesiastica periclitetur propter partium
conventionem, *argumento cap. 1. ext. de dolo & contumac.*

162 Adde, quod nemo inficiari potest, quin administrationem
sequester habeat non temporalium modò, sed etiam spiri-
tualium, *Clement. unic. de sequestrat. possess. & fruct.* Ita-
que fructuum collectio ad eum pertinet, in quibus & be-
neficiorum collatio numeratur. Et hanc, tanquam com-
munem, amplectuntur sententiam *Innocentius*, *Joan. de*
Lagnano, & *Barbar. in d. c. examinata. 15. ext. de judic.*
Domini de Rota decis. 334. Paul. de Leazaris. & Cardin.
in d. Clement. unic. notab. 10. de sequestrat. possess. &
fruct. Geminian. in c. nemo deinceps. 15. col. 2. de electione.
in 6. Felin. in c. cum Bertholdus. 18. de sentent. & re jud.
hosque citans Corasius lib. 3. miscellan. jur. civil. cap. 2. n. 16.
& seq. Duaren. lib. 3. de benefic. cap. 10. Lambertin. in
tract. de jur. patronat. q. 9. artic. 3. lib. 1. part. 2. Baptista
à Villalob in commun. opin. in verb. sequestrum. num. 52.
Gaddus ad cap. 2. de sequestrat. possess. & fruct. num. 59.
& seq. Clud. in tract. de jure sequestrat. cap. 11. num. 27.
Paulus Berens. Disputat. ad Institut. 9. them. 3. quest. 4.
Hieronymus Gigas in tract. de pensionibus q. 72. huncque
referens D. Bocer. class. 2. Disput. 11. thes. 13. edit. 2. Hac-
kehnman. disput. illustr. 9. thes. 16. lit. b.

163 Non obstat, quod sequester nomine tantum alieno, fu-
turi scilicet victoris, fructus colligit; vel in possessione
est, *l. generaliter. 6. & l. interesse. 39. ff. de acq. vel amit.*
poss. Atqui alieno nomine possidet, vel fructus cogit, jus
conferendi vel præsentandi non habet, *d. c. cum Berthol-*
dus. 18. de sentent. & re jud. ubi creditor, cui jus patronatus
cum universitate pignori erat obligatum, quia fructus alie-
no nomine, puta debitoris, colligebat, præsentare non
potuit. Hoc, inquam, non obstat: quia in istoc. ideo credi-
tor non præsentabat, quod suberat persona legitima &
habilis ad præsentandum, videlicet debitor dominus, à
quo iniquum esset jus illud præsentandi auferri. Hic au-
tem nullus est, qui præsentare possit: quoniam ad hoc
factum est sequestrum, ut neuter litigatorum, quamdiu
res sequestrata est; ullum jus in eà exercere queat. Dua-
ren. d. lib. 3. de benefic. cap. 10. in fine. Coras. dict. lib. 3.
miscellan. cap. 2. num. 18.

164 Non quoque obstat, quod sequestrum ad hoc fieri solet,
ne dissipentur fructus, sed potius conferventur, restituen-
di ei, qui de proprietate obtinebit, *cap. 1. & 2. de sequestr.*
possess. & fruct. Jam verò si sequester præsentaret, ejusque
præsentatio admitteretur: sequestri fructus dissiparentur,
qui nullo pacto vincenti restitui possent: contra finem se-
questri. Non obstat, *inquam*, siquidem ad assumptionem
breviter respondetur: præsentare non esse dissipare: quo-
niam præsentatus à sequestro, ab eo præsentatus cen-
sebitur, qui obtinebit. *Coras. d. loco.*

165 Nihilò magis obstat *c. quoniam. 3. & cap. cum propter.*
27. ext. de jure patronat. ubi rescriptum est, controver-
sia de jure patronatus orta; si, cui competat, intra qua-
tuor menses non fuerit definitum; non sequestrem, sed
Episcopum loci debere Ecclesie providere, & alium sub-
stituere. Nam per distinctionem respondendum: Aut jam
vacante sacerdotio, his de jure præsentandi vel confere-
ndi inter plures patronos vel ecclesiastes orta est: aut, pen-
dente lite super hoc jure, vacatio illa accidit. Priore ca-
su obtinet illud, quod in prælegatis capitulis rescrip-
tum invenitur: posteriori verò casu locum habet, quod
superius pro decisione propositæ quæstionis attulimus.
Ratio diversitatis est perspicua: quandoquidem priore
casu hæc tacita deposito inest conditio; ne ante fiat col-
latio aut præsentatio, quam si controversia illa sit termi-
nata: in posteriori casu illæ conditio cessat: quia offi-
cium sequestri est, ut eo in statu rem custodiat, in quo
acceperat. Accepit autem cum sacerdotio non vacan-
te. Itaque, ut non vacans reddat, necesse est. Ita ele-
ganter hoc explicat. *D. Gaddus ad d. cap. 2. de seque-*
strat. possess. & fruct. num. 60. cum seq. ejusque affecta Pau-
lus Berens. d. Disput. 9. them. 3. quest. 4. circa finem.
Eadem decisio non præter rationem extenditur ad illum

casum, si Status alicujus Imperii territorium vel castrum
alteri Statui, vel Imperatoris Commissarius sequestro posi-
tum datumque sit: juxta Cameræ ordinationem *part. 2. ti-*
tul. 21. §. fin. Hos sequestres non solum jus patro-
natus, verum etiam exercendæ interim jurisdictionis ha-
bere, ut, si judex aliquis, pendente sequestratione, aut
officialis moriatur, vel conditioni suæ renunciet, alium
substituunt, verisimiliter putatur. Alioqui in eodem sta-
tu resolutio sequestro reddere non possent. *Gadd. d. lo-*
co. num. 62. Clud. d. tract. de jure sequestr. cap. 11. num.
28. Huchelman. d. Disput. 9. thes. 16. lit. C. Treutler.
disp. 26. thes. 9. ad lit. E. volum. 1. D. Bocer. d. Class.
2. disp. 11. thes. 14. edit. 2.

Quamvis autem sequestrum jure riteque sit decretum: 166
oblata tamen & præstita idonea de rebus litigiosis confer-
vandis satisfatione (quæ non in seipso medicina sequestri
appellatur) istud relaxari, reoque suarum rerum usus,
per sequestrationem adeptus, rursus permitti debet.
l. si fidejussor. 7. §. fin. ff. qui satisfar. cogant. l. senatuscon-
sulto. 16. in fin. ff. de offic. præsid. l. ultim. ibi, si modò sal-
vam rem futuram per idoneos fidejussores promiserit. C. de
ordin. cognit. Mynsinger. centur. 5. observ. 35. num. 7. Gail.
lib. 1. observat. 148. num. 5. Vivius lib. 1. opinion. com-
mum. opin. 266. Sebast. Medic. in tract. de conservand.
poss. gloss. 2. part. 1. num. 298. Quintilian. Mandos. de mo-
nitio. quest. 10. num. 3. Vincent. Caroc. de sequestro part.
4. quest. 2. num. 1. D. Besold. d. part. 2. delibator. jur. ex
lib. 16. Pandect. quest. 5. pag. 108. Francisc. Curt. in tract.
de sequestris num. 55. & seq. Baptista à Villalob. commun.
opin. verb. sequestrum. Joan. Ferrar. Papiens. in forma se-
questri siue sacamenti. gl. 1. num. 5. Emanuel Soares in
thesaur. recept. sent. verb. sequestratio. num. 105. Gadd.
in d. c. 3. num. 14. de sequestrat. possess. & fruct. Idque 167
tum demum procedere sciendum est, quando causa quo-
que, ob quam sequestratio concessa est, per satisfationem
tollitur, & æquè bene adversario est consultum. Nam si
sequestrationis causa non removeatur per satisfationem:
probabilius est, cautionem siue satisfationem recipien-
dam non esse, *argum. c. ex transmissa 8. & c. literas. 13.*
§. fin. ext. de restit. spoliat. Panormitan. in c. 2. de seque-
strat. poss. & fruct. D. Bocer. d. class. 2. Disput. 11. thes. 81.
edit. 2. Coras. d. lib. 3. miscell. jur. civil. c. 2. num. 19. &
20. Althus. lib. 1. Dicaolog. c. 70. num. 18. p. 242. Exem-
pli gratia: Si propter timorem dilapidationis sequestratio
decreta fuerit: cautio idonea ad relaxandum sequestrum
merito admittitur: quia tunc causa, propter quam judex
permisit sequestrationem, cessat: ac victori futuro prospe-
ctum & cautum est, ut rem, quam petit, & obtinet, à fide-
jussoribus datis exigere, siue ex pignore constituto sibi
satisfacere possit. Quod si verò propter metum armorum,
ad evitandum periculum & scandalum, sequestratio fuerit
concessa: satisfatio non recipitur: propterea quod causa
sequestrationis factæ satisfatione non aufertur: sed armo-
rum vitæque periculum, ac metusurbationis publicæ
tranquillitatis permanet. Satisfatio quippe malevolum
propositum non immutat: & damnum facile relatori ne-
quit: adeoque hoc casu satisfationi locus nullus relinquit-
ur, argument. §. novissimè. 12. supr. de suspectis tutorib.
latius D. Claudius. d. tract. de jure sequestrat. c. 10. num.
4. & seq.

Ceterum an juratoria cautio ad relaxandum seque- 169
strum sufficiat, si nec fidejussoribus, nec pignoris reus,
ob inopiam, vel aliam difficultatem, cavere possit, dubi-
tari solet? Et quanquam id negant Bartolus in *l. litibus.*
29. num. 5. C. de agric. & censu. Jason & Alesand. in l. 1.
num. 23. vers. undecimo limita, & in l. si fidejussor. 7. num.
18. ff. qui satisfar. cog. Francisc. Curt. d. tractat. de seque-
stris. num. 56. Bald. Joim. de Imola, & alii in l. illiusam.
114. §. Divi Severus & Antonius. ff. de leg. 1. affirman-
tium tamen sententiam variorum & æquiorum esse, reor:
dummodo reus, ad juratoriam cautionem se offerens, in-
tegrè sit vitæ, ac probatæ existimationis. Ita tenent Myn-
singer. cent. 2. observ. 11. Gail. lib. 1. observ. 148. num. 6.
Gadd. in d. c. 3. n. 18. cum seq. de sequestr. poss. & fruct. Vin-
cent. Coras. in tract. de sequestrat. part. 4. quest. 2. mon. 8.
Martin. Coler. de process. execut. part. 3. c. 11. num. 94.
cum

- cum seqq. *Trentler. Disput. 26. thes. 12. volum. 1. D. Bocer d. class. 2. Disput. 11. thes. 82. edit. 2. Hackelman. Disput. illustr. 9. thes. 15. ad lit. D. Caroc. d. tract. de sequest. p. 4. q. 2. n. 8. Camill. Borell. in suis decis. de sequest. n. 138. Bauman. in tr. de sequest. c. 17. n. 22. cum seqq. Paulus Berens. Disput. 9. ad Institut. them. 3. q. 5. Clud. de c. 10. n. 8.*
- 170 aliquot sequentibus. Hæcque assertio sustinetur textu in l. 1. §. omnes. 2. vers. fin. verò Cod. de assert. tollend. ubi is, qui fideiussorem dare non potest, ad juratoriam cautionem admittitur. Et illum textum de sequestratione exaudiendum esse, innuit ibidem Accursius super verbo; juratorie. Huc etiam pertinet textus in *Auth. generaliter. C. de Episcop. & cleric. Auth. hodie C. de custod. reor. Novell. 112. cap. 2. in princ. vers. fin. autem dixerit, &c. & Novell. 134. cap. 9. vers. si verò juraverit, &c. Fürstlich Württembergisch Erneuert Landrecht. part. 1. tit. 20. §. So ferr aber. pag. 104. quibus in locis expresse constituitur, si per fideiussores, vel pignora caveri non possit, ad juratoriam cautionem recurrendum esse. Quò confert etiam textus in cap. per vestras. 7. §. mandamus. ibi, sub ea, quam potest, cautione præstare. ibique glos. & Canonista communiter. ext. de donat. int. vir. & uxor.*
- 171 Nec obstat, quòd ad relaxationem sequestri idonea satisfactio requiritur. d. l. si fideiussor. 7. §. fin. ff. qui satisd. cogant. l. ult. Cod. de ordin. cognit. d. l. litibus. 20. C. de agric. & censit. Satisfactio autem idonea propriè est illa, quæ sit fideiussoribus, vel pignoribus. d. l. 1. ff. qui satisfadar. cog. l. 1. §. jubet. 9. ff. de collat. bonor. l. si se non obtulit. 4. §. ait prætor. 3. ff. de re judicat. l. promissor. 21. in fin. ff. de constit. pec. l. solutam. 49. in fin. ff. de solutio. nib. l. ergo. 4. §. addici. 8. ff. de fideicommissar. libertati. bus. Nam succinctè responderet: adhibendam quidem esse in sequestri relaxatione idoneam, & propriè sic dictam satisfactionem, si fideiussores reperiri, vel pignora dari possint, nec ad juratoriam, seu impropriad, transiliendum esse. At si idoneè caveri nequeat; ad juratoriam cautionem non malè recurritur; quemadmodum id plenius persequitur Cludius loco paulò antè designato, ubi omnino videndus.
- 172 Planè finitur sequestratio quatuor potissimum modis. Et primùm quidem eam litis terminatione finiri, non ambigitur. l. fideiussor. 7. §. fin. ibi, lis finem accipiat. ff. qui satisd. cog. l. si quis affirmaverit. 9. §. Labeo. ibi, donec inter vos judicetur. ibiq; Bartol. ff. de dol. mal. l. fin. C. de ord. cognit. l. litibus. 20. C. de agric. & censit. cap. 1. ext. de sequest. rat. possess. & fruct. Clementin. unic. cod. tit. Lis autem terminata siue finita dicitur, quando sententia à iudice prolata transit in rem judicatam fecit: ideoque si appellatione ritè suspensa fuerit, lis finita non censetur, & consequenter sequestratio adhuc durat, argum. l. 1. in fin. ff. ad SC. Turpillian. gloss. in l. 2. super verb. question. C. ut lite pendente. vel post provocationem. &c. d. l. litibus. 20. C. de agric. & censit. Bald. in d. l. si fideiussor. 7. §. fin. ff. qui satisd. cogit. Speculat. in tit. de sequest. rat. poss. & fruct. §. 1. vers. sed pone. &c. Curt. in tract. de sequest. quast. 18. num. 65. Neque resistit, per satisfactionem de iudicio sisti, revocari sequestrum. d. l. si fideiussor. 7. §. fin. & ibi glos. in verbo. satisfactio ff. qui satisfadar. cog. Illam autem satisfactionem finiri latà à iudice sententià arg. l. Græcè 8. §. & post litem ff. de fideiussorib. Proindeque etiam in negotio sequestrationis latà à iudice sententià, litem censeri finitam. Etenim facilis responsio est: quòd videlicet non simplex satisfactio de iudicio sisti in sequestratione præstanda sit: sed satisfactio de re litigiosa conservandà & restituendà: quæ effectum habet, donec sententià transeat in rem judicatam; & quamdiu per provocationem non suspendatur. l. sciendum. 15. §. si fundum. 6. ff. qui satisfadar. cogant. D. Clud. d. tract. de iur. sequest. rat. cap. 10. num. 37.
- 173 Secundò finitur sequestratio per sequestri renunciationem, iustissimà causà, iudicisque auctoritate interveniente, factam, l. ei, apud quem. §. si fin. ff. deposit. ubi licet Ulpianus (ut patet ex verbis istis; denunciatione factà huius, qui cum elegerant, &c. ex Pomponii mento, de voluntaria siue conventionali sequestratione loquatur, quando nimirum partium consensu siue conventione
- sequester est electus: idem tamen, & certè multò magis in necessarià sequestratione, quando sequester à iudice ex causa electus est, obtinet. Nam sequestrationem auctoritate iudicis alicui impostam & susceptam, absque ejusdem voluntate ac decreto, & sine assignatione iustæ causæ, deferere aut deponere nemini permittitur. Quenam verò sint iustæ renunciationis causæ, iudicis discretionè & arbitrio relinquuntur, ut Ulpianus in fine dictæ l. §. subindicat. *Trentacinq. lib. 3. variar. resolut. 12. n. 6. Coler. d. tract. de process. execut. part. 3. c. 11. n. 9. Borell. d. decis. ad tit. de sequest. n. 155.* Porro sequestri officio per renunciationem admissam finito, res litigiosa non semper parti, quæ præsens est in iudicio, restituitur: sed potius apud ædem aliquam deponitur. Rarò enim, inquit *Jureconsultus loco jam allegato*, ei res restituenda est, qui venit: hoc est, qui ad denunciationem, iudicis auctoritate factam, in iudicio comparuit. Deponenda itaque est penes tertium aliquem; vel ædem faciam, vel officium publicum: & his posterioribus casibus apud officiales ædis sacræ, officinè publici deposita intelligitur. Sed & apud eundem iudicem, coram quo lis ventilatur, fieri potest depositio, si ipsi hoc ita videbitur: uti, post *Sebastianum Medic. in tract. de conservand. possess. num. 294. & Curtium in tract. de sequest. num. 28.* docet Cludius d. c. 10. num. 43. auctoritate glosse in l. senatusconsulto. 16. sup. verbo, deponatur. ff. de offic. præsid.
- 177 Tertiò, finitur sequestratio conditione existentis, sub qua sequestratio fuit concessa, argum. l. propriè. 6. ibi, certa conditione. ff. depositi. & dict. l. si quis affirmavit. 9. §. Labeo. 3. ibi, nondum impletà conditione ff. de dol. mal. vel die veniente, in quem res litigiosa sequestrata est tradita, argum. §. hoc amplius. 4. sup. quib. mod. tollit. obligatio. Idque tam in necessarià, quam voluntaria sequestratione procedere, verius est. Sive enim à patribus sequester fuerit electus, siue à iudice constitutus, utroque modo sequester esse desinit, & quoad ipsam sequestratio finitur, resque alterius fidei ac custodiæ committitur, notante Cludio d. cap. 10. num. 49. Quarto & ultimò sequestrationem morte sequestri finiri, vix dubitari potest. Nam cum personæ industria & fides huius sit electa: ad heredes hoc officium non transit: sed morte illius, qui electus est, extinguitur, argum. §. item si adhuc. 10. sup. de mandato. l. 1. in fin. ff. de constitutionib. princip. l. quia tale. 13. ff. soluto matrim. c. privileg. 7. de reg. iur. in 6. & l. privileg. 196. ff. eodem.
- 178 Actio, ex sequestratione descendens, speciali nomine actio depositi sequestraria, ad differentiam actionis simplicis, nominari consuevit. l. si in Asia. 12. §. cum sequestro. 2. ff. depositi. l. si quis affirmavit. 9. §. si oleum. 3. ff. de dol. mal. *Wesenbec. in Paratist. ff. depositi. num. 6. ver. his exceptis, &c. Alciat. in l. sequestrer. 110. circa finem ff. de verb. signific. Cujas. in Paratist. C. de prohib. sequest. pec. n. sine Bauman. in tract. de sequest. c. ult. n. 28.* & seqq. Eaque duplex perhibetur: directa, & contraria. l. ei, apud quem. §. & tot. tit. ff. & C. depositi, vel contra. Directa competit litigatori, cui res tanquam vero possessori addita est; adversus sequestrum, ut rationes reddat, & rem litigiosam, ad custodiendum acceptam, restituat cum omni causa: hoc est, cum omnibus fructibus, commotis, utilitatibus & accessionibus, quas ex re ipsa deposita tempore litis perceperit. l. 1. §. & ideo. 24. d. l. ei, apud quem. §. 1. & pulsim. ff. depositi. l. Julianus. 9. §. paulat. & ult. ff. ad exhibend. Datur quoque hæc actio adversus sequestrum, ut eo loco rem depositam exhibeat de quo conventum est. Quòd si de pluribus locis convenit: in arbitrio sequestri est, quo loco exhibere velit. d. l. ei, apud quem. §. §. 1. ff. depositi. Id alternativè enim electionem permissoris esse, constat ex l. plerumque. 10. §. fin. ff. de iure dot. Sed si nihil convenit: denuncandum est ei, ut apud prætorem exhibeat. d. l. §. 1. in fin. ff. depositi. Quod tamen accipiendum est, ut obineat, quando institutum iudicium per iudicis sententiam nondum finem accepit. Eo siquidem finito, res non est penes alium sequestrata: sed restituitur ei, qui victoriam reportavit: ut restituitur Cludio in tract. de iure sequest. rat. cap. 12. num. 7. Præterea in heredem etiam ipsius sequestri,

hanc sequestrariam depositi actionem reddi, expressum est in l. si hominem. 7. §. 1. & dict. l. si in Asia. 12. §. cum sequestro. 2. in fine. ff. depositi. Sicuti & e contrario heredibus eorum, qui rem litigiosam sequestrarunt, actionem hanc directam, cum rei persecutoria sit: competere certum est: dict. l. 1. §. hac actio. 19. ff. eod. §. rei persequenda. 17. in fr. de actionibus. Ceterum an & quatenus Magistratus pecuniam, apud se depositam alii, quam verò creditori, solvere possit, edocet Matth. Colerus, dict. tractat. de processib. execut. part. 3. cap. 11. eumque laudans Berlichius decis. aur. 55. pag. 177. & segg.

281 Contraria depositi sequestraria actio accommodatur sequestro, apud quem res litigiosa est deposita, ad repetendum & consequendum sumptus & damna, omneque id, quod in rem sequestratam necessario, vel utiliter impendit, ne videlicet officium ei damnosum, vel deponens cum depositarii iacturâ locupletior fiat. dict. l. ei, apud quem. §. in princip. ff. depositi. l. nam hoc natura. 14. ff. de condit. indebit. Salices. in l. unic. Codic. de prohibet. sequestrat. pecun. Cur. in tractat. de sequestris. question. 3. num. 27. Sed & heredibus sequestrati, ut & contra litigantium heredes, isthac actio datur. Hi enim cum eorum bona possideant: æquum omnino est, ut solvant sumptus, & alia, quæ sequestri ratione præstiti officii debentur, argument. §. l. nam hoc natura. 14. ff. de condit. indebit. & l. jure natura. 206. ff. de reg. jur. Porro de aliis remediis, tum ipsi sequestro, tum contra eundem competentibus, expleat ac copiose, post alios, quos refert, disputat Andreas Cludius dict. tractat. de jure sequestrat. cap. 12. num. 25. & multis sequentibus.

§. Creditor, 4. & ultimus.

Creditor quoque, qui pignus accepit, re obligatur: quia & ipse de eâ re, quam accepit, restituenda tenetur actione pignoratitia. Sed quia pignus utriusque gratia datur, & debitoris, quo magis pecunia ei credatur, & creditoris, quo magis ei in tuto sit creditum: placuit sufficere: si ad eam rem custodiendam exactam diligentiam adhibeat: quam si præstiterit, & aliquo fortuito casu rem amiserit: securum esse, nec impediri creditum petere.

SUMMARIA.

- 1 Tres pignoris notiones.
- 2 Pignoris definitio, & ejusque explanatio.
- 3 Intellectus l. 1. in princip. & l. si contraxerit. 28 ff. de pignorat. action.
- 4 Pignus inde, & quid proprie dicatur.
- 5 Pignus & hypotheca quomodo differant.
- 6 An naturam disponens de pignore, locum etiam habeat in hypotheca.
- 7 Pignus generaliter sumptum, quid significet.
- 8 Nemini res sua potest oppignorari.
- 9 Quomodo pignus differat a reliquis contrahitibus realibus.
- 10 Pignus aut voluntarium, aut necessarium. Hæcque divisio a morsu Doctores indicatur.
- 11 Voluntarium pignus quid, & quomodo constituitur.
- 12 Pignus in quibus rebus constituitur tacita conventionione.
- 13 Si gratis alicui habitatio concessa sit: ejus rei industria & illa nec pro pensione, nec pro determinatione, domino obligantur.
- 14 Non solum primi, sed & secundi ingulsi boni in tota & illa, primo locatori tacite obligata putantur.
- 15 Unius decisionis ratio dubitandi & decidendi.
- 16 Per hanc personam alteri non acquiritur obligatio.
- 17 Intellectus l. si in lege. 24. §. 1. ff. locati.
- 18 Prædium urbanum in quo sic differat a rustico.
- 19 In prædium rusticum a colonis indulta, locatori non esse tacite obligata, aliquot rationibus ostenduntur.
- 20 Inclusio inibi est exclusio alterius.
- 21 Explicatio & intellectus l. certi juris. §. Cod. de legato & condit.
- 22 Ratio differentie inter gradia urbana & rustica.

- 23 Quæ expressè solita sunt fieri, pro expressis habentur.
- 24 Cur olim moris fuerit in locationibus prædiorum urbanorum, pactum expressum adicere de rebus illatis, ut essent pignori: non itidem in prædiis rusticis.
- 25 Non ex conventionione, sed ex inductione pignus contrahitur.
- 26 Quæ illata sive indulta pignoris nexu teneantur.
- 27 An merces illa pro pensione intelligantur tacite obstricta; quas mercator importat in domum conductam, ut eas postea distrahatur, & non, ut semper ibi maneant.
- 28 Natura & conditio mercium quæ.
- 29 Utrum res in prædium urbanum illata, antequam præcludantur, liberè alienari possint.
- 30 Res semper transit cum suo onere.
- 31 Intellectus l. est differentia. 9. ff. in quib. caus. pign. vel hypoth. tac. contrah.
- 32 Equid libri Studioforum, in habitationem conductam illati, pro pensione locationis tacite obligantur.
- 33 Obligatione rerum generali quæ non continentur.
- 34 Major vis taciti, quam expressi, esse requirit. & num. 66.
- 35 Num bona minoris 25. annis in prædium urbanum illata, tacite pignore, pro pensione domus, teneantur.
- 36 Tacitam hypothecam sive pignus lex ipsa inducit.
- 37 Quatenus res minorum obligari non possint sine decreto prætoris.
- 38 An nummi, in prædium conductum illati, tacite obligantur.
- 39 Auditoris sententia nova.
- 40 An hæli, vestes, & similes res, quarum quotidianus soles esse usus, tacite obstringantur.
- 41 An instrumenta & chirographa, in domum conductam illata, tacite obligata censentur.
- 42 An res alienæ, ab ingulso in aedem conductas illata, locatori tacite pignori sunt obligata.
- 43 Necessarium pignus quid, & quod duplex.
- 44 Pignus legitimum quod dicatur.
- 45 Tacitum legitimum pignus tribuitur fisco in bonis omnium debitorum fiscalium: ejusque ratio.
- 46 Debitor quis hîc intelligatur.
- 47 Primpili quid sit.
- 48 Cur dos uxoris, in causa primipili, sit obligata fisco pro marito.
- 49 An non solum dos, sed & parapherna uxoris sint ob primipilum, aliudve munus mariti, fisco tacite obligata.
- 50 Nunquid etiam in causis criminalibus tacite hypotheca sit loci.
- 51 Auditoris opinio singularis.
- 52 An & quatenus civitatis juri tacita hypotheca obtineant.
- 53 Tacitum legitimum pignus datur pupillis & minoribus, in bonis tutorum & curatorum.
- 54 Ratio hujus tacite hypothecæ.
- 55 Equid illa sententia etiam procedat in tutoribus sive curatoribus, ad litem tantum datis.
- 56 Jur singulare circa mulierem, quæ suscepit tutelam suorum liberorum, iterum nuptiam observandum.
- 57 Nova nuptia plerumque solent non tantum bona, sed corpus etiam novis maritis addicere.
- 58 Quatenus bona poterna, pro administratione bonorum adventitiorum filiorum, tacite obligata intelligantur.
- 59 An eorum bonorum adventitiorum, in quibus pater non habet usufructum, nomine, bona patris filio tacite obligentur.
- 60 An Episcopi sive Abbatis monasterii bona sint Ecclesiis & monasteriis, administrationis nomine, obligata.
- 61 Bonorum Ecclesiasticorum administratio ad quem pertineat.
- 62 An eorum, qui præsent orphani, bona tacite orphanotrophio obstricta putentur.
- 63 Quatenus orphanotrophii comparentur tutoribus & curatoribus.
- 64 Tacitum legitimum pignus tribuitur liberis prioris matrimonii in bonis patris vel matris, ad secunda vota transiuntis.
- 65 Ad non modò patris, tutoris, &c. sed etiam heredum illorum bona, tacite obligantur liberis & pupillis.
- 66 Minor plerumque vis taciti, quam expressi.
- 67 Sensus l. propterandum. 13. §. fin. C. de judic.
- 68 In causa dotis tacita hypotheca conceditur ex utroque latere.
- 69 Quæ sunt consuetudinis facili in bona fidei iudicis recipiantur.
- 70 Aquilæ naturam spectatur in causa dotis.
- 71 Dotis causa ubique præcipua esse debet.
- 72 Equid privilegium tacite hypothecæ locum habeat in augmento dotis.
- 73 Augmentum dotis videtur esse pars dotis.
- 74 Num privilegium taciti pignoris uxori datur, etiam pro bonis paraphernalibus seu receptis, per maritum administratis.
- 75 Intellectus l. ut. C. de pact. concord.
- 76 Utrum juri taciti pignoris locum teneat in donatione propter nuptias.
- 77 Cur juri tacite hypothecæ uxori in causa dotis sit indultum.
- 78 Jura singularia non debent porrigi ad consequentia.
- 79 Sententia l. ubi adhuc. 29. in princip. C. de jure dos.
- 80 Generalis ratio ita interpretanda est, ut vitio careat.

- 81 Quatenus donatio propter nuptias doti comparetur.
- 82 Numquid pro alimentis privilegium taciti pignoris, competat uxori in bonis mariti.
- 83 Anne maritus uxori debeat alimenta.
- 84 Reipubl. interest, dotes mulieribus salvo conservari.
- 85 Sententia l. Lucius. 18 ff. qui potior. in pign. vel hypoth. hab.
- 86 An pro pretio rerum dotatum, uxori privilegium tacite hypothecae concedatur.
- 87 Pretium succedit in locum rei.
- 88 Quatenus in omni re universali pretium loco rei succedat.
- 89 An ius taciti pignoris habeat locum in dote cautâ, & non numeratâ.
- 90 In contradicibus rei veritas potius, quam scriptura spectanda.
- 91 Privata scriptura facit probationem contra scribentem regulatiter.
- 92 Privilegia dotis quatenus locum habeant.
- 93 Privilegia quatenus sint amplianda.
- 94 Clementiores lege esse non debemus.
- 95 Num privilegium tacite hypothecae competat sponse, in bonis sponsi.
- 96 Quae dos ante matrimonium esse non intelligatur.
- 97 Sponsalia de presenti non differunt à vero matrimonio.
- 98 Utrum privilegium istud heredi uxori concedi debeat.
- 99 Privilegia personalia ad heredes non transeunt.
- 100 Quicquid est transmissibile ad heredem, etiam cessibile est.
- 101 Numquid ius tacite hypothecae deus patri uxoris, vel alii, qui dotem dedit.
- 102 Actio ad repetendam dotem cui competat.
- 103 Actio ex stipulatu cuius ratione bona fidei censetur.
- 104 Num patris bona, pro dote filio suo datâ, intelligentur tacite obligata.
- 105 Dos ibi esse debet, ubi sunt onera matrimonii.
- 106 Legatariis & fideicommissariis tacita hypotheca conceditur in bonis testatoris.
- 107 An donatio causa mortis, nomine legati contineatur.
- 108 Heredis bona, sicuti testatoris, pro legato tacite non censentur obligata.
- 109 Tacitum legatorum pignus in quibus rebus locum habeat.
- 110 Equid testator tacitam istam hypothecam, pro legatis introductam, testamento remittere aut prohibere queat.
- 111 Testator contra legem nihil quidquam ordinare potest.
- 112 Tacitum legatorum pignus inter heredes dividitur.
- 113 Pignus tacitum datur in sola creditori, qui pecuniam ob restitutionem adificii extruendi mutuum dedit.
- 114 Urbem vultu non deformari, Reipubl. interest.
- 115 An ius istud taciti pignoris porrigatur ad eum, qui redemptori operis nummos subministravit.
- 116 An etiam ei, qui in navem, aliamve rem extruendam vel emendam nummos mutuo dedit, tacitum pignus concedatur.
- 117 Privilegium taciti pignoris non, nisi legibus nominatim constituitur.
- 118 Sententia l. interdum. 5. & l. si q. ff. qui potior in pign. vel hypoth. hab.
- 119 Pignus pratorium quid, & quotuplex.
- 120 Pratorium speciale pignus quomodo constituitur.
- 121 Iudiciale pignus quid.
- 122 Inter pratorium & iudiciale pignus differentia.
- 123 Quae persona rem aliquam pignori vel hypothecae obligare possit.
- 124 Quibus licet alienare: multò magis ita licebit obligare.
- 125 Sensus l. 1. & l. 1. ff. quae res pignori vel hypothecae data, &c.
- 126 Donare esse perdere.
- 127 Quatenus tutor sive curator rem pupilli vel adolescentis oppignorare valeat.
- 128 An & quatenus procurator res sui domini oppignorare possit.
- 129 Numquid administrator Reipubl. rem civitatis pignori necesse queat.
- 130 Per quas personas nobis pignoris & hypothecae obligatio acquiritur.
- 131 Pignus non rectè datur extraneae personae, in quam solutio tantum in ipso contractu collata est.
- 132 Quae res oppignorari, vel non possint.
- 133 Pignoris utilitas in quo consistat.
- 134 Uno prohibito, omnia prohibita intelligentur, per quae ad id, quod prohibitum est, perveniunt.
- 135 Sententia l. in quorum. 24 ff. de pign. & hypoth.
- 136 Debitor solvens debitum, pignus quocumque tempore potest liberare.
- 137 Rei sacrae, sanctae, religiosae, &c. pignorationem non recipiunt.
- 138 Liberarum hominum oppignoratio jure prohibita.
- 139 Alter alterius nihil non debet praeponderari.
- 140 Servitutes praediales utrum pignori dari possint.
- 141 Quaecumque in creditorem transferri nequeant, frustra pignori dantur.
- 142 Intellectus & explicatio l. Ica an via. 12. ff. de pignori & hypoth.
- 143 Nemo servientis fundi causam facere potest deteriorem.
- 144 Servitutes personales utrum oppignorare queant.
- 145 Res plane aliena pignori dari nequit.
- 146 Res aliena vendi potest.
- 147 Ratio differentiae inter emptionem & pignus.
- 148 Plus cautionis in re est, quam in persona.
- 149 Actio pignoratitia datur etiam ei debitori qui rem alienam pignori dedit.
- 150 Quatenus exemptione nulla actio datur.
- 151 Quibus casibus pignus rei alienae valeat, aut convalescat.
- 152 Volenti non fit iniuria.
- 153 Ratihabito mandato comparatur.
- 154 Quod ab initio vitiosum est, tractu temporis convalescere non potest.
- 155 Culliditas, cum alterius damno conjuncta, impunita esse non debet.
- 156 An & quatenus rei propriae pignus aut emptio valeat.
- 157 Nolum esse videtur, cuius nomine actionem ad id petendum habemus.
- 158 An, si debitor, qui rem alienam obligavit, postea ejus dominus fiat, ex post facto pignus convalescat.
- 159 Contra factum proprium debitor venire non debet.
- 160 Iniquum est, aliquem ex suo mendacio lucrum consequi.
- 161 An, si dominus rei fiat heres debitoris, pignus convalescat, ita ut creditori hypothecaria saltem actio, adversus dominum rei pignoratita, concedatur.
- 162 Conciliatio an in omnia inter l. si Titio. 22 ff. de pignori & hypoth. & inter l. rem alienam, 41 ff. de pignorat. action.
- 163 Communi opinioni contradicere, arrogancia signum putatur.
- 164 Veritas & communis opinio aequiponantur.
- 165 Duo diversi casus continentur in d. l. rem alienam. 41 ff. de pignorat. act.
- 166 Heres & defunctus pro una eademque persona habentur.
- 167 Sententia l. si seveo. 20 ff. qui & à quibus in iuramentis liberi non sunt l. filium. 31 ff. de liberali caus. & l. si ab eo, 7 C. cod.
- 168 Heredi non licet impugnare factum defuncti.
- 169 Si creditor ignorans rem alienam pignori acceperit: ei actio hypothecaria utilis datur, non quidem adversus dominum, sed quomodo alium possessorem.
- 170 Num, si debitor rem alienam creditori suo dederit pignori, scienti, rem esse alienam, pignus convalescat.
- 171 Sententia & intellectus l. 1. ff. de pignori & hypothec.
- 172 Creditori scienti nec contraria pignoratitia, nec hypothecaria datur.
- 173 Consideratio d. l. rem alienam 41. ff. de pignorat. act.
- 174 Equid res feudalis à vasallo pignori dare possit.
- 175 Omnis alienatio feudis prohibita.
- 176 Pignoris datio est alienatio.
- 177 Emphyteuta oppignorare licet rem emphyteuticam & usufructu suo sive fructuario.
- 178 Ratio diversitatis inter emphyteutam sive usufructuarium, & inter vasallum.
- 179 Num vasallo sit prohibita datio hypothecae.
- 180 Proprie aliud pignus, aliud hypotheca.
- 181 Panalia & odiosa interpretatione magis restringi debent, quam ampliari.
- 182 Quae feudi alienatione sit vasallo interdictum.
- 183 Cessante dispositionis fine, cessat etiam ipsa dispositio.
- 184 Intellectus l. res hypothecae. 5. §. inter pignus. ff. de pignori & hypothec.
- 185 Tam pignoris, quam hypothecae datio censetur alienatio.
- 186 Alienatione prohibita, id etiam prohibitum videtur, ex quo sequi alienatio potest.
- 187 Numquid, si feudi dominus in oppignoracionem consenserit, & postea, vasallo sine liberis mortuo, feudum ad ipsum dominum redierit, dominus satisfacere creditoribus teneatur.
- 188 Consentiens contractui, super re aliqua inito, censetur renunciare iuri, quod in re ista habuit.
- 189 Semel consentiens, jure huic consensui contradicere nequit.
- 190 Dominus feudi rata habere tenetur ea, quae ipsius consensu in feudo gesta sive alienata sunt.
- 191 Oppignoracione ius reale constituitur.
- 192 Praequae secundum subjectam materiam accipiuntur.
- 193 An & quatenus omnis conventio intelligatur rectè sic statui.
- 194 Consideratio cap. 1. §. etsi clientulus. de alienat. feud. lib. 1. tit. 13. f.
- 195 Omnis definitio sive regula periculosa.
- 196 An & quatenus consensus iuri proprio ipsius consentientis praevincere non possit.
- 197 Natura contractus pignoris quae.
- 198 Confirmatio nihil novi juri tribuit.
- 199 Qui vult unum, omnia id velle existimatur, quod in illo necessario sequitur.

- 200 Quando juris renunciatio presumatur.
 201 In claris non est locus conjecturis.
 202 Plurimum inter se differunt. consentire & obligari.
 203 In generali locutione non comprehenditur persona loquentis.
 204 Clausula, salvo jure meo, quia jura reservare intelligitur.
 205 Consensus a domino feudi oppignorationi praestitus, etiam ad usuram extenditur.
 206 Sententia l. quaro. 54. in princ. ff. locat.
 207 Instantia confutatur.
 208 Pignus; contractus bona fidei.
 209 Debitoris bona vel generaliter, vel specialiter pignori supponuntur.
 210 Generaliter quando.
 211 Specialiter quando.
 212 Specialis conventio etiam accessiones comprehenditur.
 213 Quae pacta in pignoris constitutione servanda.
 214 Justum aversionis pactum.
 215 Multa propter incertum fructuum pretium & eventum praestantur.
 216 Lex sine passio pignorum commissoria, jure prohibita.
 217 Passio ista quid habeat proprium.
 218 Intellectus l. si sciendum. 36. § ult. ff. de pign. & hyp. th. § l. 1. C. de pactis pignorum, &c.
 219 Sententia l. fin. princ. ff. de contrah. empt.
 220 Sententia l. ult. C. de distract. pignor.
 221 An pactum commissorium valeat, si ex intervallo, post pignus datum, adjiciatur.
 222 Ubi lex non distinguit, ibi nec nos distinguere debemus.
 223 Sensus l. Titius 34. ff. de pignorat. act.
 224 Pactio commissoria juramento confirmari nequit.
 225 Juramentum non debet esse vinculum iniquitatis.
 226 Num creditor, secundum conventionis legem, propria auctoritate ingredi possessionem valeat.
 227 Mens & sententia l. creditoribus 3. Cod. de pignoribus & hypoth.
 228 Quod semel placuit, amplius displicere non potest: item, volenti non fit injuria: & quomodo hoc intelligendum.
 229 Vini omnes leges avergantur.
 230 Intellectus l. cum creditor. 55. ff. de furt. item l. qui vas. 48. in pr. ff. eod.
 231 Intellectus l. quemadmodum. 29. §. 1. ff. ad Leg. Aquil.
 232 Intellectus l. 1. §. 2. ff. quod legatur.
 233 Pignoris & hypothecae effectus in quo consistat.
 234 Actio Serviana unde sic dicta, & quid sit.
 235 Quasi Serviana, qualis actio, & quibus nominibus appelletur.
 236 Creditor Serviana, vel quasi Serviana, adversus extraneum possessorem, principali debitor nonnullum actione personalem convento, experiri nequit.
 237 An & quatenus creditoris debitor in solutione cessante, distrabere pignus possit.
 238 Explicatio & intellectus l. ult. C. de jure domini, impetranda.
 239 Corredio juris non presumitur.
 240 De jure prelationis.
 241 Qui prior tempore, potior jure.
 242 Jus pignoris semel creditori quassum, secundo debitoris deterior fieri nequit.
 243 Generalis hypotheca anterior, specialis posterior praesertur.
 244 Genus omnes sub se comprehendit species.
 245 Prior creditor habens specialem hypothecam, & ei annexam generalem, debet prius excutere specialem.
 246 Creditor hypothecarius, tempore prior, praesertur & Reipubl. & fisco.
 247 Impensa sumptuum atque conequiarum omne creditum praecedunt.
 248 Cadavera non debent jacere insepulta.
 249 An funeris impensa creditoribus, non solum tacitam hypothecam, sed etiam expressam anteriorem habenti, anteponatur.
 250 Verbum (omne) nihil excludit.
 251 Funeris impensa omni dorem, hac vero vincit hypotheca, in expressam anteriorem.
 252 Summa l. & si quis 22. §. 1. ff. de religiosis & sumpt. funer.
 253 Impensa & sumptus funeris qui intelligantur.
 254 Verum vestia lachrym, fascia serica, &c. impensarum funeris nomine continentur.
 255 Impensis fanchibus communicantur sumptus medicis, & similibus praestantur.
 256 Ut & mercedis serorum, ancillarum & mercenariorum.
 257 Posterior potior est prior qui pecuniam nominatim creditis ad conservandam rem pignori obligatam.
 258 Hujus decisionis ratio.
 259 Pupillus in re, ex sua pecunia comparati prior habetur.
 260 An mulier ratione dotis indistincte in mul. creditoribus, non modo tacitam, sed & expressam anteriorem hypothecam habentibus, anteferatur.
 261 Referatur Auctores, negationem amplectentes.
 262 Verior sententia contraria: estque Auctores.
 263 Mens & intellectus l. affidui. 22. Cod. qui potior in pign. habet.
 264 Ubi eadem ratio, ibi eadem juris dispositio.
 265 Mulier anteponitur creditori, cuius pecunia res empti est.
 266 Consideratio l. satis notum. 4. C. in quib. caus. pign. vel hypoth. tac. contrah.
 267 Summa l. ubi adduc. 29. C. de jure dot.
 268 Summa l. in rebus. 30. d. ult.
 269 Dispositio universalis maxime geminata, nihil omnino excludit.
 270 Favore dotum multa contra juris rationem recepta.
 271 Refutatio contrarium argumentorum.
 272 Declaratur d. l. affidui. 12. §. 1. Cod. qui potior in pign. habet.
 273 Quatenus creditoribus jus hypotheca semel quassum, non sit auferendum.
 274 In causa pignoris eadem fisci & mulieris ratio.
 275 Privilegium tacita hypotheca, mulieri competens, a quo tempore incipiat.
 276 An mulier & privilegio prelationis renunciare possit.
 277 Publice interest, mulieribus suas dotes esse salvas.
 278 Juramentum legibus contrarium, non valet: secus tamen est de jure canonico.
 279 Creditor habens instrumentum publicum, praesertur habens instrumentum privatum, & in eo hypothecam priorem.
 280 Privata scriptura contra tertium nihil probat.
 281 Scriptura privata, subscriptione trium testium munita, habet vim instrumenti publici.
 282 Non minorem fidem faciunt testes, quam praedium instrumentum.
 283 De dissolutione pignoris.
 284 Unusquisque pro ignorante, & etiam invito debitore solvere potest.
 285 Oblata & consignata pecunie depositio vim solutionis habet.
 286 Remissione expressa vel tacita pignus solvitur.
 287 An is, qui reddit debitori pignus jus pignoris remississe praesumatur.
 288 Reddere quid sit.
 289 Chirographi redditus admissionem sortis inducit.
 290 Obligatione principali subacta, tollitur accessoria.
 291 Cessante causa, cessat effectus.
 292 Pignus liberatur satisfactione.
 293 De sorte quemadmodum satisfactum intelligatur.
 294 De pignore quando satisfiat creditori.
 295 Si pignus debitor aequè idoneum creditori invito offerat, an prius pignus liberetur.
 296 Aliud pro alio invito creditori solvi non potest.
 297 Quod nostrum est, sine facto nostro ad alium non transferitur.
 298 Sensus l. si rem alienam. 9. §. 3. ff. de pignorat. act.
 299 Intellectus l. si mandato. 45. §. 2. ff. mandat.
 300 Explicatur glossa in l. si Titio. 22. ff. de pignoribus & hypoth.
 301 Sententia l. illud verum. 10. §. 1. ff. quod met. caus.
 302 Aliquis facere tenetur, quod sibi non nocet, & alteri prodest.
 303 Rei interitu pignus finitur.
 304 Qualis interitus hic intelligendus.
 305 Cum mutatur tantum rei qualitas, hypotheca durat.
 306 Actio pignoratitia duplex: directa, & contraria.
 307 Directa cui, adversus quem, & ad quid competat.
 308 Distinctio pignoris conventionalis & pratorii.
 309 Cur in pignore conventionale & dolus & culpa praestetur.
 310 Culpa levissima non praestatur in pignore.
 311 Ratio differentia inter commodatum & pignus.
 312 Quo casu creditor levissimam culpam praestare teneatur.
 313 Contraria pignoratitia actio cui, contra quem, & ad quid datur.
 314 Creditor debet esse benignus, non acerbus vel contumeliosus.
 315 Malitiam dominum non indulgendum.
 316 Creditori ratione impensarum competit quoque jus retentionis.
 317 Ex hypotheca qua nascatur actio, & quomodo nuncupetur.
 318 Plures inter pignoratitiam & hypothecariam actionem differentia.
 319 Repressalia num & quatenus jure defendi possint.
 320 Repressalia quid, & a quo concedantur.
 321 Bellum iustum a summo Principe indicendum: verum non absque consilio Septem virorum, & ordinum Imperii.
 322 Nomina sunt verum pictura tantum, & tesserae.
 323 Rerum potior, verborum vero prior cura esse debet.
 324 Repressalium varia derivatio.
 325 Causam repressalium dans, pignurato omne damnum rescire cogitur.
 326 Cur repressalium unigdo homines utantur.
 327 Derivatum & derivatum, sive simplex & compositum ejusdem debent esse originis.
 328 Usus repressalium unde descendit.
 329 Facialium Romanorum officina.

- 330 *Iustitia & equitas naturalis postulat, ut singulis sua tribuantur.*
 331 *Quatenus inter se subditorum, repressas exerceri adversus magistratum, iustitiam denegantem, & num. 359.*
 332 *Negligentia procuratoris domino nocet.*
 333 *Regum ab iniustis auferendum.*
 334 *Qua ad concessionem repressarum requirantur.*
 335 *Pro re modica non decernenda sunt remedia extraordinaria.*
 336 *Nemo sibi ipse jus dicere potest.*
 337 *Boni Principis est, amborum causas cognoscere.*
 338 *Nemo alterius odio debet praejudicare.*
 339 *Filius propter as alienum patris conveniri nequit, & contra.*
 340 *Consideratio tit. C. ne filius pro patre, &c.*
 341 *Res publica ob utilitatem privatam non turbanda.*
 342 *Iustitia suadet, neminem ledendum, nostrumque sine facto nostro ad alium non transferendum esse.*
 343 *Ad instantiam respondetur.*
 344 *Quatenus propter utilitatem publicam jus suum alicui adimatur.*
 345 *Non facienda mala, ut inde eveniant bona.*
 346 *Factum cuique suum, non alteri, nocere debet.*
 347 *Pena suos tenere debent auctores.*
 348 *Nemo cum alterius iustitia impetrandus.*
 349 *Consideratio Linc. C. ut nullus ex vicinis pro alienis, &c.*
 350 *Consideratio Auth. habita. C. ne filius pro patre, &c.*
 351 *Consideratio Novell. 52. cap. 1. iuncta praefatione.*
 352 *Consideratio Novell. 134. cap. 7.*
 353 *Instantia dissentientium diluitur.*
 354 *Quatenus jus unicuique suum tribuendum, ablatumque restituendum.*
 355 *Proximus non ledendus.*
 356 *Quatenus bonus esse possit finis, ubi media sunt mala.*
 357 *Quibus mediis Christiana religio promovenda.*
 358 *Ex delicto magistratus an & quatenus subditus obligetur.*
 359 *Inter se subditorum, iustitiam omnibus administrari.*
 360 *Privata injuria alicui illata, non est iusta belli causa.*
 361 *Diversissima belli & repressarum ratio.*
 362 *Intell. huius cas. dominus 2. caus. 2. quest. 2.*
 363 *Ex parva scintilla magnum oriri potest incendium.*
 364 *Magistratus variis constituitur modis.*
 365 *Procurator quomodo constituitur.*
 366 *Quis Princeps a solio deiciendus.*
 367 *Repressas officio boni magistratus omnino adversantur.*
 368 *Multitudo errantium non parit errori patrocinium.*
 369 *Unius interdum sententia multos superare potest.*
 370 *Opinio communis, rationibus firmis non suffulta, repudianda.*

Subjicitur hic quintus contractus, qui re contrahitur, Pignus scilicet. Hujus verbi Pignoris res praecipue in jure reperiuntur notiones. I. rem ipsam, quae alicui datur pignori, significat, hoc §. nostro, ibi, qui pignus accipit. §. item Serviana. 7. vers. nam pignoris infr. de actionibus l. si quasi. 3. l. si convenit. 4. l. quamvis. 6. §. fin. ibi, qui dederit pignus. l. si necessarias. 8. §. si annua. 3. §. penult. & ultim. l. si cum venderet. 13. ff. de pignorat. act. & tot. tit. ff. & C. de distract. pignor. II. Jus in re, quod ex obligatione habet creditor, designat. l. 1. in princ. ibi pignus contrahitur. & §. 1. ibi, contractum sit pignus. & §. 2. ibi, pignori obligaverit. & C. l. si convenit. 18. in princ. ibi, nomen pignori tibi sit. & §. 1. ibi, proprietatem pignori data sit. & passim. ff. de pignorat. act. l. in noxalibus. 30. ibi, aliquid in ea re jus habemus, & C. ff. de noxalibus, actionib. tot. tit. ff. quia res pignori vel hypotheca data obligari non poss. tot. tit. ff. quib. mod. pign. vel hypoth. solvit. III. ipsum contractum seu conventionem, ex qua isthaec pignoris obligatio descendit, denotat. l. 1. §. ultim. ff. de pact. l. solut. 11. §. 2. ibi, pign. contract. est, ff. de pignor. act. l. contract. 23. ff. de reg. jur. Fr. Balduin. in Comment. de pignor. & hypoth. c. 1. Pacius in epitom. jur. Disp. 12. th. 22. D. Obrecht. Disp. 15. thes. 2. Scheck. in delib. jur. Disp. 15. thes. 88. Justus Schütz exercitation. jur. disp. 13. th. 16. pag. 207. Et in hoc significato non male, meo judicio, pignus definitur contractus, re initus, nominatus: quo creditori res alterius traditur, ob crediti restituendi fidem seu securitatem, argumento hujus §. nostri, & l. legata. 9. §. ultim. ff. de supelle. legat. Eodem sermone pignus definiunt Jacobus Cujacius in Paratit. ff. de pignorib. & hypoth. Vultejus hic n. 1. Treutler. Disp. 1. thes. 1. volum. 2. D. Collega Bocer. in Comment. ad d. l. contractus 23. c. 4. num. 69. ff. de reg. jur. Giphanius Disp. 25. ad Institut. thes. 18. & Sinubius part. 1. exercit. Justit. deced. 10. assert. 8. thes. d. Dicitur, contractus re initus. Quia pignus neque nuda consensu, neque verbis, neque literis, sed rei traditione constituitur, hoc §. nostro. & Harpprecht ad hystm. Tom. III.

l. 1. §. creditor quoq. 6. ff. de obligat. & actionib. Nec ad-
 versatur d. l. 1. in princ. & d. l. si convenerit. 18. in princ.
 ff. de pignorat. act. ubi pignus dicitur etiam nuda conven-
 tione, sine traditione, contrahi. Nam id non de pignore,
 proprie sic appellato, sed de hypotheca, intelligendum
 est, ut arguit satis perspicue §. item Serviana. 7. vers. nam
 pignoris appellatione. infr. de actionib. Pignus, à pugno
 deductum; proprie & in specie dicitur res mobilis, quae
 de manu id manum creditori traditur, sicque ad eum
 transit, l. plebs est. 238. §. pignus. 2. ff. de verb. signif. at
 hypotheca proprie ejus rei est, quae nuda conventione
 obligatur, & cujus possessio ac creditorem non transit. l. si
 rem alienam. 9. §. proprie. 2. ff. de pignorat. act. Althuf.
 lib. 1. Dialectolog. cap. 71. num. 3. pag. 243. Timens Faber.
 disput. 22. ad Institut. Imperial. th. 14. sub lit. a. Ad hanc
 differentiam respiciens D. Chysothomus, Commentar.
 Psalm. 38. Pauper, inquit, non habet hypothecam, quia
 nihil possidet: non habet pignus, quae tradat, quia nu-
 dus est: prout eum laudat Johannes Mercerus in Prolego-
 men. titul. ff. de pignorib. & hypothec. num. 13. Pignus
 item contractus est, d. l. 1. §. fin. ff. de pact. d. l. contra-
 ctus. 23. ff. de regul. jur. hypotheca autem contractus
 non est, sed pactum legitimum. Borcholt. hic numero. 2.
 Humius lib. 3. var. resolut. jur. civ. tract. 3. part. 5. pag.
 956. D. Bocer. ad d. l. contractus. cap. 4. num. 70. ff. d. ti-
 tul. edit. 2. & in hoc §. num. 6. pag. 204. Enimvero ad
 actionem hypothecariam quod attinet, inter pignus &
 hypothecam nihil interest: quoniam de utroque datur
 hypothecaria actio, d. §. item Serviana. infr. de actionib.
 Et de hac actione Martianus agens, scribit, inter pignus
 & hypothecam tantum nominis sonum differre. l. res hy-
 pothecae. 5. §. inter pignus. ff. de pignorib. & hypoth. ut le-
 gis istius inscriptio ostendit. Hinc statutum, disponens
 de pignore, locum etiam habere in hypotheca, non sine
 ratione concluditur. Siquidem obligationis intuitu, hy-
 potheca cum pignore eadem est: quia haud minus juris
 habet is, cui non est tradita possessio, quam cui tradita
 est, sed tantundem uterque ex aequo: proindeque toties
 ab ipsis juris auctoribus ista duo confundi; & pignus de
 re etiam immobili, ut & hypothecam de re mobili dici,
 cernimus. l. 1. in princ. l. si necessarias. 8. in princ. & l.
 domo. 21. ff. de pignorat. act. l. 1. §. 2. & §. ultim. l. loci
 vestigali. 11. ibi, fundus pignori datus. l. debitor. 32. l. civi-
 tabernam. 34. in princ. ff. de pignorib. & hypothec. l. 2.
 §. fin. ff. de religiosis & sumpt. fin. l. pactum. 4. l. creditor.
 7. C. de pignorat. act. l. 2. C. de praetor. pign. Coman. lib. 4.
 Commentar. jur. civil. cap. 13. num. 1. & 2. Donell. in
 Commentar. de pignorib. cap. 2. & ad rubr. C. eod. num. 2.
 Duaren. ad tit. ff. de pign. action. cap. 1. Balduin. in tract.
 de pignorib. & hypoth. cap. 1. Vultejus ad d. §. item Servia-
 na. 7. num. 15. infr. de actionib. Bachovius in tractat. de
 actionibus. disputat. 3. ad thes. 31. pag. 97. itemque in
 tractat. de pignoribus, & hypothec. lib. 1. cap. 1. circa finem.
 Atque illa ratione moti, hanc sententiam defendunt An-
 ton. Negusantius in tractat. de pignoribus, & hypoth. part.
 1. princip. num. 9. Folinus in cap. cum aliquibus. 6. exet. de
 sent. & re jud. Welenbec. in Paratit. ff. de pignoribus, &
 hypoth. num. 3. Hackeban. illustrium quest. Disputat. 12.
 thes. 1. lit. R. & Henon. Disputat. 13. controversi. 14.
 ubi dissentientes allegat Salicetum & Bartol. in d. l. si rem
 alienam. 9. §. proprie ff. de pign. rat. act. Ripam. in rubr.
 num. 6. ff. de pignorib. & Mozzum in tractat. de pigno-
 ribus, & hypoth. cap. 1. num. 18. Quibus novissime Ius-
 fragantur etiam Martinus Schickardus Disputat. 12. ad
 Institut. thes. 7. sub lit. a. & resolut. quest. prior. Anton.
 Affelman. de contractibus. disputat. 6. thes. 2. pag. 142.
 & Philippus Knipschidt exercit. Justit. §. question. pag.
 169. & seq. Inque pignus, quatenus nomen generale
 est, sub se pignus in specie, & hypothecam complectens,
 appellari potest res omnis, quae pro debito in cre-
 diti securitatem obligatur, donec, quod debetur, sit
 exolutum, argumento hujus §. nostri ibique vultejus num.
 10. & l. contrahitur. 4. D. Obrecht. praeterea Disputat.
 15. thes. 11. Petr. Gregor. Tholof. lib. 23. synagmat. jur.
 univers. can. 5. numero. 4. & 5. Praeterea in definitio-
 ne dixi, res alterius Quia nemini res sua oppignorari
 potest

potest. l. neque pignus. 45. ff. de regul. iur. Addidi item, ob crediti restituendi fidem seu securitatem. Quibus verbis seu differentiâ specificâ, hic contractus distinguitur à reliquis contractibus re initis. Mutuum etenim & commodatum, rei usum; depositum custodiam rei depositæ; solum verò pignus securitatem debiti concernit. Vide Andream Burchardum in Dissertat. de pignorib. & hypothec. sect. 1. conclus. 7. & Richter. in tract. de contract. disput. 6. th. 2. sub lit. h. pag. 146. Quin. ut clarius res explicetur, mutuum & commodatum spectant utilitatem debitoris tantum; depositum spectat utilitatem duntaxat creditoris; pignus utilitatem utriusque, & creditoris & debitoris: illius quidem, ut creditum ipsi sit eo securus; huius autem, ut nimirum ipsi magis pecunia credatur, auctore Justiniano in hoc §. Neque enim solent homines bene cauti cuiquam temerè credere sine pignore. Nam quod Martialis, Poeta perquam lepidus ac facetus, scitè olim de quodam Thelesino cecinit, Epigrammat. lib. 12. idem de plerisque scribi dicique hoc exulcerato tempore poterit.

Cum rogo te nummos sine pignore: non habeo, inquis.

Idem, si pro me spondet agellus, habet.

Quod mihi non credis veteri. Thelesine, sodali:

Credis colliculis, arboribusque meis.

20 Pignus generaliter acceptum, aut voluntarium perhibetur, aut necessarium. Baldus in tractat. de pignorib. & hypothec. cap. 5. D. Obrecht. Disput. 15. thes. 21. Giphart. in Comment. de divisionib. iur. thes. 98. Heig. in presenti §. num. 9. Verùm hanc divisionem improbat Dn. C. Illegit Bocerus hic non. 17. & seq. pag. 106. Nam necessarium pignus (inquit) non est contractus: neque contractus est pignus illud, quod testamento, vel legis auctoritate constituitur, &c. Rectè, mi Bocere. At præ nimio carpendi studio non animadvertis, quod expressè dicam: pignus generaliter acceptum, aut voluntarium perhiberi, aut necessarium. Non igitur pignus ita divido, quatenus pro contractu accipitur: sed quatenus nomen generale est. Sed præmittere debuissim (inquis) generalem pignoris definitionem. Fuit sanè & hæc præmissa subnum. 7. ubi dixi: pignus, quatenus nomen generale est, appellari posse rem omnem, quæ pro debito in crediti securitatem obligatur: donec, quod debetur, sit exolutum. Sub n. 2. autem non debui non specialem pignoris definitionem proponere: cum in verbis immediate præcedentibus egerim de eâ pignoris notione, quæ ipsum contractum denotat. Sed nihil tam consideratè dici potest, quod tutum sit à moribus eorum, qui id unice agunt, & in hoc solum intenti sunt, ob idque tantum aliorum Scripta legunt, quod ea cavillari queant. Voluntarium pignus est: quod vel unius voluntate (ut testamento, quando videlicet testator alicui prædia sua obligat. l. non est mirum. 26. ibi, cum testamento ff. de pignorat. act. l. 1. C. communia de legat.) vel duorum mutua conventionione constituitur. l. 1. ff. de pignorat. act. l. contrahitur. 4. ff. de pignorib. & hypothec. l. 1. §. ult. ff. de pact. l. iusto. 44. §. non minus. §. ff. de usupat. & usucap. idque expressè, non solum verbis inter presentes, sed etiam literis inter absentes. l. creditor. 23. in fin. & l. penult. §. 1. ff. de pignorib. & hypothec. Donell. in tract. de pignorib. cap. 7. aut tacitè, præsumptâ nimirum voluntate contrahentium, l. 1. & l. tot. tit. ff. in quib. caus. pign. vel hypothec. tacitè contrahit. l. aut. §. 1. ibi, in illis multis iuris, utiæ, tacitis hypothec. inesse accepimus. C. de rei uxori. ad d. l. 1. C. commun. de leg. Stuck. pars. 1. Exercit. Justin. de eod. 10. assert. 8. lit. c. Petr. Greg. d. lib. 23. Syntagm. juris univers. cap. 8. & 9.

21 Tacita conventionione pignus constituitur in rebus invectis & illatis in conductum prædium urbanum. Siquidem ius præsumit, tempore locationis ita inter dominum sive locatorem & conductorem actum esse, ut inducta, tam pro pensionem, quam deteriorationem, sint obligata. l. item quia. 4. in princ. ff. de pact. l. 2. ibique Mercerus n. 2. & l. eo iure. 4. ff. in quib. caus. pign. vel hypothec. tacitè contrahit. l. 1. fin. C. eod. Althuij lib. 1. Dialectolog. c. 72. n. 4. p. 247. Quod si tamen gratis alicui habitatio concessa sit, ejus res inductæ & illatæ nec pro pensionem, nec pro deteriorationem, domino obligantur. l. Pomponius. §. in princ. ff. in quib. caus.

pign. vel hypothec. tacitè contrahit. Ratio manifesta est: quia ius hoc taciti pignoris seu hypothecæ, tantum causâ mercedis in actione locati est receptum, ut de illâ domino magis sit cautum. d. l. 2. ff. eod. At qui gratis domum inhabitat, actione locati non tenetur: quia nullam debet mercedem, sine qua locatio non consistit. l. 2. in princ. ff. locati. Ergo etiam illius res in vecte & importatæ nullo modo obligari possunt: non quidem pro pensionem, quoniam nullam debet: non etiam pro deteriorationem, quia ædes non conduit, ut rectè docuit D. Obrechtus d. Disput. 15. thes. 64. & seqq. contra Accursium in d. l. Pomponius. §. ff. in quib. caus. pign. vel hypothec. tacitè contrahit. Planè non modò primi, sed & secundi conductoris sive inductæ & illatæ (ut ut ogganniat Ludovic. Roman. in singulari 85.) primo locatori seu domino ædium tacitè obstrictæ censentur. Verbi grati: conduxit à te domum, & ego postea in hac domo cœnaculum alteri locavi, putà Titio qui & ipse res suas in cœnaculum intulit. Hoc casu & res mere, & res Titii, qui cœnaculum à me conduxit, tibi locatori primo & ædium domino erunt obligatæ per textum expressum in l. solum. 11. §. solum. §. ff. de pignorat. actionib. Ratio, cur & secundi conductoris sive inquilini res domino intelligentur tacitè obligatæ, dubitandi quidem hæc est: quia secundus inquilinus cum domino non contrahit. Ratio autem decidendi est illa: quia videtur inter primum conductorem & dominum id esse actum, ut quidquid vel ab ipso, vel ipsius voluntate ab alio illarum inductumve fuerit, tacitè obligatum reputetur: atque ita ipse Jurisconsul. Ulpianus in d. l. solum. 11. §. 5. in fin. & objicit sibi, & responder his verbis: ut non prædicto cœnaculorum proficiat domino, sed sua propria. Quali dicere, si quis objiciat, conventionem secundi conductoris cum primo factam non debere proficere domino: cum per liberam personam obligatio alteri non acquiritur, dist. leg. solum. 11. §. per liberam. 6. ff. dist. tit. l. 1. Cod. per quas person. nobis acquirit. & proinde res secundi conductoris domino obligata non videtur responderi poterit, domino non proficere conventionem secundi inquilini, sed suam propriam, hoc est, eam quam habuit cum primo; ex ea, inquam, tacitè ipsi domino res obligata est, non tantum primi, sed etiam secundi conductoris.

Nec cum his pugnat l. si in lege. 24. §. 1. ff. locati. ubi Paulus discretè respondet, res posterioris conductoris domino non obligari, sed fructus duntaxat. Nam Jurisconsultus ibi de fundo, id est, prædio rustico; Ulpianus verò in d. §. solum. de domo & ædibus, adeoque prædicto urbano, aperte agit. Certo autem certius est, prædium urbanum differre à rustico: quod in illo tacitè, in hoc non, nisi expressè ac specialiter, res inductæ obligentur; ideoque etiam in illo secundi conductoris res videantur tacitè domino obligatæ, in hoc non item: quia in hoc, inquam, necessaria sit expressa conventio cum primo conductore, id est, colono: ergo & cum secundo. Fructus tamen fundi locati, non modò percepti à primo colono, cui dominus locavit, sed etiam à secundo, qui à primo colono conduxit, tacitè domino obligati censentur. Et hoc est, quod ait Paulus in d. l. si in lege. 24. §. 1. ff. locati. Idque copiosius exposuimus in §. item Serviana. 7. n. 13. & seqq. infr. de actionibus.

Quod porro dictum est, in prædium rusticum a colono inducta & illata, domino sive locatori non esse, tacito pacto obligata: sed, ut illa sint pignori, expressam conventionem necessariam esse: id confirmatur primò per dist. l. eo iure. 4. ff. in quibus caus. pign. vel hypothec. tac. contrahit. Et inquit ibi Notarius, iure utitur, ut quæ in prædia urbana inducta & illata sunt, pignori esse credantur, quasi id tacitè convenierit. In rusticis prædiis contra observ. Deinde idem evincitur ex §. adipisc. 3. versic. interd. quodq. infr. de interdict. ubi Justinianus imp. tradit, res coloni obligari domino, quas ipse colonus pro mercedibus fundi pignori fuerat popigerit, id est, pignori esse, expressè convenierit. Tertio eadem sententia robur suum accipit ex l. si non inducta. §. C. in quibus caus. pign. vel hypothec. tac. contrahit. ubi de inductis & illatis in fundum specialis & expressa conventio intercedit. Quarto accedit hæc ratio: quod cum de tacito pignori inductorum aut invectorum agunt Juris-

consulti, semper meminerint prædii urbani, nunquam rustici. Item quia. 4. ff. de pact. Et toto fere tit. ff. in quib. caus. pign. vel hypoth. tac. contrahit. At vulgare est, inclusionem unius esse exclusionem alterius, licet prætor. 12. in princ. ff. de judic. l. maritus. 21. Cod. de procuratoribus. Quinto non parum eo confert, quod ratio hujus taciti pignoris non habeat locum in prædiis rusticis, ut paulo post ostendetur. num. 22. Denique hanc decisionem Interpretes recentiores plerique omnes suis calculis corroborant: Theophilus, Eguinarus Baro, Corasius, Heigius, Borcholt. Anton. Mathæus, Et alii in d. l. item Serviana. 7. infr. de actionib. Cujac. Et Duar. in d. l. item quia. 4. ff. de pact. Connan. libr. 4. Commentar. jur. civil. c. 16. Donell. in tract. de pignorib. cap. 2. Balduin. in Commentar. de pignoribus Et hypoth. c. 6. Forcatul. Necyomant. dialog. 17. Andr. Gerhard. deced. 14. q. 3. Bachovius in tract. de pignorib. Et hypoth. lib. 1. c. 11. n. 4. Menoch. de adipisc. poss. remed. 3. q. 4. n. 33. Et seqq. D. Besold. in delib. jur. ex. lib. 20. ff. quest. 4. p. 43. alique quos laudavimus in d. l. item Serviana. 7. n. 12. infr. de action. ubi etiam Doctores dissentientes adduximus.

21 Non obstat l. certi juris. 5. Cod. de locato Et conducto, ubi Glossa, ejusque Sectatores existimant: pignus tacitum esse tam in rusticis, quam urbanis prædiis: sed in eo tantum esse differentiam, quod in rusticis sit necessaria domini sive locatoris scientia, in urbanis necessaria ea non sit, argum. dictæ l. 5. ubi Imp. Alexander rescripsit, inducta in prædium urbanum etiam sine scientia & voluntate domini pignoris jure teneri; aut in prædium rusticum inducta, tenet jure pignoris illa, quæ voluntate domini à colonis sine inducta. Non obstat, inquam: quoniam hujus distinctionis nulla est idonea ratio: scientia, an ignorante domino sint inducta, ut & ipse Jason fatetur ad d. l. item quia. 4. num. 14. ff. de pact. Quare dicta l. certi. 5. Cod. de locato potius, ita accipienda est, ut verbo voluntatis aut scientie intelligatur expressa conventio, quemadmodum sumitur in l. Pomponius. 5. §. 1. ff. in quib. caus. pign. vel hypoth. tacit. contrahit. Sicque sententia dictæ l. certi. 5. Cod. de locato. planè erit eadem, quæ præallegata. Leo jure. 4. ff. in quib. caus. pign. vel hypoth. tacit. contrahit. Et similium: nimirum inducta & illata in prædium rusticum non obligari, nisi voluntate, id est, expressa conventiones; sed inducta & illata in prædium urbanum, obligari tacite, hoc est, sine voluntate & scientia domini, sive expressa conventiones. Reliqua, quæ huic verissimæ sententiæ opponuntur, refutavit nervosa Bachovius loco supra notato, & nos diluimus in d. l. item Serviana. 7. infr. de actionib. num. 4. Et seqq. Ratio porro taciti pignoris, sive diversitatis inter prædia urbana & rustica, hæc est: quia olim Romæ locationibus prædiorum urbanorum solebat plerumque nominatim & expressè adici hæc conventio de inductis & illatis, ut essent pignori, quemadmodum & de fructibus in prædiis rusticis: uti arguit l. si servus. 61. §. locavi. 8. ff. de furt. Ea autem quæ expressè solita sunt fieri, & adhiberi plerumque, ex fide bona pro adjectis & expressis habentur, licet de his nihil nominatim cautum sit. l. quod si nolit. 31. §. quia assidua. 20. ff. de edilit. edict. l. jam hoc jure. 4. in princ. ff. de vulg. Et pupill. sub. finit. Cur verò Romæ olim moris fuerit in locationibus prædiorum urbanorum, pactum expressum adicere de rebus illatis, ut essent pignori, hæc videtur fuisse causa: tum quod eam in Urbem multi peregrini & ignoti homines confluerebant quod propter caritatem velliciorum, ut in magna Urbe, multi tenuioris fortunæ & pauperes non haberent proprias domos vel insulas, sed coenacula passim conducebant: ideoque domini & locatores adversus ignotas & pauperes de mercede habitationis seu pensionis sibi prospiciebant, obligatione rerum illatarum & inductarum. Francisc. Balduin. d. Comment. de pignorib. Et hypothec. cap. 6. Ceterum cur aliud jus fuerit in prædiis rusticis, causa fuit, quod pro illorum pensione & mercede non tantum propostum esset domini periculum: partim quia non ita ignotis locatur fundi; partim quia per fructus fundi, quos pignori esse constat, domino sive locatoris satis sit consultum. In prædiis. 7. ff. in quibus caus. pign. vel hypothec. tacit. contrahit. Donell. d. tract. de pigno-

ribus cap. 4. in fin. Bronchorst. cent. 2. événis Pavov. assert. 72. edit. 2.

Illud hic diligenter notandum: inducta (purè mancipia) 25 & illata (nempe reliquam supellectilem) esse pignori, non verò inducenda aut inferenda; adeò, ut etiam si expressè convenerit, ut inducta sive illata sint pignori, antequam inducantur, si eodem alii dentur pignori, is potior sit in pignore: cum non ex conventiones, sed ex inductione pignus contrahatur, l. potior est. 11. §. si colonus. 2. ff. qui potior. in pign. vel hypothec. habeant. Eodem confert textus in l. si non inducta 5. C. in quib. caus. pignus vel hypothec. tacit. contrahit. ubi de fundo, & mancipiis in eum non inductis, neque specialiter (in fundo enim expressa & specialis requiritur conventio, ut supra demonstratum) obligatis rescribitur, ea non posse retineri pro pensione fundi. Ratio est: quia non erant specialiter obligata, neque etiam inducta: ac proinde pignoris nexu non tenebantur. Sed & illud observatu per dignum est: ea 26 tantum inducta vel illata pignori esse, quæ eo animo inducta sunt, ut perpetuò (quamdiu scilicet durat locatio) sint in domo in prædiis. 7. §. 1. ff. in quib. caus. pignus vel hypothec. tacit. contrahit. l. debitor. 32. in fin. ff. de pignorib. Et hypothec. Nam si res in domum sint illate, non ut ibi sint, sed ut mox, aut paulo post aliò transferantur, hæc tacito pignore non obstringentur. Verbi gratia: Mercator aliquot cados vini, cum non posset statim in foro vendere, deposuit in ædibus conductis eam mente, ut intra octo dies ad alium mercatum mitterentur. Hi cadi tacito pignori non erunt subjecti: qui in ædes conductas, ut ibi manerent, non fuerunt illati. Sic si belli causa, aut propter latrones, quis ex villa frumentum deportet in urbem, eo animo, ut cessante periculo eodem reportetur: hoc certè frumentum non erit pignori: quoniam non eo animo illatum est in urbem, ut ibi esset, sed ut inde in villam reportaretur. Hæcque distinctio inter res in prædium urbanum illatas, ut sint ibi perpetuò; & inter illatas, ut tantum ad tempus exiguum ibi sint, confirmatur etiam argumento l. ex facto. 35. §. rerum autem. 3. ff. de hered. Et insituent. Et ratio ejus non obscura est: quia cum res in domum inferuntur, ut aliò transferantur non hoc agi videtur, ut illæ sint pignori: cum hoc pignus sit loco pensionis, quæ plerumque tempore locationis elapso solvitur.

Queritur autem de Mercatore, qui plerumque merces 27 importat in domum conductam, ut eas postea distrahat: & non, ut semper ibi remaneant; an illæ pro pensione intelligantur tacite obligatæ? Et illas tacite obligatas non esse, opinantur Angelus Et Jason in §. item Serviana. 7. infr. de actionib. prout eos refert Hermannus Meyrer. in tract. de pignoribus Et hypothec. tit. 18. n. 26. Alex. uid. in l. si constante. 24. in princip. in 3. q. tertie partis prime. in vers. item in quantum, Et c. ff. solut. matrim. Baldus in l. certi juris. 5. C. de locato. Et Negusantius in tract. de pignoribus Et hypoth. 4. memb. secunde part. p. num. 153. Sed verisimilius est, illas tacite pro pensione obstrictas censeri, per textum evidentem in l. cum tabernam 34. in princ. ff. de pignor. Et hypoth. Ea quia non importat omnes merces mercator, ut aliò mittat vel transportet: sed, ut ibi maneant donec vendat: quod satis est ad hoc, ut locatori sint pignori obligatæ. At quid, si mercator has merces, ita tacite pignoras, vendiderit: num pignus durabit? Et ait Scov. 28 vola in d. l. 34. non durare hac ratione: quia hæc est natura ac conditio mercium, ut distraherentur: sed tamen ut domino sit cautum, si mercator alias merces importet, hæc denud illi obligatæ erunt. Quod facit textus in l. grege. 13. in princ. ff. de pignorib. Et hypoth. ubi grege pignori obligato, decedentibus capitibus quibusdam, si qua postea comparentur, vel adnascantur, nihilominus pignori tenebuntur. Atque ita sentiens Mynsinger. n. 16. Zasius n. 20. cum seq. Schneidev. n. 38. Et 39. in d. l. item Serviana. 7. infr. de actionib. Balduin. in Commentar. de pignoribus Et hypothec. cap. 6. Hackmann. Disputat. questio. 111. lib. 12. thes. 5. lit. a. Et Stuckius part. 1. Exerc. Justin. deced. 10. assert. 8. lit. e. p. 295. ad fin. Eadem de re vide varios casus distinguentes & constituentem Jacobum Menoch. re. med. 3. de adipisc. poss. q. 17. n. 125. Et alii. seqq.

Queritur item de eorum quid res in prædium urbanum 29

illata, antequam præcludantur sive in inventarium redigantur, aut arrestentur per locatorem, alienari liberè, hoc est, sine pignoris nexu, possint? Et res istas à pignoris obligatione minime eximi, verius videtur, *argum. l. debitorum. 15. Cod. de pignorib. & hypoth. & l. si debitor. 12. C. de distract. pignorum.* ex quibus patet, quod res semper cum sua causa & onere transeat. Hucque conducit, quod tacitum pignus non ex præclusionione, sed inductione contrahi, respondetur in *l. 2. & l. 1. seqq. ff. in quibus caus. pign. vel hypothec. tacit. contrahit. l. item quia. 4. ff. de pact.* Et absurdum est dicere: res simul atque in prædia urbana inductæ fuerint, obligatas esse: nihilominus autem eis liberè conductorem, sine onere tacitæ hypothecæ, alienare posse: ut sic locator earum causa, actione Serviana adversus possessorem exerceri nequeat. Idem quoque probatur ex *l. 1. ff. de Salviano interd. & l. 1. C. de precario, & Salviano interd.* Non obstat *l. est differentia. 9. ff. in quibus caus. pign. vel hypoth. tac. contr.* ubi bona illata, ante perclusionem factam, absque ullo onere tacitæ hypothecæ, alienantur. Nam favore libertatis illud singulariter placuit, ut generalis hypotheca non impediatur manumissionem servi: specialis autem eam impediatur. *l. 2. & 3. Cod. de servo pign. dato manumiss. l. licet. 6. ff. in quibus caus. pign. vel hypothec. tac. contrah.* Cæterum cum dicitur, singulari jure hoc tribui libertati, ut inquilinus non prohibeatur servum manumittere, priusquam locator ei manum injecit, eumque veluti inclusit: satis apparet, res alias ab inquilino liberari abalienando non posse. Jus quippe singulare in uno significat, jus commune esse contrarium in aliis. Eaque de re diversas opiniones alunt *Jason. num. 77. Schneidewinus num. 53. Zafius n. 27. & 28. ad d. s. item Serviana. 7. infr. de actionib. Wessingeb. in Paratil ff. in quibus caus. pignus, vel hypothec. tacit. contrahit. num. ult. Baldus d. c. 6. circa med. Negusant. dictio. membr. 4. num. 131. D. Obrechtus Disput. 15. num. 80. & multis sequentibus.*

32 Queritur quoque convenienter: an libri Studioforum, in habitationem conductam illati, pro pensione locationis tacite obligentur? Et obligari, affirmant *Franciscus Connanus libr. 4. Commentar. jur. civil. cap. 16. num. 8. in fine Quirinus Kubach. cent. 3. q. illustr. Politico jurid. decur. 9. quest. 3. p. 878. cum seqq. itemque apud Arumnam vol. 4. de jure publ. discurs. 34. q. 3. p. 117. Hunnius in Commentar. ad Auth. Habita C. Ne filius pro patre, vel pater pro filio, & c. c. 2. quest. 12. & alibi.* Sed rectius alii communiter negant, argumento *l. obligatione. 6. cum 2. sequentibus ff. de pignorib. & hypothec.* ubi dicitur, obligatione generali rerum neutiquam contineri ea, quæ in usum quotidianum habentur, & quæ verisimile est, quæquam specialiter obligatarum non fuisse. At libri Studioforum in usum quotidianum habentur; nec ipsi verisimiliter illos obligaturi fuissent. Ergo generali obligatione honorum, etiam expressa, libri non veniunt.

34 Multo igitur minus tacita obligatione generali, qua inquilini res omnes tacite nexui pignoris suppositæ creduntur, venire poterunt: quoniam major vis taciti, quam expressi, esse nequit, *arg. leg. expressa. 195. ibique Dd. ff. de regul. jur. Eodem pertinet d. Authent. habita. ibi, quis eorum non misceatur, & c. C. ne filius pro patre & c. & l. exheredes. 7. cum Authent. agriculores. C. qua res pignori obligari possint, vel non, & c.* Nec quidquam contrarium relevat opinionem, quod privilegia, utpote jura exorbitantia, non sint extendenda, *argum. l. quod verò 14. ff. de legib.* Nihil enim hic exorbitans; sed rationi & juri ordinario convenit, ne instrumenta rustica, & quotidianis usibus destinata, sub hypotheca generali & indefinita contineantur. Verum hunc sententiam explicavi uberius, in dict. s. item Serviana. 7. num. 18. & sequentibus infrâ, de actionib. Eamque præter Interpretes illic à me relatos, deservit D. Bocerus hic num. 47. & seqq. pag. 209. Hunnius sibi ipsi contrarius, Disput. 19. ad Institut. thes. 26. Martinus Schickardus Diss. 12. thes. 7. ad lit. d. Andreas Gerhards de cad. 14. q. 4. & Bocovius in tract. de actionib. disput. 3. sub thes. 34. in fine. p. 124. nec non in tract. de pignorib. & hypoth. lib. 1. cap. 11. num. 2.

35 Discrepant etiam & controversantur inter se valde Do-

ctores: an bona minoris viginti quinque annis in prædium urbanum, non adhibito curatore, illata, & investa, tacito pignore pro pensione domus teneantur? Ego (etsi nonnulli, haud in infimis subcellis collocandi Jureconsulti, contrarium sentiant. *Francisc. Accursius, Bartolus, Fulgositus, Salicetus & Costalius in l. item quia. 4. ff. de pactis. Jacobus Menochius in tractat. de adipisc. possessione. remed. 3. num. 82. & in arbitrar. judic. quest. lib. 2. cent. 2. cas. 171. num. 30. & seqq. D. Collega Magirus in explicat. l. 1. ff. de Salvian. interd. eumque laudans Andr. Barchardus d. dissertat. de pignorib. & hypoth. sect. 2. conclus. 14. Angelus num. 4. & Johannes Schneidewinus num. 44. in dict. s. item Serviana. 7. infrâ. de actionib. Everhardus Bronchorstius centur. 1. miscellaneorum controversiarum. assertio. 76. & Martinus Schickardus dict. Disputat. 12. thes. 7. sub lit. d. in fine. & resolution. question. 3.) teneri illa, omnino existimo: tum quia nusquam res minorum ab hoc tacito pignore excipiuntur: tum quia in pignore non grave rei damnum versatur: tum quia tacitam hanc hypothecam lex ipsa inducit, citra curatoris, vel judicis factum; adeoque sufficit decretum legis, *argum. leg. sed si pecunia. 3. §. 1. ibi, quia non ex tutoris, vel curatoris volunt. id sit, & c. ff. de reb. eorum, quib. sub tutela vel cura sunt, & c. l. apud Julianum. 3. in fin. ff. quib. ex caus. in poss. ear. leg. servus & pupillus. 46. ff. de obligationib. & actionib.**

Neque obstat, quod res minorum absque consensu tutorum & curatorum expresse obligari non possint. *l. 3. C. de integr. restit. minor.* Ergo nec tacite: cum taciti & expressi par ratio esse dicatur. *l. 3. ff. de reb. credit. & l. triticum. 94. ff. de verb. obligat.* Hæc enim regula procedit tantum, quando juris auctoritas pariter æstimat tacitum & expressum, ut ex citatis modo locis apparet. At hic jura aliud in expresso, & aliud in tacito diserte definiunt. Similiter non obstat, quod res minorum obligari non possint sine decreto Prætoris, & causæ cognitione: *leg. lex que tutores. 22. Codic. de administration. tutorum vel curatorum, & pecunia pupill. feneratorum. leg. magis puto. 5. §. 2. & 3. & toto titulo ff. de rebus eorum, qui sub tutela vel cura sunt, sine decreto non alienand. vel supponend. & c.* Id namque de expressa obligatione intelligendum est: hoc autem tacitum pignus ipso jure & interpretatione legis inducitur, ut ante dictum. Ideoque & in *leg. 1. §. ult. cum leg. sequent. Digesti dicto titulo* subindicatur differentia inter pignus rei pupillaris; expressa conventionione & tacita inductum. Quare cum ipsa per minorem facta conductio domus valeat, adeo, ut si in ea non sit læsus, nec in integrum restitui possit, quasi boni & diligentis patrisfamilias officio functus, *argum. l. verum. 11. §. item non restituitur. 4. ff. de minoribus.* nulla certè justa est ratio, cur & res ejus in domum illatæ non obligatæ censeantur. Atque hanc opinionem, seu omnium æquissimam & receptissimam, tenent *Baldus & Paulus de Castro in d. l. item quia. 4. ff. de pact. Johan. Andrea in addit. ad Specul. in tit. de donat. int. vir. & uxor. §. fin. vers. quid, si mulier, & c. Alexand. in l. si constante. 24. in princ. ff. solut. matrim. Gomezius num. 25. Bellonus num. 3. & Jason. num. 57. in d. s. item Serviana. infrâ. de actionibus Negusant. d. tract. de pignorib. & hypothec. part. 2. memb. 4. num. 254. Soares in thesaur. recept. sentent. lit. C. num. 217. Gail. lib. 2. observat. 83. num. 8. & seq. D. Bocerus class. Disput. 12. thes. 65. edit. 2. & in hoc §. n. 42. cum seqq. Hackelman. Disput. quest. illustr. 12. thes. 5. sub lit. B. Mart. Stephani cent. 3. quest. 32. Stuckius part. 1. Exercitat. Justin. decad. 10. assert. 8. lit. e. pag. 395. & Hieronym. de Cavallos in commun. opin. contr. commun. quest. 132. aliq. per eum relati Adde Doctorem Martam tom. 3. digestorum novissimorum. hypotheca. cap. 26. fol. 18.*

Ambigitur insuper de eo: an pecunia sive nummi, in prædium conductum illati, tacite obligentur? Et distinguunt Interpretes quidam inter eos nummos, qui eo animo sunt illati, ut ibi sint perpetuè, tanquam thesaurus (solent enim boni patresfamilias aliquam pecuniam, velut peculium aliquod, sibi reservare & reponere in usus necessarios *l. si chorus. 79. §. 1. ff. de legat. 3.*) ut hi dumtaxat sint obligati: & inter eos, qui importantur, & quotidianis exponuntur, ut hi non sint obligati. Quia isti ad hoc

hoc nati & formati sunt, non ut retineantur, sed ut expendantur. *D. Zasius num. 22. & Schneidevvinus num. 40.*
 39 in d. §. item Serviana. 7. *infr. de actionibus.* Mihi verò, quicquid dicant alii; omnes indistincte nummi in prædium urbanum illati videntur obligati, argumento mercium, quæ in domum conductam invecitæ, tacite provisione obligantur, non quidem in specie & particulariter, quoad individua, sed in genere & universaliter. Quamvis etenim species mercium vendantur: tamen semper aliæ substituuntur, quæ denuò pignore tacito obstrictæ tenentur: ut traditum *suprà num. 27. & seq. ex l. cum tabernam. 34. in princ. ff. de pignoribus. & hypothec.* Sanè cum & nummi pignore generali contineantur sine ulla distinctione. *d. l. cum tabernam. 34. §. ult. ubi Bartol. ff. eod. l. idemque. 7. §. ultim. ff. qui potior. in pign. vel hypoth. habent.* tacitum autem pignus fere sit generale quoddam pignus; ratio postulare videtur, ut & nummi in domum importati sint pignori, sive in thesaurum reponantur, sive non; modò illati eo animo, ut ibi sint, donec exponantur. Nam quin exponi possint, ut merces vendi, cum hæc earum rerum sit natura, nullus debito. *De eodem vide Negusantium in tractat. de pignorib. & hypoth. part. 2. membr. 4. num. 166.*

40 Dubitatur præterea de lectulis: vestibus, pannis, citis & similibus rebus, quarum quotidianus solet esse usus, an hæc illatorum & invectorum nomine contineantur, adeoque tacite obligentur? Et non contineri, nec tacite obligari, docent plerique, arg. l. obligatione generali. 6. §. 2. *ll. seqq. ff. de pignorib. & hypothec.* Baldus in l. certi juris. §. in 6. quest. Cod. de locato. Angelus num. 1. Jason. num. 63. hosque cum aliis referens Schneidevvinus. num. 42. in d. §. item Serviana. *infra de actionib.* Sed usu tamen obtrinit, ut tacite obligentur; maximè si inquilinus res alias non habeat. Unde rectè Zasius in d. §. item Serviana. num. 22. ad fin. autumat: supellectilem, quæ extat tempore pensionis solvendæ tacite obligatam esse. argum. præallegatæ l. cum tabernam. 34. ff. de pignoribus & hypothec. quam in hac materia auro dignam esse, pronunciat.

41 At quid de instrumentis & chirographis in domum conductam illatis dicendum? an & ea tacite locatori obligata videbuntur? Et multi ajunt, non ipsas tantum chartas, sed etiam obligationem & nomina sive debita chartis comprehensa, videri obligata, argum. l. servum filii. 44. §. eum, qui. §. ff. de legat. 1. l. qui chirographum. §. 9. ff. de legat. 3. & l. cum constet. 2. qua res pignori obligari poss. ubi Impp. Severus & Antonius rescripterunt; eum, qui instrumenta agrorum suorum pignori posuerit, de iis agris obligandis cogitasse. *Negusant. d. tract. de pignorib. & hypothec. part. 2. membr. 4. num. 165. & seq. in fin. ubi plures ad hoc citat.* Sed isthæc opinio vix videtur probabilis, propterea quòd instrumenta vel chirographa, seu nomina debitorum sub generalitate obligationis non transire, manifesti sit juris, l. Cajus Sejus §. 8. in princ. ff. de legat. 2. Et hæc de re inspicere Johannem Fabrum, diversas Glossographorum opinioniones referentem, in d. §. item Serviana. num. 5. *infr. de actionib.*

42 Postremò queri poterit de rebus alienis; an & hæc ab inquilino in domum conductam illatæ, locatori tacite pignori sint obligatæ? Atque obligatas non esse, certum est: quoniam ne expresse quidem illæ oppignorari aut obligari possunt. l. 2. ff. de pignorat. act. l. que prædium. §. 6. §. tot. tit. C. si aliena res pignori data sit. Quod tamen ita accipiendum est: nisi dominus expresse in pignus consenserit. Licet enim sciverit; & passus fuerit, rem suam inferri ab alio in domum conductam: non tamen continuo censendus est in pignus quoque tacite consensisse; nisi forsitan dolus ipsius intervenierit, argum. l. Cajus. 39. ff. de pignorat. act. l. 2. C. si aliena res pignori data sit. l. fine. §. Cod. ad senatusconsult. Vellejan. Idemque probatur Jacobo de Arena, Cyno, Baldo & Saliceto in d. l. certi juris. §. C. de locato. Fulvius. 1. in fin. & Schneidevvinus. 45. & 46. in d. §. item Serviana. 7. *infr. de action.* Quamvis aliter censeant Glossa & Alexander in d. l. certi juris. Cod. de locat. Jason. in d. §. item Serviana. n. §. 4. *infr. de*

actionib. Bartol. in l. que dotis. 33. ff. solut. matrim. Negusant. d. part. 2. membr. 4. n. 152. & Hermantum Meyrer. in tr. de pignor. & hypothec. lib. 1. t. 18. n. 16. & seq.

Necessarium pignus est, quod necessitate sua dente 43 constituitur: & hoc rursus in legitimum, & prætorium, distinguitur. *Baldus in tract. de pignoribus & hypothec. c. 7. Heigius hic num. 12. D. Obrecht. Dissut. 15. thes. 106. & 107.* Legitimum vocatur à quod lex ipse intro- 44 ducit, invito etiam domino: idque ratione seu contemplatione personæ, vel respectu rei sive causæ. *Donell. in tr. de pignorib. c. 5. in princ.* Ratione personæ, primò 45 tacitum legitimum pignus tribuitur fisco in bonis omnium debitorum fiscalium. Hoc siquidem jus est fisci, ut itatim sui debitoris bona, tam futura, quam præsentia: absque expressa specialique conventionione, sibi pignoris nexu devinciat. l. Aelianus. 10. ff. de manumission. l. aufertur. 46. §. fisci. ff. de jure fisci. l. 2. & 3. C. de privileg. fisci. l. 1. §. 2. Cod. in quib. caus. pign. vel hypothec. tacit. contrahit. D. Boer. class. 2. Diss. 12. th. 6. ed. 2. Ejusque ratio hæc redditur: quia cum omnes fortunas nostras, corpus etiam & vitam, Republicæ, qui nati sumus, debeamus: bono autem publico pecunia fisco comparetur; ut quæ una pacis & belli, otii & negotii, rerum denique quocunque tempore gerendarum nervus existit, æquum sanè est, ut fisci debitor jure pignoris ad solvendum cogatur: quòd ea, quæ ad publicam causam reditura sunt, omni modo dissolvantur. *D. Obrecht. d. Dissut. 15. th. 112. Cod. in lib. 4. Commentar. jur. civil. cap. 16 n. 1. Meyer. in tract. de pign. & hypoth. lib. 2. tit. 3. n. 10. & tit. 4. n. 15.* Debitorem potior intelligimus quemcunque, sive 46 ex contractu sit debitor fisci, sive ex aliâ qualibet causa, ut ex causa tribut. d. l. 1. & 2. C. in quib. caus. pignus vel hypothec. tacit. contrahit. vel ex causa primipili. l. satis notum 4. C. d. titul. & omnino ex causa administrationis non tantum primipilariæ sed cujuslibet muneris, argum. l. cum te. 3. ff. ne uxor. pro marito, §. c. l. 1. ff. ad leg. Jul. de vi public. & l. 1. C. de privileg. fisci. Primipilus 47 est inter centuriones legionis primus: qui & primipili centurio, & primam piam ducere dicitur à Livio lib. 6. 7. & 8. item Vegetio lib. 2. de re militar. c. 8. & Cesare de bello civil. lib. 1. & de bello. Gull. lib. 3. idque latius explicat Schardius in lexico. jurid. in verbo, primipilus. §. c. & Ausonius Popma lib. 4. de diff. verb. in verb. primipili p. 243. At in jure nostro primipilus perhibetur munus quoddam militare, nempe cura annonæ militaris. l. solita. 3. ibique Cujacius & Gothofred. & l. ordinariorum. 7. C. de cohortalibus. §. c. & tot. tit. C. de primipilo. Ut igitur ejus, qui alia numerata ad fiscum pertinentia administrat, bona, tantum debitoris fiscalis, sunt fisco tacite obligata: ita & bona primipili, sive ejus, qui res primipilares administrat, nec ejus tantum ipsius bona, sed uxoris quoque ejusdem dos tacite obstricta tenetur. d. l. satis notum 4. C. in quib. caus. pign. vel. hypoth. tacit. contrahit. d. l. cum te. 3. ff. 48 ne uxor. pro marito, §. c. Ratio hujus juris, cur dos uxoris sit obligata fisco etiam pro marito, est tum favor fisci, hæc in parte major dote: tum quia dos, constante matrimonio: est in bonis mariti, ejusque quodammodo esse censetur. argum. l. ubi adhuc. 29. & seq. C. de jure dot. Vide annotata ad §. fuerat. 29. n. 29. & seq. *infr. de action.*

Sed queritur: an non modò dos, sed etiam parapherna 49 uxoris sint ob primipilum, aliudve munus mariti, fisco tacite obligata? Et veritati magis consonum est, non esse: tum quòd bona, extra dotis causam data, ist est, parapherna difertè distinguuntur à bonis dotalibus; ita ut hæc sint obligata fisco pro munere mariti, illa non item. d. l. 3. C. ne uxor pro marito, §. c. d. l. 1. C. de privileg. fisci, tum quòd ratio in paraphernis cessat: quam diximus hanc esse, quia dotalia putentur esse mariti constante matrimonio: at parapherna sive receptitia sunt planè uxoris. l. si ego 9. §. ceterum. 3. ff. de jure dot. l. maritus. 21. C. de procuratorib.

Hoc sanè perquam dubium est: an & in causis criminalibus huic tacitæ hypothecæ sit locus? Et inter poenas damnatorum distinguitur. Nam si poena est corporalis, sive etiam honorum omnium publicatio, non est locus hujus hypothecæ: quia priore casu non agitur de bonis

- in altero verò, bona publicata sunt jam ipsius fisci. *l. commissa. 14. ff. de publican. & vectigalib.* At rerum nostrarum pignus esse non potest. *l. neque pignus. 45. ff. de reg. jur.* Quod si multa aliqua sit pecuniaria: hujus multæ nomine bona delinquentis ante condemnationem fisco tacite non sunt obligata: quia ante eam fiscus nullum jus habet. *l. ex judiciorum. 20. ff. de accusationib.* post condemnationem autem obligata creduntur: quoniam per sententiam quasi contrahitur, *arg. l. 3. si idem scribit. ff. de pecul. Et ita, post alios, docent Negusantius in tract. de pignorib. & hypoth. part. 2. membr. 4. n. 115. & Peregrinus. lib. 6. de jure fisci. tit. 6. n. 12.* Verum et si Doctores communiter ita sentiunt: non tamen, meâ sententiâ improbabiler dici poterit: regulam hanc, quâ fisco bona debitorum fiscalium tacite obligantur, non pertinere ad criminales causas: tum quia toto ferè jure nulla poenarum aut criminum hac in re est mentio: tum quia perrarò usus hujus rei esse potest. Licet enim quispiam in multam condemnatur: creditoribus tamen condemnati id fraudi esse non debet, qui multam fisci hic præveniunt & anteverunt: ut & sit in publicatione bonorum. *l. non possunt. 11. in summa. 17. l. quod placuit. 37. ff. de jure fisci. l. unic. C. de panis fiscalib. & c. Knipschildt. exercit. Acad. 5. q. 9. p. 187.*
- 52 Porro simile privilegium fisco nulla civitas habet in bonis debitoris, nisi nominatim id à Principe datum sit, *l. simile. 10. ff. ad municipalem. l. 2. C. de jure Reipubl. l. Antiochenis. 37. ff. de reb. auctorit. judic. possidend.* Ejusque ratio est: quia solus Princeps, aut quæ principum instar dominantur, civitates, fiscum, id est, pecuniam publicam, habere dicuntur: reliquæ verò privatorum loco habentur. *l. eum. qui. 16. ff. de verbor. significat. Coman. d. lib. 4. c. 16. n. 1. Balduin. d. tract. de pign. & hypoth. c. 7. circa medium.* Sanè omnes omnino civitates & populos, merum & mixtum imperium, juraque regalia & fiscalia habentes, jus tacitæ hypothecæ obtinere, vulgò receptum est: ut, post Bartolum in *l. 2. in pr. ff. de jure fisci. & Baldum in l. 1. ad fin. C. de hered. vel. act. vendit.* annotavit Negusantius d. part. 2. membr. 4. num. 114.
- 53 Deinde respectu personæ, tacitum legitimum pignus datur pupillis & minoribus 25. annis in bonis tutorum & curatorum suorum, & pro his negotiis gerentium. *l. pro officio. 20. C. de administrat. tutor. l. un. §. & ut plenius. ibi, quemadmodum in administrat. pupillar. rerum. C. de rei uxor. act. l. adhibemus. 19. §. 1. ff. de reb. auctorit. jud. possid. tot. tit. ff. de eo, qui pro tutor. vel curat. negot. gessit. l. un. C. rem alienam gerentib. non interdici ver. suar. alienat. l. ult. C. de legit. tut. l. ult. §. & si quidem §. vers. & inventar. C. de curatore*
- 54 *jurios.* Ratio tacitæ hujus hypothecæ hæc est: quia quicumque tutelæ munere fungitur, sive is tutor sit, sive curator, sive alius, semper videre debet, ne pupilli bona perfumeant: sit id non facit, merito pupillo tenetur, per jura modò alleg. & not. D. Obrecht. d. disp. 15. th. 114.
- 55 Quæri solet: an & in tutoribus sine curatoribus ad litem tantum datis, isthæc sententia locum habeat? Id quod Doctores affirmant, in *l. properand. 13. §. fin. per istum textum. C. de jud. Negusantius d. tract. de pign. & hypoth. 4. membr. 2. part. princ. n. 8. p. 107.* Et licet ne verbulo quidem fiat pignoris mentio in *d. §. fin.* nec is de tutoribus ad litem, sed generaliter de tutoribus & curatoribus agat: & statuatur, quod si eorum defidia quid damni pupillus minorve in lite acciperit id ei restituitur à tutore, vel ejus herede, aut fidejussore: quorum, inquit, substantia sive bona si non sufficiant: habet pupillus vel minor & aliud auxilium, nempe restitutionis in integrum, ob damnum in lite acceptum: nihilominus tamen Doctorum traditio sustineri poterit: eo quod ratio istius privilegii non minus valeat contra tutorem ad litem, quam ad bona, magnus videlicet minorum & pupillorum favor, ut iis cautum sit non solum in personam, id est, actione tutelæ, sed etiam in rem, id est, hypothecaria, *arg. l. 1. & tot. tit. ff. de tutela. & rationib. distrahend.* Illud hæc singulariter notandum, quod ab Impp. constitutum erat: si mulier suscepta liberorum suorum tutela, iterum nubat, priusquam aut iis tutorem petierit: aut reliqua persolverit: eo nomine hiscæ liberis tacite obligari, non modò bona mulieris, ut tu-
- triciis: sed etiam novi mariti, sive vitrici: ut liberis magis sit consultum ac prospectum adversus matrem, iterum & secundo nuptam. *l. si mater. 6. ibique Bartolus & Baldus. C. in quib. caus. pignus, vel hypoth. tacit. contrahit. l. 2. C. quando mulier tutel. officio fungi pot. Novell. 22. c. 40.* Ratio partim jam allegatis juribus indicatur quia scilicet 57 contra sacramentum præstitum fiat, si mulier, quæ semel tutelam suscepit, denud postea nubat: partim illa est: quia novæ nuptæ plerunque solent non tantum bona, sed etiam corpus & vitam novis seu posterioribus maritis addicere, rescribente Imp. Constantino in *l. lex, qua tutores. 22. ante finem. C. de administrat. tutor. vel curat.* Idque fufius explicat Burchard Berlichius in *tract. de jure novercar. part. 2. art. 3. sect. 16. num. 1091. cum. seq. pag. 322. & seqq.*
- Præterea si pater in administratione bonorum adventitiorum (quorum ususfructus hodie ad patrem pertinet) filiofamilias aliquid malè gesserit: bona paterna hoc nomine, saltem ut patre mortuo impeti possint, tacite, & quidem à tempore susceptæ administrationis, obligata intelliguntur. *l. cum oportet. 6. §. non autem. 2. & §. ultim. C. de bonis, quæ liberis, & c.* Quod tamen non de omnibus bonis adventitiis, sed de maternis tantum, & materni generis, intelligendum est. Quamvis enim pater omnium adventitiorum sit administrator legitimus: haud tamen omnium, sed maternorum duntaxat & materni generis, non verò proprio filii labore partorum, aut prosperâ fortunâ quasitorum nomine, bona illius filio obligantur. Ita discretè distinguit Justinianus Imp. in *d. l. cum oportet. 6. §. ult. C. eod.* At dubitatur de illis bonis adventitiis, in quibus pater non habet ususfructum; an eorum quoque nomine filio bona patris tacite obligentur? Et obligari, si pater ea administraverit, tanquam legitimus administrator, ait Bald. *Novell. in tr. dotis, part. 9. privit. 8. cumq. referens Negusantius d. tract. de pignorib. & hypoth. membr. 4. secunde part. principal. n. 16.* Sed verius est, non obligari: tum quia eorum administratio non pertinet ad patrem, qui in iis nihil prorsus juris habet: tum quia si pater ea sponte administret, negotiorum gestor potius dici debet, quam curator sive legitimus administrator. *argum. l. 2. & tot. tit. ff. de negot. gest.* Atqui gestor bona nunquam censentur obligata gestis nomine, sed tutoris tantum, vel curatoris. Atque ita sentit Bartolum & Alexandrum in *l. si constante. 24. in princip. ff. matrim. testatur Negusantius loco præallegato.*
- Quæritur itidem de Episcopo, aut de Præsule sive Abbate monasterii, eum eorum etiam bono sint Ecclesiis & monasteriis tacite gestis & administrationis bonorum ecclesiasticorum aut monasterialium nomine, obligata: Et esse obligata, plerique asserunt, *Glos. in c. ex literis. §. in verbis obligata. ibique Joan. Imol. Panormitan. & alii ext. de pignorib.* Verum contrarium veritati magis accedere, mihi non sine causa videtur: primò quia bonorum administratio ecclesiasticorum jure civili non ad episcopum, sed ad æconomum pertinet. *arg. Novell. 123. c. 23.* Deinde quia nullus in jure (quod ego sciam) sive Cæsareo, sive Pontificio, expressus de tacito pignore in bonis Episcopi vel Prælati textus extat. Tacita autem pignora legitima non nisi lege expressa inducuntur, ut ex hæcenus traditis, & definitione legitimi pignoris, supra num. 44. adducta, manifestum redditur. Eadem ratione eorum, qui præfunt orphanis, bona tacite orphanotrophio obligata non videntur: quod scilicet nulla lege, quæ tamen ad tacitum legitimum pignus est necessaria, id expresse cautum reperitur. Nec obstat, quod orphanotrophii comparantur tutoribus & curatoribus, per textum in *l. orphanotrophus. 32. C. de episcop. & cler. ubi dicitur, orphanotrophos esse pupillorum quasi tutores, & adolescentium quasi curatores. Nam non in omnibus, sed in quibusdam tantum rebus orphanotrophii sunt similes tutoribus, nempe ut personas orphanorum defendant, & negotia eorum administrent: ac proinde quasi, non veri tutores & curatores appellantur. *dist. l. orphanotrophos. 32. Cod. dist. titul. Tametsi Baldus & nonnulli alii dissentiant, ad l. si quis presbyter. 20. Cod. eod.**

- 64 Adhuc tacitum pignus legitimum conceditur liberis prioris matrimonii, in bonis patris vel matris, ad secundam vota transeuntis. Horum enim bona omnia liberis illis tacite obligantur, pro lucris & aliis bonis conservandis, ad ipsos liberos ex prioribus nuptiis pertinentibus, l. hac edictali. 6. §. omnibus. 2. §. l. si quis prioris. 8. §. in illo. 4. C. de secundis nupt. ibique Bartol. Bald. & Salicet. l. ult. §. 1. vers. exceptis. C. qui potior. in pign. habeant. §. d. l. cum oportet. 6. §. ult. C. de bonis, quæ liberis, &c. Negusant. d. tract. de pign. §. hypoth. memb. 4. secunda. part. principal. n. 14. §. seq. Dubia hic moveri solet questio: an non solum patris, matris, tutoris & curatoris bona; sed etiam heredum illorum, tacite obligentur liberis, pupillis, & adolescentibus? Et plerique Interpretes obligari recte negunt, hac ratione: quod ne expressa quidem conventionione obligatis bonis tutoris, patris, &c. contineantur bona heredis propria. l. Paulus. 29. in princ. ff. de pignorib. §. hypoth. Multo igitur minus tacito tutoris, patris, &c. pignore bonorum, debent bona heredis propria contineri: cum plerumque minor sit vis taciti, quam expressi, arg. l. cum quid. 3. ff. de reb. credit. si cert. pet. l. expressa 195. ff. de reg. jur. Raph. Cuman. consil. 58. incip. queritur, an bona heredis, &c. Dd. ad d. lule. Cod. qui potior. in pign. hab. Neque adversatur l. propterandam. 13. §. fin. Cod. de judic. ubi sit mentio heredum. Quia jam supra num. 55. monitum est: illum §. non agere de pignore, neque expresso, neque tacito. Proindeque male quidam argumento istius §. planè a nostra questione alieni, contendunt; quod bona heredum tutoris vel curatoris propria pupillo vel minori tacite obligentur. Sed vide Negusantium id paulo fufius explicantem. d. membr. 4. secunda part. princ. n. 11. p. 97. §. seq.
- 68 Contemplatione rei, tacita hypotheca datur in causa dotis, ex utroque latere, videlicet tam ex parte mariti, pro restitutione dotis. §. fuerat. 29. vers. sed & tacitam. infr. de actionib. l. unie. §. 1. Cod. de rei ux. act. l. in re. bia. 30. C. de jure dot. c. ex literis. §. §. mandamus. ext. de pignoribus. quam ex parte mulieris, pro ipsa dote præstanda. item ibi, dederint vel promiserint. C. de rei ux. act. Ratio, cur tacitum hoc pignus doti sit indultum: videtur potissimum duplex. Prior: quia in pactis & instrumentis dotibus olim solebat plerumque pignus pro dote nominatim ac expressè adjici. l. quod autem. 7. §. si uxor. 6. ff. de donationib. inter vir. & uxor. l. 1. ff. qui potior. in pignore, vel hypoth. habeant. Ea autem, quæ sunt moris & consuetudinis; facile in bonæ fidei judiciis, ut est actio de dote, recipiuntur. l. quid si nolit. 31. §. quia assidue. 20. ff. de adilit. edict. Altera ratio est: quia in causa dotis spectatur æquum bonum, id est, requitas naturalis, l. eas obligationes. 8. ff. de capite minutis. At contra æquitatem naturalem esset, dotem vel datam non restitui, vel non datam, sed promissam duntaxat, non dari: maxime cum dotis causam ubique præcipiam esse, Reipublice interlit. l. 1. ff. solut. matrim. Knipschildt. d. exercit. Acad. quasi. 7. pag. 179. Cæterum D. Obrechtus existimat, rationem hujus juris positam esse in singulari favore, quo Legumlatores mulieres sint prosecuti. Disput. 15. thes. 172.
- 72 Porro hic aliquot utiles & pulchræ questiones executiendæ veniunt. Prima est: an privilegium tacite hujus hypothecæ locum habeat in augmento dotis: ut nimirum pro eo etiam bona mariti obligata censeantur? Et obligata censi, constat ex Novell. 97. de equalitate dotis, &c. cap. 2. Hujusque ratio est: qui augmentum dotis ejusdem est juris; cujus ipsa dos, cum sit pars dotis, l. etiam si non dotem. 8. C. de jure dot. Siehard. in l. assidue. 12. n. 22. C. qui potior. in pignore habeant. Enque de recipiend. Jason. ad rubr. ff. solut. matrim. Negusant. in tract. de pignorib. §. hypoth. 4. membr. secunda part. princip. n. 64. & novissime Berlichius conclus. practicab. 45. de pignat. dotis num. 28. §. seq. part. 1.
- 74 Secunda questio est: num hoc taciti pignoris privilegium uxori competat etiam pro bonis paraphernalibus sive receptiliis, per maritum administratis? Et competere, Interpretes plerique ajunt: si modo isthæ bona maritus

administraverit. Bart. & Baldus in lult. C. de pact. conv. per istum text. Jason. in §. fuerat. 29. n. 4. i. ibiq. Zasius n. 16. infr. de action. Job. Compegius in tract. de dot. 1. part. q. 8. Alex. consil. 36. lib. 6. Salicet in l. assidue. 12. §. ult. C. qui potior. in pign. habeant. Negus. d. membr. 4. secunda part. pr. n. 63. Covarruv. lib. 1. variar. resol. c. 7. n. 1. ubi hanc opinionem communem dicit: eamque secutos esse Dominos Camerales, testatur Mynfingerus centur. 5. obs. 4. n. 3. Item, post alios, statuit Berlichius d. part. 1. concl. 65. n. 63. & sequumque laudans D. Belsold. vol. 4. consil. 191. n. 5. cum seq. fol. 278. Sed hæc opinio à veritate juris prorsus aliena, adeoque dicendum videtur: pro bonis paraphernalibus, quæ scilicet præter dotem ad mulierem pertinent, uxorem non habere pignus tacitum in bonis mariti: tum quod lex, quæ tacitum hoc pignus est indultum, de dote tantum agat: tum quod nullum dotis privilegium ad bona paraphernalia porrigatur. Hæcque sententia placuit glossa in c. ex lit. §. in verb. obliextr. de pignor. & Humio in resol. ad Treutler. vol. poster. disp. 24. th. 7. q. 53. p. 609. 75

Nec obstat. d. lult. C. de pact. convent. ubi in vers. fin. autem minime, &c. Justinianus Imp. ita ait: Ex presenti nostra lege habet hypoth. contra res mariti, ex quo pecuniæ ille exegit. Nam lex ista non de omnibus paraphernalis, sed de una duntaxat paraphernalium specie; nimirum de nominibus sive obligationibus paraphernalibus disertè tractat, ut ex principio legis enitescit. Quod igitur speciali casu est concessum; non debet produci ad omnia paraphernalia; præsertim cum hujus casus propria ac specialis assignari possit ratio, quæ in reliquis paraphernalis locum non habet. Ratio autem, pro ob nomina sive obligationes paraphernales marito traditas; Justinianus dederit uxori tacitam hypothecam, ex d. l. ult. hæc colligitur: quia pecunia, quam maritus ex hisce obligationibus agendo consequitur, facile perire posset, ac dilapidari: quod non iidem de corporibus; maxime iis, quæ sunt soli, sive prædii, dici poterit, argum. l. quod verò. 14. §. seq. ff. de legibus.

Tertia questio est: utrum hoc jus taciti pignoris sibi vindictæ quoque locum in donatione propter nuptias? Et vindicare vulgò receptum est, arg. l. ubi adhuc. 29. ibi, resque sibi suppositas pro dote & ante nuptias donatione, &c. C. de jure dot. Baldus ibidem in penult. colum. vers. item quero, &c. Innocent. Panormitan. & alii in d. c. ex liter. §. ext. de pignoribus Jason. n. 40. & Zasius n. 14. in d. §. fuerat. 29. infr. de action. Covarruv. d. lib. 1. var. resol. cap. 7. num. 1. vers. eodem pacto. &c. Negusant. d. membr. 4. secunda part. princip. n. 64. cum seq. & Mynfinger. d. cent. 5. obs. 4. n. 4. ubi hanc sententiam in Camera approbatam esse, asserit. Verum & istam opinionem vix jure sustineri posse, reor: tam quia Justinianus, taciti hujus pignoris auctor, tantum de dote loquitur, d. l. unie. §. ut plenius. 1. Cod. de rei ux. act. d. §. fuerat. 29. infr. de actionibus. Multa autem dotium singularia sunt in jure, quæ ad donationem propter nuptias minime pertinent, ut est ipsum jus prælationis. d. l. assidue. 12. §. hæc autem. 2. C. qui potior. in pign. habeant. Tum quia hoc jus taciti pignoris datum est uxori, ut ipsius dote melius sit prospectum, d. l. unie. §. ut plenius. C. de rei ux. act. hoc est, ut ne in damnum incidat: sed, ut matrimonio soluto, dotem suam habeat salvam. At in donatione propter nuptias mulier non de damno, sed de lucro est sollicita: pro quo lucro, inquit Justinianus non fovemus mulieres: sed ne damnum patiantur, suisque rebus defraudentur, curamus. d. l. assidue. 12. §. hæc autem. in fin. C. qui potior. in pign. habeant. Tum quia jura singularia, ut est hoc taciti pignoris, non debent porrigi ad consequentia. d. l. quod verò. 14. §. seq. ff. de legibus. 78

Non adversatur d. l. ubi adhuc. 29. in princ. C. de jur. dot. ex qua Doctores communiter evincere conantur: uxorem habere mariti bona tacite obligata etiam propter donationem ante, vel propter nuptias. Etenim ea non agit nominatim de tacita, sed generaliter de hypotheca. At generalis oratio ita est interpretanda, ut vitio careat, sicque non pugnet cum jure, aut ratione legum. l. in ambigua. 19. ff. de leg. 1. 3. & l. cum in testam. 24. ff. de reb. dub. Potest igitur, imò debet d. l. ubi. 29. C. de jur. dot. accipi de hypo-

- hypotheca expressa: tum quod alias pignaret cum rationibus juris modo allatis: tum quod constitutio *dicta l. ubi* edita est ab Imp. Justiniano, anno Imperii sui secundo: sed pignus hoc tacitum dotis idem Imperator anno decimum Imperii sui quarto introduxit, ut perspicuum est ex subscriptione Consulium in *d. l. ubi*. C. de jur. dot. §. d. l. un. C. de rei ux. act. §. iis, quæ docuimus supra in prolegomenis *harum Instit. n. 4. §. 8.* Similiter nihil movet, quod donatio propter nuptias comparatur doti. *Novell. 97. de æqualit. dotis, §. c.* Licet enim in quibusdam, puta in modo sive quantitate, doti donatio propter nuptias comparatur, *d. Novel. 97.* attamen in plerisque hanc ab illa differre, apparet ex *d. l. assiduis. 12. §. penult. C. qui potior. in pign. habeant.* Et ab hac, tanquam veriori sententia; non abhorrent *Dynus & Gomezius num. 39. in d. §. fuerat. 29. infr. de actionibus. itemq. glossa. in d. c. ex literis. §. super verb. obligata. ext. de pignorib. Vide Hunnius d. resolut. ad Treutler. vol. post. disput. 24. th. 7. q. 53. p. 609.*
- 82** Quarta quæstio est: nunquid pro alimentis etiam hoc privilegium taciti pignoris competat uxori in bonis mariti? Et competere, affirmant Doctores non pauci. *Bartolus, post Jacobum de Arena, in l. si cum dote. 22. §. fin. autem in severissimo. 8. n. 7. ibique Raphael, & Alexander. ff. solut. matrim. Bald. in d. l. unic. §. §. ut plenius. C. de rei uxor. act. Speculator. in tit. de donationib. inter vir. & uxor. §. formati vers. sed nunquid bona viri. §. c. hosque referens Negusantius d. tract. de pignoribus. & hypoth. membr. 4. secundæ pars. princ. n. 47. & seqq.* Hique præsupponunt, maritum uxori alimenta debere: de quo tamen non immerito dubitari potest, *argum. l. si convenerit. 4. in fine. l. si pater. 12. §. 1. l. quidam. 22. l. inter. 26. §. convenit. 3. ff. pactis dotalib. l. munus. 73. §. 1. ff. de jure dot.* Sed hoc posito, non planè concessio: haud satis justa videtur fuisse ratio, cur privilegium hoc doti datum, ad alimenta sit extendendum. Siquidem horum multis in rebus diversum jus esse constat: & quod specialiter doti est indultum, propter utilitatem Reip. cuius interest, dotes mulieribus salvas conservari. *d. l. 1. ff. solut. matrim. non statim ad alimenta produci solet, argum. d. l. quod verò. 14. & seqq. ff. de legib.* Quare nonnulli distinguunt inter alimenta, uxori debita continente, & debita soluto matrimonio: ut ad illa quidem pertineat hoc jus tacite hypothecæ, ad hæc non item. *Paul. de Castro, conf. 8. Nec Bartoli & sequacium traditio juvatur textu in l. Lucius. 18. ff. qui potior. in pign. vel hypothec. hab. ex qua colligitur, eum, qui in sorte est potior, esse etiam in usuris potior: ac proinde mulierem non solum ob ipsam dotem, sed etiam ob alimenta habere jus tacite hypothecæ: quoniam ut usuræ fortis, ita alimenta dotis accessio censentur. Nam ut omnis fere similitudo claudicat; ita & hæc usuræ atque alimentorum comparatio lubrica reputatur; cum non satis liqueat, dote data marito, ex ea protinus ipsum uxori alimenta debere, ut paulo ante monitum. Præterea jus hoc tacite hypothecæ est singulare in dote: ac propterea non temerè ad consequentias porrigendum, sepe allegata *l. quod verò. 14. & l. seqq. ff. de legibus.* Atque hanc olim comprobaverunt sententiam *Guilielmus de Siza. & Joan. Ruff. de Parma, prout eos citat Bartolus loco supra designat.**
- 86** Quinta quæstio est: ecquid pro pretio rerum dotalium concedatur uxori hoc tacite hypothecæ privilegium? Fingentes quasdam dotalia rectè ac licitè venditas à marito: & pretium earum marito solutum ad alios, quibus ille fortassis debebat, pervenisse: an nec hoc quoque casu huic pretio pignus istud tribuitur? Et tribui, non sine speciosa ratione Doctores statuunt, qui, inquit, pretium succedit id locum rei, præsertim universalis, hereditariæ peculii, dotis *l. si rem & pretium. 22. ff. de heredit. petis. Accus. in l. Labeo & Sabinus. 14. super verb. ignorans. ff. de verborum signification. Francisc. Aretin. in l. 1. colum. 3. ff. solut. matrim. Negusant. d. membr. 4. secundæ pars. princ. num. 57. & sequentib.* At sententia isthac libertati commerciorum adversari videtur. Quis enim vellet contrahere cum marito, sive quippiam ab eo emere? Et perquam gravet esse creditori, cui debetur à marito, & quid solvitur, si illud ipsum jam tacite uxori teneretur.

Proinde ego hoc privilegium ad pretia rerum dotalium, maxime si ea jam creditoribus sint soluta, non pertinere, verius esse existimaverim. Sibi quippe mulier quæ rerum dotalium alienationi censent, si quod emerit damnum, imputare debet. Nec omnino verum creditur, **88** quod Interpretes nonnulli jactant: in omni re universalis pretium succedere loco rei. Id enim tantum dicitur de rei hereditariæ possessore, qui eam rem vendidit, & pretium inde recepit: quandoquidem æquitas suadet, ut possessor nihil lucratur ex re aliena, id est, hereditaria: sed ut heredi restituat vel rem ipsam; vel si eam vendidit, id quod ex venditione lucratus est, hoc est pretium. *d. l. si rem. 12. ff. de heredit. petis.* Hoc igitur casu dicendum: pretium quidem ipsum rei dotalis non esse obligatum: sed pro pretio nihilominus bona mariti tacite obligata censer. Ita tenere videtur *Bartolus confil. 124. vol. 1.*

Sexta quæstio est: an jus tacite hypothecæ habeat etiam locum in dote cauta, & non numerata; quæ vulgò confessata, seu magis Latine confessæ appellatur: de qua scilicet per solam mariti confessionem constat, & quam maritus se accepisse nunc neget? Atque probabilior eorum puto esse sententiam, asserentium: privilegium hoc tacite hypothecæ: in dote confessata nullum sibi vindicare locum. Hoc namque privilegium ideo est introductum, ut sua uxori salva & integra dos conservetur. Quæ si nulla data est, sed cauta tantum & promissa: **90** iniquum profectò foret, pro lucro fovere uxorem, quæ nullam reverà dotem dederit, *argum. d. l. assiduis. 12. §. penult. in fin. Cod. qui potior. in pign. habeant.* Sed & Justinianus in *d. l. assiduis. 12. §. 1. vers. cum enim in personalibus. ibi, si tamen re ipsa fuerint parti mariti data, &c.* veram deliderat dotis traditionem: ac proinde non spectandum est, quid confessus sit maritus, vel quid scriptum; sed quid actum & traditum fuerit. In contractibus siquidem rei veritas potius, quam scriptura perspicui debet: ut rescripserunt *Impp. Valerianus & Callien. l. 1. Cod. plus valere, quod agitur, quam quod simulatur concipitur. Mysing. cens. 1. observ. 61. Covarruv. lib. 1. resolut. cap. 7. num. 4.*

Hancque sententiam non jugulat; quod ex scriptura **91** mariti, seu ex confessione ejus, quæ sit per quietantiam, dos habeatur pro numerata, & numerata satis probetur: cum manifesti juris sit: quod privata scriptura faciat probationem contra scribentem, ejusdemque heredibus præjudicet. *l. scripturas. 11. Cod. qui potior. in pign. habeantur.* Etenim licet aliàs privata scriptura, causam obligationis continens, contra debitorem, ejusdemque heredes probet: excipitur tamen causa dotis. Quia sæpè contingit, ut generi dent soceris suis cautiones vel quietantias de dote soluta seu numerata, quasi eam acceperint, habentes fidem soceris, quam tamen non acceperunt. Tunc isti generi, non obstant tali scripturâ, quæ sunt confessi, se accepisse dotes, possunt ad dotem agere: & si excipiant à socero de solutione, & ad hoc proferatur quietantia; potest replicare gener de non solutâ, vel non numerata dote. Et ideo tenetur socer, non obstante illa scripturâ, probare; dotem esse realiter numeratam. Quam tamen exceptionem sive replicationem habent generi ad certum tempus nimirum intra annum, vel etiam tres menses, prout diu duraverit matrimonium. *l. in dotib. 3. & Auth. seq. Cod. de dote causa, non numerata* Hinc igitur patet: speciale hoc esse in scriptura, quæ quispiam dotem se accepisse, confessus est; quod contra scribentem & contententem non probet. Ita, post *Sichard. in d. l. script. 11. n. 3. C. qui pot. in pign. hab. tradit Hunnius in resolut. ad Treutler. vol. post. disput. 24. th. 7. q. 52. p. 608.*

Similiter nostræ non adversatur sententia: quod si privilegia dotis locum non haberent in dote confessata; hodie parùm admodum operarentur; cum sæpè numero dotes dentur, non adhibitis multis testibus: ita ut non semper possit probari talis numeratio: sed plerumque ad hoc fiant instrumenta, quibus maritus contentetur, se accepisse dotem. Si ergo dos confessionum non habet privilegia dotis: paucæ sanè dotes amplius privilegiis inveniuntur: hæcque favores atque privilegia dotalium

dotium angustissimis terminis concluduntur: cum tamen ea ampliari potius quam restringi oporteat. *c. odia. 15. de regul. iur. in 6. l. in ambiguis. 70. ff. de iur. dot. & l. in ambiguis 85. ff. de reg. iur.* Non, inquam, illud adversatur, Quandoquidem experientia ipsa satis superque comprobatur reddit, quod hodie numeratio dotis ut plurimum, testibus presentibus, fieri soleat. Præterea verum quidem est, quod privilegia, præsertim dotalia, utpote in summo gradu favorabilia, potius sint amplianda, quam restringenda: sed hoc in dubio solum procedit. Ast in proposito claram & expressam habemus definitionem: quod nempe ita demum privilegia dotis locum habere debeant, si dos re ipsa fuerit numerata: id quod de confessionata, utique asserti haud potest, prout ex prædictis apparet. Denique ita demum extendenda sunt privilegia, si eorum extensionem constitutiones, & leges, quibus deferuntur, admittant: alioqui non oportet nos esse clementiores legi, arg. *l. perspicuum 11. ff. de penis.* Nec profecto dici poterit: stante sententia nostra, privilegia dotalia à nobis coarctari: cum ipsa lex ea ad verè numeratam dotam perspicue restringat. *Humm. d. quest. 52. vers. idcirco nullo tempore &c. pag. 909.* Cæterum istam quæstionem amplissime, licet satis confusè, prosequuntur Baldus Novellus in tractat. de dote part. 10. privi. 1. num. 4. cum seqq. Angel. Aretin. in §. fuerat. num. 13. & seqq. infr. de actionib. Negusant. d. tract. de pignorib. & hypothec. 4. membr. secunda part. princ. num. 76. alique per hunc allegati. De eadem quæstione videantur quoque Bachovius in tract. de pign. & hypoth. lib. 4. c. 13. num. 1. pag. 334. Bauther de iure prælat. c. 35. Gail. lib. 2. obs. 81. ibique Gravæus Rauchbar. lib. 2. quest. 30. hosque referens Dn. Collega Besoldus in delibatis iur. ex lib. 23. ff. quest. 9. pag. 83. cum seq. & Kuipschildt d. exercit. Acad. 5. q. 7. pag. 180.

96 Septima quæstio est: num hoc tacite hypothecæ privilegium, quod uxori, modò non sit hæretica (quia huic & hoc, & alia dotis privilegia meritò denegantur. Novell. 109. & Auth. item privilegium. C. de heretic.) competere diximus, sponsæ, quoque in bonis sponsi competat, Et inter sponsam per verba de præsentis, & sponsam per verba de futuro, rectè distinguitur: ut videlicet illi non item huic, privilegium istud accomodetur: propterea quod illa pro uxore habeatur; hæc verò non sit loco uxoris. Sed vide Bartolum & alios ad l. 2. (in Gothofredi corpore est l. questum. 17. ff. de reb. auctoris iud. possid.) §. si sponsa 1. ff. de privileg. creditor. & Negusant prædicto membr. 4. secunda part. princ. num. 71. & seq. Nec refragatur huic assertioni, quod ante matrimonium dos non intelligatur. *l. fin. C. de donationibus ante nupt.* Nam illud quidem non negamus, sed hic matrimonium intervenisse dicimus: cum sponsalia de præsentis à verò matrimonio non differant, argument. *l. nuptias. 30. ibique Decius. ff. de regul. iur. l. penult. in fine princ. ff. de donat. inter vir. & uxor. & pluribus demonstrationibus ad rubric. tit. supr. de nupt. num. 3. & seq.* Deinde observandum: quod licet ante matrimonium propria & vera dos non censetur: tamen dos putativa reputetur, in qua privilegium tacite hypothecæ locum obtinere, post alios docent Sichardus ad d. l. assiduis. 12. num. 23. C. qui potior. in pign. habeant. & Hunnius d. resolut. ad Treutler. volum. postier. Disputat. 34. thes. 7. quest. 50. & 51. pag. 604. cum seqq. ubi fusius ea de re disputat. ibique videatur quoque Bachovius pag. 616. vers. etiam in sponsa, &c. & in d. tract. de pignoribus & hypothec. lib. 4. cap. 13. num. 4. pag. 336.

98 Octava quæstio est: an jus hoc tacite hypothecæ heredi uxoris concedi debeat? Et debere, non ineptè statuitur: quoniam illud ius potius rei, id est, conservandæ dote sive actioni dotis, quam personæ mulieris datur: *Lunio. §. & ut plenius. 1. ibi, ita & in huiusmodi actione datus ex utroque latere hypothecam. Cod. de rei uxor. act. Bartol. in l. 27. ff. solut. matrimon. Bald. Novell. d. tract. d. dos part. 12. num. 6.*

99 Alioqui notum est, privilegia personalia ad heredes non transire, *l. privilegia. 196. ff. de regul. iur.* Et isthæc quoque ratio est, cur hoc taciti pignoris ius non modò in heredem, de quo jam dictum: sed etiam in cessionarium, id est, in eum, cui dotis actio cess. fuerit, transeat. Est enim pervulgare interpretum pronuntiatum: quicquid Harpprecht. ad Iustit. Tom. III.

est transmissibile ad heredem, etiam cessibile est, sive regulariter cedi potest, & in cessionarium transit. *l. ex pluribus. 42. ubi Dynus, Bartol. & alii ff. de administrat. & peric. tutor. Bald. in rubr. C. de novo Cod. compon. in fin. & in l. 1. C. de privileg. dot. Tiraquell. in tract. du retrait lignag. §. 26. glos. 1. num. 47.* Est quippe hoc pignus tacitum sequela, & velut pedissequa actionis de dote ac proinde eam comitatur, in eumque transit, in quem actio, ut in heredem, & in cessionarium ipsius mulieris, argum. *l. emptori. 6. & l. venditor. actionis 23. ff. de heredit. vel act. vendit. Negusant. d. tract. de pignoribus & hypoth. 4. membr. 2. p. princip. num. 30. & seqq. Vide tamen Hunnium d. resolut. ad Treutler. vel postier. disput. 24. th. 7. quest. 49. pag. 600. & seq.*

102 Nona quæstio est: an & jus tacite hypothecæ competit patri uxoris, vel alii, qui dotem ipsam dederit? Et de patre plerique Interpretes ita distinguunt: ut, si suo nomine agat ad dotem, ei non competat; si nomine filie agat, tum competat. Itaque alteri, id est, fratri aut extraneo dotem danti ius istud competere, idem negant: & rectè negant. Licet enim ius hoc datum dicatur actioni dotis d. *l. unio. §. 1. Codic. de rei uxor. act.* actio autem ad repetendam dotem datur non solum uxori, aut patri interdum, tanquam legitimo administratori; verum etiam extraneo, qui dotem sibi reddi, soluto matrimonio stipulatus fuerit: non tamen ipsa dotis actio huic extraneo competit; sed actio ex stipulatu, cui hoc privilegium non est datum. Hæc siquidem ex stipulatu actio respectu mulieris duntaxat, non item ratione extranei, bonæ fidei censetur, ut fusius exposuimus in §. fuerat. 29. num. 4. & seq. infr. de actionibus, illaque de re videantur Bartolus, Angelus, Imola & Alexander. in l. post dorem. 40. ff. solut. matrimon. hosque citans Negusantius d. membr. 4. secunda part. princ. num. 34. & 35.

104 Decima & ultima quæstio est: utrum patris quoque bona, pro dote filio suo, quem in potestate habet, data, tacite obligata intelligantur? Et intelligi obligata non insulse aliquis dixerit. Dotem namque filiofamilias datam, ut & onera patri per filium quærit, certum est, argument. *l. 1. in p. ff. si a parent. quis manumiss. sit. l. placet. 79. ff. de acq. vel omitt. her. l. 2. Cod. de patr. potest. & tot. tit. supr. per quas pers. cuique acquiris.* Dos quippe ibi esse debet, ubi onera matrimonii sunt, auctore Paulo in l. si is, qui Stichum. 56. §. 1. ff. de iure. dot. Pater etenim filiumfamilias, quantumvis maritum, alit & matrimonii non modò sui, sed etiam filii sui onera sustinet, iure nostro civili; quo turpe videretur, filiumfamilias licet maritum seorsim habitare, & separatam à patre familiam instituere. Mortuo autem patre onera matrimonii, & per consequens dotis etiam emolumenta ad filium recidunt. *dist. l. si is, qui. 56. §. 1. ff. dist. tit. l. si filia. 20. §. hoc amplius 2. ff. si mil. eriscund.* Cæterum moribus non modò Germaniæ nostræ, sed omnis ferè Europæ aliud ius est receptum; nempe ut ipsum filiumfamilias maritum statim & onera matrimonii, & uxor, & liberi, & propterea dotis quoque commoda sequantur. Ideoque probabilius arbitror, moribus & consuetudine totius Europæ bona patris pro dote filio data haudquaquam obligari: cum iniquum sit, patrem nomine dotis, ex qua nihil emolumenti percipit, onerari, argumento *l. secundum naturam. 10. ff. de reg. iur.* Et tantum de causa dotis.

106 Præterea contemplatione rei, in causa legatorum & fideicommissorum Imp. Justinianus legatariis & fideicommissariis in bonis testatoris tacitam hypothecam & pignoris perfectionem concessit. *l. 1. Cod. communis de legat. §. sed olim. 2. supra de legatis. adjuvande testat. ultimæ voluntatis gratia, ut omnibus modis ei satisficeret. dist. l. 1. versic. si enim testator. C. Codic. commun. de legat. Donell. in tract. de pignoribus cap. 5. pag. mibi 111. D. Obrecht. Disput. 15. thes. 128. Treutler. Disput. 1. thes. lit. L. volum. 2. Quærit solet de donatione causa mortis: an & ea nomine legati hic continentur? Et quamvis illa alias legatis compareat. ut. §. 1. supr. de donationibus l. 2. ibi ad exemplum legatorum. ff. de public. in rem act. l. Marcellus 15. in fin. l. est debitor 17. ad fin. & Lillud. 37. in princip. ff. de mortis caus. donationib. tamen in hoc quoque inter cætera*

cætera differt, quod tacita hypotheca inducta pro legato, non censetur inducta pro donatione causa mortis, hac ratione: quod in dict. l. 1. Cod. commun. de legat. qua lege pignus hoc tacitum ob rem legatam inductum est, nulla donationis causa mortis mentio reperitur. Angelus Aretin. in princip. Institut. de donationibus Alexander & alii in l. 2. ff. de legat. 1. hosque laudans Negusant. in tractat. de pignoribus & hypothec. pars. 2. membr. num. 162. Accedit & hæc ratio, quod pro donatione causa mortis pignus esset inutile. Cur ita? quia donatio causa mortis ita fit, ut res statim donatario detur. l. 2. & l. inter mortis. 38. ff. de mort. caus. donationibus. At res legata non statim, sed demum post mortem, & aditam hereditatem, legatario ab herede præstatur. §. 1. supr. de legatis Porro in hoc tacito legatorum pignore primum id observandum quod heredis bona, sicuti testatoris, pro legato tacite obligata reputentur, arg. d. l. 1. vers. cum enim non aliter ibi in rebus, quas à testatore consecutus est. C. communia de legat. ibique circa finem Bartolus. Et dicit Angelus ab Aretio in §. 1. supr. de legat. num. 5. quod in teneris suis annis, dum esset Doctor novellus: & vellet praticare contrarium succubuerit. Ubi tamen advertendum monet; quod si post sex menses à die mortis defuncti & aditæ hereditatis, heres legatum non solverit: tunc ad instantiam legatarii immissio in bonis heredis pro legato fieri possit: & per talem immisionem pignus prætorium constituatur. l. certa 6. Codic. ut in possessionem legator. vel fideicommissor. servendor. caus. mutatur. ibique Baldus & Salicetus.

Deinde notandum: quod pignus hoc tacitum non in bonis, jam à testatore aliis personis legatis, sed in reliquis duntaxat rebus locum habeat. Verbi gratia: testator mihi domum; tibi fundum legat. Pro meo legato domus: non est obligatus fundus, tibi legatus, quamvis à testatore veniens; sed cætera tantum defuncti bona, nemini legata, argumento l. si fideicommissorum. 11 ff. ut in possess. legat. &c. Ratio autem, cur pignus istud tacitum in bonis, à defuncto aliis legatis non obtineat, hæc assignari potest: quia bona à se legata testator omnia his, quibus ea legavit, vult præstari, & omnium horum nomine legatorum, ut certius præstentur, Justinianus pignus hoc tacitum induxit. Planè si testator, quod uni legavit, idem quoque alteri per fideicommissum relinquat, sive si à legatario relinquitur alicui fideicommissum: jam ipsa quoque res legata, pro hoc fideicommissum obligata erit: ut quod hoc casu res legata jam semel legatarii esse coeperit. d. l. 1. vers. & hac dissolvimus. C. commun. de legat.

Disceptant Interpretes: an testator tacitam istam hypothecam, pro legatis introductam, testamento remittere aut prohibere possit? Et posse, ait Accursius ad l. 2. ff. ut possess. legatorum. &c. Bartolus ibidem, Baldus & Salicetus. Idem Bartol. & Alexand. in l. nemo potest. 55. ff. de legat. 1. Et hanc opinionem magis communiter Doctores sequi testatur Negusantius d. tractat. de pignoribus & hypoth. 4. membr. secunda pars princip. num. 161. Verum contraria Cyni in d. l. 2. ff. ut in possess. legator. &c. sententia mihi magis probatur, hac ratione: quia tacitum hoc pignus lege & constitutione Justiniani Imperatoris inductum, concessum est legatis. d. l. 1. C. communia de legat. Atqui contra legem testator nihil quidquam ordinare potest. d. l. nemo potest. 55. ff. de legat. 1. Insuper in hoc tacito legatorum pignore & illud, ut singulare, observandum venit: quod inter heredes dividatur. d. l. 1. in fine. C. commun. de legat. Nam aliqui jus pignoris individuum esse, patet ex l. rem hereditariam. 65. ff. de venditionibus l. 1. & 2. C. si unus ex pluribus heredibus creditor vel debitoris, &c. Ratio autem hujus juris singularis hæc redditur: quia hoc pignus non tam est hereditarium, quam rebus jam divisi inter heredes primum impositum, atque ita cum ipsa rerum hereditarium divisione constitutum censetur: & proinde non tenetur heres, nisi pro re, quam ex divisione accepit. Dn. Obrecht Disputat. 15. thes. 130. & seq. Vide eadem de re Negusantium d. membr. 4. secunda pars princip. num. 160.

Denique respectu rei, Senatusconsulto, quod sub Marco Imperatore factum est, pignus tacitum insubie creditori datum est, qui pecuniam ob restitutionem ædificii ex-

truendi mutuam dedit. l. 1. ff. in quibus caus. pign. vel hypothec. tacit. contrahit. l. si ventri. 24. §. 1. ff. de reb. auctorit. judic. possidend. Mynfinger. cent. 1. observat. 60. & respons. 15. num. 4. & 5. decad. 2. Ratio hujus Senatusconsulti non obscura est: quia domorum sive ædificiorum restitutio ad decus & ornamentum Reipubl. pertinet, cujus interest, urbem ruinis non deformari. l. 2. §. si quis nemine 17. & l. ult. ff. ne quid in loc. public. l. prator. ait. 20. §. hoc interdictum. 10. ff. de operis nov. nunciat. l. præs. 7. ff. de offic. præs. l. 1. ff. de tigno juncto l. 2. C. de edific. privat. l. præscriptio. 6. Cod. de operib. public. Hocque taciti pignoris jus porrigitur etiam ad eum, qui redemptori operis, (hoc est, ei qui ædificandam domum conduxit. Nam hi propriè redemptores, & ἐργολάγοι operum susceptores dicuntur. Et ita hoc verbum accipitur in l. redemptores. 39 ff. de rei vindicat. & l. ea lege. §. 1. §. 1. ff. locati conduct.) domino mandante nummos subministravit. d. l. 1. in fin. ibique Joann. Mercer. num. 5. ff. in quibus caus. pign. vel hypothec. tacit. contrahit. d. l. si ventri. 24. §. 1. ff. de reb. auctorit. jud. possid. Quoniam paria sunt: domino ad ædificii restitutionem mutuam pecuniam dare, vel alii ejus jussu, in eam causam per præs. infir. quibus mod. tollit. obligat. l. solutum. 11. §. solutam. 5. ff. de pignorat. act. Donell. in tract. de pignoribus cap. 5. pag. mibi. 111. D. Obrecht. d. Disputat. 15. thes. 134. Porro nimis superstitiosi sunt illi, qui id, quod de restitutione ædificii dictum est, negant habere locum in ejusdem refectione, cum tamen verbum (restituendi) ambiguum sit, & sub eo resectio quoque rectè comprehendatur. Neque sanè ratio ulla diversitatis dari potest: quin potior videtur esse is, qui efficit, ne ædes ruinæ præcumbant, quam qui curat, ut jam collapsæ restituantur: quemadmodum contra Cujacium & Hinnium bene sentit Bachovius in tract. de actionibus. Disputat. 3. ad thes. 34. pag. 103. & in tractat. de pignoribus & hypoth. lib. 1. cap. 12. pag. 51. & seqq. Adde Davidem Doringium in bibliotheca Jurisconsultorum, tom. 1. verb. ades. num. 583. fol. 201. & sequente.

Sed frequens est & dubia inter Doctores quaestio: an sicuti is, qui nominatim ad domus restitutionem seu refectionem pecuniam credidit: tacitæ hypothecæ privilegium habeat, jurebus superius allegatis: ita etiam illi, qui in navem, aliamve rem extruendam vel emendam nummos mutuò dedit, tacitum pignus constituatur? Et constitui, Interpretes veteres plerique affirmant, Accursius & Bartolus, horumque affecta in l. interdum. 5. ff. qui potior. in pignor. & hypothec. habeant. Negusant. d. membr. 4. secunda pars princip. num. 162. Covarruv. lib. 1. variar. resolut. c. 7. num. 2. Vanderanus in tractat. de privileg. creditor. c. 3. alique velati ab Hackelmanno illustrium question. Disput. 12. thes. 6. ad lit. f. in fine. Quibus assentiri quoque videtur Baldus in Commentar. de pignoribus & hypothec. cap. 7. Meyererus in tractat. de pignorib. & hypothec. lib. 2. tit. 20. Arumens Disp. 14. ad leges præcip. ff. th. 7. pag. 209. & Vultejus lib. 1. Jurisprud. Roman. cap. 34. num. 19. At quicquid illi dicant: negantium sententia mihi verior videtur, per textum in l. quamvis 17. C. de pignorib. & hypothec. ubi ita rescriptum est. Quamvis ea pecunia quam à te mutuo frater tuus accepit, comparaverit prædium; tamen nisi specialiter vel generaliter hoc obligaverit, tuæ pecunie numeratio in causam pignoris non deduxit. Hæcque valde confert, quod tacitum pignus speciali Senatusconsulto nominatim concessum est ei, qui in domus restitutionem nummos credidit. d. l. 1. ff. in quibus caus. pignus vel hypothec. tacit. contrahit. Nulla autem speciali portione juris idem jus tributum est ceteris, qui vel in navem instruendam, vel aliam rem comparandam, nummos crediderunt. Non ergo idem de hisce creditoribus statuentum est: quippe cum privilegium taciti pignoris non nisi legibus nominatim constituatur. d. l. 1. & tot. tit. ff. & Cod. in quibus caus. pign. & hypothec. &c. l. 1. ibi, hypothecariam ab ipsa lege induci. Codic. commun. de legat. l. unie. §. 1. Cod. de rei uxor. a 7. l. cum oportet. 6. §. ultim. Codic. de bonis que liberis, &c. Ad hæc diversa est ratio crediti ad restitutionem & refectionem ædificii, à credito ad refectionem sive compactionem alterius rei, illic enim publica quædam versatur utilitas: ut ædificia inuenta

sint, & bene composita, quibus publicus civitatis aspectus orneretur. d. l. 2. Cod. de edic. privar. & similib. supra adductis. Alt hæc ratio navi aliisque rebus minimè convenit.

118 Nec obstat d. l. interdum. §. cum l. seq. ff. qui potior in pignore, vel hypothec. habeant. ubi Ulpianus ait eum, qui in navem, vel aliam rem conservandam credidit, pecuniam, cæteris creditoribus, quibus eadem res prius obligata erat, esse in ea nave sive re potiorē: cum ejus pecunia salvam fecerit totius pignoris causam. Nam non necessario concluditur: creditor, qui credidit in rem conservandam, sicque pecunia sua salvam fecit pignoris causam, est potior ergo habet pignus tacitum: quia potest habere expressum pignus. Siquidem & is, cujus pecunia res est empta, potior censetur. Novell. 97. cap. 3. & tamen non habet tacitum pignus, sed expressum, hoc est, si ita specialiter convenierit, d. l. quamvis 17. C. de pignorib. & hypothec. l. licet. 7. Codic. qui potior in pign. habeant. Atque ita sentiunt Donnellus d. tract. de pignorib. cap. 5. circa finem. Connanus lib. 4. Commentar. jur. civil. cap. 17. num. 12. cum seqq. Hottoman in Commentar. ad titulum in quib. caus. pign. vel hypoth. tacit. contrahit. hosque citans Dn. Collega Bocerus class. 2. Disputat. 12. thes. 64. litera. b. edit. 2. Quibus adjiciuntur Robertus lib. 3. animadversion. jur. civil. cap. 14. pag. mihi 320. Hatman. Pistoris. lib. 3. quest. 15. Matth. Stephani cent. 3. q. 33. D. Obrecht. d. Disputat. 15. thes. 136. & seqq. Hackelman. d. Disputat. 12. thes. 6. ad lit. f. Mercius in d. l. 1. num. 14. & seqq. ff. in quib. caus. pign. vel hypoth. tacit. contrahit. Treutler. Disput. 20. thes. ultim. volum. 1. & Disput. 1 thes. 4. lit. e. volum. 2. Hunnius lib. 3. var. resolut. jur. civil. tract. 3. part. 5. quest. 6. pag. 967. & seqq. Bachovius in not. & animadvers. ad Treutler. volum. 2. disput. 24. thes. ult. lit. D. pag. 622. & seqq. itemque D. Besold. in delibatis jur. ex lib. 20. ff. quest. 3. pag. 42. & in delibatis ex lib. 41. ff. quest. 17. pag. 159. Eadem de re vide latè differentem Antonium Merendam lib. 5. controvers. jur. cap. 43. p. 384. & seq. Atque hæc de necessario legitimo pignore, quod rei contemplatione inducitur, dicta sufficiant.

119 Pignus prætorium est, quod magistratus auctoritate constituitur. l. 1. & 2. C. de prætorio pignore, &c. Idque fit vel in judicio, vel extra judicium: atque inde prætorium pignus duplex perhibetur, nempe pignus prætorium specialiter ita dictum, & pignus judiciale. Vultej. lib. 1. Jurispr. Roman. c. 34. n. 26. Negus. in tr. de pign. & hyp. membr. 2. & 3. tertia part. n. 1. & 2. D. Bocer. d. cl. 2. Disp. 12. thes. 59. Meyr. in tract. de pignor. & hypothec. t. 1. num. 3. & t. 2. Mezzius in tract. de pign. & hypothec. c. 2. de division. pignor. num. 4. & 24. Treutler. Disput. 1 thes. 3. lit. b. &c. volum. 2. Bachov. in d. tr. de pignor. & hypoth. lib. 1. c. 3. num. 4. Menoch. remed. 3. resin. poss. num. 230. & remed. 12. recuperand. poss. num. 17. & seq. Prætorium speciale pignus, per millionem in possessionem, vel quasi possessionem bonorum debitoris, ob non factam satisfactionem, aut contumaciam illius constituitur. l. non est mirum. 26. ff. de pignorat. actionib. l. 3. vers. sed & in possessionem. ff. de reb. cor. qui sub tutel. l. qui legati. §. C. ut in possess. legator. d. l. 1. & 2. C. de prætor. pignor. ibique Cujac. in

120 Paratit. & lib. 5. observation. c. 30. Judiciale autem censetur, quod in causa judicati, aut sententie judicialis executione, ex auctoritate ejus, qui jubere potuit, capitur. l. si & jure. 10. ff. qui potior in pign. vel hypoth. habeant l. si plus. 74. §. 1. ff. de evictionibus tot. titul. C. si in causa judicati pignus captum sit. ubi Cujacius in Paratit. Vultejus d. cap. 34. num. num. 29. D. Bocer. d. disputat. 12. thes. 60. & Treutler. d. Disputat. 1. thes. 3. lit. c. volum. 2. Ideoque non probanda videtur opinio Petri Vanderam in tractat. de privileg. credit. cap. 15. num. 7. Baldum in tractat. de pignoribus cap. 8. Donell. eodem tractat. c. 6. Arumet exercit. Justin. 12. thes. 18. Connani lib. 4. Commentar. jur. civil. cap. 16. num. 10. Hægli hic num. 21. & aliorum. qui pignus prætorium & judiciale confundunt, ac unum prorsus idemque esse contendunt. Ex his namque, quæ modò allata sunt magna inter prætorium & judiciale pignus differentia deprehenditur in eo: quod hoc constituitur ex causa judicati: illud vero edicto prætoris. l. si postquam. 3. C. ut in possess. legator. &c. Hinc nullus pignus prætorium occupat ex

121 Harpprecht ad Institutus. Tom. III.

edicto. l. 2. & 3. C. qui potior in pign. hab. de capiendo pignore nihil edicto comprehensum est. Fit enim extra ordinem pignoris capio. l. si pignora. 50. & d. l. si plus. 74. §. 1. ff. de evictionibus Cujac. d. lib. 5. observation. cap. 30. & lib. 9. observation. cap. 37. Anton. Fab. part. 1. de errorib. pragmatic. decal. 10. error. 10. Cæterum in quibus pignus prætorium & conventionale conveniant, & in quibus differant, ubertim explicant Bartol. in l. 1. num. 1. ff. pignorat. act. Negusantius d. tract. de pignorib. & hypothec. membr. 2. tertia part. num. 29. & multis seqq. Cujac. in Comment. ad lib. 68. Pauli ad edict. pag. 140. & lib. 10. resp. Papin. pag. 456. Mozzius d. tract. de pign. & hypothec. c. 2. num. 7. & seqq. Vide quoque Hunnius, d. lib. 3. tract. 3. part. 5. quest. 2. pag. 957.

Potro rem aliquam pignori vel hypothecæ obligare 123 possunt, quicumque rerum suarum, vel alterius patrimonii liberam administrationem habent. l. solutum. 11. §. ult. cum l. seqq. & l. si convenierit. 18. §. fin. ff. de pignorat. act. l. qui filios. 6. in fin. C. quæ res pignori oblig. poss. l. 2. l. quæ prædium. 6. & l. ult. Cod. si aliena res pignori data sit. Mozzius in tract. de pignorib. tit. de person. quæ pignore poss. num. 1. Itaque filius familias & servus, quibus libera peculii administratio concessa est, rem peculiarem, in utilitatem peculii, rectè obligant. d. l. si convenierit. 18. §. ult. & l. seq. ff. de pignorat. act. Hujusque valde probabilis ratio 124 est; quoniam quibus alienare rem licet: multo magis iis obligare & pignorare eandem regulariter licebit, l. unic. Codic. rem. alienam gerentibus non interdicti rer. suar. administrat. Sed filiis & servis, quibus concessa est libera peculii administratio, id alienare licet. l. si quis 41. §. 1. ff. de rei vindicat. l. si liberam. 10. C. quod cum eo, qui in aliena potest. &c. Ergo & pignorare licebit. Cui 125 non adversatur l. 1. §. 1. ff. quæ res pignori vel hypothecæ data, obligari non poss. ubi dicitur, nec filium familias, nec servum, rem peculiarem obligare posse, quamvis liberam ejus administrationem habeant. Nam illic non negatur, filium familias & servum pignorare peculium posse, si rem suam agant; sed pro alio pignorare: quia id permittum non videatur permittit libera administratio: cum nec, qui liberam administrationem habent, perdere possint. Atqui pro alio quippiam obligare, quasi donare est, Donare autem perdere est, juxta illud Martialis:

Dimidium donare Lino, quam credere totum,
Qui mavult, mavult perdere dimidium.

Et sic non habet donandi potestatem, qui liberam administrationem habet. l. contra 28. §. si filius. 2. vers. nam cum verum, &c. ff. de pactis. Quod tamen non usquequaque verum est. Proinde rectè in d. l. 1. §. 1. vers. facti tamen &c. ff. quæ res pignori vel hypothec. data &c. subijciunt, hanc esse facti potius, quam juris questionem: an libera administratio concessa, data sit etiam donandi facultas? Quod enim, si specialiter hoc permittum sit, ut donare possit filius, aut servus? quid, si ea conditio filii, ut verosimile sit, patrem jus donationis concessurum, putà si sit tutor, quem deceat esse liberalem? Magis utique est, ut pignorare possit. l. filius familias. 7. §. item videamus 2. & §. seq. ff. de donationib. siquidem nec perdere tunc intelligatur, quod idem Martialis alio epigrammate venulè expressit:

Extra fortunam est, quicquid donamus amicis:
Quas dederis, solas semper habebis, opes.

Atque ita eleganter illud explicat Johannes Mercerus in 127 Comm. ad d. l. 1. n. 11. & seq. ff. quæ res pignori vel hyp. data obligari non poss. Sed & tutor, si lege non resagat, rem pupilli pignori dederit, tuendus est. l. tutor. 16. in pr. ff. de pignorat. act. propterea quod in administratione tutelæ vice domini, hoc est, pupilli habetur. l. tutor. qui 27. ff. de administr. & peric. tutor. l. interdum. §. 6. §. qui tutel. ff. de fort. D. Obrecht. disp. 15. thes. 157. Idemque dicendum in curatore adolecentis, vel tutoris, non dubium est. d. l. tut. 16. ff. de pignor. act. l. curat. 3. C. si aliena res pignores data sit. D. Bocer. class. 2. disput. 12. thes. 10. edit. 2. Donell. in tract. de pignorib. c. 2. in pns. Procurator item res domini sui op- 128 pignorare potest, sive ei specialiter hoc mandatum est, ut faceret, sive universorum bonorum administratio ei permittita est ab eo, qui sub pignoribus mutua accipere pecunias

solebat. *di. l. solutum. 11. §. ult. cum l. seq. ff. de pignorat. act.* Cui namque generaliter de omnibus rebus mandatum est, perinde est, quasi ei de singulis specialiter mandatum esset: modò ea res sit, quam dominus esset factorus. *l. semper specialia 147. ff. de regul. iur.* Neque enim generali oratione concedere videtur dominus, quod specialiter non permitteret: nec specialiter id permitteret, quod ipse non faceret, *argument. l. qui peculii. 46. ff. de peculio.* Hac ratione & administrator Reipublice si mutuam pecuniam pro civitate accipiat, rem ejus rectè pignori necesse est. *l. si u, qui. 11. in princip. ff. de pignorib. §. hypothec.* Nam rebus publicis dum praeficitur: generaliter ei omnia permitti intelliguntur, quae ad Rempublicam & administrationem rerum, ad illam pertinentium, spectant. *Donell. dict. cap. 8. D. Obrecht. dict. Disput. 15. thes. 156.* Enimverò pupillus, & minor 25. annis, absque tutoris sui auctoritate, vel consensu curatoris, rem suam pignori vel hypothecae dare nequeunt. *l. 1. in princip. ff. quae res pignori vel hypothecae data obligari non poss. l. ult. C. de reb. alien. non alienand. l. 3. C. de integr. restitu. minor. Bachovius d. tract. de pignorib. §. hypothec. lib. 2. cap. 2. num. 4. §. 8.*

Ceterum acquiritur nobis pignoris & hypothecae obligatio, non solum per nosmetipsos, sed per eas quoque personas, quae nostra in potestate sunt: veluti, per filios, & servos nostros, *tot. tit. infr. per quas pers. nob. obligat. acquirit.* non etiam per liberas personas; veluti per procuratores nostros, *d. l. solutum. 11. §. penult. ff. de pignorat. act. l. 1. C. per quas person. nob. acquiratur.* praeterquam in casu, quo nostro nomine mutuam pecuniam dantes, pignus, vel hypothecam acceperunt. *l. 2. C. eod. tit. Baldus. in Justiniana suo pag. 231. huncque referens D. Bocer. d. class. 2. Disputat. 12. thes. 14. lit. C. edit. 2.* Unde res procuratori oppignorata, neque procuratori, neque domino oppignorata censetur. Non procuratori: quia sibi pignoris obligationem acquirere noluisset: non etiam domino, quia hunc procurator pignoris obligationem acquirere non potuit *d. l. solutum. 11. §. penult. ff. de pignorat. act.* Non item pignus rectè datur extraneae personae, in quam duntaxat solutio in ipso contractu collata est: proindeque debitor datum pignus, ab ipsa adjecta persona repetere potest. *l. si qui promisit 33. ff. de pignoribus §. hypoth.* Non etenim adjecto, sed soli contrahenti debitor est obligatus *l. ult. §. si ita fuerit stipulatus. 3. ff. de verb. obligat. §. si quis alii 4. vers. pluri solutio. infr. de inutilibus stipulationibus. D. Obrecht. d. Disputat. 15. thes. 175. §. sequentibus D. Bocer. d. Disputat. 12. thes. 15.*

Proximum nunc est videre de rebus, quae pignori aut hypothecae dari possunt: cujusmodi sunt hae omnes, quae emptionem venditionemque recipiunt. *l. sed. §. quod. 9. in fin. ff. de pignoribus §. hypothec. l. 1. §. eam rem. 2. ff. quae pign. vel hypothec. data obligari non poss. ibique Aterovius num. 14. §. segg. Stuck. part. 1. Exercitat. Justin. decad. 10. assert. 9. lit. a.* Quare res, quae commercio hominum exemptae sunt, atque ideo vendi nequeunt, nec pignori dari possunt. *d. l. 1. eam rem. ff. d. tit.* Siquidem per pignorationem pervenitur ad venditionem. Omnis enim pignoris utilitas in hoc solum posita videtur: ut debito non soluto, illud tandem distrahere liceat. *tot. tit. ff. §. Cod. de distract. pign.* Atqui uno prohibito, omnis putatur prohibita, per quae ad id, quod prohibitum est, pervenitur: & propterea, quod uno modo per emptionem concessum non est: id alio modo, scilicet per pignorationem similiter non est concessum intelligitur: nisi diversa sit ratio, quae diversum jus exigit, ut in specie *l. in quovum. 24. ff. de pignoribus §. hypoth.* ubi Modestinus instar regulae cujusdam ita respondit: In quorum finibus emere quis prohibetur, pignus accipere non prohibetur. Quam regulam verisimile est subiectam fuisse a Modestino illis, quae tradiderat de praedibus provincialium, qui licet in provincia sua prohiberentur emere: non tamen prohiberentur pignori accipere. *l. qui officii. 62. in princip. ff. de contrah. empt.* Cetera quippe ratio in pignore, quae valet in emptione. Rationem cur praedibus olim in provinciis sibi destinatis emere non permitteretur, explicat Cicero *Verrina 6. Quia, inquit, putarunt legumistores, emptionem esse, non emptionem, eam venditori arbi-*

tratu suo vendere non liceret. Haec ratio in pignore non militat: cum debitor, solvens ritè debitum, pignus quovis tempore liberare possit. *l. item liberator. 6. ff. quibus mod. pign. vel hypothec. solvit. l. rem. 9. §. omnia. 3. ff. de pignorat. act. l. quamm. 6. Cod. de distract. pignor. Mercer. ad l. 23. ff. de pignorib. §. hypothec. num. 14. §. 15.*

Sanè res sacras, sanctas, religiosas, publicas, litigiosas, liberosque homines, cum neque in commercio, neque in ullius bonis sint, pignorationem non recipere perspicuum est. *l. 2. Cod. de religiof. §. sumpt. funer. l. si monumento. 3. l. qui filios 6. C. quae res pignori obligari possunt. l. privilegia. 17. C. de sacrosanct. Eccles. l. 1. §. fin. §. l. ult. ff. quae res pignori vel hypothec. data oblig. non poss. tot. tit. ff. §. C. de litigios. Mozz. in tract. de pignoribus §. hypothec. tit. de reb. quae pignori dari poss. num. 13. 16. §. 19. Bachovius d. lib. 2. de pignorib. §. hypoth. c. 12. pag. 138.* Illudque adeo procedit, ut nec sub conditione contractum pignus, puta si res sacra in profanam, aut publica in privatam, aut homo liber in servum mutetur, convalescat: quoniam ea de re pactio fuit interposita, cujus commercium omnino non erat. *§. 2. infr. de inutil. stipulat. l. inter. 83. §. sacram. ff. de verb. oblig. Donell. in tract. de pignoribus cap. 9. circa princip.* Multò autem minus liberorum hominum, quibus alieni debiti causa manus injiciuntur, oppignoratio (quam Graeci *ἀποθήκη*, vulgò Interpretes repessulias indignant) in consiliis Germaniae, Galliae, Poloniae, aliisque nonnullis locis maxime usitata, jure defendi potest: cum rationi inconveniens & periniquum sit, alium esse debitorem, alium verò exigi; item, alterum alterius odio praejudicari; sive alterum pro altero qualemcunque injuriam sustinere. *Novell. 52. cap. 1. vers. non enim habet rationem. §. c. l. unic. C. ut nullus ex vicaneis pro alienis vicaneor. debitor teneatur. l. unic. C. de prohibita sequestrat. pecun. Auth. habita C. ne filius pro patre, §. c. l. nullam. 4. C. de executoribus. l. ob causam. 3. C. de obligat. §. actionibus, c. unic. de injur. in 6. l. non debet alteri. 74. ff. de reg. iur. c. non debet. 22. cod. tit. in 6. Hackelman. Disput. illustr. question. 12. thes. 9. lit. d. Schroter. diatrib. domesticar. decad. 7. quest. 6. D. Obrecht. disput. 15. thes. 194. §. segg.* Eaque de re consulantur diversimodè sentientes, Martinus Landens. & Jacobus à Canib. in suis tractatibus de repress. And. Gail. de pignorationibus, observat. 2. Petr. Gregor. in syntag. iur. univers. lib. 38. cap. 8. non 6. §. seg. Petrus Heigius part. 1. questionum iur. quest. 12. Lorich. in Encirid. arrest. per tot. Coler. de processibus eccles. part. 1. cap. 2. num. 269. usque ad fin. Wolffgangus Gruning. tractat. de pign. §. hypothec. tit. 64. Petrus de Vineis lib. 5. ep. 48. Joann. Eruest. Zorn. discurs. 7. conclus. 13. nich. 3. pag. 142. §. Augustin. Seidenmelter. apud Arumaeum tom. 2. Discurs. 8. pag. 201. cum segg. Tineus Faber disputat. 3. ad Infinit. Imperial. th. 4. Ludovic. Molina de justis. §. iur. tr. 2. disputat. 121. Ventura de Valentia lib. 2. partheni litig. c. 2. n. 30. §. segg. aliquae per eum citati. Eandemque rem enodatus explicavimus infra num. 319. §. multis segg.

Servitutes praediales utrum pignori dari possint, valde controversum est: Sed quamvis praediorum rusticorum, non item urbanorum, servitutes pignori dari posse Doctores plerique astruant, Bartol. in *l. si u, qui. 11. §. ult. ff. de pignoribus §. hypothec. Coman. lib. 4. Commentar. iur. civil. cap. 14. Cuiacius lib. 15. observat. c. 6. Bachovius d. tr. de pignorib. §. hypoth. lib. 2. cap. 7. pag. 117. cum segg. D. Colleg. Bocer. class. 2. Disputat. 12. th. 18. lit. a. §. th. 20. lit. b. edit. 2. pluresque alii: attamen sententia Duaroni lib. 2. Disputat. universar. c. 13. Donelli d. tract. de pignoribus c. 10. Charondae lib. 1. verosim. 5. Merceri ad d. l. 11. §. ult. ff. de pignoribus §. hypoth. num. ult. horumque Sectatorum existimantium, ne servitutes quidem rusticorum praediorum pignori dari posse, non magis, quam urbanorum, veritati juris proprior videtur. Quaeunque enim in creditorem transferri nequeunt, frustra & inutiliter pignori dantur. *l. si fundus. 16. §. creditor. 5. ff. de pignorib. §. hypothec.* Servitutes autem reales indistinctè omnes sine praedibus cum illis cohaerent, in creditorem transferri non posse, liquet ex *l. 1. §. 1. ff. communis praed. §. l. via. 23. §. 8. ff. de servitutibus praediorum rusticorum.* Nec obstat textus in *l. sed an est 12. ff. de pignoribus §. hypothec.* ubi Paulus ait, servitutem rusticarum oppignorari, propter utilitatem con-*

servitutes praediales utrum pignori dari possint, valde controversum est: Sed quamvis praediorum rusticorum, non item urbanorum, servitutes pignori dari posse Doctores plerique astruant, Bartol. in *l. si u, qui. 11. §. ult. ff. de pignoribus §. hypothec. Coman. lib. 4. Commentar. iur. civil. cap. 14. Cuiacius lib. 15. observat. c. 6. Bachovius d. tr. de pignorib. §. hypoth. lib. 2. cap. 7. pag. 117. cum segg. D. Colleg. Bocer. class. 2. Disputat. 12. th. 18. lit. a. §. th. 20. lit. b. edit. 2. pluresque alii: attamen sententia Duaroni lib. 2. Disputat. universar. c. 13. Donelli d. tract. de pignoribus c. 10. Charondae lib. 1. verosim. 5. Merceri ad d. l. 11. §. ult. ff. de pignoribus §. hypoth. num. ult. horumque Sectatorum existimantium, ne servitutes quidem rusticorum praediorum pignori dari posse, non magis, quam urbanorum, veritati juris proprior videtur. Quaeunque enim in creditorem transferri nequeunt, frustra & inutiliter pignori dantur. *l. si fundus. 16. §. creditor. 5. ff. de pignorib. §. hypothec.* Servitutes autem reales indistinctè omnes sine praedibus cum illis cohaerent, in creditorem transferri non posse, liquet ex *l. 1. §. 1. ff. communis praed. §. l. via. 23. §. 8. ff. de servitutibus praediorum rusticorum.* Nec obstat textus in *l. sed an est 12. ff. de pignoribus §. hypothec.* ubi Paulus ait, servitutem rusticarum oppignorari, propter utilitatem con-*

contrahentium, admittendam esse. Nam illic Paulus non hoc in questione vocat, an servitutes rusticæ pignori dari queant, ut ita eas ab urbanis separet: sed illud, an dominus in suo servitute de novo constituere possit creditori pignoris loco, ut ea creditor utatur: quamdiu pecunia soluta non sit? Id verò dominum facere posse, Paulus respondit; non ut jure ipso valeat servitus; quia ipso jure ad tempus constitui non potest. *l. servit. 4. ff. de servitutib.* sed propter utilitatem contrahentium. Atque de domino fundi Jurisconsultum loqui, qui temporis causa in suo servitute imponat, arguunt illa verba, quibus conventio iniri posse asserit, ut hisce servitutibus creditor utatur, scilicet si vicinum prædium habeat, & si intra diem certum pecunia non sit soluta vendere eas vicino liceat. Hæc namque pactio de servitute, quæ nobis in alieno debetur, recipi nequit. Semper enim dominus fundi servientis rectè negabit: se creditori, aut ei, cui creditor vendiderit, servitute debere: ne quisquam, cui servitus debetur, servientis fundi causam deteriorem facere potest. *l. servitutes. 20. §. filicidium. 5. vers. Et omnino sciendum. ff. de servitutibus prædior. urbanor. latius*

143 *Donell. d. cap. 10.* Et eandem questionem explicavi copiosius in §. ultim. sup. de servitutibus prædior. num. 21. Et aliquot segg. Cæterum servitutes personales quod attinet usumfructum, cum & vendi possit, pignori dari posse ab ipso usufructuario, non dubitatur. *dict. l. si is, qui. 11. §. usufructus. 2. ibique Mercerus num. 7. l. §. quæ nondum. 15. in princ. ff. de pignoribus Et hypothec. l. 1. vers. sed si vos usufructuarius. C. si pignus pignori dat. sit. Pacius cent. 5. evayrio Parav. quest. 25. Trentler. Disputat. 16. thes. 10. lit. b. volum. 1. Et disputat. 1. thes. 5. lit. f. volum. 2. Bachovius d. lib. 2. de pignoribus. Et hypoth. c. 6. pagin. 113.* Aliud in usu est receptum. Etenim cum is personæ planè coherereat, & nec vendi, nec cedi queat: meritò nec pignori obligari aut dari poterit. §. 1. sup. de usu Et habitata. *l. sed neque 8. ff. de usu Et habitata l. item quamvis. 10. §. 1. ff. commun. dividund.*

145 Præterea rem penitus alienam pignori dari non posse, liquidum est. *l. 2. ff. de pignorat. act. l. 1. l. 2. quæ prædium. 6. Et l. si in rem. 7. C. si aliena res pignori data sit.* Cum enim ea non sit in bonis oppignorantis ab eo alterius aliquid in illa constitui nequit. *l. nemo plus juris. 54. ff. de regul. jur. l. qui filios 6. Cod. quæ res pignori obligari poss. Et c. Acens. Et d. ad l. aliena res. 20. ff. de pignorat. act. item ad l. rem alienam. 28. ff. de contrah. empt. ff. ad l. sed Et quod ad eas 9. in fin. ff. de pignorib. Et hypothec. Mozz. in tract. de pignorat. Et hypothec. tit. de reb. quæ pignori dari poss. n. 2. Negusant. in tractat. de pignoribus Et hypothec. membr. 3. secunda part. num. 52. Balduin. eodem tract. c. 12. in princ. Donell. de pign. c. 3. Schneidev. in hoc §. nostro. n. 14. Bachov. d. lib. 2. de pignoribus Et hypoth. cap. 3. pag. 97. cum seg. Knipschild exercitat. Acad. 5. quest. 5. pag. 175. cum seg. Et alii communiter.* Verum isthanc certissimam juris definitionem duobus potissimum argumentis convellere ac infringere conatur Petrus Faber lib. 2. semestrium. **146** c. 17. Primum desumit ex d. l. sed Et quod. 19. in fin. ff. de pignoribus Et hypoth. ubi Cajus ostendit: eam rem posse pignori dari, quæ potest vendi. Atqui rem alienam vendi posse, constat ex d. l. rem alienam. 28. ff. de contrahend. empt. Sed responderetur: illam Caji sententiam generalem non ita generaliter accipiendam, quasi eadem planè sit ratio emptionis, quæ pignoris: sed plerumque verum esse, ut quæ res vendi potest, eadem & pignori possit, ut quæ commercio non exempta est. Nam alioqui non per omnia similis est hypotheca emptioni, sicuti videre est in prælegato l. in quorum. 24. ff. de pignoribus Et hypoth. ubi qui emere prohibetur, non tamen pignus accipere prohibetur. **147** Ratio autem differentie inter emptionem & pignus, id est, quæ res aliena vendi possit, pignori non possit, hæc assignatur: Tum quia propter libertatem commerciorum, & frequentissimum emptionis usum, necesse fuit permittere rei alienæ emptionem, argument. l. iusto errore 44. in princ. ff. de usurpat. Et usucapionibus. Pignoris verò usus non est ita necessarius, & ex perfidia potius hominum, inductus. Pignus quippe constitui solet propter contractus fidem, ac restituendo rei vin-

culum. *l. legata. 9. in fine ff. de suppellectile legat. cum plus cautionis in re esse credatur, quam in persona, l. plus cautionis. 25. ff. de reg. jur.* Tum quia in emptione venditione obligatur solum persona pro evictione, & ad quandam (uti vocant) asininam possessionem tradendam: est in pignore res ipsa obligatur, *gloss. in d. l. rem alienam. 28. ff. de contrahend. empt. Mozz. loco supra notato. Negusant. d. memb. 3. part. 2. num. 58.* Jam verò potest quis personam suam, ut venditor, obligare: sed rem alienam, in quam jus non habet, obligare, quod sit pignorando, nemo potest arg. d. l. nemo plus juris. 54. ff. de regul. jur.

Alterum Petri Fabri argumentum est hujusmodi: Quia, **149** inquit, re aliena pignori data, nascitur utrinque obligatio & actio pignoratitia. *l. si rem alienam. 9. §. penult. ff. de pignorat. act.* adeo, ut si fur aut prædo rem alienam Titio pro decem aureis mutuo acceptis obligaverit, eosque postea Titio solverit, habeat contra Titium actionem pignoratitiam ad rem recipiendam. *l. si pignore. 22. §. si prædo. 2. ff. d. tit. Datur, inquam, debitori, soluta pecunia, actio pignoratitia contra creditorem, etiam ei, qui rem alienam pignori dederit, legibus modo allegatis: & contra; datur creditori, etiam ei, cui res aliena pignori data fuit, actio pignoratitia contraria. l. tutor. 16. §. 1. Et l. eam debitor. 32. ff. de pignorat. act. Ergo inde sequi videtur, quod rei alienæ pignus subsistat. Respondendum: illud non rectè inde sequi aut concludi. Est etenim argumentum ab obligatione & actione personali, ad jus & actionem in rem: quod argumentum non procedere, ex prædictis colligitur. Quod autem competat actio pignoratitia in personam ex pignore licet rei alienæ, sive nullo, hoc est, quod existat effectus aliquis & actio ex contractu nullo; id non omnino novum est, aut infrequens in jure. Si **150** quidem & ex emptione, quantumvis nulla, interdum datur actio; non quidem, ut contractus confirmetur, sed ut quod interest præstetur. argument. l. si in emptione. 34. §. item si Et emptor. 3. ff. de contrahend. empt. Giphon. ad d. l. 2. C. si aliena res pign. data sit. Quare firma manet conclusio: eum qui non est dominus, aut rem non habet in bonis, pignori eam dare & obligare non posse. *dict. l. 1. 2. 6. Et tot. tit. Cod. si aliena res pignori data sit cum iuribus concordantibus supra num. 145. adductis.* Quin & is qui rem alienam pignori dedit, licet quoad hypothecariam actionem nihil agat: pignoratitia tamen actione contraria tenetur, & insuper etiamstellionatus crimen committit. *d. l. tutor. 16. §. 1. d. l. cum debitor. 32. Et l. si quis in pignore. 36. §. 1. ff. de pignorat. act.**

Enimverò notabiles aliquot excipiuntur casus, quibus **151** pignus rei alienæ valet, aut convalescit, aut confirmatur. I. Si voluntate domini res aliena obligatur. *l. aliena. 10. in princ. ff. d. tit.* Hujusque evidens est ratio: cum quia **152** volenti non fit injuria, *l. 1. §. usque adeo. ff. de injur. tum quia dominus ipse hoc casu rem obligare videtur, arg. l. restituta 37. circa princip. ff. ad senatusconsult. Trebellian.* II. Si dominus ratum habeat. *d. l. aliena. 20. ff. de pignorat. act.* Quo casu pignus convalescit sive confirmatur: adeo ut firmum censatur non a tempore ratihabitionis, sed anteriore, puta pignorationis sive contractus. Recurrit quippe ratihabito ad illud tempus quo convenit, ut eleganter loquitur Marcianus in *l. si fundus. 16. §. 1. ff. de pignor. Et hypoth. & ratihabito mandato comparatur. l. 1. §. sed Et si 14. ff. de vi, Et de vi armat. l. semper qui. 60. ff. de reg. jur.* Atque isthæc fictio ideo admittitur: ne obstaret pignoris obligationi juris regula, qua dicitur quod ab initio non valet, & viciosum est, ex post facto sive tractu temporis convalescere non posse. *l. quod initio. 29. Et l. pign. ff. cod. tit.* Sic enim fingimus: ab initio, cum pignus ob **154** ligatum est, domini voluntatem intercessisse, ut nunquam non obligatio constitueret. Sic sustinetur iudicium, cum falso procuratore susceptum, quod postea dominus ratum habuit, *l. Julianus. 11. ff. qui sententia coguntur. l. licet. 56. ff. de judic.* Sic quoque valet mutuum, à filiofamilias contractum, quod pater post habuit ratum *l. ultim. C. ad senatusconsult. Macedonian. Joan. Merc.* ad d. leg. si fundus. 16. num. 12. cum segg. ff. de pignorib. Et hypoth. III. Si dominus sciens dissimulat & permittat, rem suam obligari in fraudem creditoris. *d. l. 2.*

- 155 C. si aliena res pignori data sit. Cujus ratio est: quia propter fraudulentam dissimulationem consensisse fingitur: quæ calliditas, cum alieno detrimento conjuncta, impunita esse non debet, *argument. l. si sine voluntate. §. C. ad senatuscons. Vellejan. IV.* Si res aliena detur pignori sub hac conditione, si dantis facta fuerit. *d. l. si fundus. 16. §. aliena res. 7. ff. de pignor. & hypoth. l. idemque 7. §. 1. ff. qui potiores in pign. vel hypoth. hab.* Et ratio est: quia hac specie, id est, propter conditionem, obligatio rei in casum domini differtur. Sic & contra, rei propriæ cum neque pignus, neque emptio aut stipulatio valeat. *l. neque pignus. 4. ff. de reg. jur. tamen sub hac conditione valet, si res desit esse propria sive nostra. l. existimo. 61 ff. de contrab. empt. l. si rem meam. 31. & l. existimo. 98 ff. de verb. obligat.*
- 156 V. Si res mihi sit debita. ut in *l. 1. in princip. ibi, si non fuit ei, qui pignus dabit, debita. ff. de pignoribus & hypothec. l. creditor. 3. §. 1. ff. qui potior. in pign. vel hypothec. hab. l. filiam. 56. ff. ad senatuscons. Trebell.* Verbi gratia: si res mihi sit donata, & nondum tradita; eam obligare ego possum licet nondum dominus: quia mihi debetur. *l. ult. §. 1. ff. de donationibus.* Sic fideicommissarius, etsi re nondum repetita non sit dominus, potest nihilominus rem obligare & re postea repetita pignus confirmatur. *d. l. filiam. 56. ff. ad senatuscons. Trebell.* Ratio hujus quinti casus est perspicua: tum quia nostrum esse videtur, cujus nomine actionem ad id petendum habemus. *l. bonorum. 49 ff. de verb. significat. l. u. qui actionem. 15. ff. de reg. jur.* Tum quia is, qui rem sibi debitam pignori dat, hoc animo dare intelligitur, ut tunc pignori sit, cum ipsi data fuerit: idem quod sibi brevi acquisitum iri sperat. *Donell. d. tract. de pignoribus cap. 9 pag. 127. VI. & ultimus casus est; si debitor, qui rem alienam obligavit postmodum ejus rei dominus fiat; veluti si heres à domino rei scribatur. l. rem alienam 41. in princip. ff. de pignoratit. act. Hoc sane casu pignus ab initio non valet directo stricto jure quia est rei alienæ: ex postfacto tamen, idque ex bono & æquo, convalescit. l. cum res. 5. C. si aliena res pignori data sit. Hujusque non una ratio est: tum quia verè debitor rem illam pignoratit, & ejus jam est dominus; adeoque contra factum proprium venire non debet. l. post mortem. 25. ff. de adoptionibus. Tum quia in dolo est, si vel actionem, vel exceptionem creditori opponat, *argument. l. si inter. 21. §. 1. ff. de pignoribus & hypothec. l. si à Titio. 72. ff. de rei vindic. Tum quia res in eum casum venit, à quo incipere potuit. argum. l. existimo. 98. in fine**
- 157
- 158
- 159
- 160
- 161 De eo acerrime confidunt Interpretes: an, si dominus rei fiat heres debitoris, id est ejus, qui rem domini obligavit, pignus quoque convalescat: ita ut creditori hypothecaria saltem utilis adversus dominum rei pignoratæ concedatur? Affirmare videtur Modestinus in *l. si Titio. 22. ff. de pignoribus & hypoth.* negare Paulus in *l. rem alienam. 41. vers. non est idem dicendum. ff. de pignorat. act.* Et certissimam hanc esse ære vel ære planèque inexplicabilem, censent Hosomani in Commentar. ad tit. ff. que res pignori. &c. item lib. 5. observat. 11. Bussius ad d. l. 41. ff. de pignorat. act. Mercerius ad d. l. si Titio. 12. n. 7. ff. de pignor. & hypoth. & Antonius Matheus Disputat. 10. ad Pandect. thes. 14. Alii aliter, & quidem variè, istam contrarietatem tollere & conciliare deludant. Fugosius in d. l. rem alienam 41. num. 12. ff. de pignorat. act. & in d. l. si Titio. 22. post principium ff. de pignoribus & hypothec. Alciat. lib. 7. parerg. cap. 14. Duaren. lib. 2. Disputat. antiquar. cap. 4. & ad tit. de pignorat. act. cap. 7. Robert. lib. 2. receptar. lect. cap. 1. Atula-
- us ad tit. ff. de pignoribus & hypothec. cap. 1. num. 21. Cujas. lib. 19. observat. cap. 26. Giphun. ad d. l. 2. Cod. si aliena res pign. &c. Vultejus lib. disceptat. Scholast. c. 17. Lud. Charrond lib. 1. verosimil. 20. Petr. Faber. lib. 2. semestri. cap. 18. Hackelman. Disput. 12. thes. 8. D. Obrecht. d. Disputat. 15. thes. 238. cum multis seqq. Treutler. disputat. 1. thes. 5. sub lit. A. vol. 2. & Bachovius. lib. 2. & de pignoribus & hypoth. c. 4. num. 8. pag. 105. & seq. Cæterum Accursius in dis-
162
solvenda illa antinomia vehementer fluctuat, pluresque conciliationes adducit in d. l. si Titio. 22. ff. de pignor. & hypoth. quas licet plerasque ipse rejiciat: in hac tamen acquiescere videtur: ut Paulus in d. l. 41. loquatur de actione in rem hypothecariam; Modestinus verò in d. l. 22. de pignoratitia in personam utili contraria. Hæc quippe ad id competit ut creditor in debitoris heredem agat, ut rem à defuncto debitore obligatam, pignori esse patiat: cum defuncti facta præstare & approbare debeat. *lex qua persona. 149. ff. de reg. jur. l. cum à matre. 14. C. de rei vindic.* Eoque modo per indirectum convalescit pignus, coacto herede pignoris constitutionem à testatore factam ratificare. Atque ita Modestini responsum accipiendum esse, Doctores tam veteres, quam recentiores communis existimant. D. Wesenbec. in Parat. ff. de pignorat. act. n. 8. Comm. lib. 4. Comment. jur. civil. c. 13. n. 9. Balduin. in Comment. de pignoribus cap. 12. post princip. Donell. in tr. de pignor. c. 9. non procul à fine. Du. Collega Besold. part. 2. delibatorum jur. ex lib. 13. Pandect. quest. 8. pag. 87. & seqq. Cum igitur hæc in sententiâ frequentes, vel iplis dissentientibus, attestantibus, Interpretes concedant: & verò adversariæ illorum interpretationes partim textum corrumpant, partim distinctiones prorsus alienas ei inferant, partim etiam nimis temerariè divinent: utique in hoc dubio communi opinioni, quantumvis eas suas quoque patiat difficultates adherendum existimaverim, *argument. l. 1. vers. sane crebrior. ff. de offic. quæstor. l. minimè. 23. & l. si de interpretatione. 37. ff. de legib. l. quæ situm. 12. §. sed si fundus. 27. vers. quam sententiam quotidie incescere & invalescere videmus. ff. de instructo. vel instr. legat. Ei siquidem contradicere aut contraniti, arrogantis signum putatur, *argument. l. si adibus. 32. ff. de dam. infect. & Novell. 7. c. 9. in fine. Simon Pistoris consil. 3. num. 8. quod excusum extat post consilia Modestini Pistor. fol. 850. vol. 2. Et clara atque aperta res dicitur, pro qua est opinio communis. Tiber. Decian. respons. 2. incip. Serenissimus. num. 67. fol. 27. vol. 1. Quin & veritas & communis opinio æquiparantur. Matheus de Afflict. in c. unic. n. 17. tit. an removeri debeant testes. &c. in usib. feud. Andr. Gail. lib. 1. obs. 153. num. 4. vers. nam veritas. &c. Anton. Maria Coratius in tract. de communi opin. lib. 2. tit. 8. n. 16. & passim. pag. 155. Idque fusius explicavimus supra ad princip. in. de hereditatibus qua ab intestato defer. num. 444. & seq.**
- Quia porro in saepe allegata *l. rem alienam. 41. ff. de pignorat. act.* duo continentur casus: unus, si debitor, qui rem alienam pignori dederat, factus sit heres ejus, cujus res erat: alter, si dominus rei factus sit heres debitoris: breviter ratio differentie indicanda est, cur priori casu utilis hypothecaria actio creditori accomodetur: posteriore verò specie ne utilis quidem hypothecaria creditori, contra heredem debitoris, re pignoratæ dominium, tribuatur. Ratio autem est hæc: quia priore casu si is, qui rem obligavit alienam, opponat creditori exceptionem domini, sive quoddam res non fuerit ejus, cum eam obligaret: poterit replicatione doli repelli, & quasi mendacii argui, quod rem alienam, cujus nunc est dominus, ipse oppignoravit. *d. l. rem alienam. 41. circa fin. ff. eod. d. l. si inter. 21. §. 1. ff. de pign. & hypoth. d. l. si à Titio. 72. ff. de rei vind.* Sed altero casu nihil obijci potest domino, licet heredi oppignorantis debitoris: quia ipse, quamvis heres, non oppignoraverit, sed defunctus: ut si nullo tempore confirmatum pignus diol possit. Mercer. ad d. l. si Titio. 2. num. 3. & seqq. ff. de pignor. & hypoth. Nec obstat, quod heres teneatur actionibus hereditariis nomine defuncti: cum heres & defunctus pro una eademque persona habeantur. *Novell. 48. in fine præfationis.* Nam illud quidem verum est: at hic non agitur de actionibus hereditariis, qua
- 163
- 164
- 165
- 166

quæ omnes sunt in personam tot. tit. Cod. de hereditar. actionibus, sed de hypothecaria. quæ in rem est. l. pignoris. 17. ff. de pignoris & hypothec. & l. pignoris. 18. C. eod.

167 Cæterum quod diximus: priore casu, quo scilicet debitor rei alienæ pignoratæ dominum post consecutus est, pignus confirmari: posteriore, quo dominus debitori, qui rem alienam obligaverat, heres extitit, non confirmari: huic distinctioni valde repugnat textus in l. si servo. 20. ff. qui & a quibus manumissi liberi non sunt. & in l. filium. 31. ff. de liberali caus. cum l. si ab eo 7. Cod. eod. Nam in d. l. 20. si non dominus manumittat servum alienum, & postea ejus fiat dominus, non ideo confirmatur libertatis datio: at confirmatur pignus. Contra autem in d. l. 31. & d. l. 7. si dominus servi fiat heres ejus qui servum istum manumissit, non potest huic servo libertatis controversiam movere: sed voluntatem defuncti confirmare cogitur. Et, ut res vel tribus exprimat: priore casu convalescit pignus; altero non item. Libertatis vero datio priore specie non convalescit; posteriore convalescit. Accur-
168 flius: Bartholus, Cumanus, Baldus, & alii Doctores, hanc quoque contrarietatem explicatu difficillimam esse, ajunt. Sed non in eo modo, meo iudicio, ita expeditur & resol-
vitur: ut priore quidem casu servus manumissus non fiat liber. d. l. 20. ff. qui, & a quibus manumissi, &c. & ne pos-
169 teriore quidem: sed tamen servitudinis questio ei moveri non possit, neque ab ipso, qui manumissus; ne faciat contra factum proprium, quod non licet. d. l. post mortem. 25. ff. de adoptionibus, neque ab ejus herede: ne is faciat contra factum defuncti; quod item non licet heredi. d. l. ex qua persona. 149. ff. de reg. jur. Et ita exaudiendæ viden-
tur d. l. 3. ff. & d. l. 7. C. de liberali caus. quæ non dicunt, hunc servum liberum fieri, sed questionem tantam ei non posse moveri. Pinel. d. l. 1. part. 3. num. 83. Codic. de bonis maternis.

169 Queritur circa illum sextum casum exceptum: utrum is locum habeat tam in creditore sciente, quam ignorante. Et sanè si creditor ignorans rem alienam pignori acceperit, casui isti locum esse, sicque creditori actionem hypo-
170 thecariam utilem dari, non quidem adversus dominum, sed adversus debitorem, vel posteriorem creditorem, vel alium quemvis rei oppignoratæ possessorem, inter omnes consta. argument. l. tutor. 16. §. 1. l. si pignore. 22. §. si prædo 2. l. cum debitore. 37. dict. l. rem alienam. 41. ff. de pignoratit. act. l. si non dominus. 14. ff. qui potior in pign. vel hypothec. hab. d. l. cum res. 5. Cod. si aliena res pignori data sit. Ne-
gusant. in tract. de pignoris & hypothec. 3. membr. secun-
da part. n. 55. Vultejus d. lib. disceptat. scholasticar. c. 17. Hackelman. Disputat. illustr. 11. thes. 7. ad lit. B. D. Obrecht. d. Disputat. 15. thes. 209. 228. & 232. Verum si debitor rem
alienam creditori suo dederit pignori, scienti eam esse alie-
nam, an & tum casus iste sextus locum habeat, id est, pi-
gnus convalescat, adeoque actio illa creditori comperat, inter partes hæret valde dissidentes? Et plerique distin-
guunt debitorem, pignus possidentem, ab alio quolibet possessore, ut adversus debitorem convalescat pignus; adversus alium possessorem non item. Accursius & Dil.
communiter. in l. 1. ff. de pignoris & hypothec. Salicetus & alii in d. l. cum res. 5. C. si aliena res pign. data sit. Jul. Pac.
centur. 4. & vartio Pavov. quest. 52. Vultejus d. cap. 17. D.
Obrecht. d. Disputat. 15. thes. 233. Hackelman. d. Disputat. 12. thes. 7. ad lit. C. Ratio hujus distinctionis hæc reddi-
tur: quia si debitor contra creditorem excipere cupit, se conventionis tempore rei hypothecate non fuisse domi-
num; contra proprium venit factum dolique mali repli-
catio ei obstat. l. si inter. 21. §. 1. ff. de pignoris & hypothec. Convincitur enim de suo mendacio: quia rem non pro aliena, sed pro sua oppignoravit. d. l. rem alienam. 41. ff. de pignorat. act. Quæ ratio in quovis alio possessore ces-
sat, ac proinde is rectè agenti creditori obijcit: rem op-
171 pignoratam conventionis tempore in bonis debitoris non fuisse. Sunt nonnulli magni nominis Interpretes, qui pi-
gnus istud omnino & indistinctè confirmari existimant. Baldum in tract. de pignoris & hypothec. cap. 12. Cumanus lib. 4. Commentar. jur. civil. cap. 13. num. 7. Petrus Faber lib. 2. Semgler. cap. 17. In eadem videtur fuisse sententia

Duarenus lib. 2. Disputat. annvers. cap. 11. circa princip. Horumque fundamentum est positum, partim in dict. l. rem alienam. 41. ff. de pignorat. act. ubi sine distinctione scientis & ignorantis creditoris, ei hoc casu actio hypothe-
caria conceditur: partim in dict. l. 1. ff. de pignoris & hypothec. ubi etiam non ignorantis creditori actio dari vide-
tur, licet, ut ait Papinianus, difficilior. Denique non desunt qui haud improbabiler alleverant: creditori scienti, rem alienam esse, non dari actionem, neque contra debitorem, neque alium: sed tantum indulgeri retentionem: idque
argumento dict. l. 1. ff. eod. ubi ita scribitur: difficilior creditori qui non ignoravit alienam, utilis actio dabitur: sed
facilior erit ei pignus possidenti, retentio. Quod dicitur, difficilior: comparativus pro positivo positus est, augen-
dæ, difficultatis causa: ut sit, difficile dabitur, id est, non dabitur. Sic enim & alias Papinianus, auctor illius legis, verbo difficilior utitur pro non l. nonnunquam §. in fine ff. de collatione bonor. quamvis non negetur, verbum difficile interdum aliter accipi, ut in l. si heres. 68. sub fine. ff. ad senatusconsult. Trebellian. & l. Marcia. 13. §. 1. ff. de annuis legat. Præterea scienti creditori non datur contraria pignoratitia, quæ in personam est. l. tutor. 16. §. 1. vers. sed si sciens cre-
172 ditor. ff. de pignorat. act. Ergo nec ei dabitur pignoratitia in rem, id est, hypothecaria. Num Imp. Diocletianus & Maximianus in dict. l. cum res. 5. Cod. si aliena res pignori data sit ajunt: hypothecariam hoc casu sexto excepto dari creditori. exemplo pignoratitiæ. At jam certum est, pignoratitiam scienti non dari. dict. l. tutor. 16. §. 1. ff. de pignorat. act. Imò si non datur pignoratitia scienti; multò minus danda est hypothecaria: quia (ut dictum) pignoratitia est in personam: hypothecaria in rem. Jam verò potuit debitor personam suam obligare: rem alienam obligare non potuit. Sic & alias, ut in emptione, distinguitur emptor sciens, rem esse alienam, ab ignorante. leg. si in emptione. 34. §. item si emptor. 3. & l. liberi. 70. ff. de contrah. empt. Hancque sententiam post Fulgiosum in d. l. 1. ff. de pignoris & hypothec. Explicatius deducunt. Donellus in tractat. de pignoris cap. 9. Elias Robertus Disputat. institution. 14. corrodit. 2. & Everhardus Bronchorst. cent. 1. c. vartio Pavov. assert. 95. edit. 1.

Cui non obstat dict. l. rem alienam. 41. ff. de pignoratit. 173 act. ubi indistinctè traditur: si debitor, qui rem alienam pignori dedit, postea ejus rei dominus factus est, creditori dari utilem actionem pignoratitiam. Tametsi enim Paulus in principio istius legis generaliter loquitur: attamen ex ultimis ejusdem legis verbis luculenter patet, eum de creditore ignorante loqui. Ait namque in fine: Si convenis de pignore, ut ex suo mendacio arguatur: improbe resistis, quo minus utilis actio moveatur. Hæc verba de debitore duntaxat, qui creditori rem alienam ignorantis pignori dedit, accipi possunt. Solus etenim is ex suo mendacio argui potest, qui adversarium ignorantem mendacio suo læsit; non ille, qui rem alienam suam esse asserens pignori dedit, creditore id sciente falsum asserit: eum decipere non rectè dicitur. l. qui se liti obstitit. 45. ff. de heredit. petit. Donell. & Bronchorst. loci præalligati.

Res feudalit utrum a vasallo citra caducitatis seu pri-
174 vationis periculum pignori dari possit, non usquequaque expeditum videtur? Et non posse, feudorum placitis de-
cisum erat. cap. 1. circa princip. ibi, vendere, vel pignori dare, &c. de prohibis feud. alienat. per Ryder. tit. 5. §. lib. 2. Feudor cap. 1. §. an si libellario. ibi, pro pignore plus molestie obligaveris, quibus mod. feud. amittat. titul. 5. lib. 1. Feud. cap. unic. §. fin. ibi, nam nec pignus, de investitura de re aliena fact. titul. 8. lib. 2. Feudor. Ejusque ratio est perspicua: 175 quia omnis alienatio feudi regulariter prohibita censetur, titul. 52. in princ. vers. per multas enim. &c. & dict. tit. 51. in princ. vers. habito ergo consilio. &c. lib. 2. Feud. At pignoris datio est alienatio. l. ut ibi. vel pignoris nexum. 176 Cod. de reb. alien. non alienand. alienatio, inquam talis, qua possessio ad alium, puta creditorem transit. l. si rem alienam. 9. §. propriæ. 2. l. cum & fortis. 35. §. 1. & l. debitor. 40. ff. de pignorat. action. l. per servum 37. in princ. ff. de acquir. rer. dom. l. 1. §. per servum. 15. & l. qui pignoris. 36. cum l. seq. ff. de acquir. vel amitt. possess. Licet quoad casum uti-
capio.

capionis, debitor rem oppignoratam possidere dicatur. d. l. i. §. per servum. 15. ff. eod. l. servi nomine. 16. ff. de usurpat. & usucapionib. Du. Collega Bocer. class. 5. Disputat. 9. thes. 65. ad lit. f. edit. 2.

177 Nec obijciat aliquis: emphyteutam oppignorare posse rem emphyteutam. l. tutor. 16. §. fin. ff. de pignoratiz. act. l. lex vestigali. 31. ff. de pignorib. & hypoth. usufructuarius jus suum fructuarius. §. minus autem. 1. in fine. supr. de usu & hab. l. si is qui. 11. §. usufr. 2. ff. de pign. & hyp. l. 1. vers. sed si vos. C. si pignori datum sit. ergo & vasallum rem feudalem. Tum quia jus feudale pignorationem diserte prohibuit in feudo: at jus civile aperte concessit in usufructu & emphyteusi, iuribus modo allegatis. Non licet autem ab uno jure arguere ad correctionem juris alterius argument. cap. 1. vers. legum autem Romanarum. de feudi cognit. tit. 1. lib. 2. F. Gothofred. ad d. l. lex vestigali. 31. ff. de pignorib. & hypothec. Tum quia diversitatis ratio, cur emphyteuta, sicuti & usufructuarius, non etiam vasallus, jus suum alii oppignorare possit evidens est: quod vasallus ex redivo servire domino tenetur: emphyteuta vero & fructuarius non item, argument. d. tit. 52. vers. per multas, ibi, ac ita omnibus exhaustis. & c. d. tit. 55. in princip. ibi, unde debita servitia amittebant. lib. 2. F. Vide Bachovium in tract. de actionib. Disput. 3. ad thes. 33. pag. 101. vers. nondum possunt, & c.

179 Sed num etiam hypothecae datio prohibita sit vasallo, major est & difficilior contentio? Et certe non minus hypothecae datione, quam oppignorazione, interdictum esse vasallo, multi, sique non infimae classis Jurisconsulti affirmant. Jacobus de Ardizzone in epit. feud. cap. 116. Lau- dens in capit. 1. §. 1. n. 11. de prohibita feud. alien. per Frid. d. tit. 55. lib. 2. F. Jac. Petr. de cond. ex max. pro feud. apert. n. 3. Hotoman. consil. 30. vol. 1. Sombec. in Comment. in usus feud. part. 12. n. 100. Wesenb. de feud. c. 11. n. 5. Vultejus de feud. lib. 1. cap. 10. n. 43. Hackelman. Disput. 12. coronid. 1. & Mattheus Stephani centur. 3. quast. 34. Glos. in c. 1. de alien. feud. & in cap. 1. de alienat. feud. patern. item Rittershus in partit. feud. lib. 2. cap. 3. quast. 4. & Berlichius part. 2. conclusio. practica. lib. 2. n. 5. pag. 672. Verum contra- riam sententiam, quod videlicet vasallus impune feudum suum hypothecae dare possit, veriore esse non sine ratio- ne concluditur. Nusquam enim hypotheca, sed semper nominatim & in specie pignus prohibetur. d. tit. 55. in

180 princ. lib. 2. F. cum similibus. Quare cum proprie aliud sit pignus, aliud hypotheca. d. tit. l. si rem alienam. 9. §. propriet. 2. ff. de pignorat. act. l. plures. 238. §. pignus. de verborum significat. §. item Serviana 7. infr. de actionib. proprietati verborum itantum & adherendum erit: idque maximè hoc casu fieri debet ubi in materia odiosa versamur: siqui- dem propter oppignorationem, infcio domino factam va- sallus feudo suo privetur. Prenaliam autem & odiosa inter- pretatione magis restringi, quam ampliari debere, notissi- mum est. Licet quidam 19 ff. de liber. & posthum. heredi- bus. l. si fuerit. 10. in fin. ff. de reb. dub. l. si praes. 32. in fin. & L. in pretensione. 42 ff. de pan. l. semper in dubis 56. l. fa- dum. 15. §. ult. l. rependa. 168. & Lea. que. 192. §. 1. ff. de reg. jur. c. odia. 15. de regul. jur. in 6. Praeterea illa dunta- taxat feudi alienatione interdictum est vasallo, qua posses- sio praesentis feudi sit transferri. d. cap. 1. §. callidis insuper. ibi feudum vendunt, & in alios transferunt. de prohib. feud. alienat. per Frideric. 11. 55. lib. 2. F. At per hypothecam non transferri possit: cum nuda conventionione consti- tuatur. d. tit. l. si rem alienam. 9. §. 2. ff. de pignorat. act. l. contrahitur. 4. ff. de pignorib. & hypothec. d. §. item Servia- na. 7. vers. nam pignori. infr. de actionibus. Adhuc vasal- lo isthac feudi alienatione interdictum est, per quam ipse feudi redditus amittit: unde amplius domino debita ser- vitia, utpote iam alimentis destitutus, praestare commodè non possit. c. 1. de prohib. feud. alienat. per Lothar. circa princip. ibi, ac ita omnibus exhaustis, suorum sententiarum servitia subterfugere. & c. d. tit. 52. lib. 2. F. & d. tit. 55. in princip. ibi, unde debita servitia amittebant. lib. 2. feudor. Quod per hypothecae constitutionem va- sallus non amittit feudum redditus: cum possessionem feudi, adeoque hujus possessionis commodum, quod est fructuum perceptio, retinet. l. Bulmann. 7. §. ult. ff. quib. ex caus.

181

182

in possess. eatur. Igitur cessante dispositionis fine in hypo- theca, cessabit etiam ipsa dispositio. arg. l. in omni. 13. ff. de adoprionibus. l. ex facto. 43. in princ. ff. de vulg. & pupill. substat. l. adigere. 6. §. quavis ff. de jur. patronat. c. cum ces- sante. 60. ext. de appellacionib. Atque huic sententiae suf- fragantur Bald. in d. c. 1. §. 1. n. 1. de prohib. feud. alienat. per Frid. & ibidem Alvarott. n. 2. Curt. junior. de feud. part. 4. n. 95. Frideric. Schenck. in dict. cap. 1. §. aut si libella- rio. quib. modis feud. amitt. Wurmser in pract. observat. de feud. observat. 18. Hartman. Hartmanni de feud. observat. 20. Zasius in epitom. feud. part. 9. num. 18. Eichard. consil. 5. num. 5. vol. 1. D. Collega Bocer. d. class. 5. Disput. 19. thes. 68. edit. 2. Rosenthal. in synops. feud. cap. 9. conclus. 15. Borcholt. in Comment. de feud. c. 8. n. 60. & seqq. alii- que nonnulli.

Non obstat, quod nominis tantum sono à pignore differ- re hypotheca dicitur. l. res hyp. §. inter pignus. ff. de pign. & hypothec. Illud enim non simpliciter & generaliter exau- diri debet, sed so ummodò quoad actionem hypothecari- am: quae tam hypothecae, quam pignoris nomine creditorie competit. d. l. item Serviana. 7. vers. inter pignus. infr. de act. Et d. item l. §. inter pignus ff. de pign. & hyp. pertinere ad actionem hypothecariam, arguit clarissimè ejusdem le- gis inscriptio, quae demonstrat, quod lex ista sit Marciani, desumpta ex lib. singulari ad formulam, id est, actionem hypothecariam: sicuti quoque monimus supra num. 5.

185 Minus resistit, quod non solum pignoris, sed & hypo- thecae datio sit alienatio. praedicta l. ult. Cod. de reb. alien. non alienand. Haud etenim quævis simplex feudi aliena- tio jure feudorum prohibita censetur, sed illa tantum, qua possessio rei feudalis ad alium, in quem alienatio fit, trans- feritur. d. tit. 55. in princ. vers. callidis. ibi, feudum ven- dunt, & in alios transferunt. lib. 2. feudor.

186 Nihil quoque adversatur, quod per hypothecae datio- nem pervenitur ad rei venditionem. l. 2. 3. & 4. C. de dis- tract. pignor. tot. tit. ff. de distract. pignor. & hypothec. quæ vasallo nequaquam permittit. et d. tit. 55. in princ. vers. habito ergo. & c. lib. 2. F. & prohibita alienatione, id etiam prohibitum intelligitur, ex quo sequi alienatio potest, arg. l. oratio. 6. ff. de sponsal. l. ad rem mobilem. 56. & l. ad lega- tum. 62. ff. de procuratorib. late post alios, quos citat. Meno- chius consil. 116. num. 15. & seq. Nihil, inquam, id adver- satur: quoniam procedit in alienatione simpliciter pro- hibita, non itidem in ea prohibita alienatione, qua ipsa rei possessio in alium transfertur: qualis est prohibita feudi alienatio, ut qua vasallus commodò fructuè privatur: de qua feudi alienatione cum feudorum placita tantum loquantur: de alia quavis alienatione minime sunt acci- pienda: praesertim, cum prohibitio alienationis sit odiosa: proindeque, in quantum fieri potest, restringenda, arg. No- vell. 108. in prefat. §. nos igitur 2. vers. novimus igitur, & c. Tiber. Decian. respons. 78. num. 37. vol. 3. & alii ab eo hanc in- sententiam allegati. Vide Berlichium conclusion. practica- bil. part. 2. concl. 31. num. 2. & seqq.

187 Superiori quaestioni proxima est illa: Anne, si feudi do- minus in oppignorationem consenserit, & postea, vasal- lo sine liberis mortuo, feudum ad ipsum dominum devo- lutum fuerit, illa firma maneat, sicque dominus satisfacere creditoribus teneatur? Et satisfacere teneri (utut re- clament atque oggantiant Mattheus de Afflic. in c. 1. qui successores teneantur, in usibus feud. Zasius in Epit. feud. part. 6. num. 27. & part. 9. num. 8. & 39. Borsutus consil. 171. alii- que per eum citati) omnino concludendum existimo. Pri- mum enim juris est haud incogniti: quod is, qui consen- tis contractui, super re aliqua mitto, hoc ipso censetur renunciare juri, quod in re illa habuit. l. servus communis, 38. §. 1. ff. de donat. inter vir. & uxor. Lapud Celsum, 4. §. que- situm. 12. ff. de doli mal. & met. except. l. 2. Cod. de remiss. pignor. Deinde & hoc exploratum est: eum, qui semel consensit, huic consensui jure contravenire non posse: sed eo nomine perpetuo devinctum esse, argum. l. per fun- dum. 11. ff. de servitutib. rustic. praedior. l. in diem. 8. ff. de acqui. & aquis pluv. arcenda l. de accessionibus. 14. §. fin. ff. de divers. & temporal. praescript. l. 1. §. prodest. 14. vers. unde si quis ff. quod legat. c. quod semel. 21. de reg. jur. in 6. Praeterea magis in specie de domino feudi traditum est quod en, quæ

quæ ipsius consensu in feudo gesta sive alienata sunt, rata habere teneatur, non solum tum, quando feudum adhuc à vasallo possidetur, sed vel maxime etiam, quando vasallo defuncto, feudum sibi apertum fuerit. c. 1. *Si est clientulus. vers. si verò de alienat. feudi. lib. 1. tit. 13. feud.* Et licet feudum per oppignorationem non alienetur, sicut per venditionem: tamen eadem ratio in oppignoratione, quæ in venditione, imò major esse videtur. Nam si alienatio stabilis ac firma permanet in præjudicium domini consentientis: multò magis firma debet manere oppignoratio, quæ minus præjudicii domino adfert. Adhuc idem suadet ipsa natura negotii. Oppignoratione siquidem jus constituitur reale, quod cum re ipsa transit, ad quemcumque ea pervenerit. l. si fundus 16. §. in vindicatione ff. de pignorib. §. hypothec. Dominus itaque consentiendo oppignorationi, censetur se ad naturam illius rei conformare, & tale jus in feudo constituere voluisse, quod feudum semper comitetur, tamen istud ad ipsum dominum reverteri fuerit. Sicut enim pleraque alia: ita etiam consensus domini secundum subjectam materiam, & naturam actus sive contractus, super quo adhibetur, id est, pignoris, adeoque secundum dispositionem juris est accipiendus, argument. l. insulam. 6. ff. de præscript. verb. l. si stipulatus. 4. in princip. vers. verum si emptor. ff. de usur. l. damni. 3. in princip. vers. §. quod in stipulatione. ff. de dam. infecto. l. si cui 9. ff. de servitutibus §. l. quaquam. 62. ff. de rit. nupt. ut nimirum, ut maneat pignus, donec debita pecunia creditoribus offeratur, solvaturque iis modis, quibus jure constitutum est. tot. tit. ff. quibus mod. pign. vel hypothec. solvit. Atque ita, post Andream de Isernia à se laudatum, sentit Marinus Treccia lib. 2. de auctoritate & potestate regu. erga subfeudatarium auctorit. 29. n. 8. vers. sal. sit etiam hæc regula, &c. Eique patrocinantur non inviti D. Hartman. Pistoris lib. 2. parte poster. quæst. 48. n. 14. cum seqq. Fachinus lic. 7. controversiar. jur. cap. 56. & Hackelmannus Disputat. illustr. quæst. 11. coronid. 2.

Hanc sententiam primò non destruit, quod regulariter omnis promissio & conventio intelligitur, rebus sic stantibus, sive in eodem statu permanentibus. l. quæro. 54. §. inter locatorem ff. locati l. quod Servius. 8. ibique gloss. super verb. potest. & Jason. colum. 3. ff. de condit. caus. dat. caus. non secut. l. continuus. 137. §. cum quis. 6. ff. de verbor. obligat. l. ex facto. 43. in princip. ff. de vulg. & pupill. sublit. l. cum quis. 38. in princip. ff. de solutionibus. Latè Anton. Rubens consil. 147. hincque cum aliis allegans Thraquelus ad l. si nunquam. 8. c. de revocand. donat. in præfatione. num. 167. Ideoque consensus domini, super oppignoratione interpositus, locum habere, ac domino præjudicare creditur, rebus sic stantibus; id est, donec vasallus, qui oppignoravit feudum, vixerit, sive successores ejus feudum obtinuerint, non autem, si feudum ad ipsum dominum revertatur. Hoc, inquam, non destruit nostram sententiam. Quamvis enim prædictis in legibus promissio facta, propter certas quasdam & iustas causas intelligatur, rebus sic stantibus: non tamen inde sumi potest generale quoddam, ac veluti absolute axiomæ: quamlibet conventionem ac dispositionem accipiendam fore, rebus sic stantibus; ita ut quælibet varietas & mutatio postea contingens, jus immutet, ipsamque promissionem & conventionem infringat. Idque satis apparet ex præallegato cap. 1. §. est clientulus. de alienat. feudi lib. 1. tit. 13. feud. ubi habetur casus alienationis feudi, cum voluntate sive consensu domini à vasallo factæ. Vasallus moritur sine descendens masculis, & quaeritur: nunquid facta alienatio revocetur, an verò subsistat? Si postetur illud generale pronuntiatum: Quælibet promissio & obligatio intelligitur rebus sic stantibus: dicendum erit, feudum ad dominum reverti, alienationem rescindi, consensusque non obitare: siquidem res non amplius sit in eodem statu. At contrarium deciditur, in d. §. est clientulus: nimirum stabilem permanere alienationem. Hujusque ratio est: quia secundum ipsam naturam actus, & intentionem contrahentium, & rei sequentem judicandum est, non secundum generales quasdam regulas. Omnis quippe definitio sive regula periculosa est domini dominio. 20. ibique Accurs. & Philipp. Martham n. 2. & seq. ff. de reg. jur. Joani. Mercet. lib. 2. opinion. cap. 16.

Secundò non turbat nostram sententiam; quòd consensus præjudicare juri proprio ipsius consentientis non soleat, quoties interponitur & adhibetur pro auctoritate rei gestæ, ut valeat. l. Cujus. 39. ubi Paul. de Castor. ff. de pignorat. act. l. cum quedam. 26. C. de administrat. tutor. vel curat. ac propterea nec in præsentem themate consensus domini obstat aut præjudicat ipsi in jure proprio; atque adeo non impedit, quòd minus vasallo, sine masculis defuncto, feudum liberè ad illum revertatur. Nam respondetur: consensum non obesse aut præjudicare domino circa jus directi domini, quod habet, & habuit tempore alienationis feudi, neque circa consolidationem utilis domini cum directo; modo pignus firmum maneat. Etenim si firma non consisteret feudi obligatio à vasallo facta, domino consentiente: id creditori præjudicium adferret, & naturæ rei gestæ repugnaret. Ea siquidem natura contractus pignoris est; ut maneat jus firmum creditoris, donec pecunia ei persoluta fuerit, docente Fachineo d. lib. 7. contro. vers. jur. cap. 56. vers. secundum argumentum, &c.

Tertiò, eandem sententiam haud evertit: quòd domini consensus, oppignorationi præstitus, confirmat oppignorationem, quæ aliàs non valeret. Confirmatio autem nihil novi juris tribuit. Qui enim confirmat, nihil dat. l. §. quia. 6. ff. de jurisdict. c. quia diversitatem. §. ext. de concess. præbend. C. l. ibique gloss. super verb. confirmationem ext. de confirmatione utili, vel inutili. Gail. lib. 2. obs. 1. num. 3. & 8. Non itaque consensus, qui ideo adhibetur, ut obligationem seu oppignorationem vasalli confirmet, novum jus contra dominum consentientem introducere poterit, ut eundem etiam, feudo sibi aperto, obliget. Illud, inquam, haud nostram evertit sententiam. Neque enim propterea, quòd statuimus, dominum feudo sibi aperto, debitum persolvere teneri, ex confirmatione, præter naturam ejus, novi aliquid sequitur. Nam cum semel jus reale, consentiente domino, in feudo constitutum fuerit: necessariò inde evincitur, jus hoc inherere, ad quemcumque feudum pervenerit. Non igitur mirum, cur consensus eo vires suas extendat: cum is, qui vult unum, existimetur etiam omne id voluisse, quod ex eo necessariò consequitur, arg. l. 2. ff. de jurisdict. l. illud. 77. ff. de acquir. vel omit. hered. l. cum principalis. 178. ff. de reg. jur. Siquidem non idcirco dominus ultra obligatur, quàm requirat ipsa consensus natura: quæ est, ut quis id, quod semel placuit, ratum habere teneatur. arg. c. quod semel. 21. de reg. jur. l. 6. & l. nemo potest mutare 75. ff. eod. tit.

Quarto, non obstat vulgata juris regula, quæ docet, quòd renunciatio juris nunquam præsumatur: nisi de ea expressè actum fuerit. l. cum de indebito. 25. circa princip. ff. de probationibus, & quotiescumque alicui placet competunt jura, si uni renunciaverit, non propterea alteri renunciatum censeatur, argument. l. si domus. 21. ff. de servitutibus præd. verb. l. si mihi 20. in princip. ff. de servitutibus præd. rusticor. l. nec in. 17. §. 1. ff. de acquir. vel omit. heredit. l. quoties duplici. 91. ibique Decius & Cognatus ff. de reg. jur. l. igitur & in nostro casu quamvis dominus consentiendo obligationi seu oppignorationi, intelligatur renunciare juri, quòd vivente vasallo ipsi in feudo competere: non tamen ideo videatur voluisse jure, quòd demum post mortem vasalli sibi competere inciperet, se abdicare; & in eventum semetipsum creditoribus obligare. Non, inquam, obstat prædicta regula: quia ea procedit in dubio: secus in claris, in quibus nos versamur, & in quibus locus non est conjecturis. l. continuus. 137. §. cum in fine. ff. de verb. oblig. l. ille aut ille. 25. in fine. ff. de iur. 3. In proposito namque questione de renunciatio ex ipso consensu domini dilucide constat: quandoquidem consentiens oppignorationi, eo ipso jure suo renunciat reputatur arg. l. servus communis. 38. ff. de donat. inter vir. & uxor. l. apud Celsum. 4. §. quæstionem. 12. ff. de sol. mali. §. met. exc. & l. idem. 26. §. 1. ff. de pignoribus & hypothec. & c. etiam quòd de renunciatio unius juris ad alterum non porrigenda adfertur, locum tantaxat habet in iuribus separatis & diversis. Hoc autem non de diversis, sed de uno & eodem jure directi domini agitur. Hanc p. d. q. 48. n. 28.

Quintò, nihil decerpit nostræ decisioni, quòd plerumque inter se differant consentire & obligari, per notam Accursi

Accursii in l. 1. §. si ratum. 6. ff. quod iussu Bartoli in l. Lucius Titius. 21. ff. de administrat. & peric. tutor. & in l. si cum dotem. 22. §. transgrediamur. 12. ff. solut. matrimoni. & ideo dominus, qui consensit oppignorationi feudi, non censetur obligatus propter hunc consensum, ad solvendum res alienum creditori ipsius vasalli. Responderi enim potest; non obligari quidem dominum expresse ob consensum prestitum ad solvendum res alienum; sed hoc tamen efficere prestitum consensum, ut feudi oppignoratio legitime constituta esse dicatur: ac proinde ita stabilis & firma permaneat, ut creditor pignori recte insistat, donec ei debita pecunia persolvatur; nec aliter pignus sive hypotheca ejus solvatur, quam solutione illius, quod debetur, vel aliis legitimis modis. Fachinus d. l. 7. cap. 56. vers. quintum argumentum, &c.

203 Postremo nihil plane officit, quod in generali locutione non comprehendatur persona loquentis, argument. l. qui insulam. 30. §. ult. ff. locati. l. inquisitio. 19. C. de solutionibus. Andr. de lsern. in cap. 1. §. fin. hic finitur lex. in usibus feudor. & ea propter dominus oppignorationi feudi consentiens, de propria ipsius obligatione sensisse non sit existimandus. Nam cum dominus oppignorationi consentiendo obstringatur, & ratum teneatur habere contractum vasalli, atque hoc respectu ex ipso etiam contractu vasalli obligetur: qui quæso personam ejus à consensu ab ipso prestito sejungere poterimus? Procedit enim ista regula brocardica solummodo in his, ubi persona loquentis, & sermo ab eodem prolatus, separatim considerari potest, ut diserte tradidit Pistoris d. quest. n. 48. num. 30. Hancque nostram hactenus defensam sententiam tum quoque obtinere putamus: cum dominus oppignorationi feudi consensit, adjecta clausula, salvo jure meo. Isthæc etenim clausula intelligitur reservare omnia alia jura, præter ea, quæ dominus consentiendo in alium transferri patitur. Siquidem alius reservatio illa consensui esset contraria, & veluti quædam protestatio contraria facto, quæ non relevat protestatem, argument. l. si quis extraneus 21. in princ. ff. de acquir. vel omitt. heredit. c. sollicitudinem. 54. de appellat. c. cum M. Ferrariensis. 9. ibique glos. super. verb. sine præjudicio de constitut. c. olim causam. 2. & inibi glos. in verb. protestatus. de censibus. Sed vide subtilissime hæc explicantem Hartmannum Pistoris. d. quest. 48. n. 32. cum seqq. & Fachinæum d. lib. 7. controvers. jur. cap. 56. circa finem.

205 Porro & illud hic addendum censeo: quod consensus à domino feudi oppignorationi, à vasallo factæ, prestitus etiam ad usuras, sive ad id, quod interest frustra reclamantibus Matthæo de Afflict. in c. imperialem in 12. notab. quest. 8. num. 23. de probib. feud. alienat. per Frid. & Marino Freccia lib. 2. de auctorit. & potest. Baronis erga subfeudatarium quest. 20.) merito extendatur, argument. l. quæro. 54. in princ. ff. locat. ubi fidejussor cujus obligatio liti accipienda est in omnem causam conductionis obligatus, tardius illatarum per moram colom pensionum usuras præstare cogitur. Sicut igitur obligatio fidejussoris ad usuras extenditur: ita & consensus domini: quoniam dum dominus in oppignorationem feudi consentit: in omnem causam consentire dicatur. Nec movet, quod ab adversariis negatur, dominum consentire in omnem causam, dum consentit oppignorationi feudi. Id enim concedi poterit, si adjecta certæ quantitatis taxatione consentiat; puta consensio, ut feudum oppignoretur à vasallo pro quantitate centum duntaxat aureorum. Cæterum si consentiat simpliciter, nec ad certam pecunie summam consensus restringatur: aliter erit respondendum, & dicendum, quod hoc casu consensus non ad sortem tantum pecunie debetur, sed & ad usuras pertineat, d. l. quæro. 54. in princ. ff. locat.

206 Neque recte replicatur, non porrigi consensum ad usuras, quæ ex mora debitoris vasalli veniunt: cum hujus culpa domino nocere non debeat. Nam mora debitoris vasalli non nocet domino per se & principaliter, sed in consequentiam contractus pignoris, cui dominus ipse consentit. Usurie siquidem veniunt tacite, & in consequentiam contractus bonæ fidei post moram, ex officio judicis. l. Lucius Titius. 24. ff. de posita. dict. l. quæro. 54. in princ. ff. locat.

207 Quare dominus consentiens pignori, qui contractus bonæ fidei est. §. actionum autem. 28. infr. de actionibus, videtur consentire in omnem causam, quæ ex eo contractu nasci potuit, argument. l. si quis pro eo. 56. §. si nummos. ff. de fidejussoribus. Et ita hanc sententiam, post Joachinum Camerarium in d. c. Imperialem. de probib. feudi alienat. per Frid. & Hartmannum Pistoris lib. 2. parte posteriori, quest. 49. defendit Fachinæus d. lib. 7. controvers. jur. cap. 57.

Sanè debitoris bona vel generaliter, vel specialiter, pignori aut hypothecæ supponi solent. l. 1. in pr. l. obligatione. 6. l. Paulus. 29. in pr. ff. de pign. & hypoth. l. 2. ff. qui potior. in pign. vel hypothec. hab. l. 1. & l. nomen. 4. C. quæ res pign. obligari poss. Generaliter: cum sine ulla rerum notatione omnia bona, præsentia & futura, obligantur: puta si dicatur; obligo tibi omnia mea bona: vel tantum, omnia bona. l. ultim. C. quæ res pign. oblig. poss. ubi vide Donellum, eumque livido dente arrodentem Schifordegherum lib. 3. tr. 12. quest. 2. Ea tamen, quæ ab herede obligantis quæsitæ sunt, generali pignoris seu hypothecæ obligatione continentur. d. l. Paulus 29. in pr. ff. de pign. & hypothec. ut nec ea quæ verisimiliter quis non fuisset obligaturus: cujusmodi sunt, supellex, vestis, servi aratores, boves aratorii, cæteræque res, quæ ad usum debitoris perquam necessariae sunt; vel ad affectionem ejus pertinent; qualis est concubina; alumni, &c. d. l. obligatione. 6. cum duabus seqq. ff. eodem tit. d. l. 1. l. executores. 7. & l. seq. Cod. quæ res pign. oblig. poss. Mudams ad tit. de pignoribus & hypothec. c. quæ res obligate intelligantur. num. 6. & seqq. Specialiter bona debitoris pignoris vel hypothecæ obligantur, cum ipsa conventio in certam rem unam vel plures confertur, dicta. l. 1. in princ. l. & quæ nondum. 15. §. 1. ff. de pignoribus, & hypothec. Et hæc specialis conventio etiam complectitur ea, quæ per consequentiam accedunt. Cujus generis sunt: si quid fundo obligatio per alluvionem accesserit. l. si fundo. 16. in princ. ff. d. tit. si cum nuda proprietate pignori data fuerit, usufructus accreverit. l. si convenerit 18. §. 1. ff. de pignorat. act. item partus ancillarum, foetus pecorum, & fructus prædiorum obligatorum. l. fidejussor. 26. §. ult. dict. l. Paulus 29. §. 1. ff. de pignoribus & hypothec. l. 1. C. de partu pignoris. l. quavis fructus. 3. C. in quibus caus. pign. vel hypoth. tacit. contrahit. Sed & ædificium areæ obligatæ impositum, pignori sive hypothecæ tenetur, d. l. si fundus. 16. §. si res. & l. ult. ff. de pignorib. & hypothec. l. domo. 21. ff. de pignorat. act. late Donell. in tractat. de pignorib. cap. 7. pag. mibi. 118. D. Boer. Class. 2. Disput. 12. thes. 30. ad lit. C. edit. 2.

In pignori vel hypothecæ constitutione nonnunquam etiam pacta interponuntur: quæ si justa fuerint, servanda sunt; sin injusta, reprobanda. Est autem inter cætera justum pignoris pactum, si convenerit, ut donec pecunia solvatur, pignore creditor utatur fruatur in modum legitimarum usurarum l. 1. §. pacto. 3. l. si iis. 11. §. 1. ibi, donec illi pecunia solvatur. ff. de pignoribus & hypothec. l. Gajus Sejus. 39. ff. de pignorat. act. l. legata. 9. §. ult. ff. de supellect. legat. l. si ea pactione. 14. & l. si ea lege. 17. C. de usur. Quæ pignoris species a *utitur* appellatur l. si pecuniam. 33. ff. de pignorat. act. de l. si iis. qui. 11. §. 1. ff. de pignoribus & hypothec. Petrus à Vuell. in tractat. de usur. ad l. 19. ff. de usur. Ritterhus. lib. 3. differentiar. jur. civilis. & can. cap. 7. pag. 208. Bachovius lib. 1. de pignorib. & hypoth. cap. 12. pag. 60. At quid statuendum, si unus ille, sive perceptio fructuum legitimum usurarum modum exceßerit: num pactio aut conventio hæc valebit? Si fructus percipiuntur, ut usuræ: nulla ratione fieri potest, ut terminos legitimarum usurarum egrediantur. Si verò percipiuntur loco usurarum, & tanquam fructus, & quidem incerti, sive eventus spectentur, sive eorum æstimatio: conventionem istam ratam esse, non ineptè quis dixerit. d. l. si ea lege. 17. C. de usur. Etenim si minus: & interdum etiam nihil fructuum creditor percipiat, id quod fieri potest: eo tamen contentus esse debet: atque ideo eventus & æstimationis fructuum incertitudo tale pactum ab iniquitate usuraria liberat. Si- out & pleraque alia propter incertum fructuum pretium & eventum permittuntur: quale illud est: quod frumenti, hordei, vel olei mutuo dati accessiones etiam ex nudo pacto præstandæ sunt: quæ in pecuniis non nisi ex stipulatione debentur. l. frumenti. 12. ibique Gothofr. & l. oleo. 23. juncta.

213 etiam pacta interponuntur: quæ si justa fuerint, servanda sunt; sin injusta, reprobanda. Est autem inter cætera justum pignoris pactum, si convenerit, ut donec pecunia solvatur, pignore creditor utatur fruatur in modum legitimarum usurarum l. 1. §. pacto. 3. l. si iis. 11. §. 1. ibi, donec illi pecunia solvatur. ff. de pignoribus & hypothec. l. Gajus Sejus. 39. ff. de pignorat. act. l. legata. 9. §. ult. ff. de supellect. legat. l. si ea pactione. 14. & l. si ea lege. 17. C. de usur. Quæ pignoris species a *utitur* appellatur l. si pecuniam. 33. ff. de pignorat. act. de l. si iis. qui. 11. §. 1. ff. de pignoribus & hypothec. Petrus à Vuell. in tractat. de usur. ad l. 19. ff. de usur. Ritterhus. lib. 3. differentiar. jur. civilis. & can. cap. 7. pag. 208. Bachovius lib. 1. de pignorib. & hypoth. cap. 12. pag. 60. At quid statuendum, si unus ille, sive perceptio fructuum legitimum usurarum modum exceßerit: num pactio aut conventio hæc valebit? Si fructus percipiuntur, ut usuræ: nulla ratione fieri potest, ut terminos legitimarum usurarum egrediantur. Si verò percipiuntur loco usurarum, & tanquam fructus, & quidem incerti, sive eventus spectentur, sive eorum æstimatio: conventionem istam ratam esse, non ineptè quis dixerit. d. l. si ea lege. 17. C. de usur. Etenim si minus: & interdum etiam nihil fructuum creditor percipiat, id quod fieri potest: eo tamen contentus esse debet: atque ideo eventus & æstimationis fructuum incertitudo tale pactum ab iniquitate usuraria liberat. Si- out & pleraque alia propter incertum fructuum pretium & eventum permittuntur: quale illud est: quod frumenti, hordei, vel olei mutuo dati accessiones etiam ex nudo pacto præstandæ sunt: quæ in pecuniis non nisi ex stipulatione debentur. l. frumenti. 12. ibique Gothofr. & l. oleo. 23. juncta.

cunctal. 3. C. de usur. Cujac. lib. 8. observ. cap. 17. Mynfinger. cent. 6. observ. 71. Borcholt. in Comment. de usur. cap. 6. n. 5. Bronchorst. cent. 1. évaxio Qvāv. assert. 96. edit. 1. Arumens Exercit. Justin. 12. thes. 19. & Treutler. disputat. 1. thes. 6. ad lit. b. vol. 2. ibique Hum. in resolut. quest. 38. pag. 59. & seqq. Ea que de re confusi quoque poterant, diversimode sentientes, Carolus Molinæus in tract. commercior. & usurar. quest. 35. num. 259. & seq. Francisc. Balduin. in tract. de pignoribus & hypothec. cap. 16. Alciat. lib. 2. Disput. cap. 3. Andr. Gail. lib. 2. observat. 3. Hotoman. lib. 1. observat. c. 4. & ad tit. in quibus caus pignus, & c. Robertus. libr. 1. recepte jur. civil. lectionis. cap. 14. Hackelman. Disput. 12. thes. 2. Ant. Fab. part. 1. de errorib. pragmat. dec. 9. err. 5. cum seqq. Herm. Meyrer. in tract. de preferendis cred. lib. 1. c. 8. Knipschildt. d. exercit. Acad. 5. q. 16. pag. 196. Francisc. Merlinus decif. Lucens. 33. & Seickard. disp. 12. ad Institut. in corollario.

216 Cæterum injustum, ac propterea minimè servandum pignoris hypothecæ pactum est: cum creditor pecuniam credit ea lege; ut, si pecunia ad certum diem soluta non fuerit, pignus, quod eo nomine obligatum est, creditoris fiat. l. ult. Codic. de pactis pignorum, & c. Qua lege Constantinus Imp. damnat pacta, propter fragilem debitoris captionem, & avari creditoris asperitatem inita. Solent enim creditores avaritia exardescere, mutuo dare pecuniam nemini, nisi sub lege pignorum commissoria: cui facillimè debitores, necessitate pecunie accipiendæ constricci; se submitunt: tum propter spem rebus suis consulendi: tum propter exitum, qui prementur, egestatem atque necessitatem. Molin. d. tract. commercior. & usurar. quest. 52. num. 364. Neguzant. in tract. de pignoribus & hypothec. part. 4. principal. num. 1. Bronchorst. cent. 1. miscellan. controvers. assert. 77. Bonacina in tract. de contrahib. & rehit. Disputat. 3. quest. 3. punct. 8. pag. 466. Pactum autem istud vocari solet lex commissoria d. l. ult. C. de pactis pignorum. & de lege commissor. & c. & tit. 27. lib. 1. feudor. hocque proprium habet, ut pignora cadant in commissum, debito ad diem præfinitum non soluto: & dicitur lex commissoria ad similitudinem commissorum emphyteuticorum, vel publicanorum, quorum meminit l. 2. C. de jur. emphyt. l. commissi. 14 ff. de publican. & vectigalib. Donell. in tract. de pignoribus cap. 13. pag. mihi 154. Covarruv. lib. 3. variar. resolut. c. 2. num. 8. Bachov. d. lib. 1. de pignorib. & hypothec. cap. 15. pag. 64. & seqq.

218 Nec ad rem istam, qua statuitur, l. gem. id est, pactio nem commissoriam in pignoribus esse reprobam, obstat. l. si fundus. 16. §. ult. ff. de pignoribus & hypothec. & l. 1. C. de pactis pignorum. & c. ubi videtur pactum inter debitorem & creditorem initum: ut, si ad conventum tempus debitor creditori solvat debitum, res oppignorata ei pro debito cedat. Nam tum demum subsistit illa pactio, ut res pro debito oppignorata cedat creditori, si iusto pretio æstimata fuerit. Hoc quippe casu conditionalis quædam pignoris venditio inter debitorem & creditorem contrahitur. d. l. si fundus. 16. in fin. ff. de pignor. & hypothec. resque tunc æstimatur a iudice, aut alio viro bono: neque debitor aut creditor inde leditur. Ita tenent Bartol. in l. ult. C. de pactis pignorum. Alexand. consil. 178. num. 9. lib. 7. Afflict. decif. 361. num. 1. in fin. Menochius remed. 5. adipiscend. poss. §. quest. 8. num. 44. alique complures, ab eo citati.

219 Pari ratione non repugnat l. fin. in princ. ff. de contrah. empte. ubi sustinetur pactum commissorium in pignore, interpositum inter debitorem & fidejussorem, qui pro fidei suam astrinxit. Illic namque non respondetur, quod ipsa prædia sint fidejussori pro debito empti, adeoque legi sive pactio commissoriae locus relinquatur: sed simpliciter dicitur quod sint empti: & sic intelligitur, iusto pretio empti esse. Quoties enim dicitur simpliciter, quod res sit empti nisi debitum in termino præfixo sit solutum non intelligitur pro ipso debito, sed pro iusto pretio, à iudice, vel bonis viris æstimando, arg. d. l. si fundus. 16. §. ult. ibique Bartol. ff. de pignoribus & hypothec. Hostiens. in nota. Joann. Andr. Panormitan. & alii in c. significantes. 7. ext. de pignoribus Neguzant. d. tract. de pignoribus & hypothec. part. 4. princ. num. 6. Bertrand. consil. 98. in puto. col. fin. lib. 4. Atque id copiosius explicavit Molinæus d. tract. commercior. & usurar. quest. 52. num. 357.

& Didacus Covarruvias dist. lib. 3. var. resolut. cap. 2. num. 7. & 8.

220 Similiter non adversatur l. ult. Cod. de distract. pignorum. ubi rescribitur, validum esse pactum inter creditorem & debitorem initum: ut, si ex venditione pignoris plus percipiat creditor, quam ei debebatur, hoc cedat lucro creditoris? quod videtur sapere naturam pacti seu legis commissoriae: eò quod pignus acquiritur creditori pro debito, licet pignus valeat plurius, quam debitum. Non, inquam, adversatur. Quia iusta est conventio, si convenerit, ut, quod ex pignoris venditione redegerit creditor, id omne sibi habeat, propter incertum eventum venditionis: sicut è contrario, ut si vel minimum redegerit, eo sit contentus in crediti vicem. l. à Divo Pio. 15. §. si pignora. 3 ff. de re judicat. At non ita lex sive pactio commissoria in pignoribus admittitur. tot. tit. Cod. de pactis pignorum. & de lege commissor. in pign. rescind. Gothofred. ad d. l. ult. C. de distract. pignorum. Bronchorst. d. centur. 1. miscellanear. controvers. assert. 77. in fine. Cur autem in pignoribus, & non item in emptionibus, pactio commissoria improbetur, explicuimus in §. emptio. 4. infra, de empt. & vendit. n. 6. & seq.

221 Dubitatur & controversitur inter Doctores: an talis pactio commissoria valeat, si non à principio, scilicet quando contractus celebratur, sed ex intervallo, post pignus datum, adjiciatur? Et valere censent Bartolus in l. quamvis. 45. ff. de solutionibus & in l. Titius 34. ff. de pignorat. action. Guido Papa decif. 6. num. 2. Abbas Panormitan. in cap. significante 7. de pignoribus num. 6. Neguzant. d. part. 4. num. 6. Mozzius in tract. de pignoribus & hypothec. c. de accidentalib. pignoris. num. 12. Humius lib. 3. var. resolut. jur. civ. tract. 7. part. 1. quest. 5. pag. 1081. cum seq. & alii plerique. Verum contrarium ego veritati magis esse consentaneum, omnino existimo, cum recentioribus quibusdam magnæ auctoritatis Jurisconsultis, Carol. Molinæo, in aliquoties allegato tractat. commercior. & usurar. q. 52. num. 363. Antonio Fabro part. 1. de erroribus pragmat. decad. 21. error. 2. Mudeo in tract. de pignoribus & de pacto legis commissor. num. 20. cum seqq. Bocero class. 12. Disput. 2. thes. 35. lit. B. edit. 2. Hackelmanno Disputat. question. illustr. 12. thes. 3. ad lit. A. Plebstio Disputat. 2. de iure topico Wurttemberg. thes. 112. lit. B. edit. 1. Bachovio d. lib. 1. de pignoribus & hypothec. c. 16. num. 4. pag. 75. & aliis. Hæcque 222 sententia sufficienter probatur argumento dist. l. quamvis. 45. ff. de solutionib. & d. l. ult. Cod. de pactis pignorum. & c. qui textus generaliter & indistinctè loquuntur. Ergo nec nobis distinguendum erit. l. de pretio 8. ff. de public. in rem act. l. 1. §. generaliter. 1. ff. de legat. præstant.

223 Nec huic contradicit Marcellus in d. l. Titius 34 ff. de pignorat. act. ubi respondit, valere pactum inter debitorem & creditorem interpositum, quo convenit, ut fundum certum pretio emptum habeat creditor, qui alioquin ob non solutam sua die pecuniam distrahere pignus posset. Non enim Jurisconsultus loquitur de lege commissoria in pignore ex intervallo adjecta, nec de casuali aut conditionali pignoris venditione sed de pura datione in solum, aut venditione tunc facta, cum jam in solvendo moram debitor contraxerat. Quæ species longè differt à nostra. Nemo siquidem negavit unquam, valere conventionem, si pro debito purè vendatur res, quæ antea obligata tantum erat. l. rescriptum. 12. ff. de distract. pignorum. l. in numerationibus 44 ff. de solutionibus l. cum dominam. 13. C. de pignorib. & hypothec. latè & accurate Anton. Fab. Molinæo locis proximè designatis. Et sanè adeo ista pactio commissoria non subsistit, ut ne juramento quidem confirmari possit. l. non dubium. 5. C. de legibus d. c. significante 7. ibique Panormitan. ext. de pignoribus. Quoniam juramentum non debet esse vinculum iniquitatis, atque bonis moribus contrarium. cap. 1. de iur. iur. in 6. non est obligatorium. 58. de regul. iur. in 6. l. non erit. 9. §. sed si quis ff. de iur. iur. Mozzius d. tract. de pignoribus & hypothec. cap. de accidentalibus pignoris. num. 9. Treutler. Disputat. 1. thes. 6. sub lit. d. volent. 2. & ibi in suis resolut. Humius quest. 44. pag. 69. cum seq. Anton. Faber d. part. 1. de errorib. pragmat. decad. 21. error. 8. Schifordegherio lib. 3. tract. 13. quest. 3. & Antonius Meyenda lib. 1. controvers. iur. cap. 3. num. 4. & seqq. Quamvis contrarium, post alios teneat Fachinus lib. 10. contro-

controversiar. jur. cap. 73. Et Gutierrez. de juram. p. 1. c. 33. num. 3. Et seq. Rittershusius d. lib. 3. different. jur. civ. Et Can. cap. 4. itemque novissime Bachovius d. lib. 1. de pign. ribus Et hypothec. c. 16. num. 1. 2. Et 3. p. 72. Et seqq.

226 Vocatur & hoc in controversiam: nunquid creditor ex pacto (quo placuit, cum non reddita sibi pecunia, rei oppignoratae possessionem propria ac privata auctoritate occupare posse) & secundum conventionis legem ingredi possessioni queat? Sanè si creditor ista conventionem, volente debitore, possessionem ingrediatur: vim facere non exstimator *arg. l. pignoris caus. 11. C. de pignoratis. ad. At, si repugnante debitore, ingrediatur: vim facere censetur, & simul crediti jus amittit ex decreto Divi Marci. l. extat. 13. ff. quod met. caus. l. in possessionem. 5. C. ad leg. Jul. de vi public. Idem quoque constitutum reperitur jure renovato Wartembergico, part. 2. tit. 7. Von Unterpfinden. §. Was fur Pachten und Eeling in unterpfunden stat haben. vers. Eleicherweiff, &c. fol. 259.*

227 Cui sententiae non refragatur textus in *l. creditores. 3. C. de pignoris Et hypothec. ubi Imp. Severus & Antoninus rescripserunt: creditores, qui non reddita sibi pecunia, conventionis legem ingressi possessionem exercent, vim facere non videri. Nam haec tenentur dicuntur creditores hoc rescripto vim non facere, si duntaxat sua auctoritate possessionem ingrediantur, cum id à debitore nominati non impetrassent, non etiam, si vim corpori debitoris intulerint ut commode expl. illic. Don. n. 4. Proindeque istam. l. 3. de durante voluntate debitoris permittentis creditori rem auferre & occupare, accipiendam esse, bene censet Bachovius in tract. de act. disputat. 3. ad thes. 28. p. 114. vers. disputari hic possit. Et c. item in not. ad Treutler. volum. 1. pag. 418.*

228 Sic non obstat, quod ab initio debitori placuit, id & invito eo fieri posse. §. 1. sup. quib. alienare licet. vel non *l. de accessionib. 14. in fin. ff. de divers. temporalib. praescript. c. quod semel. 21. de reg. jur. in 6. l. 1. ff. de pact. l. 1. ff. de constit. pecun. l. verò procuratori 12. §. alia causa. 3. ff. de solutionib. item, dominum pati injuriam non videri, qui semel voluit. *l. in diem 8. §. 1. ff. de aquo. Et aqua plu. arcend. Etenim prius recte dicitur de eo, quod jure placuit: certè quod ita placuit, postea revocari non potest. At in conventionibus injunctis hoc evenit, ut non mutatione voluntatis debitorum rescindantur; sed sua sponte ab initio nullus momenti judicentur. Quod autem dicitur, invitum injuriam non pati, qui semel voluit: haec tenentur verum est, si proponatur res tantum gesta esse invito eo, qui voluit, ut sit in d. l. in diem 8. §. 1. ff. d. sit. Non idem statuendum est, si vis ei inferatur: quam bonae leges omnes, ut bonis moribus, & publicae utilitati inimicam, averfantur. l. nihil consensui 116. ff. de reg. jur. d. l. extat. 13. ff. quod met. caus. l. si quis in tantam. 7. l. penultim. Et ultim. C. unde vi.**

230 Similiter non resistit *l. cum creditor 55. ff. de furt. ubi Ulpianus ait: creditorem, si rem sibi pignoratam auferat, contrectare seu furtum facere non videri. Nam furtum quidem non facit, quia dolo malo non contrectat rem, ad jus suum pertinentem: sed nihilominus vim facit. Itaque hac poena teneretur, ut crediti jus amittat: non teneretur poena furti, ut duplum praestet, aut quadruplum. Donell. ad d. l. creditores. 3. C. de pignoris Et hypothec. n. 2. Nec hinc solutioni quicquam detrahit, quod idem Ulpianus in l. qui vas argenteum. 48. in princ. ff. de furt. respondit ei, qui furi vas argenteum furtivum abstulerat, adversus furem actionem in dubium concedit: nec eum jure suo privari: adeoque impune sibi ipsi jus dicere. Primo enim responderetur: auferre eo in loco non significare per vim auferre, & propria auctoritate recuperare, sed remedium legitimum, ac jure ad hoc prodictis, recipere. Cujac. in d. l. extat. 13. ff. quod met. caus. Et c. Deinde non inopè dici poterit: legem istam 28. ff. de furt. accipiendam de fure, qui cum vi, quod abstulerat, auferat. Quem persequi, eidem rem ablatam extorquere, ideoque jura permittunt: quia melius sit occurrere in tempore, quam post factum vindicare: quod scire sit, punire iudicio, cum nulla amplius ultione aut remedio res salva praestari possit. l. tunc. C. quando lic. unicuique sine jud. se vind. Quam ex-*

dem ob causam permittum est, debitorem cum re auferentem sistere, eique debitum vi extorquere *l. ait, praetor. 10. si debitorem. 16. ff. que in fraud. creditor. facta sunt, ut resist.*

Præterea non adverlatur *l. quemadmodum 29. §. 1. ff. ad 231 l. Aquil. ubi permittitur domino propria auctoritate, etiam iudice non adito, quod in suo aedificatum est, tollere vel destruere. Quod enim traditur, non licere suum sine iudice ab alio auferre: intelligendum est de eo, quod non possidet. Alioqui si quis rem possideret, & in ea aliquid fieret: posset propria auctoritate, quod in suo positum vel factum est, destruere, aut rem occupare. l. si in area. 33. ff. de condic. indeb. Costal. ad d. l. exstat. 13. ff. quod met. caus. eumque referens Bronchorst. cent. 1. evayrio Pavov. assert. 39. edit. 1. Et explicuimus ad princ. t. infr. de act. num. 37. Adde, quod is, qui destruit, quod in suo factum aut aedificatum est, propterea jure id facit: quia non alienum sed suum destruit. Namque aedificium alieno solo cedit: ac proinde dominus soli illud, utpote suum destruere & amoliri potest. §. ex diverso. 30. sup. de rer. div. Et acquir. ipsar. domin.*

Non item movet *l. 1. §. 2. ff. quod legator. ubi legatarius, qui propria auctoritate, sive voluntate heredis, legatum occupavit, tenetur quidem interdicto; Quod legatorum, ut heredi possessionem rei legatæ reddat, quo is Falcidiam detrahit, sed tamen legatum non amittit. Ideo namque non amittit legatum: quia id occupavit, antequam possessio legati per heredem apprehensa esset. Siquidem quamdiu heres non apprehendit rerum hereditarium possessionem: censetur adhuc possessio vacare, & apud nulum existeret. l. 1. §. Scævola. 15. ff. si quis testam. lib. esse iussus erit, &c. Unde si legatarius post a litam hereditatem, & apprehensam possessionem rei legatæ, legatum occupat, aut subtrahat, legatum perdit. l. non est dubium. 5. C. de legat. ibique gloss. Odofred. Cyn. Jacob. Butrig. Bartol. Alvaric. Bald. Angelic. Salicet. Alexand. Jason. Et Dd. communiter. latè Gomez. rom. 1. var. resol. c. 12. de legat. num. 10. Plura nostrae sententiae quæ contrariari videntur, eleganter refellunt Donellus & Giphani. ad d. l. 3. C. de pignoris Et hypothec. num. 6. eosque secutus Paulus Herens Disputat. 9. ad Instit. them. 4. quæst. 3. Et eadem de re subtilissime dissertat Negustantius in tract. de pign. Et hyp. part. 4. principal. num. 8. & mult. seqq. Videantur quoque Hunnius in resolut. disput. Treutler. 11. quæst. 42. volum. 1. pag. 784. cum seqq. item volum. poster. disput. 13. th. 7. pag. 119. cum seqq. Worms. lib. 1. obs. tit. 30. obs. 3. Joan. Jacob. Plebit, in disput. nov. antiquis. disput. 2. th. 89. Bronchorst. cent. 1. miscellan. controvers. assert. 78. Knipschildt. d. exercit. Acad. 5. q. 14. pag. 144. D. Beloldus in delibatis jur. ex libr. 20. ff. quæst. 6. pag. 45. & D. Martinus Rumelin. part. Pandectar. disput. 10. th. 19. & aliquot seqq. itemque exercit. 17. ad Instit. th. 14. sub lit. b. pag. 160.*

De pignoris & hypothecæ constitutione diximus h. de 233 nus, reliquum est, ut de ejusdem effectu breviter d. sp. ciamus. Is autem vel in actione, qua rem pignori datam persequimur; vel in jure distrahendi, præcipue consistit. Actio, quæ competit, Serviana dicitur, & quasi Serviana, 234 à Prætoris Servio, qui primum eam edicto suo proposuit, sic appellata. §. item Serviana. 7. ibique Heigius num. 5. & Myns. num. 10. infr. de act. Donell. in tr. de pignoris c. 11. Serviana, est actio in rem prætoriana, qua creditor de rebus coloni, quæ pignoris jure ei pro mercedibus fundi tenentur, experitur *d. §. item Serviana 7. ubi gl. in verb. coloni. Schneidew. n. 21. Et ego n. 1. juncto §. sed ista 3. infr. de act. Quasi Serviana, est actio in rem, qua creditor res, sibi pignori tacite vel expresse obligatas non tantum iniquitas, sed etiam quasvis alterius debitoris, persequitur. Quæ quasi Serviana, quia ad exemplum ejus introducta, interdum simpliciter Serviana. l. 3. in princ. l. vel quæ. 7. l. si debitor. 10. l. si ab eo. 18. & l. si inter. 21. §. 1. ff. de pignoris Et hypothec. interdum utilis Serviana. l. aliquando. 13. §. 1. ff. ad senatusconsult. Vellejan. l. 1. C. communia de legat. nonnullam actio hypothecaria. d. §. item Serviana. 7. infr. de actionib. §. sed olim 2. vers. nostra autem constitutio. sup. de legat. d. l. 1. C. communia de legat. quandoque abusive pignora dicitur. l. si Titio. 22. ff. de pignoris Et hypothec. l. cum*

236 *mini. 7. §. inter. 12. ff. commun. divid. l. rem alienam 41. ff. de pignorat. act. l. 3. §. est autem. ff. ad exhibend. l. duob. 19. §. l. penult. in fin. ff. de except. rei judicat. Donell. d. cap. 11. p. 141.* Ceterum creditorem Servianā, vel quasi Servianā, adversus extraneum possessorem, principali debitore nondum actione personali convento & excusso, experiri non posse tralatitium est. *Novell. 4. cap. 2. ubi Cujac. Auth. sed bodie. C. de obligat. & actionib. Auth. hoc si debitor. C. de pignorib. & hypothec. D. Collega Bocer. class. 2. disputat. 12. thes. 73. edit. 2.* Si tamen possessor sit unus de heredibus debitoris vel fideiussoris: eum recte conveniri Servianā, vel quasi Servianā, etiam antequam personalis actio intentata fuerit, tradunt Glossa & Bartolus in *l. muliere. 19. ff. qui potior. in pignore, vel hypothec. habeant. eosque referens Negusantius in tractat. de pignorib. & hypothec. part. 8. membr. 1. num. 16.* Porro an & quatenus actio pignoratitia sit personalis, vel realis: an item actione pignorum possit adversus tertium possessorem agi, non obstante exceptione excussionis debitoris; accuratius, post alios a se relatos, explicat Valentius Riemer. *decad. 13. quæst. illustr. 5. & 6.*

237 Cessante in solutione debitore, creditorem (sive de distrahendo pignore nominatim convenierit, sive non) distrahendi pignus, sibi que de pretio satisfaciendi potestatem habere, clarissimi juris est. *l. si convenit. 4. ff. de pignorat. act. l. si cessante. 7. l. que specialiter. 9. l. si in hoc. 14. Cod. de distract. pignorat. & l. 1. C. de pact. pignorat.* Quid verò dicendum, si de non distrahendo pignore convenierit: an propterea creditor illud distrahere nunquam poterit? Statim quidem vendere non potest: sed tamen post trinum denunciationem, non uno die, sed interposito 10. dierum intervallo, arg. *l. promissor. 21. §. 1. in fin. ff. de constit. pecun. l. ad peremptorium. 69. & l. seq. ff. de judic. testatō factam, l. creditor. 4. C. de distract. pignorat. pignoris a debitore interrim non redempti venditione creditorem uti posse d. l. si convenit. 4. ff. de pignorat. act. l. debitor. 18. Cod. de administrat. tutor. vel curator. non expectata bienni metā, probabilius est, d. l. 4. ff. de pignorat. act. d. l. si cessante. 7. C. de distract. pignorat. Donell. in tractat. de pignorib. cap. 12. Branchorst. cent. 1. evayrtoφavov assert. 98. edit. 1. D. Bocer. class. 2. Disp. 12. thes. 77. lit. c. Hackelman disput. 12. quæstion. illustr. thes. 13. Arimæus Exercitat. Justin. 12. thes. ult. Tamen si Doctores communiter reclamant, Accurs. Bartolus & alii in d. l. 4. ff. de pignorat. act. Alexand. Jason. & ceteri in debitorib. 31. ff. de re judicat. Schneidewin. & reliqui Interpp. pleriq. in §. contra autem credit. supr. quib. alien. lic. vel non. Negusant. d. tractat. de pignorib. & hypothec. part. 6. membr. 1. num. 4. Wesenbec. in Paratit. ff. de distract. pign. n. 4. Colemus de processib. execut. part. 3. cap. 9. num. 99. Hartman. Pistoris lib. 3. quæst. 18. num. 9. & seqq. Soarez. in thesaur. recept. sentent. lit. P. num. 116. Forster junior. lib. 2. Disp. 11. thes. 6. & 7. itemque Andreas Gerhard. *decad. 13. quæst. 5. & Althuis lib. 1. Dialectolog. c. 71. n. 19. & seq. pag. 244.**

238 Quorum opinionem haud juvat textus in *l. ult. C. de jure domin. impetrand. ubi* decidi per Justinianum autumant, non ante biennium, postquam debitori facta est venditionis denunciatio, distrahi pignus posse, ubi de distrahendo nihil convenit. Etenim constitutio ista non de pignoris distractione, sed domini impetratione diserte agit. Et certe ad quid tandem creditor rem pignoris jure possidebit, si tam longum tempus expectare jubeatur? Quid, si debitor non solvendo sit; an ne idcirco jus suum ante biennium creditor non consequetur? Sententia profecto dura, & cum ex correctione legum acquisitionarum pendeat, omnino non admittenda. Neque enim unquam creditur Imperator velle jus vetus, multis vigiliis excogitatum, corrigere: nisi specialiter & nominatim expresserit. *l. si quando. 3. in princ. Cod. de inoffic. testament. l. præcipimus. 32. in fin. C. de appellatib. Prædicta itaque Justiniani constitutio ad eos duntaxat pertinet, qui jus domini impetrare volunt in pignore: ut si illius sentus; eos, qui domini jus impetrare volunt, non ante biennium impetrare posse: rem venum exponere, & distrahere debere, si hocbit: si minus, tum deinde impetrare a Principe, ut res sive pignus jure domini possideantur. Et hujus sententia hoc evidens Harpprechts ad Institut. Tom. III.*

est argumentum: quod Imperator initio ejus constitutionis profiteatur: se formam in domini jure impetrando, & profectione publicā, quæ olim fieri in ea re consueverat, immutare velle. Unde non efficitur, idem esse observandum eo in casu, quando quis non domini jus impetrare, sed solum pignus distrahere veller. Idque explicatius prosequitur acutissimus Donellus *d. tract. de pignorib. cap. 12. pag. 147. & Connan. lib. 4. Commentar. jur. civ. c. 18. n. 6. & 7.* Vide ea de re noviter aliter sentientem & disputantem Valentium Riemerum *decad. 9. quæst. illustr. 10. item Franzkium exercitat. jurid. 9. quæst. 10. pag. 288.*

240 Quia porro non raro usu venit, ut pluribus creditoribus res eadem obligetur: disceptatio de jure prelacionis (quod competit ob privilegium quoddam, vel temporis, vel personæ, vel rei sive causæ) exiltere solet. Ob temporis privilegium quis præferatur, trita hæc regula dilucide indicatur: Qui prior est tempore, potior est jure sive in pignore, *l. interdum. 5. cum seqq. l. si pignus. 8. l. si & jure. 10. l. potior. 11. in princ. ff. qui potior. in pig. vel hypot. hab. l. 1. l. 2. in fin. l. si fundum. 4. l. si generaliter. 6. l. diversis. 8. cum l. seq. C. eod. l. quotiens. 98. ff. de reg. jur. c. qui prior. 4. de reg. jur. in 6. ibique latè Decius. Unde vulgò talis circumfertur versiculus:*

Tempore qui prior est, is quoque jure prior.

242 Tempus autem, ex quo prioritas hic æstimatur, non dicimus annum, non mensem, quin nec diem, sed potius penè & momentum: ut qui quantocunque tempore prior sit, etiam potior sit jure, quoad omnes effectus per notata Baldi in *l. de reb. 13. n. 4. C. de donat. ant. nupt. Decius. conf. 689. in c. viso puncto n. 2. & seqq. Gailii lib. 2. observ. 25. n. 3. eosque referentis Bachovii in tract. de pign. & hypot. lib. 4. c. 1. n. 4. p. 290.* Equitas illius regulæ in eo consistit: quia jus pignoris semel creditori quod situm, facto debitoris deterius fieri nequit. *l. debitorum 15. C. de pignorat. & hypothec. D. Obrecht. disputat. 15. thes. 417.* Eademque regula locum habet in pignore tam judiciali. *l. si & jure. 10. ff. qui potior. in pign. vel hypot. hab. quàm prætorio. l. 2. ubi Sichard. C. d. tit. dummodo ex diversis causis titulusque missio facta, & possessio prius occupata sit à priore, arg. l. i. c. n. 5. §. si plures. 2. & §. qui prior. 3. ff. ut in possess. legator. & c. Cujac. in paratit. C. qui potior. in pignorat. hab. & lib. 9. observ. cap. 37. Matth. Berlich. part. 1. concl. præf. 47. n. 2. aliquot. seqq. ubi id largius explicat. Nec refert, an res generaliter, 243 an verò specialiter obligata sit. Siquidem etiam generalis hypotheca anterior præfertur speciali posteriori. *l. 2. ff. qui pot. in pign. vel hyp. hab. d. l. si generaliter. 6. C. eod. Madam. ad tit. de pign. & hyp. c. quib. mod. pign. vel hypot. solv. n. 84. Gail. lib. 2. obs. 25. n. 4. Meyer. in tr. de pign. & hyp. tit. 12. n. 2. Branchorst. cent. 1. miscell. controuv. assert. 82. D. Resold vol. 4. confil. 185. n. 34. & seqq. fol. 258.* Quia non omnis generali oratione res singula obligantur, quàm si de singulis specialiter convenisset. Donell. in tract. de pignorib. c. 14. p. 157.*

Genus quippe omnes sub se comlecti species, in confesso est, arg. *l. si chorum 79. in princ. ff. de legat. 3.* Proinde jus pignoris priori per generalem obligationem acquisitum, facto debitoris, specialiter quædam postea obligantis, deterius fieri non potest. *l. si ignorante. 3. Col. de remissione pignoris. Sic è converso, qui priorem specialem hypothecam nactus est, eum, qui generalem, sed posteriorem habet, anteverrit: quoniam tempore prior est, arg. d. l. 2. ff. qui potior. in pign. vel hypot. habeantur. D. Obrecht. d. disp. 15. n. 423. & seqq.* Illud sanè hæc observandum: quod prior creditor, qui habet specialem hypothecam & ipsi annexam generalem, & vice versa, debeat prius excutere specialem, & si ex speciali ipsi satisfactori non possit, deinde recurrere ad generalem. *l. 2. ubi Sichardus & Cyprianus Codic. de pign. & hypot. Matthias Hertelius conclus. præf. lib. 46. n. 80. part. 1. Grivell. Aelss. Senatus Poloni 77. fol. 218. Eaque de respons. Ant. Fabrum. lib. 6. conjec. in. cap. 13. & Hartman. mon. Pistor. lib. 3. quæst. 13. subtiliter & diligenter differit Schifonegh. ros lib. 3. tractat. 12. quæst. 6. cum seqq. & Bachovius in not. & animad. ad Treutler. volum. 2. disp. 24. thes. 6. lit. f. vers. Sexta ampliatio. pag. 189. & seqq.* Vide quoque Johannem Baptistam Schwarzenhuter in tractat. de pignorib. cap. 16. & Andron. em. consilii Argentinens. 73. num. 6. volum. 2. fol. 129. Neque verò soluta 245 privato

- privato creditor hypothecarius, qui tempore est prior, præfertur; sed & Reipublicæ. *dist. l. si fundum. 4. Cod. qui potior. in pign. habeant. itemque fisco. l. si pignus. 8. & l. ultim. ff. dist. tit. l. 2. Codic. de privilegio fisci. Hugo Donell. d. cap. 14. pag. 159. Dn. Bocer. class. 2. Disputat. 12. thes. 87. edit. 2. Hermannus Meyrer. in tractat. de præferent. creditor. lib. 2. tit. 3. num. 8. & seqq. item tit. 4. num. 3. Petr. Nicol. Mozz. in tractat. de contractib. tit. de pignor. & hyp. colum. 4. de naturalib. pign. & hypoth. num. 27. item num. 42. & seqq. Bachovius dictis not. & animadvers. ad Treutler. volum. 2. disp. 24. thes. 6. lit. E. pag. 587. & seqq. ubi regulæ præmissæ (quod prior tempore, potior sit jure) septem ampliationes recenset. Idem Bachovius d. tract. de pign. & hypoth. lib. 4. cap. 4. & seqq. pag. 301. cum multis seqq. Adde quoque Hunnius in resolut. ad Treutler. d. volum. 2. disp. 24. q. 38. & seqq. pag. 597. & seqq. ubi de prælacione fisci fusi differat. An porro inter creditores chirographarios servandus sit ordo, sicut sit inter hypothecarios, diligenter declarat Joannes Grivellus decis. Senatus Dolani 27. fol. 85. & seqq.*
- 247 Ob privilegium personale, impenſæ funerum atque exequiarum omne creditum præcedunt. l. & si quis. 14. §. 1. l. impenſæ 45. ff. de religioſ. & sumptib. fun. l. questum. 17. (que aliàs est l. 2. ff. de privileg. credit.) ff. de reb. auct. judic. possid. l. 1. §. de impenſis. 19. ff. ad l. Falcid. l. ultim. §. in computatione. 9. Cod. de jure deliberand. Fürstlich Württembergisch. Erneuert Landrecht. part. 1. tit. 75. pag. 209.
- 248 §. Wann der Schuldner, &c. Illudque ita cautum est propter publicam utilitatem: ne cadavera sive corpora defunctorum insepulta jacerent. l. sunt persona. 43. sub finem ff. de religioſ. & sumpt. fun. l. uson. in l. 1. ff. solut. matrim. n. 8. ibique Burtol. num. 26. ff. solut. matrim. Speculat. lib. 4. part. 3. tit. de sepult. §. unic. num. 13. & ibid. Ioan. Andr. in addit. lit. e. & f. Ioan. Garſius in tractat. de expens. & meliorat. cap. 8. num. 18. 25. & seqq. Negusant. tractat. de pignorib. & hypothec. part. 5. princip. membr. 2. num. 28. Ioan. Koppen decis. 28. num. 15. Ioan. Mich. Beuther. tract. de jure prælat. part. 1. cap. 23. & part. 2. cap. 29. & novissimè Berlichius conclusionem practica. 44. de privileg. credit. & jure prælationis. n. 23. part. 1.
- 249 Sed controversiâ non caret: an impenſa funeris creditori, non tantum hypothecam tacitam, sed etiam expressam anteriorem habenti, præferatur? Et impenſam funeris creditori, expressam anteriorem habenti, non præferri scribunt Bald. Novell. in tractat. de dota. part. 10. colum. 11. limitat. 9. Negusant. d. part. 5. membr. 2. num. 28. Consult. constitut. Saxon. tom. 1. part. 3. quest. 7. num. 40. Coler. decis. 200. num. 2. & seqq. part. 1. Treutler. volum. 2. disputat. 24. thes. ultim. ibique in suis resolut. Hunnius quest. ultim. p. 619. & seqq. Verum contrarium qui defendunt, rectius sentire arbitror, per textum in d. l. impenſa funeris. 45. de religioſ. & sumpt. fun. ubi impenſa funeris semper ex hereditate deducitur, & omne creditum solet præcedere,
- 250 cum bona solvendo non sint. Verbum autem omne, maxime si verbum semper, vel simile adijcitur, nihil excludit. l. si servum. 23. ff. de servitutibus prædior. urbanor. l. à procuratore. 13. C. mandati. can. si Romanorum. §. dicenda verò omnia. dist. 19. Deinde impenſam funeris vincere dotem, constat ex l. impenſa. 18. cum l. sequente. & l. sunt persona. 43. in fin. ff. de religioſ. & sumpt. fun. & docet post Duarenium in l. 1. ff. solut. matrim. sub fin. Bachovius in not. & animadvers. ad Treutler. d. vol. 2. disput. 24. thes. ultim. lit. B. vers. aut in finis. pag. 612. & lit. G. vers. & qui in finis. pag. 626. & sequente. num. d. tract. de pignorib. & hypoth. lib. 4. cap. 11. mon. 3. pag. 327. & seqq. Idemque tradit Sordus decis. 255. eumque referens Joann. Bapt. Costa in tract. de remediis subsidii. remedi. 83. num. 2. fol. 145. Tamen si differat Donellus in l. 7. & l. assidui. 12. C. qui potior. in pignor. hab. eumque laudans Hunnius in resolut. ad Treutler. votum post. disput. 24. quest. 47. pag. 596. & seqq. item quest. 56. pag. 619. Dotem verò vincere hypothecam expressam, etiam anteriorem, ostenderet infra num. 260. & seqq. Quare multo magis impenſa funeris vincet hypothecam expressam anteriorem: quoniam (ut proverbium habet) si vinco vincentem te: multo magis vinco te jam devictum, & argument. l. de accessibus. 14. §. & si
- mihi. 3. ff. de divers. & temp. præscript. Præterea in d. l. & si quis. 14. §. 1. ff. de religioſ. & sumpt. fun. Ulpianus ait: si colonus vel inquilinus mortuus sit, & desit, unde funeretur: ex invecis & illatis eum funerandum esse. At res coloni invecis non prius tenentur, quam sint expressè obligatæ, l. eo jure. 4. in princ. ff. in quibus caus. pign. vel hypothec. tacit. contrah. l. certè juris. 5. C. de locato. & fusi ostensum supra num. 19. Jure insuper Saxonico & Württembergico dubium non est ullum, quin impenſa funeris omnibus omnino creditoribus, etiam expressam anteriorem hypothecam habentibus, præferatur, per constitutiones Augusti Elect. Saxon. part. 1. constit. 28. post princip. juncto §. nach. jetztberührten Schulden. &c. Fürstlich Württemberg. Erneuert Landrecht. d. part. 1. tit. 75. §. Wann der Schuldner. juncto §. folgendes sollen. pag. 209. & seqq. Atque ita in terminis concludunt Joann. Michael Beuther. d. tract. de jure prælat. part. 2. c. 9. post princip. vers. non ab expresso pignore, &c. D. Obrecht. d. Disp. 15. thes. 476. cum seqq. Joann. Garſius d. tr. de expens. & meliorationib. c. 8. n. 23. post princip. vers. quod verò attinet ad differentiam. n. 24. cum seqq. Meyrer. d. tract. de præferentis creditor. lib. 2. tit. 2. n. 6. & 11. item Berlichius. d. conclus. practica. 44. num. 25. & seqq. part. 1. & noviter. Otto Henricus Mylius in tract. de prælat. creditor. clas. 4. Creterum impenſæ & sumptus funeris accipiuntur, quæcunque corporis causa, puta unguentorum, erogata sunt; & pretium loci, ubi defunctus humatus est; & si qua vectigalia sunt, quæ in itinere præstantur, dum corpus ex uno loco in alium deferretur: item sarcophagi, & vestiaria; & quæcunque corporis causa, antequam sepeliatur, sunt consumpta. l. funeris sumptus. 37. ibique Gortofred. ff. de religioſ. & sumpt. fun. Cujac. lib. 11. observat. 21. Garſius. d. c. 8. num. 1. 2. 15. & seqq. Andreas Burchard. in disertat. de pignoribus & hypothec. sect. 7. conclus. 2. Sanè vestes lugubres, puta falcias sericas, & pepila, quæ cognatis defunctorum, & aliis nonnullis, tam viris, quam feminis, funus comitantibus, de more dari solent, & illa, quæ in defunctorum convivia paranda coempta sunt, impenſarum funebrium nomine contineri, & ante omnia exsolvi debere, meritò negatur. d. l. & si quis. 14. §. hac actio. 6. & l. funeris sumptus. 37. ff. de religioſ. & sumptibus funer. Garſius d. c. 8. num. 17. & seqq. Berlichius d. conclus. 44. n. 29. & seqq. Tamen hodie multis in locis aliter observetur: & ejusmodi vestes, & alii sumptus, inter impenſas funerum recensentur: nec non modus in illis servandus, secundum dignitatem & quantitatem patrimonii defuncti, arbitrio judicis relinquatur, arg. dist. & si quis. 14. §. hac actio. 6. vers. æquum enim & §. judicem. 10. ff. de religioſ. & sumpt. fun. Daniel Moller. ad Constitut. Saxon. part. 1. d. constit. 28. num. 9. & seqq. Menoch. lib. 2. de arbit. jud. quest. centur. 2. cas. 127. num. 12. Beuther. d. tractat. de jure prælat. part. 1. cap. 23. in med. vers. sin voluptuarii, &c.
- Impenſis autem funebribus rectè annumerantur sumptus Medicis, Chirurgis, arque Pharmacopolis præstandi, & in mortui valetudinem facti, vel in testamenti insinuationem, vel inventarii confectionem, vel in alias necessarias hereditatis causas impenſi. Hi quippe etiam ante omnia solvendi sunt, l. in restituenda. 4. ubi Bald. C. de petit. hered. l. legatum. 3. C. de religioſ. & sumpt. fun. d. l. lult. §. in computatione. 9. ubi Iason. Cod. de jur. deliber. D. Obrecht. d. disp. 15. thes. 479. Nicol. Mozz. in tract. de pign. & hypoth. cap. de naturalib. pignor. num. 70. Ioan. Molonius, in lucubrationib. de jure prælationis. part. 2. num. 3. pag. 33. Berlichius d. conclus. 44. num. 35. & aliquot seqq. ubi, post alios, amplissimè ea de re disputat. Idem de mercedibus servorum, famulorum, ancillarum & mercenariorum hodie receptum putatur. Fürstlich Württembergisch erneuert Landrecht. d. part. 1. tit. 75. pag. 209. §. Wann der Schuldner. in fine ad Constit. Augusti Elect. Sax. part. 1. constit. 28. post princip. ibique Daniel Moller. num. 8. & seqq. Matth. Coler. decis. 200. num. 6. cum seqq. part. 1. Ioan. Koppen decis. 28. n. 13. Hartm. Pistor. part. 1. quest. 8. Wesenb. in Paratit. l. ff. de privil. cred. n. 5. circa fin. D. Obrecht. d. disp. 15. thes. 480. Georg. Roschitz in tract. de dota. c. 26. num. 61. Berlichius in Disput. novantiquis disp. 1. laste Berlichius d. conclus. 44. n. 5. & multis sequentibus.

257 Propter causam favorem, posterior potior est priore, qui pecuniam nominatim credit ad rescindendam vel conservandam rem pignori tacite vel expresse obligatam. l. creditor. 25. ff. de reb. credit. l. interdum. §. ff. qui potior. in pign. vel hypothec. hab. Novell. 67. cap. 3. Gail. lib. 2. observ. 25. num. 7. D. Collega Bocer. class. 2. Disputat. 12. thes. 91. lit. b. edit. 2. fuffissime Berlichius part. 1. conclus. practicab. 46. num. 42. Et aliquot seqq. Huiusque in promptu est ratio: quia ejus pecunia reliquis creditoribus omnibus salvam fecit totius pignoris causam. Nisi enim ipse credidisset: res oppignorata periret. At qui credidit, & ita conservando pignus aliis profuit, merito praelatione gaudet. l. huius. 6. ff. qui potior. in pign. vel hypoth. habeant. D. Obrecht. disputat. 15. thes. 463. Hotoman. consil. 91. num. 9. Sic favor causae & personae pupillaris suadet: ut pupillus in re, ex pecunia sua comparata prior habeatur. l. idemque. 7. ff. d. tit. quia illi tacite obligata intelligitur. l. penult. C. de servo pignori dato. D. Bocer. D. Disputat. 12. thes. 91. lit. C. Neque in hoc ulla fit injuria prioribus creditoribus: quoniam si ea res pecunia pupilli non fuisset comparata: in bonis debitoris non esset. Itaque invidere pupillo non debent, ut premium, quod sibi abest, imprimis ex eo empti recuperet; praesertim cum superfluum reliquorum creditorum commodo cedat, argument. dict. l. interdum. §. cum l. seq. ff. qui potior. in pign. vel hyp. habeant. Donell. in tract. de pignoribus cap. 14. pag. 165. D. Obrecht. d. Disputat. 15. thes. 471. Et seq. Meyer. d. lib. 2. tit. 7. num. 3. Et seqq. Bachovius in not. ad Treutler. vol. 2. disput. 24. thes. ult. lit. D. pag. 617. Et seq. itemque in tract. de pign. & hypoth. lib. 1. c. 12. num. 4. pag. 54. Et seq. Quod ipsum de omnibus aliis est pronuntiandum, quorum nummis res empti est, & statim specialiter obligata. l. licet. 7. ubi Scharh. d. num. 8. C. qui potior. in pignore habeant. Negusant. in tract. de pign. & hypoth. part. 5. membr. 2. num. 17. Et seq. Gail. d. lib. 2. observ. 12. num. 3. Et 4. Mozzius in tract. de pign. & hypothec. C. de naturalib. pignor. num. 45. Hartman. Pistor. part. 3. quest. 15. per tot. Andr. Rauchbar part. 1. quest. 6. num. 2. Et seqq. Daniel Moller ad Constit. 28. num. 73. Et part. 3. constit. 21. num. 21. Et seq. Beuther. de iure praelat. part. 1. cap. 19. 21. 55. Et 56. Beust. ad l. admonendi. 31. ff. de iurejur. num. 968. fol. 662. pluresque alii, quos refert Et sequitur Berlichius d. conclus. 46. num. 50. Et seqq.

260 Mulierem in persequutione dotis, vigore tacitae hypothecae, omnibus creditoribus, sive hypothecarii expressi vel taciti, sive personaliter privilegiati, sive chirographarii fuerint, praeferrunt, extra controversiam aleam est positum. l. unica. sed ut plenius. l. Et seqq. C. de rei uxor. act. l. in rebus. 30. Cod. de iur. dot. l. assiduis. 12. siue ult. C. qui potior. in pign. habeant §. fuerat. 29. infr. de actionibus Ioan. Petrus de Ferrariis Papiensis in sua Practica, in forma libelli, quo uxor agit ad dotem Et usumfr. §. coram vobis num. 1. Et 9. Covarruv. lib. 1. variar. resolut. cap. 1. num. 1 in med. vers. secunda conclusio. Et vers. seq. Ioan. Koppen. decis. 28. num. 29. Mynsing. centur. 4. obseco. 13. num. 2. Alexand. consil. 88. num. 5. lib. 7. Zobel. part. 1. differ. 49. num. 2. Beuther. d. tract. de iure praelat. part. 1. c. 35. Et c. 75. in princ. Cujac. in exposit. Nov. 97. post princ. vers. si mulier praefertur omnibus creditoribus, Et c. Sed an mulier ratione dotis ind. l. tunc omnibus creditoribus, non solum tacitam, sed etiam expressam anteriorem hypothecam habentibus, praefertur, mirifice dilabiantur Interpretes? Et eam his creditoribus non praefert, putant Bartolus in l. idemque. 7. ff. qui potior. in pign. vel hypoth. hab. in princip. vers. primo quia nec mulier, Et c. Et in d. l. assiduis. 12. C. qui potior. in pign. hab. num. 6. in med. vers. tertii dicunt, quod mulier, Et c. Bald. ibi. num. 9. Et in aub. sed jam necesse. C. de donat. ante nupt. num. ult. Ioan. Nicolaus, Gomefius, Zafius, Heigius, Hotoman. Schneidewindus, Wesenbec. Et Donellus in d. §. fuerat. 29. infr. de actionibus Et idem in tractat. de pignor. cap. 14. Et ad d. l. assiduis. 12. C. qui potior. in pign. hab. num. 4. Et seqq. Negusant. d. tractat. de pignoribus Et hypothec. part. 2. membr. 4. eod. tract. c. de naturalibus pignor. num. 59. vers. quod declarata. Et c. Gail. d. lib. 2. observat. 25. num. 10. Covarruv. lib. 1. variar. resolut. cap. 7. num. 1. Practica Papiensis in d. forma libelli, quo agit uxor ad dotem Et usumfr. §. coram Hatpprecht ad Institut. Tom. III.

vobis. num. 9. in med. Nicol. Everhard. in loco, à fisco ad dot. num. 2. Coler. de processibus execut. part. 1. cap. 1. num. 186. Et num. 219. item part. 2. cap. 3. num. 276. idem part. 1. decis. 57. num. 6. Et part. 2. decis. 270. num. 1. Daniel Mol. ler. ad dd. constitut. Saxon. part. 1. constitut. 28. num. 33. Rauchbar part. 2. quest. 30. num. 4. Et seq. Henning. Gaden. consil. 99. num. 14. Et consil. 100. num. 3. Ioach. Scheplitz ad consuetud. March. part. 3. tit. 2. §. 24. quest. 1. num. 3. Ioan. Koppen. decis. 28. num. 29. Et seq. Bernhard. Grævus lib. 2. practicar. conclus. 25. num. 1. Francisc. Ripa in l. questionum. 17. ff. de privileg. credit. num. 2. Harkelmann. illustr. quest. Disputat. 12. thes. 12. lit. a. Dn. Collega Besod. class. 1. Collegii Politio. Disputat. 10. coroll. 9. Et in delibet. iur. ex lib. 26. ff. quest. 5. pag. 44. Schickard. Disputat. 12. ad Institut. thes. 7. lit. d. Et resolut. quest. 2. Horumque opinionem expresse confirmavit non solum jus Saxonicum Novell. Elect. Augusti. part. 1. constit. 68. post princ. vers. allen andern Gläubigern, so nicht ältere ausdrückliche Verpfändung haben, Et c. sed etiam jus renovatum Württembergicum part. 1. tit. 75. pag. 210. §. völgends sollen. vers. es sollen auch die Frauen, Et c. Verum contrariam sententiam, tanquam in puncto juris veriore, post Marinum, Glossatorem veterem, amplectuntur Socinus junior in l. 1. ff. solut. matrim. num. 115. Bald. Novell. tract. de dote. part. 10. num. 1. Et 2. Beust. ad d. l. admonendi. 31. ff. de iurejur. num. 978. pag. 665. vers. sed an mulier praefenda sit, Et c. Anz. Faber. libr. 8. conjectur. civil. cap. 11. cum seq. Et part. 1. de erroribus pragmat. decud. 6. error. 2. Cujacius in Parat. C. de privileg. dos. in princ. Et sub fin. in expositione Novell. 97. post princ. vers. mulier praefertur omnibus creditoribus. Et c. lib. 3. not. ad animadvers. Robert. c. 14. Et ipse Robert. d. lib. 3. animadvers. c. 14. Et lib. 3. notar. ad notata Mercat. c. 14. Ioan. Garfius in tract. de expens. Et meliorat. c. 8. n. 25. Vaudus variar. question. lib. 1. quest. 21. Fachineus lib. 3. controvers. iur. part. 1. c. 99. Bronchorst cent. 2. éraytio Παύλῳ. assert. 19. edit. 1. dition. Guibert. in Comment. de dotibus c. 7. num. 5. Et seqq. Vanderan. in tract. de privileg. creditor. c. 4. Mudæus in tract. de pignoribus cap. quib. mod. pig. num. 97. Vacanius à Vacuna lib. 6. declarat. cap. 92. num. 2. Et seqq. D. Bocer. class. 2. Disputat. 12. thes. 97. edit. 2. Treutler. Disputat. 24. thes. 7. lit. B. vol. 2. ibique Bachovius in suis not. pag. 604. Et seqq. itemque d. tract. de pignoribus Et hypothec. lib. 4. cap. 12. pag. 329. Et seq. Arumæus exercitat. Justin. 15. parerg. 1. D. Obrecht. Disputat. 15. thes. 440. cum multis seqq. Georg. Martinus in suis contrar. Disput. 4. thes. 8. Paul. Berens disputat. 9. ad Institut. them. 4. quest. 1. Humius lib. 3. var. resolut. iur. civ. tract. 3. part. 5. quest. 4. pag. 962. Et seqq. item in resolut. ad Treutler. volum. poster. disp. 24. thes. 7. quest. 43. pag. 587. Et seqq. Meyer. in tractat. de praesentibus creditor lib. 2. tit. 5. num. 5. Coras. num. 8. Vultejus num. 10. Usidus num. 52. Et seqq. Schilbeck. Borchole. Anton. Muth. Et Mynsinger. mon. 12. in d. §. fuerat. 29. infr. de actionibus Et idem cent. 4. observ. 19. ubi in Camerae iudicio ita in causa appellationis inter Episcopum Saltzburgensem & Oertnerum aliquando decisum, testatur. Emanuel Gomez. in thesaur. recept. sent. lit. D. num. 305. Et seq. ubi huic sententiae favere praxin generalem, optimam rerum magistratam, affirmat. Beuther. in tract. de iure praelat. part. 1. cap. 35. post princ. Et part. 2. cap. 37. ubi in Camera Imperiali ad hunc usque diem ita pronunciare auctorat, & Matthias Berlichius d. part. 1. conclus. practicabil. 45. de praelatione dotis. num. 6. Et seqq. ubi eandem sententiam sibi veriore, communior, & fundamentis iuris magis consentaneam videri, asserit. Quibus omnibus novissime adstipulantur Anton. Merenda lib. 3. controversiar. iur. cap. 9. num. 2. cum seqq. pag. 172. cum seq. Et lib. 6. c. 32. num. 467. cum seq. Et Knipschilde d. exercitat. Acad. 5. quest. 8. pag. 183. Et seqq. nec non Paul. Christmannus vol. 6. practicar. question. decis. 51. num. 8. Et seqq. fol. 121.

263 Eaque sententia luculenter probatur per textum elegantem in d. l. assiduis. 12. C. qui potior. in pign. hab. ubi primo generaliter nulla distinctione inter tacitam & expressam hypothecam adhibita, dicitur: quod mulier omnibus creditoribus anterioribus praepontatur. Atqui ubi lex non distinguit, nec nos distinguere debemus.

- l. de pretio. §. ff. de publico in rem act. l. 1. §. generaliter ff. de legat. præstand. Deinde in d. l. assiduis. Justinianus Imp. ait, tale se prælationis beneficium mulieri in hypothecâ concedere, quale olim in personalibus habuit actionibus. At in his, omnibus creditoribus prioribus & posterioribus, prælata sunt. l. quasitum. 17. §. ult. cum 2. l. seqq. ff. de reb. auct. jud. possid. Tertio ubi eadem ratio, ibi eadem est juris dispositio. l. illud. 32. ff. ad l. Aquil. l. à Tizio ita stipulatus. 108. sub fine princ. ff. de verb. obligat. Ratio autem assignata in d. l. assiduis. 12. in princ. vers. nec ad fragilitatem §. 1. I. vers. quis enim earum, &c. C. qui potior. in pign. hab. (quod scilicet hoc privilegium mulieri, ob fragilitatem sexus muliebris, ob partus periculum, obsequia marito præstita, & ipsam liberorum procreationem, sit indultum) quæ locum habet contra expressas anteriores, & tacitas hypothecas. Quarto mulier antepositur creditori, eumque superat cujus pecuniâ res empta aut reparata est. Novell. 97. cap. 3. auct. quo jure. C. qui potior. in pign. hab. Sed creditorum istum quibuscunque creditoribus, quamlibet anterioribus, & expressis hypothecæ jus habentibus præponi constat. l. inter d. §. cum l. seq. ff. qui potior. in pign. vel hypoth. hab. l. licet. 7. C. eod. tit. l. creditor. 25. ff. de reb. credit. Multo igitur magis mulierem excludere illos, dicendum est, argument. l. de accessionibus. 14. §. etsi mihi. ff. de divers. & temp. præscript. Quinto, hanc assertionem firmissimè probat textus in l. satis notum. 4. Cod. in quibus caus. pignus, vel hypothec. tacit. contrahit. ubi fideus in causis promissariis prius universas viri facultates excutere, & omnibus creditoribus viri, etiam expressam anteriorem habentibus præferri debet, quàm ad dotem mulieris perveniat. Si itaque hoc in casu doti mulieris paritur, & prius aliorum creditorum, etiam expressam anteriorem habentium jura excutiantur: utique mulier potius jus reliquis creditoribus etiam expressam anteriorem habentibus, obtinebit quoniam semper is, qui habet jus debilius, prius debet excutis deinde is, qui habet jus fortius.*
- 267 Sexto, facit hoc non parum textus in l. ubi adhuc. 29. post princip. C. de jure dot. ubi mulier omnibus creditoribus etiam anterioribus præfertur: nisi aliqui potiora jura legibus habere noscuntur. Nulli autem in toto jure, quod ego sciam diserte reperitur, quod creditores, expressam anteriorem habentes, mulieri præferantur.
- 268 Septimo, eodem confert textus in l. in rebus. 30. C. d. tit. ubi nemo creditorum mariti, qui anteriores sunt, potest mulieri præferri in rebus dotalibus, sed mulier in his vindicandis omnem prærogativam habet. At dispositio universalis, imprimis verò geminata, vel sæpius repetita, nihil omnino excludit, argum. l. si servitus. 23. ff. de servitutibus præd. urbanor. Postremo, mulier non solum hypothecâ, sed etiam singulari prælationis privilegio nititur.
- 270 Proinde non est absurdum: eam præferri aliis, qui solâ hypotheca nituntur. Et certè favore dotium multa esse recepta, contra juris rationem, jure singulari, perspicuum est ex l. si ego. 9. §. 1. vers. benignè est favore dotium. ff. de jure dot. §. 4. §. fuerat. 29. infr. de actionibus.
- 271 Nec officit quicquam huic conclusioni: quod Just. Imp. in d. l. assiduis. 12. §. 1. Cod. qui potior. in pign. habeant. uxorem præferat illis creditoribus, qui privilegio temporis sunt vallati. At verò illi, qui expressam habent hypothecam, non sunt temporis privilegio muniti, nec hypothecam suam habeant ex privilegio, sed ex jure communi, nempe ex conventionione. Item respondetur. in d. l. assiduis. cum dici temporis privilegio vallatum seu munitum, qui priorem & antiquiorem habet expressam hypothecam, vel qui habet in conventionali hypotheca prærogativam temporis. Hæc quippe temporis prærogativa expressè privilegium temporis appellatur, in l. si eo jure. 40. ff. qui potior. in pign. vel hypoth. habeant. Et probè notandum: quod Justinianus non simpliciter loquitur de illis creditoribus, qui privilegio sunt vallati: sed de iis, qui temporis privilegio sunt vallati. Per hoc autem temporis privilegium non potest aliud intelligi, quam prærogativa temporis, quæ creditores tempore priores cæteris præferuntur. Hum. dict. resolut. ad Tremier. volum. poster. disput. 24. th. 7. quæst. 43. pag. 591.
- 272 Pariter non obstat: quod Justinianus in d. l. assiduis. 12. §. 1. vers. & ideo. C. qui potiores in pign. hab. scribit: se id, quod antiquitas quidem dare incepit, ad effectum autem non pertulit, pleno juris articulo consummare. Atqui veteres ceperunt mulierem præferre aliis tantum privilegiariis creditoribus: proindeque Justinianus id solummodo consummavit, atque mulierem omnibus creditoribus privilegiariis prætulit. Respondetur enim: Justinianum consummasse, quod veteres ceperunt, non verò perfecerunt. Ceperunt autem veteres mulierem præferre creditoribus hypothecariis: nec tamen omnibus prætulerunt; sed duntaxat illis, qui tacitam habuerunt hypothecam anteriorem. Quare Justinianus illud consummavit sua constitutione, atque sancivit, ut omnibus nunc creditoribus hypothecariis, etiam expressam hypothecam habentibus, mulier præferatur. Adhuc, quamvis poneretur antiquitatem incepisse mulierem antepone re creditoribus tantummodo privilegiariis. Justinianus tamen hoc ita consummavit: ut nunc omnibus creditoribus, etiam hypothecariis, anteponeretur. Tum quia in d. vers. & ideo. Imperator aperte dicit, quod antiquitas quidem dare incepit, ad effectum autem non pertulerit, se pleno juris articulo consummasse. Tum quia testatur Imperator expressè: se sua ista constitutione dedisse mulieri potiora jura, contra omnes mariti creditores. licet anterioris sint temporis privilegio vallati. d. §. 1. ibi, potiora jura. &c. Hum. d. lib. 3. var. resolut. jur. civ. tract. 3. part. 5. q. 4. vers. non refragatur tertio, &c. pag. 263. & seq. Non item adversatur quod creditoribus jus hypothecæ semel quæsitum, non sit auferendum, arg. l. ultim. ff. de pact. l. 2. §. merito. & si quis à princ. 16. ff. ne quid in loco publ. id. quod nostrum. 11. §. 4. non debet. 74. ff. de reg. jur. cum similib. Nam illud verum & procedit in jure jam quæsitum secus in quærendo, & sic in jure futuro. Hoc autem privilegium dotis non nocere creditoribus, qui jam ante legem promulgatam anteriorem hypothecam expressam habent, sed tantum futuris, manifesto sancitum est. in d. l. assiduis. 12. §. ult. C. qui potior. in pign. hab. Berlich. d. concl. 45. n. 16. Sed & hoc respondetur: creditoribus jus hypothecæ, quod sibi paciscendo compararunt, non auferri: sed id illos retinere: ut maximè prælationem, quàm pacti non sunt, non habeant. Hæc enim solius legis beneficium conceditur; hujus quoque arbitrio jam ex tempore, jam ex causa credendi consideratur. Neque est, quod creditores mulierem accusent: cum non illius, sed mariti ejus fidem ac substantiam secuti sint: sed potius suam accusent negligentiam, quod hypothecam, quam cavendo sibi acquisiverunt, vigilando & in tempore hypothecariam exercendo non conservarint. Du. Obrecht. d. Disp. 15. th. 448. & seq. Bentler. de jure prælat. part. 2. cap. 35. post pr. vers. profecto. non est, quod creditores, &c.
- 274 Sic quoque nihil movet, quod in causa pignoris sit eadem fidei & mulieris ratio, l. quamvis. 2. Cod. de privil. fidei. Fideus autem creditori anteriori expressam hypothecam habenti postponatur l. si pignus 8. ff. qui potior. in pign. vel hypoth. habeant. l. si fundum. 4. Cod. eod. Etenim primò dici poterit: dictam l. 2. Cod. de privil. fidei. hodie abrogatam esse, per d. l. assiduis. 12. Cod. qui potior. in pign. habeant ita ut hodie mulier etiam fidei, quantumvis priori, præferatur. At enim ibi diserte Justinianus: mulierem potiora jura habere contra omnes mariti creditores. Ita sentit Donell. in Comm. ad d. l. assiduis. 12. n. 2. ibi, nam quod scriptum est, &c. prout eum refert Berlichius d. part. 1. conclus. 45. num. 11. ad finem. Deinde dicendum: dotem pluribus & majoribus privilegiis cohonestatam esse, atque est ipse fideus: imò mulierem in causa dotis potioram esse fidei, ostendimus in d. §. fuerat. 29. infr. de actionib. n. 17. ubi & alia contraria opinionis argumenta confutavimus. Vide de eadem questione accuratissime disputantem Justum Mejerum, in tract. de mulieris hypotheca, in dotis repetitione, th. 50. & seqq. Illud hæc addendum: quod privilegium tacite hypothecæ & prælationis, mulieri ratione dotis competens, nec à tempore promissæ, nec à tempore numeratæ dotis, sed à die nuptiarum, à tempore contracti atque consummati matrimonii incipiat: per textum expressum in l. 1. ff. qui potior. in pign. vel hypoth. habeant. Anton. Negal. in tract. de pignorib. & hypoth. part. 2. princip. membr. 4. num. 10. Gail. lib. 2. obs. 85. num. 3. Jacob Thoming. decis. 36. hujusque laudam Berlichius part. 2.

part. 2. conclusio. practica. conclus. 30. num. 7 pag. 657 & seq. Vide quoque Hunnius in resol. ad Treutler. vol. post. disputat. 24. th. 7. quest. 41. vers. sed hic dubitatio suboritur

276 p. 58. & seq. Addendum hoc loco & illud: quod mulier privilegio praelationis (quod ipsi tributum est a Justiniano in d.l. assiduis. 12. C. qui potior. in pign. habeant.) etiam sine iuramento renunciare possit, per textum expressum in l. etiam constante. 11. & l. jubemus. 21. C. ad Senatusconsult. Vellejan. Huiusque ratio aperta est: quia praelationis & hypothecarum jus solius mulieris favore est introductum, ut constat. ex d. l. assiduis. Atqui favori suo a beneficio renunciare nemo prohibetur. l. penult. C. de pact. Quod tamen hodie ex Novella Justiniani constitutione temperamentum accepi: ut tum demum efficaciter renunciaret praedicto hypothecarum & praelationis beneficio mulier, quando maritus alia bona habet, & quibus mulier consequi & obtinere sua bona queat: ne tali renunciatione omnimodo sua dote defraudetur, Auth. sine a me. C. ad senatusconsult. Vellejan. & Nov. 61. cap. 1. Idque proculdubio propterea est receptum: quoniam & publice interest, mulieribus dotes suas esse salvas, propter quas facilius nubere possint. l. 2. ff. de iure dot. l. 1. ff. solut. matrimon. Sed utrum temperamentum istud etiam in jurata renunciatione locum habeat, non usque adeo expeditum est? Equidem de iure civili Caesareo dicendum erit: non valere juratam illam renunciationem; quando ex aliis mariti bonis uxor dotem suam consequi nequit: quia alioquin iuramentum legibus & constitutionibus Imperialibus contrarium foret: cuiusmodi iuramentum non valere, plurimum manifeste relucet. ex l. juris gentium. 7. §. genera. liter. 16. ff. de pact. l. si quis iniquissimus. 112. §. ult. ff. de legat. 1. l. non dubium. 5. C. de legib. Caeterum iure canonico illud statuendum videtur: liquidem eo iure omnia iuramenta legibus etiam civilibus contraria, dummodo conscientiam non laedant, nec in alterius detrimentum, aut salutaris aeternae dispendium vergant, servari debere, expressis Pontificum decretis & canonibus cautum est. c. cum contingat. 29. in fin. ext. de iurejurand. c. quumvis. 2. ext. de pact. in 6. Et ita quoque tradit Hunnius in resol. ad Treutler. d. volum. post. disput. 24. th. 7. quest. 54. pag. 610. ubi iussit: in hac iuris civilis & canonici pugna palam juri Caesareo offerendam esse.

279 Porro inter creditores, ille qui instrumentum habet publicum, puta coram iudice ordinario, vel coram Notario & testibus confectum, & in eo hypothecam omnium bonorum debitoris, anteponi debet habenti instrumentum privatum, & in eo hypothecam, quantumvis priorem. l. scripturas. 11. cum auth. seqq. C. qui potior. in pign. habeant.

280 Huiusque expedita ratio est: quia privata scriptura contra tertium nihil probat. l. instrumentum. §. l. rationes. 6. l. ex empto. 7. C. de probationib. Et recte sane: liquidem in privata scriptura dies obligationi in fraudem anteriorum creditorum facile proferri possit. D. Obrecht. d. Disputat. 15. thes. 481. Meyer. in tract. de pignorib. & hypoth. tit. 13. num. 9. & seqq. Si tamen privata scriptura subscriptione trium testium idoneorum firmata esset, aliud censendum est: quia tunc, si tempore prior sit, merito posteriori hypothecae publicae praefertur cum eo casu suspicio fraudis & doli cesset; adeoque instrumentum privatum cum instrumento publico parem firmitatem obtineat. d. l. scripturas. 11. in fin. ibique Baldus num. 10. Cod. qui potior. in pign. habeant. Novell. 73. cap. 1. & 2. Ant. Negusant. in tract. de pignoribus & hypothec. pars 5. membr. 2. num. 8. & latius num. 47. & seq. Donell. in cod. tractat. cap. 14. in fin. Coler. de processibus execut. part. 4. cap. 1. num. 125. Petr. Frider. lib. 2. de mandat. cap. 66. num. 6. Alchius lib. 1. Dialog. cap. 73. num. 26. pag. 252. Beusch. ad l. admonendi. 31. ff. de iurejur. num. 967. pag. 659. D. Boer. class. 2. Disputat. 12. thes. 93. ad lit. b. edit. 2. Beuther. d. tract. de iure prior. part. 2. cap. 18. & noviter Berlichium d. part. 1. conclusionum practica. conclus. 46. num. 17.

282 Sed & licet nulla privata scriptura confecta sit: tamen, si constituto hypothecae, & quo tempore facta sit, testibus probari possit: creditor tempore prior praefertur debet creditori posteriori, hypothecam publicam habenti: quoniam non minorem fidem faciunt testes, quam instrumen-

tum publicum. l. in exercendis. 15. Cod. de fide instrument. Atque ita, post Calcanem consil. 29. num. 15. docuit Andreas Gail. lib. 2. observat. 25. n. 10.

Superest, ut de pignoris dissolutione paucis videamus. 283

Primo autem solvitur pignus solutione debiti integra l. item liberatur. 6. ff. quib. mod. pign. vel hypothec. solvit. l. si rem. 9. §. omnis. 3. ff. de pignorat. action. l. quando. 6. Cod. de distract. pignor. Virsil. Württembergisch. Brueuert Landrecht. part. 2. tit. 7. pag. 257. §. Wann der Schuldner, &c. Hartman. Pistoris. lib. 3. quest. 12. sub num. 6. & 9. Nec refert, an ipse debitor; an vero alius ejus nomine solverit: cum unusquisque pro ignorante etiam & invito debitore solvere possit. l. solvendo. 39. ff. de negot. gest. l. solvere. 53. ff. de solutionibus. Quod si oblatum debitum creditor accipere plane recuset: adversus hanc injustam recitationem, ad liberationem debitoris haec cautio est, ut debitor pecuniam testato oblatam obliget, & solenniter in publicum locum deponat: quia oblatae & consignatae pecuniae depositio vim solutionis habet. l. 1. Codic. qui potior. in pign. habeant. l. nec creditores. 10. & l. ultim. Codic. de pignor. actionib. l. obfignatione. 9. Cod. de solutionib. l. acceptam. 19. ubi eleganter. Giphanius. Codic. de usur. l. si priusquam. 8. Codic. de distraction. pignor. l. ultim. Codic. de hutione pignor. Donell. in tractat. de pignoribus cap. 16. D. Boer. Class. 2. disputat. 12. thes. 99. edit. 2. D. Obrechtus. Disputat. 15. thes. 587. & sequentibus. Eaue de re vide Everhardum Bronch. ult. m. centur. 2. évart. 10. Savv. afferre. 1. edit. 1. Arumæum in tractat. de mora. cap. 7. num. 7. Johan. Meringium in tractat. de oblat. obfign. ac deposit. pecunie debite. cap. 5. pag. 358. cum seqq. & Bichovium dict. tract. de pignoribus & hypothec. lib. 4. cap. 17. p. 348. & seqq. nec non lib. 5. c. 1. pag. 355. & seqq.

Secundo pignus seu hypothea solvitur remissione vel expressa, ut per pactionem; qua convenit, ut ab hypothea discedatur. l. solvitur. 5. in princ. l. sicut. 8. §. 1. ff. quibus modis pignus, vel hypothec. solvit. vel tacita, ut si creditor praesens, nec repugnans permittat debitori, suam rem pignori obligatam distrahere, vel alienare. l. si debitor. 4. §. l. sicut. 8. §. si voluntate. 6. & sequentibus. ff. quibus modis pignus vel hypothec. solvit. l. cum te. 4. Codic. de remission. pignor. latissime Negusant. in tractat. de pignoribus & hypothec. 3. membr. sextae partis princ. num. 12. & sequentibus, Hartman. Pistor. lib. 3. quest. 16. num. 9.

Sic quoties creditor, ut res sibi obligata alteri etiam pignori detur, consenserit: hoc ipso ius suum pignoris in eorum remissione intelligitur. l. Titius 9. in princ. & in fin. & l. Paulus. 12. ff. quibus mod. pign. vel hypothec. solvit. Itaque latissime explicat Pistoris d. q. 16. ubi rationibus pluribus hanc assertionem firmat, contraria resolvit. & secundum eam iudicandum subindicat. Quæri hic potest: an & is, qui reddit debitori pignus, ius pignoris remissione praesumatur? Et praesumi probabilius: quandoquidem reddere nihil aliud est, quam retrò ita dare, ut eo sit loco, quo prius, fuit. l. verbum reddendi 95. ff. de verbor. significat. Cujac. ad l. 2. in fin. ff. de pact. Forster. junior lib. 3. Disput. 16. th. 19. Sortis tamen remissionis huius praesumitur: sed manet, quousque solvatur. l. 3. ff. de pact. At chirographi sive cautionis redditio remissionem sortis sive debiti inducit. d. l. 2. §. 1. ff. dict. tit. l. creditricem. 7. C. de remissione pignor. Ratio diversitatis est: quia chirographo continetur principalis obligatio, cujus accessio quaedam est pignus sicuti fidejussor, l. si servum 91. §. nunc videamus 4. ff. de verbor. obligat. l. Granis Antoninus 71. post princip. vers. sed & accessiones ff. de fidejussoribus. Principali autem obligatione sublata, tollitur accessoria, non verò contra, l. in omnibus. 43. ff. de solutionibus. quemadmodum cessare causa, effectum ipsum cessare, non infans quis dixerit. l. diligere. 6. §. quamvis. 2. ff. de iure patronat. c. cum cessante 60. ext. de appellat. Sed videantur Negusant. d. membr. 3. sectae part. princ. num. 19. & seq. Comanus lib. 4. Commentar. iur. civil. cap. 19. num. 3. & seqq. Borcholt in Commentar. de pactis. cap. 2. in prima pactionum divis. num. 5. & sequente Flamon. Disputat. 13. controvers. 15. Treutler. Disputat. 1. thes. 9. lit. B. volum. 2. & ibidem Hunnius in suis resol. quest. 56. pag. 87. cum seqq. & Hackelmann. Disput. 12. thes. 14. lit. E. aliique ab his designatis

Et de remissione debiti atque ipsius pignoris accuratè disputat Bachovius d. l. 5. de pignor. c. 5. §. seqq. p. 379. §. seqq.

292 Tertio liberatur pignus satisfactione. dict. l. item liberatur. 6. in princ. ff. quibus mod. pign. §. hypothec. solvit. quia satisfactio pro solutione est. l. grege. 13. §. etiam si 4. ff. de pignoribus §. hypoth. d. l. si rem alienam. 9. §. omnis. 3. ff. de pignor. act. Satisfit autem creditori vel de sorte, vel de pignore, notante Dn. Obrechtio Disputat. 15. thes.

293 495. De sorte satisfactum intelligitur, quemadmodum creditor voluit, licet non sit solutum, ut scribit Ulpianus in d. l. si rem. 9. §. 3. ff. de pign. act. Et hoc fit, vel ipso jure, puta novatione & acceptilatione. l. solutum. 11. §. 1. §. solutum. §. ff. d. tit. l. novatione. 18. ff. de novationib. vel per exceptionem: si judicatum, vel juratum, vel pactum sit, nihil deberi, aut pignus non esse obligatum. d. l. solvit. §. 5. fin. ff. quib. mod. pign. vel hypothec. solvit. Et generaliter quocumque modo debitor sorte sive obligatione principali liberatur, semper quoque liberantur pignora. l. in omnib. 43. ff. de solutionib. Nam cum principalis causa non consistit: nec ea consistet, quæ accessionum locum obtinet.

294 l. cum principalis 178. ff. de regul. jur. De pignore porro satisfit creditori: si convenerit, ut vel alia pignora, vel pro hypothecâ fidejussor daretur. d. l. solvit. §. 5. si convenerit. 2. ff. quib. mod. pign. vel hypothec. solvit. d. l. si rem. 9. §. omnis. 3. ff. de pign. act.

295 Sed non levis suboritur hic contentio si debitor pignus æquè idoneâ creditori invito offerat, an audiatur, & prius pignus liberetur? Et quanquam id affirmant Philippus Decius n. 4. §. Cognovimus num. 2. §. 10. in l. plus cautionis. 25. ff. de reg. jur. Franciscus de Crema notab. 54. §. Negusantius d. tract. de pignorib. §. hypothec. 1. membr. tertie part. num. 21. vers. adde etiam, §. c. attamen contrarium verius esse, & forsitan receptum, testatur Emanuel Soarez in thes. recept. sent. lit. P. num. 120. §. seq. Qui meritò ad stipulantur Arius Pinellus in l. 2. part. 12. c. 1. num. 21. C. de rescind. vendit. Paulus Berens Disput. 9. ad Instit. them. 4. quest. 2. §. recenter Knipschildt. d. exercis. Acad. §. 9. 21. pag. 199.

296 Tum quia aliud pro alio creditori invito solvi non potest. l. 2. §. 1. in fine. ff. de reb. credit. si certum petatur. Tum quia id quod nostrum est, sine facto nostro ad alium trans-

298 ferri nequit. l. id, quod nostrum. 11. ff. de reg. jur. Tum quia generalia verba textus in d. l. si rem alienam. 9. §. omnis. 3. ff. de pignor. action. satis comprehendunt casum, in quo esth æquivalens pignus daretur: adhuc tamen illud committeretur voluntati creditoris, ut nec tunc aliud pignus accipere cogeretur. Tum denique quia creditor non compellitur liberare fidejussorè datum, etiam si alius æquè idoneus offeratur. l. mandato. 45. §. item si, dum. 2. ff. mand.

299 Cujus §. textus dubitatione prorsus careret, nisi intelligeretur in his terminis: cum alius æquè idoneus, fidejussor offerretur. Atque ita de fidejussore ad pignus erit regens argumentum, quo utitur ipse Ulpianus in l. qui autem. 14. §. 1. §. 2. ff. de constitut. pecun.

300 Nec hæc verissimæ sententiæ adversatur glossa in l. si Titio. 22. ad verb. pignoratitia. circa finem. ff. de pignorib. §. hypothec. quæ dissidentes possimum utuntur. Loquitur enim secundum terminos textus de creditore, agente contra heredem debitoris, non de debitore, agente contra creditorem; & sic nullo modo sentit, posse debitorem compellere creditorem; ut, dimisso certo pignore, aliud accipiat. Pinell. d. cap. 1. num. 21. sub fin.

301 Minus adversatur textus in l. illud verum. 10. §. 1. ff. quod met. caus. gest. ubi Cajus JC. in hæc verba respondit: Si metui a te coactus acceptam tibi stipulationem fecerim: arbitratu judicis, apud quem ex hoc edito agitur, non solum illud continetur, ut in tua personâ redintegratio obligatio; sed ut fidejussorès quoque vel eosdem, vel alios non minus idoneos adhibeas: præterea ut §. pignora, quæ dederis, in eandem causam restituas. Etenim in isto textu (ut ex literâ constat) favetur & succurritur creditori, non debitori: & ideo causa in primum statum restituitur. Pinell. d. cap. 1. num. 14.

302 Multo magis adversatur, quod teneatur quis facere, quod sibi non moct, & alteri prodest. l. in credito. 38. ff. de conditionibus. l. 2. §. item Vetus. §. ff. de aqua, §. aqua pluv. arcend. Nam quamvis ratione

ipsius pignoris meâ non interfit, hoc aut illud habere pignus, cum ejusdem bonitatis utrumque sit: tamen ratione tui usus ac necessitatis maximè interest: quia idcirco ad faciliorem & celeriore debiti solutionem induceris, atque adeo adigeris, ut bene monuit Soarez in suis annotationibus ad Pinellum. d. c. 1. n. 25. §. Paulus Berens. d. quest. 2. in fine. Ac de modo liberandi pignoris per satisfactionem, inspiciatur Bachovius d. lib. 5. de pignor. c. 10. p. 407. §. seqq.

Quarto finitur pignus rei obligatæ interitu, non modò si corporalis sit res, sed etiam incorporalis: ut si usufructus obligatus extinguatur. l. sicut. 8. in pr. ff. quib. mod. pign. vel hypoth. solvit. vel aliud jus, quod debitor in re habuit, l. 3. ff. eod. Ceterum id accipiendum est de totali rei interitu, quod scilicet tota res, non aliqua ejus pars, absumitur. Si enim: verbi gratiâ, domus oppignorata comburatur: area nihilominus manebit obligata, & quicquid ei deinceps inædificatur. l. domo. 41. ff. de pignor. action. l. Paulus. 26. §. penult. de pignor. §. hypoth. Cujac. lib. 23. observ. 22. Si quidam cum mutatur tantum rei qualitas, hypothecam durare, minimè dubitatur l. fundus. 16. §. si res. 2. ff. dict. tit. Wesenbec. in Paratit. ff. quib. mod. pign. vel hypoth. solvit. num. 3. ubi §. alios solvendi pignoris modos attingit. Porro an & quatenus per rei corruptionem aut mutationem, itemque per præscriptionem pignus finiat, latè explicat Bachovius d. tract. de pignorib. §. hypoth. lib. 5. cap. 3. p. 367. cum seqq. §. c. 12. 424. §. seqq.

Pignore prædictis modis soluto, succedit actio pignoratitia personalis. l. ult. in fin. Cod. de distract. pignor. quæ duplex est: directa & contraria. Directa debitori, qui rem oppignoravit, competit solutâ omni pecuniâ, adversus creditorem, ut rem reddat. hoc §. nostro l. si rem alienam. 9. §. omnis. 3. l. debitor. 40. ff. de pignor. action. Negusantius in tractat. de pignorib. §. hypoth. 2. membr. septime part. princ. num. 7. §. seqq. damnumque in eâ dolo culpave datum resarcit. l. si cum venderet. 13. §. fin. l. sicut vim. 19. C. de pign. §. hypothec. Sed hic distinctio pignoris conventionalis & prætorii necessaria est: ut in illo creditor de dolo & culpâ teneatur. l. si, ut certo. §. 5. nunc videndum. 2. ff. commodat. in hoc verò de dolo duntaxat, l. prætor ait. 9. §. est præterea. §. ff. de reb. auctoris. jud. possid. Balduin. in tract. de pignorib. §. hypothec. c. ultim. Cur in pignore conventionali non dolo tantum, ut in deposito, sed culpa etiam, ut in commodato, præstatur, ratio hæc est: quia pignus utriusque gratiâ datur, & debitoris, quò magis pecunia ei credatur, & creditoris, quò magis ei in tuto sit creditum, per hunc §. Quandoquidem in iis contractibus, qui utriusque contrahentium utilitatem continent, & dolo & culpa præstanda venit, d. l. si, ut certo. §. 2. ff. commodat. Berlichius part. 2. conclusio. practicabil. conclus. 33. num. 1. pag. 693. Veruntamen non levissima culpa, ut in commodato, sed levis solummodò præstatur: hoc est, talis diligentia à creditore exigitur, qualem suis rebus, non vigilantissimam, aut diligentissimam sed diligens paterfamilias adhibere solet. l. ea igitur. 14. ff. de pign. act. Ratio differentie inter commodatum & pignus haud obscura est: quia in commodato solius accipientis sive commodatarii utilitas vertitur, ac proinde meritò is levissimæ culpæ nomine tenetur; aut in pignore utriusque, ut paulò ante dictum, utilitas versatur: & propterea rectè de levi tantum culpâ creditor tenetur. d. l. 5. §. 2. ff. commodat. Theodor. Marcilius in hoc §. §. ibidem Borchole. n. 6. Foman. Disput. 20. thes. 8. lit. g. Caphan. Disput. 25. ad Institut. thes. 19. §. inibi Olemannus in suis not. n. 18. §. sequente. Enimverò si solius creditoris gratiâ pignus datum sit: præstat creditor etiam levissimam culpam d. l. si cum venderet. 13. in fine. ibi, venit §. custodia. ff. de pign. act. §. d. l. sicut. 19. ibi, sed §. custodiam. C. de pignorib. §. hypoth. ex quibus legibus evincitur, creditorem teneri quoque de levissimâ culpa: idque significatur per vocem, custodia, quâ indicatur summa & exactissima diligentia, cui opponi solet levissima culpa, ut monitum ad §. 2. num. 70. supra. de obligat. Sed exiliandum est: verum illud tantum esse, si creditoris solius gratiâ pignus contractum sit: puta ut pecunia credita in tutum redigeretur, alioquin præstari etiam sine pignore roganti amico credere pecuniam. Nam si utriusque gratiâ pignus contractum sit, quò magis

debitori pecunia crederetur, quam sine pignore habere non poterat, quod ea ratione quodammodo illi creditor exprimere videtur, argum. l. cum re pecuniam. 4. C. de pign. & quod esset creditori pignore cautum: hoc casu negandum est, custodiam pignoris esse præstandam, secundum definitionem d. l. si ut certo. §. §. nunc videndum. 2. ff. commodat. Ita docet Cujacius lib. 19. observat. c. 24. quem sequitur D. Bocerius in l. contractus. 23. c. 4. num. 74. ff. de reg. jur. edit. 2. Tametsi aliter sentiat Bachovius d. lib. §. de pignori. c. 21. num. 3. §. 4. pag. 463. & sequente. itemque in hoc. §. nostro pag. 739.

313 Contraria pignoratitia actio datur creditori, adversus debitorem, ad id consequendum, quod sibi pignoris nomine probabiliter abest. l. si necessarias. 8. in princ. l. si servus. 31. cum l. seq. & l. si quis. 36. ff. de pignorat. act. & ibidem Wesenbecius in suis Parat. num. 8. & Negusantius d. tract. de pign. & hypoth. 3. memb. septime part. princ. num. 13. & aliquot seq. veluti, si in conventionem pignoris deceptus sit, ut si rem alienam debitor obligarit: quo casu etiam stellionatus crimine extraordinario conveniri poterit l. 1. §. 1. & 2. l. 2. d. l. si quis. 36. in princ. & §. 1. ff. de pignorat. act. si damnum passus sit creditor ex pignore, ut debitor refarciat. d. l. si servus. 31. ff. eod. si impensas necessarias in pignore fecerit, ut debitor refundat. d. l. si necessarias. 8. in princ. ff. d. tit. l. creditor. 7. in fin. C. eod. Schefferus lib. 1. quest. 43. D. Besold. part. 2. debitor. jur. ex lib. 13. Pandect. quest. 9. pag. 90. vide Bachovium in tractat. de pignori. & hypothec. lib. 3. cap. 9. num. 2. pag. 189. Quæ tamen impensæ a iudice examinandæ sunt, ut neque delicatus debitor, neque onerosus creditor audiatur. l. si servus. 25. ff. d. tit. de pignorat. act. Decet enim creditorem exactorem, non acerbum, nec contumeliosum; sed moderatum, & cum efficacia benignum, & cum instantia humanum esse. l. si bene. 33. in princ. ff. de usur. l. continuus. 237. §. cum ita.

315 2. ff. de verb. obligat. nec malitiis hominum indulgendum est. l. in fundo. 38. ff. de rei vindicat. Enimvero hic notandum: ratione impenfarum creditori quoque competere jus retentionis. arg. l. quamdiu. 6. Cod. de distract. pign. l. 2. Cod. debitorem venditionem pignoris impedire non poss. l. solutum. 11. §. 3. ff. de pignorat. act. l. si in area. 43. in fin. ff. de condict. indebit. ne scilicet petitor ex aliena jactura locupletetur. l. plane. 38. ff. de petit. hered. Nec interest, etiam si debitor chirographariam tantum pecuniam debeat. l. unic. Cod. etiam ob chirograph. pecun. pignus retineri poss. Meyrer. in tr. de pign. tit. 18. n. 3. lib. 1. eomq. referens D. Plebs. Distr.

317 2. ad ius municipale Wurtemb. part. 2. th. 93. ad lit. C. Porro pignoratitia illa actio, uno tantum nomine semper pignoratitia appellatur. Ex altero autem pignore, quod propriè hypotheca dicitur, actio quæ nascitur, etiam pignoratitia quidem communi nomine, sed propriè & sæpius hypothecaria, & Serviana & utilis Serviana, & quasi Serviana nuncupatur. §. item Serviana. 7. inf. de act. l. 1. Cod. communis de legat. Sunt & alie inter pignoratitiam & hypothecariam actionem differentie. Nam pignoratitia actio, est in personam, quia ex contractu descendit: hypothecaria, est actio in rem. d. l. ult. in fin. Cod. de distract. pignor. gloss. in l. nec creditores. 10. ad verbum longi. Cod. de pignorat. act. Pignoratitia dein est civilis; hypothecaria ex pacto. & ex ipsius Prætoris jurisdictione substantiam capit. d. §. item Serviana. 7. inf. de actionib. l. si tibi decem. 17. §. de pignorat. ff. de pactis. Adhæc pignoratitia, est bonæ fidei actio: hypothecaria, est stricti juris. §. actionum autem. 28. ibique gloss. in verbo, pignoratitia inf. de actionibus. Pignoratitia insuper debitori, qui rem pignori opposuit, datur exsoluta pecuniâ, ad consequendum pignus creditori traditum ut dictum supra num. 293. At hypothecaria creditori tribuitur, quâ pignus, pecuniâ nondum persoluta, persequitur. d. §. item Serviana. 7. inf. de actionibus. Denique pignoratitia, cum sit personalis, annis triginta semper durat. l. si quis. 3. Cod. de præscr. 30. vel. 40. annor. hypothecaria verò varium tempus habet: siquidem interdum tollitur 10. annis, interdum 20. interdum 30. & interdum 40. ut notavit Bald. in ad. d. §. item Serviana. vers. inter pignus inf. de action. arg. l. 2. Cod. de iustione pignori. & Negusantius d. tractat. de pignori. & hypothec. 1. membr. part. 7. principal. num. 6. Vide Reinhardum Bachovium in tract. de

actionib. disputat. 3. ad thes. 37. pag. 110. & d. tract. de pignori. & hypoth. lib. 3. cap. 10. cum seqq. itemque lib. 5. cap. 20. pag. 456. cum seqq. & Georgium Frantzium exercit. 13. quest. 10. pag. 452. & seqq. itemque Davidem Doringium in bibliotheca Jurisconsultorum. tom. 1. in verb. actio pignoratitia. n. 50. fol. 397.

Porro cum repressaliæ pignori affimilari videantur: 319 de iis, an & quatenus jure defendi possint, coronidis quasi loco disquisitionem instituere lubet. Antequam autem questio ista discutatur: paucis præmittendum & monendum est: quod repressaliæ quarum mentio fit in jure Canonico, nempe in c. unic. de injur. lib. 6. Hotoman. consil. 23. num. 21.) exotico barbaro vocabulo dicuntur pignora- 320 tiones rerum & personarum; quando videlicet unus pro alio, & res unius pro re alterius apprehenditur & a summo Principe, Rege, vel Magistratu, superiorem non recognoscente, ob justitiam denegatam, conceduntur: cum instar justii belli reputentur, quod ab alio, quam summo Imperatore, indici nequit. l. 3. vers. eadem lege tenetur. ff. ad leg. Jul. majest. l. unic. C. ut armor. usus inficio Principe interd. sit. Quin etiam ipse Imperator bellum movere non 321 potest, absque consilio & voluntate Septemviro- & ordinum Imperii: ut apparet ex Capitulatione Cæsareâ, quæ extat apud Schleidanum lib. Commentar. de statu Religio- nis & Reipubl. circa finem. Quod si quisquam licentia Imperatoris bellum concitet: crimen læsæ majestatis committere dicitur. d. l. 3. ff. ad l. Jul. majest. Matth. de Afflic. ad Tit. 27. de pace tenenda. §. si quis hominem n. 27. lib. 2. Feudor. Dambouder. in praxi rer. criminal. c. 82. de bello. n. 20. eosque laudans Dn. Collega Bocer. in tract. de dis- 322 fultationib. c. 2. num. 5. & 6. Licet verò in omni disquisitione λογιστική sit vitanda: deque nominibus, quæ rerum picture tantum sunt, & tesseræ, secundum Platonem in Cratyl. nos non adeo sollicitos esse oporteat: tamen cum 323 semper rerum quidem potior, verborum autem prior cura esse debeat. l. 1. in princ. ff. de Justit. & Jur. l. 1. §. 1. & 2. ff. de pact. l. 1. ff. de reb. credit. §. cert. pet. l. 1. §. 1. ff. de suspect. tutorib. illa quoque in propositâ materiâ nobis curæ erit, præsertim cum nominibus, ut & etymologiæ, ad ipsarum rerum cognitionem nos haud raro manu ducant: & ex ignorance vocum atque etymologiarum maximam sæpe rerum, quarum illæ notæ sunt, ignoracionem & confusionem sequi necesse sit: Ad repressaliarum igitur vocem quod 324 attinet: ille non eodem modo ab omnibus derivatur. Quidam enim eas deducunt à representando; quasi scilicet illi, qui ob denegatam Justitiam cum rebus detinentur, representent eos, qui & debitum non solverunt, & ad id consequendum jus & justitiam denegarunt, juxta illud Poetæ:

Quicquid delirant Reges, plebsuntur Achivi.

Ac sanè eum is, qui causam repressaliis dedit, pignorato 325 omne damnum & interesse, quod est passus, refarcire cogatur: isthæc notatio non omnimodo pro rejicula habenda est. Alii repressalias sive pressalias ducunt à pressa, vocabulo Italico, quod capturam designat: aut à verbo Gallico reprandre & reprise: & quod est aliud pro re sua recipere, & injuriam, in damno & facto consistentem, refarciri postulare. Alii verò eas à repradando derivant. Nonnulli denique easdem à reprimendo dictas autumant. Et 326 cum repressalis homines vulgò utantur: ut alios ad justitiam administrandam urgeant; iisque aliorum injustitia reprimatur: & hæc notatio non omnino irrationalis videtur. Atque ita repressalias sive pressalias Doctores deducere animadverto. Quæ etymologiæ ut omnes non possunt prorsus esse insulsæ seu absurdæ, si rem ipsam respicias: ita si ipsam vocis & rei originem spectes: non omnes verè sunt Grammaticæ. Etenim cum vocabulum (repressalia) sit barbarum, ut paulo ante monitum. min. 320. & verò representare, ut & reprimere, verba Latina: hæc profecto ac dubito, an de his Grammaticæ etiam deducatur vox repressalia. Tricam quippe est; derivatum & 327 derivativum, seu simplex & compositum. ejusdem debere esse originis. Enimvero utut quispiam deducat: nulli propterea licem movebo. Utum porro repressaliarum 328 non novitiâ consuetudine receptum esse, ut Bartolus noster voluit: sed à vetustissimis Romanorum legibus radi-

cem sumplisse, censeo, putā ab ipsis Feclialibus, à Numa Pompilio secundo Romanorum Rege, primò constitutis. Quorum officium erat custodire & præcavere; ne alicui confederatæ Urbi bellum à Romanis injustum inferretur: quòd si fortè ab aliis federa violarentur, repetere res; & si non redderentur, bellum decernere, Ibat enim ad fedifragam Civitatem Feclialis; & admonitis, ut justa facerent, nisi paruissent (Diis foederum inspectoribus invocatis) bellum comminabatur. Vide Carolum Paschalium in suo legato c. 3. Hincque emeruisse usum repressalium Zalsius quoque, summus ille Germaniæ Jurisconsultus existimat, in l. 2. §. 2. vers. Et ita leges quasdam ff. de orig. jur. Licet, post alios, aliter sentiat Ventura de Valent lib. 2. partheni litigiosi. c. 2. num. 31. Eaque de re videatur Bachovius in tract. de pignori. Et hypothec. lib. 2. cap. 12. num. 5. pag. 140. Et seq. His ita breviter præmissis, ad propositam quaestionem propius accedamus: & nunquid repressaliæ jure defendi & in quovis communiter licite exerceri queant, accuratius paulò examinemus. Ac certè eas regulariter omni juri esse consentaneas, Doctores plerique speciosis admodum rationibus & fundamentis suffulti, concludunt.

Primò enim ita ratiocinantur: omnis justitia & naturalis æquitas postulat, dictatque: ut singulis sua tribuantur, & omnibus, rerum vel creditarum, vel ablatarum restitutio fiat. §. juris præcepta. 3. Institut de justit. Et jur. Ideoque cum nobis aliquis deberet, vel nostra nobis surripuisset: & nos non solum adversarium, sed ejus etiam Magistratum pro restituendis rebus sollicitaverimus; debita verò justitia utrinque denegata fuerit: ordinasse & permisisse videtur eadem ipsa lex & justitia alium modum & remedium extraordinarium, malo nodo malum cuneum obijciendo: ita ut quod monendo ac sollicitando consequi non potuimus, id æquabili repressalium & pignorationum coactione obtineamus: adeoque adversarium vel magistratum amore sui concivis vel subditi ad justitiæ administrationem compellamus; Deinde accedit; quòd licet repressaliatus seu pignoratus, veri contractus ratione, sit innocens: attamen propter denegatam vel protractam justitiam à magistratu suo, quasi obligatione aliqua teneatur; ac ea propter ex obligatione istà possit vel ipse, vel bona ipsius detineri, eidemque auferri: quò Princeps sive Magistratus ad jus cuique, etiam extero, reddendum facilius adigatur & concitetur. Præterea metu repressalium singuli Magistratus cogentur non minus exteris, quàm propriis subditis & civibus justitiam administrare: ut proinde ipsorum subditorum interfit, repressalias exerceri adversus Principem & Magistratum: justitiam denegantem. Civitas insuper vel Dominus, justitiam facere negligens, vel recusans, est debitor justitiam postulantis. Quocirca homines, illi Domino vel Populo subjecti, capi poterunt: siquidem propter delictum Domini, negligentis facere justitiam, contra totam terram & omnes gentes subditas bellum indicii posse, Divos augustinus scriptum reliquit. can.

dominus. 2. caus. 23. quest. 2. Adhæc cum negligentia procuratoris domino noceat: idcirco & negligentia Reclorum nocebit civibus: quoniam sibi imputare debent, quòd tales elegerint, argum. l. cum mandatu. 23. ff. de minorib.

Denique regnum ab injustis auferri, & justitiam facientibus dari debet. Matth. cap. 21. v. 42. Ecclesiast. c. 10. vers. 8. Atqui Magistratum, repressalias concedentem, in locum Superioris, justitiam denegantis, succedere vix dubitatur. Atque hæc potissima sunt argumenta, quibus vulgò doctores repressalias defendere conantur: isti tamen concurrentibus causis sive requisitis, Primò, ut justitia sit denegata. Nisi enim & reus fuerit evocatus, & magistratus requisitus, & justitia vel protracta, vel denegata: extraordinario huic repressalium remedio locus non relinquitur, arg. l. cum verò 26. §. subornatum 7. & §. evocari.

9. ff. de fideicommissar. libertat. Secundò Doctores requirunt, ut denegetur justitia in causa magnà lesione enormissima. Haud etenim pro re modicà decerni solent remedia extraordinaria. l. scilicet 4. ff. de in integr. restitutionib. l. si quis. 9. ult. ff. de dolo. Tertio, ut debitum, causaque petendi repressalias sit liquidissima, & sufficientibus probationibus aperta: ita ut supplicantis postulatio vel re ju-

dicatā, vel publico instrumento, vel chirographo, plenisque indiciis nitatur. Quarto, ut auctoritate Magistratus, cui de gravamine plene constet, arrestum judicialiter imponatur: cum propria auctoritate jus sibi dicere nemo possit. l. non est singulis. 176. ff. de reg. jur. l. nullus. 14. C. de judeis. Hucque facit novissimus Imperii recessus de anno 1594. §. und so viel die ungleiche Meinung, Et. pag. 722. Quindò & ultimò, ut is, contra quem conceduntur repressaliæ, sit forensis & extraneus: quandoquidem uni Principis subdito contra alium ejusdem Principis subditum, repressaliæ concedi non debent: cum boni Principis sit, amborum causas cognoscere, & cuique justitiam incorruptè administrare. Atque ita docent Bartolus, Martinus Laudensis & Joannes Jacobus à Canibus in suis Tractatibus, de Repressaliis, Jodocus Damhouder. in praxi rer. crimin. c. 98. n. 12. Petrus Heigius part. 1. quasi. 12. Andreas Dalner. in Epitom. de repressal. Petrus Fredericus Mindan de processibus Et. lib. 1. c. 49. Guid. Pap. decis. 32. & ibidem Antonius Rambaudus in suis additionib. Hotoman. d. consil. 23. num. 25. Menoch. de arbitr. judic. cent. 6. cas. 527. Horat. Carpan. superstatuta Mediol. vol. 2. c. 437. Andreas Pinner. in singulari disp. de repress. Melander. in process. Meureri. part. 2. th. 220. pag. 387. Limæus tom. 3. de jure publico Imp. Rom. lib. 8. c. 9. n. 24. cum seqq. p. 138. Peit. Greg. lib. 38. syntagm. c. 8. D. Martin. tom. 2. Digestor novissimor. d. 12. Repressalia. c. 1. cum seqq. fol. 121. D. Besold in thesauro practico lib. R. num. 33. pag. 687. Althus. lib. 2. dialog. cap. 17. num. 28. pag. 579. Quirinus Kubachius cent. 3. quest. illust. decur. 2. q. 4. itemq. apud Arumannum vol. 4. de jur. publ. discurs. 25. 26. 27. Et 28. Joan. Baptista Colta tom. 1. tract. de remediis subsidar. remed. 17. num. 9. cum seqq. fol. 42. Hugo Grotius lib. 3. de jure belli ac pacis c. 2. p. 574. Et seqq. Balthasar Ayola lib. 1. de jure Et officii bellicis c. 5. & sequenti alii.

Verum ego, nec istis quidem requisitis universis concurrentibus, repressalias jure regulariter licitas; sed omni potius jure prohibitas, illicitas & improbatas esse (cum nonnullis magni nominis Jureconsultis, quantumvis numero paucis: Andrea Gaillo lib. singulari, de pignorationibus observat. 2. Matthia Colero in tractat. de processib. executiv. part. 1. cap. 2. num. 283. cum seqq. & Helfrico Ulrico Hunnio, in Commentar. de privileg. Studiofor. cap. 2. q. 11. item lib. 3. resolut. jur. civil. tractat. 3. part. 5. quest. 7. pag. 969. Et seqq. Antonio Asselmanno, de contract. disp. 6. th. 10. pag. 147. Berlichio part. conclus. practice. concl. 51. Et seq. itemque Ventura de Valent. d. lib. 2. cap. 2. n. 32. cum seqq. & aliis recitatis supra n. 139.) mihi persuasissimum habeo. Moveor autem rationibus, haud subtilibus; sed ex purissimo ipsius justitiæ æquitatisque fonte hauritis atque desumptis. Regula quippe utriusque juris novissima & firmissima est: neminem alterius odio prægravari debere. c. non debet. 22. de reg. jur. in 6. l. non debet alteri. 74. ff. de reg. jur. l. si quis suo. 33. §. 1. ibi. hoc iniquum iudicantes, Et. c. de inoffic. testam. Atqui negari minime potest, quin odio non solventis, nec justitiam administrantis, graveur per repressalias ille, qui propter debitum alienum non solum, ac propter justitiam sive denegatam, sive protractam, capitur, aut bona ejus detinentur. Proinde repressalias cum justitiæ jurisque fundamentis ac regulis pugnare, plusquam manifestum evadit. Quin & jus divinum prohibet, innocentem portare iniquitatem delinquentis. ler. 31. v. 30. Ezech. c. 18. v. 4. 17. Et seqq. Adhæc, si propter res alienum patris, filium inquietari & conveniri fas non est. tot. tit. C. ne filius pro patre, vel pater pro filio. Et. nemo utique non videt, iniquissimum esse, aliquem propter debitum extranei conveniri & inquietari: capi, bonisve suis exui. Hinc rectè sciteque Cassiodorus, lib. 4. variar. cap. 10. dividuntur inquit, causæ Germanis: filius obligationibus paternis, si non sit heres, exuitur: uxor maritalibus debitis, nisi per successionis vinculum, non tenetur: & audacia ad solutionem trahit extraneos: cum absolvant jura conjunctos. Nec ad thobum quicquam facit, quod antagonizæ excipiunt: filium pro patre, & patrem pro filio non teneri, quatenus eidem Magistratui subiant: at si pater extraneo deberet, & huic denegata esset justitia: tunc filium ab extraneo isto creditore arrestari posse. Etenim hoc ipso illos manifestè potest principium, nemo

non intelligit. Sed & in d. tit. C. ne filius pro patre, &c. Divi Imperatores generaliter loquuntur: & constitutiones quoque, filium ob debitum patris, & patrem ob debitum filii inquietari prohibentes, naturali iustitiae ratione, de qua superius dictum, nituntur. Ad huius assertionis corroboracionem accedit: quod repressalium ob privatam potissimum concedantur utilitatem: ut nimirum creditor suum ab extero debitore obtinere ac consequi valeat. At in propatulo & trahitum est; quod propter utilitatem privatam Respublica turbari, convelli, & labefactari non debeat: quae sane exercitio repressalium vel maxime turbatur, inquietatur, & convellitur. Ex praeterea iustitiae, iurisque gentium & naturalis suadet: alterum non esse laedendum. §. 3. *supr. de iustit. & iur.* itemque illud, quod nostrum est, sine facto nostro ad alium transferri non posse. *Id. quod nostrum. l. i. ff. de reg. iur.* At contrarium fieri per repressalias, ipso meridie clarius est: quandoquidem non potest non gravissime laedi, qui ob debitum delictumve alienum, vel ipse custodiae traditur, vel cuius bona auferuntur & detinentur. Quemadmodum & per repressalias id, quod nostrum est, sine ullo facto nostro aut delicto ad alium transferri, palam est. Dubium ergo relinquitur nulum, quin leges naturae, & regulae iustitiae gravissime & manifestissime per repressalium remedium violentur. Et quanquam ad hoc dissentientes respondeant: per repressalias quidem auferri, & ad aliud transferri alterius bona, alterumque quodammodo laedi; sed non sine causa iustissimae ac gravissimae: quia scilicet bonum publicum suggerit, iustitiam administrari, suumque jus cuique reddi: id quod per repressalium concessione efficitur: attamen ego juris veritati & naturali aequitati magis consonum esse, opinor, nequidem propter utilitatem publicam suum cuique, sine ipsius culpa ac merito, aut sine iusti refusione pretii, adimi posse. *arg. §. ult. supr. de his, qui sui vel alieni iur. sunt l. vendit. 13. §. 1. vers. nisi prius solutum. ff. commun. praedior.* Deinde ad iustitiae administrationem a Magistratu extorquendam, non propterea sunt ipsius sanctae iustitiae leges violandae, acque evertendae. Tum etiam non esse facienda mala, ut inde eveniant bona, Divus Apostolus monet. *Paul. ad Rom. c. 3. v. 8.* Huic insuper sententiae plurimum inservit vulgata regula iuris, qua dicitur: factum cuique suum, non alii nocere debere. *l. sanctum. l. 1. §. ff. de reg. iur.* Atqui vero factum Magistratus, iustitiam denegantis, noceret alii, nempe ei, cuius bona arrestantur & detinentur, si repressaliae admitterentur. Quare si omnino iustitiae administratio violento aliquo remedio a Magistratu extorquenda est: aequum profecto putaverim, ipsius potius magistratus, quam altioris ejus subditi, bona arrestanda esse: cum dictamini rectae rationis & aequitatis plane conveniens sit; poenas suos tenere auctores: nec ulterius progredi metum, quam repariatur delictum, ut praecclare rescripserunt Imp. Arcadius & Honorius. *l. sanctum. 22. C. de iun.* Eodem quoque non parum confert: quod per repressalias summus Princeps sive magistratus constituitur. Iudex in re quasi propria: qui a subditis denegantis iustitiam semel repressalibus extorquebit, quantum voluerit: atque ita plus aequo & iusto pro suo arbitrio exigit: qui tamen in prosecutione sui juris amplius non erat habiturus, quam quantum sibi debebatur in sorte principali, vel ratione morie: id quod repugnat penitus iuri naturali, praecipienti: quod nemo cum alterius iactura debeat locupletari. *l. nam hoc natura. 14. ff. de cond. indebit. l. iure natura. 206. ff. de reg. iur. cap. locupletari. 48. eod. tit. in 6.*

349 Sed quid ego pluribus rationibus conquirendis immoror? cum ipse sacratissimorum Imperatorum constitutiones apertissime istiusmodi repressalias oppignorationesve impugnent atque prohibeant? Primum enim Zeno Imperator in *l. iunio. C. ne nullus ex vicaneis pro alien. vicaneor. debui. teneat.* ea de re ita disertè sancit: *Grave est, inquit, non iustitiam habere. verum etiam aequitati naturali contrarium, pro alienis debitis alios molestari. Idcirco huiusmodi iniquitates circa omnes vicaneas perpetrari, modis omnibus prohibemus. Jam vero pro alienis debitis per repressalium concessione molestari eos, in quos execcentur, manifeste manifestius, certoque certius est: ac proinde Zenoniana haec sanctio prohiberi repressalias, firmiter statuendum*

est. Deinde Augustissimus Imp. Fridericus Secundus, in *350* *Auth. habita. C. ne filius pro patre, &c.* inter reliqua ita scribit: *Hac igitur generali, & in perpetuum valitura lege decernimus: ut nullus de cetero tam audax inveniat, qui aliquam Scholaribus injuriam inferre praesumat: nec ob alterius cuiuscunque provincia delictum sine debito (quod aliquando ex perversa consuetudine factum audivimus) aliquod damnum eis inferat. &c.* Ecce hic Imp. Fridericus illam repressalium consuetudinem expresse improbat, eamque perversam appellat, qua qui alterius ob delictum vel debitum pati damnum compellatur. Consimiliter laudatissimus Imp. Justinianus, in *Nov. 52. in praef. juncto 6. l. repressalias, ut iniquitatis & injuriae plenissimas, per seipsum damnat, ita sanciens, In honestas pignorationes, & odibiles super his exactiones, plurime quidem & aliae leges odio habent, praecipue autem a nobis posita: sed rescimus, quemadmodum causa, licet tantis castigata legislationibus, adhuc praesumitur, & in Republica est. & majorem sui praebet virtutem, quam legum necessitas. Propterea sancimus: nullam omnino pignorationem in nostra Rep. prevallere, neque in mercatis (hoc quod maxime ibi praesumptum invenimus) neque in agris, neque in civitatibus, neque in vicis, neque in civibus, neque in vicaneis, neque in agricolis, neque alia omnino quocunque modo vel tempore: sed praesumentem alium pro alio, secundum pignorationis formam, aurum aut aliquid aliud exigere, hoc reddere in quadruplum violentiam passio: & cadere etiam ab actione, quam habuit adversus eum pro quo exactionem fecit. Non enim habuit rationem, alium quidem esse debitorem, alium vero exigi: sed nec alteri molestum pro altero quodam tanquam invasionem aut injuriam committentem: & alium quasi vicaneum existentem eadi, aut injuriam sustinere, & aliquid pati, quod omnino non competit, pro alio, & absque legitima occasione quolibet perferre calumniam, &c.* Idem praeterea Justinianus noster in *Nov. 134 c. 7.* hoc modo graviter sancivit: *Quia vero & huiusmodi iniquitatem in diversis locis nostra Respublica cognovimus admitti: quia creditores filios debitorum praesumentem retinere, aut in pignus, aut in servile ministerium, aut in conditionem: hoc modis omnibus prohibemus & jubemus, ut si quis huiusmodi aliquid deliquerit, non solum debito cadat, sed tantam aliam quantitatem adjiciat dandam ei, qui reventur est ab eo, aut parentibus ejus. & post hoc etiam corporalibus poenis ipsam subditi a loci Iudice: quia personam liberam pro debito praesumpserit retinere, aut locare, aut pignori. Denique quod Repressaliae seu oppignorationes in Rom. Imperio tolerari non debeant, aperte novissime constituit Imp. Maximilianus II. in *Recessu Imp. Spirensi de anno 1570. §. Wann auch die arretta, wie die repressalien, generaliter in Rechten verboten, &c.* Ex hisce haecenus recensitis constitutionibus Imperialibus ad oculum liquere arbitror: repressalias omni jure severissime prohibitas atque damnatas esse. Neque vero de verissima hac sententia me facile dimovebit, quod Adversarii vulgo reponere solent in modo adductis constitutionibus non tam pignorationes & repressalias damnari, quam inhumanissimum & pestilentissimum earum abusum reprehendi atque prohiberi: sique demum repressalias licitas conferri; si causa cognitio precedat: si iusta causa, denegatio videlicet iustitiae subsit; si denique non propria aut privata, sed magistratus auctoritate execcentur, ut fultius expositum supra n. 334. & seqq. Huic namque responsioni non solum resistit generalitas textuum, expressissime prohibentium, alium pro alio inquietari & molestari: verum etiam generalitas rationis; quod nimirum rationem nullam habeat: alium quidem esse debitorem, alium vero exigi: & quod legibus & naturali aequitati procul contrarium sit pro alienis debitis quentum molestari. *D. Hinn. d. Comm. de prioll. Studiosor. c. 2. q. 11. pag. 170. & d. lib. 3. res. iur. civil. tractat. 3. part. 5. quest. 7. pag. 272.**

354 Postis itaque & explicatis sententiae nostrae fundamentis: superest, ut ad contrarium supra n. 330. & seqq. allatum succincte breviterque respondeamus. Quod igitur primo loco dicebatur: ipsam iustitiam & aequitatem exposcere ut suum cuique restituatur: ut ablatum restitatur; ut debitum exolvatur: hoc autem per repressalias extorqueri ab eo, qui prius iustitiam administrare neglexerit,

- aut denegarit : ac proinde per repressaliarum concessio-
nem, iustitiæ administrationem promoveri : illud sanè haud
355 difficulter removetur, si respondeatur : legem quidem
iustitiæ esse perpetuam ; quòd suum unicuique sit tribu-
endum : sed ejusdem iustitiæ aliam esse legem, illà non in-
feriorem : quòd proximus non sit ledendus. d. §. præcepta.
3. sup. de iustit. & iur. hanc verò violari per repressalias :
ideoque sic unam iustitiæ legem tuendam & custodiendam,
356 ut altera non violetur, nec evertatur. Sed & hoc non in-
commode regeritur : finem quidem bonum esse posse ;
ubi tamen media, ad finem istum tendentia, mala sint : hoc
autem quotiescunque accidit, observandum esse præcep-
tum Paulinum : *Non esse facienda mala, ut inde eveniant*
357 *bona.* d. c. 3. ad Rom. v. 8. Sic, verbi gratià, Christiana reli-
gio semper promovenda est : ac non vi, non igne, non la-
queo, non rotà, non ferro, aut armis : sed gladio Spiritus,
verbiq; divini prædicatione fidei, sincerà & diligenti.
Sic ergo & iustitia, ejusque administratio semper promo-
venda est : sed tamen non quibuscunque mediis violenti-
is, non certè illis, quibus ipsa iustitia lædatur, quibus pro-
ximus offendatur ; quibusvè publica tranquillitas & secu-
ritas pertubetur : sicuti per repressalias fieri, ad longum
suprà est ostensum. n. 338. & seqq.
- 358 Ad secundum dissentientium argumentum, ab obliga-
tione subditi pignorati sive repressaliati desumptum, re-
spondetur : ex delicto magistratus, in quod subditus non
consensit, subditum haud obligari : proindeque si deneg-
arit, neglexerit, aut protraxerit iustitiam magistratus :
non erit propter hoc alteri, cui denegata fuit iustitia, sub-
ditus obligatus : ut qui neque contraxerit, neque deli-
querit ipse, neque in Principis seu Magistratus delictum
consenserit. Unde hoc argumentum non modò leve ac
ridiculum ; sed planè etiam ineptum & absurdum merito
censetur. *Hunn. in d. Comment. de privileg. Studios. cap. 2.*
359 *quest. 11. p. 172. & d. lib. 3. resol. iur. civ. tract. 3. part. 5. q. 7.*
pag. 973.
- Ad tertium, suprà num. 331. allatum, argum. responde-
ri poterit : interesse quidem subditorum, magistratum seu
Principem non solum ipsis, sed exteris quoque jus reddere,
& iustitiam administrare : verum non interesse subdito-
rum, quovis modo ad iustitiæ administrationem Principem
cogi : præsertim cum alia suppetant media & remedia,
quibus ab Ephoris & Imperii sive Regni Statibus in offi-
cio Principis contineatur. *D. Hum. locis modò designa-*
360 *tis.* Ad quartum (quòd nempe bellum iudici possit toti
terre, & Imperio adeoque etiam subditis, ob denega-
tam à Principe iustitiam : repressaliæ verò sint species belli)
non malè respondetur : privatam injuriam, unialicui dun-
taxat illatam qualis in nostrà questione est denegatio vel
protractio iustitiæ, nequaquam esse iustam & legitimam
belli causam ; sed causam belli debere esse publicam.
- 361 Ratio præterea diversissima est belli & repressaliarum.
Bello namque petitur Princeps, qui injuriam fecit : nec
non illi, qui vel expresse, vel tacite, aprobant Principis
factum. Ac repressaliis petitur ille, & quidem principaliter,
362 qui nec deliquit, nec in delictum consensit unquam.
Ac si nunc Divus Augustinus in allegato loco suprà num. 331.
agit de bello, quòd inferri debet genti vel civitati, propter
iustitiæ non à Principe seu magistratu, sed ab ipsa gente
vel civitate denegatam aut neglectam. Ideoque valde
impertinenter Augustini auctoritas ad propositum allegat-
ur. Sed & illud, quòd de bello in contrarium asserri as-
soler, accipiendum est de bello, ex publica necessitate sus-
cepso, ad propulsandam videlicet injuriam vicinæ gentis,
maximè Sarracenicæ, & à nostra puriore religione & chris-
tianitate prorsus alienæ : quæ Sacro Romano Imperio
suos nervos & vires nefarie subtrahit. *argument. cau. iustum*
est bellum. l. causa. 23. quest. 2. & notat. Barolus in l. hostes
24. num. 14. ff. de captiv. & postlim. revers. Secus verò est
in injuria, alicui privato illatà. Pro ea enim totæ gen-
tes ad arma concitari non debent : cum ex parva sæpe
scintilla magnum horrendumque oritur incendium, ar-
gument. l. qui occidit. 30. §. 3. ff. ad leg. Aquil. & cap. si egres-
364 *sus. 5. ex. de injur. & dam. dato.* Quapropter Judex sive
Princeps circumspiciendus atque discretus esse debet : ne oc-

casione cujuscunque litis facile patiatur statum, & tran-
quillitatem Reipublicæ turbare aut convelli, *argument. l. si*
quis ingenuum. 21. §. ult. ff. de captiv. & postlim. revers. l. 1.
§. quies. 12. ff. de offic. præfecti urbi. & l. congruit. 13. in princ.
ff. de offic. Præsid. Unde bellè ac scitè canit Ovidius, lib. 1.
de remed. amoris :

Principis obsta : ferò medicina paratur,
Cùm mula per longas invaluere moras.

Ad quintum argumentum contrarium (quò dictum fuit, 365
suprà n. 332. negligentiam Rectorum sive Principum nocere
debere civibus : propterea quòd hi illos elegerint) respon-
dendum puto per inficiationem sive negationem conse-
quentiæ. Haudquaquam enim unius est subditi, constitue-
re & eligere Principem : sed totius Populi, aut Statuum Im-
perii. Quia & illud in confesso est : quòd Magistratus
non semper electione constituatur : sed aliquando etiam
successione, aliisvè modis ad regnum evehatur : ut pro-
inde subdito nihil plane imputari possit quando magi-
stratus iustitiam non administrat, nec jus exteris legitime
reddit. *Herman. Kirchner. vol. 1. orat. 11. & 12.* Hinc-
que argumentum à procuratore, officium suum negli-
gente, ad magistratum, iustitiæ administrationem negli-
gentem, minimè procedit : maximè, cum procurator non
solum consensu, sed & mandato domini aliena negotia
administret. *l. 1. ff. de procuratoribus.*

Ad sextum & postremum Antagonistarum argumen-
tum, adductum suprà num. 333. quòd attinet : ad id mul-
tipliciter responderi poterit. Nam primò, propter iusti-
tiam uni atque alteri denegatam, Rex sive Princeps non
protinus à solio est deiciendus : sed is demum ab officio
deponendus erit, qui iustitiæ administrationem penitus ne-
gligit, nec cuiquam jus suum unquam tribuere satagit.
Deinde cum iustitiæ administratio in Republicà promoveri
& conservari queat hoc medio : ut nempe magistratu,
iustitiam negligente, ab officio remoto, alius in locum ip-
sius surrogetur, qui iustitiæ & æquitati studeat : non erit
profectò per iniquissimum hoc repressaliarum remedium
ad iustitiæ administrationem Princeps cogendus, quò
non tam ipse, quàm innocens subditus crudeliter prema-
tur. Denique neutiquam conceditur : in locum hujus, 367
iustitiam denegantis, substitutum ac surrogatum esse Prin-
cipem, repressalias exercentem, maximè quatenus eas ex-
ercent : cum illæ ad officium boni magistratus haud per-
tineant, sed potius ei planissimè adversentur : ut ex iis,
quæ hæcenus in medium allata sunt, satis superque
clarescit.

Tandem nihil quicquam moverit, quòd objectari ul-
terius solet : plerosque Doctores, paucissimis dissentienti-
bus, statuere repressalias omni jure, adeoque divino, na-
turali, gentium & civili valere atque permissas esse. Et-
enim multitudo errantium non parit errori patrocini-
um, ut tritum sermone dictiterium habet : sicque non ex mul-
titudine Auctorum, quòd melius & æquius est, iudicari
debet : cum possit unus deterioris interduo sententiam
multos & majores aliqua in parte superare, pronunciant
ipso Imperatore Justiniano, in *Proem. Digestor. sive l. 1. §.*
sed neque multitudine. 6. C. de vet. jur. enucleand. Et id-
eo opinatio multorum, quæ jure & rationibus firmis non
stabilita atque munita est, licite sperni repudiarique po-
test : ut bene tradidit Panormitanus in *c. 2. ext. de usur. &*
in c. Capellanus. 4. ext. de fertis. & ibid. Joann. Andreæ. &
in c. 1. de constitut. cõsque laudans Nicolaus Reusnerus
consilior. lib. 1. consil. 7. num. 116. & seq. Dilucis igitur
& destructis omnibus adversæ opinionis fundamentis ;
constanter & intrepide concludendum iudico : repressa-
lias nullo omnino jure aut prætextu defendi posse : ac
proinde ad extremos Garamantas usque & Indos rele-
gandas, nec non ex universa hominum communitate
extermindas esse.

DE VERBORUM OBLIGATIONIBUS.
TIT. XVI.

Principium Tituli.

Verbis obligatio contrahitur ex interrogatione & responsione, cum quid dari fieri vel nobis stipulamur: ex qua duæ proficiunt actiones, tam conditio certi, si certa sit stipulatio; quam ex stipulatu, si incerta sit. Quæ hoc nomine inde utitur, quod stipulum apud veteres firmum appellabatur, fortè à stipite descendens.

SUMMARIA.

- 1 Ratio ordinis sive continuatio hujus tituli.
- 2 Stipulatio quibus partibus constet.
- 3 Stipulatio unde denominetur.
- 4 Quando de re constat, nomen non curatur.
- 5 Stipulatio quomodo definiatur.
- 6 An stipulatio verus ac proprius sit contractus.
- 7 Stipulatio quibus in locis contrahendus appelletur.
- 8 A proprietate verborum in dubio non recedendum.
- 9 Omnis conventio aut nudum pactum est, aut contractus.
- 10 Monstrum non est bono.
- 11 Definitio cui non competit, eidem nec competit definitum.
- 12 Mens est intellectus l. Labeo 19. ff. de verb. significat.
- 13 Nullum simile est idem.
- 14 Quæ ratione stipulatio cum aliis contractibus conferatur.
- 15 Consideratio l. stipulationum. c. §. 1. ff. de verb. oblig.
- 16 Ex remotione unius generis, non inducitur remotio alterius.
- 17 Contractus & facti sunt & juris.
- 18 Quatenus stipulatio, nominetur cautio.
- 19 Accessorium non idem est cum principali.
- 20 Stipulatio cur contractus sit nominatus.
- 21 Sententia l. in conventionalibus. ff. de verb. obligat.
- 22 Quæ natura sit contractuum nominatorum, & quæ inominatorem.
- 23 Stipulatio an sit contractus stricti juris: an item juris civilis.
- 24 Num omnes conventiones sint juris gentium.
- 25 Forma stipulationis in quo consistat.
- 26 Jus civile unde nomen accepit.
- 27 Quis mortuorum primus verbes adificaverit.
- 28 Formæ dat essentiam & originem rei.
- 29 Sola verba quatenus stipulationem constituent.
- 30 Stipulationis forma alia generica, alia specifica.
- 31 Verborum solemnitas ex stipulatione an sublata.
- 32 Origo omnium legum rogatio censetur.
- 33 Explicatio. c. 6. procerbius. vers. 1.
- 34 Consensus est à jure gentium.
- 35 Expositio l. an mutui. §. fin. ff. de acceptilat.
- 36 Stipulatio cur inventa.
- 37 Equid stipulatio per se sola, sine alterius causa administratio, consistat.
- 38 Consideratio l. si divorcio. 21. ff. hoc tit.
- 39 Intellectus l. 4. §. fin. ff. si quis cautionibus in judic. ff. caus. fact. &c.
- 40 Sensus l. 2. §. 3. ff. de doli mali, & met. except.
- 41 Inter absentes stipulatio contrahi nequit.
- 42 Ex inutili stipulatione an oriatur utile pactum.
- 43 Acceptilatio inutilis habet utile pactum.
- 44 Differentia inter stipulationem & acceptilationem.
- 45 Liberatio obligationis favorabilior.
- 46 Consideratio l. si quis pro eo. c. 6. §. 1. ff. de fideiussoribus.
- 47 Interpretatio loci, qua. 57. ff. de donat. int. vir. & uxor.
- 48 Declaratio l. non figura. 38. ff. de obliga. & actionibus.
- 49 Generi per speciem derogatur.
- 50 Sponsalia quomodo fiant.
- 51 Quis ad interrogata congruenter respondisse intelligatur.
- 52 Quatenus continua interrogatio & responsio ad stipulationis substantiam requiratur.
- 53 Actus extraneus quis sit, iudicis arbitrio relinquatur.
- 54 In continentem quid fieri dicatur.
- 55 Examinatur l. si ex duobus. 12. ff. de duob. reis. constit.
- 56 Stipulatio omni vel in dando consistit, vel in faciendo.
- 57 Stipulatio inacta quæ sit.
- 58 Mierum suo simpliciter continetur.
- 59 Ex stipulatione dari præci aliqui ad datum obligatur: non item ex stipulatione faciendi.

- 60 In obligatione alternativa cuius sit electio.
- 61 Ratio diversitatis, cur aliud in faciendi, quam dandi stipulatione observetur.
- 62 Consideratio l. fideicommissa. 11. §. ult. ff. de legat. 3.
- 63 Consideratio l. hereditatem. 28. ff. de donationibus.
- 64 Expressa hominis provisio facit cessare provisionem legis.
- 65 Hereditatis appellatione quid continentur.
- 66 Satisfacere creditoribus quid sit.
- 67 Aliud pro alio, invito creditori solvi nequit.
- 68 Inter artifices magna differentia.
- 69 Reus ex delicto suo commodum sentire non debet.
- 70 Quatenus mora alicui nocere queat.
- 71 Quatenus in debitoris arbitrio situm sit, utrum & quomodo obligatus esse velit.
- 72 Consideratio l. actionum. 25. in princ. ff. de obligat. & actionibus.
- 73 Consideratio l. obligationum. 3. ff. eod.
- 74 Consideratio l. qui restituere. 68. ff. de rei vindicat.
- 75 Maritiis non indulgendum.
- 76 Sententia l. sed & ha. persona. 35. §. ult. ff. de procuratoribus.
- 77 Maritus & uxor cogi possunt simul cohabitare.
- 78 Sententia l. fin. C. de novationibus.
- 79 Quatenus ille, qui tradere promissit, ad tradendum teneatur, remissit.
- 80 An verborum obligatio non tantum ex stipulatione sed aliis etiam ex causis proficiatur.
- 81 Acceptilatio quam obligationem tollat.
- 82 Quatenus inclusio unius sit exclusio alterius.
- 83 Quæ actiones ex stipulationis obligatione nascantur.
- 84 Certa stipulatio quæ sit.
- 85 Inserta stipulatio quæ dicatur.
- 86 Boni appellatio non est certa rei significativa.
- 87 Utrum is, qui servitutem prædii, vel hereditatem stipulatur, certum, an incertum in stipulationem deducere intelligatur.
- 88 Servitus est ius aliquod.
- 89 Hereditate vendita, quatenus certa rerum hereditarium quantitas vendita censetur.
- 90 Ex incerta stipulatione nascitur actio ex stipulatu: ex stipulatione certa, datur conditio certi.
- 91 Pacti stipulatio, nisi certa sit, non valet.
- 92 Intellectus l. prædii 21. ff. de actionibus empt. l. 6. pacto 14. C. de pact. & l. unic. §. 1. C. de rei uxor. act.
- 93 Actio ex stipulatu, & conditio certi personalis est, perpetua & in heredes transitoria regulariter.

Absolutis obligationibus sive contractibus, qui re celebrantur: consequens est, ut jam, quomodo verbis contrahatur obligatio; explicetur. Verbis igitur obligatio contrahitur ex interrogatione & responsione, hoc est, stipulatione, hic & l. 1. §. verb. 7. ff. de obligationib. & action. Nam ex interrogatione & responsione stipulatio, tanquam suis partibus constat. l. 1. ff. hoc tit. ibique Bart. n. 13. Ac sane stipulatio duplici tropo vocatur verborum obligatio: primò, per synecdochen generis pro specie, *verbe* & *ex* & deinde per metonymiam effecti, pro causa efficiente, hic & l. 1. ff. de verb. obligat. cum de stipulatione ibidem agatur, quæ producit verborum obligationem. d. l. 1. §. verb. 7. ff. de obligat. & act. §. ult. supra, de obligationibus Albius lib. 1. dictionolog. c. 85. n. 2. lib. b. pag. 298. Stipulatio denominata est à stipulo, quod veteres firmum appellabant, fortè à stipite, cui firmè quid alligatur, descendens; auctore Impo Justiniano hic, & Julio Paulo lib. 5. sent. tit. 7. in princ. Ubi intermissa particula (forte) audacter, & sine omni hesitatione asserit; stipulationes ab eo dictas esse, quod per eas firmitas obligationum constringatur. Quorum sententia promptius subscribendum censeo, quam M. Varonis lib. 4. de lingua Lat. itemque Festi in verbo, *stipem*, & horum asseclorum, Corassi lib. 1. Adiscellan. no. civ. c. 25. n. 8. Mynsingeri hic num. ult. Oldendorpii class. 4. act. 28. in princ. & Bachovij hic n. 3. pag. 74 l. cum seq. itemq. in not. & animad. ad Treutler. vol. 2. disp. 27. th. 1. ad lit. A. pag. 789. & seq. qui stipulationem à stipulo id est pecunia, arg. l. 1. in princ. ff. de collegiis. vel modico vere. l. ager. 27. ff. de verb. signif. quod in eam frequentius deducitur nomen accepisse opinantur; quam item Alciati, lib. 1. parerg. c. 29. & Duarenus in partitione methodica tit. de verb. obligat. c. 1. in princ. qui illam ineptè à Græco verbo *στίψω* id est, *astringo*, vel *ætor* *στίψω* deducunt. Quamvis enim contractus cum stipite vel trunco nihil commune habere videatur, nihilominus tamen, sicut truncus est firmus & stipites munit rem aliam, cui additur; ita etiam stipulatio firmat & munit obligationem aliam, cui subijcitur. arg. l. petens. 27. C. de pactis. Petr. Riccardi. ad rubr. hujus

hujus tit. n. 1. § 69. latiusque probatur infra n. 36. Sed & nihil similis esse posset, & ne quidem ovum ovo, quàm hæc vocabula: *stipes, stipulum, stipulari, stipulatio*. Quemadmodum bellè explicant & sentiunt Cujacius in paratit. C. de contr. & commit. stip. Schneidervvini hic num. 14. Ritzshusius pag. 522. & Vulsejus num. 18. Osterman. in suis rationalib. hic, pag. 70. & seq. Treutler. d. disputat. 27. th. 1. sub lit. a. vol. 2. Forster. lib. 3. disp. 17. th. 2. Donell ad l. stipulationum. §. stipulatio autem n. 2. in fine. ff. hoc tit. & idem lib. 14. Comm. de jur. civ. c. 36. p. 352. ibique Hilliger. in suis notat. ad lit. f. Forcat. Necyomant. dialog. 72. ad fin. Mozzius in tract. de stipulat. in princ. n. 1. cum seq. Hæstor Richerius in Rubric. ff. de verb. oblig. n. 19. cum seq. Christoph. Phil. Richter. in tract. de contr. disp. 7. th. 1. sub lit. a. p. 161. cum seq. Hostichius progymnasmat. nomicor. cent. decur. 6. lib. b. & Gæddem in Comm. de contrah. & commit. stipul. c. 1. conc. 1. qui de notatione stipulationis omnium accuratissimè differtat. Enimverò quando de re ipsa constat, frustra de nomine quæritur aut contenditur. teste Nonio hic n. 7. cuius curiosa & subtilis indagatio per inacutus relinquitur; quemadmodum ex Tullio monet Accursius ad rubric. ff. soluto matr. & Heigius hic n. ult.

5 Stipulatio non incommode definitur contractus, nominatus, stricti juris, jure civili inventus, verbis initus, interrogatione præcedente, eamque responsione congruà in continenti subsequente: quo respondens interroganti, ad aliquid dandum, vel faciendum, obligatur, arg. hujus princ. d. l. 1. §. 1. stipulationum. §. stipulatio. 1. ff. hoc t. l. 2. §. ult. ff. de reb. credit. d. l. 1. §. verbis. 7. & l. obligamur. §. 2. in princ. & §. 2. ff. de obligationib. & actionib. Jul. Pac. in Epit. jur. disput. 12. th. 26. Kuipschilde exercit. Acad. 6. th. 3. pag. 202. Dicitur generis loco, contractus. Sed controversia non caret: num stipulatio, ex quâ verborum obligatio, tanquam effectus ex sua causa, enascitur. l. 1. §. quod servum. 3. ibi, ut altera stipulatio obligationem pariat. ff. de stipulat. servor. si verus ac proprius contractus? Et stipulationem verè & propriè contractum esse, negant. Accurs. ad §. conventionales. in verb. rerum contrahendarum. infr. de divis. stipulat. & in l. 2. ad verb. repellere. vers. nec obstat. C. de jur. emphyteut. Barrol. Alciat. Brecheus & Fornerius ad l. Labeo. 19. ff. de verb. signific. lason in d. l. stipulationum. §. non. 4. ff. hoc t. Robert. lib. 2. sentent. jur. c. 12. Hopperus lib. 2. & d. d. in fine. Idque commune Dd. esse pronunciatum post alios, testatur Emanuel Suarez in thesaur. recept. sentent. verb. stipulatio. num. 199. & Mozzius in tract. de contractibus in genere, artic. 2. num. 11. Ceterum contrariæ affirmantis sententiæ veritas relucet ex §. 2. siue sit. supr. de obligationibus. Ubi Justinianus Imp. speciem contractus stipulationem, quâ verborum obligatio contrahitur, diserte constituit. Quod autem de verò ac proprio contractu ibi loquatur; ex eo convincitur, quod ibidem contractum à quasi sive improprio contractu separat atque distinguit. Idem patet ex hoc principio nostro, nuncio princ. tit. infr. de obligat. que quasi ex contractu nasc. Cum enim hoc loco Imperator de contractu, quo verborum contrahitur obligatio, ex professo tractasset: subjicit in d. princ. infr. de obligat. quæ ex contr. nasc. hæc verba: Post genera contractuum enumerata, dispiciamus etiam de iis obligationibus, quæ quidem non propriè nasci ex contractu intelliguntur, &c. Quibus sane verbis luculenter ostendit, quod in titulis præcedentibus (ubi etiam egit de stipulatione) de veris propriisque contractibus disseruerit in isto verò de iure titulo de quasi & improprie contractibus tractare velit. Accedit, quod stipulatio non uno in loco expresse contractus appellatur, veluti in l. 1. §. conventioni. 3. vers. adeo. & in fin. ff. de pact. l. non solum. 3. ff. de obligat. & act. l. eandem rem. 9. ff. de duobus reis constit. l. 1. C. ut actiones & ab hered. & contra hered. incip. l. præpositi. 25. C. de testament. l. si donationis. 7. C. de his, quæ vi metus caus. gesta sunt. l. 1. §. 1. & l. 2. ff. de novation. l. certi. 9. §. quantum. 3. ff. de reb. credit. & infiniti propè alii. Credibile autem vel probabile non est, tot locis Imperatores & Juriconsultos improprie & abusive locutos esse; adeoque non contractum inter veros contractus retulisse; maxime enim in dubio à propria verbi significatione non sit recedendum: nisi manifestum fuerit, ut voluisse legidatorem, arguunt.

l. non aliter. 69. in princip. ff. de legat. 3. Præterea conventionem esse stipulationem, liquidum est ex d. l. 1. §. 3. vers. adeo. ff. de pact. l. qui Roma. 122. §. Flavius Hermes. 2. vers. au. nihilominus. ff. hoc tit. Omnis verò conventio aut nudum est pactum, aut contractus. d. l. 1. in fin. cum l. seqq. l. juris gentium. 7. ff. de pact. Atqui stipulatio nudum pactum non est: quoniam in nudo ac solo consensu haud consistit, sed aliquid amplius habet, nempe verborum conceptionem. d. l. 7. §. quod ferè. 12. ff. eod. d. l. §. §. 1. ff. hoc tit. d. l. 1. §. verbis. 7. ff. de act. & obligat. & negotium. l. inter stipulantes. 83. in princ. ibi, negotium contrahitur. ff. hoc tit. l. 2. §. 1. cum §. seq. & l. in quibuscumque. 48. ff. de obligat. & actionibus. Igitur contractus est, & quidem propriè. Nisi enim propriè contractus sit, planè non erit contractus; sicuti monstrum, cum propriè homo non sit, nec homo prorsus est. l. non sunt liberi. 14. ff. de stat. hom. l. ostentum. 38. cum ibi notatis. ff. de verbor. significat. Denique huic assertioni suffragantur. Nicolau. Bellonus lib. 2. supputation. juris. cap. 2. num. 1. & 2. Anron. Guiberti. lib. 1. quæstion. jur. c. 8. Donellus ad l. 2. §. §. num. 10. & seq. ff. de reb. credit. Borcholt. Commentar. ad tit. ff. de verb. obligat. cap. 1. num. 62. & 63. Gædd d. Commentar. de contrah. & commit. stipulat. c. 1. conclus. 3. num. 27. cum seqq. Hackelman disputat. illust. 22. th. 2. lit. D. Schröter. diatribur. domest. dec. 7. q. 7. Hunn. disputat. 14. ad Instit. controvers. 1. ad lit. a. Walscher. lib. 1. miscellan. cap. 23. Forster. disputat. 17. th. 3. Hunn. lib. 3. variar. resolut. jur. civil. tractat. 4. quæst. 2. Treutler. vol. 2. disput. 27. th. 1. lit. B. ibique Bachov. in suis not. p. 795. & Hunn. in suis resolut. quæst. 2. p. 49. & seqq. Paul. Berens. disp. 10. ad Instit. them. 1. quæst. 1. Schickard. Disput. 13. ad Instit. th. 1. ad lit. b. Ricciardus ad rubric. hujus t. n. 94. cum multis seqq. alique plures, quos laudavimus supr. ad d. §. final. tit. de obligationib. n. 16.

Huic opinioni verissimè primò non obstat hoc dissentientium argumentum: Cui non competit definitio, eadem nec definitum competere potest, argument. l. 1. §. dolum. 12. ff. de dol. mal. Contractum autem Labeo in d. l. Labeo. 19. ff. de verb. significat. definit ultro citroque obligationem, hoc est, conventionem ab utraque parte contrahentium producentem obligationem: & ex obligatione actionem. l. dedi. 3. §. quinnimo. 4. ff. de condit. caus. dat. cum similibus. Atqui stipulatio talis non est; id est, non parit obligationem διαλεγειν sed μονοπλευρη. d. l. 1. §. verbis. 7. & d. l. obligamur. §. 2. ff. de obligat. & actionib. d. l. 1. §. §. 1. ff. hoc tit. & hoc princ. nostro. Ergo stipulatio propriè contractus non est. Hoc, inquam, argumentum non obstat. Quia Labeo in d. l. 19. ff. de verb. significat. noluit omnem definire contractum: nec ex sua naturâ; atque ex proprietate verbi, vel ex usu juris auctorum, contractum definivit: sed voluit tantum declarare mentem Prætoris Urbani, cujus edictum ipse fuerat interpretatus. Cum enim hæc verba, actum, contractum, gestum, conjunctim in edicto legerentur: ea interpretatus est Labeo ex instituto loquentis; atque idèd cum Prætor verbum contract. specialiter, pro eo contractu, qui ex utraque parte obligationem parit, usurparet; sicque vocabulum istud ab usitatâ generali significatione ad certam speciem restringeret: voluit Labeo, ex mente Prætoris, contractum utroque obligationem definire. Nec tamen propterea dicendum est: propriè & logicè contractum à Jurisconsulto fuisse definitum: sed potius leviter & qualitercumque descriptum, posito per metonymiam effectu pro causa, id est, obligatione pro conventionem, unde illa nascitur, d. Hunn. dist. lib. 3. variar. resolut. jur. civ. tract. 2. quæst. 1. vers. nec refragatur, &c. d. tract. 4. quæst. 1. vers. hu contraria, &c.

Secundò non obstat hoc argumentum: Nullum simile est idem, argument. l. quod Nerva 32. ff. de posite. Sed in d. l. stipulationum §. in princ. vers. conventionales. ff. hoc tit. & §. conventionales. 3. infr. de divis. stipulat. equiparatur stipulatio contractibus: tum quod conventionem reorum, siue utriusque partis sit & concipitur: tum quod super quacunque re fieri potest contractus; potest etiam fieri stipulatio. Ergo stipulatio propriè non est idem quod contractus est, hoc est, non est contractus. Non obstat, inquam, hoc argumentum. Stipulatio namque cum aliis contractibus confertur & comparatur, non ratione

ratione generis, & quatenus contractus est, sed ratione speciei. Quemadmodum enim canem cum catulo, & Mantuam cum Româ recte comparo: & tamen haud propterea Mantua species civitatis esse negatur, aut catulus ex genere canum eximitur: ita nec ex eo, quod stipulatio cum aliis contractibus comparatur, consequens est, eam propterea contractum, sive ex contractuum genere non esse: idque latius explicat Gaddens d. comment. de contrah. & committ. stipulat. c. 1. conclus. 3. n. 41.

- 15 Tertio non obstat d. l. stipulationum. 5. §. stipulatio. 1. ff. hoc tit. ubi stipulatio definitur non contractus, sed verborum conceptio. Atqui verborum conceptio non est species contractus: alioquin actionum, exceptionum, bonorum possessionis, interdictorum, juramentorum; sententiarum formulae, quia verborum sunt conceptiones, etiam contractus essent: quod est absurdum. Ergo stipulatio non est contractus, Non, inquam, obstat. Haud etenim ex remotione unius generis inducitur remotio generis alterius. Non ideo aliquid negatur animal esse: quia homo non sit: quia ratione non utatur: cum plura sint animalia. Sic etiam quaedam verborum conceptiones non sunt contractus: non tamen sequitur, prorsus nullas esse ex genere contractuum. Præterea stipulatio, non quatenus verborum conceptio, sed conventio est, species contractus perhibetur. Reliquæ autem formulae ac conceptiones verborum, quia conventionem non habent, neque commercii causam: ideo etiam contractus non sunt, Gadd. d. conclus. 1. num. 42. & seq. Adde, quod pro diverso respectu, diversaque consideratione, quam sortitur stipulatio, diversam quoque recipiat appellationem. Respectu generis sui stipulatio recte dicitur conventio & contractus: respectu vero formæ suæ dicitur verborum conceptio. Proinde non sequitur: stipulatio est verborum conceptio. Igitur non est contractus. Hum. d. tract. 4. quest. 1. vers. a l. quartum, &c.

- 17 Quarto non obstat hæc argumentatio: Contractus sunt facti. l. consilio. 7. §. ult. ff. de curatorib. furioso, & aliis extramur. dand. A stipulatio est juris: cum non à facto inter rogandi & respondendi; sed à jure, nempe à firmitate ejus appellare ut, ut liquet ex hoc principio nostro, & Paulo, prædicto lib. 5. recept. sent. tit. 7. Contractus igitur non nisi improprie & abusive dicitur. Non obstat, inquam, hæc argumentatio: quoniam contractus non tantum facti sunt, sed & juris: cum obligatio, quæ juris vinculum est, ex contractu nascitur, initio tit. supr. de oblig. actionib. Deinde stipulatio non solum juris, sed etiam facti est: quia interrogare & respondere, in quo forma stipulationis est posita, in facto magis, quam in jure, consistit. Hum. modo dicta quest. 1. in fine.

- 18 Quinto non obstat l. sancimus. 3. C. de verbor. & rer. significat. Ubi stipulatio nominatur cautio. At cautio non esse contractum, indubitat est. Etenim responderetur quod etiam pignus dicitur cautio, nimirum à fine & effectu suo: quia præstat securitatem. §. ult. supr. quib. mod. re contrah. obligat. l. 1. §. jubet. 9 ff. de collat. bonor. & tamen pignus contractum verum esse, convincitur ex d. §. ult. supr. quib. mod. re contrah. obligat. l. contrahitur. 4. ff. de pignorib. & hypoth. Metonymia igitur effecti est, quando stipulatio vocatur cautio. Siquidem, ut nobis magis cautum sit, stipulatio interponitur: & quia nobis cavet, ideo cautio appellatur. Gadd. d. c. 1. n. 47. Berens d. disp. 10. them. 1. quest. 1. vers. non tutatur, &c. Justus Schütz exercit. jur. disput. 14. in fine. p. 210.

- 19 Sexto ultimo non obstat talis ratiocinatio: Si stipulatio est accessorium contractus, & pendet ex antecedente aliquo contractu: tunc non erit ipsa stipulatio contractus: quoniam accessorium nunquam idem est cum principali, argument. l. nihil dolo. 129. §. 1. & l. cum principibus. 178. ff. de reg. jur. Atqui verum est prius l. stipulationum §. in princ. vers. conventionales. ibi. pendens ex negotio contracto. ff. hoc tit. Ergo & posterius: ac proinde stipulatio non erit dicenda contractus, sed accessorio potius contractus. Talis, inquam, ratiocinatio non obstat. Consequentia enim merito negatur: quandoquidem & pignoris contractus, quem verum ac proprium esse contractum paulo ante dictum est, aliis contractibus firman-

dis accedit, & ex negotio contracto pendet. Et quamvis accessorium à principali semper sit diversum specie: non tamen semper est diversum genere. Taceo, quod stipulatio non semper pendeat ex contractu præcedenti, sed per se etiam, sine alterius contractus adminiculo, & absque ulla antecedente obligatione subsistere queat, Gadd. d. Comment. c. 5. concl. 2. n. 5. cum seqq. Hum. d. q. 1. vers. ad secundum respondeo. &c.

Dicitur in definitione, nominatus. Quia stipulatio & 20 formam habet specialem ac propriam, & proprium elegansque nomen habet l. 1. in fine. ff. de pact. Schneidev. hic n. 5. Zas. ad d. l. mon. 1. ff. hoc tit. Alciat in rubric. ff. hoc tit. num. 28. Cujas. & alii ad dist. l. 1. §. l. juris gentium. 7. ff. de pact. hosque referens Gadd. d. Comment. de contrah. & committ. stipulat. c. 1. conclus. 3. num. 53. Cui non adversatur l. 1. conventionalibus. §. 2. in princ. ff. 21 hoc tit. Ubi responsum est, in stipulationibus conventionalibus contractui formam dare contrahentes. Ibi namque Jurisconsultus haud de propria & interna, quæ in ipsi interrogationis ac responsionis conceptione consistit, sed de externa & extrinsecus accedente forma stipulationis agit. Gadd. d. c. 1. n. 53. & c. 4. conclus. 1. n. 1. Sic quo- 22 que non refragatur, quod hæc natura sit nominatorum contractuum, ut quam primum inesse prod. et fuerint, id est perfecti & conventionem constituti; ex his actio detur: ex innominatis vero non detur, nisi secuto implemento; ut notant Bartol. Bald. & Fortunius Garcias n. 86. ad d. l. juris gentium. 7. ff. de pact. Atqui ex stipulatione sæpissimè agi non possit, quamprimum est in esse producta: sed expectandum sit, ut vel aliquo facto, aut non facto; vel dato, committatur. §. omnis. 2. cum seqq. & §. ult. infr. hoc tit. nostro. l. in illa stipulatione. 8. cum l. seq. & l. cum stipulatus. 113. ff. eodem l. magnam 12. Cod. de contrah. & committ. stipulat. Hoc, inquam, non refragatur: quia verisimilius videtur, non eam esse veram & substantialem differentiam nominatorum & innominatorum contractuum: quod illi quamprimum inesse producti sunt, pariant actionem: hi non nisi aliquo facto, vel dato, aut reniisso securo. Etenim si id ita esset, neque emptio, venditio, neque locatio, conductio, neque societas, neque ullus alius contractus conditionem habens, vel ex certo die incipiens, posset nominatus conferri, per l. obligationum fore. 44 ff. de obligat. & actionib. l. cetera diem. 213. ff. de verb. significat. Idque prolapsus excutit. Gadd. d. c. 1. n. 58. & seqq.

Dicitur præterea, stricti juris, jure civili inventus. Stipulationem esse contractum stricti juris, expeditum & 23 notum est ex l. in actionibus. 5. §. ult. & l. seq. ff. de in lit. jurand. §. actionum 28. infr. de actionib. ubi Zasius mon. 4. & ego num. 62. Sed non illa sit contractus juris civilis, admodum est controversum? Siquidem illam juris gentium esse, asseverat Albericus de Rust. d. l. legitima. 6. ff. de pactis. Ricard. lib. 4. varior. c. 1. n. 5. Bonhard. Walcher. d. lib. 1. miscell. c. 11. Forcat. Ne yom dial 72. n. 1. Chiffet. lib. 1. de jur. fideicom. c. 1. sub finem. Ferrer. ad rub. ff. de verb. obligat. n. 4. & alii. Contra vero stipulationem juris civilis contra etiam esse, tenent Accursius, Bartol. Bald. & Jason. ad l. ex hoc jure. 5. ff. de iust. & jur. alique complures quos citavimus ad §. jus autem civile l. n. 29 supr. de jur. nat. gent. & civ. Quibus jam adjiciamus Petrum Richtdom ad rubricam hujus tit. n. 35. cum multis seqq. p. 202. Iobiam Nonium ad §. omnis. 2. n. 10. hoc tit. p. 295. & seqq. Humium. lib. 3. var. resol. jur. civ. tract. 4. quest. 2. Fontannum disput. 1. lib. 21. lit. C. & thes. seqq. Giphanius in d. rub. tit. ff. de verb. obligat. num. 16. cum seqq. Olemann. ad disputat. 26. Giphani num. 7. Matth. Stephan. cent. 3. quest. 36. D. Collegen Besold. disput. 3. Pand. ad l. 5. thes. 5. Andream Johanni deced. 13. p. 6. Hilliger in Donell enuch. lib. 4. c. 26. ad lit. a. Schroterum d. dec. 7. diatrib. domest. q. 8. Ungpaur. exerc. Justin. 11. q. 1. p. 399 cum seqq. & ult. & Paulum Berens disp. 10. lit. sit. them. 1. q. 2. Hæcque vera & communiter recepta sententia probatur per Lea qua civ. §. ff. de acq. rer. dom. §. de constit. 9. infr. 4. de action. l. si ita stip. 126. §. Chrysog. velsi ploni si præced. ff. hoc tit. & alia jura, quæ adduximus supr. ad d. §. 1. n. 23. & seqq. de jur. nat. gent. & civ.

- 24 Huic conclusioni non resistit, quod omnes conventiones, tam nominatæ; quam innominatæ, sunt juris gentium. *l. juris gentium. 7. ff. de pact. Stipulatio autem est nominata conventio. d. l. 1. in fin. ff. eod.* Nam breviter respondetur: quod argumentum istud laboret imperfecta partium numeratione: cum quædam etiam nominatæ conventiones sint juris civilis; ut stipulatio, de qua hic: item literarum obligatio, & sponsalitia largitas, sive donatio propter nuptias: de quibus dictum est supra ad §. 1. tit. de jure natura, gentium & civili num. 36. & seq. Eaque de re videatur Vultejus hic num. 6.
- 25 Sic quoque non obest hoc argumentum: Forma stipulationis consistit in verbis, id est, interrogatione & responsione. *l. 1. & stipulationum. 5. §. 1. ff. hoc tit. l. 1. & l. omnes. 10. C. de contrah. & committ. stipulat. l. 1. §. verbis. 7. ff. de obligat. & actionib.* At verba, & usus interrogationis responsionisque juris sunt gentium, non civium Romanorum propria. Tum quia nulla genus est, quæ verbis non utatur: tum quia jus civile nomen accipit à civitatibus conditis, cum quibus cœpit, & crevit. *§. singularium. 11. supr. de rer. divis. l. omnes populi. 9. ff. de justit. & jur.* Primus autem mortalium Cain urbes septem ædificavit, ut testis est Philo Judæus in libro *Biblicar. antiquitat.* Quis verò credat, sine adjumento hominum conditas has fuisse urbes, sicque sine interrogatione, sineque responsione ad interrogata? cum quilibet ei opem suam promitteret, & tigna hinc inde ferenda, coquenda, paranda, dolanda. Sed & Nimrodus, Babylonæ, Urbem amplissimam, paulò post diluvium extruxisse perhibetur. Ergo si forma stipulationis spectetur: ea antiquissima esse deprehenditur. Cujus autem forma juris gentium est, id quoque ipsum est juris gentium: cum forma esse sive ipsam essentiam & originem cuique rei dare dicatur. *l. Julianus 9. §. sed si quis in fine. ff. ad exhib. l. cum bi. 8. in princ. & §. si prætor. 17. ff. de transactionib.* Hoc inquam, argumentum non obest. Sola namque verba, sive sola interrogatio & responsio per se & absolute non constituunt stipulationem, sed tum demum, si animo contrahendi, commerciumque exercendi intercedant. *d. l. juris gentium. 7. §. quod ferd. 12. de pact. Et sanè si sola verba, si sola interrogatio & responsio stipulationem constituerent: nullum pactum posset per interrogationem & responsionem contrahi, & omne negotium, quod verbis tractaretur, stipulatio esset: cum contra sæpe etiam interrogando respondendoque pacta, *d. l. 7. §. 12. ff. eod. & alii contractus sunt. l. si stipulor. 35. §. fin. ff. hoc tit.* Itaque rectè distinguitur inter formam genericam & specificam: ita ut stipulationis forma generica in quavis interrogatione & responsione, qualis fortasse aliis etiam gentibus cum Romanis fuit communis, consistat: at forma stipulationis specifica (quæ propria est civium Romanorum) sit solennis interrogatio & responsio sic ut non solum responsio interrogationi congrua, sed etiam interrogatio atque responsio verbis articulatis ore prolata esse debeat: adeo quidem, ut interrogatio præcedat, & mox responsio subsequatur; quemadmodum infra suo demonstrabitur loco. Nec moverit, quod verborum solennitas ex stipulatione sublata sit per constitutionem solennis Imperatoris *d. l. omnes. 10. C. de contrah. & committ. stipulat. & infra ad §. 1. hoc tit. audiemus.* Etenim propterea solennitas interrogationis & responsionis haud sublata censetur. *D. Humm. d. lib. 3. tractat. 4. q. 2. vers. ad tertium responsio, &c.**
- 30 Similiter non obstat, quod lex non potuerit esse inventrix stipulationis, cum per stipulationem prima lex facta sit. *l. 1. ff. de legib. §. lex est. 4. supr. de jur. nat. gent. & civ.* adeoque mater filie sue gnata nunquam esse possit: & origo omnium legum rogatio censetur: eo, quod interrogaretur populus, an hancce legem ratam haberet? Nam non omnis rogatio, & ad eam facta responsio, est stipulatio: nec in ea conceptione simpliciter consistit. Deinde quando lex definitur, communis Republicæ sponso, in *d. leg. 1. ff. de legib. & quam populus, senatorio magistrum rogante, jussit vel tulit. d. §. lex. 4. supr. de jur. nat. gent. & civ.* non hoc significatur, quod sit facta per contractum, quem appellamus stipulationem: sed persuasionem senatoriam vel honorariam, & subsecutum populi jussum. Stipulationem quippe non promissoris jussu, sed sponsione fieri, plusquam manifestum est. *D. Gadd. prædicto Commentar. de contrahend. & committ. stipulat. c. 1. conclus. 1. n. 29.*
- 32 Causa insuper nuce vanius est, quod obijcitur ex cap. 6. proverborum. vers. 1. ibi cum Rex Salomon, Fili mi, inquit, si sponderis pro amico tuo, defixisti apud extraneum animam tuam, illaqueatus ex verbis oris tui, & captus propriis sermonibus: inde colligi putatur, stipulationem apud populum: quoque Israeliticum in usu fuisse adeoque eam civium Romanorum propriam non posse dici. Etenim dictum illud Salomonis nequaquam de sponsione, quæ sit solenni stipulatione; sed nuda & simplici sponsione atque promissione accipiendum est. Hanc juris gentium esse, facile conceditur: illam verò juris civilis esse, meritò statuitur. *Humm. d. quest. 2. in fine.*
- Nullius item hili aut pili illud est: Stipulatio non fit sine consensu. *d. l. 1. §. penult. ff. de pact. l. in omnibus. 57. ff. de oblig. & act. l. quidquid adstringenda. 99. ff. hoc tit.* Consensus autem sine dubio est à jure gentium. *l. ex hoc jure. 5. ff. de justit. & jur. d. l. 1. & 7. ff. de pact.* Quamvis enim stipulatio causam habeat à jure gentium: tamen propter formam ipsi à jure civili datam, rectè dicitur esse juris civilis: quoniam forma dat esse rei, præallegatà *l. Julianus. 7. §. sed si quis. ff. ad exhibend.* Ideoque solo consensu non perficitur stipulatio: sed ad eam etiam solennitas quædam verborum, quæ ex interrogatione præcedenti, & promissione subsequente constat, requiritur. *d. l. 1. §. verbis. 7. ff. de oblig. & act. d. l. 1. ff. hoc tit. Berens. d. disput. 10. quest. 2. vers. quinto adducitur, &c.*
- Denique non refragatur textus in *lan inutilis. 8. §. fin. ff. de acceptilat.* ubi expresse traditur, acceptilationem esse juris gentium. Atqui nulla est acceptilatio, quæ non fiat per stipulationem. *§. 1. infr. quib. mod. tollit. obligat.* Ergo dicendum videtur: stipulationem etiam esse juris gentium. Textus, inquam, ille non refragatur. Quia responsio ex illis subsequentibus dicta *l. 8. verbis parata est: hoc jure utimur. ut juris gentium sit acceptilatio.* Quasi dicat Ulpianus JC. acceptilatio non ex sui natura: sed ex usu saltem hominum juris gentium est. Etenim ab initio stipulatio fuit & origine & usu juris civilis inter cives tantum Romanos, & lingua Romanâ fieri solita: postea verò tam invaluit usus stipulationis apud omnes gentes, ut usu juris gentium esse cœperit. Credibile tamen est: id maximè factum esse in Orbe Romano, & inter eos, qui essent Imperii Romani, sive Græci, sive Pœni, sive Galli, &c. *d. l. 1. §. ultim. ff. hoc tit. Hucque referenda sunt, quæ latius ad dissolutionem istius argumenti explicuimus supra in d. §. 1. tit. de jur. nat. gent. & civ. n. 31. & seqq.* Cæterum plura, quæ nostram infringere videntur sententiam, diligenter confutarunt D. Gœddeus, Vultejus, Ungewar, Hunnius & Berens locis supra designatis. Vide de eadem questione Bachovium in not. & animadvers. ad Treutler. vol. 2. disp. 27. th. 1. lit. C. pag. 796. & seqq.
- Porro ad illud definitionis verbum (inventus) notandum est: stipulationem utilitatis gratiâ, & aliarum obligationum firmandarum causa esse ad inventam. *l. stipulationum. 5. in princ. vers. conventionales. 5. ff. hoc tit. l. 1. §. & sciendum. 4. de prætor. stipul. Paul. lib. 5. sentent. receptor. tit. 7. Mozz. in tract. de stip. tit. quare sit inventa stipul. n. 1. & seqq. Bachov. dictis not. ad Treutler. lit. D. p. 799. ibiq; Hunnius in suis resol. q. 4. p. 53. ubi explanatius hoc persequitur. Hinc tamen protinus (cum Gomezio tom. 2. var. resol. jur. civ. c. 9. n. 3. in fin. & c. 11. n. 3. Alex. in l. a Titio. 108. ff. hoc tit. Jas. in l. le. 40. n. 25. ff. de reb. cred. Felino in c. si causio. 14. de fide instr. Lorio de pact. c. 59. Cujac. ad d. l. 5. sent. Pauli tit. 7. in pr. Vultejus hic n. 19. Ritterb. p. 422. Goveano l. 1. var. lect. jur. c. 34. Wesenb. in par. ff. hoc tit. n. 10. Connano lib. 5. Comm. jur. civ. c. 9. n. 7. D. Bocero hic n. 25. & seqq. p. 226. cl. 2. disp. 15. sub th. 95. ed. 2. Knipschilde d. exer. 6. q. 1. p. 214. pluribusque aliis) haud concludendum est: stipulationem per se solam nunquam subsistere. Ad quid enim stipulatio prodita, ad quid tam curiose & sollicitè tradita esset, si per se sine alio rursus contractus causæve adminiculo non consisteret? Quid?*

Quid? si stipulatio per se efficax, & firma obligandi causa non foret sine aliâ; certè non ex stipulatione, sed ex stipulationis illius causa solvi oporteret, & frustra referretur inter causas sive titulos acquirendi. Sed hoc postèrius falsum est. §. ultim. *infr.* per quas pers. nobis oblig. acq. Et hoc princ. nostro. l. jur. gentium. 7. §. quod ferè. 12. ff. de pact. l. 2. §. fin. ff. de reb. cred. Ergo & illud prius. Quinimo si stipulatio absque alterius contractûs subsidio non constaret, minùsque promittentem obstringeret: sequeretur, illam alicui causæ vel conventioni subditam, firmam permanere non posse; eâ corruente: l. nihil dolo. 129. §. 1. Et l. cum principalis. 178. ff. de reg. jur. At firmam illam permanere, & ex stipulatu actionem producere, etiam si causa ista intereat, liquidò constat ex l. 3. ff. de rescind. vendit. l. vindicantem. 17. Et l. seq. ff. de ext. etionib. l. si ex pretio. 6. C. si cert. petat. Et similib. Et si igitur stipulatio aliis etiam contractibus, maxime verò pactis frequentissimè accedit. d. l. stipulationum. §. in princip. vers. conventionales. Et l. si ita stipulatus. 126. §. 2. vers. superest, queramus. ff. hoc tit. Paul. d. lib. §. sentent. recept. tit. 7. l. juris gentium. 7. §. quod ferè. 12. ff. de pact. l. Petens. 27. Et l. seq. C. d. t. de pactis. non tamen propterea eorum naturam prorsus assumit. Titianus Faber disp. 23. ad Instit. Imperial. th. 1. lit. a. Eodè facit l. d. Titio. 108. ff. hoc tit. ubi valet stipulatio, quâ quis

38 promittit centum, si in capitolium aliquis ascenderit. Eandem sententiam magis confirmat l. si divorcio. 21. ff. eodè. ubi sine ullâ precedente obligatione solius liberalitatis gratiâ stipulatio erat facta; nec ulli præcedenti negotio accesserat: & tamen stipulatio valere dicitur. Neque huic satisfaciit responsio dissentientium quorundam: quod utriusque causa in ista lege subfuerit, dos nimirum prius debita. Etsi enim ex causa dotis illuc stipulatio proponitur facta; falsam tamen istam causam fuisse ostenditur: adeoque reverà nulla præcessit obligatio, cui stipulatio accesserit.

39 Nec obstat huic sententiæ l. sed Et si quis. 4. §. fin. ff. si quis cautionib. in judic. lit. caus. fact. Et c. ubi quidam (qui propterea sistendi causa cavere non debuerat, quia fortassis pater erat, vel alia persona necessitudine juncta, aut rem immobilem possidebat) satisfactio promissit: quaesitum est, an fidejussoribus ejus competat exceptio doli, sive in factum? Distinguit Ulpianus J. C. utrum fidejussio seu stipulatio certâ conventionem facta ab eo, qui jure tutus erat ab hoc cautionum genere, an per errorem: ut hoc casu locus fiat exceptioni, illo verò non item. Non, inquam, ista lex obstat. Nam in eâ ideo datur locus exceptioni: quia promissor erraverit in illa causa; quam si falsam scivisset, satisfactio non promississet. Rectè igitur Jurisconsultus distinguit: num facti errore, an verò certâ conventionem stipulatio & satisfactio facta sit ab eo, qui jure tutus ab hoc cautionum genere fuerat: ut illo casu locus exceptioni, hoc verò casu minime relinquatur.

40 Nec item obstat huic assertioni l. 2. §. circa. 3. ff. de doli mali. Et metus except. ex quo textu Dd. communiter colligunt: stipulationem, si causa aliqua subsit, non valere, & semper doli mali exceptione propulsari. Non etenim hæc est illius §. 3. sententia: propterea quod inibi Ulpianus non indistinctè ob defectum causæ doli mali exceptionem competere asserit: sed ita demum, si errore lapsus sit, qui promissit; nec promissurus fuisset, si causæ falsitatem scivisset: aut si ob certam causam, quæ sequi debebat, promissit, nec secuta est: ut exemplum de stipulatione, quæ spe futuræ numerationis fiebat, in vers. proinde, Et c. illa verba: Et si, cum interponeretur, justum causam habuit. Et c. inculcenter ostendunt. Atque ita, post Castrensem in l. quoriet. 29. n. 9. ff. soluto maluit. Fulgosium in l. generaliter. 13. num. 5. Et 6. C. de non num. pecun. Et Bignon. in rubr. ff. hoc tit. num. 21. non insulso docent Emanuel Soares. in addit. ad Gomezium d. c. 9. num. 3. ad verba: ut in l. 2. §. circa ff. de doli except. Et in thesaur. receptar. sentent. lit. S. num. 201. cum seqq. de contrab. Et communis stipulat. cap. 3. conclus. §. n. 70. Et seqq. item cap. §. conclus. 2. num. 5. Et sequentibus. Vide eandem de re utramque in partem Iulium dissentientem. Harpprecht ad Instit. Tom. III.

tem Riemerum decad. 10. q. illustr. 1. Frantzium exercitat. jurid. 10. quest. 1. pag. 289. cum seqq. & Bachovium. in not. ad Treutler. vol. 2. disput. 27. th. 1. lit. A. vers. semper stipulatio accedit. pag. 790. Et seqq. ubi circa finem addit: utcumque summo & mero jure ex stipulatione sine causa nascatur obligatio & actio: attamen petenti ex hujusmodi promissione oblituram exceptionem, argum. l. si quis, cum aliter. 36. ff. hoc tit. junctâ d. l. 2. §. circa. 3. ff. de doli mali. Et met. except. Vide ibidem Hannium in suis resolutionib. quest. 1. pag. 47. Et seq.

Dicitur in definitione, verbis intus. Verbis, scilicet 41 aptis, linguâ figuratis, seu ore prolatis, l. 1. ff. hoc tit. Unde liquet: inter absentes stipulationem contrahi non posse. d. l. 1. in princip. Et §. 1. ff. eod. l. 1. C. de contrab. Et committ. stipul. Imò nec nutu sive scripto vel epistola, aliisve signis, inter presentes, stipulatio contrahi poterit. d. l. 1. in princip. Et §. si quis ita. 2. l. mulier. 70. in fine. ff. h. t. l. 1. §. huic proximus. 13. Et §. seq. de oblig. Et act. in tantum, ut ex ejusmodi stipulatione nec utile pactum oriatur. d. l. 1. §. si quis ita. 2. ibique Cujac. Donell. Giphanius, Busius, Et Dd. communiter. ff. hoc tit. propterea quod stipulationem contrahentes, stipulantium, 42 non paciscentium animum, habuerint. l. juris gentium. 7. §. quod ferè. 12. ff. de pact. l. 1. §. eum, qui. 4. ff. de constituta pecun. Borchol. in Comment. de verb. obligat. cap. 1. num. 12. Rober. Disputat. 15. ad Instit. th. 2. Gadd. d. Comment. de contrab. Et committ. stipulat. cap. 3. n. 197. Et seqq. Bachovius in dictis not. ad Treutler. vol. 2. Disputat. 27. th. 1. lit. B. pag. 799. cum seq. Et ibidem Hannius in suis resolut. pag. 53. Et seqq.

Cui non obstat d. l. an inutilis. 8. in princip. ff. de acceptat. 43 tilat. Et l. si unus. 27. §. penult. ff. de pact. ex quibus apparet, quod inutilis acceptilatio utile pactum habeat. Alit 44 acceptilatio verbis fit, non minùs, quam stipulatio d. l. 8. §. acceptum. 3. ff. de acceptilat. Nam responderetur: magnam esse differentiam inter stipulationem & acceptilationem. Stipulatio obligationem parit: acceptilatio liberationem, l. 1. ff. d. tit. §. item per acceptilationem. l. 1. in fine. quibus mod. tollit. oblig. Jura autem promiora sunt ad liberandum, quam ad obligandum, si ulla sit occasio. l. Arrianus. 47. ff. de oblig. Et act. Deinde Jurisconsultus in 45 objectis legibus innuit: illud ita esse, si utrinque animo liberandi quolibet modo facta sit acceptilatio. Quod si is animus utrinque non sit, & vel unus in eo dissentiat, quia nolit aliter liberationem evenire, quam eo, quo conatus est, modo: secus erit, nec inutilis acceptilatio utile pactum liberatorium habebit, ut ex ipsis textibus patet.

Nihil etiam negotii facessit, l. si quis pro eo. §. 6. §. 1. ff. 46 de fidejussoribus. ex quâ evincitur; si pater a filio, vel dominus a servo stipulatus sit, posse fidejussorem hujus naturalis obligationis cum effectu accipi: adeoque eam stipulationem, quæ ob jus potestatis patris & dominice civili jure non consistit, naturalem nihilominus obligationem producere, non eâ vi, quâ stipulatio est, sed quâ pactum in se tacitum habet. Etenim cum pater & dominus intelligant probabiliter nullitatem stipulationis secundum jus civile: utique creduntur ab initio animo pacti contraxisse, ut omni meliore modo valeat. Deinde respectu peculiarium consistit obligatio non indistinctè & ipso jure, sed prætoriâ actione, ut bene animadvertit 47 Gadd. d. c. 3. n. 202. p. 254. edit. 2.

Rursus ei, quod dictum est, per scriptum sive epistolam contrahi non posse stipulationem, minime contradicendum. l. ea, quæ. 57. ff. de donat. inter vir. Et uxor. ubi expressus videtur esse textus, quod stipulatio per literas seu epistolam confici possit. Ibi namque litera sive epistola significat cautionem seu instrumentum, de stipulatione jam ante, & quidem in præsentem, rite perfectâ, confectum id quod relucet ex illis verbis: cum petenti mihi à te, domine clarissime, advenit indulgentia tua, Et c. item ex illis quæ summa mihi numerata est. nam illis: quæ mihi hæc die donationis causa dare voluisti. Quæ sane verba omnia ad actum præteritum respiciunt, & stipulationem jam tum solenniter contractam præsupponunt. Nec ad rem facit verbum, pondo, quod in fine epistolæ habetur.

Illud enim nihil aliud arguit quàm, me, ut jam tum spondendi, ita spondere adhuc, testatum facio hac manu mea seu instrumento. Et in hanc sententiam, post Zasium, Jasonem, Bald. Corasium, & Cujac. inclinant Goedd. d. c. 3. num. 194. Borcholt. d. Comment. de verb. obligat. c. 1. num. 35. Hunnius lib. 3. var. resolut. jur. civ. tract. 4. quest. 4. Ungepaar. d. exercit. Justin. 11. quest. 4. pag. 407. cum seqq. edit. ult. & D. Bocerius hic n. 20. p. 225.

48 Uterius non obloquitur l. non figura. 38. ff. de oblig. & act. ubi Paulus, Non figurè, inquit, literarum, sed oratione, quam exprimentur literæ, obligamur, quatenus placuit non minus valere, quod scriptura, quam quod verbis lingua figuratis significaretur. Quandoquidem lex illa generalis est: nec in specie ac nominatim de stipulatione loquitur, & hoc solummodo innuit, quod conventiones non minus inter absentes per epistolam, quàm ore & verbis inter præsentes, celebrari possint. Quod uti verissime dicitur de illis contractibus, qui ad sui perfectionem & substantiam non requirunt præsentiam aut verba: ita ad stipulationem, cujus essentia & forma in verbis, ore prolatis, consistit, extendi minimè debet. In dubitata quippe regula juris est: semper generi per speciem derogari. l. in toto jure. 8. de reg. jur. Hunnius d. loco. Tide Locamerion quest. juridic. fascic. 35. quest. 7.

49 Hoc amplius non obstat l. sufficit. 4. ff. de sponsalibus. in cujus sine Ulpianus docet, inter absentes sponsalia fieri posse. Sponsalia autem dicta sunt à spondendo: cum moris fuerit veteribus, stipulari, & spondere sibi uxores futuras. l. 2. ff. cod. tit. Nam breviter respondetur: quod sponsalia duobus conficiantur modis: per stipulationem, & nudo consensu. d. l. 4. in princ. ff. de sponsalib. per stipulationem, inter præsentes: nudo consensu, ut per epistolam, aut per nuncium, inter absentes. l. fin. ff. d. tit. Cujac. in l. 1. ff. hoc t. Borcholt. d. cap. 1. n. 36. & seqq.

51 Adduntur in definitione stipulationis hæc verba interrogatione præcedente, eamque responsione congruè in continenti subsequente. ex l. 1. §. 1. §. 2. §. 3. §. ult. vers. dummodo congruenter respondeatur. l. inter stipulantes. 83. §. si stipulante. 2. & l. continuus. 137. ff. hoc tit. l. obligamur. §. 2. §. verbis. 2. ff. de obligat. & acti §. præterea. §. infr. de inutilibus stipulationibus. Nisi enim interrogatio responsioni insit & congruat, ac vice versa: aut manifestus apparet dissensus, aut vitiatur ac corrumpitur forma stipulationis: cum non sit eadem, sed diversa verborum conceptio. Imò nisi apta sit responsio & consentanea interrogationi, ac vice versa: non potest responsio videri. Nam ut quis congruenter ad interrogata respondisse intelligatur, duo sunt spectanda: res & sententia. Etenim qui & res & sententia idem responderet: is tandem convenienter & congruè respondisse censetur: non qui alterutro tantum. d. l. 1. §. si quis ita. 2. §. 3. & §. fin. vers. dummodo. ff. hoc tit. d. §. præterea. §. infr. de inutilibus stipulationibus. Idque explicatius pertractant. Anton. Gomez. tom. 2. variar. resolut. jur. civ. cap. 9. num. 4. Bachovius in dictis not. ad Treutler. vol. 2. Disputat. 27. th. 1. lit. F. & G. pag. 202. ibique Hunnius in suis resolut. quest. 8. §. 9. pag. 98. cum seqq. D. Goedd. d. Comment. de contrah. & committ. stipulat. c. 4.

52 conclusionem §. n. 24. & seqq. Cæteram illa definitionis verba, in continenti, evidenter arguunt: continuam interrogationem & responsionem ad stipulationis essentiam sive substantiam requiri. d. l. 1. §. 1. ubi Jason. Alexand. Alciac. & alii. d. l. continuus. 137. in princ. ff. hoc tit. Id quod non Phylsorum more à puncto ad punctum, sed moraliter & civiliter intelligendum: ita nimirum, ut momentum aliquod nature intercedat. d. l. continuus. 137. in princ. ibique Zasius & Duarenus. ff. cod. Hackelmann. illustr. quest. disputat. 22. th. 4. lit. a. March. Stephani cent. 3. sub quest. 38. Itaque si longius intervallum, quod aut actum conceptionis dividat, aut dissensum arguat; vel peregrinum negotium inter interrogationem & responsionem intercederit: continua illa verborum conceptio impeditur. d. l. 1. §. 1. d. l. continuus. 137. vers. ceterum si post. ff. hoc tit. l. duos. 6. §. ult. vers. modicum tantum intervallum, &c. & l. si ex duobus. 12. in princ. vers. cum actor. ff. de duobus reis constituend. Poterit quodnam sit negotium peregrinum, vel quis actus extraneus: in

facto magis, quàm jure consistit: ac proinde arbitrio judicantis permittitur. l. 1. §. 4. ad SC. Turpillian. Jacobus Menoch. de arbit. judic. quest. in prefat. quem refert Goedd. d. cap. 4. conclus. 2. n. 22.

An verò is, qui alterà die, nullo actu extraneo interveniente respondit, in continenti sive continuo respondisse censetur, discrepantes sunt Interpretum sententiæ? Non enim desunt, qui affirmativè concludunt, Bernhardus Walther. lib. 2. Miscellan. cap. 21. & Hackelman. d. d. Disput. 22. th. 4. ad lit. G. Cysrensem secuti. At communis, eaque vera (utut & eam oppugnare nitatur Alciacius lib. 1. paradox. cap. 3. & in d. l. 1. §. num. 17. & seqq. ff. hoc tit.) opinio est: id tantum, quod eodem die sit, in continenti fieri videri: & modicum esse intervallum, si manè interrogem, tu serò, eodem die, non altero, vel tertio, respondeas: dummodo neuter nostrum ad aliud negotium diverterit, vel neuter ab altero discesserit: aut si discesserit, id tamen fecerit animo mox redeundi, ut expediat ac perficiat negotium. d. l. 1. §. 1. ibique Bartol. Raphael Commentis, Jason, & ceteri. d. l. continuus. 137. in princ. ibi, quomodo eadem die spondisset. ff. hoc tit. d. l. duos. 6. §. ult. & d. l. si ex duobus. 12. in princ. ff. de duobus reis constituend. Eodem confert non parum §. item verborum. 11. circa finem. infr. de inutilib. stipulat. & l. penult. in fin. C. de contrah. & committ. stipulat. ubi Justinianus constituit: si in instrumento aliquo scriptum sit, spondisse: censi omnia solenniter & in continenti facta: nisi doceatur: eà die alterum eo loco non adfuisse: quippe, quod tum in continenti vel respondisse, vel interrogasse videri non possint. Et his rationibus motus hanc quoque sententiam amplectitur. D. Goedd. d. Comment. de contrah. & committ. stipulat. c. 4. conclusio. 2. n. 15. & 17. item Paulus Berens Disputat. 10. ad institut. them. 1. quest. 4.

Cui non obstat d. l. si ex duobus 12. ff. de duobus reis constit. cujus ex principio dissentientes colligunt: quod postera die facta responsio subsistat inter eos, qui ad aliud negotium non discesserunt: adeoque textum istum non modò non confirmare communem opinionem, sed etiam infirmare. Nam nequaquam hoc rectè ex isto textu colligitur. Alioquin enim ipsemet Venulejus J.C. sibi in eodem de stipulatione tractatu contradiceret, nempe in d. l. continuus. 137. in princ. vers. ceterum ff. hoc tit. ubi Venulejus ideo negat valere stipulationem, tamen eadem die responsum esse: quia contrahentes transissent ad alia negotia. Ergò (argumento à contrario sensu sumpto) si aliud negotium alter eorum non accepisset, stipulatio eadem die (non item, postera die) celebrata valisset. Præterea in d. l. si ex duobus. 12. vers. cum act. non proponitur pars decisionis, sed ratio decisionis, in vers. ac ne oblig. præmissa, ac si dixisset Venulejus: hoc modo non solum non fieri duos reos debendi, sed nec altera die respondentem ex stipulatione istà obligari: cum ne quidem tum obligatus fuisset, si, cum actor aut promissor ad aliud negotium se contulisset, eoque peracto eadem licet die, respondisset: nedum si die postera. Quis enim non intelligit, conceptionem hanc interrogationis ac responsionis in plures actus dividi, si hodie liceat interrogare, cras verò, vel post bidduum respondere? quamvis utrique interim dormitemus, vel cogitandi coram mutuo nos intueamur? Ita eleganter hoc explicat Goedd. d. cap. 4. n. 18. ubi & alii Adversariorum argumentis abundè satisfaciunt. Adde Bachovium in dictis not. ad Treutler. vol. 2. disputat. 27. th. 1. lit. H. pag. 806. & ibidem Hunnius in suis resolut. quest. 13. p. 69.

Postremo in stipulationis definitione subjunguntur hæc verba: ad aliquid dandum: vel faciendum, hoc primum nostro vers. cum quid dari fieri debet, &c. l. stipulationum. §. 1. ff. hoc tit. Quibus ex verbis una, eaque præcipua, stipulationum divisio, à materiâ petita, cognoscitur: quæ duplex est, res & factum: res dari dicitur, factum fieri. Ideoque stipulatio scilicet ita dividitur: ut omnis consistat vel in dando vel in faciendo. In dando consistit stipulatio, cum stipulor, mihi dari centum, vel Stichum, equum, bovem, librum, &c. In faciendo, cum stipulor, mihi ædificari Insulam, vel damum, &c. De stipulatione in dando loquitur

Quid? si stipulatio per se efficax, & firma obligandi causa non foret sine aliâ; certe non ex stipulatione, sed ex stipulationis illius causa solvi oporteret, & frustra referretur inter causas sive titulos acquirendi. Sed hoc posterius falsum est. §. *ultim. infr. per quas pers. nobis oblig. acq.* & hoc princ. nostro. l. *jur. gentium*. 7. §. *quod ferè*. 12. ff. de pact. l. 2. §. *fin. ff. de reb. cred.* Ergo & illud prius. Quinimo si stipulatio absque alterius contractus subsidio non constaret, minùsque promittentem obstringeret: sequeretur, illam alicui causæ vel conventioni subditam, firmam permanere non posse; eâ corrumpente: l. *nihil dolo*. 129. §. 1. & l. *cum principalis*. 178. ff. de reg. jur. At firmam illam permanere, & ex stipulatu actionem producere, etiam si causa ista intereat, liquidò constat ex l. 3. ff. de rescind. vendit. l. *vindicantem*. 17. & l. *seq. ff. de evictioib. l. si ex pretio*. 6. C. si cert. pet. & similib. Et si igitur stipulatio aliis etiam contractibus, maxime verò pactis frequentissimè accedit. d. l. *stipulationum*. 5. in princip. vers. *conventionales*. & l. *si ita stipulatus*. 126. §. 2. vers. *superest, quaramus*. ff. hoc tit. Paul. d. lib. 5. sentent. recept. tit. 7. l. *juris gentium*. 7. §. *quod ferè*. 12. ff. de pact. l. *Petens*. 27. & l. *seq. C. d. de pactis*. non tamen propterea eorum naturam prorsus assumit. Timem Faber disp. 23. ad Institut. Imperial. th. 1. lit. a. Eodem facit l. a Titio. 108. ff. hoc tit. ubi valet stipulatio, quâ quis

38 promittit centum, si in capitolium aliquis ascenderit. Eandem sententiam magis confirmat l. *si divorcio*. 21. ff. eodem. ubi sine ullâ precedente obligatione solius liberalitatis graviâ stipulatio erat facta; nec ulli precedenti negotio accesserat: & tamen stipulatio valere dicitur. Neque huic satisfaciunt responsio dissentientium quorundam: quod utrique causa in ista lege subfuerit, dos nimirum prius debita. Et si enim ex causa dotis illic stipulatio proponitur facta: falsam tamen istam causam fuisse ostenditur: adeoque reverâ nulla præcessit obligatio, cui stipulatio accesserit.

39 Nec obstat huic sententiæ l. *sed & si quis*. 4. §. *fin. ff. si quis cautionib. in judic. fess. caus. fact.* &c. ubi quidam (qui propterea sistendi causa cavere non debuerat, quia fortassis pater erat, vel alia persona necessitudine juncta, aut rem in nobilem possidebat) satisfactò promittit: quaesitum est, an fidejussoribus ejus competat exceptio doli, sive in factum? Distinguit Ulpianus J.C. utrum fidejussio seu stipulatio certâ conventionione facta ab eo, qui jure tutus erat ab hoc cautionum genere, an per errorem: ut hoc casu locus fiat exceptioni, illo verò non. Non, inquam, ista lex obstat. Nam in eâ idcirco datur locus exceptioni: quia promissor erraverit in illa causa; quàm si falsam scivisset, satisfactò non promississet. Rectè igitur Jurisconsultus distinguit: nam facti errore, an verò certâ conventionione stipulatio & satisfactio facta sit ab eo, qui jure tutus ab hoc cautionum genere fuerat: ut illo casu locus exceptioni, hoc verò casu minime relinquatur.

40 Nec item obest huic assertioni l. 2. §. *circa*. 3. ff. de doli mali. & *metus except.* ex quo textu Dd. communiter colligunt: stipulationem, si causa aliqua subsistat, non valere, & semper doli mali exceptione propullari. Non etenim hæc est illius §. 3. sententia: propterea quod inibi Ulpianus non indistinctè ob defectum causæ doli mali exceptionem competere asserit: sed ita demum, si errore lapsus sit, qui promittit; nec promissurus fuisset, si causæ falsitatem scivisset: aut si ob certam causam, quæ sequi debebat, promittit, nec secuta est: ut exemplum de stipulatione, quæ spe future numerationis fiebat, in vers. *proinde*. &c. & illa verba: & si, cum interponeretur, justam causam habuit. &c. luculenter ostendunt. Atque ita, post Cassianum in l. *quoties*. 29. n. 9. ff. *solutio maluit*. Fulgionem in l. *Generaliter*. 13. num. 5. & 6. C. de non num. pecun. & Riquier. in rubr. ff. hoc tit. num. 21. non infusile docent Emanuel Soares, in addit. ad Gomezium d. c. 9. num. 3. ad verba: ut in l. 2. §. *circa* ff. de doli except. & in istiusmodi receptis. sentent. lit. S. num. 201. cum seqq. de contrab. & *committ. stipulaz.* cap. 3. conclus. 1. n. 70. & seqq. item cap. 8. conclus. 2. num. 5. & sequentibus. Vide eadem de re utramque in partem fassos dissentire Harpprecht ad hystin. Tom. III.

tem' Riemerum decad. 10. q. illustr. 1. Frantzkius exercitat. jurid. 10. quest. 1. pag. 289. cum seqq. & Bachovium, in not. ad Treutler. vol. 2. disput. 27. th. 1. lit. A. vers. *semper stipulatio accedit*. pag. 790. & seqq. ubi circa finem addit: utcumque summo & mero jure ex stipulatione sine causa nascatur obligatio & actio: attamen petenti ex hujusmodi promissione obstruatur exceptionem, argum. l. *si quis, cum aliter*. 36. ff. hoc tit. junctâ d. l. 2. §. *circa*. 3. ff. de doli mali, & *met. except.* Vide ibidem Hannium in suis resolutionib. quest. 1. pag. 47. & seq.

Dicitur in definitione, *verbis initus*. Verbis, scilicet aptis, linguâ figuratis, seu ore prolatis, l. 1. ff. hoc tit. Unde liquet: inter absentes stipulationem contrahi non posse. d. l. 1. in princip. & §. 1. ff. eod. l. 1. C. de contrab. & *committ. stipul.* Imò nec nutu sive scripto vel epistola, aliisve signis, inter præsentibus, stipulatio contrahi poterit. d. l. 1. in princip. & §. *si quis ita*. 2. l. *mulier*. 70. in fine. ff. h. t. l. 1. §. *huic proximus*. 13. & §. *seq. de oblig. & act. in tantum*, ut ex ejusmodi stipulatione nec utile pactum oriatur. d. l. 1. §. *si quis ita*. 2. ibique Cujac. Donell. Giphanius, Busius, & Dd. communiter. ff. hoc tit. propterea quod stipulationem contrahentes, stipulantium, non paciscentium animum, habuerint. l. *juris gentium*. 7. §. *quod ferè*. 12. ff. de pact. l. 1. §. *semper*, qui. 4. ff. de constituta pecun. Borcholt. in Comment. de verb. obligat. cap. 1. num. 12. Rober. Disputat. 15. ad hystin. th. 2. Gadd. d. Comment. de contrab. & *committ. stipulaz.* cap. 3. n. 197. & seqq. Bachovius in dictis not. ad Treutler. vol. 2. Disputat. 27. th. 1. lit. E. pag. 799. cum seq. & ibidem Hannius in suis resolut. pag. 53. & seqq.

Cui non obstat d. l. *an inutilis*. 8. in princip. ff. de acceptilat. & l. *si finis*. 27. §. *penult. ff. de pact.* ex quibus apparet, quod inutilis acceptilatio utile pactum habeat. Alit acceptilatio verbis fit, non minùs, quàm stipulatio d. l. 8. §. *acceptum*. 3. ff. de acceptilat. Nam respondetur: magnam esse differentiam inter stipulationem & acceptilationem. Stipulatio obligationem parit: acceptilatio liberationem, l. 1. ff. d. tit. §. *item per acceptilationem*. l. 1. infr. quibus mod. tollit. oblig. Jura autem promissa sunt ad liberandum, quàm ad obligandum, si ulla sit occasio. l. *Arrianus*. 47. ff. de oblig. & act. Deinde Jurisconsultus in objectis legibus innuit: illud ita esse, si utrinque animo liberandi quolibet modo facta sit acceptilatio. Quod si is animus utrinque non sit, & vel unus in eo dissentiat, quia nolit aliter liberationem evenire, quàm eo, quo conatus est, modo: secus erit, nec inutilis acceptilatio utile pactum liberatorium habebit, ut ex ipsis textibus patet.

Nihil etiam negotii facessit, l. *si quis pro eo*. §. 6. §. 1. ff. de fidejussoribus. ex quâ evincitur; si pater à filio, vel dominus à servo stipulatus sit, posse fidejussorem hujus naturalis obligationis cum effectu accipi: adeoque eam stipulationem, quæ ob jus potestatis patriæ & dominicæ civili jure non consistit, naturalem nihilominus obligationem producere, non eâ vi, quâ stipulatio est, sed quâ pactum in se tacitum habet. Etenim cum pater & dominus intelligant probabiliter nullitatem stipulationis secundum jus civile: utique creduntur ab initio animo pacti contraxisse, ut omni meliore modo valeat. Dein respectu peculiorum consistit obligatio non indistinctè & ipso jure, sed prætorîa actione, ut bene animadvertit Gadd. d. c. 3. n. 202. p. 254. edit. 2.

Rursus ei, quod dictum est, per scriptum sive epistolam contrahi non posse stipulationem, minime reclamatur l. *eq. que*. 57. ff. de donat. inter vir. & uxor. ubi expressus videtur esse textus, quod stipulatio per litteras seu epistolam confici possit. Ibi namque litteræ sive epistola significant cautionem seu instrumentum, de stipulatione jam ante, & quidem in præsentibus, citè perfectâ, confectum id quod relucet ex illis verbis: *cum petenti mihi à te, domine christiane, advenit indulgentia tua*, &c. Item ex illis: *quis summa mihi numerata est*. Item illis: *quis mihi hæc de donationis causa dare voluisti*. Quæ hæc verba omnia ad actum prætorium respiciunt, & stipulationem jam tum solenniter contractam præsupponunt. Nec ad rem facit verbum *spondeo*, quod in fine epistolæ habetur.

Illud enim nihil aliud arguit quàm, me, ut jam tum spondi, isa spondere adhuc: testatum facio hac manu mea seu instrumento. Et in hanc sententiam, post Zafium, Jasonem, Bald. Corasium, & Cujac. inclinant Gadd. d. c. 3. num. 194. Borchols. d. Comment. de verb. obligas. c. 1. num. 35. Hunnius lib. 3. var. resolut. jur. civ. tract. 4. quest. 4. Ungepaup. d. exercit. Justin. 11. quest. 4. pag. 407. cum seqq. edit. ult. & D. Roderus hic n. 20. p. 225.

48 Uterius non obloquitur l. non figura. 38. ff. de oblig. & act. ubi Paulus, Non figura, inquit, literarum, sed oratione, quam exprimunt literæ, obligamur, quatenus placuit non minus valere, quod scriptura, quam quod verbis lingua figuratis significaretur. Quandoquidem lex illa generalis est: nec in specie ac nominatim de stipulatione loquitur, & hoc solummodo innuit, quod conventiones non minus inter absentes per epistolam, quàm ore & verbis inter præsentes, celebrari possint. Quod uti verissimè dicitur de illis contractibus, qui ad sui perfectionem & substantiam non requirunt præsentiam aut verba: ita ad stipulationem, cujus essentia & forma in verbis, ore prolatis, consistit, extendi minimè debet. Indubitata quippe regula juris est: semper generi per speciem derogari. l. in toto jure. 8. de reg. jur. Humius d. loco. Tide Locamerum quest. juridic. fascic. 35. quest. 7.

49 Hoc amplius non obstat l. sufficit. 4. ff. de sponsalibus. in cuius fine Ulpianus docet, inter absentes sponsalia fieri posse. Sponsalia autem dicta sunt à spondendo: cum moris fuerit veteribus, stipulari, & spondere sibi uxores futuras. l. 2. ff. eod. tit. Nam breviter respondetur: quod sponsalia duobus conficiantur modis: per stipulationem, & nudo consensu. d. l. 4. in princ. ff. de sponsalib. per stipulationem, inter præsentes: nudo consensu, ut per epistolam, aut per nuncium, inter absentes. l. fin. ff. d. tit. Cujac. in l. 1. ff. hoc t. Borchols. d. cap. 1. n. 36. & seqq.

51 Adduntur in definitione stipulationis hæc verba interrogatione præcedente, eamque responsione congruà in continenti subsequente. ex l. 1. §. 1. §. 2. §. 3. §. ult. vers. dummodo congruenter respondeatur. l. inter stipulantes. 83. §. si stipulante 2. & l. continuus. 137. ff. hoc tit. l. obligamur. 52. §. verbis. 2. ff. de obligat. & acti §. præterea. 5. infr. de inutilibus stipulationib. Nisi enim interrogatio responsioni insit & congruat, ac vice versa: aut manifestus apparet dissensus, aut vitiatur ac corrumpitur forma stipulationis: cum non sit eadem, sed diversa verborum conceptio. Imò nisi apta sit responsio & consentanea interrogationi, ac vice versa: non potest responsio videri. Nam ut quis congruenter ad interrogata responsio intelligatur, duo sunt spectanda: res & sententia. Etenim qui & re & sententia idem responderet: is tandem convenienter & congruè respondisse censeretur: non qui alterutro tantum. d. l. 1. §. si quis ita. 2. §. 3. & §. fin. vers. dummodo. ff. hoc tit. d. §. præterea. 5. infr. de inutilibus stipulat. Idque explicatius pertractant. Anton. Gomez. tom. 2. varior. resolut. jur. civ. cap. 9. num. 4. Bachovius in dictis not. ad Treutler. vol. 2. disputat. 27. th. 1. lit. F. & G. pag. 202. ibique Hunnius in suis resolut. quest. 8. & 9. pag. 58. cum seqq. D. Gaddens d. Comment. de contrah. & committ. stipulat. c. 4. conclusio 3. n. 24. & seqq. Cæterum illa definitionis verba, in continenti, evidenter arguunt: continuam interrogationem & responsionem ad stipulationis essentiam sive substantiam requiri. d. l. 1. §. 1. ubi Jason. Alexand. Alciat. & alii. d. l. continuus. 237. in princ. ff. hoc tit. Id quod non Physicorum more à puncto ad punctum, sed moraliter & civiliter intelligendum: ita nimirum, ut momentum aliquod nature intercedat. d. l. continuus. 137. in princ. ibique Zafius & Duarenus. ff. eod. Hackelmann. illustr. quest. disputat. 22. th. 4. lit. a. Matth. Stephani cent. 3. sub quest. 38. Itaque si longius intervallum, quod aut actum conceptionis dividat, aut dissensum arguat: vel peregrinum negotium inter interrogationem & responsionem interveniret: continua illa verborum conceptio impediretur. d. l. 1. §. 1. d. l. continuus. 137. vers. cæterum si post. ff. hoc tit. l. duos. 6. §. ult. vers. modicum tantum intervallum, &c. & l. si ex duobus. 12. in princ. vers. cum actor. ff. de duobus reis constituend. Porro quodnam sit negotium peregrinum, vel quis actus extraneus: id

facio magis, quàm jure consistit: ac proinde arbitrio judicantis permittitur. l. 1. §. 4. ad SC. Turpilian. Jacobus Menoch. de arbitr. judic. quest. in præfat. quem refero Gaddens. d. cap. 4. conclus. 2. n. 22.

An verò is, qui altera die, nullo actu extraneo interveniente respondit, in continenti sive continuo respondisse censeatur, discrepantes sunt Interpretum sententiæ? Non enim desunt, qui affirmative concludunt, Bernbardus Walther. lib. 2. Miscellan. cap. 21. & Hackelman. d. d. Disput. 22. th. 4. ad lit. G. Castrensem secuti. At communis, eaque vera (utut & eam oppugnare nitatur Alciatus lib. 1. paradox. cap. 3. & in d. l. 1. §. num. 17. & seqq. ff. hoc tit.) opinio est: id tantum, quod eodem die sit, in continenti fieri videri: & modicum esse intervallum, si manè interrogem, tu serò, eodem die, non altero, vel tertio, respondeas: dummodo neuter nostrum ad aliud negotium diverterit, vel neuter ab altero discesserit: aut si discesserit, id tamen fecerit animo mox redeundi, ut expediat ac perficiat negotium. d. l. 1. §. 1. ibique Bartol. Raphaël Commensur. Jason, & cæteri. d. l. continuus. 137. in princ. ibi, quavis eadem die spondidisset. ff. hoc tit. d. l. duos. 6. §. ult. & d. l. si ex duobus. 12. in princ. ff. de duobus reis constituend. Eodem confert non parum §. item verborum. 11. circa finem. infr. de inutilib. stipulat. & l. penult. in fin. C. de contrah. & committ. stipulat. ubi Justinianus constituit: si in instrumento aliquo scriptum sit, spondidisse: censeri omnia solenniter & in continenti facta: nisi doceatur: eà die alterum eo loco non adfuisse: quippe, quod tum in continenti vel respondisse, vel interrogasse videri non possint. Et his rationibus motus hanc quoque sententiam amplectitur. D. Gadd. d. Comment. de contrah. & com. stipul. c. 4. conclusio. 2. n. 15. & 17. item Paulus Berens Disputat. 10. ad institut. them. 1. quest. 4.

Cui non obstat d. l. si ex duobus 12. ff. de duobus reis constit. cujus ex principio dissentientes colligunt: quod postera die facta responsio subsistat inter eos, qui ad aliud negotium non discesserunt: adeoque textum istum non modò non confirmare communem opinionem, sed etiam infirmare. Nam nequaquam hoc rectè ex isto textu colligitur. Alioquin enim ipsemet Venulejus Jc. sibi in eodem de stipulatione tractatu contradiceret, nempe in d. l. continuus. 137. in princ. vers. cæterum ff. hoc tit. ubi Venulejus ideo negat valere stipulationem, tamen eadem die responsum eisset: quia contrahentes transissent ad alia negotia. Ergò (argumento à contrario sensu sumpto) si aliud negotium alter eorum non accepisset, stipulatio eadem die (non item, postera die) celebrata valuisset. Præterea in d. l. si ex duobus. 12. vers. cum act. non proponitur pars decisionis, sed ratio decisionis, in vers. ac ne oblig. præmissæ, ac si dixisset Venulejus: hoc modo non solum non fieri duos reos debendi, sed nec altera die respondentem ex stipulatione istà obligari: cum ne quidem tum obligatus fuisset, si, cum actor aut promissor ad aliud negotium se contulisset, eoque peracto, eadem licet die, respondisset: nedum si die postera. Quis enim non intelligit, conceptionem hanc interrogationis ac responsionis in plures actus dividi, si hodie liceat interrogare, cras verò, vel post biduum respondere? quamvis utrique interim dormitemus, vel cogitabundi coram mutuo nos intueamur? Ita eleganter hoc explicat Gaddens. d. cap. 4. n. 18. ubi & alii Adversariorum argumentis abundè satisfacit. Adde Bachovium in dictis not. ad Treutler. vol. 2. disputat. 27. th. 1. lit. H. pag. 826. & ibidem Hunnius in suis resolut. quest. 13. p. 69.

Postremo in stipulationis definitione subjunguntur hæc verba: ad aliquid dandum: vel faciendum, hoc primum nostro vers. cum quid dari fieri, &c. l. stipulationum. 5. §. 1. ff. hoc tit. Quibus ex verbis una, eaque præcipua, stipulationum divisio, à materiâ petita, cognoscitur: quæ duplex est, res & factum: res dari dicitur, factum fieri. Ideoque stipulatio licet ita dividitur: ut omnis consistat vel in dando vel in faciendo. In dando consistit stipulatio cum stipulor. mihi dari centum, vel Stichum, equum, bovem, librum, &c. In faciendo, cum stipulor. mihi edificari Insulam, vel domum, &c. De stipulatione in dando igitur

IN hoc §. ostendit Imperator Justinianus: quæ verba olim in stipulatione fuerint usitata: quibus item verbis hodie eadem confici possit. Et antiquitus quidem stipulatio certis verbis sic concipiebatur: ut eodem quis verbo respondere cogeretur, quo esset interrogatus: veluti, *Spondes? spondeo. Promittis? promitto. Fide promittis? fidepromitto. Fidesjubes? fidejubeo. Dabis? dabo. Facies? faciam.* Quibus verborum formulis neglectis, nihil agebatur, etiam si verbis æquipollentibus contrahentes uterentur: adeo, ut si quis ita stipularetur, *Polliceris? polliceor:* inutilis esset stipulatio. Sed hac verborum solennitate per Imperatorem Leonem sublata, *l. omnes. 10. C. de contrab. & committ. stipulat.* etiam Justiniano placuit: præter illa sex solennia verba, alia quoque apta & idonea in stipulationibus usurpari posse: ut *solves? reddes? præstabis? Romam ibis? adificabis? polliceris?* &c. nihilque referre, iisdemne, an diversis verbis, aut quibus linguis stipulationem contrahentes utantur: si modò uterque mentem & consensum alterius, sive per se, sive per verum Interpretem, sanè intelligat. Sed & ne hoc quidem necessarium est, ut uterque eadem lingua utatur. Proinde si quis Latine interrogaverit, respondeatur ei Græcè, vel Hebraicè, vel alia quacunque lingua; dummodò sensus saltem verbis congruat: obligatio constituta est. *l. 1. §. ult. ff. hoc tit.*

3 Neque his refragatur *l. decreta. 48. ff. de re judicat.* ubi traditur, decreta à Prætoribus Latine, & sic non Græcè, interponi debere. *Loquitur enim Jureconsultus in eà l. non de stipulatione, ut cuius patet; sed de Magistratum decretis, & sententiis Judicum; atque ita de actu, qui juris publici est, non privati. Sententiæ namque per Judices publicè proferuntur. Et interest Reipubl. eo sermone sententiam pronunciari, quem omnes intelligere possint: qualis fuit sermo Latinus Romæ vulgaris, & imperitæ multitudini etiam communis. Etenim Judices, quos cognoscendi & pronunciandi tenet necessitas, cum noverint, omnes sententiam ferendam intellecturos, eo majori deliberatione habita illam concipient: conceptam diligentius ponderabunt, & corrigent: correctam accuratius in scriptum conferent: scriptam denique pronuntiabunt cautius: ne fortè plerisque, qui intererunt, iniquam tulisse sententiam videantur. Hac igitur de causa sancitum fuit apud Romanos: ut sententia ea lingua, quæ ipsis esset familiarissima, nimirum Latinâ, proferretur. Cæterum in stipulatione, quæ de hic agimus, longè separata est ratio: quia hæc non publici, sed privati tantum juris est, & conventio sive actus, qui per privatos expeditur, eorumque arbitrio subijcitur: in quo nihil refert, quo quisque idiomate utatur: modò alter alterum probè intelligat, ut supra dictum. Nec huic solutioni, adeoque dictæ *l. 48. ff. de re judicat.* contrariatur *l. judices. 12. C. de sentent.* & interlocationibus omnium jud. ubi disertè habetur: judices tam Latinâ, quam Græcâ lingua sententias proferre posse. Nam si mens potius, quam sonus verborum dict. *l. 48.* spectetur: eam nequaquam cum *d. l. judices. 12. C. de sententiis, &c.* pugnare, sed optimè cum eadem convenire, constabit. Tryphoninus enim *JC. in d. l. 48. ff. de re judic. ait,* sententiam Latino tantum idiomate proferri debere; propter hanc videlicet rationem: quod eo seculo Græcum idioma non fuit apud Romanos in usu. Quocirca de Latinâ tantum oratione respondit Jurisconsultus: qui de Græcâ idem haud dubiè responsurus fuisset, si tempore Jurisconsulti etiam apud Romanos lingua Græca viguisset: quemadmodum postea Romanis ea familiaris admodum esse cepit, cum sacri Imperii Romani sedes Byzantium translata fuit. Eo igitur tempore rectissime, & quidem non contra, sed secundum sententiam & mentem Tryphonini ab Arcadio & Honorio Imperatoribus in *d. l. 12. C. de sentent. &c.* rescriptum est, & constitutum: sententiam non Latinis tantum, sed & Græcis verbis pronunciari posse. Ratio autem diversitatis, cur stipulatio quacunque lingua concipi possit, decreta & sententiæ Judicum non æquè, hæc est: quia stipulationes & contractus etiam cum extraneis, qui linguam Latinam, aut Græcam non callent, celebrantur & fiunt. At Magistratus & Judices*

Populi Romani non decebat linguam ignorare Romanam: sicuti eleganter docet Franciscus Duarenus ad *d. l. 1. §. ult. ff. hoc tit.*

§. Omnis stipulatio. 2.

Omnis stipulatio aut purè, aut in diem, aut sub conditione fit. Purè: veluti, *quinque aureos dare spondes?* Idque confestim peti potest. In diem: cum adjecto die, quo pecunia solvatur, stipulatio fit: veluti, *decem aureos primis Calendis Martiis dare spondes?* Id autem, quod in diem stipulamur, statim quidem debetur: sed peti prius, quàm dies venerit, non potest. At ne eo quidem ipso die in quem stipulatio facta est, peti potest: quia totus is dies arbitrio solventis tribui debet. Neque enim certum est eo die, in quem promissum est, datum non esse, priusquam is præterierit.

SUMMARI A.

- 1 Omnis stipulatio aut purè fit, aut in diem, aut sub conditione.
- 2 Pura in jure qua dicantur? qua item pura stipulatio.
- 3 Quatenus in stipulatione pura promissor, ad solutionem sit compellendus.
- 4 Creditor non statim cum sacco paratus debitorem adire debet.
- 5 Cedere diem, & venire diem quid significet.
- 6 Stipulatio in diem qua fit.
- 7 Intellectus *l. cum,* qui Calendis, *41. §. 1. ff. de verb. obligat.*
- 8 Explicata *l. in omnibus. 14. ff. de reg. jur.*
- 9 Argumentum à contrario sensu quatenus procedat.
- 10 Dies in gratiam debitoris contractui adiectus putatur.

Diviso in stipulationem talis proponitur: Omnis stipulatio aut purè fit, aut in diem, aut sub conditione, argumento *l. creditores. 10. ff. de verbor. significat.* Pura in jure dicuntur, quæ nullam adjectionem habent: indeque pura stipulatio est, quæ quid sine diei ei aut conditionis adjectione, promittitur, veluti, *quinque aureos dare spondes? spondeo.* Et si autem illud, quod per stipulationem puram est promissum, confestim ex rigore juris peti potest: cum in eà cesserit & venerit dies, hoc §. nostro ibi, *idque confestim peti potest, l. cum, qui Calendis. 41. §. 1. ff. hoc tit. l. cedere diem. 213. in pr. vers. ubi purè, ff. de verb. significat. l. in omnib. obligationib. 14. ff. de reg. jur. non tamen statim ad solutionem promissor compellendus est: sed arbitrio judicantis; humanitatis causa, modicum tantumque temporis illi debet præstari, intra quod id, quod promissum est, commodè præstare &olvere possit, argument. §. fin. infr. de inutil. stipulat. l. ratum. 13. ff. de solutionibus. l. 1. ff. de jure deliber. l. quotiens. 24. ff. de operis libert. l. continuus. 137. §. cum ita. 2. ff. hoc tit. Nec enim importunus creditor statim cum sacco paratus promissorem sive debitorem adire debet *l. quod dicimus. 105. ff. de solutionibus. Hænonius disputat. 4. controvers. 4. Andr. Gerhards deced. 13. quest. 10. Giphani. disputat. 29. ad Instit. ib. 7. ibique Olenam, in suis notat. num. 12. Vide fufius id & quidem diversimodè explicant, Bachovium hic num. 1. pag. 744. & in not. ad Trentler. vol. 2. disput. 27. ib. 6. ad lit. A. & B. p. 855. cum seqq. & Hum. ibidem in suis resol. quest. 43. p. 141. & seq. itemque Timæum Fabrum disput. 23. ad Instit. Imperial. ib. 2. Cedere porro diem significat, incipere deberi pecuniam: venire diem significat, eum diem venisse, quo pecunia peti possit. *d. l. cedere. 213. ff. de verborum significat.* Stipulatio in diem est, quæ aliquid in diem promittitur: vel, cui dies sive tempus, quo pecunia solvitur, adijcitur: veluti, *decem aureos primis Calend. Martiis dare spondes, hoc §. nostro vers. in diem, &c.* Qui decem aurei statim quidem jam debentur: peti tamen ante Calend. Martias nequeunt. *l. certi conditio. 9. in primo vers. ceterum ff. de reb. credita. si certi per l. obligationum. 44. §. 1. ff. de oblig. & actionibus.* Cur statim debentur decem isti aurei, ratio manifesta est: quia dies adjecta non eo pertinet, ut differat obligationem, sed solutionem tantum seu executionem**

tionem usque ad eventum diei. *l. centesimis. 46. in princ. ff. hoc tit.* Cur verò ante Calend. Martias peti nequeant, hæc est ratio: quia dies hujus stipulationis celsit quidem, sed nondum venit. *d. l. cedere. 213. ff. de verb. signific.*

7 Non obstat. *d. l. eum, qui Calendis. 41. §. 1. vers. verum dies adiectus ff. hoc tit.* ubi dicitur, die adiecto pecuniam non statim deberi. Nam ambiguitas sive æquivocatio est in verbo *deberi*. Etenim deberi non tantum id intelligitur, quod statim peti & exigi potest: verum etiam id, cujus exactio sive solutio differtur. Itaque in *d. l. 41.* illud verbum in priori significatione, adeoque cum pleno effectu accipitur: ut sententia sit, quod in diem promissum est, non ita deberi, ut statim, sicque ante diem exigi possit: sed potius ita, ut ejus petitio sive solutio in eventum diei adiecti prorogetur.

8 Nec quoque obstat *d. l. in omnibus. 14. ff. de reg. jur.* ubi scriptum est: in omnibus obligationibus præsentis die pecuniam deberi, in quibus dies non est appositus. Eadem siquidem responsione uti possumus. Ideo enim pecunia in diem promissa in *d. l. 14.* non statim & præsentis die deberi dicitur, quod statim exigi nequeat: non verò, quod obligatio ante diem contracta non censetur. Ex hoc etenim §. nostro clare evincitur promissorem etiam ante diem revera esse obligatum: licet ante diei eventum

9 ad solutionem compelli non possit. Deinde respondetur: quod argumentum, ex *l. illa sumptum, sit à contrario sensu.* Quod etsi in jure est fortissimum, frequentissimum & utilissimum. *l. 1. §. hujus rei fortissimum. ff. de offic. eju, cui mand. est juridict.* non tamen procedit, ubicunque vel pravus & absonus inde resultat intellectus, vel aliis legibus adversatur, ut plurib. demonstrat. Nicolai Everhard. à Middelburgo in locis suis legalibus, loc. à contrar. *seus. u. 4. & seqq.* Atqui certum est, istud argumentum refragari huic nostro §. *vers. id autem, quod in diem, &c.* Plane, ne quidem eo ipso die, in quem promissa est, pecunia peti poterit, hoc §. *vers. ac ne eo quidem ipso, &c. l. qui hoc anno. 42. & l. eum, qui certarum.*

10 138. in princ. *ff. h. t.* Cujus ratio evidens est: quia cum tempus sive dies contractui adijcitur; in gratiam & utilitatem debitoris seu promissoris adiectus existimatur, hoc §. in fine. *d. l. eum, qui. 41. §. 1. in fin. & l. stipulatio ista. 38. §. incertum. 16. ff. eod. l. cum temp. 17. ff. de reg. jur. Petr. Nicol. Mozz. in tractat. de stipulat. tit. de stipulatione parâ, &c. num. 9. Borcholt. in Comment. de verb. obligat. c. 6. num. 27. Vide istam rem explicatius prolequentem Bachovium, in dictis not. ad Trendler. disputat. 27. th. 6. lit. C. pag. 858. cum seq. & Hunnium ibidem quest. 44. pag. 142. & seq. itemque novissime Frantzkium exercitus. jurid. 10. quest. 2. pag. 292. & seqq.*

§. At si ita stipuleris. 3.

At si ita stipuleris: decem aureos annuos, quoad vivam, dare spondes? & pure facta obligatio intelligitur, & perpetuatur: quia ad tempus non potest deberi: sed heres petendo pacti exceptione submovebitur.

S U M M A R I A.

- 1 Qualis stipulatio sit promitti decem aureos annuos, quoad vivam.
- 2 Cur pura sit ista annua stipulatio.
- 3 Cur eadem stipulatio sit perpetua.
- 4 Tempus non est modus inducenda vel tollenda obligatio.
- 5 Differentia inter stipulationem annuam, & legatum annuum.
- 6 Pacta sunt personalia.
- 7 Per stipulationem tam hereditas nostra, quam nobismetipsis consulere credimus.
- 8 Contractus legem ex conventionem accipit.

1 **S**tipulatus est quidam decem aureos annuos, quoad vivam: queritur, an stipulatio hæc pure sit facta, vel in diem? Et ait hic Imperator: hanc stipulationem, etsi in diem propter tempus sive diem adiectum videri possit: non esse tamen in diem, sed puram & perpetuam. Cur

pura sit hæc annua stipulatio: ratio illa est: quia ex eâ stipulator confestim agere, adeoque decem initio statim cuiuslibet anni petere potest. *l. eum, qui ita. §. 6. §. qui ita stipul. 4. ff. hoc tit.* perinde ut legatarius, post mortem testatoris, annum legatum sibi relictum. *l. nec semel. 12. §. 1. ff. quando dies legator. vel fideicom. cedat. l. 1. C. eod.* Si quidem tempus hic non differendæ, sed potius multiplicandæ solutionis gratiâ, & sæpius reiterandæ puræ obligationis causa adijcitur. *l. cum in annos. 10. & duabus. l. seqq. ff. d. tit.* Cur verò stipulatio ista sit perpetua, sicque ad heredem transitoria, elegans ratio hic in textu redditur: quia scilicet ad tempus deberi non potest. Ratio rationis: quia obligationes sunt juris, ut ex definitione obligationis supra *1. de obligationibus expositâ*, apparet. Ea autem, quæ juris sunt, sui naturâ sunt perpetua, non minùs, atque jus ipsum, notante hic Ritterhusio. pag. 462. Et hoc est, quod vulgo dicitur: tempus non esse modum inducendæ obligationis, ut nec tollendæ sive finiendæ. *l. obligationem ferè. 44. §. 1. vers. placet. ff. de oblig. & act. infr. tit. quibus mod. tollit. obligat. Mynsing. hic num. 3. Wesenbec. n. 6.* Observandum porro hac in re est descri-men stipulationis & legati: quod stipulatio annua sive in annos singulos, est perpetua, & ad heredes transitoria legatum annuum non item: sed morte legatarii extinguitur. *l. si Stichum. 16. §. 1. ff. hoc tit.* Ratio hujus discriminis duplex videtur: Tum quia stipulatio juris est, legatum facti. *l. penult. ff. de capite minutis.* Quæ autem juris sunt; ad heredes transeunt, quæ facti, non item: facta quippe personalia sunt. *arg. l. ult. ff. de conditionibus institution. Petr. Osterman. hic in suis rationalibus p. 73.* Tum quia legatum annuum, propter alimenta legatarii factum censetur ac proinde personale intelligitur: sicque ad heredes non transmittitur. *l. 1. in fin. ff. de constitut. princ. l. idem in duobus. 25. §. 1. ff. de pact. l. non solum. §. 5. tale legatum. 3. ff. de libertat. legat. l. in omnibus causis. 68. & l. privilegia. 196. ff. de reg. jur.* At per stipulationes, tam heredibus nostris, quam nobismetipsis, consulere & prospicere credimus, *l. si pactum. 9. ff. de probationibus. l. tale pactum. 5. §. ult. ff. de pactis.* Cæterum cum contractus legem ex conventionem accipere dignoscantur. *l. contractus. 23. ff. de reg. jur. &c. contractus. 85. eod. tit.* in 6. hic autem inter stipulantem & promittentem non id tantum actum sit, & conventum, ut decem annuos darentur: sed simul etiam hoc placuerit, ut decem annuos darentur, quoad viveret stipulator. Idcirco ex eo pacto conventio ista jus accipiet: & per consequens stipulatoris heres, decem annua petens, exceptione sive pacti, se quoad vivam sive doli mali removebitur, hoc §. in fine. *& d. l. obligat. ferè. 44. §. 1. vers. placet. ff. de oblig. & actionib.* Verum pacto, quoad vivam, annue stipulationi non adiecto; heredem stipulatoris annuatim decem petere posse, cum obligatio perpetuetur, dubium non est. *d. l. si Stichum. 16. §. 1. ff. hoc tit.* Vide de prædictis verbis disputantem Bachovium hic pag. 747. & seqq.

§. Sub conditione. 4.

Sub conditione stipulatio fit, cum in aliquem casum differtur obligatio: ut si aliquid factum fuerit, vel non fuerit, committatur stipulatio: veluti, si Titius Consul fuerit factus, quinque aureos dare spondes? Si quis ita stipuletur: Si in Capitolium non ascendero, dare spondes? perinde erit, ac si stipulatus esset, cum morietur, sibi dari. Ex conditionali stipulatione tantum spes est, debitum iri: eamque ipsam spem in heredem transmittimus, si prius quam conditio extet, mors nobis contigerit.

S U M M A R I A.

- 1 Conditionalis stipulatio quid sit.
- 2 Conditionis perpetui effectus.
- 3 Conditio alia casualis, alia potestativa, alia mixta.
- 4 Vera conditio qua.
- 5 Potestativa conditio.
- 6 Mixta qua sit.

- 7 Omnis conditio vel in faciendo posita est, vel in non faciendo.
 8 Conditionalis stipulatio in quo differat à stipulatione purâ, & in diem.
 9 Consideratio l. ususfructus 26. ff. de stipulat. l. servor. l. is, cui sub condicione. 42. ff. de obligat. & actionibus. & l. conditionales. 54. ff. de verb. significat.
 10 Conditionalis stipulatio setui in utero jam concepto comparatur.
 11 Conditionalis creditor qualis.
 12 Stipulatio sub condicione concepta ad heredem transmittitur: legatum sub condicione non item.
 13 Hujus differentie ratio duplex.
 14 Legata sunt fudi: stipulationes: quoad obligationem juris
 15 Heres stipulatoris, existente condicione, quatenus post hujus mortem agere possit.

Conditionalis stipulatio nihil aliud est, quam obligatio in casum aliquem incertum & futurum suspensa, per hunc §. nostrum. Conditio siquidem, quam certum est extitum, vel quæ prefens respicit tempus, vera conditio non est, sed pro purâ stipulatione habetur. §. conditiones. 6. infr. hoc tit. l. si ita stipulatus. 120. ff. cod. l. cum ad præsens. 37. cum duab. ll. seqq. ff. de reb. credit. si cert. per. l. nominatim. 34. in fine. ff. de condition. & demonstrat. l. si pupillus. 9. §. 1. ff. de novationib. Proprius quippe conditionis effectus est, vim negotii differre: cum semper in futurum concipiatur. Quare cum ita dico: si Caesar vivit, centum tibi do lego; non est conditio: quia in præsens tempus, & non in futurum, concepta est. Et si verò in jure conditio interdum dividitur in casualem sive fortuitam, & in potestativam seu arbitriariam, & in mixtam l. unic. §. si autem aliquid sub condicione. 7. C. de caduc. tollend. Vera tamen conditio est ea, quæ in casum aliquem concipitur: velut, si Titius consul factus fuerit, centum mihi dabis? Potestativa conditio est, cujus eventus ex personæ voluntate dependet: ut, si domum edificavero, centum mihi dabis? Mixta est, quæ simul pendet ex fortunâ & voluntate personæ: ut si ab hostibus reversus fuero, dare centum spondes? Idque paulò latius explicat Borcholt. hic n. 3. & Schneidevvin. n. 7. & seqq. Ex illis autem hujus §. verbis, si aliquid factum fuerit, vel non fuerit, altera conditionis divisio elicitur: quod nimirum omnis conditio posita sit vel in faciendo, vel in non faciendo: ut, si Argentinarum iuris: &, si Argentinarum non iuris. Inter quas divisionis partes hæc notanda est differentia: quod conditio in faciendo quodcumque impleri potest: quod conditio in faciendo quodcumque impleri potest: conditio verò in non faciendo non nisi in morte impleri potest, hoc §. nost. vers. si quis ita. in verb. pervenit de erit, ac si stipulatus esset, cum morietur. Porro in eo præcipue conditionalis stipulatio differt à stipulatione purâ, & in diem: quod in stipulatione purâ & jam debetur, quod promissum est, & peti potest: in stipulatione in diem debetur quidem, sed peti nequit: in condicionali nec debetur, nec peti potest, sed spes tantum est, debitum iri hoc §. nost. vers. ex condicionali. & l. cedere diem. 213. ff. de verb. significat. Quæ differentia ab effectu conditionalis stipulationis est petita. Is enim (ut supra monitum. n. 2.) effectus est conditionis, ut obligationem suspendat ac differat. d. l. cedere. 213. ff. cod.

Huic sententiæ non adversatur l. ususfructus. 26. ff. de stipulat. servor. l. is, cui sub condicione. 42. ff. de obligat. & act. l. conditionales. 54. ff. de verb. significat. In priori l. 26. stipulatio conditionalis ex præsentis vires accipere dicitur, quamvis petitio ex eâ suspensa sit. In posterioribus verò legibus creditor etiam is vocatur, cui sub condicione quid promissum est. Ex quo non obscure colligitur; id jam deberi, nec tantum spem esse, debitum iri. Itæ, stipulationem non adversatur: quia respondendum est, si stipulationem sub condicione factam, non prorsus nihil esse; sed factum in utero jam concepto quodammodo compari eventui nata ac edita. arg. l. 2. ff. de mort. infer. Atque stipulationem conditionalem accipere. Petr. Osterman. hic in suis rationalibus pag. 74. Ex quo illud quoque consequitur: ex eâ stipulatione jam cœpisse deberi, quod promissum est. Unde & conditionalis creditor dici potest, cui ex stipulatione conditionalis quid debetur. Atque hæc

etiam videtur esse ratio ejus, quod Justin. in fine hujus §. subjoinit: hanc stipulationem in heredem transmitti: quia videlicet hæc stipulatio jam concepta sit, sive aliquid jam sit, quod transferri ad heredem possit. Ideo autem Imperator hic in fine ait, spem transmitti: quia nimirum nondum perfectè nata sit obligatio. Sic & Ulpianus in d. l. 54. ff. de verb. significat. inquit: conditionales creditores esse, qui spem habent, ut competat actio. Poterit & hoc non incommode ad locorum illorum conciliationem dici: eum, qui sub condicione promissum est, pendente adhuc condicione, non quidem propriè esse creditorem: dici tamen posse creditorem in spe, sive respectu spei, arg. l. in possessionem. 6. in princ. ff. quibus ex caus. in possess. eat. l. servitutes. 20. §. si sublatum. 2. & l. si servitus. 23. ff. de servit. prædior. urban. Atque ita, post gloss. hic in verb. differtur. sentiunt Angelus n. 2. Nonius n. 5. Rittershusius in vers. ex quibus sequi, &c. pag. 417. & Alciatus in d. l. conditionales. 54. ff. de verb. significat. n. 1. & 2. itemque Timæus Faber disp. 23. ad inst. Imperial. th. 3. lit. b. Quamquam verò stipulatio sub condicione concepta ad heredem transmittitur, hoc §. nostro in fin. l. si quis. 57. ff. hoc tit. id tamen in legato sub condicione relicto non obtinet. Hoc enim, legatario ante conditionis existentiam mortuo, ad heredem ipsius non transire certum est. l. legata. 41. ff. de condit. & demonstrat. l. is, cui. 42. ff. de oblig. & act. l. si cum heres. 4. & l. seq. ff. quando dies legator. vel fideicommissor. cedat. Ratio differentie inter stipulationem & legatum vulgò hæc adfertur: quod in stipulatione condicionali intervenit factum stipulatoris, sibi & hæredibus suis cavere volentis. l. si pactum 9. ff. de probat. l. tale. 40. §. fin. ff. de pact. Alt in legato condicionali nullum legatarii factum intercedit: sed à sola testatoris voluntate pendet, qui personæ legatarii tantum rationem habuisse, eique soli, ob meritum forte: vel singularem amorem, non ejus heredi, prospicere voluisse intelligitur. l. nec adjecit. 9. ff. pro socio. Accurs. Bartol. Bald. Angel. Fab. Mynfinger. Schneidevvin. & alii communiter. in fine hujus §. nostri. Gomez. tom. 2. variar. resolut. jur. civ. c. 11. n. 36. vers. cujus ratio est, &c. Donell. ad l. si quis. 57. n. 5. h. t. Verum ratio, quam superius attigimus, elegantior hæc videtur: quia scilicet stipulatio conditionalis jam est aliquid; legatum autem conditionale planè nihil est. Cur ita? quia legata, utpote donationes, sunt facti l. penult. ff. de capite minutis. Stipulationes verò, quoad obligationem, jus in se continent, arg. l. tit. infr. de stipul. serv. Atqui ea, quæ sunt juris, perpetua sunt; adeoque ad heredem transeunt, arg. l. hereditas. 62. ff. de reg. jur. Quæ autem facti sunt, eo demum momento aliquid esse putantur, quo sunt. l. 1. ff. de operis serv. & cum persona extinguuntur, arg. l. ult. ff. de condit. inst. & l. qui heredi 44 in pr. ff. de condit. & demonstrat. Arumans exercitat. Justin. 13. sub th. 6. in fine. Tamen aliter id explicent Goedeus in Comment. de contrah. & committ. stipulat. cap. 9. conclus. 8. n. 174. Bachovius hic pag. 750. & Roberus disput. 15. ad inst. th. 5. Porro quod de condicionali stipulatione traditur: heres dem stipulatoris, existente ista condicione, etiam post mortem stipulatoris agere posse; id tunc procedit: cum aliud inter contrahentes non est actum. Nam si hoc actum fuerit inter contrahentes, ut ita demum stipulationi locus esset, si conditio existeret, vivo stipulatore, vel quo alio: voluntatem contrahentium sequemur; & existente condicione post mortem stipulatoris, non permittemus heredi, ut petere possit, quod in stipulationem eâ lege deductum erat, ut deberetur, si conditio: vivo stipulatore, existeret, per textum singularem in l. qui Roma. 122. §. Agerius. 4. ff. hoc tit. Quem textum rectè (meo judicio) ita accipiant, & eloquantur declarant Cujacius in d. l. si quis. 57. ff. eodem. Borcholt. hic n. 8. Philippus Cusostius in Disputat. de transmissionib. axiom. 77. eumque laudans Petrus. Heigius hic in vers. ex condicionali. num. 3. cum seqq. Knippschilde exercitat. Acad. 6. quest. 14. pag. 230. Licet vulgò Doctores aliter atque aliter sentiant, Bartol. Jason. Angel. Alexand. Petrus de Bellapertic. Bald. Duaren. Donell. & ceteri ad d. §. Agerius Ale. lib. 1. dispunct. c. 13. Francisc. Commar. lib. 6. Commentar. jur. civil. cap.

cap. 3. num. 9. Emanuel à Costa. lib. 2. select. interpretat. cap. 23. Andr. Gail. lib. 2. observ. 2. Gomez. d. tom. 2. var. resolut. c. 11. n. 36. vers. item adde, quod jus. ibique Soarez. in suis addit. ad lit. T. & Gaddens d. cap. 9. conclus. 8. num. 177. & seqq.

§. Loca etiam §.

Loca etiam inferi stipulationi solent: veluti, Carthagini dare spondes? Quia stipulatio licet pure fieri videatur: tamen re ipsa habet tempus adjectum, quo promissor utatur ad pecuniam Carthagini dandam. Et ideo si quis Romæ ita stipuletur. Hodie Carthagini dare spondes? inutilis erit stipulatio, cum impossibilis sit repromissio.

S U M M A R I A.

- 1 Stipulatio cui locus inseritur, formā & conceptione pura effectui vero, in diem conjetur.
- 2 Id semper in contrahentium tacite agi videtur, ut eo modo, quo potest, valeat.
- 3 Quantum tempus locali stipulationi sit tribuendum, iudicis arbitrio committi debet.
- 4 Stipulatio, licet stricti sit juris: tamen ex eo, quod actum est, interpretationem recipit.
- 5 Omnes contrahentes, quoad intentionem contrahentium, sunt bonæ fidei.
- 6 Dies in stipulatione quando tacite subintelligatur.
- 7 Sententia & intellectus l. in stipulationes. 72. §. ult. ff. de verb. obligat.

- 1 **Q**uanquam id, quod pure promissum est, statim & debeatur; & peti possit. ut dictum in §. omnis. 2. supr. hoc tit. attamen ex naturā rei, vel loci adjectione saepe, licet non obligatio, petitio tamen sive executio differtur. Unde stipulatio ista, cui locus inseritur, forma quidem & conceptione pura est; cum diem aut conditionem non habeat expressam: sed re ipsā sive effectu, in diem censetur. Veluti, qui Carthagini centum dari stipulatur, cum Romæ sit, tacite tempus complecti videtur, quo perveniri Carthaginem potest: ac proinde etiam centum non statim peti possunt, sed post spacium temporis, quod Carthaginem Romā iri possit. *Litem erit. 60. & l. interdum. 73. ff. hoc tit.* Hujusque ratio non obscura est: quia id semper ex tacita contrahentium mente in contractu agi videtur, ut valeat actus; & eo modo, quo potest, impleatur. *l. quotiens. 12. ff. de reb. dubiis.* Impleri autem talis promissio non potest, nisi spacio ad locum solutioni destinatum proficiscendi concessio. Hoc ergo tacite conventum intelligitur. *d. l. interdum. 73. ff. hoc tit. & simili.*
- 2 **S**ed quaeritur, quantum tempus sit dandum? Et magis est, ut totam eam rem ad iudicem, id est, ad virum bonum remittamus: qui aestimet, quanto tempore diligens paterfamilias conficere possit quod facturum se promissit: habita scilicet ratione temporis, ætatis, sexus, valetudinis promittentis. *l. continuus. 137. §. 2. ff. h. t. ibique Dd. late Menoch. lib. 2. de arbitr. jud. q. cent. 1. cas. 2. Heigius hic num. 2. & Schneidevvin. num. 3.* Et ita obiter hinc notandum: quod licet stipulatio stricti juris sit: eoque ultra verba non extendatur. *l. quidquid distringenda. 39. ff. hoc tit.* tamen ex eo, quod actum est, ipsa interpretationem recipiat; maxime quando alias non fortiretur effectum. *l. stipulatus. 111. ff. eod. tit.* Omnes enim contractus, quoad intentionem contrahentium, bonæ fidei sunt, ut restatur *Jas. in §. ad hunc. 28. n. 4. & 37. infr. de actionib. eumque referens W. subsecuti hic n. 3.*

Subiungit porro hoc loco Imperator: si quis Romæ ita stipuletur: Hodie Carthagini dare spondes? inutilem esse stipulationem; quia sit impossibilis. Peti enim non potest, ut promissor, qui Romæ est, unā die perveniat Carthaginem: adeoque illa tacite voluntatis contrahentium conjectura hic locum sibi vindicare nequit. Hæc tamen ipsa stipulatio interdum utilis est: puta si tam stipulator, quam promissor ante aliquod tempus suo quisque dispensatori sive procuratori notum fecerit, in eum diem futuram stipulationem, ac demandatæ promissor quidam

suo dispensatori, ut daret; stipulator verò suò, ut acciperet. *l. ultim. §. si inter eos. 4. ff. hoc t.* Planè generaliter sciendum: diem in stipulatione tacite subintelligi, cum facti reive promissæ ea esse conditio, ut per rerum naturam præstari nequeat, antequam aliquod tempus præterierit. Itaque si domum vel insulam ædificare quis promittat: non statim adversus ipsum hoc nomine agi potest, quod domum vel insulam non extruxerit: sed post aliquod temporis intervallum, intra quod insulam conficere & absolvere potuerit. *l. si ita stipulatus essem. 14. d. l. interdum. 73. & l. si insulam. 84. ff. eod.*

Nec his legibus repugnat Ulpianus in *l. stipulationes 7 non dividuntur. §. ultim. ff. d. tit.* ubi tradit, in hac ipsa stipulatione, insulam fieri non esse expectandum, ut tantum temporis prætereat, quo insula fabricari possit: sed simulatque cœperit mora faciendæ insule fieri, agi posse, diemque obligationis cedere. Nam respondetur, utrumque verum esse, nimirum hoc casu agi posse, & agi non posse. Agi non potest intra id tempus, quo fieri potest insula, eo nomine, quod non sit extructa: nec potest peti id, quod interest, eam esse consummatam & perfectam. *d. l. 14. & d. l. 84. ff. hoc tit.* Ratio ejus evidens est: quia stipulatio, insulam fieri, tempus tacitum in se complectitur, quo insula fieri possit. Eo igitur tempore nondum elapso, stipulator eo nomine, quod insula non sit confecta, adversus promissorem agere nequit. Hanc enim actionem jus, de obligationibus in diem constitutum, impedit: quod vult, ante diei eventum, quod promissum est, peti non posse. *d. §. omnis. 2. supr. hoc tit. l. cedere. 213. ff. d. verb. significat.* Hoc tamen nomine etiam ante temporis illius decursum, adversus promissorem agi potest, quod insulam justo tempore non inchoaverit: quā actione petitur id, quod interest, moram non fuisse factam, & insulam fuisse inchoatam. Atque hoc voluit procul dubio Ulpianus in prælegatā *l. stipulationes non dividuntur. 72. §. fin. ff. hoc tit.* Quæ lex ita videtur esse explicanda ex *d. l. continuus. 137. §. item qui insulam. 3. ff. eodem.*

§. Conditiones, quæ 6.

Conditiones, quæ ad præsens vel præteritum tempus referuntur: aut statim infirmant obligationem, aut omnino non differunt; veluti, si Titius Consul fuit; vel si Mævius vivit, dare spondes? Nam si ea ita non sunt, nihil valet stipulatio: si autem ita se habent, statim valet. Quæ enim per rerum naturam sunt certa: non morantur obligationem, licet apud nos incerta sint.

S U M M A R I A.

- 1 Condicio proprie quæ sit.
- 2 Conditiones ad præsens tempus, vel in præteritum, seu æque in futurum, collata obligationem non diff. unt: ejusque ratio.
- 3 Conditiones pendentes ab eventu facti & naturæ.
- 4 Hominum error vel ignorantia veritati officere requirit.
- 5 Futura non solum nobis, sed etiam in rerum naturā, sunt incerta.

Diximus supra in §. sub conditione. 4. hoc tit. conditionem proprie esse, quæ in casum, sive tempus futurum concipitur. Eā liquidem sola est, quæ differt obligationem, atque suspendit: velut, cum ita stipulor si Mævius Consul factus fuerit, centum dabis? Igitur conditio, quæ ad præsens (ut, si Mævius Consul est) vel præteritum tempus (ut, si Mævius Consul fuit) refertur: figurā tantum & formā, scilicet per hanc particulam si, est conditio: proprie verò & quoad effectum, conditio non est. *l. si ita stipulatus fuero. 120. ff. hoc tit. l. cum ad præsens. 37. cum duobus. ff. de reb. credit. si cert. pet. Et hoc est, quod ait hic Justinianus: ejusmodi conditio: nec aut statim infirmant obligationem, aut omnino non differunt: id est, proprie conditiones non sunt, quia obligationem non differunt. Ratio, cur conditiones ad præ-*

sens tempus, vel in præteritum, secus atque in futurum, collate, obligationem non differant, hæc ab Imperatore hic assignatur: quia quæ per rerum naturam semper sunt certa, cujuscumque sunt facta præterita, aut præsentia: obligationem non morantur, aut differunt; licet apud nos, & quoad nostram scientiam, incerta sint. Cur ita? quia conditiones pendent ab eventu facti & naturæ, ipsaque causæ certitudine, non à contrahentium inscitia & opinione, *notante Wesenbecio hic num. 2.* In præsentibus igitur vel præteritis rerum natura inspicitur, non hominum error vel ignorantia: quæ veritati officere, ordinemque naturæ immutare nequit. *l. i. l. i. l. i. ff. de offic. prefid. l. 2. §. si a pupillo. i. ff. pro emptore. Vult hic num. 2.* At in futuris non rerum natura, sed nostra inscitia spectatur: imò rerum naturam intueri non possumus: quoniam futura, fortuita sive contingentia non solum nobis, sed etiam in rerum natura, sunt incerta. Neque enim, quod futurum est, fieri aut evenire necesse est, cum possit non evenire, ex sententia Aristotelis, Chrysippi, & Stoicorum omnium: quoniam nostri Jurisconsulti, qui ferè omnes à Stoicis instituti sunt, sequuntur: *prout docet Cujac. in l. conditio 100. ff. hoc tit. §. Borcholt. hic num. 3.* Proinde conditionem in tempus futuram collatam, propriè conditionem esse, stipulationemque in futurum conceptam, obligationem non statim perimere: nec etiam statim obligationem facere existeret; sed eam differre, rectè concluditur *d. l. cum ad præsent. 37. §. si sequi ff. de reb. credit. §. d. l. si ita stipulatus. 120. ff. hoc tit.*

§. Non solum. 7. & ult.

Non solum res in stipulatum deduci possunt, sed etiam facta: ut si stipulemur aliquid fieri, vel non fieri. Et in hujusmodi stipulationibus optimum erit pœnam subijcere: ne quantitas stipulationis in incerto sit, ac necesse sit actori probare, quod ejus interfit. Itaque si quis, ut fiat aliquid, stipuletur: ita adjici pœna debet: si ita factum non erit, tunc pœne nomine decem aureos dare spondet? Sed si quædam fieri, quædam non fieri, unâ eademque conceptione stipuletur quis clausula hujusmodi erit adjicienda: Si adversus ea factum erit, sive quid ita factum non fuerit: tunc pœne nomine decem aureos dare spondet?

SUMMARIA.

- 1 Stipulationem alia consistunt in dando, alia in faciendo.
- 2 Stipulationem faciendo duplex: in faciendo, & in non faciendo.
- 3 In stipulationibus faciendo in qua differant à stipulationibus faciendo.
- 4 In stipulationibus faciendo pœnam subijci, optimum est: ut quæ ratio.
- 5 Qualiter pœna subijci debet.
- 6 An & quantum pœna conventionalis duplum ejus, quod in stipulationem deductum est, excedere possit: an item per pœnam stipulationem præcedens obligatio novetur.

1 **S**upra initio hujus tituli, & circa explicationem definitionis stipulationis. num. 54. dictum est: stipulationes consistere vel in dando, vel in faciendo. Idem Justinianus Imperator hic repetit: & cum de his præcipue, quæ in dando positæ sunt, hæctenus disputatum sit: jam eorum stipulationum, quæ in faciendo consistunt, tractatum subtexit. Hoc autem stipulationis genus, quod in facto consistit, duplex est: videlicet aut in faciendo, aut in non faciendo. Verbi gratia: Promittis mihi fodere fossam, ædificare domum? &c. Promitto. Vel, promittis, te non faciarum, quò minus mihi per fundum tuum sit aqua licet: vel, te non riorum Romanum? &c. *l. ubi autem. 75. §. qui id, quod in faciendo. 7. ff. hoc tit. l. fin. discrepant.* Astertor & alia inter easdem hoc loco differentia: quod nimirum in stipulationibus in quibus Harpprecht ad Just. Tom. III.

factum veratur, plerumque adjicitur stipulatio pœnalis: in stipulationibus verò dandi rariùs pœnalis stipulatio adjicitur. Ratio differentie hæc est: quia facta incerta sunt; & ideo per stipulationem pœnalem certa quodammodo redduntur. *d. l. ubi autem. 75. §. qui id. ff. eod.* Si enim factum promissum non præstetur: loco ejus, quod interest, certa pœna promittitur. Nam non solum factum, sed etiam id quod interest, cum in facto consistat, incertum est. *l. quatenus. 24. ff. de reg. jur. l. fin. ff. si quis in jus vocatus non terit. §. c.* Ac idcirco, *autio re hic Justiniano*, optimum est, omnibus faciendi stipulationibus pœnam subijcere: quia si quid vel fieri, vel non fieri, adjecta pœna, stipulati fuerimus: nobis pœna debebitur; etiamsi in factum fuisse, vel non fuisse factum, nihil nostrâ interfuerit. In hac siquidem stipulatione tantum quantitas stipulationis, non autem id, quod interest, spectatur. Neque verò timendum est: ne pœna probari non possit. Etenim si de ipsa stipulatione constiterit: utique etiam de pœna huic stipulationi inserta constabit. Quibus porro formulis stipulationes pœnales concipiendæ sint, Imperator in hoc §. exemplis quibusdam propositis, quæ proprio quisque Marte intelligere potest, demonstrat. Illud tamen non prætereundum: pœnam semper debere apponi sub conditione contraria huic, quod in stipulationem deductum est. Itaque si stipuleris, quid fieri: pœnalis stipulatio subsequens sub contraria conditione, si factum non fuerit, concipienda est. Et vice versa, si stipuleris, quid non fieri: pœnalis stipulatio sub conditione, si hoc factum fuerit, subnecti debet: ut haud difficultè colligere licet ex hoc textu nostro, & *l. cum quid. 71. §. l. continetur. 137. §. penult. ff. hoc tit.* Cæterum an & quatenus pœna conventionalis duplum ejus, quod in stipulationem deductum est, excedere possit? an item per pœnalem stipulationem præcedens obligatio novetur? latè & diversimodè post alios à se citatos, exponunt Fachinus l. 1. *controversiar. jur. cap. 5. Gradens in Commentar. de contrah. §. committ. stipulat. cap. 9. conclus. 7. num. 55. cum seqq. Bachovius hic n. 2. pag. 754. §. Humius lib. 3. variar. resol. jur. civ. tract. 4. quest. 8. §. 9.* Sane quòd pœna isthæc duplum excedere possit, breviter probatur; tum quia nullibi hoc est prohibitum: tum quia pactum istud non est contra bonos mores: tum quia in *l. i. i. C. de sentent. que pro eo, quod interest. profer.* pœna conventionalis legati in eo opponitur, quod hujus certus modus sit, illius non item: tum postremo, quia stipulator jure exinde quælitum habet, quod ipsi auferri non debet. *l. id, quod nostrum. 11. ff. de reg. jur. Justus Sinoth. alius Schütz exercit. juris disput. 12. th. 12. lit. d. pag. 217.*

DE DUOBUS REIS STIPULANDI ET PROMITTENDI TITULUS XVII.

Principium Tituli.

Et stipulandi & promittendi duo pluresve rei fieri possunt. Stipulandi ita, si post omnium interrogationem promissor respondeat, spondeo: utputa, cum duobus separatim stipulantibus ita promissor respondeat: utrique vestrum dare spondeo. Nam si prius Titio sponderit, deinde alii interroganti spondeat: alia atque alia erit obligatio, nec creduntur duo rei stipulandi esse. Duo pluresve rei promittendi ita sunt. Alibi decem aureos dare spondeo? & c. Si eosdem decem aureos dare spondeo? si respondeant singuli separatim, spondeo.

SUMMARI A.

Matthæus hic in suis not. Costalini in l. vir uxori. 17. ff. ad SC. Vellejan. Donelius in d. Auth. hoc ita. C. hoc tit. Bronchorst. cent. 2. éveryt. Q. éveryt. assert. 90. ed. 1. Baldram in Justin. suo pag. 531. D. Collega Bocerus class. 2. disputat. 15. th. 79. ed. 2. & in hoc §. num. 3. & 4. pag. 250. Roncbegallin d. l. 3. §. 1. ff. de duob. reis const. num. 99. & seqq. Arunnaus Exercit. Justin. 13. th. 9. Schegk in delibatis. jur. disput. 16. th. 8. & Heigius in hoc §. nostro. n. 3. & seqq. Eandem rem explanatius exequuntur Bachovius in not. ad Treutl. vol. 2. disp. 27. th. 9. lit. E. p. 881. cum seq. Hunnius ibidem in resolut. quest. 54. pag. 163. & seq. Frantzhaus exercitat. jurid. 10. quest. illustr. 7. Rittershusius in exposit. d. Nov. 99. part. 3. cap. 6. per tot. pag. 162. & seqq. itemque Locamer. question juridic. fascic. 36. quest. 3. & 4.

§. Ex duobus. 2. & ult.

Ex duobus reis promittendi, alius pure, alius in diem, vel sub conditione obligari potest: nec impedimento erit dies aut conditio, quo minus ab eo, qui pure obligatus est, petatur.

SUMMARI A.

- 1 Plures rei promittendi qualiter obligari possint.
- 2 Consideratio l. eundem. 9. §. 1. ff. de duob. reis constituendis.
- 3 Fidejussor aliter, quam principalis reus, obligari requirit.

- 1 **A** It in hoc §. Imperator ex duobus sive pluribus reis promittendi, unum pure, alium in diem, vel sub conditione obligari; & pure obligatum, quamvis aliter correi obligati sint, statim conveniri posse. Idem ait Florentinus in l. ex duobus. 7. ff. de duob. reis constituendis. Cui non repugnant Papinianus, dum asserit: duos reos debendi non esse, à quibus impar suscepta est obligatio. l. eandem. 9. §. 1. ff. d. tit. Nam quicquid hic est imparitatis sive dissimilitudinis, facile ad paritatem reduci potest. Adveniente etenim conditione, vel die, ambo equaliter tenentur. Conditio siquidem, cum semel extitit, perinde habetur, ac si illo tempore, quo stipulatio interposita est, sine conditione stipulatio inita esset. l. prior est. 11. §. 1. ff. qui potior. in pign. vel hypoth. hab. Verum si esset dissimilitudo & imparitas, quæ tolli, aut ad paritatem reduci nequeat: hæc certe obligationem duorum reorum impedire posset: ut, si quis stipuletur, ab altero dolum præstari, ab altero culpam tantum. Neque enim fieri potest, ut hi parem causam suscepisse videantur: ac proinde duo rei esse non possunt, à quibus tam impar suscepta est obligatio. Et ita accipienda est d. l. eandem. 9. §. 1. ff. de duob. reis constituendis. Mynfinger. hic num. 3. & Osterman in suis rationalib. pag. 79.
- 2 Ceterum quod hic dicitur: ex duobus reis unum pure, alterum sub conditione adstringi posse: id in reo & fidejussore non obtinet. Fidejussor namque, cum ejus obligatio sit accessoria, & formam ex principaliumat, aliter, quam principalis reus obligari non potest: hoc est, si reus obligatus sit sub conditione, fidejussor pure obligari nequit. §. fidejussores ita. 1. vers. item si ille. infr. de fidejussorib. l. Cræce. 8. §. illud commune. 7. ff. eodem. & notat Wesenbechus hic num. 2.

- 1 Continuatio hujus tituli.
- 2 Ejusdem continuationis contra Boecorum defensio.
- 3 Institutiones obtinent vim legis.
- 4 Jurisconsultis de jure respondendi, non jus impugnandi, potestas concessa.
- 5 Cur de stipulatione, & non promissione servorum, hæc quæatur.
- 6 Rei nostra per servos melior fieri potest: deterior non item.
- 7 Servus juris civilis non capax.
- 8 Consideratio l. consilio. 7. §. ult. ff. de curatoribus furioso, &c.
- 9 Servus ex persona domini capax habet.
- 10 Hereditas persona defuncti vicem sustinet.
- 11 In quibusdam hereditas pro persona non habetur.
- 12 Servus hereditarius usufructum stipulandi non potest.
- 13 Furtum invito domino fieri dicitur.

Indicatum est hactenus, quomodo stipulatio per homines liberos fiat: nunc consequenter ostenditur, quomodo per servos eosdem fieri queat. Ceterum Dn. Collegæ Bocero hic num. 1. & duob. seqq. pag. 254. displicet non solum hæc communissima continuatio: sed & Methodus Justinianeæ. Sanè justam, absolutamque methodum in universis libris Justinianeis non tribique rectè observatam esse, ultro fateamur: & esset ideo optandum (scilicet!) ut tempore Justiniani pro Tribonianio Bocerus vixisset, qui forsitan accuratorem methodi rationem sequutus fuisset, si potuisset. Verum quoniam ad hunc usque diem non est prodita ab ullo talis methodus, quæ omnes essent contenti; & ipsi quoque Bocero nova methodus tentata non ita feliciter successit, ut in pluribus non peccarit, quam ipse Tribonianus; nihil insuper in tam vario multorum aliorum nisu, & operatione multiplici extat, non solum quod Scriptis Justiniani antefertur, sed ne conferri quidem hoc in genere rectè possit: omnino studiosæ juris juventuti suadeo, ne se cuiusquam consilio ab hisce Justiniani libris in alia omnia traduci patiator; maxime, cum iis etiam vis legum attributa sit: quam usu multorum seculorum confirmatam videmus. §. quas ex omnibus. 6. supra in proœmio harum Institutionum. Valeant ergo arrogantes isti Censores, & infelices novatores, qui fastidioso & insolente conatu contra ipsam Divum Imperatorem Justinianum insurgere, ejusque methodum pervertere & evertere non verentur. Quid enim, quæso, futurum putamus, admissa hac interpretandi licentiâ? An certi aliquid in jure nostro relinquatur? An non quilibet ex quolibet poterit effingi? Maneamus igitur intra terminos: nec nimium sapere velimus. Respondendi de jure nobis potestas permixta est; non impugnandi jus, aut abrogandi facultas concessa. Quid (malum!) Imperatoris officium usurpare temerario ac nefario ausu cupimus? contra l. disputare, 3. C. de crim. sacrilegii. & l. ult. §. 1. C. de legib. Idem autem hic de stipulatione, & non de promissione servorum queritur: quia licet servus ob communem utilitatem stipulari possit: tamen jure civili, quo nullam planè personam habet, cujusque particeps non esse censetur, neque ipse promittendo, obligatur: neque dominum obligare potest. §. item inut. 6. infr. de inut. stip. l. quod si servum. 3. in princ. ff. ne quis eum, qui in jus voc. vi exim. l. liberos. 3. in fine. ff. de capite minutis. l. qui testamentum. 20. §. serv. 7. ff. qui testam. fac. possunt. l. quod utinet. 32. ff. de reg. jur. Tamen si jure prætorio dominus per servum peculio tenus obligatur. l. 1. & tot. tit. ff. de peculio. l. ei, qui servo. 7. l. cum ancilla. 11. & duob. ff. seqq. C. quod eum eo, qui in aliena potestate est, &c. §. prætorica. 4. infr. d. tit. Ratio, cur promittendo servus dominum obligare nequeat, est perspicua: quia res nostra per servos melior fieri potest: deterior fieri non potest. l. melior conditio. 133. ff. de reg. jur. l. per quos. 59. ff. de pact. l. ult. circa fin. C. de acquir. & rem. poss. Ac si servum ex persona domini jus stipulandi habere, & que stipulando acquirere, non ambigitur, hoc princip. nostr. l. 1. & tot. tit. ff. hoc tit. Ratio, cur ex persona domini servus jus stipulandi habeat, nota est. quoniam per se nec stipulari, nec ullam obligationem contrahere potest. l. obligari. 43. in fin. ff. de oblig. & act. l. in personam servilem. 22. ff. de reg. jur. Quid ita? quia servus juris civilis est exops. d. l. qui testamento. 20. §. servus. 7. ff. qui testam. fac. l. qui.

DE STIPULATIONE SERVORUM.
TITULUS XVIII.

Principium Tituli.

Servus ex persona domini jus stipulandi habet. Sed & hereditas in plerisque personæ defuncti vicem sustinet. Ideoque quod servus hereditarius ante aditam hereditatem stipulatur, acquirit hereditati: ac per hoc etiam heredi postea facto acquiritur.

fac. poss. d. l. quod attinet. 32. ff. de reg. jur. Atqui obligatio est juris vinculum, ut supr. ad princip. tit. de obligationib. dictum.

- 8 Non obstat l. consilio. 7. §. ultim. ff. de curatoribus furio-
se, &c. ex qua lege probatur; contractus, adeoque etiam
stipulationem, esse facti. Ea autem, quæ facti sunt, in
ipsis servi personam cadunt: cum naturalia sint. §. sed
cum factum. 2. infr. hoc tit. Non, inquam, obstat. Nam
respondetur: stipulationem & contractus partim facti esse,
ratione scilicet ipsius conventionis ac negotii, quod geri-
tur: partim juris, ratione obligationis inde natæ: quem-
admodum ex illa ipsa l. 7. in contrarium adducta, evin-
citur: Dum enim Julianus J.C. ait, contractus facti ma-
gis esse, quàm juris; eo satis aperte innuit, contractus
non planè facti esse, sed etiam jus aliquod completi.
Id quod clariùs confirmatur ex l. si iura. 27. §. 2. ff. de
pactis. ubi expresse, in stipulationibus jus contineri, tra-
ditur. Quod si verò dominus, ex cujus personâ servus
caput habet, mortuus est: hereditati, aut heredi futuro
servus; quod ante aditam hereditatem indefinitè & gene-
raliter (Alier namque se res habet, si nominatim certo
alicui heredi stipuletur, qui nondum hereditatem adiit:
quo casu nihil agitur. l. servus. 35. ff. hoc tit. Hujus-
que ratio est: quia stipulationis tempore, quo vires ac-
cipit stipulatio, heres illius servi dominus non fuit: pro-
indeque extraneo stipulari videtur: quod jure est prohi-
bitum. §. alteri. 18. infr. de inutilib. stipulat.) stipulatus
est, acquirit. Et ratio est: quia, inquit hic Justinianus. he-
reditas in plerisque personæ defuncti vicem sustinet. Ra-
tio rationis: quia tamen si hereditas strictè res est, & non
persona. §. 1. supr. de reb. corporalibus. & incorporal. uti-
litatis tamen causa receptum est, ut locum defuncti ob-
tineat, adeoque pro personâ habeatur: ne videlicet post
defuncti mortem, dum hereditas jacet, commoda eo-
rum, quæ in hereditate sunt, puta fructus, fœtus, par-
tus, &c. pereant. Vide eâ de re fusiùs dissertantes, Ba-
thovium in suis not. ad Treutler. vol. 2. disputat. 27. th.
2. lit. A. pag. 815. & Hummum ibidem in suis resolutioni-
bus. quest. 16. pag. 81. & seq. Rectè autem ait hic Im-
perator, in plerisque, & Hermogenianus dicit: in multis
partibus juris hereditas pro domino habetur. l. hereditas.
61. ff. de acquir. rer. domin. Quia excipiuntur quædam,
in quibus hereditas pro domino, sive pro personâ non
habetur: ut est usufructus, furtum, aditio hereditatis,
omnes denique causæ, in quibus vivens & vera, non fi-
cta persona, requiritur. Igitur servus hereditarius,
id est, hereditatis, quæ nondum adita est, usufruc-
tum stipulari non potest: cum usufructus sine vera
personâ esse nequeat. l. usufruct. 26. ff. hoc tit. Sic quo-
que hereditati furtum non fieri dicitur. l. 1. §. Scævola.
ff. si is, qui testamento liber esse iussus erit, &c. l. heredita-
ria. 68. ff. de furtis. Siquidem furtum flagitat perso-
nam veram, cui fiat: cum invito domino fieri debeat.
§. furtum autem. 6. infr. de obligationibus quæ ex delicto
nasc. l. qui jumenta. 40. ff. de furtis.

§. Sive autem. 1.

Sive autem domino, sive sibi, sive conservo suo,
sive impersonaliter servus stipuletur: domino acqui-
rit. Idem juris est & in liberis, qui in potestate pa-
tris sunt, ex quibus causis acquirere possunt.

SUMMARIA.

- 1 Quadruplex stipulationum servilium forma.
- 2 Servus domino & ignorantibus ei invito acquirit: quæque ratio.
- 3 Servus & filiusfamilias in quibus æquiparentur: in quibus item differant.
- 4 Servus ex domini personâ potestatem stipulandi habet.

- 1 Quadruplex hæc forma stipulationum servilium affer-
tur. Aut enim servus domino, aut sibi, aut con-
servo suo, aut impersonaliter stipulatur. l. 1. in princ. &
l. si sibi. 15. ff. b. e. Sed quocunque modo stipuletur:
domino & ignorantibus ei invito acquirit. §. 1. supr. de his,

qui sui vel alieni juris sunt. l. acquiritur. 10. §. 1. & l.
etiam invito. 32. ff. de acquir. rer. domin. l. servus. 62. ff.
de verbor. obligat. l. placet. 79. ff. de acquir. vel omitt. he-
redit. Eiusque ratio est: quia ipse servus, cum in po-
testate alterius sit, nihil suum habere potest. §. item vobis
acquiratur. 3. vers. ipse enim servus supr. per quas person.
cuique acquiritur. l. homo liber. 54. §. quidquid. 4. ff. de
acquir. rer. domin. l. ait prator. 23. §. 1. ff. ex quibus
caus. major. &c. l. qui in serv. 118. ff. de reg. jur. Idem ju-
ris & in filiofamilias esse Imperator hic affirmat: ut ni-
mirum, quemadmodum dominus per servum, tanquam
instrumentum, acquirit, & ipse stipulatus esse fingitur:
ita & pater per filium, potestati suæ subiectum, acquirere
censeatur. §. si quis alii. 4. vers. ei verò, qui infr. de inutili-
bus stipulat. l. quodcumque. 45. ff. de verbor. obligation.
Quamvis autem hoc loco servus & filiusfamilias, quoad
acquisitionem, æquiparentur: in eo tamen differunt,
quod servus indistinctè quærat domino: at filiusfamilias
in peculio prokcto tantum, & adventitio, quoad usum-
fructum, patri acquirit. §. 1. supr. per quas person. cuique
acquir. l. cum oportet. 6. C. de bon. qua liberis, &c. Et hoc
est, quod ait hic Imperator in fine: ex quib. causis ac-
quirere possunt. Potest & alia inter filiumfamilias & ser-
vum notari differentia: quod servus ex personâ domini
(propriam enim non habet) vim ac potestatem stipulan-
di capit, ut suprâ initio hujus tituli dictum. Filius autem
familias non ex personâ patris, sed ex suâ jus stipulandi
habet: quia est civis Romanus, ac liber. §. filiusfamilias.
39. l. obligari. 43. de obligat. & actionibus. l. cum filiusfami-
lias. 49. ff. de verb. obligat. l. si dubitet. 10. §. filiusfamilias.
2. ff. de fidejussoribus.

§. Sed cum factum. 2.

Sed cum factum in stipulatione continebitur: om-
nimodo persona stipulantis continetur: veluti si ser-
vus stipuletur, ut sibi ire agere liceat. Ipse enim
tantum prohiberi non debet, non etiam dominus
ejus.

SUMMARIA.

- 1 Servus stipulando acquirit domino ea, quæ sunt iure: & sibi
ipsi, quæ sunt facti.
- 2 Ratio istius differentia.

Dictum est in proxima precedente §. servum omnia
quæcumque sive sibi, sive domino, sive sine adjectio-
ne aliqua stipuletur, domino suo acquirere. Ejus hic ex-
ceptio assertur. Nam cum factum est deductum in sti-
pulationem: tunc stipulatio nequaquam domino acqui-
ritur, sed in persona servi tantum consistit: veluti si ser-
vus stipuletur, ut sibi ire agere liceat. Ipse enim servus
tantum prohiberi non debet, non etiam ejus dominus.
Aliud verò est si stipuletur servus, ut domino ire agere li-
ceat. Hoc quippe casu domino stipulatio acquiritur: a-
deoque dominus ipse ex ea ire agere poterit. l. stipulatio
ista. 38. §. hi, qui sunt. 6. & §. seq. ff. de verbor. obligation.
Multum igitur hac in re jus differt à facto. Servus namque
stipulans ea, quæ juris sunt, sive sibi, sive domino stipu-
letur, semper domino ignorantibus ei invito acquirit, ut
est dominium, aut stipulatio dabi? §. item vobis 3. supr.
per quas person. cuique acquirit. l. serv. vetante. 62. ff. de
verbor. obligat. Ea autem quæ sunt facti, servus stipulans,
si quidem domino, acquirit domino: sibi sibi, acquirit
sibi, d. l. stipulatio ista. 38. §. hi, qui sunt. 6. ff. eod. Ratio
hujus differentia inter jus & factum illa reddi potest:
quia facta & naturalia sunt, quorum capax est servus, &
personalia, eoque in dominum non transeunt. l. qui he-
redit. 44. in princ. ff. de condit. & demonstrat. l. si sicut libe-
ra. 6. §. ubi ff. de statu liber l. cum proponas. 3. C. de heredi-
bus instituend. & notat hic Gothofredus & Rittershusius pag. 434.
Aliæ aut, quæ sunt juris, prorsus in personam servilem non
cadunt. d. l. stipulatio ista. 38. §. hi, qui sunt. 6. ff. de verb. obligat.
l. quod attinet. 32. ff. de reg. jur.

§. Servus communis. 3. & ult.

Servus communis stipulando, unicuique dominorum pro portione domini acquirit: nisi jussu unius eorum, aut nominatim alicui eorum stipulatus est. Tunc enim soli ei acquiritur. Quod servus communis stipulatur, si alteri ex dominis acquiri non potest, solidum alteri acquiritur: veluti, si res, quam dari stipulatus est, unius domini sit.

SUMMARI A.

1. Servus communis acquirit dominis suis pro parte dominicâ.
2. Qui plus in societatem contulit, etiam plus lucri ferre debet.
3. Acquisitionis unica causa est dominum.
4. Quibus casibus uni dominorum in solidum acquiritur.
5. Nemini res sua acquiri potest.

Servus communis, id est, qui duorum aut plurum est dominorum, dominis suis non in solidum, neque pro virilibus, & æqualibus partibus; sed pro portione dominicâ, hoc est, quantum quique eorum juris in servum habet, stipulando regulariter acquirit. *l. servus communis. §. ff. hoc tit.* Sed exemplo res sit illustrior. Pone ergo: Ego & tuemimus servum communem triginta florenis: quorum ego viginti, tu decem exposuisti. Ego itaque duas portiones in servo habeo: tu tertiam. Jam si servus stipuletur trecentos florenos: non acquirerentur tibi centum quinquaginta, id est, portio virilis sive æqualis; sed centum duntaxat: reliqui ve & ducenti floreni mihi acquirerentur. Ratio & æquitas hujus rei est perspicua: Tum quia is, qui plus in societatem contulit, plus lucri ut ferat, æquum est. *arg. l. si non fuerint. 29. in princip. ff. pro socio.* Tum quia acquisitionis unica atque sola causa est dominum. Qui ergo plures partes habet domini, ei etiam plus acquiritur, notantibus Hunnio hic & Rittershusio p. 435. Cæterum à prædictâ regula tres excipiuntur casus, quibus non cuique dominorum, sed uni tantum in solidum acquiritur. Primus est: si servus ille jussu unius dominorum stipuletur. *d. l. §. & duabus ff. seqq. ff. eod.* Iustum etenim prævalet, etiam si alteri dominus servus stipuletur, per textum elegantem in *l. ultim. C. per quas person. nob. acquiratur* ubi Justinianus hanc rationem assignat: Quia malignitati servorum indulgendum non est, ut liceat eis, domini jussione contempta, suâ libidine facere stipulationem, & ad alium dominum, qui eum forsitan corruptis, alienam lucrum transferre. Secundus est: si servus communis uni ex dominis nominatim stipuletur; puta, Sempronio aut Titio, heri meo dare spondes? *d. l. servus communis. §. vers. licet autem. l. proinde. 7. §. 1. l. si ex re. 28. §. sicuti. 3. ff. hoc tit.* Tertius est: si rem talem simpliciter stipuletur, quæ alteri ex dominis acquiri non possit: veluti, si domum, quæ jam est alterius dominorum, alteri stipuletur. Hac enim stipulatione ei, cujus jam est domus, nihil acquiritur. *d. l. proinde. 7. §. 1. l. si communis. 17. ff. eod.* cum nemini res sua acquiri queat. §. *idem juris. 2. infr. de inutilib. stipulat. §. sed si rem. 10. supr. de leg. §. sic itaque 14. infr. de actionib. l. cum res 4. C. de contrah. emp. & vendit. & la. tuis hic explicat Rittershus. pag. 435.*

DE DIVISIONE STIPULATIONUM.

TITULUS XIX.

Stipulationum alie sunt judiciales, alie prætorie, alie conventionales, alie communes, tam prætorie, quam judiciales.

§. 1. Judiciales sunt duntaxat, quæ à mero iudicis officio proficiuntur: veluti, de dolo cautio, vel, de persequendo servo, qui in fugâ est, restituendove prærio.

Harprecht ad Instit. Tom. III.

§. 2. Prætorie sunt, quæ à mero prætoris officio proficiuntur: veluti, damni infecti, vel legatorum. Prætorias autem stipulationes sic exaudiri oportet, ut in his etiam contineantur adilitia. Nam & hæc à jurisdictione prætoris veniunt.

§. 3. Conventionales sunt, quæ ex conventionione utriusque partis concipiuntur: hoc est, neque jussu iudicis, neque jussu prætoris, sed ex conventionione contrahentium: quarum totidem genera sunt, quot (penè dixerim) rerum contrahendarum.

§. 4. Communes sunt, veluti, rem salvam fore pupillo. Nam & prætor jubet, rem salvam fore pupillo, caveri: & interdum iudex; si aliter hæc res expediri non potest, vel de rato stipulatio.

SUMMARI A.

1. Ratio continuationis.
2. Quadrimestris stipulationum divisio.
3. Stipulationes judiciales quæ sint.
4. Prætorie stipulationes quæ sint.
5. Sæpius est, ante tempus occurrere, quam post causam vulnèratam, remedium querere.
6. Prætoris stipulationibus adilitia continerantur.
7. Cur nomine prætoriarum stipulationum adilitia continerantur.
8. Lælio §. 2. hujus tituli contra Cujacium &c. defenditur.
9. Omnis correctio odiosa &c. vitanda.
10. Stipulationes conventionales quæ sint.
11. Earum quot genera.
12. Clausula ista (penè dixerim) quid hic importet.
13. Quæ sint communes stipulationes earumque exempla.
14. Stipulatio, rem pupilli salvam fore.
15. Stipulatio de rato.

Posteaquam suprà ad principium num. 54. & 5. omni. 1. 2. cum seqq. tit. de verb. obligat. aliquot stipulationum divisiones sunt propositæ hoc loco alia divisio, eaque quadrimestris, à causa efficiente sumpta, exponitur. Nam stipulationum alie sunt judiciales: alie prætorie: 2. alie conventionales: alie communes, tam prætorie, quam judiciales. Vide aliter sentientem Titianum Fabrum disp. 23. ad Instit. Imperiales. th. 5. Judiciales stipulationes hic & in *l. stipulationum. §. ff. de verb. obligat.* (ex quâ *l. hic totus tit. ad verbum fere est descriptus*) dicuntur, quæ à mero sive solo iudicis officio, id est, jussu & interlocutione, proficiuntur: hoc est, quarum auctor est iudex à prætore datus, non verò prætor ipse, non partes inter se litigantes, ut rectè explicat Cujacius in *d. l. in princip. ff. d. tit. cumquereferens Borcholt. num. 2.* Verbi gratia cautio de dolo, est iudicis stipulatio. Etenim illa plerumque in iudiciis, jubente iudice, præstari solet ut, si Sempronius rem à fure, aut quovis alio vindicet, & metuat, non pendente iudicio res à fure corrupta; reus cavere, de dolo abstinere in re restituendâ, per iudicem, cogitur. *l. prætoris. 20. l. p. homo. 54. ff. de rei vindicat. l. creditor. 15. ff. de pignorat. act. Cyprian. hic in vers. veluti de dolo cautio, &c.* Sic quoque judicialis est stipulatio, cautio de persequendo servo, qui in fugâ est. Hanc siquidem cautionem sæpe iudex interponi curat: veluti, si legatarius servum sibi legatum ab herede petat: heresque cum in suâ potestate esse, ut quia sit in fugâ, negotiario restitueret, aut pretium ejus præstare jobetor. *l. cum servus. 39. l. servo legato. 69. §. ult. ff. de leg. 1. l. item si 1. §. quid si homo. ff. quod met. caus. gest. erit. l. si filiofamilias. 25. §. si qui dotalium ff. soluto matrimonio. Idem & de aliâ quilibet re absente inquirendâ, exhibendâ, & restituendâ sciendum est, arguunt. *l. solutione. 18. ff. ad exhiben.* Prætor istas cautiones sive stipulationes iudicis, sunt & quedam alie: ut cautio indemnitas. *l. ipsi quoque. 19. l. à quo servo. 58. ff. de rei vindic. ut cautio de refundendo,* deque*

deque solvendo certo loco, vel tempore, &c. l. sed si
dammum. 9. §. fin. l. ex facto. §. 2. in fin. ff. de pecul. l. quod
si Ephesi. 4. §. 1. ff. de eo, quod certo loco, &c.

4 Prætorie stipulationes sunt, quæ à mero prætoris offi-
cio proficiuntur: hoc est, quarum auctor est ipse præ-
tor: siue, quæ non apud specialem iudicem sed apud Ma-
gistratum petuntur, & ejus auctoritate, jussu, atque im-
perio interponuntur: cujusmodi est stipulatio damni in-
fecti, & legatorum. §. 2. hoc tit. d. l. stipulationum. §. in
princ. ff. de verb. obligat. Priore quis periculum arbo-
rum, loci, operis, ædiumvè vicinarum, ruinam minan-
tium, evitare potest, tot. tit. ff. de damno infect. Altera
utuntur legatarii stipulantes ab herede, cujus de fide du-
bitant, de legatis aut fideicommissis rectè præstandis. l. si
familias. 114. §. iidem Principes. 12. ff. de legat. 1. §.

5 tot. tit. ff. ut legator. nom. caveat. Melius enim, & satius
est, ante tempus occurrere, quam post causam vulnera-
tam, id est, damnum acceptum, vel legatum ab herede
consumptum, remedium querere. l. ult. Cod. in quibus
caus. in integr. rest. necessar. non est. Cæterum plures sti-
pulationes seu cautioes prætorie cognosci poterunt ex
tit. ff. de prætoris stipulat. §. tribus tit. sequentibus item
ex tit. usufructuarii quemadmod. caveat. §. titul. si cui
plur., quam per leg. Valerid. licuerit. legatum esse dicitur.
cum similibus. Vide Riemerum de cad. 10. quest. illustr.

6 3. Planè prætoris stipulationibus & ædilitiæ annuerantur.
d. §. 2. vers. prætorias. hoc tit. Nam jus ædilitium
juris prætorii portio est. §. prætorum. 7. vers. propone-
bant. supr. de jur. nat. gent. §. civil. Sunt autem ædili-
tiæ cautiones, quæ de morbis, aut vitiis venalium rerum
interponuntur: quarum præcipua est, cautio siue stipula-
tio dupla, de qua in tit. ff. de evictionibus §. dupla stipulat.
Verbi gratia: si vendo mancipium, vel equum, & emp-
tori repromitto, si quid occulti vitii in equo vendito in-
venitum fuerit, aut si evincatur, me duplum soluturum.
Venditor enim non solum si quid vitii insit, clarè prædi-
cere: sed eo etiam nomine cavere debet. l. si venditor.

7 28. §. l. itaque. 32. ff. de edilit. l. emptori. 37. ff. de evi-
tionibus. Cur verò nomine prætoriarum stipulationum
etiam ædilitiæ contineantur, Justinianus hic in d. §. 2. ad
finem. hanc rationem subjungit: quia (inquit) & hæc ædi-
litiæ a jurisdictione prætoris veniunt. Ubi admonendi su-
mus, Jacobum Cujacium in præallegatâ l. stipulatio-
num. §. ff. de verb. obligat. ibique Donellum num. 15.
Franciscum Hotomanum hic enunciat. §. Johannem Bot-
choltzen num. 8. Aussardum, Baronem, Bachovium pag.
760. itemque Tuningium pag. 575. & Petrum Heigium
num. 14. cum seqq. & alios nonnullos Interpretes neote-
ricos putare: verbum, prætoris hic expungendum esse:
tum quia neque in d. l. §. ff. de verb. obligat. neque in
Theophilo extet: tum quia ædilitiæ a jurisdictione, non
prætoris, sed ædilitium veniunt. l. 1. in princ. d. l. si vendi-

8 9 tor. 28. §. l. adiles. 38. ff. de edilit. edit. Verum nihil
hoc loco defendendum, aut corrigendum esse videtur: cum
quis omnis correctio odiosa, ac ea propter vitanda est.
e. cum expediat. 29. ex. de elect. in 6. tum quia jus ædi-
litium par est, & quali supplementum juris prætorii. d. §.
prætorum. 7. vers. proponebant. supr. de jure nat. gent. §. c.
Et ita quoque, post Giphanium a se citatum, non obscure
sensit D. Rittershusius hic pag. 438. circa finem. Sed vi-
de vacillantem D. Bocerum hic num. 14. pag. 260.

10 Conventionalis stipulationes dicuntur, quæ neque
prætoris, neque iudicis auctoritate, sed ipsorum reorum,
id est partium inter se contrahentium voluntate interpo-
nuntur: & ex earum pacto & pacto siue conventionione
(quæ legem dat contractui. l. contractum. 23. §. l. nec ex
prætorio. 27. ff. de reg. jur. C. contract. 85. eod. in 6.) substanti-
am capiunt, §. conventionales. 3. hoc tit. d. l. stipulationum.
§. in princ. vers. conventionales. ff. de verb. obligat. Licet
anim prætorie quoque & judiciales stipulationes ali-
quam voluntatem ac conventionem habeant: cum
nulla stipulatio sine conventionione & consensu contra-
hatur. l. in omnib. §. ff. de obligat. & actionib. quia tamen in
judicialibus ac prætoris voluntas & consensus non est
spontaneus sed ad prætoris jussu interponitur, adeoque
necessarius censetur: rectè nomen conventionalium sti-

pulationum prætoris & judicialibus non imponitur. Et
harum conventionalium stipulationum tot genera sunt,
quot (penè dixerim) rerum contrahendarum, id est, ob-
ligationum seu negotiorum, quæ contrahi possint: hoc
est, sunt infinita atque innumerabilia. Nam & negotio-
rum & pactiorum, quibus confirmandis stipulationes
frequentissimè adhibentur, innumerabilia sunt genera.
d. l. §. in princ. ff. de verb. obligat. l. juris gentium. 7. §.
quod ferè. 12. ff. de pact. l. si stipulatus. 4. ff. de usur. l. 1.
§. §. sciendum. 4. ff. de stipulat. prætoris. Paul. lib. 5. sentent.
tit. 7. Atque isthæc infinitas siue multitudo rerum con-
trahendarum in causa esse videtur, cur conventiona-
lium harum stipulationum exempla nulla hic ponantur:
cum tamen priorum exempla sint adducta: quia scilicet
planè non est necesse. Nemo quippe tam imperitus est,
qui non aliquos saltem, si non omnes, quibus obligatio
contrahitur, modos teneat. Ex his quisque, si velit, e-
xemplum sibiumat: & quodeunque genus obligationis
contrahendæ adhibuerit, non erraverit. Idque uberius
explicat Donellus ad d. l. stipulationum. §. num. 16. §. seqq.
ff. de verb. obligat.

Porro autem cum Imperatore hic in §. 3. §. Pomponio
in d. l. §. in princip. vers. conventionales. ff. de tit. cautè
addimus clausulam istam, penè dixerim. Isthæc quippe
clausula eò pertinet, ut intelligamus: quidam esse res,
de quibus contrahi possit, & quæ tamen in stipulatum
deduci nequeant: uti res sacræ, religiose, liberi homi-
nes, &c. quandoque vendi possunt. l. §. liberi. 4. l. li-
beri hominis. 70. ff. de contrah. empt. aut in stipulationem
venire haud possunt. §. idem juris. 2. infr. tit. proximo, §.
tradit Rittershusius in d. §. conventionales. 3. hoc tit. pag.
439.

Communes denique stipulationes dicuntur: quæ, re-
bus ita ex gentibus, modò jubente prætore, modò ju-
bente iudice interponuntur: cujusmodi stipulatio est, rem
pupilli salvam fore. §. ult. hoc tit. d. l. §. in princ. vers.
communes sunt. ff. d. tit. Nam hæc interdum ex jussu
prætoris interponitur, interdum ex jussu iudicis. Ex jussu
seu officio prætoris interponitur: cum pupillus, vel alius
pupilli nomine hanc cautionem, nullo iudicio susce-
pto, per tutorem præstari ultro desiderat, quo res pupil-
lares per eam salve remaneant, & in tuto constituantur.
Ad quam cautionem præstandam à prætore tantum vel
alio magistratu, non verò à iudice tutor compelli potest.
Quoties enim eam tutoribus prætor injungit: non iudi-
cis, sed magistratus officio fungitur. Nullo namque ju-
dicio adversus tutorem pendente, nullâ etiam cautè co-
gnitione adhibita: cautio ista per prætorem decernitur.
A iudicis autem jussu & officio hæc cautio siue stipulatio
proficiuntur: cum lis jam contestata est, & iudicium su-
scriptum: ut si tutor cum pupillo litem instituerit, & ei
pupillus objecerit, nondum ab eo cautionem esse præsti-
tam. Hoc casu tutor jussu iudicis cogetur, aut illam
præstare, aut nomen, & officium tutoris omittere. argum.
l. si impuberi. 13. in princ. ff. de tutorib. & curatoribus. da-
tis ab his, &c. l. 3. §. l. ultim. C. de tutore vel curatore, qui
suis non dedit. Sic quoque stipulatio seu cautio de rato, 15
siue rem ratam haberi, est communis. §. ultim. in fine.
hoc tit. Nam ad eam præstandam, procurator alieno no-
mine agens, etsi ut plurimum per prætorem; interdum
tamen etiam per iudicem compellitur. Si ante litem
contestatam cautio ista exigitur: extra controversiam præ-
torie est: cum à prætore injungatur. Si verò post litem
demum contestatam petitur: est judicialis. Iudex liqui-
dem hoc casu illam ex officio suo decernit. Cæterum
hanc rem, post Interpretes hic, latissime persequuntur
Alicius & Donellus ad d. l. §. num. 19. §. seqq. ff. de
verb. obligat. Gaddius in Commentar. de contrah. &
committ. stipulat. cap. 5. conclus. 22. num. 302. cum
aliquot seqq. & Deslevis Langebeckius in suis annotatio-
nibus ad leges aliquot perdifficiles. cap. 6.

DE INUTILIBUS STIPULATIONIBUS.

TITULUS XX.

Princip. Tit. cum §. 1. & 2.

Omnis res, quæ dominio nostro subijcitur, in stipulationem deduci potest: siue mobilis sit, siue soli.

§. 1. At si quis rem, quæ in rerum naturâ non est, aut esse non potest, dari stipulatus fuerit: veluti Stichum qui mortuus sit, quem vivere credebatur: aut hij potentaurum, qui esse non possit: inutilis erit stipulatio.

§. 2. Idem juris est, si rem sacram aut religiosam, quam humani juris esse credebatur: vel rem publicam, quæ uibus populi perpetuo exposita sit, ut forum, vel theatrum, vel liberum hominem, quem servum esse credebatur, vel cujus commercium non habuerit; vel rem suam dari quis stipuletur. Nec in pendentem erit stipulatio ob id, quod publica res in privatam deduci, & ex libero servus fieri potest, & commercium adipisci stipulator potest, & res sua stipulatoris esse definire potest: sed protinus inutilis est. Item contra licet initio utile res in stipulationem deducta sit: si tamen postea in aliquam eorum causam, de quibus supra dictum est sine facto promissoris devenierit: extinguatur stipulatio. At nec statim ab initio talis stipulatio valebit: *Lucrum Titum, cum servus erit, dare spondes?* & similis. Quæ enim naturâ sui dominio nostro exempta sunt: in obligationem deduci nullo modo possunt.

SUMMARI A.

- 1 Ordinis ratio.
- 2 Contraria juxta se posita mutuo elucescunt.
- 3 Inutiles stipulationes quæ dicuntur.
- 4 Quæ res in stipulationem deduci possint, vel non possint.
- 5 Impossibilium nulla obligatio.
- 6 Ubi res ipsa non debetur, ibi nec debetur ejus æstimatio.
- 7 Ratio diversitatis, cur liber homo, rei sacra, vel religiosa, in stipulationem deduci nequeant: emptio vero & venditio eorum rerum sufficit.
- 8 Quædam res commercio non in utroque sunt, sed respectu aliquarum personarum personarum sunt exempta.
- 9 Judæi servum Christianum mutuo stipulatur: ut & præse provincia rem provinciam.
- 10 Nemo potest sibi suam stipulatur. hujusque ratio.
- 11 Si rei commercio hominum exempta, &c. promissi enim in statum perveniunt, à quo incipere potuisset stipulatio, nihilominus inutilis censetur.
- 12 Stipulatio non secum in præsentem, sed præsentis temporis æstimari debet.
- 13 Quod ab initio vitiosum est, tractu temporis non convalescit.
- 14 Quando rei sue stipulatio valeat.
- 15 Stipulatio rei sue distat à stipulatione rei sacra, &c.
- 16 Ratio hujus differentie duplex.
- 17 Si rei mutatur in eam causam, à quo non potest incipere, mutatur stipulatio: cujusque ratio.
- 18 Mens & sententia i. si grege legat. 22. ff. de legat. 1.

HUc usque abundè ostensum est, quomodo stipulationes recte ac utiliter concipiantur: quomodo item dividantur: nunc, quia contrarij jura e posita siue conjuncti magis elucescunt, si que invicem illustrant, arguunt, præc. tit. sup. de tutel. & primo. tit. sup. de his, qui suam rei vel aliam jure l. 1. ff. eod. l. Pomponius 40. §. ff. de vulg. & pupill. substitution. & summum. exp. candum est, quomodo inutiliter siue nulliter contrahantur. Inutiles autem censentur stipulationes, vel ob materiam, relque, quæ in stipulationem deducuntur. cum

deduci non possint, ut in §. 1. & 2. & 21. vel ob causæ efficientis defectum, puta dissensum. §. 22. defectumve personarum, quæ obligari nequeunt, ut in §. 3. 4. 6. & 4. seqq. vel ob vitium formæ & accessum, quæ stipulationi inutiliter adjiciuntur, ut in §. 5. 11. ceteris. Omnes porro res, quæ dominio nostro subijciuntur, hoc est, quæ propriæ nostræ fieri possunt (dominium quippe nihil aliud est, quam proprietas. l. si procurator. 13. in princip. ff. de acquir. rer. domin.) in stipulationem recte possunt deduci; siue mobiles sint, siue soli; hoc est, immobiles, auctore hic Justiniano. Cum enim acquirendarum rerum causa stipulationes institutæ sint: consentaneum est, ut ad omnes quoque omnium rerum acquirendarum modos accommodari possint, docente H. tomam hic enunciat. 1. Res igitur, quæ in rerum naturâ non sunt, ut res extinctæ; & in rerum naturâ esse non possunt, ut et potentaurum, Stichus, Pegasus, Chimera, &c. (de quibus, & similibus fabulosis monstris, videantur, post interpretes hic variè sentientes Plinius lib. 7. cap. 3. & lib. 10. cap. 49. Claud. Galen. lib. de usu. part. 3. Cæsius lib. 5. miscellan. jur. civ. cap. 2. Covarruv. lib. 4. var. resolut. cap. 2. Alciatus lib. 9. parerg. cap. 13. N. utis Comes Mytholog. lib. 6. cap. 16. & lib. 7. cap. 4. hosiæ laudans Henricus Salnuth. in Not. ad lib. 1. rer. memorabil. Guldonis Pannon. tit. de equis. pag. 466. & seqq. item res sacræ, religiosæ, publicæ & liber homo, cum dominio nostro subijci, & proprietatis jure nobis acquiri non possint; stipulatione comprehendendi nequeunt. Quæ ergo res ejusmodi sibi dari stipulatur: ipsam est, inutilem esse stipulationem. §. 1. & 2. hoc tit. §. sacra & sup. de rer. divis. l. 1. §. si id, quod 9. ff. de oblig. & actionib. l. si stipulor 35. in princip. l. si homo. 69. l. inter stipulantes. 83. §. sacrum §. & l. liber homo. 130. ff. de verb. obligat. Hujusmodi siquidem res, vel per rerum naturam, vel per juris impossibilitatem præstari non possunt; ita ut merito stipulatio earum nullius momenti censetur. Impossibilium enim nulla est obligatio. l. impossibile. 185. ff. de reg. jur. §. si impossibile. 11. infr. hoc tit. l. Marcius. §. §. ff. de condic. & demonstrat. l. cum heres. 4. §. 1. ff. de statu lib. l. non solum 31. ff. de obligat. & actum. l. impossibile. 7. & l. si stipulor. 35. in princip. ff. de verb. obligat. Sed quæritur: an stipulatio hæc nusquam valeat, ut æstimatio istarum rerum in stipulationem deductarum debeatur? Et ne æstimatio quidem ex ea stipulatione debetur, non sine ratione ita vitur. Tum quia ubi res ipsa omnino non debetur, ibi nec ejus debetur æstimatio, certum est. §. non solum 4. sup. de leg. l. cum servus. 29. §. ult. ff. de legat. 1. Tum quia nihil ex stipulatione debetur, nisi quod stipulatione est comprehensum. l. quicquid adstringende. 99. ff. de verb. obligat. Ac verò hic res tantum sunt promissæ, non æstimatio rerum. Ideoque indubitatum est, ne quidem æstimationem illarum rerum, quæ vel per rerum naturam, vel per juris impossibilitatem præstari non possunt, ex stipulatione istâ deberi. Quod paulo fufius, contra hoc iurum dissentientem, probat Bachovius hic num. 1. pag. 763. Hæcque referri poterunt quæ annotavimus ad d. §. non solum 4. sup. de legat. num. 13. & seqq. Enim verò res in utraque, licet in rerum natura adhuc non sint, velut id, quod in utero est, aut fructus futuri; quia tamen esse possunt, & futura sperantur: in stipulationem deduci possunt. l. inter hom. 73. in pr. ff. de verb. obligat. Quamvis autem liber homo, res sacræ, religiosæ, &c. in stipulationem proliis deduci nequeant: emptionem tamen & venditionem earum rerum bona fide factam constare, huc inquiri juris est. l. & liberi. 4. & duob. l. seqq. ff. de contrah. empt. Ratio diversitatis inter stipulationem & emptionem hæc reddi potest: quia in stipulatione id agitur, ut dominium omnimodo transferatur. l. ubi autem. §. §. ult. ff. de verb. obligat. in emptione non item. Neque enim venditor cogitur dare, aut emptorem facere dominum, sed tantum tradere, & evictionem præstare. d. l. 4. ff. de contrah. empt. Lex empt. 11. §. 2. l. servus, quem. 50. §. 1. ff. de act. empt. At qui liber homo, & res sacra in dominio esse non possunt: haberi autem & possideri possunt. Ratio verò, cur liberi hominis, res sacræ, vel publicæ

- venditio in jure permittatur, si emptor ignoret, hæc esse videtur: ne scilicet libertas commerciorum impediatur, *argum. l. iusto errore. 44. ff. de usurpat. & usucap.* Sanè sunt res nonnullæ, quæ commercio non in universum, sed respectu aliquarum duntaxat personarum sunt exemptæ: de quibus rebus dicendum, quod ea quoque in
- 8 stipulationem deduci non possunt. Quod tamen intelligendum est procedere, si stipulator rei commercium non habeat. Nam rem, cujus commercium non stipulatori, sed promissori tantum est interdictum, in stipulationem utiliter deduci, haud dubium est, *l. multum interest. 34. ibique Cujacius, Duaren. & Donell. ff. de verb. oblig. l. mortuo bove. 49. §. 2. & 3. ff. de legat. 2.* Hinc mancipium Christianum est quidem in commercio, sed non in Judæorum. *et. tit. C. ne Christianum mancipium hæres. vel judæus, vel pagan. hab.* Quapropter si Judæus servum Christianum stipuletur: inutilis est stipulatio: quia mancipium Christianum Judæo subici non potest. Sic prædici provincie rem provincialem in sua provincia comparare, aut stipulari non licet. *l. qui officii. 62. ff. de contrah. empt.* Quia licet res ista provincialis in aliorum sit commercio: non tamen est in commercio prædici; id est, præses rem illam acquirere & possidere non potest: etiam si ab alio acquiri & possideri possit. *l. principalibus. 33. ff. de rebus credit. l. 3. C. si cert. petat.* Et hoc est, quod ait Justinianus hic in §. 2. *cujus (scilicet rei) commercium non habuerit: solus videlicet stipulator, non promissor. d. l. multum interest. 34. de verb. obligat. Sed vide id explicari pertractantes Johannem Borcholt in Commentar. de verb. oblig. c. 5. num. 13. cum seqq. Gæddem in Commentar. de contrah. & commut. stipulat. cap. 6. conclus. 10. num. 112. cum seqq. & alios, quos laudavimus in d. §. non solum. 4. num. 12. ad finem. sup. de legatis.* Porro
- 10 quemadmodum quis non rectè stipulatur rem, cujus commercium non est, aut cujus commercium non habet: ita quoque inutilis stipulatio est, si quis rem suam dari stipuletur. *d. §. 2. ibi, vel rem suam dari &c. hoc tit. l. nemo rem. 82. ff. de verb. obligat.* Hujus manifesta ratio est: quia per stipulationem dandi queritur dominium. *d. l. ubi autem. 75. §. fin. ff. eod.* At quod jam ante meum est, & domini ac proprietatis jure ad me spectat, amplius meum fieri, & proprietatis ac domini jure mihi acquiri nequit. *§. sed si rem. 10. sup. de legat. §. sic itaque discretis. 14. infr. de actionib.*
- 11 In tantum autem stipulatio, in quam res impossibiles, vel commercio hominum exemptæ, vel quæ stipulatoris antea sunt, deducuntur, inutilis judicatur: ut ne postea quidem convalescat, si res promissa eum in statum pervenerit, à quo incipere stipulatio potuisset; puta si res sacra, vel religiosa postmodum fiat profana, publica fiat privata, liber homo fiat servus, vel si res, quæ stipulatoris fuit, ejus esse desinat, aut stipulator commercii capax fieri incipiat, *§. idem juris. 2. vers. nec in pendenti. hoc tit. nostro. d. l. inter stipulantes. 83. §. sacram. §. ubi Bartol. Bald. Ludovicus Roman. Fulgos. Jason. Alciat. Duaren. & Donell. ff. de verb. obligat.* Ratio, cur stipulatio isthæc potius inutilis sit, nec convalescat, est perspicua: Tum quia non secundum futuri temporis jus, sed secundum præsentis æstimari debet stipulatio, ut ait *Vendelius JC. in l. continuum. 137. §. cum quis. 6. in fine. ff. d. tit. & notat. Giphani hic in d. vers. nec in pendenti. &c.* Tum quia quod ab initio vitiosum est, tractu temporis non convalescit. *l. 1. ff. de reg. Caton. l. quod initio. 29. l. omnia, que. 201. & l. que ab initio. 210. ff. de reg. jur.* Enimvero rem suam sub conditione quis rectè stipulatur, hoc modo: si mea esse desierit. *l. si rem meam. 31. ff. de verb. obligat. l. existimo. 61. ff. de contrah. empt.* Proindeque in hoc stipulatio rei meæ distat à stipulatione rei sacre, religiose, publicæ, aut liberi hominis: quod nimirum stipulatio rei meæ pura non valet: sub conditione valet: stipulatio vero rei sacre, religiose, publicæ, vel liberi hominis, nec pura valet, nec sub conditione. *id. l. continuum. 137. §. cum quis. 6. ff. de verb. oblig.* Ratio differentie hæc est: quia neque civile, neque naturale est, casum adversarumque fortunam spectari liberi homini hoc vit, quia omnino impium, in-

humanum & invidiosum est, stipulationem concipere eum in finem; ut res sacra seu religiosa profanetur, vel publica efficiatur privata, vel liber homo redigatur in servitutem. *d. l. inter stipulantes. 83. §. sacram. §. post medium. ff. de verb. obligat.* At non item turpe vel ominosum est expectare, ut res à dominio meo abeat, & mea esse desinat. Siquidem non semper eà mente res comparatur, ut perpetuò mea maneat. *Borcholt. hic in fine.* Aliam differentie hujus rationem adfert Imperator Justinianus in d. §. idem juris. 2. vers. at nec statim. hoc tit. his verbis: *Que enim natura sui dominio nostro exempta sunt; in obligationem deduci nullo modo possunt.* Quasi dicat Imp. liberi hominis, rei sacre, religiose & publicæ stipulatio, sive pure facta, sive ita, cum servus erit, cum profana vel privata erit, nunquam valet: quia liber homo, res sacra, religiosa & publica sui natura sunt extra commercium. At res mea per se extra commercium non est: sed mihi tantum, quamdiu est mea, commercium ejus est interdictum. Unde & Paulus ait: ea duntaxat, quæ natura sui possibilia sunt, in obligationem deducuntur. *d. l. inter stipulantes. 84. §. sacram. §. vers. sed hæc dissimilia sunt. ff. de verb. oblig.* Cæterum ut vulgaris regula est, quod initio vitiosum, postea non convalescat. *d. l. quod initio. 29. & similibus. ff. de reg. jur.* cujus regulæ exempla superius, num. 11. ex d. §. 2. vers. nec in pendenti hoc tit. sunt exposita: ita huic contraria est regula: quod initio non vitiosum, si postea in vitium, id est, in eam causam incidat, à quâ incipere nequit, extinguatur & evanescat. *l. existimo. 98. in fine principii. & l. penult. §. etsi. 2. ff. de verb. obligat. l. pro parte. 11. ff. de servitut. l. 3. ult. ff. de his, quæ pro non scriptis habent.* Ejus exemplum affertur in stipulatione hic in d. §. 2. vers. item contra &c. hoc tit. & d. l. existimo. 98. in princ. ff. de verb. obligat. Et ratio hujus regulæ evidens est: quia res ob tale vitium dari sive præstari non potest. *l. si stipulor. 35. ff. d. tit. Giphani hic in d. vers. item contra, &c.* Eamque regulam latius explicuimus ad principium tit. sup. de hereditatib. quæ ab intest. deser. num. 242. & num. 298. & seq.

Isti autem regulæ non obstat Pomponii responsum in *l. si grege legato. 22. in fine. ff. de legat. 1.* ubi etsi insula legata combusta est, adeoque ad eum casum res pervenisse videtur, à quo incipere non potest: nihilominus tamen legatum adhuc subsistit, & hæcenus valet, ut area saltem vindicari per legatarium possit. *Navi respondetur:* insula combusta, legatum non censei eum in casum incidisse, à quo incipere non potest: cum area, pars insulæ principalis & maxima, adhuc super sit. Proinde insula non intelligitur esse extincta, cujus pars præcipua in rerum naturæ esse nondum desit. At prædicta regula eo de casu est accipienda, quo res vel penitus fuit extincta, vel satem ita sublata, ut pars ejusdem principalis superstes non fuerit. Atque hæc responsio clarescit ex *l. qui res suas. 98. §. aream. 8. vers. non est his similis. ff. de solutionibus.*

§. Si quis alium. 3.

Si quis alium daturum facturumve quid promiserit: non obligabitur; veluti, si spondeat, Titium quinque aureos daturum. Quod si effecturum se, ut Titius daret, sponderit, obligatur.

S U M M A R I A.

- 1 Promissio facti alieni est inutilis: hujusque triplex ratio.
- 2 Cuius est, immiscere se rei alienæ.
- 3 Fideiussor quatenus pro alio intercedendo obligatur.
- 4 Consideratio l. ex empto. 11. §. qui autem. 18. de actionibus empti.
- 5 Quibus casibus facti alieni promissio admittatur.
- 6 Si promissor non præstiterit, quod promissit: in id, quod interest stipulatoris, tenebitur.
- 7 An & quatenus per stipulationem Notarii, aliquod sui ab-
sentis acquiratur, remissum.

Si promissor non de se ipso, sed de alio promittat, cum daturum aut facturum, stipulatio inutilis est, hoc §. nostro.

his; Quia inventa sunt stipulationes vel obligationes ad hoc, ut unusquisque acquirat sibi, quod sua interest: ceterum ut alii debeat, nihil interest stipulatoris. Addi & hoc poterit ratio: quia ea, quae sunt juris, & civilia, non acquiruntur alteri, ut est obligatio: naturalia autem, & quae sunt facti, acquiruntur. *Id est quae civiliter.* § 3 ff. de acquir. rer. domin. Et docet hic Giphani. Sed utrum jure canonico istaec stipulatio valeat, controversatur? Et eo jure stipulationem alteri factam esse efficacem, tenent Glossa in can. quoties cordis oculus. 8. super verb. Et per te can. 1. q. 7. Anton. Buerius in c. si cautio. 14. de fide instrumentor. Bald. in l. illud. 19. C. de sacrosanct. Eccles. Vasquius de succession. creat. lib. 3. §. 30. mm. 4. cum segg. Didacus Covarruv. in c. quantus. de pact. lib. 6. part. 2. §. 4. num. 2. Et § 9. vers. decimo, ut ad propositam, &c. Verum hanc opinionem alii merito rejiciunt, Panormitan. in d. c. si cautio. 14. col. 3. de fide instrument. Joan. Faber. in d. §. alteri. 18. infr. hoc tit. Imola, Romanus, Alexander, Jason & Alciatus in d. l. stipulatio ista. 38. §. alteri. 17. ff. de verb. obligat. eosque laudans Fachinus lib. 3. controversiar. jur. cap. 19. item Emanuel Suarez. in a. d. ad Gomez. tom. 2. var. resolut. jur. civ. c. 11. mm. 18. Matthius Stephani cent. 3. quest. 42. Henon. disput. 14. controvers. 15. Et Heigius hic mm. 4. Primò enim non est induendum aliquod discrimen inter jus canonicum & civile, nisi expressum sit. c. de novi oper. nunciat. Atqui nullibi jure canonico est expressum, alteri stipulationem factam valere contra juris civilis regulas. Igitur non valet. Secundò, quia jure etiam canonico valet exceptio illa; Tua non interest can. non solent. 27. can. 2. quest. 7. cap. cum inter. 16. in verb. cum nisi quorum interest, audiri non solent. ext. de electione, Et elect. potest. Sed ut alteri debeat, stipulantis non interest. d. l. stipulatio ista. 38. §. alteri ff. de verb. obligat. Ergo stipulatio, alteri facta, jure quoque canonico non subsistit. Tertiò huc non parum confert c. quancum. 2. circa medium de usuris. lib. 6. quatenus ibi requiritur persona publica ad hoc, ut stipulatio alteri fieri queat. Quartò, nulla obligatio, ne naturalis quidem, est sine consensu. arg. l. an inutilis. 8. in princ. ff. de acceptilatione. l. 1. §. conventio. 3. vers. adeo autem. ff. de pactis. Sed & quibus in locis dicitur, nullius momenti esse talem stipulationem, aut ex eadem nullam oriri obligationem: iisdem locis & naturalis obligatio haud dubie excluditur. l. 1. §. quod servus. 3. in fin. ff. de stipulat. servor. l. si ita stipulatus. 126. §. Chrysegonus. 2. vers. respond. ff. de verb. oblig. Quamobrem & jure canonico nihil firmitatis habere potest talis promissio. Nam & hoc jus naturali obligationi robur addere majus putatur. Talis verò cum hic nulla sit: nulla quoque ad eandem confirmatio ex jure canonico applicari poterit. Et ista de re latius agatur ad d. §. alteri. 18. infra hoc tit.

7 Nec hanc sententiam infringit, quòd jure canonico illa tantum ratio inspicitur, ut quis fidem servet. Quandoquidem etiam jure civili proditum est, fidem servandam esse. l. 1. in princ. l. juris gentium. 7. §. ait prator. 7. ff. de pact. l. 1. in pr. Et l. illud. 25. in princ. ff. de consensu. pec. & tamen alteri stipulari nemo potest. Sunt enim certi modi, quibus aliquis obligetur. Alioqui si generalis illa regula spectetur, fidem servandam esse: etiam minorum, & pupillorum, & Ecclesiarum contractus & promissiones erunt efficaces absque solennibus jure necessariis: quòd tamen absurdum est. Fachin. dicto loco.

8 Porro limitatio predictae regulae (quae habet, neminem alteri stipulari posse) offertur hic in verbis, quam ei, cum juri subiectus. Et in vers. ei verò, qui juri suo subiectus, &c. ex quibus locis conjunctis elicitur: patrem filio, & dominum servo, ac vice versa, filium patri, & servum domino stipulari posse. Hujusque limitationis ratio hæc est: quia (inquit Imperator) vox tua, quam filii est: hoc est, quia pater filio stipulans, sibi ipsi stipulari videtur: cum pater & filius pro una eademque persona habeantur. l. ult. C. de impuberum, Et alii substitutionibus. Cor verò filius patri, aut servus domino stipulari valeat, prout modò allatam rationem, & hæc adjici potest, quia talis hæc liberorum est, & servorum

utilitas: ut per eos dominis ac parentibus acquiritur, horumque conditio melior reddatur, arg. l. melior conditio. 133 ff. de reg. jur. Quod autem hic de filio dicitur: de eo intelligendum est, qui adhuc in sacris seu potestate patris est constitutus. Namque patre stipulante filio emancipato, inutilis est stipulatio: cum filius emancipatus extranei loco habeatur. l. si genero. 26. ubi Gothofred. Et Dd. C. de jure dotium. Neque hoc loco ignorandum est differentiam esse inter patrem & filium, ut & inter dominum ac servum. Filius etenim patri (servus item domino) omnia, siue juris sint, ut fundum, rem, &c. siue sint facti, ut ire, agere, domum edificare, &c. rectè stipulatur. At contrà pater ea tantum, quae sunt juris; filio (ut & dominus servo) rectè stipulatur: quae facti sunt, non item. l. dominus. 39. Et l. quod dicit. 130 ff. de verb. obl. Ratio differentiae, id est, cur ea, quae sunt facti, pater filio, dominus servo stipuletur inutiliter, illa est: quia ea, quae facti sunt, naturalia ac per se substantia censentur. At in naturalibus dominus & servus, filius & pater non pro eadem persona, sicut in civilibus, sed pro diversis habentur, ut tradit Giphani. hic in fine, Et c. exquisitis Hotomanus in fine quest. illustr. in appendice ad l. frater à fratre 38. ff. de cond. indeb. pag. mibi. 412. Et aliquot segg. Vide ea de re verbosius disputantem Hunnius in resolut. ad Treutler. vol. 2. disput. 27. lib. 2. quest. 17. cum segg. pag. 84. Et segg. ibique Bachovium à suis not. ad lit. D. pag. 818. Et segg.

Secundus stipulationis modus ex tribus istis supra positis est, quo quis ita stipulatur: Mibi aut Titio centum dare spondes? Quem modum esse utilem, Imp. Justinianus pronunciat hic in vers. plane solutio, &c. hac tamen lege, ut obligatio mihi stipulatori, tantum acquiratur, & persona Titi non obligationis, sed solutionis duntaxat causa adjecta censetur: hoc est, ut promissor mihi soli sit obligatus, sed solvere etiam Titio, me invito, possit. Promissor igitur, si vult, etiam Titio, solutionis causa adjecto, solvere potest, & solvendo liberatur; verum cum Titius promissorem compellere nequeat, ut sibi solvat perspicuum est, ex ea stipulatione Titio nihil prorsus juris quaesitum esse. Etenim tantum facultatem Titio solvendi praemissor adeptus est, l. sed si 7. §. 1. ff. de consensu. pecun. l. cum quis sibi. 55. l. eum, qui ita 56. §. qui sibi aut filio. 2. Et ult. §. cum mihi aut Titio. §. ff. de verb. oblig. l. quod stipulatus. 10. l. si ita stipulatus. 59. Et l. Stichum aut Pamphilum. 95. §. quaesitum. §. ff. de solutionib. Pecunia autem Titio, soluta ego stipulator adversus Titium mandati actionem habeo. hoc §. vers. sed ille adversus Sejum, &c. Titio enim, solutionis causa adjecto, tantum mandasse videor, ut pecuniam à te promissore acciperet. l. Julianus. 131. §. 1. ff. de verbor. obligat. l. qui res suas. 98. §. qui stipulat. §. ff. de sol. Borcholt. in Comment. de verb. oblig. c. 3. n. 36. Et segg. Ratio porro differentiae, cur solutio in extraneam personam, puta in Titium vel Sejum, conferri possit, obligatio non item, hæc redditur: quia obligatio est juris, ut ex definitione obligationis liquet, tradita initio tit. supra de obligationib. solutio verò est facti, l. consilio. 7. §. fin. ff. de curatorib. furioso, Et alii, &c. At jam notissimum est: ea, quae sunt juris siue civilia, alii per alium, id est, extraneum acquiri non posse: ea, quae sunt facti siue naturalia, acquiri posse, praedilegata l. ea, quae civiliter. § 3. ff. de acquir. rer. domin.

Tertius & ultimus stipulationis modus, qui proponitur hic in vers. quod si quis sibi, &c. est, quod stipulatio non alternative, ut priori; sed copulative conspiciatur, nimirum: Mibi Et Titio dare centum spondes? Et quidem utrum hæc stipulatio tota sit utilis; an v. pro parte tantum sit utilis, & pro parte Titi inutilis, valde dubitatum fuisse Imp. Justinianus hic affirmat? Sed tamen ipse Imp. decidit: stipulationem istam respectu mei duntaxat utilem esse, respectu autem Titi inutilem. Idem quoque respondit Pomponius in l. si mihi Et Titio. 110. in princ. ff. de verb. obligat. Hujus decisionis ratio hæc probabilis assignari potest: quia hæc verba, Mibi Et Titio, aperte hoc important, & significant: ut dimidium mihi, & dimidium Titio acquiratur. Cum autem ipso jure, quo alteri stipulari non licet, Titio dimidium acquiri non possit: alterum solum dimidium utile erit, mihi quæ-

16 quæretur. Utile enim per inutile vitiari non debet. cap. utile. 38. de reg. jur. in 6. l. 1. §. sed si mihi. §. ff. de verb. oblig. l. sed et si. 12. ff. de const. pecun. l. si sponsus. §. 2. ff. de donat. inter vir. & uxor. l. sancimus. 34. in princ. §. l. seq. §. ff. in autem. C. de donationib. Et hac igitur stipulatione, *Mihi aut Titio centum dabis*. centum mihi acquiruntur: ex hac vero, *Mihi & Titio centum dabis*, acquiruntur mihi tantum quinquaginta: Sed hæc de extraneo perperu sunt accipienda. Aliud enim de filio dicendum est. Nam ex utraque hac stipulatione *Mihi aut filio*, & *Mihi & filio centum dabis*, patri semper centum debentur & acquiruntur. l. cum. qui ita. §. 6. §. qui sibi aut filio. 2. §. ibi Donellus. ff. de verbor. obligat.

17 Porro quod in hoc §. vers. quod si quis sibi, &c. §. d. l. si mihi & Titio. 110. in princ. ff. de verb. obligat. dicitur; si quis sibi & alii extraneo quantitatem stipuletur: stipulationem hæc in parte duntaxat dimidia, quæ stipulatori debetur, valere: ei non adversatur. l. stipulatio ista. 38. §. cum. qui. 19. de tit. ubi Ulpianus hæc in verba respondit: *Eum, qui dicat, Mihi decem, & Titio decem: eadem decem, non alia decem dicere, credendum est*. Haud enim inquit Jureconsultus: eadem decem debere stipulatori: sed stipulatorem, qui sibi & Titio decem stipulatur, decem tantum dicere; hoc est, comprehendere eam stipulationem solum decem. d. l. cum. qui. §. 6. in princ. ff. eod. quod decem pars dimidia stipulatori tantummodo debetur: altera dimidia neque stipulatori, neque extraneo illi, d. l. si mihi & Titio. 110. in princ. ff. d. tit. §. hoc §. nostro. d. vers. quod si quis sibi, &c.

18 Non item refragatur l. si quis. 79. ff. de legat. 1. ubi Julianus, si quis, ait, testamento suo, Titio & Sejo decem dari jussit: nullam hæc verba recipiunt ambiguitatem: ut denu dixisse videntur, qui decem dixit. Quibus verbis perspicue significat Jureconsultus: singulis decem deberi. Etenim distinguendum est inter ultimam voluntatem & stipulationem. Testamentum potest quis duobus, etiam absentibus, quippiam relinquere: stipulatione vero non potest quis uni presenti, alteri absenti extraneo aliquid utiliter promittere, ut ex prædicto constat, & recte docet. D. Collega Bocet. ad principium 21. supr. de verb. obligat. num. 59. §. seq. pag. 230.

19 Illud hic subjiendum: quod, si res in stipulationem deducta sit ejusmodi, quæ divisionem non recipiat: ut equus, annulus, patera, &c. non dimidium æstimationis, sed species ipsa tota debeat, argum. l. proprium. §. ff. communia prædior. l. fundus. 64. ff. de contrahend. empr. & docent Hotomanus hic in §. si vers. quod si quis, cum. ciat. 2. circa finem. & Rittershusius hic p. 44.

§. Præterea inutilis. §.

Præterea inutilis est stipulatio, si quis ad ea, quæ interrogatus fuerit, non respondeat: veluti, si quis decem aureos à te dari stipuletur, tu quinque promittas: vel contra: aut si ille purè stipuletur, tu sub conditione promittas: vel contra: si modo scilicet id exprimas, id est, si cui sub conditione, vel in diem stipulanti, ut respondeas, presenti die spondeo. Nam si hoc solum respondeas, promitto: breviter videris in eandem diem vel conditionem spopondisse. Neque enim necesse est, in respondendo eadem omnia repeti, quæ stipulator expresserit.

SUMMARIA.

- 1 Inutilis est stipulatio, si ad interrogata congruenter non respondetur.
- 2 Stipulationis forma in quo consistat.
- 3 Stipulatio sui natura à stricta est. §. angustis limitibus conclusa.
- 4 Constitutio hujus §. cum l. §. si stipulanti & ff. de verb. oblig.
- 5 Respondetur ad objectionem ex Institutionibus Capi abbatam.
- 6 Capi & reliquorum veterum Jurorum scripta quatinus alibi sunt quærit.
- 7 Explicatur l. si decem. 72. ff. de verb. obligat.
- 8 De separatis mihi velis inferre.

9 Ratio diversitatis inter locationem & stipulationem.

10 Stipulatio non semper est gratuita.

11 Accessorium sequitur naturam sui principalis.

12 Stipulatio omnino inutilis est, si mutata qualitate interrogatoris respondeatur.

13 Respondens simpliciter: ad omnia, quæ interrogatus est, respondisse intelligitur.

14 Quæ in præstationibus dicuntur, in sequentibus repetite creduntur.

15 Actus sequens, in approbationem prius gestorum celebratus putatur.

16 Ab stipulatio impersonaliter concepta valet.

17 Generalitas responsionis ad interrogationem, & interrogatio generalis ad responsionem revocanda.

18 Rescripta ambigua interpretationem recipiunt ex precibus imperantium antecedentibus.

19 De essentia stipulationis quid sit.

20 Quatenus contra stipulatorem vel promissorem interpretanda sit stipulatio.

21 Consideratio autem, si quando C. de const. pecun. & Nov. 115. cap. 6.

IN hoc §. Imperator agit de stipulatione inutili ob vitium formæ, putà interrogationis & responsionis: exemplisque quibusdam propositis indicat: inutilem esse stipulationem, si ad interrogata aptè & congruenter, non respondeatur. Interrogatio itaque & responsio inter se convenire debent. l. 1. §. si quis simpliciter. 3. §. 55. seqq. ff. de verbor. obligationibus. Ratio hujus convenientiæ est evidens: tum quia stipulationis forma sive substantia in interrogando & respondendo est posita, ut ex illius definitione, initio sit. supr. de verb. obligat. explicatè elucescit. num. 5. §. seqq. Tum quia stipulatio naturà sui stricta est & angustis, limitibus sive formulis conclusa, & ex verbis pendet, ut nihil amplius debeatur, quàm quod lingua nuncupatum est. l. quicquid astringenda. 99. ff. de verbor. oblig. Hinc sequitur: eum, qui non idem respondet: sed vel plus, vel minus, ad interrogationem congruenter respondisse non censeri. Exempli gratia: stipulatus sum à te decem aureos: tu quinque promittis. Hic congruenter respondisse non videris: ac proinde stipulatio tota non subsistit, hoc §. nostro Timæus Faber disp. 23. ad Inst. Imperial. th. 9.

Cui vehementer repugnat Ulpianus in l. 1. §. si stipulanti. 4. ff. de verb. obligat. ubi, si stipulanti mihi decem, tu viginti respondeas, vel contra, si stipulanti viginti, tu respondeas decem, asserit: utranque stipulationem utilem esse, obligationemque saltem in decem esse contractam. Et subjicit hanc rationem: quia licet oportet congruere summam: atamen manifestissimum est, viginti & decem inesse. Ac sane minorem summam semper inesse majori, ex communi & naturali sensu constat. Sed quatenus hanc contrarietatem conciliari nullo pacto posse, opinetur Hotomanus hic enunciat. 2. & alii alias responsiones afferant, Christophorus Portius, Eguinarus Baro, Fulvius, Anton. Mathæus, Marcellus, & Borcholt in hoc §. nost. Cujacius in d. l. 1. §. si quis simpliciter. 3. ff. de verb. obligat. eumque referens Gaudens in Commentar. de contrah. & commiss. stipulas. c. 4. conclus. 1. n. 64. §. seqq. nec non noviter Nicolaus Genoa in conciliat. leg. in jure civ. contrariar. p. 389. §. seqq. qui relatis & improbatas aliorum interpretationibus, tandem in fine, more suo subjicit, de verà conciliatione cogitandum esse: nihil enim soluti de se habere, quod in medium afferat: ea tamen solutio valde probabilis, omniumque verissima videtur, quæ dicitur, hunc §. nost. um ita exaudiendum esse, ut hæc stipulatio (dabis viginti? dabo decem) rectè inutilis pronuncietur, ad totam scilicet stipulationis conceptionem quod attinet: sed tamen pro parte conservetur, quatenus mirum responsum est ad decem, quæ in viginti insunt. Quæ distinctio, ut subtilior, hic ab Imperatore prætermissa: ex Pandectis repeti debet, id est, ex d. l. 1. §. si stipulanti. 4. ff. de verb. obligat. Id quod & alius in hisce Institutionum elementis fieri solet: ut multa in iis leviter & summam attingantur, quorum subtilior ac copiosior distinctio & explanatio ex Pandectis petenda est. Et ita sentiunt. Francisc. Duvellius, Alciatus, Donellus, Zasius, & communi proprii consensu omnes in d. §. si stipulanti. §. c. Wesenbecius, Giphanius, Heigius, & Bachovius.

in hoc §. Vngepaur. Exercitas. Justin. 16. quest. 6. Arumem Exercitas. Justin. 13. thes. 5. Humius lib. 3. var. resolut. jur. civ. tract. 4. quest. 7. Et novissimè Petrus Osterman. hic in suis rationalib. pag. 97. Huicque plane simile est, quod tradit Justinianus Imp. in §. 17. qui exequitur. 8. inf. de mandato. Procuratorem sive mandatarium, fines mandati excedentem, non habere actionem mandati. Mox siquidem quaerit: an possit agere pro parte? Et hoc admittit. Quare illud, non dari actionem mandati ei, qui fines mandati excessit, necesse est ita intelligere, ut eatenus non habeat actionem, quatenus excessit: sed usque ad summam permissam, ac mandato contentam rectè agat, D. Befold. in delictis juris ex lib. 43. Pand. q. 8. p. 166.

Similiter nihil negotii facessit, quod Cajus lib. 2. Instur. lit. 9. de obligationib. §. item inutilis. vers. vel si creditor. &c. in hæc verba scribit: si creditor decem solidos debitorem interrogat, & debitor quinque promittit: hoc ordine integrum debitum vacillare cognoscitur. Non enim dicit Cajus, inutilem omnino esse stipulationem: sed ait, integrum debitum vacillare; tanquam dubitans, & rem fuisse controversam indicans. Adhuc Caji, ut & omnium veterum Jurisconsultorum scripta, quatenus in jus nostrum non sunt relata, & à Justiniano approbata, nihil prorsus autoritatis habent: nec in judicio, nec in alio certamine, ubi leges necessarier sunt, allegari aut recipi possunt, per textum expressum in l. 2. §. hæc igitur omnia 19. C. de vet. jur. enucleand.

Præterea nostræ sententiæ, ex Ulpiani responso in d. l. 1. §. 4. ff. de verb. obligat. declaratur, non adversatur Pomponius in l. si decem. §. 2. ff. locati. ubi inquit, si decem tibi locum fundum; tu autem existimes, quinque te conducere, nihil agi: sicque eo calu ne in quinque quidem conductionem valere. Nam dicendum est: Pomponium loqui de locatione: Ulpianum verò de stipulatione: quæ diversa sunt. Est autem velut proverbium juris: ex diversis & separatim nihil rectè inferri. Papinianus 20. ff. de minorib. lib. ff. de calumniatorib. l. inter stipulant. 83. §. si gram. §. vers. sed hæc dissimilia sunt. ff. de verb. Ratio diversitatis sive differentie inter locationem & stipulationem hæc est: quia stipulatio est sine onere, & gratuita; locatio non item. Quæ res facit, ut locator totam suam pensionem habere velit. Neque enim facile in minorem summam suo cum damno consentire intelligitur. Alit stipulatori sufficit ut habeat, quod potest: si non decem, saltem quinque. Etenim qui decem stipulatur, non præsumitur repudiare quinque si promittatur: necita mordicus tenax majoris summe, ut aspernetur minorem, si offeratur, ut trad. Bald. lib. 2. Donell. ad d. l. 1. §. stipulanti. 4. ff. eod. n. 13.

Neque urget, quod à dissentientibus rejicitur: stipulationem non semper esse gratuitam: sed ut plurimum contractui accedere: unde si verbi gratia, locationis causa fiat: idem statuendum fore de illa, quod de locatione in d. l. si decem. 24. ff. locati. Namque hoc largiendum est, si negotio ejusmodi stipulatio accedat, quoniam tunc est accessorium; ac proinde sequitur & imitatur naturam sui principalis, c. accessorium. 42. de reg. jur. in 6. l. nihil dolo. 29. §. 1. Et l. cum principalis 178. ff. eodem. Ceterum si per se consistat stipulatio, & donationis causa fiat: tunc necesse est, ut adversarii concedant hoc ipsum, quod volumus. Sed consulatur Humius d. lib. 3. tract. 4. quest. 7. vers. verum revertere, &c. ubi id fultus examinat.

Inutilis porro ex omni parte est stipulatio, si mutata qualitate interrogationis respondeatur. Verbi gratia: stipulatus sum à te pure, tu mihi sub conditione respondes. Hic enim congruenter ad interrogatum respondisse nullo modo censetur, hoc §. nost. vers. aut si ille pure, &c. Unde inquit Ulpian. si quis simpliciter interrogatus, sub conditione responderit: si illud factum erit, dabo: non obligari eum constat. Aut si ita interrogatus, iuxta Calendar quintus dabo? responderit, dabo idibus, æque non obligatur. Non enim sic respondit, ut interrogatus esset. Et non versa, si interrogatus fuerit sub conditione, & responderet pure dicendum erit, cum non obligari. l. 1. §. si quis simpliciter 3. ibique Duaren. Et Donell. 4. ff. sequi ff. de verb. obl. Tunc igitur stipulatio omnino non valet: quia non congruunt illæ partes interrogationis & responsionis: nec illa pura stipulatione inest conditio, vel contra:

quemadmodum in decem infunt quinque. Wesenbec. hic num. 2. Eaque de re videantur Goddeus d. Comment. de contrah. Et committ. stipulat. conclus. 1. cap. 4. num. 37. cum seqq. Et Humius d. lib. 3. tract. 4. quest. 5. Verum enim vero si pure, in diem, vel sub conditione roganti, simpliciter quis responderit, promitto: breviter videtur pure, vel in eandem diem, vel conditionem spondidisse. Neque enim (inquit hic Imp.) necesse est in respondendo eadem omnia repeti, quæ stipulator expresserit. Nam plerunque ea, quæ in præfationibus convenisse dicuntur, etiam in sequentibus repetita creduntur: sic tamen, ut ex eâ repetitione inutilis non efficiatur stipulatio. l. Titia 134. §. idem respondet. 1. ff. de verb. obligat. Et plerunque actus sequens in consecutionem & approbationem prius gestorum celebratus intelligitur: & ex contractu præambulo sequens dubius, etiam ex intervallo, interpretationem declarationemque recipit, sicut docet Alex. consil. 52. incip. circa lib. 4. Et consil. 33. lib. 4. Tom. consil. 477. Et 478. Cagnol. in l. 2. n. 173. Et 198. C. de pact. inter emptorem, &c. Et in l. 1. n. 24. ff. de reg. jur. eumque laudans Heigius hic n. 9. Eadem de re subtiliter disputat Georgius Franzkius exercit. jurid. 10. quest. 6. pag. 308. Et seqq.

Illud non inconvenienter hoc loco quaeritur: an stipulatio impersonaliter concepta, hoc modo, dabitur dabo: vel vice versa, dabis? dabitur, valeat? Et quidem hujusmodi stipulationem non valere, existimant Bartolus, Jason, Zafius, Et ceteri in l. stipulatio ista. 33. §. si quis ita. 10. ff. de verb. oblig. hujusque citans Leopoldus Hakelman. diss. illustr. 22. thes. 5. ad lit. B. Sed stipulationem istam impersonalem valere atque utilem esse, rectius contendunt Alecius lib. 2. parerg. cap. 18. Cujacius, Duaren. Et Donell. num. 4. ad l. stipulationem §. 5. stipulatio autem. 1. ff. de verb. obligat. Goddeus d. Commentar. de contrah. Et committ. stipulat. cap. 5. conclus. 3. num. 30. Et seqq. Arumem d. Exercitas. Justin. 13. ib. 4. Paul. Berrens disput. 10. ad Instit. item. 1. quest. 3. Knipschilde exercit. Acad. 6. quest. 10. pag. 225. Bronchorst. cent. 2. par. 110. Pavar. assert. edit. 1. Matth. Stephani cent. 3. quest. 39. Et Humius d. lib. 3. variar. resolut. jur. civ. tract. 4. quest. 12. Et in resolut. ad Treutler. vol. 2. disput. 27. th. 2. quest. 26. pag. 103. ibique Bachovius in suis not. ad lit. A. vers. quid de stipulatione. pag. 827. Et seqq. Etenim generalitas responsionis ad interrogationem, & interrogatio generalis ad responsionem revocari debet: ut hæc ex illa, & illa ex hac temperamentum accipiat: cum quisque ad id, de quo interrogatus fuit, respondere præsumatur, arg. hujus §. nost. Et l. si sine interrogatione. 9. §. qui interrogatus. 5. ff. de interrog. in jur. faciend. Quod facit etiam quod & rescripta ambigua interpretationem recipiant ex precibus impetrantium antecedentibus, l. 1. C. de divers. rescriptis, &c.

Non obstat, quod de essentia stipulationis sit, ut promissor aperte respondeat ac promittat, se daturum: id autem in stipulatione impersonali non accidat: ac proinde ea inutilis censetur. d. l. stipulationem. §. 5. x. ibi, daturum, facturumve se ff. de verb. obligat. Hoc, inquam, non obstat quia responsionis generalitas (ut paulo ante dictum) ad interrogationem revocari, & ex eâ temperari debet, arg. hujus §. Quod si sit, & illud dabitur ex interrogatione ita declaratur, ut responsio interrogationi congruat: promissor hoc respondisse intelligitur: dabitur sibi à me. Itaque persona ipsius promissoris in interrogatione, & persona ipsius stipulatoris in promissione ac responsione subintelligitur, perinde ac si ita essent stipulati: Dabitur mihi ab te? Dabitur tibi à me. Humius d. quest. 12. vers. non obstat primum, &c.

Non item refragatur, quod dicitur, in stipulationibus si quid obscurum aut ambiguum est (prout est in præsentem chemate verbum dabitur: quod potest sic intelligi, dabitur tibi à me, & dabitur tibi ab alio quocumque) eam interpretationem sumendam esse, quæ stipulatori nocet: & consequenter ex tali stipulatione nihil deberi. l. stip. ista 38. §. in stip. 18. ff. de verb. obl. Nam tum demum contra stipulatorem est stipulatio interpretanda, si isthac interpretatione stipulatio non fiat inutilis. Quod si per eam interpretacionem plane inutilis fiat stipulatio: id observatur potius, ut contra promissorem interpretatio sumatur, quo res

res in tuto sit & valeat. l. quotiens. 80. ff. d. tit. §. l. quotiens. 67. ff. de reg. jur.

- 21 Similiter non adverbatur *Auth. si quando. C. de constit. pecun. §. Novell. 116. cap. 6.* ubi Justinianus discrete definit, nullum esse constitutum, si quis ita dixerit: *ibi satis fiet*, verbo impersonaliter prolato. Haud enim par ratio est constitui, de quo in dictis locis, & stipulationis. Constitutum siquidem fit ut plurimum nudo pacto, non prævia interrogatione: idèdque impersonalis responsio non eodem modo per interpretationem ad personalem redigi potest. *Alciat. d. lib. 2. parerg. cap. 13.* Eaque de re uberius dissertant *Donellus ad d. l. 5. §. Stipulatio autem. num. 5. ff. de verb. obligat. Godeus d. c. 4. conclus. 3. num. 33. cum seq. §. Humius d. g. 12. §. 26. vers. ad quartum, & c. usque ad finem.*

§. Item inutilis. 6.

Item inutilis est stipulatio, si vel ab eo stipuletur, qui tuo juri subjectus est, vel si is à te stipuletur. Sed servus quidem non solum domino suo obligari non potest, sed ne quidem ulli alii. Filii verò familiarum aliis obligari possunt.

S U M M A R I A.

- 1 Neque stipulatio, neque ullus alius contractus inter patrem & filiumfamilias, item dominum & servum celebrari potest.
- 2 Nulla patri cum filio, domino cum servo, vel contrà, est actio.
- 3 Pater & filius pro una eademque persona habentur.
- 4 Actio & passio in eodem subiecto simul esse nequeunt.
- 5 Servus & filiusfamilias in quo conveniunt item in quo differant.
- 6 Ratio illius differentie.
- 7 Filiusfamilias cum patre de peculio castrensi & quasi contrahere potest.
- 8 Servus naturaliter, & ex delictis obligatur.

- DE stipulatione inutili ob vitium formæ dictum est in præcedenti §. hic & §. §. subseqq. agitur de stipulatione inutili & defectu causæ efficientis, puta ratione personarum contrahentium. Et ait Imperator: inter patrem & filiumfamilias, item dominum & servum; stipulationem contrahi non posse. Ratio est perspicua: quia neque hic, neque ullus alius contractus inter patrem & filium, dominum & servum, celebrari potest. l. 2. ff. de contrah. empt. eò, quod nulla patri cum filio, domino cum servo, vel contrà, actio esse potest. l. lis nulla. 4. ff. de judic. l. actiones. 7. ff. de obligat. & act. *Borcholt. in Commentar. de verb. obligat. cap. 3. num. 68.* quod item pater & filius, in potestate constitutus, ob jus potestatis patrie, ut & dominus ac servus, ob jus potestatis dominicæ, pro una eademque personâ habentur. *l. ult. C. de impuber. §. alii substituit. & vox patris vox filii est, & contrà §. si quis alii. 4. vers. ei verò supr. hoc tit. Baptista à Villalob. in thesaur. commun. opin. in add. Fihard. num. 38. Gedd. in Comment. de contrah. & commut. stipulat. cap. 7. conclus. 5. §. 6. num. 4. §. 68.* Absurdum est, & contra naturam, ut quisquam sibi ipsi obligetur, hoc est, ut unus idemque sit & creditor & debitor. Actio namque & passio, cum sint contraria, in eodem subiecto simul esse nequeunt. l. prætor. 4. ff. de tutorib. & curatorib. *Antis ab his, & c. l. ult. ff. de offic. prætorum. l. Granius Antoninus. 71. ff. de fidejussorib. l. debitori. 7. C. de pact. Jafon in l. cum filiusfamilias. 11. num. 15. §. 16. ff. de legat. 1.* Servus igitur & filiusfamilias in eo similes sunt & conveniunt: quod neuter, id est, nec filius patri, nec servus domino obligari, aut contrà filius vel servus patrem & dominum sibi obligare possit. In eo autem dissimiles sunt & differunt: quod servus non solum domino suo obligari non possit, sed ne quidem ulli alii: filius verò familias patri tantum obligari nequeat: sed aliis obligari queat ex omni contractu. *l. hoc §. nostro. in l. fine l. filiusfamilias. 39. §. l. obligari. 43. ff. de oblig. & actionib. excepto mutuo propter senatusconsultum Macedonianum, de quo in §. illud. 7. infra, tit. Quod cum eo, qui in aliena potest. est, negot. gest. esse dicit.* Ratio differentie istius hæc est: quia obligatio est vinculum juris civilis, initio in sup. de obligationib. cujus juris filiusfamilias, utpote liber homo & civis Romanus, capax *Hartprechts ad Dillens. Tom. III.*

est: servus non item: cum is, ad jus civile quod attinet, pro nullo habeatur. l. qui testamento. 20. §. servus. 7. ff. qui testam. fac. poss. l. servi. 14. ff. de obligat. & actionib. l. quod attinet. 32. ff. de reg. jur. & expositum supra ad principium tit. de stipulat. servor. Quinimo filiusfamilias etiam cum patre contrahere potest de peculio castrensi & quasi castrensi: cum hujus ratione, vice patris familias fungatur. d. l. 2. in princ. de contrah. empt. d. l. 4. in fine ff. de judic. & l. 2. ff. ad senatusconsult. Macedon. *Rijthersbus. hic sub fine. pag. 445.* Enimverò naturaliter servum ex contractu & obligari & obligare, palam est. d. l. servi. 14. ff. de oblig. & actionib. quia jure naturali omnes homines sunt æquales d. l. quod attinet. 32. in fine ff. de reg. jur. Ex delictis quoque, cum ea naturalia sint, servum obligari constat ex d. l. servi. 14. ff. de obligat. & actionibus. Tametsi pœnæ quædam delictorum in servum non cadant: ut multa, deportatio, relegatio, & c. quia servus neque pecuniam habet, neque statum aut civitatem, quam illis pœnis amittere possit. l. ult. ff. de capit. minut. & notavit *Giphanius hic in fine.*

§. Mutuum. 7.

Mutum neque stipulari, neque promittere posse, palam est. Quod & in furdo receptum est: quia & is, qui stipulatur, verba promittentis, & is, qui promittit, verba stipulantis audire debet. Unde apparet, non de eo nos loqui, qui tardius exaudit; sed eo, qui omnino non audit.

S U M M A R I A.

- 1 Mutus & surdus stipulationis contractum inire nequeunt: & que sit ratio.
- 2 Idque ampliatur, ut ne scripturâ quidem inter illos stipulatio contrahi possit.
- 3 Forma cuiusque rei ad unguem servanda.
- 4 Solemnis stipulationis forma in quo consistat.
- 5 Mens & intellectus l. miles. 75. in princ. ff. de legat. 2.
- 6 Mens & intellectus l. non figurâ. 38. ff. de obligationibus & actionib.
- 7 Alia ampliatio.
- 8 Aliud est sonus: aliud, vox articulata.
- 9 Mutus & surdus quomodo per servos stipulari queant, remissive.
- 10 Num infans per servum stipulationem contrahere possit.
- 11 Infans nullum intellectum habet.
- 12 Explicatio & interpretatio l. 1. in princip. ff. de verb. obligat. & actionibus.
- 13 Infans non magis velle creditur, quam furiosus.
- 14 Consideratio l. 2. §. 6. ff. rem pupilli salo fore.
- 15 Infanti magis facietur in propria substantiâ conservanda, quam in aliena quærenda.
- 16 Servus ignoranti & invito domino acquirit.

AI t Imperator Justinianus: neque mutuum, neque absurdum stipulationis contractum inire & con-
ficere posse. Idem ait Ulpianus in l. 1. in princip. ff. de verb. obligationib. & *Cajus in l. 1. §. penult. §. ult. ff. de obligat. & actionib.* Ratio non obscura est: quia stipulatio est conceptio verborum, quibus is, qui interrogatus est, daturum facturumvè se, quod interrogatus est, respondet, l. stipulationem. 5. §. 1. ff. de verb. obligat. & sic ad stipulationis substantiam præcisè verba tam respondentis, quam interrogantis requiruntur. l. 1. §. verbis. 7. & l. obligamur. 52. §. verbis. 2. ff. de obligat. & actionib. d. l. 1. §. si quis ita 2. vers. contra sine verbis ff. de verb. obligationibus. Ac verò mutus verba eloqui non potest: ac proinde nec interrogare, nec respondere poterit. Surdus autem licet eloqui verba possit: illa tamen non exaudire ut sic nec congruenter respondere, nec an sibi congruenter responsum sit, scire possit. d. l. 1. §. ult. ff. de obligation. & actionib. *Anton. Pichard hic num. 7.* Alique ad id verum est: ut ne scripturâ quidem inter illos personarum stipulatio contrahi queat, puta si surdus, vel mutus stipulandi animo literas illi offerat, quibus scripsit, se rogare eum, ut decem dare vellet. Hæc causa etiam alter verbis expressis ad

- ad literas respondeat, se daturum esse obligatio tamen contracta non intelligitur. Forma siquidem cuiusque rei solennis ad unguem & praefractè servari debet. arg. l. cum hi. 8. §. si prator. 17. ff. de transactionib. l. nec ex pratorio. 17. ff. de reg. jur. l. certa forma. 4. C. de iure fisci. Solennis autem stipulationis forma in eo maxime consistit, ut verba tam ex parte interrogantis, quam respondentis, ore & lingua nuncupentur, non ut scribantur. d. l. 1. ff. de verb. obligat. §. similiter.
- 5 Cui non obstat. l. miles. 7. §. in princip. ff. de legatis. 2. ex qua patet, quod scriptura sermoni equiparatur. Nam hoc in iis solummodo, in quibus verba lingua figurata & palam prolata pro solenni forma non requiruntur, locum habere potest: in aliis non item. Sic quoque non resistit. l. non figurata. 38. ff. de oblig. §. a. ubi dicitur, non minus valere, quod scriptura, quam quod vocibus lingua figuratis significatur. Ea enim lex ad reliquos duntaxat contractus, qui ad sui perfectionem verba ore prolata non exigunt, pertinere videtur, ut ostensum supra ad principium est. de verb. obligat. n. 46. vel si omnino ad stipulationem etiam referenda est: ad eam profectò tantum ut pertineat, necesse est: quae postea quam lingua est nuncupata; in tabulas relata & perscripta est, ut scite tradit Hostomanus hic enunciat. 4. in fine. §. latius declarat. Ant. Hering. in tr. 7 de fideiuss. c. 7. num. 143. §. seqq. Præterea surdum stipulationem aded contrahere non potest: ut licet tanto sit acumine praeditus, ut ex motu labiorum illius, qui loquitur & promittit, sententiam intelligere possit: tamen nihil agere censetur. Huiusque ratio non difficilis est: quia ad substantiam stipulationis desideratur, ut ex auditu verborum contrahentes se invicem intelligant. d. l. 1. in princip. ibi. quoniam exaudire invicem debent ff. de verb. obligat. §. d. l. 1. §. ult. ibi, debes exaudire verba promittentis. ff. de obligat. §. actionib. Quinimo etiam si surdus stipulans sonum verborum, sed sine sensu, exaudiat: mentemque loquentis se promittentis ex ejusdem labiorum motu percipiat: similiter tamen stipulationem non valere, certum est. Si quidem in d. l. 1. §. fin. ff. de obligat. §. action. §. in hoc §. nostro disertè docetur, quod stipulator verba respondentis exaudire debeat. Verba autem non exaudit, qui sonum tantum, & non sensum eorum auribus percipit. Aliud quippe est sonus: aliud verba, & vox articulata. l. Labeo. 7. §. ult. ff. de supellest. legat. Atque hanc sententiam eleganter, contra Bartol. & alios, defendit Carolus Molinæus in d. l. 1. §. eadem. 6. num. 3. & 4. ff. de verb. obligat. Ceterum si mutus & surdus omnino stipulari velint, quomodo id per servos suos praesentes facere valeant, indicat Ulpianus in saepe allegata. l. 1. in pr. vers. si quis igitur. ibique d. ff. eod. §. Petrus Heigius in hoc §. nostro. num. 2. & 3. Porro in dubium à quibusdam revocari solet: num, quemadmodum mutus & surdus: ita & infans per servum praesentem contrahere possit stipulationem? Sed quod non possit, evidens suadet ratio: quia infans nullum intellectum aut consensum habet §. sed quod dicimus. 10. infr. hoc tit. Stipulatio autem sine consensu mutuo non periclitur. l. in omnibus rebus 55. ff. de obligationib. §. actionib.
- 12 Nec obstat huius sententiae d. l. 1. in princip. ff. de verb. obl. ubi postquam Iuriconsultus dixit, mutum, surdum & infantem stipulationem contrahere non posse: generaliter subiicit: Si quis igitur ex his vult stipulari: per servum praesentem stipuletur: & acquirat ei ex stipulatu actionem. Quibus verbis etiam infantem comprehendi, dubium non esse videtur. Non, inquam, lex illa obstat. Quamvis enim verba dicti vers. si quis igitur, &c. generalia sint: haud tamen generaliter accipi, sed ad habile subiectum referri restringique debent. Atqui propter rationem supra allatam non possunt ad infantem accommodari. Igitur ad mutum & surdum debent restringi. Præterea observandum est: quod verba dicta. l. 1. non plane sint generalia. Nam etsi Ulpianus ait: si quis igitur, &c. huiusque verbis omnes, de quibus prius locutus erat, complecti videtur: utitur tamen verbo vult: quod utique infanti minime convenit, cum is non magis velle credatur, quam furiosus. d. §. sed quod dicimus. 10. infr. hoc tit. infans. 23. ff. ad leg. Cornel. de fideiuss. Neque retrahatur. d. 2. & l. servum. 6. ff. rem pupilli vel adolef. salu. fore. ubi disertè dicitur, infantem per servum

stipulari posse. Etenim primò Accursius, Bartolus, & Jafon respondent: quod infans per servum stipulari possit, id speciale esse in ista stipulatione, rem pupilli salvam fore: & ided ad ceteras stipulationes idem extendendum non esse, arg. l. quod verò contra. 12. §. seqq. ff. de legib. §. c. Huiusque specialitatis ratio hæc assignatur: quod magis faveatur infanti in propria substantia conservanda, quam in aliena quaerenda, arg. l. si in emptionem. 35. ff. de minorib. §. l. lex quæ. 72. C. de administrat. tutor. §. c. Deinde Donellus & Giphanius in d. l. 1. ff. de verb. obligat. respondent: objectas duas leges non loqui de infante, per servum stipulante: sed de servo, infanti stipulante. Licet enim infans per servum stipulari nequeat: servus tamen infantis stipulari potest infanti, & stipulando acquirere: quoniam cum servus possit ignoranti & invito domino stipulari, & ex stipulatione acquirere. §. item vobis. 3. supr. per quas person. cuique acquirit. idcirco infanti quoque stipulari poterit. §. sui autem 3. supr. de hereditat. quæ ab intestat. defer. Et hanc responsionem (repudiaria Corasii ad d. l. 1. num. 17. cum seq. ff. de verb. obligat. & Goeddeii in Commentar. de contrah. §. committ. stipulat. c. 7. conclus. 12. solutione) probat Hunnius in resolut. ad Treutler. vol. 2. disp. 27. lib. 2. vers. Donellus igitur, §. c. p. 84. ibique videatur quoque Bachovius in suis not. ad lit. B. & C. p. 216. §. seq.

§. Furiosus. 8.

Furiosus nullum negotium gerere potest: quia non intelligit, quod agit.

S U M M A R I A.

- 1 Furiosi, ceterique mente capti, neque stipulari, neque promittere possunt.
- 2 Furiosus in quo differat à muto & surdo.
- 3 Furiosus, intervalla furoris habens, quatenus rectè stipuletur.
- 4 Unde cognoscendum, utrum actus à furioso gestus, tempore intermissionis furoris sit factus.
- 5 Prodigus stipulando quidem sibi acquirit: sed promittendo non obligatur.
- 6 Prodigus neque modum, neque finem, expensarum habet: ac promittit parum à furioso distat.
- 7 Cur furiosus ne quidem stipulando sibi acquirit: prodigus verò stipulando alium sibi obligat.
- 8 Num prodigo bonis interdicatur ipso iure, an à magistratu, remissum.

Furiosi, ceterique mente capti, amentes & dementes, neque stipulari, neque promittere jure queunt, hoc §. nostro. l. 1. §. furiosum. 12. ff. de obligat. §. actionib. Jafon & Decius ad l. furiosum. 9. C. qui testament. fac. poss. Jacob. Philip. Portius commun. conclus. regul. 34. lib. 1. Menoch. consil. 82. num. 190. cum seqq. hosque referens Goeddeus in Commentar. de contrah. & committend. stipulat. c. 7. conclus. 9. n. 92. & multis seqq. ubi de furore, dementia, amentia, & similibus morbis latissime disserit. Imò furiosus nullum negotium gere: aut contrahere potest, auctore Justiniano hic, & Ulpiano in l. in negotiis. 5. vers. nam furiosus. ff. de reg. jur. In quo differat à surdo & muto. Hi enim omnes contractus & actus, in quibus verba solennia non sunt necessaria, celebrare & peragere possunt, ut emere, donare, &c. l. qui id, quid. 33. §. mutus. 1. ff. de donationib. l. in quibuscumque. 43. ff. de obligat. & actionib. At furiosus nullum contractum celebrare, nullum negotium gerere potest, d. l. in negotiis. 5. ff. de reg. jur. Ratio manifesta est: quia furiosus non intelligit, quod agit. per hunc §. nostrum. Et in eo animus deest, l. 2. in fin. ff. de procuratorib. mentemque caret. §. 1. vers. item furiosi, supra, quibus non est permiss. fac. testament. Et, ut ait Pomponius, quia furiosi nulla est voluntas, aut consensus. l. furiosi. 40. ff. de reg. jur. In omni autem contractu, adedque etiam in stipulatione, voluntas & consensus requiritur. l. 1. §. 2. ff. de postul. l. continuus. 137. §. 2. ff. de verb. obligat. l. in omnibus rebus 55. §. l. in omnibus negotiis. 57. ff. de obligationib. §. actionib. Planè si furiosus intervalla furoris sive infans habeat: eo tempore quo

- 4 In quibus causis pupillo sit necessaria tutoris auctoritas.
- 5 Tres aetatis pupillaris gradus.
- 6 Magna inter illos gradus differentia.
- 7 Infans neque stipulari, neque promittere potest, etiam tutore auctore: etiamsi utilitatis causa possessionem sine tutore acquirere queat.
- 8 Explicatio & intellectus l. pupillus. 9. ff. de acquir. vel omit. heredit. l. in negotiis. 5. ff. de reg. iur. & l. 1. §. huius proximus. 13. ff. de obligat. & actibus.
- 9 Pupillus infans ne quidem naturaliter obligatur.
- 10 Mens & sententia l. 1. in fin. ff. denovationib. l. Rejus 64. in princ. ff. ad SC. Trebellian. l. cum illud. 29. §. 1. ff. quando dies legator. cedat. & similis.
- 11 Pupillus infantie proximus an & quatenus obligetur.
- 12 Pupillus pubertati proximus quatenus recte obligetur.
- 13 An pupillus iste si non civiliter, saltem naturaliter obligari possit.
- 14 Sensus l. quod pupillus. 41. ff. de condi. indebit. & l. pupillus. 59. ff. de oblig. & actionib.
- 15 Differentia inter inspudem sui iuris & sub tutore, & inter eum, qui adhuc est in potestate parentis.
- 16 Vera differentia illius ratio.
- 17 Alia inter patrem & tutorem discriminis ratio.

Pupillus non solum stipulari; sed & omne negotium
(quod quidem in hanc ætatem cadit. Verba namque
generalia de idoneis subjectis sunt accipienda, *monente hic*
Wesembecio num. 1. Non igitur conjugium contrahere, non
testamentum facere, ne tutore quidem auctore potest, *per*
princip. tit. supr. de nupt. § 5 præterea. 1. supr. quibus non est
permiss. fac. testament.) recte gerere potest, *hoc §. 1. in ne-*
gotiis. 5. ff. de reg. jur. Ejusque ratio est: quia pupillus ali-
quem intellectum & consensum habet. *§. sed quod diximus.*
10. hoc tit. l. 1. §. hoc edito. 6. ff. ne vis sint ei, qui in posses-
miss. est. Philipp. Mutshaus ad d. l. in negotiis. §. num. 5. ff. de
reg. jur. Quod tamen primo ita accipiendum est, ut tu-
toris auctoritas adhibeatur, ubi necesse est, *hoc §. nostro 9.*
Deinde ut intelligatur de pupillo non infante, sed majore,
sive pubertati proximo, *ut hic in d. §. 10.* Quamobrem hoc
in articulo & negotiorum & ætatis ratio habenda est. Nam
in quibusdam causis sive negotiis, quæ a pupillo geruntur
auctoritas tutoris necessaria est: in quibusdam non est ne-
cessaria. Et sanè pro regula observandum est: in iis
causis eam esse necessariam, in quibus pupilli conditio de-
terior fiat; in quibus verò melior, non esse necessariam,
initio tit. *supr. de auct. tutor. §. nunc admonendi. 2. supr.*
quib. alienare licet, vel non l. contra juris. 28. ff. de pact. l.
obligari. 9. ff. de auct. tut. l. pupillus. 11. ff. de acquir. rer.
domini. Rationem hujus regulæ esse favorem pupilli & in-
firmæ ætatis, docuimus *supr. ad d. init. tit. de auct. tutor.*
n. 3. Ad ætatem autem pupillatæ quod attinet: ejus
tres hoc loco constituuntur gradus: pupillus infans, pu-
pillus infantie proximus, & pupillus pubertati proximus.
De quibus latè expositum est *suprà d. init. dicti modo tituli*
n. 9. & aliquot sequentib. De iisdem videatur quoque *Hu-*
mmi lib. 1. variar. resol. jur. civ. tractat. 4. quest. 16. & Pau-
lus Zacchius lib. 1. questionum medico-legalium tit. 1.
quest. 1. & seqq. Cæterum inter hos pupillaris ætatis gra-
dus ingens est differentia. Etenim pupillus pubertati pro-
ximus omne negotium rectè gerit, *ut Justinianus hic lo-*
quitur: reliqui duo non item. Ex quibus tamen duobus
pupillus infantie proximus idem potest, quod puber-
tati proximus: sed hic cum jam habeat aliquem in-
tellectum, potest ipso jure: ille verò quia non nullo
plus intelligit, quàm infans, non ipso jure potest: sed ex
æquitate sive utilitate. Unde ait Imperator *hic in §. 10.*
vers. sed in proximis, &c. propter utilitatem eorum, be-
nignior juris interpretatio facta est. Et Cajus inquit: infan-
tem stipulari non posse, majorem infans posse, eum si
ejus ætatis sit, ut non intelligat, quid agat: idque pro-
pter utilitatem receptum est. *l. servum. 6. ff. rem pupilli*
salu. fore. Et Paulus dicit: id favorabiliter ejusmo-
di personis præstari. *l. pupillus. 9. in fin. ff. de acquir.*
vel omit. heredit. Et porro infans, ut jam moni-
tum, nihil possit: adeoque ne quidem tutoris auctori-
tate interveniente stipulari, vel promittere valeat: cum
stipulator verba congrua ab ipsis consequentibus requirat.
l. 1. in pr. §. eadem 6. vers. dimittendo congruenter. & mul-
lier. 70. ff. de verb. obligat. tamem utilitatis causa & hoc re-
ceptum videtur, ut hodie possessionem etiam sine tutoris
aucto-

Pupillus omne negotium recte gerit: ita tamen, ut ubi tutoris auctoritas necessaria sit, adhibeatur tutor: veluti si ipse obligetur. Nam alium sibi obligare, etiam sine tutoris auctoritate potest.

§. 10. Sed quod diximus de pupillis: utique de iis verum est, quam habent aliquem intellectum. Nam infans, & qui infantiæ proximus est, non multum à furioso distant: quia hujusmodi ætatis pupilli nullum habent intellectum. Sed in proximis infantiæ, propter utilitatem eorum, benignior juris interpretatio facta est: ut idem juris habeant, quod pubertati proximi. Sed qui in potestate parentis est impubes, ne auctore quidem patre obligatur.

S U M M A R I A.

- S U M M A R I A.
- 1 Pupillus generatur omne negotium velle gerat.
2 Verba generalia de idoneis subiectis accipienda.
3 Pupillus non imminit contrahere aut testamentum facere nequit.
Harppecht ad iustitiam. Tom. III.

auctoritate infans acquirere possit. *l. quamvis. 32. §. infans. 2. ff. de acquir. vel amitt. possess. iuncta l. 3. C. de acquir. & retinenda possess.* Quod autem pupillus infans, etiam tutore auctore, negotia genere? sive se obligando, sive ab alio stipulando, nequeat: non tantum evinci potest ex *d. §. sed quod diximus. 10. vers. nam infans. hoc tit.* verum etiam ex *l. 1. §. 2. in fine. ff. de administrat. & peric. tutor. ubi Ulpianus ita scribit: pro his, qui fieri non possunt, ipsi tutores iudicium suscipiant: pro his autem, qui supra septimum annum ætatis sunt, auctoritatem præstent.* Ex quibus verbis intelligitur: eos, qui septimum annum nondum exceßerunt, quos infantes diximus, per se iudicium suscipere, aliudve negotium genere, etiam accedente tutorum auctoritate, non posse: sed ipsos tutores nomine illorum id facere debere.

8 Huic sententiæ non refragatur *d. l. pupillus. 9. ff. de acq. vel omitt. heredit. dict. l. in negotiis. §. ff. de reg. jur. & l. 1. §. huic proximus. 13. ff. de obligat. & actionib.* in quibus legibus, & nonnullis aliis dicitur: pupillum, si fieri possit, tutore auctore & stipulari promittere posse, etiam si non intelligat, quid agat: idque benignius receptum esse. Jam verò cum rarissime contingat, ut non ante septimum ætatis annum impubes loqui queat: inde effici videtur, ut etiam ante eam ætatem rectè stipulari & promittere possit. Non, inquam, hæc leges refragantur. Nam in iis nequaquam affirmatur: pupillum, si fieri possit, obligari: sive septennio maior sit, sive minor: sed hoc tantum adstruitur; pupillum, qui fieri potest ad contractus ineundos adhiberi tutoris auctoritate esse idoneum. Ex aliis autem legibus addendum est: præter sermonis facultatem etiam hoc requiri, ut septimum ætatis annum pupillus superaverit. *d. l. 1. §. 2. ff. de administrat. & peric. tutor. & d. §. sed quod diximus. 10. hoc tit.* Et quidem adeo pupillus infans frustra promittit, ut ne quidem naturaliter ex sua promissione obligetur: propterea quod naturalem obligationem consensus, quantumvis nudus, pariat. *l. 1. §. 3. ff. de pact. l. Stichum. 95. §. naturalis. 4. ff. de solutionib. Schneidewin. ad principium tit. supr. de auctoritat. tutor. num. 11.* Atqui infans naturæ consensum aut intellectum non habet. *d. §. sed quod diximus. 10. hoc tit.*

10 Nec huic adversatur *l. 1. in fine. ff. de novationibus l. si quis pupilli. 64. in princ. ff. ad SC. Trebellian. l. cum illud. 25. §. 1. ff. quando dies legator. cedat. l. si pupillus 21. in princ. ff. ad l. Falc. & simil.* in quibus generaliter traditum est: pupillum sine tutoris auctoritate promittendo, naturaliter obligari. Illas namque leges omnes de pupillo pubertati proximo, qui consensu & intellectu non destituitur, accipiendas esse, subiecta earum materia suadet. In quibus cum de negotiis gerendis agatur: utique is pupillus intelligi debet, in quem naturæ id, de quo agitur, cadere possit.

11 Pupillus autem infantie proximus licet à furioso non multum distet, teste Justiniano hic in *d. §. 10.* ex benignitate tamen & humanitate, sive potius utilitate (uti dictum supra num. 6.) receptum est, ut alium sibi obligare etiam sine tutoris auctoritate possit: ipse verò non aliter, nisi cum tutoris auctoritate obligetur. Quod usque adeo verum est: ut non modò non civiliter, sed ne naturaliter quidem obligari promittendo queat. *l. quod pupillus 41. ff. de condict. indebit. l. pupillus 59. ff. de obligationibus & actionibus.* Equè enim ac infans consensu atque intellectu careere existimatur. *d. §. 10. vers. nam infans &c.* Nam quod solus, etiam citra auctoritatem tutoris, rectè stipulari, sibi quæ alium obligare potest: id ei non propter consensum, quem non habet, sed propter utilitatem permissum est: ac proinde ad obligationem naturalem, in ipsius personam introducendam, extendi non debet, nec potest, sepe allegato *§. sed quod diximus. 10. hoc tit.*

12 Pupillus quoque pubertati proximus, cum non tantum quid loquatur, id & quid agat, intelligat; quin sine tutore auctore rectè stipuletur, nullum est dubium: si verò ipse quid promittat, haud obligatur, hoc §. nostro. Obligationem autem civilem intelligimus. Neque enim pupillus, pubertati proximus, civiliter obligatur, nisi quatenus factus est locupletior. Hoc siquidem casu ex scripto Divi Pii, non tam propter consensum, convenitur; quam propterea, quod cum alterius detrimento locupletior factus est *l. 3.*

§. pupillus sane 4. ff. de negot. gest. l. 3. in princ. ff. commo. dati. l. 1. in fine. principii. & l. pupillus 5. in princ. ff. de auctoritat. tutor.

Porrò cum pupillus iste, quotiens sine tutoris auctoritate promittit, nec locupletior fit: civiliter nunquam obligetur: convenienter quæri potest, an saltem obligetur naturaliter? Et cum naturaliter obligari, aperte constat ex *d. l. 1. in fine. ff. de novationib. d. l. cum illud. 25. §. 1. ff. quando dies legator. cedat. d. l. si pupillus. 21. in princ. ff. ad leg. Falcid. l. ult. ff. de iurejur. l. si pupillus. 127. ff. de verb. oblig. l. in numerationibus. 44. ff. de solutionibus & l. si quis pupilli. 64. in princ. ad senatusconsultum Trebell.* Nec his legibus obstat. *d. l. quod pupillus. 41. ff. de condict. indebit. & d. l. pupillus. 59. ff. de obligat. & actionib.* in quibus pupillum naturaliter obligari, perspicue negatur. Nam jam supra num. 11. monuimus, has leges non de pupillo pubertati, sed de pupillo infantie proximo exaudiendas esse. Hi enim pupilli licet etiam sine tutoris auctoritate suam in commodum rectè contrahant: cum tamen plenum firmiterque intellectum non habeant, sine tutore naturaliter obligari nequeunt, *d. §. sed quod diximus. 10. hoc tit. d. l. 1. §. huic proximus. 13. ff. de obligat. & actionib.* Verum ea de re alii aliter differant. Donellus ad *d. l. si pupillus. 127. num. 4. cum seqq. ff. de verb. oblig. Gæd. in Commentar. de contrah. & committ. stipulat. cap. 7. conclus. 12. num. 212. cum multis seqq. Humius d. lib. 1. var. resolut. jur. civil. tractat. 4. quest. 17. & seq. nec non ceteri, quos recensimus supra ad princip. tit. de auctoritat. tutor. n. 30.* Quibus adjiaciendus est Nicolaus Genoa in conciliat. leg. in iure civ. contrariar. pag. 211. & seqq. ubi & plures alios refert.

Tandem in fine dicti *§. sed quod diximus. 10. hoc tit.* indicatur differentia inter impuberem sui juris & sub tutore (qui propriè dicitur pupillus. *l. pupillus. 239. ff. de verbor. signification.* Quamvis etiam interdum pupillus appelletur, qui impubes est, & in potestate patris existit, ut in *d. §. 10. in fin. & l. ult. §. 2. ff. de verb. obligat. & in eum, qui adhuc est in potestate parentis: quod ille tutore auctore obligetur: hic verò parente auctore non obligetur. Differentiæ hujus ratio à plerisque Interpretibus hæc assignatur: quod patris auctoritas non præstet rem pupilli salvam, ut tutoris. Tutor enim pupillo tenetur ex illa cautione, rem pupilli salvam fore: & quidem tenetur actione tutelæ: filius verò adversus patrem nullam actionem ob rem malè gestam habet. *tot. tit. ff. de tutela. & rationib. distrahend. l. lis nulla. 4. ff. de iudiciis. l. ult. §. fin. autem et alienum. 4. vers. paterna reverentia. C. de bonis, que liberis. §. c. Wesenbec. hic num. 4. Hotoman. enunciat. 6. Gypbar. in fine. & Borcholt. num. 9.* Sed hæc ratio vix, ac ne vix quidem subsistere videtur: cum per absurdum sit quærere de illa cautione, rem pupilli salvam fore, ubi reverà non est pupillus, putà cum est in potestate. *d. l. pupillus. 139. in princ. ff. de verbor. signific. Itaque ratio discriminis, cur (inquam) tutore auctore, non item auctore patre pupillus obligetur, hæc fortassis erit verisimilior: quia nisi pupillus tutore auctore obligaretur, nemo cum eo contrahere vellet: & proinde ei velut commercio esset interdictum, arg. illud queritur. 4. in fin. ff. de evictionib.* Quod in eo, qui in potestate parentis est, in considerationem non venit. Is etenim non sibi ipsi, sed patri contrahere & acquirere intelligitur, ut dictum in *§. 1. supr. de stipulat. servor. & in §. item inutilis. 6. supra hoc tit.* Quin & illa discriminis ratio inter patrem & tutorem non obscura est: quod non pertineat ad obligationes contrahendas patris potestas, sicut tutoris auctoritas, tradente Balduino hic, eumque referente Rittershusio, pag. 447.*

§. Si impossibilis. 11.

Si impossibilis conditio obligationibus adjiaciatur: nihil valet stipulatio. Impossibilis autem conditio habetur, cui natura impedimento est, quò minus existat: veluti, si quis ita dixerit: Si digito cælum attigero, dare spondes? At si ita stipuletur: Si digito cælum non attigero, dare spondes? pure facta obligatio intelligitur: ideoque statim peti potest.

§. Item verborum. 12.

- 1 *Impossibilis conditio quæ hoc loco dicatur.*
- 2 *Impossibilis conditio vel in faciendo consistit, vel in non fa-*
ciendo: & vel naturæ impossibilis est, vel jure.
- 3 *Quæ contra leges, vel bonos mores sicut, jure impossibilia*
conferuntur.
- 4 *Differentia inter contractum & testamentum: ejusque ratio.*
- 5 *Differentia inter conditionem impossibilem, in faciendo; &*
non faciendo positi: & illius ratio.
- 6 *Necessaria est negatio ejus, cujus affirmatio est impossibilis.*

2 natura impossibilis esse accipiendum. Nam ceterae
condiciones: quae lege habentur impossibiles, proprium
suum fortuntur tractatum in §. quod tunc. 2. 3. infr. hoc tit.
Itaque bifariam impossibiles condiciones dividuntur. Pri-
mo enim impossibilis conditio vel in faciendo consistit,
vel in non faciendo, hic §. d. l. impossibilis. 7. cum l. seq. ff.
de verbor. obligat. Deinde impossibilis conditio vel est na-
tura, quae proprie est impossibilis conditio de qua hic: vel
jure & legibus: ut si Cajanus occideris, si sororem uxorem
duxeris, si in foro nudus saltaveris. §. d. l. si stipulor. 25.

4 atiner: eff. etu confiderato, nulla eft. Utraque enim conditio ftipulationem, & reliquos contractus omnes viciat *d. l. non folum 31. ff. de obligat. & action. Teftamentum autem & legatum per impoffibilem conditionem non vitiatur: fed potius, ejus conditionis adjectione pro nulla habita, valet & fuffine ur. §. *impoffibilis. 10. fupr. de heredib. inflituend.* Ratio hujus differentie inter contractum & teftamentum petenda eft *ex d. l. non folum 31. ff. de oblig. & act.* Quia videlicet teftamentum ab uno, contractus à duobus vel pluribus celebratur. In ea autem re, quæ ex duorum pluriumve confenfu agitur, omnium voluntas fpectatur: quorum procul dubio in hujusmodi actu talis cognatio eft, ut nihil agi exifti nent appofita ea conditione, quam fiant effe impoffibilem. Alit un teftatori facile mendum five vitium in hoc colore impoffibilis conditio detrahitur, defunctique voluntas confervatur. *l. 1. ff. de conflitutionib. inflitutionum.* Atque illa differentie ratio etiam eft excofta *ad d. §. impoffibilis. 10. num. 12.**

supra de hereditatibus instituend. Ceterum circa priorem divisionem item observanda est differentia. Nam si conditio impossibilis in faciendum sit concessa; veluti hoc modo: si digito calum attigero: vel, si in Calum ascendero, dare spondeo? stipulatio vitatur. Si verò conditio in non faciendum sit posita: veluti, si digito ielum non attigero, aut si in celum non ascendero, dare spondeo? stipulatio utilis est, pureque facta intelligitur, hoc §. nostro. Et d. l. impossibilis. 7 ff. de verb. obligationib. Et ratio est: quia conditio impossibile in non faciendo, oratione tantum & figurâ verborum est conditio; reverà autem ac vi ipsa, non item. Hæc quippè conditio non solum possibilis est, sed etiam planè necessaria. Certissimum enim est, fieri non posse, ut non existat. Quà de causa rectè Aristoteles lib. 2. *de genesi* caput 1. ac 2. penult. (prout eum refert. Walsby ibid.)

6. *Ita ut si imperatoris edictum (prout eum refert. l. v. c. de h. n. 2.)*
 sit impossibilis. Quare ejuscemodii conditio stipulationem
 non suspendit: cum certo certius sit, stipulatorem in o-
 lum non ascensurum, idvè attacturum esse. Existit ergo
 conditio. Quod igitur eo modo promissum est: praesenti
 die d. beatu adeoque ita in peti potest: *us Imperator hic in si-*
stio, quae adjecta est, extiterit. Unde sicut quoque Ulpianus
ait: Quia sub conditione stipulatur, quae omnimodo extitit-
ionibus. Eaque de re fatus distinet Donellus in d. l. im-
possibil. 7. ff. de verb. & Godefridus in Conn. de contrab.
Et committit stipul. c. 8. conclus. 9. n. 172. Et multis subseqq.

Item verborum obligatio inter absentes concepra, inutilis est. Sed cum hoc materiam litium contentiosis hominibus præstabat, forte post tempus tales allegationes opponentibus, & non præsentibus fuisse, vel se, vel adversarios suos, contententibus: ideo nostra constitutio propter celeritatem dirimendarum litium introducta est, quam ad Casarienses advocatos scripsimus: per quam disposuimus, tales scripturas, quæ præstò esse partes indicant, omnino esse credendas: nisi is, qui talibus utitur improbis allegationibus, manifestissimis probationibus, vel per scripturam, vel per testes idoneos approbaverit; toto eo die, quo conficiebatur, instrumentum, sese vel adversarium suum in aliis locis fuisse.

1 Stipulatio inter absentes quare contrahi non possit.
2 Verba sunt praesentium: epistolas est nuntii absentium.
3 Inuestitus l. ea, que 57 ff. de donat. inter vir et uxor.
4 Si instrumentum dicit, debitorem promissive praesentium stipu-
lationi intervenisse, nisi contrarium legi tunc doceatur.

Stipulationem inter abentes contrahi non posse, liquidum constat ex hoc §. nojr. l. 1. in pr. ff. de verb. obl. l. 1. & 3. C. de contrahend. & committ. stipul. l. ut inter absentes. 3. C. de mut. stipul. Et ratio est: tū quia stipulationis forma sive scripta in verbis posita est. l. obligam. §. 2. §. verb. 2. ff. de obl. & act. d. l. 1. in pr. & §. fin. l. stipulationum. §. §. 1. l. si stipul. 35. in fine. l. quidquid. 99. ff. de verb. oblig. §. 1. supr. de verb. oblig. l. omnes. 10. C. de contrah. & committ. stipul. Verba autem sunt antiquum præsentium: ut epistolæ & nuncij propriè absentium. §. 1. vers. veluti per epistolam, vel per nuncium infr. de oblig. ex consens. l. 2. ibique Jason. Cuiac & Duaren. ff. de pact. Tum quia stipulationem contrahentes se invicem exaudite, sibi-que congruenter coram respondere debent; quod absentes facere non possunt. d. l. 1. ubi Bartol. ff. de verb. obligat. pulchre Gaddaus in Comment. de contrah. & committ. stipul. c. 3. concl. 12. & 13. n. 189. & seqq. Cui non obstat. l. ea, qua. §. 7. ff. de donat. inter vir. & uxor. ubi inter facta stipulatio videtur. Nam breviter dicendum: literas ibi missas esse non de facienda inter absentes stipulatione: sed de jam antè coram facta. I. quod copiosius explicatum est supra ad princ. tit. de verb. oblig. n. 47. & notavit Theoborus Marcellus & Rittershusius hic pag. 450. itemque Osiermannus in suis rational. n. 95. Addit autem hic Justinianus: promissorem non audendum esse, si ex eo, quod abens fuerit, inutilem esse stipulationem contendat: cum instrumento sive scripturæ, in qua stipulatio continetur, tamdiu inherendum & standum sit, quoad manifestissimis probationibus, vel per scripturam, vel per testes undique idoneos, & omni exceptione majores promissor ostenderit, toto illo de quo confectum est instrumentum, se, vel adversarium suum aliis in locis similes. Idem ab Imperator in l. optimam. 14. C. de contrah. & committ. stipul. Hucq. e pertinet, quod Cicerolib. 1. de inv. it. scribit: Si quis me istud eo tempore fecisse dicat: ego autem eo ipso tempore transmare fui: relinquere; ut id, quod dicat, non modo non fecerim: sed nec potuerim facere. Quam rem pluribus perscrutatur. Cuius in l. sciendum. 30. ff. de verb. oblig. Schneidam. Myninger. & Heigius in hoc §. nostro.

§. Post mortem. 13.

Post mortem suam dari sibi nemo stipulari poterit, non magis, quàm post ejus mortem, à quo stipulabatur. Ac nec is, qui in alicujus potestate est, post mortem ejus stipulari poterat: quia patris, vel domini voce loqui videretur. Sed & si quis ita stipuletur: *pridie quàm moriar*; vel *pridie quàm morieris dare spondes*? inutilis erat stipulatio. Sed cum [ut jam dictum est] ex consensu contrahendum stipulationes valeant: placuit nobis etiam in hunc juris articulum necessariam inducere

emendationem: ut, si post mortem, si prius quam morietur stipulator, si promissor, stipulatio concepta sit: stipulatio valeat.

S U M M A R I A.

- 1 Stipulatio post mortem suam, cur olim non valuerit.
- 2 Stipulatio, prius quam moriar, cur inutilis fuerit.
- 3 Prædicta stipulationes cur hodie valeant.
- 4 Heres cum defuncto una eademque persona putatur.
- 5 Contrartorum dissolutio.
- 6 Actiones ab heredibus, & contra heredes hodie incipiunt.

SI quis post mortem suam sibi dari stipulabatur, vel vice versa: si post mortem suam se daturum promitteret: hanc stipulationem veteres, ad verba attendentes impossibilem; ac proinde inutilem esse censabant. Quomodo enim vel daret, vel acciperet mortuus? Accedit & illa ratio: quod regula fuit juris veteris, quæ actiones nullæ, quæ non competissent defuncto; ab heredibus, vel contra heredes incipere poterant. *l. unio. C. ut actiones & ab heredibus & contra hered. incipiant.* Cuius in fragment. *Inst. lib. 2. tit. 9. §. præterea. 7.* Isthac autem stipulatione fit, ut actio ab herede, vel contra heredem incipiat. Illa igitur stipulatio, tanquam juris regulæ contraria, infirmabatur. Eadem ratione inutilis visa fuit veteribus & hæc stipulatio, *prie quam moriar*: vel *prie quam morieris*, *dabū aut facies*? Cum enim dies præcedens mortem meam, me mortuo demum appareat, hæc stipulatio re ipsa & effectu tempus post mortem meam respicit; atque ita post mortem meam facta esse intelligitur, teste *Cajo d. lib. 2. tit. 9. §. item inutilis, &c.* Sed Justinianus Imp. præcedentes duas stipulationes valere constituit. *l. scrupulosam. 11. C. de cont. & committ. stipul.* Ratio, quæ movit Imperatorem, hæc est: quia in stipulationibus, ut & in aliis contractibus, voluntas ac consensus contrahentium magis, quam verborum & formularum subtilitas aut scrupulositas spectari debet: ne propter nimiam subtilitatem verborum, latitudo voluntatis contrahentium impediatur, ut Imperator loquitur in *d. l. unio. C. ut actiones & ab heredibus & contra hered. incip.* Neque verò impossibile est juris interpretatione & intellectu, ut quis post mortem suam aliquid det, vel accipiat. Debit enim heres promissoris: vel accipiet heres stipulatoris. Quod cum sit: ipsemet defunctus dare, vel accipere videtur: propterea quod heres cum defuncto una eademque persona reputatur. *Novell. 48. in fine præfationis l. hered. 59. ibique Dacius. ff. de reg. jur. & in universum defuncti jus succedit. l. cum heres. 11. ff. de divers. temp. præscript. l. hered. 62. ff. de reg. jur.* Nec huic reclamatur, quod contrahentes non de heredibus suis, sed de se ipsis stipulationem conceperint. Nam, hanc objectionem Imperator ipse dissolvit in *l. ult. C. de contrah. & committend. stipulat.* dum indicat, quod nemo tam stultus existimandus sit, ut stipuletur hoc modo sibi ipsi: sed ex consensu contrahentium hæc verba ita exaudiri debeant, quasi quis post mortem suam heredi suo dari stipuletur: etiam si nullam heredis mentionem faciat. Neque etiam obloquitur prædicta vetus juris regula. Eam enim Justinianus sustulit; statuitque ut actiones ab heredibus, itemque contra heredes incipiant. *l. unio. C. ut actiones & ab heredibus & contra hered. incip.* Vide illa de re accuratius dissertantem Poldorum Ripam in *Comm. de Acti in mortis artic. 6. 7.*

§. Item si quis ita. 14.

Item si quis ita stipulatus erat: *Si navis ex Asia venerit, hodie dare spondes?* inutilis erat stipulatio: quia præposterè concepta est. Sed, cum Leo, inelytæ recordationis, in dotibus eandem stipulationem, quæ præposterè nuncupatur, non esse rejiciendam existimaverit, nobis placuit, & huic perfectum robur accommodare: ut non solum in dotibus: sed etiam in omnibus valeat huiusmodi conceptio stipulationis.

S U M M A R I A.

- 1 Stipulatio præposterè concepta olim invalida, hodie subsistit.
- 2 Ratio novi juris duplex.
- 3 Non subtilitas verborum; sed potius æquitas contrahentium & testamentum spectanda.

Huiusmodi stipulatio, si navis ex Asia venerit, hodie dare spondes? vel (secundum Theophil. Balduinum, Contium, Mynsinger. & alios quosdam Interpretes) si navis cras ex Asia venerit, hodie dare spondes? apud veteres inutilis erat. Ratio juris veteris ab Imperatore hæc indicatur: quia, inquit, *præposterè concepta est.* Cur autem hæc stipulatio præposterè concepta sit, si cur sit præposterè, causa hæc est: quia datio eventum conditionis præcedit: & sic ante conditionis eventum oritur obligatio; quod est præposterum. Nam recto ordine prius ut conditio existat, & posteriùs obligatio necesse est; ut liquet ex *§. sub conditione. 4. supr. de verb. obligat.* Verum Justinianus hanc stipulationem non rejiciendam esse existimavit: hoc tamen addito temperamento, ut exactio non statim, sed post conditionis demum eventum competat. *l. præposterè. 25. in fine. C. de testamentis.* Ratio huius novi juris hic tantum sumitur ab exemplo. Leo namque Imperator (cujus constitutio hodie non extat) stipulationem præposteram in dotibus probavit: veluti, si mulier marito dante dotem ita stipuletur: *Si sine liberis decessero, dotem mihi, cum moriar, dare spondes?* Quare Leonis exemplo isthac stipulatio Justiniano placuit, non solum in dotibus, sed in omnibus aliis causis, hoc est, tam in contractibus omnibus, quam in testamentis. *d. l. præposterè. 25. C. eod.* Cæterum vera novi juris ratio videtur esse eadem, quæ supra *§. proximo* est expoita: quod nimirum non subtilitas verborum; sed potius voluntas contrahentium, ut & testamentum sit spectanda. *l. unio. in fin. C. ut actiones & ab heredibus & contra hered. incip. d. l. præposterè. 25. C. de testamentis. §. ante heredis institutionem. 34. supr. de legatis.*

§. Ita autem stipulatio. 15.

Ita autem stipulatio concepta: veluti, si Titius dicat: *cum moriar, dare spondes?* vel *cum morieris?* & apud veteres utilis erat, & nunc valet. Item post mortem alterius recte stipulamur.

S U M M A R I A.

- 1 Stipulatio illa, cum moriar; vel, cum tu morieris, dare spondes? olim, & hodie recepta est: ejusque ratio.
- 2 Idque procedis hodie, tam in faciendi, quam dandi stipulationibus.
- 3 Quare stipulatio hæc, post mortem Titii dare spondes? olim valuerit, & hodie valeat.

ET si stipulatio hæc, post mortem meam dare spondes? vel hæc, post mortem tuam dare spondes? olim inutilis erat, ut dictum supr. in *§. post mortem. 13.* hoc tit. illa tamen, cum moriar, vel, cum tu morieris, dare spondes? & olim valebat, & hodie multò magis recepta est, hoc *§. nostro.* & *l. quodunque. 45. §. non solum. 3. ff. de verb. obligat.* Ratio diversitatis hæc redditur: quia his verbis, *cum moriar*, vel *cum morieris*, ipsum moriendi tempus sive momentum significatur. Hoc autem moriendi momentum, vitæ potius, quam mortis attribuendum esse, pluribus demonstrant Cujacii lib. 3. *observation. cap. 34. iniquell. in tract. de jure constituti possessorii. par. 3. limitat. 2. num. 12. Hostianus. lib. 4. enunciat. 4. & Heig. n. 2.* Non ergo impossibile veteribus videbatur hæc stipulatio, ut superiores. Et enim hac vivo dari spondetur, & vivos spondet, se daturum. Quod tamen apud veteres, ut exempla textus indicant, in dandi tantum stipulationibus procedebat. Aliud quippe erat in faciendi stipulationibus, ut apparet ex *l. ult. C. de contrah. & committ. stipul.* Has enim, cum non ita extremo vitæ momento sive articulo, adimpleri possint: veteres impossibiles esse putarunt. Sed tandem Imp. Justinianus

nianus hæc veterum subtilitates & altercationes amputavit; & omnes istas stipulationes utiles esse, & ad heredes, etiam nulla expressa & speciali heredum mentione facta, transire voluit. *l. scripturae. i. l. veteris. 13. & l. ult. C. de contrab. & committ. stipulat.* Porro dubium non est ullum: quin stipulatio hæc, post mortem Titii centum dare spondes? & olim valuerit, & hodie valeat, hoc §. nostro in fine. Si quidem illa stipulatio est in diem: qui dies non adveniat, regulæ antiquæ, de quâ expositum in d. §. post mortem. 13. supra hoc tit.

§. Si scriptum. 16.

Si scriptum in instrumento fuerit, promississe aliquem: perinde habetur, atque si interrogatione præcedente, responsum sit.

S U M M A R I A.

- 1 Instrumento, aliquem promississe: adstruente: interrogatio præcessisse, adeoque omnia solemniter peracta censentur: & quæ sit ejus ratio.
- 2 Verba cum effectu accipienda.
- 3 Interpretatio l. 1. C. de dotis promiss.
- 4 An & quatenus incerta dotis promissio valeat.
- 5 Si instrumentum asserat, placuisse vel convenisse inter contrahentes: stipulatio solennis interposita non præsumitur.

1 **Q**uia jam notum est, hunc stipulationis contractum constare interrogatione & responsione: dubitari poterat, an valeat stipulatio, si promissionis tantum sive responsionis in instrumento mentio fiat? Et ait Imp. vale: ut interrogatio, quamvis ejus in instrumento non fiat mentio, intercessisse tamen seu præcessisse præsumatur. Idemque tradit Paulus lib. 5. sent. tit. 7. de obligationib. unde hic locus ad verbum est desumptus. Hujusque ratio est: tum quia instrumentum hæc inest præsumptio, ut omnia in eo comprehensa, censeantur rite ac solemniter esse gesta. §. ultim. infr. de fidejussoribus l. sciendum. 30. l. Titia. 134. §. penult. ff. de verb. obligat. l. 1. cum ibi notatis & l. optimam. 14. C. de contrab. & committ. stipulat. l. cum præcibus. 18.

2 ibique Bald. C. de probation. Tum quia verba ex receptâ juris interpretatione cum effectu, id est, ut valeant sunt accipienda l. 1. §. 2. ff. quod quisque juris in alter. statuerit. l. penult. §. 2. ff. ne quis eum. qui in jus vocatur vi extimat. l. si se non obtulit 4. §. condemnationum. 6. ff. de re judicat. cum ergo promissio sine præcedente interrogatione sit inefficax: interrogationem rite præcessisse præsumimus: ut sic actus valeat potius quam pereat. l. quotiens. 12. ff. de reb. dubiis l. quotiens 80. ff. de verb. obligation. Gomez. tom. 2. var. resolut. jur. civ. c. 11. num. 17.

3 Neque hanc improbat sententiam Alexander Imp. in l. 1. C. de dotis promiss. ubi licet in instrumento scriptum esset, dotem fuisse promissam: nihilominus tamen Imperator rescriptis, ex eâ promissione nullam competere actionem. Inde colligi videtur, verbum promissionis in instrumento positum, non solennem & perfectam significare stipulationem. Non, inquam, hoc Alexandri rescriptum nostrum improbat sententiam. Nam respondere possumus: Imperatorem in proposito dictâ l. casu non ideo actionem denegasse, quod existimaverit, ad probandam stipulationem non satis esse, in instrumento contineri, quod dos promissa fuerit: sed idcirco, quod ex instrumento liquidò constiterit, dotem incertam sine expressione certæ quantitatis fuisse promissam. Incertæ namque dotis promissio, quantumvis solenni stipulatione facta, nullus momenti est, nullamque actionem producit, si extraneus eam promiserit, ut ex textu dictæ l. 1. videtur. Aliter se res habet, si dos incerta non ab extraneo, sed à patre, vel quodam alio, qui ad dotem constituendam tenetur, fuerit promissa. Hoc siquidem casu valere eam indubitatum est. l. cum post divorcium. 69. §. gener. 4. ff. de jure dotum. Et hæc quidem, quæ hæcenus dicta sunt, omnino militent & procedunt, quando in instrumento verbum promissæ sive spondæ est positum. Secus autem esse putatur, si in instrumento ponitur, placuisse vel convenisse inter contrahentes. Hæc enim specis solennis stipulatio interposita non

præsumitur; ac proinde ex eo instrumento, nisi alia concurrant adminicula, stipulatio probari non poterit. arg. l. lecta. 40. ff. de reb. cred. & l. qui Romæ. 122. §. 1. ff. de verb. obligat. Idque uberius explicat Carolus Molinæus in rubric. ejusdem tit. 31. & seq.

§. Quotiens 17.

Quotiens plures res unâ stipulatione comprehenduntur, si quidem promissor simpliciter respondeat, dare spondeo: propter omnes tenetur. Si verò unam ex his, vel quasdam daturum se sponderit: obligatio in iis; pro quibus sponderit, contrahitur. Ex pluribus enim stipulationibus vel quædam videntur esse perfectæ. Singulas enim res stipulari, & ad singulas respondere debemus.

S U M M A R I A.

- 1 Plurium rerum stipulatio quatenus valeat.
- 2 Non est necesse, ut in respondendo omnia repetantur, quæ stipulatur expressit.
- 3 Consideratio l. quidquid adstringenda. 99. in princ. ff. de verb. obligat.
- 4 Quæ in præfationibus dicuntur, in sequentibus repetita intelliguntur.
- 5 In stipulationibus, quæ divisionem recipiunt, utilis per mutilem non vitiat.
- 6 Consideratio §. præterea. §. supra hoc tit.

Agit hic Imperator de stipulatione plurium rerum, quatenus valeat. Exempli gratia: Stipulatus sum Pamphilum, Stichum, decem, fundum, &c. Hoc in articulo videndum est: num promissor simpliciter responderit, an quasdam ex hisce se daturum sponderit. Si ad plures res, unâ stipulatione comprehensas, promissor uno verbo simpliciter respondeat, promitto, vel dare spondeo: propter omnes tenetur. l. inter stipulantem 83. §. item si ego. 4. & l. quod dicitur. 80. ff. de verb. obligat. Et ratio est: quia non est necesse, in respondendo omnia ea repeti, quæ stipulator expresserit. §. præterea inutilis. §. in fin. supr. b. t.

Non obstat l. quidquid adstringenda. 99. in princ. ff. de verb. obligat. ubi a Cello Jureconsulto responsum est: ex stipulatione id solum deberi, ad quod promissor se palam verbis alitrinxit. Sed hoc loco promissor simpliciter tantum se promittere dixit: nec, quid promittat, adiecit. Non, inquam, obstat. Nam promissor, qui uno verbo simpliciter ad ea, quæ in interrogatione posita fuerunt, respondit: ad res singulas, in stipulationem deductas, separatim & palam respondisse intelligitur. Ea siquidem, quæ in præfationibus dicuntur, in sequentibus repetita censentur l. Titia. 134. §. 1. ff. d. in. Quid si verò promissor de pluribus rebus interrogatus, ad eas res non simpliciter promitto, sed ita, Stichum promitto, respondeat: obligatio tantum in Stichis, pro quo spondit, contrahitur. Ratio, cur stipulatio hæc Stichis valeat, est hæc: quia perfectæ est, ut indicat hic Justinianus in vers. ex pluribus, &c. Constat enim interrogatione & responsione. Reliquarum verò rerum stipulationes non valent: cum sint imperfectæ. Habent etenim interrogationem: sed non habent responsionem. Nec movet, quod hi verbis, Pamphilum, Stichum, decem, &c. dabis? dabo Stichum: una similitudo contractu videatur: ac proinde inutilis: propterea quod responsio cum interrogatione non omnino conveniat. Iis namque verbis non uno, sed plures stipulationes continentur. l. scire debemus. 29. ff. de verb. obligat. ex quibus una ad quam est responsum, perfecta est, atque ideo utilis: reliquæ sunt inutilis. Siquidem in stipulationibus, quæ divisionem recipere possunt, utilis per mutilem vitari non debet l. 1. §. sed si mihi. 4. ff. eod. l. sed si tibi. 11. ff. de stipulat. servor. Ungepair Exercit. Julian. 16. q. 7.

Hinc sententia non advertatur d. §. præterea & supr. hoc tit. ubi promissor, qui de decem aut eis interrogatus, quinque se daturum respondit, ne quidem ad quinque tenetur.

Ergo non videtur subsistere, quod dicitur stipulationem esse validam, si promissor de paucioribus rebus, quam fuit interrogatus, respondeat. Non adversatur, inquam. Nam præter veram resolutionem in d. §. præterea. adductam, & hoc forsitan non incommode dici poterit: stipulationem in dicto isto §. ideo dici inutilem, quod stipulator decem aureos mente eoque animo stipulatus fuerat, ut pauciores non reciperet. At in proposito casu stipulator non ita animum limitatum & restrictum ad res plures habuit: sed ea intentione, & eo animo plures in stipulationem deduxit, ut vel omnes, vel pauciores à promissore acciperet. Et ita dictum §. præterea. supr. hoc tit. exaudire videntur. Accursum in d. l. 1. §. si stipulanti ff. de verb. oblig. Albert. Bolognet. ad rubr. ff. d. tit. cap. 3. n. 6. & 7. Theodorus Straitman in suis annotation. legum civil. contrariet. 9. Gabriel Madaus in l. in venditionibus 9 ff. de contrahend. empt. num. 4. Joan. Marcus Aquilinus in d. l. 1. §. si quis simpliciter. ff. de verb. obligat. num. 48. & Benedictus Pinel. selectur. interpretat. lib. 2. cap. 17. num. 2. & seq. alique nonnulli, quos recitavimus in d. §. præterea. §. num. 4. supra hoc tit.

§. Alteri. 18. §. sed & si 19. &
§. versa vice. 20.

Alteri stipulari [ut supra dictum est] nemo potest. Inventæ enim sunt hujusmodi stipulationes vel obligationes ad hoc, ut unusquisque acquitat sibi, quod suâ interest: ceterum si alii detur, nihil interest stipulatoris. Planè si quis velit hoc facere: poenam stipulari conveniet: ut nisi ita factum sit, ut est comprehensum, committatur poenæ stipulatio etiam ei, cujus nihil interest. Poenam enim cum stipulatur quis: non istud inspicitur, quod intersit ejus, sed quæ sit quantitas in conditione stipulationis. Ergo si quis ita stipuletur. Titio dari? nihil agit: sed si adjecerit poenam, Nisi dederis, tot aureos dare spondes? tunc committitur stipulatio.

§. 19. Sed & si quis stipuletur alii, cum ejus interesset: placuit, stipulationem valere. Nam si is, qui pupilli tutelam administrare cœperat, cesserit administrationem contutori suo, & stipuletur rem pupilli salvam fore: quoniam interest stipulatoris fieri, quod stipulatus est [cum obligatus futurus sit pupillo, si male res gesserit] tenet obligatio. Ergo & si quis procuratori suo dari stipulatus sit: habebit vires stipulatio. Et si creditori suo quis stipulatus sit, quod suâ interest, ne forte vel poena committatur, vel prædia distrahantur, quæ pignori data erant: valet stipulatio.

§. 20. Versa vice, qui alium facturum promissit, videtur in eâ esse causa, ut non teneatur, nisi poenam ipse promiserit.

SUMMARI A.

- 1 Stipulatio alteri facta, inutilis censetur.
- 2 Inter possessionem & obligationem, alteri quærendam, differentia: hujusmodi ratio.
- 3 Nunquid ex stipulatione, alteri facta, naturalis saltem obligatio oritur.
- 4 Dicitur (potest) negativi, item affirmativi posita, quid importet.
- 5 Obligatio naturalis non est sine consensu.
- 6 Obligatio naturalis solâ æquitate naturali sustinetur.
- 7 Pacta & conventiones servanda.
- 8 Quibus casibus alteri stipulari liceat.
- 9 Si stipulationi alteri facta poena adiciatur, stipulatio valet.
- 10 Omnis stipulatio poenalis est conditionalis.
- 11 Si quis alteri stipuletur, cum suâ interest, utilis est stipulatio, & quare.
- 12 Per verbum, intersit, quid hoc loco intelligatur.
- 13 Intersit, quomodo definitur.

14 Hominem beneficio officere, interest hominis.

15 Verba in propriâ significatione accipienda.

16 Quibus modis contingat, ut intersit nostrâ pecuniariter, alteri quippiam dari.

17 Promissor si de alio promittat, non obligatur: nisi poena adjecta fuerit.

Dictum est supra in §. si quis alii. 4. hoc tit. stipulationem esse inutilem, si quis alteri stipuletur: hoc loco Imperator id exactius decidit atque declarat. ex l. stipulatio ista 38. §. alteri. 17. ff. de verb. obligationib. Nec hanc Imperatoris decisionem infringit l. c. per quas pers. nobis acquiritur. & l. traditio. 20. §. ult. ff. de acquir. rer. domin. In quibus legibus habetur: per liberam personam omnium rerum possessionem, & per hanc dominium alteri acquiri posse. Nam respondetur: in eo esse inter obligationem & possessionem alteri quærendam differentiam. Ratio differentiæ hæc est: Nemo alteri obligari potest, nisi cum detrimento quodam, & incommodo sui patrimonii, quod per obligationem minuitur. Qui igitur stipulatur alteri dari, is hoc agit, ut stipulando faciat conditionem alterius (promittentis scilicet) deteriore, non quidem ad suam utilitatem: sed illius, cui stipulatur. Hoc autem iniquum, & à ratione alienum, adeoque minimè permittendum esse, Jurisconsulti veteres censuerunt. Ceterum qui possessionem, alterius nomine sibi traditam, acceptat: alterum cum jacturâ & incommodo alterius locupletiore non reddit. Haud siquidem possessio, quam alter tradit, ex eo amittitur, quod alteri, cujus nomine acceptata est, acquiritur: sed, quod ita jure provisum sit, ut quis statim possessionem amittat, cum eam animo possidere desinit: etiam si ea alii nequaquam acquiratur. l. quod meo. 18. §. 1. ff. de acq. vel amit. poss. Et hac de re, more suo, prolixè disputat Donellus in d. l. stipulatio ista 38. §. alteri. 17. ff. de verb. oblig. n. 3. & §. itemque Bachovius in not. ad Treutler. vol. 2. disp. 27. ab. 2. lit. D pag. 817. & seq. Ac tanè hæc decisio sive regula, quâ dicitur, alteri stipulari neminem posse, adeo procedit: ut ex ejusmodi stipulatione alteri facta ne naturalis quidem obligatio oriatur, argumento dicti §. si quis alii. 4. supr. h. t. ubi, per hanc stipulationem nihil agi, traditur. Ergo ne naturaliter quidem promissor stipulatori obligatur. Idem etiam per hunc §. nostr. probari posse videtur, in quo imperator ita loquitur: Alteri stipulari nemo potest. Quæ certè dictio, potest, negativè posita ut hæc, impossibilitatem & necessitatem importat: tamen affirmativè posita necessitatem non inducat, Gloss. & Dd. in cap. 1. verb. non potest. de reg. jur. in 6. Bartol. in l. Gallus. 29. in princ. ff. de liber. & post. hered. instituend. Adde, quod ne naturalis quidem obligatio est sine consensu. l. 1. §. conventionis. 3. vers. adeo autem ff. de pact. Atqui cum eo, in quem stipulatio collata est, promissorem nihil convenisse constat, utpote cum quo nihil prorsus egerit. Itaque sine dubio ei obligari non potest. Licet verò inter ipsum stipulatorem & promissorem consensum intervenisse certum sit: tamen, quo res ipsa docet, nullus talis est consensus, ut ei detur, qui stipulatus est. Nulla igitur cum eo pactio in hoc, ut ei detur: ac proinde de eo nulla obligatio, ne naturalis quidem.

Non obstat huic sententiæ l. Stichum. 95. §. naturalis ff. de solut. ex quâ lege tale quidam ducunt argumentum: Naturalis obligatio solâ naturali æquitate sustinetur, & in eâ tanquam radice fundatur. Sed pacta & conventiones servari, est æquum d. l. 1. ff. de pact. Ergo videtur dicendum: ex illâ promissione, quâ quis non stipulatori, sed alii se datum promittit, naturalem obligationem produci. Non obstat, inquam, hæc argumentatio. Nam ad minorem respondetur: verum quidem esse in genere, quod affirmatur in d. l. 1. ff. eod. æquum esse pacta servari. At in specie propositâ nulla subest æquitas, quæ stipulationem vel pactum, quo actum est, ut alii quippiam præstetur, servandum esse dicat. Satis enim hoc ab æquitate alienum esset, si jura aliquem sine ullo suo commodo posse alium astringere, ut alteri det aliquid vel faciat, permitterent. Et hanc opinionem, utpote verissimam, post alios, defendit Zalius num. 6. cum seqq. & Donellus num. 11. in dict. l. stipulatio ista. 38. §. alteri. ff. de verb. obligat. per.

8 Premisse autem regulæ, quæ nemo alteri stipulari potest
9 duæ exceptiones hoc loco afferuntur. Prima hæc est: nisi
quis poenam huic stipulationi apposuerit, hoc modo: *Sem-
pronio dabis fundum: Et nisi dederis, mihi dabis centum?*
Quo casu committitur, id est valet stipulatio: & promif-
sor vel fundum Sempronio dare tenetur, vel si non dederit,
mihi cogitur dare centum. In hac enim stipulatione poe-
nali non inspicitur, interitum stipulatoris, an non interit,
sed quæ sit quantitas in conditione stipulationis: hoc est,
10 inspicitur; quæ sit quantitas in poenâ. Poena etenim con-
ditionaliter adici solet: & omnis poenalis stipulatio est
conditionalis §. ult. *supr. de verb. obligationib.* Atque ita
duæ hic videntur stipulationes una alteri factæ in fundo:
altera in centum poenalis, facta ipsi stipulatori: eaque va-
let utilis est; & quasi extante stipulationis conditione,
ad poenam agi potest: quam tamen promissor effugiet,
si priori stipulationi, licet per se inutili, prestat. Sed vi-
deatur *Demellus ad d. l. 38. §. alteri 17 ff. d. tit. n. 73. Et seq.*
11 *Bo. doli h. num. 1. & 2. Et Heigius num. 12. Et seqq.* Secun-
da exceptio hæc est: si quis alteri stipulatus sit, cum
sua inter sit, §. sed si quis 19. *hoc tit. l. stipulatio ista. 38.*
§. si stipuler. 20 ff. *de verb. obligat.* Hujusque exceptionis
ratio in promissu est: quia tunc non alteri, sed sibi ipsi ob-
ligationem actionemque stipulator, ratione sui interesse,
acquirat. *Ubi homo 118 §. fin. ff. de verb. obligat.* Vide
Ba. hovium in dictis not. ad *Treutler. vol. 2. disput. 27. th. 2.*
lit. F. pag. 8. 9. & Knitchildi exercitat. Acad. 6. quæst. 9.
pag. 223. Et seqq. Sciendum autem est: non quoquo modo
12 ejusque interesse. *l. fidejussoris 23 ff. de pactis.* Intelligi-
tur itaque hoc loco per verbum interesse, id quod pecu-
13 niariter interest. Desini ut enim interesse id, quod mihi
abest, & quod lucrari potui. *l. si commissi 113 ff. rem ratam*
14 *haberi.* Lucrari autem tantum illud intelligimus, quod in
15 pecuniam patrimoniumque nostrum convertitur. Nec
obstat, quod in *l. servus. 7. ff. de servis exportand.* dicitur:
hominem affere beneficio, interesse hominis. Quia in
illâ l. verbum interesse *non exgens in 28* & abusive accipitur.
16 Namque propriè id dicitur interesse, quod pecuniari er-
interest, ut ex definitione interesse jam posita videre licet.
At verba in propria significatione exaudiendi esse, omni-
bus manifestum est. *l. non aliter. 69. in princ. ff. de legat. 3.*
l. labeo. 7 §. 2. vers. id ubero ff. de suspens. legat. Con-
tingit verò duobus modis: ut interit nostra pecuniariter,
alteri quid d. *Primò si is, cui stipulati sumus, nobis de*
eâdem re reddenda sit obligatus, ut si: res ad nos reverta-
tur. Quod procedit in eo, qui procuratori suo stipulatus
fuerit. Quicquid enim procuratori datur, id ipse domi-
nus à procuratore actione mandati consequitur. *l. idemque*
10. §. si cui mandavero. ff. *mandati.* Secundò si nos ei, cui
stipulati sumus: jam autè eâ de re obligati simus. Ad
hanc speciem pertinent exempla, quæ hi in d. §. 19. de
tutore stipulante puillo, & de debitore stipulante credi-
tori suo ponuntur. Plura hujus rei exempla extant in d.
l. stipulatio ista 38 §. si stipuler. 20. Et §. seq. ff. *de verb. oblig.*
Cæterum præter istas duas, sunt & aliæ præfata regu-
17 exceptiones: quas Interpretes hic, & in d. §. si quis alii. 4.
supr. hoc tit. examinant. Quod porro de stipulatore mo-
do expositum est: non potest quem alteri stipulari, nisi
vel poena adjecta sit, vel ejus interit: idem ex adverso
etiam de promissore dicendum, Imperator subjicit hic in
§. versa vice. 20. cum nimirum, si non de se ipso, sed de
alio promittat, non obligari (sive promiserit, alium da-
torum, sive factorum) nisi poena adjecta fuerit: de quo
latius *supra in §. si quis alium. 3. hoc tit. Et d. l. stipulatio ista.*
38. §. si quis. 2. ff. *de verb. obligat.*

§. Item nemo. 21.

Item nemo rem suam futuram, in eum ca-
sum, quo sua sit, utiliter stipulatur.

S U M M A R I A.

- 1 Inutilis est stipulatio, si quis rem aliam suam futuram, in
eum casum, quo sua sit, stipulatur: ut quoque ratio.
- 2 Quod nostrum est, imponi nostrum fieri non potest.
- 3 Quibus casibus quis rem propriam recte stipulatur, remissio.

Docuit Imperator *suprà in §. item juris. 2. hoc tit.*
stipulationem rei suæ esse inutilem: hic adjicit,
inutilem quoque esse stipulationem, si quis rem alienam,
suam futuram, in eum casum, quo sua sit, stipuletur:
ut si dicat, *Fundum Cui, cum meus erit, dabis?*
Idem tradidit Paulus in *l. nemo 87 ff. de verb. oblig.* Ratio,
cur non valeat hæc stipulatio, est illa: quia tempore con-
ditionis existentis, quo obligatio nascitur, fundus ille dari
non potest. Quid ita? quia quod nostrum est, amplius
nobis dari, magisque nostrum fieri nequit. §. si itaq. discre-
tis 14. *infr. de action. §. sed si rem. 10. supra de legat.* Quam-
obrem nihil testetur, utrum res initio, id est, tempore con-
tractus mea sit; an postea, hoc est, tempore præstationis.
Hic enim locum regula vulgaris habet: stipulationem in-
cidisse in eum casum: à quo incipere non potest, de quâ
explicatum *suprà in d. §. 2. hoc tit. num. 17.* Cæterum ali-
quot casus, quibus rem quis propriam recte stipulatur,
exponit diligenter Mynsingerus hic num. 4. Et seq.

§. Si de alia re. 22.

Si de alia re stipulator senserit, de aliâ promif-
sor: perinde nulla contrahitur obligatio, ac si ad
interrogatum responsum non esset: veluti, si ho-
minem Stichum à te quis stipulatus fuerit, tu de
Pamphilo senseris, quem Stichum vocari credideris.

S U M M A R I A.

- 1 Stipulatio propter errorem rei, ac dissensum contrahentium vi-
tiatur.
- 2 Error nominis & materia non vitiat stipul. in rem.
- 3 Scito est in emptione: Et quæ sit ratio differentia.

Si erraverint stipulator & promissor in re sive corpore: I
nulla contrahitur stipulatio, hoc §. nostro. *l. inter stipu-
lantem. 83 §. 1. Et l. continuus. 137 §. 1. ff. de verbor. obligat.*
Ratio est perspicua: tum quia diversitas relationis sti-
pulationem annihilat: quam rationem indicat Imperator
hic in verbis: perinde nulla contrahitur obligatio. Et c.
Tum quia contractus omnes consensu debentur: ac
proinde dissensu & errore variantur. *l. 1. §. conventionis.*
ff. de pact. l. 1. §. 1. l. 2. l. 3. §. 1. l. in omnibus rebus. 55.
Et l. in omnibus negotiis. 57 ff. de oblig. Et actionibus. At-
que hæc quidem de errore corporis tantum intelligenda
sunt. Nam error nominis stipulationem non vitiat: ut,
dabis mihi servum tuum Pamphilum? labo: utilis est sti-
pulationi: etiam si servus non Pamphilus, sed Mævius
venerit. *l. si in nomine 32. ff. de verb. obligat. l. in ven-
ditiombus 9. §. 1. ff. de contrah. empt.* Error quoque ma-
teriae sive qualitatis non vitiat stipulationem. *l. si gratis*
si stipuletur à Sempronio nummum aureum, ut puerum
cum rev. à se esset æreus: stipulatio valet: quoniam in cor-
pore consensus. quavis Sempronius promissor, si sci-
ens me fecerit: de dolo teneatur. *l. si id, quod aurum 22.*
*ff. de verb. obligat. ibique Zasius, Duarenus, Alciatus Et Do-
nellus.* Quocirca error non nominis, error non materiae seu
qualitatis, sed corporis, stipulationem vitiat velut, si sti-
puletur quisquam à Titio Stichum, & promissor nabat
duos Stichos nigrum & album: & nigrum intelligat sti-
pulator, promissor album: non subsistit stipulatio: quia
ut ante monitum, stipulatio exemplo cæterorum contra-
ctuum utriusque consensu perficitur. *l. l. inter stipulantes.*
81 §. 1. Et d. l. continuus. 137 §. 1. ff. *de verb. obligat.* Ac non
consentunt qui errant. *l. si per errorem. 15. ff. de iur. diti.*
l. 2. in princ. ff. de judic. l. nihil consensit. 16 ff. de reg. jur.
Quia in re stipulatio ab emptione & venditione non nihil
discrepat. Etenim in emptione contrahenda nihil profue-
rit, contrahentes in corpore consensisse, si in materia vel
qualitate seu substantia erratum sit: puta si quis æreum
pro auro, vel plumbum pro argento, d. *l. in venditiomb.*
9. ult. Et legibus ipse legi. ff. *de contrah. empt.* Ratio diffe-
rentiæ, cur (inquam) error in materia venditionem vi-
tiet, stipulationem non item, hæc est: quia in stipula-
tione interest stipulatoris, ut res saltem sit in obligatio-
ne. At in emptione interest emptoris, qui vicissim
ad pretium obligatur: ne ullo modo in ære vel plumbo
quod

quod pro auro, vel argento venditum est emptio consistat, ita sentit Cujac. in d. l. si id, quod aurum. 22. ff. de verb. obligat. § lib. 2. observat. c. 4. Petr. Augustin. Morla in empor. jur. part. 1. tit. 9. in premiss. n. 18. § seqq. Gaddem in Comment. de contrah. § committ. stipulat. c. 3. conclus. 4. num. 20. cum seqq. Rorcholt. hic n. 4. § in Comment. de verb. obligat. cap. 5. num. 74. § multis seqq. § nonnulli alii, quos citavimus infra ad principium tit. de empte. § vendit. n. 18.

§. Quod turpi. 23.

Quod turpi ex causa promissum est: veluti, si quis homicidium vel sacrilegium se facturum promittat: non valet.

S U M M A R I A.

- 1 Stipulationes turpes, & contra bonos mores, nullius momenti sunt.
- 2 Turpia in iure comparantur impossibilibus.
- 3 Quae stipulationes dicantur turpes.
- 4 Turpe est, pro eo pecuniam accipere, quod facere gratis aliquem oportet.
- 5 Inbrogium est, vinculo pene matrimonii obstringi.
- 6 Alterius hereditatem stipulari non licet.
- 7 Advocatus ex contractu liti certam partem lucri stipulari nequit.
- 8 Ex stipulatione turpi, nec obligatio, nec actio oritur.
- 9 Stipulatio turpis aded vitatur: ut licet appositum sit iuramentum, tamen non subsistat.

Generaliter stipulationes turpes, vel contra bonos mores, nullius momenti sunt, l. generaliter 26. cum l. veluti seq. ff. de verb. obligat. l. ex eo. 4. C. de inutilib. stipulat. § hoc §. nostro. Eiusque ratio est: quia turpia in iure comparantur impossibilibus. l. filius. 1 § ff. de condit. insti. l. non solum. 31 ff. de oblig. § act. l. si stipulor. 35. § l. si fugit. 123. ff. de verbor. obligat. Turpes autem & contra bonos mores, adedque inutiles & nullius momenti, sunt primò hæc stipulationes, quibus quid, quod per se & naturā turpe est, promittitur: veluti, si quis homicidium vel sacrilegium se facturum promittat: quæ sunt exempla huius §. § di. de l. veluti. 27. ff. d. tit. Deinde turpis hæc est stipulatio, cum alicui promittitur pecunia, ne maleficium designet, l. iuris gent. 7 §. si ob maleficium. 3. ff. de pactis. Huius ratio est: quia hoc ipsum turpe est, pro eo pecuniam accipere, ut a maleficio temperet: quod facere suā sponte & gratis unumquemque oportet, arg. l. 2. § ult. ff. de condit. ob turp. vel injuriam causam. Præterea & illa stipulatio turpis non sine ratione censetur: cum quis penam ab aliquo stipulatur, si illam uxorem non duxerit, aut si ab ea, quam duxerit, divortietur: siquidem inhonestum visum est, vinculo pene matrimonii obstringi, sive futuro, sive jam contracta inquit Paulus in l. Titia. 134. in fine principii. ff. de verb. obligat. Quò etiam pertinet l. 2. C. de inutilib. stipul. Denique turpes existimantur stipulationes, quæ quidem per se turpes non videntur: sed tamen per accidens in se delicti illecebram habent. Talis stipulatio est, quæ quis sibi alterius hereditatem deferri stipulatur. l. stipulatio hoc modo. 61 ff. de verb. obligat. Quæ si valere cõperit, quia ejus emolumentum ex morte promissoris pendet, etiam votum & captationem mortis promissoris afferet, quò citius hereditate potiri liceat, arg. l. fin. C. de pact. § l. de fideicom. misso. 1 l. C. de transactioib. Talis item habetur stipulatio ad vocati, quæ is ex eventu liti certam partem lucri sibi a cliente suo dari stipulatur l. salarium. 7 ff. mandati. l. sumptus. 53. ff. de pact. l. 1 § si cui. 12. ff. de var. § extraordinarius. Cognit. Cum igitur istiusmodi stipulationes non valeant, per hunc §. nullum. & inutiles, nulliusque momenti sunt, d. l. generaliter. 26 § d. l. stipulatio. 61. ff. de verb. obligat. consequens est, nec actionem aut obligationem inde oriri. d. l. iuris gentium. 7 § si ob maleficium. 3. ff. de pact. l. non dubium. 5. C. de legib. § d. l. ex eo. 4. C. de inutilib. stipulat. Quapropter erronea videtur Cujacii in d. l. generaliter. 26. ff. de verb. obligat. & aliorum quorundam opinio, existimantium, turpes stipulationes non ipso iure inutiles esse: sed modo iure valere & opo tantum exceptionis infirmari. Quos copiosissime refutat Donellus in d. l. generaliter. 26. § 4 ff. eodem. Arumhus disput. 22. ad principium l.

Pand. l. 8. Pacius Cent. 7. evayrio Phryz. quest. 28. hosque referens D. D. Besoldus in deliberatis jur. ex lib. 43. ff. quest. 5. pag. 169. Adeo autem ratione turpitudinis stipulatio vitatur: ut, etiamsi appositum sit iuramentum, nullas omnino vires stipulatio recipiat. d. l. iuris gentium. 7. §. § generaliter. 16 ff. de pactis. c. non est obligatorium. 58. de reg. jur. in 6. Schneidevvin. hic num. 3. Nulla etenim religio est, quā turpiter facere obstringamur: estque hic Deo gratior prævaricatio, quā obedientia: vel, ut ait Justinianus, huiusmodi transgressio magis placet Deo, quā n. iurisjurandi observatio. Novell. § 1. in præfatione, post medium.

§. Cum quis. 24.

Cum quis sub aliquā conditione stipulatus fuerit: licet ante conditionem decesserit: postea existente conditione heres ejus agere potest. Idem est & ex promissoris parte.

S U M M A R I A.

- 1 Stipulatio conditionalis ad heredem transi: legatum conditionale non item.
- 2 Quæ sit differentia istius ratio.

In conditionalis stipulatione, si ante conditionis eventum sive stipulator, sive promissor moriatur: nihilominus eorum heredes & convenire, & conveniri possunt, hoc §. nostro § l. si quis 57. ff. de verb. oblig. Aliud est in legato conditionalis. l. legata. 41. ff. de conditionib. § demonstrat. l. is, cui 42. ff. de obligat. § actionib. l. 4. § 5. ff. quando dies legator. vel fideicommissor. cedat. l. que legata. 48. ff. de reg. jur. Ratio differentie inter legatum & stipulationem hæc est: quia stipulatio conditionalis jam ab initio est aliquid: legatum conditionale non item. Rationem rationis exposuimus supra in § sub conditione. 4. de verbor. obligationibus. num. 10. 12. § seq.

§. Qui hoc anno. 25. & ultimus.

Qui hoc anno, aut hoc mense dari stipulatus est: nisi omnibus partibus anni, vel mensis præteritis, non rectè petet. Si fundum dari stipuleris, vel hominem: non poteris continuò agere: nisi tantum spacium præterierit, quo traditio fieri possit.

S U M M A R I A.

- 1 Si tempus stipulationi sit adjectum differentie solutionis gratiæ, ante tempus elapsum agi nequit.
- 2 Promissum in annos singulos, in principio cuiusque anni peti potest.
- 3 Quamvis stipulatio pura sit: tamen tantillum temporis inest, quanto traditio fieri possit.
- 4 Quod de stipulatione dandi hoc loco statuitur: idem etiam de stipulatione faciendi intelligendum est.

Hic locus ad verbum ex Pomponii responso est descriptus. l. qui hoc anno. 42. ff. de verb. oblig. Cujus sententia hæc est: si tempus stipulationi adjectum sit, differendæ solutionis gratiæ: ante totum tempus elapsum agi non possit. Et quod hic dicitur: eum, qui hoc anno, aut hoc mense dari stipulatus est: nisi omnibus partibus anni, vel mensis præteritis, non rectè petere: idem quoque procedit, si in annum, aut in duos, tres vel plures annos: item si proximo mercato dari stipulatus fuerit l. si annos. 49. ff. de conditionib. § demonstratio. l. eum, qui. 138. ff. de verbor. obligat. Secus est, si quorannis, vel annos singulos, vel annum aliquid quis promiserit. Nam ab eo in principio statim cuiusque anni peti poterit: ut uberius explicatum est in §. ut si ita stipuleris 3. supra, de verb. obligat. Quæ autem huic §. contrariari videntur, abunde illius Myningerus hic mon. 2. 3. § 7. Tandem Justinianus Imp. in calce huius tituli subnectit: eum, qui fundum vel hominem dari stipulatur, non continuò agere posse.

posse. Quamvis enim hæc stipulatio pura sit: & ideo confestim agi posse videatur. §. omnis stipulatio. 2. *supra de verbor. obligat* id tamen benignè, & cum aliquo temperamento temporis intelligendum est. Neque enim cum sacco statim creditor venire debet, *auctore Paulo in l. quod dicimus. 105. ff. de solutionib.* Illud igitur tempus expectandum est, quo executio stipulationis, id est, traditio commodè fieri possit. *l. interdum. 73. ff. de verbor. obligat.* §. loca. 5. *supra dicto jam tit. ubi id declaravimus fusiis.*

4 Quod porrò hic de stipulatione dandi affertur: idem etiam de stipulatione faciendi statuendum, Venulejus IC. respondit: ut videlicet tantum temporis illi stipulationi inesse intelligatur, quo factum promissum præstari queat. *l. continuus. 137. §. cum ita stipulatus. 2. & §. seqq. ff. de verborum obligationibus.*

DE FIDEJUSSORIBUS.

TIT. XXI.

Principium Tituli.

Pro eo, qui promittit, solent alii obligari, qui fidejussores appellantur: quos homines accipere solent, dum curant, ut diligentius sibi cautum sit.

SUMMARI A.

- 1 Ratio ordinis.
- 2 Dispositio tituli: eaque à D. Boceri reprehensione vindicatur.
- 3 Fidejussor quis dicatur.
- 4 Inter sponsorem & fidejussorem differentia: item præ unde dictus.
- 5 Expromissor quis.
- 6 Constitutor quis.
- 7 Mandator quis.
- 8 Fidejussor quid promittat.
- 9 Factum alienum promittitur inutiliter.
- 10 An fidejuberè omni jure sit licitum.
- 11 Pignus, pro securitate cujusvisque contractus, necesse per-mittitur.
- 12 Sine commerciis Respublica subsistere vix potest.
- 13 Contractus & commercia jure gentium introducta.
- 14 Fidejussoris actum pium: & cum humanitate conjunctum esse, exemplis sacris docetur.
- 15 Unus qui que non minus proximum, quam se ipsum diligere jubetur.
- 16 Explicantur quedam sacra Scriptura loca.
- 17 Syracides quid de fidejussoribus sentias.
- 18 Abusus rei substantiam non solvit.
- 19 Nemo re sua abuti debet.
- 20 Qui ibet rerum suarum moderator & arbiter.
- 21 Petens fidejussorem confidit in carnem, adeoque in hominem instabilem.
- 22 Omnis spes in solo Deo collocanda.
- 23 Quam sollicitudinem Deus prohibeat.
- 24 Nemo cum sui damno alteri benefacere cogitur.
- 25 Domesticorum cura habenda.
- 26 Fidejussores in causa dotis non rectè accipiuntur.
- 27 Pupilli & præfides provinciarum mutuo dare non possunt.
- 28 Quod non est prohibitum, censetur permissum.
- 29 An is, qui juravit, se de fidejuberè, deinceps absque perjurio fidejussionem subire queat.
- 30 In necessitatibus proximo semper subveniendum.
- 31 Juramentum temerarium non est obligatorium.
- 32 Juramentum ad casum omnium & incogitata non extenditur.
- 33 Jurans, se amplius mercatorem esse nolle, quatenus nihilominus mercaturam exercere possit.
- 34 Jurans, se non fore magistratum, nihilominus magistratu fungi poterit.
- 35 Jurans non revelare arcanum sibi commissum, quando illud detegere teneatur.
- 36 Qui lege permittente aliquid facit, peccare non censetur.
- 37 Quæ persone fidejuberè possint, vel non.
- 38 Pupilli & minores quando pro aliis rectè intercedant.
- 39 Militis cur fidejuberè nequeant.
- 40 Clerici quatenus ad fidejussionem idonei: ibique D. Boceri obsequentia resulantur.
- 41 Femina an pro aliis intercedere possit.
- 42 Mulier exceptione senatus-consulti Vellejani siti potest bonæ conscientiæ.
- 43 Contra juri prohibitionem factum, non debet esse ratum.
- 44 Leges prohibitorias, in foro etiam conscientis, servanda.
- 45 Deus politias, & earum ordinationes rationabiles approbat, clare possit.
- 46 Utroque beneficio senatus-consulti Vellejani mulier renun-tiare possit.
- 47 De isto beneficio mulier in specie certioranda.
- 48 Unicuique sacra pro se introductio renuntiandi permittitur.
- 49 Femina naturalis timor & avara.

- 50 Donatio mulieris loco miraculi habetur.
- 51 Quæ publici juris sunt, pactis privatorum tolli nequeunt.
- 52 Quis contra legem facere dicatur, ibique nonnullis instan-tiis occurratur.
- 53 Quæ in fraudem senatus-consulti Vellejani excogitata probare possunt, rata haberi non oportet.
- 54 Quid dicatur in fraudem leges fieri.
- 55 Quæ sit tacita sententia legis.
- 56 Ad objectionem responderetur.
- 57 Alii objectioni occurratur.
- 58 Mulier, mediante piramento, renunciandi beneficio sena-tus-consulti Vellejani, non juvatur.
- 59 Juramentum est loco certiorationis.
- 60 Mulier enormiter lesa contravenire potest renunciationi, non obstante juramento.
- 61 Quibus casibus mulieri, pro alio fidejuberenti, non succur-ratur.
- 62 An minus idoneum fidejussor recipiens, eum approbasse videatur.
- 63 Minus idoneus fidejussor imò assimetur.
- 64 Si fidejussor ab initio locuples datus, ex post-facto non sol-vendo effectus fuerit: num debitor alium idoneum fi-dejussorem dare teneatur.
- 65 An is, qui fidejussor dare teneatur, dando pignora libe-retur.
- 66 Aliud pro alio creditori invito præstari nequit: & num. 65.
- 67 Plus cautionis in re, quam in persona.
- 68 Illud, quod mihi non nocet, & alteri prodest, benignè præstandum.
- 69 Ordinata charitas incipit à se ipso.
- 70 An creditor fidejussorem acceptum dimittere, & alium æquè idoneum acceptare cogatur.
- 71 Consideratio l. si mandato. 45. §. 2. ff. mandato.
- 72 Debitor aliud pro alio solvendo non liberatur.
- 73 Quatenus creditor dimittere debitorem teneatur.
- 74 Quatenus creditor debitori gratificari debeat.
- 75 Regula (quod tibi non nocet, & mihi prodest, faciendum tibi incumbit) quando locus non habeat.
- 76 An & quatenus fidejussor oblatus sit idoneus, in facto con-sistit, & tractu demum temporis explorari potest.
- 77 Mens & intellectus l. 2. §. locum. 8. ff. de religiof. & sumpt. fuser.

Cum obligatio fidejussionis non aliter, quam verbis contrahatur, nec sine stipulatione fiat, etiam si obligatio principalis, cui accedit, re aut literis, aut consensu ineatur. l. 1. §. verbis. 7. cum §. seqq. ff. de oblig. & actionib. l. blanditus 12. C. hoc tit. merito ea ad verborum obligationes, de quibus superioribus titulis expositum, refertur. Primò autem explicat Justinianus Imp. quid sit fidejussor, quæve sit causa fidejussionis finalis, in hoc principio. Deinde de materia circa quam versetur, & quibus obligationibus accedere possit fidejussor, tractat. §. 1. Tertio, formam & effectum fidejussionum, quomodo nimirum contrahantur, & quatenus ex his fidejussores obligentur, promissive explanat. §. 2. 3. 4. & seqq. Dominus Collega Bocerus hic num. 23. pag. 304. aliam hujus Tituli dispositionem tradit, eamque pro suo more mirè commendat, quasi hujus tituli complexum uberius, & perspicue magis explanet. Equidem, si propositæ hujus tituli dispositio à me esset inventa atque excogitata: eam nullatenus laudarem: cum probè sciam, eos tantum se ipsos collaudare consuevisse, quos gloria vexat inanis. At quoniam ea est ipsius Justiniani Imperatoris; sicuti ex singulis Paragraphis ad oculum demonstrari potest: omnino eam, ceu satis perfectam & sufficientem, retinendam puto. Contrà, non video, qui arrogantiæ & temeritatis opinionem effugere valeant, qui ipsius Imperatoris operam culpæ atque damnare audent. Fidejussor largâ significatione omnis is dicitur, qui alterius obligationem suscipit, & fide suâ (hoc est, periculo & præstatione. l. Lucius. 24. ff. hoc tit.) esse jubet: unde & fidejussor dictus, sive sit fidejussor simplex, sive mandator, sive constitutor: sive expromissor, ut tradit *disertus Wesenbec, in Paratit. ff. eod. n. 2.* Sed propriè loquendo fidejussor appellatur ille, qui per solemnem stipulationem, ad majorem creditoris securitatem, pro principali debitore ita se obligat, ut obligatio principalis nihilominus duret, salva sit, que maneat, argum. hujus prim. §. ult. *infr. de replicat. d. l. 1. §. sed aut proprio §. ff. de obl. & act. l. Titius. 54. in fin. ff. ad SC. Trebell. l. reos. 23. & seqq. C. hoc tit. Qui & sponsor, maxime à veteribus, & in jure nostro adpromissor vocatur. l. sup. §. §. sus. accept. 2. ff. de verb. obl. l. m. omni. 43. ff. de solu. l. f.*

vero. 64. §. sed. §. 4. ff. solut. matrim. Cicar. libr. 1. §. 12. §. 16. ad Attic. Quintilian. declamat. 273. Seneca lib. 3. de beneficiis. cap. 15. Cujas. in Nov. 4. circa finem, Pardulph. Præter. in Lexic. verb. sponso. §. verb. sponsores. Guilielm. Forner. in l. sponso. 7. ff. de verb. signific. c. Gadd. in Commentar. de contrah. §. commit. stipulat. c. 5. conclus. 5. n. 16. 24. §. 31. Arumæus Exercit. Justin. 13. sub thes. 11. Rober. disput. ad Institut. 16. th. 1. lit. b. Heigius hic num. 2. Anton. Heringius in tract. de fidejussorib. v. 3. num. 30. §. cap. 4. num. 65. Vide Doringium in Bibliotheca Jurisconsultorum. tom. 1. in verb. ad promissor. num. 1. cum seq. fol. 679. §. seqq. Tameſi ple. rique opinentur, inter sponsores & fidejussorem hanc esse differentiam: ut sponso dicatur, qui sua sponte, & non rogatus pro alio intercedit: fidejussor vero: qui rogatu live mandatu alterius intercedere solet. Accurs. in d. Novel. 4. Andr. Barbat. consil. 87. num. 14. vol. 3. Joan. Brechais in d. l. sponso. 7. ff. de verb. signif. Alciat. lib. 1. Parerg. cap. 2. Foucatul. in Necyomant. dialog. 58. num. 5. Bartol. Bertazolinus in tractat. clausul. instrument. claus. 39. gl. 1. num. 5. Valent. Franc. in tract. de fidejussoribus. cap. 1. num. 21. §. 23. Mynfinger. hic num. 5. Schneidevovius num. 47. alique quos refert & refutat Heringius d. cap. 3. num. 32. §. seqq. Præter quoque idem valet, quod fidejussor, dictus quasi præsens, ut innuit Cujasius in Paratit. C. hoc tit. vel à præstando: quia tam debet præstare, quod promittit, quam is, pro quo præstus factus est, Varro lib. 4. §. 5. de ling. Latina. Hinc illud vulgatum: prædibus & prædiis cavere. Rittershus. hic pag. 453. Quamquam porro fidejussori similes sunt expromissor, constitutor, & mandator: ab illo tamen hos differre certum est. Nam expromissor (qui alias etiam repromissor dicitur) ille nominatur, qui alienæ obligationi non accedit, ut fidejussor: sed novam principalem init, & reo liberato se solùm ejus loco adstringit. l. §. eleganter. 7. §. servus ff. de dol. mal. qui libertinus. 37. §. ult. ff. de operis libertor. l. ut res. 53. ff. de contrah. empt. l. si quis. 4. ff. de cond. caus. dat. l. fin. ff. ad SC. Macedon. Francisc. Comm. lib. 6. Commentar. jur. civil. cap. 6. num. 2. Vultejus in hoc princ. num. 5. Hilliger. in Donell. enucleat. lib. 15. cap. 48. lit. a. Idque copiosissime differit. Heringius d. cap. 4. n. 21. §. multis seqq. Constitutor nuncupatur, qui per nudum pactum vel epistolam constituit, se soluturum, quod alius jam debet. Semper enim obligationem principalem sequitur. l. 1. §. an potest. 5. §. §. seq. l. quidam. 26. ff. de pecun. constitut. Duaren. ad tit. ff. de fidejussoribus cap. 1. in fin. Schneidevovius hic num. 6. Francus d. tract. de fidejussorib. cap. 1. num. 24. Mandator denique is proprie est, qui alteri mandat, vel ut fidejubeat pro se, aut alio. l. si mandaverit. 22. in princ. ff. mand. vel ut pecuniam alicui alteri credat, vel negotia gerat. l. si quis alicui. 27. in princ. ff. d. tit. Hippolyt. de Marfil. in Rubr. de fidejussorib. num. 3. §. 6. late Gaddus in d. Commentar. de contrah. §. commit. stipulat. c. 5. conclus. 5. num. 19. §. seqq. Vide de prædictis exquisitis agentes, Bachovium in suis not. ad Treutler. volon. 2. disputat. 23. th. 1. lit. A. pag. 887. cum seqq. Philippus Knipschildt exercitat. Acad. 7. th. 2. §. 3. pag. 242. cum seq. Richterum in tract. de contrah. disput. 8. th. 1. sub lit. a. pag. 190. cum seq. & Hunnium inibi in suis resolut. quest. 2. 3. 4. §. c. pag. 275. §. seqq. itemque Pyrrhum Maurum Aretionum in tract. de fidejussorib. cap. 1. 2. 3. §. seqq.

8 Sed hujus principio nostro, ex quo patet, fidejussorem appellari, qui pro aliis promittit & obligatur, adversari videtur. l. item. 65. ff. hoc tit. ubi dicitur, fidejussorem promittere debere, se quid daturum vel facturum. Ergo fidejussor non alieno, sed suo nomine obligatur. Verum respondetur: fidejussorem quidem ita promittere debere, se daturum vel facturum: sed subintelligi, si reus principalis non det, non faciat. Itaque fidejussor sic promittens, nihilominus obligatur nomine alieno. l. 1. §. sed aut proprio. 8. ff. de obligationib. §. adionib. Cur autem fidejussor promittere debeat, se daturum, vel facturum, non vero, reum principalem daturum vel facturum, aut cur sic mutetur sive frustra promittat, d. l. item. 65. ff. hoc tit. ratio hæc est, quia fidejussor promittens, reum principalem daturum vel facturum, promittit factum alienum. Id autem mutatur promittitur, auctore Hermogeniano in d. l. 65. in fine ff. eod. At promittit fidejussor, ut ille se rei prin-

cipalis nomine soluturum. Sic etenim factum suum promittit. l. si ita stipulatus. 97. §. 1. ff. de verb. obligat. Theodor. Marcul. hic, pag. 489.

Cætetum priusquam ad explicationem §. 1. & sequentium descendamus: dispiciendum est, & inquirendum: an fidejubeat, adeoque fidem suam pro alio interponere, jure tum divino, tum humano permittitur? Et non obstante Conradi Pellicani, Theologi Tigurini: ad cap. 6. pro verb. & quorundam aliorum delirio, utroque jure fidejussionis actum licitum esse, omnino statuendum est. Etenim vel ex hoc ipso, cujus interpretationem modò in nomine Domini aggressi sumus, titulo (cui respondet tit. ff. §. Cod. §. Novell. 4. de fidejussorib.) evidentissime constat: fidejussionem non solum actum honestum & licitum, verum etiam in usu commerciorum & vitæ communi valde necessarium esse. Si enim aliter res se haberet: sacratissimi Imperatores, & Jurisconsulti omnes omnem operam lussissent, qui tam varias constitutiones & leges de hac fidejussionis materia, diligentia & vigilantia incredibili promulgant: tot tamque salutaria fidejussoribus media, quibus adversus importunam, & plusquam sanguinolentam creditorum exactionem sese tueri nonnunquam possent, concesserunt. Sed & idem jus Canonicum confirmat. tit. de fidejussorib. Nam quamvis ibi Clerici ex speciali ratione fidejubeat prohibeantur, ut dicitur infra num. 40. laicis tamen id omnino permittum esse, liquet ex cap. fin. eod. ubi tres ponuntur casus, quibus fidejussor contra debitorem agit, antequam solvat, ut à fidejussione liberetur. Unde manifestum sit, quod fidejussio quædam valida præcesserit, à qua istis casibus fidejussor liberetur. Knipschildt d. exercitat. 7. quest. 1. pag. 252. Deinde dubium non est ullum, quin pro securitate cujuscunque contractus pignus necesse permittatur. l. res hypotheca. 5. ff. de pignorib. §. hypothec. l. legata. 9. §. ult. ff. de suppellect. legat. Ergo & fidem pro securitate cujuscunque obligationis necesse interponi; posse, non dubitandum est. §. 1. infra hoc tit. l. 1. §. l. Græc. 8. §. generaliter. 6. ff. eod. Nulla quippe ratio luculenta dicat, cur fidejussionis contractus non æque, ac pignoratitius permitti sustinerique debeat. Præterea absque Reipublicæ ruinâ & interitu commercia tolli aut impediti nequeunt: utpote sine quibus ipsa Respublica subsistere vix, ac ne vix quidem potest, arg. l. quod si minor. 24. §. 1. ff. de minorib. l. cum plures. 12. §. 1. ff. de administrat. §. peric. tutor. Unde contractus atque commercia non solum utilitate suaudent; sed & necessitate exigente, jure omnium gentium introducta esse, post Hermogenianum l. c. in l. ex hoc jure §. ff. de justis. §. jur. alitru Justinianus Imper. in §. sed jus quidem. 2. vers. jus autem gentium: supr. de jur. natur. gent. §. civ. Atqui tollerentur è medio, aut certe impederentur contractus & commercia, si fidejussio omnis tolleretur. Siquidem nemo facile reperiretur, qui egenti & inopi homini sine fidejussore crederet, cum in commerciis fidem haberet. Adhuc exemplis, ex Sacra Scripturâ petitis, satis decemur: fidejussionis actum & pium & cum humanitate conjunctum esse. Nam Genes. cap. 42. v. 37. §. 6. 43. v. 9. cum Josephi fratres, Jacobi Patriarchæ filii, fratrem suum natu minimum (Benjamin) prout jussi erant, Josepho sistere & secum abducere vellent, Jacobus verò repugnaret: Ruben, & Judas si tem suam pro Josepho interposuerunt, seque Jacobo patri sponſione obligarunt. Sic & Timotheus captus Dositheo & Solipati fidejussorem dedisse perhibetur. lib. 2. Machabæor. c. 12. v. 24. §. 25. Sic quoque Sannitaricus ille apud Lucam c. 10. v. 35. pro eo, qui in latrones inciderat, ab iisque vulneratus erat, fidem suam apud hospitem interposuisse censetur, inquit: si non illius habu, §. quodamq. supererogaveris, ego cum rediero reddam tibi. Similiter Divus Apostolus Paulus in Epistola ad Philemonem. v. 21. fidem suam pro servo fugitivo Onesimo interposuit. Quod sanè vas illud electionis nequitiam fecisset: si id vel à pietate alienum, vel verbo Dei contrarium fuisset. Denique unusquisque non minus proximum, quam se ipsum diligere, eique in angustis & necessitatibus succurrere jubetur. Lev. 19. v. 18. Marc. 12. v. 31. Rom. 13. v. 9. Galat. 5. v. 14. Jacob. 2. vers. 8. Proverb. c. 24. v. 11. §. 12. Sic itaque proximus à creditoribus urgeatur vel prematur: aut verò pecuniâ indigens

sine sponforibus mutuam accipere nequeat: charitas utique & dilectio proximi suadet, eum necessitate & egestate pressum juvari. Atque hanc, cum vicissimam sententiam, amplectuntur Carolus Molinæ in tract. commerciorum, & usurarum, &c. quæstion. 32. num. 253. Francus d. tract. de fidejussorib in prolegom num. 11. & seq. Petrus Augustin Morla in Euporio. jur. part. 1. tit. 8. quæst. 25. num. 34. hosque laudans Antonius Hering. d. tract. de fidejussorib. cap. 1. num. 20. & novissimè Helfricus Ulricus Humius libr. 3. variar. resolut. jur. civil. tractat. 5. quæst. 1. item in dictis resolut. ad Treutler. vol. 2. disputat. 28. thes. 1. quæst. 1. pag. 173. & seq.

16 Cui primò non obstat, quòd sapientissimus Rex Salomon fidejussionem disertè prohibere videtur, Proverbior. cap. 6. vers. 1. & 2. cap. 17. vers. 18. cap. 22. vers. 26. & 27. Et enim allegatis in locis Rex Salomon verè charitatis & fidejussionis officia haud omnino improbat: sed incommoda solummodo sponforum temerariarum & inconsultarum exaggerat; monetque imprudentes & rerum imperitos patresfamilias, ut sponfori pro alio, nihil temerè aut inconsideratè agant, ne se suosque in præsentissimum facultatum suarum periculum præcipitent: quemadmodum rectè illic ex Patre suo, Luca Osiandro, annotavit. Andreas Osiander, Universitatis Tubingensis olim Cancellarius

17 Secundo minùs obstat, quòd legitur apud Syracidem. cap. 29. vers. 24. & 25. his verbis: Repromissio nequissima multos perdidit diligentes, & commovit illos, quasi fluctus maris. Viros potentes gyrans migrare fecit, & vagati sunt in gentibus alienis. Nam & Syracides fidejussione homini christiano nequaquam interdicit: sed de immanis tantum, nimis frequentibus, & inconsultis fidejussionibus loquitur. Quòd enim fidejussionem in universum non tollat: satis clarè ex eo liquet, quòd pulcherrimo encomio in d. cap. 29. vers. 19. ornat illum, qui pro amico & proximo fidem suam interponit, virum bonum illum vocans, & monens debitorem, ne gratiæ fidejussoris obliviscatur, cum pro ipso dederit animam suam. Et quamquam aliquando fidejussio cum summo rei familiaris detrimento conjuncta est: id tamen potius debitoris vel perdidit, vel inopia, sicque casui fortuito, quam vicio hujus contractus est tribuendum. Abusum autem rei subfractum non tollere, tralatitium est, teste Joanne Goropio Beccano in Beccasilanis. libr. 1. pag. 17. eumque citante Heringio d. c. 1. num. 39. Nihil igitur aliud Salomoni & Syracidi propositum fuit, quam ut detererent homines à nimis frequenti & inconsulta fidejussione:

— quam semper adherens

Infelix humili gressu comitatur egestas.

Ut canit Claudian. lib. 1. in Rufinum. Et elegantissimè Ausonius pag. 49.

— Sponde, noxa tibi prelo est:

Per mille passim currere exempla, ut probem,

Prædes vadesque penitudinis reos:

Sed nolo quenkum nominatim dicere.

Sibi quisque vestrum dicat, & secum putes:

Spondere quantum fuerit. & damno & malo.

19 Tertiò non obstat, quòd nemo re sua abuti, eamve dilapidare debeat: & Reipubl. interfit, ne quis patrimonium suum abliguriat, nevé rem suam culpa aliqua minorem faciat. §. sed & major. supr. de his, qui sui vel alium jur. sunt. l. sed & si 25. §. consultuit. 11. ff. de petis. hereditat. Sed pro aliis fidem suam obstringere & obligare, nihil aliud est, quam dilapidare, reque sua abuti; ut, post alios scriptum reliquerunt Robert. Marant. disputat. 6. num. 13. Cephalus consil. 219. num. 26. lib. 2. Gail. lib. 2. observat. 83. num. 15. & Fulvius Patianus. lib. 1. de probat. cap. 54. num. 81. & sequent. Nam responderetur primò: quòd falsum sit: eum, qui si fidejuberet, donare aut dilapidare, l. 1. §. si fidejussit. 19. ff. si quid in fraudem patroni factum sit. Quin, etiam si quid solvit, actione mandati repetere poterit, ut patet ex §. si quid autem. 6. infr. hoc tit. ubi id explicabitur

20 fufius. Deinde cum quilibet rerum suarum sit moderatus. Harpprechts ad hylina. Tom. III.

tor & arbiter, etiam abutendo, l. in re mandata. 21. Cod. mandati. idcirco licet Reipubl. interfit, ne quis re suà malè utatur: inde tamen non sequitur, ei re sua malè uti prorsus non licere. Præterea is demum fidejubendo re sua malè uti censetur, qui temerè, inconsultè & imprudenter pro eo, quem novit solvendo non esse, fidem suam interponit. Denique pro fratre & amico etiam perdere pecuniam nostra jubemur. Syracid. cap. 29. v. 13.

Quartò non obstat, quòd objicitur: petentem si fidejussorem non solum confidere in carnem & sanguinem, atque adeò hominem instabilem: sed etiam sibi ipsi nimium tribuere, pollicendo nimirum sibi certitudinem de contingentibus & planè dubiis, quæ ex sola Dei providentia pendent: cum tamen Deus præcipiat, ne simus solliciti de crastino: sed toti ex ipso pendeamus. Matth. cap. 6. vers. 31. & seqq. Et enim soli Deo Optimo Maximo est fidendum, in eoque omnis spes collocanda: inde tamen inferendum non est, quòd is, qui amico suo pecuniam credens, plenam ipsi fidem habere recusat, sed fidejussorem ab eo exigit, se à Deo avertat, ipsiusque providentiæ voluntatem suam præferat. Neque enim Deus omnem sollicitudinem prohibet; sed eam duntaxat: quæ cum dissidentia erga divinam ipsius providentiæ conjuncta est. Nam quemadmodum mandat, ne quis fratrem suum in negotio circumveniat. 2. ad Thessalon. cap. 4. vers. 6. ita etiam permittit, ut qui libet rem suam familiarem honesto modo augeat, & sollicitè factam tectam tueatur & conserve. Siquidem nemo cum suo detrimento & damno, & ut sibi sit afflictio, alteri benefacere aut commodare cogitur. 2. Corinth. cap. 8. vers. 13. l. sed si quis. 7. ff. testament. quemadmodum aperiant. Unde Salomon fontes nostros ita foras derivari, & misericordiam proximo exhiberi vult, ut nos dominium illorum retineamus: & ne nobis desit, extraneique fortè impleantur proventibus nostris. Prov. verb. cap. 5. vers. 16. & 17. Imò si quis suorum, & maxime domesticorum, curam non habet; fidem negavit, & est infideli deterior, pronunciant Divo Paulo 1. Tim. 5. vers. 8. Cui convenienter ait Seneca, Dabo egenis, sed ut ipse non egeam: succurram perituro, sed ut ipse non peream. lib. 2. de benefic. c. 15.

Quintò & ultimò non obstat, quòd in causa dotis fidejussores non rectè accipiantur. 101. tit. Cod. ne fidejussores dot. dentur. & quòd pupillis, minoribus, foeminis, militibus, & nonnullis aliis fidejussione sit interdixit. Cum. l. de die. 8. §. 1. ff. qui satisfacere cogantur. l. milites. 31. Cod. de locato. Wesenbec. in Paratit. ff. hoc tit. numero 3. Sicut enim propterea, quòd pupilli, præfides provinciarum, & alii mutuo dare non possunt. l. non omnis. 19. §. 1. l. principalibus. 33. ff. de reb. credit. non sequitur, mutui contractum illicitum esse. Syracid. cap. 29. vers. ita etiam haud consequens est, ob id in universum fidejubere non licere: quòd quedam personæ à fidejussionibus arceantur. Quinimò fortius inde colligitur: id, quòd aliis prohibitum non est, permillum esse censi, argument. l. cum pretor. 12. in princip. ff. de judic. l. mutus. 43. §. 1. ff. de procuratoribus. Hering. d. cap. 1. num. 37. Remanet itaque: omnino licitum esse, propter summam necessitatem & utilitatem fidejubere: si modò cautè agamus, nec nimia & frequentia fidejussione nobis nostrisque bonis damnum inferamus.

Illud quoque hoc loco in disquisitionem vocandum est: coquid ille, qui jurejurando suo confirmavit, se pro nemine fidejubere velle, fortè ne repentinis rei familiaris damnis implicetur, si postea ab amico egente rogatus fidem interponat, obligetur? Et licet multi rogatus fidem interponat, obligetur, se nolle fidejubere, deestiment, eum, qui juravit, se nolle fidejussorem in se incept absque perjurio nullo modo fidejussionem in se suscipere posse. Hypolyt. de Mass. in rubric. de fidejussorib. num. 204. Fernand. Vaz. de success. creat. §. 158. Antonius Tessaur. decis. 123. num. 19. Antonius de Padilla in l. ne passim. 13. num. 12. in fin. Cod. de jur. & fact. ignor. autem equitati veritatisque proprias accomodat. statuen-

- statuentes: fidejussionem istam, quæ pro amico inope interponitur ab eo, qui pro nemine se jurare velle juravit; omnino valere. *Joan. Andreae in addit. ad Speculas. rubr. de jurejur.* Bartolomeus Braxiensis in questionibus dominicalibus. q. 35. Dominicus de S. Geminiano in c. fin. de foro compet. *Joan. Saxxon in consuetud. Turon. tit. 35. art. 1. gloss. 2. in fin.* Steph. Auffer in addit. ad Capell. Tholof. decis. 130. Robert. Marant in speculo suo. aur. p. 6. act. 9. n. 50. Petr. Peck in c. non est obligatorium. num. 4. de reg. jur. in 6. Covarruv. in c. quomodo. part. 1. §. 6. num. 7. eod. tit. Rutger. Rydande in tract. de Commiss. part. 4. lib. 6. cap. 4. num. 9. eosque cum aliis referens Anton. Hering. in d. tract. de fidejussorib. c. 1. n. 64.
- 30 Siquidem in necessitatibus semper proximo nostro subveniendum est. *can. ficut. 8. Distinct. 47. §. can. pasce. 21. Distinct. 86.* nec per juramentum nostrum ab illi hoc officio nos subtrahere debemus, aut possumus. *c. si diligenti. 12. de foro competenti. can. innocens. 23. post medium vers. juramentum itaque ibi, indigenti misericorditer non subvenire. caus. 22. quest. 4.* Joannes de Selva in tract. de jurejur. part. 3. n. 22. §. seqq. Adhuc jurans non fidejubere, aut cogitavit hunc casum tempore juramenti, quod videlicet a tunc suum, in extremis angustiis constitutum, si modo fidem suam pro ipso obliget, liberare possit: & hoc casu juramentum non solum est contra bonos mores, & dilectionem proximi verum etiam est temerarium, quod nullum obligationis vinculum inducit, *c. intimavit. 18. de testib. §. attestat. c. pervenit ad audientiam. 4. de testib. c. non est obligatorium. 58. de reg. jur. in 6. d. c. si diligenti. 12. in fine de foro compet. l. non erit. §. 5. sed si quis. 3. ff. de jurejur.* Aut vero non cogitavit: & tunc juramentum illud ad casum omisum non extenditur. Regulare quippe est, juramentum non extendi ad ea, de quibus tempore interpositi juramenti non fuit cogitatum, *c. venient. 16. §. ibi gloss. in verb. præsciussit. §. c. Quinta vallis. 23.*
- 33 ibique gloss. in verb. exheredaret. de jurejurand. Hucque confert, quod alibi in similibus terminis Doctores tradunt: illum, qui juravit, se amplius mercatorem esse velle; non obstante illo juramento, nihilominus posse mercaturam exercere, si aliter vivere nequeat. *Archidiacon. Guido de Rayso, in cau. an in advertendum. 22. quest. 2. Palovianus. in c. si verò. 8. col. 3. de jurejurand. Bevenutus Straccha in*
- 34 tract. de mercatura part. 3. num. 37. Sic illum, qui juravit, se non fore magistratum, vel suscepturum officium, etiam si miles eligatur, posse nihilominus, non attento illo juramento, magistratu fungi, decidit. *Ludovicus Roman. sing. 117. incip. quod si unus jurat per l. fin. in princ. ff. ad municip. Similiter illum, qui jurejurando promittit alicui non revelare arcanum sibi privatim commissum, si postea super isto facto in testem producatur, nihilominus teneri testimonium ferre & illud detegere, responderunt Maranta conf. 53. n. 18. Capel. Tholof. decis. 240. ubi late Auffer. Menoch de arbitrar. judic. lib. 2. cent. 4. cas. 355. n. 4. Maff. de probationib. vol. 1. in princ. quest. 5. n. 50. Gail lib. 1. observat. 100. n. 4. cum seqq. §. Bernard. Gravem in conclus. præd. tam super. conclus. 100. considerat l. argum. l. 1. §. 1. ff. de testib. Quorum omnium nulla alia reddi solet ratio, quam quod juramentum illud partim est illicitum, partim etiam contra bonos mores & temerarium; id quod explicatius persequitur Heringius d. c. 1. n. 72. §. aliquot seqq. ubi num. 82. cum seqq. non sine ratione subiicit eum, qui non observato juramento, vel etiam non impetrata absolutione, pro amico inope & egenti fidem interponit, a perjurio excusatum, nec ipso jure absolutione opus esse. Qui enim lege permittente, & gratiam jurisjurandi faciente (quod loco absolutionis cedit) aliquid facit, peccasse non censetur l. ult. ff. qui satisfacere coguntur. d. l. fin. in princ. ff. ad municip. l. Gracchus 4. Cod. ad leg. Jul. de adul. con. cui est illa. 43. caus. 1. l. q. 3. Gail. d. lib. 1. obs. 100. num. 3. Alsewardi quest. 5. n. 55. §. seqq. Knipschildt. d. exereit. Acad. 7. quest. 2. pag. 254. §. seqq.*
- 37 Porro & illud non absque explicandum venit, quæ personæ fidejubere possunt. Frustra namque sequentium tractatio instituitur, nisi prius exploratum peripetumque habeatur, quomodo pro fidejussoribus in jure nostro admittantur, & qui videntur a contractu fidejussionis repellantur. Quia in eo obliervanda est regula hæc generalis: Omnes fidejubere possunt, qui stipulari & obligari possunt. l. qui satisfacere. 3. ff. hoc. tit. tam patres, quam filii familias l. si dubitet. 10. §. filius familias. ff. eod. l. licet tamen 3. §. sed si filius. 9. ff. de pecul. l. filiusfamil. 8. Cod. hoc. tit. nisi specialiter prohibeantur, arg. l. mutus 43. §. 1. ff. de procurator l. cum prætor. 12. ff. de judic. §. l. qui accusare. 8. ff. de accusationib. Azo in summa C. hoc. tit. n. 4. Hering. d. tract. de fidejussorib. cap. 7. num. 68. Itaque fidejubendo obligari nequeunt infantes. l. 1. in princ. ff. de verbor. obligat. furiosi §. furiosus. 8. supr. tit. proximo. l. 1. §. furiosum. 12. ff. de obligat. §. act. l. si a reo. 70. §. si a furioso. 4. ff. hoc. tit. l. in negotiis. §. l. furiosi. 40. ff. de reg. jur. prodigi. l. 1. ff. de curatorib. furioso, §. aliis, §. c. l. is cui 6. ff. de verb. oblig. muti & surdi d. l. 1. §. penult. §. ult. ff. de obl. §. act. d. l. 1. in princ. ff. de verb. obl. Borcholt. in Comment. de verb. oblig. c. 3. n. 2. cum seqq. Gadd. in Comment. de contrah. §. committit stipul. cap. 7. concel. 1. §. n. 282. §. seqq. Ceterum pupilli & minores tum demum, si tutorum curatorumve auctoritas accesserit, pro aliis recte intercedunt: quamvis in integrum restitui possint. l. ait prætor. 7. §. non solum. 3. ff. de minorib. l. si Titius. 48. §. 1. ff. hoc. tit. l. si curatorum. 3. Cod. de in integr. restitut. minor. l. 1. Cod. de filiofam. minore. tot. tit. C. si tutor vel curat. intervenierit. eoque pro idoneis fidejussoribus non habeantur. l. de die. 8. §. 1. ff. qui satisfacere cogant Wesenb. in parat. ff. hoc. tit. n. 3. late Richter. d. disp. 8. th. 1. sub lit. e. pag. 196. §. seq. Similiter servi extra rem peculiarem. l. servus 12. ff. hoc. tit. l. cum quis 38. §. de peculio. 2. ff. de solut. & milites, fidejussores idonei haud censentur. d. l. de die 8. §. 1. ff. qui satisfacere cog. l. milites. 3. l. C. de locato. ubi ratio hujus rei hæc assignatur: ne milites, quæsto negotiorum forensium colore, a studio militie avocentur; neve exactionibus, dum militandum est, vexentur. Quæ ratio cum adhuc in nostri seculi militibus locum habeat; ad eos quoque privilegia juris Rom. pertinere, verisimilius est, arg. l. illud questum. 32. in princ. ff. ad leg. Aquil. §. l. precipimus 32. in fine. Cod. de appellat. Bachov. in not. ad Treutl. vol. 2. disp. 28. th. 2. lit. C. pag. 899. cum seqq. §. Hunnius ibidem in resol. quest. 10. pag. 182. §. seq. Idque copiosius explicuimus supra ad principium tit. de militari testament. num. 4. §. aliquot seqq. Præterea licet clerici ad fidejussionem non satis idonei reputentur: dati tamen fidejussores obligantur. cap. 1. ext. hoc. tit. can. te quidem. 26. caus. 11. quest. 1. §. utrobique Gloss. §. Canoniste communiter. Angelus de Clavasio in sua sum. verb. fidejussor. num. 6. Hippolyt. de Marsil in repetit. Rubr. de fidejussor. num. 309. §. seqq. Gomez. tom. 2. var. resolut. cap. 13. num. 18. Petr. de Raven. singul. 209. Ludovic. Rom. consil. 400. num. 7. Joan. Jac. à Camb. in tract. de execut. ult. volunt. part. 1. quest. 3. non. 22. Valent. Francus in tract. de fidejussor. cap. 2. n. 234. Gadd. d. cap. 7. conclus. 18. num. 306. aliique plures relict ab Heringio d. tract. de fidejussorib. cap. 7. num. 249. §. seqq. ubi hæc rem pluribus limitationibus accuratè declarat. Tam etsi ab hac communi sententia divortium faciant Bachovius in dictis not. ad Treutler. vol. 2. disput. 28. th. 2. ad lit. E. pag. 904. cum seqq. & Hunnius d. resolut. quest. 12. pag. 185. §. seqq.
- Sed & novissime Dn. Collega Bocerus hic num. 79. pag. 313. singulari errore ductus, hanc communem sententiam erroneam, ejusque affectus omnes errore duci scribit. Qui enim (inquit) lege quid facere prohibetur, factum ejus pro nullo & pro infecto habetur. l. non dubium. §. C. de legib. Et qui facit, quod facere non debuit, nihil fecisse dicitur. l. si pupillorum. 7. §. si prætor. 3. ff. de reb. cor. qui sub tutel. vel cur. sunt. §. c. Et non nisi absolve dicitur: Clericum fidejubere non potest: si tamen fidejusserit, tenetur. Qui enim teneri potest ex eo, quod facere non potest? §. c. Hæc rationes Dn. Boc. (cui alias religio est, alicuius operam suis Commentariis apponere: sicuti supra quoque arguimus ad §. prætor. 3. quib. mod. re contrah. obl. n. 20. jex Ant. Heringio d. tract. de fidejussorib. cap. 7. num. 249. §. duobus seqq. repetit: nec eum tamen allegavit. Mibi sane religio esset, opera aliorum Auctorum uti, & eosdem præ nimio factu non dignari: ut eorum debitam mentionem facerem. Verum, ut ad rem ipsam perveniamus: prædicta argumenta, licet ob ea etiam Heringius d. loco, nonnihil de veritate nostre sententiæ dubitet: non tamen tanti sunt momenti, ut nobis contrarium persuadere queant. Non omnia uno idem

concidunt, si modo animadverterimus; clericum non simpliciter prohiberi fidejuberem. Etenim quantum quidem ad Ecclesiam, vel res Ecclesiæ, quas obligare non potest, fidejuberem prohibetur. c. quod quibusdam. 4. extr. de fidejussor. ne scilicet per hanc occasionem sanctis domibus damnum fiat. Novell. 123. cap. 6. Sed quantum ad res patrimoniales, vel alias, quas obligandi facultatem habet, nupiam ipsius fidejussio prohibita reperitur: sed saltem officii sui admonetur clericus, quod non facile negotiis secularibus se immiscere aut fidejuberem, verum omnes hujus vitæ occupationes abjicere debeat: ne præfocatus præsentibus hominum curis, verbo Dei vacare non possit. d. can. te quidem 26. caus. 11. quest. 1. Caterum si quandoque contigerit, ut clericus fidejussor extiterit: nulla ratio firmari potest, cur fidejussio non valeat.

- 41 De foeminis, an fidejussionis munus obire, & pro aliis intercedere possint, quaeritur: Et, propter senatusconsultum Vellejanum, efficaciter non posse, respondetur. l. 1. l. 2. & tot. tit. ff. de Cod. ad SC. Vellejan. l. qui satis dare. 3. & l. si Titius. 48. in princ. ff. hoc tit. Duaren. ad eundem tit. cap. 4. Gomez. d. cap. 13. n. 8. & 16. Horat. Carpanus ad statut. Mediolan. part. 1. cap. 4. n. 29. Hering. d. cap. 7. n. 389. & seqq. Matthias Berlichius part. 2. conclusion. practicabilium.
- 42 concl. 19. n. 2. & seqq. Idque adeo verum esse credendum est, ut non solum in foro fore siue soli, ut loquuntur; sed foro etiam poli procedat: hoc est, ut mulier ista Senatusconsulti Vellejani exceptione seu beneficio possit uti, non tantum ratione politicâ, verum etiam bonâ salvâque conscientia, sique denegare solutionem ejus, quod intercedendo promissit: imò condicere etiam, quod errore tum facti, tum hujus juris solvit: cum indebitum omnino sit, infirmata à Senatusconsulto obligatione. l. quamvis. 8. §. interdum 3. ff. ad SC. Vellejan. & l. quamvis. 9. Cod. l. qui exceptionem. 40. in princ. ff. de condit. indeb. Novell. 134. cap. 8. Et illud receptum censetur, tum ob naturalem quandam defectum ac imbecillitatem, siue lubricum & temerarium consilium mulierum. l. 2. ibiq; d. ff. de reg. jur. d. l. 1. & 2.
- 43 & passim ff. ad SC. Vellejan. l. Petr. 2. vers. 7. Tum quod ab homine contra juris prohibitionem factum, ratum esse non oportet. l. non dubium. 5. Cod. de legib. & inibi Jasson. man. 9. & 18. item in l. post dorem. 40. num. 32. & 33. ff. solut. matrimon. Ejusmodi namque leges & constitutiones prohibitorias, quæ publica auctoritate ob justam rationem factæ sunt, in foro etiam conscientie servandas esse, nec sine peccato ab iis recedi posse in judicando, hæc ratio suadet: quod Deus politias, earumque ordinationes rationabiles approbat, sancitque, ut violatores non impuniti dimittantur, Roman. 13. Philipp. Melanchr. in loc. commun. de magistr. civ. & Wolff. Muscul. in loc. commun. de magistr. q. ult. in fin. vers. disputans. nonnulli, &c. quos refert & sequitur Godeus d. capit. 7. conclus. 16. num. 290. Et huic ad stipulatur Paul. Berens Disput. ad Inst. 10. them. 2. quest. 1. Sed videatur Valentinus Francus d. tract. de fidejussorib. cap. 2. n. 147. & seqq. ubi an & quatenus mulier fidejuberem possit, variis ampliationib. & exceptionib. illustrat. Videatur quoque eâ de re Pyrrhus Maurus in tract. de fidejussorib. part. 2. cap. 3. pag. 695. & subseq. Quando autem ipso jure nulla sit mulieris fidejussio, & quando ejus nomine exceptio detur, liquet ex l. antique 23. §. ultim. C. ad SC. Vellejan. & fultus explicat D. Bocerius hic n. 28. & seqq. pag. 305. & seqq.
- 46 Caterum utrùm beneficio senatusconsulti Vellejani renunciare mulier valeat, diu multumque agitata questio est? Et quanquam illud complures negant. Bartol. Alberic. de Rosat. Paulus Castrensis. Salicet. & alii in l. ult. §. ult. ff. ad SC. Vellejan. Cynus & Angel. ad Lult. C. de Bolognetus consil. 45. n. 6. cum seq. Joan. Vincens. Hondedeus consil. 45. n. 18. volon. 1. part. 3. Joan. Zanger. in tract. de except. lib. 6. pag. 2. §. 3. n. 4. Gomez. d. rom. 2. var. resolut. cap. 13. num. 17. ibiq; Suarez in addit. Comm. lib. 6. commentar. ad SC. Vellejan. Donell. lib. 12. commentar. de jur. civ. c. 32. vers. quartum factum. & pag. 128. ibiq; Hiliger in not. lit. d. Ant. Faber. in rational. ad l. 8. §. 1. ff. qui satisd. cap. Virius Poluit. quasi 99. Dominie. Card. Tusch. com. 5. practic. cons. Harpprecht ad Institut. Tom. III.

clus. lit. M. cap. 421. n. 4. cum seqq. Tessaure. decif. pedem. 222. n. 3. & seqq. Francus d. tract. de fidejuss. cap. 7. n. 189. & seqq. Grammatic. decif. 76. n. 20. Ayer. in suo process. historic. part. 1. cap. 11. observ. 3. n. 17. Berlich. d. conclus. 19. n. 16. & seqq. Arumens Disp. 12. Pandect. 2b. 7. Knipschildt d. exercitat. 7. quest. 4. pag. 257. cum seqq. & Hunnius lib. 3. variar. resolut. jur. civ. tractat. 5. quest. 2. vers. sed mihi illorum. &c. affirmantium tamen sententia 47 (dummodo prius de isthoc beneficio mulier in specie per Notarium certioretur, quale nimirum sit, & quâ prerogativa suffultum, Bald. ad l. i. C. ad SC. Vellejan. Fulgos. in d. l. ultim. §. ultim. ff. eod. Anton. Gabriel. lib. 2. commun. conclus. tit. de jurejur. conclus. 3. Hippolyt. de Masfil. ad rubr. de fidejussor. num. 31. & 37. Decif. Capell. Tholos. 37. Gail. lib. 2. observat. 77. n. 3. Soares. in thesaur. recept. sentent. lit. V. n. 5. Franc. Bursat consil. 149. n. 42. lib. 2. Henr. Breuleus in tractat. de renunciat. filiar. caus. 3. c. 8. num. 4. & 5. Hering. d. cap. 7. n. 473. & seqq. ubi id explicatius persequitur.) mihi magis probatur: eaque & consuetudine & legibus niti firmarique videtur, non modò si mulier renunciaret in judicio, tutelam suorum liberorum suscipere volens. Auth. matri. & l. ult. C. quando mul. tutel. officio fungi pot. Novell. 94. c. 2. & Novell. 118. c. 5. sed & si extra judicium, atque extra causam illius tutelæ, huic beneficio renunciaret. l. quamvis. 8. §. si mulier post 10. l. penult. & l. ult. §. si mulier. pro eo 4. ibique Accurs. & Gothofred. ff. ad SC. Vellejan. l. jubemus. 21. Cod. eod. tit. Hucque facit & hæc ratio: quia Senatusconsulto Vellejano succursus est tantum simpliciter, imbecillitati, credulitati & ignorantie sexus muliebris. d. l. 2. §. 2. & 3. ad SC. Vellejan. Sed quæ sit, illud Senatusconsultum esse in favorem suum introductum, & tamen eo uti non vult, vel paciscitur, se non usuram: non videtur esse decepta: ac proinde ad illam prædictum Senatusconsultum non pertinet. l. quod autem. 6. §. præterea. 9. ff. que in fraud. creditor. & l. nemo. 145. ff. de reg. jur. Accedit quoque generalis regula: quod unicuique beneficio ac favori pro se introducto renunciare permittatur. l. si iudex. 41. ff. de minorib. l. penult. C. de pact. l. si quis in conscribendo. §. i. C. de Episcop. & cleric. l. queritur. 14. §. si venditor. 9. ff. de edil. edit. Novell. 136. cap. 1. vers. cum non videantur, &c. cap. ultim. in fine. de crimine falsi. Qui autem pro se habet regulam, illius intentio satis fundata intelligitur. l. si quis quog. 4. §. 1. ff. de heredib. instituend. Non igitur videtur velle Senatus, ut mulier omnino utatur exceptione; sed ut possit uti, si velit: quandoquidem invito beneficium non datur. l. invito. 69. ff. de reg. jur. hoc jure. 19. §. non potest. 2. ff. de donationib.

Neque huic assertioni refragatur, quod mulier eadem levitate & facilitate ad renunciandum exceptioni senatusconsulti induci possit, quæ pro aliis interveniat. argum. l. doli 19. vers. diversum ff. de novationib. Nam primò verum haud est: foeminam, de privilegio suo prius rite certioratam, atque aliàs naturâ valde tenacem & avaram, facilem renunciaturam esse: propterea quod renunciatio ista donationem sapit arg. l. si mulier. 17. ff. de condit. caus. dat. claus. non sec. l. si quis delegaverit. 12. ff. de novat. Andr. Rauchbar. in questionib. jur. civil. & Saxon. quest. 39. num. 7. Donatio verò in muliere usque adeo non præsumitur, ut Bal. in mulieris donationem miraculi loco habendam esse aserat, in l. si a sponso. 16. in fin. C. de donationib. ante nupt. eumque referens Decianus in resp. 32. n. 7. vol. 3. Deinde respondetur: non fragilitatem aut imbecillitatem censendam esse, quando edocta de jure suo, nihilominus beneficium siue privilegio sibi comperenti renunciavit.

Similiter non refragatur, quod ea, quæ publici juris sunt, pactis privatorum tolli nequeunt, l. si publicum. 38. ff. de pact. l. nec ex pratorio. 27. ff. de reg. jur. Sed beneficium Senatusconsulti Vellejani, foeminis competens, jus publicum continet. l. 2. ff. d. 2. junct. l. 2. §. verba. 2. ff. ad SC. Vellejan. Ergo mulier huic beneficio renunciare nequit. Non, inquam, refragatur: quoniam major propositio intelligitur de his, quæ jus commune, id est, leges aut mores nominatim vel præcipiunt, vel vetant fieri, & offendit, contra hæc leges aut mores conventiones privatorum aliud induci haud posse, tradente Cujacio add. l.

- Jus publicum.* 38. ff. de pact. Atqui nullā lege nullisque moribus mulier nominatim prohibetur renunciare beneficio Senatusconsulti Vellejani. Ergo renunciationem illam non impedit sententia dictæ *l. ius publ.* 38 ff. eod. aut dictæ *l. nec* 27 ff. de reg. jur. Ille enim contra legem quid facere dicitur, quid id facit, quod lex prohibet. *l. contra legem.* 29. ff. de legib. Non autem prohibet Senatusconsultum Vellejanum, ne mulier suo privilegio renunciaret; Ideoq; renuntiatio mulieris isti senatusconsulto contraria non censetur. Nec bene regeritur, quod arctius sit vinculum inter maritum & uxorem, quam inter extraneos. *l. i. ff. de ritu nupt.* Sed uxor pro marito, ut maxime consentiens: intercedere non possit, arg. principii tit. supr. quibus alien. lic. vel non. Ergo multo minus intercedet pro extraneo. Nam respondetur: ibi periculosiorem & suspectiorem esse intercessionem, ubi species amoris major; quā specie quid non in animum uxoris induci poterit? quod damnum ea non suscipiet? Atque hæc fuit causa, quod primum edictis Divi Augusti & Claudii mulieribus tantum interdictum fuerit, ne intercederent pro viris. *l. 2. in princ. ff. ad SC. Vellejan.* Quæ utique ratio in extraneis non valet. Alit. stare quis posset ulterius: senatusconsultum Vellejanum plenissime succurrere foeminis: ac proinde eas nullo modo renunciare posse. in *l. i. in princ. ff. eod. tit.* Verum respondetur: vocem (plenissime in *d. l. i.*) non significare, quod foeminae privilegio suo renunciare non possint; sed quod Senatus non solum uxoribus, verum etiam omnibus omnino foeminis subveniat. *l. 2. §. i. ff. eod.* prohibeatque eas tam pro viris, quam pro foeminis intercedere: quod primitus non ita erat. *Paul. lib. 2. sentent. tit. 11. ad senat. Vellejan.* Neque movet quicquam, quod specialis renunciatio permittitur in casu, ubi mater vel avia liberorum suorum tutelam suscipit. *d. Auth. matri. C. quando mulier tutel. offic. fungi pot. & d. Novell. 118. c. 5.* ac ea propter regulariter illi non permittitur renunciare: alioquin frustra illud specialiter concessum fuisset. Breviter enim dicendum: renunciationem non permitti matri & aviae; sed, si onus tutelæ subire velint, injungi.
- 53 Non quoque refragatur: quod ea, quæ, in fraudem Senatusconsulti Vellejani excogitata probari possunt, rata haberi non oportet. *l. quidam. 29. in fine. ff. ad SC. Vellejan.* At renunciatio illa fieri putatur in fraudem Senatusconsulti Vellejani. Proinde rata haberi non debet. Hoc, in-
- 54 quam, argumentum non refragatur. Quia negatur, & pernegatur, istam renunciationem in fraudem illius Senatusconsulti fieri: cum illud tantum in fraudem legis fieri dicatur, quod legis sententia fieri noluit, tametsi verbis aperte non vetuerit, siue quamvis non verbis fieri noluerit *d. l. contra legem. 29. ff. de leg.* Sed quod Senatusconsulti illius sententia noluerit, ut mulier renunciaret isti beneficio suo, non apparet ex *d. l. 2. §. i. ff. ad SC. Vellejan.* ubi Senatusconsul. illud proponitur: nec ex ulla aliā lege ejusdem tituli constat. Sententia autem legis tacita est illa, quæ ex interpretatione legis inducitur, non tamen à quovis, sed à legum conditoribus, ut arguit textus in tit. supr. de legitimis patron. tutel. & §. ult. infr. tit. de lege Aquil.
- 55 Preterea non refragatur, quod si mulier post primam intercessionem intra biennium denovo intercesserit, illamve intercessionem novā cautione aut pignore firmaverit, non teneatur ex novā illā & repetitā intercessionem siue cautione: ac proinde nec teneri debent, licet & beneficio Vellejano renunciaverit. *l. si mulier perfecta. 22. C. ad senat. Vellejan.* Etiam respondetur: hoc argumentum à comparatis hic non procedere: propterea quod major sit ratio renunciationis certiorationem sequentis, quam intercessionis repetitæ. Certioratio quippe illa mentem mulieris excitat, cumque plena cognitione beneficii illius instruit & informat. Quo exacte cognito, si nihilominus ei renunciaret: non profecto amolius digna est, cui subveniatur: cum ultra beneficium illud, quo feui potuisset, contempserit. Intercessio autem illa repetita & geminata ejusdem efficacia non est: sed mulierem magni beneficii illius ignavam relinquit.
- 57 Deniq; non refragatur, quod solutio ejus, quod mulier intercedendo promissit, sit instar renunciationis: siquidem quæ solvit, laus aperte significat, se uti non velle beneficio Senatusconsulti Vellejani. Atqui quæ solvit ex intercessio-

ne suā solutum repetere potest. *l. quamvis. 8. §. interdum. 3. ff. ad senat. cons. Vellejan.* Quare etiam poterit mulier isthoc beneficio uti, & creditori solutionem denegare, licet expressè isti beneficio renunciaverit. Non, inquam, refragatur illud. Mulier enim, quæ ex fidejussione solvit, quod debet, beneficium Vellejanum sibi competere ignorat: ac ea propter merito repetit solutum. Quæ verò huic beneficio, certior de eo prius facta, expressè renunciat: intelligit probè, se omnino tutam esse adve fus creditorem: ac idcirco ad solvendum, quod intercedendo promissit, non injuriā compellitur. Atque ita docent & sentiunt *Odofred. & Fulgos. in d. l. ult. §. ult. ff. ad SC. Vellej.* Azo in summā *C. eod. n. 4. Bartol. (sibi contrarius) in l. qui satisdare. 3. ff. h. r. n. 10. Hostiens. in summa. de fidejuss. n. 3 §. mulier. & C. Gail. d. l. 2. obs. 77. Frid. Pruchman. in repetitione l. in multis. §. part. 2. artic. 15. n. 11. ff. de stat. hom. Siehard. ad rubr. C. de fidejuss. n. 6. Olem. ad Giph. l. 3. disp. 27. n. 20. & seqq. Borcholt. in Comm. de verb. obl. c. 1. n. 28. Gadd. in Comm. de contrab. & committ. stipul. c. 7. concl. 16. n. 298. Cujac. lib. 19. observ. c. 34. post princ. vers. nisi huic beneficio renunciassent. Georg. Acac. Euenk. lib. 3. de privileg. jur. civ. c. 16. n. 26. cum seq. Aegid. Horkens. ad l. Paulus. 31 ff. ad SC. Vellej. Ungep. exerc. Justin. 15. quest. 8. p. 560. cum seqq. ed. ult. Specul. l. 2. part. 7. de renunciat. & concl. §. unic. n. 16. in med. Fachin. l. 2. contror. jur. c. 59. part. 1. Bronch. cent. 1. evayr. Dazov. assert. 80. edit. 1. Petr. Fab. & Phil. Matthæus n. 22. & seqq. in l. 2. ff. de reg. jur. D. Collega Bocer. class. 2. disp. 16. thes. §. edit. 2. & plenius in hoc tit. 3. n. 37. cum multis seqq. p. 307. & seqq. item Rober. dispus. 16. ad Instit. coronid. 1. Hucque pertinent: quæ annotavimus in §. illud propriè. 7. n. 19. & seqq. infra, tit. quod cum eo, qui in alienā potestate est, &c. Et de isthac questione vide copiosè dissertantem Antonium Merendam l. 2. controverf. jur. cap. 36. pag. 129. & seqq.*

Imprimis autem renunciatio illius mulierem beneficio Senatusconsulti Vellejani privat, si mediante juramento renunciaverit, etiam si certior de illo reddita prius non sit. *c. ex rescripto. 6. ubi gloss. in verb. & uxorem. extra, de jurejur. Thraquel. in l. si unquam. in pref. n. 136. C. de revocand. donat. Wesenbec. consil. 23. n. 52. vers. nam hoc tempore. item consil. 38. n. 22. & consil. 52. n. 33. & 34. Ant. de Padilla in l. ne passim. 13. n. 12. Cod. de jur. & fact. ignor. Gadd. Commentar. de contrab. & committ. stipul. c. 7. conclus. 16. n. 198. Fachin. d. lib. 2. cap. 60. Hujusque ratio hæc asseritur: quia juramentum est loco certiorationis; cum ad jurisjurandi interpositionem majori de liberatione, quam ad renunciandum, pervenitur: censeturque mulier virtute juramenti omni legum & juris auxilio renunciassè, si non in specie, attamen in genere. Atque sic Doctores communiter tenent. per text. in auth. sacramenta puberum. C. si adversus vendit. & l. si duo patroni. 13. §. idem Julianus ff. de jurejurand. Eberhard. à Middelburg. in Topicis loco, à vi. energ. in efficac. jurament. n. 36. Hartman. Hartmanni in pract. observat. 1. de fidejussorib. observ. 2. Andr. Rauchbar. quest. 34. n. 5. part. 1. Domin. Cardinal. Tuschus d. tom. 5. pract. conclus. lib. 1. conclus. 421. n. 21. & seqq. Berlich. d. part. 2. d. conclus. 19. n. 24. & 27. Mascard. de probationib. vol. 2. concl. 1040. n. 21. Matthew Cuno lib. 1. de pactis. cap. 10. n. 16. & seqq. Franciscus Turzan. conclus. 132. n. 1. & 2. Soares. in Theaur. recept. sent. lib. 5. n. 8. & Gail. d. observat. 77. n. 10. Ubi tamen n. 12. subijcit: mulierem enormiter laesam posse contravenire renunciationi, non obstante juramento: eo quod ex enormi seu enormissima læsione dolum presumat. *l. homines 17 §. i. ff. que in fraud. creditor. & l. si superflue. §. in fin. C. de dol. mal. idem Gail. d. lib. 2. obs. 147. n. 8. & juramentum non debeat esse vinculum iniquitatis. c. quanto. 18. de jurejur. & c. 1. §. quia vero eod. tit. in 6. paria sunt, dolum intervenire re ipsa, vel ex proposito. l. 2. ff. de dol. mal. & met. except. & l. si quis, cum aliter 36. ff. de verbor. obligat. Decim. consil. 180. n. 7. & consil. 181. n. 1. & 2. Alexand. consil. 42. n. 6. lib. 1. M. Anton. de Amatis de off. 46. n. 3. & de off. 62. n. 14. & 15.**

Præterea mulieri non succurritur, pro alio fidejussore, si revera rem suā gesserit: vel ex eā re lucupletior facta aut casside & dolo malo in hac re versata fuerit: vel quæ sit contractu contraxerit: vel pretium eo nomine quod intercederet acco-

acceperit: aut post biennium eandem intercessionem renovaverit. l. 2. § sed ita denum. 3. l. sed si ego 4. l. nec interest §. l. si mater. 11. l. aliquando. 13. l. si mulieri. 15. l. si pro aliquo. 21. l. bona fide. 27. ff. ad senatusconsultum. Vellejan. l. si dotare. 12. l. si mulier. 22. l. antiqua. 23. cum similib. C. eod. tit. Gædd. d. Comment. de contrah. & committ. stipulat. c. 7. conclus. 16. num. 299. Ant. Tessier. decis. 223. Menoch. de præsumpt. lib. 3. præf. 21. Amilii Ferretii in Paratit. ad tit. ff. ad SC. Vellejan. Frid. Pruckman. in repetitione d. l. in multis. 9. part. 2. artic. 15. ff. de stat. homin. Berlich. d. concl. 19. & 28. & 44. Wesenbec. in Paratit. ff. ad SC. Vellejan. num. 6. & seq. Horat. Carpan. ad statuta Mediolan. part. 1. cap. 44. num. 29. Du. Bocer. in hoc tit. num. 66. cum seqq. pag. 312. Anton. Hering. d. tract. de fidejussoribus. cap. 7. num. 412. 416. 423. 424. 430. 433. & multis seqq. ubi plures casus, quibus mulier per exceptionem sese tueri non potest; non minus eleganter, quam prolixè recenset. Quibus adijciendus quoque est Martinus Bonacina in tract. de contrah. & res. disput. 3. quest. 9. puncto 2. num. 2. pag. 128. nec non D. Maria tom. 3. digestorum novissimorum tit. fidejussio. cap. 10. cum seqq. fol. 171. item que Johannes S. hardus ad tit. Cod. ad SC. Vellejan. num. 10. & pluribus subseqq. ubi decem casus, quibus non juvetur mulier per illud Senatusconsultum, accuratè explicat. Eosque casus complexi sunt veteres, memorie juvande gratia, his versiculis:

Casibus in deus mulier spondendo tenetur:
Pro libertate; pro dote; renunciet & si;
Decipiat; pretium capiat; caveatque secundo:
Debetur si succedit: si debita cepit;

Si minor est credens: si comoda propria gessit.

62 Ceterum cum ad fidejussoriam obligationem constituendam, tam creditoris, quam fidejussoris consensus requiratur, & quandoque usuveniat, ut minus idoneus fidejussor recipiatur: merito vocatur in dubium, an minus idoneum fidejussorem recipiens, eum approbasse videatur? Et approbasse videri, constat ex l. qui satisfacere. 3. ff. hoc tit. in cuius fine ita loquitur Ulpianus: Plane si quis non idoneum fidejussorem dederit: magis est, ut iustificatum sit; quia qui admisit eum fideiuentem, idoneum esse comprobavit. Cui assentitur Paulus in l. si ab arbitro. 10. §. 1. ff. qui satisfacere cogantur. Qui ex causa, inquit, improbat ab arbitro probatos, alias improbatos probat: multoque magis, si sua voluntate accepit fidejussorem, contentus huius esse debet. Accedit textus in l. si in quo 3. §. ultimus ff. ut in poss. legat. vel fideicom. servand. caus. esse licet ubi idem Ulpianus in hæc verba respondit: Si semel fuerit satisfactus, quæsitum est, an etiam rursus cavendum sit, forte dicatur, egenos fidejussores esse datos? Et magis est, ut cavere non debeat. Hoc enim dicit Pius rescriptis Pacuvie Liciniana; ipsam enim facilitati suæ expensum ferre debere, quæ minus fidejussores idoneos accipit. Neque enim oportet per singula momenta onerari eum, à quo satis petitur. Eodem quoque constat textus in l. 1. §. illud sciendum. 10. ff. de separationib. & in l. qui cum alio 19. ff. de reg. jur. Treu. lex. vol. 2. disp. 28. th. 2. lit. F. ubique videatur Bachovius in suis not. pag. 205. cum seq. & Humm. in resolut. quest. 14. pag. 187. Minus autem idoneus fidejussor non tantum ex re & opibus, sed etiam ex fide & facilitate conveniendi æstimatur. l. 2. in pr. ff. qui satisfacere cogantur &c. Proinde licet quis sufficiens habeat patrimonium: verum alias ob causas difficultate conveniri queat; puta si privilegio fori sit tutus, vel potens, aut tyrannus, sive rixosus, &c. minus idoneus fidejussor censetur. l. si fidejussor. 7. in princ. ff. d. tit. l. Imperator. 11. in fine principii ibi, vel solvendo fuit, quo tempore conveniri potuit. ff. ad municipalem. l. si quis stipulatus. 112. ad fin. & ibi Jason ff. de verb. obligatib. l. 1. 2. & 3. ff. de alienat. judic. mutand. caus. fact. Myfinger. hic num. 6. & cent. 2. obs. 15. Schneidevvin. in §. si plures 4. num. 6. infr. hoc tit. Glos. Bart. Costal. & alii in d. l. 2. ff. qui satisfacere cogantur Hippolyt. de Morfil. in Rubr. de fidejussoribus num. 10. 282. & seqq. Soarez. in digest. recept. sentent. sub lit. F. num. 131. & seqq. Guil. lib. 2. observat. 27. num. 25. Antonius de Camina Lusitanus de iur. 21. num. 3. Menoch. consil. 2. num. 212. vol. 1. Horat. Carpan. ad statuta Mediolan. part. 1. cap. 44. num. 18. etiam 64 referens Heringius d. tract. de fidejussoribus, cap. 8. num. Harpprecht. ad institut. Tom. III.

129. & seqq. At quid, si fidejussor ab initio locuples & idoneus datus, ex post facto inops adeoque non solvendo effectus fuerit; nunquid debitor rursus satisfacere, alitumque idoneum fidejussorem præstare debebit? Et sane si fidejussor datus fuerit ex legis dispositione, mediante iudicis officio: debitor principalis iterum satisfacere, alitumque idoneum fidejussorem præstare tenebitur, per textum in d. l. si ab arbitro. 10. in fine ff. qui satisfacere cogantur. l. prætor. 4. ff. de prætor. stipulat. l. prætor. 20. §. si satis datum. 14. ff. de operis novi nunciat & d. l. si in quo. 3. §. fin. cum l. seq. ff. ut in poss. legatorum &c. si verò fuerit datus fidejussor ex voluntate & conventionione partium, creditorque recipiens semel eo contentus sit; licet postea ille facultatibus labatur, atque efficiatur non solvendo; tamen non cogetur debitor iterum satisfacere, novamve fidejussorem constituere. Quia fidejussio hoc casu debetur iure conventionis seu obligationis, qua fidejussione constituta jam creditor satisfactus est, & obligatio expiravit, arg. l. pupill. 96. §. foror. 2. ff. de solutionib. & l. si nomen. 4. ff. de hered. vel act. vendit. Et ita, post Bartolum in d. l. 3. ff. hoc tit. Angelum & Paulum Castrens. in l. quotiens. 6. ff. qui satisfacere cogantur hoc resolvit Gomezius tom. 2. variar. resolut. cap. 13. num. 7. Eadem de re videantur Valentini Franc. in tractat. de fidejussoribus. cap. 4. conclus. 7. num. 163. & eeg. Bachovius & Hunnius dictis locis; ille pag. 207. hic verò pag. 187. quest. 15.

Major dubitatio est; an is qui fidejussores dare tenetur, dando pignora, quæ in fidejussorum locum subrogantur? libereatur? Et quidem Bartolus in l. prætor. 7. ff. de prætor. stipulat. eumque citans Decius, in l. plus cautionis. 25. num. 3. ff. de reg. jur. affirmativè sententiam suffragantur. Sed negativam, tanquam magis communem & veriore, defendunt Franciscus à Ripa ad rubr. ff. de pignorib. num. 8. Alciat in l. 2. §. mutui datio num. 10. ff. de reb. cred. si cert. pet. Hippolyt. de Morfil. d. rubr. de fidejussoribus. n. 296. cum seqq. Negant in tract. de pignorib. 5. part. princ. memb. 1. num. 1. & 2. Petr. Nicol. Mozz. in tract. de contrah. lib. 1. tract. de pignore & hypoth. in cap. 1. pignus num. 21. Cognolus in d. l. plus cautionis. 25. num. 4. ff. de reg. jur. Gadd. in l. satisfactio. 61. num. 2. ff. de verb. significat. & in Commentar. de contrah. & committ. stipulat. cap. 5. conclus. 21. num. 298. & seq. Pacius cent. 1. evange. Pavan. quest. 67. Domin. Colega Bocer. d. l. 2. disput. 16. th. 9. ed. 2. Soarez. in thesaur. recept. sentent. Finum. 154. Francus d. tract. de fidejussoribus. c. 4. conclus. 7. num. 143. cum seqq. Hering. d. tract. de fidejussoribus. c. 18. num. 68. cum seqq. Henon. disputat. 15. controvers. 2. Matth. Steph. cent. 3. quest. 46. Ha. helman illustr. question. disp. 22. thes. 14. & novissimè Paulus Berens disput. 10. ad Institut. them. 2. quest. 2. Huiusque sententia rationem hanc potissimum adducunt: tum quia aliud pro alio invito creditori dari vel præstari nequit. d. l. 2. in fin. ff. de reb. cred. etiam si melior conditio esset, arg. l. ult. ff. de usu & habitus. Tum quia creditor scilicet periculum atque periculum custodiendi pignora haud teneat, quorum damna, si quæ medio tempore acciperent, refarcire cogetur l. quemadmodum. 29. §. pendit. ff. ad leg. Aquil.

Nec urget quicquam, quod plus cautionis in re sit, quam in persona d. l. plus cautionis. 25. ff. de reg. jur. & modo ita sit pignori incumbere, quam in personam agere l. 1. §. 1. ff. de superficibus. Illa namque regula locum habet, quoties convenit de pignore dando, & aliis quibuscumque casibus ut docent Gaddius & Berens dictis locis. Nec etiam movet, quod obijciunt, illud, quod mihi non nocet, & alteri prod. est benigne præstandum esse, arg. l. in credito. 18. ff. de evictionib. l. 2. §. item Varus. 5. ff. de ag. & aqua pluv. ar. d. l. rescripta 7. C. de precibus Imp. offerend. Haud enim suo cum periculo quicquam alteri beneficiare tenetur, cum officio contrarium non sit, ita alium juvare, ut te servus ind. demum. l. sed si quis. 7. ff. quemadmodum testamentum aper. riant, l. sancimus. 25. C. de administratoribus & perie. tutor. & ordinariis charitas incipiat à se ipsa, argum. l. pres. 6. ubi Glos. & Od. C. de servit. & aqua cen. si non licet 8. cum 23. question. 5. Franc. d. c. 4. conclus. 7. num. 144. & seq. Succedit tandem & illa parum dissimilis excusatio 70 q. xlvii: an creditor fidejussorem jam accorum dimittere, & alium reque idoneum admittere sive accorto cogatur?

cogatur? Et sanè (nil remotante contraria opinione De-
cii num. 4. & Cognoli num. 2 in d. l. plus cautionis 25. ff. de
reg. jur. Angeli in l. si Titio. 22. ff. de pignori. & hypothe-
ca. Negusaneii in d. tract. de pignori. part. 3. memb. 1. num. 21.
& aliorum) negativam sententiam veritati omnino con-
sonam esse, judicant Jason in l. debitorem. 25. num. 5. C. de
pact. Alciat. ibid. num. 3. Hippolyt. de Marsil in tract. de fide-
jussorib. num. 113. Pinel ad l. 2. C. de rescind. vendis. part. 2.
cap. 1. num. 21. & segg. hosque referens Tventlerus vol. 2. disp.
28. th. 2. sub lit. F. ibique Bachovius in suis not. pag. 908. &

- 71 Hunnius in resolut. quæst. 16. pag. 188. & seq. Pro qua sen-
tentia primum apprimè facit textus in l. si mandata. 45. §.
item si 2. ff. mandati. ubi cævetur: creditorem obligationi
semel constitutæ insistere posse: adedque fidejussorem ac-
ceptum mutare vel dimittere non compelli, quantumvis
72 alius æquè idoneus fidejussor offeratur. Accedit deinde,
quod aliud pro alio solvendo debitor non liberetur, per
princip. tit. infr. quib. mod. tollit. obligat. d. l. 2. in fin. ff. de reb.
credit. si cert. per. Atqui si teneretur creditor alium fide-
jussorem accipere, & priorem dimittere: aliud pro alio ipsi
solveretur. Præterea quando obligatio fidejussoria jam
constitit non cogitur creditor aliter dimittere debitorem,
quam si is creditori satisfaciat: quoniam obligatio fide-
jussoria est juris vinculum: quo quis necessitate adstringi-
tus asscurandi creditorem, idoneo fidejussore dato initio
tit. sup. de obligat. Atqui obligatione fidejussoris æquè ido-
nei si liberaretur debitor: sanè non adstringeretur necessi-
tate ad id præstandum & faciendum, quod convenit:
sed, invito creditore, & quidem aliter, quam solutione
ejus rei ad quam se obligavit, obligatione se eximere
& liberare posset.

- 74 Non obstat; quod, si ex illiusmodi mutatione fidejuf-
forum creditor nullum sit passurus damnum; utique ne-
cesse habeat gratificari debitori; si æquipollenter asscu-
ratio ab ipso præstari queat, per notata Jasoni in l. 2. n. 32.
ff. solut. matrim. Etenim non statim quicquid gratificatio-
nis est, idem etiam necessitatis aut coactionis esse intelli-
gitur, arg. l. donari. 29. de donationib. & l. donari. 32. ff. de
reg. jur. Proinde etsi videtur, debitori alium fidejusso-
rem, æquè idoneum offerenti gratificandum esse: haud
tamen ad hoc necessitate quadam obstrictus est creditor:
sed ejus voluntati liberum relinquitur.

- 75 Minus resistit regula ista juris & æquitatis naturalis: ut,
quod tibi non nocet, & mihi prodest, faciendum tibi in-
cumbat, arg. l. in fundo. 38. vers. constituimus. ff. de rei vindic-
cat. Certo autem certius sit, quod mutatio fidejussoris non
noceat creditori, plurimum verò prodest debitori, ac pro-
inde creditor eam admittere teneatur. Nam respondetur:
regulam istam (quod id, quod nobis non nocet, alteri verò
prodest, admittendum sit) locum non habere eo casu, quo
conventio sive contractus præcessit, qui legem præscripsit,
arg. l. contractus 25. vers. nam hoc servabitur. ff. de reg. jur.
Jason & Bart. in d. l. 2. ff. sol. matrim. Vinc. Caroc. dec. 4. n. 11.
76 Sed & hoc observandum: quod in continenti apparere non
possitum obligatus & præsentatus fidejussor æquè, vel mi-
nus sit idoneus, atque prior: quandoquidem hoc in facto
constitit, & tractu demum temporis potest explorari. Quis
autem temporis illius molestias æquo animo ferret, & pa-
tienter deprecaret, nec potius priorem fidejussorem reti-
neret? tradente Hunnio loco præallegato.

- 77 Multò minus adversatur l. 2. §. locum. 8. ff. de religio. &
sumpt. funer. ubi servitus vite, quæ semel assignata est, im-
mutari potest, si via æquè commoda alibi præstetur. Id
namque solum religionis favore ibi permittitur: cum ejus-
modi proponatur calus, quo locus, per quem servitus vite
constituta erat, religiosus effectus est: & dicitur, si non mi-
nus per alium locum servitus vite quispian commode
uti possit; locum priorem, in quem mortuus illatus est, ef-
fectu religiosum. Quocirca firmiter concluditur: debitorem
audiendum non esse, si pro fidejussore, jam constituto &
accepto, alium æquè idoneum fidejussorem creditori dare
suscipiat. Idque fusius exponit Hunnius loco superius notato.

§. in omnibus. 1.

In omnibus autem obligationibus adsumi pos-
sunt; id est, sive re, sive verbis, sive iureis, sive

consensu contractæ fuerint. At nec illud quidem
interest, utrum civilis, an naturalis sit obligatio,
cui adjicitur fidejussor: aded quidem, ut pro ser-
vo quoque obligetur, sive extraneus sit, qui fide-
jussorem à servo accipiat, sive ipse dominus in id,
quod sibi naturaliter debetur.

SUMMARIA.

- 1 Finis fidejussionis quæ.
- 2 Quibus obligationibus fidejussor accedat.
- 3 Accessio sine principali consistere nequit.
- 4 Servus, cum aliquo contrahens, naturaliter tantum obligatur.
- 5 Fidejussor non debet durius obligari, quam principalis.
- 6 Conciliatio l. Marcellus. 25. ff. hoc tit. cum l. is, cui bonis, 6. ff. de verb. obligat.
- 8 In quibus causis fidejussori non sit locus.
- 8 Pro consecratione dotis non rectè fidejussor à marito exigatur.
- 9 Dux pro oneribus matrimonii potissimum datur.
- 10 De appendicibus idem esse soles iudicium, quod de principali.
- 11 An pro consecratione dotis fidejussor à marito volente dari possit.
- 12 Mulier se suamque citam marito committit.
- 13 Sententia l. unia. C. Theod. de fidejussorib. dotium.
- 14 Constitutione Theodosiana licet non sint authentica, tamen ad explicandos juris textus plurimum momenti habent.
- 25 Rejicitur & refellitur interpretatio quorundam ad l. 1. & 2. C. ne fidejussor dot. detent.
- 16 Mariti non in usu non gratiam nihil non facere solent.
- 17 Pignus à marito uxori pro dote dari potest.
- 18 Differentia inter pignus & fidejussorem.
- 19 Intellectus l. cum dote. 55. ff. de pure dot.
- 20 Mors & sententia l. si constante. 24. §. 2. ff. solut. matrim.
- 21 Favori pro se introducto quilibet renunciare potest.
- 22 Qua ad renunciationem alicuius juris necessarii requirantur.
- 23 Ususmodi obligationi, qua ex delicto descendit, fidejussor accede-
re valeat.
- 24 Iudicium fidejussoris datione non eliditur, nec executio impellitur.
- 25 Summa l. 1. vers. hoc autem ff. de custod. & exhibis. cor.
- 26 Sensus l. si à reo. 70. §. ult. ff. hoc tit.
- 27 Pæna ob maleficia solci, magna ratio standes.
- 28 Intellectus l. si confessus & ff. de custod. & exhibis. recor. & n. 27.
- 29 An cautioni fidejussoria sit locus, si pæna corporalis reo venis
infligenda.
- 30 Nemo mentitorum suorum dominus.
- 31 Interpretatio l. diuus Pius. 3. ff. de custod. & exhibis. recor.
- 32 Consideratio d. l. si confessus. 5. ff. d. tit.
- 33 Num ad carceres pro debitorum principali, fidejuben-
do aliquis se
astringere queat.
- 34 Omne factum donatum in stipulationem reduci potest.
- 35 Offides dari possunt pro debito pecuniario.
- 36 Oblatum censetur species carceris.
- 37 Consideratio l. Titius 9. ff. de servis exportand. & l. si quis.
26. ff. de contrab. empt.
- 38 Intellectus l. liber homo. 13. ff. ad leg. Aquil.
- 39 Intellectus l. Ticio centum. 2. §. 2. ff. de condit. & demonstrat.
- 40 Liber homo, ne quidem volens, alienum servum fieri potest.
- 41 Oblagia lege publica hodie prohibita.

FINIS fidejussionis idem perhibetur, qui pignoris, puta
securitas sive cautio creditoris: de quo sine Imperator,
dixit initio hujus tituli: jam de materia videandum est. Ma-
teria igitur circa quam, & cui fidejussor accedere potest,
sunt omnis generis obligationes, ex quibuscumque contra-
ctibus ortæ; non solum primæ vel principales, sed etiam
secundariæ sive accessorie, hoc §. nostro l. 1. l. 2. l. Gracis 8. §.
1. & §. fin. ff. hoc tit. ibique Wesenbec. in Paratit. n. 4. Quare
ubi nulla adest obligatio, ibi non valet hic se jussio. l. qui
contra. 11. l. fidejussor obligari. 16. in princ. l. si mihi. 23. l. si
quis 56. §. 2. l. si à reo. 70. §. si à servo. 4. ff. eod. l. is, cui 6. ff. de
verb. obl. Hujusque ratio manifesta est: quia fidejussio est
quedam accessio. §. fidejussor. §. infr. hoc tit. d. l. 1. l. generatiter.
§. ibi, ex causa access. & l. ibi, qui accessionis 34. ff. d. 2. Accessio
autem requirit principalem, cui innaturatur, arg. §. cum in suo.
29. supr. de ver. divis. l. 2. ff. de pecul. legat. l. 2. ff. de super. fidei.
l. nihil. dolo. l. 29. §. 1. & l. cum principalis. 178. ff. de reg. jur. c.
accessorium. 4. eod. in 6. Nec retari, utrum civilis, an natu-
ralis sit obligatio, cui fidejussor adjicitur: aded quidem, ut
pro servo quoque qui naturaliter olim obligabatur. Quod
attinet, 32. ff. de reg. jur. §. si ejussor tam domino, quam ex-
traneo obligati possit, hoc §. nostro vers. at nec illud. l. si pignus.
6. §. ult. & l. seq. l. si fidejussor. 16. §. fidejussor. 3. l. Marcellus.
25. l. cum fidejuben. 35. d. l. si à reo. 70. §. adeo. 3. ff. hoc tit.

Cui non adversatur, quod servus cum aliquo contra-
hens, naturaliter tantum obligetur: fidejussor verò pro hoc
servo ita naturaliter obligato, obligetur etiam civiliter. l.
cum

cum fidejubeat. 35. ff. hoc tit. Non debeat autem fidejussor durius obligari, quam principalis. d. §. fidejussores. §. infr. eod. d. l. Græce §. illud. 7. l. d. his, qui accessionis 34. ff. d. tit. Hoc inquam, non adversatur. Sibi enim imputet fidejussor damnum, quod ex hac obligatione sentit: cum à fidejussione abstinere potuerit. Nam quod servus non civiliter, sed naturaliter tantum obligetur; id fit ex defectu personæ: qui defectus cum in fidejussore non sit, merito etiam civili ter obligatur. Non igitur durior, sed tantum firmiter est obligatio fidejussoris: uti, post Bodeum, notat Ritters. hic p. 455.

Similiter dicta l. Marcellus. 25. ff. hoc tit. (ex qua evincitur, eum, qui pro pupillo sine tutoris auctoritate obligatio prodigove vel furioso fidejusserit, ex sua fidejussione teneri) non repugnat textus in d. l. i. cui bonis 6. ff. de verb. obligat. ubi discretè asseritur, quod pro furioso & prodigo intervenire fidejussor non possit. Etenim aut fidejussor intercessit pro furioso vel prodigo jure obligato, utputa ex quasi contractu, vel delicto obligato: quibus casibus ipsi jure obligantur: & tunc fidejussor efficaciter tenetur. l. furiosus. 46. ff. de oblig. & act. Aut fidejussor intercessit pro furioso vel prodigo, jure non obligato, utputa quando stipulanti sine auctoritate curatoris promiserunt: & tunc nec fidejussor pro iis adstringitur. Ita distinguitur in d. l. si a reo. 70. §. si a furioso. 4. ff. hoc tit. Quoties verò fidejussor pro debitor, naturaliter tantum obligato, utputa pro pupillo, si ne tutoris auctoritate promittente, intercedit, efficaciter potest conveniri: quamvis principalis debitor actione pulsari non possit. l. ubicunque 60. ff. eod. l. si pupillus. 127. ff. de verb. obligat. Atque ita tenent Cujacius ad d. l. i. cui 6. ff. d. tit. Bronchorst. cent. 2. de vario parvo asserit. 93. edit. 1. §. Humm. lib. 3. var. resol. jur. civ. tr. §. 9. 11. itemque in resol. ad Treutler. vol. 2. disp. 28. th. 3. q. 20. p. 197. & seq. Iam ibi aliter dicitur in l. Marcellus interpretentur. Contius lib. 2. lection. subsciso c. 3. Ravard. lib. 2. var. c. 9. Duar. & Donell. in d. l. i. cui 6. ff. de verb. obligat. Robert. lib. 2. recept. lect. c. 37. Fornerius lib. 3. select. c. 23. Franc. à Caldas in l. si curatorem. 3. verb. cum non absimilis. n. 23. C. de in integr. restit. Treutl. select. d. vol. 2. disp. 28. th. 3. lit. b. ibique latè Bachov. in suis not. p. 915. cum aliquot seqq. Ant. Fab. lib. 8. coniect. c. 6. Gadd. in Comm. de contrah. & commut. stipul. c. 7. concl. 10. n. 131. cum seqq. & noviter Hering. in tr. de fidejuss. c. 5. n. 335. & seqq.

Quod porro dicitur: fidejussorem omni obligationi accedere posse: id in quibusdam causis non procedit. Namque pro actione populari. l. si quis pro eo 56. §. ult. ff. hoc tit. pro re turpi & inhonesta. d. l. si a reo. 70. in fin. ff. eod. l. si remunerandi 6. §. res turpis. & l. si vero 12. §. si adolescens. ff. mandati. itemque pro dote conservanda fidejussor a muliere accipi nequit. tot. tit. C. ne fidejussores dot. dent. & ibi Bartol. Bald. & Salic. Cuj. ad Afric. tr. 4. ad l. si vir uxori 17. §. si mulier dixisset ff. ad SC. Vellej. & in Paratit. Cod. ne fidejuss. dot. dent. Et si enim maritus, soluto matrimonio, ad restitutionem dotis regulariter tenetur, ejusque restituendæ causam fidejussor accipi potest. l. exceptiones. 7. in pr. vers. sic maritus. ff. de except. l. i. in i. §. cum autem 7. vers. cautione videlicet. C. de rei uxori. act. tamen pro ejusdem conservatione, si pro servanda dote, constante matrimonio non rectè à marito fidejussor exigitur. l. 1. & 2. C. ne fidejuss. dot. dent. Gadd. d. Comm. de contrah. & commut. stipul. c. 6. concl. 23. n. 360. cum seqq. Her. d. tr. de fidejuss. c. 6. d. 104. & seqq. Idque ea maxime ratione introductum est: ne fidejussio, illa quam uxor, vel ejus pater à marito pro dote conservand. ex geret, antequam præberet odii & dissidii inter conjuges. Nam metuentum esset, ne maritus ægrè molesteque ferret, se ab uxore vel socero non fuisse idoneum habitum; ut ipsi dos sine fidejussore crederetur. l. 2. C. ne fidejuss. dot. dent. Absurdum quoque foret & turpe, plus alienæ, id est, fidejussoris extranei fidei & amicitie tribuere, quam proprii maritici quoque uxoris omnis vitæ consortium, divini humanique juris communicationem, ac supremum longeque altissimum amicitie vinculum copularet, juxta l. 1. §. de rit. nupt. l. si cum dorem. 22. §. si maritus. 7. vers. quid enim tam humanum. ff. sol. matrini. Ad hæc dos potissimum matrimonii aulis datur pro oneribus ejus, tanquam accessio quædam, l. pro oneribus. 20. Cod. de jur. dot. Sicut ergo pro hoc principali, nempe pro ipso conservando matrimonio, & maritici obsequio, & amore præstando, fidejussor intercedere non debet: cum

in matrimonio contrahendo propria ipsorum contrahentium fides, eaque sola versetur: ita etiam iniquum est, ut ejus accessorio fidejussor, ejus conservandi causa accedat: cum in eo par sit fides, nec tantum momenti, quantum in ipso principali. Bald. & Dd in l. etiam si non dot. 8. C. de jur. dot. Et de appendicibus plerumque idem esse solet iudicium, quod de principali: quippe accessorium naturam sui principalis imitatur. l. cum principalis. 178. ff. de reg. jur. & c. accessorium. 42. de reg. jur. in 6.

Sed disceptatio non levis est: an à marito volente pro conservanda dote fidejussor dari possit? Et dari posse, affirmat Jac. de Raven. Cynus. Joan. Andrea. & Rom. quos recenset Alexand. in l. si constante. 24. §. quotiens. 2. col. 2. v. tertiè limita. ff. sol. matr. illosque secuti Baldus Novell. in tr. de dote, part. 6. privil. 21. n. 5. Joan. Boscheus in tr. de nupt. lib. 4. n. 56. Duar. in method. tr. de jure dot. c. 4. Connanus lib. 8. Comm. jur. civ. c. 9. n. 8. Menoch. de presump. lib. 2. præf. 198. n. 43. ad fin. & lib. 6. præf. 1. n. 17. Hurtmigus Dasseius in Comm. ad statuta Lunenburg. art. 10. n. 4. Ungep exerc. Just. 11. q. 7. p. 424. cum seq. ed. ult. Antonius Richardus in hoc §. nostro n. 11. & 12. Henon. disp. 15. contrav. 4. Arumans Exerc. Just. 13. th. 12. Job. Copp. lib. 2. obser. præf. 29. ad fin. D. Besold. vol. 2. conf. 72. n. 4. & seqq. p. 302. Knipsch. exerc. Acad. 7. quest. 6. p. 260. & Humm. lib. 3. var. resol. jur. civ. tr. §. quest. 3. & in resolut. ad Treutler. vol. 2. disp. 28. th. 3. quest. 17. p. 190. & seqq. Verum plerique alii existimant: non solum prohiberi fidejussorem accipi, constante matrimonio, à marito volente idoneo: sed & adversa fortuna ad inopiam inclinante. Bartolus, Baldus, Jason, Salicesus, Cujacius, hosque referens Gadd. d. c. 6. n. 369. Azo in summa tit. C. ne fidejussor. dot. dent. Petr. Vanderan. de privil. credit. c. 4. n. 13. & seqq. Fachinus lib. 8. contrav. jur. c. 76. Alciat. lib. 4. parerg. c. 26. Andreas Gerhards decad. 14. quest. 1. Matth. Stephani cent. 3. q. 47. Robertus disp. 16. ad Instit. thes. 10. Anton. Matthæus in hoc §. Treutler. vol. 2. disp. 7. th. 4. lit. H. ibique in suis not. & animadv. Bachov. p. 342. cum seq. & P. Barboj. in l. si cum dorem. 21. §. transgrediamur. 12. n. 39. ff. sol. matrini. Ant. Merenda lib. 6. contrav. jur. c. 13. n. 17. & seqq. p. 425. Hering. d. c. 6. n. 156. ubi plures citat. Moventur hi Interpretes tum rubricæ dictæ tit. C. ne fidejussores dot. dent. generalitate, eaque prohibitoria: tam l. 1. & 2. Co. leod. & supra adductarum rationum perpetuitate. Siquidem eadem absurditas, eadem turpitudine, idem fidei & amoris conjugalis contemptus hic versatur. Sive enim à volente, sive ab invito marito fidejussor detur: mulier (quæ se suamque vitam marito committit, l. hac lege. 8. C. de pactis convent.) fidei mariti diffidere, plusq. fidejussoris, quam mariti, fidei tribuere videtur contra d. l. 2. Cod. ne fidejuss. dot. dent. Et hæc sententia apertius confirmatur ex l. i. in i. Cod. Theodos. de fidejuss. dot. lib. 3. tit. 15. ubi iidem Imp. Valent & Theodosius, quod est d. l. 1. C. ne fidejuss. dot. dent. qui ad hoc op. in sui ipsorum nomine assunt esse Interpretes, in hæc verba rescripserunt: Omnium sponsorum vel fidejussorum deinceps in cavenda dotis sponsonum promissiones abolimus. Et si ultra hujus legis auctoritatem dissentientes elevent: quia ut minime illæ constitutiones Theodosianæ non sint authenticæ: eas tamen ad explicandos juris nostri textus proximè momenti habere, nemo sinus facile negaverit. Quod præterea adversarii respondent: dictas l. 1. & 2. C. ne fidejuss. dot. dent. de marito coacto sive invito, non verò ultro offerente fidejussorem, accipiendos esse: ad rationem juris nostri si exigatur, nullius omnino est ponderis: quia nemo ultro hoc facere, & hoc onere, quod in jure nostro non grave tantum, sed famosum penè habetur. l. testamento. 17. in fine ff. de testam. suel. se obstringere velle presumitur. Et alias sanè nullo negotio constitutionibus illis frangi fieret: imò illæ eluderentur penitus quod tamper mulieres obligatos ultro sibi fidejussorem dicentes: neque mariti qui in uxorum nihil non initio gratiam facere amant: citra turpitudinis propriæ allegationem fieri ab uxoribus coactos, esse, excipere & prætereundum possent. Ac proinde frigidè antagoniste capere verbum, exigendi, in d. l. 2. C. ne fidejuss. dot. dent. positum: quoniam ex ratione juris omnis fidejussor intelligitur exactus, idque accuratius explanat Bachovius loco supra designato.

Non adversatur huic sententiæ, quod cum pignus à ma-

rito uxori pro dote dari possit. *l. quod autem. 7. §. si uxor. 6. ff. de donat. inter. vir.* Et uxor. eadem ratione etiam fidejussor dari queat; cum fidejussio pignori dationi par similisque esse censeatur. *l. promissor. 2. §. ult. ff. de constit. pecun.* Nam respondetur; evidentem esse inter pignus & fidejussorem diversitatis rationem; quoniam pignori dato dos ponitur tantum in tuto: non etiam committitur alterius personæ, quam mariti ipsius, fidei. Fidejussor obtinet locum debitoris; pignus locum rei debite. Non queritur aliena fides, si queritur pignus; secus, si fidejussor. In eo siquidem mulier fidem alienam sequitur, quod inter conjuges fieri absurdum esse, & perfidie occasionem generare, Justinianus Imp. rescriptit. *d. l. 2. C. ne fidejussor. dot. dent. ibique Cujac Fachin. d. lib. 8. c. 76. versic. secundum argum. &c.* Vide aliter sentientem Antonium Morendam. *d. lib. 6. controvers. jur. cap. 12. num. 5. cum seqq. pag. 421. & seq.*

19 Sic quoque non refragatur *l. cum dotis. 55. ff. de jure dot.* ubi cum fidejussor pro muliere dotem promittente intercedens, teneatur: ex eo consequens videtur, eum & pro marito intercedentem obligari. Diversa namque sunt: causa dotis expromissæ dare fidejussorem, & dare causa dotis servandæ vel restituendæ. Expromittere, est novandi animo suscipere alienam obligationem, & se facere reum principalem pro alio, soluto ab omni obligatione alio: quia novatio liberat debitorem prius obligatum. Igitur dicta *l. 55.* sententia hæc est: si quis dotem debitam ab uxore promiserit viro, novandi animo, & fidejussorem dederit utique fidejussor tenebitur. Neque enim ab uxore, sed ab extraneo expromissore, datus est. Ita recte ex Cujacio explicat istam legem Fachinus. *d. c. 76. ad finem.*

20 Nihil item resistit *l. si, constante. 24. §. quotiens. 2. ff. solut. matrimon.* ubi Ulpianus. *Quotiens, inquit, mulieri satisfaciendum est de solutione dotis post certum tempus: si maritus solvendo non possit: tunc, deducto commodo temporis, condemnatio residui representatur, &c.* Satisfacere autem, est propriè fidejussoribus cavere. *l. 1. in fine ff. qui satisfacere cogantur.* Et quod de marito Ulpianus loquatur, qui constante matrimonio ad inopiam vergit, ex responsi principio patet. Nihil, inquam, lex illa resistit. Quandoquidem in allegato *§. quotiens* non agit Jurisconsultus de dotis repetitione, quæ fit constante matrimonio ob inopiam mariti imminuentem: sed de dotis repetitione, quæ fit matrimonio jam soluto. Idque colligitur ex his verbis: *de solutione dotis post certum tempus.* Tempus sanè hic intelligitur, non, quod constante matrimonio est: quia ut ob inopiam emergentem dos repetatur certo tempore, concludi non potest: sed tempus intelligitur pacto conventum, intra quod, soluto matrimonio, dos reddi debebat, aut caveri *l. de die 14. §. l. Arilicinus. 17. ff. de pactis dotalib.* Præterea idem convincunt illa verba: *tunc deducto commodo temporis, &c.* Etenim si constante matrimonio dos repetatur: nulla fit temporis deductio: cum omne illud commodum cedat lucro mariti in compensationem oneris matrimonialis. *l. pro onerib. 20. Cod. de jure dot.* Et licet in principio dicta *l. si, constant.* de dotis repetitione, quæ fit constante matrimonio, tractetur non tamen protinus consequens est, de eadem quoque agi in *§. quotiens*, quia directo cum principio legis non coheret. Sed & (extra veritatis præjudicium) concessio, quod ex *d. §. quotiens* colligi possit: Ulpiani ætate licuisse pacto conveniri, & ulterius uxori fidejussorem dare dotis causa constante etiam matrimonio: id tamen nunc merito silet propter recentiores constitutiones. Jus vetus istud & consuetudinem prohibentes atque tollentes. Auctores siquidem dicta *l. 1. §. d. l. 2. C. ne fidejuss. dot. dent.* tempore posteriori esse, & auctoritate majores Ulpiano, nemo non perspicit, docente D. Cadedo. *d. tr. de contrab. §. committ. stipul. c. 6. concl. 23. n. 385. & seqq. ubi & alia argumenta, non multum ad rem facientia, addit.* De intellectu dicta *l. si, constante. 24. §. quotiens. 2. ff. sol. matrim.* videatur quoque Heringius. *d. tr. de fidejussor. c. 6. n. 188. & seqq.*

21 Denique nihil obest, quod favori pro se introducto qui libet renunciare queat *l. penult. Cod. de pact. l. pactum. 46. ff. de off. jud. §. si quis. 4. §. quæritur. 4. ff. si quis cautionib. in judicio sistens. §. c. l. 6. inde. 41. ff. de minorib. l. potest heres. 71. ff. ad leg. Falcia. ne proinde etiam maritus prohibitioni dicta *l. 2. C. ne fidejuss. dot. dent.* sponte obviare possit. Nam ut re-*

nunciatio alicujus juris, pro aliquo introducti; obtineat: necessario hæc tria intervenire & concurrere debent. I. Ut sit tantum jus positivum, merè in alicujus solius favorem introductum, non simul concernens publicam utilitatem. *l. jus publicum. 38. ff. de pact. l. nemo potest. §. 5. ff. de legat. 1. l. nec ex pratorio. 27. ff. de reg. jur.* II. Ut renunciatio non inducat aliquid contra bonos mores, nec det occasionem ad delinquendum. *l. alia causa. 14. §. 1. ff. sol. matrim.* III. Ut renunciatio sit talis, qui sibi præjudicare possit. Cum igitur *d. l. 2. Cod. ne fidejuss. dot. dent.* in publica utilitate, in morum reverentia, & vitanda delinquendi occasione, apertissime sit fundata, manifestum sit, ejus renunciationem marito permittam non esse, *juribus præallegatis, & bene tradidit Heringius d. cap. 6. n. 182.* Quibus ita breviter discussis: merito concluditur, à volente etiam marito fidejussorem, pro dote conservanda, dari minime posse.

Utrum obligationi, quæ ex delicto descendit, fidejussor accedere possit, vehementer controvertitur? Sed cum delicta quædam pecuniariam solummodo pœnam continent; quædam vero pœnam capitale seu corporalem mereantur; idcirco de iis distinctè, more aliorum Interpp. tractabimus; prout etiam fecimus ad *§. sed hodie. 3. n. 26. & seqq. infr. de satisfationib.* Quod igitur ad delicta, propter quæ pœna tantum pecuniaria irrogari solet, attinet: de illis non dubium videtur, quin reus, ob hujusmodi delictum in carcere detentus, datis fidejussoribus, custodia & carcere sit relaxandus, quantumvis in flagranti crimine deprehensus, aut etiam delictum judicialiter confessus fuerit. Nam primo manifestum manifestum est, quod per datum fidejussorem certior sive securior fiat accusator vel fisci de solutione pœnæ illius pecuniariæ; adeoque judicium, fidejussoris datione non eluditur, nec executio impeditur, sed promovetur potius. Si enim ipse principalis, quod vel absens & fugitivus, vel solvendo non sit, pœnam non solvat; eam fidejussor solvere compellitur. Deinde nihil quicquam interest actoris vel fisci, uter pœnam illam pecuniariam solvat, ipsemet reus, an fidejussor, vel quis alius, *arg. l. solutione. 23. §. l. solvere §. 3. ff. de solution.* Quare et si carcere liberatus reus aufugiat; pœnam tamen non evitat; nec etiam actor aut fisci, cui pœna applicanda venit, ea defraudatur. Præterea huc confert textus in *l. 1. vers. hos autem vel pro criminis, quod objicitur. qualitate. ff. de custod. & exhib. reor.* ex quo indistinctè evincitur, quod si delictum non sit ita grave, ut corporis habeat pœnam afflictivam, sed solum pecuniariam, reus non sit in carcerem conjiciendus; vel si eo detineatur captivus, dato fidejussore dimittendus. Eodem in super facit *l. si a reo. 70. §. ult. ff. hoc tit. ubi* Cajus JC. simpliciter respondet, quod in crimine furti (cujus pœna jure Justiniano pecuniaria est. *§. pœna manifesti. §. & §. ult. infr. de oblig. que ex del. nascunt. l. de his. 11. & l. falsis. 19. Cod. de furtis.*) fidejussor accipi possit à reo furti; propterea quod magna ratio suadeat, pœnas ob maleficia solvi; id quod fidejussoris datione efficiatur. Et ita quamvis in *d. l. 70. de furti crimine certo constaret; tamen fidejussorem admitti* Jurisconsultus statuit.

Nec hanc sententiam offendit *l. si confessus §. ff. de custod. & exhib. reor.* ubi Venulejus, si confessus, inquit fuerit reus donec de eo pronuncietur in vincula publica conjiciendus est. Nam præterquam quod (ut aperte liquet ex inscriptione ejus, quæ sic habet. *Venulej. Saturninus lib. 2. de judiciis publicis*) lex illa loquitur de criminibus gravioribus capitalibus, vel corporis coercionem habentibus; commode sic accipi poterit, quod reus confessus, donec de eo pronuncietur, in vincula publica sit conjiciendus; nisi velit fidejussorem dare, & de judicio fisci, deque pœna ipsi decernenda cavere. Atque ita scribunt & docent Jacobus Mehuochius lib. 2. de arbit. jud. cent. 4. cap. 303. n. 6. 7. 8. & 12. Gaddius d. Comment. de contrab. §. committ. stipul. c. 6. concl. 23. n. 408. cum seqq. Arum. Exerc. Just. 13. lib. 13. And. Gerb. d. dec. 14. q. 4. & Huon. d. lib. 3. var. resol. jur. civ. tr. §. 9. 4. Jametli interpretes alii in diversis opinionum divortia abeant, Hippolyt. de Missil. in pract. crim. §. attingam. n. 3. & seqq. Vitr. Follevin. in pract. crim. in verb. exam. liberatur, &c. Jod. Dambond. in pract. rer. crim. c. 20. n. 1. Color. in decis. Germania. decis. 29. n. 18. & rursus decis. 107. n. 5. cum seqq. Heringius d. tract. de fidejussorib. cap. 10. n. 396. & seqq. & ceteri. Aliqua

Atque hæcenus de eo casu, quo pro crimine commissio pœna pecuniaria est præstanda Si verò corporalis, sive sanguinis sive alicujus alterius gravioris coercitionis pœna reo carcerato infligenda sit, puta quia commisit homicidium, vel crimen læsæ majestatis, aut cudit falsam monetam, vel quid simile fecit: hoc casu, oblatam à reo cautionem fidejussoriam acceptari non debere, etiam si vellet mille dare fidejussores, Doctores communiter tradiderunt Bald. in l. 2. col. 1. in fine. Cod. de exhibend. & transmitt. reis. & l. eos. 6. §. super his. Cod. de appellationib. Angel. Aretin. in tr. malefic. in verb. fama publica vers. decimo quarto. n. 66. Gomez. tom. 3. var. res. c. 9. n. 8. Clarus lib. 5. sent. §. fin. q. 46. n. 7. Covarr. l. 2. var. res. c. 8. n. 8. Nevizan. conf. 61. n. 22. Joh. Saizon in consuet. Thron. tit. 1. §. 24. Gloss. 3. vers. quero decimo sexto Ant. Cordub. de Lara, in repetit. l. si quis a l. 5. §. sed utrum n. 23. ff. de liber. agnosc. Eichard. conf. 66. n. 5. part. 1. Eman. Sorn. in thes. recept. sent. lit. B. n. 144. Valent. Franc. in tr. de fidejuss. c. 3. n. 201. cum seqq. Farinac. in praxi crim. de carcer. & carcerat. quest. 33. reg. 1. n. 151. & seq. M. Ant. de Amatus decis. 101. incip. secuta carceratione. n. 9. & 10. Ruyter. Ruland. de Commiss. pa. t. 4. l. 6. c. 4. n. 46. hosq. laudans Hering. d. c. 10. n. 408. & seqq. Cæterum alii intrepide concludunt; & isthoc casu fidejussorem admittendum, eoq. dato reum à carcere relaxandum: sic tamen, ut arbitrio & discretioni jud. eis relinquatur dijudicare, consideratis diligenter dictis circumstantiis, & personæ conditione ac qualitate, quando fidejussor admitti & reus custodia relaxari possit. d. l. 1. 2. 3. ff. de custod. & exhibit. reor. l. eos. 6. §. super his. Cod. de appellation. Menoch. d. l. 2. de arbit. jul. cas. 30. l. n. 16. & 17. Weenbec. in paratiz. ff. hoc tit. n. 4. vers. sed an in criminalib. Gedd. d. c. 6. concl. 23. n. 416 cum seqq. Arumans d. Exer. Just. 23. th. 13. Guil. Forrier. l. 3. tract. Just. disp. 17. th. ult. Henon disp. 15. ad initit. sub contrav. §. Gerh. d. deced. 14. q. 4. & Hunnius d. l. 3. tr. §. q. 5. nec non in resol. ad Treutl. vol. 2. disp. 28. th. 3. q. 18. pag. 192. & seqq. Idque & nos explicatius probavimus in d. §. sed hodie 2. n. 33. & aliquot seqq. infr. de satis dat.

30 Nec obstat huic conclusioni l. liber homo. 13. in princ. ff. ad leg. Aquil. ubi dum Ulpianus ait, neminem esse dominum membrorum suorum: inde dicendum videtur, quod fidejussor in causis capitalibus pro reo intercedens, ad pœnam corporalem se obligare non possit. Nam respondetur; fidejussorem in causis capitalibus admitti, non ut pœnam corporalem promittat, a l. quam reus tenetur: sed ut in se recipiat, reum judicio sistere & præsentare. Enimverò si eveniat, ut reus ille aufugiat, ita ut si fidejussor nequeat eum exhibere aut præsentare: hoc utique casu fidejussor non eadem pœna, quâ reus criminis convictus affligendus foret, sed extraordinaria arbitrio judicis plectitur. l. si quis reum. 4. ff. de custod. & exhibit. reor. Bachovius hic n. 1. pag. 785.

31 Minus obstat l. Divus Pius 3. ff. d. tit. ubi Ulpianus ex epistola Divi Pii refert: non esse in vincula conjiciendum eum, qui fidejussor dare paratus est: nisi tam grave scelus admittit eum constet, ut neque fidejussoribus, neque militibus committi debeat, verum hanc ipsam carceris pœnam ante supplicium sustinere. Etenim in ista lege non quodvis intelligitur capitale crimen, quod grave sit, sed illud duntaxat capitale crimen, quod ita sit grave, ut hanc ipsam carceris etiam pœnam reus ante supplicium sustinere debeat: cujusmodi est crimen læsæ majest. parricidii, latrocinii, raptus cum incestu, &c. Et cum saltem hoc criminis genus atrocissimum excipiat Jurisconsultus: censetur in ceteris omnibus capitalibus criminibus arbitrio judicis relinquere, utrum fidejussorem admittere velit, arg. l. cum prætor. 12. in pr. ff. de judic. Gedd. d. c. 6. n. 413. Adhuc neminem carceris ob custodiam, sed propter relaxationem carceris ad pœnam, hoc est, ejus carceris, qui pœnæ causâ de jussus datione non relaxari aut liberari reum, facile conceditur. Hinc d. quest. 5. vers. deniq. & ideo, &c.

32 Multo minus obstat supra adducta l. si confessus. §. ff. de custod. & exhibit. reor. ubi abiqua distinctione dicitur, quod reus criminis confessus, donec de eo pronuncietur, in vincula publica si conjiciendus: adeoq. pro reo criminis capitalis fidejussor non admittendus. Nam illud procul dubio

temperamentum accipit ex d. l. eos. 6. §. 3. Cod. de appellat. & ita limitatur: nisi reus crimen confessus, fidejussorem dare paratus sit, ut explicatum supra n. 24. Etenim textus cum textu conferri debet, ita ut id, quod in uno textu generaliter dictum est, ex alio restrictionem & declarationem accipiat, arg. l. incivile. 24. & l. non est novum. 26. ff. de legib. Vel certe dicta lex §. sic limitanda erit: nisi tam grave sit scelus, ut reus neque fidejussoribus, neque militibus committi debeat, juxta d. l. 3. ff. de custod. & exhibit. reor. & notata Hunnii d. quest. 5. in fine. Plura noviter ista de questione comportavit Dn. Collega Bocerius in hoc tit. n. 92. cum multis subseqq. p. 315. & seqq. Bachovius in not. & animadvers. ad Treutl. d. vol. 2. disp. 28. th. 3. lit. A p. 90. & seqq. Bucharat Ameloua in tr. de potestate in se ipsum l. 1. c. 14. n. 6. huncque referens Antonius Merenda lib. 5. controvers. jur. cap. 13. pag. 369. & seqq.

Expediæ modo questionem vicina & la controversia est: utrum ad carceres pro debitor principalis fidejubendo quispiam se adstringere possit; adeo, ut si non solvat principalis, tum fidejussor in carcerem dextrudatur? Et licet multi negativè respondeant, Speculator in tit. de renunciatione & conclusionem §. item est beneficium. n. 29. Barroli. & ad eum Albanus Imol. Alexand. Angel. & Roman. in l. alia. 14. §. elegantior ff. sol. m. trim. Salicet in l. 1. C. qui bon. ced. poss. & Felin. n. 6. ex rescripto 9. de jur. jurat. Bachovius in dict. not. ad Treutl. vol. 2. disp. 28. th. 4. lit. F. vers. hinc & ad carceres. pag. 937. & seqq. contrarium tamen hisce possimum defendi solet argumentis. I. Omne factum licitum & honestum in stipulationem deduci, & stipulatione promitti potest. l. stipulationes non dividuntur. 72. ff. de verb. obligat. Atqui aliquem pro debito per magistratum carcerari, est factum licitum & honestum, arg. l. nemo carcerem. 2. vers. vel certe si quis, &c. C. de exactionib. tributor. Berlich. part. 2. conclusion. practica conclus. 27. n. 23. II. In d. c. ex rescripto. 9. de jur. jur. habetur: obides da i posse pro debito pecuniario, & valere pactum, si creditor satisfactus non fuerit, tum in obit go esse debitor, vel ipsius fidejussor, hoc est, in loco convenio se sisteret, nec recederet, donec promissa adimpleretur. Oblitus autem censetur species carceris, arg. l. si curretur 9. & l. nec non 28. §. 1. ff. ex quib. caus. majores, &c. Vide Bachovium in dictis not. ad Treutl. vol. 2. disp. 28. th. 4. lit. E. vers. hinc obligati pœnam p. 929. & ibidem Hunnium in resolut. quest. 30. p. 213. itemq. D. Bofold in thesaur. pract. lit. L. n. 36. p. 113. & seqq. Igitur conventio, qua liber homo se ad carcerem obligat, valere videtur. III. Ulpianus in l. quo l. 3. lex. 3. §. si quis. ff. de homine lib. exhibend. aperte scribit: Si quis volentem retineat, non videri dolo malo retinere. Jam vero qui ex conventionione debitorem in carcerem auctoritate magistratus detrudat, donec solvat, detinet volentem: cum semel is in hoc consenserit: nec attenditur, quod nunc dissentiat, arg. l. si quis. §. Cod. de obligat. & actionib. Ergo qui in carcerem debitorem, vel ipsius fidejussorem conjicit, cum ad hoc prius ille conventionione se obligavit, dolo non facit, sed jure suavitur. IV. In l. Tit. ut servum 9. ff. de servis exportand. & l. si quis sub hoc pacto 6. ff. de contrah. empt. traditur: quod, accedente pacto de manû injectione, regulariter perit. l. si detentio. Nec movet; hinc textus loqui de servis: ad proinde, cum hoc sit esse in bonis nostris, §. 2. seqq. supr. de jure person. §. item a, que ex hostibus. 17. supr. de rer. divis. de illis facilius hujusmodi valere conventionem: at nihil quicquam agere textus illos de hominibus liberis, qui hominum commercio eximuntur §. ult. infr. de empt. & vend. Etenim nihil diversitatis subesse videtur, quare manû injectio ex pacto non ita debeat contra debitorem concedi, prout etiam adversus alienum servum: cum, in proposito, servus venditus & traditus emptori, tam quoad dominium, quam etiam quoad possessionem, in nostrâ potestate esse desit. §. per traditionem. 40. supr. de rer. divis. & l. traditionibus 20. Cod. de pactis. A q. h. loc. & similibus rationibus hanc sententiam defendunt Udalricus Zifm lib. 2. singularium respons. c. 8. Huning. Gedd. conf. 2. lib. 9. n. 52. & seqq. Mytinger. cent. 6. observ. §. 1. n. 3. & seqq. And. Clud. de sequenti. c. 1. n. 106. Ceteri in processu, ut part. 1. c. 6. n. 44. cum seqq. Treutl. vol. 2. disp. 28. th. 4. sub lit. F. eosq. citans Hunnius d. l. 3. var. res. jul.

civ. tr. 5. q. 6. Ubi, in vers. ego in hac Interpretum, &c. non ineptè sic statuendum censet: debitor principalis sese obstringere posse ad carceres, si statuto die non solverit, pro eoq; etiam fidejussorem consimiliter ad carcerem se obligare posse: at cum debitor principalis se ad carceres non obligavit, fidejussorem ita sese obligare non posse, ut si principalis non solverit, ipse fidejussor satis sit facturus, aut in carcerem iturus: quia hac ratione fidejussor in duriorem causam obli- garetur: quod fieri non poss., ostendetur in §. fidejussores. §. infra hoc tit. Hucq; pertinere videntur, quæ de obligatione ad carceres prolixè scripsit Berlichius d. part. 2. conclus. 27. per tot. & conclus. 28. n. 56. & seqq.

38 Non obloquitur amenti sententiæ, quod Ulpianus J.C. in prædicta l. liber homo. 13. ff. ad leg. Aquil. scribit: neminem esse dominum membrorum suorum. Hoc namq; exaudiendum est de extinctione vel amputatione membrorum, ad quam nulla conventio, nullum pactum extendi potest. Diversum verò obtinet in pacto carceris, de quo hoc agitur loco: quia carcer non affligit membra, aut extinguit: sed arctat solummodo debitorem, absque omni periculo corporis ad hærendum certo in loco, donec solverit. Neq; hanc solutionem impedit, quod plurima & maxima sint carceris incommoda, haud cum levi corporis & valetudinis periculo conjuncta: veluti fœtor, squalor, tenebræ, solitudo, & id generis alia. Quia hæc locum habent in carcere noxiorum subteraneo, in quo custodiuntur pœnæ, propter admissum aliquod flagitium, destinati. d. l. vers. carce. penul. C. de exactor. tribus. Non autem procedunt in carcere debitorum, qui reis in causis pecuniariis assignatur, & plerumq; in locis editoribus, super portis Civitatum, aut in Curia, habetur: ita ut nec lumen cœli & solis, nec usus salubris aeris carceratis adimatur. Joan. Koppen decis. 29. n. 20. Coler. d. part. 1. cap. 6. n. 111. & seqq. Rutger. Ruland. de commiss. part. 2. lib. 4. c. 1. n. 7. Berlich. d. conclus. 28. n. 66. & seqq.

39 Nec quicquam obstat textus in l. Titio centum 71. §. 2. ff. de condit. & demonstr. ubi Papinianus, Titio, inquit, centum relicta sunt ita, ut à monumento meo non recedat, vel uti in illa civitate domicilium habeat: potest dici, non esse locum cautioni, per quam jus libertatis infringitur. Ibi enim hoc expressè actum erat, ut Titius perpetuò & purè ac præcisè maneret adstrictus ad commorandum in loco monumenti, vel ad habendum domicilium in illa civitate, & non alibi. Ideoq; rectè ibidem deciditur, quod talis appositio conditionis seu modi non valeat: quia infringat jus libertatis. Secus est in nostra questione, ubi qui obligavit se ad carcerem, non perpetuò vel præcisè tenetur: sed quando-cunque pecuniam vel interese solvendo liberatur.

40 Nullum præterea nobis negotium facessunt illi textus, quibus cavetur, quod liber homo, ne quidem volens, servus alterius fieri, aut pignori capi & obligari possit. l. qui filios. 6. C. quæ res pignori obligari poss. l. ob es alienum. 12. Cod. de oblig. & act. l. nec si volens. 6. Cod. de liberal. caus. & similes. Siquidem per hanc conventionem sive pactionem, ut debitor certâ die solvat, aut non solvens in carcerem eat, non efficitur debitor creditoris servus: nec hoc agitur ut creditori serviat, aut pignori capi queat: sed solum ut solvat, & ad solvendum arctius adstringatur, & coarctetur. Nec concedendum est: carcerem, de quo hîc tractatur, in servilem statum debitorem deducere, & speciem servitutis esse; quoniam id nullibi in jure fundatum reperitur. Sed & in proposito debitor non simpliciter se ad carcerem obligat, verum ita, si non solverit: proinde, solutione ad diem factâ, carceris custodiam facile evitabit, Idq; fusius paulo explicat D. Humio d. quasi. 6. ubi & alia dissentient, fundamènta perspicue refellit. Idem ad verbum ferè (pro more) repetit in resol. ad Treutler. d. vol. 2. disp. 28. th. 4. lit. F. quest. 29. pag. 209. & seqq. Adde Phil. Knipschilde. exercitio.

41 Acad. 7. quest. 8. pag. 262. Adde item D. Martiam, tom. 3. digestorum novissimor. tit. obligatio. c. 7. fol. 233. ubi subiicit: cum magnus in Germania obli-giorum abusus sit factus, illaque extremo debitorum malo, & multo creditorum commodo, tantifed multa inde publica scandala oriantur: ideo novissima Imperii politica constitutione, & sic lege publicè hujusmodi obligati interdici in posterum, & prorsus aboliti esse, ex decisione Camera Imperialis 45. part. 2. Andrea Gual. & decis. Cratianopolita. 61. Guidonis Papa.

5. Fidejussor non tantum. 2.

Fidejussor non tantum ipse obligatur: sed etiam heredem relinquit obligatum.

S U M M A R I A.

- 1 Obligatio fidejussoris ad heredes ipsius tranfit.
- 2 Omnis obligatio ex contractu ad heredes transmittitur.
- 3 Actiones, ex delictis descendentes, quando in heredem competunt.
- 4 Ex alterius contractu nemo obligatur.
- 5 Heres & defunctus una eademque persona reputantur.
- 6 Ex personâ heredum, conditio obligationis non mutatur.
- 7 Quibus casibus obligatio fidejussoria non transeat in heredes.
- 8 Conventio & pacta dant legem contractui.
- 9 Si convenit inter creditorem & debitorem de substituendis aliis fidejussoribus: tunc fidejussio, mortuo fidejussore, expirat.

Hoc loco de effectu fidejussionis differere incipit Imperator, & ostendit: quod fidejussoris obligatio etiam ad heredes ipsius transeat. Quemadmodum ergo, reo principali mortuo, heres ejus obligatus remanet: ita & mortuo fidejussore, ejus heres tenetur, hoc §. nostro. l. potest. 4. in fine ff. hoc tit. l. fidejussoris. 24. Cod. eodem. l. veteres. 13. Cod. de contrah. & committ. stipulat. Ratio, cur etiam heres fidejussoris teneatur, non obscura est: quia omnis obligatio ex contractu ad heredem transmittitur. l. ex contrah. 49. ff. de obligationibus & actionibus l. hoc jure. 152. §. ult. ff. de reg. jur. §. non autem omnes. 1. infr. de perpet. & temporalibus act. l. unica C. ut act. & ab her. l. & contr. heredes incip. Quin & si obligationi ex delicto fidejussor accesserit, heredem suum obligatum relinquit: si modò ante rei mortem lis contestata, vel pro maleficio certa pœna promissa fuerit. Sicut enim actiones, ex delictis descendentes, in heredem tum demum competunt, quando lis contestata, vel heres inde locupletior factus sit. d. §. 1. vers. aliquando tamen. infr. de perpet. & temp. actionib. l. omnes. 26. l. constitutionib. 33. l. sciendum. 57. ff. de obligationib. & actionib. l. si plures. 17. in fin. ff. de dol. mal. l. sicuti. 38. & l. totiens. 44. ff. de reg. jur. ita etiam heres fidejussoris non quidem pro ipso maleficio, sed pro pœnâ, quam pro maleficio commissio fidejussor spondit, obligatus manet, atq; ad eam solvendam conveniri potest, uti tradunt hîc Glossæ, Sylvester Aldobrandin. Angel. Faber. Mynsinger. Hejms, & ceteri: item Barcol. Jason & Costal. in l. si eum. 10. §. qui injuriarum. 2. ff. si quis cautionibus in judicio, &c. Albertus Brunius in tract. de interitu & perempt. conclus. 10. n. 36. Hippolyt. de Marsil. in rubr. de fidejussorib. n. 160. & singul. 159. Sebastian. Medic. in tract. Mori omnia solvit part. 2. conclus. 45. n. 125. Bertazol. in tract. claus. instrum. claus. 39. gloss. 6. n. 1. & 2. Roland. à Valle consil. 58. n. 1. & seqq. vol. 1. hosque laudans Antonius Hering. in tract. de fidejussorib. c. 20. §. 10. n. 29. Beuß. ad l. admonendi. 31. n. 343. ff. de jurejur. Berlichius. part. 2. conclusion. practicabil. concl. 26. n. 7. & seqq.

Nec adversatur. l. cum te possessiones. 3. in fine. C. n. uxor pro marito. vel maritus pro uxore, &c. ubi dicitur, ex alterius contractu neminem obligari. item l. unic. C. ut nullus ex vicaneis. &c. ubi deciditur, grave esse non solum legibus, verum etiam æquitati naturali contrarium, pro alienis debitis alios molestarî. Item cum heres & defunctus una eademque persona esse censentur. Novell. 48. circa finem, præfationis. heredesque in universum jus defuncti succedat. l. hereditas. 62. ff. de regul. jur. merito heres defuncti debita solvere cogitur: siquidem ex personâ heredum, conditio obligationis non immutatur. l. 2. §. ex his. 2. ff. de verb. obligat. l. totiens. 6. in fine princ. ff. de pollicitationib. l. 1. & ultim. Cod. de hereditat. actionib. deinde frustra recusat heres id, quod retractare non potuit ille, cujus hereditatem suscepit. l. postulante 44. in princ. vers. ceterum. ff. ad fœtus consult. Trebell. Hering. d. cap. 20. §. 10. n. 31. & seqq. Esti verò obligatio fidejussoria in heredes transeat: hoc tamen intelligendum, nisi alter conventum sit, vel aliud actum appareat a contrahentibus. l. si sine. 23. §. si in stipulation. 7. ff. rem ratam haberi. l. semper in stipulat. 34. ff. de reg.

§ reg. iur. Conventio quippe & pacta dant legem contractui. l. 1. §. si convenit. 6. ff. de pos. l. contractus. 23. ff. de reg. c. contract. 35. eod. in 6. Actum autem aliud censetur, si in instrumento cautionis expressum sit, quod fidejussor duntaxat, vel solus fidejussor, non etiam ipsius heres, obligari debeat. Quotiescunque enim aliquid additum est, ex quo apparet, contrahentes ad propriam ipsorum personam respectum habuisse, & ad semetipsos contractum coartare voluisse, toties obligatio, quæ ex sui natura etiam heredes comprehendit, propter verba illa restrictiva, ad heredes non transit. l. juris gentium. 7. §. pactor. 8. l. §. heredis. 21. §. ult. sim. juncta l. seq. l. si totus. 27. §. pacta. 4. vers. ante omnia ff. de pact. l. si necessarius. 8. §. de vendendo 4 ff. de pignor. act. l. non solum. 8. §. tal. 3. ff. de liberat. legat. Turanell. de retract. convent. §. 1. gl. 5. non. 2. §. seq. Joan. Jacob. Plbst. disput. antiqu. 2. th. §. 3. sub lit. a. Hurman. Pistoris part. 2. quest. 26. num. 3. ubi ad hoc plur. allegat. Eandem sententiam in terminis amplectuntur. Matt. Coler. in tr. de process. execut. part. 1. c. 10. num. 318. Eramus in tr. de fidejuss. c. num. 87. §. seqq. Bachovius in not. ad Treutler vol. 2. disp. 24. ib. §. lit. B. vers. excipe tamen. §. c. pag. 942. §. ibidem Humius in resol. 9 vers. limitatur, §. c. pag. 217. Tamen si contrariam opinionem longe veriore esse, judicet, post alios, Berlichius d. conclus. 26. n. 19. §. seqq. Idem stat. vendum est, si conventio inita proponitur inter creditorem & debitorem, de substitutione sive subrogandis in locum demortuorum alius fidejussoribus. Nam hæc conventio similis est priori: quoniam & in ea id tacite actum fuisse videtur, ut fidejussio tantum ad viam fidejubeantis duraret, & post mortem ipsius statim expiraret, adeoque heres ejusdem conveniri nequireret, arg. §. at si ita. 3. verb. quoad vivam sup. de verb. obligationib. §. l. penult ff. hoc tit. Heigius hic num. 5. wesenbec. consil. 14 n. 81. §. 86. Atque ita in Dictionariis Lipsiensis & Jenensis jam dudum de jure uniformiter responsum fuisse, testatur Coler. de process. execut. part. 1. cap. 10. num. 280. in fin. §. decis. German. 30 n. 6. §. seqq. eumque referens Heringius, d. c. 20 §. 10 n. 63 ubi plura observata per digna diligenter declarat. Idem refert Berlichius d. part. 2. conclus. 26. num. 14. §. seqq. ubi §. alias nonnullas restri. siones adducit. Adde Dn. Collegam Besoldum consil. 35. num. 4. §. seq. vol. 2. pag. 50. item consil. 72. num. 34. §. seqq. pag. 904.

§. Fidejussor. §. precedere. 3.

Fidejussor & præcedere obligationem, & sequi potest.

S U M M A R I A.

- 1 Fidejussor & sequi & præcedere principalem obligationem potest.
- 2 Fidejussoria obligatio est accessoria quantum.
- 3 Accessio vim principalem sequitur.
- 4 Fidejussor sub conditione accipi potest.
- 5 Servitus quatenus fuerit adflicti constituitur.
- 6 Expositio & consideratio l. si debitor. 27. §. 1 ff. hoc tit.
- 7 Item & sententia l. si filiusfamilias. 78. ff. de verb. obligat.
- 8 Differentia inter fidejussorem, & mandatorem atque constitutum.
- 9 D. Boceri dissentientis instantia diluitur.

FIDEJUSSOREM & sequi & præcedere principalem obligationem posse, non solum Justinianus hoc loco diserte addidit: verum etiam liquido constat ex l. potest. 4. in princ. §. l. stipulatus sum. 6. §. ult. ff. hoc tit. remque l. non quemadmodum 35. ff. de iudiciis & Leo tempore. 50 in princ. vers. sed fidejussorem ff. de peculio. ubi etiam futuræ obligationi fidejussor recte adhibetur. Non obstat, quod si fidejussoria obligatio sit accessio quædam principis, licetius obligationis, §. fidejussor. 5. infra. hoc tit. l. generaliter. §. ubi, ex causa accessoria. §. l. hi. qui accessoria. 34. ff. eod. Accessio autem natura rem principalem sequitur, non præcedit. Item principis. 178 ff. de reg. iur. accessorium. 43. eod. in 6. Nam responderet: fidejussoriam obligationem præcedere quidem posse principalem obligationem ordine temporis, & conceptu verborum: sed obstituto & respiciendo item. Quia antequam reus principalis debeat, fidejussor conveniri non potest. l. fidejussor. antequam. 57. ff. hoc tit. hoc est: adhuc futuræ obligationis fidejussor non

demum effectum habet, cum obligatio subsecuta fuerit. Fidejussorem siquidem etiam sub conditione accipi posse, 4 apparet ex d. l. stipulatus sum. 6. §. 1. ff. eod. Et ita tradidit Canticum. Porcius, Mysinger, & Giphanius in hoc §. nec non Humius in resolut. ad Treutler. vol. 2. disp. 28. th. 3. lit. F. q. 22. p. 200. Sic quoque servitus prædii, quæ prædii adjunctum & accessio est, potest imponi & constitui ædificio futuro, promissione scilicet, sed non revera, nisi extructo ædificio. l. si servitus. 23. §. ultim. ff. de servitutibus prædior. urban. l. Labeo. 10. ff. de servitutibus præd. rustic. §. explicatum ad §. idem. 3. n. 3. sup. de servitutibus præd. Quod autem fidejussio illa non ex præsentis tempore vires habeat: sed ex tempore principalis obligationis existentis robur capiat, colligitur ex l. si debitori. 46. §. 1. ff. hoc tit. Namque in facti specie ibi proposita filiusfamilias crediturus alicui pecuniam ex peculiari causa, accepit fidejussorem futuræ illius obligationis nomine: sed emancipatus postea credidit pecuniam. Fidejussor ille non patri, sed filio jam emancipato obligatus dicitur: quia eo tempore, quo cepit principalis obligatio ob creditam pecuniam, filius ille non amplius fuit in patria potestate. Cæterum quod illic filio, humanitatis intuitu, actio ex fidejussione dari dicitur, hoc est, utilis actio, non directa: ideo sit, quod tempore fidejussionis filius adhuc erat in patria potestate: proindeque patri directa actio competere videbatur: cum obligatio & actio a filiofamilias quæsitæ, ne momento quidem in persona filii constituisse existimetur. Quia verò non patri, sed ipsi filio ex ea fidejussione competit actio: inde manifestum evadit quod fidejussio futuræ obligationis nomine facta, non ex die interpolitæ fidejussionis, sed ex tempore principalis obligationis, vires capiat.

Cui non obstat textus in l. si filiusfamilias. 78. ff. de verb. obligationib. ubi Paulus, Si filiusfamilias, inquit, sub conditione stipulatus, emancipatus fuerit: deinde existit conditio: patri actio competit, quia in stipulationibus id tempus spectatur, quo contrahimus. Nam inter stipulationem principalem, & accessoriam obligationem ex fidejussione distinguendum est. Principalis stipulatio facta sub conditione, quodammodo statim ex præsentis tempore vires accipit, quamvis ex ea petito suspensa sit. l. cedere diem 213. ff. de verb. significat. Quod autem quodammodo statim cadat dies stipulationis conditionalis, liquet ex eo, quod hæc stipulatio etiam ad heredes transit. §. sub conditione. 4. vers. ex conditionalis. sup. de verb. obligat. At accessoria stipulatio in futurum collata, vel sub conditione facta, vires non statim accipit ex præsentis tempore; sed est in suspensio, quoad existat aliqua principalis obligatio. Accessoria itaque ex principali pendet: principalis per se subsistit, nec penitet aliunde, & aliquando non esse principalis. Ita diserit hoc explicat D. Collega Bocerus in hoc tit. num. 112. §. seqq. pag. 318. Porro quod hic videtur, fidejussorem præcedere & sequi obligationem posset in eo ipso à mandatore & constitutore differre. Mandator etenim præcedit tantum obligationem principalem l. si vero 12 §. si post creditam 14 l. si mandaverit. 22 in princ. §. §. 1. l. si quis. 27 in princ. ff. mandat. constitutor vero eam sequitur. l. 1. §. in potest. §. §. seqq. ff. de constit. pecun. §. notant Egmanus Baro & Mysinger, hic numero 3. Francisc. Coman. lib. 6. Commentar. juris civil. cap. 6. num. 1.

Cæterum hoc discrimen inter fidejussorem & mandatorem non recte intelligit Dn. Collega Bocerus, dum in hoc tit. nostro, num. 20 pag. 304. inquit: mandatum hæc numero sine alia precedente vel sequente obligatione consistit. Etenim mandatum, de quo hic loquimur, non refertur ad principalem obligationem, quæ nulla ex parte attingit mandatorem: sed consideratur mandatum, ut licet sub finis fidejussoria, quæ sequitur mandatum, attamen inspecta sequens ratihabitio mandatum inducat: attamen inspecta fictione juris, quæ retrahitur ratihabitio, etiam hic mandatum præcedere intelligitur. Vera ergo manet illa differentia inter mandatum & fidejussorem: quod illud tantum præcedat obligationem: ut noviter quoque bene sentit D. Bachovius in not. ad Treutler, vol. 2. part. 4. pag. 892.

§. si plures. 4.

Si plures sint fidejussores: quotquot erunt numero, singuli in solidum tenentur. Itaque liberum est creditori, à quo velit solidum petere. Sed ex epistola divi Hadriani compellitur creditor à singulis, qui modò solvendo sunt litis contestatae tempore, partes petere. Ideoque si quis ex fidejussoribus eo tempore solvendo non sit: hoc cæteros onerat. Sed si ab uno fidejussore creditor totum consequutus fuerit: huius solius detrimentum erit, si is, pro quo fidejussit, solvendo non sit: & sibi imputare debet, cum potuerit juvari ex epistola divi Hadriani, & desiderare, ut pro parte in se detur actio.

SUMMARIA.

- 1 Si plures idem debitum fide sua esse iubeant: singuli in solidum obligantur.
- 2 Correntum que sit conditio.
- 3 Creditor, reo principali relicto, à fidejussoribus solidum petere potest.
- 4 Jure novo inter fidejussores obligatio aequaliter, pro virilibus partibus dividitur.
- 5 Quod quidem procedit, si modò omnes fidejussores sint solvendo litis contestata tempore.
- 6 Divisio isthac non fit ipso jure, sed ope tantum exceptionis.
- 7 Si fidejussor conventus divisionis beneficium omiserit, & solidum creditori solverit: an quod amplius parte sua solvit, à creditore repetere possit.
- 8 Num fidejussor, quod amplius parte sua exsolvit, à reliquis confidejussoribus repetere queat.
- 9 Inter confidejussores nulla contrahitur obligatio.
- 10 Cui competat negotiorum gestorum actio.
- 11 Divisionis exceptio quando opponenda sit.
- 12 Quibus casibus divisionis beneficium cesset.
- 13 Intellectus l. pupillus 6. ff. de fidejussoribus & nominator. tutor.
- 14 Consideratio. l. si pater nam. 3. C. ad SC. Vellejan.
- 15 Divisionis beneficium non habet, qui se fidejussisse negavit.
- 16 Item, qui ei renuntiavit.
- 17 Item cessat istud beneficium, si mulier & Titius pro Gajo fidejussissent.
- 18 Scire debere, & scire potest, paria sunt.
- 19 Consideratio l. 27. §. ult. l. 18. ff. ad SC. Vellejan.
- 20 Consideratio l. si sponsus 4. §. 1. ff. de donat. inter vir. & uxorem.
- 21 Consideratio l. si pater nam. 3. C. ad SC. Vellejan.
- 22 Cessat divisionis beneficium, quando fidejussor alium fidejussorem dedit.
- 23 Plures fidejussores, qui se ad factum obligaverunt, divisionis beneficium non gaudent.
- 24 In obligationibus obligatorum, isti beneficium non est locus.
- 25 Ordinis sibi excussionis beneficium quando habet locus.
- 26 Exceptio dilatoria iure iuri confessionem opponenda.
- 27 Principalis debitoris excussio usque ad pernam & succum fieri debet.
- 28 Quibus casibus excussionis beneficium non procedat.
- 29 Iure suo quique renunciare potest.
- 30 Quoniam fidejussor, qui se ut principalem obligavit, ordinis beneficium renuntiasse censetur.
- 31 In contrarium instrumentum nullum verbum debet esse otiosum.
- 32 Verba contrarium accessorii magis ex stylo & consuetudine notantur, quam ex mente contrahentium, adici solent.
- 33 Contrahentes per pacta sua formam contrahendi dare dicuntur.
- 34 Renuntiare nihil aliud est, quam se principalem constituere.
- 35 Nemo licet aduersus sui pacta venire.
- 36 Verbi, vel facti se declarare, paria censentur.
- 37 Ubi persona conditio locum facti beneficium, ibi deficient ea, beneficium quoque deficit.
- 38 Novatio quando inducitur.
- 39 Sententia Novell. 4. c. 1. & Novell. 126. in princ. & c. 8.
- 40 Aliud reus principalis, aliud consequens: item aliud constitutus, aliud fidejussor.
- 41 Nemo fidejussor excussionis beneficio renuntiasse existimatur, si iuraverit se obligavisse.
- 42 Juramentum induit naturam contrarius, cui adicitur.
- 43 Natura obligationis fidejussoria quia.
- 44 Excussio exceptio summa aequitate nititur.
- 45 Juramentum ad incognitam, & futura extendi non debet.
- 46 Quotiens iuramentum sit servandum.
- 47 A servando nihil infertur.
- 48 Sententia in rescripto. 9. c. de iur. servando.
- 49 Fidejussor solvens, si iudicantis, ordinis beneficio renuntiat.

ciare nequit.

- 50 Excussionis beneficium non habet fidejussor, si debitor principalis sit absens, ita ut sine magna difficultate conveniri non possit.
- 51 Si debitor notoriè solvendo non est, praedictum beneficium cessat.
- 52 Item cessat, si fidejussor se fidejussisse inficietur.
- 53 Lex mendaces odio habet.
- 54 Propria mendacis pena est, ut ei, etiam vera dicenti, non credatur.
- 55 Legis auxilium frustra implorat, qui in illam committit.
- 56 Excussionis beneficium non admittitur, si pater pro filio fidejussisset.
- 57 Item si fidejussor debitori succedat.
- 58 Cedendarum actionum beneficium quale.
- 59 An fidejussor actionum cessionem non solum ante, vel in ipsa solutione, sed etiam post factam solutionem, petere debeat.
- 60 Enucleatur l. cum is, 36. ff. hoc tit.
- 61 Non entium nulla sunt qualitates.
- 62 Emptori quando actio temporis competat adversus venditorem.
- 63 Solutione debiti omnis obligatio tollitur.
- 64 Donatio non praesumitur.
- 65 Mens & sententia l. Modestinus. 76. ff. de solutionib.
- 66 Num fidejussori solidum solvendi actio in solidum, an pro parte virili, à creditore adversus confidejussores cedi debeat.
- 67 Quibus casibus cedendarum actionum beneficium cesset, remissio.
- 68 Utrum exceptiones, debitori competentes, ejus quoque fidejussoribus dentur.
- 69 Omnes exceptiones reales, quae debitori competunt, etiam fidejussoribus tribuantur.
- 70 Exceptiones reales cur ita dicantur.
- 71 Exceptiones personales ad fidejussorem non porriguntur.
- 72 Privilegium gratiam aditus personae concessa, illam personam non egrediuntur.
- 73 Pactum personale non extenditur ad aliam personam.
- 74 Intellectus l. in persona. 32. ff. hoc tit.
- 75 Fidejussor non in plus, sed arctius, obligari potest, quam principalis.
- 76 An beneficium restitutionis in integrum minoris, etiam fidejussoribus proficiat.
- 77 Quatenus, liberato à debite principali, accessiones quoque liberentur.

Hic quoque de effectu fidejussionis tractatur, & docetur: quod etsi plures idem debitum fide sua esse jusserint: singuli tamen in solidum, & non in partes viriles, obligentur: sic ut creditor à singulis, & à quocunque velit, totum suum debitum petere possit, non rectè. 3. & l. reor. 23. C. hoc. tit. Ratio est perspicua: tum quia plures isti sunt correi promittendi: quorum hanc esse conditionem, ut singuli in solidum teneantur, liquet ex §. 1. sup. de duob. reis stipuland. & promitt. l. 2. l. 3. §. 1. ff. de duob. reis constituend. l. 2. Cod. eod. & notat. Hosoman. hic enunciat. 1. Tum quia id agitur fidejussoribus, ut cautum sit creditori, per principalem huius rei. Optimè autem ei cautum est, si singuli in solidum teneantur, tradente hic Giphano. Quinimò creditor, etiam reo principali relicto, à fidejussoribus solidum petere potest. l. si mandaverit. 22. §. interdum. 2. ff. mandati. l. iure nostro. §. liberum. 16. l. omittis. 17. l. si alienum. 19. l. sententia. 20. & d. l. reos. 23. C. hoc. tit. Verum hæc duo posterioribus Imperatorum constitutionibus immutata sunt, & correctæ. Etenim prius, de quo hic agitur, & quo dictum est, plures fidejussores in solidum singulos teneri, & à singulis id peti posse, Imper. Hadrianus correxit, sanxitque: ut obligatio inter fidejussores aequaliter pro virilibus partibus dividatur: hoc est, ut creditor non amplius solidum, sed partem à singulis petat. Quod tamen primum ita accipiendum; si modò omnes fidejussores sint solvendo litis contestatae tempore, sive cum creditor ab eis petit. Ideoque si quis ex fidejussoribus ante exactam à se partem sine herede decesserit, vel litis contestatae tempore non sit solvendo; hoc ad cæterorum onus respicit. Si verò post litem contestatam fortunæ ludibrio bonis illorum aliquis labatur, creditori nocet, nec obest confidejussoribus, hoc §. nostro. v. sed ex epistola, & c. ibique Mynsing. n. 4. l. inter fidejuss. 26. cum duob. l. segg. ff. hoc. d. l. 3. in fine. & l. fidejuss. 10. §. 1. Cod. eod. Gadd. in Comm. de contrah. & committ. stip. c. 9. concl. §. n. 107. & segg. Coler. de process. execut. part. 1. c. 10. n. 281. Ant. Hering. in tr. de fidejussorib. cap. 27. part. 2. num. 17. & segg. Valentin. Franc. in tractat. de fidejussorib. cap. 4. num. 462. & segg. Delade illud ita intelligendum: ut isthæc divisio non fiat ipso jure, sed ope tantum exceptionis. d. l. inter fidejussor. 26. & l. si contendant. 28. ff. hoc. tit. In qua lege 28. fidejussor acquiritur.

parte convenitur; adeoque divisioni locus est. Etenim si masculus & mulier pro alio fidejusserint in rem communem: cessat Senatusconsulti Vellejani auxilium l. aliquando 12. in princ. ff. d. tit. hoc est, mulier tenetur quidem pro parte sua: non pro parte masculi correi, l. vir uxori 17. §. ult. ff. eod. At si in rem prorsus alienam mas & femina fidejusserint: tota persona mulieris subtrahitur creditori, & mas integrum obligationis onus substat, d. l. si Titius 48. ff. hoc. tit.

20 Nihil etiam stringit l. si sponsus §. 1. ff. de donation. inter vir. & uxor. ubi & mulier & Titus teneri dicitur. Nam præsupponendum est, illo casu mulierem efficaciter obligatam fuisse, non minus, quam Titium: siquidem non omnes contractus, à muliere celebrati, statim omnino sunt inutiles: cum & ipsa recte in creditum abire possit, intercessione saltem ejusdem prohibita, l. 1. §. 2. ff. ad Senatusconsult. Vellejan. Hering. d. c. 27. part. 2. n. 61.

21 Nihil item obstat l. si paternam 8. C. ad Senatusconsult. Vellejan. ubi pro parte intercesserunt filii & filiae, siq; mares & feminae: & tamen mares subductis filiabus, non in solidum, sed tantum pro parte obligantur. Iste enim casu ab initio contractus, inque continenti caveant fratres & sorores pro parte virili: atque ideo correi non erant l. inter eos §. 1. in princ. ff. hoc. tit. Non igitur mirum, si fratres, subductis sororibus, etiam in id duntaxat teneantur, in quod se obligaverunt. Hering. d. c. 27. part. 2. n. 26. §. seq. nib. latius paulo hoc explicat.

22 Quin et divisionis beneficium non admittitur, quando fidejussor alium fidejussorem dedit. Inter hunc etenim & principalem fidejussorem non magis dividitur obligatio, quam inter eum & fidejussorem: cum in fidejussor, cui alius accessit, rei principalis loco esse videatur, l. si plures 27. §. ult. ff. hoc. tit. Myns. hic n. 6. vers. secund. est §. Schneidew. n. 10. vers. quarto cessat, &c. Hering. d. c. 37. n. 26.

23 Sexus plures fidejussor, qui se ad factum aliquod obligant, divisionis beneficio non gaudent: cum factum individuum pro parte præstari nequeat, l. heredes 25. §. an ea stipulæ. 9. ff. familiae ercisc. l. 2. §. 1. l. stipulationes non dividuntur. 72. ff. de verbor. oblig. Nisi forte factum fuerit promissum sub hac conditione: si non fuerit factum, pecunia dari oportet. Ut enim hoc casu stipulatio apte dividitur: ita etiam solutionem recte dividendum est: cum pecunia partis præstationem bene & commode recipiat, d. l. 2. §. 1. §. idemque 4. §. d. l. stipulæ. 72. ff. eod. tit. Unde fit, ut in obligationibus obligatio-

24 tum, in den Verschreibungen oder Verpflichtungen zum einzelnen (quæ merum factum sapiunt) divisionis beneficio locus non sit: sed ut in terminis consuevit Modestinus Pistor. consil. 1. n. 58. §. seqq. vol. 2. eumque secuti Valentinus Franc. d. tract. de fidejussor. c. 5. n. 475. Anton Hering. eod. tract. cap. 25. p. 2. nu. 91. §. seqq. Regner Sixtin consil. 12. n. 125. cum seqq. vol. 2. consilior. Marburg. & Justus Mejer. in Disputat. ad lib. 46 Pandect. tit. 1. th. 25. n. 16. Quibus in locis illi plures casus, quibus divisionis cessat beneficium, diligenter exponunt.

25 Porro alterum, de quo in præfati §. non agitur, & quo dictum est supra in p. 3. creditorem à fidejussoribus solidum petere posse, omnino reo principali, ab Imp. Justiniano plane est abrogatum. Is enim constituit, ut non ante eum principalem fidejussor: Sed principalis ante fidejussor à creditore conveniatur. Quod dicitur beneficium ordinis seu excussionis: quo fidejussor, à creditore conventus, ante litem contestatam utitur: ut nimirum prius debitor principalis conveniatur & excutatur, quam à se debitum postuletur. Nov. 4. cap. 1. §. Auth. presente §. in b. Stebaril. C. hoc. tit. §. Auth. hoc si debitor. C. de pign. §. hypoth. Myrnsinger. cont. 2. obs. 14. Donell. lib. 15. Commentar. de jur. civ. cap. 48. p. 578. Hering. hic n. 29. Aluf. lib. 1. Dialectog. c. 86. n. 35. p. 305. Ideo quædam istius excussionis exceptio ante litem contestatam opponi debet: quia dilator à censetur, quæ regulariter, ante litem contestationem opponenda est, argum. l. 2. §. fin. ff. de exceptionib. l. Pompanius 40. §. constitutionis 3. ff. de procuratorib. l. Pomponem 19. C. de probationib. Fachin. lib. 8. controverf. no. cap. 2. Gravem lib. 2. conclus. 27. consil. 10. Clariss. Dn. Collega Bufald. class. 2. Collegi Polu. disp. 8.

coroll. 2. Joan. Grivellus decis. Senatus Dolatri 71. nu. 8. fol. 206. Unde si fidejussor prius, quam principalis, conventus eam non objiciat, sed taceat, litemque contestetur, postea illam opponendo non auditur, sed forevere compellitur: præsertim, cum ipso jure prius conveniri poterat, quam reus principalis, l. jure nostro §. Cod. hoc. tit. Cuius in d. Auth. presente n. 8. Cod. eod. Alexand. consil. 33. vol. 4. §. consil. 29. n. 23. §. seq. vol. 7. Boer. decis. 221. n. 16. Guid. Papæ decis. 44. §. decis. 570. Jacob. de Arenis in tract. de excuss. bonor. n. 18. Gozad in consil. 42. n. 12. Vassius lib. 1. illustr. contrav. cap. 3. n. 7. Matthias Coler. in tract. de process. execut. part. 4. cap. 1. num. 96. Gomez. tom. 2. var. resolut. cap. 13. n. 14. vers. tertio limita, &c. Anton. Gabriel Romani lib. 3. commun. conclus. tit. de fidejussor. conclus. 1. nu. 12. §. seq. p. 157. Dn. Collega Bocer. class. 2. disputat. 16. thes. 20. edit. 2. Schneidewin. in hoc §. num. 14. Arumens Exercitat. Justinii. 13. thes. 19. Zanger. in tractat. de except. part. 2. cap. 14. nu. 1. §. seqq. edit. 1. §. alii communiter. Tamen non desint, qui exceptionem istam in judicio quodocunque, etiam usque ad conclusionem causæ, opponi posse, æquius esse contendunt, Andr. Gail. lib. 2. observ. 27. n. 3. Benedict. de Plumbino de discuss. n. 18. Goddeus in Commentar. de contrab. §. commun. stipulat. cap. 9. conclus. §. n. 103. cum seqq. Emanuel Soares in thesaur. recept. sent. lit. F. nu. 136. Valentin. Francus in tract. de fidejussor. cap. 5. n. 286. §. seqq. pluresque alii, ab his allegati. Adde Berlichium part. 1. concl. practicab. conclus. 11. n. 21. §. seqq. §. Hummii in resolut. ad Treutler. vol. 2. disp. 28. th. §. qu. 33. p. 218. Et sane principalis debitoris excussio adeo rigorosa censetur, ut usque ad ungulam, live usque ad sacculum & peram (uti loquuntur) fieri debeat, antequam adversus fidejussorem, aut tertium possessorem pignorum agi possit, Jacob. de Areno d. tract. de excuss. bon. n. 1. §. 2. Jason in §. fin. n. 6. infr. de actionib. Ludovic. Gomez in §. item Serviana 7. infr. ead. Vincen. sin Carocius de excuss. bonor. quest. 1. nu. 1. hosque citans Anton. Heringius in tract. de fidejussor. c. 27. part. 1. n. 7. ubi inquit, hodie debitores excuti in omnibus bonis, etiam usque ad indumenta, non relicta ipsis, nisi unica velle, quæ corpus tegant, ne nudi incedant. Et ea de re belld differat Anton. Faber part. 1. de errorib. pragmat. decal. §. error. 8.

26 Ceterum istud ordinis seu excussionis beneficium primò locum non obtinet, quando fidejussor ei specialiter renunciavit: cum quisque habeat licentiam renunciandi his, quæ pro ipso introducta sunt, prædict. 21. penult. Cod. de pact. d. l. si quis in conscribendo §. 1. Cod. de episcop. & cleric. §. d. Novell. 136. c. 1. late Wesenbec. consil. 10. nu. 4. cum seqq. Joan. de Imol. ad l. 1. §. questum. n. 15. §. 18. ff. quib. appellare non lic. Fuland. in tractat. de commiss. part. 4. lib. 6. c. 4. n. 29. Berlichium part. 2. conclus. practic. concl. 22. nu. 5. Gail. observ. 27. n. 21. Goddeus d. c. 9. conclus. §. n. 97. Joh. Koppin in decisionib. suis. quest. 53. per tot. Francus d. c. 5. n. 343. cum multis seqq. §. Hering. d. c. 27. part. 1. n. 186. §. seqq. Unde fit, quod cauti feneratorum & negotiatorum, live creditores fidejussorem accipientes, diligenter curant, ut is utriusque, tam divisionis, quam excussionis beneficio renunciet: hoc est, ut jure veteri & in solidum, & ante eum principalem conveniri possit, valente hic Angelo in pmo, & Schneidewino n. 10. Vide et de re copiosius differantes, Bachovium in nos. ad Treutler. d. vol. 2. disp. 28. th. §. lit. C. & D. vers. dubitari autem §. p. 947. cum seq. §. ibid. Hummii in resolut. qu. 38. pag. 221. §. seq.

27 Quæstio hæc valde agitata, anceps & difficilis movetur: nimirum fidejussor, qui se ut principalem, ali enim se subf. schulniern, obligavit, sique se principalem debitorem constituit, hæc ordinis remediò renunciavisse censetur? Et in negativam sententiam plerique deservunt. Accus. in Novell. 4. cap. 1. verb. fidejussorem Azo in summa Cod. hoc. tit. Angelus de Causis in summa sua verb. fidejussor. n. 13. Panormitan. in cap. pervenit. 2. ext. hoc. tit. Petrus de Ravenna singul. 201. Tiberius Decian. consil. 25. numer. 10. volen. 2. Bertrazolus in tractat. class. instrumentor. class. 39. gloss. 4. numero 2.

Sebastian. Medices in tract. de conservand. possess. n. 312. vers. decimo fallit. Francisc. Monaldus consil. 124. in princ. vol. 2. Anton. Thesaur. decis. Ped. 166. n. 2. eumque referens D. Marta tam. 3. digestorum novissimor. tit. fidejussor: c. 47. fol. 178. Ernestus Coshman respons. 22. Andr. Gerhurd. deced. 14. quest. 5. Guido Pape decis. 70. num. 6. Schneidev. vin. hic n. 11. Coler. d. tract. de process. execut. part. 1. cap. 10. n. 255. Dn. Collega Besold. d. class. 2. Collegii Politici. disp. 8. corollar. 1. § in delib. juris ex lib. 46. ff. quest. 1. p. 171. Ant. Merenda lib. 5. controvers. jur. c. 31. p. 367. Francisc. d. tract. de fidejussor. c. 5. aliqui plures ab iis relati. Verum contrariam aientem sententiam, tanquam æquitati magis amicum, & in foro crebrius receptam, haud sine rationibus tuerentur Hippolytus de Marsil. in repetitior. rubrica de fidejussor. n. 62. & seq. Stephan. Aufrenerius in addit. ad Capell. Tholosan. decis. 23. Guil. d. lib. 2. observ. 28. n. ult. Natta consil. 52. n. 1. cum seq. & consil. 345. n. 3. Asinius in tract. de execut. in prolegomen. c. 2. n. 27. Hieronym. Grat. respons. 87. vol. 1. Franc. Beccius consil. 45. n. 49. lac. Putens decis. 68. ad fin. lib. 3. Muscatell. in pract. fidejuss. part. 1. modo 12. n. 7. modo 13. n. 9. & modo 20. n. 18. item part. 2. q. 10. n. 30. Wesenbec. d. consil. 10. n. 19. Camill. Borellus in controvers. 1. n. 11. 12. & 13. Barnab. Cornazzani decis. Rota Lucens. 113. n. 55. Hackelman. disp. 22. ib. 18. lit. F. Flores Diez variar. quest. lib. 1. quest. 11. Jacob. Curt. lib. 1. conjectur. ad Vroldium. c. 13. Hartman. Hartmanni de fidejuss. obs. 1. v. item fidejussor renunciavit. Dn. Bocer. in hoc tit. n. 197. cum seq. p. 329. Arumens Exercitat. Justin. 13. ib. 17. (sibi ipsi contrarius disp. put. 23. ad l. præcip. Pand. ib. 5. Oleman. ad Giphani. lib. 3. disp. 27. n. 27. Paul. Berens disp. 10. ad Instit. them. 2. quest. 6. Coler. in process. execut. part. 1. c. 10. n. 263. & seqq. Ruchin. lib. 8. controvers. jur. c. 54. Ungepaur. exerc. Justin. 11. quest. 8. p. 427. cum seq. edit. ult. Zang. de except. c. 15. n. 9. part. 2. aliqui quos laudat & sequitur Antonius Hering. d. tract. de fidejussor. c. 27. part. 1. n. 118. & seqq. item Dominlc. Card. Tuschus tom. 3. pract. concl. lib. 8. concl. 404. n. 82. cum seqq. & lit. F. concl. 310. n. 10. cum seq. item Berlichius d. part. 2. concl. 23. n. 4. & seq. Et enim satis ex verbis, in quibus se quis constituit ut principalem, o alieno debito (Ich setze unde verschreibe mich zu einem Haupt und selbstschuldner i. e. Ego me debitorem ipsam principalemque constituo) apparet: quod creditor ejus solius, non autem personæ veteris debitoris, fidem secutus fuerit. Et certe nisi hoc admitteretur: clausula ista superflue posita, atque nullius momenti esset: cum tamen in contractuum instrumentis, nedum clausula, sed ne minimum quidem verbum debeat esse otiosum, & sine victu operandi. l. si quando. 109. ubi Gloss. & Bartol. ff. de legat. 1. l. si stipulatus. 4. in princ. ff. de usur. c. si Papa 10. ibi, cum verba aliquid operari debeant, de privileg. in 6. Jo. in rubr. C. de contrah. nupt. n. 9. Alex. consil. 151. n. 6. vol. 1. Porpurat. consil. 48. n. 4. Hondedem consil. 48. n. 1. vol. 1. part. 3. Ioachim. à Benst. int. 3. n. 1. ff. de iur. iur. aud. Mathiam de Afflic. decis. 44. n. 19. Et licet obijci queat, axioma istud tantum exaudiendum esse de verbis contractuum dispositivis, non item de accessoris & executivis; quæ magis est stylo & consuetudine Notariorum, quam ex iuribus contrahentium, adjici solent: ac proinde in considerationem non veniant, per notata de iur. iur. aud. consil. 116. n. 21. & consil. 158. n. 18. libr. 2. Parati. consil. 40. n. 87. lib. 1. Decii consil. 352. colum. pen. vers. quia respondetur. & Andr. Raub. part. 1. quest. suo. quest. 2. n. 15. non tamen credendum est, quoniam fore, qui dicere aulit, illa verba (constituo me principalem. &c.) non esse dispositiva, sed ex stylo Notariorum tantummodo adjici: cum nullus eorum tam audax sit, qui ex prærio cerebro vel penna sua, circa metum infamæ, vel condignæ poenæ, tanti ponderis clausulam instrumenti adscribat. Menoch. consil. 87. n. 45. & seqq. lib. 1. Hering. d. c. 27. part. 1. n. 91. & seqq. Præterea contrahentes in omnibus obligationibus conventionalibus per pacta sua legem ac formam contractus dare dicuntur. l. 1. ff. de post. l. in conventionalibus. § 2. in princ. ff. de verb. obligat. l. universali. 3. § 1. Cod. de iure domini impetrand. Atque indubitatum est, quod fidejussor ad principalem obligationem, secundum juris præcepti.

ptum, tantum accessorie accedat. l. 1. l. stipulatus. 6. § ult. l. fidejussor. 3. l. hi, qui accessionis. 34. ff. hoc tit. ac, nisi velit, in plus, quam accessorie, obligari non possit. § fidejussor. 5. infr. hoc tit. Quod si igitur ab hoc suo privilegio sponte recedat, sequæ principaliter obstringat: quidni ex accessorio fiat principale, juxta legem, contractui sponte ab ipsomet fidejussore dictam? l. contract. 23. ff. de reg. jur. Novell. 136. c. 1. in fin. Ac sanè dubium non debet esse ullum, quin isto casu casu beneficium excussionis eodem modo amiserit, ac si ab initio expresse illi renunciasset. Nihil enim aliud est renunciare, quam se principale constituit. Ideoque merito succedunt hoc casu notissima illa juris axiomata: quod nemini liceat adversus sua pacta venire, & contrahentes decipere, d. l. si quis in conscribendo. § 1. Cod. de episcop. & cleric. d. l. pen. C. de pact. quod paria sint: verbis, vel facto se declarare. l. de quibus. 32. § 1. ff. de legibus. quod non simus soliti de modo, quando habemus effectum. l. cum servus. 104. ff. de verb. oblig. quod denique ubi personæ conditio locum facit beneficio, ibi deficiente eâ, beneficium quoque deficiat. l. in omnibus. 68. ff. de reg. jur. Hancque assertionem pluribus rationibus confirmat Heringius d. c. 27. part. 1. num. 106. & seqq. Eandemque novissime amplectitur Dn. Besoldus in thesauro pract. lib. 3. num. 49. pag. 740. licet olim fecus senserit, ut monitum supra num. 30.

Cui obstat, quod novatio non inducitur, nisi expresse id agatur. l. ult. C. de novat. & consequenter non est ipsa obligatio principalis debitoris sublata. Ergo neque fidejussoris obligatio, quæ accessoris est, sublata intelligitur: ac proinde suam naturam retinet ut scilicet fidejussor non prius conveniatur, quam principalis debitor fuerit excussus. Illud, ajo, non obstat. Libenter enim largimur, novationem non induci, nisi expresse id agatur: sed negamus consequentiam, ex hac ratione: quia hæc duo possunt simul coherere, & etiam coherent: ut debitor principalis remaneat obligatus; & simul quoque fidejussor, sed sine beneficio excussionis. Non potest quippe hoc casu fidejussoris obligatio naturam suam servare: quoniam repugnat fidejussoris conventio, quæ se uti debitorem principalem obligavit. Nam si ut principalis debitor obligatus est: ergo non ut fidejussor ac per consequens fidejussoris beneficio non gaudet, quasi ipso facto illi renunciaverit: quemadmodum explicat Fachinus d. lib. 9. cap. 54. vers. non obstat illud, &c.

Similiter non advertatur Novell. c. 1. & Novell. 136. 39 in princ. & cap. 1. ex quibus locis colligitur, quod etiam constituens, sive constituta pecunie reus, a creditore conventus, ordinis exceptionem obijcere possit: id quod etiam probant Schneidevianus n. 29. & Zasius in fine, in § in personam. 8. infr. de actionib. Harim. Hartmanni in pract. observ. tit. de fidejussor. observ. 1. Daniel Mol. in Commentar. ad Constitut. Saxoniæ. instit. 18. num. 4. part. 2. Respondetur enim breviter: aliud esse reum principalem, aliud constituentem. l. ubi quis. 28. ff. de pecun. constitut. item, aliud constituentem, aliud fidejussorem esse: alias dux rubricæ in ff. C. de constit. pecun. & de fidejussorib. frustra posuere fuissent, contra l. si idem. 7. C. de codicill. & l. desimimus. 13. in princ. Cod. de agrico. l. censu. & per consequens, aliud esse, per stipulationem constituere se reum principalem ex fidejussore, aliud, nudo pacto se constituta pecunie reum facere: hoc casu beneficium excussionis locum habere, illo minime, per supradicta, & tradita ab Hering. d. c. 27. part. 1. n. 126. & seqq. ubi & alius Adversariorum rationibus satisfaciunt. Vide de istâ questione exquiriis utramque in prærem disputantem Bachovium in præfati. inf. ad Treutler. vol. 2. disputat. 28. thes. 5. lit. C. & D. pag. 949. & seqq. itemque Franzium exercit. 10. questio. 8. pag. 316. & seqq.

Illud quoque inexcusabile questionis est: num fidejussor excussioni beneficio renunciante existimetur, si interjurando se obligaverit? Et fidejussoriam, cum juramento intervenientem, ab excussionis beneficio excludi; censuerunt Baldu. & Panormit. in c. ex rescripto 9. extra de iur. iur. Marfilii in d. rubr. de fidejussor. num. 9.

- Gozadin. *confil.* 32. n. 14. *Gratus confil.* 28. n. 16. vol. 1. *Tiraquell. in repetit. l. si inquam* 8. in *prafac.* n. 137. & 152. *Cod. de reuocand. donationib. Roland a Valle confil.* 6. n. 45. vol. 1. *Dominic. Cardinal. Tufch. tom. 3. prafac. conchyl. lit. E. conchyl.* 404. n. 63. & n. 88. *lit. F. conchyl.* 310. n. 540. *lit. F. Berlich. d. part. 2. conchyl.* 22. n. 22. *lit. F. Joannes Ronchegallus ad l. 3. ubi duo.* n. 127. *ff. de duob. reis constituend. Seraphinus de Seraphinis de privileg. juramenti, privileg.* 84. *Jacob. Ayrenus in explicat. l. unio.* n. 86. *C. de errore calculi. Natta confil.* 426. n. 22. *Vincent. Carocius de excuss. bonor. part. 2. quest.* 15. n. 2. cum *seqq.* *Joan. Koppen. in decisionib. suis, quest.* 56. n. 10. *Joan. Gutierrez. de contract. jurat. cap. 23. n. 27. lit. F. seg. Gail. d. lib. 2. obseru.* 27. n. 21. *lit. F. seg. Laurentius Teminus Rudolphus in tract. cautelar. cautel.* 80. n. 12. *lit. F. seg. Daniel Moller. lib. 1. semestr. cap. 16. lit. F. seg. ad constitut. Saxonicas, constit.* 17. n. 1. *lit. F. seg. Treutler. selectar. disp. vol. 2. disp.* 28. *th. 5. lit. d. in fine. ensque laudans Heringius d. cap. 27. para. 1. n. 45. lit. F. multis subseqq.* Ceterum alii verius & probabilius esse, statuunt: ex solo juramento nullam renunciationem factam argui posse, Alciatus in *c. cum contingat.* 28. n. 174. ext. de *jurejur.* *Alex. Jaf. Decius in l. ultim. ff. de reb. credit. si cert. pet. Andr. Barbat. confil.* 43. lib. 2. *Grammatic. confil. civil.* 170. n. 4. *Antoninus Tefsaure. decis.* 47. n. 4. *lit. F. decis.* 166. n. 4. *Duenas reg. 335. limit. 20. Soares. in thesaur. recept. sent. lit. F. n. 122. Covarruv. in repetit. c. quamvis 2. in prima parte §. 4. n. 4. de pact. in 6. Berthazolin clausul. 41. Gloss. 7. n. 2. Muscatell. in practica. fidejuss. part. 2. quest.* 10. n. 4. & 5. *Rutger. Ryland. in tract. de commiss. part. 4. lib. 5. cap. 4. n. 32. Fuchinon lib. 3. controvers. jur. cap. 15. Ungepater. d. exercit. Justin. 11. quest.* 8. pag. 428. cum *seq. edit. ult. Zanger. in tract. de except. part. 2. cap. 15. n. 9. Gomez. lib. 2. var. resolut. c. 13. n. 21. Arumens exercit. Justin. 13. th. 18. Hackelman illustr. disp. 22. th. 18. ad lit. F. Schaffer. lib. 3. quest. 7. Moller. lib. 1. semestr. cap. 6. D. Besold. in praet. lictis delibatu. jur. ex lib. 46. Pand. quest. 1. p. 171. Berens d. disput. 10. them. 2. quest. 7. *lit. F. Francus in tract. de fidejussorib. c. §. n. 386. lit. F. segq.* ubi huic opinioni libentius se subscribere, eamque tutius disputando obtineri posse asserit: ea maxime ratione, quod juramentum sequitur & induit semper naturam actus sive contractus ejus, cui adjacet, argument. l. sed si possessori 11. §. item si juravero 2. ff. de *jurjur.* l. ultim. in princip. ff. de liberali caus. l. ultim. ff. qui latitudine cogant. l. ultim. *Cod. de non. num. pecun. c. ex parte tua* 13. de *clericis non residentib. c. ac effor* 42.*
- 43 de *reg. jur. in 6.* Sed natura obligationis fidejussorae est, ut ante reum principalem fidejussor conveniri non possit, praedicta *auth. presente. Cod. hoc. tit.* Ergo juramentum contrarium effectum parere non potest, ita ut juranti adimatur hoc excussionis beneficium: cum non juravit, se beneficiis sibi concessis uti nolle; sed le servatorem ipsam conventionem; falsis tamen beneficiis sibi indultis, quae sibi tacite excepisse atque reservasse intelligitur. Accedit, quod excussionis exceptio seu beneficium lumina nititur aequitate; adeoque sublatum per jusjurandum dici nequit. Nec commodè obijcitur, quod jurans exceptionem illam opponens, propterea fidem fallat, aut in dilatorias solutionum latebras & circuitus se abdat, proximam suum decipiat, contra illud, quod legitur *Levitic. c. 19. vers. 11.* Nam eo ipso, dum excussione facta, & reo solvendo non reperto, ipse solvere cogitur; utique promissioni atque juramento satisfaciit. Juramentum siquidem hic interpositum firmat solummodo ac munit contractum: non ipsa legum beneficia, fidejussori competentia, tollit, per notata Alciati, Barbat. *lit. F. Covarruviae loci praallegati.* Neque verò juramentum frustra dicitur adjectum, licet non tollat excussionis beneficium. Hoc enim praestat & operatur, ut certo creditor sibi persolvatur: fidejussorem, tanquam hominem Christianum, non ficturum esse irrita, quae de labio ipsius processerunt; atque ita animosior & audentior factus, multo promptius debitori succurrat. Praeterea juramentum, cum stricti sit juris, ad incogitata, de quibus mentio nulla facta est, extendi minime debet: sed potius de rebus presentibus, non futuris intelligendum est, & *clericus* 34. ibique *clausul. in verb. quod promissit*
- de *jurejurand. Gloss. in auth. Sacramenta puberum in verb. extorta C. si advers. vendition.* Atqui excussionis exceptio, tempore initii contractus atque praestiti juramenti, nondum competeat; sed futura erat tunc demum, si reus principalis solvendo non esset. *Franc. d. cap. §. n. 388. lit. F. seg.*
- Non elevat aut imminuit hanc sententiam, quod ejusmodi juramentum servari absque dispendio salutis aeternae possit, habeatque vim praecise ac enixae voluntatis, & sic quasi expresse renunciationis, l. cum pater 77. §. filius matrem 23. ff. de *legat. 2.* Etenim quod dicitur, juramentum servandum esse: id accipiendum & intelligendum est, observato juris ordine, ut prius scilicet fiat excussio debitorum principalium: & tunc demum, istis non idoneis existentibus, fidejussores ad solutionem compellantur. Sed & negatur, illiusmodi juramentum habere vim expresse renunciationis: nec id probat d. l. cum pater 77. §. filius, cum casus ibi expositus ad nostrum non recte referatur: adeoque a separatis malam illationem esse, probe affirmetur l. Papin. 20. ff. de *min. 25. an. l. ult. ff. de calumniatorib. l. qui fundum. 7. §. 1. ff. pro empt. Arum loco praallegato.* Et sane in d. l. cum pater 77. §. filius 23. ff. de *leg. 2.* a matre non simpliciter propter religionem jurisjurandi: sed quia fuit heres ab intestato, debentur fideicommissa, tanquam ex codicillis, l. ex testamento. 29. *C. de fideicommiss. l. Titia. 13. ff. de inoffic. testam. Donell. lib. 7. Comment. de jur. civ. cap. 18.* Non igitur ex d. §. filius 23. evincitur, quod juramentum habeat vim expresse renunciationis, Ungepater. d. quest. 8. pag. 429.
- Pari ratione non obstat *c. ex rescripto 9. de jurejurand.* 48 ubi fidejussori, qui jurejurando interposito pro debitorum intercessit, Pontifex mandat; ut solvat, & quidem simpliciter ac absolute, non adhibita ulla distinctione, an principalis debitor excussus sit, nec ne. Licet enim Pontifex illic fidejussori mandet, ut solvat: tamen ob id beneficium legis non tollit. Quod si juramentum id efficeret, necesse erat illud exprimere: sicut alias Pontifex solet, cum aliquid statuit propter juramentum, quod legibus repugnat, ut patet ex *c. cum contingat. 8. de jurejurand. lit. F. d. c. quamvis 2. de pact. lib. 6. lit. F. notat Fuchin. d. lib. 3. cap. 15. vers. lit. F. hanc sententiam, lit. F. Ad. d. Honnium in resolut. ad Treutler. vol. 2. disp. 28. th. 5. quest. 39. pag. 222. lit. F. segq.* Itemque vide Antonium 49 Merendum lib. 5. controvers. jur. c. 32 pag. 368. Sine fidejussorem subsidiarium sive indemnatis (vulgo Schadlosburgen, oder Ruckburgen) ordinis beneficio renunciare nullo modo posse, plerique asserunt, hoc praecipue fundamento suffulti: quod hic fidejussor sub hac conditione debeat, si a reo principali exigi non poterit: ac proinde in primis necesse sit, ut constet, quantum a principali consequi possit creditor, ad hoc, ut indemnitas promissio locum habeat, l. decem 116. ff. de *verb. oblig. l. 1. ibique Bartol. & Joann. de Platia. C. de conveniendis fisci debitorib. Alexand. Decius, Angel. Jason & Alciat. in l. fin. ff. de reb. credit. si cert. pet. Laurent. Teminus Rudolphus d. tract. cautelar. cautel. 81. n. 1. & 2. Andr. Gail. d. lib. 2. obs. 27. n. 13. Wesenbec. d. confil. 10. n. 31. Matthe. Colerus in tract. de process. execut. part. 1. cap. 10. n. 400. Arumens d. exercit. Justin. 13. thes. 17. circa finem. Gomez. d. tom. 2. var. resolut. cap. 13. n. 3. Donell. lib. 15. Commentar. de jur. civ. c. 48. p. 579. n. 10. Soares d. thesaur. recept. sentent. lit. F. n. 137. Caroc. de excuss. bonor. part. 2. quest. 14. n. 8. Hunius in d. resolut. quest. 40. pag. 225. Francus d. tract. de fidejuss. c. §. n. 169. *lit. F. Hering. eodem tract. cap. 27. part. 1. n. 142. lit. F. segq.* ubi copiosius id explicat. Porro de hoc fidejussore indemnatis is vide plenius differentes Eberhardum Speckhan. cent. 8. quest. 32. claus. 1. Dn. Collegam Besoldum in d. thesaur. praef. lit. R. nu. 48. pag. 703. *lit. F. §. n. 12. p. 716. lit. F. Doctorem Martam tom. 3. Digestorum novissimor. tit. fidejussor. cap. 26. cum seq. fol. 175. lit. F. segq.**
- Secundo excussionis seu ordinis beneficio non gaudebit fidejussor, si debitor principalis in longinquis regionibus sit absens, ita ut sine magno negotio & dispendio conveniri nequeat. Haec quippe diuturna absentia creditor incommodo atque fraudi esse non debet. *Auth. praefente.*

sente ibique Cynus & Salicet. n. 3. Sichard. n. 10. & 11. C. hoc tit. Alexand. consil. 100. incip. discuss. col. penult. vol. 5. Hieron. Gratus respons. 28. n. 17. lib. 1. Mynsinger. cent. 2. observat. 15. Gail. d. lib. 2. observat. 27. n. 5. Schneidevvin. hic n. 3. Pract. Ferrar. in forma libell. contra plures reos. §. quilibet ipsorum. n. 4. Idemque juris esse videtur, si debitor quidem sit praesens, sed latitet. arg. l. Fulcinius. 7. ff. quib. ex caus. in possess. eat. Guido Pape in decis. 670. n. 1. An Gabriel Roman. conclus. 1. n. 50. Francus d. c. 5. n. 33. & Hering. d. cap. 27. n. 263. ubi plures citat.

51 Tertiò cessat excussio beneficii, si debitor notoriè solvendo non existit: quia frustra excussio adversus eum instituitur, qui nihil in bonis habet. l. nam is nullam. 6. ff. de dol. mal. gloss. in l. decem. 116. in verb. excussim & ibidem Zasius n. 9. ff. de verb. oblig. Hippolyt. de Marsil. in repetit. dicta rubr. de fidejussorib. n. 10. Gail. d. observ. 27. n. 14. & seq. Mynsinger. d. observ. 15. Gomez d. tom. 2. var. resol. c. 13. n. 14. Iacob. de Arena in tract. de excuss. bonor. n. 5. & 6. Tiber. Decian. respons. 42. n. 9. vol. 2. Dominic. Card. Tusch. d. tom. 3. conclus. practicab. lit. E. conclus. 403. n. 34. cum seq. & conclus. 404. n. 49. & conclus. 406. n. 10. & lit. F. conclus. 310. n. 57. Heigius hic n. 12. Ioan. Bernard. Muscatell. in pract. fidejussor. part. 2. quest. 10. n. 6. Zanger. in tractat. de exceptionib. part. 2. c. 10. n. 1. edit. 2. Gratus respons. 87. n. 23. lib. 1. & respons. 63. n. 43. lib. 2. Gravens d. lib. 2. conclus. 27. n. 2. & seq. Quomodo autem notorietas illa probetur: post alios, à se relatos, latè abundèque exponunt Francus & Heringius dictis modò locis: ille num. 329. cum seq. hic verò n. 200. & seqq.

52 Quartò huic beneficio ordinis meritò non est locus, si fidejussor fidem suam se interposuisse inficietur, mendacique deinceps convincatur. l. si dubitet. 10. §. 1. ubi Gloss. & Angel. Imola, Casprens. & alii. ff. hoc tit. Roland. à Valle consil. 88. n. 2. cum seqq. vol. 4. Anser. ad Capell. Theolof. decis. 80. Mynsinger. d. cens. 2. observ. 15. Gratus respons. 63. n. 44. lib. 1. Avel. Corbul. in tract. de iure emphyt. c. 2. n. 6. Vincent. Caroc. de excuss. bonor. part. 2. q. 69. Fulvius Pacian. lib. 1. de probationib. c. 19. n. 27. & 71. Muscatell. in pract. fidejuss. part. 2. q. 10. n. 24. Ant. Gab. Rom. d. concl. 1. n. 29. Gomez. d. c. 13. n. 14. v. septimo limita. & c. Præterquam

53 enim, quod lex mendacia severè prohibet, mendacesque odio habet. l. de atate 11. §. si cum esset. 3. ff. de interrog. in iure faciend. l. falsus. 43. §. si quis. 3. ff. de furt. l. quicumque 4. C. de servis fugit. l. 2. C. si minor se major. dix. l. ult. C. de

54 accus. & apud bonos ac graves viros, mandacii otores, propria mendacis poena est, ut postea si, etiam vera dicenti, non credatur. l. etsi legibus. 5. C. si contra jus, vel utilitat. publ. & c. sedes. 15. in fin. & cap. super lit. 20.

55 ex. de rescriptis. insuper juris est non incogniti, quod nemo debeat consequi fructum ex eo, quod nifus est impugnare: siquidem frustra legis auxilium implorat, qui in legem committit. l. Papinianus. 8. §. meminisse, 14. ff. de inofficiofo testam. l. auxilium. 37. in fine. ff. de minorib. l. post legatum. 5. §. fin. ff. de his, que ut indignis auferunt. c. qua frustra. 14. ex. de usur. c. ex eo. 38. de regul. iur. in 6. Schuyff. consil. 37. n. 1. cent. 1. Menoch. remed. 9. recuper. possess. n. 169. hosque citans Heringius d. tract. de fidejussorib. c. 27. part. 1. n. 214. & seqq. ubi conclusionis istius declarationem multiplicem subiicit.

56 Quintò excussio beneficii non admittitur, si pater pro filio fidem suam interposuerit. Nisi enim pater teneatur: illaquearentur, & deciperentur creditores, filiis nihil habentibus, unde ipsis solvi posset. l. denique 3. §. sed iterum 4. vers. proinde ff. de minor. l. penult. §. taberne. 2. ff. de insistoria act. l. si mandator. 8. C. quod cum eo, qui in aliena potest. est, & c. l. 1. ibi, si non fidem suam obstrinxit. C. ne filius pro patre, vel pater pro filio, & c. Gail. d. lib. 2. observ. 27. n. 33. Mynsinger. d. cens. 2. observ. 15. Soarez d. thesaur. recept. sentent. lit. f. n. 140. Ant. Thessaur. decis. 166. n. 5. Duennas reg. 335. limitat. 13. Muscatell. d. pract. fidejussor. part. 2. quest. 10. n. 31. Aramans d. Exerc. Iustin. 13. thes. 18. in fine. Hering. d. c. 27. part. 1. n. 244. & seq. ubi similiter illud pulchre declarat.

57 Sextò non recipitur excussio exceptio, si fidejussor debitori succedat: quia hoc casu convenitur non ut fidejussor, sed ut heres debitoris. l. fidejussoris. 24. ubi Del. Harpprecht ad Institut. Tom. III.

communiter. C. hoc tit. cum ipsa successione & confusione soluta sit intercessionis obligatio; pro parte nimirum hereditaria, salva interim remanente obligatione principali l. debitor. 3. ff. de separationib. l. si reus. 13. ff. de duob. reis constit. l. si duo 93. in princ. & sine. ff. de solutionib. l. generaliter 5. & ibi Accurs. l. cum reus. 14. & l. Lucius. 24. ff. hoc tit. l. debitori 7. Cod. de pact. Hippolytus de Marsil. ad d. rubr. de fidejussorib. n. 20. Duennas d. reg. 355. limitat. 23. Muscatell. d. quest. 10. n. 25. Francus d. tract. de fidejussorib. c. 5. n. 428. & seq. Porro plures casus, quibus fidejussor isthòc excussio beneficii non fruitur, recensent Fernand. Vasquius lib. 1. contrav. illustr. c. 33. n. 12. cum multis seqq. Duennas, Gabrielius, Gomezius, Hering. Francus, Marsilius, & ceteri locis ante design. Quibus adjiciantur Iustus Meier. in d. Disput. ad lib. 6. Pandectar. tit. 1. thes. 17. Althusius lib. 1. diaalog. c. 86. n. 36. p. 305. & Berlichius d. part. 2. conclus. 24. ubi nonaginta & unum casum exponit, in quibus excussio beneficii locum non habet.

Superioribus duobus haecenus expositis beneficiis, si de jussoribus competentibus, adjici solet tertium, quod vulgò cedendarum actionum vocant: quo creditor fidejussori solidum exsolventi, vel solvere parato, actiones suas, quas ipse habet, atque jus totum, tum contra debitorem principalem (qui tamen alioquin actione mandari fidejussori tenetur; ut, volente Domino, explanabitur ad §. si quid autem fidejussor. 6. infra hoc tit.) tum contra confidejussores cedere sive prestare cogitur. l. se mandatis 13. l. fidejussoribus. 17. l. cum is 36. l. ut fidejussor. 39. ff. hoc tit. l. Modestinus 76. ff. de solutionibus. l. Papinianus. 28. & l. qui mandatum. 43. ff. mandati. l. cum alter. 12. & ibi Gloss. Bartol. Donellus & Dd. plerique Cod. hoc tit. Novell. 4. cap. 1. in fine. Ioan. Ronchegall. in l. reos. 11. in princip. n. 55. ff. de duob. reis constituend. Elbert. Leoninus consil. 90. n. 28. Bertazzolus in tract. clausular. instrum. claus. 40. Gloss. 4. n. 7. & 8. Hartman. Pistov. lib. 1. q. jur. q. 48. Franc. d. tract. de fidejussorib. c. 5. n. 480. cum seq. Gasparus Schiffordeghe. lib. 2. tract. 8. quest. 1. & seqq. Hering. d. tract. de fidejussorib. cap. 27. part. 3. n. 6. & seqq.

Ceterum de eo valde dubitatur: an isthanc actionum cessionem fidejussor non solum ante, vel in ipsa solutione: sed etiam post factam solutionem petere debeat? Non desunt enim, qui vel ante solutionem, vel in ipsa solutione cessionem istam fieri debere putant, postea autem minime, Speculat. in tit. de renunciat. §. 1. n. 23. Marianus Socin. consil. 18. n. 9. vol. 1. Menoch. de praesumpt. lib. 3. praesumpt. 45. n. 26. & praesumpt. 143. cum seq. Wesenboe. in Paratit. ff. hoc tit. n. 6. Ruiger. Roland. de commiss. part. 4. lib. 6. cap. 4. num. 40. Gualdens in Comment. de contrah. & commiss. stip. c. 9. conclus. 5. n. 120. cum seqq. Dominic. Cardin. Tuschus tom. 3. pract. concl. lit. F. concl. 318. n. 11. Berlichius d. part. 2. conclus. 22. n. 67. & seq. Coler. in tract. de process. execut. part. 1. c. 10. n. 367. & seqq. Costal. in d. l. Papinianus. 28. ff. mandat. Donell. ad d. l. cum alter. 11. n. 7. & 8. Cod. hoc tit. eosque referens Ioannes Zanger. in tract. de except. part. 2. cap. 15. n. 148. edit. 2. Schneidevvin. hic n. 24. Iacob. de Arena in tract. de cess. actionis & juris. rubr. 6. n. 70. circa finem. Iohannes à Grassis eodem tract. de cessione juris & action. §. 6. n. 5. & novissimè Schiffordeghe. d. tract. 8. quest. 2. & seqq. Sed verior est, & re- quior sententia existimantium, quod non modò ante solutionem, vel in continenti in ipso solutionis actu, sed & ex intervallo: facta à fidejussore solutione, cessio actionum à creditore peti, adeoque creditor actione empti ad faciendam cessionem compelli possit: cum hoc casu fidejussor solvens, sit quasi emptor nominis, cui creditor, quocunque tempore postulat, jus suum tradere necesse habet, per textum apertum in l. cum is, 36. ff. hoc tit. ubi Paulus in haec verba respondit: Cum is, qui & reum & fidejussorem habens, ab uno eor. fidejussoribus accepta pecunià praeat actiones: poterit quidem dici, nullas jam esse: cum summi perierint, & perceptio- ne omnes liberati sint. Sed non ita est. Non enim in solutionem accepit, sed quodammodo nomen debitoris vendidit: & ideo habet actiones, quia reperiit ad id ipsam, ut praestet actiones. In hoc textu Paulus IC.

- ab initio dubitandi rationem movet ex l. Modestinus 76. ff. de solutionibus, quod nimirum per solutionem, ab uno ex pluribus fidejussoribus facta, omnis obligatio & actio sublata sit. Quod igitur amplius non est, id etiam cedi nequit: cum non entium nullæ sint qualitates, l. si procurator 8. §. si liber homo 5. vers. nulle ff. mandati l. decem 116. ff. de verb. obligat. l. si servum 4. §. i. ff. de actionib. empt. Postquam hanc dubitationem Paulus movit, respondet hoc modo, Sed non ita est. Quibus utique verbis Paulus Modestini sententiam diserte corrigit. quasi dicat, solutione ab uno facta, non est extincta obligatio, per hanc decidendi rationem: Non enim (inquit) in solutum accipit: hoc est, creditor ab uno fidejussore solidum accipiens, non revera, quoad alios confidejssores, datam pecuniam in solutum accipit, sed quodammodo cæterorum nomina vendit illi fidejussori, qui pro aliis solvit. arg. l. fidejussoribus 17. ff. hoc tit. & l. solvitur 5. §. si convenerit 2. ff. quib. mod. pign. vel hypoth. solvit. Unde alibi quoque habetur, quod precium magis mandatarum actionum solutum, quam actio, quæ fuit, perempta videatur, d. l. Modestinus 76. in fine ff. de solution. l. cum pupillus 21. ff. de tutela, & ration. distrabend. l. cum possessor 5. in fine principii ff. de censibus. Quemadmodum ergo emptori ex empto actio quandocunque (modò precium sit solutum) adversus venditorem competit, l. ex empto 11. in princ. & l. Julianus 13. §. offerri. 8. ff. de action. empti, ita & hic dicendum erit in creditore, qui cæterorum fidejssorum nomina uni, qui solidum solvit, vendidit. Adde quod Paulus in fine dictæ l. cum is 36. ff. hoc tit. expresse dicit, creditorem ad id ipsum teneri, ut præstet actiones. Compelluntur siquidem stipulatores ei, qui solidum solvere paratus est, vendere cæterorum nomina, d. l. fidejssoribus 17. ff. eodem. Itaque necessitas creditori incumbit, ut fidejssori solidum solventi, hoc est, cæterorum nomina ementi, quandocunque actiones taliter venditas cedat, l. venditor, 23. ff. de heredit. vel act. vendit. Atque hanc sententiam, frequentioribus calculis receptam, tenent & tuentur Jason in l. si res obligata 57. n. 44 ff. de leg. 1. Bald. in l. alterius 20. §. fin ff. de tutel. & rat. distrab. Purpuratus in l. 1. n. 68. C. de transactionib. Antoninus de Padilla in l. 1. n. 42. C. de iur. & facti ignorant. Nicolaus Everhardi consil. 184. col. 3. in princ. Francus d. tract. de fidejssoribus c. 5. nu. 484. cum seqq. Joann. Köppen in decisionib. suis qu. 51. nu. 5. Daniel Muller in Commentar. ad consil. Electoral. consil. 3. n. 7. in fine part. 1. hasque cum aliis laudans Antonius Hering. d. tract. de fidejssoribus c. 28. n. 38. & seqq. item Joan. de Imol. Raphael Cuman. & Bartol. in d. l. Modestinus 76. nu. 3. ff. de solution. Theod. Marcilius hic p. 496. cum seqq. & Petrus Heigim n. 17. cum seqq. & in question. iur. qu. 38. nu. 13. & seqq. Dn. Collega Bocerus class. 2. disput. 16. th. 37. & in hoc tit. num. 222. cum seqq. pag. 333. Conradus Olesman. ad lib. 3. disputat. iur. civil. Giphani. disput. 27. n. 40. & seqq. itemque Joann. Jacob. Plebst. disp. nov. antiq. 2. th. 63.
- Huic sententiæ nihil negotii facessit, quod obijcitur, ideo fidejssori solventi: post solutionem, petitionem cessionis actionum adversus confidejssorem denegari, quod i solutione debiti sublata fuerit omnis obligatio, per princip. tit. inf. quib. mod. tollit. obligat. l. verborum 107. ff. de solutionib. Quia illud verum est respectu creditoris (qui sanè bona fide idem post solutionem bis petere haud potest. l. bona fides 57. ff. de reg. iur.) non autem respectu confidejssoris, & actionis cedendæ. Donatio quippe in fidejssore solvente minimè præsumitur; cum præsertim alia conjectura haberi possit, l. cum de indelito 25. in princip. vers. qui enim solvit. ff. de probationib. l. eleganter 24. §. 1. ff. de pignorat. act. l. si cum aurum 50. ff. de solutionib. l. Campanus 47. ff. de operi. libertorum. Eaque donatio in proposito tantò minus præsumenda est, quod fidejssori solutio ex necessitate incumbat: quæ profectò necessitas nullam donationem arguit. Franc. d. c. 5. nu. 486. & seqq.
- Nihil quoque obstat d. l. Modestinus 76. ff. de solutionib. ubi dicitur, si non ante solutionem, sed ex intervallo post solutionem actiones cessæ sint, nihil eâ cessione ac-

tum esse, adeoque cessionem esse inutilem: cum nulla actio superfuerit. Etenim lex illa ne minimo quidem vocabulo mentionem facit fidejssorum: sed expresse de tutoribus loquitur, ibi, quod ex causa tutela debeatur. Ratio diversitatis hæc est: quia fidejssori, solidum solventi, nisi cessæ fuerint actiones à creditore, nulla planè datur actio contra eum, qui unà fidejssit, d. l. ut fidejss. 39 ff. hoc tit. d. l. cum alter 11. Cod. eod. Ideoque æquum est, eum post solutionem factam habere actiones cessas. Tutori verò, qui in solidum satisfacit pupillo ex causa tutelæ, licet à pupillo nulla actio cessæ fuerit, utilis tamen actio adversus contutores competit, idque ex rescripto Imperatorum, l. 1. §. & si forte 13. ff. de tutela, & rat. distrabend. Job. Andrea in addit. ad Specul. tit. de fidejssor. in princ. vers. hoc etiam scias, & c. Marci. hic in fine. Hering. d. cap. 28. n. 45. & seqq. ubi & aliis objectionibus sufficienter respondet.

Controversiæ modò expeditæ convenienter & illa 66 quæstio satis dubia succedit: num fidejssori solidum solventi actio in solidum, an pro parte virili, à creditore adversus confidejssores cedi debeat? Quam quæstionem breviter & eleganter duabus conclusionibus explicasse videtur Valentinus Francus d. tractat. de fidejssoribus cap. 5. nu. 490. & seqq. Prior conclusio est: Fidejssori, qui solidum solvit, ita cessio actionum à creditore faciendæ est, non ut eam portionem, quæ ipsum solventem contingit, sed eas tantum partes, quas extra suam solvit, à confidejssoribus recuperare queat. Exempli gratiâ: Tres sunt fidejssores, Titius, Sempronius, & Mævius pro summâ trecentorum florenorum. Sempronius conventus in solidum satisfacit creditori, cedenti illi rursus actiones adversus Titium & Mævium confidejssores. Hoc casu Sempronius à duobus confidejssoribus, Titio & Mævio, ducentos duntaxat florenos repeteret: centum verò suæ portioni cedent. Equitati namque haud consentaneum est, nec natura cessionis id patitur, ut quispiam pro ea portione cessionem impetrare velit, aut debeat, quam ipse obligatione suâ agnoscit; & cum in pari causa sit, melioris tamen fortunæ, quam confidejssor esse velit, argum. l. si plures 38. ff. de administrat. & peric. tutor. Posterior conclusio hæc est: Si fidejssori solventi actio à creditore cessæ fuerit, eam non ita adversus confidejssores exercere potest, ut extra suam portionem, solidum ab eo, quem convenit, consequatur: sed ut ratas seu viriles portiones exigit. Veluti, ut in proposito exemplo maneamus, unus ex tribus confidejssoribus si solverit trecentos florenos, actione sibi cessâ à cæteris duobus singulis non nisi centum repetere poterit. Idque, post alios, plenius declarant Francus d. c. 5. n. 491. cum seqq. Hartman. Pistorius lib. 1. quæst. iur. sam Rom quàm Sax. q. 48. n. 5. cum seqq. Coler. de processib. execut. part. 2. c. 2. n. 11. cum seqq. & Hering. d. tract. de fidejssoribus c. 27. part. 3. n. 28. & sequent. Quemadmodum 67 autem superiora juris beneficia, fidejssoribus indulta, divisionis nimirum & excussionis, multis in casibus cessant, de quibus plerisque expositum supra, n. 12. cum seqq. item nu. 28. & aliquot seqq. ita & in eisdem ferè casibus hoc cedendarum actionum beneficium cessare exploratum est, de quibus consulatur Heringius d. c. 27. part. 3. nu. 19. & aliquot subsequentib. Et de renunciatione istius beneficii multa cumula vit Berlichius d. part. 1. conclusion. pract. conclus. 22. n. 50. & seqq. Cæterum an solutio per fidejssorem creditori, nomine debitoris facta; sine cessis à creditore actionibus, nihilominus dominium transferat ut contra debitorem agere possit: an verò specialis cessio necessariò requiratur, prolixè in utramque partem disputat Fortlerus junior in libr. singulari, de domino c. 8. n. 74. & seqq. ubi n. 76. concludit, cessionem speciem hoc casu necessariam non esse, allegans eam in rem Vivium lib. 2. decis. 210. in princ. Antonium Fabr. in Cod. Fabrianus, lib. 8. tit. 27. de fin. 17. Donellum ad l. mandati. 14. C. de fidejssoribus. & Colerum de process. execut. part. 1. scap. 10. num. 380.

Porro coronidis vice & illam insignem quæstionem hoc 68 loco attingere placeat: utrum exceptiones, debitori contententes, ejus fidejssoribus quoque accommodantur? Hæc

- 69 Hæc quaestio itidem duabus conclusionibus sive regulis, ex ipsis legibus depromptis, quam commodissime expeditur: Prior est: Omnes exceptiones merè reales, seu rei & obligationi coherentes, quæ debitori competunt, fidejussoribus ejus, & quidem etiam invito reo principali, utiliter conceduntur, *l. si stipulat. 15. § l. ex persona 32. ff. hoc tit. l. § heredi. 21. in fine, cum legibus aliquot seqq. ff. de pactis. l. exceptiones 7. § 1. & l. omnes 19. ff. de exceptionib. l. defensiones 11. C. eod. § ult. ibique ego § plevique Interpr. infr. de replication. Bertazolius in tract. clausul. instrument. claus. 41. Gloss. 7. n. 4. Hypophy. de Marfil. in rubr. de fidejussorib. n. 173. 267. & 284. Jo. Zanger. in tract. de exception. part. 3. § ult. n. 59. ed. 2. Joh. Bernhard. Muscatell. in pract. fidejussor. part. 1. quaest. 8. n. 1. & 2. Dicuntur autem hæ exceptiones propterea reales, quia rem ipsam afficiunt, & ex ipsa re causam atque originem trahunt. Non igitur mirum, eas etiam fidejussori competere, cum is ab initio rei obligationivè, non autem debitoris personæ; accesserit: atque ideo meritò ad rem ipsam sive causam, non verò ad personam, respiciatur, *argum. l. cum unus 12. in princ. & l. privileg. 32. ff. de reb. auctorit. jud. possid. l. juris gent. 7. § pact. 8. ff. de pact. Surdus decisi. 301. n. 13. Franc. d. tract. de fidejussorib. c. 3. n. 24. cum seqq. § Hering. eodem tract. c. 27. part. 4. n. 1. § seqq. Qui duo regulam istam præclare ac copiose declarant. Posterior regula est: Exceptiones merè personales, seu personæ Rei principalis medullitè coherentes, ad fidejussorem ne tiquam porriguntur, *d. l. exceptiones 7. in princ. ff. de exceptionib. Ratio ejus haud obtura est: quia privilegia in gratiam alicujus personæ concessa, illam personam non egrediuntur, c. privileg. 7. ibique Dynus & Petrus Pechius de reg. jur. in 6. l. in omnibus causis 68. & l. privileg. 196. ff. de reg. jur. & pactum personale ad aliam non extenditur, quam ad eam personam, cui illud factum est l. idem 25. § 1. ff. de pact. Knipschildt. exercit. Acad. 7. quaest. 11. pag. 265.***
- 74 Nec nostram regulam turbat *d. l. ex persona 32. ff. hoc tit. ubi dum Ulpianus ait, ex personâ rei exceptionem, & cætera rei commoda fidejussori competere posse: inde dicendum videtur, exceptionem personalem fidejussori prodesse. Nam illa verba (ex personâ rei) nequaquam ad personalem, sed realem exceptionem referenda sunt, nec aliud volunt, aut arguunt, quam exceptionem realem ex personâ rei, hoc est, ipsi reo primò competentem, fidejussori competere. Omnes siquidem exceptiones reales ex personâ rei competunt: in quibus tamen proxima & immediata causa non est ipsa persona, sed res: ubi & extincta personâ, non extinguitur exceptio, *arg. d. l. expt. 7. § 1. ff. de exceptionib. § d. l. privilegia 32. ff. de reb. auctorit. jud. possidend.**
- 75 Similiter non repugna § fidejussores ita. 5. infr. hoc tit. & l. Gracè. 8. § illud. 7. ff. eod. ubi fidejussor non potest in plus obligari, quam principalis. Atqui si exceptio reo competens ad fidejussorem non extenderetur, fidejussorem in plus obligari, nemo non videt. Non, inquam, repugnat. Quia breviter respondetur; quòd isto casu fidejussor non in plus, sed efficacius tantum & arctius adstringatur, ratione scilicet privilegii, quod reus ex suâ personâ habet, fidejussor non habet. Sed videantur Francus d. c. 3. n. 98. cum multis seqq. & Heringius d. c. 27. part. 4. n. 76. & multis seqq. ubi prædictam conclusionem sive regulam pluribus exemplis accuratè illustrant. Vide quoque Justum Schützium exercit. juris disp. 15. th. 13. & 14. p. 237. & seq. Tandem & illud hic addendum: quòd beneficium restitutionis in integrum minoris, haud prolicet ejus fidejussori, per textum expressum in l. in causa 13. in princ. ff. de minor. l. 1. § 2. C. de fidejussor. minor. Non obstat, quòd liberato debitore principali, etiam accessiones, velut pignora & fidejussores liberentur, *l. in omnib. 43. ff. de solutionib. Nam regula isthæ locum habet duntaxat in liberatione, quâ ita liberatur reus, ut tollatur obligatio vel ipso jure, vel per exceptionem, jure communi competentem: non etiam, quando obligatione manente, reus aliquo modo consequitur, ne teneatur. Etenim tunc dicitur magis persona eximi obligatione, quam liberari: atque tunc licet subducta sit persona debitoris: nihilominus*

tamen tenentur ejus fidejussores: quia subsistit obligatio cum fidejussores accedunt, *l. ult. ff. de duob. reis constit.* Atque sic per restitutionem in integrum eximitur obligatione minor: quoniam & civili & naturali obligatione is obligatus erat. Illa quidem: quia ideo utitur restitutione, quòd jure communi obstrictus teneatur. Naturali verò, propter conventionem & fidem datam, *l. cum amplius 84. in fin. ff. de reg. jur.* Sed extraordinario auxilio minor consequitur, ne conveniatur, *l. 1. § l. in causâ cognitione 16. in princ. ff. de minor.* adeoque obligatione salva manente, eâ solum eximitur. Est restitutio non tollit obligationem civilem; sed ejus effectum impedit. Reliqua argumenta, quæ pro contraria opinione produci solent, abundè refutant Bronchorst. cent. 1. § 1. c. 10. Pava y assert. 60. Pacius cent. 2. quaest. resolut. jur. civ. pag. 1055. § seqq.

§. Fidejussores. ita. 5.

Fidejussores ita obligari non possunt, ut plus debeant, quam debet is, pro quo obligantur. Nam eorum obligatio, accessio est principalis obligationis: nec plus in accessione potest esse, quam in principali re. At ex diverso, ut minus debeant: obligari possunt. Itaque si reus decem aureos promiserit: fidejussor in quinque rectè obligatur: contra verò obligari non potest. Item si ille pure promiserit: fidejussor sub conditione promittere potest: contra verò non potest. Non solum autem in quantitate, sed etiam in tempore minus aut plus intelligitur. Plus est enim, statim aliquid dare: minus est, post tempus dare.

S U M M A R I A.

- 1 Fidejussor neque aliud debere, neque in plus obligari potest, quam ipse principalis.
- 2 Fidejussoria obligatio, est principalis obligationis accessio.
- 3 Plus in accessione, quam in principali, esse nequit.
- 4 Fidejussoris conditio non debet esse gravior, quam ipsius principalis.
- 5 Fidejussio est species quædam stipulationis: ac proinde stricti juris.
- 6 In stricti juris contractu nihil evenit, nisi quod nominatim est actum.
- 7 Fidejussor quibus modis sese in plus obligare dicatur.
- 8 Re quando plus debeat.
- 9 Tempore quomodo & quando.
- 10 Loco quando plus debeat.
- 11 Causâ item quando debeat fidejussor, quam principalis.
- 12 Quatenus fidejussores in minus, quam principalis, obligari possint.
- 13 Ecquid, si fidejussor majorem summam, quam principalis, promiserit, tale fidejussio sit inutilis: an vero saltem ad concurrentem summam fidejussor obligetur.
- 14 Quæquid in stipulatione est receptum, idem in fidejussione obtinet.
- 15 Major num reus semper in se continet minorem: & num 29.
- 16 Quoties promissum est plus, quam promitti oportuit: non tota obligatio, sed superfluum tantum infirmatur.
- 17 Quatenus utre per inutile non vitietur.
- 18 Quando fidejussor obligetur.
- 19 Mens & explicatio l. Gracè 8. § illud 7. ff. hoc tit. item n. 21.
- 20 Constitutores & mandantes ad sortem principalem obligantur.
- 21 Alia consideratio dicta l. 8. § 7. ff. hoc tit.
- 22 Verbum omnino idem significat, quod in solidum.
- 23 Sententia § præterea 5. sup. de inutilib. signis.
- 24 Consideratio l. 1. § si qui simpliciter 3. ff. de verb. obligat.
- 25 Stipulatio & quatenus sit actus individuum.
- 26 Individuum pro parte adim non potest.
- 27 Testamentum quatenus actus sit individuum.
- 28 Consideratio l. continuatur 12. § 1. ff. de verb. obligat. & § si de alia 22. sup. de inutilib. stipulationib.
- 29 In summis, quod minus est, spectari videtur.
- 30 An & quatenus mora rei principalis nocet fidejussori, distinctione expellitur.
- 31 Quatenus obligatus permittit principali, tandem etiam dicitur obligatus fidejussori.
- 32 Mora habetur pro decessu, quando in omittendo consistat.
- 33 Ex facto alterius animo datum puti debet.
- 34 Mora incurrenda debet nocere, & non alii.
- 35 Sententia l. fidejussores 68. § 1. ff. hoc tit.
- 36 Fidejussor ad paronem, inquam debitor incitatus, non tenetur.
- 37 Effectus contractus semper respicit tempus contractus obligationis.

- 38 Fidejussor in usuras & accessiones ex mora debitori tenetur, si in omnem causam se obligaverit.
- 39 Condicio in forma specificā adimplenda.
- 40 Summa l. centum Capua. 8. ff. de eo, quod certo loco, &c.
- 41 Sententia limitio. 5. C. de pact. inter emptor. & vend. compoſita.
- 42 Intellectus l. mora. 88. ff. de verb. obligat.
- 43 Instantia refutatur.
- 44 Interpretatio accurata l. quæro. 5. in princ. ff. locati.
- 45 In dubio à propriā Verb. significatione non recedendum.
- 46 Particulæ: propria significatio.
- 47 Instantia diluitur.
- 48 Consideratio l. si ab uno. 17. ff. legator. seu fideicom. servand. caus. cau.
- 49 Quatenus fidejussor rei locum obtineat.
- 50 Consideratio l. amiss. 5. 2. ff. hoc tit.
- 51 Consideratio l. 2. §. fin. & l. seq. ff. qui satisfacere cogantur.
- 52 Intellectus l. si quis pro eo. 56. §. 2. ff. hoc tit.
- 53 Intellectus l. si postea. 10. ff. rem pupilli salvam for.
- 54 In gratiam pupillorum multa singularia sunt constituta.
- 55 Consideratio d. l. fidejussor 68. §. 1. ff. hoc tit.
- 56 Argumentum à contrario sensu quando non procedat.
- 57 Consideratio l. 2. §. penult. ff. de administrat. rer. ad civitates pertinent.
- 58 Consideratio l. si quis solutioni. 24. §. 1. ff. de usur.
- 59 Quatenus indefinita propositio æquipollat universali.
- 60 Si solus fidejussor moram committat, an ex hac mora ad accessiones teneatur.
- 61 Fidejussor ex delicto conditionem suam meliorem facere non debet.
- 62 Quatenus fidejussor in duriorem causam, quam principalis, obligari possit.

Quemadmodum fidejussor pro aliena obligatione intercedere & obstringi possit, hoc loco explicat Imperator Justinianus, & ostendit: quod sicut fidejussor non potest aliud debere, quam debet ipse principalis: ita etiam non possit obligari, ut plus debeat, quam debet is, pro quo obligatur: quamvis in minus obligari queat, l. Gracæ 8. §. illud 7. & §. seq. l. hi, qui accessionis 34. l. si Stichum 38. l. si ita fidejussorem 42. & l. si à reo 70. §. si reo 2. ff. hoc tit. Ejusque ratio est perspicua: tum quia fidejussoria obligatio est accessio quædam principalis obligationis, hoc §. nostro. vers. nam eorum & d. l. hi, qui 34. ff. eod. Accessio autem naturam principalis sequitur, non excedit: cum absurdum sit, plus esse in accessione, quam in re principali, arg. l. cum principalis 178. ff. de reg. jur. c. accessorium 42. eod. tit. in 6. Gaddius in Commentar. de contrah. & committ. stipulat. c. 6. conclus. 24. n. 433. Tum quia iniquissimum est: fidejussoris, qui nullo jure cogente, & gratis quidem, officio humanitatis, & amore proximaductus, fidem suam interponit, graviores esse conditionem atque damnosiores, quam ipsius principalis, notante Valentino Franco in tract. de fidejussorib. cap. 4. n. 87. Tum etiam, quia fidejussio, seu species quædam stipulationis, stricti juris contractus est, arg. §. actionum 28. infr. de actionib. l. in actionib. 5. §. ult. & l. seq. ff. de in lit. jurand. Anton. Pichard. Vinnia supra ad rubric. hujus tit. n. 1. Henning. Wegner. disp. 12. ad Inst. thes. 8. lit. a. in quo nihil venit, nisi quod nominatim est actum, liquidum adstringendis 99 ff. de verb. oblig. l. blandius 12. C. hoc tit. Roland. à Valle consil. 58. n. 10. vol. 1. Anton. Hering. in tract. de fidejuss. c. 24. n. 33. & seq. Cæterum in plus sese obligare fidejussor dicitur, vel re, vel tempore, vel loco, vel causa, hoc §. nostro vers. itaque si reus, &c. §. si quis agens 33. vers. plus autem infr. de actionib. Re plus debet fidejussor, quam principalis: si, principali in quinque aureos obligato, fidejussor in decem obligaretur, d. v. itaque si reus, &c. & d. v. plus autem, &c. Tempore plus debet fidejussor: si principali ad diem, vel sub conditione obligatio, fidejussor pure obligaretur, hoc §. nostro, circa finem, & d. §. si quis agens 33. vers. tempore, infr. de actionib. Loco plus fidejussor deberet: si reum pure interrogasset, & fidejussorem cum adjectione loci accepisset, l. fidejussor. 16. §. 1. ff. hoc tit. Causa denique plus deberet fidejussor, quam principalis: si à reo principali stipulatus hominem aut decem, fidejussore stipulatus hominem aut decem, utrum ego velim. Quo casu non obligabitur fidejussor: quia durior ejus conditio facta est, d. l. Gracæ 8. §. idem Justinianus 9. ff. eod. Sicut nec hæc fidejussio valet: si Stichum à principali stipulatus, à fidejussore Stichum aut decem stipulatus: non tam quia durior hæc sit conditio

fidejussoris (mortuo quippe Stichum, tenetur ad decem) quam quia in aliam potius obligationem accipitur, d. l. Gracæ 8. §. si quis Stichum 8. ff. hoc tit. Et quod hoc loco & alibi affirmatur: fidejussor in minus; sive in levio-rem causam, quam principales, obligari posse; ita intellegendum est: dummodo non in aliam rem, quam principales, obligentur. Nam in aliam rem, quam quæ principali credita est, fidejussor obligari non potest, d. l. si ita fidejussorem 42. ff. eodem. Et de illis subtiliter disput. Schifordegher. lib. 1. ad Anton. Fabr. tractat. 28. quest. 1. & seqq.

Porro difficillima hic examinanda venit quæstio: utrum, sit fidejussor majorem summam, quam principalis, promiserit, tota fidejussio sit inutilis: an verò saltem ad concurrentem summam, hoc est, eam, quam principalis debet, fidejussor obligetur? Et totam fidejussionem inutilem esse, responderunt Accursius, Bartol. & alii in d. l. Gracæ 8. §. illud 7. ff. hoc tit. Fulgosius in l. hætenus 11. §. 1. ff. de constit. pecun. Alex. & Jason n. 9. in l. 1. §. si stipulanti ff. de verb. obligat. Hippolyte. de Marfil. in rubric. de fidejussorib. n. 291. Ludovic. Roman. consil. 66. incip. vir eximie. &c. Commar. lib. 6. Commentar. jur. civ. cap. 6. n. 8. Gaddius in Commentar. de contrah. & committ. stipulat. cap. 4. conclus. 1. n. 74. cum seqq. Bertazoli in tractat. c. ausul. instrum. claus. 40. Gloss. 6. n. 2. Franciscus Jametius in Commentar. ad tit. de fidejussor. Henonius disp. 15. ad Instit. controvers. 11. Hartman. Pistoris lib. 3. questionum jur. q. 10. n. 20. & seq. Francus d. tract. de fidejussorib. c. 4. n. 92. & seq. Fachineus lib. 8. controversiar. jur. c. 51. Timæus Faber disput. amiversar. 23. ad Institut. Imperial. lib. 10. Giphanius, Anton. Matthæus, Bachovius & Hosman. enunciat. 1. in hoc §. nostro. Horatius Carpanus ad statut. Mediolan. part. 2. c. 189. n. 8. Schifordegher. lib. 2. tr. 9. ad Anton. Fabr. per tot. Pyrrhus Maurus Arretinus in tract. de fidejussorib. part. 2. cap. 3. n. 8. & seqq. 291. Reisenbergius disput. juris civil. renovata 1. coronid. 2. Erasmus Ungepaar. Exercit. Justin. 11. sub quæst. 5. p. 411. cum seqq. edit. ult. & Paulus Berens disp. 10. ad Instit. them. 2. quæst. 3. Sed contraria sententia, quod videlicet tantum pro excedente quantitate invalida sit obligatio, pro parte verò concurrente valeat, benignior mihi, & probabilior videtur. Eaque stabilitur sequentibus potissimum juris fundamentis. I. Quicquid in stipulatione est receptum, idem etiam obtinet in fidejussione: cum ea nihil aliud sit, quam fidejussoria stipulatio, sive species stipulationis, ut monitum supra n. 5. At in stipulatione ita jus est, ut si stipulanti mihi decem, tu vlgini respondeas, in decem obligatio contracta dicatur, l. 1. §. si stipulanti 4. ff. de verb. oblig. idque propterea, quod qui viginti dicit, etiam in decem consentire censetur: cum major numerus semper in se minorem contineat, l. cum furti 9. ff. de in lit. jur. l. qui concubinam 29. §. 1. ff. de legat. 3. Idem ergo & in fidejussione locum sibi vindicare debet. Si enim fidejussor serio fidejussit in viginti: tum utique eum habuit animum, ut in viginti sese obligaret. Multo igitur magis in decem se obligasse intelligitur, l. inter stipulantes 83. §. diversa 3. ff. de verbor. oblig. 11. Quoties promissum est plus, quam promittit oportuit: non tota obligatio, sed id, quod superfluum est, tantummodo infirmatur, & obligatio in suo robore perdurat, quasi nullo penitus alio adjecto; sed hoc pro non scripto, vel non intellecto esse creditur, l. hætenus 11. in fine cum l. seq. ff. de constituta pecun. l. præterea 3. §. ult. cum l. seq. l. rogatus 33. ff. mandati. l. qui bis idem. 18. ff. de verbor. oblig. l. siue generalis 61. in princ. ff. de jur. dot. l. sancimus 34. in princ. C. de donationib. l. hæc editi. 6. in fine principii. vers. fin. verò plus C. de secund. nupt. §. is, qui exequitur 8. infr. de mandato. Quod si igitur hoc in constituto, stipulatione, mandato, dote, & donatione receptum est, sicut prædictæ leges probant: ratio nulla dari potest, quare non æque in fidejussione, quæ per stipulationem contrahitur, locum habere queat. Siquidem & alias toties utile per inutile, non vincitur, quoties utile ab inutili & separari & distingui potest, l. si pecunia 9. l. usuras 20. & l. placuit 29. ff. de usur. l. si vir sponsus 5. §. generaliter 2. & l. sed si vir 31. §. si vir uxori.

uxori 2. ff. de donat. inter vir. & uxor. l. 1. §. Trebatius
 18 ff. de aqua quotid. & est. l. cum, qui ita § 6. §. 1. ubi Gloss.
 in verb. supervacua ff. de verb. obligat. d. l. sancimus 34. in
 princ. C. de donat. c. utile 37. ibique Dynus & Peckius
 itemq; Joan. Baptista Vivianus de reg. jur. in 6. Hubert. de
 Bonacurso in practica rubr. de impeditis qua contra
 18 rescripta, &c. n. 105. p. 252. & seq. Tum obligatur
 fidejussor, quando nihil amplius debet, quam principalis
 debito, arg. d. l. Græcæ 3. §. illud 7. & d. l. hi, qui accessionis,
 34 ff. hoc tit. Atqui si in summam concurrentem tenetur,
 non debet plus, quam principalis, ut ad sensum patet.
 Nec quenquam morari debent illa dicta l. 8. §. 7. verba,
 omnino non obligari. Nihil enim vetat, quo minus acci-
 piamus, omnino non, pro non omnino: quemadmodum
 Haloandri lectio habet. Haud quippe novum est, ut par-
 ticula negativa interdum postponatur, cum præponi de-
 buisset: ut, omne non, pro non omnes, in l. si servus. 9.
 §. 1. ibi, omnes statos non esse. ff. si quis cautionib. in ju-
 dic. sistendi caus. fact. & potest non recusare, pro non pot-
 est recusare, in l. sed & si hereditas. 11. §. 1. vers. nam si
 solebat. ff. ad exhibend. & omnibus non sufficere, pro non
 omnibus sufficere, in l. de pupill. §. §. si plurimum. 6. ff. de
 operis novi nunciat. Sed & hoc non insulse dici poterit:
 Ulpianum in d. l. 8. §. 7. ff. hoc tit. ad id tantum, quod
 summam principalem excedit, respexisse: ejusque ex-
 cessus intuitu respondisse, fidejussorem omnino non ob-
 19 ligari, id est, neque civiliter, neque naturaliter. Atque
 hanc fuisse mentem Ulpiani, ex eo liquido apparet, quod
 de universis, qui pro aliis intercedunt, asserat: eos in du-
 20 tiorem causam adhibitos omnino non obligari. Jam ve-
 ro jus certum atque indubitatum est: reliquos interces-
 sores, nempe constitutores & mandatores, si pro majori
 summa interveniant; ad sortem principalem, sive sum-
 mam in principali obligatione comprehensam obligari. d.
 l. hæcenus. 11. ff. de consue. pec. d. l. rogatus. 33. ff. manda-
 ti. Idem ergo de fidejussoribus dicendum: ut ii, in ma-
 jorem summam fidejudentes, in concurrentem teneantur.
 IV. Denique hanc assertionem plurimi insignes Interpre-
 tes in terminis amplectuntur & defendunt. Azo in sum-
 ma tit. C. hoc tit. n. 7. Cynus & Alberic. de Rosat. in l. fin. C.
 eod. Francisc. Baldum. Eguinaris Baro, Stephanus Bodens,
 Gerardus Tuningius, Mynsinger. Wesenbec. Borcholt. Hei-
 gius n. 8. & Vultejus, n. 10. in hoc §. nostro, idem Wesenbec.
 in paratit. l. ff. hoc tit. n. §. Decius n. 12. & Molinæ in obli-
 gationib. lib. 2. c. 10. §. 1. quod prius, l. 10. ff. de reg. jur.
 idem Molinæ. Lancell. Galtaula, Alciat. Coras. & Dua-
 ren. ad d. l. 1. §. si stipulanti. ff. de verb. oblig. Gomez. tom.
 2. var. resolut. c. 13. n. 2. & ibi Emanuel Searez in addit. sub
 lit. a. idem in thesaur. recept. sentent. lit. F. n. 129. Gulielm.
 Fornerius select. lib. 3. c. 11. Fernand. Vasque lib. 1. illustr.
 controvers. c. 40. n. §. Trentler select. disput. vol. 2. disput. 28.
 th. 4. lit. b. ibique Barbovius in suis not. vers. sed videamus,
 & c. p. 920. cum seqq. & Humus ibidem in resolut. q. 27. p.
 205. cum seq. idemque libr. 3. var. resolut. jur. civil. tract. §.
 quest. 9. Goehausen in sua necessariâ informatione, &c. disp.
 ult. p. 291. Andreas Kohl. in tract. de subfensu. c. 2. n. 36. lob.
 Jacob. Plehl. disput. nov. antiq. 2. thes. §. 1. lit. C. Hering. d.
 tract. de fidejussorib. c. 24. n. 65. cum multis seqq. Du. Collega
 Rocer. class. 2. disp. 16. th. 19. edit. 2. & in hoc tit. n. 162. cum
 seqq. p. 324. Cramer. disp. 19. th. 6. Arumæos exerc. Just.
 13. th. 15. Gilbert. Reg. lib. 2. c. vavrio Qavov, c. 20. p. 85.
 Marcus Lychlama lib. 6. membran. Eclog. 16. Bronchorst.
 cent. 4. evavrio Qavov, assert. §. 3. Andr. Gerhard. decad.
 14. q. 20. Jul. Pac. in epitom. jur. disp. 13. th. 16. Hilliger.
 in Donello nuclear. lib. 15. c. 48. lit. 1. Joh. Schroterus diatri-
 bar. domestic. decad. 7. q. 10. Arnoldus Vinnius lib. 2. Juris-
 pr. contracta c. 61. ad lit. L. p. 189. alique ferè innumeri.
 21 Non obstat hæc ita firmata decisioni textus in d. l. Græ-
 cæ 3. §. illud 7. ff. hoc tit. ubi respondetur: illud commu-
 niter in universis, qui pro aliis obligantur, quod si fue-
 rit. Si igitur omnino non obligatur: ergo nec in con-
 currentem quantitatem, sive in id, quod alius reus prin-
 cipalis debebat. Nam dictio negativa, non, ligno univer-
 sali postposita, facit: ut verbum potentie suo contra-
 dictorio equipolleat, ut omnino non, idem significet;

quod nullo modo, per notata Bartoli in l. legitimos §. §.
 in legitimis 2. ff. de legitimis tutorib. & Decii in d. l. in eo,
 quod plus 110. n. 11. ff. de regul. jur. Non, inquam, tex-
 tus ille obstat. Etenim, præter expositiones supra allatas n.
 19. hanc mentem Ulpiani fuisse nonnulli appositè satis
 contendunt: quod illi, qui pro aliis obligantur, si in du-
 tiorem causam fuerint accepti, omnino non, id est, in soli-
 dum non obligentur: sed tamen obligentur pro ea parte. 22
 pro quâ & ipse reus tenetur: ut ita hoc loco verbum om-
 nino, idem significet, quod verba in solidum: perinde ac
 si Jurisconsultus eos, in solidum non obligari dixisset.
 Quam interpretationem non solum rationes supra n. 14.
 & seqq. adductæ suadent: verum etiam illi comprobant
 textus, quibus verba isthæc, omnino vel omnimodo non,
 item denotant, quod non in solidum, sive in totum: ut in
 l. cum filiofamilias 11. in fin. ubi Ludovic. Charond. ff. de
 legat. 1. l. si mihi purè 59. circa finem. ff. de legat. 2. l.
 sive in duplum 3. ff. qui satisfacere cogant. l. voluntate 10.
 in princ. vers. neque omnimodo. ff. quib. mod. pign. vel hy-
 poth. solvit. Gilbert. Reg. d. lib. 2. c. 20. Hum. d. quest.
 9. vers. ad primum, &c. Knipschildt. exercit. Acad. 7.
 quest. 7. p. 261. cum seq. Hering. d. c. 24. n. 86. & seqq.
 ubi hanc solutionem fusiùs declarat.

Non item resistit §. præterea. 5. supra, de inutilib. sti-
 pulat. ubi Justinianus ait: inutilem stipulationem esse, si
 quis quinque aureos ac te dari stipuletur, & tu decem pro-
 mittas. Eodem igitur modo inutilis videtur fidejussio, si
 creditor sibi quinque aureos dari stipuletur, & fidejussor
 decem suâ fide esse jubeat. Respondetur enim: in illo §.
 inutilem esse stipulationem, quatenus quis non respondet
 ad ea, de quibus erat interrogatus: quemadmodum ipse
 Ulpianus hoc interpretatur in d. l. 1. §. si stipulanti. 4. ff. de
 verb. obligat. ubi cum interroganti & stipulanti decem,
 promissa essent viginti, adeoque ad interrogationem con-
 grue repositum non esset, dicit Jurisconsultus: quoad
 decem, stipulationem contractam non esse. Sic igitur &
 illud, quod Justinianus in d. §. præterea. stipulationem
 istam inutilem pronunciat, si quis quinque aureos sti-
 pulanti decem promittat; eodem modo, quo prius, acci-
 piendum est, quod scilicet non simpliciter & in totum sit
 inutilis stipulatio, sed solum quoad summam redundan-
 tem, d. l. 1. §. 4. ff. de verb. obligat. Hæcque conferenda
 sunt, quæ ulterius annotavimus ad d. §. præterea. sup. de
 inutilib. stipulat.

Non quoque repugnat, quod cum adjicitur, vel de-
 trahitur aliquid obligationi, semper probandum sit, vi-
 tiatam esse obligationem, l. 1. §. si quis simpliciter 3. ff.
 de verb. obligat. Atqui in propositâ questione, ubi fide-
 jussor majorem summam, quam principalis, promittit,
 aliquid obligationi adjicitur. Ergo vitiatam esse obliga-
 tionem, dicendum erit. Hoc, inquam, non repugnat:
 quia regula ista, quâ dicitur, quod cum aliquid adjici-
 tur, vel detrahitur obligationi, vitiata sit stipulatio, neu-
 tiquam procedit in stipulatione, in qua interrogatio &
 responsio, quoad quantitatem seu summam, non con-
 gruunt: sed solum in stipulatione, in qua, quoad quali-
 tatem responsio ab interrogatione discrepat: ut manife-
 stè petet ex exemplis, in d. l. 1. §. si quis simpliciter. ad-
 ductis. Etenim de illâ stipulatione, in quâ de aliâ summa
 est responsio, quàm de quâ erat interrogatio, alia subji-
 citur regula in d. l. 1. §. si stipulanti 4. ff. de verb. obli-
 gat. Quod si verò prædicta regula omnino de his quo-
 que stipulationibus, quarum responsio ab interrogatione
 quoad quantitatem discrepat, intelligi debet: tum non
 male responderetur, stipulationem non in totum sed sal-
 tem quoad eam quantitatem, quæ amplius erat in res-
 ponsione, vitiatam esse, cum obligationi aliquid additur,
 vel detrahitur, prout declaratio illius regulæ statim sub-
 jungitur in d. §. si stipulanti. 4. Hum. d. lib. 3. tractat.
 §. quest. 9. in fine.

Non advertatur etiam, quod stipulatio sit actus indi-
 viduum, l. 1. §. 1. l. continuus 137 in princ. ff. de verb. ob-
 lig. Actus autem individuus pro parte valere, & pro par-
 te non valere, nequit, l. si ita stipulatio 30. §. ult. ff. de op-
 eris libertor. Et quod individuum est, pro parte adimi, vel
 pro parte amitti non potest, l. pro parte 11. in fine ff. de
 servi-

- 26 *servitutib. l. una est 18. ff. de servit. prad. rusticor.* Cum igitur fidejussio per stipulationem contrahatur, videtur dicendum, quod similiter pro actu individuo sit habenda: & per consequens partim valere, partim non valere, haud possit. Non adversatur, inquam, Etsi enim stipulatio est actus individuus, quoad formam stipulationis, hoc est, interrogationem & responsionem: interim tamen summae, in stipulationem deductae, sunt dividuae & separabiles, l. 2. §. 1. l. stipulationes non dividuntur 72. ff. de verbor. oblig.
- 27 Neque id adeo mirum est: cum & testamentum quoad ordinationem, sit actus individuus, argum. l. si is, qui testamentum 25. ff. qui testam. fac. poss. Decius & Cagnol. in l. jus nostrum 7. n. 1. ff. de reg. jur. & tamen res in eo contentae divisionem ac separationem patiantur, tot. tit. ff. de hered. instituend. §. tot. tit. ff. Cod. famul. ercis.
- 28 Denique nihil refragatur, quod si de alia re stipulator, de alia promissor senserit, perinde nulla contrahatur obligatio, ac si ad interrogatam responsionem non esset, d. l. continuus 137. §. ff. de verbor. oblig. §. si de alia 22. sup. de inutil. stipulat. Cum igitur in nostro themate creditor de minore, fidejussor vero de maiore summa sentiat: videtur etiam nulla contrahi obligatio: maxime cum & is omnino non respondeat, qui ad interrogata non respondet, l. de atate 11. §. quod autem §. ff. de interrogat. in iure faciend. Nihil, inquam, refragatur. Quia illud intelligendum est de diversis corporibus, quae vel substantia, vel qualitate plane differunt. At si res eadem sit, quamvis in quantitate & summa ab invicem differat, quam creditor stipulatur, & fidejussor promittit: tunc aliud est dicendum: quoniam in ipsum corpus, siue in eandem rem uterque consentit: nec opus est hic adeo congruere summam: cum plus quam manifestum sit, maiori summae minorem inesse: & semper in summis id, quod minus est, spondere videatur l. si ita 12. d. l. inter 83. §. diversa 3. §. l. si ita stipulatus 109. ff. de verbor. obligat. l. si ita relictum 43. §. ult. ff. de legat. 2. Hering. d. cap. 24. num. 106. Vido eundem questionem ingeniose explicantem Frantzkium exercitat. 10. quest. 7. p. 313. §. seqq.
- 30 Porro cum ex praedictis constet: fidejussorem in aliud non obligari quam quod reus principalis ab initio promissit: non inconvenienter quaeri solet: utrum mora rei principalis noceat fidejussori, adeo, ut ad usuras, poenam, accessiones & interesse ob moram debitoris teneatur? Circa quam questionem non inepte sic distinguitur: ut mora rei siue debitoris principalis noceat quidem fidejussori ad continuandam & perpetuandam obligationem: non vero noceat ad augendam ejusdem obligationem, ut in usuras, vel id quod postea accessit, aut interest, condemnentur; nisi in omnem causam vel eventum fidejussor sit. Prius distinctionis propositae membrum, quod nempe mora principalis oblit & noceat fidejussori ad continuandam & perpetuandam obligationem, (ita, ut licet res debita, quam sua fide esse jussisset fidejussor, interierit: non tamen tali interitu liberetur fidejussor, sed adhuc obstrictus teneatur) evidenter probatur ex l. si servum 91. §. nunc videamus 4. l. cum filiusfamilias 49. in princ. §. 1. ff. de verbor. obligat. §. l. si a colonis 58. in fine. ff. hoc tit.
- 31 Accedit & haec ratio: quod, cum fidejussoris obligatio sit quaedam principalis obligationis accessio: idcirco quamdiu non liberatur: sed obligatus permanet principalis, tamdiu etiam duret obligatio fidejussoris. Jam vero certum est; quod licet res perierit causa fortuito: mora tamen debitoris interveniente, duret ac persistat obligatio ipsius principalis. Ideoque nec fidejussoris obligatio tollitur, aut extinguetur. Ita sentiunt post alios, Godeus in Commentar. de contrah. & commit. stipul. c. 11. conclus. 10. n. 123. cum seq. §. Hunnius lib. 3. varior. resol. jur. civ. tra. 3. §. quest. 8. vers. ceterum ad continuandam etc. pag. 1049. Alium illius distinctionis membrum, quod videlicet fidejussor ex mora rei principalis non teneatur in usuras, aliaque accessiones, nisi in omnem causam sese obligarit, sequentibus rationibus confirmatur. I. Quia cum fidejussio sit actus juris, & mora etiam pro delicto habeatur, quamvis per se committendo consistat, Gloss. in l. si mora 9. in verbor. in fido §. solus, marum. Job. Bapt. Plotius in tract. de in lit. p. 11. n. 20. non mirum est, illud, quod ex mora praestandum venit, non esse in obligatione fidejussoria, arg. l. quicquid adstringenda 99. in princ. ff. de verb. oblig. cum durum atque iniquum foret, & facto alterius alterum damnum pati, l. ex duobus 17. ff. de noxalib. action. l. paterfamilias 44. ff. de hered. instituend. Andr. Rauchbar. part. 2. qu. 7. n. 10. II. Quia triuissima juris regula est: quod mora unicuique sua, & non alii, obesse debeat, l. quod te mihi §. ff. de reb. credit. si cert. pet. l. si in Asia 12. in fine. ff. deposit. l. ratio 3. §. fin. ff. de actionib. empt. l. mora 32. §. quid ergo 3. ff. de usur. l. si rem estimatam 14. ff. de iure dot. l. cum servus 39. §. 1. v. ipsius quoque §. l. cum res 47. in fin. ff. de legat. 1. l. cui solidum 87. in princ. §. 2. l. si quis servo 84. ff. de leg. 2. l. cui fidei commissur. 18. in princ. ff. ad Senatuscons. Trebellian. l. in condemnatione 173. §. 2. ff. de reg. jur. §. c. mora 25. eod. in 6. Quare & mora debitoris principalis ipsi, & non fidejussori, nocere debet. III. Hoc non parum confert, l. fidejussores magistratum 68. §. 1. ff. hoc t. cujus in specie quaerebatur, utrum fidejussor non solum in sortem, quam sua fide esse jussisset; sed etiam in usuras ob moram a debitore principali commissam, teneatur? Respondet Paulus: fidejussorem non teneri ad usuras: & hujus suae responsionis hanc rationem affert: quod se in sola centum annua, adeoque in certam summam, & non in omnem conductionem, vel omnem conductionis causam obligaverit. Ex quo sine ullo negotio colligitur: quod quoties fidejussor se non in omnem contractus causam expresse obligat: ad usuras, mora a principali commissam, non teneatur. IV. Eadem sententia corroboratur per l. ult. ff. eod. ubi ad poenam, in quam propter suam moram vel culpam debitor incidit, fidejussor non teneatur: item per l. fidejussor 10. Cod. tot. tit. ex qua patet, quod ad hoc, ut fidejussor teneatur ad usuras, requiratur, ut nominatim in usuras accipiat: alioqui simpliciter acceptus in sortem duntaxat obligetur. V. Quia cum effectus contractus semper se referat ad tempus contractus obligationis, arg. l. Rustici 69. ff. de contrah. empt. non videtur fidejussor simpliciter intercedens in aliud se obligare, quam intercessionis tempore debebatur. Eo autem tempore nihil praeter sortem in obligatione erat. Ergo in nihil aliud, praeterquam in sortem fidejussor se obligare censetur, l. per retentionem. 4. §. l. pignori 22. Cod. de usur. l. cum se 3. C. ne uxor pro marito, &c. VI. Firmat hanc conclusionem textus rotundus in l. quero 38 §. 4. in principio ff. locati. ubi semel atque iterum affirmatur: fidejussorem in usuras & accessiones ex mora debitoris teneri, si in omnem causam se obligaverit. Quamobrem si non in omnem contractus causam se obligaverit expresse fidejussor: propter moram principalis ad accessiones non tenebitur. Condicio enim in forma specifica adimplenda est: adeo, ut si hoc factum non fuerit, actus pro non gesto habetur, arg. l. qui hered. 44. in princ. l. Marcus 55. §. l. Titio 73. ff. de conditionib. & demonstrat. VII. Accedit quoque textus in l. centum Capue 8. ff. de eo; quod certo loco dari oportet. ubi dicitur, ob moram rei principalis obligationem fidejussoris nullo modo augeri, siue plenior fieri. VIII. Stabile pronunciatum nostrum l. initia §. C. de pact. inter emptor. & vend. composuit. ubi cum Gordianus Imp. rederbat: usuras a debitore, & eo, qui in omnem causam fidem suam adstringeret, exigi posse, mora a debitore commissam: satis hoc ipso significat, quod is, qui non in omnem causam sese obligavit, in usuras non teneatur. IX. Denique decisio nem istam suis munus suffragiis Joh. Corasius lib. 2. miscellam. jur. civ. c. 12. n. 8. §. seqq. Fulsejus hic n. 4. cum seqq. Donell. & Dnaren. ad l. mora 88. ff. de verbor. oblig. Valentin. Franc. in tract. de fidejuss. c. 5. n. 26. cum seqq. Bronchorst. cent. 2. c. 11. §. 10. Pavar. assert. 92. ed. 1. Treutler. disput. 28. th. 5. sub lit. A. volon. 2. Godeus d. Comment. de contrah. & commit. stipul. c. 11. conclus. 10. n. 123. §. seqq. Hunnius d. lib. 2. var. resolut. tract. 5. quest. 8. Olemanius d. Giphani. lib. 2. disput. 27. n. 11. & 12. Arumet. exercitat. Justin. 13. §. 15. §. in Commentar. de mora c. 8. n. 16. Paulus Boerius disput. 10. ad Instit. them. 2. q. 4. Anton. Hering. in tract. de fidejussorib. cap. 24. n. 124. cum multis seqq. Knipschilde d. exercit. 7. quest. 10. p. 264. §. ult.

- 42 Huic verissimæ sententiæ primò non obstat, *l. mora. 88. ff. de verb. obligat.* ubi Paulus simpliciter & generaliter respondit: *moram rei fidejussori quoque nocere*. Quamvis enim mora rei principalis noceat fidejussori, ad hoc scilicet, ut perpetuetur obligatio: non tamen nocet, ad hoc, ut principalis obligatio augeatur, *d. l. si servum 91. §. nunc videam 4. ff. de verb. obl. §. d. l. si a colono 58. in fin. ff.*
- 43 *hoc tit.* Neque probè replicaverit quispiam, nullo modo dici posse, principalis moram fidejussori nocere: cum jam ante eam commissam teneatur fidejussor, ita ut non moræ imputandum sit, si obligatio duret, sed fidejussoris consensui, qui obligationi accessit. Recta namque nihilominus Paulus in *dict. l. 88. ff. de verb. obligationib. dixit*, moram rei fidejussori nocere. Siquidem cum fidejussor pro Stichio, sique re certâ, fidejusserat: dicendum videbatur, eo moruo obligationem fidejussoris extinguî, utpote extincto homine, pro quo fidejusserat. Quo non obstante, responsum est, obligationem fidejussoris manere: quoniam facto suo reus principalis obligationem perpetuat, ut loquitur idem Paulus in *d. l. si a colono 58. §. 1. ff. hoc tit.* quod factum ut obesse, ita nec prodesse debet fidejussori: interim tamen nocere dicitur, scilicet ne fidejussor liberetur; sed ipse etiam ad æstimationem Stichi teneatur, tametsi moram non fecerit, *Arrianus d. Commentar. de mora. cap. 8. n. 16. & Vultejus hic num. 6.*
- 44 Secundò non obstat *suprà* nu. 38. *pro nostra conclusione adducta l. quæro 54. in princ. ff. locat. in quâ* decisionis rationem, ob quam fidejussor ad usuras teneatur, hanc fuisse plerique existimant: quia in omnem causam fidejussor, bonæ fidei contractui accedens, se obligasse censetur: eò quòd usura etiam bonæ fidei contractus obligatione contineri intelligantur, *argum. §. in bona fidei 30. infr. de actionib.* Unde particulam *Si*, in *d. l. 54.* interpretantur pro quia: in quâ significatione in aliis quoque legibus isthæc particula invenitur, ut in *l. videamus 4. in pr. ff. de in lit. judic. l. Titium 47. §. a. matre 3. vers. si manent. ff. de administrat. & peric. tutor. l. qui Roma 124. §. Agerius 4. & §. seq. vers. si Scia ff. de verb. obligat.* Dein de idem ex eo probari putant, quòd Paulus in *d. l. quæro* ait: exemplo coloni usuras a fidejussore præstari. Atqui exploratum est, colonum post moram teneri ad usuras, non quidem ipsa promissione & obligationis necessitate, sed officio judicis, secundum ejus actionis naturam, cui interveit: ut ex *d. l. quæro. vers. usura enim in bona fidei. ff. locat.* colligi autumant. Non, inquam, lex illa obstat. Quandoquidem disertè (ut *suprà* num. 38. ostensum) sententiam nostram corroborat: cum sub hac conditione fidejussorem de usuris teneri dicat, *si in omni causam se obligavit*. Ubi particulam *Si*, notam esse rationis, atque idem, quod quia denotare: non verò notam esse conditionis, minimè admittendum est: propterea quòd in dubio, in qua nunc versamur, non debeat recedi à propria verbi significatione, præterquam si manifestissimum sit, legislatorem id voluisse, *vulg. l. non aliter 69. in princ. ff. de legat. 3.* Proinde cum hæc sit generata & propria particule istius *Si*, significatio, ut non rationem, sed conditionem denotet: consequens est, quòd eisi alias idem, quòd quia significet: id tamen hoc in loco recipiendum non sit: maxime cum interpretatio in huic *suprà* relatæ æquitaris & juris rationis reclamet, & perspicue evincant, quòd aliter fidejussor in usuras & accessiones non teneatur, quam cum aperte in omnem causam fidejusserit.
- 47 Si nec alterum quicquam ad rem facit, quod ex *d. l. quæro* videntur. Nam, ut ex ipso contextu clarissimè liquet, non ideo fidejussor illic exemplo coloni tenetur in usuras, quia officio judicis adstringatur: sed quòd in omnem causam se obligaverit. Itaque si non in omnem causam se obligaverit fidejussor: non tenebitur exempli & fidejussoris in genere, sed nominatim & in specie illius fidejussoris, qui in omnem causam se obligavit, *D. Huius d. l. 3. var. resol. tract. §. 9. 8. vers. nec magni possideris, &c.*
- 48 Tertio non obloquitur *l. si ab uno. 17. ff. ut legator. seu fideicommiss. servand. caus. exeat.* ubi Paulus IC. ait: si

si ab uno coheredum eodem legato gravatorum fidejussor datus sit, & postea pars unius vel omnium coheredum accrescat huic, qui fidejussorem dedit: tunc in solidum legatum teneri hunc fidejussorem: licet ab initio videatur in partem legati fidejussisse. Nam juri accrescendi locus est in coherede adveniente, cæteris deficientibus. Hinc est, ut ab initio hæc fidejussio perinde habeatur, ac si pro toto legato facta esset: quia eventus docet, eum totum legatum retrò debuisse: quod ita est, nisi disertè in partem legati intercessisset. Sed & hanc cautionis interpretationem elicit suadetque favor legatorum ac fideicommissorum: ne legatarius & fideicommissarius sub specie si lei in reliquo decipiat. Idq; latius declarat D. Gooddeus d. *Comment. de contrah. & committ. stipul. c. 11. conclus. 10. nu. 141.*

Quartò nihil impedit conclusionem nostram, quòd fidejussor rei locum obineat: ac proinde obligatus sit in usuras easdem, in quas obligatus est reus principalis, *l. potest. 4. in fine ff. hoc tit.* Locum enim rei fidejussor obinet non in omnibus & singulis, sed in his dumtaxat, quæ promissit, non etiam in aliis, de quibus fortè ut cogitatum quidem fuit. Atq; hæc interpretatio sumitur ex natura fidejussionis: fidejussio siquidem fit per stipulationem. Atqui stipulatio stricti juris est, ut *dict. supra* n. 5. Ea autem, quæ stricti juris sunt, ad alia non extenduntur, nisi de illis dictum fuerit, *d. l. quicquid adstringit. 99. in pr. ff. de verb. obl.* Quòd si verò tum strictè fidejussorem rei principalis locum obinere dicamus: hoc absurdum inde sequeretur, ut eadem semper sit fidejussoris conditio, eademque obligatio, quæ est rei principalis: quòd tamen legibus repugnat, secundum quas fidejussor in causam etiam leviori accipi potest, *d. l. Græce 3. §. illud. 7. & l. seq. ff. hoc tit. & hoc §. nostro. vers. ut ex diverso. ibique Vultejus n. 3.*

Quintò non refragatur *l. amissi 52. §. fidejussor. 2. ff. hoc tit.* ubi Papinianus scribit: fidejussorem a colono datum, teneri etiam ob pecuniam dotis prædiorum: hoc est, ob pecuniam staminum, stercoreum, graminum, boum aratum, aratorum, ligonum, stabulorum, pedamentorum, aliorumq; quæ ad instructionem fundi pertinent. Et subijcit IC. hanc rationem: quòd ea quæ species locationis vinculum ad se trahat. Quocirca etiam ad accessiones fidejussor obligatus videtur, quamvis ad eas sese non obstringit, Lex, inquam, illa non refragatur, Quia certum est: conductorem statim ab initio obligationis contractæ de doubtis prædiorum, atque de ipso prædio custodiendo ac restituendo teneri, uti locatore ad præstandum eas obligatur, *l. videamus 11. §. item prospicere 2. l. si in lege 24. §. si domus 2. ff. locati. l. 2. ff. in quib. caus. pign. vel hypoth. tac. contrah.* Quare dici nequit, ex post facto augeri istam obligationem ob moram vel factum rei: cum ab initio hæc inesset principali obligationi, in quam totam fidejussor fidejussit, *Goodd. d. c. 11. nu. 142. Berens. d. disp. 10. them. 2. q. 4. vers. quinto non obstat. &c.*

Sextò nil quoq; officit *l. 2. §. pign. cum l. seq. ff. qui satisfacere cogunt.* ubi traditur, eum, qui iudicio fisci promissit, teneri non in id, quod veritatem continet, sed quantum revera in iudicium deductum est: nisi in certam quantitatem fidejussisset: adeò, ut si ælio furti in duplum vel quadruplum sit, vel vi bonorum raptorum: fidejussor etiam tanti sit obligatus. Etiam ex ipsis legum prædictarum verbis clarescit: quòd ibi mora principalis & ex post facto, obligatio nec principalis, nec fidejussoris augeatur: sed ea summa, in quam fidejussor teneri dicitur, revera in obligatione & actione prius fuerit, eaque petita, & in iudicium deducta sit *Huam d. lib. 3. tract. §. 9. 8. p. 1047. in fine.*

Septimò nihil obest sententiæ nostræ *l. si qui pro eo 56. §. immo 2. ff. hoc tit.* ubi expressum est, fidejussorem non obligari, qui acceptus est in eam pecuniam mutui datam, cuius creditor dominus non erat, nisi secuta consumptio: nequa videtur in omnem causam acceptus, quæ ex ea numeratione nasci potest. In ea namq; lege non agitur de obligatione accessoria, quæ ex accidenti propter moram, aut culpam debitoris enascitur: sed de ea, quæ principaliter venit ex re, super qua facta est intercessio, & ita respicit principalem obligationem. Hæc quippe data aliena pecunia, in quâ mutuum non consistit: & ideo nec fidejussor teneri videtur, qui in causam mutui acceptus est. Verum

rūm quia in omnem causam ab initio acceptus censetur, ideoque, consumptis nummis: tenetur, quamvis aliā ex causa ii condicantur. *Qua de re latē Petrus August. Morla part. 1. emporii jur. tit. 8. in p. m. n. 19. & seqq. Hucque pertinet, quae annotavitur supra ad princ. tit. quib. mod. re contrah. oblig. num. 22.*

53 Octavo nos non moverit *l. si postea 10. ff. rem pupilli salvam fore*, ubi Africanus apertissime scribit: fidejussores teneri ex mora tutoris, rem pupilli salvam fore promittentis. in fructus & usuras, tamen non in omnem causam fidejubendo se expressē obligarint. Nam hoc specialiter pupillorum favore indultum est contra fidejussores tutorum, ut ad omnes accessiones ex mora rei teneantur

54 *Letam 3. l. si cum fidejuss. 5. & l. pen. ff. de fidejuss. tut.* quena admodum & multa alia singularia in gratiam pupillorum à Legislatoribus sunt constituta, *l. cum ostendimus 4. §. ult. ff. d. tit.* quae ad consequentias porrigi & produci non debent. *l. quod verò. 14. ff. de leg. l. quod contra. 141. ff. de reg. jur. Coras. d. lib. 2. miscell. jur. civ. c. 12. n. 11.* Vel potius respondendum est: illud ideo fieri, quod fidejussores in omnem causam actiones tutelae intervererint. Quicumque enim actionis tutelae alicujus nomine intercedit: in omnem causam, & quidquid sententiā judicis accedere potest, tacite ex natura stipulationis, rem pupilli salvam fore, intercedere intelligitur: nisi taxationem certam fidejussio- ni apposuerit. *Cicac ad African. tr. 3. p. m. h. 67. & 68. Gual. dem d. c. 11. n. 145. Hering. d. tr. de fidejuss. c. 24. n. 154. & seqq.*

55 Nondū nihil negotii nobis facit *d. l. fidejuss. 68. §. 1. ff. hoc tit.* ubi traditur: fidejussorem ideo fisco obligatum non esse ad usuras, quia in certam summam fidejusserit, & non in omnem causam. Ex quo inferri videtur argumento à contrario sensu, quod in jure est fortissimum, *l. 1. §. hujus rei fortissimum ff. de offic. ejus, qui mand. est jurisd.* quod si non in certam summam, sed simpliciter fidejussisset: in usuras teneretur: quia in omnem causam intercessisse videretur. Primum enim respondetur: argumentum à contrario sensu non procedere, nec vim concludendi ullam habere contra expressos textus, & contra rationem juris, per notata *Eberhardi à Midelburg. in loc. suis legal. loc. d. contrario sensu. n. 4.* Atqui non solum expressi textus, sed & ratio juris equitatisque suadent ex solā principalis morae obligationem fidejussoriam non augeri: nec in accessiones teneri fidejussorem, morā à principali contrāmissā, nisi aperte in omnem causam sese obligaverit. Deinde argumentum à contrario sensu, sic, ut factum est, non recte ex *d. l. 68. §. 1. ff. hoc tit.* ducitur: sed hoc modo concludendum erit: Fidejussor non tenetur ex principalis morae in usuras, quia non in omnem causam, sed in certam summam fidejussit. Ergo quando non in summam certam, sed in omnem causam fidejussit: tenetur non modo in fortem, sed etiam in usuras & accessiones. *D. Huum. d. quæst. 8. vers. ad septimum respondeo. &c.*

57 Decimo nullum obstaculum præbet *l. 2. §. pen. ff. de adm. m. str. ver. ad civit. pertin.* ubi qui pro conductore publicorum vectigalium fidejussit, & simpliciter acceptus est, etiam in usuras convenitur. Illud enim hoc singulare est conductorem publicorum vectigalium: ut fidejussoras conductorem vectigalium in omnem causam teneatur. Nam & in condictione vectigalium multa specialia sunt recepta, arg. *l. si quis 3. §. 1. ff. ad Senatuscons. Macedon. Bronch. d. cent. 2. quæst. 22. vers. secundo opponitur. &c. edit. 1.*

58 Undecimo non infringit assertionem nostram *l. si quis solutio 24. §. 1. ff. de usura*, ubi Paulus simpliciter ait: cum reus moram facit, & fidejussor tenetur. Aut enim ille, §. explicandus est secundum distinctionem ejusdem Pauli in *d. l. quare 54 ff. locati. ita*, ut si fidejussor in omnem causam fidejusserit, etiam ex mora debitoria teneatur. Aut dicendum, quod per moram rei fidejussoris obligatio non quidem augeatur: interit tamen etiam non minuitur, sed perpetuetur, *præleg. l. si servum 91. §. nunc videamus 4. ff. de verb. obl. d. l. si à colonio 48. §. 1. ff. hoc tit. Donell. in tr. de mora. c. 2. vers. ne quisquam inquam. &c. Honderd. consulti. c. 1. part. 3. n. 8. & 34. Hering. d. c. 24. n. 118.*

59 Duodecimo & ultimo nullum prorsus momentū est, quod obijciatur, indefinitam elocutionem sive propositionem universali equipollere, arg. *l. 2. necessaria 8. §. si an-*

nua. 3. ff. de pignoratit. act. l. si pluribus 44. ff. de leg. 2. &c. consequenter eum, qui in causam alicujus contractus se fidejubendo obligavit, in omnem contractus causam sese obligasse intelligi. Nam respondetur: indefinitam propositionem equipollere universali interdum, non verò semper: tunc videlicet, cum prædicatum inest toti subjecto. Atqui prædicatum istud, *obligari in usuras ex mora principalis*, non inest omni, nec toti subjecto: cum is demum fidejussor in usuras teneatur, qui omnem in causam sese obligavit, *juribus supra allegatis. Humm. d. q. 3. v. ad ult. &c.* Præterea vulgaris illa regula tantum obtinet in materia favorabili, *l. si quis ita 16. §. 1. ff. de testam. tut.* non etiam in odiosa, *l. 1. ff. de lib. & posth. her. instit. Coras. d. lib. 2. Miscell. jur. civ. c. 12. n. 10.* Quapropter cum sumus in materia odiosissima perperam illa regula objectatur: atque ita tandem, contrariis plerisque remotis, firmiter concluditur: moram rei principalis fidejussori nequaquam nocere, quoad augendam obligationem: eo casu excepto, quo in omnem causam fidejussor sese obligarit.

At quid statuendum, si solus fidejussor, & non etiam principalis, moram committat? nunquid ex hac, ora sua ad accessiones, hoc est, usuras & fructus tenebitur? Tene-ri, liquidissime apparet ex *l. cum filiusfam. 49. in pr. vers. si pater. & l. si pupillus 127. in fine. ff. de verbor. obligat.* Hujusque sententiæ ratio est perspicua: quod cum unicuique moratori sua mora obesse, nec alteri nocere debeat, *l. in condemnatione 173. §. 2. ff. de reg. jur. c. mora. 25. eodem tit. in 6. & multis legib. similibus supra cumulatis n. 34.* ideoque & fidejussori, qui ab ista regula nullibi exceptus reperitur, sua mora nocebit. Et quamvis summo jure non teneatur fidejussor: cum secundum naturam sit, ut obligatione & causa principali, interitu rei debitis sublata, liberentur ac tollantur accessiones, *l. in omnib. 43. ff. de solut. l. si fidejussor. 19. ff. de dolo.* ex legis tamen sententiā tenetur. Etsi enim principalis obligatio sublata sit: accessoriam tamen obligationem adversus fidejussorem teneri hoc casu, æquum est: eo quod non conveniat, fidejussorem suo facto obligationem tollere, sicque ex suo delicto meliorem conditionem suam facere, *l. si servum 91. §. nunc videamus 4. ff. de verb. obl.* Hinc etiam utilis tantum actio adversus fidejussorem datur ob ipsius moram: quoniam non ipso jure, sed sententiā solū legis tenetur, *Donell. in d. l. cum filiusfamilias 49. in princ. ff. de verb. oblig. Andr. Kobl. in exercitat. leg. exercit. 10. n. 2. p. 143. Humm. d. l. 3. var. resolut. jur. civ. tract. 5. q. 7. Hering. d. tract. de fidejussorib. c. 24. n. 161. & seqq.*

Neque evertit hanc sententiam, quod fidejussor ab initio in duriorem causam obligari non possit, & ut plus debeat, quam principalis, *hoc §. nostro.* Nam semel in eandem rem & causam obligatus, eventu ex mora & facto suo ita obstringi potest, ut amplius teneatur præstare, quam ipse reus principalis. Nec hoc tam ex convention-ione & obligatione fidejussoria, quam ex propria fidejussoris morā, quæ augeat obligationem, descendit. *Humm. d. quæst. 7. in fine.*

§. Si quid autem. 6.

Si quid autem fidejussor pro reo solverit: ejus recuperandi causa habet cum eo mandati judicium.

SUMMARIA.

- 1 Quicquid fidejussor pro reo principali solvit, actione mandati contraria recipere potest.
- 2 Mentis effectum suum debet esse damnosum.
- 3 Semper qui non prohibet pro se intervenire, mandare creditur.
- 4 Pro absentibus ignorantibus fidejussoribus negotiorum gestorum actio non habet.
- 5 Præstatis actionibus quid petatur.
- 6 Non confesso creditore, contenta in instrumentis, de solut. d. fidejussor pecunia, ita probat factam solutionem, ut fidejussor pro se solvit actionem contra debitorem exercere possit.
- 7 Quibus casibus fidejussor ante factam solutionem, contra debitorem, veli ad liberationem agat.
- 8 Præstatis casibus quibus fidejussor ante factam solutionem protra-

- 9 Secundus est, si debitor post fidei iuramentum in prodigalitatem inciderit.
 10 Tertius est, si fidei iussor, ut solvat, iudicis sententia condemnatus fuerit.
 11 Quod parum distat, nihil distare videtur.
 12 Quartus casus est, si fidei iussor ob moram rei principalis incarcerationatus fuerit.
 13 Quintus, si inter contrahentes convenerit, ut fidei iussor ante solutionem ad liberationem agere possit.
 14 Contrarius legem ex conventionem accipiunt.
 15 Sextus est, si fidei iussor pecuniam, in obligationem deducit, in iudicio obtulerit.
 16 Septimus, si fidei iussor creditori debitorem alium, quovis minus idoneum, delegaverit.
 17 Octavus, si fidei iussor cum creditore debitum compensaverit.
 18 Compensatio instat solutionis est.
 19 Nonus est, si fidei iussor a creditore per acceptilationem liberatus fuerit.
 20 Acceptilatio vice solutionis habetur.
 21 Decimus casus est, si fidei iussor peregrine vellet proficisci, & diu ab futuro esset.
 22 Undecimus est, si quis alterius negocia gesserit, seque eo nomine obligaverit.
 23 Duodecimus & ultimus casus, si inimicitia capitales inter fidei iussorem & debitorem fuerint exorta culpa ipsius debitoris.
 24 Ubi eadem ratio, ibi eadem debet esse juris dispositio.
 25 Consideratio Lucius 38 ff. mandati. & l. si pro ea. 10. C. cod.
 26 Pro inimico quis solvere non cogitur.
 27 An si terminum solutionis debitor debitori principali prorogaveris per hoc fidei iussor liberetur.
 28 Fidei iussor simpliciter datus, ad omnem causam & casum obligari intelligitur.
 29 Quotiens tempus non sit modus inducenda tollenda obligationis.
 30 Quid in ipsis, pariter, & aliis pensionibus receptum.
 31 Jure Sacerdotum per prorogationem termini fidei iussor indistincte non liberatur.
 32 Quibus aliis casibus etiam ante solutionem fidei iussor contra debitorem, pro exoneratione, agere possit, remissio.

Quicquid fidei iussor pro reo principali solvit aut expendit, actione mandati contraria repetere potest, hoc §. nostro. l. idemque 10. §. fidei iussor 11. l. rogatus 33. l. qui fide alterius §. 3. ff. mandati l. si fidei iussor 6. Cod. eod. Ratio manifesta est: tum quia cum nemini officium suum damnosum esse debeat, l. sed si quis 7. ff. testamenta quemadmodum aperiunt. l. si servus 61. §. quod vero §. ff. de furt. l. absentia. 140. ff. de reg. jur. l. videlicet. 29. ff. ex quib. caus. majores, &c. aequitatis per consentaneum est, fidei iussori de indemnitate actionem dari contra debitorem sive reum principalem: alioqui dispendium quis pateretur, unde videtur potius premium meruisse, c. 2. ext. hoc tit. Tum quia semper qui non prohibet pro se intervenire, aut solvere, mandare creditur. l. indebitum 47. ff. de condit. indebit. l. semper 60. ff. de reg. jur. Quod quidem verum est, si quis pro praesente, vel alias sciente ac patiente fidei iusserit. l. si remitterandi 6. §. si passus 2. l. qui patitur 18. ff. mandati d. l. si fidei iussor 6. C. eod. tit. Nam pro absente & ignorante fidei iussor, non mandati, sed negotiorum gestorum actionem habet: siquidem mandati actio ei competere nequit: cum mandatum nullum antecesserit, l. ex mandato 20. §. 1. & d. l. qui fide §. 3. ff. mandati. l. 1. l. 2. Et ratio est, ff. de negot. gest. Ceterum si pro praesente & verante quis intercesserit: nec mandati, nec negotiorum gestorum actionem competere, Paulus respondit, l. si pro te. 40. ff. mandati. Idemque rescripsit Justinianus, l. fin. C. de negot. gest. Et hoc verbosum explicat Hummius in resolut. ad Treutl. vol. 2. disp. 28. th. §. lit. G. pag. 200. & seq. Ista autem actionibus non tantum principale debitum; sed omne etiam damnum, expensis & interesse fidei iussor repetit & consequitur, d. c. 2. ext. hoc tit. l. si quis alieni 27. §. impendia. 4. ff. mandati. Angel. de Clavus. in summa sua. verb. fidei iussor n. 15. Bertazol. in tract. clausul. instum. n. clausul. 43. Gloss. 1. n. 1. & Gloss. 2. n. 1. Robert. Lancelot. de attentat. part. 2. c. 20. limitat. §. n. 11. Francus in tract. de fidei iussorib. c. §. n. 508. cum seq. Hering. cod. tract. cap. 26. num. 60. & seq. Quia & praedictae actiones fidei iussori competunt, quamvis sine iudicio (id est, extra iudicium interpellatus a creditore) solvatur, d. l. idemque 10. §. fidei iussor 11. ff. mandati d. l. si fidei iussor 6. Cod. d. tit. dummodo defendere etiam reo competentes (nam & his fidei iussor uti possit, l. ex persona 32. ff. hoc tit.) non omiserit, l. si fidei iussor 31. ff. hoc tit. Sed num confessio creditoris, contenta in instrumento publico vel privato, de soluta a fidei iussore pecunia, ita probet factam solutionem, ut fidei iussor praefatas actiones contra debitorem exercere possit, contra-

vertitur? Et quod non sufficiat talis confessio, sed oporteat, quod fidei iussor probet verè & realiter se solvisse, concludit Bartolus n. 3. & Fulgencius in l. in duobus 28. §. 1. ff. de iure iurand. Rom. in l. praedia 48. ff. de acquir. vel amitt. possess. Angel. de Perus. in l. Uranius Antoninus 71. §. fin. ff. hoc tit. Verum contrarium verius videtur, argumento l. Publica Marcia 26. §. fin. ff. depositi. l. quis debitorem 18. ff. hoc tit. & l. in contractibus 14. §. super ceteris 2. Cod. de non num. pecun. Idque tenent Paulus de Castro, Salicet. Alex. d. & Jason in d. l. in duobus 28. §. 1. ff. de iure iurand. eosque cum aliis citans Gomezus tom. 2. variarum res. lit. cap. 13. n. 13. Quibus adstipulantur Hippolytus de Marsil. in rubr. de fidei iussorib. nu. 265. D. Bocerus clas. 2. Disput. 16. thes. 41. & Heringius d. tract. de fidei iussorib. c. 10. num. 48. & seq.

Esi verò regulariter ante solutionem fidei iussor mandati actione, adversus debitorem, ut obligatione fidei iussoria liberetur, experiri nequit: l. heredem 14. in princ. l. si mandavero 22. in princ. & §. 1. l. fidei iussor §. 1. ff. mandat. & hoc §. nostro, ibi, pro reo solvitur, Donell. lib. 13. Comment. de iur. civ. cap. 13. reperiuntur tamen nonnulli in iure casus, quibus fidei iussor ante factam solutionem, contra debitorem, rectè ad liberationem agit. Primus est, si reus sive debitor principalis nimis diu solutionem protulerit. l. Lucius 38. §. 1. ff. mandati. c. ult. ubi Canonistae extra, hoc tit. Martin. Bonacina in tract. de contract. & restit. disp. 3. quest. 9. puncto 1. n. 10 pag. 626. Neque enim fidei iussio perpetua esse debet: ne semper solutionis sit pertimescendum periculum, l. si mora 9. ibique Zasius in ult. notab. ff. solut. matrimon. & omni momento in ancipiti quis fluctuare cogatur, l. si is, a qua 3. in fin. ff. ut in possess. legator. vel fideicommissi. servandor. caus. esse liceat. Diu autem videtur esse, cum decennium est elapsum, arg. l. si cum fideicommissa 16. §. Aristo. 3. & inibi Gloss. in verb. decennio ff. qui & a quib. manumissi, liberi non fiunt Donell. d. loco. Quanquam id arbitrio iudicis ponderandum, alii rectius existimant, l. 1. §. fin. ff. de iur. deliber. Gloss. & Panormit. in d. c. ult. in fin. hoc tit. Angel. de Perus. Alberic. de Rosat. Odofredus, & ceteri in d. l. Lucius 38. §. 1. ff. mandati, Schneidew. n. 4. Mynsinger. n. 5. & Heigius n. 6. in hoc §. nostro. Cyrillus Eugemonius in sum. crim. rubr. de fidei iussorib. §. 4. nu. 4. ad fin. Guil. lib. 2. observ. 29. n. 6. Gomez. d. tom. 2. var. resolut. cap. 13. n. 10. Monoch. de arbitr. iudic. quest. lib. 2. cent. 1. cas. 41. n. 3. Coler. de process. execut. part. 1. c. 10. n. 319. D. Marta Tom. 3. Digestorum novissimorum tit. fidei iussor. c. 32. fol. 176. & cap. 40 fol. 177. Francus. d. tractatu de fidei iussor. c. §. n. 560. & seqq. alique plures, per eum citati.

Secundus casus est: si debitor post fidei iuramentum ita in prodigalitatem inciderit, ut facile omnibus bonis lexinde labi possit, d. l. Lucius 38. §. 1. ff. mandati l. si pro ea 10. ubi Schar. d. nu. 8. Cod. eod. d. l. ult. ext. hoc tit. Obassum in consuetud. Burg. rubr. §. 2. n. 26. Guil. d. observ. 29. non 9. Hering. d. tract. de fidei iussor. cap. 25. n. 16. & §. 9. Nam & eo casu tempore fidei iussor sibi vigilare, & antequam creditori satisfecerit, debitorem convenire potest: ne mora in suam ipsius perniciem redundet, l. pupillus 24. ff. que in fraudem creditorum, &c. suumque officium sibi damnosum existeret, contra d. l. sed si quis 7. ff. testam. quemadmodum aperiunt. & similes supra allegatas nu. 2. Illudque pulchre declarat Francus d. cap. 5. num. 568. & aliquos subsequi.

Tertius casus est: si fidei iussor, ut solvat, iudicis sententia condemnatus fuerit. d. l. si pro ea 10. C. mandati d. cap. ult. ext. hoc tit. Riechershus. & Heigius hic num. 7. Scilicet enim post factam condemnationem, mandati actionem adversus debitorem exercere potest: etiam si nondum creditori, cui condemnatus est, satisfecerit: ea quo actione consequitur, ut debitor pro ipso solvere cogatur, l. si mandatu meo 45. §. sed si mandavero 4. ff. mandati l. si fidei iussor 6. C. d. tit. Et ratio ejus non obscura est: quia cum adversus hanc fidei iussorem, qui condemnatus est, parata sit in continenti executio, l. 1. & 2. Cod. de execut. rei iudicat. res eo loco habetur, ac si iam solvisset. Quod etiam parum distat, nihil distare videtur, arg. l. 1. §. 1. ff. de verb. obligat. l. penult. ff. de testam. millis. & l. qui p-

12 Quartus casus est: si fidejussor ob moram rei principalis in carcerem detrusus fuerit. Nam licet ille nondum solverit: se tamen & obligatione & carcere liberari, damnumque inde acceptum rescindi, petere non prohibetur. *sicuti docent Baldus in cap. ex rescripto. in fin. de jurejur. & in l. 2. n. 6. Cod. mandati. Hippolyt. de Marsil. in rubr. de fidejussorib. n. 216. Coler. d. cap. 10. part. 1. mun. 323. eoque laudans Francus d. cap. 5. num. 589.*

13 Quintus casus est: si inter contrahentes, ut ante solutionem fidejussor ab liberationem agere possit, convenierit, *d. l. si pro ea. 10. C. mandati.* Quare conventio rata est: siquidem contractus legem ex conventionem accipiunt, *l. 1. §. si convenit. ff. de pos. l. contractus 23. ff. de reg. jur. Schneidew. hic n. 4. Gail. d. lib. 2. observ. 29. num. 14.* De praedictis casibus videatur quoque D. Besoldus in *delibatis juris ex lib. 46. ff. quest. 1. pag. 171. & seq.*

15 Sextus casus est: si fidejussor pecuniam, in obligationem deductam, in judicio obtulerit, & consignaverit, & penes judicem deposuerit: quo casu fidejussor confestim mandati expetere & agere potest, *l. qui mutuum §. 6. §. 1. ff. mandati l. fidejussor §. 4. ff. hoc tit.* Talis enim depositio solutioni equiparatur, ac fidejussorem obligatione liberat, *l. obfignatione 9. C. de solutionib. & liberat. l. acceptam 9. Cod. de usur. Coras. in l. frater a fratre 38. §. questum 1. n. 39. ff. de condi. indebit. Mysinger. hic n. 4. Hering. d. tract. de fidejussor. cap. 20. §. 1. n. 34. & cap. 25. n. 23.*

16 Septimus est casus: si fidejussor creditori debitorem alium, quamvis minus idoneum, delegaverit, *l. inter causas 26. §. abesse 2. ff. mandati.* Nam & qui delegat, solvere intelligitur: unde statim mandati actione n. intentare potest, *l. qui debitorem 18. ff. hoc tit. l. quamvis 8. §. interdum 3. ff. ad SC Fellexan. l. 2. C. de novationib. Francus d. c. 5. n. 593.*

17 Octavus casus est: si fidejussor cum creditore debitum compensaverit: id quod ipsi licitum est, *l. si quid §. ff. de compensationib. qui satis est; potius non solvere, quam solutum repetere, l. 3. ff. d. tit. Et cum compensatio instar solutionis sit, l. si debitor 4. ff. qui potior. in pign. vel hypoth. hab. ideo recte fidejussor contra debitorem mandati actionem exercebit, argum. l. amplius 15. ff. rem ratam haberi. Franc. d. c. 5. n. 594.*

18 Nonus casus est: si fidejussor a creditore per acceptilationem, remunerandi causa liberatus fuerit: hoc est, si creditor sit, se acceptum habere, id, pro quo fidejussor intercesserat, licet nihil solutum sit, *l. 1. ff. de acceptilat.*

20 Nam & hic fidejussori actio competit, perinde ac si solvisset: cum acceptilatio vice solutionis habeatur, *d. l. idemque 10. §. si ff. mandati.* Coras. in *d. l. frater a fratre 38. §. questum 1. n. 41. ff. de condi. indebit. Francus d. cap. 5. num. 595. Hering. d. cap. 25. num. 26.*

21 Decimus est casus: si fidejussor peregrine vellet proficisci, & diu absuturus esset: veluti, si studiosus, qui pro alio fidejussit, ab una Universitate ad aliam abire cuperet, posset petere, ut fidejussione eximeretur, *arg. l. filiusfamilias §. §. fin. & l. aut longa peregrinatio 23. ff. de procurat. l. licet 15. ibi, vel profectio iurgens ff. de recept. qui arbitrium §. c. l. si longius 18. in princ. ibi, vel necessaria profectio ff. de iudic. Panormit. in d. c. ult. n. 4. ext. hoc tit. Gail. d. observ. 29. n. 15. lib. 2. Costal. ad d. Lucius 38. ff. mandati. Angel. & Schneidew. in hoc §. n. 4. Marsilius in d. rubr. de fidejussorib. n. 216. Socin. reg. 147. n. 5.*

22 Undecimus casus est: si quis alterius negotia gesserit, seque eo nomine obligaverit, antequam solvat, agere poterit, *l. si quis mandatu. 28. & ibi Costal. in princ. ff. de negot. gest. Ut & procurator, rem emens domino, antequam precium dederit, convenire dominum, ut ipse precium expendat, non prohibetur, per notata Ludovici Romani, in l. facere posse 28. ff. solut. matrim. Hippolyt. de Marsil. d. rubr. n. 226. & Francus d. cap. 5. n. 600. & seq.*

23 Duodecimus & ultimus casus est: si inimicitie capitalis inter fidejussorem & debitorem fuerint exortae, culpa ipsius debitoris. Nam & hoc casu fidejussor, ante solutionem pecuniam, fidejussioni renunciare, atque ad liberationem sponte contra debitorem poterit, *Lud. Rom. in d. l. facere posse 28. ff. solut. matrim. Marsilius d. rubr. n. 216. Francus d. cap. 5. n. 599. Hering. d. cap. 20. Vide infra fol. 3. d. cap. 20. §. 32. n. 2. d. cap. 25. n. 30. Et hanc sententiam*

veritati conformem esse, facile evinci potest ex *praallegata l. si pro ea 10. C. mandati.* ubi Imp. Diocletianus & Maximianus rescribunt: fidejussorem etiam ante solutionem convenire posse debitorem, si bona dilapidare sua incipiat: addita hac ratione: quia hic fidejussor, justam metuendi causam habet: ne detrimentum ex debitoris suisfacto patiatur. Quae sane ratio in nostro quoque casu locum sibi vendicat, quo fidejussor, cujus capitalis inimicus est debitor, etiam justissime metuit: ne ex fraude debitoris sui damno aliquo afficiatur, Proinde merito huic fidejussori mandati actio ante solutionem accomodat. Ubi namque eadem est ratio, ibi eadem debet esse juris dispositio, *argum. l. quaedam sunt 9. §. nummularios ff. de edendo. l. si putator 31. ff. ad leg. Aquil. & similia.*

Huic sententiae non reluctatur, *d. l. Lucius 38. ff. mandati. & d. l. si pro ea. 10. C. eod.* ex quibus legibus quidam dissentientes hanc extruunt ratiocinationem: Cuicumque certis in causis actio conceditur: eadem in ceteris causis omnibus denegata videtur, *arg. l. maritus 21. Cod. de procuratorib.* Sed in legibus jam allatis certae referuntur causae, quibus fidejussori ante solutionem praestitam experiri actione mandati permittitur: neque capitales inimicitiae illis annumeratae inveniuntur. Ergo capitalibus inimiciis intervenientibus, ante solutionem adversus debitorem fidejussor eo nomine, ut liberetur, mandati agere nequit. Non, inquam, haec ratiocinatio nostrae sententiae reluctatur. Etenim falsum est, quod asseritur, in adductis legibus capitalem inimicitiam non inveniri, aut contineri. Satis quippe expressae illa continetur in *d. l. si pro ea 10. C. mandati.* in qua fidejussori indulgentiam esse mandati actionem, quando justam metuendi causam habet, evidenter deciditur. Eodem non parum facit, *l. sa. n. 23. ff. mandati.* ex qua apparet, quod quis pro inimico solvere non cogatur: & consequenter liberari debeat, *Paul. Berens disp. 10. ad l. iust. them. 2. qu. 7. ad fin. Adde, Davidem Doringium in Bibliotheca Jurisconsultorum tom. 1. in verb. actio mandati. n. 12. fol. 382. ubi septendecim casus recenset. quibus actio mandati etiam ante solutionem fidejussori comperit. Illa quaestio mirum in modum exagitari solet: an, si terminus solutionis debitori principali prorogatus a creditore fuerit, fidejussor per hoc liberetur: Et inter varias opiniones, quarum septem commemorat Matthias Berlichius *part. 2. conclusionum practicae. conclus. 25.* mihi ultima, quam & ipse n. 18. in *fine. pag. 562.* verissimam esse putat, non displicet, qua ita distinguitur: Aut fidejussor simpliciter absque certi temporis expressione datus est: aut ad certum & definitum duntaxat tempus se obligavit. Priori casu fidejussor per*

prorogationem termini, se inscio & ignorante factam, non liberatur: quia fidejussor simpliciter datus, ad omnem causam & casum obligari intelligitur, donec creditori plene satisfactum fuerit, *l. quero §. 4. ff. locati. l. si quis pro eo §. 6. §. si nummos 2. ff. hoc tit.* posteriori vero casu liberatur fidejussor. Et tunc a tempore non est modus inducendae & finiendae obligationis, *l. obligationum 44. §. 1. ff. de obligat. & actionib.* hoc tamen non procedit, si inter contrahentes aliter convenierit: aut nisi tempus limitandae vel tollendae obligationis causa expressum fuerit, *l. qui hoc anno 42. ff. de verb. oblig. Ruin. consil. 82. n. 3. vol. 1. Rauchb. part. 2. quest. 23. n. 7. vers. respondet, illud procedere, & c.* Hoc autem in casu tempus ea intentione esse adjectum certum est. Atque hanc distinctionem in terminis tradunt *Hofstiens. in c. constitutio 3. ext. hoc tit. Jason in l. le. da 40. ff. de reb. credit. si cert. per. n. 9. & seq. Anton. Tressarius decis. Pedemont. 125. Gail. lib. 2. observ. 30. num. 11. cum seq. Mysinger. cent. 6. observ. 43. n. 3. & seq. Hartmann. Hartmanni lib. 2. obs. 1. de fidejussor. 30. observ. n. 4. & seq. Fachinen lib. 2. controversiar. jur. c. 88. Bald. in l. si unus 27. §. si cum reo. 1. in secunda lectura n. 3. ff. de pub. Felm. in c. de causis 4. ext. de offic. & potest. judic. deleg. n. 3. & in c. ad auver 24. n. 2. ext. de simonia. Hippolyt. de Marsil. in repetitione rubr. ff. de fidejuss. n. 89. huiusque omnes referens Berlichius loco ante designato. Quibus adiciantur Petrus Heist. in §. fidejussor non tantum 2. nu. 7. cum seq. supra hoc tit. Grevem lib. 2. conclus. 20. consil. 3. Coler. decis. 30. n. 2. eoque citans Plebs. disp. nov. auzig. 2. lib. 64. lib. 6. item*

ganr.

pau. exercit. Justin. II. quest. 6. pag. 419. & seq. edit. ult. & Knipfchildt exercit. Acad. 7. quest. 9. pag. 263. & seq.

30 Veruntamen isthæc assertio declarationem recipit in usuris poenis, & aliis pensionibus seu debitis, quæ ex præteritis annis exigibilia fuerunt, puta si quis pro aliquo non tantum quoad sortem, sed etiam quoad usuras, vel pro conductore quodam ad aliquod certum tempus fidejussit, & elapso hoc tempore, tempus solutionis vel locationis debitori prorogabatur. Hoc sanè casu fidejussor, illo certo tempore elapso liberatur quidem quoad sortem principalem, vel pensiones locationis in futuros annos: ratione autem usurarum & interesse, quæ pro præteritis annis debentur, & exigibilia sunt, item ratione pensionum præteritorum annorum non liberatur, sed nihilominus obligatus manet, per textum apertum in l. si, cum Hermes. 7. Cod. de locato. Alex. cons. 72. n. 4. & seq. vol. 6. Valent. Franc. in tract. de fidejussorib. cap. 6. n. 62. & seq. Hering. tractat. eod. cap. 20 § 12. n. 4. cum seq. Colerus de process. execut. part. 1. cap. 10. n. 546. & seq. Raichbar. part. 6. quest. 23. n. 11. & 16. Domini Cardinal. Tuschus tom. 3. prædict. conclus. l. 1. F. conclus. 317. n. 10. & seq. hosque laudans Berlich. d. part. 2. conclus. 25. n. 19. Eumverò jure hodierno Saxon. constitutum est, ut fidejussor per prorogationem termini indistinctè non liberetur: sed nihilominus obligatus remaneat. Novell. Blector. Augusti part. 2. cons. 19. ubi Daniel Moller. n. 3. & seq. & lib. 1. semestr. cap. 17. Beys. ad l. admonendi 31. ff. de iur. iur. n. 341. Hering d. cap. 20 § 12. n. 17. 25. & seq. Berlich. d. conclus. 25. n. 21. & seq. ubi cuius constitutionis Saxonica duas notabiles limitationes subiicit. De prædictis videatur quoque Valentiniis Riemer. decal. 10. quest. 4. & 5. Porro plures casus, quibus etiam ante solutionem fidejussor contra debitorem, pro exoneratione, sive exemptione, actione mandati experiri potest, post alios, quos conservant, diligenter recensent Hippolytus de Marb. d. rubr. de fidejussorib. n. 216. cum seq. Francus sepe citato tract. de fidejussorib. cap. 5. n. 58. cum seq. & Hering. ad tract. cap. 25. n. 12. & multis seq. Hunnius in resolut. ad Treutl. vol. 2. disp. 28. lib. 6. lit. C. quest. 45. pag. 231. & seq. ibique Bachovius in suis not. pag. 966. & seq.

§. Græcè etiam. 7.

Græcè etiam fidejussor ita accipitur: τῇ ἐμῇ πὶ τεκελεύω ἐγώ: id est, meâ fide jubeo ego. Sed si dixerit: βέλα sive βέλουμαι: id est, volo. Sed & φημι: id est, affirmo, pro eo erit, ac si dixerit, λέγω: id est, dico.

S U M M A R I A.

- 1 Fidejussio quacunque lingua, & quibuscunque verbis fieri potest.
- 2 Hodie per easque linguas per Interpretem intelligere, ac consequenter fidejussionem perficere possunt.
- 3 Nuda sola est nuda commendatio pro fidejussione habetur.
- 4 Menti & consensu l. 4 § ult. ff. de fidejussor. tutor. & curator.
- 5 Actus agentis non operantur quicquam ultra eorum intentionem.
- 6 Quando quispiam ex nuda commendatione teneatur.

31 Hoc in §. agitur de formâ verborum per quam fidejussor obligatur. Quod autem de principali stipulatione dictum est, eam quacunque lingua, & quibuscunque verbis contrahi posse, §. 1. sup. de verbor. obligat. l. 1. Secundum 6. ff. eod. L. omnes 10. Cod. de contrah. & commit. stipulat. Idem quoque de accessoria stipulatione Imperator hic affirmat, quod scilicet & Græcè & quibuscunque verbis fieri possit; dummodò contrahentes se invicem intelligant. l. Græcè 8. in princ. ff. hoc tit. l. blanditus 12. Cod. eod. Anton. Hering. in tract. de fidejussor. cap. 11. n. 136. & seq. Et quamvis M. Cicero lib. 6. Tusculanar. quest. assertum non omnes in illis linguis, quas non intelligimus, quæ per Interpretem audire ac intelligere, & fidem per eum perficere possunt, & consequenter etiam fidejussionem contrahi. l. 4. §. respons. 38. Ruyter. Rutland. in tract. de Contrah. lib. 4. cap. 18. n. 1. Treutl. disput. 28. thes. 4. lit. a. vol. 2. Guillem. in Comment. de contrah. & commit. stipulat. Harpprecht ad Institut. Tom. III.

cap. 3. conclus. 10. n. 184. & seqq. hosque referens Heringius d. cap. 1. n. 154. & seq.

32 Illud hic obiter admonendum: quod ex solâ & nudâ commendatione fidejussio non inducatur; nec commendans, instar fidejussoris, conveniri queat. Verbi causa: Titium ego, tanquam locupletem, quique solvendo esset, Sempronio commendavi. Sempronius, hæc meâ commendatione fretus, contraxit cum Titio. Postea Titiusprehenditur non esse solvendo. Vult igitur Sempronius, Titii excussione factâ, me convenire, tanquam fidejussorem. Queritur an hoc jure facere possit? Et plerique negativè, & quidem non sine ratione, respondent, Job. Koppen. decis. 36. n. 10. Alciat. lib. 2. parerg. cap. 12. Anton. Gomezius tom. 2. var. resolut. cap. 13. n. 5. Anton. Hering. d. tract. de fidejussor. cap. 18. n. 7. & seqq. hosque referens Hunnius in resolut. ad Treutl. d. vol. 2. disp. 28. thes. 4. qu. 25. pag. 204. Aliud quippe esse commendare, aliud mandare, liquido constat, ex l. si verò 12. §. cum quidam. 12. ff. mandati.

Neque hanc sententiam enervat. l. cum ostendimus 4. §. ult. ff. de fidejussor. tutor. & curator. ubi aperte dicitur: eos, qui saltem affirmaverint, tutores esse idoneos, ex solâ & nudâ affirmatione pro fidejussoribus haberi. Nam hoc planè speciale est in eo, qui tutorem idoneum esse affirmat: idque duplici favore comparatum est: & pupillorum, ut habeant, quem pro tutoris minus idonei administratione convenire possint: & magistratum, ne subsidia in factum actione tam facile teneantur. Extra hæc verò causam, neminem ex hujusmodi affirmatione quasi fidejussorem conveniri, certum est. Id quod etiam hæc ratio confirmat, quod actus agentium non soleant quicquam operari ultra eorum intentionem, nec eos ulterius obligare. l. non omnis 19. in princ. ibique Bartol. & D. ff. de reb. credit. si cert. pet. Atqui indubitatum est, quod illi, qui aliquem alicui commendant, nequaquam hoc agant sive intendunt, ut fidem suam pro ipso obstringant, vel pro eo, quod ipse gesserit, fidem suam interponant: sed solum, ut ipsi commendato, utpote homini locupleti & solvendo exstanti, eò major fides habeatur. Ita, post alios, docet D. Hunnius dicto loco: ubi subiicit, hanc conclusionem limitari, ut non procedat, si probatum fuerit; aliquem sui lucri gratiâ alium falsò commendasse, vel commendantem exactè cognitam & perfectam habuisse conditionem ejus quem commendavit: ac dolosa suâ commendatione alterum dolo malo ad contrahendum induxisse, per l. quod si, cum scires 8. ff. de dol. malo.

§. In stipulationib. 8. & ult.

In stipulationibus fidejussorum sciendum est, hoc generaliter accipit: ut quodcunque scriptum sit, quasi actum, videatur etiam actum. Ideoque constat, si quis scripserit; se fidejussisse: videri omnia solemniter acta.

S U M M A R I A.

- 1 Quod si in instrumento scriptum fuerit, aliquem fidejussisse: presumitur, quod sollemnis stipulatio intervenerit.
- 2 Sollemnis stipulatio semper presumitur.
- 3 Stipulatio hostis etiam per epistolam contrahi potest.
- 4 Fidejussio quibus modis tollatur.

Quemadmodum de principali stipulatione dictum est: quod si in instrumento scriptum fuerit, aliquem, promississe, perinde habeatur, ac si in interrogatione præcedenter responsam sit §. si scriptum 16. sup. de inutilibus stipulationib. ita quoque hic de fidejussoria stipulatione affirmatur: quod si scriptum reperitur, aliquem fidejussisse: presumatur, quod sollemnis stipulatio intervenerit: hoc est, interrogatio præcesserit, & responsio conveniens subsequuta fuerit: adeo ut si ipse fidejussor, postea à creditore conventus, neget fidejussionem solemniter factam: quia dicat fortassis, stipulationem minus rectè celebratam, vel quia ipse abfuerit, vel propter diveritatem responsionis, &c. non huic fidejussoris assertioni, sed potius ejus scripturæ fides adhibeatur, l. sciendum 30. ff. de verbor. obligationib. Ratio illius hæc reddi solet: quia

solennitas intrinseca (qualis est stipulatio in fideiussione) semper praesumitur, argum. l. Titia. 134. §. ult. ff. de titul. l. 1. Cod. de usuris l. 1. Cod. de contrah. §. committ. stipular. Mynsinger hic n. 5. & 6. Bartol. Angel. & Dd. in d. l. sciendum 30. ff. de verbor. obligationib. cum ex ipsa natura actus sumatur, per notata Menochii lib. 1. de praesumptionib. quest. 18. n. 9. & lib. 2. praesumptione 23. n. 3. & lib. 5. praesumptione 14. n. 22. eumque laudantis Heringii in tractat. de fideiussorib. cap. 11. n. 113. Vide Bachovium in not. ad Treutler. vol. 2. disp. 28. th. 1. lit. B. vers. stipulatio porro p. 855. & Hunnium ibidem in resolut. quest. 6. pag. 178. & seq. itemque Dn. Collegam Befoldum vol. 2. consil. 72. n. 17. & seq. fol. 303. & seq. Et si porro iure stricto Romano stipulatio & praesentia utriusque contrahentis in fideiussionibus praecise requiratur: hodie tamen communi quodammodo Germaniae practica & stylo receptum est, ut non minus valeant stipulationes per epistolam contractae, quam si legitime iure, hoc est, praecedente interrogatione & subsequente responsione, inrer praesentes celebratae essent, stipulationis solennibus usu quasi defunctis, ut loquitur Hieronymus Treutler d. vol. 2. disput. 28. th. 4. lit. A. Idque pluribus persequitur Heringius d. cap. 11. n. 76. & subsequentib. Ceterum illud hoc loco breviter admonendum & subiiciendum est: quod quibuscunque modis principalis obligatio tollitur, iisdem & fideiussio finiatur, l. in omnibus 43. ff. de solutionibus, puta solutione, l. Granus Antoninus 71. in princ. ff. hoc tit. novatione, l. novatione 4. C. hoc tit. l. ubicunque 60. ff. eod. successione seu actionis confusione, l. generaliter 5. in princ. l. cum reus 14. l. heres 21. §. ult. l. Lucius Titius 24. d. l. Granus 71. in princ. vers. tamen ubi successerit. ff. hoc tit. l. fideiussoris 24. C. eod. pacto de non petendo l. si stipulatus 15. §. fin. ff. hoc tit. & multis aliis modis, de quibus, post alios, accuratissime & latissime differant Valentinus Francus in tract. de fideiussorib. cap. ult. & Heringius eod. tract. de fideiussorib. cap. 20. per totum.

- 12 An post biennium exceptio non numerata pecunia obijci possit, si paratus sit reus probare pecuniam sibi non esse numeratam.
- 13 Consideratio l. si intra 8. in fin. C. de non num. pecun.
- 14 Omne qui dicit, nihil excludit.
- 15 Consideratio l. in contradicibus. 14. in princ. & §. in fin. C. de non num. pecun.
- 16 Ultra biennii metas exceptio non numerata pecunia minime extendenda.
- 17 Satisfacere creditori quid sit.
- 18 Minoribus hoc privilegium est tributum, ut adversus ipsos praescriptio isthac biennialis non incipiat.
- 19 Impossibile est probatio factum negantis.
- 20 Obligatio quibus modis contrahatur.
- 21 Ut se habet obligatio civilis respectu exceptionis pacti de non petendo, intra legitima tempora non opposita: ita se habet respectu exceptionis non numerata pecunia.
- 22 Illicite atque inique exactiones non admittenda.
- 23 Quatenus exceptio doli sit perpetua.
- 24 Condictio quaevis regulariter perpetua.
- 25 Una via prohibita, alia non est concedenda.
- 26 Biennium qui debitori tribuat.
- 27 Tempus quatenus non sit modus inducenda vel tollenda obligationis.
- 28 Consideratio §. item verborum. 21. supr. de inutilib. stipulac.
- 29 Intellectus l. qui pecuniam. 30. ff. de reb. cred. si cert. pet.
- 30 Veritas & communis opinio aequiparantur.
- 31 Contra quam scripturam exceptio non numerata pecunia opponi queat.
- 32 An, si debitor in chirographo confiteatur, se ante annum certam pecuniam quantitatem mutuo accepisse, exceptionem istam nihilominus intra biennium opponere possit.
- 33 Mens & sententia l. adversus. §. vers. cum autem. & l. generaliter 13. in princ. Cod. de non num. pecun.
- 34 Utrum exceptio non numerata pecunia eodem modo concedatur ei, qui testibus praesentibus confessus est, si accepisse pecuniam, quo se chirographo obligavit & consenti concedatur.
- 35 Sine scriptura literarum obligatio exoriri nequit.
- 36 Intellectus §. idem juris. 2. inf. de exceptionib. & l. cum ultra 9. Cod. de non num. pecun.
- 37 Prioris leges ad posteriores trahuntur, & posteriores ad priores.
- 38 Si lege municipali caveatur, certas duntaxat exceptiones contra instrumentum opponi debere, an adhuc exceptio non numerata pecunia valeat.
- 39 Interpretatio ista non recipienda, quod quispiam iniuste cepit, aut lex iniquitatis arguatur.
- 40 Exceptio non numerata pecunia statuto tolli potest.
- 41 Exceptio hac etiam inter mercatores locum habet.
- 42 Exceptio illa quatenus debitoris hereditas detur.
- 43 A quo die tempus reliquum, quo desinit ad exceptionem se perverat, brevi cedat.
- 44 Sententia l. ea, qua. §. §. ult. C. de temporib. in integr. restituitur, &c.
- 45 Equum minor 25. annis, qui successit debitori in id tempus quod restabat eo tempore finito, adhuc exceptionem non numerata pecunia cui valeat.
- 46 Melius est, iura minorum intacta servari, quam post causam ratam remedium quaerere.
- 47 Num creditor habens chirographum, an verò debitor exceptionem non numerata pecunia opponens, docere debeat, si esse intra biennium.
- 48 Exceptiones peremptoriae regulariter usque ad sententiam opponi possunt.
- 49 Exceptioni non numerata pecunia: an & quatenus debitor renunciare queat.
- 50 Renunciatio; iurjurando confirmata, valet.
- 51 Cessat exceptio illa, si debitor figem cautionis quocunque modo agnoverit.
- 52 Si ille, qui chirographo decem se accepisse fuerit confessus, postea simpliciter quinque solvat, an cautionis fidem plene approbasse censetur.
- 53 Num exceptio non numerata pecunia his ultimis voluntatibus locum habeat.
- 54 Confessio geminata huius exceptionis privilegium excludit.
- 55 Cessat item hac exceptio in tutore, qui confessus est, a pupillo suo se mutuo accepisse.
- 56 Exceptio ista etiam creditori tribuitur, quam contra apocram intra triginta dies, opponere potest.
- 57 Ubi majus periculum, ibi cautius agendum.
- 58 Favorabiliores sunt leges ad liberandum, quam ad obligandum.
- 59 Quatenus exceptio isthac intra triginta dies creditori competat.
- 60 Si quis recepta quantitate, creditori suo integram debitam solvit: sed quietationem vel amissionem, vel si habere ignoravit, an reperta quietatione solutum repetere possit.
- 61 Solutum per sententiam repetitur condictione sine causa, quando causa, ex qua facta fuit sententia, reducta ad non causam.
- 62 Reperta quietantia, si alia defuncti remedia, datur debitori alio de dolo.
- 63 Falsa in dolo sine successore.

DE LITERARUM OBLIGATIONIBUS.

TITULUS XII.

Olim scripturam fiebat obligatio, quae nominibus fieri dicebatur, quae nomina hodie non sunt in usu. Planè si quis debere se scripserit, quod sibi numeratum non est: de pecunia minime numerata, post multum temporis, exceptionem opponere non potest. Hoc enim saepissime constitutum est. Sic fit, ut & hodie, dum queri non potest, scriptura obligetur: & ex ea nascatur condictio, cessante scilicet verborum obligatione. Multum autem tempus in hac exceptione, antea quidem ex Principalibus constitutionibus usque ad quinquennium procedebat. Sed ne creditores diutius possint suis pecuniis forsitan defraudari: per constitutionem nostram tempus coarctatum est, ut ultra biennii metas huiusmodi exceptio minime extendatur.

SUMMARI A.

- 1 Continuatio tituli.
- 2 Duplex literarum est obligatio, una & nova.
- 3 Velus literarum obligatio quomodo fiebat.
- 4 Veterum nominum in locum chirographa successerunt.
- 5 Nova literarum obligatio quando contrahi iussit.
- 6 Exceptio non numerata pecunia non solum ad id opponi potest, sed & eundem annectere, atque in modum querela proponi potest.
- 7 Ex quibus causis isthac exceptio competat.
- 8 Cur eadem exceptio in causa tantum mutui & doli locum habeat: quando item non admittitur.
- 9 Intra quod tempus hac exceptio opponitur.
- 10 Si intra biennium debitor hanc exceptionem non obiecit, postea non auditur, sed tanquam verus debitor condemnabitur.
- 11 Exceptio est ultionis exclusio.

Expedita obligatione, quæ re, item quæ verbis contrahitur: recte divisionis suprà in §. fin. tit. de obligation. ponitur species, videlicet literarum obligatio, subnectitur.

Et quidem initio hujus tituli Justinianus Imper. obligationis nominum meminit; adeoque duplicem literarum obligationem esse, veterem nimirum & novam, ostendit. Unde & titulus, de literarum obligationibus: & non, de literarum obligatione, conceptus est. Ad veterem literarum obligationem quod attinet: de eâ breviter sciendum: eam non minus civilem, quam stipulationem fuisse. Ut enim stipulatio solennibus verbis; ita hæc literarum obligatio solenni scripturâ fi-bat. Et ut stipulatio firmandorum aliorum negotiorum causâ comparata fuit: ita & literarum obligatio priori causæ aut negotio confirmando adhiberi solebat. Idque duobus fiebat modis: vel ita, ut (verbi gratiâ) mutuam or ditorum pecuniam cum accipiente ad argentarium, qui in foro mensam habebat: (unde etiam mensularius vocabatur) adiret, ab eoque in rationes suas ac tabulas referri p-teret, tot vel tot illi ab illo esse credita & annumerata. Quo facto dicebatur obligatio fieri nominibus per mensæ scripturam, l. qui tabulas 27. §. inde potest ubi Goth. fred. ff. de furtis. l. quedam 9. §. nummularios 2.

ff. de edendo Cujac. lib. 2. observation. c. 4. Vel ita, ut debitor ipse in rationes, calendaria, seu tabulas domesticas ac privatas sese inscriberet, easque obfignaret. Quare literis atque obfignatis tabulis ita inscriptus debitor, præsertim si ipse sua se manu, in suo aut creditoris calendario, ut debitorum inscripseret, obligatus etiam citra numerationem esse credebatur. Atque isthæc veterum tabularum & nominum ratio in deluetudinem abiit, momente hic Justiniano: & eorum loco chirographa successerunt, ut liquet ex l. plures 19. C. de fide instrumentorum, &c. Eamque rem explicatius persequuntur Hotoman. Giphanius, Valsenius, Rittershusius, Heigius, Anton, Pi hardus, & alii ad hunc tit. & Velsenec. in sua Iagoge in lib. 3. Institut. n. 19. & seqq. itemque noviter Frantzhus exercitat. jurid. 10. qu. 9. p. 319 & seqq. Cæterum nova literarum obligatio contrahi intelligitur, cum debitor spe futuræ numerationis dat creditori chirographum, in quo conficitur, se certam pecuniæ summam ab eo mutuo accepisse, quæ tamen postea numerata non sit, hoc tit. nostro. vers. planè si quis, &c. ibique Schneidew. n. 2. Mynfinger. n. 4. & ceteri in serpp. communiter Dur. ad l. C. de non num. pecun. in princ. Donell. lib. 14. Commentar. de jur. civ. c. 37. latissimè Ant. Mervenda lib. 1. contrav. jur. c. 47. p. 65. & seqq. itemque Tizianus Faber de p. univers. 23. ad Inst. Imperial. lib. 11. Hæcque literarum obligatio, si communis juris civilis ratio spectetur, omnino quidem obligat & contrahit: verum legibus comparatum est, ut pecuniam non numeratam al-legans, l. exegit, seu non numeratæ pecuniæ exceptionem habeat, argum. hujus tit. l. in contractibus 14. & tot. tit. C. de non num. pecun. Quia exceptione quis, ob pecuniam instrumentum quidem comprehensam, & quali acceptam, nondum tamen numeratam, adversus creditorem se tue-tur: ut si Titius scripserit, se centum a Sempronio mutuo accepisse, eâ opinione, ut brevi acciperet: si eam postea pecuniam non acceperit, & a Sempronio conveniatur, tanquam accepisset, tueri se hac exceptione pecuniæ non numeratæ poterit. Quin & chirographum condicere poterit ultro, id est, antequam conveniatur a Sempronio. Est quippe hoc singulare in hac exceptione, ut ea non solum actori opponatur: sed & antevertat actorem, atque in modum querelæ proponatur, l. si quasi 7. ibique Gothofred. Cod. de non numerat. pecun. Bald. Subiet. & reliqui ad d. l. si ex causione 3. C. de tit. Eguinaris Baro & Giphani. ad d. vers. planè si quis hoc tit. & ibidem Mynfinger. n. 12. & seq. Felini. in c. si curio. 14. nu. 60. cum seq. ext. de fide instrum. Velsenec. in d. Iagoge in lib. 3. Instit. n. 24. & seq. Jo-han. Kieze mi in exegit de obligat. mutu. c. 18. n. 1. & seq. Illud obiter adhuc monendum & addendum: quod Baro Imp. Justinian. in §. fin. suprà. de obligationib. & in d. expresse, arguit nonnullis rationibus ostendere annuunt: obligationem ex literis non esse veram: cum tamen potius in memoriam tibi revocare deberet, quod ipse ad §. quoniam 12. suprà. de inst. lib. stipulat. p. 778. Harpprecht ad Institut. Tom. III.

circa finem, hæc formalibus verbis, Hotomanum suo more mordens, scripserit: Quid tandem certum erit in jure nostro, si cuius Interpreti ex cerebro suo licet mutare & refigere textus. Privigo hæc est novatorum, corrumpenda Jurisprudencie; quam angue & cane pejor odisse debemus. Hucque referenda sunt annotata infra n. 20. Vide quoque eâ de re Dn. Locamerum fasciculo 38. quæstion. juris licet. qu. 1.

Competit autem isthæc exceptio solummodo ex causa 7. mutui & dotis, l. adversus 5. ibique Gothofred. & l. pen. ibi, vel dotis, vel alterius (id est, mutui) causæ nomine C. de non numer. pecun. Gloss. & Schneidewin n. 15. Mascard. de probat. conclus. 695. n. 29. alique plerique ad hunc tit. Nam si ex alia causa, puta, de positi, empti transactionis, &c. quis scriberet, & conficeretur, se debere centum, talis confessio statim præjudicaret, & contra scribentem probaret, l. Publica 26 §. fin. ff. deposit. l. si transactionis t. i. & l. generaliter 13. Cod. de non num. pecun. ubi Justinus Imp. hanc elegantem rationem subjungit: Nimis enim (inquit) indignum esse judicamus, quod sua quisque voce dilucide protestatus est, id in eundem casum injungere. testimonioque proprio resistere. Ratio porro, cur in istis duobus tantum casibus, mutui scilicet & dotis, hæc exceptio locum obtineat, præcipua illa videtur: quia homines facilius inclinant ad confitendum effrenatè in his contractibus, quam in ullis aliis, propter affectiones quas habent ad consequendas pecunias & uxores. Debitor etenim indigens pecuniâ, facile, imò vel decies confessorem conficeret, si modò spes consequendæ pecuniæ, affligeret: & sponsus facillimè scriberet, & proficeretur, se dotem accepisse, dummodo sponsâ potiretur, Schneid. d. n. 15. in fine. Quamvis non desint, qui & in aliis contractibus huic literarum obligationi & exceptioni locum esse opinantur, Emanuel Costa in d. l. si ex causione 3. Cod. de non num. pecun. Petrus Heigius hic n. 19. & seqq. D. Rocy. n. 33. pag. 346. Anton. Affelm. de contractib. disp. 13. th. 4. pag. 336. Knipschuld exercitat. Junij. 7. quæst. 15. pag. 270. alique ad huc relati. Sanè illum, qui in extremis laborans, sive mortis in articulo constitutus facitur, se vel dotem recepisse, vel aliquam pecuniæ summam suscepisse mutuo, non possit excipere de non numeratæ dote vel pecuniâ, post Menochium de præsumpt. lib. 3. præsumpt. 12. n. 49. Rolandum à Valle consil. 37. n. 4. lib. 3. & alios. haud sine ratione tradit Polydorus Ripa in Commentar. de Actis in mortis articulo. cap. 5. & 6. Et si verò hæc exceptio olim intra quinquennium opponebatur, ut apparet ex fragmentis C. Hermigen. tit. de causâ & non numer. pecun. hodie tamen ex Justiniani sanctione intra biennium opponenda est, hoc tit. nostro. in fine. l. in contractibus 14. Cod. de non numer. pecun. §. idem juris 2. infra. de exceptionib. & hoc specialis privilegium habet, ut, si intra biennii metam a debitore objiciatur: probandi necessitas creditori tenore literarum tibi deberi, incumbat, d. l. si ex causione 3. l. adseveratio 10. Cod. de non num. pecun. Præsumit enim Legislator contra chirographum pecuniam non esse numeratam, utcumque id chirographum testetur, partim propter odium sceneratorum, qui plerumque singraphas, antequam numerent, exigunt: partim propter facilitatem ipsorum debitorum, qui facile (ut paulo ante dictum) quamlibet confessionem exhibent: modò spes sit, aliquando pecuniam numeratam ita Mynfinger. ad vers. planè si quis hoc tit. n. 6. Schegg. in debeat. jur. disp. 17. thes. ult. ad lit. A. Quam numerationem si creditor probaverit: reus vel debitor convictus, qui propriam sumenturam abnegavit, vel numerationem inficiatus est, in duplum condemnatur, auct. contra. Cod. de non num. pecun. Novell. 18. cap. 8. Quod si tempus illud debitor neglexerit, postea non audietur, sed tanquam verus debitor condemnabitur, & ad solutionem tenebitur, d. l. in contractibus 24. in princ. Cod. de tit. d. vers. planè. hoc tit. Quia n. n. est verisimile: tam supinum, tamque negligentem fuisse debitorem, ut intra totius biennii spacium pecuniam non exgeret, aut cautionem datam non reposceret, ut tradit Mynfingerus hic d. n. 6. & Schneidewinus n. 18.

Nec moverit qui quam, si objiciatur, illud iniquum esse, si forte is, qui chirographum accepit, intra biennium

non agat, sed malitiosè differat actionem, donec tempus exceptioni præfinitum elabatur: ad agendum autem cogi non possit *tot. tit. C. ut nemo inuitus agere vel accus. cogatur.*

II Atqui ubi non est actio, ibi neque exceptioni locus est: cum exceptio nihil aliud sit, quam actionis exclusio, l. 2. in princ. ff. de exception. Hoc, inquam, nihil mouerit: quandoquidem hoc casu si alter non agat, potest is, qui chirographum dedit, scripto denunciare ei, qui accepit, & testari, nihil sibi numeratum esse: vel si is absit, potest coram iudice querelam non numeratæ pecuniæ interponere, & syngrapham suam per conditionem repetere, d. l. si quasi 7. & d. l. in contrahibus 14. §. in omni 4. Cod. de non num. pecun. Iulian. Cod. de condit. ex lege. Sc. Rittershus. hic pag. 462.

III At gravis hoc loco, & intricata occurrit questio: An post biennium exceptio non numeratæ pecuniæ obijci possit, si paratus sit reus liquidò probare, pecuniam sibi numeratam non esse? Plerique id affirmant, Accursus & Paul. de Castro in d. l. in contrahibus 14. Cod. de non num. pecun. Bartol. Angel. & Salicet. in d. l. si ex cautione 3. C. eod. Angel. Aretin. in d. §. idem iuris in ff. de exception. n. 4. Alexand. consil. 168. col. penult. lib. 1. Jofon ad l. 3. §. ult. m. 8. & ad l. manifestata 38. n. 6. ff. de iurejur. Decius ad l. iure natura 206. n. 5. ff. de reg. jur. Gomez. tom. 2. var. resol. jur. c. 6. n. 7. & ibi Soares. in addit. lit. l. Martin. Schickhard. disp. 13. ad Instit. th. 7. sub lit. b. & resol. qu. 1. Ant. Faber in C. Fabr. de non numer. pecun. definit. 1. n. 5. & 6. Ilico Unnius disp. de process. judic. 8. conclus. 5. n. 35. pag. 339. cum seq. Pacius in Epitom. jur. disp. 13. th. 30. Henonius disp. 15. controvers. 15. Bronchorst. cent. 1. exort. 10. Pavov. assert. 68. edit. 1. Job. Franc. Ozerius, Henricus de Pyrho, Balduinus, Vultejus m. 7. Thadens Pijo n. 5. & Schneidew. n. 11. hoc tit. Ungewap. exerc. Justin. II. qu. 2. p. 430. cum seq. edit. ult. Laurent. Kirchoy. commun. opinion. cent. 6. conclus. 16. & alii, ab his commemorati, qui communem hanc opinionem pronunciant: non pauci verò negant Alberic. de Rosat. & Curt. jom. in l. 2. §. appellata. n. 7. ff. de reb. credit. si cert. pet. Odofredus, Azo, Richardus, Oldradus, Butrigarius, Placentinus, eosque referens Emanuel à Costa in d. l. si ex cautione 3. C. de non num. pecun. limitat. ult. Vasquez de success. creat. lib. 1. §. 9. n. 22. Jo. Faber, Anton. Matthæus & Heigius hic n. 34. & seqq. Duaren. ad tit. Cod. de non num. pecun. c. 4. Matth. Stephan. cent. 3. qu. 58. Donellus ad l. si intra 8. C. eod. & latius lib. 14. Comment. de jur. civ. c. 38. & ibi Hilliger. in suis not. ad lit. A. Coler. de process. execut. part. 1. c. 10. n. 216. & seqq. Duennas in reg. 261. ampl. 1. & l. 2. vers. sed licet, Zanger. in tract. de exceptionib. part. 3. cap. 14. n. 66. Pachinæ lib. 2. controversiarum jur. cap. 81. Hom. lib. 3. variar. resolut. jur. civ. tract. 6. qu. 2. Arumens exercit. Just. 12. th. 12. Tineius Faber d. disp. 23. ad Instit. Imperial. th. 13. Kitzler d. exeg. de obligat. m. cap. 8. nu. 37. & seqq. D. Bocet. hic n. 22. cum seqq. pag. 343. Frantzkius exerc. jur. 10. quæst. 10. pag. 324. cum seqq. Riemer. decad. 10. quæst. illustr. 8. Henricus Nebelkre. decisum lib. 1. decis. 22. alique nonnulli. Aque horum sententia, cui ceu veriori & ego meum lubens adjicio calculum, sequentibus innuitur argumentis. I. Divus Imp. Alexander in d. l. si intra 8. in fine. Cod. de non num. pecun. disertè refert: debitorem post legitimum tempus, id est, post biennium effluxum, omnimodo compelli debitum solvere. Si igitur debitor omnimodo post biennium solvere debitum compellitur: consequens est, eum nullo modo solutionem evitare posse, siue paratus sit probare, pecuniam non esse numeratam, siue non sit paratus. Nam qui omnem modum dicit, nullum modum excipit, arg. l. omnia 7. ubi

II Decius ff. de reb. credit. si cert. pet. II. Divus Imp. Justinianus in d. l. in contrahibus 14. in princ. Cod. de non num. pecun. aperte sancit: exceptionem siue querelam non numeratæ pecuniæ, post biennium, nullo modo esse introducendam vel admittendam. Ergo ne tunc quidem eadem exceptio admittenda est, si debitor vult probationis onus in se recipere, & docere, pecuniam sibi numeratam non esse. III. In eadem, l. in contrahibus 14. §. si per actum 2. in fine scribitur: post præfinitum tempus, intra quod exceptio non numeratæ pecuniæ compete-

bat, adeo non licere eam opponere, ut nec liceat dicere pecuniam non esse numeratam. Ex quo evidentissime perspicitur: debitorem plane non esse audiendam, quan-

tumvis probationem offerat. Quia prius est, ut dicat, pecuniam sibi non numeratam esse, quam ut probet, non esse numeratam, l. 2. ff. de probationib. Quare si ei non licet dicere, non esse numeratam pecuniam: non etiam licebit probare, non numeratam esse. IV. Idem Imp. Justinianus in fine hujus tituli nostri, perspicue cavet: ut ultra biennii metas hujusmodi exceptio minimè extendatur. Atqui ve-
16
rò extenderetur ultra biennii metas, si hac conditione admitteretur, ut ipse reus in se onus probandi recipere posset. Quin & si post biennium elapsum admitteretur hæc exceptio: eveniret, ut creditores diutius pecuniis suis defraudarentur: adeoque Justiniani constitutio elusoria redderetur: ob quam tamen rationem ipse Imperator tempus exceptionis hujus coarctandum & constringendum putavit: ut ex fine hujus tituli relucet. V. Quisquis obligatus est secundum formam juris certi, non aliter facto suo liberatur, quam si solvat, aut satisfaciat creditori iis modis, qui recensentur infra tit. quib. mod. tollit. obligat. l. si rem alienam 9. §. omnia 3. ff. de pignorat. act. At dicere, pecuniam non esse numeratam, & id probare: non est solvere creditori; sed maximè solutionem negare: multò minus est satisfacere. Nam satisfacere creditori est, eum volentem,
17
pro eo, quod à nobis petit, contentum siue securum reddere, l. 1. ff. qui satisd. cogant. Quapropter debitor, literis obligatus, ista probationis oblatione liberari non potest. VI. Frustrà esset minoribus hoc privilegium concessum,
18
ut ne adversus eos præscriptio isthæc biennialis incipiat: si ea neque adversus alios quosvis debitores currat, l. fin. C. in quib. caus. in integr. restitutio necessaria non est. VII. Huc facit, quod post biennium reus ad debitum, quod confessus est, exsolvendum obligatus dicitur, hoc tit. nostro: adeoque ex eo tempore necessitas solvendi ei imponitur, initio tit. supr. de obligationib. Atqui nullà adstringeretur solvendi necessitate, si aliquo modo, nempe per contrariam probationem, evitare solutionem posset. VIII. Accedit hæc ratio, quod in proposito nulla per rerum naturam probatio videatur esse posse negantis factum, atq; adeo ista probatio impossibilis censetur, l. actor. 23. Cod. de probationib. Idque in specie de hac exceptione non
19
numeratæ pecuniæ affirmant Imp. Diocletian. & Maxim. in l. ad severatio 10. C. de non num. pecun. Et si enim mille testes dixerint, se non vidisse, pecuniam debitori numerari: fieri tamen potest, ut numerata sit, & illi non viderint. Et quamvis creditor etiam instrumentum proferatur, in quo is fatetur, se non numerasse pecuniam: fieri tamen potest, ut postea numeraverit. Cum igitur ille, qui paratus est probare, pecuniam sibi numeratam non esse, ad impossibile se offerat: merito audiri minimè debet. IX. Si admittitur probatio post biennium: sequitur, nec
20
scripturam ad obligationem quicquam facere, nec obligationem literarum esse à cæteris distinctam. At posterius est falsum, & contra expressam sententiam Justiniani, in §. fin. supr. tit. de obligationib. ubi dicitur, obligationem vel re, vel verbis, vel literis, vel consensu contrahi. Ergo & prius. Ratio consequentiæ est: quia alias præsumeretur, solum debitorem ex mutuo esse obligatum: quam præsumptionem literæ debitoris causarentur: sique scriptura hoc in casu duntaxat fidem aliquam faceret, uti aliàs regulariter, l. Publica Mevia 26. §. Titius 2. ff. de positi. l. contrahitur 4. ff. de pignorib. l. 3. ff. de fide instrum. quæ contraria probatione iterum refutati posset, d. l. Publica 26. in fin. ff. de positi. & obligatio omnis ex mutuo ficto esset: atque ita frustra Justinianus literarum obligationem ab ea, quæ ex mutuo descendit, sejunxisset. Nunc dum hoc non nisi absurdè dicit potest: nihil quod
21
que ad hanc obligationem refert, utrum pecunia numerata sit, nec ne: & quod consequens est, frustra debitor suscipiet probationem, pecuniam numeratam non fuisse: cum etiam sine numeratione literis illis post biennium obligetur. Harman. Pistor lib. 4. q. 12. n. 13. pag. 430. Duaren. ad tit. C. de non num. pecun. d. c. 4. eosque referens Frantzkius. d. exercit. 10. q. 10. n. 11. pag. 326. X. Quomodo dum se habet obligatio civilis, respectu exceptionis pacti de non petendo, intra legitima tempora non opposita: ita se quoque habet respectu exceptionis non numeratæ pecuniæ. At priori casu si ante sententiam non opponitur

tur exceptio, ita confirmatur civilis obligatio, ut propter auctoritatem rei iudicatæ probatio nulla admittatur, arg. l. singulis 6 ff. de except. rei iudicat. l. ingenium 25 ff. de stat. hom. l. servo 65 §. cum prator 2 ff. ad Senat. Treb. sed sententia omnino executioni mandetur, l. sub specie 4. C. de re judic. l. Imperatores 35. ubi Zas. & Duaren. ff. eod. l. admonendi 31 ff. de iurejur. Mynsing. cent. 4. obs. 60. n. 2. Ergo & casu posteriori. Ratio consequentiæ evidens est: quia hoc respectu comparantur, arg. §. 2. 3. & 5. infr. de exceptionib. Ut enim priori casu civilis obligatio, quæ jure summo manet incolumis, d. §. 3. interpretatione juris ex æquitate quadam civili per sententiam confirmatur, & ad exigendum id, quod iudicatum est, efficax redditur, d. §. 5. ita hæc nostra obligatio eodem modo antè biennium summo jure tantum ad agendum habilis, per exceptionem facillime eliditur: lapsu verò biennii (idque propter consensum scribentis, qui ex negligentia non querentis colligitur) efficaciter confirmatur, Frantzk. d. exerc. 10. q. 10. n. 14. & seq. Atque hanc decisionem jure quoque canonico (cùm dissensio nulla sit expressa) obtinere, complures tradiderunt; Specul. in t. de restitut. in integr. §. 1. nu. 25. Archidiacon. in can. si quis episcoporum 2. caus. 3. q. 6. Bald. n. 22. & Jason n. 28. in l. cum quis 10. C. de jur. & facti ignorant. Petrus Duen. d. reg. 261. n. 12. Hippolyt. Riminald. consil. 272. n. 20. lib. 3. eosque citans Fachinus d. lib. 2. contror. jur. cap. 82. Quibus quoque suffragantur Heigius hic n. 40. Kitzel. d. exegesi de oblig. mutui. c. 8. n. 26. Hilliger. in Donell. enucl. d. lib. 14. c. 38. lit. A. Knipschilde. d. exercit. 7. quæst. 17. pag. 272. & Matthias Stephani d. cent. 3. q. 59.

22 Cui non obstat, quod illicitæ & iniquæ exactiones sive petitiones non sint admittendæ, l. illicitas 6. in princip. ff. de offic. præs. Hæc autem sit illicita & iniqua exactio, qua creditor pecuniam non numeratam exigit, tanquam numeratam. Facit enim iniquum lucrum, cùm recipit, quod non dedit, d. l. illicitas 6. l. cum hi §. si quis 22. vers. sanè. ff. de transact. & creditor debitorem sibi non obligat ultra id, quàm ei numeravit, l. rogasti. 11. §. 1. ff. de reb. credit. si cor. per. Nam respondetur: illicitam & iniquam exactionem esse, exigere pecuniam, quam constat non esse numeratam. At ubi dubium est, an sit numerata, de quo hic agitur: nihil est æquius, quam creditor, chirographum debitoris proferenti, fidem haberi: nihil, inquam, est æquius, quàm debitorem confessioni suæ, literis testatæ, stare: quippe cùm eam silentio integri biennii confirmavit: & non verisimile sit, illum tamdiu passum esse, chirographum suum esse apud creditorem, nisi pecunia ei numerata fuisset. Adhuc beneficium querelæ intra legitimum tempus debitori tributum erat hac conditione: ut nisi intra id tempus querelam istam deferret, biennio finito omnino excluderetur, d. l. si intra 8. in fin. & d. l. in contractib. 14. C. de non num. pecun. Sibi metipsum ergo imputet, quod beneficio legis, intra tempus à jure præfixit, usus non fuerit. Quicunque enim beneficio legis, certâ conditione sibi tributo, secundum voluntatem legis non utitur: de se tantum, & non de jure, aut de adversario queri debet, quod compendia & commoda sua amiserit, arg. §. sed nostra 6. supr. de hered. qual. & different. l. ult. §. fin. autem hoc 14. vers. & sibi imputet, & C. de jure debitorum. Donell. d. lib. 14. Comment. de jur. civ. cap. 38. pag. 362. n. 40. & seq.

23 Non refragatur etiam, quod exceptio doli sit perpetua; l. paræ. §. §. fin. ff. de doli mali, & met. except. Exceptioni verò non numeratæ pecuniæ, exceptio doli conjuncta sit, unaque in alterius locum succedat, l. si ex cautione 3. C. de non num. pecun. Proindeque utraque, & doli, & non numeratæ pecuniæ exceptio, sit perpetua. Ad majorem namque respondetur, dictam l. paræ §. §. fin. ff. de doli mali, & met. except. de tali doli exceptione accipiendam esse, quæ per exceptionem, quæ per se non subsistit, sed conditionem principalis exceptionis, cui connexa est, sequitur, arg. l. chirographum 178. ff. de reg. jur. veluti in nostro casu minus principalis, exceptio non numeratæ pecuniæ: ambe pariter biennio circumferibuntur & extinguuntur, d. l. si intra 8. in fin. C. de non num. pecun. Donell. d. cap.

38. pag. 363. nu. 10. cum seqq. Kitzel. d. exeg. de oblig. mutui. c. 8. n. 47. & seq. Idque fufius enodat Henr. Nebelkra. d. decis. 22. pag. 263. & seq.

Similiter nihil decerpit nostræ decisioni, l. quasi. 7. C. de non num. pecun. ubi cùm conditio chirographi & cautionis debitori permittatur: conditio autem quævis, nisi exceptio doceatur, perpetua sit, l. 2. circa medium princip. ibi, neque sit in quocunque casu, & C. de constitut. pecun. & ad triginta annos extendatur, l. 3. C. de præscript. 30. vel 40. annor. inde colligi videtur, exceptionem quoque non numeratæ pecuniæ, cui prædicta conditio surrogata est, oneri probandi à debitore suscepto, perpetuam esse, ac post biennium opponi posse. Etenim respondetur: in hoc negotii genere quælibet remedia, sive in modum exceptionis, sive actionis proponantur, intra biennium concludi: adeo, ut post biennium omnis non numeratæ pecuniæ querela removeatur, reusque omnino solvere teneatur. Idque tum generalitas dictarum constitutionum, puta l. si intra 8. in contractib. 14. & similium. C. de non num. pecun. tum etiam capitula 39. & 84. cùm quid unâ viâ prohibetur alicui, ad id alia non debet admitti, de reg. jur. in 6. evidenter suadent: ut proinde d. l. 2. C. de constitut. pecun. & d. l. 3. C. de præscript. 30. vel 40. annor. ubi omnes personales actiones 30. annos durare censentur, cum hoc temperamento accipiendæ sint: nisi quædam exceptæ reperiantur: veluti pleræque actiones pœnales, in personam, anno circumferibuntur, l. in honorariis 35. in princip. ff. de obligation. & actionib. Kitzel. d. cap. 8. n. 45. & 46.

Præterea non adversatur, quod biennii lapsus non potest debitori adimere, nisi quod prius ex biennio habuit, l. non potest videri. 208. ff. de reg. jur. Atqui biennium tribuit solum debitori immunitatem probationis intra biennium, d. l. asseveratio. 10. C. de non num. pecun. sic, ut non ipse reus, sed adversarius, sive actor onus probandi sustinere debeat. Igitur & hanc solum probationis immunitatem, non etiam exceptionem non numeratæ pecuniæ, lapsus biennii reo adimit. Nam respondendum est: assumptionem hujus argumenti aperte esse falsam. Siquidem biennium debitori duo tribuit, exceptionem non numeratæ pecuniæ, & immunitatem probandi, d. l. 3. C. de non num. pecun. Quare argumentum hoc in sententiæ contrariæ suffragatores ita rectè retorquetur: Quicquid biennium debitori tribuit, id lapsus biennii totum adimit, d. l. si intra 8. & d. l. in contractibus 4. C. d. tit. At verò biennium debitori non tribuit tantum immunitatem probationis; sed etiam, & quidem in primis, exceptionem non numeratæ pecuniæ, d. l. 3. C. eod. Ergo lapsu biennii debitor utrumque habere definit: & consequenter solvere omnimodo compellitur: quantumvis pecuniam sibi non esse numeratam, demonstrare sit paratus, d. l. in contractib. 14. in princip. & §. 2. C. d. tit. Humius d. lib. 3. var. resol. tract. 6. q. 2. vers. non etiam refragatur. & C. pag. 1063.

Nihil insuper obstat l. obligationum 44. §. 1. vers. placet ff. de oblig. & act. ubi dicitur, quod tempus non sit modus induendæ vel tollendæ obligationis: & per consequens lapsus biennii obligationem non inducat. Regula namq; ista procedit, nisi tempus legis dispositione (ut in proposita quaestione) munitum sit: exemplo usucapionis: quæ quidè in tempore fundata est, sed ita volente & jubente juris auctoritate. Wesenb. in Parat. l. ff. de oblig. & act. nu. 9. Arumaus d. Exerc. Just. 12. in fin. Nebelkra. d. decis. 22. pag. 266.

Hoc amplius nihil ad rem pertinet §. item verbor. 12. supr. de iur. stipul. ubi scripturæ sive instrumento stipulationis credendum esse traditur; nisi adversarius possit ostendere, se toto eo die, quo conficiebatur instrumentum in aliis locis fuisse. Ergo & idem in nostro themate dicendum videtur. Quia respondetur: diversam esse utrobique causam. Instrumentum siquidem, de quo ibi agitur, non confectum est à promissore. At in nostra specie chirographum sive instrumentum confessionis ab ipso debitorè, vel certe voluntate ipsius ab alio, est confectum. Instrumentum præterea illud quia alienum est, infringi nequit, nisi fuerit oppositum: ac literarum obligatio sive chirographum per conditionem repeti potest, etiam si petitor ex illa obligatione à creditore nondum instituta fuerit, d. l. si quasi. 7. C. de non num. pecun. Arum. loco modo indicat.

- 29 Denique non turbat nostram sententiam, quod Paulus in l. qui pecuniam 30. ff. de reb. cred. si cert. pet. ait: eum, qui pecuniam creditam accepturus, spondit creditori futuro, in potestate habere, ne accipiendo se ei obstringat. Unde inferri posse videtur: quod si debitor pecuniam non acceperit, non sit obstrictus illo tempore: & consequenter omni tempore, & sic etiam post biennium excipere possit, se pecuniam non accepisse. Respondetur enim: in ista lege nullius scriptoræ, seu cautionis creditori oblata, sed nudæ duntaxat sponsonis mentionem fieri: ex quâ, cum literarum obligatio, citra scripturam non emergat: debitori quovis tempore liberum est, non accipiendo pecuniam, creditori futuro sese non adstringere: quod cum hac non numeratæ pecuniæ exceptione nihil commune habet: ut rectè tradidit Kitzelius d. exeg. de oblig. mutui. cap. 8. n. 50. & Fachinæus d. lib. 2. controvers. jur. cap. 81. in fin. Et de intellectus illius legis agitur quoque ad §. idem juris 2. infr. de exceptionib. Aliis quibusdam argumentis contrariis, nuperrimè satisfecit Frantzkius d. exercitat. 10. q. 10. n. 22. §. segg. pag. 328. cum segg. Atque ita evictum est: non numeratæ pecuniæ exceptionem, post biennii lapsum cessare, utcumque debitor onus probandi in se recipere velit.
- 30 Verum enimverò si iudex, conscientie scrupulo commotus, contrariam sententiam, quæ communis perhibetur, in iudicando sequatur: eum haud peccare arbitror. Siquidem veritas & communis opinio æquiparantur, per notata Andree Gail. lib. 1. observ. 153. n. 5. Atqui omnes iudices veritatem sequi debere, constat ex l. nemo 23. in fine. C. de sentent. §. interloc. omni. iudic.
- 31 Porro non valne dubitatur: hanc æquæ iusticiæ seu non numeratæ pecuniæ exceptionem opponi posse contra quamlibet scripturam, quâ quis pecuniæ summam confitetur, vel publicam à Notario confectam, argum. l. si ex cautione 3. ubi Gloss. & Bartol. & l. ult. ibi tam in feneratoriis cautionibus, quam in aliis instrumentis. Cod. de non num. pecun. l. ult. C. de dote causa, non numeratâ, junctâ l. Imperatores 29. in fine principii. ff. de probationib. §. l. 1. Cod. de iurejur. propt. eatum dand. Schneidew. hie n. 13. vel privatam manu debitoris scriptam, l. 1. 2. 3. §. passim. Cod. de non num. pecun. §. hie in vers. planè si quis. & ibique Faber. n. 3. & Schneidew. n. 14. aut tantum subscripam, l. sicut. 8. §. non videtur 15. ff. quib. mod. pig. vel hypothec. solvit. l. si per epistolam 50. ff. de acquir. vel omitt. heredit. l. cum antiquitas 8. §. ult. Cod. de testam. initio tit. infr. de empt. & vend. vers. in iis autem Felin. in con. quoniam 11. de probationib. n. 43. §. segg. Sed & eandem exceptionem contra instrumentum publicum Guarantigium, paratam executionem habens, competere verius est. arg. d. l. 3. §. d. ult. C. de non num. pecun. generaliter loquentium: & tradit Jafon in l. qui pecuniam 30. ff. de reb. cred. si cert. pet. n. 7. Binnamel à Costa in d. l. 3. in 12. fallentia. C. de non num. pec. Gomezii tom. 2. var. resolut. jur. civ. c. 6. n. 3. & ibidem Suarez in addit. lit. g. aliique ab iis laudati.
- 32 De eo magna Doctorum dissensio est. Num si debitor in chirographo confiteatur, se ante annum, aliudve tempus, certam pecuniam quantitatem mutuo accepisse, exceptionem istam nihilominus intra biennium opponere possit? Et quod non possit, existimant Accursius in l. in contractibus 1. qm. verb. alie res. Cod. de non num. pecun. Alberic. de Rofis. Simon Vincentius, & Salicet. in l. generaliter. 13. C. eod. Jacob. Burigap. Christophor. de Castell. & Socin. sen. ad l. 2. §. appellata. ff. de reb. cred. si cert. pet. Hunius & Bachovius in not. & resolut. ad Treutler. disp. 20. th. 2. lit. c. vol. 1. Affelman. d. disp. 13. de contractib. th. 14. p. 343. hosque referens Knipschuld d. exercit. 7. qu. 16. pag. 270. Sed contraria affirmantium sententia multo est probabilior. Tum quia leges exceptionem non numeratæ pecuniæ concedentes, generaliter conceptæ sunt, nulla factâ distinctione, utrum quis simpliciter, an verò longe ante chirographum, sese pecuniam accepisse, confiteatur. Tum quia nulla afferri potest differentie ratio, sive quis simpliciter, sine ante hoc vel illud tempus se accepisse profiteatur. Semper enim subest dolus creditoris, & fragilitas aviditasque debitoris. Tum denique quia eadem facilitate, quâ quis confitetur, se simpliciter accepisse, quod non accepit, confiteatur etiam, se accepisse longè ante chirographum, arg. l. si mulier. 22. C. ad Senatuseonf. Pellajan.

Et ita sentiunt Ludovic. Roman. Alexand. & Decius in d. l. 2. §. appellata. ff. de reb. cred. si cert. pet. Cynus in d. l. generaliter 13. opposit. 1. Cod. de non num. pecun. Angel. Aretin. in §. idem juris n. 23. infr. de exceptionib. Gomez. d. tom. 2. var. resolut. cap. 6. n. 4. Fachinæus lib. 2. controvers. jur. cap. 83. Zunger. d. tract. de exceptionib. cap. 14. part. 3. n. 38. edit. postrema Kitzel. d. exeg. de oblig. mutui. c. 8. num. 7. & seq.

Neque obstant l. adversus. c. vers. cum autem ex procedente & d. l. generaliter 13. in princ. C. de non num. pecun. ex quibus dissentientes colligunt: exceptioni non numeratæ pecuniæ locum haud esse, quando debitor chirographo suo professus est, se ante annum pecuniam à creditore accepisse. Nam leges illæ de facti specie longè diversa loquuntur: nempe cum quis confitetur, se debitorem esse alterius ex aliâ, quàm crediti, causâ precedente; ut putâ si quis in chirographo fateatur, se alicui debere centum, quæ ante annum nomine depositi accepit: vel quæ ante annum ex causâ emptionis præstare tenebatur. Hoc casu non inquiritur, an pecunia numerata sit: sed an causa verè præcesserit, necne: & confessioni statuitur, donec contrarium doceatur. Fachin. d. cap. 83. ad finem.

De illo quoque acriter inter Interpretes litigatum est: utrum exceptio non numeratæ pecuniæ eodem modo concedatur ei, qui testibus præsentibus confessus est, se accepisse pecuniam, quo se chirographo obliganti & confitenti concedi solet? Et quidem plerique statuunt, istam exceptionem eodem modo competere ei, qui citra scripturam, mediante stipulatione, præsentibus testibus, sese creditori ad restituendam pecuniam, quam se accepisse professus est, obligavit, quo competit & conceditur illi, qui mediante scripturâ confessus est, sese alteri pecuniam debere, Bartol. n. 3. Bald. nu. 14. & Salicet. n. 14. in d. l. si ex cautione 3. C. de non num. pecun. Duaren. ibidem. cap. 1. in princ. Aloiat. in l. qui pecuniam 30. circa finem. ff. de reb. cred. si cert. pet. Faber hic n. 7. & Fachinæus d. lib. 2. controvers. jur. c. 85. Verùm alii, ipsa rei veritate peniculatorius considerata, rectius concludere jam videntur: debitorem, si citra scripturam, testibus præsentibus sese pecuniam accepisse confessus sit, isthac confessione non obligari: sed ipsi semper liberum esse negare, se id accepisse, de quo confessus est; & eam in rem, post biennium etiam probationem inducere: hacque probatione impleta, omnino absolvendum esse. Accursius in l. si non singuli. §. C. si certum pet. Donnellus lib. 14. Comment. de jur. civ. c. 39. pag. 368. hosque laudans Johannes Kitzelius d. cap. 8. n. 10. Vide 1. fol. abhinc 5. & segg. Cum enim Justinianus Imp. in d. l. in contractibus. 14. Cod. de non num. pecun. & in hoc tit. nostr. scripturam cautionem nominatim exigit: adeoque sine scripturâ obligatio literarum exoriri nequeat: inde satis manifestum sit, quod ex stipulatione, citra scripturam, hujusmodi exceptio non numeratæ pecuniæ, tam ante, quàm post biennium, in modum exceptionis regularis, cum suscepto onere probandi, opponi possit.

Non obstat huic conclusioni §. idem juris 2. infr. de exceptionib. & l. cum ultra. 9. Cod. de non num. pecun. quorum locorum in utroque cum præcipiatur, exceptione non numeratæ pecuniæ & eam defendi debere, quem ex stipulatione dare oportet: ex eo evincere conantur adversarii, quod exceptio non numeratæ pecuniæ, intra biennium retractandæ confessionis ergò opponenda, siquæ privilegiata, etiam deat ei, qui sine scripto, stipulanti creditori, pecuniam sese daturum seu soluturum, promissit. Non obstant, inquam, illi textus. Quando enim Imp. Justinianus in d. §. 2. in fin. infr. de exceptionib. rem totam, de quâ prius in isto §. constituerat: expressè revocavit ad constitutionem suam, in d. l. in contractibus 14. Cod. de non num. pecun. certe textus ille Institutionum secundum dictam modò legem, quàm diximus nominatim exigere scriptam cautionem, accipiendus erit: sicuti etiam d. l. cum ultra. 9. C. d. sic. cum generalis sit, nec quicquam exprimat, scriptoræ quâ promissit, an sine scripto, ex aliis legibus ejusdem tituli supplenda: atque adeo utrobique stipulationi cautionem scriptam in crediti sive mutui causa adjectam fuisse, omnino præsupponendum est, arg. huius ut. n. 14. & d. l. 14. C. de non num. pec. N. h. l. liquidum (dummodo cautio scripta sit) quod

quoad dandam exceptionem non numeratæ pecuniæ, refert: utrum ea sola sit: an verò ei aliud quippiam, majoris securitatis gratia accesserit, puta pignoris obligatio, stipulatio, vel etiam jurisjurandi religio. l. 1. l. 3. d. l. 9. §. l. fin. C. eod. Nam & abas in jure nostro haud infrequens est, ut & priores leges ad posteriores trahantur, & posteriores ad priores. l. non est novum. 26. §. duab. seq. ff. de leg. Donell. & Kitzel locis præallegatis. Adde Doringium in Bibliotheca jurisconsultor. tom. 1. in verb. actio chirographaria. num. 6. fol. 297.

37 Sed nec ille casus admodum planus est: si videlicet lege municipali seu statuto civitatis caveatur, certas duntaxat exceptiones, puta solutionis, compensationis, rei judicate, &c. contra instrumentum opponi decere, an adhuc vim suam exerceat hæc non numeratæ pecuniæ exceptio? Et, non obstante opinione Baldi, id negantis in l. pecun. 14. C. de solution. n. 4. §. in l. 3. Cod. de postuland. in colum. ult. agentium sententiam veritati magis accedere, puto. Ejusmodi namque & vapyvpias exceptio inest ipsi obligationi & confessioni; quia lex præsumit, confessionem factam spe future numerationis, & intra biennium exceptionem concedit. Quare in dubio nunquam lege municipali talis exceptio exclusæ censeri debet: quemadmodum nec, si quis jurejurando fateatur, se accepisse, impeditur, quò minus excipere possit. l. ult. Cod. de non num. pecun. Neque enim obligationi vidatur consentire, qui se accepisse confitetur; nisi pecunia numeretur; prout inde injustum esset civitatis statutum, quo exceptio illa rejiceretur. Non autem ea recipienda est interpretatio, quâ quispiam injustè opprimatur, quâ lex iniquitatis arguitur, & à sapientibus reprehendi meretur, argum. l. Salvius Ario. 6. ff. de legat. prægrand. Me. o. b. lib. 2. de arbitrar. judic. quest. cent. 2. cas. 199. n. 8. & seqq. Atque ita tenent Cynus ad d. l. in contractibus 14. C. de non num. pecun. Jason ad l. qui pecuniam 30. n. 7. ff. de reb. cred. si certi pet. Felin. in cap. si cautio 14. n. 47. de fide instrum. Gomez. lib. 2. var. resolut. cap. 6. n. 3. eoque citans Fachinus lib. 2. controvers. jur. cap. 84.

38 Sanè expressè tolli statuto hanc exceptionem posse, non negandum est. argum. l. nec ex pratorio 27. ff. de reg. jur. §. 1. 2. in fine Cod. de constit. pecun. Jure siquidem civili ea est inventa hoc tit. nostro. §. tot. tit. Cod. de non num. pecun. Igitur per statutum tolli poterit. §. sed naturalia 11. sup. de jur. nat. gent. §. civ. Bald. in fin. Salicet. n. 20. §. Eman. Costa fallent. 13. in d. l. si ex cautione 3. C. de non num. pecun. Felin. in d. c. si cautio 14. n. 5. de fide instrum. Quòd si statutum nullum extet: ubivis locorum regulariter exceptionem hanc, etiam inter mercatores, habere locum, probabilius est. Nam licet de hoc quidam addubitent, Jason & Decius in d. l. qui pecuniam 30. ff. de reb. cred. si certi pet. Wesenbec. consil. 3. n. 23. vol. 1. Zanger. d. tract. de exceptionib. cap. 14. part. 3. n. 54. edit. post. & alii: tamen magna ratio est, cur his etiam magis, quàm illis aliis, propter promissum chirographorum & literarum usum, sit subveniendum, ut rectè docuerunt Costa in d. l. 3. fallent. 18. Cod. de non num. pecun. Straccia in tract. de mercatura tit. quomodo in causis mercator. proced. cap. de exception. n. 9. Fachin. d. lib. 2. cap. 86. Matth. Stephani cent. 3. qu. 60. Kitzel. d. exeg. de obligat. mutui. c. 8. n. 19. & Petr. Heigius in hoc tit. n. 73.

39 Præterea competi hæc & vapyvpias exceptio non debitori solum, sed & ejus heredibus: ita tamen, ut nihil amplius illis derur, quàm reliquum tempus, quod defuncto ad exceptionem supererat. Exempli gratia: si post chirographum emissum, intra annum decesserit debitor: heredi eadem exceptio competit, sed intra annum duntaxat: quia tantum temporis solummodo relictum erat defuncto ad querimoniam movendam. l. si intra 8. Cod. de non num. pecun. Si autem tempus legitimum elapsum fuerit: heres, etiam si pupillus sit, debitum solvere compellitur, d. l. si intra 8. in fine Cod. eod. Sed quando tempus istud relictum bonorum possessionis an verò à die mortis debitoris, conl. in contractibus 14. in princ. ibi, intra solum biennium continuum Cod. d. tit. §. l. capam 14. ff. de usupat. §. usucap. Neque resillit textus in l. ea, quæ 5. §. ult. Cod. de temporib. in integr. restitutionis, &c. ubi traditur: tempus petende re-

stitutionis in integrum, in quam heres successit, non cedere vel computari, nisi ab aditâ hereditate. Multum enim interest, utrum queratur de inchoanda præscriptione, an verò de complenda. Initium seu inchoatio à certo tempore incipit: quod tempus non cedit heredi, nisi post aditum hereditatem, d. l. ea, quæ 5. §. ult. Cod. eod. At hoc tempus, de quo hic agitur, tanquam semel coceptum continuatur & progreditur, nec morte debitoris interruptitur: alioquin tempus istud non diceretur continuum. Ita docent. Gloss. Bald. Castrens. & alii in d. l. si intra 8. Cod. de non num. pecun. Synchron. ad rubric. Cod. d. tit. n. 10. Angel. in §. idem juris 2. n. 3. infr. de exceptionib. & Zanger. d. tract. de exceptionib. cap. 14. n. 49. §. seq. edit. ult.

Non inutiliter & illud dubium hoc loco movetur: utrum minor 25. annis, qui successit debitori in id tempus, quod restabat, eo tempore finito adhuc & vapyvpias exceptione uti possit? Et quidem ipso jure don posse: sed per restitutionem in integrum illum juvari, communiter, & rectè quidem, receptum videtur, d. l. si intra 8. Cod. de non num. pecun. §. l. unic. Cod. si advers. usucap. Gloss. in l. fin. C. in quib. caus. in integr. restit. necess. ubi Cynus n. 4. & Bartol. n. 6. Licet enim tempus seu præscriptio contra maiorem & pupillum curat; is tamen semper in integrum restituitur, nisi contrarium sit expressum, arg. l. 1. §. 1. ff. de minoribus 25. annis. Angel. d. §. idem juris 2. n. 3. vers. advertas infr. de exceptionib. Francisc. de Caldas ad l. si curatorem in verb. sua facilitate n. 48 cum seqq. & n. 94. Cod. de in integr. restit. minor. Zanger. d. cap. 14. n. 51. Cæterum si minor ipse chirographum dederit: aliud dicendum erit, l. sancimus 5. Cod. in quib. caus. in integr. restit. necess. non est. ubi Justinianus eleganter rescriptis: melius esse, intacta minorum jura servari, quàm post causam vulneratam remedi. querere. Illud quoque hic querere libet: num creditor habens chirographum, an verò debitor hanc exceptionem opponens docere debeat, se esse intra biennium? Sed hoc posterius merito negatur, arg. d. l. fin. Cod. in quib. caus. in integr. restit. §. c. Sufficit etenim allegare, se chirographum spe future numerationis dedisse: nec pecuniam hæcenus numeratam esse, arg. l. si maiorem 4. Cod. de in integr. restit. minor & d. l. si ex cautione 3. ubi Dd. Cod. de non num. pecun. Planè hanc exceptionem in judicio, etiam post litem contestatam, opponi posse, certum est: siquidem inter peremptorias refertur, quæ regulariter ad litem usque finitam sive sententiam opponi possunt, l. præscriptionem 8. Cod. de exception. l. peremptor. 2. Cod. sententiam rescindi non posse, Angel. in d. §. idem juris 2. num. ult. infr. de exceptionib.

De renunciatione hujus exceptionis non numeratæ pecuniæ sic sentiendum est: quòd renunciatio debitoris, in instrumento confessionis posita, nullum habeat effectum: propter identitatem rationis. Quia enim facilitate & fragilitate quispiam inducitur ad consentiendum, eadem inducitur ad renunciandum l. si mulier. 22. Cod. ad Senat. cons. Vellejan. l. doli 19. vers. diversum. ff. de novationib. & deleg. Deinde si renunciatione adimeretur illi hæc exceptio debitori: remitteretur creditori dolus futurus: & impunitate eidem proposita, invitaretur ad peccandum & delinquendum. Nam si pecuniam non numeravit: consequitur hac renunciatione, ut licet ei postea impunè non numerare, & ita debitorem fraudare. Hujusmodi autem pactionem nullius momenti esse, constat ex l. si unus. 27. §. illud. 3. ff. de pactis, & l. illud. 5. §. 1. ff. de pactis dotibus. Arque ita censent Cynus, Bartol. Bald. Salicet. & Synchronus n. 10. in d. l. 3. Cod. de non num. pecun. Michael Grass lib. 2. opinion. commun. cap. 11. quasi. 11. Mascard. in tract. de probationib. vol. 2. conclus. 695. n. 14. Colerus in tract. de processib. execut. part. 1. c. 10. n. 212. Zanger. d. tract. de exceptionib. cap. 14. num. 71. & seq. part. 3. ed. ult. Hiliger. in Donello emuleas. lib. 14. cap. 37. lit. f. Schneidewin. hic n. 19. & Heigius num. 58. cum seqq. Kirchov. in commun. opin. verb. exceptio. Schickard. disp. 3. ad Inst. lib. 7. sub l. k. b. & in resolut. qu. 2. Tamerli dissentiant 420. & Accursius in d. l. 3. C. de non num. pecun. Hieron. de Cassall. in specul. suo com. opin. qu. 365. & novissime Humius lib. 3. var. resolut. jur. civil. tract. 6. qu. 3. & Kirchov. in not. & animal. ad Treuth. vol. 2. disp. 26. rh. 5. in. E. vers. renunciat pag. 759. & seq. Planè renunciationem debitoris ex intervallo

temporis, & post cautionem creditori jam traditam interpositam (cum hoc casu deficiat superior ratio) valere, plerique statuunt, *argum. l. Titius 24. ff. de pignor. act. ibiq; Bartol. l. Ballista 32. ff. ad Senatuscons. Trebellian. in d. l. si mulier. 22. C. ad SC. Vellej. Sichardus n. 12. & reliqui Dd. in d. l. 3. C. de non num. pecun. Mascard. d. conclus. 695. n. 15. & alii. Sed & renunciationem, iurejurando confirmatam, vires suas obtinere, crebrius placuit, *arg. l. 1. & Auth. sacramenta puberum Cod. si advers. vendit. c. cum contingat. 28. de iurejurand. c. quavis 2. de pact. in 6. Bartol. in l. fin. C. de non num. pecun. Salicet. in d. l. 3. n. 25. Cod. eod. ib. Eman. Costa fallent. 1. & 9. Felin. in c. si cautio 14. n. 50. de fide instrum. Color. Zanger. Heig. loci præallegatis. Cum & itaque renuntiatio debitoris, adhibito iuramento, valeat secundum communioem opinionem: hæc practica traditur à Bartolo in d. l. fin. & Sichardo in d. l. 3. num. ultim. Cod. de non num. pecun. ut quamvis exceptionem eo casu debitor opponere nequeat, sed pecuniam solvere teneatur: attamen eandem summam solutam per conditionem sine causa, vel ob turpem causam, repetere possit, *tot. tit. ff. de condit. sine caus. & tit. ff. de condit. ob turp. vel injus. caus. argum. cap. debitores. 6. ex. de iurejurand.***

Porro cessat hoc exceptionis non numeratæ pecuniæ beneficium, si debitor fidem cautionis vel chirographi quocunque modo agnovisset, *l. cum fidem 4. ibique Dd. Cod. de non num. pecun. Mynsinger hien. 15. & Rittershus. circa finem vers. casus, quibus &c.* Eoquid verò si is, qui chirographo decem se à Titio accepisse fuerit confessus, postea simpliciter quinque solvat, cautionis fidem plenè approbasse videatur, obscurum est? Sed ego negative decidendum reor, ita ut ratione portionis non numeratæ, adhuc exceptio illa competat, *argum. l. minorem 2. Cod. d. tit. Salicet. in d. l. cum fidem 4. Cod. eod. Angel. in prædicto §. idem juris 2. num. 38. infr. de exceptionib. Sanè dictam l. 4. Cod. de non num. pecun. procedere quidam existimant: si debitor, solvens quantitatem aliquam, evidenter referat se ad majorem quantitatem chirographo contentam: cum aliàs indebitum illè magis solvisse, quàm fidem cautionis agnovisse videatur. Bartol. in d. l. 4. Cod. eod. Jason in l. qui pecuniam 30. n. 5. ff. de reb. credit. si cert. per. Heigius in hoc tit. n. 68. & seq. Illud quoque non satis clarum & expeditum est: utrum hæc exceptio in ultimâ voluntate locum habeat; putà si testator in testamento constitatur, se à Titio recepisse certam quantitatem ex causa mutui, jubereque ei solvi: num heredes illum nihilominus objicere possint? Quod negandum casu, *argum. l. unius Cod. de pecul. ejus, qui libertatem meruit Gloss. in l. 1. Cod. de falsa caus. adjecta legato Cyn. & Salicet in l. in contrahibus 14. Cod. de non num. pecun. Jason in d. l. qui pecuniam 30. n. 3. ff. de reb. credit. si cert. per. Felin. in d. cap. si cautio 14. n. 54. de fide instrum. Gomez. d. tom. 2. var. resolut. cap. 6. n. 5. Ejusque ratio hæc est: quia etsi falsa sit legati vel debiti causa testamento expressa, tamen in vim fideicommissi resolvitur relictum: quod præsumatur testator, exonerandæ conscientie causa, etiam debita non valida solvi voluisse, vel saltem vera confitendo in peccato mori noluisse; dièque nequeat, spe future numerationis à moribundo emissam confessionem, *l. Lucius 88. §. quisquis 10. ff. de legat. 2. Gloss. in d. l. 1. Cod. de fals. caus. adject. Costa in d. l. si ex cautione 3. fallent. 11. Cynus, Castrens. & alii in d. l. in contrahibus 14. Cod. de non num. pecun. Vasq. de success. creat. lib. 1. §. 9. n. 29. hosque referens Heigius in hoc tit. n. 64. Præterea confessionem gominatam seu repetitam, si videlicet à principio in instrumento debitor, & post temporis intervallum cursus numerationem confessus fuerit, hujus exceptionis privilegium excludere, non valde ambigitur, *d. l. in contrahibus 14. §. sed quoniam 1. circa finem. ibiq; Gloss. super verb. penitus, Cod. de non num. pecun. arg. d. l. Ballista, 32. ff. ad SC. Trebellian. l. commissus 22. C. de agric. & cens. & d. l. cum fidem 4. Codic. de non num. pec. & ibidem Cynus in sue. Panormit. in d. c. si cautio 14. n. ult. de fide instrum. Matth. de Afflic. decis. 110. in fin. Emanuel Costa in d. l. si ex cautione 3. fallent. 14. Cod. de non num. pec. Schneidewitz. n. 18. & Heigius n. 65. in hoc tit. nostro. Licet frustra reclamant Felinus in d. c. si cautio 14. n. 56. de fide in-****

strum & Decius in l. 1. n. 30. Cod. de pactis. Denique exceptio ista vim suam amittit in tutore, qui confessus est, à pupillo suo se mutuo accepisse, eique debere: ita ut hanc exceptionem opponere non possit, *arg. l. quotiens 9. §. non tantum 7. ff. de administrat. & peric. tutor.* Facit enim hoc favor pupilli: nec verisimile est, tutorem spe futuræ numerationis confessum esse, qui in manu ac potestate habet pupilli pecuniam, *Jason in l. singularia 15. ff. de reb. credit. si cert. per. n. 21. & ibidem Decius n. 8. Sichard. in d. l. in contrahibus 14. §. sed quoniam in fine. Cod. de non num. pecun. qui idem in curatoribus & administratoribus sive Prælati Ecclesiarum obtinere autumat; per l. civitas 27. ff. de reb. credit. si cert. per. & Auth. hoc jus porrectum. C. de sacrosanct. Eccles.*

Tandem exceptio hæc non solum debitorem respicit: sed & creditori tribuitur: quam opponere potest contra apocham sive (uti vocant) quietantiam, quæ pecuniam sibi solutam esse confitetur. Cæterum non idem cum debitore tempus, sed brevius, triginta nempe dies habet *d. l. in contrahibus 14. §. super ceteris 2. C. de non num. pecun.* Ratio brevitatis temporis in creditore; biennii verò in debitore, varia reddi solet. Tum quia ubi majus periculum intenditur, ibi cautius agendum, & magis subveniendum est *l. 1. §. sed & si quis. 5. vers. nam vel magis. ff. de Carbon. edit. c. ubi periculum 3. de elect. in 6.* Tum quia favorabiliores sunt leges ad liberandum, quàm ad obligandum. *l. Arrianus 47. ff. de oblig. & actionib.* Tum etiam, quia non præsumit lex, tam facile creditorem, atque debitorem, non factâ numeratione, cautionem talem scripturum, *Heig. hic n. 30.* Tum postremo, quia haud tanta aviditas creditoris est, pecuniam suam recipiendi: quanta debitoris mutuum desiderantis & anhelantis *Dd. communiter in d. l. in contrahibus 14. §. super ceteris 2. Cod. de non num. pecun.* Sic autem isthæ exceptio intra triginta dies creditori competit, ut intra hos dies illi potestas fiat querendi, sibi pecuniam solutam non esse. Id si rectè fecit, exceptionem efficit perpetuam, *d. l. in contrahibus 14. §. in omni 4. C. eod.* Post illud verò tempus elapsum creditor exceptionem amittit unomodo cautioni suæ stare cogatur, nec possit querelam movere de pecuniâ sibi non solutâ, etiam si onus probandi pecuniam solutam non esse, in se recipere velit, *d. l. in contrahibus 14. §. super ceteris in fin. C. d. tit. ibique Bald. in princ. Castrens. n. 28. & 29. Salicet. n. 15. & Sichard. n. 5. Wesenbec. consil. 42. n. 28. & 29. vol. 1. & Zanger. d. tract. de exceptionib. part. 3. cap. 14. n. 30. & seqq. edit. post. ubi n. 33. subjicit, contrarium defendere, post Dymum, Emanuel. 6. in l. si in repetitione sape allegata l. si ex cautione 3. §. 6. diff. ult. n. 6. C. de non num. pecun. Mantissæ vice hic addi potest illa non vulgaris quaestio: si quis receptâ syngraphâ sive quietantiâ, creditori suo integrum debitum solvit: sed quietationem vel amisit, vel se habere ignoravit, à creditore iterum conventus & condemnatus eidem solvit: an receptâ quietatione solummodo repetere possit? Et quod debitum solutum per conditionem sine causa repere possit, Doctores unanimiter asserunt, *argum. l. si sponsus 5. §. si uxore 7. in fine. ff. de donationib. inter vir. & uxore.* Hujusque assertionis hæc assignant rationem: quia per repertam quietantiam reducitur sententia ad non causam; cum ea lata sit ex instrumento, quod nullum, & per solutionem factam cassatum fuit. *argum. principii tit. infr. quib. mod. tollit. obligatio.* Solutum autem per sententiam repetitur per conditionem sine causa, quando causa, ex qua fuit lata sententia, ad non causam reducitur. *Bald. in l. si fido 2. ff. de condit. sine caus. & in l. si fidejussor. 29. §. in omnibus §. ff. mandati. speculat. lib. 2. part. 3. tit. de execut. sentent. §. postremo §. n. 7. & seq. Paul. de Castro consil. 257. incip. in causa, que vertitur. n. 3. & seq. lib. 2. Jason in l. Imperatores 55. n. 12. & seq. ff. de re judicat. Bussi in l. admonendi 31. ff. de iurejurand. n. 21. & multis seq.* Quos omnes refert & sequitur Matthias Berlichius decis. 62. n. 4. subiciens n. 6. ita etiam respondisse Jurisconsultos Vittenbergeneses ad consultationem Petri Meinwens, Anno 1616. Enim verò isthæ assertio vera censetur in ipso creditore, qui in dolo fuit, & solutionem vel quietationem factam scivit: eo quia ipse solutionem accepit, per notata Jasonis in d. l. Imperatoris 25. ff. de re judicat. num. 12. & in quoque*

Idque adeo proceditur, si alia remedia cessarent & deficerent, debitori ad repetitionem soluti, actio de dolo competat, juxta Angel. in l. si sine 22. §. si procurator 8. ff. rem ratam haberi, & Paulum de Castro in d.l. Imperatores 35. 6
 3 ff. de re judicat. nu. 3. & seq. Ceterum si creditor non est in dolo, puta quia est heres, & non ipsi, sed ejus prædecessori fuit solutum: tunc debitori succurritur per restitutionem in integrum, ex clausula illa generali, si qua alia mihi justa causa esse videbitur, l. 1. §. ult. ff. ex quib. caus. majores 25. annis in integr. restit. Paul. de Castr. prædicto consil. 257. incip. in causa, quæ vertitur n. 1. & seqq. per tot. lib. 2. Alexand. consil. 84. incip. in causa vertente n. 4. lib. 1. & consil. 69. incip. in causa & lite n. 4. & seq. lib. 3. Cardinal. Tusch. tom. 7. verb. sententia conclus. 160. n. 29. & seq. eosque laudans Berlichius d. decis. 62. num. 8. pag. 136.

DE OBLIGATIONIBUS EX CONSENSU,

TITULUS XXIII.

Consensu sunt obligationes in emptionibus, venditionibus, locationibus, conductionibus, societatibus, mandatis. Ideo autem istis modis obligatio dicitur consensu contrahi: quia neque scripturâ, neque præsentia omnimodo opus est. At nec dari quicquam necesse est, ut substantiam capiat obligatio: sed sufficit eos, qui negocia gerunt, consentire. Unde inter absentes quoque talia negocia contrahuntur, veluti per epistolam, vel per nuntium. Item in his contractibus alter alteri obligatur in id, quod alterum alteri ex bono & æquo præstare oportet: cum alioqui in verborum obligationibus alius stipuletur, alius promittat.

SUMMARI A.

- 1 Ratio ordinis.
- 2 Omnes obligationes consensum requirunt.
- 3 Cur obligationes ex consensu, consensu contrahi dicantur.
- 4 Obligationes ex consensu quomodo differant à cæteris.
- 5 Prima differentia.
- 6 Contractus ex consensu etiam inter absentes, per epistolam, vel nuntium, perfici possunt.
- 7 Non ipse nuntius contrahere dicitur: sed per nuntium, ut & per epistolam, absentes contrahere intelliguntur.
- 8 Procurator domini personam representat, eique acquirit obligationem.
- 9 Secunda differentia.
- 10 Tertia differentia.
- 11 Quomodo contractus hic enumerati consensu fiant: non tamen fieri possunt pactis.
- 12 Num emptio-venditio, locatio-conductio, societas & mandatum proprio loquendo sint contractus.
- 13 Cur isti contractus nudo consensu fieri dicantur.
- 14 Intellectus l. traditionibus. 20. C. de pactis.

1 Obligationibus, quæ re, verbis, & literis ineuntur, discussis: sequitur quarta & postrema species obligationum ex contractu, nempe obligatio, quæ solo consensu fieri dicitur. Est enim omnes obligationes consensum necessario requirunt, l. 1. §. conventionis 3. vers. adeo autem ff. de pact. l. in omnibus rebus § 5. & l. in omnibus negotiis § 7. ff. de obligationib. & actionib. hæc tamen quatuor societates hic enumeratæ, videlicet emptio-venditio, locatio-conductio, societas & mandatum, consensu contrahi ideo dicuntur: quia hæc solæ nuda voluntate, nudoque & solo contrahentium consensu perficiuntur: cum in cæteris tribus contractuum generibus, præter consensum, aliud quid sit necessarium: ut in his contractibus seu obligationibus, quæ re celebrantur, rei datio sive traditio & numeratio requiritur, de quib. supr. tit. quib. mod. re contrahit. obligat. in stipulatione, præsentia & verba solennia delictorum obligationum, scriptura exigitur, de quâ modò explicatum est. præcedente. Atque hæc una est differentia, quæ hæc obligationes ex consensu fecerunt à cæteris, de

quibus titulis superioribus dictum: quod nimirum in superioribus illis non sufficit nudus consensus: sed præter eum aliquid amplius requiritur: in his verò solus ac nudus consensus sufficit. l. 2. §. 1. & l. obligamur. § 2. §. pen. & ult. ff. de obligationib. & actionib. Et quia in iis solus sufficit consensus: etiam inter absentes, per epistolam, vel per nuntium, perfici poterunt, ut docet Justinianus hic in vers. unde inter absentes, &c. & Cajus in d. l. 2. §. 2. ff. de obligat. & actionib. Est igitur hoc proprium adjunctum horum contractuum; qui consensu fiunt, quod inter absentes quoque per epistolam, vel nuntium perfici possunt. Ipsa tamen obligatio in nuntii personâ non consistit: cum ille ministerium tantummodo ad ipsum contractum præstet, arg. l. & licet. 15. ff. de constit. pecun. Unde non ipse nuntius contrahere dicitur: sed per nuntium, ut & per epistolam, absentes quemadmodum pacisci, sic & contrahere intelliguntur, l. 2. ff. de pactis. Alia ratio & conditio est 8 procuratoris: qui domini personâ representat, eique obligationem acquirit. §. ex his itaque. §. supr. tit. per quas personam cuique acquirit. & tradit Dn. Collega Bocca hic n. 15. & seq. pag. 353. Est & altera inter has & superiores obligationes differentia: quod hæc obligationes seu contractus ex consensu, omnes utrinque sint obligatorii, hoc tit. nostro in fine. initio tit. supr. de auctorit. tutor. l. 2. §. ult. ff. de obligat. & act. l. Labeo. 19. ff. de verb. significat. Superiores autem obligationes sive contractus non omnes utroque citroque obligatorii sunt: sed quidam tantum ab uno latere: ut mutuum & stipulatio. Nam mutuum accipiens: danti obligatur, non contra. Sic in stipulatione promissor duntaxat 10 stipulatori; stipulator verò promissori non obligatur. Indicatur hic in fine & tertia inter has obligationes, quæ consensu fiunt, & superiores illas differentia: quod hæc omnes sint bonæ fidei: ac ideo officio judicis ex æquo & bono multa præstentur, de quibus expressè non est inter contrahentes conventum: ut sunt usuræ, fructus, interesse, & aliæ accessiones: illæ verò non omnes sint bonæ fidei, sed quædam tantum: & quædam sint stricti juris; ut mutuum, stipulatio, nominum sive literarum obligatio; eamque ob causam in iis nihil veniat præstandum, nisi de quo nominatim inter contrahentes actum est & cautum. l. quia tantundem. 7. ff. de negot. gest. l. quicquid astringende. 99. ff. de verb. oblig. Illud hic observandum: 11 quod quamvis isti contractus de quibus in titulis subsequen- 12 tibus tractatur, consensu fiant: non tamen fieri possint pactis: licet in his etiam consensus verletur. Verbi gratiâ, emptio-venditio contrahitur consensu: non autem pacto de vendendo: adeoque non sufficit de vendendo in futurum concepta conventio. Aliud quippe est venditio: aliud promissio, sive pactum de vendendo: ut post Hartmannum Hartmanni ab Eppingen. miscellan. ex jur. civ. cap. 1. obs. 2. n. 1. & Antoninum Tessaur. decis. 233. n. 9. & citatos. annotavit Rittershusius hic in fine, & D. Martinus Rümelin exercitat. 15. ad Instit. ib. 2. ad lit. a. p. 130. Idque diffusius, more suo, explicat Tiraquellus, de retract. convent. §. 5. ad fin. tit. l. Glos. 2. n. 42. & seq.

In quæstionem vocari hoc loco & illud poterit: num- 13 quid emptio-venditio, locatio-conductio, societas & mandatum, sint proprie loquendo contractus? Quod licet neget Giphanius ad l. jurisgentium. 7. §. sed cum nulla. 4. ff. de pact. ubi ait, hos contractus, qui consensu constant, nihil esse aliud, quam nuda pacta; tantumque nomine differre, quod nuda scilicet pacta nullum habeant nomen; hi contractus habeant: nos tamen illud affirmamus, moti non solum hoc titulo, sed omnibus textibus illis, in quibus hi contractus ex consensu dicuntur contractus. Nec obest 13 quidquam quod hi contractus possint nudo consensu fieri dicantur, hic & d. l. 2. ff. de oblig. & act. l. qui ad certum, ibi, sed nudo consensu convalescent. ff. locati conducti. l. quod si nolit. 31 §. illud 18 ff. de edit. edict. l. prout. 80. ff. de sol. l. & liberat. l. nihil tam naturale. 34. ibi. nudi consensu obligatio ff. de reg. jur. Nam non ideo isti contractus dicuntur fieri nudo consensu, quod nullum habeant in se negotium: sed quis (ut Justinianus hic loquitur, & Cajus in d. l. 2. ff. de obligat. & actionib.) neque scripturâ, neque presentia omnimodo opus est: ac nec dari quicquam necesse est, ut substantiam capiat obligatio, Habere

Habere autem contractus istos in se negotium, non dubium est, & constat ex traditis per Vultejum ad principium 2. *supr. de obligationib. n. 33. & sequentib.*

- 24 Similiter non obstat l. traditionibus 20. C. de pact. ubi nudis pactis (hoc est, contractibus, qui nudo consensu fiunt) non dicuntur transferri dominia rerum. Et in ista lege nuda pacta dicuntur illa, quæ à traditione sunt nuda: siquidem Imp. Diocletian. & Maximianus pacta nuda traditionibus perspicue opponunt, *arg. l. in princ. ff. de pignorat. act. & §. interdum. 44. supr. de rer. divisione, &c.* Non igitur nuda pacta ibi dicuntur, quæ nuda sunt à causa seu negotio: quemadmodum opinatur Giphanius loco citato. Eamque rem noviter explicatius persequitur Erasmus Ungepaar. *exercit. Juslin. 12. quest. 1. pag. 438. edit. ult.*

DE EMPTIONE ET VENDITIONE.

TITULUS XXIV.

Principium Tituli.

Emptio & venditio contrahitur, simulatque de precio conveniunt, quamvis nondum precium numeratum sit, ac ne arrha quidem data fuerit. Nam quod arrha nomine datur, argumentum est emptionis & venditionis contractæ. Sed hoc quidem de emptionibus & venditionibus, quæ sine scriptura consistunt, obtinere oportet. Nam nihil à nobis in hujusmodi emptionibus & venditionibus innovatum est. In iis autem, quæ scriptura conficiuntur, non aliter perfectam esse venditionem constituimus, nisi & instrumenta emptionis fuerint conscripta, vel manu propria contrahentium; vel ab alio quidem scripta, à contrahentibus autem subscripta, & si per tabellionem sunt, nisi & completiones acceperint, & fuerint partibus absoluta. Donec enim aliquid deest ex his, & pœnitentiæ locus est, & potest emptor vel venditor sine pœna recedere ab emptione & venditione. Ita tamen impunè eis recedere concedimus, nisi jam arrharum nomine aliquid fuerit datum. Hoc enim subsecuto; si in scriptis, si sine scriptis venditio celebrata est: is, qui recusat adimplere contractum, si quidem est emptor; perdit, quod dedit, si verò venditor; duplum restituere compellitur, licet super arrhis nihil expressum est.

SUMMARIA.

- 1 Emptionis & venditionis etymon, & significatio: ejusque contra Grammatici defensio.
- 2 Quid emptionis verba continentur.
- 3 Contractus hujus quot sint partes.
- 4 Origo emptionis & venditionis.
- 5 An, & quæ emptio sit antiquior mutatione.
- 6 Emptio venditio definitur.
- 7 Eam esse contrahendum juri gentium, ostenditur.
- 8 Nummus prius hominum atque incognitus.
- 9 Ad appellationem juri gentium quid requiratur.
- 10 Sententia l. j. C. de veteri numismat. potest. & l. si Cod. de falsi. numis.
- 11 Nummi inventio ad quod juri referenda.
- 12 Emptio venditio cur sit contractus nominatus.
- 13 Sensus l. Labeo scribit. 20. ff. de contrab. empt.
- 14 Contractus bonæ fidei & stricti juri, cur ita dicantur.
- 15 Emptio venditio solo consensu perficitur.
- 16 Alia emptio & venditio quando nascatur.
- 17 Consideratio l. 2. C. de prec. & commod. vel vend.
- 18 Error in corpore, vel in pretio, vel in materia seu substantia officit emptioni.
- 19 Non item in damno & stipulatione.

- 20 Error nominis, aut qualitatis, & in accessoriis, an & quatenus vitiet hunc contractum.
- 21 Ambigua conventio adversus eum, qui potuit legem contractui apertius dicere, interpretanda.
- 22 Cujus erroris sententia commutatur.
- 23 Correctio legum odiosa, ac propterea vitanda.
- 24 Quod uni legi de est, ex alia suppletum.
- 25 Cur in judiciis ambigua intentio semper pro auctore, contra reum, explicetur.
- 26 Exponitur l. si mihi & Titio. 110. §. ult. ff. de verb. obligat.
- 27 Nominis rei, sine quâ emptio non intelligitur, quid contineatur.
- 28 Intellectus l. ex empto. 11. §. fin. & l. si jactum. 12. ff. de actionib. empt. & non. 57.
- 29 Venditor tradere, non dare mercem emptori tenetur.
- 30 Quando venditor faciat emptorem dominum mercis.
- 31 De evictione quatenus teneatur venditor.
- 32 In mora quando quis constituatur.
- 33 Nam venditor præcisè cogatur ad tradendum, an verò interesse præstando liberetur.
- 34 Donatori necessitas tradendi rem donatam absolute incumbit.
- 35 Verbum (oportere) præcisam necessitatem importat.
- 36 Verba (omnino, omnimodo, præcisè & similis), cur prægnantia dicantur.
- 37 Restitutor condemnatus, præcisè restituere cogitur.
- 38 In uno correlativorum dispositum, & in alio dispositum videtur.
- 39 Res eadem duobus an & quatenus citra falsi crimen vendi possit.
- 40 Nemini sunt dolus parocinari debet.
- 41 Alteri per alterum ista conditio non est inferenda.
- 42 Aliud pro alio invito creditori non solvitur.
- 43 Multiguidi occasio vitanda.
- 44 Pacta & conventiones servanda.
- 45 Venditor cogitur implere venditionem.
- 46 Quod expresse fieri non potest, id multo minus tacite recipitur.
- 47 Dominus ad feudum tradendum vasallo compelli potest.
- 48 Argumentum à contrario sensu quando procedat.
- 49 Mens & sententia l. 1. in princ. ff. de actionib. empt.
- 50 Consideratio l. ex empto. 11. §. 9. de actionib. empt. & l. contractus. 17. C. de fid. instrum. & num. 94.
- 51 Emptio l. vinum. 22. ff. de reb. credit.
- 52 Explicatio l. si traditio. 4. C. de actionibus empti.
- 53 Consideratio l. si ita distrabatur. 25. §. 3. ff. de contrab. empt.
- 54 Consideratio l. si in venditione. 60. ff. de evictionib.
- 55 Re emptæ evictæ, ad quid venditor emptori tenetur.
- 56 Emptio l. si jactum. 12. ff. de actionib. empt.
- 57 Quibus ex causis juratur in litem, in iis interesse præstando liberatur.
- 58 Jurjurando in litem quando sit locus.
- 59 Sine rei emptio non valet.
- 60 In falsi obligationibus, post moram obligatio ad interesse succedit. Item intellectus l. 72. & 75. §. 7. ff. de verb. obligat. Item an & quatenus promissor ex pacto de revocando præcisè reverti teneatur.
- 61 Enodatur textus in tit. 7. §. ult. lib. 1. feudor.
- 62 Fructus feudi ad vasallum pertinent.
- 63 Sine precio emptio & venditio nulla est.
- 64 An uno nummo emptio contrahatur.
- 65 Intellectus l. 1. §. Dixi fratres. 6. ff. de questionib.
- 66 Consideratio l. & qui sub. 10. C. de distract. pignor.
- 67 Sententia l. si usufructus. 66. ff. de jure dot.
- 68 Qui adus imaginaria venditionis interventus celebrari consueverint.
- 69 Precium certum quodnam censetur.
- 70 Precium in hoc emptionis contractu, in pecuniâ numeratâ consistere debet.
- 71 Emptor manuum venditoris facere tenetur.
- 72 Cur emptor nummus dare; venditor vero rem tantum tradere necesse habeat.
- 73 Quæ substantiis non differunt, an & quatenus inter se non differant.
- 74 Finis cuiusque rei precipue spectandus.
- 75 Merces in locatione, in quavis re fungibili consistere potest.
- 76 Infirmatio ad emptionis contractum necessaria jure Wurttembergico.
- 77 Emptio soli præci conventionis perficitur.
- 78 Mutuum numerationem desiderat.
- 79 Quod consensu in emptione & venditione exigatur.
- 80 Arrha quid, & unde deducatur.
- 81 In quibus negotiis, & à quibus arrha dari solet.
- 82 Arrharum nomine quid datur.
- 83 Emptio in scriptis quid requiratur.
- 84 Emptio non sine, quam in scriptis, quomodo perficiatur.
- 85 Paria sunt, vel manu propria scribere instrumentum, vel se subscribere.
- 86 Quo casu subscribere sibi aique præjudicet, ac si totum instrumentum scripsisset.
- 87 An & quatenus instrumentum emptionis probet, si præci in eo non exprimitur.
- 88 Instrumenta, in quibus præci & numerationis in genere sit mentio, contra quem fidem faciunt.

tionis contractum esse ipsa permutatione vetustiore: propterea quod genus specie sua prius esse constet. Quod sane pronunciato Paulino in d.l. i. in pr. ff. de contrah. empt. omnino adversatur; neque ambigitur, quin homines prius permutarint, quam moneta facta fuerit. De prima enim moneta habetur in sacra Scriptura, quod Abraham quadringentos sicos argenti, probatae monetae publicae, dederit pro agro, Genes. c. 23. v. 15. 16. 17. Verum ad hoc eleganter responderet D. Vultejus hic n. 6. aliud videlicet esse, loqui de emptione speciali, & aliud, de emptione generali. Illa fuit permutatione posterior, de qua noster futurus est sermo: haec vero est permutatione antiquior: quia veteres permutationem rerum etiam appellarunt venditionem. Hinc Esau fratri suo Jacobo primogenituram vendidisse dicitur, pro pane & lentis edulio, Genes. 25. v. 31. & seqq. qui tamen contractus non fuit emptio specialis; quoniam nullum precium intervenit: sed permutatio, quae emptio generalis est: cum emptio specialis non sit mutatio rei cum re, sed pecuniae cum re. Nam permutationes istae omnes olim emptionis & venditionis nomine comprehendebantur, d. §. item precium infra. hoc t. Ejusque opinionis fuerunt Sabinus & Cassius, non spernendae auctoritatis Jurisconsulti: a quibus disenserunt Proculus & Nerva, secundum quorum sententiam permutatio, & emptio specialis, factae sunt duae species emptionis generalis. Etenim reperto percussisque nummo, & materia electa, cujus publica & perpetua aestimatio difficultatibus permutationum, aequalitate quantitatis, subveniret: cepta est distingui permutatio ab emptione & venditione: ita ut, permutatio utrinque fieret rebus, emptio non utrinque rebus, sed ex una parte re, ex altera precio interveniente, d. l. i. ff. de contrah. empt. & l. i. ff. rer. permut. & id latius deducetur in §. 2. infra. hoc tit.

In isthoc ergo stricto significato non incommode definitur emptio & venditio contractus, juris gentium, nominatus, bonae fidei, solo consensu initus, de re siue merce emptori tradenda, & precio certo nummario vendito dando. Hancque definitionem noviter amplectitur Philippus Knipschilde exercit. Acad. 8. th. 4. p. 274. nec non Christophorus Philippus Richter in tract. de contractib. disp. 9. th. 1. p. 330. Hunc contractum juris gentium esse, diserte dicitur in d. l. i. in fin. ff. de contrah. empt. Lex hoc jure §. ff. de just. & jur. l. juris gentium 7. §. 1. ff. de pact. §. jus autem gentium supr. de jure nat. gent. & civ. Cui non contradicit textus in §. venditio 41. sup. de rev. & vis. ubi dicitur, quod de venditione cautum sit lege 12. tabular. ac prinde innuitur, venditionem esse juris civilis. Nam multa legibus caventur de contractibus, quae tamen ex jure gentium fluunt, arg. l. i. ff. locati. d. l. juris gentium 7. §. 1. ff. de pact. Wesenbec. ad d. §. venditio supr. de rev. divis. nu. 2. Nec hi quid lege 12. tab. comprehensum est, id continui juris gentium non est. Horoman. in d. §. venditio emptionis. 31. Ideo Justinianus in d. §. 41. subijcit: tamen re ita dicitur, & jure gentium id efficit. Sane interdum jus civile dicitur, quicquid civibus Romanis placuit, l. jus civile 6. ff. de just. & jur. Baro ad d. §. 41. huncque referens Pomponius Disp. 22. th. 7. ad lit. a.

Neque etiam obstat, quod pecunia siue nummus signatus, sine quo venditio esse non potest, prima hominum aetate incognitus fuerit, ut evincit d. l. i. in pr. ibi, olim enim non ita erat nummus ff. de contrah. empt. ibique Budaeus Aristot. lib. 5. Ethic. 5. & 1. Politic. c. 6. Forcatul. Necomantia Dialog. 48. num. 3. Plinius lib. 33. natural. histor. c. 3. Vergilius Polydorus de invent. rer. lib. 2. c. 20. Molin. in tractat. commercior. quest. 100. n. 795. Covarruv. de veterum collatione numismatum c. 1. in princ. aliquae ab his velari.

Jus autem gentium cum ipso genere humano proditum; testator Cajus in §. 1. in princ. ff. de acquir. rer. domin. & confirmat Justinianus in §. singulorum 11. supr. de rev. & vis. Respondetur enim, ad hoc, ut aliquid dicatur juris gentium esse, non necessario exigi, ut ab initio cum ipso hominibus existerit; sed satis esse, si postea fuerit inventum, dummodo ratio naturalis illud dictaverit servari oportere, & ab omnibus gentibus recipiatur, & unanimiter approbetur, ut colligitur ex §. jus autem civile, vers. quod vero naturalis supr. de jure nat. gent. & civ. ubi Justinia-

nus ad appellationem juris gentium solummodo rationem naturalem, omniumque gentium approbationem; nequaquam vero temporis, reive antiquitatem requirit. Unda cum ratio naturalis omnibus gentibus dicet, valde expedire emptiones, utpote humanae societati perquam necessarias, ut patet ex d. l. i. ff. de contrah. empt. etaeque ab omnibus concordia sententia & judicio approbatae fuerint: manifestum efficitur hunc emptionis contractum juri gentium acceptum esse ferendum. Sed & in d. l. i. ff. de acquir. rer. domin. & d. §. singulorum ff. de rev. divis. non dicitur, quod omnia, quae juri gentium connumerantur, cum genere humano inventa fuerint; sed hoc tantum habetur, quod jus gentium cum ipso genere humano fuerit proditum. Et recte quidem. Nam statim cum ipsis hominibus creatam fuisse rationem naturalem, certum est: quae dictavit aliquid fieri; idque ab omnibus custoditum fuit & consequenter statim fuit jus gentium, quod nihil aliud est, quam naturalis ratio, omniumque hominum approbatio, d. §. jus autem civile vers. quod vero naturalis ff. d. tit.

Præterea nihil moverit l. final. C. de veteris numismatis potestas, & l. fin. C. de falsa monet. ex quibus probari posse videtur, ipsam monetam siue nummum esse juris civilis inventum. Etenim leges istae hoc tantum cavent & prohibent, ne hodie moneta siue nummus sine licentia Principis impune cudi formarique possit: idque ex instituto civili esse non negatur: interim vero nihil impedit, quominus nummi inventio ad jus gentium secundarium (quod vocant) referatur. Omnes quippe omnino gentes nummo utuntur ad celebrandum emptionis contractum, sicuti antea permutatione utebantur, d. l. i. ff. de contrah. empt. ibique Bartolus n. 2. Bald. & Salicetus, ibidemque Mulden in §. est autem emptio. nu. 2. Aristot. d. lib. 1. Politic. cap. 8. Knichen. de provoc. Saxoni. jur. c. 5. nu. 350. Nicol. Rens. lib. 3. consil. 7. n. 3. cum seqq. Molin. de usur. quest. 92. nu. 9. Anton. Hauffmannus in resol. de re monetaria resol. 3. ad lit. c. pulchre Pinelis ad rubr. C. de rescind. vendit. part. 1. c. 1. n. 15. Connan. lib. 1. Commentar. jur. civil. cap. 5. n. 8. Anton. de Burgos in d. rubric. tit. ext. de empt. & vendit. n. 12. cum seqq. Hotoman. in lib. de re nummaria cap. de varia nummi appellat. in princ. pag. 32. Andreas Dinner. de monete mutatione disput. 1. th. 2. Fabian. de Monte d. tract. de empte. & vendit. quest. 1. princip. n. 5. Mozz. d. tract. de empte. & vendit. in princ. n. 22. cum seqq. Pet. August. Morla in empor. jur. d. part. 1. tit. 9. in praemiss. n. 27. Treutl. d. vol. 1. disp. 28. th. 1. lit. D. ibique Bachovius in suis not. pag. 1044. item Hunnius ibidem quest. 3. pag. 115. & seqq. Tamen non desunt, qui nummos siue pecuniam a jure civili inductam esse contendunt, Forcatul. praedicto Dialog. 48. n. 2. Cujac. in Comment. in lib. 33. Pauli ad edictum pag. 144. & alii. Quorum opinionem si quis forsitan exercitii gratia defendere desideret; cognoscere poterit ea, quae novissime tradidisse comperi D. Collegam Bucerum in tract. de monetis. cap. 1. Porro de prima monete siue nummi inventione plura notatu peragenda avertit Johan. Mathesius in sua Sarepta oder Bergpusill. concio. 14. fol. 225. & seqq.

Sequitur in definitione, nominatus. Quia elegans, certum ac speciale, alteri minime conveniens, nomen isto contractus habet. Neque enim nomen hoc, venditio, locationi congruit, nec e converso, l. juris gentium 7. §. 1. ff. de pact. l. i. §. item emptio 2. ff. de rev. permutat. Mozz. in tract. de contractib. art. 4. n. 11. Haecque referantur, quae annotavimus ad §. adeo autem infra tit. proximo n. 44. & seqq. Nihil huic resistit l. Labeo scribis 50. ff. de contrah. empt. ubi Labeo disertè respondit, non esse dubitandum, quin praescriptis verbis (quae actio esse contractibus innominatis nascitur, l. 1. l. naturalis 5. & tot. tit. ff. de praescript. verb. & c. Oldendorp. clas. 4. act. 40. Branchorff. cent. 2. evayrispayay assert. 69. ad. 2.) ex venditione agi possit. Nam Ulpianus illic refert Labeonis sententiam, qui putavit, propter conditionem, a qua emptio pendebat, non impletam, cum impleri posset ab emptore, dandam esse actionem praescriptis verbis: interim tamen non inchoatam, etiam actionem ex vendito locum habere, emptione perfecta: ita id ipsum aperte Ulpianus ex sua sententia subijcit, in vers. 20. etiam ex vendito, & c.

14 Dico in definitione, *bona fidei*. Quoniam in emptione naturalis ratio ipsa bonam fidem & equitatem summam postulat, l. 1. §. 1. *lex empto* 11. §. 1. ff. de actionibus empt. l. *bona fides* 31. ff. de positi. indeque hic contractus distinguitur à contractibus stricti juris §. actionum 28. infra de actionibus. Dicuntur quippe contractus bonæ fidei; non quod alii contractus sint malæ fidei; cum in omnibus contractibus bona fides requiratur, l. *bonam fidem* 4. C. de obligat. & act. sed quod in horum contractuum actione siue iudicio fiat condemnatio ex bonâ fide, id est, ex bono & æquo, etiam ultra id, de quo in ipsa conventionione expressè ac nominatim fuit actum, §. *conductor autem infra* 2. proximo l. sed Celsus 6. §. 1. v. in emptis & venditis ff. de contrah. empt. l. quia tantundem 7. ff. de negoc. gest. Stricti verò juris contractus sunt, quorum in actione strictè sit condemnatio de iis tantum, de quibus in ipsa conventionione nominatim dictum fuit, d. l. quia tantundem 7. ff. eod. l. si ita stipulatus 126. §. Chrysogonus vers. plerumque enim ff. de verb. obligat. & explicatius docui in d. §. actionum 28. infra de actionib. n. §. 6. 12. & seqq. Porro Dn. Collega Bocerius hic n. 7. & 8. pag. 367. chordâ eadem oberrat, eandemque repetit & renovat cantilenam, quam supra cecinit, ad §. præterea 3. quib. mod. re contrahitur obligat. n. §. pag. 192. sicut & infra ad tit. de locat. & conduct. n. 14. p. 403. ubi in definitione depositi, item emptionis venditionis, locationis conductionis, & similibus contractuum inconsideratè & superflue apposita dixit illa verba; *nominatim, juris gentium, bona fidei*. &c. Verum quoniam supra ad d. §. præterea 3. Quibus mod. re contrahitur obligat. n. 8. ei latius occurrimus; & aliàs quoque Cithæreolus.

Redetur, chordâ qui semper oberrat eadem:

ideo neutiquam operæ precium esse putamus, diutius in diluendis hisce ineptiis immorari.

15 Ajo, *solo consensu initus*. Idque ad differentiam contractuum, qui non solo consensu, sed re, verbis, & literis perficiuntur, de quibus expositum est supra hoc lib. 3. tit. 15. 16. & tit. 22. Emptionem autem nudo ac solo consensu, sine rei traditione, vel verborum solemnitate, aut scripturâ perfici, luculenter constat ex d. l. 1. in fin. & l. in venditionibus 9. in princ. ff. de contrah. empt. l. 2. in princ. & l. in quibusque 48. ff. de obligat. & actionib. initio tit. f. de obligat. ex consensu. l. 2. C. de contrah. empt. Martin. Bonacina in tract. de contractib. & restitut. disp. 3. q. 2. punct. 1. n. 4. p. 380.

16 Nec movet quicquam in contrarium, quod actio empti & venditi non nascitur, prius quam res sit tradita, aut precium solutum, l. Julianus 13. §. offerri 8. ff. de actionibus empt. Nam nascitur quidem actio ex emptione venditione, etiam ante traditionem rei, & solutionem precii: sed illa exceptione eliditur, per textum in l. qui pendentes 25. ff. eod. Ideoque quod dicitur in d. l. 13. §. 8. nondum esse actionem, intelligi debet, ratione ipsius effectus: ut videbatur ante rem traditam & precium solutum nondum sit actio, quæ plenum effectum sortitur, quæque nulla ratione everti aut elidi queat. Paria quippe censentur; non habere actionem, & actionem habere, quæ exceptione elidatur & evertatur, arg. d. l. qui pendentes 25. ff. d. tit. Nihil quoque resistit l. 2. C. de periculo & commodo rei vend. ubi emptio-venditio vini dicitur imperfecta ante traditionem & admensurationem vini; ac proinde solo consensu emptio-venditio non perficitur. Committitur enim fallacia causæ. Illic namque ante vini admensurationem emptio-venditio imperfecta dicitur, non quod solo consensu non perficiatur, sed ad sui perfectionem rei traditionem desideret: verum idcirco, quia vino ad mensuram vendito, intelligitur vinum non solum sub conditione venditum: sed etiam nullum certum vinum venditum. Adicitur siquidem mensura, ut appareat, §. ff. de contrah. empt. Quare priusquam vinum admensuratum sit: non potest dici, quid venierit. Et consequenter emptio-venditio nondum perfecta est: cum inter contrahentes, emptorem & venditorem, de re non convenit. Ita tradit Humius lib. 3. var. resolut. jur. civ. tract. 7. part. 1. quest. 1. pag. 1070. & in resolut. ad vol. 2. Treutler. disp. 2. thes. 1. quest. 4. pag. 117.

Harpprecht ad Institut. Tom. III.

Et quidem adeo hoc in contractu necessarius est consensus: ut, si contrahentes vel in corpore, vel in numero, vel in substantiâ seu materiâ dissentiant, contractus sit nullus, d. l. in venditionibus 9. in princ. & §. inde queritur 2. cum l. seqq. ff. de contrah. empt. Nisi merx quid habeat materiæ, in quam consensum sit; ut si æs, quod ejusdem penè est cum auro materiæ, mixtum auro, vel inauratum pro auro vendatur, l. quid tamen 14. ff. eod. At si planè alia materia sit, quàm de quâ dictum est, non valere venditionem, palam est: putà, si mensa argento cooperta pro solidâ veneat: Nihil enim commune habet æs vel lignum mensæ cum argento, nec eadem est horum & æs; neque operimentum pars est materiæ (ut nec vestimentum corporis) hoc est, mensæ, quam argenteam præstari convenit, l. cum ab eo 41. §. fin. ff. d. tit. ibique Wesenbec. in parat. n. §. 6. Bachovius in suis not. ad vol. 1. Treutleri disp. 28. thes. 7. lit. E. pag. 1077. Prædictis non adversatur, quod error in substantiâ vel materiâ stipulationem non vitiat, nec etiam pignus, l. si id, quod aurum 22. ff. de verb. oblig. l. 1. §. ult. ff. de pignorat. act. l. cum es pignori 20. in princ. ff. de furt. Namque inter stipulationem & pignus, & inter emptionem differentia constituenda est. Si, per errorem pignore accepto, vel in stipulationem deducto ære pro auro, pignus & stipulationem nullam esse dixerimus: nihil supererit in obligatione. Proindeque creditoris & stipulatoris interest, saltem illud ipsum corpus, quod demonstratum est, quale quale etiam sit, deberi; & sic æs saltem in obligationem venire: attentâ insuper hac ratione, quod ex horum parte nihil interdum in his contractibus interveniat. Alia est ratio emptionis: quia cum emptor vicissim ad precium obligetur: idcirco ejus interest, potius, ne ullo modo obligatio consistat in ære, quod pro auro venditum est: quam si æs, datâ ingenti pecuniâ, comparet pro auro. Verum eâ de re consulantur Duarenus, Donellus, & Cujacius in d. l. si id, quod aurum 22. ff. de verb. oblig. idem Cujac. lib. 2. observ. c. 4. Mudeus ad d. l. in venditionibus 9. n. 5. & seqq. ff. de contrah. empt. Borcholt. in Comment. de verb. obligat. c. 5. n. 74. & seqq. & part. 2. Disput. de contrah. empt. proposit. 15. pag. 466. & seq. Robert. lib. 1. animadvers. jur. civil. cap. 4. Bronchorst. d. cent. 2. assert. 53. edit. 2. Henon. Disput. 16. contro. 2. Pacius cent. 2. eværto Παύλῳ q. 4. Robert. Disput. 17. thes. 3. lit. 6. Giphani. Disput. 28. lib. 3. thes. 7. ibique Olesman. n. 12. Valtejus in hoc princ. n. 15. & seqq. Comm. lib. 7. Comment. jur. civ. c. 6. n. 4. & seqq. Gudeus in Comment. de contrah. & committ. stipulat. c. 3. conclus. 4. n. 23. & 28. cum seqq. D. Besold. in delibatis jur. ex lib. 18. ff. quæst. 2. Paulus Borens disp. 11. ad Institut. them. 1. quæst. 1. Humius d. resolut. ad Treutler. vol. 2. disput. 2. quæst. 47. & 48. pag. 198. cum seq. & lib. 3. var. resolut. jur. civ. tract. 2. quæst. 18. & seqq. Morla in empor. jur. d. part. 1. tit. 9. in premiss. n. 18. & seqq. itemque Acacius Antonius de Ripoll. variar. resolut. cap. 11. n. 269. & seqq. fol. 553. & Justus Reisenbergius disput. 1. juris civil. renovat. thes. 33. & seqq.

Cæterum error nominis, aut qualitatis ipsius mercis non quidem vitiat hunc contractum: sed tamen, si in qualitate dissensus sit; venditor teneri debet, quanti interest emptoris, se non esse deceptum; etiam si venditor quoque nesciat: veluti si mensas quasi citreas emat, quæ tales non sunt, d. l. in vendit. 9. §. si in nomine ff. de contrah. empt. l. si sterilis 21. §. 2. ff. de action. empt. Quod si verò in accessionibus mercis principia is dissensient contrahentes; hoc est, emptor de aliâ, venditor itidem de aliâ accessione sentiat: emptio & venditio nihilominus subsistit, sed ea res emptori debetur, de quâ sentit venditor, l. si in empt. 34. in pr. & ibi Bartol. ff. de contrah. empt. Donell. in l. inter stipulantes, 83. §. si Stichum 1. n. 5. ff. de verb. in oblig. Mudau in d. l. in vendit. 9. n. ult. ff. de contrah. empt. Etenim in contrahenda emptione & venditione ambiguum conventionem adversus eum, qui potuit legem contractui apertiores dicere, interpretamur; siue sit venditor, l. in contrah. 172. ff. de reg. jur. l. veteribus 39. ff. de pact. l. Labeo 21. ff. de contrah. empt. siue emptor, d. l. si in empt. 34. in princ. ff. eod. ubi Jurisconsultus Paulus, ex mente Labconis, pactum emptioni appositum, secundum venditorem, contra emptorem, qui legem contractui dixerat, minusque

verifimil.c.12. Gæd.in Comment. de contrah. & commit. stipulat.c.9.conclus.4.n.65. & feqq. Donell. lib. 13. Comment. de jur.civ.c.2.pag.135.n.50. & in l. stipulationes non dividuntur.72.n.40. ff. de verb. oblig. Somsbec. de feud.pars. 9. num.35.cum feq. Mynfinger.cent.1. obj. 53. Anton. Matth. hic in fuis not. Fachineus d.lib.2.controvers. jur.c. 30. Bachovius latiffime in fuis not. ad vol. 1. Treutl. diff. 28. th. 2. lit. C.pag.1055. cum feqq. & ibidem Hummii in fuis refolut. q. 7. pag. 119. & feqq. vol. 2.

- 34 Sed ego illud prius & textibus & rationibus juris magis consentaneum puto. I. Namque Justinianus Imp. in §. alie autem 2. vers. & ad exemplum fuprà, de donationib. perfpicue tradit: ad exemplum venditionis, incumbere traditionis necessitatem donatori. Atqui donatori necessitas tradendi rem donatam obfolute incumbit, l. si quis argentum 35. §. 5. five fin. C. de donationib. ubi expresse dicitur, primò; necessitatem imponi donatori hoc, quod donare exstimaivit, tradere. Necessitas autem efficit, ut non liceat aliud facere, quam quod in obligationem deductum est, arg. l. obligamur § 2. §. necessitate 7. ff. de obligat. & actionib. Secundo in d. §. fin. dicitur: liberalitatem plenam, necessarium traditionis effectum sequi debere: Unde tale argumentum petitur: Quicumque tenetur præcisè ad traditionis effectum, ille multò magis tenetur ad traditionem ipsam. Atqui donator ad effectum traditionis (qui est vel dominii, vel usufructu conditionis translatio, arg. l. 2. § 3. & l. tit. ff. pro donat. l. sed & si 25. & l. si extraneus 44. ff. de donationib. int. vir. & uxor.) tenetur, d. §. final. Ergò multò magis ad traditionem ipsam tenebitur. Tertio in eodem §. fin. dicitur: necessitatem habere donatorem omnimodo tradere. Quæ verba quin præcisam inferant necessitatem, non dubitatur, ut mox indicabitur latius n. 36. Si igitur illa à donatore tam præcisè exiguntur: cui tamen magis subveniri solet, & æquum est, ut ne evictionem præstet, l. Aristo. 19. §. ult. ff. de donation. l. 2. C. de evictionib. & ne in plus, quam facere possit, exigatur, §. sed & si quis 38. infr. de actionib. l. & exheredatum 9. cum l. seq. ff. de re judic. l. divus Pius 28 ff. de reg. jur. utique consequens est, quod multò magis à venditore isthæc exigere debeant: cui, cum precium habeat, minùs subveniri æquum est, Georg. Frantzkius exercit. jurid. 11. qu. 1. p. 387.
- 35 II. Ulpianus in l. ex empto 11. §. 2. ff. de actionib. empti refpondet: venditorem oportere ipsam rem præstare sive tradere. At verbum oportere præcisam coactionem seu necessitatem importare, vel Grammaticis notum est: & idem insuper dilucide probatur ex l. 1. in princ. ibi, prius nosse oportet ff. de iust. & jur. III. Urget textus in §. 1. infra hoc tit. ibi, tunc omnimodo secundum ejus estimationem & precium persolvatur, & res tradatur. Si omnimodo, ut textus ille vult, res tradi debet: non certè modo aliquo ea retineri, & vice ejus interesse præstari poterit. Nam omnino, omnimodo, præcisè nunc, semper. & similia, verba præquantia vel ideo vulgo feruntur, quod nullam modificationem aut limitationem recipiunt, l. & ita 3. §. 1. v. at hoc edito omnimodo. & c. ff. nauæ, capones, stabular. d. l. si quis argentum 35. §. sed & si 4. ibi, omnimodo requirenda. C. de donationib. IV. Huc pertinet textus in l. fistulas 78. §. 1. ff. de contrah. empt. in l. non est probabili 6. C. de rescind. vend. l. cum fundus 31. in princ. ff. de reb. cred. si cert. pet. & l. qui restituere 68. ff. de rei vindicat. ubi qui rest. tuere condemnatus est, præcisè restituere compellitur: & rem manu militari à contumaci venditore sive rep. auferri posse, pronunciat. Et quanquam Antonius Faber lib. 16. conject. c. 17. & decad. 18. error. pragmat. §. totam istam legem 68. à Triboniano corruptam esse, affirmat, quem sequi videtur Bachovius d. diff. 28. th. 2. lit. c. pag. 1058. illius tamen rationes, post Justum Mejerum. Eudox. Justin. decad. 3. cap. 4. n. 6. ingeniose refutat Hilliger. in Donello enucleat. lib. 20. c. 6. lit. G. pag. 644. & feqq. V. In uno ex correlativis dispositionibus & in alio dispositum censetur, l. ult. ibique Bartol. & Jason C. de indic. viduit. toll. l. 1. C. de cupressis. Nicol. Everhard. à Stadelb. in locis legal. in loc. à correlat. u. 3. Sed venditori competit ad precium exigendum venditi actio, l. venditi 6. C. de actionib. empti. Ergo & emptori competet actio empti ad consequendum id, quod venditum est. VI. Si venditor præstationem ejus, quod interest,

liberaretur: rem eandem alteri vendi posse, consequens esset. Priori siquidem emptori satisfaceret, si id, quod ejus interest, præstaret. At eandem rem denuo citra falsi crimen vendi non posse, liquet, ex l. qui duobus 21. ff. ad leg. Cornel. de falsi. Nec movet quicquam, quod venditor possit rem jam venditam, iterum vendendo in alium transferre, & cum dominum facere, l. quotiens 15. C. de rei vindicatione, ac consequenter non teneatur præcisè ad traditionem. Ratio consequentiæ est perspicua: quia si res esset ex naturâ venditionis præcisè tradenda: posterior isthæc venditio esset potius nulla, quam aliqua dicenda. Nihil, inquam, hoc movet. Aut enim consideratur secunda emptio jure summo, & potissimum respectu venditoris: & tunc non videtur subsistere cum effectu posse, propter dolum, qui ex parte ejus intervenit: pro respectu & in crimen falsi incidit, d. l. qui duobus 21. ff. ad leg. Cornel. de falsi. Aut consideratur secunda emptio respectu emptoris: & tunc quia ille in bonâ fide est, & rem jam venditam accepit à venditore, qui dominus adhuc erat: ea ex æquitate sustinetur, d. l. 15. C. de rei vindicat. Porro de re duobus, vel pluribus, diversis temporibus venditâ, restet & accuratè dissertant Gomezius tom. 2. variar. resolut. jur. civ. cap. 2. num. 139. fol. 341. & D. Besoldus in delibatis juris, ex libr. 18. ff. qu. 7. VII. Accedit, quod nulli suus dolus debeat patrocinari, l. verum est. 63. §. hoc quoque 8. ff. pro socio. l. dolus. 44. ff. mandati. l. 3. §. illud. ff. de calumniatorib. Litaque 12. §. 1. & l. eum, qui. 14. §. is autem. ff. de furt. VIII. Facis, quod alteri per alterum iniqua conditio inferri non debeat, l. non debet. 74. ff. de regul. jur. & contra naturam sit, ut quis cum alterius damno & jacturâ locupletetur. l. nam hoc naturâ 14. ff. de condit. indebit. locupletari 48. de regul. jur. in 6. IX. Conferi huc, quod aliud pro alio invito creditori non solvatur, l. 2. §. 1. ff. de reb. credit. si cert. pet. Sed res vendita debetur emptori. Ergo illa tradi debet, non autem aliud ejus loco, invito emptore. X. Si contraria opinio obtineret: venditoribus occasio malignandi daretur, compellendo emptorem ad interesse probationem, quæ difficilis est, l. ult. ff. prætoris stipulat. cum in facto consistat. l. quatenus 24. ff. de reg. jur. Verum malignandi occasionem esse vitandam, indicat §. 1. vers. sed ne dum talia infr. de vi bonor. raptor. & l. opus. 3. in princ. ff. de operib. publ. XI. Nihil magis bonæ fidei, quæ summa est in hoc contractu, congruit, quam id, quod inter contrahentes convenit, vel actum est, præstari, d. l. ex empto. 1. §. 1. ff. de actionib. empti. l. cum venderem. 21. ff. locati. Grave quippe est, conventionem & datam fidem fallere, l. 1. ff. de pact. & l. 1. ff. de consuet. pecunia. Id autem agi intelligitur, ut res emptori tradatur, & precium venditori deur. d. l. ex empto. 1. §. 1. ff. de actionib. empti. XII. Paulus diserte ait, venditorem, cogi implere venditionem. l. si quis alienum. 46. ff. de actionib. empti. id est, venditor cogi potest, ut tradat, modo scilicet naturalis aut mancipiet, modo nimirum civili: sicuti idem Paulus se explicat in lib. 1. sentent. tit. 13. §. si id quod emptum est. Cujus loci auctoritas etsi non authentica censetur: ubi tamen cum legibus aliis concurrat, miram vim habet & ad explicationem, & dubie sententiæ solidiorem confirmationem. XIII. Quod expresse fieri non potest, id tacitè multò minùs recipitur, arg. l. Papinianus 8. §. sed nec impub. 5. ff. de inoffic. testam. & fufius probat Everhardus in loco, ab expresse ad tacit. n. 10. & feqq. Atqui claro clarius est, id agi aut conveniri expresse non posse, ne dominium rei venditæ ad emptorem transeat, manente eodem contractu emptionis, l. eum manu facti 30. §. fin. ff. de contrah. empt. Contingere autem id in casu nostro tacita conventionem, & quidem unius voluntate, ne unquam dominium, vel res ad emptorem veniret. XIV. Idem provisorium est iure feudali: ut nimirum ad feudum tradendum sum est iure feudali: ut nimirum compelli possit, nec interesse prænovando vasallo dominus compelli possit, nec interesse præstando liberetur, cap. in. §. si facta 6. si de feudo defuncti conventio sit int. domini. & c. lib. 2. tit. 26. in usib. feudor. Cui suffragatur textus in tit. 3. §. ult. d. l. 2. feudor. ubi Jurisconsultus Feudista ait, nullam investituram fieri debere ei, qui fidelitatem facere recusat. Quibus ex verbis, à contrario sensu satis evidenter colligitur: quod domi-

dominus eum, qui fidelitatem facere paratus est, investire cogatur. Argumentum etenim à contrario sensu, si non textui alicui expresso adversus, in iure nostro frequentissimum & fortissimum esse, certum est, l. 1. §. huius rei fortissimum ff. de offic. ejus, cui mand. est jurisdict. Et lazius ostendit Nicol. Everhard. in topic. legal. loco, à contrario sensu num. 4. Et seqq. Atque is genuinus juris feudalis est sensus; quamvis Doctores vulgò ab eo secessionem faciant, Andr. de Ifern. Martin. Laudens. Et Alvarott. in d. §. si facta sit. 26. lib. 2. feudor. Jacobin. de S. Georg. in tract. de feud. in verb. investivit talem num. 8. pag. 15. Rosenthal. in synops. jur. feud. c. 6. conclus. 7. Borcholt. de feudis. c. 9. n. 12. alique ab his relati. XV. Illud ipsum iure municipali renovato Württembergico statutum videtur, part. 2. tit. 9. pag. 270. §. So bald ein Kauff beschloffen, ibi, dargegen ist der Verkäufer verbunden, Et c. XVI. Eandem sententiam, communiter approbatam, sequuntur & defendunt Martinus à glos. relatus, Bartol. Casirensis, Costal. Et reliqui Dd. plerique in l. 1. ff. de actionib. empt. Decius, Alexand. Et Jason in d. l. certi conditio 9. ff. de reb. credit. Petr. Jacob. Aurel. in aurea practica libellor. Rubr. 83. n. 2. Et seqq. Imol. Abbas, Et Felin. n. 34. in c. cum Joan. ext. de fide instrument. Ant. de Burgos. in rubr. tit. extr. de empt. Et vend. n. 5. Pinel. in l. 2. part. 2. c. 3. n. 20. cum seqq. C. de rescind. vend. Et in l. 1. C. de bon. matern. part. 3. n. 25. Rebuff. in d. l. imic. C. de sentent. que pro eo, quod interest, profer. in verb. quantitate n. 10. Scharf. ad rubr. C. de contrah. empt. n. 8. Duaren. ad tit. C. de actionib. empt. Molinæus ad tit. C. de contrah. empt. pag. 189. Cujac. ad Jul. Paul. lib. 1. recept. sent. tit. 13. §. si id, quod emptum. Et c. Fabian. de Monte in tract. de empt. Et vend. quest. 6. princip. n. 38. Andr. Clud. de condit. cap. 1. n. 71. Anton. Faber lib. 6. consue. cap. 17. Et de error. pragmat. dec. 22. err. 4. Treutl. d. disp. 28. vol. 1. th. 2. sub lit. C. Coras. lib. 2. Miscell. jur. civ. c. 3. n. 7. D. Collega Bocer. class. 2. Disp. 3. th. 69. ed. 2. & in tract. de investitura feud. c. 2. n. 27. cum seq. Et in hoc tit. n. 152. Et seqq. pag. 385. Morla in Empor. jur. part. 1. tit. 9. qu. 7. Foman. disp. 22. th. 1. lit. b. Schegg. in delib. jur. disp. 18. th. 33. Bronchorst. cent. 2. évangelic. Quest. 97. edit. 2. D. Besold. in delib. jur. ex lib. 19. §. quest. 1. pag. 27. Arumæus Exercit. Justin. 14. th. 2. Et disp. 13. ad Pandect. qu. 8. item lib. 1. decis. 13. n. 25. Et seqq. Porter. lib. 3. disp. 18. th. 3. Matth. Stephani cent. 3. qu. 68. Henon. disp. 16. controvers. 11. Plebst. disp. 1. de jure topico Württemberg th. 31. Giphon. lib. 3. disp. 28. in coroll. ibique in suis notis Olemannus n. 33. Et seqq. Niellius disp. feud. 4. th. 1. ad lit. f. Wegnerus disp. 12. th. 2. ad lit. a. Riemer. dec. 10. quest. juridic. illustr. q. 9. Althusius lib. 1. Dialectic. c. 74. n. 30. pag. 255. Et novissime Frantzkius d. exercit. jurid. 11. quest. 1. pag. 333. Et seqq. nec non Ungerpaur. exercit. Justin. 12. quest. 4. pag. 447. cum seqq. edit. ult.

49 Hanc ita firmatam sententiam non infringit textus in l. 1. in princ. ff. de actionib. empt. ubi, si res vendita non tradatur, in id, quod interest, agitur: ac proinde venditor præstando interesse liberatur, Primum enim dicendum est: emptorem posse eligere id, quod interest, propter moram dolosè à venditore commissam, juxta l. venditor. 10. C. eod. & in specie istius legis dolosè moram esse commissam, ex sequentibus facile evincitur. Deinde, secundum communem doctrinam non ineptè respondetur: dictam legem 1. occipiendam esse de casu, quo venditor non habet potestatem seu facultatem tradendi rem venditam; puta si ante traditionem sit evicta: aut prius alii sit tradita: vel venditoris dolo perierit: aut emptor non valde ejus traditionem urgeat. Etenim cum isthæc legis verba (si res vendita non tradatur) ambigua sint & obscura: quippe cum intelligi queant de re, quæ tradi amplius à venditore non potest; exaudiri item valeant de re, quam adhuc penes se habet venditor, adeoque tradere potest; sed ex contumaciâ non vult præstare: utique ea recipienda illorum interpretatio erit, quæ vitio caret, & verisimilior est, aliisque legibus non repugnat. l. in ambigua. 19. ff. de legib. l. in obscuris. 114. ff. de regul. jur. c. cum expediat. 29. ext. de elect. in 6. Atqui superior illa, frequentioribus calculis comprobata interpretatio, caret vitio, & verisimilior est, eumque legibus, quæ volunt, quod venditor tradendi facultatem habens

præcisè rem tradere teneatur, bellè consentit. Quapropter ea sola recipi, altera verò rejici: adeoque responderi debet: in objectâ l. 1. ff. de action. empt. venditorem non habuisse facultatem rei tradendæ, arg. l. si cum fundum. 68. §. fin. ff. de contrahend. empt. Et l. qui tibi hereditatem. 6. C. de heredit. vel act. venditâ.

Similiter non adferantur l. ex empto. 11. §. idem ait. 9. ff. de actionibus empt. Et l. contractus. 17. vers. adeo ut nec illud, Et c. C. de fide instrument. ubi venditor præcisè compelli non potest ad tradendum, sed hæc saltem necessitas ei incumbit: ut vel rem venditam tradat, vel id, quod emptoris interest, persolvat. Hæc namque, & similes leges, quæ de interesse loquuntur, procedunt itidem in casu, quo emptor non admodum urget ipsam rei traditionem, vel venditor prius rem alii tradidit, ut amplius tradendæ ejus copiam non habeat. Itaque si rei tradendæ facultatem adhuc habuerit, eam præcisè emptori petenti tradere tenebitur, juriis supra allegatis.

Nec quicquam etiam decerpit nostræ decisioni l. vinum. 22. ff. de reb. cred. ubi cum pro vino mutuo dato æstimatio, sicque aliud pro alio solvatur: dicendum videtur, quod interesse præstatio venditorem liberet, & per consequens ad tradendum cogi nequeat. Æstimatio siquidem ibi idcirco præstatur, quod debitor in morâ constitutus fuit: unde factum est, ut vinum jam non reperiat ejusdem bonitatis: atque ea propter ad æstimationem necessario devenitur. Et sanè si velit creditor, postulare potest, ut res ipsa mutuo data eodem in genere sibi solvatur, arg. l. 2. in princ. ff. de reb. cred. ibique Alciat. Et Zasius, nec non Wesenbec. in paratit. n. 12. l. ubi autem non apparet. 75. §. ult. ff. de verb. oblig. Tob. Nonius in princ. tit. supra, quib. mod. re contrah. oblig. n. 28.

Nihil quoque refragatur l. si traditio. 4. C. de actionib. empti. ubi Imp. Dioclet. & Maxim. rescripserunt: si traditio rei vendite juxta emptionis contractum procaciâ venditoris non fiat; quanti interesse compleri emptionem fuerit arbitratus Præses Provinciæ, tantum in condemnationis taxationem deduci debere. Quandoquidem illic procaciâ, hoc est, contumaciâ, & petulantia sive morâ dolosâ venditoris res suo tempore tradita non est: nimis quippe diu traditionem rei distulerat. Ideoque rectè dicitur: emptorem, ob moram in tradendo procaciter & petulanter dolosè commissam, interesse petere posse: ejusque rationem Præsidem Provinciæ in condemnando debere habere. Atque adeo emptor conducibilis utilisque sibi esse ratus est, id quod interest, obtinere, quam ipsius rei venditæ placito tempore non solutæ, traditionem instantius urgere. arg. l. cum venditorem. 10. C. de actionib. empti. Vide Frantzkius, dictam l. 4. C. d. tit. copiosius explicantem, d. exercitat. 11. quest. 1. p. 340. Et seq. n. 53. cum multis seqq.

Non item obloquitur textus in l. si ita distrahatur. 25. §. 1. ff. de contrah. empt. ibi dum ab Ulpiano responderetur, venditorem necesse non habere fundum sive rem emptoris facere: adversarii inferunt, venditorem non posse ad rei traditionem præcisè cogi. Nam responsum illud ita exaudiendum est, quasi venditor necesse non habeat hoc agere, ut res omnino & irrevocabiliter emptoris fiat: quoniam si res aliena venditur, tenetur quidem ad tradendum venditor; interim tamen res, utpote aliena, evinci & emptori auferri potest. l. rem alienam. 28. ff. eod. tit.

Præterea ad rhombum nil facit. l. si in venditione 60. ff. de evictionib. ubi expressum est, ex naturâ ex empto actionis interesse præstari: Quia loquitur de casu evictionis: cujus nomine in simplum agitur adversus venditorem, & etiam ad interesse, ex naturâ emptionis. Ita enim inquit Javolenus: Si in venditione dictum non sit quantum venditor pro evictione præstare oporteat: nihil venditor præstabit, præter simplum, evictionis nomine: Et ex naturâ ex empto actionis, hoc quod interest. Ubi obiter notandum: quod re emptâ evicta, hoc est, per judicis sententiam plenè amissa, venditor emptori teneatur, vel in simplum, & id, quod interest, id est, ad præcium recipiendum, & utilitatem omnem l. venditor. 8. d. l. si in venditione 60. l. evicta re 70. ff. d. tit. l. Titus 43. §. ult. ff. de act. empt. vel ad duplum, si cum dictum actumve sit.

omnem utilitatem, hoc est, id quod interest (secundum receptam Feudistarum interpretationem) ei prestare cogatur. Si ego isto casu, quo investitura verbalis facta, fidelitasque jam prestata est, ad interesse duntaxat solutionem dominus tenetur: multò certè magis ad interesse tantum eo tenebitur casu, quo promissionem feudi nondum investitura isthac & fidelitatis præstatio secuta est. Textus, inquam, ille haud quaquam superiori nostræ decisioni contradicit. Quia verba hæc, *omnem utilitatem ei præstabit*, non ita debent intelligi, quasi in arbitrio domini positum sit, pro ipso feudo præstare novo vasallo id, quod interest. Hunc etenim intellectum non admittit aliud feudorum placitum, supra adductum, *ex tit. 26. §. si facta lib. 2. feud.* ex quo clarissime perspicitur, quòd neutiquam liberum sit domino, pro ipso feudo præstare vasallo id, quod interest. Quare in *d. 1. §. 7. ult. lib. eod. per omnem utilitatem*, ea significatur utilitas, quam dominus, præter ipsam feudi possessionem, propter moram, vasallo præstare compellitur. Interest quippe vasalli, nullam fieri moram à domino in præstanda feudi possessione: cum feudi fructus ad vasallum pertineant, *tit. 23. §. ult. vers. usus fructus vero lib. 2.*

63 *feud.* Hanc ergo utilitatem, quæ ex mora domini decedit vasallo, unà cum ipso feudo, propter moram dominus ipsi vasallo præstare tenetur. Atque hanc esse sententiam illorum verborum finalium, in *d. tit. 7. §. ult. lib. eod.* rectè censet D. Collega Bocerus in *d. tract. de investitura feud. cap. 2. n. 33.* Et tantum de ista questione.

64 Succedunt in definitione hæc verba: *§. precio certo nummario.* Quia sine precio emptio & venditio nulla est. *§. precium autem. l. infr. hoc tit. l. 2. §. 1. l. cum in venditione. 36. l. nuda & imaginaria. 55. ff. de contrahend. empt. l. empti. 9. C. eod. l. imaginaria. 16. ff. de reg. jur. l. contractus. 54. ff. de obligat. & actionib. l. si ex precio. 6. ibi, simulatis pro infectis habitis. C. si cert. petat. adeoque emptionis substantia præcipue consistit ex precio, tradente Papiniano in *l. pacta conventa. 72. in fine principii. ff. de contrab. empt.**

65 Uno itaque nummo (nisi tanti solummodo res valeat) emptio & venditio fieri non potest. *l. si quis conduxerit. 46. ff. locati conducti.* quippe cum unus nummus precio opponatur, *l. si quis ante. 10. §. ult. ff. de acquir. vel amitt. poss. ibique gloss. Alex. & Jason.* Non obstat *l. 1. §. Divi fratres. 6. ff. de questionib.* ubi Ulpianus ait: heredem imaginaria venditione dominium in servo quæsisse videri.

66 Ibi namque venditio imaginaria dicitur, non ob precium imaginarium, sed propter causam emptionis fictam & imaginariam. Heres quippe servum emerat iusto precio, quali ipse eo usus, sibi illum habiturus esset: cum reverà id ageret, quo per istam emptionem servus questioni subtraheretur: atque ita rerum hereditariorum, furto fortassis subducatum, probatio interverteretur & evanesceret. Sic & in *l. §. qui sub. 10. C. de distract. pignor.* imaginaria & simulata procedit emptio, non quæ imaginario precio, sive uno fiat nummo, sed quæ sit per suppositam imaginarii emptoris personam; &, ut *Imp. Diocletian. & Maxim. ajunt*, sub imagine alterius personæ; quæ singulari libertatis favore quandoque sustinetur, *arg. l. libertas. 122. ff. de reg. jur.*

68 Similiter non adversatur *l. si usufructus. 66. ff. de jure dot. ubi maritus, qui usufructum uxori donare non poterat, unico nummo proponitur eum uxori vendidisse.* Etsi enim regulariter emptio, precio imaginario, unoque nummo facta, non subsistat: si tamen rerum expediendum & negotii perficiendi causa interponatur, ea vim aliquam habere censetur. Hinc olim hereditates imaginaria venditione vendebantur. *§. 1. supr. de testament. ordinand.* Hincque per imaginariam venditionem olim filius emancipabatur. *§. prætereun. 6. supr. quib. mod. jus patr. potest. solvit. & alii actus*, quòd firmiores essent, imaginaria venditionis interventu celebrari consueverunt. Ita docent, tenentque D. Antonius lib. 3. var. resolut. jur. civ. tract. 7. part. 1. quest. 5. & in Resolut. ad Treutler. vol. 2. disp. 2. mod. 45. pag. 194. & quest. 64. pag. 235. Morzini in tract. de empt. & vendit. tit. de substantialib. empt. n. 23. Nicol. Everhard. in locis legalib. loc. à vi numeri num. 12. Nonius ad *l. 1. quib. mod. re contrab. oblig. D. Bocerus ad l. contractum. 23. c. 2. n. 58. edit. 2. Heigius ad d.*

*§. precium autem infr. hoc tit. n. 5. Arminius Exercit. Justin. 14. th. 1. §. disp. 13. Pand. th. 4. Matth. Stephani cent. 3. q. 63. Henon. disp. 16. controvers. 13. Morla in Emporio jur. part. 1. tit. 9. in præmiss. n. 57. Bachovius in not. ad vol. 1. Treutler. disp. 28. th. ult. lit. B. pag. 1093. & seq. Knipschildt. d. exercit. 8. quest. 6. pag. 293. cum seq. Nicolaus Helfrich. disp. Basteleus. 9. th. 19. ad lit. b. in fine. Vide quoque Cont. lib. 1. disp. c. 16. Hackelman. disp. 11. th. 4. lit. A. & Hilligerum in Donnell. enucleat. lib. 13. c. 1. lit. l. ubi plures citat. Et huc spectant, quæ docuimus in *§. 1. n. 9. cum seq. & §. 3. n. 225. & seq. infr. de locat. & conduct.* Precium porro certum esse debet, *d. §. precium vers. sed & certum infr. hoc tit.* quale est non tantum, quòd statim inter contrahentes exprimitur: sed etiam quòd aliquà idonea relatione vel demonstratione certum fieri potest, *arg. l. certum 6. ff. de reb. cred. si cert. pet. l. hæc venditio 7. §. 1. & l. si quis fundum 37. ff. de contrab. empt.* Sed & precium nummarium esse oportet: hoc est, in pecunia numerata, non in corporibus aut speciebus consistere debet, *§. item precium infr. hoc tit. ubi nos ea de re acturi sumus, & v. & c. copiosius.* Atque hæc etiam est emptionis & venditionis forma seu differentia specifica, qua discriminetur à permutatione, in qua res seu corpus pro re datur, *l. 1. ff. de rer. permutat. Giphani. lib. 3. disp. 28. th. 10.**

Tandem definitioni illa verba adduntur: *venditori dando.* Quoniam precium venditori dandum, id est, dominium precii in eum transferendum est: Quòd si enim emptor nummos venditoris non fecerit: eo nomine ex vendito tenebitur, *Lex empto 11. §. 2. in fin. ff. de actionib. empt. & l. 1. in princ. vers. emptor enim ff. de rer. permutat.* Ratio autem diversitatis, cur emptor nummos dare, venditor rem tantum tradere teneatur, hæc assignari consuevit, tum quia ille generis sive quantitatis; hic verò speciei seu certi corporis debitor est: quæ species, cum eum oneret & coarctet gravius, quàm si genus deberet; relevatur in eo, ut tradere, non dare, teneatur, *Accurs. & Bartol. hosque referens Gothofred. in d. l. ex empto 11. §. 2. ad lit. K. ff. de actionib. Empt. Borcholt. in prædicto. Comment. ad tit. ff. de in re. jur. c. 4. n. 70.* Tum quia, nisi emptor precium dare omnino necellum haberet nullus ejus foret usus, *arg. §. constituitur supr. de usufruct. l. 2. & l. hoc senatusconsultum §. ff. de usufruct. ear. rer. que usu consumunt.* At rei etiam usus est, licet accipientis non fiat: ac proinde traditio sufficit: cum commodari locarivè possit. *Arminius exercit. Justin. 14. sub th. 4. in fin. Sed vide Anton. Fabr. lib. 6. conjectur. jur. civ. cap. 9. ubi priori illa differentia ratione reprehensâ, aliam proponit.*

Postremò contra propositam, jamque explanatam emptionis & venditionis definitionem tale opponi solet argumentum: quæcunque substantialibus non differunt; illa inter se non differunt. Sed tria illa, *merx, precium, & consensus*, quæ tanquam substantialia hujus contractus (secundum communem opinionem) in definitione nostrâ ponuntur, etiam in locatione & conductione requiruntur. Nulla siquidem est locatio, nisi adit contrahentium consensus. *l. 1. l. qui ad certum 14. ff. locati conducti. item nisi adit merx*, hoc est, res, quæ locetur; & merces, quæ precium dicitur, *d. l. si quis ante 10. §. ult. ff. de acquir. vel amitt. poss. l. ult. ff. ad leg. Rhod. l. quod si domi 28. §. 2. ff. locati conducti.* Ergo locatio & conductionis est emptio & venditio. Verùm respondetur ad majorem. Quæ substantialibus non differunt, tendentibus ad eundem finem, illa inter se non differunt. At eadem tria, quæ in emptione & venditione interveniunt, interveniunt quoque in locatione & conductione, sed ad finem diversum. Nam in emptione & venditione precium pro merce datur, ea fine, ut merx emptoris fiat. In locatione verò & conductione datur merces sive precium, non eo fine, ut domus locata fiat conductoris, sed ut hic illa utatur. Finis autem cujuslibet rei præcipue inspicendus est: & à fine res denominatur: similique qualis res sit censenda, declarat, *l. sed & si quid 25. §. 1. ff. de usufruct. l. si ita stipulatus essem 14. & l. insulam intera biennium 124. ff. de verbor. obligat. c. qualis in princ. 25. dist. 1. Nicol. Everhard. in locis legal. loc. 2. c. à virtute finis. num. 2. & 3. Bald. consil. 172. col. 2. lib. 1.*

- lib. 1. eumque referens Joannes Borcholt. part. 2. disp. de contrah. empt. sub propoſit. 6. p. 450. Adde, quòd in emptionis contractu precium nummarium eſſe, adeoque in pecunia duntaxat numerata conſiſtere debet, per ea, quæ ſuprà tradidi n. 71. Mercedem verò in locatione non ſolum in numerata pecunia, ſed in quavis etiam re alià fungibili conſiſtere poſſe, firmis ſat rationibus demonſtratum eſt ad 76
- §. 2. infra tit. proximo n. 3. & ſeqq. Cæterùm præter illa hætenus expoſita emptionis & venditionis requiſita, putà conſenſum, rem ſive mercem, & precium, jure renovato Württembergico de ſubſtantia iſtiſus contractus, in immobiliſus cenſetur, ut à Magiſtratu ſive Judio cujuſque loci cum cauſæ cognitione approbetur, adeoque riſe influetur. Fürſtll. Würtemb. erneuert Landrecht. part. 2. tit. 13. pag. 279. & ſeq. Idemque attingit Joan. Jacob. Plebſt. diſp. 2. de jur. top. Ducat. Württemberg. th. 23. ad lit. F. Porro de ſubſtantialibus huius contractus videatur quoque Hunnius in reſolut. ad Trentler. vol. 2. diſp. 2. qu. 5. pag. 118. item Rittershuſius hic pag. 467. ubi in ſolo precio ſubſtantiam huius contractus conſiſtere ſcribit arg. l. 3. & l. empti. 9. C. de contrah. empt. & l. pacta 72. ff. eod.
- 78 His ita generaliter præcognitis ad explicationem huius principii accedendum eſt proprius: in quo Juſtinianus Imp. oſtendit: emptionem & venditionem contrahi, ſimul atq; de precio conveniri: quamvis nondum precium numeratum ſit, & ne arrha quidem data fuerit. Perſi-itur igitur emptio ſolà precii (quod reſpectum ad rem habet: precio quippe res æſtimatur: & ſine re, quæ veneat, nulla emptio intelligitur, l. nec emptio 8. de contrah. empt.) conventio- ne, non numeratione, l. 2. §. 1. ff. d. tit. de contrah. empt. d. l. empti. 9. C. eod. Huiusque ratio illa: quia hic contractus ſit ſolo conſenſu, propter libertatem utilitatemque commerciorum, & maxime huius contractus uſitatiffimi, & ſummæ neceſſarii humanæ ſocietati. Unde mutuum, quia non nuda conventionem ſive conſenſu, ſed re ſit, numerationem deſiderat, l. certi 9. §. numerari 4. ff. de reb. cred. initio tit. ſupr. quib. mod. re contrah. oblig. & notat hic Giphanius. Conſenſum autem ejuſmodi exigimus, qui voluntatem vendendi emendique præſentem, & utriuſque contrahentium deliberatum & firmum propoſitum, non vagam atque incertam orationem, contineat. Itaque non ſufficiet de vendendo in futurum concepta conventio: cum aliud ſit venditio, aliud pactum de vendendo. Neque ſatis erit, me dicere, quòd velim vendere etiam pro certo precio; niſi & emptor, ſe pro tanto precio emere velle, dixerit, gl. in l. in vendendis 13. ibique Bald. C. de contrah. empt. Fabiani de Monte in tract. de empt. & vend. part. 5. principali n. 51. Eadem de re conſultantur Mozzius eodem tract. tit. de ſubſtantialib. emptionis n. 46. & ſeqq. Heigius hic n. 3. Vultejus n. 13. & Humius in d. reſolut. ad Trentler. vol. 2. diſp. 2. qu. 6. p. 119. Ratio porro, cur Juſtinianus hic dicat, emptionem perſici etiam ſine arrha; hæc redditur: quia arrha tantum evidencioris probationis cauſa interponitur, non ad ſubſtantiam obligationis, l. quod ſepe 35. in princ. ff. de contrah. empt. & hic in verſic. nam quod arrhe nomine datur, &c. Cæteram arrha nihil aliud eſt, quàm prærogativa & repræſentatio precii ſuo tempore perſolvendi. Si quidem precii & ſolutionis pars videtur, ut notat Hotom. hic enunciat, 8. Illamque alii παρά το ἀπ' αὐτῶς, quod firmum ſive ſolidum & validum ſignificat, dictam volunt: quidam ab Hebræo arab, quod idem valet, quod ſpon- dit, oppignoravit, fidejuſſorem conſtituit, deducunt. Paul. Cyrenus in tract. de ſponſalib. c. 11. §. 3. nonnulli derivant à re, pro qua datur, Iſidorus lib. 10. Etymolog. c. ult. quem citat Borcholt. hic n. 5. Veteres arrham vocabant arrhābonem, ut indicat Varro lib. 4. de ling. Lat. forte à Græco ἀρράβων, quod D. Lutherus in Geneſi c. 38. v. 17. ab Hebræo, qui Erabon pignus dicunt, haud dubiè ortum putat: quem referendo ſequi videtur Weſenbecius hic n. 3. Vide D. Beſold. in deſcrib. juris ex lib. 18. ff. quæſt. 6. p. 23.
- 82 Et ſine arrhe dari ſolent à ſolo emptore venditori, & non contra, à venditore emptori, l. de lego commiſſoria 6. in princ. & l. ſi ſi de lege commiſſor. l. contractus 17. §. ult. C. de ſide inſtrumentor. & hoc princip. in fin. Sic in ſponſalibus plerumque ſponſus dare conſuevit arrhas ſponſæ, non vice verſa, arg. l. ſi quis officium 38. in fine principi
- p. ff. de ritu nupt. l. ſi legibus 16. C. de Episcop. audient. l. unic. C. ſi reſtor provincia, vel ad eum pertinentes ſponſal. dederint. l. 3. & ult. C. de ſponſalib. cum ſimilib. Sed 83 & in locatione quandoque arrha ſolet adhiberi: cum illa emptioni ſit ſimilis, initio & §. 3. infr. 2. prox. Atque nomine arrharum (quæ veluti pignora contracti negotii) reputantur; non nummi tantum dantur, ſed etiam aliæ res; ut aurum, annulus, monile aut quid aliud, l. 2. C. quando liceat ab empt. diſced. l. ex empto 11. §. is qui vina 6. ff. de action. empt. l. cuicunque 5. §. item ſi inſitor. 15. ff. de inſitor. act. Cujac. lib. 11. obſervat. c. 17. Covarruv. in Epitom. de ſponſal. part. 2. c. 3. §. 7. num. 6. Rittershuſ. hic p. 467. Scharidius in Lexico juridico lit. A. in verbo, arrha, &c.
- Verùm enim verò ex conſtitutione Juſtiniani interdum 84 conventio de precio rei vendendæ, emptionem non perſicit, nempe ſi emptio in ſcriptis celebretur. Hanc enim Imperator non vult aliter perſici, niſi ſcriptum ſeu inſtrumentum ritè fuerit conſectum: omnibuſque ſuis numeris abſolutum, per hunc textum noſtrum verſ. ſed hoc quidem, &c. & l. contractus 17. C. de ſide inſtrument. Arque hinc eſt videtur, quod Tribonianus hanc clauſulam, ſine ſcriptis, in reſponſis & conſtitutionibus veterum nonnunquam interjecerit, ut in l. 2. ad finem ff. de contrah. empt. & in l. cum inter 4. C. de peric. & commodo rei vend. Notanda autem hoc loco eſt emptionis diviſio, quā alia 85 ſi ſine ſcriptis; alia in ſcriptis. Illa (ut paulò antè dictum) perſicitur ſolà conventionem precii: hæc verò legitimā conſectio inſtrumenti. Acacius Antonius de Ripoll. variar. jur. reſolut. cap. 11. nu. 32. & ſeqq. fol. 331. Et ut inſtrumentum omnino conſummatum, legitimèque abſolutum dicatur, primum requiritur: ut contractus à Tabellione ſeu Notario in ſchedam redigatur, & eaque partibus legenda tradatur: deinde ex ſcheda in mundum ſive chartam puram transferatur: tum à Tabellione ſubſcribatur, & partibus recitetur, accedatur, nec non ab iſdem approbetur. Atque hæc quidem ita obtinent, ſi inſtrumentum publicè per Notarium conſiciatur. At ſi à 86 Notario non fiat: tunc partes ſive contrahentes debent inſtrumentum vel manu propria ſcribere, vel ab alio ſcriptum ſubſcribere, ut conſtituit Juſtinianus hic, & d. l. contractus 17. ubi latè Paulus de Caſtro, Cod. de ſide inſtrumentor. Paria namque ſunt; vel manu propria ſcribere inſtrumentum, vel ſe ei manu alterius ſcripto ſubſcribere, notante Angelo Aretino hic n. 1. in fine. Cenſetur enim ſubſcribens contenta in eo approbare; proindeque ſibi æque præjudicat, ac ſi totum ſcripſiſſet, arg. l. ſicut 8. §. non videtur 15. ff. quib. mod. pig. vel hypoth. ſolvit. & l. 1. §. 1. ibi, ſubſcriptionem ff. de conſtitutionib. princip. Quod tamen ita demum præcedit, ſi quiſpiam ſe ſubſcribat, ut princip. ibi: ſecus ſi ſubſcribat, ut teſtis. Tale ſiquidem ſubſcriptionem non præjudicare, plerique Interpretes tradunt, arg. l. ſi ita ſtipulatus 126. §. Chryſogonus, ibique Joſon ff. de verb. obligat. l. ſi pater 6. & inibi Gothofred. C. de fidejuſſorib. Bartol. in d. l. ſicut 8. §. non videtur ff. quib. mod. pig. vel hypoth. ſolvit. Schneidew. hic nu. 7. & ſeqq. Cæterum dubitatur, an quis ſit obligatus, quando ſe ſubſcripſit inſtrumento, nondum tamen perſecto: Quod affirmatur: modò ei de contentis conſtet: quod in dubio præſumitur. Si verò eorum notitiam non habuerit: ſecus eſt, l. ſp. ibiq; Bald. C. plus valere, quod agitur, quā quod ſimulatur concepit. Allegans 88 tamen ignorantiam, eam probare debet, Joſon in l. ſi ita ſtipulatus 126. §. Chryſogonus 2. ff. de verb. oblig. Schneidew. hic num. 10. Richter. d. tract. de contract. diſp. 9. th. 2. ſub lit. a. pag. 283. Illud hoc loco prætereundum non eſt: quòd ſi controverſia ſit de emptione & venditione inter ipſum emptorem & venditorem, qui negat, ſe vendidiſſe; inſtrumentum emptionis & venditionis non probet, nec ex eo ad traditionem rei venditæ agi poſſit, ſi precium in eo non exprimitur. At diverſum obtinet, ſi de emptione & venditione non inter ipſos contrahentes, ſed alios, controverſatur. Tunc etenim inſtrumento atteſtanti; venditionem factam fuiſſe, creditur; maxime, ſi principaliter non de precio, ſed de eo, an venditio facta ſit, agatur. Ita ſentimus

Bartol. in l. admonendi 31. n. 33. ff. de iurejurand. Alexand. Castrenf. & Jason in l. si duo patroni 13. §. Marcellus ff. eod. 2. Alberic. in l. 1. ff. de contrah. empt. & idem in ff. sciendum 30. ff. de verb. obligationib. Romanus consil. 305. n. 8. & ibi Mandosius in additionib. Mudau in l. 2. §. sine precio nu. 5. ff. de contrah. empt. hosque referens Borcholt. hic num. 12. Et eam rem copiosius explanat Mascardus in tract. de probat. vol. 3. conclus. 1401. n. 8. & seqq.

39 Sane instrumenta, in quibus precii & solutionis sive numerationis in genere sit mentio, ex generali quadam Germaniæ consuetudine recepta sunt, fidemque faciunt, non solum contra tertium, ad probandum titulum; sed etiam contra ipsum venditorem, & ejus heredem, ad faciendam traditionem rei venditæ, argum. l. certum. 6. ff. de reb. cred. si cert. pet. & quod equipollentium eadem sit disciplina, idemque iudicium, c. tuas. 7. ibique gloss. in verb. equipollentibus ext. de consanguinitate. & affinit. c. licet ex quadam 47. §. testes autem de testibus l. Iulianus ait 45. ff. de condit. & demonstrat. & l. si mater 3. ibidemque gloss. in verb. sua causa C. de institutionib. & substitutionib. Andr. Gail. lib. 2. observat. n. 12. & seq. ubi in Camera Imperiali sapius ita promissum fuisse, affirmat.

40 Porro subiungit Imp. Justinianus hic in vers. ita tamen impune, &c. quod emptione nondum perfecta (puta si vinum veneat, ut degustetur, vel saltem de re conveniatur, & nondum de precio) sive in scriptis, sive sine scriptis celebranda suscepta sit, emptor nolens adimplere & perficere contractum, amittat arrhas datas: venditor autem recusans adimplere venditionem, duplicatas arrhas emptori restituere obstringatur. Idem dicitur in l. contractus 17. ad finem C. de fide instrument. & jure renovato Wirtembergico, part. 2. tit. 9. §. Ob und wann die contrahenten, &c. vers. doch wo ein Arrha, &c. fol. 270. Sic & in sponsalibus, cum per sponsum stat, quod minus nuptiæ sequantur, ipsæ arrhas perdit: cum verò stat per sponsam, ipsa in duplum arrhas reddere tenetur, l. 3. & l. ult. C. de sponsalib.

41 At quid de emptione perfecta statuendum? nunquid sola arrharum jactura sive dispendium, earumve duplicatarum restitutio illam annihilabit? Ita sane non pauci opinantur. Odofredus, Salicetus & Sichelardus in d. l. contractus 17. §. illud. C. de fide instrument. Gomez. tom. 2. var. resolut. c. 2. nu. 18. Zasius lib. 2. singul. respons. cap. 24. hosque allegans Fachinus lib. 2. controver. jur. cap. 28. vers. sed mihi magis probatur, &c. Treutler. vol. 1. disp. 28. th. 8. lit. B. Et hanc opinionem communem perhiberi, ait Emanuel Sotarez in thes. recept. sentent. in verb. arrhas n. 274. & Fomannus disp. 22. th. 9. ad lit. Sed melius rectiusque judicant, qui perfectæ prorsus & absolutæ emptione, penitentem sive recedentem à contractu non arrharum solum multat & damno ponunt: verum etiam si proacriter perseveret, in id, quod interest, condemnant, arg. l. 1. & l. prædium 28. ff. de actionib. empt. l. si traditio 4. C. d. e. Haud enim debet arrharum interventus vinculum contractus semel obligationis dissolvere: cum maxime confirmandæ probandæque venditionis gratia ille sint adhibite, l. quod sape 35. in princ. ff. de contrah. empt.

42 Et si oblique arrhis perfecta emptione, ab eâ, alterutro contrahentium invito, recedere non fas est, ne quidem Principis rescripto, l. de contractu 3. l. non est probabilis 6. & l. ratas 7. C. de resind. vendit. l. 2. C. quando liceat ab empt. disced. l. sicut 5. C. de obligat. & actionib. multò utique minus à perfecta emptione discedere integrum erit, si non tantum nudo consensu, sed & insuper arrharum datione firmata sit. Nam quod ad augendum inductum,

43 & ad corroborandum additum est: diminutionem operari, aut in illius infirmationem vergere non debet, arg. l. legata inutiliter 19. in princ. ff. de legat. 1. l. si mancipia 19. circa princ. ff. de iust. & iur. legat. l. si se non obdite 4. §. si ex conventionibus 4. ff. de re iudicat.

44 Nec hinc relictatur sententiæ præfatus textus noster, &

fecto exaudiendum est; ut puta, si emptio in scriptura celebrata sit, quæ nondum à contrahentibus subscripta, vel à Notario in mundum redacta est: quæ emptio adhuc imperfecta censetur. Hoc ergo demum casu, solâ arrharum jacturâ, ab emptione recedere licet. Id quod perspicue ex hoc principio nostro probatur, ubi Imperator ita loquitur: Donec aliquid desit ex his, & penitentia locus est, & potest emptor vel venditor sine penâ recedere ab emptione & venditione: ita tamen, nisi jam arrharum nomine aliquid datum fuerit. Ex quibus certè verbis manifestissimum evadit; ibi de contractu adhuc imperfecto agi: præsertim cum mox nominatim hæc subdantur verba: Is qui recusat adimplere contractum, &c. Quæ verba itidem non nisi de contractu imperfecto accipi possunt. Sed & in d. l. contractus 17. ad finem, ista clarissima verba leguntur: Qui vendere pollicitus est, venditionem recusans, in duplum arrhas reddere cogatur, &c. Quare quo usque complementum emptioni non accesserit, ab eâ discedere sub solo arrharum dispendio licebit. Neque solutioni illi quicquam detrahit, quod Imperator ab initio hujus principii loquatur de perfecta emptione; & in versic. hoc enim subsequitur &c. de venditione celebratâ: & quod arrhæ frustra dentur ante perfectam emptionem: cum argumentum sint emptionis & venditionis contractus sive perfectæ, per hunc textum nostrum. Nam Imp. quidem Justinianus hic initio loquitur de emptione perfecta & contractâ: sed in vers. seq. eum de emptione nondum perfecta loqui, ex verbis ipsius textus satis relucet. Quod autem in d. vers. hoc enim subsequitur, &c. subijcitur de emptione & venditione celebratâ; hoc non potest accipi de emptione omnimodo perfecta; sed potius de emptione celebranda sive perficienda suscepta; id quod promptum est colligere ex verbis immediate subsequen- 95 tibus, quæ (ut modò monuimus) apertissime agunt de contractu adimplendo, seu de illo contrahente, qui recusat adimplere contractum. Præterea id, quod arrharum nomine datur, argumentum est emptionis & venditionis contractus sive perfectæ, si modò illæ emptioni jam perfectæ accesserint. At si emptioni nondum perfectæ adhibeantur: tunc ad hoc proficiunt, ut alter cogatur contractum perficere & consummare; nisi malit arrhas amittere; aut si venditor est, duplum præstare, ut hic dicitur in fin. & in d. l. contractus 17. circa fin. C. de fide instrument. Atque ita sensisse Johannem & Bulgarum, Glossatores veteres, indicat Azo in summa C. de contrah. empt. n. 17. in fin. Ita quoque sentiunt Cynus & Albericus in d. l. contractus 17. §. aliud C. de fide instrument. Marci- 96 nus & Wesenbec. hic n. 6. & in parat. ff. de contrah. empt. n. 9. Bronchorst. cent. 2. évayrio Pavov. assert. 54. edit. 2. Arumensis Exercit. Justin. 14. th. 9. & disp. ad Pand. 13. q. 3. Timæus Faber disp. annivers. 24. ad fin. Imperial. th. 2. Linglois decis. Justin. 15. qu. 11. n. 1. fol. 170. Bachovius hic n. 1. p. 798. & in notis ad d. vol. 1. Treutleri, disp. 28. th. 8. lit. B. pag. 1079. Martin. Rümelin. exercit. 15. ad institut. th. 2. ad lit. b. p. 130. Hackelman. disp. 11. th. 9. lit. b. Olemannus ad disp. 28. Giphani. n. 21. & seqq. Han- 97 nonius disp. 16. controverf. 5. Andr. Gerhards Decad. 14. q. 6. Matth. Stephanicent. 3. q. 69. Heigins ad §. in iis autem hoc tit. nu. 7. & novissimè Harnius disp. 16. th. 9. & lib. 3. var. resolut. jur. civ. tract. 7. part. 1. q. 9. Eadem de re consulantur Bartolus in l. 1. §. unde queritur n. 8. ff. de publicanis & vectigalib. Fabianus de Monte in tract. de empt. & vend. in §. q. princip. n. 69. cum seq. Ungewald. exercit. Justin. 12. quest. 2. pag. 439. cum seq. edit. ult. & Oldendorpius class. 4. act. 2. sub tit. affinia remedia p. 513. ubi notat, quod licet adversus venditorem resilientem à contractu actum fuerit de duplicandis arrhis: nihilo tamen minus agi possit ex empto ad id, quod interest: ita scilicet, ut arrharum computatio in posteriore con- 96 demnatione fiat. Atque hanc illæ sententiam veriorē esse aufferit, contra opinionem communem, per textum in l. 3. ff. de iustam. milit. ubi militari beneficio non renun- 97 ciat: qui jure communi testatur. Planè eum archa ad substantiam emptionis non pertinet, sed tantum ejus sit symbolum sive indicium & argumentum, hoc principio & arractum super. vltm. 25. idcirco si emptio & venditio per-

perfecta impletaque fuerit, nec ab ea recedatur; artha imputatur venditori in precium, si in nummis consistat, & nondum solutum sit precium, *Lult. ff. de lege commissor.* Sin verò consistat aliis in rebus, quam nummis; vel etiam in his consistat, sed precium numeratum sit: repetitur artha, & quidem vel actione ex empto, vel conditione sine causa: quia jam sine causa apud venditorem est annulus, *respondente Ulpiano in l. ex empto 11. §. is, qui vind. 6. in fin. ff. de actionib. empt. l. 3. ibique Gothofred. C. eod. Borch. hic n. 6. Vide Hardewigum à Dassel consil. 28. lib. 1. huncque referentem Dn. Besoldum in thesauro pract. lit. H. n. 4. p. 370. & Locamerum quest. jurid. fascic. 38. g. 3.*

98 Quandoquidem autem mutuo, soloque emptoris & venditoris consensu hic contractus perficitur, ut aliquoties monitum est supra n. 15. 78 & seq. planum & evidens inde fit, quòd furiosus, aut mente captus, qui consensum non habet, illum celebrare non possit, *l. 2. C. de contrah. empt. §. sed & mente captis 4. supr. de curatorib. l. 1. §. furiosum 12. ff. de oblig. & act. l. in negotiis 5. & l. furiosus 40. ff. de reg. jur.* Cæterum dilucidi intervalli vel intermissionis tempore, quo resipiscit, furiosum majorem viginti quinque annis, venditiones & alios quoslibet actus & contractus posse facere, non ambigitur, *d. l. 2. C. de contrah. empt. ibique Donell n. 3. l. furiosum 9. C. qui testam. fac. poss. l. Divus 14. ff. de offic. praesid.* Quamquam in dubio furiosus (maximè si per aliquod tempus continuum, puta per mensem vel annum talis fuerit) in furore perseverare praesumatur, secundum gloss. in c. cum dilect. 3. in verb. compoten ext. de successiomb. ab intest. & can. indicat 13. caus. 3. q. 9. Gomez. r. 3. var. resol. c. 1. n. 71. Covarruv. in epitom. de sponsalib. part. 2. cap. 2. n. 6. Mayeard. vol. 2. de probationib. conclus. 825. ubi pluribus relatis auctoritatibus, rem istam latissime explicat. Sanè cum dubitatur, utrum contractus live actus à furioso celebratus & gestus, fuerit factus tempore furoris, an verò tempore intermissionis furoris, inspiciendum quidam autumant: utrum actus ille more sapientis gestus fuerit, an non. Priori casu praesumunt; furiosum eo tempore, quo actus gestus est, furiosum haud fuisse: posteriori non item, arg. l. huius, qui 12. §. 1. ff. de tutor. & curat. datu ab his, & c. Bald. in d. l. furiosum 9. C. qui testam. fac. poss. Thom. Gramm. consil. 128. n. 25. idem in decisionib. Neapolitanis dec. 73. n. 38. Hippolyt. de Marfil. sing. 380. hosque referens Borcholt. in Comment. de verb. obligat. c. 3. n. 51.

100 Quod porro dictum est, furiosum non habere consensum: ei neutiquam obstat Ulpiani responsum in l. 2. §. voluntatem vers. & Julianus, & c. ff. solut. matrim. ubi filia furiosa accommodat voluntatem suam patri, ut soluto matrimonio experietur & agat de recuperanda dote: qui intentato actionem sine filiae consensu non posset, ut patet ex d. l. 2. §. voluntatem vers. denique pater, & c. Ergo filia furiosa consensum habet. Hoc, inquam, responsum neutiquam obstat. Quia quemadmodum lex fingit eum, qui ab hostibus reddit, captum non fuisse, contra veritatem, l. post limi 5. §. 1. l. retro 16. & passim ff. de captivis, & possim. revers. ita lex filiam furiosam consentire fingit, utilitatis causa: quæ tamen propter furorem non consentit, ne tacite quidem. Necessaria autem idem videtur ista fictio esse: quoniam aliter filiae consuli commodè non potest. Neque enim curator, cujus voluntatem pater requirit, illi potest dare: cum pater ipse filiae, quam in potestate habet, sit loco curatoris, l. ult. in princ. C. de curatore furiosi. Sed videantur Bart. n. 4. & Duarenus ad d. l. 2. §. voluntatem ff. solut. matrim. itaque Petr. Augustin. Morla in Emporio jur. part. 1. tit. 9. in premiss. n. 71. ubi & aliorum resolutiones adducit.

102 Nihil quoque obstat hoc argumentum: Filius & servus in potestate patris & domini constituti, nequeunt sine eorum iussu adire hereditatem: ne alias pater & dominus inviti, vel alieno, quod ex hereditatis additione contrahitur, obligentur, l. qui in aliena 6. §. 1. si quis mihi 25. §. iussum 4. ff. de acquir. vel omitt. heredit. Atqui servus furiosus, & ejus filius adire hereditatem possunt, l. furiosus 63. ff. eod. Ergo furiosus consentum additioni, per servum vel filium suum facto, præbere potest. Nihil, inquam, obstat hoc argumentum. Quoniam dominus furiosus non accommodat filio vel servo voluntatem sive assensum, ut hereditatem adire queant. Filius liquidem furiosus eam adire volun-

tate suâ, perinde ac si pater familias esset, l. cum heres 25. in princ. ff. de acq. vel omitt. heredit. Servus verò non adit iussu furiosi, sed curatoris illius, Morla d. r. 9. in premiss. n. 74.

104 Minus refragatur l. in eo jure 45. §. deinde ait lex. §. ibi, rectius enim hic invitus dicitur, quam qui dissentit. ff. de ritu nupt. ubi dum Ulpianus furiosum appellat invitum sive nolentem, non obscurè eum voluntatem ac consensum habere indicat: cum ejus sit nolle, qui potest velle, juxta tritam juris regulam, l. 3. ff. de reg. jur. Nam illic patronus accipitur invitus, qui ex se, & per se non consentit. Unde cum furiosus, seu ignorans non possit consentire in effectu: invitus dicitur, & quidem magis sive rectius invitus quam qui dissentit, quandoquidem hic mutata voluntate statim consentire potest: ille verò in statu furoris & ignorantiae nullo modo consentire potest.

105 Nihil quippe tam contrarium est consensui, quam error & ignorantia, l. per errorem 15. ff. de jurisdic. omni. judic. l. 2. in pr. ff. de judic. l. nihil consensui 116. ff. de reg. jur.

106 Præterea non adversatur hæc argumentatio: Naturalis obligatio ex nudo consensu perficitur, l. Stichum 95. §. naturalis 4. ff. de solutionib. At furiosus naturaliter obligatur: quia pro eo fidejussor (qui omni obligationi accedere potest, §. 1. supra de fidejussorib. l. 1. ff. eod.) utiliter intercedit l. Marcellus 25. ff. de fidejussorib. Igitur furiosus consentit. Non, inquam, hæc argumentatio adversatur. Et enim, variis aliorum explosis traditionibus, se undum Morlam d. tit. 9. in premiss. n. 81. distinguendum est: quòd duplex sit obligatio, alia, quæ ex re ipsa ducitur; alia, quæ ex consensu suboritur. Exempla obligationis quæ inducitur re ipsa, referuntur à Paulo Jurisconsulto in l. furiosus 46. ff. de oblig. & act. veluti si habens mecum domum communem, reficit ejus communem parietem: atque ita in rem meam impendit: vel si furiosus patri naturaliter & civiliter obligato, suus & necessarius heres extitit: sique ei opus non fuit, ut hereditatem acquireret auctoritate curatoris. His casibus, ubi non ex consensu, sed ex re obligatio inducitur, rectè obligatio in furiosum cadit, ut apparet ex d. l. furiosus proque eo fidejussor obligatur, per texum in l. si à reo 70. §. si à furioso 4. ff. de fidejussorib. ubi distinctio isthæc satis comprobatur, secundum quam intelligenda est d. l. Marcellus 25. ibi, obligato ff. eod. ut exaudiatur eo de casu, quo fidejussor potest obligari, id est, quando obligatio inducitur re ipsa. Longè autem secus est in obligatione, quæ proficiscitur ex consensu: in qua furiosus ne quidem naturaliter obligatur, l. ult. cui bonis 6. ff. de verb. oblig. ubi vide Cujac. & Duaren. item Bronchorst. cent. 4. §. vavrio. Davy, assert. 5. nec non Francisc. de Caldas in l. si curatorem habens 3. verb. cum non absimilis n. 23. C. de in integr. restitut. minor. Eadem de re vide quoque Hunnium in resol. ad Treutl. vol. 2. disp. 2. qu. 12. pag. 133. & seqq.

107 Plene cum ex prædictis evidentiissimè constet, emptione & venditionem absq; libero & mutuo contrahentium consensu celebrari haud posse: ex eo deprehendere promptum est, quòd nemini invitus cogi queat rem vendere aut emere, ne quidem à Principio l. nec quasi Publicianam 70. ff. de rei vindic. l. non enim equum 9. ff. de ad. rer. amotar. l. id quod nostrum 11. ff. de reg. jur. l. invitum 11. l. in vendentis 13. & l. dubium 14. C. de contrah. empt. l. nec emere 16. C. de jure debitor. l. invitus 11. C. de locato l. nemo exterius 9. C. de Judic. l. possessores 12. C. de fundis patrimonialib. Hincque assertio non infringit l. si cui legetur 49. §. pendit. & ult. item l. & si equo precio 66. ff. de legat. 1. quibus in locis expressum est, quòd heres fundum vendere cogatur. Nam ideo heres tibi compellitur fundum vendere legatario: quia testator damnaverat heredem, ut ei fundum venderet. Et si heres iustus vel damnatus est: ut vendat fundum certo viliori precio: utile est legatum; & emolumentum addert legatario: heresque necesse habet tanti vendere, quanti damnatus est, d. l. si cui legetur 49. fin. ff. eod. Quòd si heres damnetur vendere simpliciter: intelligitur damnatus vendere iusto precio, d. l. 49. §. pendit. Quòd si verò damnetur sive jubeatur vendere iusto & æquo precio: nihilominus legatum utile erit: quoniam plerumque legatarii interest eam rem habere, vel vicinitatis causa, vel quia sui majorum locorum, vel alia de causa, d. l. & si equo 66. ff. de legat. 1. Sed & observandum est: 118

non cogi absolute & simpliciter heredem rem aliquam emere vel vendere: cum repudiare possit hereditatem; eaque repudiata evitare necessitatem subeundorum onerum hereditarium, sibi que a testatore impostorum, ut & legatorum præstandorum. Quod si verò heres adierit hereditatem: teneat quidem morem gerere defuncto, & voluntatem ejus adimplere: atque ad hoc ex additione hereditatis obligatur: sed obligatur volens, non invitus: quia hereditatem non nisi voluntate sua adit. §. *item extraneus* 7. *supr. de hered. qual. & different.* Hereditatem adeundo simul omnia commoda & incommoda hereditaria; ac proinde etiam onera legatorum voluntate sua suscipit, l. 1. & 3. ff. *de bonor. possessionib.*

112 Unde dicitur heres videri contrahere, cum hereditatem adit, l. 3. in fine & l. seq. ff. *quib. ex caus. in poss. eat.* Volens ergo, ut dictum, obligatur heres, ut emat, vel vendat, non invitus. D. Hum. d. *resolut. ad Treutler.* vol. 2. disp. 2. g. 19. p. 144.

113 Eandem conclusionem non debilitat l. *communi dividundo* 7. §. ult. ff. *communi divid.* & l. *Julianus* 13. §. *idem Celsus* 17. ff. *de actionib. empt.* ex quibus evincitur, quod invitus quis partem fundi comparare sive emere compellatur. Emptor enim in casu istarum legum idcirco partem alteram fundi emere cogitur: quia ventitor suam partem antea ideo vendidit, quod in fundi communione amplius esse nollit. Communio quippe mater discordiarum perhibetur, l. *cum pater* 7. §. *dulcissimis* 20. in fin. ff. *de legat.* 2. l. *in re communi* 26. ff. *de servit. præd. urb. l. sancimus* 34. §. *ne autem communione.* C. *de donationib.* Proindeque si conveniat, ne unquam divisio fiat: hujusmodi pactum sive conventionem nullas vires obtinere manifestissimum est, teste Paulo in l. *in hoc judicium* 14. §. *si conveniat* ff. *communi divid.* Et cum communi dividundo iudicio pars fundi venditori obvenit: illam emptor invitus emere cogitur, actionem empti ad partem, quam emit, non habet, d. l. *communi dividundo* 7. §. ult. ff. d.

114 *tit.* Quin & emptor in specie objectarum legum etiam partem, venditori adjudicatam, ab initio volens emisse intelligitur, seu volens se obligasse in id, ut eam quoque adjudicatam partem acciperet. Etenim cum emptor aliquid emit obligatur non tantum, ut commoda: sed etiam omnia incommoda, ex re emptæ proficiscentia, suscipiat, §. *cum autem* 3. *infra hoc t.* At cum pars socii adjudicatori venditori: hæc adjudicatio est ex beneficio & incommodo partis venditæ, d. l. 7. §. ult. *vers. nam & si partem* ff. *communi divid.* Proinde hanc partem adjudicatam emptor accipit volens: quia se in id primò volens obligavit; non autem invitus, nisi ex post facto. Præterea attendendum est: in specie propositarum legum emptorem cogi partem venditori adjudicatam accipere, non ut emptam, sed ut rei emptæ accessionem; ideoque non posse dici, eum invitum istam partem emere, quam simpliciter non emit. Accipit igitur invitus, sed eodem modo, ut partem a se emptam acciperet, in quam scilicet consentisset. Et ut in principalem rem consentit: sic & in ejus rei accessiones consentisse censetur. Hum. *dicto loco.*

115 Rursum non evertit pronuntiatum nostrum l. *deprecatio* 9 ff. *ad l. Rod. de jact.* & l. ult. C. *de quadrienn. præscript. cum similibus*: in quibus traditur Principem rerum & bonorum totius mundi universalem dominum esse: ac proinde de bonis privatorum pro arbitrio suo disponere, & consequenter aliquem invitum ad venditionem rerum compellere posse. Etenim Princeps sive Imperator dicitur totius mundi dominus, quoad defensionem, protectionem & generale imperium: sed non quoad plenum dominium & proprietatem rerum privatarum. Idcirco quæ privatus quisque possidet, Principi sunt nudo imperio; singulorum verò, proprietate ac dominio. Cogl. *ad l. item, si verberatum* 15. n. 6. ff. *de rei vindicat.* Pruckmann, in *tr. de regalib.* §. *soluta potestas* c. 3. m. 137. Et hanc rem uberius explicui supra ad p. 112. *dis. de res. d. n. 112. & aliquot subsequentib.*

116 Adhuc minus enervat declarationem prælatam l. 2. C. *de communione* *var. alienat.* ubi ab Imp. Antonino rescriptum est: *valere venditionem, si sicut rem communem, invito socio, alienavit.* Si quidem cum a privato res

communis alienatur sive distrahitur: alteri socio in emptorem competit rei vindicatio, per quam partem suam evincit: & parte evicta, datur emptori in venditorem actio ex empto in id, quod interest, l. *fin.* C. *cod. t.* Verum ab hac sententia fisco, ut facilius emptorem inveniat, excipitur: qui rem communem, invito socio, licite alienat: tuncque socio pars precii servatur, quam petit actione utili ex vendito, quasi ipse vendidisse videatur, quod fisco vendidit. At rem ipsam socius ab emptore nullo modo revocare potest, l. 2. C. d. r. & l. un. C. *de vend. rer. fisc. cum privatis communium lib.* 10.

Haud quoque effatum nostrum imminuit, §. 2. v. *sed* & *major. asperitas* *sup. de his, qui sui vel alieni jur. sunt,* & l. 2. ff. *cod.* ubi discrete disponitur, quod domini, qui aliter tractant servos suos, eos vendere cogantur. Invisus namque rem suam distrahere nemo cogitur, sine iusta videlicet & probabili causa. Cæterum si probabilis & iusta causa fuerit, utilitasque publica postulaverit: ad vendendam rem suam iusto precio quisque adigi poterit, d. §. 2. *vers. expedit enim Republica,* & c. arg. l. 2. ff. *de nundin.* l. *si qui sepulchrum* 12. in princ. ff. *de religiof.* & *sumpt. funer.* l. *unic.* §. *hæc autem omnia* 14. *vers. sed* quod communiter Cod. *de caduc. tollend.* l. *venditor.* 13. §. 1. ff. *communia prædior.* l. 2. C. *pro quib. caus. servi pro premio libertatem accip.* & *utilitas* 3. C. *de primipilo,* Martin, Bonacina d. *tract. de contractib.* & *resist. disp.* 3. q. 2. punct. 2. nu. 28. p. 388.

Nostrum denique dogma infirmat neutiquam l. 1. C. *de* 119 *episcopali audient.* ubi cum statuitur, quod providere debeant Episcopi, ne negotiatores sive mercatores ultra iustum precium vendant res ad victum necessarias: inde facile colligitur, cogi posse mercatores, ut ea, quæ ad victum pertinent, iusto precio vendant. Nam regulariter dominus ad res suas vendendas cogi nequit: verum inter ceteros iste maxime excipitur casus, quo Respublica vel civitas inopiâ annonæ laborat. Tunc enim licet mercatores res victui necessarias venales non exponant: tamen compelli possunt ad vendendum iusto & moderato precio, à principe vel Magistratu definitò: ne quis res, ad victum & alimoniam hominum perquam necessarias, gravissimo precio pro libitu vendat, adeoque pauperes in summâ necessitate positos in miuam exhauriat. Hucque conferant l. 1. §. *cura carnis* 11 ff. *de officio præfecti urb.* & l. 2. in princ. C. *ut nemini liceat in empt. specier. se excus.* Myrsinger. *cent.* 5. *observat.* 27. Bronchorst. *cent.* 2. *évangelio* *Qavay,* *assert.* 63. edit. 2. Borcholt. *part.* 2. *disp. de contrah. empt. proposit.* 14. pag. 465. & 468. Henon. *disp.* 16. *controvers.* 4. Pfeil. *consil.* 190. Lud. Molina *tract.* 2. *disp.* 341. Petr. Gregor. Tholosan. in *synag. jur. lib.* 36. c. 30. n. 4. 10. & *segg.* Tiber. Decian. in *tract. crim. lib.* 7. cap. 22. n. 8. & *segg.* Gomez. *lib.* 2. *var. resol. cap.* 2. nu. 51. Petr. August. Morta in *emptor. jur. utriusque part.* 1. tit. 9. q. 1. Et hoc spectant, quæ docuimus infra ad §. sunt præterea 11. n. 22. & aliquot sequentib. *tit. de public. iudic.* Quamvis non desint, qui autumant, cogi posse aliquem tempore necessitatis vendere rem, etiam minus iusto precio. Bartol. in d. l. 1. §. *cura carnis* ff. *de offic. præfecti urb.* huncque referens Fabian. de Monte in *tract. de empt. & vend.* 3 qu. princip. n. 40. per l. 2. §. 2. ff. *ad leg. Rod. de jact.* Idque commune placitum ait Benedictus de Capra reg. 87. n. 21. eadem de re videatur Ant. de Petra in *tract. de potest. in 7 quest. in 7 quest. princip. declar.* 7. casu 14. eumque referens Dn. Georgius Acciaia Enenkel lib. 3. *de privil. c.* 6. num. 27. & *segg.* Itemque Petrus Francisc. Linglois *decis. Justin.* 15. *quest.* 9. fol. 166. ubi plures casus recenset, quibus aliquis rem suam vendere cogitur. Adde Doct. Martum tom. 3. *digestorum novissimor. tit. emptio* c. 80. & *segg.* fol. 125. nec non D. Beldum in *delibatis jur. ex libr.* 18. ff. *qu. 1. pag.* 13. & *segg.*

120 Bellè & convenienter hic quæri potest: ecquid venditio, inter Medicum & ægrotum sive infirmum periculosi morbi tempore contracta, valeat? Et cum ægrotus timore mortis & impressione quadam potius, quam liberâ voluntate contraxisse censetur, contractum istum licet subsistere, non magis docuit Hieronymus Treutler 121 *disp.*

disput. 28. thes. 3. sub lit. b. citano ad hoc Alciatum lib. 2. Parerg. c. 39. Hæcque sententia probatur per manifestum textum in *l. si Medicus 3. ff. de var. & extrarord. cognit.* ubi Ulpianus hunc in modum respondit: *Si Medicus, cui curandos suos oculos, qui eis laborabat, commiserat, periculum amittendorum eorum per adversa medicamenta inferendo, compulit; ut ei possessiones suas contra fidem bonam ager venderet: incivile factum Praeses Provinciae coerceat, remque restitui jubeat.* Accedit textus in *l. archiatri 9. Cod. de Professorib.* & *Medicis.* ubi Imp. Valentinianus & Valens rescripserunt: Archiatros ea posse accipere, quæ sani offerunt pro obsequiis, non ea, quæ periclitantes pro salute promittunt. Facit quoque hæc non parum *l. quisquis 6. §. præterea 2. C. de postulando.* Qua lege quemadmodum profectum est, ne durante lite inter Advocatum & clientem ullus contractus aut pactio fiat: ita & inter Medicum & ægrotum statuendum esse videtur; ne propter vitæ periculum, quod ægrotus metuit, contractus aliquis ab illis ineatur. Ex quibus omnibus satis elucescit: venditionem gravioris morbi tempore inter Medicum & infirmum contractam, planè irritam nullamque esse. Facit etenim actum nullum, qui facit contra legem prohibentem, *l. jubemus 10. C. de sacrosanct. Eccles. l. non dubium 5. C. de legib. Decius consil. 502. Alberic. Gentil. lib. 4. de nuptiis c. 7. latè Alex. Trentacinq. lib. 1. resol. variar. Resol. 1. de legib. n. 3. & seqq.* Eoque conferunt, quæ tradidit Bachovius in suis notis ad *d. vol. 1. Treutler disp. 6. th. 7. lit. C. pag. 247.* Sed videantur Panormitanus in *c. quia plerique 8. na. 34. de immunitate Ecclesiar. Antonius de Burgo. in c. cum causa 6. n. 25. de empt. & vendit. & cum aliis, à se allegatis Fuchianus lib. 2. controvers. jur. c. 25. Qui communem dicunt esse sententiam; quod venditio ab infirmo ipsi Medico facta, rescindatur officio judicis, quantumvis ultra dimidium læsio non intervenerit. Vide tamen in contrarium probabiliter disputantem Hunnius in *resol. ad Treutl. vol. 2. disp. 2. quest. 13. pag. 143.**

Enimverò reperiuntur nonnulli, qui licet consentire valeant: tamen emptionem venditionem inter se contrahere nequeunt. Primò enim aperti juris est, inter patrem & filium familias emptionem & venditionem contrahi non posse: nisi de castrensibus, vel quasi castrensibus (in quibus filius familias habetur loco patris familias, *l. 2. ff. ad Senatuscons. Macedon.*) & adventitiis bonis, in quibus pater usufructum non habet, *l. 2. in princ. ff. de contrab. empt. l. ult. §. ipsum autem filium 5. vers. filius autem familias C. de bonis, quæ liberis, &c. Bartol. in l. frater 38. n. 50. ff. de condic. indeb. Gomez. tom. 2. variar. resolut. c. 2. n. 2. Ratio autem, cur inter patrem & filium iste contractus iuri nequeat, videtur potissima esse illa, quam Paulus jurisconsultus (tamen in alio casu) reddidit: quoniam nimirum natura rei sit impedimento: quod non magis cum his, quos in potestate habemus, quam nobiscum ipsi, agere possimus, *l. ne cum filiofamilias 16. ff. de furt. Vult. in hoc princ. n. 60.* Eaque de re eleganter differat Illustris Dn. Georg. Acac. Enenkel. in *tract. de privil. parent. & liber. privil. §. n. 1. & 13. nec non Hunnius d. resol. ad Treutler. vol. 2. disp. 2. pag. 1. 135.**

Secundò tutor & pupillus, itemque curator & adolescens emptionis & venditionis contractum inter se inire non possunt, *l. si in emptione 34. §. ult. ff. de contrab. empt.* Nisi vel auctore contutore aut concuratore, vel palam & bonâ fide, veluti justo precio & quidem ex comprobatione judicis atque conjunctorum, de necessitate contractus, & commodo pupilli vel adolescentis deliberantium, emptio & venditio de his, quæ distrahi possint, perficiatur, *l. pupillus 5. §. item ipse tutor. & §. seqq. ff. de auctor. & consens. tutor. & curat. l. cum ipse 5. C. de contrab. empt. & inibi in Rubric. Sibard. n. 1. Fürstl. Würtemberg. Landordnung, pag. 80. tit. Der sub venden thab. & §. Wo auch die Pfleger, &c.* Neque etiam tutor vel curator rem pupilli vel adolescentis immobilem, sine necessitate & decreto Judicis sive Magistratus, vendere potest, *l. non solum 4. l. minorum 6. l. si minor 15. l. si prædium 16. & tot. sic C. de prædiis. & aliis reb. minor. sine decreto non alienand. l. lex, quæ tutores 22. C. de administrat. Happecht ad Institut. Tom. III.*

tutor. vel curat. latè Simoncellus in *tract. de decret. in contrah. minor. adhibend. libr. 3. tit. 8. Fuchian. libr. 3. controvers. jur. cap. 2. & 3.* Tertiò procurator, eodam totorum bonorum, & qui negocia gerit aliena, rem ipsos domini, absque ejus speciali mandato vendere nequit, *d. l. si in emptione 34. §. fin. ff. de contrab. empt. l. procurator, totorum 63. ff. de procuratorib. nisi generale mandatum, cum liberâ plenaque rerum administratione habuerit, l. procurator, cui generaliter 58. ff. d. tit. D. Collega Bocer. clas. 1. disp. 4. thes. 24. Joann. Stuckius part. 1. Exercit. Justin. decad. 12. assert. 1. ad lit. b. pag. 440. in fine.* Quartò is quoque, qui Provinciam administrat, à provincialibus aliquid emere prohibetur, *l. non licet 46. & l. qui officii 62. ff. de contrab. empt. nisi perpetuus Magistratus fuerit, arg. l. presidis 34. junctâ l. principibus 33. ff. de reb. credit. si cert. pet. ibique Duaren. cap. 4. Verum illud hodie non observari, testatur Cachetanus, *decis. 144. nu. 14. quem refert & sequitur Ortolphus Fomannus disp. 22. thes. 7. sub lit. c. in fin.* Sed & videatur Bachovius in Notis ad *d. vol. 1. Treutleri disp. 28. th. 3. lit. A & B. pag. 1067.* itemque ibidem Hunnius in suis *resolut. ad vol. 2. disp. 2. pag. 140. & seqq.* ubi distinctionem istam, inter Magistratum perpetuum & temporalem, reprehendit. Porro de ementium & venditium personis plenissime exactissimeque differant Fabianus de Monte in *tract. de empt. & vendit. quest. 3. princip. per tot. Petrus Nicol. Moz. in tract. de empt. & vendit. sub tit. de personis quæ possunt emere, vel non pag. mibi 397. cum seqq. & Donellus ad tit. C. quæ res venire non possunt, &c. cap. 2.**

§. Pretium autem. I.

Pretium autem constitui oportet: Nam nulla emptio sine pretio esse potest. Sed & certum esse pretium debet: alioqui si inter aliquos ita convenerit, ut quanti Titius rem æstimaverit, tanti sit empti: inter veteres satis abundeque hoc dubitabatur, constaretne venditio, an non. Sed nostra decisio ita hoc constituit: ut quotiens sic composita sit venditio, quanti ille æstimaverit, sub hac conditione staret contractus: ut si quidem ille; qui nominatus est, pretium definierit: tunc omnimodo secundum ejus æstimationem & pretium persolvatur, & res tradatur, & venditio ad effectum perducatur: emptore quidem ex empto actione, venditore ex vendito agente. Sin autem ille, qui nominatus est, vel noluerit, vel non potuerit pretium definire: tunc pro nihilo esse venditionem, quasi nullo pretio statuto. Quod jus cum in venditionibus nobis placuit: non est absurdum & in locationibus & conductionibus trahere.

SUMMARI A.

- 1 Pretium unde, & quid dicatur.
- 2 Pretium ad emptionem omnino necessarium.
- 3 Quæ pretii sint nota sive qualitates.
- 4 Quod pretium consensat certum.
- 5 Verba non sunt captanda, sed mens inspicienda.
- 6 Verba secundum subjectam materiam accipienda.
- 7 Conciliatur *l. si ff. de condic. caus. dat. caus. non sicut, cum l. naturalis. §. 1. ff. de pr. scriptis. verb.*
- 8 Sententia *l. plane. 34. §. 1. & finitum. ff. de legat. 1.*
- 9 Venditio triplex, vini, vel alio ius vel potest fieri pro pretio, quo communiter talis res in foro publico vendi solet.
- 10 Utrum venditio valeat, si inter aliquos ita convenerit, ut quanti Titius rem æstimaverit, tanti empti sit.
- 11 Sensus *l. 1. §. 1. ff. de legat. 2.*
- 12 Utinam voluntates plerumque interpretanda.
- 13 An valida sit emptio si contrahenti imperpersonaliter dicatur, quid electuri sint venditori, à quo pretii nominis concordentur.
- 14 Emptio non subsistit, si pretii quantitas in liberam alterius contrahentium voluntatem conferatur.

- 15 *Venditio valet, si quantitas pretii conferatur in arbitrium tertii: huiusque ratio.*
 16 *Ex diversis nihil inferitur.*
 17 *Intellectus l. in personam 22. §. 1. ff. de reg. jur.*
 18 *Num in pretio emptionis liceat contrahentibus naturaliter in vicem se circumscribere.*
 19 *Nemo cum alterius iactura fieri debet locupletior.*
 20 *Jus est ars boni & aequi.*
 21 *Quae circumventio fit licita.*
 22 *Societas humana sine contractibus conservari nequit.*
 23 *Omnium animus est, vili emere, care vendere.*
 24 *Expositio l. 1. §. 2. ff. de adlit. edit.*
 25 *Ob immodicam lesionem contractus rescinditur.*
 26 *Deceptio malitiosa non est, quae à machinatione & fraude abest.*

Pretium, quasi periculum dictum, quod à solis peritis statuatur, nihil aliud est, quam materia forma publicae percussae, emptionis sive estimationis causa constituta, l. 1. in princ. ff. de contrah. empt. & ex Varrone notant Borcholt. ad principium hujus t. n. 1. & Hotomanus hic enunciat. 3. in fine. De eo autem quatuor praecipue hoc in titulo Justinianus Imperator. affert. I. Emptionem perici soli conventionione de pretio. II. Nullam emptionem sine pretio esse posse. III. Pretium certum ac determinatum esse debere. IV. Pretium debere consistere in pecuniâ numeratâ. De primo jam supra ad principium tituli hujus expositum est. De secundo & tertio in hoc §. agitur. De quarto dicitur infra §. sequente. Pretium igitur ad emptionem omnino esse necessarium, docente hic Justiniano, & Paulo in l. 2. §. 1. ff. de contrah. empt. Si quidem emptionis substantia consistit ex pretio, ut recte inquit Papinianus in l. pacta conventa 72. ff. eod. Ratio hujus vix alia reddi poterit, quam quod ita inter homines propter usum commerciorum receptum fuerit, d. l. 1. ff. dicto tit. Caterum duae pretii notae & proprietates exiguntur: una, ut sit certum, de qua hic: altera, ut consistat in pecuniâ numerata, de qua infra §. proximo: Certum autem pretium opponitur arbitratio, sive potius incerto: & cur certum esse debeat; hæc assignari potest ratio: quia incertum perinde est, atque nullum, ut patet ex hoc §. At nullo pretio nulla contrahitur emptio d. l. 2. §. 1. ff. de contrah. empt. l. empti 9. C. eod.

Giphan. hic in vers. sed & certum, &c. Est verò certum pretium, cujus quantitas aut ipso nomine expressa est; aut conveniente aliqua relatione seu demonstratione designatur, sicque tacite intelligitur, arg. l. certum 6. ff. de reb. credit. si cert. pet. l. ait Praetor 6. §. 1. ff. de judic. l. stipulationum quedam 74. & seq. ff. de verborum oblig. Ut hic fundus tibi emptus centum aureis: vel, hic fundus sit tibi emptus tanti, quanti ego eum emi; vel, emo à te fundum tanti, quantum pretii in arcâ habeo; sive pro eo pretio, quod in arcâ habeo. Hic enim pretium in rei veritate incertum non est: sed magis ignoratur, quanti fundus sit emptus, l. hæc venditio 7. §. hujusmodi 1. ff. de contrah. empt. Donell. lib. 3. Commentar. de jure civ. c. 1. pag. 133. Et quanquam Accursius in d. l. hæc venditio 7. §. 1. in verb. quantum pretii, &c. ejusque affectu argutè scribunt, per verba illa: pro eo pretio, quod in arcâ habeo, non emptionem induci, sed contractum innominatum, per l. fin. ff. de condic. caus. dat. caus. non sec. contrarium tamen longè probabilius esse reor. Tum quia nulla prorús differentia est inter illa verba: quantum pretii in arcâ habeo, quibus citra ullam hæsitacionem contrahitur emptio, d. l. hæc venditio 7. §. 1. ff. de contrah. empt. & verba illa: eo pretio, quod in arcâ habeo. Utrobique enim designatur quantitas pecuniæ, quæ est in arcâ, idque vel communi sensu dictante. Unde alibi fuit responsum est: non oportere jus civile calumniari; neque verba captari; sed, quâ mente quid diceretur, animadvertere convenire, l. penult. ff. ad exhibend. Tum quia verba accipienda sunt secundum subjectam materiam, l. si uno (alias est l. ex conducto 15. §. 4. vers. sed & si verbo) ff. locati. l. sed si possessori 11. §. item si iura vero ff. de jurejur. Subjecta autem materia postulat, ut verba illa, eo pretio, quod in arcâ habeo, quantitatem significent, non verò speciem: præsertim cum per hanc interpretationem actus sustineatur, l. quotiens 12. & l. ubi est 21. ff. de reb. dubet. quotiens 80. ff. de verb. oblig. l.

pater 38. in princ. ff. de legat. 3. cap. Abbate 25. §. hic autem sensus de verb. significat.

Non obstat d. l. fin. ff. de condic. caus. dat. causa non secut. 7 ubi dicitur, quando quis pecuniam alteri dedit, ut sibi Stichum daret, sicque quantitatem non expressit, non esse hunc contractum pro portione emptionis & venditionis, id est, non esse speciem emptionis; sed obligationem ob rem dati, re non secutâ, sive contractum innominatum. Nam in casu istius legi contrahentes neque verbo emptionis usi sunt, neque pretii alicujus meminerunt: quemadmodum in proposito themate factum esse constat. Nec solutionem hanc hebetat, l. naturalis 5. §. 1. ff. de prescript. verb. ubi licet idem proponatur casus, qui in d. l. fin. ff. de condic. caus. dat. nihilominus tamen emptionem & venditionem contractam esse, responderetur. Etenim cum primis inspicienda est voluntas contrahentium, & videndum, quid inter eos actum sit. Cum itaque non appareat, in d. l. fin. ff. de condic. caus. data. de emptione quicquam actum esse, ut cum neque venditionis, neque pretii, neque mercis diserte fiat mentio, quæ tamen duo, tanquam substantialia, in emptione intervenire oportet, per hunc §. nostrum, & supra tradita: alium intercessisse contractum, ex contrahentium mente, & conjecturis verisimilibus colligitur: ut si is, qui Stichum habet, nunquam eum sit mihi venditurus, sed tamen facile donaturus, si aliquid remunerationis loco accipiat. Hoc casu si dictum sit, do tibi hanc pecuniam, si mihi Stichum dederis, nemo affirmaverit, venditionem esse celebratam, sed potius contractum do ut des iniunctum. Verum de conciliatione istarum legum exquisitiis tractant Duarenius ad tit. C. de condic. ob causam dator. c. 1. Corasius lib. 2. Miscellan. jur. civ. c. 9. Bronchorst. cent. 2. errorio Quæst. n. 36. edit. 2. Vincent. Cabotius lib. 2. disput. jur. c. 29. Petr. August. Morla pars. 1. emporii jur. c. 9. in præmiss. n. 23. alique per eos citati.

Muldo minus obstitit l. plane 34. §. sed hoc ita. 4. l. sed si 8 certus 51. & l. si servus legatus 108. §. qui quinque 10. ff. de legat. 1. ubi si testator centum, quæ in arcâ habet, sæpius legaverit, semel duntaxat legatum debetur: adeoque illa verba; eo pretio, quod in arcâ habeo, corpus sive speciem, non autem quantitatem designare videntur. Illæ namque leges non de emptione, sed de legatis, in quibus diversa est ratio, loquuntur. Cum enim testator legat pecuniam, quæ in arcâ est: pecunia corporis locum obtinet: idque hanc evidentem ob causam: ne heres nimium oneretur, & eandem pecuniam sæpius præstare teneatur. At in contractu emptionis & venditionis pecuniam sive pretium, quod in arcâ est, pro quantitate sumi, ex prædictis clarescit. Et ita sentiunt Alberic. & Salicetus in d. l. hæc venditio 7. §. 1. ff. de contrah. empt. Fabian. de Mont. in tract. de empt. & vendit. in 5. quest. princ. n. 34. Johan. Igneus in l. 3 §. si conditione 31. n. 28. ff. ad Senat. cons. Silan. Pinel ad l. 2. C. de rescind. vendit. 2. par. Rubr. c. 1. n. 2. & 3. Fachinus lib. 2. controversiar. jur. c. 1. Accacius Ant. de Ripoll. variar. juris resol. cap. 11. n. 13. fol. 329. Bachovius in suis not. l. ad vol. 1. Treutler. disp. 28. rh. 6. lit. D. pag. 1074. & Henonius Disput. 16. controvers. 7.

Ex prædictis deducitur & inferitur: quod possit fieri 9 venditio tritici, vini, vel alterius rei, pro pretio, quo communiter talis res in foro publico, tali die, vel tempore vendi solet, tradente Gomezio tom. 2. var. resol. c. 2. n. 9. Atque hinc etiam, si inter aliquos ita convenerit: ut quanti Titius rem æstimaverit, tanti sit emptæ; quaesitum est, utrum pretium certum sit, an incertum; sive utrum valeat venditio, an non valeat? Et ex veteribus Jureconsultis alii aientem, alii verò negantem sententiam veriorum esse putabant. Verum Justinianus Imp. eorum controversiam adhibito distinctionis fœdere deciderit, statuitque: ut subsistat emptio, Titio precium definiente; non subsistat, eo non definiente. Et hæc Imperatoris decisio extat in l. ult. C. de contrah. empt. Cui non contradicit Ulpiani responsum in l. §. 1. ff. de legat. 2. ubi dicitur, incertam quantitatem non esse, quando legatum in alterius, puta Titii, arbitrium est collatum; nec contrahere legatum, Titio non arbitrate: cum arbitrium pro boni viri arbitrio accipiat: boni autem viri arbitrium semper

- per sit certum, nec conditionem habere videatur. Nam respondendum: loqui Ulpianus de ultimis voluntatibus, in quibus boni viri arbitrium conditionem non habet. Aliud observatur in contractibus. Etenim qui sub arbitrio Titii contrahunt: illi sub hac conditione, si Titius arbitratum, contractum perfici cupiunt. Itaque eo non arbitrate, nihil actum intelligitur, *l. si quis arbitratu* 43. ff. de verb. oblig. l. si coita 75. ff. pro socio l. si merces 25. in princ. ff. locati. Diversitatis ratio hæc est: quia ultimæ voluntates benignius pleniusque sunt interpretandæ, quam contractus. Qui igitur arbitratu Titii relinquit legatum; is legatarium honorare voluisse, & non illud tantum arbitrium, quod Titius haberet, sed cuiusvis alterius boni viri arbitrium considerasse censetur, *d. l. 1. §. 1. ff. de legat. 2. l. ult. §. 1. Cod. communia de legat.* Heigius in hoc §. nostro n. 12. Vide Vultejum ad princ. h. t. n. 47. Bronchorst. cent. 2. ἐναγγοφενών, assert. 50. edit. 2. & Althufium lib. 1. Dicoalog. cap. 74. n. 23. & seqq. pag. 255.
- Sanè non validam esse emptionem verosimilius est: si contrahentes impersonaliter dixerint, sive convenerint: quod electuri sint tertium, à quo pretii nomine concordentur: vel ut à bono viro pretium declararetur: vel quod postea motu animi sui circa pretium concordare velint, *Sie wollen sich des Kaufs Schillings halb hernach vergleichen*: vel ut res emptæ maneat iusto pretio, seu pro pretio, quod iustum declarabitur. De quibus, & similibus casibus videantur Pinelus in d. Rubr. C. de rescind. vend. part. 2. cap. 1 n. 4. cum multis seqq. Pachinus d. lib. 2. controvers. jur. cap. 1. D. Bocer. clas. 2. disp. 3. th. 60. & seqq. edit. 2. & in hoc tit. n. 147. p. 384. Eman. Soarez in thesaur. recept. sent. in verb. emptio n. 132. Henon. d. disp. 16. controvers. 8. & 9. nec non Stuckius part. 1. Exercitat. Jur. fin. decad. 12. assert. 2. lit. b. p. 443. Similiter non valet emptio & venditio: si pretii quantitas in liberam alterius contrahentium voluntatem conferatur; puta quanti velis, quanti æquum putaveris, quanti æstimaveris; habebis emptum. Huiusque ratio facilis est: quoniam hoc negotium est sine obligatione: cum possit emptor æstimare, vel non æstimare, & rem habere emptam, vel non habere, *l. quod sepe* 35. §. 1. ff. de contrah. empt. l. in venditis. 13. C. eod. Vultejus ad princ. huius tit. n. 48. Morla in emporio jur. part. 1. tit. 9. qu. 9. n. 8. Linglois decis. Jusin. 15. qu. 2. fol. 152. Knipschildt exerc. Acad. 8. qu. 3. p. 296.
- Nec hanc assertionem destruit, quod indicatur in hoc §. & d. l. ult. C. de contrah. empt. venditionem valere, si quantitas pretii conferatur in arbitrium tertii: hicque pretium definierit: ac proinde idem pretium in arbitrium alterius contrahentium: conferri posse. Respondetur enim, hæc longè diversa esse: quia in personam tertii seu extranei ideo potest collocari æstimatio sive definitio pretii: quoniam verisimile est, tertium istum statuturum esse pretiū æquum & moderatum: at non æquè probabile est, alterutrum contrahentium pretium æquum, sed potius sibi maximè commodum arbitraturum. Cum itaque utrobique diversa sit ratio: nulla inde fieri potest valida illatio, *l. Papinianus* 20. ff. de minorib. l. inter stipulantem 83. §. sacram. vers. sed hac dissimilia sunt ff. de verb. oblig. & simil.
- Neque etiam eandem assertionem infringit *l. in personam* 22. §. 1. ff. de reg. jur. ubi generaliter probandum dicitur; ubicunque in bonæ fidei iudiciis quid confertur in arbitrium domini, hoc est, contrahentis pro boni viri arbitrio id habendum esse. Regula namque illa accipienda est eo de casu, ubi adminicula contractus in arbitrium alterius ex contrahentibus conferuntur. Accidentaliter siquidem venditionis conferri possunt in arbitrium contrahentium, & tunc recurritur ad arbitrium viri boni, sive quis nullo modo arbitretur, sive arbitretur, sed iniquè. Unde sublimè hæc venditio: *Vendo tibi servum, si rationes arbitrio meo hoc domini reddideris*. Quæ conditio non inutiliter adjicitur emptioni, & pro eo habetur, ac si viri boni arbitrium in emptione comprehensum esset *l. hac venditio* 7. in princ. ff. de contrah. empt. Sic in societate constitutio partium lucri & damni, ut & in locatione operis approbatio, in arbitrium contrahentium, tanquam viri boni, conferri potest, *l. societatem* 76. & seqq. ff. pro socio l. si Harpprecht ad Institut. Tom. III.
- in lege 24. in princ. ff. locati: cum & sine illis locatio & societas contrahi queat. Cæterum substantialia contractus; ut pretium in emptione, merces in locatione, in arbitrium contrahentium conferri neutiquam possunt. Bronchorst. cent. 1. Miscellan. controvers. assert. 67. An porro & quatenus etiam iniquo arbitri arbitrio sit standum: an item eo non definiente, contractus corruat, seu retrò ab initio non valuisse censeatur, post alios, quos citat, explicat copiosè Hunnius in resolut. ad Treutler. vol. 2. disp. 2. quest. 41. pag. 188. & seqq.
- Quæri hic forsitan non intemptivè poterit: utrum in pretio emptionis liceat contrahentibus naturaliter invicem se circumscribere & circumvenire? Et naturaliter, id est, jure gentium & naturæ contractus licere, legibus expressum est, *l. in causæ* 16. §. penult. ff. de minorib. l. item si pretio 22. §. fin. ff. locati l. si voluntate 8. C. de rescind. vendit. & l. si heres 3. in princ. ff. ad leg. Falcid. Nec obstat, quod objectatur; contra naturam esse, quenquam cum alterius damno & jacturâ fieri locupletior, *l. nam hoc natura* 14. ff. de condit. indeb. l. jure succursum 6. in fin. ff. de jure dot. l. jure natura 206. ff. de reg. jur. c. locupletari 48. eod. in 6. & contra justitiam commutativam illud esse, quæ æqualitatem in re & pretio exigit, docente Aristotele lib. 5. Ethic. c. 5. & 1. politicor. cap. 6. item contrariari præcepto juris, quod alterum lædere prohibet, §. juris 3. sup. de just. & jur. l. justitia 10. §. 1. ff. eod. nec non auctoritati sacrarum literarum. Sic enim disertè D. Apostolus Paulus ad Thessalonicens. c. 4. v. 6. scribit: Ne quis circumveniat in negotio fratrem suum: quoniam vindex est Dominus de his omnibus. Et idem Apostolus 1. Corinth. 6. v. 8. & 9. ait: Injusti veluti qui damnum inferunt fratribus, regni Dei hereditatem non consequentur. Hæc, inquam, & similia non obstant. Nam circumscriptio & circumventio sive læsio isthæc nequaquam eò usque extenditur, quasi & fraudare & decipere & lædere dolosè aut malevolè alium permittatur. Jus quippe nostrum (quod est ars boni & æqui, definitore Celfo in l. 1. in princ. ff. de justit. & jur.) nihil quicquam magis, (quàm dolum malevolamve deceptionem, averfatur, *l. 3. §. ult. ff. pro socio* l. & eleganter 7. in princ. ff. de dol. mal. l. si quis cum aliter 36. ff. de verb. obligat. & similibus. Deceptio igitur seu circumventio ea tantum hic intelligi debet, quæ citra fraudulentum contrahentium consilium, aut grandem jacturam, re ipsa & incuria ipsorum contingit: quæ ut licita sit; naturalis, hoc est, juris gentium ratio exposcit. Nec siquidem sine contractibus magis humana societas poterit conservari, quàm si esum potumque ei subtraxeris, *arg. l. 1. ff. de contrah. empt.* At circumventionem illam si sustuleris: contractuum vigorem, & commerciorum frequentiam ut tollas, adeoque civilem societatem perturbes, necesse est. Quotus enim quisque si exacta ista & mathematica pretii æqualitas ita anxie & scrupulosè observanda foret, contractus incideret, aut commercia frequentaret? Quis facillè rem suam per emptionis & venditionis contractum communicaret, si paulò majori vel viliori pretio emptionem protinus rescindendam diceret? Hic etenim omnium est animus, vili emere, carè vendere: cum emptor quidem vilis comparandi, venditor verò carius distrahendi voto semper tangeretur, *d. l. si voluntate* 8. ibi, & quod emptor vilior comparandi, & C. de rescind. vendit. Unde & jure canonico contractus, in quo deceptio intra dimidium justii pretii intervenit, tolerante, c. cum dilecti 3. de empt. & vendit. Et merito sane. Alias namque nulla conventio securitatem præstaret: neque ullus litium esset finis: quod jura maximè abhorrent & execrantur, *l. singulis* 6. ff. de except. rei judic. l. item si res 4. §. 1. ff. de alienat. judic. mutand. caus. facta l. quidam existimaverunt 21. in fin. ff. de reb. credit. l. 1. §. inde queritur 10. ff. de oper. novi muniat. l. properandum 13. in princip. C. de judic. initio tit. infr. de pena temerè litigant.
- Nec ei, quod dictum est, permittendam esse circumventionem re ipsa contingentem, repugnat Ulpiani responsura, assertentis: nihil interesse emptoris, cur fallatur, ignorantia venditoris, an calliditate, *l. 1. §. 2.*

ff. de adil. edict. Quod enim Ulpianus ait, nihil interesse, ignorantia, an calliditate fallatur emptor: ita accipiendum est, modo deceptio illa circa rem ipsam, non verò circa rei pretium, versetur; ut ex ipsa formulâ edicti edicti enitescit. Nam circumventio illa, quam in contractu emptionis sustineri posse diximus, nihil aliud, quàm pretii excessum aut defectum aliquem spectare debet: alioqui dolo quaquâ ratione interveniente, vel nullus contractus redditur; vel de dolo, aut etiam ex eodem contractu, actione circumscripto succurritur, d. l. §. eleganter 7. in princ. §. ult. §. l. servus 20. in fin. §. l. cum a te 25. ff. de dol. mal. ex empto 11. §. si quis virginem 5. §. l. Julianus 13. §. si venditor 4. ff. de actionib. empt. l. si dolo 5. C. de rescind. vendit. Quin etsi dolo malus non intervenerit; tamen ob immodicam, pretii defectus excessusve ratione, lacionem, contractus rescinditur, l. penult. ff. de rescind. vendit. §. l. 2. C. eod. Illud ergo, quod quis cautius avidiusque in contrahendo jure suo utens lucrum captat, quamvis lex circumscriptionem appellat, d. l. in causa 16. §. pen. ff. de minorib. §. d. l. item si pretio 22. §. ult. ff. locat. haud aliter tamen, quàm dolo bonus five solertia quædam dici poterit; cum hæc non iniqua sit & malitiosa deceptio, quæ à machinatione & fraude abest, l. 1. ff. de dol. mal. Sed videantur eâ de re Molinam in tract. de usur. quest. 15. n. 170. cum seq. Oltendorp. class. 4. act. 1. tit. quid veniat in hac actione §. permittunt pag. 482. Covarruv. lib. 2. varian. resol. c. 3. n. 2. Gaspar Rodericus in tract. de annuis & mensuris redditib. lib. 1. quest. 11. n. 5. cum seqq. Petr. Augustin. Morla in empor. jur. part. 1. tit. 9. q. 8. Arumans Exercitat. Justin. 14. th. 5. Joan. Robert. lib. 3. sentent. jur. c. 12. circa fin. Bronchorst. cent. 2. ἐν τῷ Πρωτῷ. offert. §. 2. ed. 2. Ant. Fab. in error. pragmat. decad. 9. error. 1. Celsus Bargalius in tract. de dolo libr. 2. cap. 2. tit. de dolo ex proposito, §. c. n. 13. cum seqq. pag. 148. §. 167. §. aliquot seqq. Eberhard. Speckhan. cent. 2. class. 2. q. 13. Hinnius in resolut. ad Treutler. vol. 1. disp. 29. th. 3. q. 2. pag. 1757. §. vol. 2. disp. 2. q. 8. pag. 124. Petr. Gregor. lib. 21. Syntag. jur. c. 13. n. 2. Johan. Schroter. diatribar. domesticar. decad. 8. q. 2. Tiraquellus de legib. connubialib. leg. 9. n. 7. §. seqq. Frantzkius exercitat. jurid. 11. quest. 3. Antonius Merenda lib. 1. controvers. jur. cap. 33. pag. 47. Knipschildt exercitat. Academ. 1. quest. 7. p. 23. Marstaller. in dissertat. de divitiis part. 3. c. 14. pag. 227. aliique plures, ab illis cumulati. Quibus addendus est Dn. D. Andreas Oslander, Universitatis hujus Cancellarius olim dignissimus, Affinis meus perhonorandus, in d. c. 4. ad Thessal. v. 6. ubi ex D. D. Hunnio, eximio illo Theologo notat: quod Paulus allegato loco negocia & contractus Thessalonicensibus concedat: dummodo sibi à violentâ oppressione & defraudatione aliorum temperent. In quætionem & illud non in se vocatur: utrum sit tutus in conscientia, qui emit nummo aureo gemmam à rustico ignaro valoris gemmæ, protestans, se nolle plus dare, etiamsi gemma mille aureos valeat, seque velle excessum retinere titulo donationis? Et eum non esse in conscientia totum, haud absque ratione respondetur. Tum quia sicut res non potest pluris vendi, quàm valeat: ita neque potest minoris emi, invito venditore. Tum quia rusticus involuntariis donat, cum ignoret gemmæ valorem: ad validam autem donationem requiritur perfecta voluntas. Secus dicendum est, si uterque valorem ignoret, & emptor cum dicta protestatione emit gemmam uno aureo. Tunc enim uterque init contractum fortis seque periculo exponit lucri & damni. Contractus autem fortis licitus est: cum uterque contrahens æquali periculo sese exponat. Ita, post Molinam, Valentiam, Rebllum, & alios, concludit Martinus Bonacius in tract. de contractib. §. resiliat. disp. 3. quest. 2. punct. 4. n. 6. pag. 398.

§. Item pretium 2.

Item pretium in numeratâ pecuniâ consistere debet. Nam in cæteris rebus, an pretium esse posset, valde quærebatur; veluti an homo, aut fundus, aut toga alterius rei pretium esse posset.

Et Sabinus & Cassius etiam in aliâ re putabant pretium posse consistere. Unde illud est, quod vulgò dicebatur, permutationem rerum emptionem & venditionem contrahi, eamque speciem emptionis & venditionis vetustissimam esse: argumentoque utebantur Græco Poëta Homero, qui aliquam partem exercitus Achivorum vinum sibi comparasse ait permutatis quibusdam rebus, his verbis:

Ἐυδεν ἃ ροίνιζον τὸ κερηκομόωντες Ἀχαιοὶ,
Ἄλλοι μὲν χαλκῷ, ἄλλοι δ' αἶθωνι σιδήρῳ,
Ἄλλοι δὲ ροινῶς, ἄλλοι δ' αὐτοῖσι βέεσσιν,
Ἄλλοι δ' ἀνδραποδεσσιν.

Id est:

Hinc sibi certatim gentis de more comati
Vina parant Graij ære dato, fulgenteque ferro,
Tergoribusque, bobus sed & ipsis, muncipiisque.

Diversæ scholæ auctores contrâ sentiebant: aliudque esse existimabant permutationem rerum, aliud emptionem & venditionem: alioqui non posse rem expidiri, permutatis rebus, quæ videatur res venisse, & quæ pretii nomine data esse. Nam utramque videri & venisse, & pretii nomine datam esse, rationem non pati. Sed Proculi sententia, dicentis, permutationem propriam esse speciem contractus à venditione separatam, meritò prævaluit: cum & ipse aliis Homericis versibus adjuvaretur, & validioribus rationibus argumentaretur: quod & anteriores divi Principes admiserunt, & in nostris Digestis latius significatur.

S U M M A R I A.

- 1 Pretium an in pecuniâ numeratâ consistere deberet, inter veteres Jurisconsultos non conveniebatur.
- 2 Homeri magna semper fuit auctoritas.
- 3 Permutatio quibus modis differat ab emptione.
- 4 Res aliena vendi potest.
- 5 Si quis alteri certâ pecuniâ quippiam vendas, & postea inter eos conveniat, ut pro pecuniâ aliud quid præstetur, emptio subsistit.
- 6 Cuiusque negotii principium maxime inspicendum.
- 7 Si ex unâ parte res, ex alterâ rei & pretium simul datur, qualis contractus sit, distinctione explicatur.
- 8 Quoties de nomine contractus ambigitur, danda est actio præscriptis verbis.
- 9 An is, qui vendere promittit, pretioque accepto rem tradidit, nullâ tamen venditione factâ, dominium rei in accipientem transferat.
- 10 Emptio & venditio solo contrahentium consensu perficitur.
- 11 Ex factis voluntas perinde elucet, ac ex verbis.
- 12 Promissio de vendendo an & quatenus sit venditio.
- 13 Nullâ traditione non transfertur dominium.
- 14 Et quid res ab aliquo emptâ ex pecuniâ meâ ad me pertineat.
- 15 Res, ex dosali pecuniâ à marito comparatâ, marito acquiritur.
- 16 Mens & intellectus l. rei, quæ 54. ff. de rei dos.
- 17 Pretium, lex re fortius redactum, non est furtivum.
- 18 Consideratio l. si, ut proponis. 8. C. de rei vindicat.
- 19 Fundus, communi nomine emptus, an & quatenus sit communis.
- 20 Res emptâ ex pecuniâ meâ, ad hoc specialiter mutuatâ regulariter mihi obligata non est.

Primam pretii qualitatem seu notam, ut videlicet id certum sit, supra §. proximo exposuit Imperator: hic subiungit lateram, ut in pecuniâ numeratâ consistat. De hac inter diversarum, in jure civili sectarum auctores, Sabinianos scilicet & Proculianos, non levis erat disceptatio. Sabiniani namque existimabant, non solum in pecuniâ numeratâ, sed etiam in aliâ re pretium consistere posse: & duobus potissimum adjuvabantur argumentis. Primum erat peritum à proverbio, quod vulgò jactabatur: permutationem rerum emptionem contrahi, hoc est, emptionem fieri rebus inter homines permutandis & communi-

2 municandis. Alterum ab auctoritate Homeri & antiquitate erat desumptum, quo probare conabantur, emptionem apud veteres etiam aliis rebus, quam pecunia, fuisse factam; Homerus quippe refert lib. 7. *Iliad. circa finem*. Græcos vinum emisse ferro, ære, corio, bobus, mancipiis, &c. Atque hinc observandum est, magnam semper apud veteres fuisse Homeri auctoritatem, non modò in scholis, sed & in foro, & controversiis civilibus: adeò, ut Solon dicatur aliquando in iudicio uno versu Homericò evicissè, Salaminem insulam fuisse Atheniensium: ut ad verbum notavit hic *Mysingerus num. 9. ex Balduino, cujus tamen nomen, ut alibi non raro, ita & hoc loco sup- proffit*. Contra Proculiani statuebant, emptionem non esse permutationem, sed ab eà multum differre: idque demonstrabant his rationibus. Primum quia sequeretur, ut non posset discerni pretium à re venditâ, si pretium etiam extra pecuniam numeratam esset: sive quia sequeretur, ut una eademque res esset & merx & pretium: quod est absurdum, ut hic in versum utramque videri, &c. Deinde ad perfectionem emptionis res & pretium requiritur. l. 1. in princ. l. 2. §. 1. nec emptio 8. ff. de contrahend. empt. At permutatio ex his non constituitur, cum in ea res à pretio distingui nequeat, l. 1. ff. de rer. permutat. d. l. 1. §. pen. in fin. ff. de contrahend. empt. Terdo emptionem nudo consensu fieri, certius est, d. l. 1. §. ult. ff. d. l. 2. in princ. ff. de oblig. & act. initio t. sup. de obligationib. ex consens. Permutationem autem re & factis conati, indubitatum est, d. l. 1. §. de rer. permutat. l. 2. §. 1. ex placito 3. C. eod. 2. Quare isthæc sententia etiam aliis verbis Homericis (qui referuntur hic à Theophilo, ex lib. 6. *Iliados*, de celebri permutatione Glauci & Diomedis & diligentissime explicantur à Piracello in *Comment. de retrah. lignagier. §. 30. gl. 1. n. 17. & seqq.*) confirmatur, quibus permutatio ab emptione manifestè distinguitur. Versus autem illi ita se habent:

Ενθ' αὐτα γλαυκὸν κρανίδης Φρένας ἔξ' ἔλετο Ζεὺς,
ὃς πρὸς τυδείδῃ διαμείδῃ τεύχεα ἔμελλεν
χρυσέα χαλκείαν, ἐκατόμβοι ἐννεαβοίων.

Id est:

Jupiter eripuit mirè hic præcordia Glaucæ
Qui aurea Tydide mutaverit arma vicissim,
Pro factis ex ære, boveque valentia centum.

Quinò in permutatione res utrinque accipientis fieri, sive dominum utrinque transferri debet: cum constet ubi non possi, quid pretium sit, quid merx. d. l. 1. ff. de rer. permutat. in venditione focus est. Nam emptor qui lem cogitur homines seu pecuniam facere venditoris: ut venditor non tenetur omnia rem venditam dare, hoc est, ejus dominum transferre, sed tantum tradere. l. ex empto 1. §. 2. ff. de actionib. empt. Ideoque rem etiam alienam vendi posse, nulli dubitatio est, l. rem alienam 28. ff. de contrab. empt. Et hanc differentiam attigimus supra ad principium hujus tit. n. 28. Et de eadem consulatur Antonius Faber lib. 6. *conjectur. jur. civ. c. 9. W. in Paratit. ff. de permutat. n. 4. & 9. Communis lib. 7. Comment. jur. civil. c. 5. n. 2. Cujac lib. 23. observat. c. 28. & Jul. Pac. cens. 5. & vavrio Pavon quest. 22*. Denique emptionis contractus est nominatus, d. l. 1. §. 2. in fin. ff. de rer. permutat. & explicatum supra ad principium nostri t. n. 12. permutatio vero innominatus. D. *Vult. lib. 1. Jurispr. Rom. c. 41. num. 10. & seqq.* ubi rationem, cur permutatio dicatur contractus innominatus, cum tamen videatur nomen habere sitis appositum & legans, acutè reddit: quam & nos secuti sumus in §. actionum autem 28. *infra. de actionib. mon. 21*. Tamen Accursius, & Azo, n. 1. *Julon n. 1. & 2. Sichelus n. 3. & ceteri in rubric. tit. cod. de rer. permutat.* dissentiant. Atque hæc Proculianorum sententia, utpote validioris rationibus, modò expositis suffulta, & à Jureconsultis posterioribus & Imperatoribus comprobata fuit, d. l. 1. §. penult. ff. de contrab. empt. & l. penult. C. de rerum permutat. Vide Hummum in *resolut. ad Treutler. vol. 2. disp. 2. quest. 40. pag. 187. Ungepair. exercit. Justin. 12. quest. Harpprecht ad ultimum. Tom. III.*

5. pag. 454. ed. ult. & Thomam Manlium in tract. de permutat. tit. 2. n. 5. & 6.

Hic porro diligenter notandum: quòd, si quis alteri certâ pecuniâ quippiam vendat, & postmodum inter eos conveniat, ut vel pro pecuniâ frumentum, aut vinum aliudvè simile, detur; vel venditoris nomine emptor qui faciat: nihilominus emptio contracta reputetur, l. pretii 9. C. de rescind. vendit. Fürstl. Würtemb. erneuert Landrecht, part. 2. tit. 9. pag. 264. §. Undob Wol, &c. Ejusque ratio est: tum quia contractus emptionis ab initio rectè constitutus, pacto vel postea, vel etiam in continenti adjecto, non vitatur, nisi eo pretium penitus tollatur, l. pacta conventa 72. ff. de contrab. empt. Tum quia cujuscunque negotii principium maxime spectandum: & à primordio tituli posterior formatur eventus arg. l. quid ergo 13. ff. de his, qui not. infam. & l. 1. C. de imponend. l. ucrat. descript. Atque ita sentiunt Pinelus ad rubric. l. de rescind. vend. part. 2. c. 1. n. 16. Mozzius in tract. de empt. & vendit. tit. de substantialib. emptio. n. 13. Heirius in d. c. §. n. 4. Fomannus disp. 22. thes. 8. ad lit. c. & Hilliger, in Donello enucleat. lib. 13. c. 1. lit. k.

Quid autem dicendum, si ex una parte res, ex alterâ res & pretium simul detur & interveniat: eritne permutationis, an venditio? Hæc quæstio brevissima hæc distinctione resolvenda est: Aut constat, quid principaliter agere voluerint contrahentes, & secundum horum mentem, vel venditio erit, vel permutatio arg. l. in emptio. ne 34. ubi Bartol. & Dd. communiter ff. de contrab. empt. Aut non constat, & incertum est, ad quod contractus genus respexerint contrahentes: & tunc magis est, ut in dubio contractus innominatus judicetur, l. 1. 2. & 3. ff. de præscript. verb. & l. 2. ff. de quimatoria act. ubi generalis hæc proponitur regula: Quoties de nomine contractus alicujus ambigitur: dandam esse actionem præscriptis verbis, & consequenter contractum innominatum esse accipiendum. Licet autem Dominus Collega Bucerus hic n. 126. pag. 382. hanc regulam in prædicto casu nullum sibi vindicare locum putet: attamen hæc ipsi opinatio idoneo destituitur fundamento. Nam utique dubium est, qualis hic contractus celebratus sit. Illud quidem certum est, negotium esse contractum: at quale id sit, dubitatur. Quomodo ergo in d. l. 1. ff. de estimator. act. datur actio præscriptis verbis hæc de causa, quòd fuerit dubitatum; sitne emptio-venditio, an locatio-conductio, an mandatum, quando re ultimata vendenda datur: ita nulla potest satis firma afferri ratio, cur non idem sit dicendum in proposito negotio, de quo indem dubitatur, sitne ad emptionem venditionem, an ad permutationem referendum. Sed inspicimus, Gomezius tom. 2. var. resolut. c. 2. n. 10. D. Martin. Râmelin. dissertat. 15. ad Institut. th. 3. sub tit. d. pag. 131. Henonius disp. 16. controvers. 14. & Pinelus ad d. Rubric. C. de rescind. vend. part. 2. c. 2. n. 1. & aliquot seqq. ubi post hos, quos recenset, questionem hanc exactissime tractat. Videatur item Fachinæus lib. 2. controversiar. jur. c. 44. ubi eadem de questione quinque diversæ opiniones recitat. Alde Philippum Knipfchildt exercitat. Acad. 12. quest. 8. pag. 422.

Insignis hic occurrit controversia de eo, qui vendere promittit, pretioque accepto rem tradidit, nullâ tamen venditione diserte factâ; an dominium rei in accipientem transulerit? Et (nihil remorante contrariâ Jalonis sententiâ in l. si ante 6. ff. soluto matr. & cons. 117. lib. 1.) longè probabilius ac receptius est: dominium rei in accipientem translatum, atque adeò venditionem perfectam censeri. Idque ex eo manifestè probatur: quòd emptio & venditio solo contrahentium consensu perficitur, l. 2. in princ. & l. in quibuscunque 48. ff. de obligat. & act. cum similib. Atqui proposito in themate adeo contrahentium consensus, ut ex factis ipsis, nempe ex rei traditione & pretii solutione patet. Ergo venditio perfecta, & dominium translatum esse videtur. Ex factis siquidem voluntatem & consensum perinde eluceat, ac ex verbis, non dubium est, l. de quibus 32. §. 1. vers. nam quid intergi ff. de legib. l. rescripti 95. ff. de acquir. vel omitt. heredit.

12 Non obstat quod promissio de vendendo non sit venditio: ac propterea nec dominium per eam transferatur: sed tantum actio personalis contra promittentem concedatur, *l. si sterilis 21. §. si tibi fundum 4. ff. de action. empt. l. qui fundum 40. ff. de contrab. empt.* Nam verum quidem est, aliud esse venditionem, aliud pactum sive promissionem de vendendo, si nihil aliud concurrat, & in simplici promissione maneamus. Sed in presenti specie sunt circumstantiæ, quæ venditionem constituunt, nempe pretii solutio & rei traditio, ex quibus venditio efficitur. Nec enim ea verbis, "sicuti stipulatio, opus habet, *l. 1. in princ. ff. de verb. obligat.*

13 Sic quoque non adversatur; quod nudâ traditione non transferatur dominium, sed causa idonea & iusta ad translationem dominii requiratur, *l. nunquam nuda 31. ff. de acquir. rer. domin.* Etenim nostro in casu non est nuda traditio; sed potius iusta venditionis cuiusdam tacitæ causa veltita: quæ venditio ex traditione facta, & numeratione pretii resultat. Atque ita tradiderunt Socii in *d. l. si ante 6. ff. solut. matrim. Decius consil. 614. col. 3. in princ. Franc. Curt. Jun. consil. 82. col. 2. v. confirmantur* &c. Carol. Ruin. consil. 57. colum. pen. vers. non obstat insuper. lib. 1. & consil. 48. colum. 3. n. 9. eod. lib. 1. & consil. 47. col. 3. n. 5. lib. 4. item Bald. consil. 451. lib. 2. ubi ex facto interrogatus, respondit; promissionem vendendi, securâ rei traditione, & numeratione pretii, esse venditionem consummatam. Quos omnes refert & sequitur Tiraquellus de retract. conventional. §. 36. ad finem c. gl. 2. n. 83. & seq. Quibus subscripsit etiam Fachinæus lib. 2. controvers. jur. cap. 5.

14 Est & illa non contentenda quæstio: an res ab aliquo emptâ ex pecuniâ meâ, sit mea; adeo, ut à me vendicari possit? Et negativa conclusio optimè defenditur per *l. si ex ea pecunia 6. C. de rei vindicat. l. si patruus 4. C. communia utriusque judicii, &c. l. etsi de tua 9. C. de donation. inter vir. & uxor.* Unde res, quæ ex dotali pecuniâ à marito comparata est, non est dotalis; nec uxori, sed marito acquiritur, *l. ex pecunia 12. C. de jure dot. l. ult. C. de servo pignori dato manumiss. Knipschildt exercit.*

15 *cat. Acad. 8. quest. 9. pag. 297.* Isti conclusioni non obloquitur, *l. res, quæ 54. ff. de jure dot. ubi habetur;* res, quæ à marito comparatæ sunt ex pecuniâ dotali, dotales videri, sive mulieris esse, cujus pecuniâ fuit. Datur enim mulieri utilis vindicatio, si maritus ex ejus pecuniâ dotali rem aliquam emit, eo demum casu, quando maritus non est solvendo: ne mulier dotem amittat, arg. *l. uxor marito 55. in fin. ff. de donat. inter vir. & uxor.* Alioqui tantum competat, uxori, contra maritum pro restituenda pecuniâ, de dote actio. Costal. ad *d. l. res, quæ ff. de jure dot. Cujac. lib. 5. observat. c. 23. hosque referens Bronchorst. cent. 2. ἐναγρίο Παράν. assert. 65. edit. 2. Præterea probabilius dici poterit, dictam *l. 54. ff. de jure dot.* accipiendam esse eo de casu, quo maritus ex pecuniâ dotali rem non suo, sed uxoris nomine comparavit.*

17 Tam etenim quantumvis certum esset, rem uxori acquiriti: dubitabatur tamen adhuc, an ea res dotalis fieret. Videbatur quippe, dotalem eam non fieri: quia post dotem constitutam acquisita fuisset, quamvis ex pecuniâ dotali: sicut nec pretium, ex re furtiva redactum, furtivum dicimus, *l. qui vas 48. §. ult. ff. de furt. nec rem pignoratam vocamus, quæ ex nummis pignoratæ emptâ est, l. idemque 7. §. ult. ff. qui potior. in pig. hab. nec communem usuram appellamus, quæ ex communi pecuniâ ab altero ex sociis proprio nomine senerata debetur, l. si unus 67. §. 1. ff. pro socio.* Ac sanè dotalis revera non est res, quæ ex dotali pecuniâ emptâ est; sed tamen videtur esse, ut perinde ac si in dotem data esset, dotis iudicio peti possit, Anton. Faber lib. 5. conjectur. jur. civil. c. 9.

18 Similiter non resistit textus in *l. si, ut proponis 8. C. de rei vindicat. ubi res emptâ pecuniâ militis; non ementis, sed ipsius militis efficitur. Nam id speciali militis favore receptum est, non obscure relucet, ex *d. l. 8. & ibidem Gothofredus disertè notat. Idemque in re emptâ de pecuniâ pupilli, minoris, furiosi, prodigi, Ecclesiæ, & similibus, obtinere præterea docuerunt, arg. *d. l. idem***

que 7. in princ. ff. qui potior. in pig. vel hypothec. hab. l. 2. ff. quando ex facto tutoris. &c. l. ex facto 52. v. planè si es re pupilli ff. de pecul. l. si curator 3. C. arbitrium tutel. l. etsi tutores 2. C. quando ex facto tutoris vel curatoris minores agere vel conveniri poss. Accurs. Bartol. Bald. Paulus de Castro, & reliqui in *d. l. si patruus 4. C. communia utriusque judic. & in d. l. si ut proponis 8. C. de rei vindicat. Anton. de Fano in tr. de pignorib. in 4. membr. 2. part. num. 163. & alii complures, quorum opinioniones refert, & fusissime declarat. Alexand. Trentacinius variar. resolut. lib. 3. resolut. 1. de empt. & vendit. num. 5. seqq. Eandem rem dilucidè & eleganter explicat Hartman. Pistoris lib. 1. questio. jur. qu. 7. nec non Elianus Roberus disputat. 17. thes. 1. Tametsi diversam propugnare conetur sententiam Anton. Faber *d. lib. 5. conjectur. cap. 9.**

Sanè si fundus communi nomine sit emptus, nec constet, ex qua pecuniâ: probabilius est, istum fundum non esse communicandum, nisi prius pretium ipsi emptori refundatur: quoniam in dubio semper res ex pecuniâ solventis emptâ præsumitur, arg. *l. si ventri 9. (in Gothofredum corpore est l. 24. ff. de reb. auct. judic. possid.) ff. de privileg. creditor.* Et hanc veram, magisque communem esse opinionem, testatur Trentacinius *d. lib. 3. resolut. 2. de empt. & vendit. n. 1. ubi eam explanatius persequitur.* Tandem & illud hic non omittendum: quod res emptâ ex pecuniâ mea, ad hoc specialiter mutata, non sit mihi creditori obligata; nisi specialiter hoc cautum sive conventum fuerit, *l. quamvis 17. ibique Bald. C. de pignor. & hypothec.* Atque hæc sententia verior, & frequentiori calculo recepta videtur, juxta Didacum Covarr. lib. 1. variar. resolut. c. 7. n. 3. Petrum Aug. Morla. part. 1. emptorii jur. tit. 9. in præmiss. nu. 101. & Trentacinium *d. lib. 3. resolut. 15. de empt. & vendit. n. 6. ubi utramque in partem plures Doctores cumulat, & pronunciatum nostrum copiose pertractat.*

§. Cum autem emptio. 3.

Cum autem emptio & venditio contracta sit [quod effici diximus, simulatque de pretio convenerit. cum sine scripturâ res agitur] periculum rei venditæ statim ad emptorem pertinet, tametsi adhuc ea res emptori tradita non sit. Itaque si homo mortuus sit, vel aliquâ parte corporis læsus fuerit; aut ædes totæ, vel aliqua ex parte incendio consumptæ fuerint: aut fundus vifluminis totus, vel aliqua ex parte ablati sit, sive etiam inundatione æquæ, aut arboribus turbine dejectis longè minor aut deterior esse cœperit; emptoris damnum est, cui necesse est, licet rem non fuerit nactus, pretium solvere. Quicquid enim sine dolo & culpa venditoris accidit, in eo venditor securus est. Sed & si post emptionem fundo aliquid per alluvionem accesserit: ad emptoris commodum pertinet. Nam & commodum ejus esse debet, cujus periculum est. Quod si fugerit homo, qui venit, aut subreptus fuerit, ita ut neque dolus neque culpa venditoris intervenerit: animadvertendum erit, an custodiam ejus usque ad traditionem venditor suscepit. Sanè enim si suscepit: ad ipsius periculum is casus pertinet: si non suscepit; securus est. Idem & in cæteris animalibus, cæterisque rebus intelligimus. Utiq; tamen vindicationem rei & conditionem exhibere debebit emptori: quia sanè qui nondum rem emptori tradidit, adhuc ipse dominus est. Idem etiam est de furti & de damni injuriæ actione.

SUMMARI A.

- 1 Perfecta emptione & venditione, periculum rei vendite statim ad emptorem spectare, licet rei ei nondum sit tradita, solidissimis argumentis demonstratur.
- 2 Contraria Cujacii, ejusque affectuatum opinio rejicitur.
- 3 Jus definitur ars equi & boni.
- 4 In omnibus rebus aequitas spectanda.
- 5 Commodum qui sentit, etiam incommodum sentire debet.
- 6 In contractu emptionis nihil, nisi dolus & culpa praestatur.
- 7 Quando emptio & venditio perfecta censeatur, triplici distinctione resolvitur.
- 8 Emptio pura statim, conditionalis impleta demum conditione perficitur.
- 9 Cur unumquodque suo domino peris.
- 10 Emptio sine scriptis perficitur sola conventionione: in scriptis vero, instrumento rite confecto.
- 11 Rerum, quae pondere, numero, mensurae constant, venditio quando perfecta intelligatur.
- 12 Si vinum sortum in specie venditum sit, ad quem periculum spectet.
- 13 Res unumquodque suo domino peris.
- 14 Traditionibus, non nudis pactis, verum dominia transferuntur.
- 15 Damnum, quod quis sua culpa sentit, sentire non creditur.
- 16 Quatenus res suo domino perire dicatur.
- 17 Casus fortuitus a nullo debitore praestatur.
- 18 Explicatur l. si fundus. 3. ff. locati.
- 19 Exponitur l. lector. 12. ff. de peric. & com. rei vendit.
- 20 Instantia D. Boceri refellitur.
- 21 Consideratur l. quod si neque. 14. §. 1. ff. d. tit.
- 22 Enarratur l. si soluturus. 39. ff. de solutionibus.
- 23 Exceptio finiat regulam in casibus non exceptis.
- 24 Emulceatur l. final. ff. de condi. caus. dat. caus. non secus.
- 25 Fructus, ex re vendita per venditorem, qui nondum tradidit, percepti, emptoris lucro cedere.
- 26 Opera servi fructibus aequiparantur.
- 27 Consideratur l. Julianus. 13. §. Sententia. 30. ff. de actionib. empti.
- 28 Argumento a contrario sensu, quando nullus relinquatur locus.
- 29 Resolvitur l. curabit. 5. Cod. de actionib. empti.
- 30 Venditor quas actiones emptori cedere & praestare teneatur.
- 31 Venditor ante traditionem alioquin dominus manet.
- 32 An fructus rei vendite, ante solutum precium, ad emptorem pertineant.
- 33 Emptor tenetur venditori ad usuras precii non soluti.
- 34 Intellectus tit. 17. §. ex die emptionis, lib. 2. sentent. Pauli.
- 35 Sententia l. ut §. 1. ff. de fundo dotali.
- 36 Venditor ipsam rem venditam, nedum fructus pignoris loco retinere potest.
- 37 Mens & consideratio d. l. Julianus 13. §. 8. & l. qui pendente, 25. ff. de actionib. empti. & similium.
- 38 Qua remedia competant venditori, contra emptorem, precium non solventem.
- 39 Emens scienter rem alienam, nunquid, re evicta, ad restitutionem precii agere possit.
- 40 Scienti & volenti nulla injuria, nullusque dolus infertur.

Perfecta emptione & venditione, periculum rei vendite statim ad emptorem pertinet, licet ei res nondum tradita sit, per textum clarissimum hujus §. nostri. l. id, quod post 7. l. necessario 8. l. si vendita 11. ff. de peric. & commod. rei vend. l. quod sepe 35. §. si res. 4. ff. de contrah. empt. l. 1. 4. §. 5. C. de peric. & com. rei vendit. l. sicut 12. l. fructus 13. §. l. penult. C. de actionib. empti. l. si apud 3. C. de adit. actionib. Itaque si res vendita laesa, combusta, consumpta, aliavē ratione extincta fuerit: emptor non modò ad id, quod interest, adversus venditorem agere non potest; sed & precium, si nondum solvit, venditori nihilominus praestare compellitur: si verò solvit, illud à venditore repetere nequit. Id quod non solum in hoc §. distēte scriptum est: verum etiam in plerisque juris locis apertissime expressum; ut in l. cum emptor 5. §. ult. ff. de rescind. vendit. ubi Julianus respondit; mortuo homine vendito, perinde habendam esse venditionem, ac si traditus fuisset: venditorem namque liberari, & hominem emptori perire. Jam si perinde habenda est venditio, ac si homo traditus fuisset, plusquam manifestum evadit, emptorem ad precium venditori praestandum esse cogendum: quippe cum certissimum sit, re vendita post traditionem perempta, ita periculum emptoris esse, ut precium venditori solvere teneatur. Sic in l. ult. ff. de condi. caus. dat. caus. non secus. Celsus scribit: in contractu innominato, do ut des, mortuo homine promisso, pecuniam eo nomine datam repeti posse: at in con-

tractu emptionis, mortuo homine vendito, precium solum repeti non posse, quin non solum peti posse. Accedit Pauli responsum in l. venditor 21. ff. de hered. vel act. vend. ubi traditur; venditorem, qui nullius culpae argui potest, servo mortuo, ne precium quidem debere. Imò emptor ejus servi, qui ante traditionem sine culpa venditoris mortuus fuerat; non solum ad precium solvendum; sed & ad sumptus, qui in ejus curationem & sepulturam facti sunt, tenebitur, l. Julianus 23. §. praeterea 22. ff. de act. empti. Quibus locis opitulatur etiam l. ult. C. de peric. & commod. rei vend. ubi disertis verbis Imperator. Diocletian. & Maxim. rescribunt: ancillam venditam, & rebus humanis sine culpa venditoris ante traditionem exempta, emptori perire, ejusque precium venditori solvere emptorem compelli. Et tamen Cujacius in tractat. 8. ad African. in explicatione l. si fundus 23. ff. locati. & in Paratit. C. de peric. & commod. rei vend. ejusque Sectatores D. Collega Bocerus in Commentar. ad l. contractus 23. ff. de reg. jur. cap. 4. num. 7. edit. 1. & n. 65. edit. 2. & class. 2. disput. 3. thes. 81. edit. 2. & in hoc tit. n. 164. cum seqq. pag. 387. & seqq. Borcholt. in presenti §. n. 3. & Vultejus supra ad principium hujus tit. nu. 71. respondent & autumant: citatos textus de jure summo sive stricto, non verò de aequitate exaudiendos esse: cum aequius sit & humanius, ut emptor, qui rem non est nactus, precium venditori non solvat: attamen cum isthac responsio divinationem lapiat, nec ullo firmo juris fundamento subnixā sit; eadem facilitate rectissime rejicitur, qua adstruitur. Sed & cum jus nostrum sit ars equi & boni, defensore Celfo, l. 1. in princ. ff. de justis. & jur. atque in omnibus rebus, maxime verò in jure aequitas spectari debeat, l. in omnibus quidem 90. ff. de reg. jur. l. placuit 8. C. de judic. adeoque per totum jus nostrum aequitas diffusa sit: planè non est credibile aut verisimile; Justinianum Imp. in Institutionibus suis quicquam Studiosius juris tradere voluisse, quod aequitati manifestè repugnaret: praesertim cum eadem, quae in hoc §. 3. dicuntur, totidem serò verbis in Digesti, ac Cod. commemorantur, d. l. 5. §. ult. ff. de rescind. vendit. d. l. ult. C. de peric. & commod. rei vendit. & locis similibus adductis supra num. 1. Ratio autem, cur emptione perfecta periculum statim, etiam ante traditionem, ad emptorem spectet, haec est: tum quia emptoris est commodum, etiam ante traditionem factam; proindeque merito & incommodum ejusdem esse debet, teste hic Justiniano in vers. sed & si post emptionem, &c. d. l. id, quod post. 7. ff. de peric. & commod. rei vend. l. Julianus 13. §. si fructus. 10. cum seqq. ff. de actionib. empti. d. l. penult. C. eod. l. secundum naturam 10. ff. de reg. jur. Tum quia hic contractus sit utriusque contrahentium gratia: ac propterea in eo nihil, nisi dolus & culpa praestatur, l. si ut cerò 5. §. 2. ff. commodati. d. l. contractus 23. ff. de reg. jur. & hic in versio quicquid enim, &c. Mejer. in commentar. de cul. pa. in contrah. praestand. th. 222. & seqq. & hanc sententiam crebriori calculo usus confirmatam, amplectuntur Wesenbecius, Mysinger. Schneidevvinus, Hotomanus, Schilboek, Ant. Mattheus, Heigius, Giphanius, Thaddeus Pisp, & alii in hoc §. nostro: Gomez tom. 2. var. resolut. c. 2. nu. 32. Anton. Faber lib. 2. conject. cap. 4. Covarruv. lib. 1. variar. resol. c. 15. num. 2. Decius consil. 179. & 500. Henric. à Suerin. lib. repetitar. lectio. jur. civ. c. 33. Pacius cent. 5. évectio Payan, quest. 8. Armeus Exercit. Justin. 14. thes. 3. Schegg. in delibet. jur. disput. 18. thes. 36. Delrio in d. l. contractus 23. cap. 9. ff. de reg. jur. Forster. junior lib. 3. disp. 18. thes. 5. Henon. disput. 15. controvers. 15. Humius disput. 15. thes. 10. & lib. 4. var. resolut. jur. civ. tract. 7. part. 1. quest. 7. pag. 1085. & seqq. item in tractat. de estimat. rer. quest. 2. Paulus Berens disputat. 11. ad Institut. them. 1. quest. 2. Bronhorst. cent. 1. évectio Payan assert. 89. & seq. edit. 1. Vinces Faber disputat. 24. ad Institution. Imperiales th. 4. D. Maria tom. 3. Digestorum novissimorum tit. empti, cap. 63. fol. 150. Robertus Disputat. 17. th. 4. Andr. Gerbard. de ead. 14. quest. 7. Morib. Stephani cent. 3. questio 70.

Stuchius part. 1. exercit. Justin. decad. 12. assert. 2. lit. g. Petrus Ang. Morla in emporio jur. part. 1. tit. 9. in premissis. n. 103. & seqq. Treutl. vol. 1. disp. 28. th. 8. lit. C. & D. ibique in suis not. Buchovius p. 1081. & seq. ubi ait, contrariam opinionem Jurisconsulto esse vere indignam. Idem probat in hoc §. nostro pag. 803.

- 7 Antequam verò ea, quæ hanc verissimam & communissimam decisionem infirmare, & contrariam, eamque erroneam opinionem adjuvare videntur, refellamus: diligentissime dispendendum est, quando emptio & venditio perfecta censetur. Tunc etenim sine magno negotio sciemus, utrius sit periculum; emptoris, an venditoris. Quæ res triplici distinctione percommode potest explicari. Prima hæc est: aut emptio purè contrahitur, aut sub conditione, de qua distinctione infra §. proximo. Secunda: aut emptio fit in scriptis, aut sine scriptis, de qua supra in principio hujus tituli. Tertia: emptio aut est rerum, quæ pondere, numero & mensurâ constant; aut est aliarum rerum aut domû, agri, vineæ, libri, equi, &c. de qua distinctione hic nihil, sed in Pandectis latissime explicatur. d. l. quod sepe 35. in his §. ff. de contrab. empt. l. 1. §. 1. ff. de peric. & commod. rei vend. & similib. Ad primam distinctionem quod attinet: quia emptio pura statim, conditionali impleta demum conditione perficitur. l. hæc venditio 7 ff. de contrab. empt. ideo in pura emptione periculum statim ad emptorem respicit: in conditionali verò, post conditionis quidem eventum, similiter periculum ad emptorem pertinet: sed, pendente conditione, potest dici: universæ rei interitum venditoris, particulare damnum vel læsionem & deteriorationem rei, emptoris esse, l. necessario 8 ff. de peric. & commod. rei vend. l. penult. C. eod.
- 9 Ratio, cur damnum particulare ante conditionis eventum pertineat ad emptorem, est: quia conditio retrahitur ad tempus contractûs; adeoque emptio perinde habetur, ac si ab initio purè contracta fuisset, d. l. necessario 8. ff. d. tit. Interitus autem totius rei cur ad venditorem spectet, illa est ratio: quia res, quæ perit, tradi amplius non potest; & proinde nec perfectæ emptio poterit, ut bene advertit hic
- 10 Giphanius, & Borchol. infra §. proximo n. 4. De secunda distinctione hoc loco, & initio hujus tituli affirmatur: emptionem sine scriptura, solâ conventionem de precio perfici; ac ea propter periculum statim ad emptorem pertinere; emptionem verò, quæ sit scripturâ, non antè perfici, quàm instrumento ritè confecto, proindeque non nisi post absolutionem instrumenti, periculum ad emptorem spectare. De tertia distinctione hoc tenendum: rerum aliarum venditionem, simul atque de precio convenit, perfectam videri; earum autem, quæ pondere, numero, mensurâ constant, venditionem non aliter perfici, quàm si adnumeratæ, adnense, adpensionem fuerint; & ideo in his periculum non, nisi post admentionem & adpensionem & adnumerationem, ad emptorem pertinere, d. l. quod sepe 35 & in his §. ff. de contrab. empt. l. 2. ibiq; Gothofred. C. de peric. & commod. rei vend. Joan. Faber hic in vers. sed omnes Doctores, &c. Rittershus. p. 472. Wesenbec. in Paratit. ff. de contrab. empt. n. 10. & t. de peric. & commod. rei vend. n. 2. & seqq. Trentacivius varior. resol. lib. 3. resolut. 5. de empt. & vend. n. 3. & seqq.
- 12 Enimverò si vinum certum venditum est in specie, puta omne vinum, quod in dolio vel amphora est, statim periculum emptorem respicit: nisi ita venierit, idque actum sit, ut degustetur, l. si quis vina 4. in princ. ff. de peric. & commod. rei vend. vel nisi quid de bonitate vini venditor affirmarit, aut nisi ipse siverit, bonitatem vini non duraturam, l. si vina 19 ff. eod. tit. Nec moverit l. 1. in princ. vers. sed si nondum ff. d. 1. ubi vinum in specie venditum erat: quia certa visa live dolia ab emptore signata sunt: & tamen usque ad degustationem periculum ad venditorem spectat. Hoc quippe procedit in terminis istius casus, qui ab Ulpiano ibi initio est propositus: quando videlicet convenerit simpliciter, ut periculum esset venditoris: neque tempus appositum est, quousque periculum venditor sustinere debeat. Hoc casu tempus degustationis observandum est, ut eousque periculum venditor sustineat. Et ita est statim ad d. l. 1. ff. de peric. & commod. rei vend. tantum Borcholt, cen. 2. & variis Casibus, as-

sert. §. 6. Eandem rem uberius explicant Wesenbec. in Paratit. ff. ad d. t. de peric. & commod. rei vend. n. 3. cum seqq. Borcholt. in hoc §. nostro. vers. quid si fugerit homo, &c. n. 5. & seqq. Joachinus Schepliz in not. ad promptuar. tam jur. civ. quam feudal. Balthasar Klammer. tit. 14. de empt. & vendit. §. 11. n. 2. & seqq. Porro de venditione per aversionem (id est, ad corpus sive speciem, überhaupt) facta, nonnulla observatu peridigna affert Eberhard. Spackhan. cent. 3. quest. 19. class. 1. eumque referens D. Collega Besold. in thesauro practico. lit. V. pag. 794.

His ita breviter, ad majorem nostræ sententiæ intellectum interjectis: nunc antagonistarum argumenta examinabimus; atque pro virili diluemus. Primum autem est ejusmodi: Res unaquæque perit suo domino, l. pignus 9. C. de pignorat. act. Atqui ante traditionem venditor adhuc est dominus rei venditæ, ut in fine hujus §. dicitur. Traditionibus enim, non nudis pactis dominia rerum transferuntur, l. traditionibus 20. C. de pact. & per traditionem 40. supra de rer. divis. Ergo periculum rei venditæ, & nondum traditæ, non ad emptorem, sed venditorem, qui ejusdem dominus est, pertinebit. Respondemus: quandoquæque res vendita ante traditionem perit, vel diminuitur, nos concedere quidem, rectè dici posse, quod res venditoris, utpote domini, pereat vel diminuat. At, quod venditori pereat, id est, quod interitus, vel incommodum diminutionis illius, quæ in re contigit, ad venditorem pertineat, illud pernegamus, idque ex ratione jam antè allatâ n. 5. Nam quemadmodum quodcumque rei venditæ incrementum & commodum non ad venditorem, licet adhuc rei sit dominus: spectat: ita nec ejusdem diminutionem sive interitum ipse sustinere debet, hoc §. nostro. vers. sed & c. d. l. id, quod 7. ff. de peric. & commod. rei vend. cum similibus allegatis supra n. 6. Cur verò hoc casu à toto illo juris axioma, quod dicitur, rem quamlibet suo domino augeri, diminui, & interire, recedatur; causa hæc est: quia perfectâ emptione, in potestate & arbitrio emptoris est positum, rei emptæ possessionem ac dominium, quandoquæque voluerit precii solutione nancisci: ita ut ei sit imputandum, quod illic nactus non fuerit; adeoque propriâ culpâ, precii scilicet solutionem differendo, damnum tulerit. Quod quis enim ex sua culpa sentit damnum; sentire non intelligitur, l. quod quis 203. ff. de reg. jur. Præerea quod dicitur, domino rem suam perire, quæ sine dolo, culpa, aut morâ alterius perit: id verum est, si dominus non si nullo etiam sit ejusdem rei debitor: quoniam regula juris est, casum fortuitum rei debitoris à nullo debitore præstari, l. contractus 21. in fine. ff. de reg. jur. Jam verò, etsi in proposito venditor ante factam traditionem sit dominus rei venditæ: tamen ejusdem etiam est debitor ex venditionis contractu: nec hic tam ut dominus, quàm ut debitor respectu emptoris consideratur. Quare hujus juris regulæ consequens est: illum, tamen si dominus sit; casum tamen fortuitum non præstare. Hum. d. quest. 7. pag. 1089 & in resolut. ad Treutl. vol. 2. disp. 2. pag. 209.

Deinde ab adversariis objicitur l. si fundus 33. ff. locati. ubi licet fundus venditus, antequam traderetur, publicatus sit: nihilo tamen minus Africanus consultus respondet: usque adeo emptorem ad pretium illius fundi non teneri; etiam numeratum repetere valeat. Sed distinguendum: an ex causa aliqua extrinseca, forte quod fundus publicatus, vel servus furto subtractus sit an verò per ipsam rem venditam (quod fortassis omnino perempta sit) fiat, quo minus tradi queat. Illo sine casu, quo res vendita non est extincta, sed adhuc in rerum natura posita, fatemur emptorem non esse compellendum venditori precium solvere, si venditor actiones nullas habeat, quas emptori cedere possit. Et de hac specie lex opposita est accipienda. Hoc autem casu, quo res in rerum natura esse desit, merito emptor precium venditori refundere tenetur, per hunc §. nostrum, & legem supra adductam. Atque sic hanc legem exaudis doctissimus Antonius Faber d. lib. 2. conjectur. jur. civ. c. 4. ubi distinctionem istam pluribus rationibus confirmat, & simul hanc res differentiam inter locationem & emptionem explicat. Eandem

Eandem distinctionem sequitur, tueturque Gaspar Schifordegher. *lib. 2. tract. 18. quest. 3. cum seqq.* & Paulus Berons *d. disp. 11. them. 1. quest. 2.* Licet verò hanc Fabrianam distinctionem, seu minus probabilem, rejiciant D. Bocerius *hic n. 167. § seqq. p. 388.* & Vincentius Cabotius *lib. 1. disputat. c. 25.* quia tamen ipsi haud meliorem afferunt; illam retinendam reor. *Aliter ad legem illam respondet hic Theodor. Marcellius; aliter item Humm. d. q. 7. in fine* & D. Besold. *in delibatis jur. ex lib. 18. ff. quest. 11. pag. 27. quos, qui volet, adeat.*

19 Tertiò ad sententiam nostram impugnandam affertur, *l. lectos 12. cum l. seqq. ff. de peric. & commod. rei vend. ubi dicitur, lectorum per ædilem ante traditionem concissorum periculum non ad emptorem pertinere, sed ad venditorem, Respondetur: ibi non casu fortuito, sed culpa & incuria venditoris, qui lectos necdum traditos in vià publicà posuerat, damnum illud accidisse: ac proinde non injurià periculum eà in specie venditoris, non verò emptoris esse. Et venditorem ibi in culpa fuisse, innuit l. 13. vers. aut certe cum venditore ex empto agendum. ff. eod.*

20 Quamquam autem Dn. Bocerius *ad d. l. contractus 23. cap. 4. n. 65. edit. 2.* hanc responsionem respuit: propterea quòd *ex d. l. 13.* pateat, periculum ad venditorem spectare ante rei traditionem; licet injurià non jure, ædilis lectos conciderit; adeoque culpa venditoris nulla interveperit: isthæc tamen ratio prædictam solutionem convellere haud videtur. Quamvis enim ædilis injurià conciderit lectos: attamen nihil impedit, quò minus & venditoris culpam intervenisse rectè asseratur, ut qui lectos venditos in vià publica, sicque eo loco posuerit, quo non oportebat: atque ita animam injuriæ ædilis præbuerit, *ut bene animadvertit D. Humm. locis prædictis.*

21 Quartò opponitur *l. quòd sineque 14. §. 1. ff. de peric. & com. rei vend. ubi Paulus ait, si materia vendita ante traditionem furto perierit, periculum esse venditoris. At dicendum: illic non certam speciem venditam fuisse, sed genus, puta ligna vel trabes. Quando autem non in specie, sed generaliter aliquid venditur, veluti bos: equus, liber, &c. tunc ante traditionem venditori res vendita perimitur: quoniam genus perire non potest, l. in ratione 30. §. incerta 5. ff. ad l. Falcid. l. incendium 11. ibique Gothofred. C. si cert. pet. l. quod te mihi 5. & inibi Barthol. n. 5. ff. de reb. cred. si cert. pet.*

22 Quintò pro recensita adversariorum opinione stabilienà citatur *l. si soluturus. 39. ff. de solutionib. ubi hæc proponitur facti species: cum emptor & venditor essent homines suspectæ fidei; penes delectum ab emptore virum deposuit venditor mercem, & emptor nummos. Et respondet Africanus JC. periculum tam mercis, quàm nummorum ad emptorem pertinere; eò quòd emptor delegerit eum, apud quem merx & nummi deponerentur. Ex quo nunc ii, qui periculum rei venditæ ad venditorem spectare contendunt, sic argumentantur: Ergo cum certi & speciales tantum excipiantur casus, quibus damnum rei emptæ ad emptorem respicit: consequitur, aliàs regulariter & generaliter omne damnum & periculum rei emptæ ante traditionem emergens, ad venditorem redire.*

23 Exceptio quippe, ex communi juris traditione, firmat regulam in casibus non exceptis, *arg. l. his verbis. 102. ubi Dd. ff. de legat. 3. l. 1. & ibi Decius n. 21. ff. de reg. jur. l. questum. 12. §. denique Neratius. 43. ibique Bartol. ff. de instrum. & instrum. legat. Verùm respondendum: illos ex d. l. si soluturus. 39. ff. de solut. perperam argumentari. Non enim sic concludit Jurisconsultus: res vendita vel merx est periculo emptoris: eam ob causam; quòd emptor delegit hominem certum, penes quem merx deponeretur; sed ita potius ratiocinatur: quia perfecta est hoc casu emptio: ergo merx vendita est periculo emptoris. Hoc itaque textu tantum abest, ut nostra vulgaris sententia infringatur, ut etiam ipso jubare dilucidius, contra singularem aliorum opinionem, comprobetur.*

24 Sextò & ultimò adduci solet *l. final. ff. de condic. caus. dat. caus. non secus ubi in contractu innominato, do ut des, periculum non spectat ad eum, qui dedit rem pro Stichò, Ergo nec spectat debet ad emptorem, qui pecuniam sive precium pro Stichò dedit. Sed dicendum est: in casu dicta*

l. final. Stichum istum tempore contractus fuisse mortuum. Data namque fuit res pro Stichò, qui mortuus est: & eo casu hominis mortui traditio, ea promissio nulla est, *ex l. si homo mortuus 69. ff. de verb. obligationib.* Ideoque merito periculum non debet pertinere ad eum, qui pro hoc Stichò rem dedit: sed ei repetitio rei datæ competit. *Et ita hanc difficultatem explicat Petrus Augustin. Morla prædicta part. 1. emptorij jur. t. 9. in præmiss. n. 104. Ad alia, quæ nostræ sententiæ opponuntur, bene respondet. Timæus Euber d. disp. 24. sub th. 4. Vide eandem rem aliter, & quidem satis late, resolventem Acacium Antonium de Ripoll. variar. jur. resolut. cap. 11. num. 301. cum seqq. pag. 356. & seq.*

Ex eo autem, quod ostendimus, post emptionem & venditionem perfectam, omne rei venditæ periculum, & omne commodum ipsum emptorem, non venditorem, respicere: rectè (quicquid velit Covarruv. *lib. 3. variar. resol. c. 4. n. 7. & nonnulli alii*) inferitur: fructus etiam post venditionem perfectam, ex re vendita per venditorem, qui nondum tradidit, perceptos, emptoris lucro cedere, Idque clarè probat *l. fructus 13. C. de actionib. empt.* quæ expressè cautum est, fructus post perfectum jure emptoris contractum, emptoris personam spectare. Idem confirmat *l. Julianus 13. §. si quid servo 18. ff. de actionib. empt.* Ubi Ulpianus ait, ad emptorem pertinere, quod servus ante traditionem ex operis suis acquisivit. Jam verò operæ servi in fructu habentur, & fructibus æquiparantur, *l. questum 30. ff. de acquir. rer. domin.* Quemadmodum ergo operæ, earumque emolumentum ante traditionem pertinet ad emptorem: ita & fructus ad eundem pertinere necesse est. Non leve quoque ad sententiam hanc roborandam momentum habet *l. penult. C. de action. empt.* ubi traditur, post perfectam venditionem foetus editos emptoris esse. Est autem perfecta venditio statim, cum de precio convenit, quamvis re nondum sit tradita, *ut exprime. hujus tit. constat.* Foetus igitur pecorum venditorum etiam ante traditionem ad emptorem pertinent. Atqui foetus in fructu esse, non ambigitur. *l. in pecudum 28. ff. de usuris, &c.*

Huic decisioni non obstat *d. l. Julianus 13. §. veniunt 27 20. ff. de actionib. empt.* ubi scriptum est, emptorem post traditionem frui. Ergo à contrario sensu argumento ducto, ante traditionem emptor non fruitur: & sic fructus suos non facit. Nam respondeo: argumentum à contrario sensu non procedere, nulliusque auctoritatis esse, quando inde vel absurditas proficiscitur, vel expressis juris textibus adversatur; docente post alios, Nicolao Everhardo in locis suis legalib. loc. à contrario sensu n. 4. Eodem modo responderi poterit ad *l. curabit 5. C. de actionib. empt.* ubi rescribitur, post traditionem rei venditæ factam usuras venditori emptorem præstare: cum perceptorum fructuum ratio usuras generet, & inducat. Etenim ex illa lege apparet quidem, post traditionem fructus ad emptorem spectare: sed non in eadem (nisi fortè à contrario sensu quis argumentari velit) negatur: quia etiam ante traditionem ad eundem emptorem pertineant. De eadem re videantur Fabianus de Monte in tract. de empt. & vendit. quest. 6. principal. n. 22. & Alexander Trentacini quibus variar. resolut. lib. 3. resolut. 6. de empt. & vend. ubi tres casus, pro resolutione istius conclusionis, accuratè considerat.

Quamvis porro venditor periculum sive casum fortuitum, vel custodiam servi & cæterarum rerum, emptori non, nisi ita convenerit, præstat: suas tamen actiones, quas in rem habet, emptori præstare, cedere, exhibere, & mandare cogitur, *per hunc §. nostrum, in fin. l. quod sepe 35. §. si res vendit. 4. ff. de contrab. empt.* Habet autem rei vindicationem: & si res furto sit sublata, actionem furti; & condictioem furtivam: itemque actionem l. Aquilæ, si res sit læsa: has, inquam, actiones venditor ante traditionem adhuc dominus habet. Cur ita? quia illæ actiones non nisi domino dantur, *l. in rem 23. ff. de rei vindicat. l. 1. ff. de condic. furt. l. item idola. 11. §. legis 6. & l. ob id 43. ff. ad leg. Aquil.* Ac venditor ante traditionem adhuc dominus manet, *l. eum. qui misit 14. in princip. & l. si vendidero 80. in princip. ff.*

de furt. & apparet ex fine hujus §. nostri. Rei quippe venditæ dominium non venditione, sed traditione demum ad emptorem transire & transferri certum est, l. si ager 50. ff. de rei vindicat. l. penult. C. eod. l. alienatum 67. ff. de verb. significat. praalleg. §. per traditionem 40. sup. de rer. divis. & d. l. traditionib. 20. C. de pactis.

- 32 Illud quoque hic subiiciendum est: fructus rei venditæ, etiam ante precium solutum, pertinere ad emptorem, arg. hujus §. nostri, ubi expressum est, contractum emptio- nis-venditionis impletum esse, simul atque de precio con- venerit. At, contractu emptionis perfecto, fructus ad emptorem spectare, relucet ex d. l. fructus 13. C. de ac- tionib. empti. Eodem facit l. 2. C. de usur. ubi dicitur, em- ptorem teneri venditori ad usuras precii nondum soluti. Ergo non debet venditor simul usuras & simul fructus percipere: ne duplici damno emptor afficiatur.

- 34 Non obstat Jul. Paulus lib. 2. sentent. tir. 17. §. ex die emptionis. &c. ubi affirmat expressè, ad emptorem pertine- re fructus, operas servorum, foetus pecorum, & an- cillarum partus, si pars precii numerata sit. Nam ibi fru- ctus jure pignoris tantum, in casu non factæ plenæ so- lutionis, ad venditorem pertinent, ut illum locum rectè intelligit Petrus Friderus Mindan lib. 3. de processib. Cam.

- 35 Cap. 21. n. 13. in fine. Consimiliter non adversatur l. ult. §. 1. ff. de fundo dotal. ubi Pauli sententia confirmari vide- tur. Siquidem illic maritus, pro portione debitarum im- pensarum fructus, aliàs mulieri debitos, retinere potest: præsertim cum venditor ipsam rem venditam, nedum fructus quasi pignoris loco retinere queat, d. l. Julianus 13. §. offerri 8. ff. de act. empti. l. hereditatis 22. ff. de hered. vel act. vend.

- 37 Non item resistunt d. l. Julianus 13. §. 8. cum §. seq. & l. qui pendente 25. ff. de actionib. empti. d. l. curabit §. cum l. penult. C. d. tit. ex quibus æquum esse constat, ut non ali- ter omnes fructus ad emptorem pertineant, quam si & ipse omne precium venditori persolverit: quemadmo- dum & evicta re auctor, id est, venditor non aliter te- netur auctoritatis nomine, quam si precium acceperit: & si partem acceperit, eatenus duntaxat auctoritatis nomi- ne tenetur Cujac. lib. 21. observat. cap. 15. in fine. Illæ namque leges loquuntur de aliis remediis, contra em- ptorem in precii numeratione cessantem venditori per- missis. Aut enim traditio necdum facta est, & emptore ante solutionem ex empto agente, venditor si velit, non modo fructus, sed ipsam rem venditam, quasi pignoris loco retinere potest: quandoquidem & evicta re, vendi- tor auctoritatem, nisi pro portione soluti precii non præ- stat, d. l. Julianus 13. §. offerri 8. & §. seq. ff. de actio- nib. empti. d. l. hereditatis 22. ff. de hered. vel act. vend. Aut res tradita est emptori: & tunc, eo non solvente, non modo venditi actionem intentare venditor potest, quâ cogatur emptor precium cum usuris restituere vel sol- vere, d. l. curabit §. & d. l. fructus 13. C. de actionib. empti. sed etiam inhibitoriales impetrare venditor pote- rit, quibus prohibeatur emptor fructus colligere, aut re prius uti, quam reliquum precii persolverit, d. l. qui pen- dentem 25. ff. de act. tit. Et ita docet Petrus Friderus Min- danus d. lib. 3. de processib. Cam. cap. 21. n. 13. & 14. eumque referens Paulus Berens disp. 11. ad Inst. them. 1. q. 3.

- 39 Tandem & illud hoc loco addendum: quod emens sci- enter rem alienam non habeat actionem de evictione, nec ad precii restitutionem: nisi aliter conventum sit, per tex- tum apertum in l. si fundum 27. C. de evictionib. ubi Imp. Dioclet & Maximianus in hæc verba Theophilo rescri- pserunt: Si fundum sciens alienum vel obligatum compa- ravit Athenocles, neque quicquam de evictione convenit: quod eo nomine dedit, contra juris poscit rationem. Eodem confert textus in l. in venditione 41. ff. de action. empti. ubi dicitur, quod deceptus ob eam rem ex empto actio- nem sit habiturus. Ergo non deceptus, actionem mini- me habebit. Accedit & hæc ratio: quod scienti & vo- lenti nulla injuria, nullusque dolus inferatur, l. 1. usque adeo §. ff. de injur. l. nemo videtur 145. ff. de reg. jur. l. cum donatione 34. C. de transact. c. scienti 27. de reg. jur. in 6. ne c. sciens ac volens decipitur, nec de dolo

conqueri possit, l. 1. in fine ff. de actionib. empti. l. ven- ditor 11. in princ. C. de rescind. vendit. Atque ita Dd, communiter sentiunt, Accurs. Bald. & Salicet. in l. non dubitatur 6. C. de evictionib. Decius consil. 114. nu. 4. Natta consil. 188. n. 8. Covarruv. lib. 3. var. resolut. c. 17. n. 1. eosque cum aliis allegans Fachin. lib. 2. contro- vers. jur. c. 39. ubi & dissentientes refutat, & nonnullas alias quaestiones, evictionis materiam concernentes, ab- bundè explicat.

§. Emptio tam sub conditione. 4.

Emptio tam sub conditione, quam purè con- trahi potest. Sub conditione, veluri, si Stichus intra certum diem tibi placuerit, erit tibi emp- tus aureis tor.

S U M M A R I A.

- 1 Omnes contractus vel purè, vel sub conditione fiunt.
- 2 Emptio quatenus sit inutilis, si conferatur in arbitrium emptoris.
- 3 Expressa nocent, non expressa non nocent.
- 4 Additio in diem receptissima in venditione, quomodo fiat.
- 5 Additioni in diem similis est lex commissoria.
- 6 De quibus rebus venditor legem commissoriam exerceat.
- 7 Cur in pignovibus, & non item in emptionibus, pactio com- missoria improbetur.
- 8 Jus ad ea potius accommodari, quæ frequenter, quam qua rard accidunt.
- 9 Quæ conditiones seu pactiones contractui emptionis adici soleant.
- 10 Quæ actio ex pactis, in continenti venditione adjectis, competat.
- 11 Ex pacto de retrovendendo qualis actio nascatur.
- 12 Contractus emptionis personalem tantum obligationem producit.
- 13 Una res duplici jure censeri non debet.
- 14 Pars à suo toto dissidere nequit.
- 15 Eadem potestas contractibus & distractibus.
- 16 Ut contractus, ita & pactum, obligationem actionemque personalem generat.
- 17 Plures quaestiones de pacto retrovendendi, remissivæ.
- 18 An pactum de vendendo ex certa causa initum, causa cessante, servandum sit, &c. remissivæ.

Quod hic de emptione dicitur, eam non solum purè, sed etiam sub conditione contrahi posse: id com- mune omnium contractuum, ut vel purè, vel sub conditione fiant, §. omnis stipulatio 2. sup. de verbor. obligationib. §. penult. infr. de mandato l. sicut. 20. in princ. ff. locati l. obligationum 44. ff. de oblig. & actio- nib. l. penult. C. pro socio. Contrahitur autem purè emp- tio hoc modo: vendo tibi equum pro quinquaginta flo- renis. Sub conditione verò ita: Si Sempronius Consul factus fuerit: aut, si navis ex Asia venerit, aut, si equus intra certum diem tibi placuerit, equus quin- quaginta florenis tibi venditus erit. Nec obest, quod hæc conditio, si tibi placuerit: videatur emptionem statim reddere inutilem sive nullam: cum emptio in ar- bitrium emptoris collata, planè inutilis censetur, l. in vendentis 13. Cod. de contrah. empti. eò quod obligatio omnis non ex voluntate pendeat: sed in se necessitatem habeat, initio tit. supra de obligationib. l. sub hac condi- tione 8. ff. de obligat. & actio. l. stipulatio 17. ff. de verb. oblig. Nam dicendum, inutilem prorsus esse emptio- nem, si conferatur expressè in arbitrium emptoris; ut hic equus tibi emptus esto, si velis: non item, si tacite. Hac autem conditione, Hic equus tibi sit emptus, si intra mensem tibi placuerit, tacite emptio permittitur arbitrio emptoris, ut & illa, si displicuerit, l. quod si notis. 3 l. §. si quid ita venerit 22. ff. de adil. edict. Expressa quippe nocent: non expressa non nocent, l. expressa 125. ff. de reg. jur. Marcellus & Giphanius hic in versis. veluti, si Stichus & supr. in §. precium autem vers. alto- qui si inter, &c. hoc tit. Præterea in proposito ex- emplo venditio non confertur in puram ac absolu- tam ementis voluntatem: sed tempus certum arbitrio emere volentis præstituitur: sique non omnino libe- rum, vagum & incertum relinquatur: ac proinde utilis emptio, vel inutilis, adveniente die, judicabitur: atque adeò non in diem simpliciter: sed & sub conditione con- tracta hic emptio dicitur, ut tradit Heigius in hoc §. n. 3. Huc

Enimvero valde controversitur à Doctoribus, num
quid ex pacto de retrovendendo actio realis, vel per-
sonalis nascatur? sive, quod idem est, utrum ex hoc pa-
cto duntaxat contra emptorem, an etiam adversus ter-
tium, qui rem tali pacto venditam possidet, actio detur?
Et licè Baldus *confil.* 82. *post medium lib.* 1. pactum ist-
tud de retrovendendo jus reale nominet: & Paulus de
Castro *in l. si, cum venderes* 13. ff. de pignorat. ad. vel-
lit, ex tali pacto venditori competere utilem rei vindic-
ationem, adversus possidentem rem, sub tali pacto ven-
ditam; tamen verior est opinio exstimationum, ejusmo-
di pactum rem ipsam non officere: sed solum obligatio-
nem sive actionem personalem producere. Tum quia
pactum illud contractui in continenti adjectum, ipsum
contractum informare, eique inesse dicitur, *d. l. juris*
gentium 7. §. *quinimo* 9. ff. de pact. l. in bono fidei 13. ibi-
que *Dd.* C. *cod. l. licta* 40. ff. de rebus credit. si cert. per.
Atque contractus emptionis & venditionis personalem
solummodo obligationem producit, *l. 1. C. de act. empt.*
Ergo & pactum, quod contractui inest, personalem dun-
taxat obligationem pariet: cum non debeat una res de
plici jure censeri, *l. cum, qui* 23. vers. quod absurdum ff. de

- usurpat. & usucap. & accessorium dissidere à suo principali, l. cum principali 178. ff. de reg. jur. c. accessorium 42. eod. in 6. Tum quia pactum retrovendendi, in contractu venditionis appositum, reputatur quædam pars ipsius, l. fundi partem 79. ff. de contrab. empt. Tiraquei. in tr. de retractu convention. in præfat. n. 21. & §. 1. gloss. 1. n. 1. Pars autem à suo toto discrepare nequit; adeoque quod juris est de toto quoad totum, idem de parte quoad partem esse consuevit, l. quæ de tota 76. in pr. ibiq; gloss. & Bartol. ff. de rei vindicat. l. 3. §. 1. ff. de acquir. vel amit. poss. l. an pars 3. ff. pro derelicto. Menoch. consil. 671. n. 8.
- 14 Tum etiam quia eandem potestatem esse contractus & distractus: nec non pactum nihil aliud esse, quam contractum scribit Baldus in lab. emptione 58. ff. de pact. & in rubric. C. eod. Alex. in l. stipulationum 5. ff. de verb. oblig. Accurs. in l. 1. super verb. figur. in fin. ff. de oblig. & actionib.
- 15 Sicut igitur contractus obligationem & actionem personalem generat: ita & pactum. Atque hanc sententiam Imperialem Cameram approbasse, testantur Mynsing. cent. 6. obs. 69. & Gail. lib. 2. obs. 16. n. 3. & 4. Eandem amplexi sunt Dr. Collega Bocerius class. 2. disp. 3. th. 53. edit. 2. Zasius consil. 12. n. 34. cum seqq. lib. 1. Bronchorst. cent. 1. Miscell. controvers. assert. 69. Hartman. Pistoris lib. 1. questionum jur. qu. 21. n. 7. Hackelman. disp. 11. th. 8. ad lit. a. Wegner disp. 12. th. 2. sub lit. k. Treutler. vol. 1. disp. 28. th. 10. sub lit. c. ibique Bachovius in suis not. pag. 1087. Hummius lib. 3. var. resolut. jur. civ. tract. 7. part. 1. quasi. 6. item in resolut. ad Treutler. vol. 2. disp. 2. qu. 59. p. 220. cum seqq. Hartman. Hartmanni lib. 2. observat. 17. tit. 22. obs. 5. n. 7. & alii, ab istis annotati. Cæterum plures quæstiones, pactum istud de retrovendendo concernentes, diligentissime explicant, post alios, à se allegatos, Tiraquei in tract. de retract. convent. §. 1. & seqq. Covarruv. lib. 3. variar. resolut. cap. 8. & seqq. Petrus Augustin. Morla in Emporio jur. part. 1. tit. 9. quasi. 14. & seqq. Trentacinius variar. resolut. lib. 3. resolut. 10. de empt. & vendit. Anton. Faber d. part. 1. de errorib. pragmat. decad. 9. error. 9. & 10. item decad. 10. error. 2. & 3. decad. 22. error. 3. 4. 6. 7. & seqq. decad. 23. error. 1. 5. & seqq. decad. 24. error. 1. & seq. item decad. 25. error. 1. & seqq. Hummius d. resolut. ad Treutl. vol. 2. disp. 2. qu. 57. cum seq. p. 218. & seq. Fachinus lib. 2. controvers. jur. cap. 2. 3. 4. 6. 7. 8. 11. 12. cum aliquot subseqq. & Matthias Berlichius conclusionum practicabil. part. 2. conclus. 1. & 2.
- 18 Porro ecquid pactum de vendendo ex certa causa initum, causa cessante servari debeat? Et an pactum de futura venditione, ad certum tempus adstrictum, eo tempore elapso, expiret? an item pactum de vendendo iuramento confirmatum, in venditionem perfectam de præfenti transeat? an denique pactum de vendendo resolutum est expressum, & pars precii soluta, sed etiam traditio rei secuta? has quæstiones singulas novissime accurate discussit & examinavit Berlichius decis. cur. 142. cum tribus sequentib. p. 528. & seq.

§. Loca 5. & ultimus.

Loca sacra vel religiosa, item publica [veluti forum, basilicam] frustra quis sciens emit. Quæ tamen si pro profanis vel privatis deceptus à venditore quis emerit: habebit actionem ex empto, quod non habere ei liceat, ut consequatur, quod sua interest, cum deceptum non esse. Idem juris est, si hominem liberum pro servo emerit.

SUMMARIUM.

- 1 Regulariter omnium rerum, quas habere, vel persequi licet, venditio fieri potest.
- 2 Rei sacra, religiosa, publica, & liberi hominis emptio quædam valet, vel non.
- 3 Rei sacra vel publica difficile agnoscitur à re profana vel privata, ut si liber homo à servo.
- 4 Rei sacra & liberi venditioni alterius rei interdum accedit, licet per se vendi non possit.

- 5 Prohibitum est vendere res furtivas, litigiosas, dotales, feudales, & emphyteuticas.
- 6 Venienti mali emptio regulariter nulla est.
- 7 Annona militaris, & frumentum publici canonis cur vendi nequeat.
- 8 Qui etiam vendi possunt.
- 9 Purpuram vendere privatis non permittitur.
- 10 Arma, vinum, oleum & cætera liquamina barbaris seu hostibus vendere non licet.
- 11 An arida, sive frumenta hostibus vendere sit licitum.
- 12 Penæ & odia restringenda.
- 13 Lex penalis, in iure casu constituta, propter rationis identitatem vel majoritatem, etiam ad casum non expressum extenditur.
- 14 Rem suam nemo recte emit.
- 15 Quod alicujus est, amplius ejus fieri nequit.
- 16 Utrum rei, quæ pro parte emptoris est, & pro parte solum venditoris, venditio simpliciter facta valeat. adeoque in tota re consistat.
- 17 Jure Wurtembergico subditus prædium aliquod provinciale forensi vendere, aut jura sua cedere non potest.
- 18 Eodem jure cellaria, granaria, aliaque, quæ adibus adherent, separatim sine domo vendi nequeunt.
- 19 Rei aliena quidem vendi potest: sed tamen propterea nihil juris domino auferitur.
- 20 Res tam præsentis, quam futura quatenus vendantur.
- 21 Differentia inter emptionem spei, & rei futura.
- 22 Res omnes, sive corporales, sive incorporales, vendi possunt.
- 23 An jus accrescendi transeat in emptorem hereditatis.
- 24 Hereditas est jus universum.
- 25 Emptor hereditatis, vicem heredis obtinet.
- 26 Portio deficientis portioni accrescit.
- 27 Precium succedit loco rei.
- 28 Heres quatenus post venditam hereditatem heres maneat.
- 29 Sententia si quis pecuniam p. §. ult. ff. si quis omni caus. test.
- 30 An testator voluntas curanda, cum agitur de jure accrescendi.
- 31 Venditor hereditatis quid vendere intelligatur.
- 32 Alia est ratio emptoris hereditatis, & alia fideicommissarii.
- 33 Inter succedentes diverso jure, non habet locum jus accrescendi.
- 34 Sententia ex facto q. §. fin. ff. de vulg. & pupil. subst.
- 35 Jus accrescendi regulariter in contractibus non obtinet.
- 36 Venditor, etiam post venditam hereditatem, tenetur creditoribus hereditariis & legatariis.
- 37 Jus accrescendi inter quos locum habeat.
- 38 Surrogatum sapit naturam ejus cuius in locum est surrogatum.
- 39 An emptio venditio annuorum reddituum valeat.
- 40 Possitis substantialibus partibus alicujus rei universis; & rem ipsam poni necesse est.
- 41 Subsistentialia emptoris tria: consensus, merx & precium.
- 42 Ususfructus pecunia emi potest, aliisque titulis constitui.
- 43 Quicquid merx est, emi vendi potest.
- 44 Annuus census rebus immobilibus connumeratur.
- 45 Ad emptionem annuorum reddituum quæ requirantur.
- 46 Proprius pecunia usus quis.
- 47 Calcei primus ac secundus usus quis.
- 48 Pecunia certa quantitas, unica solutione data, quatenus cum pecunia permixta possit.
- 49 Emptio censetur, quando pecunia grossa datur pro minuta.
- 50 Omnia jura, realem utilitatem adferentia, precio recte assimulantur.
- 51 Mutuum tam fictum, quam verum, usum inducit.
- 52 Contractus mutui quomodo differat ab emptione annuorum reddituum.
- 53 Contractus legitimi non debent claudicare.
- 54 Natura emptionis quæ sit.
- 55 Non eventus, sed potius contrahentium intentio, inspicere debet.
- 56 In annuorum reddituum emptione, enormiter lesi, num compescat remedium l. 2. C. de rescind. vendit.
- 57 Sententia l. eos, qui 26. §. 1. C. de usur.
- 58 Beneficium d. l. 2. C. de rescindend. vend. ad quid vendat.
- 59 Contractus emptionis reddituum an usurarius.
- 60 Principium, non eventus spectandus.
- 61 Emptio solo consensu contrahitur.
- 62 Precii numeratio non ad perfectionem, sed ad complementum emptionis deservatur.
- 63 Emptio-venditio quatenus actionem emptori, ante precii numerationem, pariat.
- 64 In emptione & venditione utroque citroque obligatio nascitur.
- 65 Solutione ejus, quod debetur, obligatio solvitur.
- 66 Venditor præstatione ejus, quod vendidit, liberatur.
- 67 In emptione annuorum reddituum quid veniat assimilandum.
- 68 In ista emptione quid emi atque assimilari censetur.
- 69 An fundi proventus cum sorte comparetur.
- 70 Emptio-venditio quid ex parte venditoris, quid item ex parte emptoris requiratur.
- 71 In emptione censetur quicquid precium in venditionem transferatur.
- 72 Emptio-venditio ut mutuo consensu contrahitur: ita mutuo consensu resolvitur.
- 73 Emptio dolo inita, an & quatenus subsistat.
- 74 Intellectus ex empto l. §. si quis Julianus 13. §. 5. & 27. ff. de actionib. empt. & consensum.

- 75 Emptio vi metus facta, utrum valeat.
 76 Ratione lesionis ultra dimidium iusti precii, emptio-venditio rescinditur.
 77 Cur lesio, quae non excedit dimidium iusti precii, à legibus permittatur.
 78 De definienda rei estimatione tempus contractus spectandum.
 79 Contractus ab initio sunt voluntatis, ex post facto necessitatis.
 80 Quod semel placuit, amplius displicere nequit.
 81 Sententia l. 3. C. de rescind. vendit.
 82 In omnibus aequitatis potius, quam stricti juris, ratio habenda.
 83 Reipubl. interest, locupletari habere cives.
 84 Res tanti valet, quanti vendi potest.
 85 Venditio praetextu pauci utilioris precii non rescindenda.
 86 Quatenus contrahentibus se invicem circumvenire liceat, & num. 103.
 87 Nemo praesumitur vires suarum facultatum ignorare.
 88 Error in facto proprio intolerabilis putatur.
 89 Nemo praesumitur suum jactare.
 90 An beneficium l. 2. C. de rescind. vendit. etiam olim obtinuerit.
 91 Sententia l. si quis, cum aliter. 36. ff. de verb. obligat.
 92 Summa l. res bona. 54. ff. de contrab. empt.
 93 Nemo debet lucrari cum alterius damno.
 94 Tenor l. Lucius. 38. ff. famil. exciscund.
 95 Locatio ob villorem mercedem rescindi potest.
 96 Sententia l. 3. C. quib. ex caus. major. in integr. rest.
 97 In bona fidei iudiciis quod inaequaliter factum est, in melius reformari debet.
 98 Verba l. quotiens. 61. ff. de adilit. edict.
 99 Consideratio l. si duos. 47. ff. de evictioib.
 100 Interpretatio l. 2. ff. depositi.
 101 Nullibi in Digestorum libris rata invenitur venditio, quae inmodicam lesionem continet.
 102 Quae notabilia sunt, perspicue exprimenda sunt.
 103 Sententia l. in causa. 16. § penult. ff. de minorib. & similium.
 104 Verus intellectus l. à Divo Pio. 15. §. si pignora ff. de re judicat.
 105 Num remedium l. 2. C. de resc. vend. etiam in emptore procedat.
 106 Emptor & venditor correlatio sibi opponuntur.
 107 Quod in uno correlativorum statuitur, idem in altero statuenendum.
 108 Omnibus aequaliter lege succorritur.
 109 Beneficium d. l. 2. C. de rescind. vendit. cur venditori tributum.
 110 Ubi eadem ratio, ibi eadem juris dispositio.
 111 Remedium d. l. 2. ex humanitate profuxit.
 112 Ignorantia in rebus alienis praesumitur.
 113 Constitutio d. l. 2. de quo loquatur.
 114 Leges Codicis et plurimum ad certas facti species sunt accommodatae.
 115 An eadem sit ratio subveniendi emptori, quae venditori.
 116 Cujusque rationes resoluuntur.
 117 Utrum decisio l. 2. C. de rescind. vend. in rebus mobilibus locum habeat.
 118 Cur in d. l. 2. venditionis fundi duntaxat fiat mentio.
 119 Exemplum regulam non restringunt.
 120 Numquid venditor remedium l. 2. C. de rescind. vend. uti possit, si ei renunciaverit.
 121 Renunciatio generalis non extenditur ad ea, de quibus verisimiliter non est cogitatum.
 122 Dolus in generali sermone non includitur.
 123 Generalis renunciatio refertur ad ea omnia, de quibus renuncians cogitavit vel in genere, vel in specie.
 124 Juri & favori suo quilibet renunciare potest.
 125 Notarius stylus, pro locorum diversitate, varius.
 126 Equid beneficium l. 1. C. de rescind. vend. verum rei suae valorem scienti tribuatur.
 127 Scienti & volenti nulla sit injuria.
 128 Scienti aequiparatur renunciante & donante.
 129 Ignoranti plus faveat, quam scienti.
 130 Liberalis nemo in necessitatibus existit.
 131 An juramentum in contractu praestitum de non contraveniendo, excludat majorem à beneficio l. 2. Cod. de rescind. vendit.
 132 Omne juramentum, quod non vergit in aeterna salutis dispendium, est servandum.
 133 Absolutio requiritur à juramento per metum extorto.
 134 Juramentum non debet esse vinculum iniquitatis.
 135 Absolutio tollit vinculum juramenti.
 136 Juramenti vis est, ut contractum confirmet, adeo ut rescindi nequeat.
 137 Non remedium l. 1. C. de rescind. vend. non tantum ad emptionem, sed & alio contractui sit transferendum.
 138 Beneficium d. l. 2. C. locus est in locatione & conductione, easque ratio multiplex.
 139 Mercet precium appellatur.
 140 Conductor emptor dicitur.
 141 Summa l. si olei. 21. C. de locato.
 142 Tenor l. si merces. 25. §. ff. locati.
 143 Nova leges, juri veteris correctoria, non facile contra suos fines trahenda.
 144 An constitutio l. 2. Cod. de rescind. vend. in emphyteusi locum habeat.
 145 Argumentum à facto ad emphyteusum sumptum, probabile est & frequentissimum.
 146 Fendum non est contractus, sed beneficium.
 147 Utrum in permutationibus locus sit beneficio l. 2. C. de rescind. vendit.
 148 Permutatio locum obtinet emptionis.
 149 Ad objectionem respondetur.
 150 Utrum dicta l. 2. sit locus in permutatione beneficiorum Ecclesiarum, remissive.
 151 Equid in divisionibus locum habeat remedium d. l. 2. C. de resc. vend.
 152 Divisio intelligitur quadam permutatio, emptionique finitima est.
 153 Quid juris in divisione per sortem facta.
 154 Restitutionum causa ex initio adjudicanda.
 155 Propter eventus incertitudinem multa admittuntur, quae alias non admitterentur. Item, an & quatenus unus ex pluribus fratribus vel sociis beneficio d. l. 2. uti possit, remissive.
 156 An decisio d. l. 2. C. de rescind. vend. porrigenda sit ad stricti juris contractus, varia variorum sententia.
 157 Qui exceptione perpetua tutus, per errorem solvit, solutus condicere potest.
 158 Error potius praesumitur, quam donatio.
 159 Respondetur ad objectionem.
 160 Ad aliam instantiam respondetur.
 161 Num transigens rescissionem transactionis petere, vel ad supplementum iusti precii agere queat.
 162 Referuntur Dd. illud affirmantes.
 163 Referuntur Dd. illud negantes.
 164 Referuntur Dd. distinguentes.
 165 Negantium sententia approbatur.
 166 Hecce rogatus restituere hereditatem, si quadruplo minus restitui, quam in hereditate fuit, quatenus ad restituendum, quod amplius est, teneatur.
 167 Sententia l. à Divo Pio. 15. §. 3. ff. de re judic.
 168 Quod transactionis nomine datur, non repetitur, licet res nulla media fuerit.
 169 Transactio servanda est, etiam si dolose plus debito sit petendum.
 170 Transactio rescindi nequit sub praetextu instrumentorum noviter repertorum.
 171 Lites transactionibus legitimis finita, rescitari non debent.
 172 Juramentum & transactio aequiparantur.
 173 Causa per juramentum finita, retractari non potest.
 174 Quando lesio allegari non possit.
 175 Dubius litis eventus.
 176 Sententia & transactio comparantur.
 177 Transactiones & pacta stricti sunt juris.
 178 Transactio nihil simile cum emptione habet.
 179 Mens & interpretatio l. si superflue. 5. C. de dol. mal.
 180 Explanatio l. Imperatores. 3. §. 1. ff. de transact.
 181 Codicilli pars testamenti censentur.
 182 Consideratio l. in summa. 65. §. 1. ff. de condict. indebit.
 183 Evidens calumnia quid significet.
 184 Calumnius quis vocetur.
 185 An in donatione procedat lex 2. C. de rescind. vendit.
 186 Donatio perfecta revocari nequit.
 187 Nemo invitatus donat.
 188 Communionem suscipere nemo cogitur.
 189 Propositum in mente retentum, nihil operatur.
 190 Quando donatori repetitio detur.
 191 Si emptor thesaurum in fundo empto invenierit, an venditor in partem illius sit vocandus.
 192 Res, quae nullius est, occupanti conceditur.
 193 Thesauri definitio.
 194 Privatio habitum praesupponit.
 195 Thesaurus ante inventionem in nullius dominio est.
 196 Thesaurus ut fundi pars non est: ita nec est fructus fundi.
 197 Commoda cujusque rei cum sequi debent, quem sequuntur incommoda.
 198 Quod quis in suo invenit, id ei omni jure debetur.
 199 Sententia & exceptio l. à tutore. 67. ff. de rei vind.
 200 In iudicanda lesione tempus contractus inspicendum.
 201 Thesaurus donum fortuna dicitur.
 202 Contractus venditionis & locationis sunt similes.
 203 Immodicum quid significet.
 204 Intellectus l. 2. C. de alluvionib.
 205 Argumentum à locatione ad emptionem quatenus ducatur.
 206 Conductor ob nimiam sterilitatem pensio minuenda.
 207 Equid auxilium l. 2. C. de rescind. vend. adversus tertium ac singularem successorem competat.
 208 Obligatio personalis non sequitur fundum.
 209 Lex non distinguente, nec nos distinguere debemus.
 210 Contra tertium possessorem quando agi possit.
 211 Sententia l. in causa. 11. §. fin. ff. de minorib.
 212 An venditori liceat adversus emptorem agere, quando venditor ultra dimidium est lesus, & res vendita sine culpa emptoris perit.
 213 Causa dotis semper & abique praecipua est.
 214 Ubi quantitas debetur respectu certa speciei, species perempta, debitor est liberatus.
 215 In dubio magis favendum est reo, quam actori.
 216 Intellectus c. cum dilecti 3. & c. cum causa. 6. de empt. & vendit.

- 217 Quando emptor compelli possit ad solvendum precium, licet res sine ejus culpa perierit.
- 218 Si quis vendat minori precio rem majoris precii, ea clausula adjecta, & si quid pluris valet donaturum lesus ad rescindendum contractum agere queat.
- 219 Clausula (et si quid pluris valeat, donat) in qua quantitate locum teneat, & quid operetur.
- 220 Quid juris sit, si dicta clausula generatius hoc modo sit concepta: Et si quid pluris valet, totum illud & omne donat.
- 221 Sermo in universali natura quae sit.
- 222 Leges non verbis, sed rebus sunt impositae.
- 223 Sensus l. ult. § idem quasi. ff. de condit. indebit.
- 224 Consideratio l. pediculis. 32. §. Labro. 6. ff. de aur. & arg. legat.
- 225 Renunciatio generalis omnium beneficiorum, non tollit remedium l. 2. C. de rescind. vendit.
- 226 An informatio sit necessaria, si precii quantitas a venditore data summam 500. aureorum excedat.
- 227 Venditio viliori precio donationis causa facta, est vera donatio.
- 228 Quid donari videatur.
- 229 Remissio debiti, donatio quadam censetur.
- 230 Principua contrahentium intentio spectanda.
- 231 Quando venditio viliori precio facta, donationis vera naturam induat.
- 232 Nunquid venditio propter lesionem rescindatur, quando facta est cum decreto iudicis.
- 233 Minor adversus venditionem resistitur, quamvis venditio cum decreto iudicis facta sit.
- 234 Bona Ecclesiae sine decreto & solemnitatibus juris alienari non possunt.
- 235 Emuleatur l. 1. C. de praed. decurionum sine decr. non alien.
- 236 Decretum iudicis omnem doli presumptionem excludit.
- 237 Veritati quavis presumptio cedit.
- 238 Non ex multitudine auctorum iudicandum.
- 239 Utrum dispositio l. 2. C. de resc. vend. sit locus, si venditio facta sit publica subbatione precedente.
- 240 Humanitatis ratio in omni venditione militat.
- 241 Quatenus res tanti valeat, quanti vendi potest.
- 242 Equid in donatione in solutum locus relinquatur legi 2. C. de rescind. vend.
- 243 Datio in solutum voluntaria similis est venditioni.
- 244 Si ex datione in solutum iudiciali lesio inferatur, remedium appellationis competit.
- 245 Respondetur ad instantiam.
- 246 Quae actio competat ad rescindendam venditionem propter lesionem ultra dimidium.
- 247 Quae in actionem ex empto & vendito veniant.
- 248 In bona fidei iudiciis veniunt omnia, quae ex aequo & bono praestanda sunt.
- 249 Objectioni occurratur.
- 250 Reibibitio quid, & quando locum habeat, & quae actione petatur.
- 251 Ad aliam objectionem respondetur.
- 252 Majores 25. annis an & quatenus in integrum restituantur.
- 253 Officio iudicis quando sit locus.
- 254 Condictio ex lege quando detur.
- 255 Consideratio l. venditi actio. 6. C. de actionib. empti.
- 256 Ius apothecariorum sine retractus, generali consuetudine introductum, venditionem quandoque retrahit.
- 257 Res majorum in familia nostra permanere debent.
- 258 Solemnia retractus requisita diligenter observanda.
- 259 Ius retractus alteri cedi nequit.
- 260 Retractus intra annum & diem fieri debet.
- 261 Mora purgatio quando non admittatur.
- 262 Tempus, juri retractus praefinitum, ex quo die curvat.
- 263 Retrahens iustum & integrum precium emptori offerre necesse habet.
- 264 Si quod emptor extraneus solvit, iusto majus sit, an hoc integrum a retrahente sit offerendum.
- 265 Ius protinus quatenus domino emphyteuta detur.
- 266 Antiquior sibi colonus quatenus extraneis in nova condictione praefertur.
- 267 Natura emptionis-venditionis fidei, ut tam emptor, quam venditor indemnus servetur.
- 268 Nemo duplici onere affligendus.
- 269 Privilegium praedationis non debet esse conjunctum cum damno tertii.
- 270 Interrogatum sapit naturam ejus, cuius in locum surrogatur.
- 271 Nemini inuito ius suum auferendum.
- 272 Ius protinus quid continet.
- 273 Quando necessitas vendendi alicui iungitur, id de iusto precio est accipiendum.
- 274 Leges venditionem, quae rei estimationem verum excedit, non improbant.
- 275 Retrahens cum iusto non solum sumptus, tempore contractus facti, sed & necessarii utriusque impensas emptori restituere tenetur.
- 276 Nisi in fructu retractantis impensa nihil minus suis facta.
- 277 Caute retractum vendit.
- 278 Particularis precii obligatio quando sufficiat.
- 279 Mora non contrahitur, nisi debitum sit liquidum.
- 280 Quid retrahenti faciendum, si emptor oblatum precium accipere recuset.
- 281 Forma dat esse rei; adeoque ad unguem servanda.
- 282 Utrum in datione in solutum locus sit retractui.
- 283 In solutum datio dupliciter fit.
- 284 Alienatio legibus prohibita, de voluntaria est accipienda.
- 285 Contractus partium consensu absolutus, ne quidem Imperiali rescripto extinguendus.
- 286 Utrum si res non vendita sed donata sit, juri retractus locus sit reliquus.
- 287 Emphyteuta licet sine consensu domini rem emphyteuticam vendere nequeat: donare tamen eam potest.
- 288 Venditionis verbo quatenus omnis alienatio contineatur.
- 289 Donatio in quos conferatur.
- 290 Neque in permutatione, neque transactione, neque divisione, neque locatione, &c. locus retractui relinquatur.
- 291 An locus sit retractui, si praedium retractui obnoxium una cum aliis praediis sit venditum.
- 292 Tot censetur contractus, quot res sunt separatae, in contractum deductae.
- 293 Venditis pluribus, quarum una Titii est, eam solam Titius evincere potest.
- 294 Licet uno precio plura praedia sint vendita, de singulis tamen empti & venditi agi potest.
- 295 Consideratio c. constitutus. 8. de in integ. restit.
- 296 Num retrahens omnes res venditas retrahere teneatur, si emptor omne, quod uno precio emit, retrahenti offerat.
- 297 Beneficium a iure alicui concessum, ei invito auferri nequit.
- 298 Alteri per alterum iniqua conditio non inferenda.
- 299 Explicatur l. tutor. 47. §. 1. ff. de minorib.
- 300 Consideratur l. communi 7. §. si debitor. 12. ff. communi divid.
- 301 Equid juri retractus locus sit, si inter emptorem & venditorem convenerit, ut, si quisquam retrahere velit, contractus sit nullus.
- 302 Venditio sub conditione fieri potest.
- 303 Verba & tenor l. si hominem. 19. ff. de usurpat. & usucap.
- 304 Ius retractus tantum locum habet in rebus immobilibus.
- 305 An ius retractus in venditione jurium locum habeat.
- 306 Iura inter immobilia censentur.
- 307 Quanam actiones ex contractu emptionis & venditionis nascantur.
- 308 Actio empti cui, adversus quem, & ad quid competat.
- 309 An ad domini translationem necesse habeat venditor vacuum possessionem rei vendite emptori praestare.
- 310 Quando aliquid in potestatem domini rediisse dicendum sit.
- 311 Asina detentio ad acquirendum dominium nihil valet.
- 312 Ex naturali possessione dominium caput.
- 313 Duo in solidum ejusdem rei possessores & domini esse nequeunt.
- 314 Quatenus traditione dominium rei acquiratur.
- 315 Quod uni juris loco deest, ex aliis supplendum est.
- 316 Incivile est, nisi tota lege perspecta, iudicare vel respondere.
- 317 Vetus intellectus l. si cum fundum. 68. §. ult. ff. de contr. empt.
- 318 Explicatio & sententia l. si fundum 16. ff. de fundo dotali.
- 319 Actionem qui habet ad rem recuperandam, rem ipsam habere videtur.
- 320 Interpretatio vitio carens, legibusque conveniens, omnino admittenda.
- 321 Si res vitiosa emptori tradatur, quae actio ei concedatur.
- 322 Si res falsa commendatione pluris iusto vendita sit, ad quid agatur.
- 323 Quid venditor in venditione equi praestare debeat, remissio.
- 324 Quid veniat in empti iudicium.
- 325 Actio venditi cui, ad quid, & contra quem, detur.
- 326 Num emptor usuras precii solvere venditori teneatur, quando nullo fructus ex re vendita percepit.
- 327 Consideratio l. curabit. 5. C. de actionib. empti.
- 328 Sensus l. 2. de usuris.
- 329 An usurarum praestatio sit locus, si venditor rem liberam emptori non tradidit.
- 330 Sententia l. Julianus. 13. §. 21. ff. de actionib. empti.
- 331 Utrum absque crimine usura venditor convenire cum emptore possit: ut donec precium rei vendite, aliquid certi annuatim pendatur.
- 332 Emptor usuras praestare cogitur ex aequitate.
- 333 Objectioni respondetur.
- 334 Non sine labe usura potest rem caritè vendere, ob concessam dilationem ad solvendum precium.
- 335 Quid emptor praestare teneatur.

DE rebus, quae omni vendi possint. Paulus J.C. certam proponit regulam, dum inquit: omnium rerum, quas quis habere, vel possidere, vel persequi potest, venditio recte fit; quam verò natura, vel gentium ius, vel mores civitatis commercio exierunt: eorum nulla venditio est. l. si in emptione 34. §. 1. ff. de contrab. empt. Huiusque regula ratio non est obscura: quia idcirco omnes res, ut eam habeamus, & vendimus, ut precio accepto eam tradamus, possit-

proindeque quam habere non licet, eam ne emere quidem; imò cum non habeamus, ne tradere quidem possumus: *docente Vultejo ad principium huius tit. n. 21.* Unde rectè ait hoc loco Justinianus: rei sacræ, religiosæ sive sanctæ, & publicæ, itemque liberi hominis emptionem, à sciente factam, non valere, *l. hanc legem 22. l. litora 51. l. liberi 70. cum similib. ff. de contrah. empt.* Et quidem loquitur Imperator diserte de eo, qui sciens ejusmodi rem emit: propterea quòd & liberi hominis & rei sacræ, & religiosæ, & publicæ emptio, si ab ignorante fiat, subsistit, *l. & liberi 4. l. sed Celsus 6 d. l. liberi 70. ff. d. tit.* Ratio ejus est libertas commerciorum: id est: quoniam difficile dignoscitur res sacræ, religiosæ vel publicæ à re profanâ, vel privatâ: sicuti liber homo difficile dignoscitur à servo, *l. quia 5. ff. eodem tit. l. iusto 44. circa pr. ff. de usup. & usucap.* Ac sanè cum quis rem sacræ, vel similem ignorans emit: emptio intelligitur, ad hoc, ut emptor, qui rem sacræ, religiosam vel publicam, pro re profanâ vel privatâ deceptus à venditore, emit; habeat actionem ex empto, per quam consequatur, quod sua interest, se deceptum non esse, hoc §. nostro. Alias autem emptio non tenet, *l. qui officii 62. §. 1. ff. de contrah. empt. Wesenb. hic n. 2.* Sicque fit interdum, ut licet emptio non subsistat: emptor tamen habeat actionem ex empto, adversus venditorem, ut consequatur, quod sua interest: idque summè notandum esse, monet Borcholt. *hic n. 3.* Et copiosius, suo more, explanat Donellus *ad tit. C. quæ res venire non poss. n. 9. & seqq.*

Enimverò illud silentio involvi non debet: rem sacræ aut religiosam alterius rei venditioni nonnunquam accedere posse, etiam per se vendi nequeat, *l. in modicis 24. ff. de contrah. empt. l. quædam 62. ff. de acq. rer. dom.* Sic jus patronatus (i. e. jus præstandi & conferendi beneficium) quod sacrum est, transire cum universitate, certum est, *c. cum seculum 13. ibique gl. in verb. empt. de jure patr. Duar. ad t. ff. C. de contrah. empt. c. 2. p. mihi 1362.*

Præterea prohibitum est, vendere res furtivas, *d. l. si in emptione 34 §. item si & empt. ff. de contrah. empt. §. furtive & §. seq. supra de usucap. l. incivilem 2. C. de furtis.* litigiosas *l. alienationes 13. ff. famil. ercisc. l. 1. §. 1. ff. & tot. tit. C. de litigiosis, ibique in Paratit. Cujacius, l. 1. §. ult. ff. quæ res pignori vel hypoth. data obligari non poss. Mysinger. cent. 1. observ. 55. dotales immobiles, initio tit. supra, quib. alien. licet, vel non, tot. l. ff. de fundo dotal. & inibi Wesenb. in Paratit. l. unic. §. pen. & §. ult. C. de rei ux. act. & feudales. Si enim vasallus citra domini consensum vendiderit feudum, eo privatur, idque ad dominum revertitur, *c. unic. de prohib. feud. alienat. per Loshar. & c. unic. de prohib. feud. alienat. per Frider. Borcholt. in Comment. add. libr. Feud. cap. 8. nu. 32. & seqq. Rosenthal. in Synopsi feud. cap. 9. conclus. 2. cum seqq.* Sicque quoque res emphyteuticas vendere non licet. Nam si emphyteuta, inconsulto domino, vendiderit emphyteuticam: reddit ipsum jus ad dominum, & emphyteutis finitur, *l. 3. C. de jur. emphyteut. Et hoc explicatius enodavimus in §. adeo n. 423. & seqq. infr. de locat. & conduct.* Veneni item mali, quod nullo modo adjectione alterius materiæ nobis usui esse potest, emptio nulla est, *l. quod sepe 35. §. veneni 2. ff. de contrah. empt. Menoch. lib. 2. de arbit. jud. cent. 4. cas. 359.* Adhæc non rectè quispiam vendiderit annonam militarem; & frumentum publici canonis sive publicæ anniversariæ præstationis, *l. 3. & 4. C. quæ res venire non possunt.* Utriusque ratio non obscura est: quia hæc frumenta adservari in eos usus, ad quos destinata sunt, ad summam Reipublicæ pertinet. Donell. *ad d. t. C. quæ res venire non possunt. n. 48.* Eunuchi quoque seu servi castræ Romanæ gentis vendi non possunt. Barbaræ autem gentis eunuchos, si in potestatem nostram venerint, impune vendere & emere licet, ut reliquos servos, *l. 2. C. de eunuch. Sed & purpuram vendere privatis non permittitur, l. 1. & 2. C. quæ res venire non possunt. & ad istum. t. præclare Molinæ pag. 192. Comm. lib. 7. Comment. jur. civ. c. 7. n. 1.* Cui constitutioni mores veterum Romanorum causam dederunt. Purpura namque erat insigne summorum Magistratum; & maxime Imperatoris. Itaque hoc caveverunt Romani: ne si omnibus purpuramingere & vendere liceret, usus purpuræ vilesceret; & præterea materia assiduo uti, consumeretur. Donell. *loco prædicto, n. 58.**

Harpprecht. ad Inst. Tom. III.

Et de purpurâ plura, observatu valde digna, tradit Petr. Gregor. Tholosan. *lib. 6. de Republ. c. 20. n. 7.* Sic etiam Romani arma barbaris sive hostibus vendere prohibentur: ut & vinum, oleum, garum, &c. ne scilicet armis instructi validiores reddantur: vel istis liquoribus illecti, promptius fines Romanorum invadant, *l. 1. & 2. C. quæ res exportari non deb. ubi Cujacius & Scharidus.* Quæstio autem hic movetur: cum in *d. l. 1. C. d. t.* dicatur, liquamina non esse vendenda barbaris vel hostibus: quid juris sit in aridis? Ut si, *exempli gratia*, mercator adveheret frumentum Turcis, qui & barbari sunt, & perpetui hostes Romani Imperii: an eadem poenâ esset plectendus, quâ plecteretur, si vinum, aliudve liquamen adveheret? Et respondet glossa *ad d. l. 1. in verbo, liquaminis. C. eod.* idem eadem ratione dicendum; adeoque legem istam à liquamine ad arida extendendam esse. Quam glossam esse auream & plurimum notandam, rectè ait Molin. *ad d. 1. C. quæ res exportari non debeant.* Quamvis enim regulariter poenæ & odia restringenda sint, *l. interpretatione 42. ff. de poen. c. odia 15. de reg. jur. in 6.* tamen ubi invenitur lex aliqua poenalis, in uno casu constituta: ea propter rationis vel identitatem, vel majoritatem, etiam ad casum non expressum extendi potest. *arg. l. offa 8. §. ult. ibi, quia intellectus aliquo ipse prohib. videtur. ff. de rel. & sumpt. fumer. l. his solis 7. ibi, satis etiam tacite cautum. C. de revocand. donat. cum similibus allegatis infr. ad §. est & inter publica. 10. n. 6. tit. de publ. judic.* Si igitur prohibitum est sub gravissimâ poenâ oleum vendere hostibus barbaris, ob hanc maxime rationem: quòd illud adjumentum afferat ad communem vitam: quantò magis puniendus est is, qui frumenta illis advehit: cum sine iis nullo pacto commodè vivi possit. Sux insuper rei emptionem non valere, vix dubium est, *l. est 15. §. 2. & l. sue rei. 16. ff. de contrah. empt. l. cum res 4. C. eod. l. servum 33. ff. de condit. indebit.* Quia quod alicuius est, amplius ejus fieri nequit. *Sed si rem. 10. supra de legat.* Sed quæri hic solet: utrum rei, quæ pro parte emptoris sive alterius, & pro parte solum venditoris, venditio simpliciter facta valeat, & in totâ re, vel in parte duntaxat, quæ venditoris est, consistat? Et breviter ex mente Doctorum concludendum est: si emptor sciat, rem pro parte tantum venditoris esse; intelligi venditionem pro parte solummodo contrahi. *l. qui tabernas. 32. ibique Alberic. de Rosar. ff. de contrah. empt.* Si verò credat emptor, rem integram & liberam esse venditoris; in solidum venditionem factam censeri, *arg. l. cum venderes 59. ff. eod. tit. l. 1. §. 1. si servilis. 21. §. 1. & l. in venditione. 41. ff. de action. empt. si denique dubitetur, quid emptor cogitaverit, rursus integram rem in hoc dubio venditam præsumi, *arg. l. ex his prædictis. 5. C. de evictionib. Iason. in §. sic itaque discretis. n. 21. infr. de actionib. huncque referens Petrus Aug. Morla in emporio jur. part. 1. tit. 9. in præmiss. n. 85.* Tamen ex quantitate precii, aliisque circumstantiis colligi possit, an tota res, vel tantum pars, vendita videatur; ut, *post Bartol. & alios plures à se citatos, notat Gomez. tom. 2. var. resolut. c. 2. n. 12. & Fabianus de Monte S. Sabini in tract. de empt. & vend. quest. 6. princ. n. 35.**

Jure præterea renovato Württembergico non sine ratione singulariter cautum est: ne quis subditus prædium aliquod provinciale forensi sive peregrino vendat, aut nomina sua, aliæque jura cedat. *Landrecht. part. 2. tit. 9. pag. 267. §. Wir setzen, & c. item tit. 33. p. 321. item Landordnung. pag. 25. tit. das niemand keinem, so mit unser Fürstenthums Obrigkeit gefessen, einig. liegend Gut zu kaufen gebe. Quin & cellaria, granaria, stabula, horti, aliæque, quæ edibus adhærent separatim sine domo aut ædibus, eodem jure vendi nequeunt. Finstl. Württembergisch. erneuert Landrecht, d. part. 2. tit. 9. pag. 266. §. gleicher Gestalt, & c. Omnia quippe hæc, & similia ædium esse censetur; ac proinde divilim & sejunctè ab ipsis ædibus avellenda non sunt, *l. prædicti 91 §. Balneus 4. & §. seq. ff. de legat. 3. l. Julianus 13 §. ult. cum ff. seqq. ff. de actionib. empt. Bercazoli in tr. & de claus. instr. claus. 26. gl. 13. quem refert & sequitur Jo. Jacob. Pleßl. disput. 2. de jure locali Ducatus Würtemb. th. 26. edit. 1. Mantica de conjectur. ult. volum. lib. 9. tit. 2. n. 43. Berolin. consil. 48. n. 12. vol. 2. & Sardin. decis. 134. n. 313. & 15. ubi etiam dicit, quòd vendit equo, seu mulo.**

mula, censeantur quoque vendita ornamenta, si eo tempore, quo viderunt contrahentes mulam seu equum, secum ornamenta habuerint, juxta tradita Baldi in l. 2. n. 4. C. de edil. edict. Et Jafonis in §. actionum n. 58. Instit. de actionibus nosque referentis Acacii Antonii de Ripoll. var. jur. resol. cap. 11. n. 346. Et seq. fol. 360.

19 Porro res alienas vendi posse, nulla dubitatio est, respondente Ulpiano in l. rem alienam 28. ff. de contrah. empt. quia sufficit, venditorem pro evictione teneri, l. ex empto 11. §. 2. ff. de actionib. empt. l. si fundum 27. C. de evictionib. quo tamen nihil juris invito domino aufertur, l. nemo 6. C. de reb. alien. non alienand. l. mater 3. C. de rei vindicat. Gomez. d. tom. 2. var. resol. c. 2. n. 8. Wesenb. in Paratit. ff. de contrah. empt. n. 7. Mozz. in tract. de empt. Et vend. tit. de reb. que emi Et vendi poss. num. 10. Fabian. de mont. d. tract. de empt. Et vend. q. 4. pr. n. 7. aliique ab his allegati. Quibus adjiciendus est Acacius Antonius de Ripoll. d. cap. 11.

20 n. 246. cum seqq. p. 355. Et seq. Sanè circa omnes res, tum præsentis, tum futuras, ut fructus & partus, emptio & venditio versatur, l. nec emptio 8. in pr. ff. de contrah. empt.

21 Quinimò & spei live alet emptio valet: veluti cum capreus piscium, vel avium, vel missilium emitur, d. l. nec emptio 8. §. 1. ff. eod. l. si jactum 12. ff. de actionib. empt. Ceterum multum refert: rei futuræ, an spei sit emptio. Hæc namque præsens & pura est, tenetque, licet nulla res sequatur, d. l. nec emptio 8. §. 1. ff. de contrah. empt. illa verò semper conditionalis est, d. l. 8. in princ. ibi, jam tunc, Et c. ff. d. tit. ibique Mudeus cap. 3. Gomez. prædicto cap. 2. num. 7. Proindeque nullis natis fructibus, nulla emptio est, arg. l. necessarius §. in pr. ibi, quod si sub conditione ff. de peric. Et commod. rei vend. Et l. 1. §. fin. ff. de condit. Et demonstrat. & datum precium repetitur conditione sine causa, Gloss. in l. si debitor 39. in fin. in verb. responsum est, ff. de contrah. empt. Si qui verò nati fuerint fructus, quantumvis tenuis; perficitur emptio; nec sit emptori ulla ob sterilitatem remissio, tradente Mudeo loco præallegato. Quod si certa & determinata rei futuræ quantitas ematur, ut putà decem modii frumenti: constituitur precium ex eo, quod natum fuerit, d. l. si debitor 39. §. 1. Et ibi Bartol. Bald. Et alii ff. de contrah. empt. l. inter stipulantem 83. §. si. Et c. vers. pro quo ff. de verb. obligat. Illud quoque hic non ignorandum; quod in venditionem cadant non solum res corporales, sed & incorporales; ut hereditas & actio, tot. tit. ff. Et C. de heredit. vel act. vendit. ut servitus, l. si agnatus 47. ff. de contrahend. empt. l. arboribus 12. §. usufructuarius 2. l. non utitur 38. ff. de usufructu d. l. necessario 8. §. fin. ff. de peric. Et commod. rei vend. item annuus census live redditus, de quo vide Reccf. Imperii de Anno 1548. tit. Von Wucherlichen Contracten, Et c. Atque eà de re explanatius tractatur infra n. 39. Et multis subsequentibus. An porro & quatenus actiones per venditionem & similes modos in alium transferantur, & cedantur, perquam copiose explicuit Honnius lib. 4. var. resol. jur. civ. part. 7. tract. de actionib. qu. 3. Et seqq. pag. 1352. Et seqq.

23 Quæri forsitan non ineptè hoc loco potest: num jus accrescendi transeat in emptorem hereditatis? Exempli gratia: Sempronius heres est institutus à Titio, ex semisse. Vendidit ille suam portionem hereditatis Cajo. Post venditionem factam portio coheredis deficit. In disceptationem sive quæstionem jam venit: utrum venditori Sempronio, tanquam heredi principali directo, an emptori Cajo portio illius deficient accrescat? Et dux potissimum reperiuntur contrariæ Doctorum sententiæ: una vult, venditori accrescere; altera, emptori. Prioris auctores sunt Petr. de Bellapere. Jafon, Ripa. Et Crot. in l. re conjuncti 89. ff. de legat. 3. Ruy. de Forol. in l. 1. §. interdum, ff. de usufruct. accresc. Cuman. in l. Papinian. 43. ff. ad Senat. consult. Trebell. Salicet. in l. un. C. quando non petentium part. petentib. accresc. Vassutus in tit. de tacitis subtit. seu de jure accresc. lib. 3. §. 21. num. 65. vers. illud autem dubium est, Et c. Ant. Gomez. tom. 1. var. resol. cap. 10. de jure accresc. num. 44. On. Collega Bocar. class. 2. disp. 3. th. 16. edit. 2. Et in hoc tit. non 77. cum seqq. pag. 374. Cujacius lib. 12. observ. cap. 13. Et lib. 3. notator. Mercat. cap. 12. Bronchorst. cent. 1. de variis Pand. observ. 93. edit. 1. Treutler. d. vol. 1. disp. 28. thes. 12. lit. a. ibidem in suis Not. Bachovum pag. 1091. Et seqq.

Fachinaus lib. 10. controvers. jur. cap. 3. Et cap. 69. nec non Ant. Faber part. 2. de errorib. pragmaticor. decad. 50. error. 5. Et Ortolphus Fomannus disp. 22. corollar. 2. ubi citatur etiam Joannem Suerium in tract. de jur. accresc. lib. 2. cap. 2. Posterioris sententiæ assertores sunt Bartol. ad d. l. re conjuncti 89. num. 26. ff. de legat. 3. Curt. junior in d. l. unic. C. quando non petent partes, Et c. Duaren. de jure accrescendi. lib. 2. cap. 6. Ioan. Robert. 3. animadversion. jur. civ. cap. 12. Et libr. 3. not. ad notata Mercat. c. 12. Arumens Exercit. l. 14. thes. 7. Et disputat. 13. Pand. thes. 5. Andr. Gerhardi decad. 14. quast. 8. Hunnius disputat. 16. thes. 11. Et lib. 3. var. resol. jur. civ. tr. 7. part. 1. quast. 8. itemque in resol. ad Treutler. vol. 2. disput. 2. quast. 63. p. 231. Atque hæc posterior sententia mihi probabilior videtur, ex subsequentibus maximè fundamentis. I. Quia hereditas est 24 jus universum. l. hereditas 62. ff. de reg. jur. l. hereditatis. 119. Et l. pecunia. 178. §. hereditas. ff. de verb. signif. Ideoque hereditate venditâ, semper illud jus venditum intelligitur, quod penes heredem futurum esset, si ea vendita non fuisset; ut neque amplius, neque minus juris emptor habeat, quam apud venditorem, eundemque heredem futurum fuerit. l. 2. in princ. ff. de hered. vel act. vendit. II. Quia non solum quod ad venditorem hereditatis pervenit; sed & quod ad heredem ejus ex hereditate pervenit, emptori restituendum est: & non tantum, quod jam pervenit; sed & quod quandoque pervenerit, restituendum est, d. l. 2. §. non tantum. 4. ff. eod. tit. III. 25 Quia emptor hereditatis, vicem heredis; atque adeo omnia jura hereditaria obtinet. d. l. §. cum quis. 18. ff. eod. Quemadmodum igitur deficientis coheredis portio ipsi alias accrescit heredi: ita & emptori hereditatis accrescit. IV. Quia portio deficientis, velut alluvio, portioni accrescit. 26 cit. l. si Titio. 33. in fin. ff. de usufructu. Cum ergo portionem hereditatis habeat emptor, non venditor: illi, non vero huic, portio deficientis accrescet. l. si totam 83. ff. de acquir. vel omis. hered. d. l. Papinianus. 43. ff. ad Senat. consult. Trebellian.

Nec oberit huic fundamento, si obijciatur: venditor 27 rem habere portionem hereditatis eo ipso, quod ejus precium, quod succedit loco rei, habeat, l. si Et rem 22. ff. de petit. hered. l. quia qui precio. 39. ff. de usufructu. l. si quis pecuniam. 14. §. ult. ibique gloss. in verb. possidere ff. si quis omnia caus. thes. Et c. Nam Jurisconsultus in d. l. si Titio. 33. ff. eod. respexit ad eum, qui revera possidet rem hereditariam, aut legatam; non ad eum, qui juris interpretatione, vel fictione quadam rem habere intelligitur. Idque non obscure colligitur ex comparatione, quam ipse inter partem hereditatis deficientem, & inter alluvionem instituit. Quod enim accedit fundo vendito per alluvionem, emptoris lucro est, non venditoris: quamvis precium fundi venditi habeat venditor. l. id, quod. 7. ff. de peric. Et com. rei vendit. Itaque sicut venditor fundi, non ideo fundum habere censetur, quia precium habet, ut commodum alluvionis ipsi acquiratur: ita de venditore hereditatis, aut rei legatæ, in proposita quæstione dicendum est. Eà quippe similitudine usum fuisse Jurisconsultum credibile est, ut sophisticis hujusmodi rationibus viam præcluderet. Duaremus loco supra notato.

Non item obstat assertioni nostræ, quod heres non possit 28 vendere hereditatem, nisi eam adierit: & semel adit hereditatem, heres permaneat, l. ei, qui solvendo. 88. ff. de hered. instit. l. ex facto. 43. §. ult. ff. de vulg. Et pupill. substit. l. ais prætor. 7. §. si quod Papin. 10. in fin. ff. de minor. l. 2. C. de pactis. Responderetur etenim: heredem post venditam hereditatem manere quidem heredem, sed nudo duntaxat nomine: emptorem vero quoad effectum esse heredem, ut qui hereditatem, ejusq; commoda obtineat; Atqui portio deficientis non accrescit illi, qui nudum tantum heredis nomen sed ei, qui portionem hereditatis habet: cum portio illa non personæ, sed portioni accrescat, dist. l. si Titio. 33. ff. de usufructu. Neque ad rem pertinet, si regeratur: venditorem hereditatis, ob jus & nomen heredis, quod retinet, intelligi habere portionem hereditatis. Siquidem jam antè ostensum est: quod quemadmodum alluvio accrescit veræ portioni, sive ei, apud quem vera est portio: ita quoque portio hereditatis accrescat qui

qui reverà hereditatis portionem habeat; non alii, *dict. l. 33. ff. di. tit.*

29 Pari ratione nihil adversatur *d. l. si quis pecuniam 4. §. fin. ff. si quis omnia causa testamentis, &c.* ubi is, qui hereditatem vendidit, adhuc possidere intelligitur. Quandoquidem ibi non dicit simpliciter Ulpianus; venditorem hereditatis possidere: sed videri possidere. In rei namque veritate possidere nequit: cum & dominium possessionem in hereditatis emptorem transtulerit. Cæterum quod IC. ait, illum videri possidere: id secundum subiectam materiam illius, de quo ibidem agit, edicti Prætorii intelligendum est: *ut copiosius hoc declarat Robertus d. libr. 3. animadvers. jur. civ. cap. 12. pag. mibi 311.*

30 Similiter nihil urget, quod de voluntate testatoris affertur, videlicet ei nihil dandum esse, cui nihil dari voluit testator. Nam testator ei dari voluit jus accrescendi, qui hereditatem suam habiturus est; quam nunc emptor habet. Venditor autem isto jure se indignum fecit: qui quantum in ipso fuit, voluntatem illius repudiavit: & honori, sibi à testatore delato, pecuniam prætulit, *arg. l. ita tamen 27. §. qui suspectam 2. ff. ad Senat. cons. Trebell.* Adde, quod de testatoris voluntate querendum aut curandum non est, cum agitur de jure accrescendi in hereditate: quoniam in hereditatibus lex jus accrescendi inducit, invito etiam testatore: nec voluntatem defuncti spectat, nisi cum tractatur de jure prælationis, *ut in l. item quod Sabinus 17. §. 1. & l. si ita quis 66. ff. de hered. instit.*

31 Rursus nullus momenti est, quod objicitur; venditorem hereditatis id tantum vendere intelligi, quod jam ipso venditionis tempore ad eum pervenit; proindeque non, quod postea accrevit aut accessit, *d. l. 2. §. 1. ff. de hered. vel act. vend.* Etenim illud eo spectat, ut intelligamus, non esse audiendum venditorem, si ex post facto dicat, non aliud se vendidisse, quam quod in hereditate fuit vel mortis, vel aditæ hereditatis tempore: si modo ex hereditate, aut per occasionem hereditatis aliquid amplius consecutus sit ab aditæ hereditate. Non verò eo pertinet, ut id, quod post venditionem accrevit seu accessit, emptori non acquiratur. Quamvis enim jus accrescendi nasci videatur post diem venditionis, si exinde coheredis portio deficiat, quæ vendita non fuit: causam tamen habet venditione antiquiorem, neque acquisitionem portionis venditæ, quam aditam & acquisitam fuisse necesse est, priusquam vendi potuerit. Hoc ipso enim, quod quis partem hereditatis adit, licet alia portio nondum defecerit, nec proinde ipsi data fuerit; utramque tamen in eum casum, quo etiam alia quandoque deferatur, ex tunc adire intelligitur; ita ut ei postea novâ additione non sit opus, *l. si quis heres 35. l. si duo 38. l. si solus 80. §. ult. ff. de acquir. vel omitt. heredit.* Utramque igitur portionem vendidisse credendus est, *vel ex illa ipsa l. 2. §. 1. ff. de hered. vel act. vend. ubi Ulpian.* satis manifeste indicat, venditorem hereditatis omne jus, quod habuit tempore venditionis vendidisse videri. Atque ita ad istud objectum Cujacianum, quantumvis alias contrariam selectetur opinionem, respondet Ant. Faber *d. decal. 50. de error. pragmaticor. error. 5. pag. 1204.*

32 Hoc amplius non resistit, quod fideicommissarium non sequantur ea, quæ post hereditatem restitutam accesserunt, si heres sponte adierit hereditatem, *per notata Cujacii d. libr. 12. observat. cap. 12. & 13.* Etsi enim melior videtur esse debere conditio fideicommissarii, quam emptoris; propterea quod universalis ille successsor sit, hic verò singularis, attamen certum est, aliam esse rationem emptoris hereditatis, & aliam fideicommissarii. Emptor siquidem habet jus & causam ab herede, eodemque venditore non à testatore: fideicommissarius autem non nisi à testatore, licet per manus heredis. Hincque fit, ut plus juris videatur dandum emptori, qui in omne jus venditoris sui successit, ex ipsius venditoris voluntate, quam fideicommissario, in quem nec transferre quicquam voluit heres, nec transferre testator, nisi quod esset in fideicommissio. Sed & videtur posse imputari venditori, qui, non dixerit legem apertius; sibi que nominatim jus illud accrescendi non exceperit, *l. veteribus 39. ff. de pact. l. Labeo scripsit 21. ff. de contrab. empt. facitque pro emptore, quod plerumque eadem sit causa emptoris, quæ venditoris, l. in viis 156. §. plerumque ff. de reg. jur. Harpprecht ad leg. Tit. III.*

Nihil quoque refragatur, quod inter succedentes diverso jure, non habeat locum jus accrescendi, *l. sed cum patrone, 6. in pr. ff. de honor. possessionib.* Hic autem succedatur diverso jure: cum heres succedat ex testamento: emptor verò ex contractu. Nam dicendum: emptorem hereditatis repræsentare ipsum heredem, vicemque heredis obtinere: ut ita eodem jure succedere intelligatur emptor, quo heres, *d. l. 2. §. cum quis 18. ff. de heredit. vel act. vendis.*

34 Adhæc minimè decisionem nostram imminuit textus in *d. l. lex facta 43. §. final. ff. de vulg. & pupill. substit. ex quo evincitur, quod ad eum, cui portio hereditatis aufertur, & fisco applicatur, pertineat portio deficiens; non autem ad fiscum, qui aliam portionem habet. Quoniam respondetur: substitutionem illis fuisse expressam coheredis, non item fisci: & coheredem satis fuisse punitum in eo, in quo fecit contra legem, ut inquit ibi Jurisconsultus *in vers. satis enim, &c.* nimirum ut suam portionem amitteret, propter fidem accommodatam de restituendo incapaci. Vel succinctius responderi poterit: in substitutione aliud esse, quam in jure accrescendi: si quidem illa personam respiciat, non verò portionem. *Et ita Fachinus ipse, contraria favens opinionioni, argumentum istud refutat, prædicto lib. 10. controvers. jur. cap. 3. & 69.**

35 Præterea nihil negotii facessit nostræ sententiæ: quod jus accrescendi in contractibus non obtineat, *arg. l. si mihi Titio 110. in princ. ff. de verb. obligationib.* utpote in quibus totum negotium strictæ præstæque contrahentium dispositioni relinquatur, *arg. d. l. veteribus 39. ff. de pact. l. triticum 94. & l. quidquid 99. ff. de V. O.* Primum enim dicendum est: emptionem venditionem hereditatis excipi: eo quod emptor hereditatis vicem heredis sustineat, *d. l. 2. §. cum quis 18. ff. de heredit. vel act. vend.* Deinde respondendum: emptorem in nostro casu non tam ex contractu, quam ultimâ defuncti voluntate jus accrescendi habere: cum testator credatur voluisse, ei tribui jus accrescendi, qui hereditatem suam, quam nunc emptor tenet, sit habiturus, *ut explicatum sup. n. 30.*

36 Insuper parum movet in contrarium, quod venditor, etiam post venditam, & jam præstitam hereditatem, teneatur creditoribus hereditariis, itemque legatariis, *l. 2. C. de heredit. vel actionib. vendit. l. 2. C. de legat.* Nam idè à creditoribus & legatariis heres, itemque venditor, & non emptor, convenitur: quia heres debitor non potuit illorum jus contrahendo tollere aut mutare, *l. debitorum 25. cum l. seq. C. de pact. nec in aliam personam transferre obligationem, quam aditæ hereditate, quasi contrahendo, sponte suscepit, §. heres 5. infr. de obligat. quæ q. ex contract. nasc. Wesenbec. in Paratit. ff. de heredit. vel act. vendit. n. 5.*

37 Finaliter non obloquitur nostræ sententiæ, quod jus accrescendi inter eos regulariter duntaxat locum habeat, qui ab ipso testatore conjuncti sunt, *arg. §. si eadem res 8. supr. de legat. l. triplici modo 142. ff. de verb. signific. l. Atzilius 11. l. heredes 63. ff. de heredit. instituend. l. unio. §. his ita definitis 10. & seq. C. de caduc. tollend.* Atqui emptor hereditatis non fuit cum eo, qui defecit, à testatore conjunctus; sed heres, qui vendidit hereditatem. Huic proinde, non verò illi portio deficiens accrescere debet. Non, inquam, hoc nostræ sententiæ obloquitur. Quia respondetur: emptorem hereditatis non quidem conjunctum fuisse ab ipso testatore heredi deficiente in hereditate: sed tamen in hereditate vicem ejus, qui à defuncto heredi deficiente conjunctus fuit, repræsentare ac sustinere; & consequenter ejusdem jure gaudere, *d. l. 2. §. cum quis 18. ff. de her. vel act. vend. cum surrogatum sapiat naturam ejus, cuius in locum surrogatum est: & qui in locum alicujus successit, succedat etiam in ejusdem jura, arg. l. si eum 10. §. qui iniuriar. ff. si quis caution. in jud. sist. caus. fut. l. si iudex 32. & l. mortuo 66. ff. de iudic. l. filia 28. §. 1. ff. de condic. & demonst. Atque de isthac questione vide novissimè latius differantem Erasmum Ungepaar. exerc. Just. 12. quest. 3. pag. 441. & seqq. edit. ult. itemque D. Besoldum in delibatis juris ex lib. 18. ff. quest. 8. pag. 22. & sq.*

38 Addenda hoc loco difficultas ista quaestio est, an emptio venditio annuorum reddituum, pensionum sive censuum sit licita & valeat? De hac quaestione licet mirifice Doctores disceptent, aliis in alia opinionum divortia trans-

euntibus; ut apparet ex iis, quæ latè tradidere Andreas Tiraquellus in *Commentar. de retract. lignagier* §. 1. gloss. 6. n. 15. & seqq. *Fambinus lib. 2. controuersiar. iur. c. 42. cum seq. lib. 8. cap. 2. Hotoman. lib. 2. obs. 15. Petrus Fridericus Mindanus lib. 2. de mandat. judic. cap. 72. & Humius d. lib. 3. var. resolut. iur. civil. tract. 7. part. 1. quest. 2. item in resolut. ad Treutler. vol. 2. disp. 2. quest. 36. pag. 177. & seq. aliique ab istis relati: eorum tamen probabilior mihi sententia videtur, qui annuorum reddituum emptionem-venditionem subsistere contendunt. Ubique enim sunt omnia & vera emptionis-venditionis substantialia, ibi quoque emptionem esse necessum est. Positis quippe substantialibus partibus alicujus rei universis, utique & rem ipsam poni necesse est. Atqui in venditione annuorum reddituum omnes ac singulæ partes emptionis substantiales ponuntur. Igitur emptionem-venditionem annuorum censuum seu reddituum veram esse emptionem necessum est. Assumptio hoc modo probatur: Partes substantiales emptionis-venditionis tres perhibentur: consensus, merx & pretium, arg. principii & §. 1. hujus tit. l. 1. nec emptio 8. cum l. seqq. ff. de contrah. empt. De consensu mutuo ementis & vendentis annuum redditum, quin ille intercedat, planè non dubitatur: quoniam is ab omnibus præsupponitur. De precio itidem constat, quòd sit ea pecunia, quæ pro annuo censu sive redditu datur. Merx verò, quæ emitur & venditur, sunt annui redditus. Hi siquidem sunt res certæ: ac proinde emi vendique possunt, d. l. nec emptio 8. ff. de contrah. empt. l. jubemus 14. §. fin. C. de sacrosanct. Eccles. Clement. monasteriorum 1. de reb. Eccles. non alienand. Novell. 72. c. 7. Fridericus Martini in *Commentar. de jure censuum, seu annuorum reddituum*. Et c. 3. n. 139. cum seq. & c. 6. n. 8. & seqq. item n. 170. & seqq. Conradus Sumnerhard. de contractib. g. 72. & 73. Johan. à Medina. de reb. per usur. acquisit. quest. 12. Dominicus de Soto de justit. & 42 *iur. lib. 6. g. 5. artic. 1.* Adhæc indubitatè est: usumfructum posse pecunià emi, l. necessariò 8. §. ult. ff. de peric. & com. rei vend. aliisque titulis constitui, l. omnium 3. ff. de usufruct. Igitur consimiliter & annui redditus, sive in fructibus, sive in pecunià solvendi, emi vendique poterunt: cum inter usumfructum & annuum redditum, quoad propositum, nulla evidens ratio diversitatis dari queat. Præterea quicquid merx est, & rebus immobilibus connumeratur: illud, nisi specialiter prohibeatur, vendi & emi potest, arg. hujus §. nostri. Atqui annuus census sive redditus merx est, & rebus immobilibus annumeratur, per textum apertum in Clement. exivi. l. 1. §. cumque annui redditus post princip. de verbor. significat. d. l. jubemus 14. in princ. ibi, amonas civiles C. de sacrosanct. Eccles. Novel. 7. in princ. ibi, aut civiles amonas, Et c. Novell. 120. c. 1. Idque falius demonstrant Tiraquellus d. *Comment. de retract. lignag.* §. 1. gloss. 6. n. 4. Molinæ in tract. commerc. quest. 37. num. 273. *Mysing. cent. 1. obs. 69. Gail. lib. 2. observat. 10. n. 1. & alii per eos allegati.* Ideoque annuum redditum emi & vendi posse, omnino statuendum est: si modò hæc tria requisita concurrant, Primum, ut emptor precium venditori det absque ullà repetendi facultate. Secundum, ne pensio, census vel redditus justam quantitatem ratione precii excedat. Tertium, ut redditus semper & liberè à venditore, restituta sorte, redimi queat. Molin. d. tract. commerc. quest. 50. n. 351. Frider. Felician. de Solis lib. 1. de censib. cap. 10. n. 28. *Mindan. d. lib. 2. c. 72. n. 4. ubi hæc requisita paulò latius explicat.* Atque istam sententiam non solum Pontifices, Martinus V. & Calixtus III. comprobant, c. 1. & 2. *Extravagant. de empt. & vendit.* verum etiam Divi Impp. Maximilianus I. Anno 1500. & Carolus V. Anno 1530. & Anno 1548. constitutionibus suis Augustæ promulgatis confirmarunt, sub tit. von wucherli. dem Contracten. Ubi saluberrimè cautum est: emptiones & venditiones annuorum pensionum, censuum atque reddituum licitas quidem & permissas esse: ita tamen, ut pro centum aureis quinque tantum annuum recipiantur: & quod super hanc summam accipitur, usurarium existimetur, Gail. d. lib. 2. obs. 5. nu. 11. & obs. 7. n. 15. Cui consonat etiam jus nostrum renovatum Württembergicum part. 2. §. 9. pag. 264. *Idemque sententia subscriserunt tum Auctores Theologi, D. Jac. Andrea,**

Universitatis hujus Cancellarius olim dignissimus, Socer meus reverenter colendus. In der Abfertigung des ungegründeten Gegenberichts der zu Regensburg An. 1587. geurlaubten Prediger, & passim in Concionib. suis de usuris, Ratisbona habitis, & D. D. Joan. Brentius in c. 6. Luc. homilia 61. & cap. 19. Luc. homilia 29. item inter consilia Theolog. D. Bidebachii decad. 1. conf. 4. & alii nonnulli. tum saniores Jureconsulti, Carolus Molin. d. tr. commercior. n. 20. & seqq. Didacus Covarruv. lib. 3. var. resolut. c. 7. n. 2. Gail. d. lib. 2. obs. 7. n. 5. & seqq. Matth. Stephan. cent. 3. quest. 62. Humius locis supra allegatis. Forster. lib. 3. disp. 18. th. 7. Hackelman. disput. 11. th. 3. ad lit. F. Paulus Berens disp. 11. ad institut. them. 1. quest. 6. Fridericus Martin. d. Comment. de jure censuum, Et c. c. 3. n. 137. & seqq. D. Besoldus in delibatis juris ex libro 18. ff. quest. 5. pag. 21. nec non idem Besold. & Lindenspur. in *Commentar. ad ordinationes politicas Ducatus Württembergici. fol. 24. Vom Aufnehmen der Gültten n. 9. cum seqq. pag. 63. & seqq. aliique plures.*

Non obstat huic traditioni, quod proprius ac primus 46 usus pecuniæ sit, ut per eam cæteræ res æstimentur: non, ut ea sit sui ipsius æstimatio, l. 1. ff. de contrah. empt. l. 1. ff. de rer. permutat. §. item precium 2. sup. hoc tit. ac proinde non liceat emere annuos redditus, pecunià solvendos; & sic pecuniam alià pecunià æstimare, pecuniamque pecunià emere: cum ex hoc usus pecuniæ pervertatur. Illud, inquam, non obstat. Etsi enim primus ac proprius hic sit pecuniæ usus, ut ea res aliæ æstimentur: non verò, ut sit sui ipsius æstimatio: nihil tamen quicquam impedit, quo minus secundus & improprius usus pecuniæ in sui æstimatione consistat, & cum alià pecunià commutetur: sicut & calcei primus ac proprius usus est, ut pedem tegat: improprius autem & secundus esse potest, ut cum alià re, puta gladio, permutetur: maxime cum nemo unquam dubitaverit, quin pecunia aurea cum argentea, itemque argentea cum aerea permutari possit: quod Campores quotidie facere conspiciuntur. Unde 48 fit, quòd & pecunia certæ quantitatis unicà solutione data, permutari & mensurari possit cum pecunià, quæ minori summâ, pluribus minoris summæ solutionibus reddenda sit: siquidem minores illæ & plures solutiones, unicà isthac majori æstimentur. Ac sanè emptio- 49 nem censer, quando pecunia grossa datur pro minuta, docet Bartolus in l. nummi 3. n. 2. ff. de in lit. jur. eumque refert Pinelus in l. 2. C. de rescind. vend. part. 1. rubr. c. 3. n. 15. Præterea diligenter observandum est: in annuis redditibus, emptionis titulo comparatis, pecuniam non esse mercedem, nec sui ipsius æstimationem. Haud etenim 50 annua pensio in pecunià solvenda; sed potius jus ipsum percipiendi annuam pecuniariam pensionem æstimatur & emitur. Quod quia realem adfert utilitatem: ceu merx, precio emi potest: sicuti jus venandi, jus servitutis, jus jurisdictionis, jus percipiendi tributum, & similia jura, realem utilitatem adferentia, precio rectè æstimantur & comparantur, Molin. d. tract. commercior. n. 20. in fin. Covarruv. d. lib. 3. var. resolut. c. 7. n. 2. vers. non oberrunt, Et c. Frid. Martini, d. c. 3. n. 150. & seqq.

Nihil quoque obstat, quòd mutuum non tantum verum, 51 sed & fictum; usuram constituit & inducit, c. ad nostram §. de empt. & vendit. c. illo vos 4. de pignorib. cap. in civitate 6. de usur. At in hac emptione annui redditus, in pecunià constituti, mutuum saltem fictum & interpretatione quadam intercedit. Quemadmodum enim in contractu mutui debitor in eodem genere reddere tenetur, l. 2. ff. de reb. credit. si cert. per. siquidem transit pecunia in dominium recipientis & ejus est periculum, arg. l. incendium 11. C. si certum petatur. sic & in hoc contractu, quo anni redditus emuntur, debitor eodem in genere reddere obligatur, id est, pecuniam: ejusque dominium acquirit, & periculum subire compellitur. Usura verò hic subesse videtur ex eo, quòd pecunia immediata fructum pecuniarum, pro rata sortis & temporis parit. Nihil, inquam, hoc obstat. Quia contractus mutui, sive veri, sive (ut loquuntur) interpretativi, ab emptione annuorum reddituum seu censuum perspicue differt. Nam in mutuo pecunia mutuo data salva manet creditori, & repeti potest secundum conventionis legem: sed in emptione annuorum reddituum, fors, tanquam

- tanquam precium in venditorem illico transfertur, adeo ut emptor eam; quamdiu reditus solvuntur, revocare & repetere nequeat. Quin & in mutuo sub usuris principalis obligatio nascitur ad ipsam sortem, & accessoria ad usuras. Verum in emptione annuorum redituum principalis obligatio non est ad sortem repetendam, sed ad annuam pensionem præstandam. Itaque in hac specie supra sortem nihil accipitur: sed loco fortis: id est, precii perpetuo alienati, annuus reditus, seu merx emptæ, singulis annis numeratur & redditur. *Molin. d. tract. commerc. n. 21. Covarruv. d. lib. 3. resolut. cap. 7. n. 2. vers. secunda ratio. &c. Guilhelm. Bont. in tract. de usur. num. 58. eumque citans Frider. Martini d. cap. 3. num. 146.*
- Nihil item obstat, quod contractus jure comprobati & legitimi non debent claudicare: nec debet contrahentium alius præ alio aggravari, *arg. l. non debet alteri 74. ff. de reg. jur. c. non debet 22. eod. in 6.* Sed in redituum venditionibus valde prægratur emptor præ venditore; quod huic, restituito precio, recedere à contractu liceat pro libitu, illi verò nequaquam. Hoc, *ajo*, nihil obstat. Etenim quod emptor sortem seu precium, quando vult, reddere ac recipere non potest, hoc cum iniquitate conjunctum non est. Siquidem hæc natura & indoles est emptionis; ut precium in venditorem irrevocabiter transeat. Nec illud iniquum est, quod emptor, precio recepto, cedere jure suo cogitur: quoniam exinde nullum patitur damnum; eo quod suum recipit. Et licet damnosum fortassis ei foret: tamen sibi imputet cur hujusmodi inierit contractum. Sed & contractum aliquem claudicare, & uni lucrosus, alteri damnosus esse posse, argumento est contractus societatis; imò & mutui, qui lucrum debitori duntaxat affert: creditori damnosus esse potest. Quid enim, si creditoris inter sit plurimum, pecuniam suam habere, ut quâ ipse indigeat? Non utique tenetur debitor ante diem præfinitum pecuniam reddere, tametsi hoc damno creditori sit cessurum. Haud quippe eventus consideratur: sed ipsa potius contractus natura, ipsorumque contrahentium intentio inspicitur, *Hunn. d. lib. 3. var. resolut. jur. civ. tract. 7. part. 1. quest. 2. vers. ad duodecimum, &c. pag. 1076.* Similiter non obstat, quod si de jure valida esset emptio venditio annuorum redituum: tunc etiam remedium l. 2. C. de rescind. vend. in ea locum haberet, & ita læsis saltem ultra dimidium justi precii, subveniendum esset. Consequentia namque negatur: quia illis, qui in annuorum redituum emptione circumventi & læsi sunt enormiter, non opus est beneficio dictæ l. 2. C. d. tit. Tum quia si talis interveniat læsio; contractus ob defectum necessarii requisiti ipso jure nullus est: ita ut nulla penitus indigeat rescissione, *argument. l. non dubium 5. C. de legib.* Tum etiam quia satis prospectum est emptori per l. eos qui 26 §. 1. C. de usur. ubi conventio, quâ usuræ promissæ sunt, si modum præfinitum excedat, infirma pronunciat. Proinde si annua pensio legitimum usurarum modum egrediatur, atque in fraudem legitimarum usurarum fiat: contractus emptionis non servabitur. Quin nec ideo propositum argumentum concludit: quia beneficium d. l. 2. C. de rescind. vendit. non ad contrahendam emptionem venditionem pertinet nec essentielle emptionis venditionis requisitum continet: sed ad resolvendam emptionem spectat. Unde sanè perperam concluditur, quod in quo contractu deficiat remedium d. l. 2. ille emptio venditio dici nequeat. *Hunn. d. quest. 2. vers. ad decimum tertium, &c. pag. 1077.*
- Præterea non obstat: quod, cum post aliquot annorum curricula: nempe post 20. annos, reditus excedant precium, palam sit; annuorum redituum emptionem esse contractum usurarium: & consequenter illicitum; ac jure improbatum. Nam propter illud contractus iste emptionis non censendus est turpis aut illiberalis: cum emptor non ex re alienâ, sed propriâ (nimirum ex emptis reditibus si-ve jure percipiendi istos reditus) fructum percipiat: & idem in aliarum rerum si-ve prædiorum emptionibus evenire solet, ut videlicet post multos annos lucrum & utilitas rei emptæ precium datum excedant: & tamen nemo propterea hujusmodi emptiones iniquitatis damnavit unquam. Principium enim, non eventus considerari debet:
- sufficitque, contractum emptionis redituum initio neque ex forma, neque ex intentione contrahentium usurarium fuisse, *Andr. Gail. d. lib. 2. observ. 7. n. 8. Berens d. q. 6. p. 257.*
- Hoc amplius non obstat, quod emptio ex eorum contractuum numero est, qui solo consensu contrahuntur, tot. tit. supr. de obligationib. ex consensu. & per principium hujus tit. Hæc autem conventio annuorum redituum re contrahitur; & antequam numerata pecunia sit, nulla obligatio concipitur, teste *Hotomano d. lib. 2. observation. c. 15.* Nam respondetur: conventionem istam, quam pri-mum contrahentes consenserint, veram perfectamque emptionem esse: adeo, ut precii numeratio non ad perfectionem: sed ad complementum ejus desideretur: sicut & in qualibet emptione aliâ accidit. Nec movet, quod priusquam precium fuerit numeratum, efficax obligatio inde non nascatur. Præterquam enim, quod in nudo *Hotomani* testimonio nititur, commune hoc cum aliâ quavis emptione habet: quandoquidem emptio venditio emptori, etiam ante precii numerationem, actionem quidem parit; sed talem, quæ per exceptionem elidatur, l. *Julianus 13. §. offerri 8. ff. de act. empt. & dictum supra ad principium hujus tit. n. 16.*
- Insuper non obstat, quod in emptione & venditione ultrò citroque obligatio nascitur: ac propterea bonæ fidei judicium ex eo contractu constituitur. Ast hoc in negotio; & is solus, cui fundus traditur, obligatur, & restrictè ex iis tantum, quæ lingua nuncupata sunt, adstringitur. Hoc, *dico*, non obstat. Quia ex emptione venditionis annuorum censuum seu redituum ultrò citroque obligatio nascitur. Nam sicut census ad annuam pensionem; ita censitor ad precii solutionem obligatur. *Frideric. Martini. d. cap. 3. n. 173.* Deinde nihil absurdi statueretur, etiam si diceretur: hunc qui fundum tradidit, obligatum non esse: cum traditione & solutione ejus, quod debetur, liberatio contingat: atque obligatio ista, quæ prius tenuit, dissolvatur, initio tit. infr. quibus mod. tollit. obligat. Sed & hoc idem in cæteris emptionibus obtinet; ut venditor præstatione ejus, quod vendidit, liberetur: & emptori obligatus esse desinat. *Hunn. d. quest. 2. vers. ad secundum respondeo, &c.*
- Pariter non obstat, quod in emptione contrahenda res, quanti quanti est, in solidum æstimetur: hic autem non fundus, sed ejus tantum annuus proventus æstimetur. Etenim respondetur: in emptione venditione annuorum redituum idcirco non totum fundum, sed proventus duntaxat illius annuos æstimari: quia non ipse fundus, sed annui duntaxat ejus reditus emuntur & venduntur. Proinde sicut in cæterarum rerum venditionibus res venditæ æstimantur: ita quoque in hac annuorum redituum venditione res vendita, annui scilicet reditus, æstimatur. *Hunn. d. quest. 2. vers. ad tertium, &c. pag. 1075.*
- Minimè etiam obstat, quod in emptione venditione annuorum redituum solus proventus fundi æstimatur atque emitur: fundus autem ipse gratis, ac sine ullo precio, callidè & subdolè venditori censuum aufertur. Nam per emptionem venditionem annuorum redituum fundus, cujus reditus sunt venditi, nequaquam domino aufertur, & ad emptorem transfertur: sed in domini, census si-ve reditus vendentis, dominio & possessione remanet: solumque jus percipiendi annuos reditus ex ipso fundo venditur, & emptori acquiritur, *Frideric. Martini d. cap. 3. n. 174. Fachin. d. lib. 8. controvers. jur. cap. 2. vers. his verbis tria, &c.*
- Simili ratione non obstat, quod fundi proventus cum decimâ aut duodecima fortis parte comparentur; adeoque usura palliata constituitur & exerceatur, *asserente Hotomano loco supra designato.* Non enim proventus cum sorte; sed precium, quod datur, cum jure census, quod emitur, comparatur: atque ita juxta communem hominum æstimationem, pretium & jus, seu merx, ad æqualitatem redigitur. *Frideric. Martini d. cap. 3. num. 176.*
- Denique non obstat, quod emptio & venditio, ut ex parte venditoris rem certam, si ex parte emptoris certum definitumque precium, quod ab emptore verè & naturaliter abeat, & in venditorem transferatur, requirit, l. 1. ff. de contrah. empt. l. penult. C. de rer. permutat. At in hac conven-

zione nulla precii quantitas pro fundi fructibus constituitur, quæ emptori detrahatur. Imò tantum abest, ut illi aliquid decedat, ut contra potius accedat: utpote cum ipsius pecunia ex fundi fructibus sine ullo impendio suo amplificetur. Hoc, inquam, non obstat. Siquidem falsum est, quod in emptione census nullum certum & definitum sit precium quod ab emptore verè ac naturaliter abeat, & in venditorem transferatur. Nam pecunia, quæ venditori census numeratur, est precium certum ac definitum, quod in venditoris dominium transit: idque apud eum remanet, donec ex vi pacti, de retrovendendo, novus emptionis & venditionis contractus celebretur; atque pecunia restituta, census redimatur. Sicut & is, qui domum, agrum, vineam, pratum, vel hortum cum pacto redimendi vendit, pecuniæ, quam accipit, sit dominus, emptorque fructus prædii sive rei emptæ percipit, donec redimatur, l. 2. C. de pactis inter empt. & vend. §. c. Fach. d. l. 8. c. 2. vers. hominis delirantis, §. c. Frid. Martini d. c. 3. n. ult. & Hum. d. qu. 2. vers. ad quintum, §. c. ubi id fusiùs declarat.

Quemadmodum porro emptio & venditio mutuo consensu contrahitur, l. 1. §. ult. l. in vendit. 9. in pr. ff. de contrah. empt. & uberius explicatum supra ad principium huius tit. n. 15. ita eadem mutuo partium consensu, dum res est integra, dissolvitur, §. fin. infr. quib. mod. tollit. obl. l. 2. l. cum empt. §. §. tot. tit. ff. de resc. vend. l. iuris gentium 7. §. adeo 6. & l. ab emptione §. 9. ff. de pact. Huncque modum esse contractus dissolvendi universalem, ut quo quid contractum, eodem modo solvatur, in omnium confesso est, l. nihil iam natura l. 35. ff. de reg. jur. l. prout quidque 80. ff. de solut. d. §. fin. infr.

quibus modis tollit. oblig. Sed & emptionem dolo initam ipso jure nullam esse, verius est, l. §. eleganter 7. in princ. ibi, aut nullam esse venditionem, §. c. ff. de dol. mal. l. 3. §. ult. ff. pro socio cum similibus. Nec huic obstant, l. ex emptio 11. §. si quis virginem §. l. Julianus 13. §. per contrarium §. §. si qui, colludente 27. ff. de actionib. emptor. item l. si dolo §. C. de rescind. vendit. ex quibus dicendum videtur, quod contractus emptionis, cui dolo causam dedit, mero jure subsistat. Nam ad istos, & concordantes, qui in contrarium opponi solent, textus brevissime respondendum est: eos loqui de dolo incidente. Indubitata quippe, & crebrius recepta conclusio est: si dolo bonæ fidei contractui, qualis est emptio, causam præbuerit, contractum ipso jure nullum censeri: si verò incidentis fuerit dolo, hunc ex ipso contractu bonæ fidei, vel exceptione doli emendari: at stricti juris contractum (sive dolo ei causam dederit, sive incidenti) ipso quidem jure subsistere: sed doli tamen actione, vel exceptione dolum vindicari & repelli, Mynsinger. cent. 6. observ. 38. n. 3. Arumens Exercit. Justin. 14. th. 6. Vult. lib. 2. Jurisprud. Rom. cap. 4. n. 88. late in utramque partem disputans Bachovius in suis not. ad volum. 1. Treutleri, disputat. 28. th. 2. lit. F. p. 1060. & segg. ibidemque in suis resolut. Hunnius vol. 2. p. 326. & segg. Hancque rem sufficientissime explicui in §. actionum autem 28. infr. tit. de actionib. n. 17. & multis subsequentiis: quò Lectorem industrium remitto. Cæterum quamvis emptionem vi metus factam valere non admodum dubitetur; cum coacta voluntas, voluntas existimetur, l. si mulier 21. §. si metu §. ibi, tamen coactus voluit. ff. quod metu caus. quia tamen res pessimi exempli esset; rata non habetur emptio, sed rescinditur, l. 1. & l. si voluntate 8. C. de rescind. ven. lit. l. si per vim §. l. non interest §. l. cum te domus 8. & l. si per impressionem 11. C. de his que vi, metu & causa gesta sunt. Joan. Robert. lib. 3. animadvers. jur. civ. c. 3. Tamen si emptionem vi & metu contractam, ipso jure irritam esse, speciosè defendere nititur Donellus ad d. l. 1. C. de rescind. vend. n. 6. & segg. Cujac. in not. ad animadvers. lib. 3. cap. 3. & Hum. in d. resol. ad Treutler. vol. 2.

disput. 2. qu. 44. p. 192. & segg. Quia & ratione læsionis ultra dimidium iusti precii, emptionem-venditionem rescindi, Imp. Diocletianus & Maximianus rescripserunt, d. l. 2. C. de resc. vend. veluti, si venditor rem, centum aureis dignam, minus quinquaginta, nempe 48. aut 49. aureis vendiderit: aut si emptor rem minus 50. aureis dignam, centum emerit. Sed videantur Malinæ in tract. commercior. §. ult. qu. 14. n. 175. non segg. & in consuetud. Paris. l. 1. §. 22. n. 46. Pinhu in Commentar. ad d. l. 2.

C. de rescind. vendit. part. 2. cap. 2. n. 6. Fachineus lib. 2. controvers. jur. cap. 16. Andreas Gerhards deced. 14. qu. 10. in fin. Forcatul. Necyomant. dial. 100. n. 2. Mynsinger. cent. 4. observ. 73. & D. Obrech. dist. 35. th. 105. & segg. Sanè jure nostro renovato Würtembergico hac in parte non dupli, sed tripli ratio habetur, part. 2. t. 14. p. 282. Dn. Collega Besold. vol. 3. consil. 136. fol. 212. & segg. Cur verò læsio, quæ non egreditur dimidium iusti precii, à legibus permittatur, ratio hæc videatur esse: ut incuria expellatur; & diligentia, quam hominum natura desiderat, maxime in his contractibus, quibus par est conditio, excitetur: & quodammodo læsi in posterum cautiùs mercari curent sive discant, l. incivilem 2. C. de furtis. Arumens Exercit. Justin. 14. ad th. 8. circa finem. In definiendâ autem rei æstimatione tempus contractus spectandum esse. apparet ex d. l. si voluntate 8. in fin. ibi, nisi minus dimidio iusti precii, quod fuerat tempore venditionis, datum esset. C. de rescind. vend. Donell. ad d. l. 2. C. d. t. n. 9. & segg. Enim verò si is, qui duplo minus dedit, quam accepit, contractum ob injustum precium rescindi nolit: eum ad æqualitatem, precium supplendo vel reddendo, reducere poterit, d. l. 2. C. eod. c. cum dilecti 3. & c. pen. ext. de empt. & vendit. D. Collega Bocer. class. 2. disp. 3. th. 47. & 28. ed. 2. & in hoc t. n. 173. p. 389. Adde Doctorem Martam t. 3. Digestorum novissimorum tit. emptio. cap. 76. cum segg. fol. 152.

Porro quod jam allatum est ex d. l. 2. C. de rescind. vendit. si læsio dimidiam iustæ æstimationis partem excedat, contractum aut rescindi, aut ad æqualitatem reduci debere: ei non adversatur primò; contractus ab initio voluntatis, sed ex postfacto necessitatis esse, l. sicut §. C. de obl. & act. & id, quod semel placuit, amplius displicere non posse, c. quod semel 21. de regul. jur. in 6. idque vel maxime, in contractum emptionis & venditionis obtinere, à quo non licet, alterutro invito, recedere; ne quidem ex rescripto Principis, ut nominatim cautum est in l. de contractu 3. C. d. rescind. vendit. Nam illud quidem in genere, & secundum juris stricti regulam verum est & procedit: sed in hypothesi & specie nostrâ effectus illius, propter nimiam læsionem, ex æquo bono impeditur: ut nec sic d. l. 3. C. eod. obstat, quæ diserte eo de casu loquitur, ubi contractus emptionis & venditionis jure est perfectus. Et certè notissimum est: in omnibus æquitatis potius, quam stricti juris rationem habendam, l. placuit 8. C. de judic. jusque nostrum artem æqui & boni esse, l. 1. in princ. ff. de justit. & jur. Æquitati autem illud præcipue convenit, ne venditio tam immodica sustineatur: & sublata arte boni & æqui, nihil est reliquum, quo negocia hominum rectè explicari definiri que possint. Sed & isthac frequentissimi huius contractus iniquitate sive inæqualitate admittenda; fieri non potest, quin æquitas oppugnetur, & contra bonum publicum facultatibus suis homines exuantur: cum tamen inter sit Reipublicæ, quàm ditissimos habere cives, arg. §. final. supra, de his qui sui, vel alieni juris sunt.

Deinde non obest, quod dici vulgo solet: rem tanti valere, quanti vendi potest, l. 1. §. si heres 16. ff. ad Senat. cons. Treb. l. si servus 14. in fine pr. ibiq. gl. ff. de cond. furtiv. l. in furti. 50. in pr. & l. si quis uxori §. 2. in fin. ff. de furtis. Etenim in proposito casu rem carius vendi potuisse non ambigitur.

Tertiò nihil proflus officit d. l. si voluntate 8. C. de resc. vendit. ubi expressum est, venditionem prætextu paulò vilioris precii non esse rescindendam. Quandoquidem ipsa lex circumspecta finem addit hanc limitationem: nisi quis ultra dimidium iusti precii deceptus fuerit.

Quartò nullius ponderis est, quod assertur ex l. in causa 16. §. penult. ff. de minorib. & l. item precio 22. §. ult. ff. locat. licere contrahentibus se invicem in contrahendo circumvenire: Minimumque dicere solitum fuisse, hunc omnium esse emptorum animum, vili emere, venditorum, curè vendere. Dicta namque lex 2. ex C. de resc. vend. circumventionem & deceptionem, absq. fraudulento contrahentium consilio, re ipsa contingentem non planè negat, aut prohibet; sed, ne commercia omnino impediantur (quod utiq. usu venit etiam exactissima ista precii æqualitas temper tam accuratè & præcisè observanda esset) illam eo usque probat & permittit, dum non dimidiam veri precii partem excedat. Hæcque consens. qua annotat. ad §. 1. supr. h. t. n. 18. & segg.

37 Denique nihil quicquam in contrarium facit, quod venditori imputandum videatur, qui rem suam precio minus
 38 iusto vendidit, & enormiter deceptus fuit: cum nemo præsumatur vires suarum facultatum ignorare. *l. quisquis 15. C. de rescind. vendit.* & error in facto proptio intolerabilis existimetur. *l. plurimum 3. & l. nec supina. 6. ff. de juris & facti ignorant. l. cum falsum 46. ff. de acquir. vel onitt. heredit.* Quoniam præsumptio isthæ eliditur fortiori & vehementiori præsumptione, quæ vult, neminem præsumendum esse, suum jactare vel perdere velle. *l. cum de indebito 25. circa princip. ff. de probationib. ut sic qui enorme damnum sensit, non censeatur scivisse verum rei venditæ valorem.* Siquidem verosimile ex legis conjecturâ esse non videtur: si veram rei venditæ æstimationem scivisset, eum tam vili exiguoque precio rem distracturum fuisse. Atque ita, post Cynum ad *l. 1.2. C. de resc. vend. d. se citatum*, hoc explicat D. Arumæus *d. Exercitat. Justin. 14. thes. 8.*

39 Quæstio hoc loco satis controversa occurrit: an beneficium sive remedium in modo allegata *l. 2. C. de rescind. vend.* expressum, etiam olim obtinuerit? Id sanè licet negent Arius Pinelus ad *l. 2. part. 1. c. 1. n. 2. cum seqq. ibique Donellus n. 3. Gerhard. decad. 14. quest. 10. in princ. Struckius Exercit. Justin. part. 1. decad. 12. assert. 3. ad lit. c. Bargalius in tract. de dolo lib. 2. p. 150. n. 20. D. Obrecht. disp. 35. thes. 23. cum seqq. & novissimè Humius disput. 16. th. 6. & lib. 3. var. resol. jur. civ. tract. 7. part. 1. q. 10. rectius tamen cum communi Doctorum Scholâ statuitur: beneficium illud iam olim exceptum fuisse, sed ita *l. 2. apertius confirmatum & illustratum.* Hujusque sententia argumentum primum sumitur ex *l. si quis, cum aliter 36. ff. de verb. obligat.* ubi dicitur: si res ipsa in te solum habeat, competere exceptionem ad rescindendam stipulationem. At verò in se dicitur res ipsa dolum habere, cum contrahentes sese invicem circumveniunt. Secundum ex *l. res bona 54. ff. de contrah. emp.* ubi Paulus, res, inquit, bona si de vendita, propter minimam causam inempta fieri non debet. Ergo magnâ ex causâ id fieri æquum est, tamen si neque vis, neque metus, neque etiam dolus intercesserit alterutrius contrahentium, sed bonâ uterque egerit fide, quod egit: si tamen res ipsa quasi dolum in se habet; humanitatis ratio non patitur, ut id valeat. Tertium ex *l. jure succursum 6. §. 2. & l. si res æstimata 12. §. 1. ff. de jure dot.* ubi traditur, si in dote dandâ circumventus sit alteruter, etiam majoris annis 25. succurrendum esse: quia bono & æquo non conveniat, aut lucrari aliquem cum damno alterius, aut damnum sentire per alterius lucrum. Quartum ex *l. Lucius 38. in fine ff. familie eriscunde.* ubi respondetur, fortiori actionem non dari adversus fratrem, si is ultra partem dimidiam non accepit. Quintum ex *l. si ea pactione 14. C. de usuris.* in cujus fine dum habetur, locationem ob viliorē mercedem rescindi non posse: inde concluditur, aliud dicendum esse, si læsio ultra dimidiam justæ mercedis daretur. Sextum ex *l. in contract. 3. C. quib. ex caus. majores in integr. restituant.* ubi generaliter rescriptum est: in contractibus, qui bonæ fidei sunt, etiam majoribus officio judicis, causâ cognitâ, publica jura subvenire. Septimum ex *l. majoribus 3. C. communia utriusque judicii.* ubi itidem generaliter sancitum est: in bonæ fidei judicis, quod inæqualiter (sicque ultra dimidiam) factum esse constituerit, in melius reformari debere. Octavum ex *l. quotiens 61. ff. de adilit. edict.* ubi Ulpianus in hæc verba respondit: Quotiens de servitute agitur visus (venitor scilicet) tantum debet præstare, quanti minoris emisset emptor, si scisset, hanc servitutem impositam. Nonum ex *l. si duos servos 47. ff. de evictiōib.* ubi relata est species rei venditæ ad finem dimidiæ justæ precii, servi videlicet valentis decem, & venditi quinque: hancque venditionem ratam & firmam esse constat. Decimum, idque non exiguum argumentum, ducitur ex *l. 1. ff. depositi.* ubi heres, si ignorans rem, apud defunctum depositam, vendiderit, & nondum vendiderit, conventus actione depositi absolvitur, actori cedendo actiones suas. Quæ lex duo quasi membra complectitur: prius, si precium nondum exactum, & justum fuerit: alterum, si quidem necdum precium exactum, sed*

tamen minoris res vendita sit. Utroque casu actiones cedi debent: priori, actio ex vendito: posteriori verò nulla actio cedi poterit alia, quàm quæ competat ob id, quod dimidia veri & iusti precii pars, secundum constitutionem Diocletiani & Maximiani in *d. 1.2. C. de resc. vend.* perfoluta non est. Nam si vel dimidium iusti precii æquum sit: ut si res digna 10. venierit, & rata est venditio, nec ullo iudicio agi potest de eâ rescindenda: ut sic manifestam læsionis ultra dimidiam portionem iusti precii in *d. 1.2. ff. de posit. vestium* appareat. Postremò huic rei magnum etiam argumentum suppeditat: quod nullibi in Digestorū libris invenitur species rei venditæ dimidii minoris, & ratæ venditionis. Ideoq; nec credendum est; isto Pandectarū jure ratam haberi venditionem, quæ tam enormem atque immodicam læsionem continet. Atque ita, post Dd. docent Cujac. lib. 23. observ. c. 24. & Domin. Arumæus dict. Exercit. Justin. 14. ad th. 8. Hic verò miror: Domin. Collegam Bocer. non vereri scribere in hoc tit. n. 185. p. 392. prædictas leges ad probandam hanc sententiam facere omnino nihil: cum tamen adeò evidens sit hoc pronunciatum ex dictis textibus: ut talpâ cæciorem esse oporteat eum, qui id non videt. Proinde candido Lectori istas leges penitus considerandas relinquo.

Nec huic sententiæ quicquam detrahit, quod (juxta dissentientium opinionem) in responsis Jureconsultorum nihil de remedio dictæ *l. 2. C. de rescind. vend.* sancitum, nec ulla certa læsionis quantitas determinata & constituta sit: cum tamen ipsi Jurisconsulti admoneant: ea, quæ notabilia sunt, perspicue exprimenda esse, *l. item apud Labonem 15. §. hoc edictum 26. ff. de injur.* Enim contrarium ex *d. 1.2. ff. de pñs. aliisque legibus, superius in medium adductis*, evidenter constat. Imò dictam *l. 2. C. de rescind. vendit.* non esse planè novam, apparet ex ipsius constitutionis illius verbis; ibi humanum est, &c. quæ indicant, ex humanitate istud beneficium profluxisse. Cui consequens est, quod beneficium illud non ex civili, sed gentium jure natum sit: quamvis civili juri adscribendum videatur, quod de parte precii dimidiâ in eadem lege cautum extat. D. Bocer. in hoc tit. num. 182. pag. 391.

Parum quoque ad rhombum facit, *l. in causa 16. §. pen. ff. de minorib. & l. item si precio 22. §. ult. ff. locat.* in quibus simpliciter responderetur, contrahentes se invicem in contrahendo circumscribere sive decipere licere. Eatenus namque contrahentibus se invicem circumvenire licet, quatenus deceptio isthæ cum dolo non conjuncta est, & ultra iusti precii dimidium non procedit, ut dictum supra nu. 86. & liquet ex traditis ad §. 1. supra hoc tit. 21. cum seqq. & juriis paulo ante allegatis.

Nihil item refragatur *l. d. Divio Pio. 15. §. si pignora 3. ff. de re judic.* ubi Ulpian. indistinctè tradere videtur, non posse quem rescindere conventionem vel acceptancem alicujus rei vel summe, pro re vel quantitate sibi debita etiam si longè minus acceperit. Nam (non attentis Bartoli, & aliorum interpretationibus) dicendum est, illa dicti §. verba (Addicantur utique quantitate, quæ debetur) eò pertinere, ut pignora addicantur tantâ quantitate, id est, valore & æstimatione, quanta est summa; quæ debetur, sive (ut vulgo loquimur) pro ratâ debiti & summâ concurrente: non si forte plurius aut minoris valeant pignora; alteruter, id est, debitor aut creditor injuria afficiatur. Atque hanc interpretationem æquitate maximâ niti, nec à proprietate verborum recedere, testis est Franc. Duarenus lib. 1. disp. amonens. c. 6. in fine. Tamen alii aliter sentiant, Alciac. lib. 6. p. wadox. c. 3. Robert. lib. sent. c. 22. For. tit. Necyomarch. dial. 13. & noviter Arumæus disp. 21. ad Pand. q. 5.

Controvertitur & hoc ab Imperatoribus: nunquid beneficium dictæ *l. 2. C. de resc. vend.* locum habent etiam in emptore, ultra dimidium iusti precii læso? Et quamvis Cujacius lib. 16. observ. c. 18. & lib. 23. c. 32. & lib. 2. not. ad m. madvers. Roberti cap. 13. etiamque sequentes Ant. Faber part. 1. de errorib. pragu. dec. 8. error. 7. & Philipp. Matth. ad *l. in omnibus causis 68. n. 34. & leg. ff. de reg. jur.* contendunt: beneficium istud ad emptorem non esse porrigendum: communem tamen sententiam ego, non usque adeò levibus rationibus motus, veriorē esse censeo. Tum quia emptor & venditor correlative sibi opponuntur.

- 107 At verò in correlative oppositis jus indubitatum est; ut quod in uno statuitur, idem statuatur in altero, *arg. l. non debet 41. §. 1. ff. de reg. jur. l. cum emptoris 5. in princ. ff. de rescind. vend. l. si cum dies 22. §. pen. ff. de recept. arbitr. l. fin. C. de indic. vidui. roll. l. 1. C. de compressis, &c.* Tum quia sicut equaliter utrisque sese invicem in precio circumscribete jure permittitur, *d. l. in causa 16. §. pen. ff. de minorib. & d. l. item si precio 22. §. fin. ff. locati*, ita & in his, in quibus ratione circumscriptionis, aut alterius causæ, vel rescissio contractus fit, vel adversus eum restitutio datur, aliterve subvenitur, tam emptoribus, quam venditoribus, sive majoribus, sive minoribus, equaliter lege succurritur, *l. Julianus 13. §. si vendit. 4. & §. seq. ff. de act. empt. l. alioquin 11. ff. de contrab. emp. l. 1. §. sed si emeris. 13. ff. si quid in fraud. patroni fact. l. patri 27. §. 1. vers. sed prædium quoque ff. de minor. l. 3. & l. cum emptor. 5. ff. de resc. vend.* Tum etiam quia cum beneficium *d. l. 2. C. de resc. vend.* non personale sit, sed venditori idcirco tributum; quod is nimium læsus fuerit: sequitur inde, quod idem & emptori, si læsus nimium erit, sit indulgendum. Ubi enim eadem læsionis est ratio, ibi idem jus statui debet, *l. quedam 9. §. nummularios ff. de edend. l. illud questum 32. ff. ad l. Aquil. l. à Titio 108. ff. de verb. obl. l. in omnibus causis id observatur 68. ff. de reg. jur.* Tum postremo, quia beneficium illud ex humanitate profuxisse, patet ex *d. l. 2. ibi, humanum est C. de rescind. vend.* Atqui longe humanius est; emptori subveniri, quam venditori. Siquidem venditor circumventus habet, quod sibi imputet, cur tam vili levique precio rem suam distraxerit: cum valoris istius rei notitiam habere præsumatur, *l. quisquis 15. C. eod. t.* Emptori verò nihil tale imputari poterit: cum non scientiam, sed ignorantiam in factis rebusque alienis præsumi, manifesti sit juris, *l. ult. in fin. ff. pro suo l. 2. & l. seq. ff. de juris & facti ignorant.*
- 112 Non obstat huic sententiæ, quod constitutio *d. l. 2. C. de resc. vend.* expressè & nominatim de eo, qui rem distraxit, adeoque de venditore loquatur. Nam eo ipso non excluditur emptor: sed potius ex eo colligitur, idem jus in hoc quoque obtinere: cum correlativorum eandem rationem & naturam esse, jam supra ostensum sit *n. 107.* Et quod Impp. solummodo de venditore rescripserint, ratio hæc est: quod de venditore solum fuerint interrogati, idem haud dubiè responsuri de emptore, si etiam de eo consulti fuissent. In confesso quippe est, leges Codicis ut plurimum ad casus certos, sive (ut loquuntur) ad facti species propositas applicatas esse, quibus neque addunt, neque detrahunt quicquam, *docente Vultejo lib. 1. disceptat Scholastic. c. 15. pag. mibi 163. fac. 2. & pag. 171. item cap. 20. pag. 121.*
- 115 Minus obstat, quod non eadem sit ratio subveniendi emptori, quæ venditori: propterea quod venditorem plerunque necessitas rei familiaris compellat vendere precio minore, *l. non idcirco 12. & l. si quos 16. C. de rescind. vend. l. 1. C. de prædiis decurion. l. 2. C. sine censu vel reliquis fundum comparari non poss. emptor autem ultro, accedat ad emptionem prædii sipe fraudandi causa; & plerunque emat precio impenso & immenso, affectione opportunitatis, vel vicinitatis, vel cæli, vel quod illic educatus sit, vel parentes sepulci, vel quod majorum ejus fuerit. l. 1. §. & alia 15. ff. si quid in fraud. patr. l. si in empt. 35. ff. de minor.* Sæpius etenim venditor etiam, non necessitate aliqua compulsus, sed spe lucri allectus rem suam distrahit, emptoremque decipit, & ad emendum allicit: contra verò emptor summâ necessitate, coactus, rerumque indigentia & penuria adductus ad emendum accedit: ut ita per utriusque hac in causa ratio deprehendatur.
- 116 Multò minus obstant, quæ Cujacius *d. lib. 23. cap. 32.* assert ex Seneca & Plauto, qui innuere videntur, emptorem immo dico & immenso precio factam, per emptorem rescindi non posse. Neque enim loquuntur eo de casu, ubi læsio dimidiam justii precii portionem excedit: neque legum vim & auctoritatem scripta illorum, aliàs non contemnendorum Auctorum, obtinet. Atque ita hanc assertionem defendunt, post Bart. Bald. Salicet. & ceteros, Pinelus ad *d. l. 2. part. 1. c. 2. C. de resc. vend.* & ibidem Richard. *n. 4. Giph. & Donell. n. 48. cum seqq. Robert. lib. 2. animado juris civ. c. 23. Fachinus lib. 2. contrav. jur. c. 16. Arumam d. Exercit. Justin. 14. sub lib. 8. D. Boer. in l. 1. n. 120. cum seqq. p. 390.*
- & seq. D. Besold. in delib. jur. ex lib. 18. ff. q. 10. p. 24. Anton. Merenda lib. 1. contrav. jur. c. 36. n. 2. cum seqq. Marstaller. in Dissert. de divitiis part. 3. c. 14. p. 229. Gerh. decad. 14. qu. 10. Schröter. diatrib. domest. decad. 8. q. 3. Matth. Stephan cent. 3. quest. 71. Foman. disp. 22. th. 12. lit. c. Hum. disp. 16. thes. 7. & d. lib. 3. var. resol. jur. civ. tr. 7. part. 1. qu. 11. p. 1103. Vide quoque Molinæum in consuet. Paris. tit. 1. de feud. §. 22. n. 46. & 47. nec non Althuf. lib. 1. Dicaol. c. 74. n. 38. p. 256.
- Similiter controversantur inter se Interpretes: num decisio *d. l. 2. C. de rescind. vend.* in rebus mobilibus procedat? Non procedere, multi existimant, teste Roberto dict. lib. 2. animado jur. civ. cap. 12. & Anton. Mercatore sive Cujacio in not. ad animadvers. lib. 2. cap. 12. ubi ait, usu receptum esse, ut *d. l. 2. n. 1* pertineat ad res mobiles, nisi preciosas. Verum contrarium mihi verius videtur. Tum quod lex ista indefinitè & generaliter rei, sicque tam mobilis, quam immobilis, tam corporalis, quam incorporalis, tam vilis, quam pretiosæ mentionem facit, *arg. l. rei appellatio 5. cum l. seq. & l. rei appellat. 23. ff. de verb. signif.* Tum quod legis ratio, quæ in æquitate fundatur, in omni omnino re locū habet. Tum quod in libris βασιλικῶν nullius fundi proponitur mentio: sed tantum πρᾶγμα dicitur. Ea ita non obscure sentit, glos. ad finem dictæ *l. 2. C. de rescind. vendit. Bartol. ibidem n. 24. & alii plerique de estimatione rerum mobilium agentes.* Quibus suffragantur Pinelus inibi part. 2. cap. 2. n. 17. Arumam d. Exercit. 14. ad thes. 8. circa finem. Gerhard. d. decad. 14. quest. 10. Robertus d. lib. 2. animadvers. cap. 12. & in notis ad notat. Mercat. lib. 2. c. 12. itemque Hunnius in resolut. ad disput. 2. Freutleri vol. 2. th. 10. pag. 296. & seq.
- Hanc sententiam non labefactat, quod & in *d. l. 2.* consimiliterque aliis, de venditionis rescissione tractantibus, fundi solummodo venditionis mentio fiat, *l. ad rescindendam 4. & l. si voluntate 8. & l. quisquis 15. C. de rescind. vend.* Nam in illis exempli duntaxat causa fundi mentionem fieri probabile est: ideoque non minus ad alias quascunque res id protenditur. Exemplum siquidem regulam non restringere, certum est, *l. damni infecti stipulatio 30. §. ult. ff. de dam. infect. l. regula 9. §. fin. ff. de jur. & fact. ignorant.* Illudque ex eo perspicuum redditur: quod initio istius *l. 2.* generaliter Imperatores de re majoris precii, minori distracta loquantur, & (ut paulo antè monitum) in Synopsi βασιλικῶν, & ibi Græcè reddita illa lege 2. nullo loco fundi mentio fiat, ac neque illic sequentibus aliis pluribus, eadem de re loquentibus. Quin & ideo de solo fundo rescribunt Impp. in *d. l. 2. & consimilibus*: quod facti species, ad quam respondendo Impp. sese accommodare solent, de fundo fuerit concepta. Sed videantur Robertus & Hunnius locis præallegatis. ubi cetera Cujacii argumenta sufficientissime refutaverunt.
- Est & illa anceps perplexaque quæstio: an venditor, ultra dimidiam justii precii partem læsus, remedio *l. 2. C. de rescind. vend.* uti possit, si ei renunciaverit? Et Doctoribus plerisque placuisse video: generalem renunciationem, cum scilicet quis renunciat omni legum auxilio, nihil nocere venditori: specialem autem, cum videlicet renunciat læsioni ultra dimidiam, & actioni ex dict. *l. 2.* competenti: venditori obesse. Ita docuerunt, post plures alios, quos commemorant, Didac. Covarruvias lib. 2. variar. resol. c. 4. Ant. Gabriel. commun. conclus. tit. de empt. & vend. concl. 1. n. 92. Fachinus lib. 2. contrav. jur. cap. 20. vers. sexta & postrema controversia, &c. Panthaleon. Cremenensis in 17. extensione, & §. limit. d. l. 2. & Arumam Exercit. Justin. 14. th. 8. ad finem. Et quidem renunciationem generalem non obesse renuncianti, probatur per *l. ult. §. idem questit. 3. ff. de condit. indeb. item per l. si libertus 27. ff. de operis libertor. & l. hac adjectio 192. ff. de verb. signif. ex quibus colligitur verba generalia ad modicam læsionem; non verò ad magnam esse referenda. Quod confert etiam, quod generalis renunciatio non extenditur ad ea, de quibus verisimiliter cogitatum non est, *argum. l. mater decedens 19. §. ceterum ff. de inoffic. testam. l. emptor. 47. §. Lucius ff. de pact. & l. qui cum tutoribus 9. ff. de transact. Accedit & hæc ratio: In generali sermone non includitur dolus. creditor. 60. §. ult. ff. mandati l. si pater 12. ff. que in fraud. creditor. &c.* Atqui ex læsione ultra dimidiam partem dolus*

dolus re ipsa probatur, *l. si quis, cum aliter* 36. ff. de verb. oblig. *l. si superflite* 5. C. de dol. malo. Ergo generali in renunciatione non continetur.

123 Nec refragatur, quod generalis renunciatio referatur ad ea omnia; de quibus renunciatus cogitavit vel in genere, vel in specie, arg. *l. qui jure militari* 7. ff. de testam. milit. *l. si servit* 23. ff. de serv. præd. urbanor. *l. sub pretextu specierum* 29. C. de transact. Renunciatus autem nostrâ in specie cogitare videatur saltem in genere de auxilio *d. l. 2. C. de resc. vend.* Etenim hoc assumptum negatur: quando quidem orationem generalem non comprehendere illum casum, quo dolus continetur, liquidò constat ex *d. l. si patre* 12. ff. *quasi in fraud. creditor. & concordantibus.*

124 Cæterum specialem renunciationem obesse renunciati, ex regulâ juris manifestum evadit, quâ dicitur, quemlibet resilire ab eo jure, quod pro se introductum est, favorique suo renunciare posse, *l. penult. C. de pact. l. pactum* 46. ff. eod. nec renunciati regressum amplius dandum esse, *l. queritur* 14. §. *si venditor* 9. ff. de adilit. edit. Nihil ad rem pertinet, si obijciatur ex Baldo in *d. l. 2. n. 7. C. de resc. vend.* quâ facilitate quis contrahit, & contrahendo ultra dimidium iusti precii partem decipitur ac læditur: eadem eum induci, ut istiusmodi renunciationem adhibeat. Nam Baldus illic loquitur de fœminis, rusticis, & minoribus, qui ignorantia, imprudentia & animi fragilitate labuntur & decipiuntur facilius. Quare & iura promptius iis subvenire solent. At de maioribus, qui integro iudicio, maturoque consilio de propriis actibus deliberant, non idem statuendum erit.

125 Sic nullius hili aut pili est, quod in contrarium adducitur: renunciationes ejusmodi plerumque inferi contractibus & instrumentis ex stylo potius communi Notariorum, quam ex mente contrahentium. Siquidem inficias ire haud possumus, sæpe etiam adjici renunciationes illiusmodi iustis & voluntate contrahentium. Sed & Notariorum stylus, pro locorum & provinciarum diversitate, varius ac diversus esse consuevit. Reliquis obiectiunculis satisfaciunt Covarruvias & Fachinaus locis supra designatis. Et de eâdem quaestione vide aliter atque aliter sentientes Fabianum de Monte S. Sabini in *tr. de empte. & vend.* 8 q. pr. n. 15. Mozz. in *tr. de empte. & vend.* 1. quib. casib. annull. empte. n. 20 p. 485. Donell. ad *d. l. 2. C. de resc. vend.* nu. 14. cum seqq. Ant. Fab. part. 1. de error. pragm. decad. 7. err. 8. & Andr. Gerh. decad. 14. q. 10.

126 In dubium quoque vocatur illud: ecquid beneficium *d. l. 2. C. de rescind. vend.* verum iustumque rei suæ valorem tempore contractûs scienti tribuatur? Sed non tribui, evidens ratio suadet. Tum quia scienti & volenti nulla iniuria, dolus, aut læsio inferri potest, *l. 1. §. usque adeo* 5. ff. de injur. *l. nemo videtur* 145. ff. de reg. jur. c. scienti 27. de reg. jur. in *6. l. cum donationes* 34. C. de transact. *l. vend.* 11. in pr.

127 C. de resc. vend. Tum quia sciens æquiparatur renunciati, & donanti live remittenti jus & actiones suas, arg. *l. 1. §. ult. in fin. ff. de act. empte. l. cuius per errorem* 53. ff. de reg. jur. cui non est regressus dandus, prædicta *l. queritur* 14. §. *si vendit* 9. ff. adilit. edit. Tum quia in toto se è jure plus faveat ignorantia, quam scientia, *l. domum* 57. §. *si mili* 2. ff. de contrah. empte. tot. l. ff. C. de juris facti ignor.

128 Quod tamen non procedit in eo, qui necessitate & inopia magnâ compulsus (ut sæpiusculè accidit (vendit, vel emit. Huic enim, quantumvis scienti, succurrendum esse, æquitas suggerit: cum nemo in necessitatibus liberalis existere intelligatur, *l. rem leg.* 18. in fin. ff. de adilit. emend. vel transf. legat. ghm. c. relat. 9. super verbo, liberaliter ext. de præbend. Atque ita scribunt & sentiunt Specul. in *l. de empte. & vend.* §. nunc restat, vers. quid si aliquis sciens &c. Trencacing. lib. 3. ref. 3. de empte. & vend. n. 9. Ant. de Burgos in *c. cum dilecti* n. 18. §. seq. &c. cum causa nu. 20. de empte. & vend. Gerh. d. decad. 14. q. 10. Ant. Fab. d. decad. 7. error. 8. circa medium Ant. Morend. lib. 1. contrav. jur. c. 34. n. ff. p. 49. Fabian. de Al. in *d. l. 2. quæst.* 8. princ. n. 19. Tirag. de retract. lig. 5. l. 1. n. 18. alique plures, per hunc cumulatum adducunt. Eadem de re vide aliter sentientes Pinellum in *d. l. 2. C. de rescind. vend.* part. 1. cap. 2. n. 11. Fachinaum lib. 2. contrav. jur. c. 20. vers. quinto contravertitur, &c. & Humm. lib. 3. var. resolut. jur. civ. tract. 7. part. 1. quæst. 14.

129

Utrum juramentum in contractu præstitum de non contraveniendo, excludat majorem 25. annis à beneficio *l. 2. C. de rescind. vendit.* mirificè Doctores disceptant? Sex diversas opiniones recitat Fachinaus *d. lib. 2. contrav. jur. c. 17.* & hanc sibi verissimam videri, ait: quod ultra dimidiū læsus, absolutionem, & juramento petere; eaque obtentâ, ad rescissionem contractûs agere valeat. Quæ conclusio (secundum illum) tres partes habet. I. jurantem agere non posse ad rescissionem contractûs, antequam à juramento fuerit absolutus, II. absolutionem à juramento hoc in casu esse concedendam, III. absolutionem obtentâ, actionem competere ex *d. l. 2. Cod. eod. tit.*

130 Prima pars hoc probatur argumento: Omne juramentum, quod non vergit in æternæ salutis dispendium, nec redundat in alterius præjudicium seu detrimentum est servandum, *c. cum contingat* 28. ext. de jurejur. c. quavis 2. de pactis in 6. Atqui juramentum, de quo hoc loco agitur, non vergit in æternæ salutis dispendium, nec redundat in alterius præjudicium. Ergo est servandum. Nec obest, si dicatur, juramentum non esse servandum, ubi dolus intervenit, per *d. c. cum contingat. ibi. sine vi & dolo sponte præstita de jurejur.* Hoc enim ita exaudiendum est, ut tamen nihilominus absolutio à tali juramento requiratur, arg. *c. si verò aliquis* 8. eod. &c. ad audientiam 4. ubi gloss. in verb. resignand. de iis, quæ vi metusve caus. sunt. quibus in locis traditur, absolutionem requiri à juramento metu extorto: cum tamen in metu dolum inesse certum sit, *litem. si cum exceptione* 14. §. eum, qui 12. ff. quod met. caus. &c. Nec rectè regeritur, in juramento metu extorto voluntatem quandam, licet coactam, jurantis considerari posse, arg. *l. si mulier* 21. §. *si met.* 5. ibi, tamen coactus voluit. ff. d. l. at secus esse, ubi dolus in contractu est adhibitus. Illud namque obtinet, ubi dolus ex proposito adest: non item, ubi dolus re ipsa ex læsione oritur: quia major est voluntas in contrahente sic læso, quam in eo, qui vi coactus juravit.

131 Secunda conclusionis pars, nempe absolutionem à juramento esse concedendam, probatur hoc medio: Juramentum non debet esse vinculum iniquitatis, *c. quanto* 18. §. *si falsam de jurejur. c. 1. §. quia verò eod. tit. in 6. can. inter cetera* 22. caus. 22. q. 4. Sed ubi est tam enormis & immodi- ca læsio, ibi utique est iniquitas & injustitia magna. Ergo juramentum est relaxandum. Et absolutionem à juramento in iulgendam esse, quoties injustitiam continet, communiter traditum est, arg. *c. 1. de jurejur. Castrens. ad l. si quis pro eo* 56. n. 6. ff. de fideiuss. Petr. Anchoran. cons. 375. Nutta consil. 144. Cravett. cons. 152. n. 11. & cons. 192. n. 11.

132 Tertiæ præfate conclusionis pars, videlicet absolutione impetratâ, actionem competere ad rescindendum contractum, sic demonstratur: Absolutio tollit vinculum juramenti: atque perinde est, ac si juramentum præstitum non fuisset, ut patet ad sensum, & comprobant Corneus cons. 288 lib. 3. Socin. jur. cons. 3. n. 44. lib. 2. Roland à Valle consil. 7. n. 58. lib. 3. & Afflicus decis. 322. At si juramentum non esset præstitum: procul dubio daretur actio ad rescindendum contractum propter læsionem ultra dimidium. Idem igitur, obtentâ à juramento absolutione, statuendum est.

133 Non adversatur huic traditioni; quod juramenti hæc vis sit & effi acia, ut contractum confirmet, & tale robur illi adjeat, ut rescindi non possit, *l. 1. & Auth. sacramenta puerum* C. si advers. vend. item quod is, qui jurat servare contractum, & non contravenire, jurare videatur, se adversus contractum non venturum, ex quocumque jure & ex quacumque causa, quæ ex eodem contractu provenire possit: & consequenter se contractum servaturum, etiam ultra dimidium læsus fuerit, arg. *l. si duo patroni* 13 §. *idem ful.* & *l. in duob.* 28 §. *si quis juraverit* ff. de jurejur. *l. cum pater* 77 §. *filius matrem* 23. ff. de legal. 2. Hæc inquam, & similia argumenta non advefantur. Nam ex præmissis breviter respondetur: argumenta contraria militare ante absolutionem à juramento concessam: post eam verò concessam, omnia cessare: quoniam virtus juramenti cessat. Atque ita tenent Panorm. Ant. Burr. & Imola in *d. c. cum contingat* nu. 54. de jurejur. & idem Imola in *c. pen. n. 24. de empte. & vend.* Alex. in *l. stipulatio* hoc modo concessa 61 n. 10. ff. de verb. oblig. Ruff. in tractat. de resciss. contract. are. mic. gloss. 15. n. 47. & alii, quos refert & sequitur Fachin. d. lib. 2. c. 17.

vers. sexta & postrema est sententia, &c. ubi hac de re explicatius dissertat. Eadem de re plura cumulatim Trentacinquus lib. 3. resol. 3. de empt. & vend. n. 8. itemque Hunnius d. lib. 3. variat. resol. jur. civ. tract. 7. part. 1. qu. 15. nec non Jacobus Cancarius part. 1. variat. resol. jur. cap. 13. n. 10. cum seqq. fol. 146. & seq.

137 Examinanda hoc nobis loco obvia procedit hæc quaestio: an beneficium l. 2. C. de resc. vendit. quod in emptione venditori & emptori tribui diximus supra n. 105. etiam ad alios contractus sit transferendum? Minimè transferendum esse, autumant Cujacius in Mercat. lib. 2. cap. 14. & lib. 16. observ. c. 18. Anton. Faber part. 1. de errorib. pragmat. decad. 8. error. 8. cum seqq. hosq; sequens Hunnius d. disp. 16. thes. 8. & d. lib. 3. var. resol. jur. civ. tr. 7. part. 1. q. 12. p. 1105. & alibi. Sed transferendum esse communius & rectius existimatum est: dummodo causæ sint similes, hoc est unus det, & alius vicissim accipiat; si videlicet quis duplo plus det, quam accipiat. In quibus etenim causis eadem ratio & similitudo est, in iis idem jus statui oportet etiam si de una tantum causa jus nominatim constitutum sit. l. illud quaesitum. 32 ff. ad leg. Aquil. l. non possunt. 12. & l. seq. ff. de legibus. Anton. Merenda lib. 1. controvers. jur. c. 34. n. 2. & seqq. p. 49. Isti ergo beneficio locum esse in locatione & conductione, non magnum dubium videtur. Tum quia locatio & conductio iisdem juris regulis continetur, quibus emptio & venditio, initio tit. infr. proximo. l. 2. in princ. ff. locati. Tum quia veteres emptionis & venditionis vocabulis promiscuè uti sunt in locatione & conductione, l. veteres 19. cum l. seq. ff. de actionib. empt. Tum quia ubicunque intervenit precium, ibi locus est remedio. d. l. 2. C. de resc. vend. quippe quæ ratione precii introducta censetur. At verò in locatione & conductione intervenit precium; quia merces precium appellatur, l. si quis 10. in fine. ff. de acq. vel amitt. poss. l. ult. § ult. ff. ad leg. Rhod. de jact. & conductor emptor seu redemptor dicitur, teste Alfonso in l. in lege 29. ff. locati. Tum quia in l. si olei 21. C. de locato, retribuitur in casu ibi proposito: propter hoc solum, quod alter majorem obtulit ponderationem, recedi à locatione non oportere. Unde consequens est, si alter non majorem, sed eam obtulisset quantitatem sive summam, quæ verè ipsum ultra dimidium læsum demonstraret, haud dubiè ei subveniendum. Tum etiam quia in l. si merces, 29 § vis major. 6 ff. locati, respondetur: conductor, si plus, quam tolerabile est, læsus fuerit, succurrendum esse. Tum denique quia in l. 1. § si quis in fraudem 12. & § seq. ff. si quid in fraud. patroni fact. idem in casu consimili statuitur in locatione, quod in emptione constitutum fuerat.

142 Huic sententiæ non obstat, quod d. l. 2. C. de rescind. vend. nova sit, & de venditore duntaxat loquatur, non etià de locatore. Novæ autem leges juris veteris correctoriæ, non faciliè extra suos fines sint trahendæ, ne quid ex idéitate rationis & æquitatis, arg. l. quod verò contra. 14 ff. de legib. Hoc, inquam, non obstat. Negatur enim firmiter, quod lex ista 2. planè nova sit: cum & jure veteri ejus beneficium non fuerit incognitum, ut luculenter ostendimus supra n. 90. cum seqq. Et hanc doctrinam amplectuntur Gloss. in l. si ea pactione 14 ad finem. C. de usur. & in d. l. si olei, 21 C. de locat. Donellus n. 56. Cagnol. n. 58. & alii in d. l. 2. C. de resc. vend. Alexand. consil. 107. n. 20. lib. 3. Robertus lib. 2. animadv. juris civ. c. 14. Ant. Merenda d. lib. 1. controvers. jur. c. 36. n. 6. & seqq. p. 51. Gutierrez lib. 2. pract. q. civ. c. 138. D. Bocer. clus. 2. disp. 4. th. 43. D. Besold. in delib. jur. ex lib. 18. ff. q. 10. p. 25. Arum. Exer. Justin. 14. sub th. 8. Andr. Gerb. dec. 14 q. 10. & Paulus Berens disp. 1. ad iust. th. 2. q. 4. ubi & alia contraria sententiæ argumenta sufficienter refutat.

144 Sed utrum in emphyteusi idem juris statuendum sit, ut nimirum domino vel emphyteutæ ultra dimidium læsis ac deceptis succurratur, major dubitatio & variatio est? Alii namque affirmantem; alii negantem, alii tertiam distinctionem & ab aliis differentem probant opinionem, ut cetero licet ex traditis à Fachinæo lib. 2. controvers. jur. c. 22. ubi in hac sententiam est proclivior; ut aliquo pacto subveniendum sit emphyteutæ vel domino, si graviter & immoderate in emphyteusi danda vel subeunda læsi fuerint ac decepti, ratione videlicet habitæ æstimationis juris emphyteutici, idque argumento l. si superstita

5. C. de dol. mal. l. majoribus 3. C. communia utriusque judicii & § c. l. si quis, cum aliter 36. ff. de verb. obl. quibus ll. caveatur, contrahentibus graviter deceptis ac læsis succurrendum esse. Quò facit, quod jam antè probatum est, constitutionem d. l. 2. C. de rescind. vend. ad locationis contractum porrigendam, adeoque locatori vel conductori nimirum læsis succurrendum esse. Atqui locationis contractui affinem esse emphyteuticum contractum, clarissimè liquet ex § adeò infr. tit. proximo. Fabian. de Monte in tr. de empt. & vend. q. pr. 8. n. 14. vers. sed Baldus, &c. Neque resistit, quòd argumentum à feudo ad emphyteusim sumptum, sit probabile, utilissimum & frequentissimum, tradente Nicolao Everhardo in locis legalib. loco, à feudo ad emphyteusim. Ex communi autem Doctorum placito nulla læsionis hujusmodi ratio in feudali contractu habeatur. Specular. in tit. de empt. & vend. in § nunc dicendum vers. sed nunquid habet locum in feudo. Fabian. d. nu. 14. Cremenf. n. 34. Cagnol. n. 207. & Pinel part. 1. c. 4. n. 2. in d. l. 2. C. de rescind. vendit. Illud, inquam, nihil resistit. Cum enim feudum propriè non sit contractus, sed potius beneficium, per textum apertum in c. 1. § fin. in quib. caus. feud. amitt. tit. 23. lib. 2. feudor. meritò isthæc læsionis disputatio ab eo longè aliena esse debet. Vide Stuckium part. 1. Exercit. Just. dec. 12. assert. 3. sub lit. c. Vide item dissentientem Hunnium in resol. ad Treutler. vol. 2. disp. 2. q. 56. p. 320.

De permutationibus quoque solet quaeri: an in iis locus beneficio l. 2. C. de resc. vend. relinquatur? veluti cum fundum cum fundo, ædes cum ædibus, fundum cum ædibus, aut res alias cum aliis rebus permutamus? Et locum relinquere (non obstante contrariâ decisione Molinæi in consuet. Paris. tit. de feud § 22. n. 41. Antonii Fabri part. 1. de error. pragmat. decad. 8. error. 9. & Hunnii d. resol. q. 49. pag. 307.) verissima conclusio est, Tū quia permutatio emptionis locum obtinet, l. 2 ff. de rer. permutat. l. sciendum 19. § penult. ff. de adilit. edict. ejusque quasi mater reputatur, l. 1. ff. de contrah. empt. Tum quia mens & sententia d. l. 2. C. de rescind. vend. suadet, ut eam & in reliquis bonæ fidei contractibus admittamus, ubi causæ similes sunt, hoc est, ubi unus dat: alter vicissim accipit, ut superius expositum nu. 87. Nec obstrept huic conclusioni quicquid, quod in permutatione suppletio seu restitutio æstimationis in pecuniâ, partium intentioni minimè convenire queat. Nam quod in emptione receptum est: id & ad permutationem protactum reperitur: adeoque utriusque ex parte ad rei datæ æstimationem commodè deveniri potest, per textum elegantem in l. 1. § si quis in fraudem 12. & § seq. ff. si quid in fraud. patroni, &c. l. q. fusius explicant Robertus lib. 2. animadv. jur. civ. c. 14. Andr. Gerb. decad. 14. q. 10. circa mod. Pinel in d. l. 2. part. 1. c. 3. n. 13. ibique Padilla n. 17. C. de rescind. vend. Ripoll. d. c. 11. var. juris resol. n. 436. f. 368. Harde- wig. Dussel. consil. 47. Donellus ad d. l. 2. C. de rescind. vend. n. 58. & Ant. Merenda d. lib. 1. controvers. jur. c. 37. p. 51. Utrum porro in permutatione beneficiorum Ecclesiasticorum locus sit constitutioni d. l. 2. (diversis diversorum opinionibus relatis & rejectis) tribus assertionibus seu conclusionibus perspicuè explicat Fachinæus lib. 2. controvers. jur. cap. 22. vers. Ego hac in re tres pono assertiones, &c.

Præterea de divisionibus rerum communium, eequid in iis remedio l. 2. C. de rescind. vendit. locus esse debeat, non convenit inter omnes Interpretes? Etenim id haud obscure negant. Ant. Faber d. part. 1. de erroribus pragmat. decad. 8. error. 1. cum aliquot seqq. & Hunnius disput. 16. th. 8. & d. resolut. ad Treutler. vol. 2. disp. 2. q. 48. p. 305. Affirmant verò reliqui uno fere ore omnes. Gloss. Bald. Paulus de Castro, & alii in l. majoribus 3. C. communia utriusque judicii, &c. Salices. in d. l. 2. C. de rescind. vend. Imola in c. cum causa col. 4. de empt. & vendit. Corneus consil. 240. col. penult. vol. 4. Gozadin consil. 44. col. 1. & ult. Riminald. consil. 336 in princ. & consil. 357 nu. 4. hosque cum aliis nonnullis referens Alexand. Trentacinquus variat. resol. lib. 3. resol. 3. de empt. & vendit. nu. 2. Quibus addendi sunt Donell in d. l. 2. C. de rescind. vend. n. 59. Schurf. cent. 1. consil. 28. Stuck d. part. 1. Decad. 12. assert. 3. ad lit. c. & Gerhard. d. decad. 14. q. 10. circa medium. Veluti si fructus, aut plures cohæredes dividunt inter se res hereditarias, si quis duplo plus accepit, quam ad alios pertinet; ex hac

ex hac divisione hi, qui minus acceperunt adversus eos, qui plus acceperunt, ad rescindendam divisionem recte agent. Siquidem & divisio quædam permutatio intelligitur, l. cum pater 77. §. hereditatem 18. ff. de legat. 2. & emptioni finitima est, ejusque vicem obtinere dicitur, l. 1. C. communia utriusque judicii, &c. Chassan. in consuet. Burgund. rub. 3. §. 6. n. in princ. Cur. consil. 66. n. 17. Ant. Thesaur. decis. 239. n. 4. At quid, si divisio per sortem facta sit, quæ alteri ex conditoris immodicam gravemque intulit læsionem; num rescindi poterit? Videtur sanè probabilius, ut qui forti rem committendam putavit, si ex sorte læsus sit, restitui in integrum non possit ad rescindendam divisionem: quia & ex contrario potuerat ea fors incidere, ex quâ lucrum sensurus fuisset. Neque enim restitutionum causæ ex eventu, sed potius ex initio, diducandæ sunt, etiam tum, cum de minorum restitutione, quæ omnium favorabilissima est, tractatur, l. 3. §. scio 2. l. verum 11. §. item non restituitur 4. §. seq. ff. de minorib. Multo ergo minus beneficio dictæ l. 2. C. de resc. vend. uti poterit. Accedit, quod propter incertitudinem eventus, multa admittuntur, quæ aliàs non admitterentur, l. 1. C. de pact. l. de fidei. commisso 11. C. de transact. l. si ea lege 17. C. de usur. l. si pater. 12. C. de officio testam. Tiraque. ad l. si unquam 8. in verb. donatione largitus n. 131. C. de revoc. donat. & de jure primigenior. q. 17. op. 1. n. 96. Ant. Fab. dec. 8. error. 2. circa fin. Gerhard. d. loco supra notato. Gomez. tom. 2. var. resol. c. 14. de restit. minor. n. 4. in fine. Huin. d. resolut. ad Treutler. disp. 2. v. 2. p. 307. Scharf. ad l. majoribus 3. m. 2. C. communia utriusque judicii, &c. Et de re diversimodè sentientes vide Pinel. ad d. l. 2. part. 2. c. 1. n. 6. & seqq. Sfortiam Oddum in tract. de integ. restitut. part. 2. q. 66. artic. 4. n. 25. Dn. Collegam Besold. in jurisjur. politico. c. 7. n. 11. & Fachin. neum lib. 8. controversiar. jur. c. 36. Porro si plures fratres communem rem, propterea quod commodam divisionem non recipiat, vendunt & ultra dimidium læduntur, an & quatenus uni ex illis remedium d. l. 2. C. de resc. vendit. in totum competat, fuisse, post alios, à se laudatos, explicat Matthias Berlichius, decis. aur. 52. p. 168. & seqq. Divisio item hereditatis inæqualiter facta, quo remedio ad æqualitatem reduci possit, tradit noviter idem Berlichius, decis. aur. 148. pag. 549. & seqq.

Excutiendam hic reor & aliam difficilem quæstionem: an constitutio d. l. 2. C. de resc. vend. ad stricti juris contractus (quales communiter censentur omnes, qui non enumerantur in §. actionum autem 28. infr. de actionib.) porrigenda sit? Nam ad contractus bonæ fidei (maximè si in illis invicem detur, & recipiatur) propter eandem æquitatis rationem porrigendam esse, Doctores plerique tradunt, Bartol. Bald. Angel. Cagnol. Paul. Castrenf. & Salicet. in d. l. 2. Gozadin. d. consil. 44. colum. fin. alique quos citat, & comprobant Trentac. var. res. lib. 3. res. 3. de empt. & vend. n. 1. Non desunt autem, qui putant, constitutionem illam ad contractus stricti juris non esse extendendam. Jason post alios, quos refert in l. si quis, cum aliter 36. n. 18. ff. de verb. oblig. Castrenf. consil. 386. colum. 2. lib. 2. Azo in summa C. de resc. vend. num. 5. Marant. consil. 83. n. 1. & seqq. Mozz. in tract. de empt. & vend. tit. quib. casib. annullat. empt. num. 19. Alii contrarium, videlicet ultra dimidium læso petere etiam in istis contractibus beneficium d. l. 2. affirmant, Pinel. in d. l. 2. part. 1. c. 3. nu. 7. & seqq. Alii verò exceptioni indebiti, ad repetendum id, quod datum est: vel si læsus ac deceptus conveniatur, ei exceptionem esse concedendam. Ita Alex. in d. l. si quis, cum aliter 36. ff. de verb. oblig. Ant. de Burgos in c. cum causa. n. 15. de empt. & vend. alique per hunc relati. Atque horum ego sententiam, cum Fachin. lib. 2. controversiar. jur. c. 22. circa finem, & probabiliorè & communiorè esse, judico. Quod enim exceptio tribuenda si ultra dimidium decepto, satis superque ulatiscit ex d. l. si quis, cum aliter ff. d. l. Quod porro etiam danda sit indebiti conditio, ostenditur hoc argumento: Qui exceptione perpetuâ tutus, solvit per errorem, solutum condicere ac repetere potest, l. qui exceptionem 40. in pr. ff. de condit. in lib. Sed noster in themate deceptus, tutus erat perpetuâ exceptione, & per errorem solvit. Ergo indebiti condictionem habet. Et quod tam graver

læsus sive deceptus, exceptione perpetuâ tutus esset, evincitur ex d. l. si quis, cum aliter 36. ff. de verb. oblig. Quod autem solverit per errorem, probatur præsumptione juris. Error quippe potius præsumitur, quàm donatio, præsertim ubi tanta læsio intercedit, l. cum de ind. 25. in pr. vers. qui enim solvit. ff. de probat.

Non movet, quod obicitur, allegatam l. qui exceptio nem 40. ff. de condit. in lib. loqui, quoties exceptio competit ab initio contractus: in specie verò nostra hanc exceptionem non competere ab initio contractus: cum nulum evidens vitium contractus contineat, & læsio per multa extrinseca media probanda veniat. Non movet, inquam: quoniam & in propositâ quæstione exceptio ab initio contractus competit, propter læsionem & dolum re ipsa adhibitum, ut liquet ex d. l. si quis, cum aliter 36. ff. de verb. obl. Non etiam obest, quod contractus suam habeat formam, & nullum patens vitium. Siquidem læsionem in ipso contractu intercessisse, eamque postea probari, sufficit. Neque enim probatio facit, ut læsio intercesserit, sed ut, eam in ipso contractu intercessisse detegatur. Ast inspicie Fachin. d. lib. 2. c. 22. in fin. ubi & reliquia Pineli dissentientis argumenta refellit.

Difficilior & sæpius agitata concertatio de transactione videtur, utrumne transigens nura dimidium deceptus, restitutionem transactionis petere, vel ad supplementum justiprecii agere queat? Ajentem sententiam tenent Rainer. Bartol. Angel. Imol. & Paulus de Castro in l. Lucius. 78. §. fin. ff. ad Senatuscons. Trebell. Jacob. de Arena, Cagnolus & alii in l. 2. C. de resc. vend. Abbas, Cardinal. Ant. de Butr. Imola, & Antonius de Burgos n. 30. cum seqq. in c. cum causa de empt. & vend. Jo. de Anan. consil. 33. & ibi Bologn. in addit. Fab. de Monte in tract. de empt. & vend. q. 8 princip. n. 13. Decius consil. 60. n. 4. consil. 170. consil. 479. cons. 551. & cons. 597. n. 10. Bertrand. cons. 81. & consil. 199. v. 1. & consil. 72. v. 2. Schwef. cent. 2. cons. 16. n. 17. & cent. 3. consil. 50. n. 16. cum seqq. Wersb. cons. 31. n. 13. & consil. 42. n. 72. Mandel. Alban. consil. 1. n. 12. cons. 89. nu. 4. Natta cons. 548. n. 11. lib. 3. Heigius part. 2. q. 9. n. 12. & seqq. Gutierrez. lib. 2. q. pract. q. 142. Francisc. Purpurat. cons. 503. v. 2. Dominic. Card. Tusch. t. 8. pract. concl. 12. T. concl. 353. n. 1. & seqq. Matr. Coler. consil. 8 n. 1. & seqq. Job. Koppen. decis. 58. n. 1. cum seqq. Socin. sen. consil. 85. n. 3. lib. 1. & consil. 105. v. 4. Socin. jun. consil. 129. nu. 48. lib. 1. & consil. 98. n. 17. v. 2. Caccialup. in tr. de transact. q. 12. col. 1. & 3. Rubens Alex. consil. 71. nu. 8. Petr. Rebuff. ad consil. Reg. lib. 2. tit. de resc. contr. art. unic. gloss. 15. nu. 18. Vincenz. de Franchis decis. 159. Surdas consil. 451. n. 9. v. 3. 3. Ripoll. d. c. 11. var. jur. resolut. n. 415. & seqq. 366. Fachin. lib. 2. controuv. jur. c. 26. vers. ego eorum sententia, &c. alique ferè innumeri, citati & approbati à Pinelo in d. l. C. de resc. vend. part. 1. c. 4. n. 14. & seqq. Sed contrariam, siquæ negant sententiam, defendunt Dynus, Cuman. Aras. Jaf. & Alex. in l. si quis, cum aliter 36. ff. de verb. oblig. Richard. Malumb. Cyn. Bald. Salicetus & Donell. n. 61. in sapius d. l. 2. C. de resc. vend. Gloss. Johan. Andr. Anchor. Innocent. & Barbata in d. c. cum causa de empt. & vend. Speculas. tit. de empt. & vend. §. nunc dicendum vers. quid de transactione &c. Grammatic. decis. 66. n. 47. Parisius consil. 96. n. 61. lib. 1. Beroius consil. 176. nu. 25. lib. 1. Zafius consil. 18. lib. 1. Alciat. consil. 124. nu. 3. & consil. 89. n. 4. Cravetta consil. 151. n. 25. Roland. à Valle consil. 28. n. 25. lib. 4. Frid. Pruckman. consil. 49. nu. 29. cum seqq. & consil. 50. n. 206. & seqq. vol. 1. Plotus consil. 32. Jo. Mauritius in tr. de restitut. in integr. c. 210. n. 2. Gail. lib. 2. observ. 70. n. 6. & seqq. Connan. lib. 7. Comment. jur. civ. c. 9. n. 13. Bronchorst. cent. 1. evartio Pavov. assert. 92. edit. 1. Andr. Gerhard. dec. 14. sub qu. 10. Matthias Stephani cent. 3. q. 71. Matthæus de Afflit. decis. 220. n. 3. Marant. consil. 83. n. 13. Borcholt. in Comment. de transact. c. 4. n. 22. Ant. Fab. dec. 8. error. 10. Huin. d. lib. 3. var. resolut. jur. civ. tr. 7. part. 1. qu. 13. pag. 1107. Tiber. Decian. resp. 56. n. 66. v. 4. & resp. 83. n. 54. v. 5. Philipp. Matth. ad l. in omnibus causis 68. n. 41. cum seqq. ff. de reg. jur. Codman. respons. 28. num. 242. & seqq. vol. 1. pag. 348. edit. 2. Tileman. h. benign. decis. Camer. Imper. Syntagm. 4. decis. 1. vol. 6. nu. 20. & seqq. Fontana disput. 22. ch. 12. ad lit. C. Menochian. consil. 401. n. 157. lib. 5. ubi pro hac sententia magnam Scribentium turmam adducit. Sunt & alii, qui hac diversis Doctorum opiniones sub

- distinctionis scilicet conciliare nituntur: quod nimirum læsio aut est ultra dimidium in modico excessu: & tunc procedat opinio modo relata, quod scilicet transactio rescindi non debeat: aut est in magno ac longo excessu læsio, quam enormissimam indignant: & tunc prior opinio militet, sique transactio rescindatur. Ita distinguunt Philippus Cornueus consil. 166. & con. 189. vol. 1. & consil. 27. lib. Rota Romana apud Jacobum Puteum decis. 230. lib. 1. Molin. in addit. ad Alexand. in consil. 42. verb. communem. n. 11. lib. 1. Ant. Gabr. lib. 2. commun. opin. de empt. & vend. conclus. 5. n. 69. Mozzius in tr. de empt. & vend. tit. quib. casib. annullatur empt. n. 23. Morla in emporio juris utriusque part. 1. tit. 4. q. 2. n. 9. cum seq. Mysinger. cent. 1. obs. 33. & cent. 6. obs. 91. num. 9. Trentacinius var. res. lib. 3. res. 3. de empt. & vendit. n. 7. vers. hæc distinctio, &c. Ludov. de Molina, de Hispan. primogen. lib. 4. c. 9. n. 34. Lingots decis. Just. 2. q. 4. n. 3. & decis. 15. q. 10. n. 2. f. 168. Hieronym. de Cevallos in speculo aureo opinion. com. contra commun. q. 72. n. 1. vers. sed verius. &c. pag. 100. tom. 1. pluresque alii, ab his commemorati.
- 165 Ceterum ego illorum non invitatus accedo sententiæ, beneficium multoties allegatæ l. 2. C. de resc. vendit. ad transactionem nullo modo pertinere concludunt. Hæcque conclusio probatur primò per disertum textum in l. Lucius 78. §. ult. ff. ad Senat. cons. Trebellian. ex qua elucet, quod si heres rogatus restituat hereditatem, quadruplo minus restituat, quam verè in hereditate extabat, ad restituendum, quod amplius est in hereditate, non teneatur, si per transactionem restituta sit hereditas. Secundò per l. à Divo Pio. 15. §. si pign. 3. ff. de re judicat. ubi rescriptum dicitur, si creditor maluerit pignora capta in creditum possidere, iisque esse contentus; non posse eum, quod amplius sibi debetur, petere: quia velut pacto transigisse de credito videtur, quis contentus fuit pignora possidere. Tertiò per l. in summa 65. §. 1. ff. de conduct. indebit. ubi generaliter respondetur, illud, quod transactionis nomine datur, licet res nulla media fuerit, non repeti. Quarto per l. 1. ibi, transactionibus scilicet, &c. (in Goshafredi corpore est l. ult.) C. de plus petitionib. ubi transactio servanda est, etiam si dolose plus debito sit petatum. Quintò per l. sub prætextu instrumenti 19. & l. sub prætextu specierum 29. C. de transactionibus. in quibus deciditur, transactionem rescindi non posse sub prætextu instrumentorum noviter repertorum. Et tamen evenire potest, ut ex instrumento aliquo noviter reperto, transactionis læsio ultra dimidium appareat. Sextò per l. causas 16. C. eod. ubi Imp. Diocletian. & Maximianus rescripserunt: causas vel lites transactionibus legitimis finitas, Imperiali rescripto rescitari non oportere. Septimò accedit, quod iuramentum & transactio æquiparantur. Jusjurandum siquidem est species transactionis, teste Paulo in l. 2. ff. de iurejur. Atqui causa, per jusjurandum finita, retractari nequit ratione cujuscunque læsionis, l. non erit. §. §. dato. 2. & l. nam. posteaquam 9. §. 1. ff. eod. Ergo idem de causa, per transactionem finita, pronunciandum erit. Octavò huc confert, quod quoties res est dubia & incerta, læsio allegari non potest, l. de fideicommissis 11. C. de transaction. l. si ea lege 17. C. de usur. Sed eventus litis dubius esse dicitur, & incertus, l. quod debetur 51. ff. de peculio. Igitur de transactione, per quam à lite receditur, læsio allegari nequit. Nondò facit, quod transactio & sententia sive res judicata comparantur, d. l. 2. ff. de iurejur. l. non minorem 20. C. de transactionib. Atqui verò sententia seu res judicata non rescinditur ob quamcunque læsionem; si contra jus litigatoris lata sit, non autem contra jus constitutionis, l. sub specie 4. C. de re judicat. l. 2. in fin. Cod. quando provocare non est necesse. Ergo nec transactio. Desimò huc respicit, quod transactiones, sicut pacta, sua naturâ & ingenio stricti sunt iuris, arg. §. actionum 28. in fr. de act. l. iuramentum 7. §. quomodo ibique gloss. & l. si unus 27. §. pacta, qua 4. vers. ante omnia. ff. de pact. Alii in stricti iuris contr. tribus (secundum veterem sententiam) constitutioni dicta l. 2. C. de resc. vend. locum non esse, constat ex traditis supra n. 146. Potremò, huc maxime conducit, quod transactio nihil simile cum emptione habet. Qui enim actionem remittit, licet aliquid accipiat, tamen dare aliquid verò dici non potest. Fieri namque potest, ut non rectè petierit, & injuste, vel iudicis injuria non obtinuerit. Incertum itaque hoc, quod transactione remittitur, l. 1. ff. de transactionib. æstimari nequit, arg. l. quemadmodum 29. §. item Labeo 5. in fin. ff. ad leg. Aquil. ubi expressè dicitur, circa legem Aquilianam in æstimando damno ejus, quidamnum sibi datum queritur, nunquam æstimari & spectari incertum eventum, id est, id, quod actor consequi potuerit; sed, ad consecutus esset, incertum fuit. De reo, qui duplo plus dederit, quam ab ipso petatum erat, non est, quod quæramus. Hic etenim casus contingere non solet. Nam nemo mortalium repetitur, qui duplo plus dare velit, quam ab ipso petitur: cum ne id quidem dare velit, quod petitur. D. Hum. d. qu. 13. pag. 1110.
- Non hanc, ita firmatam, infringit sententiam textus in l. si superflite. §. vers. sanè si lasa es immodicè. Cod. de dol. mal. ex qua colligi posse videtur, quod ob immodicam læsionem transactio rescindatur; & ita lex 2. C. de rescind. vendit. etiam ad transactionem pertineat. Quandoquidem in specie istius legis dolus ex proposito intervenit (paterque filiam suam emancipatam ad transigendum dolo induxit: proindeque rectè dicitur, filie non quidem de dolo, propter paternam verecundiam, sed tamen in factum actionem, quâ dolus ille purgetur, esse tribuendam, l. non debet 11. §. 1. ff. de dol. mal. l. parens 5. ff. de obseq. parentib. & patron. præst. Nec quicquam ad rhombum facit erronea Fachinæi supra notato loco consideratio putantis, textum illum loqui de transactione bonâ fide interpositâ: nihil autem magis contrarium bonæ fidei esse, quam dolum, l. nihil consensui 116. ff. de reg. jur. Neque enim loquitur textus de transactione bonâ fide initâ respectu patris, sed potius respectu filie, quæ bona fide cum parte transegerat, ut ex toto contextu manifestè cernere licet.
- Nihil item refragatur l. Imperatores 3. §. 1. ff. de transactionib. ubi Sævola respondit: si transactum sit de fideicommissis, posse nihilominus transigentem consequi, quanto minus ex fideicommissis consecutus erat. Quia generaliter verum est, si quis minus, quam debebatur sibi ex fideicommissis, per transactionem accepit, non posse eum à transactione discedere, si fortassis postea constitit ex repertis instrumentis majorem quantitatem bonorum per fideicommissum ei relictam esse, quam heres indicavit, d. l. sub prætextu in instrumenti. 19. C. eod. Sed generale istud pronunciatum non procedit, si ex codicillis postea repertis appareat, majorem quantitatem bonorum fideicommissario fuisse relictam, isque hujus rei ignarus transegerit, modicâ quantitate fideicommissi sibi testamento relictis contentus. Hujusque ratio evidens est: quoniam de controversiis, ex testamento descendentes, transigaliter non potest, quam inspectis cognitisque testamenti verbis, l. de his 6. ff. de transaction. Cui consequens est; transactione super testamento, nondum prolatis codicillis, interpositâ, restitutionem fideicommissi in codicillis relictis, non impedire; siquidem codicilli testamenti pars esse intelliguntur, l. pen. ff. testamenta quemadmodum aperiunt. l. quidam 14. ff. de iure codicillor. Atqui testamentum nec legitime aperi, nec exhiberi censetur, nisi totum videatur; ut post Fornerium lib. 2. select. c. 9. tradidit Bronchorst. loco præallegato. Consimiliter minimè adversatur, d. l. in summa 65. §. 1. vers. fin. autem evidens ff. de conduct. indebit. ubi Paulus transactionem imperfectam esse scribit, si calumpnia evidens detegatur. Evidentior autem calumpnia detegi vix poterit, quam si enormis probata fuerit læsio: quam esse illam, quæ dimidium excedit, inter omnes convenit. Lex, inquam, ista minimè adversatur. Etenim Paulus ne cogitare quidem potuit de privilegio d. l. 2. C. de resc. vend. quippe quod ab Imp. Diocletiano ac Maximiano primò inductum vel certe confirmatū est dicitur annum Christi 293. & sic ad minimum sexaginta annis postquam IC. Paulus (qui sub Imp. Alexand. Severo s. fere circa annum Christi 230. floruit) diem suum obiit. Et quamvis hoc ita sese non haberet: sed privilegium ejusmodi Paulo quoque cognitum fuisset: ut patet ex dictis supra n. 30. & sequentibus. verba tamen istius §. talia sunt, ut contrarie Bartoli, & sequentium opinioni patrocinari neutiquam possint. Evidens siquidem calumpnia (cujus Paulus eo loco meminit) nihil aliud, quam fraudulentam

184 quendam machinationem denotat : quo sensu etiam illam accipit Ulpian, in l. 1. §. penult. ff. de stipul. pratoriis. Eamque ob causam idem Paulus calumniosum vocat eum, qui sciens prudensque ; per fraudem negotium alicui comparat. lib. 1. recept. sent. tit. 5. Unde evincitur, Paulum in opposita l. 65. §. 1. ff. de condict. indeb. hoc sibi velle, quod imperfecta sit transactio : atque idcirco ejus nomine, quod datum est, repeti possit, si evidens calumnia detegatur, hoc est, si alterum fraude ad transigendum inductum fuisse appareat. Regulariter namque transactio vexandi adversarii causa per fraudem sive dolum extorta ex parte ejus, qui læsionem sensit, nulla est, d. l. fab. prætextu 19. C. de transact. Philipp. Matth. loco supra designato. Sed hanc controversiam vide aliter explicantem Mathiam Berlichium, part. 2. concl. 42. n. 6. & seqq. p. 910. & seqq. nec non Antonium Merendam lib. 1. controvers. jur. c. 39. p. 54. & seqq.

185 De donatione hæc quæstio est : Quidam fundum donaturus, quem putabat tantum valere 20. cum valeret 40. & amplius : in hoc errore fundum donavit Sempronio ; comperto errore, quæritur : an auctoritate d. l. 2. C. de rescind. vendit. fundum condicere sive repetere possit ? Et non

186 posse, veritati magis consonum videtur. Nam is, qui donavit fundum valentem 40. & amplius, cum putaret, valere tantum 20. aut donare voluit, quod excedit 20. aut noluit. Priori casu donatio statim in totam æstimationem perficitur, §. alie autem 2. vers. perficiuntur supr. de donationib. quæ donatio, utpote perfecta, revocari nequit, l. cum ancillam 6. & l. seqq. C. de condict. ob causam dator. Posteriori vero casu, donatio ultra 20. non subsistit : cum nemo in vitis donare existimetur, l. nec ignorans 10. C. de donat. Et quidem hoc casu non propterea non valet donatio : quod donator duplo plus dederit, quam putabat ; sed quia aliquid dedit amplius, quam putabat. Proinde cum quæritur, an donatio isthæc rescindi possit : non hoc in quæstione versatur : an donator duplo plus dederit, quam volebat : sed an donator aliquid vel minimum amplius dederit, quam volebat. Quo casu donator fundum totum, quem donavit, repetere poterit : & sufficiet, si det ea viginti, quæ donare constituerat. Ideo autem totum fundum repetere poterit, & non pro parte duntaxat : ne cum donatario in communionem incidat, quam nemo suscipere in vitis compellitur, l. si non sortem 26. §. si centum 4. vers. nemo, in vitis ff. de condict. indeb. Itaque jam quæstionis est, quando donator intelligatur voluisse donare, quod amplius est, aut voluisse, ut donatori competat repetitio ? Sanè si rei à se donatæ nullam adjecit conditionem, neutiquam repetet, tametsi apud se hoc animo fuerit, ut

187 repeteret, si res pluris esset. Propositum quippe in mente retentum, nihil operatur, l. si repetendi 7. C. de condict. ob causam dator. Imò etiam si donator in fundo donando dixerit : se fundum Sempronio donare : quia fundus non pluris valet, quam 20. tamen ob hanc causam fundus repeti non poterit, licet multo pluris valeat : quandoquidem falsa hæc causa est, quæ donationi & traditioni nihil officit : & in hac causa falsa semper donatio simplex subesse reputatur, l. in summa 65. §. id quoque ; 2. ff. de condict. indeb. Cæterum tunc donatori repetitio accommodabitur, cum ita dixerit : Ego constitui ob merita dare 20. Sempronio, & nihil amplius : & quia fundum Tusculanum habeo, qui non pluris valet : idcirco pro illis 20. fundum illi dono. Hic repetitio erit, etiam si fundus tantum duobus aut tribus aureis pluris valuerit : quia donatorem nihil amplius, quam 20. donare voluisse, ex præfatione dilucide constat. Ita eleganter hoc explicat Donellus ad d. l. 2. Cod. de resc. vendit. n. 62. & 63. De eodem videatur Comanus lib. 7. Comment. jur. civil. c. 9. n. 11.

188 Præterea ædua hæc & venusta quæstio non intempestive hic movetur : si emptor thesaurum in fundo seu re nupèr empti invenerit, an venditor ultra dimidium justiprecii læsus agere possit, ita ut thesauri propter quem res procul dubio pluris æstimanda est, ratio habeatur ? Et hujusmodi thesauri rationem habendam, siquæ venditorem in partem ejusdem vocandum esse, censuit Ludovicus Romanus in l. si quis, cum aliter 35. ff. de verbor. obligat. ubi scribit, se ita in Cursu Romana in facti contingentia respondisse & obtinuisse. Cui assensum videtur Joann. de Platea in l. unie.

189 Harppreche ad Instius. Tom. III.

n. 3. Cod. de thes. ubi dicit : quod si mercenarius reficiens domum à se emptam, in parietis foramine vel solo reperit pecuniam ; in sacculo vel vase repositam, eam venditor restituere teneatur & subjicit ; sic fuisse responsum à Jurisconsultis Florentinis. Sed contrariam sententiam ego probabiliorem esse judico, motus sequentibus rationibus. I. Quia res, quæ nullius in dominio est, occupanti naturali ratione conceditur, l. 3. in pr. ff. de acq. rer. domin. §. fere 12. v. quod enim sup. de rer. divis. Thesaurus autem nullus in dominio est, per l. nunquam 31. §. 1. ff. de acq. rer. dom. ubi thesaurus definitur vetus pecuniæ depositio, cujus non extat memoria, ut jam dominum non habeat. II. Quia, ut venditor dicatur læsus, tempus contractus inspiciendum & attendendum est, l. si voluntate 8. in fin. Cod. de resc. vend. l. 3. §. divi fratres 5. ff. de jure fisci. Atqui tempore contractus celebrati thesaurus latebat, nec de eo quicquam constabat. Læsus igitur venditor dici non potest. Siquidem privatio habitum præsupponit l. manumissiones 4. ff. de just. & jur. l. decem. 116. ff. de verb. obligat. Titio usus fructus 96. ff. de condit. & demonstr. III. Quia inventus ille ab emptore thesaurus, non intelligitur à venditore ad emptorem profectus, ut qui neque possedit eum, licet fundum possideret, l. 3. §. Neratius 3. vers. ceterum quod Brutus. ff. de acquir. vel amitt. poss. neque sine possessione ejus dominium habuit. Thesaurus quippe, antequam fuerit inventus, in nullius dominio esse censetur, d. l. nunquam 31. §. 1. ibi, ut jam dominum non habeat, item ibi, quod non alterius sit. ff. de acquir. rer. domin. IV. Quia thesaurus ut fundi pars non est : siquidem cum ipso fundo possideri negatur, d. l. 3. §. 3. ff. de acq. vel amitt. poss. ita nec est fructus fundi l. fructus 7. (aliis est l. divoratio 8.) §. si fundum 12. vers. non magis ff. solut. matrim. ut proinde ex eo fundi æstimatio peti nequeat. V. Quia secundum naturam est, commoda cujusque rei eum sequi, quem sequuntur incommoda, l. secundum, 10. ff. de reg. jur. Sed ad emptorem omne incommodum, perfecta emptione, pertinet l. necessarii 8. ff. de peric. & commod. rei vend. & latius ostensum in §. cum autem emptio 3. supra hoc tit. Ergo & commodum ad eundem pertinebit. VI. Quia quod quis in suo invenit, id ei omne jure debetur, §. thesaur. 39. supr. de rerum divis. d. l. unio. Cod. de thesaur. At proposita in quæstione emptorem in suo fundo thesaurum invenisse, negari nequit. Ergo ipsius est : & consequenter nullà ratione, in partem inventi thesauri ut vocet venditorem, cogi potest. VII. Qui Scævola in l. à tutore. 67. ff. de rei vindicat. A tutore pupilli, ait, domum mercatus, ad ejus refectorem fabrum induxit : is pecuniam invenit : quæritur, ad quem pertineat ? Respondi : si non thesauri fuerint, sed pecunia forte perditæ, vel per errorem ab eo, ad quem pertinebat, non ablata : nihilominus ejus eam esse, cujus fuerat. Cum igitur in nostro casu venditor probare non possit : pecuniam, ab emptore inventam, perditam, vel per errorem à se aut suis neglectam fuisse : merito ex Scævolæ responso thesaurus intelligitur ; ac proinde dominum illius in emptorem transfertur ; adeoque venditori, tantumquam immodice læso, beneficium ex d. l. 2. Cod. de rescind. vendit. haudquaquam conceditur. Et sane oppositio, quæ fit inter pecuniam deperditam vel neglectam & thesaurum, aperte indicat sicuti prior casu dominum non transfertur in emptorem, sed repetitioni pecuniæ locus est : ita posteriore, thesauri dominum ita in emptorem transferri, ut nullatenus repetitio locum sibi vindicare possit. Sed & loquitur Scævola (quod diligenter notandum) de vendente tali, qui tutor erat, cui pupilli nomine (cujus favor per omnes juris nostri partes diffusus est) denegatur thesauri repetitio. Ergo multo id magis in nostrâ specie, ubi vendens major est, admittendum fuerit. Acquiescunt Franciscus Aretin. in d. l. si quis, cum aliter 36. ff. de verbor. obligat. Cagnol. n. 121. & Parthal. de Crema n. 62. in d. l. 2. C. de rescind. vend. Fachinus lib. 2. controver. jur. c. 20. vers. quæstio controversatur, &c. Dn. Colleg. Bocser in rr. de regul. cap. 3. n. 186. Heigius part. 1. q. 13. n. 61. Barbosa Lusitan. in d. l. 8. §. si fundum. 12. n. 31. ff. soluto. matr. Barinac. variat. q. 104. Ant. Gabr. lib. 3. concl. 1. de empt. & vend. n. 111. Bapt. Cossæ cent. 1. distinct. 60. de sciens. & ignor. Men. conf. 649. lib. 7. & Arumæus lib. 1. decis. 1. Acq. hanc quæstionem etiam attingi in d. l. thesaur. 39. supr. de rer. divis. num. 10. & seqq.

Nec huic quicquam decerpit sententiæ; quod in iudicanda læsione ratio habenda sit æstimationis rei, secundum tempus contractus initi *d. l. si voluntate. 8. C. de resc. vendit.* licet occulta sit huiusmodi æstimationis, & minimè patens *d. l. 3. §. divi fratres. 5. ff. de iure fisci.* Nam nostro in casu fundus venditus ex precio thesauri, qui contractus tempore latuit in illo, postea verò demum ab emptore inventus fuit, æstimari nullo modo potest: ac ea propter venditor tempore contractus de nullà prorsus læsione conqueri potuit; nec postmodum in thesauro, quem nunquam habuit *d. l. 3. §. Neratius ff. de acquir. vel amitt. possess. circumventus aut læsus dici; ac per consequens nec remedio d. l. 2. C. de resc. vend. uti poterit. Emptor quippe thesaurum habet, non ratione venditionis: sed potius ratione inventionis, & sic ex titulo diverso: atque; adeò fundi æstimationem augere nequit: effusioque; thesauri habetur loco cuiusdam nascentis emolumenti, quod non tam à jure, quod venditor transtulit, quam novo fortunæ beneficio donoque proficiscitur, *arg. l. si is, qui 63. §. 1. ibi, thesaurus donum fortuna creditur ff. de acquir. rer. dom. §. l. unic. ibi, ne ulterius Dei beneficium, &c. C. de thesaur.**

Neque etiam obstitit, quod contractus venditionis & locationis sunt similes, *initio tit. infr. de locat. §. conduct. l. 2. ff. locati.* In locatione autem receptum est, ut pensio augetur, si conductor lucrum maximum sentiat, *ut notat gloss. in l. si merces 25. §. vis major. 6. in verbo, cui ff. eod. arg. l. 2. C. de alluvionib. Gomez. tom. 2. variar. resol. c. 3. de locat. n. 18. circa finem.* Idem ergo & in venditione dicendum: ut, si magnum lucrum fecerit ex thesauri inventionem emptor, ad majus precium solvendum sit condemnandus. Illud, inquam, nihil obstitit. Isthuc enim glossæ, eamque sequentium opinationi fortissimè repugnat textus in *d. l. si merces 25. §. vis major, ibi, cui immodicum lucrum non auferitur. ff. locati.* Immodicum siquidem significat maximum, & nimis excedens, nec aliter citra luculentam violentiam accipi potest. Ita namque passim apud bonos auctores legitur, ut illud: *immodice opes*: & illud apud Cajum, *immodico precio vendat*, id est, pro maximo & nimio, *l. non dubium 14. in fin. ff. de legat. 3.* Nec confirmat glossæ figmentum *d. l. 2. C. de alluvionib. ubi rescribitur, quod si ex inundatione Nili ditiores fiant possessores, pro terris, quas possident, tributorum præstationem agnoscant. Tum quia id specialiter in prædiis publicis seu favore fisci constitutum videtur, ut innuit gloss. in l. 1. super verbo, particulari. C. de iure emphyteut. §. gl. in l. legem 16. in verbo, reposci. C. de locat.* Tum quia lex illa 2. de augmento ipsius rei, non verò fructuum, accipienda est: *ut satis ex litera colligitur, & accuratius explanat Pinelus ad d. l. 2. part. 5. l. c. 3. n. 35.* Adhæc stante glossæ opinione (quam tamen non servari, testatur Pinelus *d. c. 3. n. 34.*) non malè respondetur: à locatione ad emptionem argumentum duci posse, datæ paritate rationis. Alit in præsenti disquisitione longè alia emptionis, alia locationis ratio est. Etenim in conductore & illud indubitatè receptum est, ob nimiam sterilitatem pensionem ei minuendam esse, *l. ex conducto 15. §. si vis tempestatis 2. §. ubiunque 7. d. l. si merces 25. §. vis major. 6. ff. locati, & fusiussè probavimus infrà. ad princ. tit. de locat. §. conduct. n. 69.* ut ex regulâ juris non iniquum sit eundem incommode aliquo videlicet auctiore pensione, in casu nimie ubertatis querari, *d. l. secundum 10. ff. de reg. jur.* Ejus autem contrarium in emptore sancitum constat. Is enim nullum levamentum lenit, quantumvis totus fundus chasmate perierit. Ideoque & gravamine nullo, tametsi eadem per alluvionem aliquid accesserit, affici debet, *l. id, quod 7. §. l. seq. ff. de peric. & commod. rei vend. Arum. d. de eis. 1. in fine. ubi alius quibysdam obiectum nulli respondet.*

Est & illa sat pulchra, & dubia questio: utrum auxilium *l. 2. C. de resc. vendit.* adversus tertium ac singularem successorem competat? Et competere, Doctores communiter tradiderunt; si modo hæc duo concurrant. Primum, ut singularis iste successor rem ex causâ lucrativâ possideat; aut certe ex contractu, qui eodem injustitiæ morbo, videlicet læsionis ultra dimidiam, laboret. Alterum, ut is, à quo causam successor habet nimirum emptor ille, qui decipit ac læsit venditorem, solvendo non sit. *Bald. Salicet & Panthaleon Crenet in d. l. 2. C. eod. Tirac. ad l. si iniquum 8.*

in verb. revertatur. n. 329. C. de revocand. donat. Covarr. lib. 2. variar. resol. c. 3. n. 3. Menoch. consil. 63. nu. 22. lib. 1. Straccha ad Cravettam in consil. 7. n. 13. Fabian. de Monte in tr. de empt. & vend. q. 8. princ. n. 23. Mattheus Berlich. decis. aur. 157. p. 605. & seq. Verum sententia contraria veri ac juris propior videtur. Primò enim exploratissimum est; actionem ex contractu descendente contra singularem possessorem non dari. Haud siquidem personalis obligatio fundum sequitur, *l. 1. §. si heres 16. ff. ad Senatuscons. Trebell. l. ult. §. ult. ff. de contrah. empt. l. dolus 10. C. de resc. vend.* Deinde huc valdè pertinet textus in *l. eris alieni. 15. C. de donat.* ex quâ perspicuè liquet, agi non posse adversus donatarium & possessorem rei debitoris, ab eo, cui debitor donans erat obligatus. Et loquitur textus in successore ex titulo lucrativo: nec, an debitor solvendo sit, nec ne, distinguit. Proindeque; nec nos distinguere debemus, *l. 3. in fin. ff. de offic. præsid. l. 1. §. initio. 4. ff. de offic. præfecti urbi.* Confert etiam eodem non parùm textus in *l. 1. §. 3. C. si vendito pignore agatur*, ubi habetur, contra tertium possessorem tum demum agi posse, cum malâ fide emit; & is, qui conveniri poterat, solvendo non est. Mala igitur fide cessante, conveniri non poterit. Nec hanc decisionem enervat *l. in cause 13. §. fin. ff. de minorib.* ubi respondetur, minorem læsum restituendum esse, etiam adversus tertium emptorem & possessorem, si prior emptor solvendo non sit. Nam remedium *d. l. 2. C. de resc. vend.* (quod pro majoribus est solummodo introductum) longè differt ab auxilio ætatis seu restitutione minorum, maximè quoad agendum adversus tertium possessorem: cum illic merè personalis actio tantum locum habeat: hic verò auxilium in rem scriptum, multò pinguius & liberalius, competat. Sed vide hanc sententiam explicatius defendentem Pinelum in Commentar. ad *d. l. 2. C. de rescind. vend. part. 2. cap. 2. nu. 32. cum seqq. & Fachinæum lib. 2. controversiar. jur. cap. 18.*

Huc vicina anceps ista questio est: ecquid venditori liceat adversus emptorem agere, quando venditor ultra dimidiam est læsus, & res vendita sine emptoris culpâ, casu scilicet fortuito, periit? Et venditori competere actionem, ut quod deest iusto precio, ab emptore consequatur, scribunt *Panormitanus in c. cum dilectis. n. 10. ext. de emp. & vendit. Franc. Crenet. sing. 84. Ripa in l. quod se inibi. n. 11. ff. de reb. cred. si cert. per. Alberic. nu. 11. & pauci alii in d. l. 2. C. de resc. vend.* Sed contrarium, nempe venditori nullam actionem competere, tanquam verius & æquius, amplexi sunt *Accursius, Azo in summa n. 6. Bartol. n. 13. Bald. nu. 14. Fulgos. n. 9. Salicet. q. 14. Castrensis. n. 16. Cognol. n. 115. aliiq; communiter in d. l. 2. ibiq; Pinelus part. 2. c. 1. n. 36. cum seq. Ant. Burgens. in d. c. cum dil. n. 60. & seqq. Fabian. de Monte. d. tr. de empt. & vend. q. 8. pr. n. 23. in fine. Gozad. consil. 44. n. 11. Gom. 1. 2. var. res. c. 2. de empt. & vend. n. 22. Covarr. lib. 2. var. resol. c. 4. n. 14. & Fach. d. lib. 2. controv. jur. c. 18. vers. sed contrariam sententiam, &c.* Hujus in sententiæ confirmatione adducitur primò textus in *l. si res æstimata 12. §. 1. ff. de iure dos. ubi respondentum est, quod mulier in causâ dotis (quæ semper & ubiq; præcipua est, teste Pomp. in l. 1. ff. solut. matr.) petere non possit id, quod iusto precio deest, ubi servus extinctus, vel res perempta est. Ergo multò minus id juris venditor habebit. Secundò urget vehementer hæc ratio: cinatio: ubicunq; quantitas debetur respectu certæ speciei: specie perempta, debitor est liberatus, *l. Titie textores 36. §. ult. ff. de leg. 1. l. elect. 26. §. si 4. ff. de noxal. act. l. 1. §. ult. ff. si cui plus, quam per leg. Falc. l. si servus committis 61. in pr. vers. ex his igitur. ff. de furtis.* Atqui in proposita questione quantitatem deberi respectu certæ speciei, nimirum contemplatione rei venditæ, in confesso est. Igitur re peremptâ, & obligatio ad precium perimitur. Tertio suffragatur, quod præsenti in casu res principaliter in obligatione esse dicitur: iustitiam precii suppletio in facultate solventis, ut evincitur ex *d. l. 2. C. de resc. vend.* illis verbis: *Humanum est, ut vel precium re restituente emptoribus, fundum venditatum recipias: vel, si emptor elegerit, quod deest iusto precio, recipias.* Illa verba (si emptor elegerit) aperte arguunt, illud in electione emptoris esse, & sic in facultate solvendi. Re itaque peremptâ, debitor liberatus intelligitur, *l. si ex legati causa 23. ff. de verbor. obligationib. d. l. quod**

215 *d. l. quod te mihi §. ff. de reb. cred. si cert. pet. l. si quis stipul. 57. ff. de solutionib. Accedit quartò, quòd hic æquitas (in quâ d. l. 2. C. de rescind. vend. fundatur) videtur magis favore emptori, qui precium quale-quale solvit, & rem casu, sicque sine culpâ amisit. Sed & in dubio magis favendum esse convento reo, quàm actori, patet ex l. si servum 91. §. sequitur 3. in fin. ff. de verb. oblig. & l. si plures 14. §. ultim. ff. de posit. ubi eleganter dicitur; æquum esse, naturalem interitum ad actorem pertinere: utique cum interitura esset ea res, etsi restituta esset actori.*

216 Nec confringit traditionem nostram, quòd dissidentes contendunt: emptorem æquè principaliter obligatum esse venditori, vel ad id quod iusto deest precio, persolvendum vel ad rem emptam restituendam, arg. d. c. cum dilecti 3. & cap. cum causa 6. de empt. & vend. ac consequenter, re perempta, obligationem ad precium superesse, l. si in emptione 34. §. si emptio 6. ff. de contrab. empt. l. Stichum aut Pamphilum 95. in pr. ff. de solut. Etenim allegata modo capitula nihil aliud volunt, quàm emptorem facultatem habere supplendi sive solvendi iustum precium, eamque facultatem illi non esse auferendâ: quòd & nos non difficemur. Inde autem propterea non rectè inferitur, ipsius rei restitutionem non esse principaliter tantum in obligatione. Illud sanè extra controversiam positum videtur: emptorem conveniri posse, & compelli ad solvendum iustum precium, licet res citra ejus culpam perierit; quando alteri eam ipse vendidit, & ab emptore secundo iustum precium accepit. Siquidem hoc casu, cum ipse emptor precium habeat, rem ipsam habere censetur, l. ipsa res. 18. ff. quod met. caus. Salicet. & Pinel. Cremenf. in d. l. 2. C. de resc. vend. & Pinel. ibidem d. part. 2. cap. 1. n. 38. Covar. d. lib. 2. var. resol. c. 4. circa finem & Fachinus d. lib. 2. cap. 18. in fine.

218 Advolat nobis hic tractanda alia quæstio, diu multumq; à Doctoribus agitata: Si quispiam vendat minori precio rem majoris precii, eâ clausula adjectâ: *Et si quid pluris valet, donat*: utrùm, si ultra dimidiam venditor lædatur, ad rescindendum contractum agere valeat? Negant id Imola, Ludovicus Romanus, & Amilius Ferretus in l. si quis, cum aliter 36. ff. de verb. obl. Alberic. in l. si tibi decem 17. q. ult. ff. de pact. Odofr. & Petrus de Ubal. in l. 2. Cod. de rescind. vend. Fabian. de Mont. in tr. de empt. & vend. q. 8. pr. n. 17. & 18. Andr. Barbat. in c. cum causa 6. col. 2. circa med. vers. & si opponatur, &c. de empt. & vend. Forcatul. Nezyomane. Dialog. ult. n. 6. & alii, quos recitat Cavallos tom. 2. opinio- num comm. contra commun. q. 111. n. 2. Affirmant verò non absque ratione Bartol. Bald. Salicet. Paul. de Castro, & Cagnol. n. 124. nec non Pinel. part. 1. c. 2. n. 20. C. de resc. vend. Boer. dec. 142. n. 10. Fachin. lib. 2. controuv. jur. c. 19. Jacob. Cure. Burgenfis lib. 1. conjecturar. ad Vividum Colleg. c. 7. & lib. 3. ad Fratrem c. 2. Trentacinq. var. resol. lib. 3. resolut. 3. de empt. & vend. n. 10. aliique plures ab eo allegati. Etenim illa clausula (*Et si quid pluris valet, donat*) ita accipienda est, ut locum obtineat in modica quantitate; non autem in magna, ubi videlicet deceptio ultra dimidiâ iusti precii esset. In hac adjectio. 192. ff. de verb. signif. Nec obstat; quòd, cum venditio propter modicam læsionem non rescindatur. l. quisquis. 18. Cod. de resc. vendit. ejusmodi clausula operari debeat, ut nec propter læsionem enormem rescindi queat: ne alioqui superflua & inutilis prorsus evadat. Hoc namq; clausula ista operatur: ut emptor viliori precio, quàm sit iusta rei æstimatio, emens haud peccare intelligatur.

220 At quid statuendum, si prædicta clausula pinguis & magis generaliter concepta sit, hoc modo: *Et si quid pluris valet, totum illud, & omne quantumcumq; est, donat, & remittit emptori*? Et communior, eaq; verior (ut ut eam fuisse atq; rejiciendam dicat Pinel. d. part. 1. cap. 2. n. 22.) traditio est: venditionem rescindi neutiquam posse ex d. l. 2. C. de resc. vend. Ea quippe sermonis universalis natura est, ut nihil excludat; sed omnia omnino, & consequenter etiam læsionem ultra dimidiam, comprehendat l. Julian. 68. in pr. ff. de legat. 3. l. 1. §. 1. ff. de legat. præstand. l. si servient. 23. ibi. verbo generali omne iunon significandi. ff. de servit. urb. pr. ad. can. 1. §. dicendo verò omnia. &c. Distinct. 19. Non evenit conclusionem hanc regula l. 2. in fine. C. communia de legat. quâ dicitur, non verbis, sed ipsi rebus leges esse imposita. Nam non verbis duntaxat, sed rebus hæc decisio

convenit: cum universalem orationem plura continere, quàm particularem, notissimum sit. Ideoque magnam & evidens discriminè inter hæc duo (*si quid pluris valet: dono: & si quid pluris valet, omne id, & totum quantumcumq; est, dono*) esse nemo non animadvertit. Non minuit quoque eandem sententiam lult. §. idem quæsit. 3. ff. de cond. indeb. ubi expressum est, generalem clausulam, quæ pactionibus adjici solet (*nullam se amplius controversiam facturum*) in debiti conditionem non impedire. Sic enim promittens non præsumitur voluisse se obligare ad solvendum, quod non debebat: quippe cum se debitorem esse existimaret. At in nostro casu venditor de læsione cogitat: seque læsum esse non ignorat: & nihilominus læsionem ipsam emptori remittit ac donat. Nihil præterea derogat opinioni nostræ l. 224. pediculis 32. §. Labeo 6. ff. de auro & argenteo legat. ubi responsum est, non mutare substantiam rerum non necessariam verborum multiplicationem. Quia textus iste procedit, quoties unum & idem exprimitur diversis verbis, idem significantibus. Loquitur siquidem disertè de eo, qui testamento lanam scripsit, ac deinde versicoloria, quasi desierit lana tincta, lana esse. In propositâ autem specie verba illa (*omne & totum quantumcumq; est, donat*) generalia plane sunt: adeoque plura, quàm simplex illa oratio (*Et si quid pluris valet, donat*), complectuntur. Uterius nihil adver-

225 satur, quòd renunciatio generalis, quâ omni legum quis auxilio renunciat, non tollat beneficium, venditori ex d. l. 2. C. de resc. vend. concessum; ut & textibus juris, & Doctorum auctoritatibus probatum est supra n. 120. Quandoquidem generaliter omni legum auxilio renuncia s, de tam immodicâ læsione cogitare non præsumitur: ac propterea ad eam speciem renunciatio non extenditur. Ceterum in presenti themate, venditor nominatim de læsione circa precium cogitare, totumque id, quod iusto deest precio, emptori donare creditur. Quare hæc nostra species cum illâ, utpote longè diversâ, nihil commune habet. Atq; huic patrocinantur doctrinæ Baldus Salic. Castr. & Cagnolus n. 130. in d. l. 2. C. de rescind. vend. Boccr. dec. 142. n. 10. Alex. conf. 42. n. 7. & conf. 117. vol. 1. consil. 20. & 163. vol. 5. Curt. jur. consil. 183. Fachin. d. lib. 2. controuv. jur. c. 19. vers. sed & tertia oritur controversia &c. Trentacinq. d. lib. 3. resol. 3. de empt. & vend. n. 10. vers. secunda conclusio, &c. Expediæ jam quæstioni proxima est illa, ex eadem clau-

226 sula descendens: Num videlicet insinuatio sit necessaria, si fortè precii quantitas à venditore donata, summâ quingentorum aureorum excedat? Minimè necessariam esse, tradiderunt Calderin. consil. 2. tit. de empt. & vend. Barbat. in l. 2. ff. de verb. oblig. & alii, quos refert, & defendere conatur Covar. lib. 2. var. resol. cap. 4. n. 8. Sed contrarium haud infirmis argumentis docuerunt Petrus Anchoranus & Imola in c. penult. de empt. & vend. Alciat. ad d. l. 2. ff. de verbor. obl. n. 16. Tiraquell. de retrai. lign. §. 1. gloss. 18. nu. 15. Fachinus d. lib. 2. c. 19. vers. ad majorem habet difficultatem, &c. aliiq; per eos citati. Primum enim clarissimi juris est: 227 venditionem viliori precio donationis causa factam, esse veram donationem: l. si quis donationem 38. ff. de contrab. empt. l. si sponsus 5. §. circa venditionem 5. ff. de donat. int. vir. & uxor. l. vir uxori 17. ff. ad Senatufcons. Vellejan. Si vera donatio est: utique & insinuationem desiderat, l. in hac sacratissima 30. & seqq. C. de donation. Deinde donari illud videtur, quod nullo jure cogente datur, l. 1. & l. donari 29. in princ. ff. d. tit. Nostro autem casu is, qui donat id, quod pluris res valet, nullo jure cogente, sed sponte hoc facit: cum illud donare non teneatur. Quare sicut in aliis donationibus, ita & in hac insinuatio requiritur. Ad hæc negari non potest, quin propositâ in specie venditor remittat jus emptori, quod sibi, ad venditionem rescindendam; vel ad iustum precium petendum, compete-

228 bat. Atqui remissio debiti, seu renunciatio juris competentis, donatio quedam judicatur, l. in edictis 9. ff. de donationib. l. si mulier. 10. ff. de condit. causa data, &c. Ergo hic insinuatio necessaria est, ut in donationibus aliis. Non obstitit huic decisio; quòd præcipua contrahentium intentio inspicienda est, & ab ea contractus denominandus, l. si quis nec causam 4. ff. de reb. cred. si cert. pet. l. siudi partem 79. ff. de contrab. empt. In nostrâ autem quæstione præcipua intentio est vendendi & emendi Er-

go talis contractus venditio est; nequaquam verò donatio: & consequenter nec insinuatio exigitur. Non obstitit, inquam, hoc argumentum. Minor namque propositio merito negatur. Animus quippe & intentio ex verbis & factis detegitur. At hic & verba & facta donationi convenient, respectu scilicet majoris æstimationis ac precii, quod venditor emptori ultrò remittit & donat.

231 Similiter nihil officit; quòd venditio viliori precio facta, ita demum donationis veræ naturam induat, si donandi causa manifestata sit, arg. d. l. si quis donationis 38. ff. de contrah. empt. Quoniam in præsentī specie manifestissima est donandi causa. Venditor enim apertè disertèque proficitur, se donare, quicquid ultra premium conventum ex iustā rei æstimatione deberetur. Et dato, quòd non sit vera, & propriè dicta donatio: cum ex merà liberalitate non procedit: haud tamen propterea efficitur, quin requirat insinuationem: cum lex insinuationem exigens, omnem donationem comprehendat, l. sancimus. 34. C. de don. Reliqua Adversariorum argumenta ex modò dictis sine ullo negotio dilui poterunt: eaque sigillatim refutat Fachin. loco supra notato.

232 Porro disceptant Doctores acriter de hac etiam questione: an l. 2. C. de rescind. vend. locum habeat, adeòque venditio propter læsionem ultra dimidium rescindi queat, quando facta est cum decreto iudicis? Negatam tenent opinionem Barvol. Bald. & Joan. de Platea in l. 1. C. de prædictis decurion. &c. Ang. in l. 1. C. de præscript. 30. vel 40. annor. & in rebus. l. sciendum 30. ff. de verb. oblig. Paul. de Castro in d. l. 2. n. 5. Cod. de rescind. vend. Francisc. Curt. consil. 67. Socin. Sen. consil. 57. col. ult. v. 4. Dec. consil. 210. n. 8. Corneus consil. 56. lib. 3. Jus. consil. 119. col. 2. vers. accederet etiam vol. 1. & in cap. 1. col. 3. vers. confirmo etiam de his, qui feud. dar. poss. Brun. consil. 41. Mantua consil. 82. Simon. de Prædictis consil. 109. n. 17. vol. 1. Marcellinus Cala in tractat. de mod. artic. & prob. §. 2. gl. unic. n. 737. Pruckman. consil. 29. n. 57. & consil. 49. n. 168. vol. 1. Berlich. decis. aur. 126. n. 22. & Antonius Gabrielius in suis communib. concl. lib. 3. tit. de empt. & vendit. concl. 1. n. 57. ubi hanc magis communem opinionem esse, asserit. Cæterum sententiam affirmatam tuncantur Imol. & Alexand. in l. si quis, cum aliter. 36. ff. de verb. obligationib. Panormitan. & Anton. de Burgos n. 27. in c. cum causa ext. de empt. & vendit. Panthal. & Cremenf. nu. 108. & Cagnan. 158. in d. l. 2. C. de rescind. vend. Menochius de præsumpt. lib. 2. præsumpt. 75. n. 34. hosque cum aliis nonnullis referentes Fachin. lib. 2. controversiar. jur. cap. 20. vers. altera est controversia, &c. Hunnius in resolut. ad volum. 2. disput. 2. Trentieri qu. 43. p. 298. Pinel. in d. l. 2. C. de rescind. vendit. part. 2. cap. 2. n. 18. cron. seq. & Trentacinius variar. resolut. lib. 3. resolut. 3. de empt. & vendit. n. 5. vers. secunda est opinio, &c. ubi subiicit, ab hac opinione non recedendum nec in iudicando, nec in consulendo. In quā conclusionē & ego acquiescendum omnino censeo.

233 Tum quia ius est non incognitū; minorem adversus venditionem esse restituendam, si fuerit læsus in precio: quantumvis cum decreto iudicis venditio facta fuerit l. si quis d. 1. Cod. de prædictis, & aliis reb. minor. &c. Ripoll. variar. juris resolut. prædicto cap. 11. n. 393. & seq. fol. 364. Tum quia Ecclesia (cujus bona sine decreto & solennibus juris alienari non possunt, tot. tit. de reb. Eccles. alienand.) ultra dimidium in contractu læsa, actionem habet ad illum rescindendum, c. cum dilecti 3. & c. cum causa 6. de empt. & vendit.

235 Non juvat superiorem negativam, & hanc affirmativam proferre sententiam d. l. 1. ibi, ut nec immoderatus venditor, &c. item ibi, denique nihil erit postmodum, &c. Cod. de prædictis decurionem sine decreto non alienand. Et enim lex ista initio ait: decurionem vendere non posse prædia absque necessitate, à iudice æstimanda. Quòd si forma hæc servata sit: ita fiet (inquit textus) ut nec immoderatus venditor, id est, qui sine causa & moderatione vendat, vel emptor inveniat in iustus, id est, qui vel potentia, vel infidiis ad vendendum inducat, ut statim ibi in textu additur. Vel si ad omnem iniustitiam illa verba referantur: sensus est, non facile repertum iri, qui quoquo modo venditorum decurionem, & minus iuste contrahat, propter iudicis auctoritatem, quæ intercedit. Quod sane

promptè conceditur: sed illud controvertitur, & in questione versatur: si & iudex & contrahentes circumventi sint, & fortassis per imprudentiam erraverint, ita ut venditor in precio ultra dimidium deceptus fuerit; an rescindi contractus possit? Et posse, respondetur: quoniam jam perspicuum est, iudicis auctoritatem parum in eo profecisse. Neque etiam textus ille hoc negat: imò potius contrarium probat, videlicet si fuerit iniustus emptor, decretum iudicis non valere, docente Trentacinio loco antè designato. Quòd verò attinet ad illa legis verba: Denique nihil erit postmodum (scilicet decreto iudicis interveniente) quo venditor vel circumventum se infidiis, vel oppressum potentia comparatoris, queri debeat: quandoquidem sub fide actorum, & de necessitate disrudentis, & de voluntate patueris comparantis. Ex his quidem verbis constat: venditorem hoc in casu allegare non posse, se vel metu compulsus, vel emptoris infidiis circumventum vendidisse: sed ex iis nullo modo elicitur, quòd venditor ultra dimidium in precio deceptus, de hac læsione enormi conqueri non possit.

Nihil quoque negotii facessit nostræ conclusioni: quòd 236 decretum iudicis omnem fraudis & doli præsumptionem excludat, hocque operetur, ut contractus ritè ac legitime celebratus reputetur, arg. d. l. sciendum 30. ibique communiter Doctores ff. de verb. obl. Quandoquidem una præsumptio tollit aliam; hæcque excluditur per probationem in contrarium; & veritati omnis præsumptio cedit. Proindeque si apparet de læsione enormi, & iniustitia: cessare debet præsumptio existens pro decreto, huiusque efficacia, arg. l. divus 7. ff. de in integr. restit. & l. magis puto 5. §. si es alien. 14. ff. de reb. eor. qui sub tutela, &c. Simoncell. in tr. de decretis lib. 3. t. 7. n. 5. Menoch. d. lib. 2. præsumpt. 75. n. 32. aliique plures per eos congesti.

Nihil insuper hic deferendum est auctoritati illorum, 238 qui opinioni contrariæ suffragantur, licet fortè numero plures sint. Non enim ex multitudine auctorum, quod melius & æquius est, judicare debemus: cum possit & deterioris sententia & multas & majores in aliquā parte superare, ut ait ipsemet Imp. Justinianus in l. 1. sed neque 6. C. de vet. jur. enucleand. & in simili respondit Clarissimus D. Collega Bocerus in tract. de crim. majest. c. 3. nu. 38.

239 Non caret controversia & hæc questio: ecquid beneficio l. 2. Cod. de rescind. vend. locus relinquatur, si venditio præcedente publicā subhastatione sit facta? Negantium vota probant Angel. in repetitione l. sciendum 30. col. 6. n. 11. ff. de verbor. obligat. in l. 1. C. de præscript. 30. vel 40. annor. & in l. precia rerum 63. ff. ad leg. Falcid. n. 3. & consil. 142. n. 2. Bald. in d. l. 1. C. de præscript. 30. vel 40. annor. n. 2. & consil. 513. incip. iudex & creditor. lib. 5. Guido Papa singul. 553. & decis. 22. in fin. Corneus consil. 56. lib. 3. Grat. lib. 2. responsor. in respons. 157. nu. 10. & alii citati à Gabrielio commun. conclus. 2. de empt. & vendit. conclus. 1. n. 61. Quibus novissimè quoque una cum nonnullis aliis à se relatis, suffragatur Berlichius d. decis. aur. 126. nu. 511. 22. & seqq. pag. 466. cum seqq. At agentium dogma sequuntur Alexand. in d. l. precia rerum 63. ff. ad leg. Falcid. & in consil. 117. col. ult. lib. 7. Bart. in d. l. 1. C. de præscr. 30. vel 40. annor. n. vers. contra quia si res fuerit subhastata. Joan. Mauris. de in integr. restitut. cap. 375. Cesar. Ursil. in addit. ad Matth. de Afflic. decis. 340. Fabian. de Monte tract. in empt. vend. quest. princ. 5. n. 88. Cravetta consil. 29. n. 4. Paulus de Castro & Cagnol. n. 161. in d. l. 2. Cod. de resc. vend. & ibid. Pinel. part. 2. cap. 2. n. 25. Firmian. in tract. de gabell. in 2. part. princ. col. 2. Fachin. lib. 2. controversiar. jur. cap. 12. vers. sed contrarium docuerunt, &c. Andr. Rauchbar. part. 1. quest. 46. mon. 25. Anton. Faber. in suo Cod. lib. 4. tit. de rescind. vendit. definit. 4. num. 8. nec non Trentacinius variar. resolut. lib. 3. resolut. 3. de empt. & vendit. num. 4. ubi plures citat, & ab hac magis communi opinione nunquam descendendum esse affirmat. Cui & ego, tanquam 240 priori, album calculum lubens addo. Tum quòd humanitatis ratio militat in omni venditione, dictaque: ut venditori graviter læso succurratur. Tum quòd d. l. 2. generaliter & indistinctè loquitur: & ipsa venditio per subhastationem præcedentem facta, rescissioni subiacet.

et, dolo & fraude interveniente, *l. si quos* 16. *Cod. de resc. vendit.* quæ fraus censetur esse, ubi tanta læsio intercessit. Tum etiam per textum expressum in *l. fundus* 9. *ff. de resc. vendit.* ubi dicitur: si fundus ob vestigale Reipublicæ venit, quod debitor ideo, quod fundus minoris venisset, quam debita summa fuit, rescissionem contractus petere possit.

241 Non obloquitur huic pronunciato, quod res tanti valet, quanti vendi potest, *l. i. §. si hæres* 16. *vers. sed æstimandum, quanti valet. ff. ad Senatusconsult. Trebellian. l. mortis causa* 18. *§. ult. ff. de mortis caus. donat.* Ideoque cum res publicæ, præcedente subhastatione, distrahitur, locus esse nequit rescissioni contractus: quoniam eo precio vendita est, quo vendi potuit. Nam respondetur: rem tanti valere, quanti vendi potest, cessante scilicet omni dolo & fraude. At verò proposita in specie dolum, propter immoderatam læsionem, re ipsa inesse, nemini dubium esse potest. Quocirca bona illa præsumptio; quæ pro subhastatione facit omnino corrumpit. Cetera argumenta contraria satis abundè resolvit Fachinus loco præallegato. Adde Dn. Colleg. Besoldum dicto vol. 3. *consil.* 139. fol. 212. & seq.

242 Succedit alia de datione in solutū controversia: utrū in illā remedium *l. 2. Cod. de rescind. vend.* locum habeat? Pro cuius quæstionis resolutione duo veniunt considerandi casus. Primus est in datione in solutum voluntaria extrajudiciali, à debitore creditori absque interventu iudicis facta. Alter est in datione in solutum judiciali; cum videlicet pignus creditori à iudice adjudicatur. In primo casu concludunt unanimiter Doctores: in istā datione in solutum habere locum remedium *d. l. 2.* ex hac ratione: quod talis in solutum datio similis sit venditioni, ejusque vicem obtineat, *l. fin. ff. quib. de caus. in possess. eat. l. si prædium* 4. in fine *C. de evictio. l. eleganter* 34. in primo. *ff. de pign. act. Alexand. in l. si quis, cum aliter* 36. n. 18. *ff. de verb. oblig. Curt. jun. consil.* 53. Mant. *consil.* 70. col. 2. Marcus Anton. Natta *consil.* 207. n. 2. vol. 1. Pambal. Cremenf. in *d. l. 2. C. de rescind. vend. in 11. l. i. Cagnol. ibidem* n. 163. & Pinelus *part. 1. cap. 4. n. 10.* In secundo casu variant Interpretes. Alii enim affirmativæ adhærent. Oldrat. *consil.* 37. qu. 3. Joan. Andr. in *addit. ad Specul. in rit. de judic. in §. sequitur ad verbum, sequitur in fine.* Imola in *c. cum causa* col. fin. de *empt. & vendit.* Jason *consil.* 151. circa fin. vol. 4. & Mantua *d. consil.* 70. col. 2. Alii verò negativæ adstipulantur, Bald. Roman. Alexand. & Aretin. in *dict. l. si quis, cum aliter* 36. *ff. de verb. obligat. Herculan. in l. à divo Pio* 15. *§. si pignora ff. de re judicat. Fabian. de Monte in tract. de empt. & vend. qu. 8. princ. nu. 9 Socin. regul.* 220. in 4. limitat. Anton. de Burgos in *d. c. cum causa nu. 45. de empt. & vend. Fachinus lib. 2. contr. jur. cap. 21. vers. sed communis & vera sententia est, &c. & Trentacinius variar. resol. lib. 3. resol. 3. de empt. & vend. n. 13. vers. secunda est opinio, &c.*

244 Atque huic sententiæ & ego non invitus subscribo, propter hanc potissimum rationem: quia cum isthæc in solutum judicialis datio fiat à iudice, non à parte: idcirco, si ex ea læsio sive damnum inferatur; remedium ordinarium appellationis competit, *l. ab executione §. Cod. quorum appellat. non recipiunt.* Quod si creditor maluerit pro credito pignora accipere iisque contentus esse: amplius reclamare: auxilioque *d. l. 2. Cod. de rescind. vendit.* uti haud poterit: cum de residuo, quod sibi debetur, patet veluti translegisse, idque remisisse videatur, *d. l. à divo Pio* 15. *§. si pignora* 3. *ff. de re judic.* Nec movet quicquam, si replicetur: non intervenisse hoc in casu iudicis sententiam, sed decretum quoddam ex officio iudicis, quod dispositionem *d. l. 2. C. de resc. vend.* excludere non potest, ut demonstratum supra n. 165. & seq. Non etenim procedit hic argumentum à decreto iudicis interposito in actu voluntariæ jurisdictionis, ad decretum in contentiosa jurisdictione interpositum, à quo appellari posse certum est, si modus in exequendo excedatur, *d. l. ab executione §. C. quor. appellat. non recip.* Fachin. dicto loco.

245 Tandem quæ actio sive quod remedium competat ad rescindendam venditionem propter læsionem ultra dimidiam, acerrime Dd. condiciuntur? Quidam namq; extrajudicium auxilium, id est, in integrum restitutionem vel officium iudicis competere æstimant, Petrus & Cynus in

d. l. 2. C. de rescind. vendit. Hunnius d. lib. 3. var. resolut. jur. civ. tract. 7. part. 1. quæst. 16. pag. 1115. Alii conditionem ex lege dari suspicantur, Angel. in *l. si id, quod aurum* 22. *ff. de V. O. huncque referens Pinelus ad d. l. 2. parte 2. c. i. n. 26.* Denique nonnulli actionem ex empto & vendito concedi existimant, Gloss. Bartol. Donellus n. 44. & ceteri in *d. l. 2. C. de resc. vend. Fachinus lib. 12. controvers. iur. cap. 31. Bronchorst. cent. 1. Miscellan. contr. assert. 70. D. Obrecht. disp. 35. th. 157. & aliquot subsequentib.* Atque horum sententiam, quæ communis est, & legibus consona; recipiendam iudico, *l. ex empto* 11. *§. si quis virginem. §. cum §. seq. & l. Julian. 13. §. si vendit. 4. & §. seq. & §. si quis colludente. 27. ff. de action. empt. l. 2. C. eod. l. sed Celsus. 6. §. 1. ff. de contrah. empt.* quibus ex locis apparet; dari actionē ex contractu ad rescindendum ipsum contractum, ob justas causas. Huiusque ratio est perspicua, liquidem quæcunque sunt moris & consuetudinis, id est, quæcunq; ex more & consuetudine recepta, venditor emptori, aut emptor venditori præstare debet: ea veniunt in actionem ex empto & vendito, *l. quod si nolit* 31. *§. quia assidua. 20. ff. de edilit. edict.* Multò ergo magis ea veniunt, quæ jure certo præstanda sunt, qualis est restitutio, quæ fieri debet ex sapientissime allegata *l. 2. C. de rescind. vend.* Nihilque ad rem pertinet, quod de hac restitutione sive rescissione, in contrahenda emptione nihil convenit, sed potius omnia contraria acta sunt, Nam in bonæ fidei iudiciis, qualis est emptio & venditio, omnia veniunt illa, quæ ex æquo & bono præstanda sunt, etiam si de iis nihil omnino convenerit, per *tit. f. de oblig. ex consensu in fine. §. in bona fidei. 30. infr. de action.* Nec rectè quispiam dixerit: absurdum videri, actionem ex vendito ad rescindendam venditionem dari, quæ ad confirmandam venditionem introducta est. Haud enim infrequens est, vel novum: ut actio ex vendito, aut empto, ad rescindendam sive resolvendam venditionem concedatur, sicut liquidissime patet ex *d. ex empto* 11. *§. si quis virginem. §. ff. de action. empt. & similibus præallegatis.* Sed & maxime actionem dari constat, si fundus nominatim hac lege sit venditus, ut sub aliquâ conditione inemptus fieret. *d. l. Celsus. 6. §. 1. ff. de contrah. empt.* Quin et si nihil tale convenerit, sed solum jure liceat emptionem rescindere: in eam rem actionem emptori & venditori competere, argumentum quoque certissimum præbet redhibitio. Etenim si animal morbosum, vitiosumve sit venditum: ex edicto ædilium curulium potest emptor animal redhibere venditori. *l. i. ff. de edil. edict.* Quæ redhibitio nihil est aliud nisi emptionis rescissio, quâ fit, ut venditor rem suam recipiat, & precium reddat *l. redhibere. 21. in princ. & l. facta redhibitione 60. ff. eod.* Hæc autem redhibitio petitur actione ex empto *d. l. ex empto. 11. §. redhibitionem 3. ff. de act. empt.* Idem igitur de rescissione illâ, de quâ hic agitur, pronunciandum est. Cæterum venditori tribuitur actio ex vendito: ut precium emptori reddere, suamque rem ab eodem recipere possit, tamen si nihil convenerit; *dictis iuribus, & notat Donell. ad d. l. 2. C. de resc. vend. n. 45. & 46.* Porro varia morborum vitiorumve redhibitionem admittentium genera recenset Johannes Wilhelmus Roelstr. in *medication. adilitis, de iudicio equestri tum, redhibitorio, tum æstimatorio cap. 4. lib. 1.*

251 Non obstat eorum sententia, qui restitutionem in integrum (quæ ex æquitate comparata est, *l. penult. in princ. ff. de in integr. restitutionib.*) ad rescindendam venditionem, locum hic habere ideo contendunt: quod Impp. in *d. l. 2.* disertè rescribunt; humanum, id est, æquum esse, hanc rescissionem dari. Nam restitutionem locum hic sibi vindicare neutiquam posse, ratione hac evidenti ostenditur: Majores 25. annis, qui neque dolo circumventi sunt, neque metu coacti, ut venderent, in integrum restitui non possunt, nisi ex eâ parte edicti, quæ est de iis causis, ex quibus majores in integrum restituuntur. At eâ edicti parte nemo major, qui factio suo læsus est; sed solum: qui necessaria vel probabili absentia læsus est, restituitur. *l. sed & si per prætorum. 26. in fin. l. nec non & si 28. in princ. ff. ex quib. caus. majores 25. an. in integr. restit.* Quapropter in proposita specie venditor in integrum restitui nequit: quoniam neque dolo circumventus, neque vi compulsus est: & si quo facto

lædatur, utique suo lædatur; non autem ullo facto adversarii, aut ulla etiam absentia necessaria vel probabili. Itaque si quæ est actio venditori ad rescissionem propo- sita: ordinaria ex vendito actio ut sit, necesse est, docen- te Donello ad d. l. 2. Cod. de rescind. vend. num. 44.

253 Nihil item movet opinatio illorum, qui nostro casu of- ficio judicis locum esse, asserunt, arg. d. l. 2. Cod. d. t. ibi, au- thoritate judicis intercedente. Quæ verba cum ad judicem dirigantur: officium judicis hic locum obtinere, innuere videntur. Respondendum enim est: quod cum verba ista ad judicem relata, executionem facti respiciant: judicis officium ipsi actioni intentatæ deserviens (quod vulgò mercenarium appellant) denotare putentur, ut tradi- tum est à Decio in l. si soror 8. in 2. limitat. C. de collationib.

254 Nullius deniq; valoris est eorum traditio, qui in propo- sita quæstione conditionem ex lege competere scribunt, arg. l. unic. ff. de condiç. ex lege. ubi conditionem ex lege dari, respondetur, quoties alia actio deficit. Ex hæcenus namq; traditis sole meridiano nitefcit dilucidius: in nostra specie contractus injusti rescissionem, itemque ad æquali- tatem reductionem fieri debere per actionem ex vendito, sive ex ipso contractu descendente. Atque hoc etiam arguit non obscure textus in l. venditi actio 6. C. de act. empt. dum dicit: actionem venditi, non facile ad rescin- dendam perfectam venditionem competere. Ex eo quip- pe inferitur: actionem aliquando dari, ubi scilicet justa subest causa, ut detur: puta quando contractus læsionem ultra dimidiam continet. Si enim nunquam competeret sive daretur: non dixisset textus, facile non competere. Pro- indeque verba ista significant: regulariter quidem actio- nem ad rescissionem contractus non indulgeri; sed tamen interdum indulgendam esse, ut rectè docuit Fuchin. d. lib. 12. controuv. jur. cap. 31. in fine. Addi hic non incommode potest: quòd licet restitutio in integrum ordinaria sit qua- driennalis, l. ult. C. de tempor. in integr. restit. hæc tamen res- titutio, quæ ex d. l. 2. C. de resc. vend. datur, triginta anno- rum spacio duret per tradita Baldi in d. l. fin. col. 3. in pr. C. d. tit. Abbatis in C. cum causa 6. ext. de empte. & vend. col. 3. Marantæ de ordine judic. 6. part. tit. & quandoque appel- latum in 84. nosque laudantis Acacii Antonii de Rippoll. variar. jur. resolut. c. 11. num. 402. fol. 365.

256 Sanè illud etiam hoc loco minimè prætereundum est: hodie jure (uti vocitant) *παροικιστικῶς*, id est prælationis, seu retractus sive congrui, venditionem quandoque à proximo consanguineo, consorte, socio, vicinove retra- hi posse, Exempli gratia: vendidi prædium aliquod me- um alicui extraneo, Frater meus paratus est idem præ- cium dare, quod ille extraneus. Quæritur: an contracta inter me & extraneum emptio, à fratre meo retrahi queat? Jure equidem communi Cæsareo hoc fieri nequit, hæc præcipue ratione: quia contractus constare debent consensu. At si ego rem meam velim transferre in alium, non in fratrem sive propinquum; & hic meus consensus inhiberi possit ab eo, jam hoc videtur repugnare naturæ hujus contractus, & libertati commerciorum, l. dudum 14. C. de contrah. empt. Vultejus ad princ. hujus tit. n. 70. Verum constitutione Friderici Imperatoris (quæ extat lib. 5. feudor. tit. 13.) jus istud protimiseos sive retractus rursus introductum, & generali quâdam consuetudine Germaniæ ubique ferè locorum, ut & in Galliâ, Italiâ, & Hispaniâ, aliisq; nonnullis regionibus ac provinciis rece- ptum & comprobatum est. Ea; consuetudo ratione non levi nititur: ut nimirum res majorem in nostrâ familiâ permanent. Triste etenim & lugubre est, videre paternas & avitas domos, ac antiqua majorum prædia in extraneas manus transire, arg. l. in fundo 38. ibi, laribus, sepulchris avitis cavendum habeat ff. de rei vindic. l. si in emption. 35. ff. de minor. l. lex, quæ tutores 22. §. nec verò demum C. de ad- ministr. tutor. Et non solum jure canonico isthæc consue- tudo est confirmata c. constitutus 8. ext. de in integr. restit. sed & jure divino observata, atque corroborata. Nam Le- vitic. cap. 25. v. 25. dixit Dominus: Si attenuatus frater tuus vendiderit possessionem suam, & voluerit propinquus ejus, potest redimere: quod ille vendiderat. Concordat Ruth. c. 4. v. 4. item Jere. c. 32. v. 7. & 8. Atque ita Dd. commu- niter sentiunt, Alberici de Rufat. part. 1. statut. q. 93. Pyr-

rhbus in consuet. Aurel. t. de retract. lignagier. in verb. quand. juci. Bocer. in consuetud. Bituricens. §. 1. in pr. d. Tiraguell. in pref. de utroque retract. n. 1. & 7. Chassan. in consuetud. Burgund. Rubr. 19. §. 1. circa princ. hosque referens Andreas Gail. lib. 2. observat. 19. n. 1. Mynsinger. cent. 3. observat. 51. Matthæus de Afflic. in rubr. de jure protimiseos. Corasius lib. 3. miscell. jur. civ. c. 3. n. 1. Bonavent. Gaur. Disp. 10. Ba- sileens. de jure retractuum conclus. 1. & 2. item conclus. 33. Althus. lib. 1. Dicoeolog. c. 75. n. 31. cum seqq. pag. 260. Bron- chorst. cent. 1. miscell. controuv. assert. 68. & Morta in empor. jur. part. 1. tit. 9. qu. 11. Adde Matthiam Berlichium de jure protimiseos latissime differentem conclus. practica. part. 2. conclus. 39. n. 11. & seqq. pag. 824. & seqq. Theo- dorum Reinkingk in tract. de retractu consanguinitatis. qu. 1. n. 10. cum seqq. nec non Auctorem Consilii Argent. 33. vol. 2. fol. 617. & seqq.

Cæterum is, qui rem venditam retrahere, & ad se revo- care desiderat, necesse habet, ut solemnia retractus requi- sita diligenter observet. Primum autem requisitum esse solet: ut sibi, ac in usum suum, non in commodum alterius, & fraudè emptoris retrahat. Hac siquidem in re aliquan- do perniciosè peccari exploratum est. Itaq; alteri hoc jus cedi nequit, arg. l. si mulier 59. §. 1. ff. de jure dot. l. 3. §. 1. & §. item si quis 4. ff. de leg. præst. l. ex plurib. 42. ff. de adm. nistr. & peric. tutor. Novell. 55. c. 1. & notant Matth. de Afflic. in tract. de jur. protimis. §. 1. n. 43. & §. 2. n. 23. Paris. consil. 82. n. 12. & 26. vol. 3. eleganter Coras. d. c. 3. n. 7. cum seq. Zabarell. consil. 87. & consil. 104. Signorol. de homodeis consil. 181. col. 2. vers. præterea & c. Bald. & Angel. in l. ad officium 3. C. commu- ni dividund. hosque referens Stuckius part. 1. Exercit. Justin. dec. 12. assert. 3. sub lit. d. Et plerunque ex statuto requiri- tur juramentum retrahentis; quòd bonâ fide, & sine fraude ad retractum veniat, ejusque beneficio utatur, arg. l. de pupillo 5. §. qui opus 14. ff. de operis novi nunciis. & l. qui bona fide 13. §. si quis stipulaturus 12. ff. de dam. infect. Tira- quell. de retract. lignag. gl. 1. §. 5. n. 1. cum seqq. Gail. d. lib. 2. obs. 19. n. 10. Idem quoque disertè comprobavit jus reno- vatum Württembergicum, part. 2. tit. 16. p. 296. in fin.

Secundum retractus requisitum est: ut intra annum & diem fiat, d. c. constitutus 8. ext. de in integr. restit. Fürstl. Würtemb. erneuere Landr. d. part. 2. §. 16. p. 292. & 293. §. Wir wollen und ordnen, & c. Eo namq; tempore elapso, tacita quædam istius juris remissio inducitur: aded, ut moræ purgatio amplius non admittatur. Regulariter enim, quando à lege, vel statuto certum tempus præfi- gitur, eo effluxo non admittitur moræ purgatio: quia terminus legis est peremptorius, arg. c. 1. de exception. in 6. Panormit. in c. cum in tua. c. n. 11. ext. qui matrim. accus. poss. Roland. consil. 21. n. 9. vol. 1. Gail. d. obs. 19. nu. 11. Dominic. Card. Tusch tom. 4. pract. concl. tit. 1. conclus. 583. num. 18. & seq. Daniel Moller. ad constitut. Saxon. part. 2. constitut. 32. Berlichius d. part. 2. conclus. 40. num. 5. & seq. Paul. Christin. decis. Cur. Belg. vol. 3. decis. 55. nu. 1. ad fin. & vol. 1. decis. 281. n. 18. & Reinkingk d. tract. de retract. consang. quæst. 7. pag. 308. cum seq. ubi plures citat. Tempus au- tem illud, juri *παροικιστικῶς* præfixum ex eo die currere incipit, quo retrahens, fundum retractui obnoxium alie- natum esse, scivit: idque non solum jure communi, ut- pote quo ignoranti tempus anni currere minimè solet, l. semper 15. §. annus 4. junctis §§. seqq. ff. quod vi, aut clam. l. annus 6 in fin. ff. de calumniatorib. l. gener. 8. ff. de his, qui noc. infam. l. 2. ff. quis ordo in bonor. poss. servet. Chassan. ad consuet. Burgund. Rubr. 10. §. 5. n. 5. vers. contrarium ta- men & c. Hartman. Pistoris lib. 2. quæst. jur. qu. 12. num. 26. sed & jure feudali, per totum in tit. 9. §. ult. ibi, vel annali silentio. ex quo sciverit. & tex. in tit. 26. §. Titius filios, in fine lib. 2. feudor. & canonico, ut indicat textus in d. c. consti- tutus 8. ibi, intra annum & diem à tempore contractus jun- ctis verbis præcedentibus illis, fecit eos contractus consenti- re, ext. de in integr. restit. cum etiam Württembergico, d. part. 2. tit. 16. pag. 294. D. Collega Bocer. class. 2. disput. 20. thes. 59. ad lit. b. Quamvis plerique existiment, tempus istud currere à die traditionis rei venditæ, etiam ignoranti: sed retrahentem ex causa ignorantie in inte- grum restitui posse Johan. Richm. d. consil. 33. n. 10. part. 2. Boer. decis. 112. Gail. d. obs. 19. n. 17. & 18. ubi communiter hæc

hanc opinionem esse affirmat. Eadem de re videatur Petrus Aug. Morla part. 1. *emporii jur. tit. 9. quest. 13.* & Gauer. *dist. disput. de jure retract. conclus. 52.*

263 Tertium retractus requisitum perhibetur: ut retracturus justum & integrum precium emptori realiter offerat. *l. Julianus 13. §. offerri. 8. de actionib. empt. l. servus 34. §. 1. ibi, ita demum, si obtulit eam quantitatem ff. de statu liber. l. cum enim. 7. in fine. ff. de novationib. l. contra. 6. in fin. ff. ad Senat. conf. Maced. l. 2. C. de pact. inter emptor. & vendit. l. 2. C. de jur. emphyteut. Fürstl. Württemberg. erneuert Landrecht, part. 2. tit. 16. p. 295. Tiraquell. de retract. lignag. §. 1. gl. 17. n. 8. & gl. 19. n. 6. & §. 3. gl. 3. n. 1. Gaur. d. disp. concl. 54.*

264 At quid, si precium, quod emptor extraneus solvit, justo majus sit, num integrum hoc à retrahere offerendum erit? Hæc quæstio licet controversia insigni non careat, multis putantibus, eum, cui jus retractus cõpetit, verum duntaxat rei precium offerre teneri, ut sensit Angel. Raph. Cum. Paul. Cast. & Jaf. in l. qui Rom. 122. §. cohered. 3. ff. de verb. oblig. Math. Afflit. in constitut. Sicilia, incip. ad subjectionem. in 4. notab. aliis verò contra sententibus, retrahentem id precium, quod extraneus emptor dedit, quantumvis justum excedat, solvere obligatum esse, ut vol. Joh. And. in addit. ad Specul. tit. de empt. & vend. §. nunc dicendum. vers. sed pone statutum, & c. Salic. in l. dud. 14. col. 2. vers. quæro, statuto cavetur. C. de contrah. empt. Inol. Alex. Franc. Aret. & Soc. in d. l. qui Rom. §. coheredes. ff. de verb. oblig. Bald. in l. 2. ad finem. C. de rescind. vend. Fabian. de Monte S. Sabin. in tract. de empt. & vend. q. 3. princip. n. 42. vers. sed tunc quæro, & c. aliis deniq; nescio quâ distinctione nec explicare laborantibus, Francisc. Ripa in l. 1. in fin. ff. de privil. credit. & c. Attamen quia jus nostrum Württembergicum priori Joannis Andreæ, & sequacium sententiæ, utpote veriori & receptiori, afflitit, ab ea nequaquam in judicando recedendum esse, arbitror. Fürstl. Württemberg. erneuert Landrecht, d. part. 2. tit. 16. pag. 295. in princip. ibi, den Kauffschilling, wie solcher paar oder zihlfweise verglichen, & c. i. e. pretium empti, uti id vel præsentii pecunia vel die dicta solvendum dictum est. & c. item Landordnung pag. 38. tit. wie unsere Flecken & c. ibi in diesem Kauffgelt lesen mogen, & c.

265 Hancque sententiam confirmat l. ult. vers. & si quidem dominus, & c. C. de jur. emphyt. ubi jus protimiseos domino emphyteutæ quidem datur: sed tamen ille idem precium, quod extraneus reverà oblaturus esset, solvere cogitur.

266 Eandem stabilire videtur l. penult. & l. ult. circa fin. C. de loc. prædior civ. & c. ubi antiquior colonus fisci præfertur extraneis in novâ conductione, dummodo idem planè precium offerat, quod ceteri offerre sunt parati. Eidem robur addit non exiguum textus in c. potuè 4. ibi, quantum sibi ab aliis offertur. ext. de locato & conduct. item in c. un. §. 1. ibi, pro aquali precio accipere volenti per quos fiat investitura. ut. 3. & tu. 9. §. ultim. ibi, pro aquali precio redemptionis lib. 2. feud. textus item in l. in fundo. 38. ibi, si paratus est dominus tantum dare, quantum habiturus est possessor. ff. de rei vindicat. & in l. Prætor. 9. §. in eum. 6. ibi, quantum per ipsemetur, si locatus vel distractus fructus esse ff. de reb. auctor. jul. possid. Præterea natura hujus contractus suadet ut tam emptor quàm venditor servetur indemnitas. l. debet. 27. in fine. de edit. edict. l. intra. 39. §. 1. ff. de minorib. 25. annis. Atqui si retrahens teneretur solummodo justum verumq; rei precium solvere: venditor duplici incommodo afficeretur: uno, quod invitatus rem vendere compelleretur, contra d. l. dudum 14. C. de contrah. empt. altero, quod partem sui precii sine ullâ suâ culpâ amitteret, contra c. sine culpâ. 23. de reg. jur. in 6. Et autem tractatium, neminem debere duplici onere live dâ no affici. l. navis. 4. §. cum autem iactus. 2. vers. quia non debet. & vers. quid ergo. ff. ad leg. Rhod. de jact. l. cogi. 16. §. in de queritur. 3. ibi, ne dupliciter fideicommissarius oneretur. ff. ad Senat. conf. Trebell. l. jura succursum. 6. in princ. ff. de jur. dot. l. penult. in fin. ff. de dote prælegat. c. at si clerici. 4. in fin. ibique gl. in verbo duplici ext. de iudiciis. Adhuc privilegium prædationis non debet cum detrimento tertii esse conjunctum. l. 2. §. si quis à principe. 16. ff. ne quid in loco publico, & c. Hinc licet fideus rem communem totam vendere possit. l. 2. C. de communium rer. alienat. si tamen consort tantum solvere paratus est, quantum offerat aliis, non im-

meritò præfertur. arg. l. 1. ff. de privileg. credit. Sed in nostro casu venditorem, si cogatur minus precium accipere, quàm ab aliis posset habere, damnum pati in aperto est. Denique surrogatum ejusdem est naturæ cum eo, cujus in locum substituitur & succedit. arg. l. si ex lapidicinis. 32. ff. de jure dot. l. Imperat. 70. §. ult. cum l. seq. ff. de legat. 2. c. Ecclesie. 3. cum concordantibus, ibi à glossa adductis, in verb. successerunt. ext. ut lize pendente nihil innovetur. Jam verò is, cui competit & conceditur jus protimiseos, in locum prioris emptoris succedit. Ergo idem precium, etiam si justo majus sit, solvere tenetur.

Non adversatur huic assertioni: quod nemini invito jus suum est auferendum. l. id quod nostrum. 11. ff. de reg. jur. At si admitteretur animosus licitator dives; inopem, qui habet jus congrui sive retractus, facile inmodicum precium offerendo removeret. Quod incommodum ut declinetur: oblatio justæ ac veri precii sufficere debet, arg. l. loc. 9. in pr. ff. de public. & vectigal. ubi locatio vectigalium, quæ calor licitantis ultra modum solitæ conductionis inflavit, non facile admittitur. it. arg. l. ad offic. 3. in fin. C. communi divid. ubi notatur, quod si consors justum & æquum precium offerat, extraneus licitator animosus non admittatur. Illud, inquam, non adversatur. Jus enim protimiseos hoc saltem continet: ut quis venditionem retractando, in emptionis locum succedat; adeoque persona emptoris mutetur, substantialibus prioris contractus salvis. Nemini itaque aliquod jus intervertitur. Et sanè si fraudulenter alius licitator subiciatur: dubium non est ullum, quin fraude detectâ & sufficienter probatâ, verum duntaxat rei precium à venditore peti possit.

Sic nihil obstat, quòd quando alicui legibus, statuto vel consuetudine necessitas vendendi injungitur, id de justo precio sit accipiendum, l. si cui legitur. 49. §. meminisse 8. ff. de leg. 1. l. item veniunt. 20. §. ult. ibi, verum precium debes præstari ff. de petit. heredit. l. cum quasi. 30. §. si plures. 6. ibi. iusto precio æstimentur. & l. seq. §. is, cuius serv. 4. ff. de fidei. commiss. libert. Nam istæ leges huc non quadrant, ut quæ verum pretium, definiunt illi, qui indistinctè vendere jubetur, vel cogitur. At nostro in casu nemo vendere jubetur: sed, cum vendendum sit, duntaxat constituitur. Adde quòd leges venditionem, quæ veram rei æstimationem excedit, haud improbant. l. in caus. 16. §. penult. ff. de minor. l. item si precio. 22. §. fin. ff. locati. l. ad rescindendam. 4. l. si volunt. 8. & similib. C. de resc. vend. Atque ita hanc etiam def. niant sequunturq; decisionem Tiraq. in tr. de retract. lignag. §. 1. gl. 18. n. 10. Rober. disp. 17. th. 2. Wegn. disp. 12. th. 2. ad lit. L. & D. Boc. clas. 3. disp. 22. th. 62. ed. 2. Joann. Kopp. decis. 52. n. 18. & seq. Rosenb. de feud. c. 9. concl. 90. n. 31. Berlich. d. part. 2. conclus. 41. n. 5. & seqq. ubi non solum plures hujus sententia defensores citat: sed & plura dissentientium argumenta diligenter refutat.

Quantum retractus est requisitum: ut retrahens simul cum precio non solum sumptus & expensas, tempore contractus factas, emptori offerat: sed eidem etiam, tanquam bonæ fidei possessori, necessarias & utiles impensas, quas in prædium ipsum absq; fraude fecit: refundat, l. Imperat. 16. ff. de in diem addict. l. colonus 61. in princ. ff. locati. l. in hoc judicium. 48. §. 1. ff. commun. divid. l. fin. autem 27. §. fin. & l. sumptus. 48. ff. de rei vindicat. l. si in area. 33. ff. de conduct. indebit. l. Paulus. 14. ff. de doli mali, & met. except. Fürstl. Württemberg. erneuert Landrecht, part. 2. tit. 16. pag. 294. §. ult. & pag. 295 in princip. item Landordnung pag. 38. §. Es soll auch & c. & pag. 399 Wo oder einiger, & c. Tiraquell. in tr. de retract. convent. §. 7. gloss. 1. n. 3. & seq. Coras. lib. 3. miscellan. jur. civ. c. 3. n. 6. Gauer. d. dist. Basil. de jure retract. conclus. 54. l. 2. & conclus. 55. Enimverò si in fraudem retrahentis factæ sunt impense nimis magnæ onerosæ, eas offerri necesse non est, arg. l. in fundo 38. vers. si nge pauperem ff. de rei vend. l. sed an ultro. 10. §. 1. vers. quid enim, si eam insulam falsis ff. negot. gestor. Luthian. 8. ff. de impens. in res dotat. fin. l. 1. impense. 79. §. vers. quorum nomine onerari, & c. ff. de verb. significat. Chassan. ad consuetud. Burgund. rub. 10. §. in verb. les featz raisonnables. nu. 2. & 3. Boer. decis. 470. Francisc. Mingon. ad consuetud. Andegavens. 1. de retract. lignag. artic. 378. n. 1. Tiraquell. d. §. 7. gloss. 1. nu. 5. Joann. Gars. in tractat. de expens. & malorum.

- 277 *meliorat. c. 6. n. Berlich. d. part. 2. conclus. 41. n. 31. Et seqq.* Ideoque ne per impensas retrahenti difficilior retractus reddatur : cautelam quidam tradunt, ut is quamprimum denunciaret emptori, ne sumptus in prædium emptum faciat : quia ipse illud retrahere cupiat, arg. l. si fundum 17. C. de rei vindicat. Alberic. de Rosat. in l. intra utile 39. §. 1. ad finem. ff. de minor. Tiraquell. dicto loco, Gail. lib. 2. obs. 19. nu.
- 278 10. D. Bocerus d. class. 3. disput. 22. th. 63. ad lit. a. Quod si retrahens verum precium, quanti res extraneo vendita sit, & quæ impensæ factæ fuerint, ignoret : eo casu particularis oblatio, cum protestatione de reliquo etiam solvendo sufficit, l. statu liber rationem §. Et l. servus, si heredi 34 circa finem, ff. de statu liberis Finssl. Württemberg. erneuert Landrecht. d. part. 2. tit. 16. pag. 295. §. Und da der
- 279 Löser, &c. Boer. decis. 112. n. 2. in fine. Mora quippe contrahi vel committi non potest, nisi debitum sit liquidum docentibus Baldo in l. acceptam 19. in 6. opposit. per gloss. ibi, in verb. cum usuris Cod. de usuris. Angelo in l. si se non obtulit. 3 §. ait Prætor. ff. de re judic. Fulgoso cons. 202. incip. domina. col. 2. Petro Anchor. cons. 235. vers. præterea, &c. Et aliis, quos refert Et sequitur Tiraquellus d. tract. de retract. lign. §. 1. gloss. 19. nu. 1. Cæterum si emptor oblatum precium cum sumptibus & impensibus accipere recuset : retrahens operam dabit sedulo, ut pecunia obsignata ritè deponatur, l. si solutum 39. ff. de solution. l. obsignatione 9. C. eod. Finssl. Württemberg. erneuert Landrecht, d. t. 16. p. 295. §. Wo aber der Kauffer, &c. D. Bocer. d. disp. 22. th. 68. Hofiens Et Joan. Andr. in c. constitutus 8. ext. de in integr. restit. Idque post alios, quos citat, latius persequitur Tiraquellus de retract. lign. §. 7. gloss. 3. n. 1. Et seqq. Prædicta porro requisita si à statuto, vel lege municipali exigantur : simul concurrere & adimpleri debent. Alias enim juris retractus locus esse nequit : quandoquidem ejuscemodi requisita pro formâ, quæ dat esse rei, retractui adjiciuntur : eaque ad unguem non servatâ, actum corrumpere, aut vitari, necessum est l. cum his, quibus 8. §. si Prætor 17. ff. de transactionib. l. Julianus 9. §. sed si quis 3. ff. ad exhibend. l. si is, qui quadringenta 80. §. 1. ff. ad leg. Falcid. c. cum dilecta 22. §. fin. de rescriptis c. venerabili 37. de offic. Et potest. jud. deleg. c. Pisani 19. de rescriptis. spoliatis. c. quia propter 13. de electione Et electi potest. Gail. 6. lib. 2. obs. 19. nu. 15. Et seq. D. Besold. part. 6. cons. 268. n. 7. Et seqq. fol. 75.
- 282 Explicatis retractus solennibus requisitis, dispiciendum jam est de quæstionibus aliquot controversis, ad istam materiam maximè pertinentibus. Primum autem dubiæ & elegantis est quæstionis : utrum in datione in solum locus sit retractui, puta si prædium retractui subiectum, in solum sit creditori pro debito pecuniario datum ? Sunt, quid id simpliciter affirmant, Joan. Faber in l. si prædium 4. C. de evictionib. Alberic. de Rosat. in l. si usum fructum 23. ff. de liberali caus. Molinæ ad consuetud. Parisiens. tit. 1. §. 13. gloss. §. n. 47 Et cum seq. Chassan in consuetud. Burgund. rubr. 10. §. 9. n. 6. Et seqq. Tiraquell. de retract. Lignag. §. 1. gloss. 14. n. 2. 3. 7. 13. & 14. D. Bocerus class. 3. disput. 22. th. 45. ed. 2. Guver. disp. Basil. de jure retract. conclus. 72. ad lit. b. Et Morla in emporio jur. part. 1. t. 6. q. 12. n. 2. Sunt qui negant, Speculat in tit. de emptione Et vendit. §. nunc dicendum. el. 2. vers. sed pone statutum. Et Lucas à Penn. in l. 3. col. 2. C. de prædiis decurim. Francisc. Aretin. consil. 123. Et Alexand. consil. 52. vol. 1. Non desunt item, qui inter dationem in solum voluntarium, & necessariam distinguunt, considerantes, in solum dationem dupliciter fieri posse. Vel enim sponte sit à partibus, ut in l. practi 9. C. de rescind. vendit. l. cum, à quo. 16. C. de solutionib. & cum hæc venditionis vicem obtineat. l. eleganter 24. ff. de pignor. act. l. ult. ff. quib. ex caus. in possess. ear. d. l. si prædium 4. C. de evictionib. in eâ perinde, atque in venditione jus retractus locum habere ajunt. Vel sit à iudice, ut cum ex rebus debitoris una adjudicatur creditori pro quantitate debita, l. à Divo Pio. §. si signora ff. de re jud. l. ultim. C. de jure domini impetrand. Et monitum supra nu. 242. & in hac jus retractus non procedere dicunt. Joan. Plac. in l. 1. col. 2. vers. item est. C. de fundis parimon. Matthæi de Afflic. in tract. de jure protimiseor §. 3. n. 16. Fabian de Monte in tractat. de empt. Et vendit. qu. 3. princip. n. 46. Decius consil. 160. col. 2. Perâ. Loazes in repetit. l. illiusfamilias 114. §. divi. 11.
- nu. 228. Et 485. ff. de legat. 1. Bald. consil. 300. lib. 1. Roland à Valle consil. 61. Corasius lib. 3. miscellan. jur. civ. cap. 3. nu. 3. Et noviter Bronchorst. cent. 1. miscell. controvers. assert. 68. Atque horum sententiam (quam & ego probabiliorē veriorēque esse reor) confirmat : quod generaliter in jure traditum extat, quoties alienatio in legibus prohibetur, hoc de voluntariâ alienatione, non verò eâ, quæ ex necessitate fit, accipiendum esse, l. Divus §. ff. de petis. hered. l. alienationes 13. ff. famil. eriscund. l. 1. ff. de fundo dotali. l. peto. 69. §. 1. ff. de legat. 2.
- Non obstat, quod constitutio sive consuetudo isthæc, quâ jus retractus introductum & receptum est, odium continet : cum ad rescindendum contractum tendat : quem tamen partium consensu absolutum, ne quidem Imperiali rescripto extingui oportet, l. 3. C. de rescind. vendit. l. causas 16. C. de transactionib. Itaque non extendi debet de venditione, quæ actus est voluntarius ad dationem in solum, actum scilicet necessarium, arg. l. rem legatam 18. ff. de adimend. vel transfer. legat. l. in quorum 24. ff. de pign. Et hypoth. Non obstat, inquam. Quia consuetudo illa non modò ad contractus rescissionem non tendit : verum etiam eum approbat, & fulcit eo ipso, quod precium conventum à retrahente emptori solvi desiderat, ut supra circa tertium retractus requisitum exposuimus n. 263. Præterea in solum datio, de quâ hic agitur, non actus necessarius, sed voluntarius censetur, tradente Corasio loco præallegato.
- Anceps quoq; & pulchra hæc quæstio est : an, si res non vendita, sed donata sit, juri protimiseos locus relinquatur, Et (nihil remorante contrariâ opinione Corasii d. lib. 3. miscellan. jur. civ. c. 3. n. 4.) frequentius rectè usque placuit, in donatione retractum locum sibi vendicare neutiquam posse. Idque argumento à simili, ex contractu emphyteutico ducto, probatur. Nam emphyteuta licet, domino irrequisito, rem emphyteuticam vendere nequeat, l. ult. ibique Bartol. Bald. Salicet. Sichardus, Et 131 communiter. C. de jure emphyteut. donare tamen eam, domino invito potest, l. 1. C. de fundis patrimonialib. Jul. Clar. lib. 4. sentent. §. emphyteusis quæst. 15. Corbalus in tract. de jur. emphyteut. c. 14. limitat. 13. alique plurimi, ab his cumulari Et explicatius docuimus in §. adeo 3. infra, de locat. Et conduct. n. 315. Et sequentibus. Neque quempiam moveat, quod eadem ratio videtur in donatione, quæ in venditione : ne scilicet è familiâ res exeat, l. voluntas 4. C. de fideicommissis cap. 1. §. donare. qualis. olim poterat feud. alien. tit. 9. lib. 2. feudor. Et quod venditionis verbo donatio, omnisque alienatio continetur, l. statu liberi à ceteris 29. §. fin. ff. de statu liber. Hoc enim verum est, si eadem subsistat ratio Jafon in l. final. nu. 65. C. de jur. emphyteut. huncque laudans D. Besold. in thesauro pract. lit. H. n. 7. pag. 453. At hîc in venditione & donatione diversam esse rationem, constat : quia ideo permittitur jus retrahendi rem venditam proximiori agnato : quod non interest venditoris, à quo precium habeat. Donatoris autem interest, potius amico donare propter bene merita, quam consanguineo. Donatio quippe vel in bene meritos exercetur, vel in eos confertur, quos amore & favore prosequimur, l. nec adjecit 9. ff. pro socio. l. vivus libertus 9. ff. si quid in fraud. patron. Et. Et ita sentiunt, post alios, Chassanæus ad consuetud. Burgund. rubric. 10. §. 9. n. 12. Tiraquell. in tract. de retract. lignag. §. 25. gloss. 2. num. 1. D. Bocerus d. class. 3. disput. 22. th. 44. lit. a. ed. 2. Et Bronchorst. cent. 1. miscell. controvers. assert. 68. circa finem. Illud sanè indubitatum & receptum est : quod regulariter neque in permutatione, neque transactione, neque divisione, neque locatione, neque emphyteusi, neque feudo, neque in pignoris datione ulli retractui locus esse possit ; id quod, more suo, fusissimè explicat Tiraquellus d. tr. de retract. lign. §. 1. gloss. 14. n. 30. Et seqq. n. 60. cum seqq. n. 76. cum seqq. D. Collega Bocerus d. disputat. 20. th. 43. Et 44. item Guver. disp. Basil. de jure retr. concl. 74. Et 76. Jametsi de istis casibus contrarium scripserit, sed citra sufficientem rationem, Joan. Jacobus Plebs. in disp. novantiquis Disp. 2. partis secunda, sub thes. 154. pag. 167. cum seq.
- Est & illa celeberrima & utilis quæstio : nunquid locum sit retractui, si prædium retractui obnoxium unâ cum aliis prædiis sit venditum ? Et locum esse, plures rationes adducunt. 1. Quia

I. Quia cum aliquis res plures in contractum deduxit, in quarum una duntaxat jus aliquod habet, in cæteris non item: tum eam rem unam rectè petit, licet cæteris petere non possit, l. 1. §. sed si mihi Pamphilum 5. ff. de verb. oblig.

292 II. Quia tot censentur contractus, quot res sunt sive corpora separata, quæ in contractum sunt deducta, d. l. 1. §. sed si mihi l. scire debemus 29. in princ. l. quod dicitur 86. §. l. pluribus 140. in pr. ff. eod. tit. l. quia dicitur 32. in princ. ff. de evictionib. III. Quia venditis pluribus rebus, quarum una Titii est, eam unam & solam Titius jure evincere potest, arg. l. 1. l. bonitas 13. l. qui fundum 45. l. si duos servos 47. §. l. si fundo 53. ff. d. t. IV. Quia tamen si uno precio plura prædia sunt vendita: de singulis tamen empti & venditi agi potest, respondente Ulpiano in l. etsi uno 33. ff. de act. empt. & vend. Sic licet duæ res separatæ alicui sint commodatæ: attamen de alterâ tantum agi commodati potest, l. incommutato 17. §. duabus rebus 4. ff. commodati. V. Accedit textus notabilis in c. constitutus 8. ext. de in integr. restit. ubi etsi illi, qui restituntur in integrum, non poterant redimere partem suam à patre ipsorum consensu venditam: unde quantum ad istam partem, alio remedio iis providetur: tamen admittuntur ad retractum alterius partis vi consuetudinis: quamvis utraque pars eodem contractu & precio fuisset vendita, ut ex textu colligere promptum est. VI. Hæc traditio disertè confirmatur jure renovato Wirtembergico, part. 2. tit. 16. p. 289. §. Wir verordnen auch hiemit, &c. Et eadem amplexi sunt Tiraquellus in tract. de retract. lignag. §. 23. gloss. 2. n. 1. 2. 3. & 6. & D. Bocerius class. 3. disp. 22. th. 46. edit. 2.

295 At quid pronunciandum, si emptor omne, quod uno precio emit, retrahenti offerat, paratus recepto precio universum, quod emit, illi reddere: num tenebitur retractus vel omnes res venditas retrahere, vel etiam fundum, retractus juri suppositum, cum cæteris rebus venditis empti relinquere? Et teneri retrahentem, vel totum retrahere, vel totum relinquere, intrepide scribit Tiraquell. d. §. 23. gl. 2. n. 9. ubi subdit idem voluisse Guilielm. Cumensem & Albericum Rosatum in l. si duo patroni ff. de jurejur. Verum in contrarium esse veritatem, adeoque in ipsius retrahentis arbitrio illud positum esse, censent Matthæus de Afflictis in tr. de jure proximis §. 6. n. 6. & ante eum Baldus in eodem tr. col. pen. n. 20. vers. sed pone, quod quis, &c. hofq; referens D. Bocerius d. class. 3. disp. 22. th. 47. Et sane non sine ratione ita censent. Cum enim fundum retractui subjectum, etiam invito emptore, quispiam retrahere possit, ut ante probatum: nulla profecto causa est, cur ei hæc adimi potestas debeat eo solo, quod emptor illi totum, quod emit, offert; & integrum ab illo vult recipere premium: quippe eam beneficium à jure alicui concessum, ei invito auferri nequeat, c. indulgentum 17. de reg. jur. in 6. nec alteri per alterum iniqua conditio inferenda sit, l. non debet 74. ff. de reg. jur. neque sit in potestate alterius, conditionem meam nihil delinquentis deteriore facere, aut. Venit in l. 2. ff. quod vi, aut clam.

297 Nihil juvat Tiraquelli opinionem textus in l. tutor 47. §. 1. ff. de minor. ubi Scævola respondit, eatenus rescindi venditionem fundi communis, quatenus fundus iste pro parte cum adolescente communis est; nisi si emptor à toto contractu velit discedi, quod partem empturus non esset. Nam Jurisconsult. ibi aperte loquitur de fundo communi vendito, ut qui cum Mævio venditore, & Sempronio minori communis est, pro indiviso. In propositâ autem questione ne agitur de fundo, qui solius venditoris fuit; juri tamen retractus obnoxius, suisque regionibus à cæteris prædiis simul venditis separatus. Præterea tractat illic Jureconsultus de casu, quo venditio fundi communis rescinditur. At per retractum non rescinditur venditio: sed salva manente istâ venditione accedit ad eam alia quedam venditio, quæ sit invito priori emptore: siquidem is vel invitum fundum retrahenti revendere teneatur. Et in casu d. l. tutor 47. §. 1. ff. de minorib. licet emptor à totius fundi emptione abire valeat: non tamen adolescenti minori, suam partem repetenti, venditoris quoque partem obrudere potest: sed ipse venditor suam recipere partem tenetur, si cui arguunt illa verba: quod partem empturus non esset.

299 Nihil idem subsidii adfert contrariæ traditioni textus in l. communi 7. §. si debitor. 13. vers. nam etsi partem ff. com-

muni divid. ubi emptor totam rem suscipere cogitur. Quod enim in specie illius legis emptor totum prædium sive fundum recipere necesse habet: in causa est, quod fundus iste pro indiviso venditoris, tempore venditionis fuit: ut proinde emptori etiam invito adjudicari totus potuisset ille fundus, si ante acceptum judicium venditor ei fundum tradidisset, & cum eo judicium hoc acceptum fuisset, l. Julianus 13. §. idem Celsus 17. vers. æquum est enim ff. de actionib. empti & vend. Quod si vero fundus ille certis regionibus fuisset divitus: tunc dubio emptor venditoris tantum partem suscipere teneretur, d. l. Julianus 13. §. idem Celsus vers. sed si certis regionibus ff. eod. Quare cum in nostro casu fundus, juri retractus suppositus, separatus & distinctus sit à cæteris prædiis, cum quibus simul uno precio venditus est: non dubitandum est amplius, quin is, cui jus retrahendi competit, illum solum retrahere, & ad se revocare possit. Atque ita prædictos textus exaudit & explicat D. Bocerius d. class. 3. disp. 22. th. 47. circa finem.

301 Illa insuper questio dubitatione haud vacat: an jus protimiseos sive retractus inveniat locum, si inter emptorem & venditorem convenerit; ut, si quisquam retrahere cupiat, contractus nullus sit? Et locum non invenire jus retractus hoc casu, invitis contrahentibus, si absq; fraudis consilio pactum istud fuerit appositum, merito ritèque concluditur. Tum quia venditio sub conditione fieri potest, ita ut conditione illâ non existente contractus nullus sit, §. emptio tam sub conditione 4. supra hoc tit. l. necessariò 8. in pr. vers. quod si sub conditione ff. de peric. & commod. rei vend. Tum quia pactum hoc non multum differre videtur à retrovenditionis pacto, quod jure permittum est, l. 2. Cod. de pact. inter empt. & vend. &c. Tum etiam quia Javolenus Jc. Si hominem, ait, emisit; ut si aliqua conditio extitisset, inemptus fieret: & is tibi traditus est: & postea conditio emptionem resolvit: tempus, quo apud emptorem fuit, accellere venditori debere existimo: quoniam eo genere retrò acta venditio esset redhibitioni similis: in qua non dubito, tempus ejus, qui redhibuerit, venditori accessurum: quoniam ea venditio propriè dici non potest, l. si hominem 19. ff. de usurpat. & usucap. Ex quibus legis verbis decisionem proposuit

304 questionis petere non difficile est: ut tradit Matthæus de Afflictis in tractat. de jure protimiseos §. 6. n. 13. & Tiraquell. de retract. lignag. §. 2. gloss. 2. n. 59. & seqq. Potrò jus retractus de rebus tantummodo soli vel immobilibus venditis regulariter competere, sive illæ seculares sint, sive ecclesiasticæ (Neque enim contra Ecclesiam retractus exercetur; sed contra possessorem rei, quæ hoc onere affecta est: & res sola, atque possessor inspicitur, arg. l. sed & si lege 25. §. perinde 8. ff. de hered. petit.) manifestum est manifestius Fürstl. Wirtembergisch erneuert Landrecht. part. 2. tit. 16. in princ. ibi, ein liegend Gut erkaufft, p. 287. & §. von Marklosungen, ibi, ein liegend Gut, &c. p. 291. D. Bocer. d. class. 3. disput. 22. th. 19. & seqq. Plebst. d. disput. 2. partis secundæ, th. 157. p. 168. Cæterum quaeritur, utrùm

305 ex statuto vel consuetudine, quod quævis retractum in re immobili civibus vel incolis concedit, locus etiam sit retractui, si quis civis aut incola jus aliquod sibi competens, puta usumfructum; hereditatem, decimas, annuum redditum, qui ex fundo aliquo quotannis præstatur; vel simile jus, extraneo vendat? Et retractui locum esse, merito statuitur. Jura siquidem inter immobilia reputantur. Clement. 1. §. cumque annuus redditus tit. de verbor. significat. l. jubemus nulli 14. in princip. ibi, aut annonas civiles C. de sacrosanct. Eccles. tit. 1. in fine ibi, aut in iis, quæ inter immobilia commenerantur juncto tit. 20. in princip. ibi, de annua præstatione lib. 2. feudor. Ique latius confirmant D. Bocerius d. class. 3. disputat. 22. th. 23. cum seq. Plebst. d. disputat. 2. th. 158. p. 169. & Fridericus Martini in Commentar. de jure censuum cap. ult. n. 165. & seqq. Atque hanc quoque sententiam approbavit Facultas Juridica in hac incliyâ Academiâ Tubingensi, die 12. Januar. Anno 1625. Plures hoc loco elegantes & utiles de jure retractus tractari possent questiones: quia verò eas ferè omnes, post Tiraquellum & reliquos Doctores, à se laudatos, nervosè & accuratè explicaverunt Dn. Collega Bocerius aliquoties allegatâ class. 3. disp. 22. Joan. Jacobus Plebst. d. disput. 22. th. 153. cum multis seqq.

Bonaventura Gaver. *disp. Basileens. 10. de jure retractuum* &c. & Theodorus Reinkingk *d. tract. de retractu consanguinitatis*, ego, ne actum agere, aut soli facem addere videat, majore operâ in eadem conferendâ supersedeo.

- 307 Restat, ut de actionibus, ex hoc emptionis & venditionis contractu descendentes, videamus. Proficiuntur autem ex eo actiones duæ: empti & venditi; Actio empti competit emptori, quâ experitur adversus venditorem, ut rem venditam, ejusque possessionem vacuam, unâ cum fructibus, & omni causa, à tempore contractûs perceptâ tradat, l. 2. l. 3. §. 1. *lex empto* 11. §. 2. & *passim*. ff. de action. empt. & vend. l. fructus 13. & l. pen. Cod. de lat. Trentacinq. var. res. lib. 3. ref. 6. de empt. & vend. Caterum vehementer inter Juris Interpretes pugna est: utrum ad domini translationem necesse habeat venditor vacuam omnino & liberam possessionem rei venditæ præstare emptori? In negantium castra transeunt Accursius, Observedus, Baldus, Angel. & alii communiter in l. 2. C. de acquir. & retinend. poss. Donellus lib. 4. Commentar. jur. civ. cap. 19 ibique Hilliger in suis not. ad lit. c. Philipp. Matthæus in l. id. quod nostrum 11. n. 37. cum seq. ff. de reg. jur. Henonius disp. 16. controvers. 12. & novissime Humius disp. 4. th. ult. Affirmantium partes sequuntur Antonius Contius lib. 1. disp. jur. civil. c. 8. Hotoman. illustr. quest. 11. Mysinger. cent. 1. observat. 53. Wesenbec. in Paratit. ff. de contrab. empt. n. 13. Gaddem in l. habere. 188. ff. de verbor. signif. Bronchorst. cent. 3. & vavrio Pavov. assert. 81 edit. 2. Anton. Matthæus in §. per traditionem 40. sup. de rer. divis. Forster. junior. disp. 6. ad Institut. th. 31. Riemer. decad. 10. quest. illustr. 10. Bachovius in resolut. ad Treutler. vol. 2. disput. 20. th. 4. lit. D. & Petr. August. Morla. part. 1. emptorii jur. tit. 9. quest. 5. n. 4. & seq. Atque his quemadmodum accessit supra in d. §. per traditionem. 40. n. 21. & seq. de rer. divis. &c. ita & nunc iisdem patrocinium meum polliceri non dubito. motus tum textibus expressis in d. l. 2. §. 1. & d. l. 3. §. 1. ff. de actionib. empt. l. si pater. 8. C. de l. si stipulatus. 4. in princ. ff. de usur. l. cum fund. 18. ff. de vi & vi armat. l. si ager 50. ff. de rei vindicat. l. traditio 20. in fin. ff. de acquir. rer. dom. l. fistulas. 78. §. 1. ff. de contrab. empt. l. non videtur. 22. ff. de acquir. vel amitt. poss. l. cum res. 12. C. de probationib. l. qui prædium. 13. C. de distract. pignore & d. l. 2. C. de acquir. & retin. poss. Tum quod quippiam tunc in potestatem domini rediisse dicendum est, cum possessionem ejus nactus sit iuste, ut avelli non possit. l. sequitur. 4. §. tunc in potestate 12. ff. de usurpat. & usucap. l. mulieris. 13. §. 1. ff. de verb. signif. Tum quod contractus rei, & alimina (quam vocant) detentio ad acquirendum dominium nihil valet, tradente Contio loco antè designato. Tum denique quod ex naturali possessione proximè dominum cæpit. l. 1. §. 1. ff. de acquir. vel amitt. poss. Proindeque illa prestanda est ei, in quem dominium transferri debet. At verò illam, nisi vacua sit, præstari non posse, perspicuè constat: cum duo in solidum ejusdem rei veri possessores & domini esse nequeant. l. possideri. 3. §. ex plurim. 4. cum §. seq. ff. de tit. l. si, ut certo. 5. §. si duobus. 15. ff. commodat. l. duo in solidum. 19. ff. de precario. Eaque de re pulchrè Cujac. libr. 9. observat. cap. 32. & 33. Borcholt. in Comment. de acquir. vel amitt. poss. c. 6. n. 17. cum seq. Bronchorst. d. cent. 3. assert. 82. edit. 2. & Petr. Frid. Mindan. in tract. de causa & materia poss. c. 10.

- 314 Nec obstat hujus sententia: l. traditionibus. 20. C. de pa. tis. & d. §. per traditionem. 40. supra de rer. divis. ubi per traditionem dominium rei acquiri dicitur: nec præter traditionem & voluntatem domini, rem suam in alium transferre volentis, quidquam exigitur. Traditur autem res, cujus corpus alteri apprehendendum & tenendum sine cujusquam impedimento datur, etiam si in accipientem possessio vacua & plena non transferatur. Hoc, inquam, nihil obstat. Et enim in d. §. 40. Imperator Justinianus simpliciter asserit, per traditionem jure naturali dominium acquiri: propterea tamen non negat, quin plura (quorum omnium ipse non meminit) concurrere necesse sit, ut per illam dominium valide transferatur. Nam non solum requiritur, ut vendens sit rei incorporalis dominus, voluntasque domini ex iusta causâ transferendi, ad id, de quibus d. §. 40. agitur, verum etiam necessarium est, ut vacua rei possessio tradatur, per d. l. qui prædium. 13. C. de

distract. pignor. d. l. cum res. 12. C. de probationib. d. l. si pater. 8. C. de actionib. empt. cum concordantibus præallegatis. Ideoque quod uni juris loco deest, id ex aliis, rem plenius deficientibus suppleendum est, arg. l. non est novum. 26. & l. seq. ff. de legibus. Incivile quippe est, monente Celso: nisi toto juris volumine (quod pro unâ lege habetur) inspecto, unâ aliquâ particulâ ejus propositâ, judicare vel respondere. l. incivile. 24. ff. d. tit.

Similiter non obstat l. si cum fundum. 68. §. ult. ff. de contrab. empt. ubi Proculus claris verbis respondit, esse ex empto actionem, non ut venditor vacuam possessionem tradat: cum multis modis accidere poterit, ne tradere possit: sed ut, si quod dolo malo fecit, aut facit, dolus malus ejus æstimeretur. Ex quibus verbis haud difficulter colligitur: absque inductione in possessionem vacuam, dominium transferri in emptorem. Non, dico, lex ista obstat. Quia ex præmissis certo certius est: venditorem actione ex empto cogi ad tradendam emptori vacuam possessionem: proindeque dicendum, in casu illius legis venditorem jam tradidisse emptori vacuam possessionem rei venditæ: atque adeo satisfecisse actioni & obligationi, quâ tenebatur: postea verò possessionem ab emptore amissam ad eum, qui vendiderat, rursus pervenisse: ac ideo non potuisse agi actione ex empto ad hoc, ut possessio vacua, semel emptori tradita, iterum traderetur. Huncque communem esse textus illius intellectum, testatur Morla d. part. 1. emptorii jur. t. 9. q. 5. n. 5.

Non obstat præterea l. si fundum. 16. ff. de fundo dotal. ubi Tryphonius J. C. docet, fundum à muliere viro in dotem datum, quem alius bonâ fide possidebat, dotalem esse. Prædium autem dotale illud duntaxat dicitur, cujus dominium marito quæsitum est. l. dotale 13. §. 2. ff. d. tit. Ergo in specie istius textus viro quæsitum fuit dominium fundi, absque traditione vacuæ possessionis. Non obstat, ajo, lex isthæc. Nam respondetur: ibi mulierem fundum, à Titio bonâ fide possessum, ut suum in dotem marito dedisse, id est, doti destinasse, vel instrumento dotali professam esse, se eum fundum in dotem dare: non autem corporaliter tradidisse. Nec etenim corporaliter tradere illi marito poterat: quippe cum ab alio, nimirum Titio detineretur. Ac quod mulier dicatur rem in dotem dare, quando destinat, se doti daturam, licet nec dum tradiderit, luculenter apparet l. si rem æstimatam. 14. & l. seq. ff. de jure dot. Quamvis igitur dominium fundi dotalis in maritum per traditionem non sit translatum: tamen actio ad illud vindicandum translata intelligitur. Acqui actionem habet ad rem recuperandam; rem ipsam habere videtur. l. is, qui actionem. 15. ff. de reg. jur. Nec moverit, quod is actionem habere nequeat, cui eadem cessata non proponatur. Tametsi enim in d. l. si fundum. 16. ff. de fundo dotal. de actionibus cessis ne unus quidem apex extat: attamen dotis dationem, cujus responsum istud nominatim meminit, habere vim cessionis actionum, credibile est: cum solemne & assiduum sit, ut mulier actionem vel nomen det in dotem: quod tunc facere intelligenda est, cum rem dare aut tradere non potest. l. nuptura. 57. l. cum post. 69. §. 1. & l. mulier bona. 72. ff. de jur. dot. Atque hanc interpretationem cum vitio careat, legibusque pro nostra sententia superius cumulatis bellè conveniat, in dubio admittendam, planè existimò. l. ambigua. 19. ff. de legib. c. cum expediat. 29. ext. de elect. in 6. Reliqua argumenta, quæ assertioni nostræ opponi solent, plerique ita sunt comparata, ut responsione vix digna sint. Sed & eadem sufficienter refellunt Contius, Hotomanus & Bachovius, locis supra notatis: & iisdem etiam aliquâ ex parte responsum est supra ad pr. tit. de rer. divis. n. 17. & seq. Vide quoque de isthac questione noviter copiosè dissertantem Georgium Franzkium exercitat. jurid. 11. q. 2. pag. 345. & seq.

Potro si res vitiosa à venditore emptori tradatur: siquidem de vitio certior factus, non solum empturus, agit ad redhibendum hoc quoque empti iudicio: sin alius emisisset, & utroque rei vitium ignoraret, quanto minoris emisisset, vitio rei cognito, petet. Quod si verò vitium sciens venditor astute celavit & retinuit: quicquid damni ejus fraude accidit, præstare emptori cogetur, l. 1. §. 1. lex empto. 11. §. redhibitionem. 3. l. Julianus 13. in princ. l. si sterilis. 21. §. 1. & l. quæro. 39. ff. de actionib. empt. l. 1. & tot. tit. ff. de adilit. edit. &c. Mysinger. cent. 1. obs. 56. Donellus

Donellus lib. 13. Commentar. de iure civ. c. 3. Cabotius
 322 lib. 2. disp. c. 25. Cæterum si res non vitiosa, sed falsâ
 commendatione pluris iusto vendita sit: in id agetur,
 ut quanto pluris res empta est, reddatur, d. l. Julianus. 13.
 §. si venditor. 4. ff. de actionib. empt. Paul. lib. 2. sentent.
 tit. 17. §. si ut servum, ibique Cujacius. Nam & ea, quæ
 commendandi causa in venditionibus dicuntur, si palam
 non appareant, venditionem obligant: veluti si dicat, ho-
 minem literatum & artificem. Quod si palam fuerint: ut
 si dicat venditor, servum speciosum, aut domum bene
 ædificatam: licet hoc ipso pluris venderint: non tamen
 obligatur. l. ea, quæ 43. ff. de contrah. empt. gloss. in l. nec
 supina. 6. ad verbum, supina. ff. de iuris & facti ignorant.
 323 Quid autem venditor in venditione equi præstare debeat,
 & quibus ex causis equus venditus redhiberi possit, tam
 de iure civili, quàm Saxonico, exponit Eberhardus Speck-
 han cent. 1. qu. 18. & D. Collega Besold. in thesuro pract.
 lit. R. n. 46. pag. 703. Eadem de re videatur Celsus Barga-
 in tract. de dolo lib. 4. c. 4. n. 21. ubi allegat Alex. in l. si
 quis cum aliter. n. 23. ff. de verb. obligat. & Caballin. in
 tract. de edilit. actionib. c. 2. num. 24. cum seq. Denique
 324 quidquid pactis comprehensum, in hoc empti iudicium
 venit. l. pacta. 72. ff. de contrah. empt. l. tenetur. 6. §. 1.
 cum seqq. & d. l. ex empto. 11. §. 1. ff. de actionib. empt.
 ibique in paratit. Wesenbec. n. 6.

325 E contrario actio venditi datur venditori, ad ea con-
 sequenda, quæ ipsi emptor ex æquo & bono præstare te-
 netur, l. Julianus. 13. §. ex vendito. 19. ff. de actionib. empt.
 l. 2. §. ult. ff. de obligat. & actionib. Veniunt autem in hoc
 iudicium illa: imprimitis pretium, quanti res venit: item
 usuræ pretii post diem traditionis. Nam cum re emptor
 fruatur: æquissimum est: eum usuras pretii pendere, d. l.
 Julianus. 13. §. veniunt. 20. ff. de actionib. empt. l. curab.
 326 §. Cod. l. evictis. 18. in fine. ff. de usuris. Sed controver-
 titur inter Doctores: an emptor usuras pretii venditori
 solvere sit compellendus, quando nullos fructus ex re
 venditâ, utpote sterili, percepit? Et compellendum esse,
 docuerunt Baldus ad l. 2. C. de usur. Paul. Castrens. in d.
 l. curabit. §. C. de actionib. empt. Joan. Anania in c. con-
 questum 8. ext. de usur. Parisius consil. 60. num. 28. lib. 1.
 Gozadin. cons. 55. Joan. Cephalus consil. 736. num. 26.
 lib. 5. Joan. Petrus Surd. cons. 101. & alii ab his relati.
 Contrarium vero probarunt Cynus & Salicetus in l. in
 minorum. 3. C. in quib. caus. in integr. restit. necess. non
 est. Cornueus cons. 59. lib. 3. Cagnol. ad d. l. curabit. §. num.
 26. C. de act. empt. Joan. Bapt. Lupus ibidem num. 141.
 Petrus Benintendus decis. Bononiens. 29. Natta cons. 417.
 & 494. Controv. lib. 3. variar. resolut. c. 4. n. 3. & alii,
 quos refert & sequitur Fachinus lib. 2. controvers. iur. c.
 31. Atque horum sententiæ & ipse subscribo: cujus veri-
 tas tum ex verbis, tum ex ratione d. l. curabit. §. Cod. de
 actionib. empt. conspicua redditur. Ait enim lex expressè:
 emptorem, quia nactus possessionem fructus percepit:
 partem pretii, quàm penes se habet, cum usuris restituere
 oportere. Ergo aliud dicendum est, cum fructus per-
 cipere non potuit. Ratio autem legis hæc est: quia cum
 fructus percipiat emptor: æquum est, eum usuras pretii
 pendere, d. l. Julianus. 13. §. veniunt. 20. ff. de act. empt. Unde
 & alibi de ceterum legitur: iniquum esse, usuras ab eo
 exigi, qui fructus non percepisset. l. liberalitatis. 16. in
 fine. ff. de usur. Neque enim satis est, emptorem rem ha-
 bere: sed illud solum spectare debemus, an habeat fa-
 cultatem fructus percipiendi, ut monet Ulpianus in d. l.
 Julianus. 13. §. possessionem. 21. ff. de actionib. empt.

327 Nec hanc sententiam oppugnat textus in l. 2. C. de u-
 soris. ubi ab Impp. Severo & Antonino simpliciter re-
 scriptum est: emptorem, cui possessio rei tradita est,
 usuras æquitatis ratione præstare cogendum, si pretium
 venditori non obtulerit. Etenim quod ibi simpliciter re-
 scribitur: emptorem ad usuras præstandas teneri: ex aliis
 legibus declarandum & supplendum est, nempe ut verum
 sit, ubi fructus percepit ex re emptâ, cujus possessionem
 nactus est, argum. l. non est novum. 26. cum seq. ff. de
 leg. &c.

328 At quid, si venditor non tradidit emptori rem liberam,
 ut tenebatur: vel fideiussorem, quem promisit, evictio-
 nis nomine non dedit: num usurarum præstationi locus
 erit? Et locum esse (utut reclamant Baldus ad l. 1. C. de
 bonis matern. Socin. sen. in consil. 88. num. 17. libr. 3.
 Parisius in c. cum venerabilis. 6. colom. 8. ext. de excep-
 tionib. & Afflictus decis. 20. ad finem) rectè deciderunt
 Alexand. consil. 174. num. 4. lib. 5. Decius consil. 119.
 col. 3. Castrens. in l. 2. C. de usur. Cagnol. ad d. l. curabit.
 §. C. de actionib. empt. n. 31. Johan. Baptista Lupus ibidem
 n. 142. Cephalus consil. 609. lib. 4. Covarruv. d. lib. 3.
 var. resol. c. 4. n. 6. vers. duodecim hinc deducitur, &c.
 eoque citans Fachinus d. lib. 2. controvers. iur. c. 31. vers.
 altera est controversia, &c. Cujus decisionis fundamentum
 329 haud infirmum positum est in d. l. Julianus. 13. §. possessio-
 nem. 21. ff. de actionib. empt. ubi hæc leguntur verba: Pos-
 sessionem traditam accipere debemus, etsi precaria sit pos-
 sessio. Hoc enim solum spectare debemus, an habeat facul-
 tatem fructus percipiendi. Quibus verbis conclusio ista
 hæc satis manifestè comprobatur. Tum quia precaria
 possessio, non est libera possessio: & tamen emptor usa-
 ras præstare cogitur. Tum quia emptor in propositâ quæ-
 sitione facultatem fructus percipiendi habet. Ergo usuras
 solvere tenetur; tamen venditor pro sua parte contra-
 ctum non adimpleverit. Atque ita hoc casu usurarum
 præstatio non ex morâ emptoris procedit: sed potius ex
 æquitate illâ; ne re & pretio quis fruatur: proindeque si
 emptor fructus perceperit, usuras pro fructuum perce-
 ptorum ratione pendere necesse habet d. l. Julianus. 13. §.
 veniunt. 20. ff. de actionib. empt. d. l. curabit. §. C. eodem

Dubitatur quoque; valde de istâ quæstione: ecquid iustè,
 & absque labe five crimine usuræ, venditor convenire
 cum emptore possit: ut, donec pretium rei venditæ, puta
 prædii, vel alterius rei fructiferæ numeretur, aliquid
 certi annuatim pendatur? Et licet hanc conventionem,
 tanquam fœneratitiam, damnent Decius consil. 116. 119.
 & 183. Socin. sen. consil. 130. libr. 4. Cravetta consil. 189.
 vers. tertius est casus. Cephalus consil. 290. lib. 2. Francis.
 Marcus decis. 891. & nonnulli alii: attamen probabilior
 eorum videtur sententia, qui ejusmodi conventionem &
 pactum sine usuræ crimine fieri posse statuunt, si modò
 330 usuræ taxatæ quantitas quantitatem fructuum, qui veri-
 similiter ex re venditâ percipi possunt; non excedat. Eius-
 que ratio est perspicua: quoniam si nullâ dilatione ad
 solvendum datâ, emptor usuras præstare tenetur ex æ-
 quitate. d. l. curabit. §. C. de actionib. empt. nihil profe-
 ctò impedire debet, quin id ipsum, quod lex probat &
 constituit, in conventionem pactumque deduci queat.
 Ita sentiunt, post plures alios, quos citant, Covarruv. d. l.
 3. variar. resolut. c. 4. n. 5. & Fachinus d. l. 2. controvers.
 iur. cap. 31. vers. verum istis non obstantibus, &c.

Huic traditioni non refragatur; quod, ubi ad solven-
 dam fortem debitam concessa est debitori dilatio, is non
 teneatur ad usuras præstandas: cum in nullâ, neque regu-
 lari, neque irregulari (uti loquuntur) morâ constituatur, per
 text. in l. lecta 40. vers. sed cum sortis ff. de reb. cred. si cert. pet.
 pet. ac proinde injusta videatur ea conventio, quæ illum
 ad usurarum præstationem obligat, cum ipso jure non
 teneatur. Nam breviter respondetur: usuras in præsentî
 331 themate deberi ac præstandas esse non ex morâ, sed ex
 conventionem: quæ non pugnat cum lege, sed cum eadem
 concordat. Sic nihil ad rem facit, quod nemo absque u-
 suræ labe possit rem cariore pretio vendere, ob concessam
 dilationem ad solvendum pretium. c. in civitate. 6.
 ext. de usuris. In nostro autem casu venditor, exigendo
 annum censum seu pensionem, carius vendere videatur.
 Etenim dicendum: venditorem in propositâ specie car-
 ius rem nequaquam vendere: sed usuras pro ratione fru-
 ctuum, ab emptore perceptorum, consequi. Id quod æ-
 quitas iustitiæ commutativæ omnino suadet ac postulat,
 docente Fachinus dicto loco, ubi & quibusdam aliis
 objectionibus satisfacit.

Tandem agit venditor, ut merces five res emptas aut
 emptor tollat, aut id, quod interest, præstet l. 1. §. licet. 3.
 ff. de peric. & commod. rei vendit. item ut, quicquid aut
 ex naturâ contractûs dabitur, aut nominatim dictum
 conventumque fuit, expleat, l. sed Celsus. 6. §. 1. l. pacta.
 72. ff. de contrah. empt. l. tenetur. 6. §. 1. & sapa allegata
 332 l. Ju-

329 At quid, si venditor non tradidit emptori rem liberam,
 ut tenebatur: vel fideiussorem, quem promisit, evictio-
 nis nomine non dedit: num usurarum præstationi locus
 erit? Et locum esse (utut reclamant Baldus ad l. 1. C. de
 bonis matern. Socin. sen. in consil. 88. num. 17. libr. 3.
 Parisius in c. cum venerabilis. 6. colom. 8. ext. de excep-
 tionib. & Afflictus decis. 20. ad finem) rectè deciderunt
 Alexand. consil. 174. num. 4. lib. 5. Decius consil. 119.
 col. 3. Castrens. in l. 2. C. de usur. Cagnol. ad d. l. curabit.
 §. C. de actionib. empt. n. 31. Johan. Baptista Lupus ibidem
 n. 142. Cephalus consil. 609. lib. 4. Covarruv. d. lib. 3.
 var. resol. c. 4. n. 6. vers. duodecim hinc deducitur, &c.
 eoque citans Fachinus d. lib. 2. controvers. iur. c. 31. vers.
 altera est controversia, &c. Cujus decisionis fundamentum
 329 haud infirmum positum est in d. l. Julianus. 13. §. possessio-
 nem. 21. ff. de actionib. empt. ubi hæc leguntur verba: Pos-
 sessionem traditam accipere debemus, etsi precaria sit pos-
 sessio. Hoc enim solum spectare debemus, an habeat facul-
 tatem fructus percipiendi. Quibus verbis conclusio ista
 hæc satis manifestè comprobatur. Tum quia precaria
 possessio, non est libera possessio: & tamen emptor usa-
 ras præstare cogitur. Tum quia emptor in propositâ quæ-
 sitione facultatem fructus percipiendi habet. Ergo usuras
 solvere tenetur; tamen venditor pro sua parte contra-
 ctum non adimpleverit. Atque ita hoc casu usurarum
 præstatio non ex morâ emptoris procedit: sed potius ex
 æquitate illâ; ne re & pretio quis fruatur: proindeque si
 emptor fructus perceperit, usuras pro fructuum perce-
 ptorum ratione pendere necesse habet d. l. Julianus. 13. §.
 veniunt. 20. ff. de actionib. empt. d. l. curabit. §. C. eodem

1. *Julianus* 13. §. ex vendito 19. & aliquot §§. seqq. ff. de actionib. emp. & ibidem in Paratit. Wessenbecius n. 8. & 9. ubi qua ratione & forma utraque tam empti, quam venditi actio proponenda sit, eleganter declarat. Atque de istis etiam, similibusque actionibus, puta redhibitoriâ, & quanto minoris, & æstimatoriâ, ex professo agit *Johannes Oldendorpius* class. 4. act. 1. & seqq. nec non *Molinæus* ad tit. Cod. de ædilitiis actionib. pag. 207. cum seqq.

DE LOCATIONE ET CONDUCTIONE.

TITULUS XXV.

Principium Tituli.

Locatio & conductio proxima est emptioni & venditioni, iisdemque juris regulis consistit. Nam ut emptio & venditio ita contrahitur, si de precio convenerit: sic & locatio & conductio ita contrahi intelligitur, si merces constituta sit: & competit locatori quidem locati actio; conductori verò conducti.

SUMMARIA

- 1 Ratio ordinis & æconomia tituli.
- 2 Locare quid, & unde.
- 3 Locationis & conductionis definitio.
- 4 Eiusdem definitionis explicatio.
- 5 Obligationes ex jure gentium introductæ.
- 6 Locatio cur dicatur constructus bonæ fidei.
- 7 Quæ ad locationis & conductionis perfectionem necessaria: & n. 12.
- 8 Quæ res locari possint: & n. 29.
- 9 Merces unde, & quid dicatur.
- 10 Locatio quomodo differat à commodato & precario.
- 11 Merces in locatione, an in futurum contrabentium arbitrium conferri possit.
- 12 Locationis substantialia quæ.
- 13 Locatio & conductio quotuplex.
- 14 Rei locatio & conductio quæ: & in eâ quis locatur, quæ item conductor perhibetur.
- 15 Facti locatio & conductio quid sit.
- 16 In eâ quis locator & conductor censetur.
- 17 Locatio & conductio quomodo perficiatur.
- 18 Quatenus eadem tacite renovata intelligatur, tam in urbanis, quam rusticis prædiis.
- 19 Ratio differentie inter prædia rustica & urbana.
- 20 Locationis renovatio præsumitur facta cum omnibus qualitatibus præcedentis contractus.
- 21 Si quis vendiderit agrum cum pacto redimendi intra quinque annos, & cum ad illud tempus condiderit; deinde finito tempore, in conductione manserit, ad tempus redimendi provocatum esse videatur.
- 22 Quoties obligationi certum tempus præfixum, si post tempus agatur, exceptio obstat.
- 23 Intellectus l. item quaritur. 13. §. ult. ff. locati.
- 24 Sententia l. fundi partem. 79. ff. de contrab. emp.
- 25 Consideratio l. lecta 40. ff. de reb. credit. si cert. pñ.
- 26 Locare & conducere qui valeant.
- 27 Milites cur locare prohibeantur.
- 28 Quatenus curiales conducere videntur.
- 29 Res omnes, in commercio existentes, locari possunt.
- 30 Quæ servitutis locari queant.
- 31 Personalitæ personam non egrediuntur.
- 32 Majoratus possessor quatenus rem majoratus locare possit.
- 33 Vasallo an liceat locare fundum feudalem.
- 34 Locatoris jure perempto, perimitur & juri conductoris.
- 35 Juri patronatus per se locari nequit.
- 36 Opera an & quatenus locentur.
- 37 Nunquid liber homo suas operas in perpetuum possit locare.
- 38 Conventio, aliquem servum facienti, non valet.
- 39 Conducens hæcilem, Advocatum, Notarium, & similes, tenetur eis ad victum, etiam in eundo & redeundo.
- 40 Locationis & conductionis appellatio promissæ usurpatur pro toto contractu.
- 41 Emptio & conductio sunt similes.
- 42 Merces jure appellatur pretium.
- 43 Locati actio cui, adversus, quem & ad quid competat.
- 44 Nam equum conductum præsumitur mortuus conductoris culpa, an morte animalis.

- 45 Dolum allegari, eum probare tenetur.
- 46 An & quatenus conductor adium de incendio teneatur.
- 47 Merces quando solvenda.
- 48 Conductor ante tempus deserens habitationem aut fundum, an & quatenus mercedis nomine conveniri possit.
- 49 Si pluribus Studiis habitatio sit locata, & unus eorum, non soluta mercedis parte, illum deserat, reliqui integram pensionem solvere non tenentur.
- 50 Operas suas locans, quatenus totius temporis mercedem accipere debeat.
- 51 Doctor seu Professor, justam ob causam non legens, nihilominus totum salarium petere potest.
- 52 Professore vel Advocato in exordio anni locationis moriente, integrum salarium heredibus ejus debetur.
- 53 Famulus iusta causa impeditus, quod minus officium suum fecerit, integram mercedem petere poterit.
- 54 Quatenus id, quod ob causam datum est, eâ causâ non secuta, repeti possit.
- 55 Cui damus actionem ad repetendum, ei multo facilius damus exceptionem ad retinendum.
- 56 Quo tempore artifex mercedem promissam petere queat, distinctione declaratur.
- 57 Emptor quando precium venditori dare teneatur.
- 58 Quis non censetur fecisse opus.
- 59 Stipulatio, opus fieri, individua.
- 60 Famuli, ancille, operarii, &c. ante finitum locationis tempus sine iusta causa descendentes, puniendi.
- 61 Merces quando ante perfectum opus solvenda.
- 62 Quo casu artifex locatori interesse præstare cogatur.
- 63 Si plures opus faciendum conduxerint, quatenus locatori sine obligati.
- 64 Quibus casibus locator possit expellere conductorem, etiam ante finitum locationis tempus.
- 65 Mens & explicatio l. si duo. 3. §. 1. ff. uti possidetis.
- 66 Conductor male in re versum, integram pensionem locatori præstare compellitur.
- 67 Sententia aurb. qui rem C. de SS. Ecclis.
- 68 Locator non debet locupletari cum damno conductoris.
- 69 Damnum, quod quis sua culpa fecit, sentire non videtur.
- 70 Locator damnum sibi data quibus actionibus persequi possit.
- 71 An conductor, ob non solutam unius anni pensionem, statim expelli possit.
- 72 Sermo simpliciter prolatus, de primo actu intelligitur.
- 73 Factum, de conductore non expellendo, quomodo intelligendum.
- 74 Consideratio l. quaro. 54. §. 1. ff. locati.
- 75 Verba enunciativa nihil disponunt.
- 76 Sensus l. cum domini. 56. ff. locati.
- 77 Detegere res alienas, durum & inhumanum est.
- 78 Colonus vel inquilinus probans, se soluisse pensionem tribus proximis annis, fundatam intentionem habet, quod & retrò soluisse præsumatur.
- 79 Conducti actio, cui, contra quem, & ad quid datur.
- 80 An & quatenus conductor merces ob rei locatæ interitum vel sterilitatem, & similes causas remittenda.
- 81 Si immodica ubertas contingat, ut unius anni incommodum cum aliorum annorum commodum perferatur: etiam pro anno sterili integra pensio emigi potest.
- 82 An & quatenus Inquilinus ob pestem grassantem emigrare possit.
- 83 Merces pro rei usu dari solet.
- 84 Ecquid conductor, propter spectra & illusiones nocturnas, justam emigrandi causam habeat.
- 85 Conductor illis casibus emigrare volens, quid facere teneatur.
- 86 Impensis, in rem locatam factis, conductori restituenda.
- 87 Num conductor sumptus, in rem conductam fructuum colligendorum causa factos, repetere à locatore possit, quando ad perpetuam rei utilitatem sunt facti.
- 88 Respondetur ad objectionem.
- 89 Conductor ad quæ faciendâ obligetur.
- 90 Ad aliam objectionem respondetur.
- 91 Num conductor collectas & tributa solvere teneatur.
- 92 Quid pædagium solvere debeat: conductor, vel locator.

Ratio ordinis ex principio hujus tituli (cui respondet titulus ff. locati conducti. & tit. C. de locato & conducto item titulus ff. si ager vestigalis, id est, emphyteuticarius peratur. & tit. C. de jure emphyteutico) efflorescit & constat. In eo autem Justinianus Imp. duas contractus species. Locationem & Emphyteusin, ob maximam, sui inter se similitudinem ac familiaritatem, simul proponit. Et hoc quidem loco de illâ sermonem instituit: hanc vero infra in §. ad id autem 3. persequitur. Cæterum antequam ad hujus principii explicationem proprius accedam: breviter definitionem & divisionem locationis & conductionis, nec non alia quedam, ad plenioris hujus materie cognitionem spectantia, præmittam locationis vocabulum, à loco sic est dictum, quasi locare proprie sit.

aliquid in loco ponere: locus, ubi quid locatum esse potest: & locarium, quod datur in stabulo & tabernâ, ubi consistant. Atque inde videtur locatio fundorum & ædium dicta: quod in iis certâ mercede datur facultas consistendi & habitandi tanquam in suo, ut ex Varrone lib. 4. de ling. Lat. & Connano lib. 7. Comment. jur. civ. c. 11. n. 1. fol. 750. docet Petrus Augustinus Morla, Valent. in Emporio utriusq. juris part. 1. tit. 10. de locato in præmissis n. 2.

3 Locatio autem & conductio est contractus juris gentium, nominatus, bonæ fidei, solo consensu initus, de rei alicujus usu, vel fructu, vel hominis operis, pro mercede certâ, confestim definitâ, alteri ab altero concedendis. Hanc definitionem haud obscure approbat Philippus Knipschildt. exercitat. Acad. 9. th. 3. p. 306. Hujus definitione membra paucis confirmanda atque explicanda sunt. Dico, locatio & conductio est contractus juris gentium. Quis Hermogenianus Jurisconsultus, in l. ex hoc jure §. ff. de just. & jur. disertè scribit; emptiones, venditiones, locationes, conductiones, & ceteras obligationes (quibusdam exceptis) ex jure gentium esse introductas. Cui addipulatur Paulus in l. 1. ff. locati conducti qui in hæc verba respondit. Locatio & conductio: cum naturalis sit, & omnium gentium. non verbis, sed consensu contrahitur. Ajo, nominatus: quoniam certum & proprium nomen habet, l. juris gentium 7. §. 1. ff. de pact. l. 1. §. item emptio 2. in fin. ff. de rerum permutat. Addo, bonæ fidei, motus argumento §. action. autem 28. infr. de actionib. & l. cum venderem 2. ff. locati. Ideò verò bonæ fidei appellatur: quia alter alteri non in id solum est condemnandus, quod in contractu nominatim deductum est, & in libello conventionis expresse petitum; sed etiam in omne id, quod insuper præstari æquum & bonum est, §. in bonæ fidei 30. infr. de actionib. Sanè rursus Domino Collegæ Bocero hic num. 14. p. 403. displicent in propositâ definitione hæc verba: Juris gentium, nominatus, bonæ fidei: eaque ceu superflua averruncanda censet. Verùm quoniam ad hæc ineptias jam supra aliquoties responsum est: actum agere nolo. Appono,

7 solo consensu initus. Etenim locatio & conductio ad sui perfectionem & constitutionem; neque continuò rei traditionem, neque verba, neque literas desiderat: sed solo nudoque consensu de aliqua re contenta est, dist. l. 1. & l. qui ad certum 14. ff. eod. l. 2. ff. de obligation. & action. tot. tit. §. de obligationibus ex consensu l. contractus 24. Cod. de locato & conduct. Adjicio, de rei alicujus usu, vel fructu, vel hominis operis. Nam hæc omnia locari possunt: & usus quidem in domo, l. si tibi habitationem §. 1. l. si quis domum 9. in princ. l. si merces 25. §. 1. ibi, fundum fruendum, vel habitationem, ff. locati: fructus in fundo, l. ex conducto 15. §. cum quid de fructuum §. 1. l. si in lege 24. §. colon. 4. l. si fundus 33. ibi, ut mihi frui liceat ff. eod. l. nemo 6. C. de locato l. 1. in princ. ibi, fruendum alicui legavit, & §. 1. ibi, qui id fruendum conduxit ff. de loco publ. fruendo l. 1. in princip. ff. de superficieb. operæ in homine locantur, l. item queritur 13. §. 1. & seqq. l. in operis 26. l. qui operas 38. ff. locati. Subdo, pro mercede certâ. Quandoquidem sine certâ mercede (quæ dicitur a merendo & ære, teste M. Terentio Varrone d. libr. 4. & 7. de ling. Latinâ, etque merces id, quod datur pro usu aut operâ rei vel personæ: proinde ad pecuniam & res mobiles tantum refertur, l. merces 66. ff. de verb. signif. Wesenbec. hic num. 2.) locatio non contrahitur, l. si vir uxori §. 2. in princ. ff. de donat. inter vir. & uxor. l. si convenerit 23. ff. commun. divid. l. sicut emptio 20. §. 1. l. & hæc distinctio 35. §. 1. ibi, certo precio ff. locat. l. licet 8. ibi, certis annuis quantitatibus C. de locato. Et propter certam mercedem differt locatio à commodato, & precario: in quibus nullâ mercede certa interveniente, res gratuito alicui utenda concedi solet. §. item si cui 3. §. quib. modis re contrah. obligat. lib. 1. ff. de precario. Cæterum Dn. Collega Bocerus hic num. 20. p. 404. ineptum esse dicit, & minimè logicum; verbis hæc, certâ mercede, distinguere locationem-conductionem à commodato, & precario. At valde inconsideratè hoc dicit & scribit: nec animadvertit, ipsum Ulpianum Jurisconsultum ita distinguere locationem-conductionem à

commodato, l. si, ut certo §. §. rem tibi dedi. 12. ff. commodat. Neque obstat, quod toto genere hi contractus à se invicem differant. Nam etiam depositum toto genere differt à locatione-conductione: & tamen Ulpianus ait, si balnearii vestimenta servanda sint data; mercede quidem interveniente, locationem conductionem, nullâ verò interveniente, depositum esse, l. 1. §. si vestimenta 8. ff. depositi. Proinde cum ipse Ulpianus Jureconsultus mercedis intervenitu distinguat locationem-conductionem à commodato, itemque à deposito: ineptum utiq; oportet esse eum, qui hanc differentiam ineptam vocare audet. Denique subjungo, confestim definitâ. Cum enim in futurum contrahentium arbitrium merces confertur: non est locatio & conductio, sed contractus innominatus; unde præscriptis verbis actio nascitur, l. si tibi 22. ibi, protinus aut data, aut constituta sit merces ff. de præscript. verb. §. 1. ibi, nullâ statim mercede constitutâ infr. hoc tit. Dn. Collega Bocer. in hoc tit. num. 26. p. 405. & in Commentar. ad l. contractus 23. ff. de reg. jur. cap. 4. n. 92. edit. 2. Augustinus Morla in d. Emporio jur. part. 1. tit. 10. in præmissis n. 7. Porro ex hac definitione, ita succinctè exposita, colligere promptum est, tria ad hujus contractus substantiam esse necessaria: consensum, mercedem certam, & rem ipsam, quæ locatur. Quod tamen cum grano salis accipiendum est; nempe ad substantiam locationis-conductionis etiam mercedem & rem sive operam desiderari, non ut mercedem solvi, rem tradi, operamvè præstari necessum sit, quò substantiam capiat locatio: sed quòd de his præstandis convenire & consentire oporteat, arg. d. l. 2. ff. de oblig. & act. & d. tit. supr. de oblig. ex consensu. Præstatio igitur horum non ad perfectionem, sed ad consummationem locationis spectat: nec requiritur ad ejus substantiam, sed ad vim potius & effectum. Verùm videantur. Eguinarus Baro hic, Schneidewin. n. 4. & Heigius num. 6. Vincent. Carocius in tract. locati & conduct. part. 1. tit. 2. n. 1. Morzsius in tr. de locat. & conduct. tit. de substantialib. locat. & conduct.

Locatio & conductio est duplex, alia rei, alia facti, rei locatio & conductio est; si res, veluti fundus, domus, jumentum, vestimentum, alicui fruendum vel utendum detur. Quo casu locator in perhibetur, qui rem dat: conductor autem, qui rem utendam fruendamve accipit. l. si quis 9. in princ. & §. 1. cum l. seq. l. ex conducto 15. in princ. l. sed addes 19. §. si dominus l. si in lege 24. §. 1. ff. locati §. adeo autem 3. infr. hoc tit. Quòd si res soli est: in agro quidem colonus, in ædibus inquilinus vocatur, l. res pignoris 37. ff. de acquir. vel amit. poss. d. l. ex conducto 15. §. 2. d. l. sed addes 19. §. 2. & §. si inquilinus 4. d. l. si in lege 24. §. 1. & 4. l. si merces 25. §. conduct. l. si fundus 33. ff. locati l. 2. in fin. & l. 4. ff. de usu & habitatione. Facti locatio & conductio est; quia agitur, ut unus operam suam alteri in re, vel persona ejus præstet. In re quidem illius: veluti ut ipsius tabulam pingat, ut in area ejus insulam ædificet, ut ex auro ipsius vas aut annulum conficiat, l. Sabinus 20. l. convenit 65. ff. de contrah. empt. l. 2. in fin. ff. locati l. natural. §. §. 2. ff. de præscript. verb. §. item queritur 4. infr. h. t. in persona verò ejus; ut si nautæ, vel aurigæ se det vehendum, dist. l. sed addes 19. §. si quis mulierem. 7. ff. locati. Hoc casu quis locator, quis conductor censetur, controvertitur? Ego, non attentis aliorum altercationibus (de quibus videantur Cujacius libr. 2. observation. c. 28. Robert. lib. 1. animadvers. jur. civil. c. 10. & in Notis ad Mercat. libr. 1. c. 10. Borcholt. in Commentar. de pact. c. ult. n. 18. & seq. Vultejus hic n. 6. & 7. Donell. lib. 13. Commentar. de jure civil. c. 6. p. 151. ad fin. Tineus Faber disp. anniverf. 24. ad Iustit. Imperiales th. 5. sub lit. e. Olemannus ad lib. 3. disp. jur. civ. Instit. Giph. Disp. 29. n. 6. & 7. & novissimè Franzkius exorcit. jurid. 11. q. 4. p. 354. putaverim, eam esse locatorem, qui inchoat contractum, sequæ alii prius ultro obtulit, & qui placitum offerentis suscepit. arg. Inscrip. hujus tit. de loc. & conduct. & Rubr. ff. & C. loc. conduct. ubi locati & locationis nomina præponuntur: conducti verò & conductionis, postponuntur. & arg. l. item quer. 13. §. 1. & seq. d. l. si merces 25. §. qui columniam 7. l. opus 37. & l. qui

operas. 38. ff. locati. Proinde si artifex primò offerat operas suas; dicitur locator, & operas suas locare: alter verò conductor, & artificis operas conducere dicitur. Sin alter artificem adet, & ab eo quid fieri sibi pro mercede petat; dicitur locare operas artifex autem conducere. Idque uberius declarat Dn. Collega Boccr. in hoc tit. n. 34. pag. 406. item in praedictis Commentar. ad l. contractus. 23. c. 4. n. 94. ff. de regul. jur. §. claus. 2. Disput. 4. thes. 6. ad lit. H. edit. 2. Hummii lib. 2. variar. resolut. jur. civ. tract. 7. part. 2. q. 1. Jacob. Schegk. in delib. jur. Disput. 18. thes. 47. lit. B. & Matthias Stephani cent. 3. quest. 72. Adde Richterum in tract. de contractibus disp. 10. thes. 2. sub lit. f. p. 308. nec non D. Besoldum in delibatis juris ex lib. 19. ff. q. 2. p. 29. ubi subjicit, simpliciter & planè in praxi conductorem haberi, qui pecuniam dat: locatorem, cui datur.

37 Perficitur hic contractus non solum consensu expresso, sed etiam tacito. Expresso quidem, ut si tractatus nominatim de re, vel opera locanda, inter partes habeatur: tacito verò, si sine tractatu habito conductor in re sibi locatà, tempore conductionis impleto sive elapso, domino non reluctante, persistat l. item queritur. 13. §. qui impleto 11. cum l. seq. ff. locati, & l. legem. 16. ubi Gothofred. C. de locato. Fürstl. Würtemb. erneuert Landrecht. part. 2. tit. 17. von verleihung und besande der Güter. §. Wann einer pag. 297. Quod idem de Officialibus & famulis pronunciandum esse, testatur Petrus Franciscus Linglois ad quinquaginta decisiones Justiniani. fol. 57. huncque laudans D. Besold. in dd. delib. jur. ex lib. 19. ff. q. 6. in fine p. 35. Et tacite censetur renovata locatio & conductio, in prædiis urbanis, prout conductor antè habitavit; hoc est, si annum vel mensem habitavit: tantum pro eo tempore reconductio facta præsumitur: in rusticis autem prædiis annalis duntaxat reconductio indulgeri conductori creditur, tametsi prima conductio majoris temporis fuerit: putà, si prius quis agrum vel horreum conduxisset in quinquennium; non videtur ex patientià renovata conductio in aliud quinquennium, sed in eum solummodo annum, qui sequitur, dict. l. item queritur. 13. §. ult. ff. locati. Vultejus hic n. 12. & Heigius in §. conductor. §. n. 2. infr. hoc tit. Ruinus consil. 107. n. 6. vol. 4. & consil. 62. n. 9. vol. 1. Surdus decis. 33. n. 11. huncque citans Joan. Baptista Costa centur. 1. distinct. 2. n. 1. fol. 303. Ratio differentie hæc redditur: quia fructus rustici prædii certà tantum anni parte, adedque uno tempore; urbani verò, qualibet anni parte percipiuntur. Gloss. & Bartol. n. 10. in d. §. ult. & Baldus in d. l. legem. 16. C. de locato. Alexand. consil. 28. in fin. vol. 4. Socin. consil. 17. num. 1. vol. 3. Beroius consil. 152. num. 12. vol. 1. & consil. 193. num. 26. Sord. decis. 33. num. 11. hosque referens Acacius Ant. de Ripoll. variar. juris resolution. c. 12. num. 153. & seqq. fol. 394. Hinc inter cætera inserit Bartolus citato loco: quod si esset prædium rusticum, ex quo non perciperentur fructus, nisi de quinquennio; in quinquennium censeretur facta reconductio. Item si esset prædium rusticum, ex quo bis in anno perciperentur fructus: sicuti contingit in prædiis Egypti, auctore Plinio lib. 3. natural. histor. cap. 20. tunc solum in sex mensibus reconductio facta præsumeretur. Hancque sententiam recenset & probat Menochius in tractat. de præsumptionib. lib. 3. præsumpt. 85. n. 8. & 9. At fanè locatio- nis renovatio impleto tempore conductionis, conducto- re adhuc in possessione permanente, præsumitur facta cum omnibus qualitatibus & conditionibus præceden- tis contractus, & consequenter cum eisdem pignoribus, (non tamen iisdem fidejussoribus) pœnis, renunciationibus, & clausulis d. l. item queritur. 13. §. ult. ibi, non solum reconduxisse videbitur, sed etiam pignora videtur, durare obligata. ff. locati. & d. l. legem. 15. ibique Bald. C. de locato. Barbat. consil. 14. num. 7. vers. capio nunc ul- timum. vol. 2. Ruinus consil. 78. n. 5. vol. 1. Alciat. in tr. de præsumpt. reg. 2. præsumpt. 17. n. 5. Boer. decis. 284. n. 14. Gravina consil. 87. num. 3. lib. 1. Burfat. consil. 220. n. 21. & 31. vol. 2. Masc. de probationib. vol. 2. concl. 992. n. 3. & 6. ubi plura adducit. Adde Doctorem Martam tom. 2. Digestorum novissimor. in locato. c. 28. & seqq. fol. 215.

18 19 20

& Petrum Franciscum Linglois decis. 5. quest. 4. fol. 57. Unde dubitatur: si quis vendiderit agrum cum pacto redimendi intra quinquennium, & ad id tempus illum conduxerit, deinde finito tempore, in conductione manserit; utrùm tempus redimendi prorogatum esse censeatur? Et verius est, in proposità specie locationem quidem renovatam videri: sed non pactum redimendi ad longius tempus prorogatum ceneri. Quoties enim obligatio- ni certum tempus est constitutum, si post tempus agatur, exceptio obstat. l. eum, qui ita stipulatur. 56. §. qui ita 4. ff. de verb. obl. Igitur cum venditor stipulatus fuerit, sibi jus ac potestatem redimendi intra quinquennium concedi; elapso quinquennio, redimere volenti exceptio obstat.

23 Nec refragatur sepè allegata l. item queritur. 13. §. ult. ibi, sed etiam pignora videtur durare obligata. ff. locati. Nam loquitur de obligationibus & hypothecis ad loca- tionem ipsam pertinentibus: ita ut renovatà locatio- ne, renovatæ etiam intelligantur cæteræ obligationis, quæ ipsam locationem comitantur.

24 Nec item quicquam movet, quod istiusmodi pactum videatur esse pars precii. leg. fundi partem. 79. ff. de contrah. empt. Quia censetur esse pars precii, se- cundum tempus conventioni adjectum. Ideoque tem- pore conventionis elapso; ille, qui vendidit, merito redimendi facultate privatur.

25 Similiter nihil obest l. lecta. 40. ff. de reb. credit. si cer. per. ex qua colligitur, quod temporis prorogatio cen- seatur facta cum iisdem qualitatibus. Hoc siquidem con- ceditur de qualitatibus locationis: sed pactum redi- mendum non est hujusmodi qualitas, ad locationem per- tinens. Et hanc sententiam respondendo tenuit Alexand. (sibi contrarius in consil. 28. in fin. vol. 4.) in consil. 76. vol. 5. Gozadin. ad l. 2. de resc. vend. q. 31. Cagnol. ibidem. q. 58. hosque referens Fachin. lib. 1. controvers. jur. c. 83. & horum nominibus suppressis D. Hummii in suis re- sol. ad Treutler. vol. 1. disp. 29. th. 4. lit. f. q. 13. p. 1767. Porro quando conductor reconduxisse præsumatur rem conductam, pluribus ampliacionibus & limitationibus di- ligenter & egregie declarant Menochius d. l. 3. præsumpt. 85. Mascardus d. conclus. 992. vol. 2. & Vincent. Caroc. in tr. loc. & conduct. part. 2. tit. de renovat. loc. p. 207. & seqq.

26 27 Locare autem & conducere, adeoque consensum inter- ponere possunt omnes, qui non prohibentur. Prohiben- tur verò imprimis milites; ne omisso armorum usu, ad opus rustice se conferant, & vicinis graves præsumptio- ne cinguli militaris existant. Armis siquidem, non priva- tis negociis, occupari debent, nymis & signis suis jugi- ter inhaerentes. Remque publicam, à quâ aluntur, ab omni bellorum necessitate defendentes. l. milites. 35. & l. fin. Cod. de locato. & cond. ibique in sua summa Azo num. 4. Quamvis stabulum pro equis, ut & alia sui usus gratià, conducere non vetentur, ut tradit Mozzius in tractat. de locat. & conduct. tit. de his, qui possunt locare & conduc. num. 3. allegans gloss. in d. l. milites. 35. & in d. l. fin. C. eod. itemque Salicet. in summa ejusdem tit. Præterea Cu- 28 riales si res alienas conduxerint: nulla obligatio ex hu- jusmodi contractu competit, l. curialis. 30. C. de locato. l. decurio. 4. ff. de decurionib. nisi forte domum, cum propriam non habeant, conduxerint. Bald. in d. l. curia- lis. 30. C. de locato. vel alicui in conductione successerint. Tunc enim in ea illos remanere, Marcianus respondit, d. l. 4. ff. de dec. Et idem generaliter dici posse videtur de omni- bus, quos vel lex, vel statutum, vel pactio à contractibus ce- leberrandis remover. arg. l. fin. C. de reb. alienis non alienand. Mozz. d. tit. n. 8. Porro de personis, locare valentibus, vel non, latius tractat Vincentius Caroc. d. tr. loc. & cond. part. 1. tit. de tut. & curat. & tit. seqq. p. 45. cum seqq. nec non Thomas Maulius in tract. de locat. conduct. tit. 2.

29 Planè res omnes, quæ hominà commercio non sunt ex- emptæ, locari possunt. arg. l. 1. si in empt. 34. §. 1. ff. de contr. empt. nec refert, mobiles sint, an immobiles: corporales, vel incorporales; propriæ, an alienæ; quia dominium transferri necesse non est. l. si tibi alienam. 7. l. si quis. 9. §. fin. l. non solet. 39. ff. locat. ibique in Paratis. Wesen- ber. num. 5. Et si dominus postea prohibeat cum ullo, qui conduxit: locator conductori ad interest tenuetur.

- d. l. 7. cum l. seq. ff. eod. Verum id copiose, & quidem varie; explicat Anton. Faber lib. 2. conjecturar. c. 5. Cujac. tractat. 8. ad African. in explanatione l. & hac distinctio 35 ff. locati, & Arumam Exercit. Justin. 14. th. 11. Sane servitutes prædiorum per se, id est, sine prædiis, locari nequeunt: quippe quæ solo coherent, & ad ejus utilitatem constitutæ sunt: sine quo etiam consistere non possunt, l. locare 44. ff. eod. l. si is, qui 11. §. ultim. ff. de pignorib. & hypoth. Nicol. Reusner. lib. 3. disput. jur. civil. disp. 9. th. 22. At personarum servitutes, veluti ususfructus & habitatio, rectè locari queunt, §. 1. vers. cum is, qui ususfructum s. de usu & habitat. d. l. si quis 9. §. 1. ff. locati l. arboribus 12. §. usufructuarius 2. ff. de usufruct. l. cum antiquitas 13. Cod. de usufruct. & habitat. Giphon. lib. 3. disput. 29. th. 13. & ibidem Olemannus nu. 15. & 31 seqq. Neque obstat, quòd ususfructus sit jus personale. l. 3. in fine ff. quib. mod. usufruct. amitt. Personalalia verò personam non egrediantur: cum inf. parabiliter eidem adhæreant, l. usus aquæ 21. ff. de usu & habitat. l. privi. 196. ff. de reg. jur. Etenim respondetur: quòd usufructus cum locatur, non transferatur, sed per conductorem retineatur, l. non utitur 38. & l. seqq. ff. de usufructu. Quinimò & jura, quæ solo coherent, ad personæ tamen utilitatem pertinent, locari possunt l. ult. in fin. C. de vestigalib. & commissis ubi jus vectigalis atque pedagii quod tamen jus est reale, ad utilitatem duntaxat personæ spectans, locari potest. Eaq; de re videatur Hummius in resolut. ad Treutler. vol. 1. disp. 29. th. 2. quest. 4. p. 1751. & 32 seqq. Majoratus quoque possessorem posse rem majoratus ad modicum tempus locare, cum hæc locatio nullam alienationis speciem contineat, communiter receptum est; ita tamen, ut si ipse moriatur, successor stare locationi non teneatur: sed possit rem majoratus denuò locare. Cum enim majoratus possessor non habeat dominium perpetuum, sed temporale non poterit locare libere, sed cum suâ qualitate temporali, ut dixit Bald. in l. fin. §. sed quia nu. 7. C. communia de legat. quem refert & sequitur Ludovicus de Molina lib. 1. de Hispanor. primogeniis cap. 21. ubi hac de re, & aliis, eò pertinentibus, amplissime dissertat. De eadem re videatur Vincent. Ca. roc. d. part. 1. tit. de possessore majoratus p. 44. & seqq. Sed & vasallum locare alii posse fundum feudalem, si fraus absit, probabilis est, tit. 9. qualiter olim pot. feud. alien. §. donare lib. 2. Feudor. latè Francisc. Cure. Junior in tract. feudor. quarta part. nu. 92. Borchol. in Commentar. de feud. c. 8. nu. 36. Treutler. d. Disput. 29. thes. 2. ad lit. f. volum. 1. atque per hunc allegati, & ibidem Hummius q. 6. 34 Enimverò locatoris jure resolutio sive perempto, relolvitur quoque & perimitur jus conductoris, d. l. si quis 9. §. 1. ff. locati l. peto 69. §. 1. ff. de legat. 2. l. fundum 7. ff. de actionibus empt. l. si usufructus 66. ff. de jure dor. tit. 13. §. ult. lib. 1. feud. l. nemo potest 70 ubi Dd. ff. de reg. jur. & c. nemo potest 79. eod. in 6. Cujac. lib. 23. observ. c. 38. Bocer. d. class. 2. disp. 4. th. 18. lit. e. edit. 2. Henning. Wegner. Disput. 12. th. 3. ad lit. b. At quid de jure patronatus dicendum: poteritne per se locari? Et non posse, breviter responderetur, c. de jure verò patronatus 16. ext. de jure patronat. junctâ l. 1. & 2. ff. locati, D. Bocer. in hoc tit. n. 69 p. 410. Videatur Lambert. in tract. de jure patronat. q. 8. secund. part. qu. principal. lib. 1. cum seq. artic. quem refert Mozzius in d. tract. de locat. & cond. tit. de reb. quæ locari poss. nu. 9. 35 Ad operas diurnas, menstruas, vel annuas, quod attinet, eas locari posse, extra controversiam est, l. item si precio 22. §. cum insulam l. si merces 25. §. qui columann. 7. l. qui insulam 30. §. qui admod. 3. l. qui operas 38. & possim ff. locati. Ubi tamen non ignorandum: toties locationem & conductionem intelligi, quoties operæ locantur exercendæ in re & materiâ nostra: alioqui si suâ in re quis operas nobis præstet, non locatio & conductio, sed emptio & venditio, vel innominatus contractus dicitur, l. Sabinus. 20. l. convenue. 65. ff. de contrah. empt. l. naturalis 5. §. si cum eo, ut facias & leg. si tibi decem 7. ff. de præscript. verb. Confule Donellum l. 13. Comment. de jur. civ. cap. 6. ibique Hilgerum in suis not. ad lit. g. & itemque Hummius in resolut. ad Treutler. vol. 1. disput. Harpprecht ad Institut. Tom. III. 29. q. 7. p. 1755. & Althusium lib. 1. dicaolog. c. 76. n. 29. & segg. p. 264. Sed valde ambiguum est: an liber homo suas operas in perpetuum locare possit, ut ipsemet eas præsteat? Et negantium opinio juri magis consentanea videtur, argumento l. Titio centum 71. §. 2. ff. de condit. & demonstrationib. l. conventio 37. ff. de liberali caus. l. nec si volens 6. & l. interrogatam 24. C. d. tit. Quibus ex locis manifestum evadit: nullam conventionem, nullumque pactum valere: quo aliquis se faciat servum. At si quis in perpetuum se obligat: isthæc obligatio instar servitutis se habet, l. 2. ff. de homine libero exhibend. ubi Venulejus ait, non multum à specie servientium differre, quibus facultas non datur recedendi. Atque ita sentiunt Truerius Glossator, Petrus de Bella pert. Dinus, Cynus, Jacobus de Arena, & Albericus de Rosat. quos refert & approbat Sychardus ad rubr. C. de locato n. 6. & 9. item noviter Bocer. d. class. 2. disp. 4. th. 21. nec non Schegk in delibatis jur. disput. 18. th. 50. Quamquam contrarium communi Dd. calculo receptum fateantur Christophorus Porc. in princ. f. de usufruct. Angel. Aretin. in §. usufructus nu. 1. cod. tit. Didac. Covarruvias in tract. de sponsalib. 2. part. c. 7. n. 5. Emanuel. Soarez in thesauro receptar. sentent. lit. o. n. 16. & Matthias Colerus in tract. de processib. execut. part. 1. c. 9. n. 27. Sanè & hoc plerisque placuit: locantem operas suas debere operari suis sumptibus: & conductentem Officiale, Medicum, Advocatum, Procuratorem, Notarium & similes, teneri eis ad victum, etiam in eundo & redeundo, item pro equis & famulis. Bartol. Jason & Angel. in l. si non sortem 26. §. libertus 12. ff. de condit. indebit. Vincent. Caroc. in tract. locat. & conduct. part. 2. tit. de sumptib. in operando n. 1. & 2. p. 117. Cæterum an & quatenus nobilis operas rusticorum, quibus ipse non indiget, aliis locare & delegare possit, elegit inter, post alios, explicat Matthias Berlichius decis. aur. 67. p. 222. & f. 97. Illud quoque hic obiter admonendum: quòd appellatione locationis & conductionis, veluti emptionis & venditionis, promiscuè juris auctores utantur, adòque unius verbi appellatione totum contractum comprehendant, propter relationem, l. & ideo 23. ff. locati l. multum interest. 19. ff. de hered. vel act. vend. Eguinar. Baro & Heigius hic n. 5. Comm. lib. 7. Commentar. juris civil. c. 6. n. 2. & c. 11. n. 1. Pinel. in l. 2. de rescind. vendit. part. 1. cap. 2. n. 3. Petrus Augustinus Maria in Emporio utriusque jur. part. 1. tit. 10. de locato & conducto in præmissis nu. 3. 41 His ita præmissis & expositis, nunc ad enarrationem hujus principii est transeundum: in quo Justinianus locationem & conductionem proximam esse emptioni & venditioni, iisdemque juris regulis consistere, ex Cajo Jurisconsulto ostendit, l. 2. in princ. ff. locati. Quemadmodum enim emptio & venditio conventionem precii contrahitur: ita etiam locatio & conductio conventionem mercedis (quæ subinde precium quoque appellatur, l. ult. §. ult. ff. ad leg. Rhod. de jact. l. quòd si 28. §. idem jur. l. ea lege §. 1. l. insulam 58. in princ. ff. locati l. si quis ante 10. §. fin. ff. de acquir. vel amitt. possess.) perficitur: adeò quidem, ut locator actione locati, conductor verò conducti agere possit. Loc. it. igitur actio locatori, ejusque heredi, adversus conductorem, ejusque heredem competit, hic & l. viam veritatis 10. l. si hi, qui 14. l. cum conductorem 29. C. de locato, ad hoc maxime: tum ut merces, una cum usuris post moram, solvatur, l. 2. ff. in quib. caus. pig. vel hypothec. tacit. contrah. l. quero 54. ff. locati l. præses 17. C. eod. l. mora 32. §. in bonis fidei 2. & l. videamus 38. §. 1. ff. de usur. tum ut, exacto locationis tempore, res conducta non deterior reddatur, l. videamus 11. §. 2. ff. locati, vel deterior facta reficiatur, d. l. cum conductorem 29. C. d. z. atque adeò omnia damna, quæ conductoris culpa rei locatæ obligere, refundantur, l. si quis domum 9. §. si colonus 3. d. l. videamus §. 1. l. si merces 25. §. conductor. 3. cum §. seq. l. si vulneraveris 43. & l. cum in plures 60. §. servum 7. ff. locati. 42 Quæstio hoc loco quotidiana moveri potest. Num e quo conductoris præsumatur in dubio esse mortuus conductoris culpa, an verò morte naturali, sicque casu fortuito? Et communis Dd. conclusio est: semper præsumen-

dum esse, equum morte naturali interisse, atque ita locatorem probare debere; equum quem locavit, conductoris culpa fuisse mortuum: vel quia majus pondus, quam equus sustinere posset, ipsi imposuerit; vel quia ad alium usum, quam ad quem conduxerat, equum applicaverit; vel quod in itinere illum fatigaverit; & plus, quam par, & justa ratio postulat; illum laborare compulerit, *Gloss. Bartol. Salicet. Fulgos. Bald. in l. qui insulam. 30. §. qui mulus. 2. per istum textum ff. locati conducti. Idem Bald. in l. si pecuniam. 5. §. sed ubi accepit. 4. per illum textum. ff. de conduct. causa data, & c. late Gomez. tom. 2. var. resolut. c. 3. n. 22. & Vincent. Caroc in tract. locati & conducti. tit. de dolo & culpa. part. 2. n. 5. cum seq. pag. 157. Quibus adjiciatur Doctor Marta tom. 3. Digestorum novissimor. tit. Locator, conductor. cap. 10. 11. 12. fol. 222. & Iosephus Ludovic. decis. Lucens. 10. Cujus conclusionis ratio est perspicua: quia is, qui dolum vel culpam allegat, eandem docere & probare tenetur. *l. quotiens. 18. §. qui dolo. ff. de probationib. l. dolum. 6. Cod. de dolo malo cum similibus.* Ubi tamen probe observandum; quod, si contingat, equum in itinere in morbum incidere, conductor illam debeat hospiti tradere aut alicui homini perito, qui equum ægrotantem curet: ut, si hac adhibita diligentia, postmodum moriatur, ejus obitus nequaquam conductori imputetur. Sed si casu quodam equus in medio itinere perierit: necessarium & consultum est, ut ibi testes ad futuram rei memoriam adsciscantur, qui mortui equi testimonium præbeant, ostendendo ipsius equi signa & qualitates. Nam hujusmodi testimonium eo in loco, ubi equus obiit, factum, etiam absque ullâ partium citatione fidem facit coram iudice competenti, ut post Paulum de Castro in *l. cum hi 8. §. transacciones. 19. ff. de transaccionib. & Lud. Romanum in l. si vero. 64. §. de viro. in 4. fallent. ff. solut. matrim. tradidit Petrus Augustinus Morla part. 1. Emporii juris. tit. 10. in præmissis n. 53. in fine. & Dn. Christophorus Besold. vol. 3. consil. 120. fol. 155. itemque in *delibatis jur. ex lib. 19. ff. quest. 4. p. 32. ubi addit, teneri conductorem actione furti vel conditione furtivâ, si equum conduxit pro eundo ad unum locum, & eum ad alium ducat, l. qui furtum. 16. in princ. ff. de conduct. furt. l. si, ut certo. 5. §. quimmo. 8. ff. commodati.***

46 Est & illa quæstio quotidiana: num conductor ædium de incendio teneatur? Et, si evidenter appareat, incendium aliunde, quam ex domo provenisse, conductor nullo modo teneatur, sed fortuitò evenisse dicitur: puta si ex fulgure provenierit ignis, vel si ex domo vicini scintilla ignis evolaverit, & incendium excitaverit in alterius domo *l. in rebus. 18. ff. commodati. l. contractus. 23. in fin. ff. de reg. jur. cum similib.* Si verò non constet, quis incendium immiserit: tunc culpa inhabitantium exortum præsumitur. *l. 3. §. 1. & §. ut curam. 4. ff. de offic. præf. vigil. cum concordantibus. Alexand. consil. 50. num. 2. lib. 1. Buld. consil. 441. in fin. lib. 1. Thom. Ferrer. consil. 36. Bursat. consil. 53. num. 34. vol. 1. Vincent. Caroc. d. tract. locati & conducti. part. 2. tit. de incendio, & c. num. 2. & seqq. pag. 166. ubi id pluribus conclusionibus declarat.* Hucque referantur, quæ annotavimus ad §. supp. de obligationib. mon. 87. & subseqq. Adde Thomam Grammat. decis. 3. & Acacium Antonium de Ripoll d. cap. 12. var. jur. resolut. num. 244. & seqq. item n. 290. & seqq. fol. 400. & 404. nec non Manlium in tract. de locat. conducti. tit. 6. num. 23.

47 Merces porro, expleto demum locationis tempore, solvenda est: nisi aliud specialiter inter contrahentes convenerit; vel loci consuetudo aliud suaserit. *l. 1. §. si pensio. 4. ff. de migrando. juncta l. semper in obsequiis. 9. & l. semper in stipulationibus 34. ff. de reg. l. exceptio. 18. Cod. de locato. Sichard. in l. 3. num. 5. C. eod. Donell. lib. 13. Commentar. de jur. civ. cap. 9. pag. 162. n. 20. Vincent. Carocius d. tract. locat. & conducti. part. 2. tit. de tempore pensionis. pag. 95. Ac licet conductor ante tempus deserat habitationem aut fundum: nihilominus tamen statim locator eum mercedis nomine convenire, & quidem integram exigere mercedem potest. *l. si in lege. 24. §. si domus. 2. l. domus. 55. §. ult. ff. locati. nisi iusta ex causâ, veluti ex timore ruina, vel ignis, vel exercitûs, vel pestis diuturnioris, vel spectrorum, & c. domum fun-**

diumve deseruerit. Tunc enim solum pro ratâ temporis merces debetur. *l. si quis. 9. §. 1. l. item queritur. 13. §. exercitus. 7. l. ex conducto. 15. §. ubicunque 7. l. habitatores. 27. §. 1. l. qui insulam. 30. §. 1. & l. fundus. 33. ff. eod. l. in hac stipulatione. 28. ff. de dam. infect. l. si quis. 49. §. 1. ff. ad leg. Aquil. Gomez. d. tom. 2. var. resolut. cap. 3. num. 3. Gail. lib. 2. observ. 23. nu. 6. & 7. Joan. Baptista Costa tom. 2. tract. de ratione rata. q. 38. fol. 39. Pleb. disput. 2. de jure topico Württemberg. th. 55. Matthias Stephani cent. 3. quest. 76. Hieronymus Panschman. in declaratione præcipuar. quest. circa mater. loc. conducti. & c. quest. 13. Idque fultius explicatur infra num. 82. & seqq. Quod si etiam pluribus Studiosis habitatio sit locata; & 49 unus eorum, non solum ratâ mercedis parte, illam deserat: cæteri integram pensionem solvere non tenentur, Angel. in *l. duo fratres. 78. num. 2. ff. de acquir. vel omitt. hered. & Jason in l. 1. n. 28. C. qui testam. fac. poss. quos refert ac sequitur D. Bocerius d. class. 2. disput. 4. thes. 28. & in hoc tit. nu. 77. p. 411. Cæterum is, qui operas suas 50 locavit, totius temporis mercedem accipere debet, si per eum non steterit, quod minus operas suas præstaret, *l. qui operas. 38. ff. locati. nec eodem locationis tempore ab alio mercedem accepit. l. sed addes. 19. §. cum quidam exceptor. 9. & §. seqq. ff. eod. l. diem functo. 4. ff. de offic. adfessor. Grivellus decis. Senatus Doleni 84. num. 1. cum seqq. fol. 228. & seqq. Hinc licet Doctor seu Professor, propter pestem in loco grassantem, vel similem causam adversam, 51 non per totum annum leget, sed tantum in principio: tamen nihilominus integrum totius anni salarium petere potest, Natta consil. 452. eumque laudans Mozz. in dict. tract. de locat. & conducti. c. de accidentalib. locat. num. 43. p. 424. Gail. lib. 1. observ. 44. num. 13. Similiter si 52 Professor, Advocatus, vel Medicus in exordio anni locationis moriatur: integrum salarium totius anni heredibus ejus debetur. *l. 1. §. Divus Severus. 13. ff. de var. & extraord. cognit. d. l. qui operas. 38. in princ. & §. 1. d. l. sed addes. 19. §. cum quidam. 9. & §. seq. ff. locati. d. l. 4. ff. de offic. adfessor. l. penult. C. de conducti. ob caus. dator. l. post duos. 15. §. 1. C. de advocat. diversor. judicior. Gail. d. observ. 44. num. 12. Dec. consil. 70. Kirchov. cent. 5. commun. opin. concl. 85. Cephal. consil. 70. & 71. lib. 1. Mandell. consil. 91. incip. quod Rectori. num. 1. & 2. Sebastian. Medices in tract. Mors omnia solvit. part. 3. num. 26. Corvassius d. part. 2. tit. de officio adfessorum. num. 3. pag. 151. Mozz. d. loco. nu. 44. Benius in lib. singulari. de privileg. Actorum, part. 1. cap. 22. Dn. Collega Besold. in delibatis jur. ex lib. 19. ff. quest. 5. pag. 33. & in thesauro pract. verb. Besoldung, & in dissertat. de Studiosis, Magistris, & cap. 9. p. 105. Doctor pariter, qui propter supervenientem senectutem, vel aliam infirmitatem, professuræ amplius sufficere nequit, minime propterea removeri, aut salario privari debet, Spectat enim ad Principis curam, ne is, qui consenuerit in officio aliquo digniori, indigeat in senectute, arg. *l. Lucius. 11. in princ. ibi, veteranis in præmia assignati. ff. de eversionibus. Spekhan. cons. 2. class. 1. quest. 10. huncque laudans Dn. Besold. d. cap. 9. pag. 107. & Job. Limnius tom. 3. de jur. publ. Imp. Rom. lib. 3. cap. 3. num. 37. & seq. & David. Marquart. apud Arum. de jure publico. vol. 3. discurs. 18. th. 28. lit. a. p. 801. Hinc quoque famulus, famulave aut ministra, licet: mor- 53 bo, aliave justâ causâ impeditus, vel impedita fuerit, quo minus officium suum fecerit: integram tamen mercedem petere poterit, *l. cum heres. 4. §. Stichus. 5. ff. de statut. liber. l. ult. §. 1. ad finem. ff. ad leg. Rhod. de jact. & legibus ante allegatis.******

Nec obstat *l. ex conducto. 15. item cum quidam. 6. ff. locati. & l. si pecuniam. 5. in princ. ff. de conducti. causa data, caus. non secut. cum similib. ex quibus colligitur, quod, etsi quis custo fortuito, veluti adversa valetudine, vel aliâ justâ causâ impeditus fuerit, quo minus præstet id, ob quod præstandum aliquid accepit; ab eo tamen quod datum est, repeti queat. Quod si datum repetere 54 potest, qui dedit; multo magis nondum datum retinere poterit. Cui enim damus actionem ad repetendum; ut multo facilius damus exceptionem ad retinendum *l. in vitis. 155. §. 1. ff. de reg. jur. cap. qui ad agendum. 71. ad-**

- dem tit. in 6. Illud, inquam, non obstat. Regula namque ista (quod, quotiens qui ob causam datum est; ea causa, etiam fortuito casu non secuta, datum repeti possit) procedit in illis, qui operas suas non ad certum aliquod tempus sed indefinitè locarunt. d. l. 15. §. 6. ff. locati & similibus: fallit verò in illis, qui certum ad tempus locarunt suas operas: quales sunt advocati, & alii artifices, de quibus in legibus suprà pro nostrâ assertionem adductis, Atq; ita docuerunt Speculat. in tit. de locato. §. postquam. n. 20. Joan. Vaud. lib. 1. quest. var. q. 7. Bocer. d. class. 2. disp. 4. thes. 29. cum seqq. & in hoc tit. num. 81. & seqq. p. 412. Hackelman. disp. 11. th. 12. lit. b. & d. Matthias Stephani cent. 3. quest. 75. & noviter Hummii lib. 3. var. resolut. jur. civ. tract. 7. pars. 2. quest. 8. & in resolut. ad Treutler. volum. 1. disput. 29. quest. 8. part. 1756. Quamvis alii communiter dissentiant. Bartol. in l. si uno (aliis est. d. l. ex conducto. 15.) §. cum quidam. §. ff. locati. Juson. nu. 48. Cure. Sen. & Cagnol. num. 215. & Bologner. num. 72. in d. l. diem functo. 4. ff. de offic. assessor. Panormitan. in cap. 1. num. 6. de cleric. egrotant. Vivius lib. 2. opin. 108. Linglois d. decis. 5. quest. 4. num. 7. fol. 58. Gomez. d. tom. 2. var. resolut. cap. 3. num. 3. ubi & alios citat.
- 56 Sed quo tempore artifex, qui operam suam ad opus aliquod faciendum locavit, mercedem promissam petere queat, ambigitur? Et cum nonnullis distinguendum videtur inter opus, quod brevi tempore, & sumptu exiguo perfici potest: & illud, quod sumptum ac victum magnum, longumque tempus requirit. Priore casu non, nisi perfecto opere, merces debetur: tum quia locatio & conductio similis est emptioni & venditioni, per hunc textum nostrum. & d. l. 2. ff. locati. At emptor precium dare venditori non tenetur, priusquam ab eo rem venditam acceperit. l. qui pendente. 25. ff. de act. empt. l. pure. 5. §. si servus. 4. ff. de doli mali & met. except. Proindeque regulariter nec artificii ex locatione & conductione merces debetur, antequam is operam debitam præstiterit. Tum quia merces hanc conditionem respicit, si opus fecerit. Fecisse autem is non censetur, qui non propriam formam, quæ ex consummatione contingit, dederit l. si is, qui 80. §. 1. vers. sed & si opus. ff. ad leg. Falcid. l. rei. 5. §. ult. & l. ad ficia. 139. in fin. ff. de verb. significat. Est enim stipulatio, opus fieri, individua: cujus divisio corrumpit stipulationem. l. eadem dicemus 4. §. 1. & l. stipulationes non dividuntur. 72. ff. de verb. obligat.
- 57 Unde si famulus, famulæve, operarii, aliive ante finitum locationis conductionis tempus ex famulatio discedant, neque justam habeant sui discessus causam; merces ipsis non debetur: & insuper quoque Magistratus pœnæ subiacent, arg. l. qui hoc anno. 42. & Leum, qui. 138. in princ. ff. de verb. oblig. Fürstl. Württemberg. Alt-Landrecht, pag. 216. tit. Von Ebehalten, Dienstleuten und gedungen Arbeitern, &c. erneuert Landrecht, d. part. 2. tit. 17. pag. 300. Item Landordnung, pag. 99. in fin. Bald. in l. 2. num. 2. & ibid. Siehard. num. 4. C. de locato. Plebst. d. disput. 2. de iur. top. Württemberg. th. 59. Posteriore vero casu (quo scilicet opus sumptum & victum magnum, longumque tempus desiderat) sicut operæ præstantur particulariter: ita & merces particulatim post ceptum opus, & antequam perfectum fuerit, debetur, & solvenda est, etiam in futuram operam; arg. l. Julianus. 13. §. unde queritur. 9. ff. de actionib. empt. dummodo fatiscet artifex, in opus illud pecuniam impensum iri, argum. l. insulam. 58. §. fin. ff. locati. D. Bocer. hic num. 78. pag. 412. & d. class. 2. disp. 4. th. 32. lit. c. ed. 2. Illiusque ratio est perspicua: quia alias, nisi per particulas solveretur merces, plurima ædificia nunquam extruerentur: cum victus artificibus defuturus esset: ut recte sentit Cynus
- 58 Bald. & Siehard. num. 2. & 3. in d. l. 2. C. de locato. Plurimè si artifex opus faciendum intra certum tempus conduxit, hocque non absolvit, aut ex sua negligentia tantum temporis labitur, quantum perferri nequit: locatori omne interesse præstare cogitur. l. si ita stipulatus. 14. d. l. stipulationes non dividuntur. 72. in princ. vers. Celsus & l. si insulam 84. ff. de verb. oblig. l. si quis ab alio. 13. ff. de re judicat. Fürstl. Würtemb. Alt-Landrecht. p. 216. tit. Werckmeister so sie Werck verdingen, &c. erneuert
- Landrecht, d. pag. 300. wann auch, &c. Porro si plures 63 simul opus faciendum conduxerunt: singuli locatori in solidum sunt obligati, & quilibet potest conveniri. Si verò divisa conductio fuit: singuli pro partibus duntaxat conveniri debent: nisi ipse architectus locatori interesseolvere paratus sit: quo casu ad perficiendum opus cogi nequit, l. si divisa. 13. ubi Siehard. C. de locato. Fürstl. Würtemb. Alt-Landrecht, pag. 217. tit. Wann zween, drey oder mehr ein Werck verdingen. & pag. 218. in princ. Erneuert Landrecht. part. 2. tit. 17. pag. 301. §. Begebe sich auch. cum §. seq. Plebst. d. disp. 2. thes. 61. edit. 1.
- Illud quoque hoc loci non prætereundum est: quod 64 interdum locato, etiam ante exactum locationis vel conductionis tempus, possit expellere conductorem, eumque cogere, ut rem restituat: veluti si conductor pensionem sive mercedem iusto tempore non solvat: vel male in re locatâ versetur: vel locator propriis usibus rem sive domum sibi necessariam esse doceat: aut ruituram rescere & instaurare velit, l. quero. 54. §. 1. l. cum domini. 56. ff. locati. l. ade. 3. ubi pulchre Bart. Odofred. Angel. Salicet. Fulgosius & Siehardus. C. de locato. ibique Azo in sua summa. num. 13. c. ven. §. 1. ext. eod. Nov. 120. cap. 8. & Auth. qui rem. C. de SS. Eccl. Fürstl. Württemberg. Alt-Landrecht. pag. 213. tit. Aus was Ursachen der Beständer mag vor dem Ziel, &c. & pag. seq. erneuert Landrecht. d. pag. 2. tit. 17. pag. 298. in princ. Vincent. Caroc. in tract. locati & conduct. part. 2. tit. de recussation p. 195. Joan. Petr. de Ferrariis. in sua pract. in formalibelli, quo agitur ad facti præstationem & relaxat. num. 6. & 7. late, post alios, Alvarus Valse. in tr. de iure emphyt. q. 21. & seqq. Linglois d. decis. 5. quest. 5. n. 2. cum seqq. fol. 59. Magonius decis. Lucens. 75. n. 6. Manlius d. tract. de locat. conduct. tit. 7. nu. 16. item Petr. August. Morlain emporio juris utriusque pars. 1. tit. 10. de locato. in præmissis. num. 24. & seqq. nec non Jacobus Cancerius part. 1. variis. resolut. jur. cap. 14. n. 3. cum seqq. fol. 162. cum seqq. & D. Besoldus in d. delibet. jur. ex lib. 19. ff. quest. 1. pag. 34.
- Non adversatur l. si duo. 3. §. cum inquilinus. 3. ff. uti 65 possidetis. Ibi dominus ædium voluit domum rescere: inquilinus dominum rescere volentem prohibuit: Ulpianus respondit, dari hoc casu interdictum ut possidetis. Igitur dicendum videtur, quod locator sive dominus inquilinum expellere nequeat, ubi domum rescere cupit. Si invito inquilino, dominus ædium non potest ædes rescere: ergo multò minus poterit invitum inquilinum, ob refectionem, expellere. Non, inquam, ista lex adversatur. Nam in eâ resectio necessaria non fuit: ac propterea inquilinus, qui ob refectionem incommoda patitur, refectionem admittere noluit. Inde orta controversia, ne alter alteri vim inferat, datur interdictum uti possidetis: quo interdicto Prætor inquilinum in possessione, donec causa refectionis fuerit discussa, defendit. Atque ita illam legem exaudiat Joannes Borcholt. part. 2. Disput. de locat. proposit. 6. pag. 403. Tamen aliter eandem legem accipiat Vultejus hic num. 35. Enimverò eo casu, 66 quo expellitur conductor ideo, quod male in re versatur, ex communi Dd. sententiâ integram pensionem locatori præstare tenetur: eo quod conductor propter culpam suam, & in sui præjudicium perinde habeatur, ac si rem adhuc teneret. Et fundamentum hujus assertionis 67 quoque constituitur in auth. qui rem hujusmodi. Cod. de SS. Eccles. ubi rem conducent ab Ecclesiâ, si fuerit eam deterioratam, tenetur primòolvere integram pensionem deinde etiam si aliquâ parte meliorem fecerit: illa melioramenta, hoc est, ea, quibus res melior effecta est, perdit.
- Neque obstat, quod hac ratione locator locupletetur 68 cum conductoris damno & jactura, contra l. nam hoc natura 14. ff. de condic. mact. & l. jure natura. 206. ff. de reg. jur. Quia damnum & quod quis sua culpa tenuit, 69 sentit non intelligitur. L. quod quis. 203. ff. d. tit.
- Sic non refragatur, quod locator damna sibi data alia 70 actionibus, puta locati & legis Aquiliæ, persequi possit. Denique conductor propterea, quod in re conductâ male

versatus est, bonamque fidem fregit, præter restitutionem damni, puniri debet. Ac sanè eum hoc casu per ipsum conductorem steterit, quò minus conditio contractus fuerit adimpleta, perinde habetur, ac si adimpleta fuisset, arg. l. si pec. §. ff. de condict. causa dat. causa non sec. Atque ita tradunt Cynus, Baldus, Salicet. & Sichard. in d. l. ade. 3. C. de locato. Fürstl. Württemb. alt. Landrecht, q. 214. §. Es ist auch in eristen, &c. erneuert Landrecht. d. part. 2. tit. 17. pag. 298. §. So begibts sich. a. l. finem. Dn. Bocser. 7. class. 2. Disput. 4. th. 38. Treutler. vol. 1. disp. 29. thes. §. lit. A. & ibi Bachovius in suis not. pag. 1115. itemque Humius quest. 14. pag. 1768.

71 Sed & conductorem, ob non solutam etiam unius anni pensionem, statim ex domo conductæ expelli posse, probabiliter comprobatur per d. l. ade. 3. C. de locato. ubi habetur, conductorem durante locatione expelli non posse æde conductæ, si domino pensionem in solidum solvit. Ergo argumento à contrario sensu sumpto, si pensionem etiam unius anni non solvit, expelli potest. Sermo namque simpliciter prolatus, de primo actu intelligitur, id est, unico actu perficitur, consumitur, atque finitur, arg. l. boves 89. §. 1. ff. de verb. sign. Jason in l. duobus 28. §. si ei, qui ff. de jurejur. Felin. in c. 2. ext. de treuga & pace. Tiraquell. in peculiari repetitione dicti §. 1. quam inscripsit Tractatum in l. boves §. hoc sermone ff. de verb. sign. eosque referens D. Goddeus ad d. l. boves 89. §. 1. ff. eod. tit. Idque aded procedit, ut, licet pactum de conductore non expellendo, in locationis contractu adjectum sit: nihilominus tamen, si pensioni non satisfaciatur: expelli possit: quia semper hæc conditio, in pacto isthoc locationi adjecto, tacite subintelligitur: si pensioni conductor debito tempore paruerit, l. 2. ff. si ager ve-

73 stigalis. &c. d. l. quero §. 4. §. 1. ibique Gothofred. ff. locat.

74 Quæ lex nostræ opinioni non repugnat, dum statuere videtur, tum demum conductorem licite expelli posse, si biennio continuo pensionem non solverit. Quod enim de biennii tempore illic affertur, non ad legis decisionem, sed ad facti narrationem pertinet, ex quâ nihil concludi posse, notissimum est, Accurs. in l. un. ad verb. quous in vers. vel die tertio &c. C. quando non petentium partes petentib. accrescant. Siquidem & aliâ dici solet; enunciativa verba neutiquam disponere, arg. l. ex his verbis 7. C. de testamento militis Coras. ad l. 2. n. 2. C. de jure emphiteut.

75 Sic quoque non refragatur prædicta l. cum domini §. 6. ff. locat. ubi traditur; quod, si biennii spacio conductor non satisfaciatur pensionibus; tunc possit dominus pro securitate pensionis domum conductam aperire, & per Notarios describere, quæ ibi reperiuntur. Nam istuc non fit post biennium expulsi; sed bona absentis, & per biennium non apparentis conductoris, per publicas personas sive Notarios describuntur. Quod utique non citò, nec temerè fieri debet: cum detegere res alienas & secreta patrimonii alterius pandere, valde durum, inhumanum & odiosum sit, l. 2. vers. quid enim tam durum, &c. C. quando & quib. quarta pars debetur, &c. l. ibi, nec secreta patrimonii, &c. C. de aliment. pupillo præstand. Bronchorst. cent. 1. Miscellan. controversiar. assert. 73.

78 Tandem & illud hic subiiciendum; quod colonus vel inquilinus, qui rem habet conductam per multos annos, etiam si dubitetur an ipse solverit pensionem elapso tempore debitam, si ipse ostenderit, se solvisse tribus proximis annis, habeat suam intencionem fundatam, quod scilicet retrò solvisse præsumatur: dummodo solutio facta fuerit tribus annis continuis, ac tribus solutionibus distinctis, unoquoque anno factis, l. quicunque 3. ubi Bald. C. de apochis publicis, &c. Menoch. de præsumpt. lib. 3. præsumpt. 139. Mascardus de probationib. conclus. 603. vol. 2. Augustinus Morla in d. Emporio juris part. 1. tit. 10. de locato, in præmissis num. 36. & alii, ab ista magna numero defenati. Sed & illud addendum: quod conductori liceat res, quas ipse conduxit, alteri locare: modò aliter non fuerit deductum in pactum cum primo locatore: & modò primus locator non patiatur damnum.

l. nemo. C. de locato. Enim verò secundus conductor tenetur pensionemolvere non primo, sed secundo locatori, cum quo contractum inicit. Idque fufius, poss. Carocium, part. 2. quest. 15. Tuscum tom. 5. concl. 413. Hæctorem Felicium de societate. C. 28. & alios, explicat Martinus Bonacina in tract. de contractib. & resitut. disp. 3. quest. 7. punct. 1. n. 4. p. 556.

Conducti actio datur conductori, l. ex conducto 15. in 79 princip. ff. locati. ejusque heredi, l. sed addes 19. §. ex conducto 8 ff. eod. adversus locatorem, ad hoc potissimum; ut sibi re conductâ uti frui licere præstet, aut interesse solvat, l. si tibi alienum 7. cum 2. l. seqq. d. l. ex conducto 15. §. 1. l. si in lege 24. §. colonus 4. l. si fundus 33. & passim. ff. locati. Jul. Pac. cent. 3. & vartio Pavov. q. 16. Mynfinger. hic nu. 5. ut domum locis necessariis reficiat, vel mercedem pro ratâ temporis, quo ædibus commodè uti conductor nequit. remittat, d. l. ex conducto 15. §. 1. & l. habitatores 27. ff. locat. ibique in paratit. Wesenbec. num. 26. ut damna locatæ rei vitio contracta refundat: si modò vitium illud sciri potuerit, vel res tanquam ab artifice locata sit (ut si vas vitiosum à viatore locetur) atque ita sciri vitium debuerit. Secus est, si lateat vitium, ita ut prudenissimum fallat: nec in illâ locandâ artificium suum quasi rei bonæ & integræ locator profiteatur: ut si ager conductus herbas noxias ferat, l. sed addes 19. §. 1. ff. locati. l. in judicio 28. Cod. eod. Wesenbec. d. loco, Treutler. Disput. 29. vol. 1. th. 7. lit. c. Oldendorp. clus. 4. actionum forens. act. 9. Item experitur conductor hac 80 actione adversus locatorem: ut ob rei locatæ interitum: sterilitatem, vimque majorem, mercedem vel in totum; vel pro parte remittat. Et sane, si, locatione & conductione ritè perfectâ, res conductâ tota fortè incendio vel terræ motu perierit, aut publicata sit, ut ea frui vel uti conductor non potuerit: pro ratâ temporis, quo rei fructus ususve cessavit, merces conductori remitti, & si fuerit soluta; restitui debet. Sin rei duntaxat pars sit amissa: & pro ratâ temporis, & pro illâ tantum parte amissâ, quâ frui vel uti conductor non potuit, mercedis remissio & exoneratio fieri debet, l. si quis domum 9. §. 1. in fin. d. l. ex conducto 15. §. cum quidem 3. d. l. si fundus 33. & l. Marcius 59. ff. locati. Gail. lib. 2. obs. 23. n. 23. & seq. Similiter si non ipsa res conductâ casum adversum passâ sit: sed sterilitas, vel aliud damnum haud modicum in fructibus contigerit: ut si vis fluminum, graculorum, sturnorum, hostium, vel quid simile acciderit: damnum domini est, non coloni: ne suprâ damnum seminis amissi, merces fundi præstare cogatur, d. l. ex conducto 15. §. si vis tempestatis 2. & §. ubicunque 7. l. si merces 25. §. vis major 6. ff. locati l. licet 8. C. eod. c. propter sterilitatem 2. ext. b. tit. Et eâ de re abundantius agunt Pinel. ad l. 2. C. de rescind. vend. part. 1. c. 3. num. 23. Didac. Covarruv. tom. 2. practicar. quest. c. 30. nu. 1. Menoch. lib. 2. de arbitrar. jud. cent. 1. cas. 76. & 77. Mozz. in tractat. de locat. & conduct. cap. de accidentalibus locat. num. 8. cum seqq. Panschmann. in suis quest. circa materiam locat. quest. 1. & seqq. Bronchorst. cent. 1. Miscellan. controversiar. assert. 71. Josephus Ludovicus lib. 1. conclusionum. concl. 12. Vincent. Caroc. d. tract. locati & conduct. part. 3. tit. de remissione mercedis. p. 330. cum seqq. Altus. lib. 1. Dicaolog. cap. 76. nu. 14. cum seqq. pag. 262. Johan. Garfia in tr. de expens. & meliorat. cap. 15. Anton. Gomez. tom. 2. var. resolut. cap. 3. num. 18. Sebastian. Medic. in tr. de casib. fortuit. 2. part. qu. 10. num. 39. Petr. Augustin. Morla in d. Emporio jur. part. 1. tit. 10. qu. 1. n. 6. & seqq. Humius in resolut. ad Treutler. vol. 1. disput. 29. qu. 23. p. 1780. & seqq. novissime Breisfchwerdt in tr. de casibus fortuit. cap. 8. sect. & seqq. Eth. verò propter 81 causas prædictas, & similes, mercedis remissionem, & exonerationem locator conductori præstare tenetur: attamen si alio quodam frequente anno, immodica & solito major ubertas contingat, ut unius anni incommodum cum aliorum annorum commodo pensetur: etiam pro eo anno, qui sterilis fuit, integra pensio exigi poterit, d. l. ex conducto 15. §. si uno anno 4. ff. locati. d. l. licet 8. & l. excepto 18. C. eod. ibique Azo in sua summa num. 33. d. cap. propter sterilitatem ext. d. locat.

Bocer. d. class. 2. disp. 4. th. 70. Gomez. loco paulò ante notato. Doctor Marta tom. 3. digestorum novissimorum tit. 82 remissio mercedis cap. 1. fol. 289. De eo (quod & suprà leviter attigi num. 48.) sæpiusculè dubitatum memini: an inquilinus ob pestem grassantem emigrare possit, ita ut pensionem integram solvere non teneatur? Et Andreas Gail. dicto lib. 2. observ. 23. num. 7. (relatis atque rejectis aliorum diversis opinionibus, Bald. in d. l. licet 8. n. 5. C. de locato. Panormitani in d. c. propter sterilitatem 3. num. 8. ext. eod. Socini Senioris conf. 44. n. 4. vol. 1. & Berrachini in tract. gabellarum part. 2. n. 25.) hoc modo distinguendum existimat: Aut pestis in loco contractus brevi tempore durat, puta per aliquot tantum menses: ac est diuturna unius vel plurium annorum, & in vicinà domus conductæ potissimum grassatur. Primo casu non datur remissio pensionis, si colonus sive inquilinus emigrarit: altero verò datur. Hujusque ratio est: quia merces datur pro rei usu. Si igitur inquilinus re conductâ, tanto tempore, absque suâ culpâ uti non potest: iniquum foret, eum & rei usu carere, & integram persolvere pensionem debere. Eadem de re consulantur quoque Joan. Francisc. à Ripa in tract. de privileg. contract. caus. pest. num. 22. Alex. conf. 107. vol. Arnold. Ferronus in consuet. Burdegalenfib. c. 8. §. 3. Petrus Nicol. Mozz. d. tr. de locat. c. de accidentalib. locat. num. 6. Covarr. d. tom. 2. pract. quest. c. 30. Antonius de Gamma decis. Lusit. 73. fol. 68. Valascus d. tract. de jur. emphyt. q. 27. num. 2. & alii, ab illis allegati. Cæterum de isthoc, & similibus casibus jus nostrum renovatum Württembergicum ita disponit, d. part. 2. tit. 17. p. 298. Hingegen, i. e. Ex adverso, quanquam nemo facile à conductione recedere prius queat, quam exierit dies; tamen conductori ante diem recedere tum licebit, ubi periculum erit ne ades conductæ ruant; aut cum aliud quid periculi imminet, veluti cum ingruente pestilentia, bello, calamitate, quæ conductor ab initio ignoraverit, ei prædium deserere necesse fuerit. Si id, aut simile quid eveniat (de quo judicis arbitrium esto) tum liceat inquilino ex ædibus ante diem recedere; nec teneatur pensionem ultra id tempus præstare, per quod ædibus usus est.

84 Sed & eo casu conductor, quo in domo conductâ tetricis imaginibus, nocturnis illusionibus & tumultibus inquietatur justam emigrandi causam habet; ita ut ex eo tempore, quo hujusmodi tumultus excitati & spectra visa sunt, à præstatione pensionis liberetur. Hujusque ratio manifesta est: quia cum sine conductoris culpa non liceat ipsi ædibus conductis tutò uti: æquitati haud conlunum esset, ab ipso integram pensionem exigere: cum pro usu rei præstari pensio soleat. Ita decidit Didacus Covarruv. lib. 4. variar. resol. c. 6. eumque laudans Treutler. d. vol. 1. disput. 29. th. 5. lit. B. ibique Hunnius in suis resol. p. 1769. Porro, prædictis casibus advenientibus, conductor emigrare volens, necesse habet domino id denunciare, domum evacuare, claves restituere, vel ritè deponere & protegere: ut post alios, ut tradidit Vincent. Carocius d. tract. locati & conduct. part. 3. t. de remissio. mercedis num. 47. & § 1. p. 309. Denique agit conductor contra locatorem, ad hoc, ut impensas tum necessarias, tum utiles, in rem locatam factas restituat; aut conductorem, (ne ipsi suum officium sit detrimentosum) tollere eas patiat, dict. l. si quis domum 9. §. 1. vers. idem querit. dict. l. sed addes 19. §. si inquilinus 5. l. dominus horreorum 55. §. 1. l. cum in plures 60. §. vehiculum 8. cum l. seg. in pr. ff. locati Cujac. lib. 10. observ. c. 4. in fine Cancerius part. 3. var. resol. jur. cap. 6. num. 80. fol. 151. Hinc vehementer controversatur: anne conductor sumptus, in rem conductam fructuum colligendorum causâ factos, repetere à locatore possit, quando ad perpetuam rei utilitatem facti sunt? Et (nil remorante negativa opinione Pauli de Castro, in consil. 270. lib. 2.) affirmantium sententia verissima videtur. Etenim conductor repetere potest sumptus, qui cedunt in perpetuam utilitatem rei conductæ, d. l. dominus horreorum 55. §. 1. & l. colonus. 61. in princ. ff. locati. Acqui talis sunt sumptus, de quibus hic agitur. Igitur conductor eos repetere poterit: Et ita docent Rubius consil. 135. l. 3.

Rolandus à Valle consil. 28. lib. 1. hosque referens Fachineus lib. 1. controversiar. jur. cap. 85. & noviter Humnius in resol. ad Treutler. vol. 1. disp. 29. th. 7. qu. 22. p. 1779.

Non infringit hanc sententiam, quòd sumptus illi, de quibus nunc quæritur, facti sint colligendorum fructuum gratiâ, & ideo conductori restitui non debeant, arg. l. sumptus 48. ff. de rei vindicat. & l. fructus 7. (aliàs l. divorzio) §. impendia 16. ff. soluto matrim. Hoc quippe intelligendum est de iis sumptibus, qui solummodo fiunt in fructuum perceptionem, veluti in arandum, ferendum, & similia: non verò de illis sumptibus, qui simul spectant ad perpetuam rei utilitatem, nec ita soliti sunt fieri, neque ita sunt necessari.

Sic quoque non obstat, quòd conductor sit obligatus ad omnia ea faciendâ, quæ pertinent ad utilitatem & culturam agri l. si merces 25. §. conductor. 3. ff. locati. Falsum namque est, conductorem obligatum esse ad ejusmodi sumptus faciendos. Licet enim agrum colere teneatur: non tamen ad sumptus ingentes faciendos, quibus ille longè melior & pretiosior reddatur, adstringitur.

Similiter non adversatur quòd conductor ipse uberiores fructus percipiat, si istiusmodi sumptus, qui ad perpetuam rei locatæ utilitatem pertinent, in rem conductam faciat, arg. l. 1. §. ult. ff. de aquâ, & aqua plur. arcenda. Nam ratio habenda non est ejus utilitatis & commodi, quod conductor percipit occasione sumptuum ad perpetuam utilitatem rei conductæ factorum: quia hoc commodum temporaneum est, & non perpetuum. Et si ratio ejus habenda esset: nunquam ejusmodi sumptus repeterentur, quia nunquam ferè accidere potest, ut res locata melior & pretiosior reddita, majora commoda & emolumenta non afferat: & tamen certum est, hujusmodi sumptus repeti posse: quoniam ipsa æquitas suadet, ut locator, qui ex illis perpetuam utilitatem percipiturus est, locupletior non efficiatur cum detrimento & jacturâ conductoris: & consequenter onus illud refundendorum sumptuum ipsi conductori, sustineat, l. secundum naturam 10. ff. de reg. jur. Fachin. & Hum. locis præallegatis.

Pro complemento hujus loci quæri poterit: quis collectas & tributa solvere teneatur, locatorne, an verò conductor? Et cum certum sit, tributa, census & collectas ab iis solvi debere, qui rem jure proprio possident rectè concluditur, locatorem qui solus possidet, teneri, & obligatum esse ad solvendas collectas & tributa, non autem conductorem, arg. l. 2. C. de annoniis & tribut. l. Imperatores 7. ff. de publicanis & vectigal. l. hi, penes quos 4. ibique Bart. C. de agricol. & censu Alex. consil. 35. n. 1. vol. 4. Jason in l. fructus 7. n. 14. ff. soluto matrim. & in l. 1. num. 30. & 32. C. de jur. emphyt. Nat. consil. 409. numero 3. & seq. Bolog. consil. 54. Bellon. consil. 27. n. 9. & 10. Paris. consil. 25. num. 10. vol. 1. quos citat, & sequitur Augustinus Morla prædicta part. 1. Emporii jur. 2. 10. in præmissis num. 37. Quibus adiciendus est Acacius Antonius de Ripoll. var. jur. resol. d. cap. 12. n. 255. fol. 400. ubi plures refert. Tamen conductor ad longum tempus, ad collectas & tributa (ad instar emphyteutæ, de quo infrà §. 3. num. 392. & seqq.) teneri, post alios, quos citat, existimet Alvarus Valascus in tract. de jur. emphyt. quest. 17. num. 26. & seq. item Vincent Caroc. in tr. locati & conduct. part. 2. tit. de collectis num. 7. pag. 134. & Caspar Klock in tract. nomico polit. de contribut. c. 11. num. 164. cum seqq. fol. 238. & seqq. ubi pluribus id declarat. Vide quoque aliter sententiam D. Besoldum & Coburgerum in disput. inaugurali, de expensis conclus. 75. ubi pro se allegans Garf. de expens. & melior. c. 14. n. 18. & Pinel. in l. 1. C. de bonis matern. part. 2. n. 72. in ampliat. 10. Vide item Doctorem Martam tom. 4. digest. novissimor. tit. collect. c. 14. & seq. Vide denique Dn. Bocerum, qui relatis & refutatis variis interpretum opinionibus; rationibus non contemnendis concludit: nullum regulariter conductorem, ad contributionem sive collectarum onus sustinendum, jure cogi posse, in tract. de jure collectarum cap. 10. num. 18. & seqq. p. 139. cum multis seqq. Addenda quoque illa est quotidiana & utilis questio: Quis pedagium solvere debeat, conductor,

Aror, vel locator? Et ita quidam distinguunt: Aut ex capitulis publicanorum sunt distincta pedagia, quæ imponuntur animalibus portantibus, & rebus portatis: & tunc dominus muli vel navis solvet pro navi vel mulo, & dominus de rebus portatis, Aut verò non sunt distincta pedagia; sed vectigal solvendum est pro summa portata super animali: & tunc dominus rei in solidum tenetur, l. cum in plures 60. §. vehiculum 8. ff. locati conducti Bald. in l. acceptam 19. in quest. 15. C. de usur. Imol. in c. indicante 4. col. 3. de testament. eosque referens Carocius d. part. 2. tit. de vectigalibus p. 136.

§. Et quæ supra diximus 1.

Et quæ supra diximus, si alieno arbitrio precium permissum fuerit: eadem & de locatione & conductione dicta esse intelligimus, si alieno arbitrio merces permissa fuerit. Quæ de causa si fulloni polienda, curandave, ac sarcinatori sarcienda vestimenta quis dederit, nulla statim mercede constituta, sed postea tantum daturus, quantum inter eos convenerit: non propriè locatio & conductio contrahi intelligitur, sed eo nomine actio præscriptis verbis datur.

S U M M A R I A.

- 1 Ut in emptione certum precium, ita in locatione certa merces constitui debet.
- 2 Actio præscriptis verbis ex quo contractu datur.
- 3 Quatuor contractuum innominatorum genera.
- 4 Plura sunt negotia, quam vocabula.
- 5 Actiones, ex innominatis contractibus nascentes, quibus nominibus designentur.
- 6 Cur ille appellentur utiles in factum, & præscriptis verbis.
- 7 Actiones ordinariæ sive directæ olim non integris verbis, sed notis tantum in albo Prætoris proponebantur. actiones verò præscriptis verbis plenius & integris verbis à Prætoribus dabantur.
- 8 Hujus diversitatis ratio.
- 9 Locatio nunquid nummo fieri possit.
- 10 Unus nummus precio opponitur.
- 11 Explicatur l. si usufructus 66. ff. de jure dot.
- 12 Perfecio locationis contractu, merces remitti potest.

1 **U**T in emptione & venditione precium debet esse certum: nec subsistit emptio & venditio hoc modo facta, quanti Titius rem restituerit sive arbitratus fuerit, Titio precium non remittente: ita in locatione & conductione certa merces debet constitui; nec valet locatio & conductio, mercede in arbitrium Titii collata, Titio mercedem non statuente, §. sed & certum 1. §. tituli. proximo l. si merces 25. in princ. ff. locat. l. ult. C. de contrah. empt. & hoc §. nostro. Quare si fulloni polienda vestimenta vel sarcinatori sarcienda, nulla certâ mercede, statim constituta; dederit: locatio & conductio non erit. Verum quia negotium civile inter nos gestum est, re tradita, acceptaque poliendâ, pro pactione nudâ non habetur, sed est contractus, qui proprio nomine caret, ex quo datur actio in factum seu præscriptis verbis, l. juris gentium 7. §. 2. ff. de pact. l. si tibi poliendâ 22. ff. de præscriptis verbis. Ubi eleganter Cujas sic distinguit: ut, si gratis vestimenta poliendâ dederim, contractus sit mandati: si mercede, si quidem protinus datâ, aut constitutâ, sit locatio: si vero postea constituendâ mercede, sit contractus innominatus; hoc est, talis contractus, qui proprium & legitimum nomen non habet. Et hujusmodi innominati contractus ad quatuor tantum rediguntur genera: do, ut des: do, ut facias: facio, ut des: facio, ut facias: l. natur. §. ff. de præscriptis verb. &c. & oppositum est §. in §. 1. tit. de obl. Cur autem hi contractus proprium ac certum nomen non habeant, sed circumferantur, hæc est ratio: quia natura rerum conditum est, & inductum; ut plura sint negotia, quam vocabula: auctore Ulpiano in l. natura 4. ff. de præscriptis verb. &c. Sanè actiones quoque, quæ ex innominatis sive incertis his contractibus nascuntur, nomine proprio vacant: & communis omnes vocabulo trisulam appellantur: actiones utiles, l. cum

mata 6. in fin. C. de transact. l. 1. C. de pact. conventis l. quoties 3. C. de donation. quæ sub modo, &c. in factum l. 1. §. 1. & §. ult. l. si tibi rem 13. in princ. l. duo 23. ff. de præscript. verb. l. 1. §. 1. ff. de rer. permutat. & præscriptis verbis l. 2. d. l. §. 2. l. 7. l. 8. & passim ff. de præscriptis verbis, & in factum actionib. Et utiles quidem ideo nuncupantur: quia ad exemplum directarum, id est, nominatarum & usatarum actionum comparatæ sunt l. 1. C. de rerum permut. D. Bocer. class. 1. Disp. 14. th. 29. ad lit. b. ed. 1. idque latius explicabitur ad §. ult. infr. de lege Aquil. In factum verò dicuntur: quia ex facto ipso, & pro ratione novæ conventionis verba concipiebantur: & denique factum ipsum Prætori exponebatur. Hotoman. hic enunciat. 4. Cujas. ad d. l. juris gent. 7. ff. de pact. Ratio porro, cur eadem actiones etiam vocentur præscriptis verbis, hæc probabiliter reddi poterit: quod actori per integra verba, non ut directæ per notas, à Prætoribus præscriberentur. Exploratum enim est, olim actiones ordinariæ sive directæ, id est, ex contractibus nominatis seu certis, in albo Prætoris non integris verbis, sed notis tantum fuisse propositas. Verbi gratiâ: A. T. M. D. O. hoc est: ajo, te mihi dare oportere: quæ est formula actionis in personam. Contrà igitur actiones, quæ non notis, sed plenius & integris verbis à Prætoribus dabantur & præscribebantur, actiones præscriptis verbis sunt nominatæ. Cæterum rationem, cur hæc integris verbis, illæ notis præscriberentur, hanc fuisse non ineptè forsitan quis existimaverit: quod illæ, utpote per vulgatæ, usitatæ, solennes & ordinariæ, ex litera sive nota statim cognitæ essent: hæc verò, ut incertæ, non nisi ex facto, & apertâ atque dilucida verborum præscriptione cognosci possent. Istarum notarum reliquias videre est apud Valerium Probum & Petrum Diaconum in libell. de notis Romanorum. Eadem de re videatur Gothofred. ad Rubr. tit. ff. de præscript. verbis, &c. & Ritterhusius hic p. 479.

Cum autem ex hoc §. indubitatè constet, sine certa mercede locationem & conductionem non contrahi: manifestum inde fit, eandem uno nummo factam locationem non esse: sed imaginem tantum quandam locationis habere, & donationis instar inducere: l. si quis conduxerit 46. locati. Unus siquidem nummus mercedi sive precio opponitur, l. si quis ante 10. §. fin. ff. de acquir. vel amitt. possess. Nec refragatur l. si usufructus 66. ff. de jure dot. ubi dicitur, usufructum mulieri uno nummo locari vel vendi posse à marito. Nam actus isti imaginarii tunc admittuntur, cum id hominum utilitas exigit; ad quam omnia referenda sunt, quæcunque jure & legibus continentur. Atqui in d. l. 66. summa utilitas versatur. In ea enim queritur de usufructu restituendo, qui datus est in dotem marito ab extraneo. Difficilis est ratio hujus restitutionis: quoniam nec domino proprietatis, nec mulieri cedi potest. Non domino: propterea quod marito usufructum in dotem dedit; atque ideò & jus doti tributum, ut videlicet soluto matrimonio mulieri illa restitueretur, intervertere nequit. Non mulieri: quia proprietaria non est: atque hinc petere non potest restitutionem usufructus: quippe qui simul ac finitus est, non nisi ad dominum proprietatis revertitur, §. ult. §. de usufruct. Ne itaque regulæ sibi invicem hoc casu obstant: necessitate ad hanc imaginariam locationem sive venditionem recursum est. Siquidem interventus nummi facit; ut maritus magis commoditatem fructuum percipiendorum: quam istum usufructum transulisse videatur: & sic usufructus non secus reputatur, ac si eum maritus post divortium retineret. l. arborib. 12. §. usufructuarius ff. de usufruct. Duarenus ad d. l. si quis ante 10. ff. de acquir. vel amitt. possess. prope finem Arumens. Exercit. Justin. 14. thes. 1. Paulus Berens disput. 11. ad Institut. them. 2. quest. 1. Hum. lib. 3. var. resolut. jur. civ. tract. 7. part. 1. q. 3. p. 1078. pluresque alii, relati ad princip. tit. supr. de empt. & vendit. num. 64. Verum quatenus in locatione merces uno nummo constituatur, uberius explanabimus in §. adeò inf. 3. hoc tit. n. 246. Porro nihil impedit, quò minus, perfecio hoc locationis contractus, merces mox remitti possit: nec id contractus violatur, l. si tibi habitationem §. ff. locati conducti.

§. Præterea. 2.

Præterea sicut vulgò quærebat, an permutationis rebus emptio & venditio contraheretur: ita quæri solebat de locatione & conductione, si fortè rem aliquam utendam sive fruendam tibi aliquis dederit: & invicem à te utendam sive fruendam aliam rem acceperit. Et placuit, non esse locationem & conductionem, sed proprium genus contractus; veluti, si cum unum bovem quis haberet, & vicinus ejus unum, placuerit inter eos, ut per denos dies invicem boves commodarent, ut opus facerent, & apud alterum alterius bos perierit, neque locati, neque conducti, neque commodati competit actio quia non fuit commodatum gratuitum: verum præscriptis verbis agendum est.

S U M M A R I A.

- 1 Quomodo emptio non rebus contrahitur, sic nec locatio.
- 2 Commodatum debet esse gratuitum.
- 3 Utrum merces in locatione duntaxat in pecuniâ numeratâ, an verò in quavis re fungibili consistere possit.
- 4 Examinatur & discutitur l. si olei. 21. C. de locato.
- 5 Penitentia in contractu innominato locum habet.
- 6 Emptio & locatio quatenus iisdem juris regulis definiantur.
- 7 In quibus emptio & locatio differant.
- 8 In locatione an & quatenus dominum transeat ad conductorem.
- 9 Periculum rei venditæ statim ad emptorem spectat: rei locatæ periculum ad conductorem non item.
- 10 Quatenus venditor rem venditam præcisè emptori tradere teneatur.
- 11 Quædam locati, non autem vendi possunt: & contra.
- 12 Consideratio l. 1. §. si quis servum ff. depositi.
- 13 Pecuniâ appellatione quid contineatur.
- 14 Sensus & expositio l. naturalis. 5. §. ut cum de ff. de præscript. verbis.
- 15 Consideratio l. insulam. 6. ff. de præscript. verb.
- 16 Instantia occurritur.
- 17 An, si aliquis mulierem vehendam navî conduxisset, deinde in navî infans ex ea natus fuisset; ille ipsi nauta, pro vecturâ istius pueri, speciatim quid solvere teneatur.

Sicut emptio non rebus sive rerum permutatione contrahitur, sic nec locatio: & velut ibi aliud merx est, aliud precium; ita hic aliud rem locatam, aliud mercedem esse convenit, l. 1. ff. de permutat. In facti autem contingentia, cujus Justinianus hic meminit locati actio ideo non competit: quia certa merces non est constituta. sed permutatus rerum usus: neque etiam commodati agi potest; quoniam commodatum gratuitum esse debet. §. item is, cui res aliqua 2. in fine. f. quib. mod. re contrah. oblig. At propositum negotium non est gratuitum. Neque enim ego tibi gratis meum commodavi bovem per decem dies, sed eâ lege, ut tuum mihi bovem decem dies vicissim commodares. Tu similiter non commodasti mihi tuum bovem gratis: sed propterea id fecisti, quod ego jam ante tibi meum bovem eâ lege commodavi, ut mihi tuum vicissim commodares. Cum ergo deficient hic vulgaris & usitata actionum nomina: si bos apud alterum culpâ alterius perierit, præscriptis verbis experendum erit, l. 1. 2. 3. & l. si gratitudinem 17. §. si cum unum 3. ff. de præscriptis verbis, &c.

Et si verò mercedem in locatione plerique Doctores in pecuniâ tantum numeratâ, ut precium in emptione, consistere debere opinantur: Accursus, Barrol. & alii in l. 1. §. si quis servum. ff. depositi. & in l. naturalis 5. §. ut cum de ff. de præscript. verb. & in l. si olei. 21. C. de locato. Gomez. tom. 2. var. resolut. c. 3. n. 3. Mozzius in tr. de loc. & conduct. tit. de substantial. loc. & conduct. nu. 13. Ferrar. in forma libelli, quo agitur ad facti præstat. & rei relax. verb. florent. n. 2. Donell. lib. 13. Commens. de jur. civ. c. 6. p. 152. n. 50. & de præscript. verb. c. 4. Fachin. lib. 1. controvers. jur. c. 82. Baldus Kling. Schneidew. Mynsinger. Equiv. Baro, Giphanius, Schilbock, Marcellus, Thaddeus Pilo, Wolfius, & alii in hoc §. nostro. Oldendorp. in prolegomenis ad forens. class. 4. act. 9. Timaeus Haber diff. universar. 24. ad ult. Imper. th. 6. Besold. in delib.

jur. ex lib. 19. ff. q. 3. p. 29. Maullius in tract. de loc. conduct. tit. 3. n. 6. Justin. exercit. jur. disp. 16. th. 12. lit. C. p. 251. cum seq. Arumian. exercit. Justin. 14. th. 10. Forsterus lib. 3. Disp. 18. th. 8. Locamer. quest. juridic. fascic. 39. quest. 2. Schroterus decad. 8. distrib. domesticar. g. 4. Bachovius hic n. 1. p. 807. & in suis not. ad vol. 1. Treutler. disput. 29. thes. 3. lit. g. p. 1109. & inibi Hunnius quest. 12. pag. 1761. cum. seqq. itemque lib. 3. var. resolut. jur. civ. tract. 7. part. 2. quest. 2. p. 1119. cum seq. & in hoc §. nostro: ego tamen cum Neotericis nonnullis putarim verius esse: mercedem non solum in numeratâ pecuniâ, sed in quavis etiam re aliâ fungibili (quæ scilicet pondere, numero, mensurâve constat) consistere posse. Hæcque sententia primò probatur ex l. & hæc distinctio 35. ff. locati. Ex cujus legis finalibus verbis aperte colligitur: tunc etiam conductionem esse, quando fructus mercedis causa præstatur. Deinde ex l. licet. 8. C. de locato, ubi verba illa, certis annuis quantitatibus, in plurali numero posita perspicue ostendunt: mercedem non solum in pecuniâ numeratâ, sed aliâ qualibet quantitate constitui posse. Tum ex d. l. si olei. 21. C. eod. ubi certa mensura olei pro mercede est constituta, & nihilo tamen minus locatio contracta esse dicitur. Iaque necessariò ex illis evincitur verbis, quibus affirmatur, conventionem istam bonæ fidei esse. Non potest autem esse bonæ fidei, si est contractus innominatus, do ut des: ut Dd. vulgò, sed malè, sentiunt. Sequitur ergo, nominatum esse contractum; adeoque id genus conventionis ad locationem referendum esse. Quod evidenter etiam arguunt illa legis verba, si locati: ut taceam, id omnino exigere titulum, sub quo lex est collocata, qui de locato inscribitur. Sed & in eadem lege retribuitur: non posse amplius ab eo contractu recedi. Quod rursus argumentum præbet certissimum; conventionem illam contractum nominatum, & consequenter veram locationem esse. Si enim contractus esset innominatus: penitentia locum haberet, re adhuc integrâ, juxta l. si pecuniam 5. ff. de conduct. causa dat. caus. non sec. Denique eodem non parum faciunt l. sed addes 19. §. si dominus 3. l. si merces 25. §. vis major. 6. ff. loc. & l. si pascenda 8. C. de pactis.

Non obstat huic sententiæ, quod dicitur in princ. hujus tit. & in l. 2. ff. locati. emptionem & locationem iisdem juris regulis consistere sive definiri. Jam verò in emptione precium tantum in pecuniâ numeratâ constitutum est, §. item precium 2. f. tit. proximo l. 1. §. 1. ff. de contrah. empt. Idem igitur in locatione dicendum: ut videlicet non in re aliâ, quam pecuniâ numeratâ merces constitui possit. Non obstat, inquam. Nam confertur ibi emptio cum locatione secundum quid, non simpliciter; nimirum duntaxat quoad modum perficiendi. Ut enim emptio & venditio perfecta censetur, quam primum de precio convenerit: ita etiam locatio & conductione perfecta intelligitur, si merces constituta sit. Et ut rem planius exponam; locatio & venditio iisdem quidem regulis in genere definiuntur, sed non in omnibus individuis. Aliàs etenim, si per omnia idem jus in locatione esset, quod in venditione; unius idemque contractus esset locatio & venditio: quia quæ nihil differunt, unum ac idem sunt. Emptio itaque & locatio iisdem juris regulis consistunt, quatenus scilicet id utriusque contractus par ratio & natura patitur. Multæ siquidem sunt juris regulæ, quæ utrique pariter convenire nullo modo possunt. I. in emptione precium; in locatione merces intervenit, ut patet ex d. l. 2. ff. locati, & principio hujus tituli. II. In emptione transit possessio; & si venditor est dominus, etiam dominium: si non est dominus, jus & potestas habendi, aut conditio ulucapiendi, l. 1. ff. de rer. permutat. l. cum manu. 80. §. ult. ff. de contrah. empt. l. ex empto l. 1. §. & in princ. 2. l. servus 30. §. si sciens 1. ff. de actionib. empt. l. 2. & tot. tit. ff. pro emptore. In locatione tantum usus transit ad conductorem; non verò possessio, & multò minus dominium, l. non solet. 39. & l. cum in præres 60. §. 1. ff. locati l. convenit. 64. ff. de contrah. empt. l. non solum 33. §. quod ergo l. ff. de usurpat. & ult. & fufius explicat. ad §. 3. infr. hoc tit. n. 97. & seq. Quamvis

vis ex accidenti (non ex naturâ locationis) quandoque fiat, ut & in locatione dominium mutetur: veluti cum agitur, ut non eadem, sed ejusdem generis, res addatur, l. in navem *Saufseij*. 31. ff. locati. quam legem egregie explicuit *Cujac. lib. 7. observat. cap. 39.* & *Vultejus in princ. hujus tituli. nu. 15.* III. Periculum rei venditæ statim ad emptorem pertinet, §. cum autem emptio 3. §. tit. precedente. l. id. quod post 7. l. necessariò 3. l. si vendita 11. ff. de peric. & commod. rei venditæ. l. quod sæpe 35. §. si res ff. de contrah. empt. l. 1. 4. & §. Cod. de peric. & commod. rei venditæ. At non æquè rei locatæ periculum ad conductorem spectat, l. si quis domum 9. §. si colonis 3. cum §. seq. l. ex conducto 15. §. 2. l. si merces 25. §. vis major. 6. ff. locati.

IV. Venditor rem ipsam venditam præcisè tenetur emptori tradere, si eius tradendæ facultatem habet, l. ex empto 11. §. 2. ff. de actionib. empti. §. alte autem 2. vers. & ad exemplum §. de donationib. l. non est probabilis 6. C. de rescind. vend. *Pinelus in l. 1. C. de bon. matern. part. 3. n. 25. Bocer. in tract. de investitura feud. cap. 2. nu. 27. & seqq. pluresque alii, quos citavimus ad princip. tit. n. 48. supr. de empt. & vend. item in parte poster. Disputationum nostrarum dispus. 9. de empt. & vend. thes. 8.* Locator autem non raro à præstatione rei liberatur, l. ade 3. C. de locato. V. Emptioni sit satis, si res semel tradatur, nec amplius ex empto eo nomine agi potest, l. qui pendente 25. in fine. ff. de actionib. empti. l. ab emptione 58. ff. de pact. Alt ex conducto sæpius potest agi, ut res tradatur, nempe quoties ea frui non licet d. l. si quis domum 9. d. l. ex conducto 15. §. 1. ff. locati. VI. Quædam locari possunt, non autem vendi: ut res alienari prohibetæ. Et rursus quædam vendi possunt, non item locari: ut servitutis jus vendi potest: locari verò non potest, l. locare servientem 44. ff. eod. De his, ceterisque inter emptionem & locationem differentiis *Baldwinus & Mynsinger. hic. num. 4. alique Interpretes tractant.*

Præterea nostram assertionem non frangit d. l. 1. §. si quis servum 9. ff. depositi. ubi *Ulpianus* asserere videtur, locationem non esse, quando pecunia non intervenit. Pecunie namque verbum in illo textu non strictè pro pecuniâ numeratâ, sed pro aliâ re quavis aut saltem pro re fungibili, est positum, ut accipitur in l. 2. §. 1. juncto §. creditum. vers. item mutuum. ff. de reb. cred. Pecuniæ enim verbum, non solum numeratam pecuniam complectitur: verum omnem omnino pecuniam, hoc est, omnia corpora. Nam corpora quoque pecuniæ appellatione contineri, nemo est, qui ambigat, inquit *10. in l. pecun. 178. & 222. ff. de verb. signif.* Pecuniam igitur sic generaliter acceptam *Ulpianus in d. §. si quis servum* ad mercedem locationis necessariam esse dicit, & ex adverso haud obscure ostendit: ubi non pecunia, sed factum aliquod præstatur, non posse factum illud pro mercede haberi: & consequenter locationem non contractam censeri. Hucque referantur annotata ad §. præterea 3. n. 86. *supr. quib. mod. re contrahib. obligat.*

Eundem quoque conclusionem non evertit §. allegata l. naturalis 5. §. ut cum de. 2. ff. de prescriptis verbis. ubi *Paulus* apertis verbis in locatione pecuniam requirit: & ne quis fortè priori responsione utatur, & dicat, pecuniam ibi in genere, pro quibuscunque rebus in quantitate consistentibus, accipi: subdit *JCtus*, pecuniam requiri, sicut in venditione: in qua pecuniam requiri numeratam, nullum est dubium, d. §. item precium 2. §. tit. proxime precedente. Etenim respondetur: similitudinem illic inter locationem & emptionem non per omnia institui: sed hunc esse ejus loci sensum: sicut conventionem certæ mercis & pecuniæ emptio contrahitur: ita ex conventionem pecuniæ dande pro facto, quod locari solet, locatio resultat. Non autem ibidem dicitur, quod pecunia numeratæ sic de substantiâ locationis: sed quod uterque contractus sola conventionem contrahatur: emptio scilicet, si de merce & precio convenit; locatio verò, si de pecuniâ danda pro facto, quod locari consuevit, convenit. In hoc tantum casu hi duo contractus contrahuntur, non in aliis: atque adeo utrum sicut in emptione est pecunia numerata, ita etiam in locatione esse debeat, ibi non explicatur. Idque

uberius explicat *Vultejus in principio hujus tit. num. 21.*

Dedique non officit huic decisione l. insulam 6. ff. de 15 prescript. verb. ubi *Neratius* in hæc verba scribit: *Insulam hoc modo, ut aliam insulam rescires, vendidi: respondit, nullam esse venditionem: sed civili intentione incerti agendum est.* Unde evinci posse videtur, locationem ibi non fuisse, eo quod merces in pecuniâ numeratâ non fuerit: maximè attentâ receptâ regulâ, quæ ex eâ l. colligitur, ut nomen à partibus expressum non attendatur, sed qualitas conventionis. Non, inquam, lex illa officit. Tum quia *JC.* ibi principaliter intendit, non esse attendendum nomen conventionis, à partibus expressum. Tum quia forsan ex nomine venditionis, à contrahentibus expresso, perspicitur: eos de locatione non agere: & ideo in dubio censetur contractus innominatus, juxta l. 1. versic. quotiens. ff. de estimatoriâ act. Tum etiam quia in ista lege non resultavit locatio, propterea quod non constabat, artificem esse eum, qui ad refectionem insulæ obligatur. Si quispiam dixerit, hoc divinatorium esse: replicari poterit; non minus divinatorium esse intelligere, quod artifex esset: & multo majorem esse numerum non artificum. Si inisset aliquis: ad quid ergo obligaretur, si artifex non esset? Respondetur: eum obligari ad reficiendum per artifices curâ & expensis propriis, arg. l. fideicommissa 11. §. ultim. ff. de legat. 3. Et hanc sententiam, utpote jurisrationibus magis consonam, contra communem probat & amplectitur, post *Salicetum num. 2. in d. l. si olei 21. C. de locato. Coratius lib. 2. Miscellan. jur. cap. 11. Quam sequuntur Arius Pinelus in Commentar. ad l. 2. C. de rescind. vendit. part. 2. Rubr. c. 3. num. 28. & seqq. Wessebec. in paratis. ff. locati. num. 7. Commar. lib. 7. Commentar. jur. civil. c. 11. num. 1. Vultejus num. 18. Heigius num. 16. & Anton. Matth. in princip. hujus tit. D. Bocer. in Commentar. ad l. contract. 23. ff. de reg. jur. c. 4. num. 90. edit. 2. pag. 173. cum seq. *Pacius in Epitom. jur. Disp. 14. th. 23. lit. b. Cujac. tract. 8. ad African. in explicat. leg. & hæc distinctio 35. §. 1. ff. locati. Paulus Berens disput. 11. ad Insti. them. 2. quæst. 2. Ungepaup. exercit. Justin. 12. quæst. 5. in nego. p. 455. cum seq. edit. ult. Bronchorst. cent. 1. ἐν τριτοφάτωρ. assert. 94. edit. 1. Menoch. remed. 3. adipiscend. possess. num. 93. Borcholt. de pact. c. ult. n. 16. Treutler. d. disput. 29. vol. 1. thes. 3. lit. g. Hackelman. illustr. quæst. Disp. 11. thes. 11. lit. e. Mathias Stephani cent. 3. quæst. 73. Pheff. Disp. 2. de jure topico Würtemb. thes. 51. lit. b. Schegkijus in delibatis jur. Disput. 18. thes. 51. lit. b. Hænonius quæst. seu controvers. juris illustr. Disp. 16. controuv. 16. Roberus Disp. 17. thes. 7. Knipschildt exercit. Acad. 9. quæst. 1. pag. 321. cum seq. Petrus Augustinus Morla in Emporio juris utriusque part. 1. tit. 10. de locato & conducto. in præmissis. num. 5. alique per hunc relati. Vide istam controversiam distinctione inter locationem fruendi & faciendi explicantem *Gregorium Lopez. lib. sing. animadvers. jur. civil. c. 15. num. 4. Hilligerum in Donell. enucleat. lib. 13. cap. 6. sub. lit. I. & H. holque laudentem Riemerum, decad. 11. quæst. illustr. 1. num. 3.***

Illud quasi παράπυρος hic quaeritur: si quispiam mulierem vehendam navi conduxisset; deinde in navi infans ex eâ muliere natus fuisset: an ille sit obstrictus nautæ, ut ipsi pro vecturâ istius pueri spectatim aliquid solvat? Quod negandum reor: Tum quia & ante partum in ipsa navi fuit infans, ut ita nihil novi oneris intulisse, sed illatum quodammodo transportasse mulier existimetur. Tum quia neque vectura infantis magna est, neque his omnibus utitur, quæ ad navigantium usum parantur, l. sed ades 19. §. si quis mulierem 7. ff. locati. Idem dicendum est, si e contratio in navi aliquis sit mortuus: si quidem nec pro eo vectura debetur, l. fin. in princ. ff. ad l. Rhod de jact. Gothofred. ad dict. l. 19. §. 7. ff. locati. *Math. Stephani. dict. cent. 3. sub quæstion. 73. in fin. ubi allegat etiam Franciscum Isid. cent. 1. resp. 53.*

§. Adeo autem. 3.

Adeo autem aliquam familiaritatem inter se videntur habere emptio & venditio, item locatio & conductio: ut in quibusdam causis quari soleat, utrum emptio & venditio contrahatur, an locatio & conductio: ut ecce de prædiis, quæ perpetuò quibusdam fruenda traduntur, id est, ut quamdiu pensio sive redditus pro his domino præstetur, neque ipsi conductori, neque heredi ejus, cuius conductor, heresve ejus id prædium vendiderit, aut donaverit, aut dotis nomine dederit, aliòve quocunque modo alienaverit, auferre liceat. Sed talis contractus, quia inter veteres dubitabatur, & à quibusdam locatio, à quibusdam venditio existimabatur: lex Zenoniana lata est, quæ emphyteuscos contractus propriam statuit naturam, neque ad locationem, neque ad venditionem inclinantem, sed suis pactionibus fulciendam: & siquidem aliquid pactum fuerit, hoc ita obtinere, ac si naturalis esset contractus. Sin autem nihil de periculo rei fuerit pactum: tunc, siquidem totius rei interitus accesserit: ad dominum super hoc redundare periculum. Sin autem particularis: ad emphyteuticarium hujusmodi damnum venire, quo jure utimur.

SUMMARIA.

- 1 Emphyteusis unde derivetur.
- 2 Emphyteusis in quibus rebus locum habeat: §. n. 8 & 88. §. 118. & seqq.
- 3 Emphyteuta quis, & jura, quod habet, quomodo appelletur: §. num. 94.
- 4 De finitio emphyteuscos, ejusque accurata & diligens explicatio.
- 5 Proprium contractus est, sua vi ac virtute obligationem parere.
- 6 Olim Emphyteusis quibusdam Jurisconsultis emptio, alii vero locatio videbatur.
- 7 Emphyteusis in quibus differat à locatione.
- 8 Locatio etiam in rebus mobilibus; emphyteusis tantum in immobilibus constituitur: §. num. 118.
- 9 Emphyteuta servitutem fundo emphyteutico imponere potest: non tamen conductor rei locata.
- 10 Conductor mercedem in compensationem ista: emphyteuta vero canonem in recognitionem domini solvit, §. n. 113.
- 11 Quomodo emphyteusis distet & distinguatur ab emptione.
- 12 Quæ res in emptionem veniunt, & per eam quid transferatur.
- 13 Pretium in emptione consistit solum in pecuniâ numeratâ: at pensio in emphyteusi, etiam in quantitate constitui potest.
- 14 D. Bocer argumenta, negantis emphyteusim contractum esse, referuntur & confutantur.
- 15 Quibus modis emphyteusis constituitur.
- 16 Emphyteuscos nominis quid significetur.
- 17 Emphyteusis esse contractum juris gentium, demonstratur.
- 18 Ad appellationem juris gentium quid requiratur.
- 19 Jus gentium quid sit.
- 20 Apud quos populos contractus emphyteuticus in usum fuerit.
- 21 Contractus emphyteuticus Sybilla Cumana antiquior.
- 22 Emptio & locatio juri gentium annumeratur.
- 23 Contractus omnes quo jure introduci.
- 24 Regula standum, donec de exceptione doceatur.
- 25 Qui contractus sunt juri civilis.
- 26 Zeno Imp. quid contractus emphyteuticus tribuerit.
- 27 Nomen non dat esse rei, sed exprimit, quod jam in verum naturâ existit.
- 28 Emptio & ceteri contractus nominati solo nomine concipiuntur & perficiuntur: contractus innominati non aequè.
- 29 Omnis dispositio juxta disponentis consuetudinem interpretanda.
- 30 Dispositio interpretatur secundum terminos interpretata intelligenda.
- 31 Num per vocabulum Conceptionis (in l. 1. c. de jur. emphyt.) scriptura significetur.
- 32 Quatenus emphyteusi (in d. l. 1. c. eod. t.) dicatur jussu & voluntate contractus.
- 33 Declarans rem, cui assignatur.
- 34 Verba hujus §. (ac si naturalis esset contractus) quomodo accipienda.
- 35 Pacta naturam contractibus tribuunt.

- 36 Quoties juri gentium quid additur, vel detrahatur: jus civile efficitur.
- 37 Substantia contractus & cujusque rei in jure quid sit.
- 38 Natura contractus quid.
- 39 Ut accidentis est vel separabile, vel inseparabile, ita & in jure natura alicujus rei alia est separabilis, alia inseparabilis.
- 40 De substantia, itaque de natura emphyteusis que fuit.
- 41 Quocunque contractui adjiciuntur, ejusdem naturæ & qualitatis censentur.
- 42 Qualitates sive accidentia substantiam rei non mutant, aut alterant.
- 43 A potentiori facienda denominatio.
- 44 Cur emphyteusis contractus nominatus.
- 45 Quatuor contractus innominati.
- 46 Ex contractibus nominatis propria & specialis competit actio.
- 47 Ex contractu emphyteutico competit actio emphyteuticaria.
- 48 Penitentia an & quatenus tum in nominatis, tum innominatis contractibus locum inveniat.
- 49 Quare emphyteusis contractus bonæ fidei.
- 50 Mixta sapient naturam suorum simplicium.
- 51 Pacta contractibus stricti juris apposta, tantum ad excipiendum prosunt, non ad agendum.
- 52 Qui contractus bonæ fidei censentur.
- 53 An & quatenus omnes bonæ fidei contractus contineantur in §. actionum. 28. Instit. de actionib.
- 54 Non verba tantum, sed sententia legis spectanda.
- 55 Emphyteusis cur solo consensu perficiatur.
- 56 Numquid ad contractus emphyteutici substantiam traditio requiratur.
- 57 An scriptura ad ejusdem contractus substantiam præcisè sit necessaria.
- 58 Scriptura ad rei gestæ fidem necessariò non igitur.
- 59 Regula adhibenda, donec exceptio probetur.
- 60 Argumentum a pseudo ad emphyteusim validum.
- 61 In feudali contractu scriptura non omnino desideratur.
- 62 Inter contractum emphyteuticum & inter venditionem locatio, nemque magna similitudo & familiaritas.
- 63 Pacta servari custodiri debent.
- 64 In perpetua rei Ecclesiastica emphyteusi scriptura necessaria à in temporanea non item.
- 65 Consideratio & sententia Nov. 7. in præfat.
- 66 Reprehenditur Cacheranus.
- 67 Scriptura frequenter in contractu emphyteutico adhibetur.
- 68 Refellitur D. Bocerius, existimans: per monumentorum gesta tantum significari publicam scripturam.
- 69 Generali monumenti appellatione quid comprehendatur.
- 70 Consideratio l. census. 10. ff. de probationib.
- 71 Consuetudo optima legum interpres.
- 72 Opinioni à consuetudine approbata standum.
- 73 Ablativorum absolutorum natura & proprietates.
- 74 Conditio ad unguem servanda est, nec per equipollens adimpleri debet.
- 75 Dos pacto nudo constituitur.
- 76 Pactorum conventio absque scriptura subsistit.
- 77 Absurditas evitanda.
- 78 Ablativi absoluti positi non semper conditionem inducunt.
- 79 Argumentum à contrario sensu quando non procedat.
- 80 Scriptura cur fiant.
- 81 Contractus emphyteuticus quomodo probetur.
- 82 Ex præstatione canonis iste contractus presumitur: ibique quamnam in re, differentia specifica & forma contractus emphyteutici consistat, demonstratur.
- 83 Utrum in contractu, per quem ab emphyteusi constituta receditur, scriptura desideretur.
- 84 Qua solemnitas requiritur in contrahendo, requiritur etiam in dissolvendo.
- 85 Emphyteusis à domino constituitur.
- 86 Nemo plus juris in alterum transferre potest, quam ipse habet.
- 87 Dominus qui hic intelligatur.
- 88 Contractus emphyteuticus tantum locum habet in prædium.
- 89 Ujusmodi etiam in rebus mobilibus consistit.
- 90 Agri rectigales, & agri emphyteuticii qui dicantur.
- 91 Quorum definitiones eadem sunt: ea quoque inter se esse eadem oportet.
- 92 Præterea contractus emphyteutici natura.
- 93 Emphyteusis in dubio perpetua judicatur.
- 94 Jus emphyteuticum quibus nominibus designatur.
- 95 Emphyteusi etiam ad tempus concessi potest.
- 96 Naturalibus alicujus contractus mutatis, substantia ipsius non subvertitur.
- 97 Eequid locatio ad longum tempus facta, in emphyteusis degeneret.
- 98 Propria conventionis forma contractus ab invicem distinguantur.
- 99 Locationis natura qua.
- 100 Consideratio l. qui rem propriam. 20. c. de locato.
- 101 Sententia l. 1. §. quod ait. 3. ff. de superfluebus.
- 102 Utiles in rem aliam: ceteri non dicantur.
- 103 Cur ex locatione, ad longum tempus facta, datur in rem utilis actio.
- 104 Pensio emphyteutica quomodo appellatur.

- 109 Annua pensione contractus emphyteuticus ab aliis discernitur.
- 110 Num pensio emphyteutica in sola numerata pecunia, an etiam in re alia, consistat.
- 111 In emptione venditione precium in sola pecunia numerata solvendum.
- 112 Explanatio l. penult. C. de diversis praediis urbanis. Et rusticis templorum.
- 113 Pecunia nervus belli.
- 114 An dominus, si ei emphyteuta pro tribus aut quatuor annis futuris pensionem solvere velit, eam recipere cogatur.
- 115 Pensio emphyteutica, in fine cuiusque anni integra solvenda.
- 116 An et quatenus emphyteuta canonem suis sumptibus ad ades domini portare teneatur.
- 117 Emphyteuta principatim, in domini recognitionem, canonem praestat.
- 118 Finitis emphyteusos.
- 119 Emphyteusis quare dicatur melioratio.
- 120 Conductior, male in re conductia versam, expelli potest.
- 121 Emphyteuta similis est fructuario.
- 122 Ad constitutionem emphyteusos quid requiratur.
- 123 Emphyteusis quatuorplex.
- 124 Emphyteusis civilis sive secularis quid.
- 125 Ecclesiastica emphyteusis quae.
- 126 Emphyteusis nova quae: quae item antiqua.
- 127 Qui emphyteusum constituit potest.
- 128 Quilibet verum suarum moderator et arbiter: Et num. 210.
- 129 Cui licet, quod majus est, ei etiam minus licebit.
- 130 An pupillus et minor praedia sua in emphyteusum alicui dare possint.
- 131 Fundo pupilli seu minoris servitus imponi nequit.
- 132 An minor 25. annis, curatorem habens, sine ejus consensu emphyteusum promittendo efficaciter obligetur.
- 133 Adolescenti praedia suo modo, sine decreto, alienare possint.
- 134 Minor, curatorem habens, non absimilis est prodigo.
- 135 Stipulatio omnibus contradietibus adhibetur.
- 136 Interpretatio, leges elisorias reddens, fugienda est.
- 137 Declaratio l. plures, 101. ff. de verb. obligat.
- 138 Num pupillus et minor, sine auctoritate tutoris et curatoris, praedium aliquod in emphyteusum accipere valeant.
- 139 Contractus emphyteuticus an et quatenus sit causa lucrationis.
- 140 Praestatio annua inter immobilia computatur.
- 141 Quando minor contractum approbare queat.
- 142 Qua in re emphyteusis constituitur.
- 143 Equid agri fertiles et culti in emphyteusum concedantur.
- 144 An etiam praedia urbana in emphyteusum reduci possint.
- 145 Aedes vestigiales quae appellentur.
- 146 Humani opinatio rejicitur: ut Et D. Boetii.
- 147 Res non solum immobilia, sed et solo cohaerentes, cum solo in emphyteusum dantur.
- 148 Quae res solo cohaerere dicantur.
- 149 Multa accessorie permittuntur, quae principaliter prohibentur.
- 150 Utram arbores in emphyteusum concedi possint.
- 151 Aliud est jus emphyteuticum, aliud jus superficium.
- 152 Obiecto vel vinea in emphyteusum data, ipsum quoque solum datum putatur.
- 153 Num fundo simpliciter: pro dimidia parte in emphyteusum dato, arbores etiam partem dimidia contineantur.
- 154 Arbores pari soli censentur.
- 155 Nunquid feudi in emphyteusum concessio valeat.
- 156 Concessio in emphyteusum est alienatio.
- 157 Omnis feudi alienatio prohibita.
- 158 Feudum improprium in quibus naturam feudi proprii sequatur.
- 159 Cur subinfudatio sine consensu domini sit licita: non vero datio in emphyteusum.
- 160 Cur vasallus et feudalis in emphyteusum tradere queat.
- 161 An concessio emphyteutica teneat si vasallus rem feudalem ea lege in emphyteusum concedat, in dominium utile in recipientem non transeat.
- 162 Venditio, qua agitur, ne dominium rei ad emptorem transeat, non subsistit.
- 163 Communis fructuum, quae ad longum tempus transfertur, proinde alienatione in materia prohibita habetur.
- 164 Equid bona majorata in emphyteusum recte concedantur.
- 165 Resoluto jure datori, resoluitur jure acceptori: Et n. 371.
- 166 Bonorum majoratum in perpetuum emphyteusum facta concessio, an et quatenus valeat.
- 167 Utile per inutile in separabilibus non citatur.
- 168 Rei ecclesiae, sine legitimi solennitatibus, in perpetuum emphyteusum, etiam bene de Ecclesia merito, non alii nequeunt.
- 169 Idem proinde, etiam si fundus sterilis, vel siccus, seu si exiguus, vel ultra hominum memoriam incultus fuerit.
- 170 Utrum rei ecclesiae in emphyteusum dato, ne debitis solennitatibus facta, jure subsistat, si ea cum Ecclesia utilitate conjuncta sit.
- 171 Vasallus sine tutoris auctoritate hereditatem, quantumvis lucrativam, accipere nequit.
- 172 Sensus et intellectus l. non ad minus, 14. C. de procuratoribus.
- 173 Acceptatio, cum pupillo sine auctoritate tutoris facta, valet.
- 174 Endotio l. non alii, quibus. 9. l. cum transactionem. 9. ff. de transact.
- 175 Si constitutio emphyteusos, ob defectum consensus Capituli sine Papa, irrita dicatur, ratificatione ipsius valida officitur.
- 176 An Pontifex sua ratificatione emphyteuticum concessionem addere roborare queat, ut emphyteuta invitatus emphyteusum habere cogatur.
- 177 Usufructuarius, invito domino, usufructum relinquere potest.
- 178 Vasallus sine domini voluntate, recte feudum resutat.
- 179 Vasalli suo renunciare cuilibet permittitur.
- 180 Solennitatibus legitimis adhibitis, res Ecclesiae in emphyteusum ita dari possunt, ut etiam ad extraneos ipsius emphyteuta heredes emphyteusis illa transeat.
- 181 Consideratio Novell. 7. c. 3. in princ. Et n. 186.
- 182 Emphyteusis Ecclesiastica ad extraneos heredes transit, si data sit Titio, et quibuslibet ejus heredibus.
- 183 Particula, quibuslibet, omnes omnino complectitur.
- 184 Nunquid emphyteusis Ecclesiastica Titio, ejusque heredibus simpliciter concessa, etiam ad extraneos Titii heredes descendat.
- 185 Heredis nomen generale, extraneos quoque heredes continet.
- 186 Paciscens, quibuslibet heredibus suis pacisci intelligitur.
- 187 Servatis debitis solennitatibus, res Ecclesiastica licite alienatur.
- 188 Genuina emphyteusos Ecclesiastica natura.
- 189 Quaevis emphyteusis sua natura est perpetua.
- 190 Explicatur Novell. 7. c. 3.
- 191 Naturalia cuiusque rei, per se inesse creduntur.
- 192 Emphyteusis Ecclesiastica in perpetuum alicui tribui potest.
- 193 Emphyteusis Ecclesiastica, absque mentione hereditum data, an tertiam duntaxat generationem concessa presumatur.
- 194 Heres una persona cum defuncto reputatur.
- 195 An et quatenus Praelatus rem Ecclesiasticam, in emphyteusum dari solitam, ad Ecclesiam reversam, sine legitimi solennitatibus, alicui in emphyteusum dare possit.
- 196 Emphyteusis prius singulari persona data: postea civitati vel potentiori dari nequit.
- 197 Civitas aut Collegium nunquam mori intelligitur.
- 198 Difficilius potentiori, quam homini plebeo intenditur.
- 199 Si emphyteusis solita sit dari usque ad certam generationem: illam Praelatus in perpetuum alicui concedere non poterit.
- 200 Num Praelatus rem emphyteuticam, ad Ecclesiam reversam, consanguineis suis denno in emphyteusum tradere valeat.
- 201 Redarguitur Panormitanus.
- 202 Consideratur c. relatum. 22. §. licet de testament.
- 203 Praelatus rem Ecclesiasticam usufructuariis censetur.
- 204 Consuetudo stricti juris est, nec de casu ad casum extenditur.
- 205 Exponitur c. dilecto filio. 25. in princ. de praebe.
- 206 Praebenda cur inventa.
- 207 Prima liberalitas, circa proximos operari debet.
- 208 Enarratur c. 1. de investitura vet. Et novi benef. vers. ult. tit. 91. l. 2. f.
- 209 Argumentum a contrario sensu quando non procedat.
- 210 Identitas rationis fortior est argumento a contrario sensu.
- 211 Alienatio bonorum Ecclesiae, a Praelato in consanguineum facta, an et quatenus ad fraudandam Ecclesiam interposita videatur.
- 212 Utram dominus emphyteusum, ad certam generationem datam, ea finita, proximis emphyteuta cognatis deserte et renovare teneatur.
- 213 Nemo compelli potest, ut certo alicui locet vel vendat.
- 214 Sui quisque rei moderator et arbiter.
- 215 Explanatur l. 1. c. de metallarum; Et metallis.
- 216 Consideratur l. si in emptionem. 25. ff. de minorib.
- 217 Enodatur l. congruit. 4. C. de locat. praedior civil. Et c.
- 218 Conductores verum fiscalium quando post finitam conductio-nem, de novo conducere compellantur.
- 219 Disentitur l. 1. §. permittitur 41. ff. de aq. quotid. Et est.
- 220 Intellectus l. 1. ff. de privileg. credit. Et l. Imperator. 60. ff. de pactis.
- 221 Sensus l. jubemus. 3. §. Et filios advocatorum C. de advocat. divers. judicium.
- 222 Utrum rei Ecclesiastica, in emphyteusum concedi solita concessio, non plane consueto modo interposita, omni modo censetur inutilis, an vero valeat: quatenus fieri possit.
- 223 Quatenus utile per inutile non vitiatur: Et num. 227.
- 224 Tot putantur esse concessionem, quot sunt generationes.
- 225 An vasallus, si feudum quod possidet, alia lege, quam ipse habet, alii concessit, illud amittat.
- 226 Optimo, ultimo loco relata, approbata intelligitur.
- 227 Sententia c. no. in extraneis. communib. tit. de rebus Eccles. non alienand.
- 228 Examinatur Novell. 7. c. 3. in fin. princ. Et c. 7.
- 229 Mens Clement. 1. vers. si quis autem, de reb. Eccles. non alienand.
- 230 Interpretatio l. si non forsan. 26. §. si certum. ff. de condit. instib.
- 231 Limitatio praecedentis conclusionis.
- 232 Quibus modis emphyteusis constituitur.
- 233 Quomodo constituitur recte ultima voluntate.
- 234 Pater aut ex filio emphyteusum suam testamentum relinquere potest.
- 235 Quae actio emphyteusis testamento relicta, penda sit ab herede constituitur.
- 236 Praescriptio quomodo emphyteusum acquiritur. Et penda

- 233 Feudum 30 annis praescribitur.
 234 Passioibus quomodo constituitur ius emphyteuticum.
 235 An de substantia contractus emphyteutici sit ultra pensionem certa quantitas, pro introitu contractus, ab emphyteuta domino solvatur.
 236 Non plus ad formam alienius actus exigendum est, quam lex ipsa exigit.
 237 Nulla emptio sine precio consistit.
 238 In quo potissimum emphyteusis & venditio inter se conveniant.
 239 Verus intellectus l. ult. vers. penult. C. de iure emphyteut.
 240 Consideratio Auth. qui res. C. de SS. Eccles.
 241 Sententia l. privata 10. Cod. de excusationib. muner.
 242 De substantia contractus emphyteutici est, de pensione in recognitionem domini solvenda conventio.
 243 Pacta contra substantiam contractus inita, ipso iure nulla.
 244 Ex post facto pensioni remissio fieri potest. ibique D. Wolffius, conventionem de prestanda pensione, esse de forma & substantia emphyteusis negans consuevit.
 245 Nunquid pensio, quotannis ab emphyteuta praestanda, in uno nummo, vel quavis re alia minima constitui possit.
 246 In emptione & locatione an & quatenus precium, sive merces uno nummo constitui queat.
 247 Canon emphyteuticus ad dominium solummodo recognoscendum requiritur.
 248 Genuinus sensus l. o. ult. ff. de acquir. vel amitt. possess. l. 20. §. 1. & l. 46 ff. locati & l. 8 ff. de contrab. empt.
 249 An contractus emphyteuticus ita à contrahentibus perfici possit, ut pensionis nomine tantum emphyteuta praestet, quantum ipsi placuerit, vel iustum fuerit.
 250 In emptione certam ac determinatum exigitur precium.
 251 Quo casu canon emphyteuticus certus esse debeat, & in arbitrium certi hominis conferri possit.
 252 De commodis & incrementis, ad emphyteutam pertinentibus.
 253 Emphyteuta fundi dominus improprie dicitur: & num. 277.
 254 Num emphyteuta civititer, an naturaliter tantum possideat.
 255 Possessio naturalis qua.
 256 Civitas possessio qua.
 257 Creditor naturaliter rem pignori acceptam possidet.
 258 De & i. qui precario rem rogavit.
 259 Emphyteuta ius utendi fruendi re composit.
 260 Contractus ex conventionione legem accipiunt: & n. 321.
 261 Emphyteuta auri, argenti, plumbi, &c. fodinis, in fundo emphyteutico inventis, usui frui potest.
 262 Argenti & auri fodina, &c. an & quatenus fructus praediorum censentur.
 263 An & illa res, qua separate à solo non renascuntur, emphyteuta cedant.
 264 Enodatio & sensus l. fructus. 7. §. si vir. 13. ff. soluto matrimo.
 265 Intellectus l. ult. ff. de fundo dotali.
 266 Mens l. si ex lapidibus. 12. ff. de iure dot.
 267 Declaratio & sententia tit. 56 qua sint regalia. lib. 2. F.
 268 Leges posteriores explicanda ex prioribus.
 269 Quicquid nova lege specialiter expressum est, id veterum legum regulis restrictum intelligitur: & num. 361.
 270 Constitutio nova quatenus veteri derogare censetur.
 271 Quo casu lapides ex fundo casi emphyteuta non acquirantur.
 272 Equi l. thesaurus, in fundo emphyteutico inventus, ad emphyteutam, an vero ad proprietaris dominium spectet.
 273 Thesaurus in loco alieno, casu fortuito repertus, cui cedat.
 274 Thesaurus, in fundo fructuario inventus, in fructu non computatur.
 275 Actio agentium ultra eorum intentionem nihil operatur.
 276 Conventio in una re facta, in re alia non nocet.
 277 Varii intellectus l. possidit. 12. C. de fund. patrimonialib.
 278 Emphyteusis regulariter ad heredes transiit: usus fructus non item.
 279 Jus thesauri à iure veri domini pendet.
 280 Usufructuario in quibusdam plenius ius competit, quam emphyteuta.
 281 Emphyteuta quot annis canonem praestare cogitur.
 282 Quatenus emphyteuta in fundo emphyteutico venari liceat.
 283 Quatenus item eidem piscari permittitur.
 284 An & quatenus pisces pars fundi esse censentur.
 285 Meliante surrogatione, ver semper eadem dicitur.
 286 Quatenus emphyteuta liceat ex sylva cadua arbores & ligna excidere.
 287 Equi l. thesaurus sylvam illam cadere possit, qua longo tempore intervallo successu renascitur.
 288 Pullulare & renasci non videtur, quod annorum multitudinem exigit.
 289 Sylva cadua qua sit.
 290 Lapidum quando in fructu fundi existimantur.
 291 Sententia l. antequam. ff. famul. excise.
 292 Omne indistincte incrementum ad emphyteutam pertinet.
 293 Ut & ante dominum, nisi funditus rem ipsam absumat.
 294 An & quatenus casuum omne incrementum respiciat.
 295 Natura casus intelligitur, annus.
 296 Argumentum de sensu ad emphyteusis validum.
 297 Super l. item si fundus. §. hinc videtur ff. de usufructu.
 298 Quo juris remedia & actiones emphyteuta, ad ius suum tuendum, competant.
 299 Superficiarius & emphyteuta sunt similes.
 300 Emphyteuta rem emphyteuticam deteriorem facere, ejusdem formam mutare non potest.
 301 Nunquid emphyteuta sylvam extirpare, camque in pratum seu agrum, aut simile quid convertere; vel aliter rem emphyteuticam transmutare queat.
 302 Emphyteuta in area edificium extruere licet.
 303 Usufructuarius area edificium imponere nequit.
 304 Emphyteuta in area edificium extruere licet.
 305 Usufructuarius area edificium imponere nequit.
 306 Emphyteuta meliorationes suas, & ipsam ius emphyteuticum vendendi facultas an & quatenus sit concessa.
 307 Laudemium quid, & quibus nominibus indigitur.
 308 Quo casu laudemium usufructuario solvendum.
 309 Num emphyteuta socio suo, eadem de re inoffenso, partem suam liberè, & domino irrequisito, vendere valeat.
 310 Socius, licet consanguineus, rem pro precio, quod ab extraneo offertur, liberè retrahere non potest.
 311 Explicatio l. voluntas. 4. C. de fideicommissis.
 312 Feudum dividi potest inter consortes.
 313 Communio parit discordiam.
 314 Alienatio prohibita, non censetur prohibita alienatio necessaria.
 315 Necessitas legem non habet.
 316 Feudum absque domini consensu insimulaneè inoffensum, vel agnatum, licet alienatur.
 317 Cur feudum, inconsulto domino, alienare nequeat.
 318 Quare ius emphyteuticum, irrequisito domino, alienari prohibetur.
 319 An & quatenus ius patronatus rectè alienetur.
 320 Utrum emphyteuta, absque denunciazione precedente, ius emphyteuticum vendere possit, in instrumento emphyteutico discretè exprimat, quod emphyteuta licentiam alienandi, in quemcumque voluerit, habere debeat.
 321 Pacta & conventiones eam semper interpretationem recipiant, ut aliquid operentur.
 322 Quando creditor, non prius interpellato debitore, pigrius vendere queat.
 323 Contractus ex partium conventionione legem accipiunt.
 324 Enucleatur l. si quando. 35. C. de inoff. testam.
 325 Expontur l. quaro 54 §. inter locatorem. ff. locati.
 326 Num heres emphyteuta, cui dominus ab initio contractus emphyteutici licentiam alienandi dedit, emphyteusim absque proinde denunciazione vendere possit.
 327 Consideratio l. Lucius. 91. ff. de legat. 3.
 328 Sententia l. cum quis sibi 55. ff. de verb. obligat.
 329 Equi dominus qui alienandi facultatem emphyteuta concessit, ante alienationem factam penitere, & concessionem istam revocare valeat.
 330 Passiones emphyteuticas firma illabataque modis omnibus sunt custodienda.
 331 Mens & sententia l. sicut. 8. §. si voluntate ff. quib. mod. pig. vel hypoth. sol.
 332 Doctrina l. quis suum. 6. ff. de donationib.
 333 Quando ex simplici consensu sive permissu obligatio non inducatur.
 334 An ex permissu simplici pactum nudum oriatur.
 335 In pacto nudo, seu contractu innominato, penitentie (re etiam adhuc integræ) non est locus.
 336 Pactum est consensus, animo obligationis contrahenda interpositus.
 337 Utrum alienandi potestas emphyteuta data, mortuo Pralato, qui eam concessit, censetur extincta.
 338 Episcopi & Praesules Ecclesiarum habent administrationem rerum tantum praesentium, non etiam post mortem suam reverendarum.
 339 Num emphyteuta, domino non consentiente, ius suum donare possit.
 340 Emphyteuta, inconsulto domino, ius suum alteri legare permittitur.
 341 Cur emphyteuta permissa sit donatio, infesto domino venditio non item.
 342 Expenditur l. 3. vers. minime. Cod. de iure emphyteut.
 343 Quatenus procedat regula eidem vendendi ius est, cui domandi.
 344 Dectio praedia sua, sine Iudicis decreto donare, non vero vendere, potest.
 345 Facilius homines vendunt, quam donant.
 346 Multorum genus avoissimum.
 347 Sensus l. universas. 2. C. de re ad dominica vel templi vindicatione. &c.
 348 Invito creditori alius debitor obtrudi nequit.
 349 Contrahentes praesentium contraxisse secundum substantiam materiam.
 350 Quomodo domino contra vocam emphyteutam consideratur.
 351 Quid emphyteuta contra à domino restata considerare debeat.
 352 An emphyteuta, absque domini consensu praedium emphyteuticum possit oppignorare.
 353 Erroris argutus, & relatus dominus.
 354 Accurata explanatio l. hoc videtur. 31 ff. de pignoris.
 355 Prohibito quo, omnia sunt, quibus ad illud percutitur prohibita censetur.

de quo in §. proxime subsequenti. Ad prius quod attinet; quia majoris usus est & momenti paulo copiosius de eo, accuratiusque *ὁρῶν θεῶν* acturi sumus. Emphyteusis igitur dicta est *ἐπὶ τῷ ἐμψυτεύειν* quod inferere aut implantare. Germanice *Imffen* significat, & per translationem meliorare: quia per emphyteusim, id est, insitionem atque implantationem, agri meliores redduntur. Joan. Borcholt. *Heigius & Wesenbec. hic nu. 2. §. in paratit. ff. si ager ve-*
Sigal. id est. emphyteuticar. petat. num. 2. Joan. Ferrarius *Montanus, & Scharh. ad rubr. tit. C. de jure emphyteut.*
nu. 4. Gothofred. ad l. 1. in princ. C. cod. Coras. in l. ei, qui
16. num. 20. ff. de servitutib. Alvarus Valascus in tract.
de jur. emphyteut. quest. 2. num. 4. ubi plures citat. Molin.
in consuetud. Paris. tit. 1. §. 1. gloss. 5. num. 80. & Carolus à
Kirchberg. discursu de feudo ex pacto & providentia, &c.
cap. 4. num. 138. Tameisi Speculator (Græci sermonis
non usque adeo gnarus) hanc vocem natam opinetur ab
em, id est, in, & fficos, id est, fides: quod ipsa res datur ali-
cui in fidem, ut illam deteriore fieri non permittat, in
suo Speculo lib. 4. particul. 3. tit. de emphyteusi. num. 2.
 Quamvis autem insitioni & implantationi proprie in solis
 rusticis prædiis atque agris sit locus; adeoque initio non
 videatur emphyteusis in omnibus immobilibus obti-
 nuisse; argumento l. 1. ff. si ager vectigalis (id est, emphy-
 teut. petat. nihilominus tamen isto vocabulo omne me-
 liorationis genus designatur; ita ut etiam ædificia hodie
 recte in emphyteusim dari possint. l. si finita. 1. §. si de ve-
 ctigalibus ædibus. 26. ff. de dam. infect. Novell. 7. cap. 3. §.
 scire. 2. ibi, prædia aut domos. &c. & Novell. 120. cap. 1. in
 fine. Auth. si quas ruinas. C. de SS. Eccles. Vultejus hic n.
 2. & in tract. de feud. lib. 1. cap. 12. nu. 3. pag. mihi 833.
 D. Obrecht. Disp. 36. th. 8. & 49. cum seqq. Valasc. d.
 tract. q. 12. nu. 1. & 3. Scharh. d. rubr. C. de jur. emphy-
 teut. num. 21. & seq. Thomas Lindemannus disp. 7. ad lib.
 3. Instit. tit. 25. de emphyteusi thes. 6. eumq; referens Nico-
 laus Eggebrecht. in disput. inaugur. sive synopsi juris em-
 phyteutici. conclus. 20. Sed ea de re exquisitis infr. num.
 88. 138. & seqq. Cæterum is, qui emphyteusim accipit,
 uno verbo dicitur emphyteuta vel emphyteutarius l. 1.
 & l. 3. in princ. C. d. tit. idiomate Germanico Zinsman,
 Hübner: dominus emphyteuseos, Zins seu Erbherr:
 jus constitutum, jus *ἐμψυτεύειν* vel emphyteuticarium.
 l. 3. §. si *ἐμψυτεύειν* 4. ff. de reb. eor. qui sub tutel. vel
 cur. sunt. Rubric. & l. 1. in princ. & d. l. 3. ibi, jus emphy-
 teuticum transferre, item ibi, vel si jus emphyteuticum. C.
 de jure emphyteut. Erbrecht sive Erbbeistandnis: ager
 in emphyteusim datus, ager emphyteutarius, itemque
 vectigalis, seu prædium emphyteuticarium, per rubr. tit.
 ff. si ager vectigalis, id est, emphyteutarius, petatur. & l.
 2. ibi, a prædiis emphyteuticariis. C. de jur. emphyteut. Do-
 nell. lib. 9. Commentar. de jure civil. cap. 13. pag. 443. num.
 50. Francisc. David argente, in libr. notar. juris selectar.
 tract. de agru vectigalib. pag. 207. fac. 2. Erbzinfige, Erb-
 psacht, Psachtgut, hube, seu hubgut. Nicol. Eggebrecht
 d. synopsi jur. emphyte. conclus. 4. Paul. Matthias Weber.
 in l. servat. præd. lit. E. in verb. Erbgüter. &c. Knipschilde
 exorcist. Acad. 9. th. 31. pag. 215. Nominatur quoque vul-
 go Lehen: quia feudo similis est emphyteusis. D. Collega
 Bo cer. hic num. 8. pag. 424.

Definiri emphyteusis non ineptè poterit contractus,
 juris gentium, nominatus, bonæ fidei, solo consensu con-
 stans: quo dominus de dando prædio suo in perpe-
 tuum, vel ad tempus, pro pensione annua, in recognitio-
 nem domini præstandâ, colendo fruendoque cum aliquo
 paciscitur. Generis loco verbum, contractus, merito est
 positum. Nam emphyteusim esse contractum, eumque
 à reliquis omnibus hodie Zenonis constitutione distin-
 ctum, indubitatum est. hoc §. nostro. d. l. 1. d. 1. 2. in princ. &
 d. l. 3. §. si autem. ibi, in emphyteutici contractibus. C. de
 jure emphyteut. l. ult. ibi, nec emphyteusos contractum
 C. de reb. alien. non alienand. Ejusque ratio est perspicua:
 quia ex eo unum, atque oritur propria vi ac virtute ob-
 ligatio. d. l. 1. C. de jure emphyteut. quod est proprium
 contractus l. Labeo. 19. ff. de verb. signif. l. jura gentium
 7. §. 1. ff. de pact. l. 1. in princ. ff. de obligat. & actionib.
 Sed & si emphyteutici contractus non esset: frustra olim

& ineptè à veteribus Jurisconsultis dubitatum esset:
 utrumne emphyteusis esset locatio - conductio: an verò
 emptio-venditio: cum utramque contractum esse con-
 stet ex principio hujus tit. hoc §. nostro Hum. in resolu-
 tut. ad Treutler. vol. 1. Disput. 20. quest. 30. pag. 1786.
 Ac sane olim emphyteusim Jurisconsulti quidam spe-
 ciem emptionis ideo esse, affirmabant: quod prædium
 in perpetuum plerumque alienetur, & jus quoddam
 dominio simile (quod vulgò utile appellant, licet sa-
 tis incommode, ut probavimus s. ad princip. tit. de rer.
 divis. num. 40. & seqq.) transferatur, possessorique ac-
 tio in rem tribuatur. d. l. 1. ibique gl. & Dd. ff. si ager ve-
 ctigalis, &c. Alii contra locationem esse, contende-
 bant: propterea quod merces hic quædam seu pensio annua,
 nomine fructuum & usus, interveniat; & quod usus tan-
 tum, non dominium verum transeat: sed penes eum,
 qui rem tradit fruendam, maneat. d. l. 1. §. 1. ibi, quamvis
 non efficiantur domini. ff. d. r. Wesenbec. hic num. 3. Cæte-
 rum hanc Jurisconsultorum alterationem Imperator Ze-
 no sedavit: & emphyteusim propriam, id est, tam à loca-
 tione, quam venditione separatam contractum constituit.
 d. l. 1. C. de jure emphyteut. Qui quidem contractus à lo-
 catione in eo potissimum differt. I. Quod emphyteusis
 præstat quasi sive utile dominium ei, qui accipit: locatio
 non item. l. non solet. 39. ff. locati. Martinus Bonacina
 in tract. de contractib. & restit. disp. 3. quest. 8. punct. 1.
 nu. 4. pag. 577. & latius explicatum supra, §. proximo.
 num. 8. II. Locatio etiam rei mobilis fieri potest: em-
 phyteusis verò tantum in rebus soli seu immobilibus con-
 stituitur, arg. hujus §. ibi, ut ecce de prædiis, &c. d. l. 1. in
 princ. ibi, agri civitatum. ff. si ager vectigalis, &c. l. lex
 vectigali. 31. ff. de pignorib. & hypothec. & l. tutor. 16. §.
 ult. ff. de pignorat. act. III. Conductor rei locatæ servi-
 tutem, aut aliud aliquod jus imponere nequit: ac em-
 phyteuta servitutem, sive jus servituti in effectu simile
 fundo emphyteutico imponere potest, arg. l. 1. §. ult. ff. de
 superficie. & de eo nos infra fusius nu. 370. IV. Con-
 ductor mercedem solvit in compensationem usus; & est
 merces illa, quæ à conductore præstatur, usus illius quasi
 quædam æstimatio: emphyteuta verò solvit canonem
 annuum, non respectu fructuum acquiritorum; sed in
 recognitionem directi (uti loquuntur) domini. cap. 2.
 ext. de censibus. Wesenbec. h. num. 4. & Vultejus nu. 8. Ab
 emptione autem hic contractus discriminetur & distin-
 guitur primum ratione rei, quæ in contractum venit.
 Res enim in emptionem venit non solum mobilis, sed &
 immobilis: in emphyteusim res immobilis tantum, ut
 paulo ante ostensum, num. 8. in emptione item rei ipsius,
 quæ venditur, dominium & quidem verum & plenum;
 aut certè minimum usucapiendi conditio à venditore
 transfertur in emptorem, l. ex empto. 11. §. 2. & l. servus.
 30. §. 1. ff. de actionib. empti & similibus in præcedenti §.
 annotatis. num. 7. in emphyteusi non tam ipsa res, quam
 rei usus, ejusque dominium duntaxat quasi in emphyteu-
 tam transfertur. d. l. 1. junctâ gloss. ff. si ager vectigalis, &c.
 Deinde ratione precii; quod in emptione consistere de-
 bet solum in pecuniâ numerata, ut explicatum est in §.
 item precium. 2. s. titulo proximo: aut in emphyteusi pen-
 sio non præcisè in pecuniâ numeratâ, sed etiam in specie,
 vel quantitate, veluti vino, aut frumento, constitui potest.
 gloss. hic super verb. neque ad locationem, Thadæus Pifo n.
 3. & Schneidewin. num. 4. In emptione præterea æsti-
 matur res ipsa, quæ venditur precio: in emphyteusi nec
 res, nec usus rei æstimatur pensione illa, quæ quorannis
 solvitur; sed pensio isthæc in recognitionem directi do-
 minii penditur, ut jam dictum, nu. 10. Denique in em-
 ptione cum precium ab emptore semel est solutum, ven-
 ditori ad nihil amplius tenetur: sed emphyteuta sin-
 gulis annis pensionem constitutam solvere domino dire-
 cto compellitur, ut docet hic Vultejus n. 7. Atque de illis,
 aliisque pluribus differentiis, post Dd. à se relatos, copiose
 differit Valascus in d. tractat. de jure emphyteut. q. 19 &
 20. cum aliquot seqq. Cæterum contractus emphyteuti-
 cus & censiticus quomodo inter se differant, abundè
 explicat Matthias Barionius pars. 2. conclus. practica-
 biles. 47. pag. 100. & seqq.

14 Et si verò ex antedictis quovis electo appareat dilucidius, emphyteusin contractum esse: attamen Dominus Collega Bocerius in hoc §. num. 4. §. 33. cum seqq. & in tract. de qualis & different. feudor. cap. 1. num. 16. cum seq. ejusque afflecla Carolus à Kirchberg d. discursu de feudo ex pacto & providentia c. 4. nu. 140. contrarium defendere conantur: atque emphyteuseos nomine non contractum ipsum emphyteuticum, seu jus ipsum per contractum constitutum sive conventionem emphyteuticam denotari opinantur. Hujusque suæ opinionis D. Bocerius has affert rationes: quia, inquit, res dicuntur dari in emphyteusin. cap. 2. tit. de reb. Eccles. non alienand. in 6. Auth. quas ruinas C. de SS. Eccles. quia aliquis emphyteusin suscipere dicitur, in d. l. 2. in princ. C. de jur. emphyteut. quia item dicimur accipere emphyteusin. Novell. 7. in princ. §. 1. tum etiam metiri, & transmittere emphyteusin ad successores, d. Nov. 7. cap. 3. & quia ab emphyteusi cadere emphyteuta dicitur in d. Nov. 7. cap. 7. Verum hujus ratiocinationis infirmitas ex eo patescit, quod etiam res pignoris dari dicuntur, l. 1. §. 1. & 2. l. si superatus §. 1. & alibi ff. de pignorib. & hypoth. quod item pignus accipere dicimur, l. in quorum 24. ff. eod. l. 1. §. cum rem 2. ff. que res pignori vel hypothecæ date obligari non poss. Sic quoque pignus hereditibus teneri dicitur. l. 1. in fine C. si unus ex plurib. heredib. creditoris, &c. Nec tamen idcirco rectè concluditur: pignus non esse contractum, §. sequens 2. sup. de obligationib. juncto §. creditor. 4. sup. quib. mod. re contrahit obligat. Proinde si dicamus: emphyteusin interdum accipi pro jure, ex contractu emphyteutico, constituto: interdum pro ipso contractu: aliquando verò pro re, in qua tale jus constitutum est: nihil regei poterit. Deinde ita argumentari videtur Dn. D. Bocerius: Si emphyteusis non solum contractus, sed & aliis modis, nempe præscriptione & ultima voluntate constituitur: consequens est, quod emphyteusis non sit contractus. Atqui verum est prius. Ergo & posterius. Cæterum hic quivis facile animadvertit; non procedere hanc argumentationem: Hoc jus solo contractu constituitur. Ergo hoc jus est contractus. Etenim quis non videt, aliud esse efficiens & effectum, aliudque constituens & constitutum? Quare neque hæc argumentatio procedet: Emphyteusis non solo contractu constituitur. Ergo Emphyteusis non est contractus. Præterea quamvis etiam præscriptione & ultimâ voluntate emphyteusis constitui dicatur: nisi tamen quoque consensus quidam interveniat tam dantis, quam accipientis annuam pensionem: emphyteusis constituta nequam censetur, arg. l. qui in aliena 6. in princ. ff. de acquir. vel omitt. heredit. & l. alienationis 28. ff. de verb. significat. Et quod emphyteuseos nomine specialis contractus significetur, nemini dubium esse potest, ex d. l. 1. in princ. C. de jur. emphyteut. Unde nec illud admittendum, quod ab eodem D. Bocero adfertur: emphyteuseos nomine significari subiectum, & vocabulo contractus adjunctum in d. l. ult. ibi, nec emphyteuseos contractum C. de reb. alien. non alienand. & in hoc §. nostro vers. sed talis contractus ibi, que emphyteuseos contractus, &c. Similiter enim dicimus contractum societatis: l. cum in societatis contractibus 3. C. pro socio contractus venditionis, l. si donationis 3. C. de contrab. empt. & vendit. contractum locationis & conductionis, l. contractus 24. C. de locat. & conduct. cum similibus. Nec tamen quispiam rectè dixerit: in dictis locis altero vocabulo denotari subiectum, altero verò adjunctum. Sicuti ergo per contractum locationis & conductionis, &c. intelligimus illum ipsum contractum, qui appellatur locatio & conductio: ita quoque in d. l. ult. C. de reb. alien. non alienand. & hoc §. nostro, per emphyteuseos contractum intelligere debemus illum ipsum contractum, qui emphyteusis vocatur. Idem edocui in additionibus meis ad Jul. Clar. §. emphyteusis quest. 2. n. 2. & trib. seqq. Porro cum in disputat. 11. ad Institut. pars. 2. assert. 1. sub. lit. B. aperte scripserim Dominum D. Bocerium irrito conatu contrarium adstruere, adeoque emphyteusin non esse contractum suspicari: satis mirari nequeo, cur ausus fuerit scribere Bocerius in hoc §. n. 40. p. 428. quasi ego scripserim: ipsum adstruere, con-

tractum emphyteuticum non esse contractum. Non ita à me scriptum esse, cuius patet. Et contractum emphyteuticum esse contractum, nemo nisi omni cerebro carens negare poterit: nec venit id umquam in controversiam; an contractus emphyteuticus sit contractus? Sed, an emphyteusis sit contractus? Hoc verò negat Bocerius, alit irritò conatu: ut antehac scripsi, & denudò scribo.

Dico in definitione, Emphyteusin esse contractum juris gentium. Quia omnes gentes & populi certo quodam naturæ judicio, communique ratione & consensu hunc contractum probant & usurpant, tanquam qui usui esse possit utilitatibus hominum commutandis. Neque verò appellatio juris gentium necessariò exigit, ut aliquid ab initio cum primis hominibus fuerit: sed ad istam appellationem sufficit, rem, de qua agitur, fuisse apud homines ab initio conditi orbis: ita satis est, eam congruere hominum intellectui ac naturali rationi: atque ideo post talis rei inventionem, ejus usum ab omnibus gentibus recipi, & unanimiter approbari arg. §. jus autem civile 1. vers. quod verò naturalis s. de jure naturali gent. & civil. ubi Justinianus ait, jus gentium vocari, quod naturalis ratio inter omnes homines constituit, & apud omnes populos peræque custoditur, sive quo omnes gentes utuntur. Quibus verbis Imperator ad appellationem juris gentium, rationem naturalem, & unanimitatem omnium gentium consensum & applausum sive approbationem, non tantum temporis, reive antiquitatem requirit & considerat, ut eleganter ostendit Arius Pinel. in Commentar. ad rubr. C. de rescind. vendit. pars. 1. nu. 7. post Franciscum Connan. lib. 1. Commentar. jur. civil. c. 5. n. 9. & Ludov. Charondam lib. 1. verosimilium. c. 5. Et sanè non apud Romanos duntaxat hic contractus emphyteuticus in usu fuit: sed etiam apud Byzantios, quibus in more erat positum, ut prædia quidem fertilia locarent ad tempus, sterilia autem in perpetuum, certâ in annos singulos constitutâ mercede, teste Aristotele lib. 2. oikonomiarum Sed neque ante istos credendum est, alios populos rerum suarum adeo fuisse negligentes; ut non, qua possent ratione, utilitates suas quærerent ex agrorum locatione temporali aut perpetua, prout cujusque commoditas postularet. Connan. lib. 7. Commentar. c. 12. nu. 1. Unde Claudius David velis. legali ad §. 2. vers. jus autem gentium sup. de jur. nat. gent. & civ. nu. 5. vocat hunc contractum Sibyllâ Cumanâ antiquiorem, ex Genes. cap. 47. vers. 24. & seqq. & Josepho lib. 2. antiquit. Judaic. cap. 4. Præterea in hoc §. nostro notatur: sæpius inter veteres Jurisconsultos dubitatum fuisse, utrum contractus emphyteuticus emptio, an locatio esset. Quæ tamen dubitatio excellentissimorum Jurisconsultorum satis absurda fuisset, si contractus iste non juri gentium, sed civili adscriberetur. Emptionem enim & locationem juri gentium accensendam, inter omnes constat, l. ex hoc jure §. ff. de justit. & jur. l. 1. in fin. ff. de contrahend. empt. l. juris gentium §. 1. ff. de pact. l. 1. ff. locati conducti. Accedit auctoritas Hermodeniani in d. l. ex hoc jure §. ff. de just. & jur. qui generaliter asserit, omnes contractus juris gentium esse, exceptis quibusdam jure civili introductis. Cui generalitati sive regulæ standum & adherendum est, donec de exceptione clarè doceatur: ut tradit Bartolin l. 1. n. 2. ff. si quis in jus vocat. non ierit. Dec. in l. 1. nu. 7. ff. de reg. jub. Menoch. consil. 28. nu. 51. & consil. 98. nu. 13. lib. 1. Sed quinam sunt contractus illi excepti, si emphyteusis excepta non est? Nimirum illi, qui excepti esse in jure nominatim reperiuntur: veluti stipulatio, §. de constituta 9. infr. de Actionib. l. si ita stipulatus 126. §. Chrysogonus vers. plane si præcedat ubi naturali obligationi stipulationem Paulus opponit. ff. de verb. obligat. quæ præscriptis quibusdam verborum formulis constat, l. 1. l. stipulationum §. §. stipulatio 1. ff. eod. tit. & literarum obligatio, initio tit. s. de literar. obliga. itemque sponsalitia largitas, hoc est, donatio propter nuptias. Novell. 119. c. 1. quæ veteribus Jurisconsultis penitus incognita fuit: tantum abest, ut jure gentium introducta sit, §. est & aliud §. s. de donationib.

- 26 Prædictis non obstat, quod lex Zenoniana huic contractui conceptionem, definitionemque sive nomen proprium tribuerit; ac proinde juris civilis esse videatur, l. 1. in princ. C. de jure emphyteut. Nam Zeno nomen quidem huic contractui proprium indidit: sed non novum conventionis genus instituit. Nec enim qui nomen singulare imponit, is rem ipsam invenisse dici potest: quia nomen non dat esse rei, quæ non fuit: sed id potius exprimit, quod jam in rerum naturâ existit. Et certe Zeno sua auctoritate & constitutione non tam nomen huic contractui assignavit, & enim Græco vocabulo *Emphyteusis* vocavit, quam ipsum confusum & incertum ab aliis, quibus omnino convenire videbatur, nimirum ab emptione & locatione, secrevit & distinxit. Idque Justinianus hic non obsecuro innuit, dum ait: *talis contractus, quia inter veteres dubitabatur*, &c. Talis, hoc est, quo prædia perpetuo fructu aliis traduntur; ut quamdiu pensionem pro his præstent, ea auferri illis non possint, per princip. hujus §. Ex quibus verbis cernitur, hanc ipsam formam Zenonem profus immutatam reliquisse, eandemque etiamnum hodie in hoc contractu celebrando observari. Ideoque Imperator Zeno in d. l. 1. Cod. de jure emphyteut. per hæc verba (conceptionem & definitionem habere propriam) solennem quandam & peculiarem contrahendi modum de notare nequaquam voluit: sed potius per verba illa contractum nominatum, & proprio nomine conceptum significavit. Quemadmodum enim emptio & venditio solo verbo emptionis & venditionis concipi potest; quod non contingit in contractibus innominatis, in quibus ex præscriptis verbis igitur, & non solo nomine perficiuntur: ita contractus emphyteuticus cum hodie habeat propriam conceptionem; solo verbo emphyteusis concipi potest sine alia conventionem. Habet siquidem propriam atque legalem naturam, quæ satis exprimitur per verbum emphyteusis, ut non opus sit naturâ conventionali, sicuti recte interpretatus est Franciscus Sarmientus lib. 3. *selektorum interpretat. c. 2. n. 5.* Quod autem Zeno in d. l. 1. nullam in contractu emphyteutico peculiarem contrahendi formam sive modum introduxerit: inde patet; quod in constitutione ista nullo expressit verbo, quænam esset illa nova & peculiaris contrahendi emphyteusis forma: quod tamen minimè prætermisurus fuisset, si quid ea in re novi introducere voluisset. Solent enim Imperatores rebus in novis constituendis prolixâ indicare oratione, quidnam sit illud, quod ultra jus verus de novo sancire desiderant. Quod cum in constitutione Zenoniana (ad formam modumque contrahendi quod attinet) omisum sit: luculento id argumento est, novum contrahendi modum ista constitutione nullum introductum fuisse. Omnis quippe dispositio juxta disponentis consuetudinem & morem interpretanda est, arg. l. si servus plurium §. 1. ult. ff. de legat. 1. Sed & in §. præfati nullo penitus verbo significatur; Zenonem constitutione sua novum contrahendi modum in contractu emphyteutico introduxisse: cum tamen hic §. interpretetur atque declarat allegatam l. 1. C. de jure emphyteut. Quod & ipsum magnum suppeditat argumentum: in modo contrahendi emphyteusis, nihil novi constitutione Zenoniana fuisse sancitum. Dispositio namque interpretans secundum terminos interpretatæ seu declaratæ dispositionis intelligitur, & e contra, arg. l. nihil 2. ubi Bartol. ff. de conjung. cum emancip. liber. Cravett. consil. 422. n. 7.
- 27 Cæterum quod quidam Interpretum existimant; per vocabulum conceptionis scripturam, tanquam formam essentiali contractus emphyteutici, significari: id admittendum aut ferendum non videtur. Quoniam Imperator in d. l. 1. C. de jure emphyt. conceptionem contractus emphyteutici, & scripturam, seu diversâ & separata, distinguunt. Postquam enim considerat; Emphyteusis conceptionem definitionemque habere propriam, & justum esse validumque contractum: subiungit demum, cunctis, quæ inter utraque contrahentium partes super omnibus vel utramque fortuitis casibus, pactionibus scripturâ interveniente habitis placuerint, firma illibataque perpetua stabilitate modis omnibus debere custodiri. Deinde Imperator ibidem non loquitur de contractu emphy-

teutico scribendo, vel per scripturam celebrato: sed perspicue agit de pactis, contractui emphyteutico adjectis, & scripturâ interveniente iniis. Si quæ igitur per verba ista, scripturâ interveniente, necessitas scripturæ imponeretur aut induceretur: ea non ad contractus emphyteutici substantiam, sed ad pacta contractui apposita pertineret. Aliud etenim est contractus emphyteuticus; aliud pactum, huic contractui adjectum, l. juris gentium 7. §. quiniom §. ff. de pactis l. in bona fidei. 13. Cod. eod. tit. Et ut C. de pactis inter emptor. & venditor. compos. Verum neque in contractu emphyteutico, neque in pactionibus ei adjectis, scripturam necessariò desiderari, latius infra demonstrabitur, nu. 5. & seqq. Huicque pertinent, quæ tradidi in addit. ad Jul. Clar. §. emphyteusis qu. 2. nu. 17. & seqq. item quest. 4.

Similiter non obstat, quod in sæpe jam allegata l. 1. C. de jure emphyteut. scriptum extat, jus emphyteuticarium esse justum validumque contractum. Neque enim hoc ita exaudiendum est, quasi Zeno primùm effecerit, ut emphyteusis justus validusque contractus esset. Quandoquidem tum ex Ulpiano in l. 3. §. si jus emphyteuticorum 4. ff. de reb. eor. qui sub tutela, vel cura sunt, &c. & Macro in l. sciendum 15. §. 1. ff. qui satisfacere cogant. tum maxime ex Justiniano hic liquet: etiam longè ante Imp. Zenonem, jus emphyteuticum vel contractum emphyteuticum, quavis non planè & ritè ab aliis distinctum, in usu fuisse, suisque viribus subsistisse, & tam fuisse firmum, ut solo consensu, ultrò citroque interposito, perficeretur, atque obligatio ex eo nasceretur. Idque ex eo colligitur, quod hoc loco expressum est, dubitatum fuisse à veteribus, an emphyteusis emptio, vel conductio esset. In quâ dubitatione pro certo præsupponitur, emphyteusis validum talemque contractum esse, ex quo contrahentium solo consensu obligatio perficitur. Quare quod in d. l. 1. C. de jure emphyteut. statuitur, jus emphyteuticum esse justum & validum contractum: illud non novi alicujus juris sanctionem, sed veteris solummodo declarationem designat: quâ quidem res nova non inducitur, sed jus antea constitutum declaratur, arg. l. heredes palam 21. §. 1. versic. sed & si notam. ff. qui testament. fac. poss. Similis namque declarans ei est, qui spicas excutit, sive grana separat à spicis. Novam enim speciem non facit sed eam, quæ est, detegit, l. adeo quidem 7. §. cum quis 7. versic. videntur ff. de acquir. rer. dom.

Neminem præterea moverit, quod Justinianus hic refert, à Zenone constitutum fuisse, liquidum aliquid pactum fuerit, hoc ita obtinere, ac si naturalis esset contractus: quæ verba ita accipi posse videntur, quasi emphyteusis re ipsa naturalis, hoc est, juris gentium, contractus non esset, sed juri civili adscribenda veniret. Hoc, inquam, neminem moverit. Nam verba ista longè alium habent sensum: nempe, ut si non nihil inter contrahentes convenit, id ita justum sit & firmum ac si naturalis contractus esset, hoc est, quasi esset ea certa natura contractus: quippe pacta naturam contractibus tribuunt, l. 1. §. si convenit 6. ff. de pactionibus l. in conventionalibus. §. 2. ff. de verb. oblig. l. contractus 23. ff. de reg. jur. & Theophilus hic notat.

Nec denique adversatur; quod, quoties juri gentium vel naturali quid additur, vel detrahatur, jus civile efficiatur, l. jus civile 6. ff. de justitia & jur. Jam autem propria natura sive certa quædam forma contractui emphyteutico à Zenone addita videatur, hoc §. nostro ibi. emphyteusis contractus propriam statuit naturam, &c. & l. 1. C. de jure emphyt. Respondetur enim: quicquid huic contractui additum est, non formam substantialem, quæ dat esse rei, jusque civile efficit, sed accidentalem naturam, quæ ad confirmationem rei jam in esse productæ pertinet, respicere, per notata Gailii lib. 1. obs. 124. n. 5. Vel (ut explicatius res expediatur) distinguere poterit inter substantiam & naturam contractus. Substantia contractus & ejusque rei in jure nostro nihil est aliud, quam ipsius rei forma essentialis, per quam res sive contractus est id, quod est; & quâ formâ sublata, ipsa etiam res & contractus esse desinit, l. pacta conventa 72. in fine principii ibi, quoniam emptionis substantia consistit in pacto ff. de contrah. empta. l. Julianus 9. §. sed si quis ibi.

ibi, mutata forma propè intervenit substantiam rei ff. ad exhibend. l. obligationum. 3. in princ. ff. de obligat. & actionib. Natura verò contractus est ejus adjuncta quædam qualitas, juris auctoritate ipsi contractui tributa, per hunc §. nostrum. vers. sed talis. ibi, lex Zenoniana lata est, que emphyteusos contractus propriam statuit naturam, &c. l. si unus. 27. §. pactus, ne peteret. 2. ad finem. ibi, quod lex natura ejus tribuit. ff. de pact. l. naturalis. §. 5. sed si facio. 4. vers. & potest mandatum. ibi, naturam suam excedere. ff. de præscriptis verbis, &c. Et ut aliàs qualitas rei sive accedens vel separabile est, vel inseparabile: ita etiam in jure nostro, natura alicujus rei seu contractuum, alia est separabilis, alia inseparabilis, ut evincitur ex textu §. de illa sanè. 2. vers. Quintus Mutius. infr. tit. de societate, jundis etiam aliis legibus modò adductis. Et hac de re enodatè D. Bocerius in tract. de investitura feud. c. 5. num. 26. & seqq. item Scipio Gentil. in tract. de solennitatib. cap. 1. & seqq. & Fridericus Martin. in Commentar. de jure censuum, seu annuor. reddituum. cap. 6. num. 2. & seqq. De eadem re ex professo tractavimus in §. sequen. 2. num. 48. & seqq. supr. de obligationib. De substantia igitur emphyteusos est consensus, rei immobilis & pensio annua domino (in recognitionem domini scilicet præstanda: de natura ejusdem est, ut damnum particulare (ut si pars fundi pereat, vel si fructus à milite, vel vi majore perdantur) ad emphyteutam; universale verò (id est, si prædium inundatione pereat, aut ab hoste occupetur) ad dominum spectet. d. l. 1. C. de jur. emphyt. & hic in fine. item ut emphyteuta jus emphyteuticum, vel meliorationes suas aliis, absque domini consensu, vendere nequeat. l. fin. C. d. t. & similia, que diligenter congesti Valasus in tract. de jure emphyt. quest. 4. num. 4. & aliquot seqq. Quod igitur obijatur, Zenonem propriam emphyteusos constituisse naturam: id non impedimento esse debet, quò minus iste contractus juri gentium attribuitur: cum non ejus substantiam Zeno immutavit: sed naturam duntaxat propriam, neque ad locationem, neque ad venditionem inclinantem statuerit, ut Justinianus in hoc §. loquitur. Illud insuper tralatitium videtur, quæcumque contractui alicui jam constituto adjiciuntur, ejusdem substantiam & originem non immutare: sed per omnia contractui principali, cui adjiciuntur, æqualia fieri, ejusdemque naturæ & qualitatis censeri. arg. l. inter socerum. 26. §. cum inter. 2. ff. de pactis dotalib. l. si proprietati 4. ff. de jure dot. & l. etiam si 8. C. eod. Quo pertinet communis Dd. theoria: quæ dicitur, qualitates sive accidentia nunquam substantiam vel essentiam rei mutare aut alterare, arg. l. servitutes. 4. §. modum ff. de servitutib. d. l. pacta conventa. 72. ff. de contrah. empt. l. fin. & ibi Bartol. ff. de instructo, vel instrum. leg. Gloss. in l. fin. §. quotiens. verb. anno. ff. de publicanis & vectig. Angel. in l. & an eadem. 14. §. 1. ff. de except. rei judic. Albert. Brun. in tract. de augment. conclus. 3. num. 1. 2. & 3. hos, aliosque plures referens Ludolph. Schrader. vol. 1. consil. 14. num. 15. Denique ut maxime aliquid jus civile huic contractui addiderit: attamen à potentiori (quod hoc loco est jus gentium) denominationem faciendam esse, in confesso est. l. 2. & l. queritur. 10. ff. de stat. homin. §. sed jus quidem civile. 2. vers. sed quotiens. supr. de jur. nat. gent. & civ. Stat ergo immota sententia: Emphyteusia esse contractum juris gentium, non verò juris civilis.

Nam collapsa ruunt subductis recta columnis.

Eique subscripserunt haud inviti noviores quidam, non contemnendæ auctoritatis, Interpretes: Corassius lib. 1. Miscellan. jur. c. 21. & in tract. de juris arte, part. 2. c. 9. in fin. & in Comment. ad tit. C. de jure emphyteut. sub capite, contractionem emphyteusis, juris gentium, non civilis esse. Cujac. in paratit. C. d. t. Giphani. ad l. 2. C. eod. Conrnan. d. lib. 1. Commenc. juris civ. c. 6. num. 11 & lib. 7. c. 22. num. 1. D. Collega Halbritterus in tr. manuscripto, de jure emphyt. c. 1. Hotoman. in §. jus autem gentium. l. de jure nat. gent. & civ. & idem in hoc §. nostro, annuat. 2. Rittershus. & Mynsinger. num. 5. Bronhorst. cent. 1. tract. de jure. d. 9. edit. 2. Petrus Augustinus Morla in Emporio juris utriusque part. 1. t. 10. de locato in præ-

missis numer. 32. Arumæus Exercitat. Justin. 14. th. 12. Schegk. disputat. 18. th. 66. Hilliger. in Donell. enucleat. lib. 13. cap. 22. lit. B. Schroter diatrib. domesticar. decad. 8. quest. 5. Andr. Gerhard. decad. 15. quest. 4. Dn. Collega Besold. disputat. 3. Pand. ad l. 5. th. 6. & Bachovius lib. 1. disputat. miscellan. cap. 6. pag. 219. cum seq. item in suis not. ad vol. 1. Treutler. disp. 29. th. 9. lit. B. pag. 1124. ubi inquit, absurdos meritò habendos esse eos, qui contractum hunc, tanquam à Zenone noviter constitutum, ad jus civile referunt. Eidem sententiæ quoque suffragatur Erasmus Ungepaup exercit. Justin. 12. quest. 6. in nego. pag. 458. & seq. edit. ult. Licet communiter Dd. reclamant Accurs. Faber, Joan. de Plat. Cantimacula, & alii in d. §. jus autem gentium s. de jur. nat. gent. & civ. Bartol. & Alberic. de Rosate in d. l. ex hoc jure §. ff. de just. & jur. Schilbock. Borcholt. Stephanus Bodeus, Schneidevvin. num. 1. Vultejus num. 6. Heigius num. 9. atque in hoc nostro §. Wesenbec. in paratit. ff. si ager vectigalis, &c. num. 2. Idem Borcholt. in tract. de feud. cap. 3. num. 3 & part. 1. disp. de jure emphyteut. th. 2. pag. 109. Guido de Suzaria in tract. de jur. emphyteut. num. 1. Gedd. ad l. ager 27. num. 19. ff. de verb. sig. Anton. Fab. lib. 15. connect. jur. civ. cap. 4. Kubach. cent. 3. question. illustr. politico-jurid. decur. 10. quest. 1. pag. 907. cum seqq. D. Bocer. in Commentar. ad l. contractus 23. ff. de reg. jur. cap. 4. num. 79. edit. 2. & Class. 2. disp. 14. th. 1. & 16. edit. 2. item tract. de qualitat. & differ. feud. c. 1. num. 27. Valasus in d. tract. de jure emphyteut. quest. 3. num. 1. & 7. Elbert. Leoninus ad rubr. C. de jure emphyteut. num. 6. Treutler. d. disput. 29. th. 9. lit. b. vol. 1. Forster. Junior lib. 3. disput. 18. thes. 9. D. Obrecht. disput. 36. thes. 32. & seq. Wegner. disp. 12. ad iustit. th. 5. Matth. Stephani cent. 3. quest. 81. Stuckius part. 1. Exercit. Justin. decad. 12. assert. 6. lit. d. Foman. disp. 1. th. 21. lit. c. & th. 24. lit. d. Timæus Faber disp. anniversar. 24. ad iustit. Imperial. th. 7. lit. a. Humnius lib. 3. var. resolut. jur. civil. tract. 7. part. 2. quest. 9. Eggebrecht. de synopsi juris emphyteut. conclus. 35. Maulius in tract. de emphyteusi tit. 1. num. 6. & Justus Schuetz exercitatio. jur. disput. 16. th. 13. lit. b. pag. 252. & seq.

Addo in definitione, nominatus. Tum quia proprium, 44 certum, & elegans, alteri non conveniens, nomen habet, hoc §. l. 1. 2. & 3. C. de jure emphyteut. Tum quia in nominati contractus reperiuntur tantum quatuor: Do, 45 ut des, seu (quod idem est) permutatio: do, ut facias: facio, ut des: & facio, ut facias, l. naturalis §. ff. de præscript. verb. Alit inter hos emphyteusis non reperitur. Tum quia ex nominatis contractibus propria & specialis actio competit, l. juris gentium 7. §. 1. ff. de pact. l. 1. ff. de præscript. verbis, &c. Aliqui ex contractu emphyteutico propria & specialis actio competit, nimirum emphyteutica vel emphyteuticaria, l. si finita. 15. §. si de vectigalibus 26. ff. de dam. infecto l. si cum venditor 66. in princ. ff. de evictionib. & uberius ostendetur infra suo loco num. 576. Ergo emphyteusis est contractus nominatus. Tum denique quia nisi veteres emphyteutin pro contractu nominato habuissent, non tam anxie disputassent, utrum esset locatio-conductio, an emptio venditio. Idque communiter traditum esse, testatur Wesenbec. in paratit. ff. si ager vectigalis, &c. num. 2. Jul. Clar. in tract. de jur. emphyteut. quest. 2. Angel. & Jason in d. l. 1. C. de jur. emphyt. Idem Jason & Bartol. in l. in ff. de conduct. ex leg. Anton. Menes. in d. l. naturalis §. ff. de præscript. verb. Bocer. d. class. 2. disp. 14. th. 18. lit. f. & in hoc §. num. 72. & seq. pag. 435. Joan. Ferrar. ad Rubric. C. de jure emphyt. Arumæus Exercit. Justin. 14. th. 13. ad lit. b. Mynsinger. hie num. 6. Valasus in tract. de jur. emphyteut. quest. 6. num. 5. Harmonius quest. illustr. disp. 16. th. 19. ubi allegat dissentientem Hedemannum in disp. 17. th. 43. lit. b. Videatur Elbertus Leoninus ad rubr. C. de jur. emphyt. num. 6. ubi ait, dissentire Baldum in l. ult. C. quando liceat ab empt. reced. & in rubr. C. de rer. permutat. Istius autem rei disquisitio magni effectus est, 47 etenim in contractibus nominatis, re etiam integrâ, excluditur penitentia, l. sicut initio §. & ibi communiter

Dd. C. de obligat. §. act. In contractibus vero innominatis, si res nondum intervenierit, & adhuc sit integra, poenitere licet, l. si pecuniam §. in princ. ff. de condit. causa data, caus. non secut. *Clarus d. quest. 2. Schneidew.* ad §. sequent. nu. 13. §. 14. f. de obligationib. ubi n. 17. §. nos hac de re differimus paulo copiosius.

49 Ajo, emphyteusim esse contractum bonæ fidei. Quoniam perpetua quædam locatio ut plurimum censetur, hoc §. nostro ibi, perpetuo quibusdam. *§. c. ubi Heigius u. 20. l. viam veritatis 10. C. de locato Mynsinger. in rubr. hujus tit. nu. 1. §. hic initio. Cujac. in l. 1. C. de locatione prediorum civilium vel fiscal. §. c. Jam vero in §. actionum 28. infr. de actionib. bonæ fidei contractibus locatio generaliter sive indefinitè annumeratur. Quare ejus indefinitè facta appellatione: hæc quoque locationis perpetuæ species ut comprehendatur, necesse est. Deinde nihil in toto hoc contractu, ad substantiam ejus pertineans, esse videtur; quod non vel ex locationis, vel emptionis contractu acceperit. Est quippe ex utroque illo compositus, hoc §. nostro. Cum igitur ea omnia, ex quibus consistit, ab bonæ fidei contractus, emptionem & locationem, pertineant: perabsurdum esset, hunc contractum emphyteuticum, ex illis mixtum & confectum, diversæ naturæ à simplicibus suis, ex quibus compositus est, censeri. Ideoque ad regulam generalem, mixta sapere & assumere naturam suorum simplicium, meritò referendus est, arg. l. 1. ff. de estimator. act. Præterea pacta huic contractui in continenti adjecta tam actionem, quam exceptionem pariunt, hoc §. nostro vers. §. siquidem aliquod pactum fuerit, *§. c. l. 1. ibi, firma illibataque perpetua stabilitate modis omnibus debent custodiri C. de jur. emphyteut. cum tamen (secundum veritatem sententiam)* pacta contractibus stricti juris apposita, tantum ad excipiendum prosunt, non ad agendum, l. juris gentium 7. §. quiniō §. ubi Cujac. & *Fortunius Garcias nu. 26 ff. de pact. l. in bonæ fidei 13. ibique Donell. C. eod. Decius, Curtius, Porcius, & alii in l. petens 27. C. d. t. Hotoman. illustri quest. 36 & ad l. lecta 40. ff. de reb. credit. Wesenbec. in paratib. ff. de pact. nu. 9. Borchorst. in Commentar. de pact. cap. ult. nu. 46. & seqq. Borchorst. cent. 1. c. vavrio Pavov, assert. 23. edit. 1. Quamquam alios circa hanc rem fluctuare, & aliter sentire me non latet, *Fabian. lib. 2. controversiar. jur. cap. 99. Cont. lib. 1. disput. cap. ult. Duaren. in d. l. juris gentium 7. §. quiniō ff. de pact. Goll. in Commentar. de contrahend. & committ. stipulat. cap. 8. conclus. 2. Guilhelm. Forster. in tractat. de pact. cap. 8. membr. 2. pag. 245. ubi plures citat. Denique omnes contractus, qui solo contrahentium consensu sunt, bonæ fidei sunt. Siquidem in iis alter alteri obligatur in id, quod alterum alteri ex bono & æquo præstare oportet, etiamsi linguā non sit nuncupatum, vel verbis nominatim non expressum, ut traditum est f. tit. de obligationib. ex consensu l. sed. Celsus 6. §. 1. vers. in empti & venditis, §. c. ff. de contrah. empt. l. 2. §. fin. ff. de obligat. §. act.* Hunc autem contractum emphyteuticum solo consensu constare, mox audieturi sumus. Eum ergo bonæ fidei esse rectè statuimus.**

50 51 Nec nobis adversatur, quod vulgò obijcitur, omnes bonæ fidei contractus recenseri in d. §. actionum 28. infr. de actionib. & inter illos emphyteusim non reperiri, adeoque bonæ fidei contractum non esse. Nam omnes contractus bonæ fidei vel verbis vel sententiā dicti §. continentur. Verba emphyteusim non exprimunt: sententiā utique, quoniam sub actione locati comprehenditur. Ac non tam quid verbis, quam quid sententiā legis exprimitur, attendendum est, l. nominis §. in fin. ff. de verb. signific. l. scire leges 17. ff. de legib. l. non dubium §. C. eod. *Donell. in d. §. actionum nu. 34. infr. de actionib. Connam. lib. 7. Commentar. jur. civil. cap. 12. Wesenbec. in hoc §. nu. 8. D. Halleriter. in Comment. de jur. emphyteut. c. 1. & in elegante disput. de jure emphyteut. de Anno 1602. Responsione D. D. Samuele Bensoio, thes. 4. Arumæ Exercitat. Justin. 14 thes. 13. Althoff. lib. 1. Juris Roman. c. 31. Forster Junior disput. 18. thes. 10. Treutler. disp. 29. thes. 9. lit. c. vol. 1. & ibi Bachmann in suis not. pag. 1124. nec non Hannu quæq. 32. pag. 1786. & idem lib.*

52 53 54 3. var. resolut. jur. civ. tract. 7. part. 2. qu. 10. Schegk. in delibatis jur. disputat. 18. thes. 66. lit. D. Henonius questionum illustr. disput. 16. thes. 19. lit. b. Dissentiunt tamen Dd. plerique omnes, Bald. Jason in d. l. 1. nu. 176. Salicet. ibid. in fin. & *Sichard. num. 6. & 46. C. de jur. emphyteut. D. Bocer. d. class. 2. disp. 14. thes. 17. & d. tract. de qualitat. & different. feudor. cap. 1. num. 28. item in hoc §. num. 63. cum seqq. pag. 433. & seqq. Guido de Suzaria in tract. de jur. emphyteut. nu. 3. Joan. Ferrar. ad rubr. C. d. t. Goll. de contr. & committ. stipul. d. cap. 8. conclus. 2. num. 53. Joachimus Scheplitz. in not. ad promptuar. tam juris civ. quam feudal. Balhasar Klammer. tit. 10. de emphyteus. §. 1. num. 6. Alvar. Valasco in tract. de jure emphyt. quest. 5. num. 7. aliique ab eo allegati. Quibus suffragantur *Stuckius d. part. 1. Exercit. Justin. decad. 12. assert. 6. tit. E. Cludius de sequens. cap. 1. num. 30. Maulius d. tract. de emphyteusi tit. 1. num. 8. Rulger. Ruland. in tract. de Commis. & commiss. Camer. Imper. part. 3. lib. 5. nu. 9. eumque citans Eggebrecht. d. synopsi juris emphyteut. conclus. 37. Cæterum huc referenda sunt, quæ annotavi in addit. ad Jul. Clar. §. emphyteusis quest. 2. num. 23. & seq.**

Adjicio in definitione, solo consensu constans. Quia emphyteusis ad suam perfectionem sive substantiam, neque rei traditionem, neque verba: neque scripturam necessario requirit: sed sola conventio de concedendo prædio fruendo, & præstanda annua pensione obligationem & vim illi tribuit, arg. hujus §. & l. 1. C. de jure emphyteut. tot. tit. f. de obligat. ex consensu l. 2. ff. de obligat. & act. l. quid. ad certum 14. ff. locati. Quibus in locis habetur, emptionem & locationem solo consensu perfici. Ergo & hic contractus, utpote ex iis compositus, solo consensu absque traditione perficitur. Neque obest, quod in hoc §. proponitur, prædium perpetuo fruendum alicui traditum fuisse, vers. ut ecce de prædiis, quæ perpetuo quibusdam fruenda traduntur, *§. c.* Et si enim in facto præmittitur, traditionem prædii intervenisse: ex subsequenti tamen responsione tacite evincitur, ad contractus emphyteutici substantiam, traditionem non desiderari. Is siquidem contractus antiquitus putabatur esse vel emptio & venditio, vel locatio & conductio. Hi autem contractus rei traditionem ad sui substantiam seu perfectionem minimè desiderant, ut arguit versic. ac nec dari quicquam in d. l. supra, de obligationib. ex consensu. Sola igitur (ut paulo antè dictum) conventio & pactio validum firmumque hunc contractum efficit, obligationemque parit. Nec etiam rarum aut infrequens est, ut in facto plura, quam substantia contractus exigat, proponantur, ut patet. ex l. naturalis §. 1. ff. de præscriptis verb. & leg. fin. ff. de condit. causa data, & c.

Quid ergo? an non scriptura ad substantiam hujus contractus præcisè requiritur? Id sanè plurimi affirmant, Accorsius hic in verb. neque ad locationem *Angel. Aretin. num. 8. Schneidewin. num. 7. Mynsinger. num. 23. & Heigius num. 24. Bald. Salicet. Jason, Corasius num. 8. & 12. Eilbertus Leonius num. 3. & Sichard. num. 32. ad d. l. 1. Cod. de jure emphyteut. Clarus lib. 4. sentent. §. emphyteusis quest. 4. Vigel. lib. 9. jur. controvers. c. 7. reg. 7. Donellus lib. 9. Commentar. de jure civil. cap. 13. pag. 445. Borcholt. in tractat. feud. cap. 3. num. 7. & part. 1. disputat. de jure emphyteut. thes. 4. pag. 118. Borchorst. cent. 1. c. vavrio Pavov, assert. 78. edit. 2. Forster. Junior disput. 18. thes. 11. D. Obrecht. disputat. 36. th. 80. D. Bocer. in Commentar. ad l. contractus 23. ff. de reg. jur. cap. 4. nu. 77. edit. 2. & d. d. class. 2. disputat. 14. thes. 3. 15. & 20. item tract. de qualitat. & different. feud. cap. 1. nu. 19. & seqq. & in hoc §. num. 43. cum seqq. pag. 429. & seqq. Odavian. Cachet. decis. Pedemont 13. num. 1. Aylmer. decis. 72. nu. 7. Alexand. confil. 117. num. 4. volum. 1. & confil. 50. num. 4. volum. 5. Paris. confil. 77. numer. 7. vol. 3. Cravein. confil. 112. num. 8. Roland. d. Valle confil. 87. nu. 9. vol. 1. Alvar. Valase. in tractat. de jur. emphyteut. quest. 7. num. 2. Mas-*

- Mascardus conclus. 602. n. 1. § 2. itemque conclus. 604. n. 4. vol. 2. Schickard. disp. 14. ad Inst. thes. § sub lit. a. § resolut. quest. 1. Paulus Berens. disp. 11. ad Inst. them. 2. quest. 5. Humius d. lib. 5. var. resolut. jur. civil. tract. 7. part. 2. quest. 11. Eggebrecht. de synopsi jur. emphyteut. conclus. 40. lit. C. Leonhard. Rosa in disp. 8. de jure emphyt. th. 11. vol. 3. Disputationum Basileens. Knipschildt. d. exercit. 9. quest. 5. pag. 328. Justus Schütz d. disp. 16. th. 14. pag. 253. alique per illos relati. Verum non pauci illud negant Accursius, sibi contrarius, § Bartol. in d. l. 1. C. de jur. emphyteut. Speculator. tit. de emphyteusi n. 5. Anton. de Butrio, § Panorm. in c. potuit. 4. de locato. Curt. Jun. § Alciat. in l. pactum, quod bona fide 17. C. de pact. Lud. Roman. consil. 103. n. 6. Molin. in consuetud. Paris. tit. 2. in princ. n. 38. § seq. Guido de Suzar. in tract. de jur. emphyt. num. 4. Conrad. Rittershus. lib. 1. partition. feudal. cap. 2. quest. 2. n. 5. Francisc. Sarmient. lib. 3. selectar. interpret. c. 2. n. 5. Common. lib. 7. Commentar. jur. civil. c. 12. n. 6. Forcarul. Necymantia Dialog. 19. n. 9. Kirchof. commun. opin. cent. 2. conclus. 6. Vultejus lib. 1. Jurispr. Roman. c. 36. in fin. pag. mibi 159. § in tract. de feud. lib. 1. c. 7. n. 42. pag. 177. Halbritter. in tractat. de jur. emphyt. cap. 1. § in d. disp. de jur. emphyt. de Anno 1602. thes. § ad lit. b. Hachelman. disp. 11. thes. 14. lit. b. Giphanius lib. 3. disp. 29. thes. 22. § num. 25. Bachovius in notis ad Treutler. vol. 1. disp. 29. th. 9. lit. D. pag. 1125. nec non nuperrimè Richter in tract. de contractib. disput. 10. th. 3. sub lit. e. pag. 312. Hujusque negatæ sententiæ, cui & ego, ceu veriori, meum addo suffragium, ratio multiplex redditur. I. Quia vulgata juris est regula: scripturam ad rei gestæ substantiam aut fidem necessario non requirit; l. contrahitur 4. ff. de pignorib. § hypothec. l. in re hypotheca 4. ff. de fide instrumentor. l. in exercendis 15. C. eod. l. qui ad certum 14. ff. locati d. l. pactum, § quod 17. C. de pact. At à regula, donec aperte demonstretur exceptio, non recedendum est, Bartol. in l. 2. n. 1. ff. si quis in jus voc. non ierit. Decius n. 7. § Sturcius n. 29. in l. 1. ff. de reg. jur. Menoch. consil. 231. n. 52. consil. 238. num. 17. consil. 251. n. 35. § consil. 272. num. 32.
- II. Quia argumentum à feudo ad emphyteusim procedere, indubitatum est; ut docuit Jason in d. l. 1. C. de jur. emphyteut. Everhard à Middelburg. in Top. legal. loco, ab emphyteusi ad feud. Schrader. in tract. feud. part. 7. cap. 5. num. 51. Atqui in contractu feudali scripturam non esse necessariam feudique concessionem etiam per testes probari posse, constat, cap. 1. quid sit investitura lib. 2. feudor. tit. 2. ubi plerique Feudistæ. Hippolyt. de Marfil. in rubr. C. de probat. n. 31. Bald. consil. 351. num. 3. vol. 1. Matth. de Afflic. in consiliis. Neapol. libr. 2. rubr. 35. num. 12. Mascard. d. vol. 2. de probat. conclus. 768. § 769. III. Quia in hoc §. nostro scriptum extat; tantam esse inter contractum emphyteuticum & inter venditionem locationemque familiaritatem live similitudinem, ut à veteribus dubitatem fuerit, num ille contractus venditioni; an locationi sit associandus. Jam verò si contractus emphyteuticus in scriptis præcisè esset conficiendus: inepta veterum fuisset dubitatio, utrum venditio vel locatio esset: siquidem certissimi juris est, venditionem & locationem solo consensu, absque scriptura, perfici, l. tit. f. de obligat. ex consens. l. contractus 17. C. de fide instrumentor. § jurib. similib. superius allegatis. IV. Quia Justinianus Imp. in hoc ipso §. omnia, quæ à Zenone in d. l. 1. C. de jur. emphyteut. constituta sunt, summam refert & explicat & tamen nullius profus scripturæ meminit: sed simpliciter asseverat, quod ea, quæ pactionibus intervenientibus in contractu emphyteutico acta sunt: servari & custodiri debeant; proindeque vim ejus totam conventioni, sine scriptura celebratæ, attribuit. V. Quia idem Justinianus in l. 2. ibi: si autem nihil super hoc capitulo fuerit pactum, §c. §c. d. l. 3. ibi, si autem nullo modo hujusmodi pactio interposita sit, §c. C. de jur. emphyteut. non obscure innuit, quicquid in hoc contractu in pactionem conventionentis deductum est, observari debere: atque adeo omnem hujus contractus vim in conventionem, etiam sine scriptura interposita, consistere ostendit. Etenim si scriptura seu instrumentum de substantia hujus contractus esset, illo non interveniente, vel deperdito, ipso jure nullus foret contractus: quod tamen falsum esse, clarescit ex d. l. 3. in princ. C. eod. VI. Quia idem Imperator Justin. in Novell. 7. in præfat. §. 1. vers. Anastasius autem, §c. refert: Imperatorem Anastasium constituisse, quod in perpetua rei Ecclesiasticæ emphyteusi scriptura sit necessaria: in temporanea verò, quæ scilicet sit ad solam vitam accipientis, interponi illa necessariò non debeat. Jam si ex Zenoniana constitutione generaliter scriptura ad hujus contractus substantiam requireretur: frustratoria & supervacanea fuisset Anastasii (qui 26. annis imperavit post Zenonem) constitutio, quæ per emphyteusim res Ecclesiæ in perpetuum alienari, absque scripturæ interventu, non posse sancivit. Molin. in consuetud. Paris. d. tit. 2. in princ. num. 39. Estque manifestius, quam ut negari à quoquam possit: Anastasium dicto in loco non extendisse aut ampliassè, sed restrictivissè magis facultatem alienandarum rerum Ecclesiæ. Nam relata Imperatoris Leonis constitutione, Justinianus hæc subijcit verba: Anastasius autem pia memoria, §c. Ex quo verborum ordine apparet: Anastasium coarctasse rerum Ecclesiæ in emphyteusim concessionem: post Leonem constituendo, ut scriptura ad perpetuam Ecclesiasticæ rei emphyteusim adhibeatur. Ait enim Justinianus: Anastasius autem gesta monumentorum constituit fieri, §c. tempus certum, §c. Hoc cum verè ita se habeat: frustra conatur Cacheranus d. decis. Pedemont. § 3. num. 1. hanc Molinæi interpretationem, tanquam paradoxam, explodere. Etenim: ut modò dictum, Justinianus retulit Leonis constitutionem, & primò quidem ejus prohibitionem, quomodo interminatus sit emptori, œconomò vendenti, Tabellioni instrumentum venditionis conficiendi, item Judicibus: deinde quid permiserit, &c. Nec movet, quod in d. Nov. 7. in d. præfatione vers. ad hoc autem, §c. hæc verba legantur: Et tabellionem, qui talia conficit instrumenta. §c. adeoque videatur ex eo, quod Tabellioni interminatus sit pœnam, colligi posse: fuisse cautum à Leone Imperatore, qui Zenonem præcessit, in alienationibus rerum Ecclesiasticarum documenta requiri. Quandoquidem non minùs evidenti argumentatione evinci & hoc potest: Leonem hoc quoque constituisse, ut Judices interveniant: cum æquè eorum, ac Tabellionum mentionem fecerit, d. vers. ad hoc autem, ibi, ipsos quoque maximos judices, §c. Si dixeris: de Judicibus quod affertur, eum habere sensum, si apud Judices hic contractus fuerit initus; non quod necesse sit semper apud eos contrahere. Tunc sanè idem de Tabellione fuerit admittendum. Nec enim alia occasione, aliò respectu Judicum, quam Tabellionis mentio facta fuit. Sed & in d. vers. ad hoc §c. in d. §. 1. vers. quia verò didicimus, §c. ideo solum de documentis live scriptura facta fuit mentio: quod ea frequenter adhiberi soleat in hoc contractu: ne fides aliàs, defunctis testibus, per temporis longinquitatem perimatur. Et quid multis? Anastasium fuisse primum, qui scripturam hoc in contractu intervenire constituit, clarissimum est ex d. vers. Anastasius autem, §c. per hæc verba ibi expressa: Anastasius autem gesta monumentorum constituit fieri super alienationibus, §c. Id quod certè Justinianus de Anastasio falsò scripserit si ante ipsum Leo gesta monumentorum fieri constitisset. Hoc insuper perquam absurdum est, quod Cacheranus loco supra notato amplius subjungit, & sentit: quod Leo constituerit, requiri scripturam in alienatione rei Ecclesiasticæ, id Zenonem in d. l. 1. C. de jure emphyt. extendisse etiam ad res privatorum: sed Anastasio postea visum fuisse distinguere inter emphyteusim temporalem, & perpetuam: ut hæc cum gestis, illa sine gestis fieret. Cum enim Anastasius in rerum Ecclesiæ duntaxat, & non etiam privatorum alienatione distinctionem istam fecerit, d. vers. Anastasius autem, §c. tequeretur inde, cum facultas rei Ecclesiæ, quam alienus privati, in emphyteusim concessionem admittit.

Sic etenim, secundum legem Zenonianam, res privatorum sine scriptura generaliter non recte in Emphyteusim concederentur: Ecclesie verò res ad vitam accipientis solummodo, sine scriptura ex Anastasii constitutione concedi posset. Hoc autem dictum perquam absurdum esse, nemo non animadvertit.

Porro nihil planè ad rhombum facit, quòd Dominus D. Bocerius in d. tract. de qualic. & different. feudor. cap. 1. n. 26. pag. 109. & in hoc §. n. 57. cum seq. pag. 412. ad destructionem hujus fundamenti nostri, ex d. Novell. in princ. §. 1. five ult. vers. Anastasius, extructis; contendit: per gesta monumentorum, illic intelligendam esse scripturam publicam: adeoque in emphyteusi civili sive seculari privatam duntaxat desiderari scripturam: ait in emphyteusi Ecclesiastica exigi monumentorum gesta, id est (ut ipse interpretatur) scripturam publicam. Etenim nullo evidenti textu juris demonstrari poterit, per monumentorum gesta scripturam tantum publicam exaudiendam esse. Nam quod concernit textus, à Dn. D. Bocero allatos: ii non omnes simpliciter loquuntur de monumentorum gestis, sed addunt plerique verbum insinuationis: ex quo appareat, qualia monumenta in istis textibus intelligi debeant, nimirum illa, quæ ad insinuationem donationis, summam quingentorum solidorum excedentis, coram Magistratu expediendam, requiruntur, sicque publicis actis insinuata & comprehensa sunt: ut videre est in l. penult. §. ult. C. de donat. & Novell. 119. in princ. & locis similib. Sed & exploratum est: generali monumenti appellatione comprehendi omne id, quod ad memoriam posteritatis spectat, ut Cicero lib. 5. familiar. & passim, tradit. Eoque confert l. census 10. ff. de probationib. ubi Marcellus ait: monumenta publica potiora esse testibus. Quibus utique verbis non obscure indicat, esse quoque monumenta privata. Alias enim non addidisset verbum, publica. Idque latius confirmat Hugo Donellus in tract. de fide instrument. cap. 2. pag. mihi 279. Adhæc polito (sed citra veritatis præjudicium) in prædicta Novell. 7. per monumentorum gesta intelligendam esse tantummodò scripturam publicam: atque adeò in Ecclesiastica emphyteusi requiri publicam scripturam: non tamen inde sequeretur, quod in civili seu seculari emphyteusi scriptura privata exigereetur. Siquidem in ea nullam planè, sive publicam, sive privatam scripturam esse necessariam, paulò antè sat firmis argumentis demonstratum est. Denique quia usu hæc sententia & consuetudine recepta est, ut testantur Bart. in d. l. 1. n. 6. C. de jur. emphyteut. Socin. senior. cons. 120. n. 24. lib. 4. Joan. Rimm. cons. 421. num. 28. vol. 3. Dec. cons. 420. & cons. 540. Corn. consil. 187. col. fin. lib. 1. Paris de Puteo in tract. de reintegr. feud. in cap. pone quod fuit. col. 2. n. 7. fol. 86. hosque referens Valensius d. tract. de jur. emph. quest. 7. n. 2. Idem firmat Mynsinger. Respons. 66. nu. 5. Decad. 7. Consuetudo autem est optima legum interpret, l. si de interpretatione 37. ff. de legib. cap. cum dile-

73 Hæc tot rationibus jam relatis corroboratæ conclusioni non obstat l. 1. C. de jur. emphyteut. ubi Zeno scripturæ meminit, & ablativis absolutis utitur, Scripturam interveniente: quorum ea est natura, ut conditionem inducant. l. abemptione 58. ff. de pact. l. si mandatu meo 45. §. ult. ff. mandati. l. creditor 13. in princ. ff. qui potior. in pignor. hab. l. vultu 18. & l. lite contestata 35. ff. de usur. l. fructus 7. §. de usur. factis. ff. solus marit. l. à testatore 109. ff. de condit. & demonstrat. l. acceptu 93. ff. ad l. Falcid. l. fa-

contra 3. & l. Mavius 55. ff. de condit. & demonstrat. Lex, inquam, ista non obstat. Etsi enim in ea (ut & in l. 2. & 3. C. eod.) sit mentio scriptura sive instrumenti intervenientis: non tamen propterea sequitur, scripturam planè esse necessariam. Nam etiam dos pacto nudo constituitur, l. ad exactionem 6. C. de dotis promissione, &c. & tamen lex meminit instrumenti dotalis, in l. fin. post princ. C. eod. tit. Enimverò lex illa astruit, pactiones super emphyteusi, scripturam interveniente, celebratas, firmas esse; non quòd scriptura necessariò requiratur: sed quòd (ut jam superius dictum) frequenter & plerumque hic contractus in scripturam redigi solet: ut facilius, si fortassis ejus memoria periclitaretur, ex scriptura in memoriam revocari, comprobarique posset. Deinde ex ipso dictæ l. 1. contextu, si penitiùs introspectiatur, manifestè apparet; illis verbis, scripturam interveniente, non significari; scripturam in contractu emphyteutico necessariam esse: siquidem Zeno ibidem hæc subijcit verba: ita ut si interdum ea, quæ fortuitis casibus eveniunt, pactorum non fuerint conventionem concepta, &c. Quibus clarissimè indicat; pactiones, quarum in præcedenti versiculo fecit mentionem, non esse necessariò in scriptum redigendas: sed etiam absque scriptura subsistere. Vult etenim omnino, sufficere pactorum conventionem. Hancque ipsius fuisse mentem, constat ex hoc §. nostro, ubi Justinianus ex illa Zenoniana constitutione, ad contractus emphyteutici perfectionem, nudam conventionem, sine scriptis initum sufficere, luculenter eo ipso ostendit, quòd nullius scripturæ mentionem iniecerit. Adhæc ablativi illi, scripturam interveniente, non ad hujus contractus substantiam, sed ad pacta ei adjecta referuntur. Ait namque Zeno, emphyteusim esse iustum validumque contractum; in quo cuncta, quæ inter utrasque contrahentium partes super omnibus, vel etiam fortuitis casibus, pactionibus scripturam interveniente habitis placuerint, firma illibataque perpetuà stabilitate modis omnibus debeant custodiri. Ubi certè prius de contractu perfectio validoque verba facit, & postea demum subnectit, pactiones scripturam interveniente illi appositæ, esse modis omnibus custodiendas. Ideoque si per istos ablativos, scripturam interveniente, aliqua scripturæ necessitas importaretur: sequeretur inde, non quidem contractum emphyteuticum, sed pacta ei adjecta scripturam desiderare. Quod cum pronuntiatio absurdum sit: recipienda erit interpretatio nostra, quæ illi hæc absurditas evitari possit, arg. l. in ambigua 19. ff. de legib. l. nam absurdum 7. junctâ l. præced. ff. de bonis libertor. l. 1. §. & restituendi. vers. est enim absurdum ff. de publican. & vetricabil. Præterea non perpetuum est: ablativos absolute positos conditionem inducere vel continere. Nam his ablativis interdum factum duntaxat intelligitur, & nulla conditio, l. necessarium 2. §. exactis deinde regibus 16. ff. de orig. jur. Denique argumentum in d. l. 1. C. de jure emphyteut. quæ vulgaris opinio fundatur, à contrario sensu famitur. Quod argumentum nullius momenti esse, si ex eo vel pravus & contra leges alias intellectus resultet, vel correctio communium regularum juris introducat, notatur in l. 1. in princ. ff. de offic. ejus, cui mand. est jurisd. & in l. 2. C. de conditionib. insertis, &c. & docuit Everhardus à Midelburg. in locis suis legalib. loc. à contrario sensu. n. 4. & seqq. Utrumque autem hic, si illi argumentationi esset locus, accideret. Neque enim solum textus expressus evidenti demonstratione contrarium disponens ex d. Novell. 7. in præfat. §. 1. vers. Anastasius, &c. adduci potest: sed etiam trita regula juris est: scripturas fieri; ut quod actum est; per eas facilius probari queat: sine his verò valere, quod actum est, si probationem habeat, d. l. in re hypotheca 4. ff. de fide instrumentor. cum concordantibus f. allatis num. 58. Ac dicere: emphyteuticus contractus aliter, quàm scripturam, probari non potest. Quasi verò testibus, aliove modo commodè probari non possit. Annon ex solutione annui canonis perspicue satis de re in emphyteusia concessâ constabit? Ac sanè ex præstatione canonis, per diuturnum tempus tanquam ab emphyteuta facta, contractum emphyteuticum præsumi, multorum auctoritatibus confir-

mat Menochius, de *presumptionib. lib. 3. presump. 108.* Nec obest, quod in contrarium affertur, contractum emphyteuticum requirere pro sui essentia scripturam: quæ non præsumitur ex cursu temporis, ubi pro essentia vel solennitate actus exigitur. *Felin. in cap. sicut. col. 17. de re judic. Ruin. consil. 69. col. 6. vers. secundò responderetur. lib. 1. §. cons. 49. num. 9. libr. 4.* Firmis enim ac invictis rationibus jam supra ostensum & decusum est: contractum emphyteuticum solo consensu absque scripturâ iniri. Reliqua, quæ à D. D. Bocero & Hunnio, locis supra notatis, obijci huic assertioni solent argumenta, abundè refutata sunt in *additionib. meis ad Jul. Clar. §. emphyteusis, quest. 4. n. 10. & seqq.*

Refutatis igitur omnibus D. Boceri argumentis, quibus ipse adductus scripturam de substantia hujus contractus esse putabat; & quæ à quoquam in æternum refutari non posse, falsò sibi persuadebat, in hoc §. sub n. 51. pag. 430. illud porrò investigandum restat, quanam in re aliâ, differentia specifica & forma contractus emphyteutici consistat & contineatur, si non scripturâ. Hoc etenim audire & scire percipit Dn. Collega Bocerus, hic num. 49. pag. 429. Præmittendum itaque; differentiam specificam dici, quæ species sub eodem genere contentæ inter se distinguuntur. Ita enim inquit Porphyrius in sua *Itagog. cap. 3. διαφορά ἐστὶ τὸ χωρίζον τὰς φύσεις τὰς ὑπὸ τὸ αὐτὸ γένος.* Et in fine: *Εἰ ἐν ἑνὶ γένει δύο ποιοὶ διαφοράι, ἑσὶν ἑτεροειδὲς ποιεῖσι.* Cum proinde emphyteusis sit sub genere contractuum ex consensu: dispiciendum, quomodo ab aliis ejusdem generis speciebus, puta emptione- venditione, locatione- conductione, societate, & mandato differat. Si quid igitur deprehensum fuerit in emphyteusi, quod idem non deprehendatur in reliquis contractibus ex consensu: in eo procul dubio differentiam specificam emphyteuseos consistere, dicendum. *Id autem est præstatio canonis,* sive potius conventio de præstando canone, quotannis in recognitionem domini solvendo. Talis quippe præstatio in nullo reliquorum contractuum ex consensu reperitur, ut cuius patet. Hæc ergo contractus emphyteutici differentia specifica erit; neutiquam verò scriptura, ut erroneè sentit Dn. Collega Bocerus. Si enim scripturam statueremus differentiam specificam: sequeretur, quod & emptio venditio, & locatio-conductio, & societas, & mandatum, in emphyteusin degenerarent, quoties scriptura intervenit. Posito namque genere & differentia specifica; ponitur ipsa species. Sicuti posito animali, & rationali; ponitur homo. Cum itaque posito contractu ex consensu, & scripturâ; non ponatur emphyteusis statim (cum & alii contractus ex consensu in scripturam redigi possint) apparet utique, differentiam specificam hujus contractus in scriptura consistere, non nisi ineptè dici posse.

Atqui ex hac decisione patet etiam resolutio loci responsio ad istam questionem, quâ in dubium vocatur: utrum in distractu, per quem ab emphyteusi constituta receditur, scriptura sit necessaria? Et eam quidem non minus in distractu, quàm contractu emphyteutico desiderari, opinantur nonnulli, relati à Cacherano d. *decis. 53. num. 10. & seqq.* hac ratione permoti? Quia solennitas, quæ requiritur in contrahendo, requiritur quoque dissolvendo, *Auth. e contra in Cod. de repud. & ea, quæ requiruntur necessariò ad alicujus actus constructionem, exiguntur pariter ad ejusdem destructionem, l. prout quidque 80. ff. de solutionibus l. nihil tam naturale 35. ff. de reg. jur. Bartol. in l. actor. 9. num. 9. ff. rem vatum haberi. Paul. de Castro in l. tria prædia 31. num. 5. ff. de servit. præd. rusticor. Dec. in cap. cum omnes col. 5. vers. aut in primo actu de constit. Jason in l. omnium 19. n. 9. Cod. de testamentis & consil. 141. num. 2. vol. 4. Verùm cum demonstratum sit abundè; contractum emphyteuticum nudo consensu sine scripturâ perfici: opinio hæc, utpote debili falloque sussulta fundamento, per se absque ullâ refutatione corrui: & ex adverso plusquam manifestum evadit, à contractu emphyteutico nudâ conventionem, nullâ etiam interveniente scripturâ, recedi posse. Quam rem uberius persequitur D. Halbritzer. d. *tract. de jur. emphyteut. cap. 1. circa finem.* Harpprecht ad *Instit. Tom. III.**

Sed ut ad definitionem regrediar, rectè in ea sequitur, quo dominus. Dantem enim sive concedentem omnino dominum esse oportet: quoniam ab alio, quàm domino, emphyteusis non rectè constituitur, hoc §. nostro ibi, pro his domino & versicul. sed talis ibi, ad dominum, &c. Jason in l. 1. num. 38. & 39. Cod. de jure emphyteutic. cum nemo plus juris in re quaque in alterum transferre possit, quam ipse habet, l. nemo plus 54. ff. de reg. jur. Donell. lib. 9. Comment. de jur. civil. cap. 13. Dominum autem intelligimus illum, quicumque rei in emphyteusin datæ dominium habet, tradente Joan. Borcholt. in *tract. de feud. cap. 3. num. 4.*

Infero propterea definitioni hæc verba: de dando prædio suo. Quibus verbis nota sive differentia hujus contractus propria continetur. Nam locum is tantum habet in prædiis, hoc est, rebus soli sive immobilibus. In mobilibus siquidem, quæ usu non meliorantur; sed aut utendo pereunt, aut deteriores fiunt, emphyteusis constitui, & utile dominium alteri concedi non potest, l. 1. §. rubric. tit. ff. si ager vectigalis id est, emphyteuticar. per. hoc §. nostro ibi, de prædiis & ibi, id prædium, &c. Jason in d. l. 1. num. 181. C. de jur. emphyteut. ibique Azo in summâ sua num. 1. Deciam. responso 123. num. 44. vol. 3. Valascus de jur. emphyteut. quest. 1. num. 4. & quest. 12. num. 1. & II. Nec moveor, quod usufructus in rebus etiam mobilibus consistere queat, §. constituitur 2. supr. de usufruct. l. 3. §. 1. l. numismatum 28. l. statua 41. ff. d. t. Usufructuarius enim non utile (quod vocant) dominium, sed utendi fruendi quædam facultatem, à jure domini separatam, vel certe jus, quod in multis casibus similitudinem habet domini, consequitur, l. 1. & l. 4. ff. de usufruct. &c. Unde passim agri vel fundi dicuntur vectigales sive emphyteuticarii, in quibus nimirum jus emphyteuticum constitutum est, d. l. 1. §. tot. 1. ff. si ager vectigalis. l. lex vectigali 31. ff. de pignori-bus & l. tutor. 16. §. ult. ff. de pignor. act. Atque ita agri vectigales, & agri vel prædia emphyteuticaria idem sunt: quoniam in Pand. Florentinis ita titulus habet: Si ager vectigalis, id est, emphyteuticarius petatur. ut etiam explicatur in l. sciendum 15. in princ. ff. qui satisd. cog. & quia utriusque agri, puta vectigalis & emphyteuticarii, eadem est definitio. Etenim quæ definitio est agri vectigalis in d. l. 1. ff. si ager vectigalis &c. eadem est agri emphyteuticarii in præsentî §. Constat autem, definitionem id ipsum esse, quod res est quæ definitur: ut, quorum definitiones eadem sunt, ea quoque inter se necesse sit esse eadem. Donell. lib. 9. Comment. de jure civil. cap. 13. pag. 443. num. 40. & seqq. D. Obrecht. disp. 36. thes. 48. Borcholt. de feud. cap. 3. num. 26. Menochius question seu controvers. illustr. Disput. 16. controversia 18. ubi dissentientem allegat Molinæum in consuetud. Parisi. tit. 2. in princ. num. 25 & seqq. nec non Corasium in l. ei, qui 16. in fin. ff. de servitutib. & ad tit. C. de jure emphyteut.

Subjicio item, in perpetuum. Est siquidem primæ va hujus contractus natura, ut sit perpetuus, hoc nostro §. ibi, de prædiis, quæ perpetuò quibusdam fruenda traduntur l. 1. ff. si ager vectigalis. id est, emphyteuticar. per. l. quicumque possessionibus 3. ibi, sed eas in perpetuum C. de fundis patrimonialibus, &c. Novell. 7. cap. 1. vers. alienationis autem nomen, &c. Novell. 120. cap. 1. §. si verò quedam & cap. 6. §. 1. Menoch. libr. 3. de presumptionibus presump. 109. num. 12. Atque inde est, quod si non consisterit, emphyteusin ad vitam vel certas generationes fuisse concessam, perpetua esse judicetur. Angel. in d. Novell. 7. c. 3. Jason in l. 2. num. 160. C. de jure emphyteut. hosque allegans Alvar. Valascus in *tract. de jur. emphyteut. quest. 1. num. 12.* Inde quoque hoc jus emphyteuticum sæpe dici solet jus perpetuarium, & interdum jus perpetuum, & nonnunquam locatio perpetua, & ipsi emphyteutæ coloni perpetuarii, l. 1. C. de officio Comitris sacri Palatii l. 1. 3. & C. de locat. prædior. civil. & c. l. viam veritatis 10. C. de locato. Coman. lib. 7. Commentar. juris civil. cap. 12. num. 2. Tirac. de retr. lignag. §. 1. gloss. 14. n. 84. Heigius hic n. 3. Vide tamen

Gasparum Schifordegherum lib. 1. ad Ant. Fabr. tract. 18. quest. 1.

- 95 Subjungo, vel ad tempus. Quamvis enim hic contra-
ctus sua natura sit perpetuus, ut modo ostensum: tamen
etiam ad tempus, puta ad 10. 20. 30. pluresve annos,
vel ad vitam concedentis, seu ad duas, vel tres genera-
tiones (appellant quippe vulgariter generationem, vi-
ram uniuscujusque emphyteutæ) pactis partium em-
phyteusini concedi posse, notum est l. ult. ff. si ager ve-
digal. Sc. d. Novell. 120. c. 5. in princ. ibi, ultra quinquen-
nium volumus fieri, & d. cap. 6. §. 1. Cujac. in l. 1. C. de lo-
cat. prædior. civil. Jul. Clar. de jure emphyteut. quest. 28.
num. 3. Giphon. lib. 3. disputat. juris civil. Disp. 29. thes.
21. & ibi Olemannus num. 24. Elbert. Leoninus ad l. 1.
num. 1. C. de jure emphyt. Nec ideo vera & propria em-
phyteusis esse desinet: quia licet naturalia contractus
mutentur: non tamen nomen, vis & substantia ipsius
contractus subvertitur, Jason in l. cum quid 3. num. 2. ff.
de reb. credit. si certi. per. Joan. Sobarratis ad consuetud.
Cathalo. pag. 122. num. 15. & fusius Valasco d. quest. 1.
num. 12.

- 97 Quæri hic poterit: num locatio ad longum tempus,
sive ultra decennium facta, transferat utile dominium in
conductorem, adeoque in emphyteusini transeat & de-
generet? Id quidem affirmant Doctores plerique. Ruin.
consil. 57. vol. 1. & consil. 61. col. 1. Tiracuell. de retrac-
t. lign. §. 1. gl. 14. num. 79. cum seqq. Mozzius de locat. &
conduct. cap. de divis. locat. num. 7. & 8. Joan. Petr. de
Ferrar. in tit. forma libell. ad facti præstationem gloss. 1. in
princip. Socin. consil. 167. non nulli col. 2. lib. 2. & consil.
156. nu. 6. lib. 1. Raph. Fulgof. consil. 240. Jason in l. 2.
n. 8. C. de jure emphyteut. Boer. decis. 234. Felin. consil.
15. n. 4. & 9. Cujac. hic in Notis suis. Donell. lib. 9. Com-
mentar. de jur. civ. cap. 13. in fine pag. 447. Joan. Garf.
de expens. & meliorat. cap. 14. Gutierrez Canon. quest.
lib. 2. c. 8. n. 21. Cavallos, in tract. commun. opin. contra
commun. quest. 99. aliquæ citati a Valasco in d. tract. de
jure emphyteut. quest. 27. num. 19. Sed negativa sententia
veritati magis accedit. Tum quia non tempus, sed con-
ventio emphyteusini facit; adeoque non temporis adje-
ctione, sed propria conventionis forma contractus ab in-
vicem distinguuntur, arg. l. si procuratorem 8. ff. mandati
99. & l. obligationum ferè 44. ff. de obligat. & actionib. Tum
quia locationis ea est natura, ut dominium non mutet,
per textum generaliter loquentes in l. non solet 39. ff. locati
conducti l. convenit 65. & l. cum manu 80. §. fin. ff. de con-
trah. empti. cum nec possessionem transferat, l. non solum
33. §. 1. vers. cum hæc igitur ff. de usurpat. & usucap. l.
cum in plures 60. §. 1. ff. locati & monitum ad §. 2. n. 8.
supra hoc tit. Quare secundum hinc contractus naturam,
contractus intelligi debet: nisi aliud expressè conven-
tum fuerit, l. ex empto 11. §. 1. ff. de actionib. empti l. si
stipulatus 4. ff. de usuris, &c.

- 100 Cui non adversatur, l. qui rem propriam 20. C. de lo-
cato, ex qua dicendum videtur, quod si non rem pro-
prium, sed alienam quis conducatur, dominium transfera-
tur, arg. l. 1. ff. de offic. ejus, cui mand. est jurisd. Nam ar-
gumentum ex illa lege a contrario sensu deductum, in-
firmum est: propter quod textus expressi eidem repu-
gant, d. l. non solet 39. ff. locati cum similibus. Deinde in
lego illa 20. dominium rei conductæ huc ideo minus
transfertur, quia conductio rei propriæ non valuerit;
quod aliis, si valuisset conductio, translatum esset: sed
ideo, quia hoc ipso, quod rem propriam quis sibi con-
ductam volens, non habuerit minimum dominium dimite-
endi, illudque in locatorem transferendi: cum ignora-
vit, rem propriam esse, & alienam putaverit, l. in omni-
bus 55. ff. de obligat. & actionib.

- 101 Nec item adversatur, l. 1. §. quod ait. 3. ff. de superfici-
bus ubi Ulpianus in superficiario conductore distinguit inter
conductionem brevis, & conductionem longi temporis,
alteri ut agens, alteri concedens in rem actionem: quæ
ipsa concessio notissimos rationis terminos, quæ non nisi
personalem actionem produci, ostenditur. Licet enim
hæc actio, quæ Ulpianus simpliciter in rem actionem
nominat, non possit esse directa, sed utilis, ut constat ex

d. l. 1. §. in fine & §. is autem 4 ff. d. tit. l. tutor. 16. in
fine ff. de pignorat. act. inde tamen minimè sequitur, quod
ex utile actione, utile (quod appellant Pragmatici) do-
minium protinus inducatur. Siquidem utiles in rem ac-
tiones dicuntur non ratione ullius utilis dominii, sed ad
differentiam actionum directarum: quia cum directæ
non competant: nisi ratione dominii, utiles è contrario
competunt, non ex causa dominii alicujus, sed ex eo ju-
re, quod quis in re aliena obtinet: cum jus tale est ut
non possit ab eo invito auferri, non magis, quam si cum
possessione dominium conjunctum inveniretur. Tale au-
tem jus habet superficiarius, & alii, si qui sunt similes:
quibus, quod non sint domini, actio directa denegatur:
sed ita tamen, ut utilis iis, propter jus, quod in re ha-
bent, domino quoque invito, concedatur. Hæcque per-
tinent, quæ annotavimus ad principium tit. supr. de rer.
divis. n. 42. & seqq. Porro ideo ex locatione, ad longum
tempus facta, potius, quam ex locatione, facta ad tem-
pus modicum, datur in rem utilis actio: quoniam sic Præ-
tori placuit, ad impetrandam utilem in rem actionem,
temporis longitudinem & possessionis accedere debere.
Superficiem namque prætorio jure constitutam, ex con-
ductione longi temporis, utili in rem actione peti con-
stat; ideo, quod longæ possessionis prærogativa ex
edicto constabat, ex quo utiles actiones competeabant: ut
proinde rectissime asseratur, non aliter ex edicto, hæc in
re utilem actionem dari potuisse, quam si ad non modi-
cum tempus superficies conductæ fuerit. Præterea dum
in d. l. 1. §. 3. ff. de superficiib. dicitur actio in rem à Præ-
tore, & quidem causa cognita, dari: manifestum indicium
est, longum tempus per se non producere effectum vel
dominium juris realis. Alias enim actio non tam dari,
quam potius ex locatione hujusmodi nasci diceretur.
Sed vide de hac questione plenissime differentiam Gal-
parum Schifordegherum d. lib. 1. tract. 18. quest. 2. 3. & 4.
Eadem de questione videantur Francisc. Connan. lib. 7.
Comment. jur. civ. cap. 12. n. 2. cum seq. Wesenbec. in Pa-
ratis. ff. locati conducti n. 8. Pinelus in l. 1. part. 3. n. 66. C.
de bonis mater. Fernand. Vasq. de success. creat. lib. 1. §.
10. n. 78. Sarmient. lib. 3. selectar. interpretat. cap. 2. n. 31.
Gourrejus ad l. 2. C. de resind. vendit. pag. 120. Riemer.
decad. 11. quest. illustr. 2. Frantzkius exercit. 11. quest. 5.
pag. 355. & seqq. Bronchorst. centur. 2. évayr. & Pav. assert.
67. edit. 2. Henonius quest. seu controvers. illustr. Disput.
16. controvers. 17. Heigius hic n. 4. & 5. itemque Ant. Mat-
theus in suis Notis, Bachov. in suis Notis, ad vol. 1. Treutl.
disp. 29. th. 4. lit. C. pag. 1111. & Hunnius ibid. quest. 2.
pag. 1747. cum seq. item lib. 3. var. resolut. jur. civ. tract.
7. part. 2. quest. 14. pag. 1152. & seq. Eandemque que-
stionem & nos attigimus in addit. ad Jul. Clar. §. emphy-
teusis quest. 1. n. 12. & seqq.

Insuper definitioni adhibeo verba illa: pro pensione
annua. Quandoquidem hæc annua pensio (quæ alias
vestigal dicitur, l. 1. & 2. ff. si ager vestigal. Sc. l. lex
vestigali 31. ff. de pignorib. & hypoth. quandoque canon.
l. 3. §. necessitatem C. de jur. emphyteut. auth. qui rem C.
de sacrosanct. Eccles. l. private 10. C. de excusationib.
muner. c. potuit. 4. ibi, solutione canonis extr. de locato-
aliquando redditus, hoc §. nostro ibi, pensio sive redditus,
nonnunquam emphyteuma, ut in synopsi Basilicæ lib.
20. tit. de emphyteusibus constituit. 2. interdu denique
τέλος, hoc est, tributum, ab Harmenop. lib. 3. Epitom.
tit. 4. Borchol. in Commentar. feud. cap. 3. Germanis
Erbzins, Pfacht. Nicol. Eggebrecht. d. synopsi juris em-
phyteutici conclus. 43.) præcipue hujus contractus &
juris emphyteutici propria est. Nam sine ea aut erit
venditio, si precium semel solvitur; aut erit permutatio,
si species cum specie commutatur: aut erit donatio, si
pro re nihil omnino præstatur. Et propterea annua
pensio contractus emphyteutici, & jure ab eo descen-
dens maxime ab aliis discernitur, ut bene tradidit D.
Obrecht. Disp. 36. thes. 133. & seqq. & eadem pensio
emphyteusis à feudo & usufructu distinguitur, monente
D. Bocero class. 2. Disp. 14. th. 4. ad lit. g. ult. 2. Vide
Kocium Anton. de Ripoll. variar. jur. resolut. cap. 7.
num. 41. & seqq. fol. 178.

106 Cæterum valde perplexum est: utrum pensio emphyteutica in solâ numeratâ pecuniâ; an etiam in re aliâ, puta vino, tritico, oleo, aut in gallinis, caponibus, ovis, &c. consistat? Posterius communiter receptum est: siquidem pensio isthæc hodie non solùm in pecuniâ numeratâ, sed etiam in fructibus solvitur, argumento hujus §. nostri ibi, pensio sive redditus, &c. l. 2. vers. fin. autem ibi, neque pecunias solverit. C. de jur. emphyteut. licet. 8. §. l. si olei. 21. C. de locato. & similia. f. ad §. 2. hoc tit. citatarum. n. 3. & seqq. Augustinus Berovius in d. c. potuit. 4. num. 84. de locato. Claudius Canticula in paraphrasi Institutionum. de locato. p. 837. & alii. Quo ipso differt emphyteusis ab emptione - venditione: in quâ precium in pecuniâ tantum numerata solvitur, §. item precium. 2. supr. de empt. & vendit. ubi id explicuimus fusiùs.

107 Non resistit l. penult. C. de diversis prædiis urbanis & rusticis templor. &c. in qua Imp. Valentinianus canonem emphyteuticum ærario inferri jubet: quod de numerata tantum pecuniâ intelligi posse videtur: cum redditus vini, frumenti, aut olei, ærario non inferantur. Lex, inquam, illa non resistit. Primum enim licet in ea canon emphyteuticus in ærarium inferri dicatur: non tamen idcirco, alios redditus posse dari alibi deponendos, negatur. Deinde respondendum: textum istum accipiendum esse de emphyteusi rerum publicarum: cujus canonem in numerata pecuniâ, Respublica magis optabat, ob bellorum necessitatem: quoniam pecuniâ nervus belli censetur. Alvar. Valas. in tractat. de jure emphyteusis. quest. 1. n. 7. Idem tradidi in addit. ad Jul. Clar. §. emphyteusis. quest. 3. n. 8. & 9.

108 Similiter dubitationis non expers est: si emphyteuta domino pro tribus aut quatuor annis futuris pensionem solvere velit, an dominus eam recipere cogatur, & si nolit, an emphyteuta illam testatò deponere, sique liberari possit? Quod non sine ratione negat Speculator in tit. de emphyteusi. nu. 44. Etenim juxta legem hujus contractus pensio est annua, & singulis annis & quidem in fine cujusque anni (nisi obstat consuetudo loci, vel conventio partium, quæ servari debet) integra solvenda, teste Jafone n. 180. post Salicet. num. 28. & Guarnerum de Castell. in l. 2. Cod. de jure emphyteute. Itaque non licet emphyteute, reluctantè domino, contra legem contractus solutionem pro futuris quoque annis facere. arg. l. si soluturus. 39. ff. de solutionib. l. qui Romæ. 122. in princ. ff. de verb. obligat. l. 1. C. de condict. ex lege. cap. unic. ex de plus petitionib. præsertim cum domini interit, singulis annis pensionem accipere: quia pecuniâ universa semel accepta faciliè manibus dilabitur. D. Obrecht. d. Diss. 36. thes. 142. Idque multò magis obtinet, si pensio non in pecuniâ numerata debeatur, sed in fructibus, qui cursu temporis possit deteriorari, ut scribit Julius Clarus lib. 4. recept. sent. §. emphyteusis. quest. 12. nu. 2. in fin. Eadem de re, post Alciatum in l. stipulatio ista. 38. §. inter incertam. 16. num. 17. ff. de verb. obligat. & Padillam in l. post mortem. 12. nu. 19. C. de fideicommiss. videndus est Petrus Augustini. Morla, in Emporio juris utriusque part. 1. tit. 8. de reb. credit. quest. 21. n. 6. Porro emphyteutam canonem seu pensionem suis sumptibus ad ædes domini, si ejusdem sint fori, portare teneri, tradunt Bartolus in l. item illi. 18. nu. 9. ff. de constit. pecun. Jason in d. l. 2. num. 92. C. de jur. emphyteut. Panormitan. in c. significante 7. ext. de pignorib. Wesenbec. in paratit. ff. si ager vectigal. in fine. Tamesti secus sit de jure Saxonico. Landrecht lib. 1. art. 54. ubi Zohel. & Scheplitz. in not. ad promtuar. jur. civ. §. feud. Balhaf. Klammeri. tit. 10. de emphyteusi. §. 4. n. 19. hosque citans Eggebrecht. d. synopsis jur. emphyteut. conclus. 185.

109 Pono in definitione & hæc verba: in recognitionem domini præstandâ. Emphyteuta quippe canonem seu pensionem principaliter in domini recognitionem, & non propter rei usum præstat: quia regulariter (scilicet secundum quorundam opinionem) emphyteusis pro modica pensione conceditur, atque ita magis domini, quam fructuum, ratio habetur, arg. d. l. 2. & 3. C. de jur. emphyteut. Bartol. in l. 1. n. 4. & Jason ibidem n. 87. C. eod. Harpprecht ad Institut. Tom. 111.

Alexand. consil. 112. vol. 1. quos refert Andreas Gail. lib. 2. observ. 23. n. 25. Huicque revocanda sunt quæ notavimus infr. n. 245. & seqq.

Rursus subdo verbum, colendo. Is enim est finis emphyteuseos; ut agri incolti & steriles, per culturam meliorentur: quod & nomen ipsum indicat. Eusebius siquidem Latinis implantatio seu insitio; & per Metaphoram melioratio, quod sub meliorationis lege constitui solet, dicta est. Wesenbec. in Paratit. ff. si ager vectigalis, &c. num. 2. & expositum est suprâ in principio hujus §. num. 1. Ideoque si prædium emphyteuticum non melius & cultius, sed deterius redditur: de eo emphyteuta ejici potest: cum contra legem contractus agat. Novell. 120. cap. 8. & Auth. qui rem. Cod. de SS. Eccles. Jul. Clar. lib. 4. sentent. §. emphyteusis. quest. 26. Sicuti quoque constat, conductorem, qui male in re conductâ versatur, expelli posse l. ade. Cod. de locato. & jam suprâ ad princip. hujus tituli. num. 64. explicatum.

Attexo deinceps, fruendo. Quæ vox significat, emphyteutam non dominum esse, sed potius fructuario similem. Et licet emphyteuta re sibi in emphyteusin concessâ uti frui possit hoc §. nostro. ibi, quibusdam fruendam, &c. l. 1. §. 1. ff. si ager vectigal. &c. non tamen hoc facit ratione juris usufructus: sed ratione juris emphyteutici. Non quidem ratione juris usufructus: quia usufructus est personalis: at jus emphyteuticum plerumque est perpetuum, jurib. modò allegatis. Sed ratione juris emphyteutici; quia hoc jure emphyteutico in re constituto, in emphyteutam rei usufructus transfertur: adeò, ut ipse & ejus successores re emphyteutica tamdiu uti frui possint, quamdiu ex lege contractus annuum pensionem solvunt d. l. 1. §. 2. ff. si ager vectigal. D. Obrecht. Dissut. 36. thes. 153. & seqq.

Annecto postremo, cum aliquo paciscitur. Quia ad constitutionem hujus contractus non rei traditionem, aut scripturam necessariò desiderari: sed solam inter dominum & emphyteutam futurum, de re in emphyteusin danda pactionem & conventionem sufficere, suprâ demonstratum est. num. 55. & seqq. & idem luculenter docuit D. Collega Halbritter. in tract. suo de jure emphyteute. cap. 1. Et tantum de definitione emphyteuseos. Sequitur, ut de ejusdem divisione, & nonnullis aliis, ad perfectiorem cognitionem hujus utilissimæ materiæ pertinentibus, videamus.

Dividitur emphyteusis in civilem sive secularem, & Ecclesiasticam, Civilis est, quando Princeps, Civitas, Municipium, vel privatus aliquis rem suam in emphyteusin concedit. Giphanius & Schneidewinus num. 8. in hoc nostro §. Cujacius in l. 1. de locat. præd. civil. Borholt. part. 1. Dissut. de jure emphyteute. thes. 3. pag. 117. Althusius lit. b. 1. juris Romani. cap. 31. Vultejus lib. 1. Jurisprud. Romani. cap. 36. circa finem. Wesenbec. in paratit. ff. si ager vectigalis. &c. n. 2. Treutler. Diss. 29. thes. 9. lit. i. vol. 1. Ecclesiastica, quando res Ecclesiarum, aliorumque Collegiorum, aut domuum venerabilium, ab Oeconomo vel Prælato, causâ cognitâ, debitisque solemnitatibus adhibitis, etiam laico in emphyteusin dantur. Novell. 7. & 120. c. dudum. 1. vers. quia etiam tractatus sollemnis, &c. cap. hoc consultiissimo 2. circa princip. ibi, laicis submittere, absque Capituli sui consensu, & Apostolicæ Sedis licentiâ speciali. ext. de reb. Eccles. non alien. in 6. cap. sine exceptione §. 1. ibi, cum totius Cleri tractatu atque consensu. 12. quest. 2. Covarr. fusiùs lib. 2. var. resolut. cap. 17. num. 2. Et cæ de re etiam nos explicatius acturi sumus infr. num. 164. & seqq. Utraque illa emphyteusis in novam & antiquam subdividi solet: ut nova dicatur, quæ originem habet in personâ illius, qui vult de eadem disponere: antiqua vero, quæ ab alio ascendit acquisita, in eum est voluta, qui hoc de jure facturus est dispositio. nem. Nicol. Eggebrecht. in synopsis juris emphyteutici. conclus. 9. Jul. Clar. lib. 4. receptar. sentent. §. emphyteusis. quest. 16. n. 1. ubi & tertiam divisionem trahit, quæ emphyteusis distinguitur in hereditariam, non hereditariam, & mixtam. Confir Ludovicum Molin. de contract. diss. 472.

123 Emphyteusis autem constituere potest non solum Civitas, l. 1. in princip. §. 1. ibi, à municipibus. ff. si ager vectigalis, §. c. (Et quidem civitates & municipia primò fundos publicos in emphyteusim dedisse, verisimile est d. l. 1. ff. eod. l. si domus 71. §. ult. ff. de legat. 1. l. si finita 15. §. si de vectigalib. ff. de damn. infect. quod res communes ut plurimum geruntur negligentius. Itaque fundos publicos in emphyteusim dederunt certis personis: ut & agriculture, & calamitum periculo, quæ multæ solent accidere, liberarentur. At postea hoc passim etiam privati, vel, ut mox indicabitur, in suis fundis quisque usurparunt; ut arandi, ferendi, colligendi, servandique sollicitudinem deponerent, *Commun. in Commentar. juris civil. lib. 7. cap. 12. nu. 1.*) & Collegium Ecclesiasticum, d. Novell. 7. §. d. Novell. 120. cap. 5. & 8. verum etiam quilibet dominus privatus, hoc §. nostro, ibi pro his domino præstetur, §. vers. sed talis ibi, ad dominum l. 1. ibi, sed rei domino l. 2. ibi, si dominus voluerit, item ibi, ne autem ex hac causa dominis facultas oriatur l. 3. ibi, cum domini voluntate, item ibi, sine consensu domini, §. c. de jure emphyteut. l. lex vectigali 31. ibi, ad dominum redeat, §. ibi, domini esse itemque ibi, jure suo dominus usus esset, ff. de pignorib. §. hypothec. Quibus in locis omnibus cum simpliciter & indistinctè domini mentio fiat; quisque autem privatus prædiorum suorum dominus sit: rectè in iis jus emphyteuticum hodie constituere poterit. Si enim rem suam jure domini pro libitu potest alienare, l. sed §. si 25. §. consultit. 11. ibi, dum re sua se abuti putant ff. de perit. heredit. l. in re mandata 21. C. mandati l. nemo exterius 9.

124 C. de Judeis, multò magis in eâ jus emphyteuticum alteri poterit concedere, quia cui, quod majus est, licet: meritò & quod minus est, licere debet, l. non debet 21. ff. de reg. jur. Donell. lib. 9. Commentar. de jure civil. cap. 13. pag. 444. Cujac. in lib. 21. Pauli ad edict. pag. 334. in explicat. l. 24. ff. de rei vindicta. Et propterea si cui rei suæ alienatio, vel libera administratio est interdicta: etiam in emphyteusim illam non rectè dabit: quia prohibita alienatione, emphyteusis quoque prohibita intelligitur, l. ult. C. de reb. alien. non alienand. D. Obrecht. Disp. 36. th. 30. §. D. Bocer. class. 2. Disp. 14. thes. 7. ad lit. d. edit. 2.

126 Hinc, cum pupillus & minor 25. annis facultate alienandi & administrandi res suas careant, §. nunc admonendi 2. §. quib. alienare licet, vel non l. i. iurjurandum 17. §. 1. ff. de iurjurand. l. si curatorem 3. C. de in integr. restitut. minor. eviden. evadit, eos absque tutoris vel curatoris sui auctoritate & Magistratûs decreto, prædia sua in emphyteusim alicui dare haud posse l. sed si pecunia 3. §. nec usufructus §. ff. de reb. eor. qui sub tutela, §. c. ubi Ulpianus docet, pupillum vel minorem 25. annis usufructum in fundo proprio alii constituere non posse. Quod luculento argumento est, nec emphyteusim in fundo suo illum posse constituere: quoniam plus juris in emphyteutam, quàm usufructuariam, transferri potest. Eadem ratione cum in d. §. nec usufructus vers. simili modo, responsum sit, fundo pupilli seu minoris non posse imponi servitutem; necessaria consequentiâ efficitur, multò minus istum fundum posse dari in emphyteusim. Plus siquidem est, fundum emphyteuticum facere, & majus ex eâ re præjudicium & incommodum exoriri potest, quàm in fundo servitutem constituere. Quod facit quoque l. non solum 4. Etiam vectigale 13. §. tot. tit. C. de præd. §. aliis reb. minor. sine decr. non alienand. Atque ita sentit, post Menochium consil. 29. n. 17. lib. 1. §. Gomezium tom. 2. var. resolut. cap. 14. n. 14. vers. septimo extende §. c. aliosque plures, quos citat. Octavius Simoncellus in tract. de decret. lib. 2. tit. 6. in præf. 3. n. 31. §. seq.

128 Sed dubia & gravis questio est: An pubes, viginti quinque annis minor, curatorem habens, sine hujus consensu stipulanti emphyteusim, promittendo efficaciter obligetur? Et non obligari, est probabilius, arg. l. 1. C. de auctoritate præstanda §. l. nepturoris 7. C. de contrab. §. committit stipulam, ubi reſcribitur, curatoris absentiam stipulationi, pro adulto habitæ, minime nocere. Unde à contrario sensu colligitur, si que, absente curatore, contra adultum stipulans cum ipso intreat, hoc est, si minor

stipulando promittat, eam stipulationem neutiquam valere. Eandem sententiam non parùm confirmat d. l. non solum. 4. C. de præd. §. aliis reb. minor. sine decr. non alienand. ubi expressè cautum extat; adolescentes neque venditione, neque transactione, neque permutatione, neque donatione, vel alio quoquo modo prædia sine decreto transferre à dominio suo posse. Quà in lege diligenter ponderanda sunt hæc verba, alio quoque modo: quibus haud dubiè omnis alienandi ratio, atque adeò stipulatio ipsa prohibita censetur. Eodem pertinet d. l. si curator ren. 3. C. de in integr. restitut. minor. ubi Imperator Diocletianus & Maximianus rescripserunt: venditionis contractum à minore 25. annis absque curatoris sui auctoritate sive consensu celebratum, non servari aut valere debere; hac additâ ratione: quod minor, curatorem habens, non absimilis sit ei, cui à Præatore bonis interdictum est. Ex quâ ratione facile evincitur: puberem, habentem curatorem, ad instar prodigi, ne quidem ex stipulatu sine curatoris sui consensu obligari. Quod enim prodigus (cui minor, curatorem habens, similis judicatur) ex stipulatu non obligetur, expressum est in l. is, cui bonis. 6. ff. de verb. obligationib. Præterea si statueremus, minorem 25. annis citra curatoris sui consensum ex stipulatu obligari: leges ferè innumeræ, quibus sancitum est, puberem sine curatoris consensu bona sua vendere, permutare, vel alio quovis modo alienare non posse, elusoriæ redderentur: quippe cum stipulatio omnibus omnino contractibus adhiberi possit & soleat. l. stipulationum. 5. in princ. vers. conventionales ff. eod. tit. Alio omnis interpretatio, per quam leges redduntur elusoriæ, fugienda est. l. si prætor. 75. ff. de iudiciis. l. ult. ff. ne quid in loco publ. vel itinere fiat. c. commissa 35. §. porro de electione. in 6. Quapropter minorem, absque curatore suo emphyteusim per stipulationem promittentem, non obligari, firmiter est concludendum.

Neque hanc conclusionem infringit vulgata l. puberes, 101. ff. de verb. obligat. ubi Modestinus diserte ait, puberes sine curatoribus suis posse ex stipulatu obligari. Nam JC. illic non absolute dicit, puberes sine curatoribus suis ex stipulatu obligari, sed ex stipulatu posse obligari. Quibus verbis significat, non indistinctè & regulariter eos obligari, verum in nonnullis tantum casibus id fieri, nimirum in illis, qui ad eorum substantiæ imminutionem minime vergant: puta si illa eorum pactio, aut stipulatio, quâ obstringantur, ad rei aut juris ipsorum conservationem imprimis spectet, & stipulando, vel transigendo, aliterve patiscendo, ita quid promittant, & ad id dandum se obstringant, ut tantundem, vel plus consequantur, majusque ex eo commodum, quam incommodum ad eos perventurum sit, atque adeò locupletiores fiant, arg. l. contra juris 28. ff. de pactis. §. l. civitas. 27. ff. de reb. credit. Et ita dictam l. puberes, 101. ff. de verb. obligat. interpretatur Johannes Robertus lib. 1. animadversion. juris civil. c. 21. quem referunt ac sequuntur D. Halbritterus in tract. de jure emphyt. cap. 2. Niellius disp. feud. 2. th. 4. sub lit. d. §. novissime Forsterus junior in tract. metholico. de pact. c. 5. pag. 108. Tameñ alii aliter, & quidem variè istam legem exaudiant atque explicent, Cujacius, Duarenus, Donellus, & reliqui interpretes in suis Comment. ad eandem legem. Videjuss lib. 1. discept. cap. 16. Fachinus lib. 3. controvers. jur. c. 9. Gadd. ad l. Princeps. 2. n. 5. §. seqq. ff. de verb. significat. §. in tract. de contrab. stipulat. c. 7. conclus. 14. n. 263. §. seqq. Val. Francus in tract. de fidejussorib. cap. 2. Bronchorst. cent. 1. d. variet. Davay. assert. 25. edit. 1. Job. Mercet. lib. 1. opin. c. 6. §. Robertus disp. 5. ad hyst. thes. 4. Hæcque referantur, quæ copiosius exposita sunt ad §. item inviti. 2. n. 26. cum seqq. supr. de curatorib.

Non minùs anceps ac difficilis est illa questio: Numquid pupillus & minor 25. annis sine auctoritate tutoris, vel consensu curatoris, & iudicis decreto, prædium aliquod in emphyteusim accipere queant? Quod licet quidam affirmandum censeant. Alvar. Valsen in var. edit. de jure emphyteut. quest. 36. num. 5. Francisc. de Caltas in d. l. si curatorem 3. C. de in integr. restitut. minor. in verb. contractum fecisti. num. 3. Aggredere. in synopsi

Synopsi juris emphyteut. conclus. 16. negantem tamen ego opinionem amplecti nihil dubitaverim, *arg. l. 1. §. fin. §. l. 2. ff. de reb. cor. qui sub tutelâ, vel curâ sunt, sine decreto non alienand.* ubi minori non permittitur, sine debita solennitate prædia emere cum pacto, quod sint pignora usque ad pretii solutionem; quamvis cum dominio pignus quæsitum fuerit, & ab initio obligatio inhæserit, ut Paulus in *d. l. 2.* loquitur. Ex quo colligere promptum est: minorem etiam illi prædio, quod de novo acquirit, onus aliquod sine juris solennitatibus, hoc est, curatoris consensu & iudicis decreto imponere, & consequenter prædium, eâ lege, ut id emphyteuticariis oneribus obnoxium faciat, accipere non posse. Confert etiam huc, quod contractus emphyteuticus locationi & conductioni, itemque emptioni & venditioni (quam sine consensu curatoris minorem contrahere non posse notum est, *d. l. 3. Cod. de in integr. restit. minor.* proximè accedit, ut ex hoc nostro §. indubitatè apparet.

Neque valde me moverit, quod obijci solet, contractum emphyteuticum respectu accipientis esse causam lucrativam: proindeque eum, nullâ etiam adhibitâ juris solennitate, à minore celebrari posse, *arg. d. l. contra juris 28. ff. de pactis §. princip. f. de auctoritate tutor. vers. unde in his causis, &c.* Verius namque esse puto, emphyteusin intuitu accipientis non merum continere lucrum: cum emphyteuta quotannis canonem ex re emphyteuticâ præstare teneatur: quæ sanè præstatio non lucrosa, sed onerosa illi esse consuevit. Quinimo usufruere etiam potest, ut emphyteusis propter canonis solvendi magnitudinem plus damni & oneris, quam commodi & lucri emphyteutæ adferat. Cum itaque pupillus sive minor 25. annis emphyteusin accipiendo, & ad annum canonem sese adstringendo sive obligando lædi possit: in propatulo est, hunc contractum perinde, ac venditionem, locationem, similesque contractus, tutoris curatorisve auctoritatem, & iudicis decretum desiderare. Siquidem obligatio isthæc ad annuam tendit præstationem: quæ tam respectu recipientis, quam solventis inter immobilia computatur, *per Clemens. ex vi. vers. cùm annui reditus de verb. sign. Parisius consil. 85. num. 10. lib. 3. Simoncell. in tract. de decret. d. lib. 2. tit. 6. num. 31.* Et si verò contractus emphyteuticus; quo minor absque tutoris vel curatoris auctoritate & consensu fundum in emphyteusin accepit, in præjudicium ejus non subsistit: attamen hoc casu contractus emphyteuticus non planè nullus est, sed tantum claudicat. Ideoque permittitur minori post legitimam ætatem, vel curatore interveniente, ante legitimam ætatem hunc contractum approbare, etiam invito domino directo: qui perinde ex isto contractu obligatur, atque si ab initio legitime celebratus fuisset, *arg. l. Julianus 13. §. si quis à pupillo 29. ff. de act. empt. §. vendit. l. si pupillus 9. in princ. ff. de novat. §. delegat. D. Halbritter. in tract. de jure emphyt. cap. 2. in fine.*

Res porro, in quâ constituitur emphyteusis, vel quæ in emphyteusin potest dari, est prædium, ager, sive fundus, hoc §. nostro ibi, de prædiis & ibi, id prædium, &c. *l. 1. §. rubr. tit. ff. si ager vectigalis, &c. l. 2. ibi, à prædiis emphyteuticariis C. de jure emphyteut. §. ostensum supra num. 8.* Et quanquam primitus fundus tantum incoltus, sive sterilis & desertus, ut melior redderetur, in emphyteusin fuerit datus, *arg. d. l. 2. verb. nomine meliorationis §. l. 3. verb. suar meliorationes C. eod. tit. ibique Cujac. in parat. postea tamen ager, etiam cultus & fertilis in eandem dari coepit, arg. hujus §. ibi, de prædiis, quæ perpetuò quibusdam fructibus traduntur d. l. 1. §. 1. ibi, fundum fruendum ff. si ager vectigal. §. l. 1. C. de jure emphyteut. quæ lex generaliter concepta est de re in emphyteusin concessa, nec inter rem sterilem & fertilem distinguit. Consuetudo item declarat, agros quoque fertiles & excoltos, sub annua aliqua pensione, in emphyteusin concedi. D. Bocer. class. 2. Diss. 14. thes. 12. lib. 5. edit. 2. Albert Leoninus ad rubr. C. de jure emphyt. num. 5. Ratger. Ruland. in tract. de commissur. & commiss. Cam. Imper. pars. 3. lib. 5. cap. 9. n. 23. Et merito quidem: quoniam tam cultæ & fertilis rei, quam incoltæ & sterilis domitium (quod vocant) utile transferri in alium eâ lege*

potest, ut is eam colat, & eadem fruatur, atque in recognitionem domini directi, certam annuam pensionem domino solvat. Vide Dn. Collegam Besoldum in thesauro practico lib. H. num. 43. p. 415.

Sed utrùm non tantum prælia rustica, veluti agri; sed etiam urbana, puta ædes, in emphyteusin deduci possint, dubitari solet? Doneilus (cujus sententiam esse probabilem, dicit Bachovius in suis not. ad Treutler. vol. 1. diss. 29. th. 9. lit. E. p. 1126. quamque ibidem sequitur etiam Hunnius quæst. 34. p. 1787. item D. Bocer. hic n. 15. §. seqq. p. 425.) id aperte negat, lib. 9. Commentar. de jure civ. cap. 13. p. 444. n. 30. dum ita scribit: In emphyteusin dari non possunt res mobiles, ed. nec. ex immobilibus ædes, &c. Verùm contrarium jam probavimus supra circa principium hujus §. n. 2. & auctoritatibus & juribus, nempe Novell. 7. cap. 3. §. scire 2. Novell. 120. cap. 1. in fin. Auth. si quas C. de SS. Eccles. §. l. si finita 15. §. si de vectigalibus adibus 26. ff. de dam. infect. ubi expressa vectigalium ædium repetitur mentio: sique innuitur, illas quoque in emphyteusin concedi posse. Accedit l. tutor 16. §. ult. ff. de pignorat. act. ubi indefinitè prædium vectigale vocatur. At verbo prædij, etiam urbanum prædium, atque adeo ædes continentur, l. urbana 198. ff. de verbor. signif. Præterea omnes emphyteusos proprietates & requisita, supra in definitione ejus posita, don minus exerceri possunt in prædio urbano, quam rustico. Etenim ut agrum culturæ causâ, sic & domum alteri fruendam eâ lege concedere possumus: ut ipse eâ fruatur, factam tectumque conserve, & augendo ædificia, ampliorem melioremque reddat, & in domini recognitionem quotannis canonem præstat. Nec cum Donello loco antè notato, rectè dicitur: ædes vectigales, in d. l. si finita 15. §. si de vectigalib. ff. de dam. infect. abusive pro superficiariis esse dictas: aut hoc verbo illas ædes designari, quæ sunt in prædio vectigali ædificate. Nam prius per d. l. tutor. 16. §. ult. ff. de pignorat. act. satis refutatur: cum ibi prædium vectigale à superficiario perspicuè distinguatur. Posterius ex perpetuo hujus verbi usu refellitur: quia ut vectigalis ager, & vectigalis fundus, emphyteuticarium agrum & fundum denotat. t. tit. ff. si ager vectigalis, id est, emphyteuticarius petat. l. sciendum 15. §. 1. ff. qui satisfacere cogant. &c. ita & non immeritò, vectigales ædes significare ædes emphyteuticarias, statuimus. Multò minus cum Hunnio loco præallegato dicendum erit: ædes in emphyteusin dari non posse per se, sed per consequentiam, quatenus nempe fundus, in quo sunt istæ ædes, in emphyteusin datur. Rerum cùm isthæc responsio distinetur, si quas C. de SS. Eccles. §. juribus similib. contrarietur (utpote quæ de istis ædibus, in emphyteusin datis, diserte loquantur) adeoque meram divinationem sapiat: eadem facilitate rejicitur; quæ adstruitur. Neque adversatur, quod in locis plerisque, agri solummodo vectigalis sit mentio, l. 1. §. tot. tit. ff. si ager vectigalis, &c. l. lex vectigali 31. ff. de pignoratibus. Hoc enim non ideo factum est, quod emphyteusis in agris duntaxat, & non in ædibus constitui possit: sed propter frequentiorum usum: quoniam videlicet frequentius agri, quam domus & ædificia urbana in emphyteusin dari consueverint. D. D. Halbritter. in tract. de jure emphyteut. cap. 3. in princip. & in disput. de jure emphyteut. de Anno 1602. Respond. D. D. Banfovio th. 2. ad lit. e. D. Obrecht. Disput. 36. de jure emphyteut. thes. 45. & aliquot subsequ. Prædictas rationes, & contrariorum refutationes, vel non omnes legit Dominus Collega Bocerius hic d. n. 15. cum seqq. (nam n. 18. allegavit solummodo meum nomen 2. cum tamen hoc loco sub n. 140. & seq. hæc de re uberius differuerim, ut ex dictis patet) vel non rectè ponderavit. Alioqui procul dubio erroneam suam opinionem mutasset, utpote cujus nullum idoneum satis & solidum asserere possit fundamentum. Primum ipsius argumentum, sub num. 27. pag. 426. positum, hoc est: quia passim legimus agrum vectigalem, fundum vectigalem, id est, emphyteuticarium, d. l. 1. & tot. tit. ff. si ager vectigal. &c. d. l. sciendum 15. vel penult. §. 1. ff. qui satisfacere coguntur, & similibus. At debilitas hujus argumenti

ex iis, quæ modò diximus, evidentissima est. Et insuper non tantum agri aut fundi vectigalis; sed etiam ædium vectigalium, id est, emphyteuticariorum, in jure nostro sit mentio, ut in d. l. si finita. 15. §. si de vectigalibus adibus 26. ff. de dam. infect. Nec admittenda est divinationo D. Boceri hic sub n. 22. post Donellum (quem tamen ad hoc non allegat) putantis; eo loco per ædes vectigales significari ædificia vectigalibus; id est, emphyteuticariis prædiis posita. Repugnat etenim isthuc divinationi perpetuus hujus vocabuli usus, sicuti paulò antè ostensum est. num. 141. Alterum D. Boceri argumentum, ex d. l. tutor. 16. §. ult. ff. de pignorat. act. pet. itum, planè insulsum est. Haud enim sequitur: Prædium vectigale seu emphyteuticarium apertè distinguitur à superficiario prædio. Ergo emphyteusis non consistit in ædificio. Nam per prædium superficiarium non omne ædificium intelligitur: sed tantum id, quod in solo alieno positum est. At si quis in ædibus, quas in suo solo positas habet, alicui emphyteusin constituit, easque hoc pacto fruendas concedere velit, ut quamdiu canonem præstiterit, tamdiu iis frui queat: hoc, inquam, quò minus fieri possit, nulla juris ratio prohibet aut impedit. Postremum Boceri argumentum, sub n. 28. pag. 426. consistit in eo, quòd vox ἐμψυτεύω. Græcis significet culturam, implantationem, insitionem. Hæc verò prædiis rusticis conveniant, non ædificiis. Ad hanc Boceri argumentationem frivolam, nulliusque momenti esse, vel ex eo patescit: quòd hinc sequeretur, agrum cultum & fertilem in emphyteusin dari non posse: quod tamen utique fieri posse, paulò antè probatum est, num. 138. Proinde animadvertendum: ideo ἐμψυτεύω. nomen huic contractui inditum esse, quòd primitus (sicuti suprà attigimus, num. 138.) fundus tantum incultus sive sterilis & desertus, ut melior redderetur, in emphyteusin datus fuerit. Quemadmodum ergo vitiosa esset collectio, si quis inde concludere vellet, fundum cultum & fertilem in emphyteusin hodie dari non posse: ita quoque prorsus inconcinnum est, hinc argumentari velle, solos agros & fundos rusticos in emphyteusin dari, ædificia non item: maxime cum pacta dent legem contractibus, l. contractus 23. in fine ff. de regul. jur.

143 Non solum autem res immobiles; sed & res solo coherentes, unà cum solo, cui coherent, in emphyteusin concedi possunt, arg. c. 1. §. sciendum de feudi cognit. lib. 2. Feud. tit. 1. Alvar. Valasc. in tract. de jure emphyteut.

144 quæst. 12. num. 3. Cæterum solo coherentes illæ res dicuntur, quæ rei immobili, vel solo affixæ; ita accedunt sive coherent. ut vel pars ejus sint, vel ab eà omnino non separari possint, ut notat Schraderus in tract. feud. part. 3. cap. 2. n. 55. ex sententiâ Joan. Ferrar. Montan. in tract. feud. lib. 2. cap. 3. veluti sunt fructus pendentes, l. fructus pendentes 44. ff. de rei vindic. l. si pendentes 27. ff. de usufructu. omnia ædificiis affixa, l. Julianus 13. §. ult. cum §. II. sequentibus & l. si venditor. 38. §. fin. ff. de actionibus empti. servus glebe adscriptus, & mancipia rustica l. longa 3. ff. de divers. & temp. præscript. l. quemadmodum 7. C. de agricol. & cens. servitutes tam urbanorum, quàm rusticorum prædiorum, §. adeo autem 3. §. de servitutibus rusticorum. & urb. præd. l. 1. §. communia prædior. &c. annone civiles, l. fin. §. præterea 2. C. de jure dot. Novell. 7. cap. 3. in princ. vers. aliter autem, &c. vectigalia omnia, sive sint pedagia, passagia, salinaria, sive alia quocunque nomine appellata, Bartol. in l. si is, qui 11. §. fin. ff. de pignoribus. Bald. Martheus de Afflic. & plerique Feudista in d. c. 1. §. sciendum de feudi cognit. tam jurisdictiones, juxta Bartol. Alexand. Jason & Dec. in l. 1. ff. de jurisdic. nec non jus venandi, aucupandi, piscandi, &c. Hæc, & similia solo coherentia, quamquam per se in emphyteusin dari nequeunt: tamen cum ipso prædio, sive re, cui coherent, atque ita per consequentiam, ut in feudum, ita & in emphyteusin rectè conceduntur. Multa enim accessoria permittuntur, quæ per se sive principaliter prohibentur, l. 1. in fin. ff. de fundo dotali. l. quidam 62. ff. de acquir. ver. dom. & similib. Zasius in Epitoma juris feud. par. 4. Molin. in

consuetud. Paris. tit. 1. §. 1. gloss. 8. num. 18. & seq. Sonstbeckius in Commentariis ad usus feudor. part. 8. num. 21. & seqq. Schrader. d. part. 3. cap. 2. num. 55. & seqq.

Sed quid de arboribus dicendum? Et eas cum solo 146
cujus pars censetur, rerumque immobilium numero habentur, in emphyteusin dari posse, non ambigitur, d. l. fructus 44. ff. de rei vindic. At illud dubio haud caret: an arbores absque solo, cui coherent, in emphyteusin concedi possint? Quod asserit, ex mente Baldi. Jason in l. 1. num. 103. C. de jure emphyteut. Verum sententiæ contraria est verior: quia arbores per se, sine solo consideratæ, sunt soli superficies, arg. §. sed si gregis 38. §. de rer. divis. Aliud autem est jus emphyteuticum aliud jus superficiarium: aliud item prædium emphyteuticum, aliud superficiarium prædium, l. 3. §. si quis ἐμψυτεύω. 4. ff. de reb. eor. qui sub tutela, &c. d. l. tutor. 16. §. fin. ff. de pignorat. act. D. Bocer. d. class. 2. disp. 14. th. 13. ad lit. b. Eggebrecht. de synopsi jur. emphyteutici cap. conclus. 26. Porro arboribus in emphyteusin datis, solum quoque cui coherent, datum intelligitur: quemadmodum oliveto vel vinea in emphyteusin concessa: ipsum etiam solum concessum putatur, arg. l. certo generi 13. in princ. ff. de servitutibus præd. rusticor. Ideoque in quacunque formam fundus sive superficies mutetur: concessionem istam non expirare, certum est. Schrader. d. tract. feud. part. 6. cap. 6. num. 116. Valasc. d. tract. de jure emphyteut. q. 12. n. 2. Sed illud 149
non usque adeò est expeditum: num fundo simpliciter pro dimidiâ parte in emphyteusin dato; arbores etiam partis dimidiæ contineantur? Jason, post Speculatorem à se allegatum, id negare videtur in d. l. 1. n. 104. C. de 150
jure emphyteut. Ego verò id non sine ratione affirmo: quoniam arbores sunt pars soli ut suprà dictum n. 146. proindeque solo pro dimidiâ parte concessa, ipsæ quoque arbores pro eadem parte concessæ merito censentur, d. l. fructus 44. ff. de rei vindic.

Ecquid feudi in emphyteusin concessio teneat, non 151
injuriâ quispiam titubaret? Et (minimè obstantè contrariâ Joannis Fabri hic num. 3. opinione) inutilem istam esse concessionem, nisi dominus consentiat, Doctores plerique intrepidè statuunt, Fridericus Schenck. in §. rursus, num. 3. quib. mod. feud. amitt. tit. 5. lib. 1. Feud. Gloss. Jacobus de Belois. Baldus, Alvarot. Joan. Rainald. & alii in c. imperialem in princ. de prohib. feudi alienat. per Frid. tit. 55. lib. 2. Feud. quos refert & sequitur Cuius junior. in tract. feud. part. 4. num. Ejusque ratio non 152
obscura est: quia concessio in emphyteusin est alienatio. Novell. 7. cap. 1. §. alienationis autem, &c. l. fin. C. de reb. alienis non alienand. Sed omnis alienatio feudi 153
prohibita est, tit. 52. in princ. vers. hortari itaque & consilio & d. tit. 55. in princ. vers. habito ergo consilio lib. 2. feud. Idque non tantum in proprio feudo, sed & improprio procedere verisimile est: propterea quòd feudum improprium in omnibus & per omnia sequitur naturam feudi proprii, præterquam in iis, in quibus feudi proprii naturæ vel regulis per investituram expressim est derogatum: c. 1. de feudo non habente propriam feudi naturam 2. 48. lib. 2. F. D. Bocer. d. class. 2. disp. 15. th. 14. Nec obstat, quòd sicut subinfeudatio sine consensu domini licita est: ita & permessa sit datio in emphyteusin, c. an. §. si vero qualiter olim poterat feud. alienari tit. 9. lib. 2. & c. 1. §. similiter 2. de lege Corradi tit. 34. lib. 3. Feud. Nam magna subest diversitatis ratio. Siquidem vassallus non potest, nisi æquali, & bonâ fide, atque eodem planè modo, quo ipse feudum possidet, subinfeudationem facere, d. cap. 1. §. similiter de lege Corradi. Atqui feudum tali modo in emphyteusin dari nequit. Alias enim non emphyteusis, sed feudum concessum censeretur. Char. lib. 4. sent. §. feudum qu. 32. num. 4. Sonstbeck. in Commentar. ad usus feud. part. 12. num. 94. Cuius jun. d. part. 4. num. 91. in fine. ubi ex traditione Fabri in hoc §. & Raynaldi in d. c. imperialem. de prohib. feud. alienat. per Frid. subdit, quicquid sit de stricto jure de generali tamen consuetudine vassallum res feudales in cultas sine licentia domini in emphyteusin tradere non prohiberi. Quinimo vassallus etiam res cultas feudales 154
proxi-

proximo agnato, qui alioqui successurus esset; in emphyteusi dare àblque consensu domini potest, §. si verò de alienatione feudi tit. 13. lib. 1. F. Schenk in d. §. rursus n. 5. quib. mod. feud. amitt. tit. 5. lib. 1. F. Fit enim eo casu magis refutatio, quàm alienatio, cap. 1. post princip. ibi, non est libellus, sed quasi refutatio de alienat. paterni feud. tit. 39. lib. 2. F. Et hoc in feudo antiquo locum habet, non in novo quia agnati & collaterales in novo non succedunt. cap. 1. de success. fratrum. tit. 11. §. c. 1. de fratrib. de novo benefic. investitis. 12. lib. 2. F. Descendentibus verò feudum indistinctè, sive novum, antiquum fuerit, (quia utrobique succedunt) in emphyteusin dari poterit, d. c. 1. de alienat. paterni feud. Somsbecc. d. part. 12. num. 94. De ista questione vide quoque Dn. Bocerum in tract. de jure & commodo senioris. lib. 2. c. 6. num. 129. & seqq. pag. 348. cum seqq.

Ad quid dicendum, si vassallus rem feudalem in emphyteusin eà lege concedat, ut dominium utile in recipientem non transeat: num hoc casu concessio emphyteutica valebit? Et verius videtur, ne isto quidem modo feudum in emphyteusin dari posse: quandoquidem emphyteusis ex venditionis naturà id habet, & in eo prorsus similis est venditioni, quòd per eam dominium utile transferatur in accipientem: sicut in venditione fieri solet domini translatio, argumento hujus §. nostri. Venditio autem, quà difertè id agitur, ne dominium rei ad emptorem transeat, non subsistit, l. cum manu. 8. §. ult. ff. de contrah. empt. Ergo & contractus emphyteuticus, cui addita est pactio de utili dominio non transferendo, nullius momenti erit. Quid? quòd commoditas fructuum, quæ ad longum tempus transfertur, pro vera alienatione in materia prohibitiva, ad evitandam fraudem, habetur, per notata Baldi in Auth. hoc jus porrectum col. 1. vers. 6. C. de SS. Eccles. Fabiani de monte sancti Savini in tract. de empt. & vendit. in 4. quest. principali quest. ult. vers. circa tertium. Molinæ in consuetud. Parisiens. tit. 1. §. 41. quest. 8. num. 36. prope finem & Didaci Covarruv. lib. 2. variar. resolut. cap. 16. num. 1. Eadem à nobis tradita sunt in addit. ad Jul. Clar. §. emphyteusis quest. 5.

De bonis majoratus, hoc est, perpetuò ad familiam pertinentibus (vulgò Stammgüter) controvertitur, utrum in emphyteusin à possessore concedi possint? Sed verissima est sententia existimantium: eum, qui ejusmodi bona majoratus possidet, non nisi quoad vixerit, illa in emphyteusin extraneo dare posse. Cum etenim jus in illis bonis, morte possessoris dantis tollatur: meritò quoque accipientis jus simul extinguatur, per vulgatam regulam, quà traditur, Quòd resolutò jure datoris, resolvatur etiam jus acceptoris, l. lex vestigali. 31. ubi gloss. in verb. evanuisse. ff. de pignori. & hypoth. §. l. si quis domum. 9. §. 1. ff. locati. ubi Paulus Castrensis. num. 3. & l. similibus; allegatis in princip. §. hoc tit. n. 34. Nec enim is, qui possidet bona majoratus, contra præceptum ac voluntatem primi disponentis, aliis de familià successoribus præjudicare potest, arg. l. eum, qui 3. ubi Bart. ff. de interd. & relegat. l. unum ex familia. 67. §. 1. ff. de legat. 2. Decius cons. 445. num. 23. Gozadin. consil. 75. Pinel. in l. 1. part. 3. num. 65. C. de bonis mater. pag. mihi 356. aliquo ab eo relati. Quibus accedit Ludovic. Molin. de contract. disp. 470 num. 1. hujusque agnatus Ludovicus de Molina lib. 1. de Hispanor. primogeniis. cap. 21. ubi hanc questionem plenius excutit. An autem ejusmodi bonorum in perpetuam emphyteusin facta concessio, pro eo saltem tempore valeat, in quod fieri poterat; an verò in totum sit inutilis; sententiis variatum est? Probabilius ego putaverim: concessionem istam valere, quoad concedens vixerit: utile per inutile in separabilibus vel dividuis vitietur, l. 1. §. sed si mihi. 5. ff. de verb. obligat. l. sancimus. 34. circa princip. & l. seq. §. fin. autem. C. de donationib. c. utile. 37. de regul. jur. in 6. Bald. in Auth. si quas ruinas. C. de sacrosanct. Eccles. latius, post alios ab ipsis citatos, Molinæ in consuetud. Paris. d. tit. 1. §. 41. quest. 10. n. 40. & Covarruvias d. lib. 2. var. resolut. c. 16. num. 5.

Ad res Ecclesiasticas quod attinet: et, non interveniente

justa causà, itemque scripturà, & totius Cleri sive Capituli tractatu ac consensu, aliisque legitimis solemnitatibus, (quas, post alios, recenset Covarruvias d. lib. 2. var. resolut. cap. 17. Wesenbec. consil. 59. per totum D. Bocer class. 2. disp. 14. th. 21. edit. 2. Lud. Molina tom. 2. de justis. & jur. tract. 2. disp. 468. n. 3. & seq.) non adhibitis, in emphyteusin, etiam bene de Ecclesia merito, in perpetuum tradi nequeunt. Novell. 7. in princ. §. 1. vers. ult. & c. 3. §. seire autem vers. non enim in illis, & c. Novell. 120. cap. 5. & 6. §. licentiam igitur & §. in venerabilibus verò, & c. cap. 1. vers. quia etiam tractatus sollemnis, & cap. 2. de reb. Eccles. non alienand. in 6. c. sine exceptione §. 1. caus. 12. quest. 2. c. 1. c. tua nuper. 8. de his, quæ sunt à Prælati, & c. Panormitan. in c. 2. n. 5. de donat. Ludolphus Schrader. in tract. feud. part. 4. cap. 2. n. 13. Atque istæ solemnitates requiruntur, etiam si fundus sterilis, vel saxosus, vel pestilens in emphyteusin concedatur, l. si fundus 13. in princ. ff. de rebus eor. qui sub tutela, & c. cap. ut super 8. §. ult. de reb. Eccles. alienand. vel non, nisi exiguus & angustus sit locus. can. terrulas §. 2. caus. 12. quest. 2. arg. l. scio. 4. ff. de in integr. resit. l. 1. §. proinde 8. ff. de adit. edit. & l. 1. §. fin. ff. de ventre inspic. Albertus Brunnus in tract. statut. art. 9. num. 96. cum seq. huncque referens Andreas Gail. lib. 1. observ. 151. n. 13. vel ultra hominum memoriam incultus fuerit, arg. cap. ad aures 7. ubi Panormitan. & ceteri Canonistæ de reb. Eccles. alienand. vel non cap. 2. ibi, conditionem Ecclesiæ meliorare potest, facere verò deteriore non debet, de donationibus. Matth. de Afflict. ad tit. 1. in princ. n. 42. lib. 1. Feud. Schrader. d. part. 4. cap. 2. n. 15. ad finem.

Sed magni momenti questio est: An rei Ecclesiasticæ in emphyteusin concessio, sine debitis solemnitatibus facta, jure subsistat, si ea cum Ecclesiæ utilitate conjuncta sit? Et nec tum eam jure subsistere arbitror, l. obligari 9. §. hereditatem adire 3. ff. de auctoritat. & consensu tutor. & c. curat. & §. neque tamen 1. §. de auctoritate tutor. quibus in locis dicitur, pupillum sine tutoris auctoritate hereditatem adire non posse: quamvis lucrosa sit, nec ullum habeat damnum. Huc quoque confert, d. can. sine exceptione §. 1. caus. 12. quest. 2. & d. cap. tua nuper 8. de his, quæ sunt à Prælati, & c. & c. 1. tit. 4. de reb. Eccles. non alienand. in Clementin. cum similibus: in quibus præter utilitatem Ecclesiæ, legitima solemnitas in alienatione rei Ecclesiasticæ aperte exigitur. Vide Camillum Borellum in summa Decis. tit. 33. de emphyteusi n. 127. huncque allegantem Nicolaum Eggebrecht, d. synopsis jur. emphyteus. conclus. 54.

Huic sententiæ non obstat, l. non eo minus 14. C. de procuratorib. ubi sententia pro minore lata valet, tamen si absque curatore judicium agitatum fuerit. Nam quando quaeritur, utrum actus ab Ecclesia vel minore sine solemnitatibus utiliter gestus valeat, nec ne: diligenter inquirendum & dispiciendum est; num actus sive contractus iste sit talis, ex quo Ecclesia vel minor non obligetur, sed alium sibi obliget: velut si stipuletur: aliquid sibi dari vel donari. Hujusmodi sanè contractus à minore, Ecclesiæ, solemnitatibus legitimis neglectis, celebratus sustinetur: si modò minori aut Ecclesiæ utilis existat. Nec enim hoc casu aliqua specialis solemnitas introducta reperitur, per princ. tit. super. de auctoritat. tutor. §. pupillus 9. supr. de inutilib. stipulationib. l. contra juris 28. ff. de pactis l. obligari 9. ff. de auctoritat. tutor. & c. ex quibus liquet, quòd pupillus alium sine tutoris auctoritate sibi obligare possit. Et de hac specie exaudiendus est textus in d. l. non eo minus 14. C. de procuratorib. ubi sententia pro minore, non legitime defenso, ideo subsistit: quòd per eam non minor alii, sed alius minori obligatur. Quà ratione acceptilatio quoque, cum pupillo sine tutoris auctoritate facta, valet: quòd pupillus faciens, sibi acceptum ferri, non obligatur; sed obligatione eximitur: adeoque ejus conditio melior rediit, l. 2. ibique Gozofred. ff. de acceptilat.

Similiter non adversatur l. cum hi, quib. 8. §. eam transactionem 6. ff. de transact. ubi actus sine solemnitate est validus: si expediat ei, cujus gratia solemnitas ista introducta est. Nam & ibi nihil agebatur, quo alimenta-

rius obligaretur: sed ipse alium meliore modo, quam ex legato obligatus esset, sibi obligavit. Nec movet, quod cum in specie d. §. eam transactionem, alimentarius transigendo à lite discesserit: videatur quoque ex ipsius parte aliquid remissum esse. Hæc siquidem à lite discessio in nihilo obligat alimentarium: quippe cum ea sit necessaria potius, quam voluntaria. Fit enim eam ob causam; quod heres, à quo relicta fuerant alimenta, non solum id ipsum, ad quod tenebatur: sed plus etiam (ut ex textu patet) alimentario præstet, eaque præstatione ab obligatione sese liberet, l. si reus paratus, 73. ff. de procuratorib. l. si debitori. 21. ff. de iudic. l. ult. §. ult. ff. de reb. credit. si cert. pet. Id ipsum docui etiam in addis. ad Jul. Clar. §. emphyteusis. quest. 9. n. 7.

171 Verum enim verò si constitutio emphyteusis ob defectum consensus Capituli, aut Papæ sive Sedis Apostolicæ (cujus licentiam in alienatione rei Ecclesiasticæ etiam desiderari, manifestum est ex d. cap. 2. in princip. de reb. Eccles. non alienand. in 6.) irrita dicatur: rati habitatione Pontificis vel Capituli valida efficitur. c. cum nos. 3. de iis, que sunt à Prælati, &c. c. cura pastoralis. 11. de jure patronatus. An autem Pontifex, vel Capitulum sua ratificatione emphyteuticam concessionem in tantum roborare queat, ut emphyteuta nolens volens habere emphyteusim cogatur, quæri solet? Et emphyteutam non esse cogendum, ut invitus emphyteusim possideat, verius censetur, arg. l. si absente. 48. & l. cum fructuarius. 64. ff. de usufructu. ubi responderetur, quod usufructuarius invito domino usufructum derelinquere possit. Quo facit, quod vasallus etiam sine domini voluntate rectè feudum refutare potest, per textum in cap. 1. de vasallo qui contra constitutionem Lotharii, &c. tit. 38. lib. 2. f. quia favori & lucris suis renunciare cuilibet permittitur, vulgata l. si quis in conscribendo. 29. Cod. de pact. latè Zafius in Epitom. feud. part. 10. num. 85. & seq. Cujac. ad vit. 14. lib. 2. f. Duaren. de feud. cap. 12. n. 18. & Wesenbec. de feud. cap. 9. & 10. num. 3. quos citat, probatque D. Bocerius class. 2. disp. 14. thes. 24. edit. 2.

176 Planè, interposita canonica, justaque solennitate ad veram alienationem necessariâ, res Ecclesiæ in emphyteusim eâ conditione dari possunt: ut non modò ad filios & nepotes emphyteuticari, sed ad extraneos etiam heredes, emphyteusis ista transeat. Certi namque juris est, solennitatibus legitimis observatis, res Ecclesiasticas omnino alienari posse. Clement. 1. & 2. de reb. Eccles. non alienand. Multò itaque magis isthac conditione in emphyteusim dari poterunt: cum earum proprietas hoc casu retineatur. Cui sententiæ suffragatur non parùm Novell. 110. c. 6. §. 1. ubi Justinianus in hæc verba scripsit: Licentiam igitur damus, prædictis venerabilibus domibus, non solum ad tempus emphyteusim facere immobilium rerum sibi competentium, sed & perpetuè hæc eis emphyteutico jure volentibus dari, &c. Cum ergo emphyteusis rerum Ecclesiasticarum in perpetuum alicui tribui possit: consequens est, eam non tantum ad filios nepotesque, sed & ad extraneos heredes emphyteuticarii per conventionem extendi posse. Eidem assertioni robur addit textus in c. ad aures 7. de reb. Eccles. alienand. vel non. ubi traditur, quod Ecclesia jure hereditario fundos suos in emphyteusim concedere alicui valeat. Dicuntur autem hereditario jure concedi, quæ ad quoscunque heredes, sicque etiam extraneos, transmittuntur,

177 Non obstat Novell. 7. c. 3. in princ. ubi Justinianus diserte sancivit; emphyteusim Ecclesiasticam in accipientis personam, & in duobus ejusdem personæ heredibus deinceps, filiis tantum solis masculis, aut foeminis, aut nepotibus utriusque naturæ, permitti, adeoque ad extraneos heredes non deferri. Nam aut id, quod in d. Novell. 7. cap. 3. dicitur, res Ecclesiasticas in emphyteusim datas, ad filios & nepotes, non etiam ad ultteriores descendentes, vel extraneos, transire debere; correctum est per d. Novell. 120. c. 6. §. 1. ubi res Ecclesiæ in perpetuum dari in emphyteusim possunt: aut certe d. Novell. 7. cap. 3. eo de casu, ut accipienda, quando res Ecclesiæ dantur in emphyteusim, juxta peculiarem consuetudinem abique canonica & debita solennitate; quo casu non

transit in heredes extraneos, nec ultra tertiam generationem: quemadmodum sentire videtur Covarruv. lib. 2. variar. resol. cap. 17. num. 5. allegans ad hoc glossam, Bartolum, & Alexand. in l. etiam filios 18. ff. soluto matrim. Anton. de Butr. in sol. Panormitan. Felin. & Decium, in cap. presentia 8. de probationib. & Ludovic. Gozadinum consil. 39. num. 6. & 12. Eandem decisionem probant D. Halbritter. in tractat. de jure emphyt. c. 3. & D. Bocer. d. class. 2. disp. 14. thes. 34. Vide Treutlerum disp. 29. vol. 1. th. 10. lit. A. & ibi Bachovium in suis not. pag. 1128. & seq. item Hunnium quest. 36. p. 1789.

Cum ex his, quæ modò expolita sunt, constet: res Ecclesiæ dari in emphyteusim eâ conditione posse, ut ad extraneos etiam heredes transeat: paucis nunc declarandum erit; quibusnam verbis id actum esse censeatur. Dubium autem non est ullum, quin emphyteusis Ecclesiastica ad extraneos heredes descendat, si data sit Titio, & quibuscunque ejus heredibus. Particula enim, quibuscunque generalis est; & ambitu suo omnes omnino comprehenditur, cap. solite 6. in fin. ibi, nihil excipiens, qui dixit, quodcumque de majoritate & obedient. cap. super quest. 27. nos autem statuimus, ibi, vel iudex quicunque, de offic. & potest. judic. deleg. cap. 1. ibi, personis quibuscunque, ubi gloss. tit. 1. de iudiciis lib. 2. Clementinar. Anton. Gabrielius Roman. lib. 6. commun. conclus. tit. de verborum significat. conclus. 4. Roland. à Valle, cons. 96. num. 28. vol. 1. Jul. Clar. lib. 4. sentent. §. emphyteusis quest. 28. num. 5. & 9. Borcholt. in Commentar. de feud. cap. 3. num. 17.

Nunquid vero rei Ecclesiasticæ emphyteusis (Nam de emphyteusi civili minimè dubitatur aut controvertitur) Titio, ejusque heredibus, simpliciter concessa, non tantum ad filios vel descendentes, sed & extraneos Titii heredes devolvatur, multum controversa questio est? Et licet negativam sequantur plerique omnes, quorum latam densamque sylvam allegat Julius Clarus in d. §. emphyteusis quest. 28. num. 6. & Joannes Aloysius Riccius in praxi rer. criminal. decis. 132. num. 1. pag. 126. affirmativam tamen ego cum eodem Claro d. num. 6. ad finem, & Covarruv. d. lib. 2. var. resolut. cap. 17. num. 5. vers. 4. conclusio, &c. in puncto juris veriorum esse pronuncio. Tum quia heredis nomen generale est, etiam extraneos heredes continens, per princip. & §. in extraneis 4. supr. de heredu. qualis. & different. Tum quia generaliter is, qui pascitur, quibuscunque suis heredibus: atque ad eò etiam extraneis, pasci intelligitur, tametsi eorum nullam mentionem faciat, l. juris gentium. 7. §. pactum. 8. & l. tale pactum 40. in princ. ff. de pact. l. si pactum. 9. ff. de probationib. l. siue re. 8. §. si debitori. 16. §. quib. mod. pig. vel hypoth. solvit. l. veteris. 14. C. de contrab. & committend. stipulat. Tum quia si servatis debitis solennitatibus res Ecclesiastica, quoad utile, & directum (quod ajunt) dominium, alienari potest, sicque alienata ad extraneos heredes transit, c. sine exceptione 12. quest. 2. arg. c. 1. 2. & 3. de his, que sunt à prælatis. cur non etiam emphyteusis Ecclesiastica Titio, ejusque heredibus concessa, ad extraneos heredes derivaretur, si Titius nullos descendentes reliquerit? Hanc sententiam novissimè suo calculo comprobavit Christophorus Philipp. Richter in d. tractat. de contractib. disp. 10. th. 4. sub lit. A. pag. 318.

Nec adversatur, quod vulgò objicitur, emphyteusis Ecclesiasticæ hanc esse genuinam naturam, ut ad tertiam solummodo generationem, non autem extraneos heredes porrigatur, d. Novell. 7. c. 3. in princip. Nam contrarium verius esse opinor: quod videlicet emphyteusis Ecclesiastica, inspecta sua naturâ ad quoscunque heredes transeat. Quilibet enim emphyteusis regulariter sui naturâ intelligitur esse perpetua, atque ita ad quovis heredes transitoria, l. 1. in princ. ubi Bald. & Angel. ff. si ager vestigialis, id est, emphyt. pet. Jason. in l. 2. num. 160. C. de jure emphyteut. Socin. sen. consil. 50. num. 15. lib. 4. Ruin. consil. 3. num. 18. & consil. 160. num. 10. lib. 1. & consil. 151. num. 14. lib. 4. Balb. in tract. de præscriptionib. in 1. part. 3. partis principal. quest. 10. num. 35. Alciat.

Alciat. in tractat. de presumptionib. regul. 2. presumpt. ult. hosque referens & sequens Menochius de presumptionib. lib. 3. presumpt. 109. n. 7. & seqq. A quâ regulâ cum emphyteusis Ecclesiastica excepta non inveniatur; meritò illi standum & adhærendum est, juxta gl. in l. omnis definitio 202. ff. de reg. jur. ibique Cagnol. n. 57.

186 Nec resistit d. Novell. 7. c. 3. emphyteusis, &c. Etenim quòd ibi emphyteusis Ecclesiastica ad heredes extraneos non defertur; non fit secundum, sed potius contra naturam emphyteuseos Ecclesiasticæ. Est siquidem hoc introductum ex prohibitione singulari, in favorem Ecclesiæ Constantinopolitanæ majoris (ut Gothofred. ibidem. annotavit.) & reliquarum venerabilium domuum ad eam pertinentium, contra hujus contractus naturam & conditionem. Quod vel ex eo manifestum efficitur. Si enim hæc contractus emphyteutici per Prælatum & Capitulum celebrati fuisset natura, ut ad extraneos heredes devolvi non posset: prohibitione dictæ Nov. 7. c. 3. desuper factâ haud opus fuisset: quoniam naturalia cujusvis rei, etiam de iis dispositio vel mentio nulla fiat, per se tamen inesse creduntur, arg. l. pacta conventa 72. ff. de contrah. empt. Adde, quòd prohibitio dictæ c. 3. jure novissimo sublata est, & constitutum: quòd emphyteusis Ecclesiastica in perpetuum, atque adeò omnibus, etiam extraneis heredibus concedi possit, prædictâ Novell. 120. c. 6. §. 1. licentiam igitur, &c. & jam supra monitum num. 176.

189 Hisce ita cognitis & explicatis, adjudicare cuivis facile erit: an veritati consentaneum sit, quòd communiter statuitur, emphyteusin Ecclesiasticam simpliciter absque mentione heredum datam, præsumi usque ad tertiam generationem solum concessam. Bald. in d. l. 2. col. 2. C. de jure emphyteut. ibidemque Jason n. 160. vers. istam conclusionem, &c. Alexand. in l. qui in aliena 6. in princ. nu. 7. ff. de acquir. vel omitt. heredit. Cravett. in tractat. de antiquo tempor. in quarta parte princip. in initio n. 70. Trentacinius variar. resolut. lib. 3. resolut. 3. de jur. emphyteut. n. 6. alique adducti à Menochio d. lib. 3. de presumptionibus, presumpt. 209. num. 15. Isthæc namque communis opinio ex falso illo fuit principio: quòd emphyteusis Ecclesiastica sui naturâ non sit perpetua; nec ad extraneos heredes, sed tertiam duntaxat accipientis generationem, transitoria. Verum hoc pronunciatum cum satis jam refutatum sit: intelligere promptum est, opinionem istam communem, utpote ruinoso fundamento subnixam, subsistere neutiquam posse: præsertim cum emphyteusin Ecclesiæ à Prælato recipiens, nullâ etiam heredum mentione factâ, præsumatur non suo tantum, sed omnium heredum, sique extraneorum quoque nomine illam recepisse, d. l. si pactum 9. ff. de probationib. propterea quòd heres una quodammodo, eademque persona cum defuncto, qui contraxit, reputetur, per Novell. 48. in fin. princio.

191 Sane si res Ecclesiastica, in emphyteusin dari solita, ad Ecclesiam fuerit reversa, quin Prælatum absque legitimis solennitatibus eam alioni in emphyteusin concedere possit, si ejus conditionem non reddat deteriorem, nequaquam ambigitur c. 2. extr. de feud. in fine princip. & tit. 26. §. in clericorum lib. 1. F. & tit. 35. in fin. lib. 2. F. c. 2. ibi, conditionem Ecclesiæ meliorare potest, &c. extr. de donationib. & tit. 91. de invest. veter. & nov. benefic. §. à Prælatibus ibi, dum tamen dissipator videri non possit, in extraord. co. lib. 2. F. Schrader. in tractat. feud. part. 4. cap. 2. n. 20. Huic consequens est, quòd si emphyteusis prius data sit singulari personæ: civitati aut collegio, vel potentiori, dari nequeat, per t. 34. de lege Corradi. §. similiter. 2. ibi, si secundum personam sit talis. &c. lib. 2. F. Cum enim civitas aut collegium nunquam mori intelligatur: spes nulla est fore, ut emphyteusis aliquando ad Ecclesiam redeat, l. an usufructus 56. ff. de usufruct. l. si usufructus 8. ff. de usu, & usufruct. legat. & difficilior est licem intendere potentiori, quam inferioris sortis homini plebeio, l. 1. in fin. cum l. seq. ff. de alienat. jud. mut. caus. fact. & tot. tit. Cod. ne licet potentiorib. parochi, litigantibus præstare, &c. Præterea si emphyteusis solita sit dari usque ad certam generationem: non potest Prælatum hanc con-

cessionis formam immutando, in perpetuum emphyteusin illam concedere, d. tit. 34. de lege Corradi. §. similiter. in princ. versic. profecto ille, ibi, non debet alia lege dari, &c. lib. 2. F. Curt. Jun. in tract. de feud. part. 2. quest. 6. D. Collega Bocer. class. 2. disput. 14. thes. 25. lit. d. edit. 2.

Cæterum de eo valde controversantur Interpretes: 196 annè Prælatum emphyteuticam, ad Ecclesiam reversam, etiam consanguineis suis denuò in emphyteusin tradere valeat? Et quicquid dicant alii, quos refert & sequitur Nicolaus Everhard. in Topic. legal. in loco, à feudo ad emphyteus. num. 20. itemque D. Bocerus d. disp. 14. th. 27. negantem ego sententiam veriorē esse judico, motus expresso textu in Novell. 120. cap. 5. §. æconomis 1. & hinc sumpta Auth. quibuscumque C. de SS. Eccles. Verba d. Novellæ ita habent: æconomis verò & orphanotrophis, & reliquis venerabilium domorum ordinatoribus, nec non omnibus chartulariis, & parentibus eorum, & filiis, & aliis, qui per genus eis, vel nuptiarum jure conjuncti sunt, interdiciamus emphyteusin & locationes siue hypothecas rerum, ipsis venerabilibus domibus competentium, aut per semet ipsos, aut per interpositam personam accipere, &c. Quibus verbis aperte sancit Justinianus: non tantum æconomos, sed & reliquos venerabilium domorum ordinatores, hoc est, administratores, eorumque cognatos aut affines, in emphyteusin capere non posse res Ecclesiasticas. Unde errare videtur Abbas Panormi- 197 tan. consil. 41. nu. 13. lib. 1. qui hanc Justiniani sanctionem de æconomis solummodo, qui non habent ita pingue jus, sicut Prælati, exaudiendam oppinatur, negans Prælatos, (quos tamen non dubium est ordinatores seu administratores Ecclesiarum esse, de quibus constitutio disertè loquitur) sub eadem constitutione comprehendi. Huic enim Abbatis interpretationi tam verba, quam mens relatæ constitutionis repugnant. Eadem siquidem est ratio in Prælato, quæ est in æconomis: quòd videlicet alienatio & ab æconomis, & à Prælato in favorem consanguineorum interposita, ad fraudandam Ecclesiam facta præsumatur, can. decenter. 6. distinct. 89. Bartol. Bald. & Alberic. in d. Auth. quibuscumque C. de SS. Eccles. Alciat. in tract. de presumpt. regul. 1. presumpt. 29. & Menoch. de presumptionib. lib. 3. presumpt. 54. num. 4. & aliquot seqq.

Hanc sententiam non turbat c. relatum est auribus 12. 198 §. licet autem extr. de testamentis. ubi quæ Clericus siue Prælatum relinquere valet extraneis, etiam consanguineis suis concedere non prohibetur. Nam agitur eo in loco de bonis mobilibus, jure domini ad Prælatum vel Clericum spectantibus, quamvis per Ecclesiam siue intuitu Ecclesiæ acquisitis, per text. ibi, mobilia per Ecclesiam acquisita, &c. De his sane Prælato, ut cuivis Clerico, per ultimam voluntatem tam in sanguine junctos, quam extraneos, bene de se meritos, liberalitatem exercere suam permittitur. At in proposita questione Prælatum non 199 sua, sed Ecclesiæ bona, alicui ex cognatis suis emphyteusin concedendo, alienat: cum is rerum Ecclesiasticarum non dominus, sed duntaxat usurarius siue usufructuarius esse censeatur; ut, post alios, responderunt Socius Sen. consil. 32. col. 2. lib. 1. & Bellon. consil. 3. hosque citans Menochius dist. lib. 3. presumpt. 54. num. 9. Quin & illud probabiliter dici poterit: facultatem disponendi de bonis mobilibus, Clerico per Ecclesiam acquisitis, non ex jure communi, sed ex consuetudine quadam speciali descendere: ad quam consuetudinem respexisse Pontificem, liquet ex ipsis verbis dicti c. relatum 12. ibi, consuetudinis tamen non est improbande de testament. Con- 200 suetudinem autem stricti juris, nec de casu ad casum extendendam esse, notum est, c. 1. de feudi cognit. §. strenuus ibi, qui consuetudine feudi non sit comprehensus tit. 1. lib. 2. F.

Nec etiam obstat c. dilecto filio 25. in princ. extr. de 201 præbendis. ubi Prælatum præbendam nepoti suo concessisse dicitur. Præbendam enim collatio non est prohibita, sed jure permissa, tit. 44. de concessione præbende, &c. cum eam ipsam ob causam illam sint inven- 202 ta, ut Clerici pro sustentatione liberaliter conferantur.

c. relatum. 9. de prabendis, & c. relatum. 3. de concess. prabendis. Atqui in nostro themate tractatur de bonorum Ecclesiasticorum alienatione, quam regulariter prohibitam esse constat. *c. nulli liceat. 5. & tot. tit. de rebus eccles. alienand. vel non, & similib.* Deinde Prælati alicui conferendo præbendam, nihil ex bonis Ecclesiasticis alienat: quoniam præbenda, post mortem vel resignationem illius, qui eam fruitur, vacare dicitur: proindeque præbenda vacans, quæ confertur, in dominio Ecclesiæ esse non intelligitur. *c. 2. 3. 11. & passim, de concessione præbendæ.* Hic autem de bonis ipsius Ecclesiæ, in emphyteusim concedendis, sicque de eorundem alienatione disceptatur.

203 Nihil quoque movet, quod secundum naturam sit, ut unusquisque proprium sanguinem extraneæ personæ præferat, *l. cum acutissimi. 30. circa finem. C. de fideicommiss. & quod prima liberalitas circa proximos operari debeat. can. non satis. 14. §. 1. distinct. 86.* Ithac namque & similia axiomata loquuntur & exaudienda sunt de eo, qui de bonis suis propriis disponit: non verò de eo, qui bona Ecclesiastica alienare, sive in emphyteusi dare præsumit, ut in proposita questione. Hæc igitur eam diversa censeantur: ex iis nihil inferitur, *l. Papinianus. 20. ff. de minorib. l. ult. ff. de calumniatorib.*

204 Non item adversatur textus in *c. 1. de investitura veteris & novi benefic. vers. ult. tit. 91. lib. 2. F.* ubi habetur: quod si Prælati conjunctæ personæ gratia, vel etiam alicui alteri tale dedit feudum, quod duos consimiles vasallos acquirere posset, inutile esse beneficium. Igitur consequens esse videtur: si Prælati feudum concesserit, & ex illa concessione talis gratia vel fraus evidenter non appareret, beneficium illud valere. Hoc, *inquam*, non adversatur, Argumentum enim ex illo *c. pretium*, à contrario sensu profertur: quod genus argumentandi non admittitur, quoties in sensu contrario eadem ratio intervenit, quæ in sensu directo. Identitas quippe rationis fortior est argumento à contrario sensu, ut tradidit B. *l. in l. qui testamento. 20. §. mulier. 6. ff. de testament. Alexand. in l. 1. in quarto notab. ff. de officio ejus, cui, &c. Jason in l. si extraneus. 6. in tertio notab. per illum text. ff. de condit. causa data, &c. Decius consil. 232. col. fin. circa med. Cornutus consil. 173. lib. 1. consil. 22. col. quarta. consil. 80. lib. 2. & consil. 150. col. final. lib. 4. quos omnes citat & approbat Gravetta consil. 460. num. 10.* Sed ratio, ob quam in *d. c. feudali* disponitur, non valere investituram, conjunctæ personæ factam de feudo, quo potuerunt duo vasalli acquiri, hæc est: quod talis investitura intelligitur in fraudem Ecclesiæ facta esse. Quæ quidem ratio militat, etiam si Prælati non tale, sed aliud quodvis feudum concesserit.

205 Nam alienatio bonorum Ecclesiæ, à Prælati in consanguineum facta, præsumitur in dubio ad fraudandam Ecclesiam interposita esse. *d. can. decenter. 6. distinct. 89. Bartol. & alii in d. Auth. quibuscunque C. de SS. Eccles. Barbat. consil. 17. col. 2. lib. 4. Johan. Jacob. de Leonardis inter consilia Bruni. consil. 114. num. 117. Jason consil. 183. col. ult. vers. non obstat. lib. 2. & alii superius adducti. n. 197.* Nisi luculenter constet, eam fuisse factam in Ecclesiæ utilitatem, & observatas fuisse solennitates à lege requisitas. Hoc namque casu omnem præsumptionem & suspicionem fraudis cessare, atque adeò alienationem ipsam æquè valere, ac si cuius extraneo facta fuisset, multorum auctoritatibus evincitur Menochius *d. lib. 3. præsumpt. 54. num. 1. & consil. 79. num. 19. & 20. lib. 1.* Quod si verò hæc resolutio alicui minus arrideat: is hanc responsionem fortassis non incommodat, ferat: dispositionem dicti *c. feudalis*, tanquam specialem, ad feuda solum pertinere: nec ad bona Ecclesiæ, de quibus contrarium cautum esse in jure communi reperitur, porrigendam esse, *arg. d. c. 1. de feudi cognit. tit. 1. lib. 2. Feud. D. D. Halbritter. Collega & compater meus peramandus in tr. de jure emphyt. cap. 3. post medium.* Eandem sententiam novissimè defendit Nicolaus Eggebrecht. in disput. inaugurali. conclus. 59. Præside memorato D. Halbrittero. Eandem quoque attingi in addit. ad Jul. Otter. §. emphyteusis. quest. 6. n. 18. & seqq.

206 Difficilis utique & perplicxa hæc questio est: Num Prælati, sive dominus eam privatus emphyteusim ad

certam generationem datam, eam finita, proximis emphyteutæ cognatis deferre & renovare teneatur: an potius, cuicunque velit, eam concedere possit? Et quidem non desunt, qui autumant, dominum in proposita specie teneri, proximiores emphyteutæ consanguineos extraneis præferre, illisque emphyteusim restituere. *Barthol. in d. 1. §. permittitur. 41. ff. de aq. quotid. & alii. Jason in l. 2. num. 22. C. de jure emphyt. Decius consil. 131. Ripa in l. 1. ff. de privileg. creditor. Mynsinger. cent. 5. obs. 56. & cent. 6. obs. 79. Fichard. in addit. ad Villalob. lit. V. nu. 8. vers. vasallo mortuo. Horat. Mandos. in addit. ad Roman. consil. 22. & alii, quos commemorat Antonius Gabrielius commun. conclus. lib. 7. tit. de jure emphyteutico, conclus. 1.* Sed ego contrariam in sententiam, utpote longè probabiliorem, sum proclivior. Moveor primò Novell. 7. c. 3. §. neque illud. 3. ubi dicitur, pactum non valere, quo cavetur, ut Ecclesia teneatur, finitâ generatione, proximioribus ultimi emphyteutæ consanguineis renovare emphyteusim. Si enim Ecclesia id facere teneretur: nulla esset ratio, cur pactum non valeret, *arg. l. non impossibile. 50. ff. de pactis.* Deinde conducit hæc, quod jure nemo compelli possit, ut certo alicui, & non alteri locet, vel vendat. *l. invito. 11. C. de locato. l. invitum. 11. & l. dudum. 14. C. de contrah. empt.* Præterea res in emphyteusim concessa usque ad certam generationem, extinctâ eâ generatione, ad dominum revertitur. Ergo domino integrum est eam pro se retinere; vel, cui maluerit, concedere: cum suæ quisque rei moderator sit & arbiter. *l. in re mandata. 21. C. mandati. & nemini injuriam faciat, qui jure suo utitur. l. injuriarum. 13. §. 1. ff. de injur. l. nullus. 55. ff. de reg. jur.*

Nihil huic conclusioni obstat *l. 1. in fine. C. de Metallariis, & metallis, &c.* ubi conductor, qui jus effodiendi metallum à fisco conductum habet, tenetur fisco præ aliis omnibus metallum collectum vendere, si id distrahare velit. Quandoquidem illic speciali ratione est constitutum; quod illi, qui beneficio Principis, jure effodiendi metallum fruuntur, fisco potius, quam aliis, metallum, quod congegesserunt, vendere cogantur. Ratio specialitatis hæc dari poterit: quod Republicæ multis de causis interit: metalla, præsertim auri & argenti, penes fiscum constituta esse.

Nec magis resistit *l. si in emptionem. 35. ff. de minorib.* ubi Hermogenianus in hæc verba respondit: Si in emptionem penes se collocatam minor adjunctione ab alio superetur: implorans in integrum restitutionem audietur, si ejus interesse, emptam ab eo rem fuisse, approbetur: veluti quod majorem ejus fuisset, &c. Quoniam loquitur de minore in integrum restituendo, ut rem, quæ erat suorum majorum, recuperet. Quod tanquam dissimile, huc non pertinet, *arg. l. inter stipulantem. 83. §. sacram. ibi, sed hæc dissimilia sunt. ff. de verb. obligat.*

Neque ad rem facit *l. congruit. 4. C. de locat. prædiorum civilium vel fiscal. &c.* ubi veteres conductores præferuntur novis conductoribus, si modò augmentum precii, ab altero novo conductore oblatum, ipsi præstare parati sint. Quia ibi primi conductores, non verò consanguinei eorum, extraneis sive novis conductoribus præferuntur: & sic beneficium illud speciali favore personæ veteris alienj conductoris indultum, ad ejus consanguineos porrigi non debet, *l. in omnibus causis id observatur. 68. ff. de reg. jur.* Dein iste textus, non de omnibus, sed publicarum seu fiscalium duntaxat rerum conductoribus loquitur: à quibus ad aliarum rerum conductores argumentari non licet: quoniam illis hoc jus, ut præferantur extraneis conductoribus, singulari concessum est ratione, quæ in privatis conductoribus locum non habet. Ratio autem hujus concessionis hæc est: quia conductores rerum fiscalium, deficientibus aliis conductoribus post finitam conductionem, de novo conducere compelluntur si lucrum aliquod ex priori conductione fecerint. *l. censem. 11. §. ult. ff. de publicanis, & versalib.* Quare æquissimum visum est, pro hoc, quod sustinere coguntur, onere & incommodo, ipsis alio modo succurti, quod nimium finita conductione aliis conducere volentibus præponatur. *arg. l. secundum naturam. 10. ff. de reg. jur.* Nihil

- 215 Nihil quoque negotii facessit *d. l. i. §. permittitur. 41.* cum seqq. ff. de aqua quotid. & est. ubi respondetur, quod quando aqueductus concessus est personis, non transeat ad heredem vel emptorem: si tamen eis petentibus non concedatur, iniuria sit. Nam agit Jctus ibi de servitute aquæ ducendæ, & ostendit, quod is illam indubitate impetrare queat, ad quem fundus pervenit, si ejus domino priori servitus debeatur. Longè verò alia est ratio rei in emphyteusim datæ, quæ majoris est momenti: nec proximior agnatus docere potest, eam sibi debere idè, quod aliarum rerum dominium ad se transferit.
- 216 Rursus non refragatur *l. i. ff. de privileg. creditor. (in Gothofredi corpore est l. cum bona. 16. ff. de reb. auct. judic. possidend.)* & *l. Imperator. 60. ff. de pactis.* ubi in emptione bonorum debitoris cognati anteferuntur extraneis emptoribus. Unde dicendum videtur, quod & in emphyteusi cognati extraneis sint præponendi: si quidem emphyteusis magnam similitudinem cum emptione & venditione habeat, per hunc §. nostrum. Non, inquam, leges istæ refragantur. Loquuntur enim in speciali casu: quando scilicet bona debitoris obærat, auctore iudice, possidentur & venduntur. Tunc sanè cognati & creditores in venditione bonorum extraneis præferuntur: modò eandem conditionem, quam extranei: præstent: quod cum præsentì quæstione nihil commune habet.
- 217 Denique nihil prorsus movet *l. jubentur. 3. §. & filios advocatorum* & *C. de advocatis diversor. judicum.* ubi dicitur, quod si officium Advocatorum, per eorum mortem fuerit finitum, ipsorum liberi & propinqui ad idem officium accedere cupientes, extraneis sint anteposendi. Et enim loquitur de officiis publicis, in quibus distribuendis utique præ cæteris habenda est ratio filiorum, quorum parentes in eodem genere officii de Republ. optime sunt meriti: quia filii sperantur similes futuri suis parentibus, si deprehendantur ad illud officium idonei. Sed in propòsita quæstione disputatur de jure privato, quod cuiusvis domini arbitrio ac potestati subiectum est, *d. l. in re mandata. 21. C. mandati.* Reliqua, quæ decisioni nostræ opponi solent, leviora sunt: & ex hæcenus adductis facile dilui possunt. Eam autem comprobant & defendunt, post alios, quos allegant, *Franciscus Sarmient. lib. 3. selectar. interpretat. cap. 7. num. 2. Fachineus lib. 1. controvers. jur. cap. 100. Gail. lib. 2. observat. 148. n. 2. Zaf. consil. 101. n. 8. Bronchorst. cent. 1. Miscellaneæ. assert. 41. Hackelman. disp. 11. thes. 16. lit. b. & Hannius in resolut. ad Treust. vol. 1. disp. 29. quest. ult. pag. 1803. & seq.*
- 218 Præcedenti non dissimilis, nec minùs ardua, usuque forensi tritissima illa est quæstio: Utrum rei Ecclesiæ cæ, in emphyteusim concedi solitæ concessio, non planè consueto modo interposita, in totum censeatur inutilis, an verò valeat, quatenus secundum morem consuetum fieri ponit? Et (non obstante contrariâ Bartoli in Auth. qui rem. n. 7. C. de SS. Eccles. & sequacium opinione, quam veriorē existimas Didacus Covarruv. lib. 2. var. resolut. cap. 16. n. 5. vers. tandem ut liberè, &c.) frequentioribus Doctorum calculis recepta, adeoque in praxi tenenda conclusio est: quod emphyteusis à Prælato ultra legitimam solitamque metam concessa, ob largiorem hanc concessionem non omnino corrumpitur: sed potius, quatenus facta est intra solitam formam, subsistat. Bald. in Auth. si quas ruinas. n. 2. C. de SS. Eccles. Paulus Castrensis, & Philipp. Dec. in d. Auth. qui rem. C. eod. Alexand. consil. 38. vers. non obstat. & vers. seq. vol. 2. Franc. Curt. jun. in tract. feud. part. 1. quest. 6. n. 11. Tiraguell. de tractatu convent. ad finem tituli, §. 36. gl. 2. n. 146. Clarus in §. emphyteusis. quest. 6. n. 2. Gail. d. lib. 2. obs. 4. n. 14. Molinæ in consuetud. Paris. tit. 1. §. 41. n. 43. & seq. Bocer. class. 1. disp. 15. thes. 28. & alii ab illis relati. Hæcque conclusio probatur ex regula illa generali: quod in omnibus dispositionibus utile non vitiat per inutile, quoties aliqua separationis vel divisionis ratio iniri potest. & utile. 38. ibique gloss. de reg. jur. in l. 1. §. sed si mihi. §. ff. de verb. obligat. l. sed est. 12. ff. de consue. precui. l. se. cunctis. 9. l. placuit. 29. ff. de usur. l. 1. §. sed Pomponius. & seqq. ff. quod iuss. ins. auctor. gest. esse dic. l. sed si sibi.
11. ff. de stipulat. servor. l. proprium. §. ff. communia prædior. & c. l. fundimus. 34. in princ. & l. seq. §. fin autem. C. de donat. l. donationes, quas parentes. 25. C. de donationib. int. vir. & uxor. cum similib. Eadem sententia luculentius confirmatur ex Novell. 7. c. 3. §. 3. ex quo apparet: si res Ecclesiæ, quæ ultra secundam generationem concedi non potest, ad tertiam vel ulteriorem data sit, concessionem valere usque ad generationem secundam, tanquam solitam, sicque jure factam. Tot enim censentur esse concessionem, quot sunt generationes: ut sic una non vitietur per aliam. Sed & huic conclusioni patrocinatur tit. 34. de lege Corradi. §. similiter. 2. vers. profecto. lib. 2. Feud. ubi dicitur: si vassallus feudum, quod possidet, aliâ lege, quam ipse habet, alii concesserit; puta si pro masculis tantum concessum, ipse pro masculis & foeminis dederit: quibusdam placuisse, eum amittere beneficium: alios verò dixisse, id tunc domino aperiri, càm masculi defecerint. Et horum opinio, cœ ultimo loco relata, approbata esse intelligitur, per notata gloss. in l. qui filium 74. in fine super verb. & alia ff. ad Senatusconsult. Trebellian. Constat ergo, infeudationem istam non penitus esse inutilem, sed eo valere modo, quo potest. Quare & emphyteusis à Prælato ultra legitimam metam concessa, non tota vitriabitur; sed intra terminos consuetos, jureque permixtos, consistet.
- Neque obstat cap. un. in extravagantib. communibus. tit. de reb. Ecclesiæ non alienand. incipiens, Ambrosiose, &c. §. si quis autem. &c. ubi in emphyteusim concessio aliter, quam ab antiquo fieri solita est, facta, nullius omnino roboris vel momenti esse dicitur. Nam textus illius c. hunc habet sensum: ut quatenus concessio aliter, quam ab antiquo fieri solita sit, facta fuerit, nullius omnino roboris & momenti sit: & consequenter quatenus secundum morem antiquum sit facta, eatenus valeat.
- Sic non multum stringit Novell. 7. cap. 3. in fine principii. ibi, neque quod sit, habere aliquod penitus robur. finimus. &c. 7. ubi statuitur; contra legis observationem, accipientem emphyteusim statim cadere ab emphyteusi, adeoque etiam ab eo jure, quod licitè ei concedi potuit. Respondetur enim, ista dicti cap. 3. verba non referri ad totam concessionem, sed solummodo ad excessum insolitum ac prohibitum: ut ejus sententia hæc sit: rem Ecclesiæ non posse dari in emphyteusim, nisi usque ad metam ibi taxatam; & quod aliter sit, id est, ultra metam taxatam, id nihil penitus habere roboris: sed propterea non tolli, quod minùs id, quod intra metam licitam contractum est, vires habeat: cùm illud non aliter sit factum. Eadem etiam ratione verba in d. c. 7. non eum recipiunt intellectum, quem Covarruvias loco supra adducto tradit. Manifestum namque est, in eo textu hoc dici, contrahentes cadere ab eo contractu, qui nullus sit. At enim: Si verò & perpetuam quispiam emphyteusim accipere præsumpserit, quod non licet: etiam sic cadat ab emphyteusi. An non ex his verbis clare pateat; dictionem, cadat, etiam referri ad emphyteusim plane illicitam? Et ideo corrumpere Didaci Covarruv. argumentationem, non dubium est. Quin & hoc dici poterit. Imp. Justinianum istis verbis (aut temporalem quidem, non tamen secundum hujus nostræ legis observantiam) loqui de observatione formæ, quæ divisionem non accipiat.
- Et sic quoque non urget textus in Clement. 1. vers. si quis autem. ibi, nec ex concessione ipsius, recipienti jus aliquod acquiritur. de reb. Eccles. non alienand. Siquidem ad illum eodem modo rectè respondetur, ut nunc breviter ad d. Novell. 7. c. 3. est responsum. Nec movet, quod obijciatur, in d. Clement. 1. negativam dictionem cum voculâ aliquod conjunctam, in minima etiam parte effectum habere; ut ex istorum significatione verborum concessio facta, in totum dicendâ inutilis existimetur. Nam hæc non ita perpetuo dici posse; evincitur hand obscure ex textu d. Novell. 7. cap. 3. ubi similiter negatio verborum aliquod juncta invenitur: non tamen negationem illam, ad minimam quoque partem posse ac debere rateri, consueverunt Molinæ d. tit. 1. §. 41. n. 46. Decius in d. Auth. qui rem. C. de SS. Eccles. Alear. in d. l. 1. §. sed si mihi. ff. de verb. oblig. & alii.

- 226 Præterea conclusioni nostræ minimè resistit *l. non fort. 26. §. si centum 4. ff. de condict. indeb.* ubi si res majoris precii in solutum per errorem data fuerit, datio isthæc in totum vitatur: non autem valet in eo, quod est debitum. Hujus enim juris ratio in illa lege manifestè hæc exprimitur: quod qui fundum ducentorum per errorem solvit, cum centum deberet, invitatus non compellitur ad communionem; ut fundum pro parte dimidia cum eo, cui solvit, habere communem cogatur. Cæterum si res alia, cujus communio non induceretur, soluta fuisset: eo sanè casu totius soluti conditio non fuisset concessa, per ea, quæ ibidem tradit Bartol. & Curtius junior de feud. d. part. 1. q. 6. num. 14.
- 227 Enimverò sententia hæcenus defensiva restringitur, ut locum sibi non vendicat, si probabiliter appareat, concessionem aliter, quam facta sit, unum aut alterum contrahentium subsistere sive valere noluisse: idque ex causis, quarum illi mentionem faciunt. Tunc etenim separatio utilis ab inutili fieri non potest: sed perpetuo utile per inutile vitatur & impeditur: quoniam scilicet utile per se stare contrahentes noluisse, verisimiliter constat, *l. Pedius 7. in fine. ff. de receptis, qui arbitrium, &c.*
- 228 Tribus porro modis emphyteusis constitui potest: ultimâ voluntate, præscriptione, & pactionibus. Ultimâ voluntate rectè constituitur, duobus principaliter concurrentibus, Primum est, si quis per testamentum, vel codicillum, vel per mortis causâ donationem, cuiuspiam rem immobilem, sub annua pensione, heredi præstandâ, utendum fruendum concedat, arg. *l. 3. in princ. §. l. ususfructus 6. in princ. cum l. seq. ff. de ususfruct. l. ult. C. de codicill. l. 1. §. sed & 7. ff. de superfic. l. ult. C. de donat. caus. mort.* Alterum, si legatarius dixerit, sibi legatum & pensionem constitutam placere; quia nemo invitatus potest obligari, *l. qui in aliena 6. in princip. ff. de acquir. vel amitt. heredit. latius Donellus lib. 9. Commentar. de jure civ. cap. 13. pag. 444. n. 50. D. Obrechtus disput. 36. th. 58. cum seqq. & D. Bocer. class. 2. disput. 14. thes. 45. & seq. edit. 2.* Cæterum partem uni ex filiis emphyteusis suam testamento relinquere posse, communiter placuit; arg. hujus §. nostri ibi, cuius conductor heredes ejus id prædium vendiderit, aut donaverit, aut dotis nomine dederit, aliudve quocunque modo alienaverit, &c. Jason ad l. 2. n. 207. & seqq. C. de jure emphyteut. qui hanc rem planè excutit, & tandem nu. 211. distinguendo Doctorum discrepantes opiniones conciliat & exponit. Circa istum modum queri poterit: quânam actione emphyteusis, testamento relicta, petenda sit ab herede constituentis? Et breviter dicendum: eam petendam esse vel actione in personam, nempe ex testamento, vel in rem, §. 2. vers. nostra autem constitutio supr. de legat. l. 2. ff. de Public. in rem act. Dn. Collega Bocer. d. disput. 14. thes. 45. lib. b. Eggebrecht. d. synopsi juris emphyteut. conclus. 33.
- 232 Præscriptione acquiritur emphyteusis, si quis fundum quandam a non domino in emphyteusis acceperit: vel licet non acceperit, tamen illum ut emphyteuticum (præstando scilicet quotannis ipsi domino fundi canonem) per tringinta vel 40. annos possiderit, arg. *l. 3. 4. & 6. ubi Bartol. C. de præscript. 30. vel. 40. annor. & arg. tit. 26. §. si quis per tringinta libr. 2. F. ubi feudum, cui emphyteusis similis est, tringinta annis præscribitur, & l. agricolarum 18. C. de agricol. & censu. ubi possessio longissimi temporis, tringenti scilicet annorum, facit adscriptum colonum, cui emphyteuta assimilatur. Et ita Doctores communiter tenent, Angel. in l. Prætor 4. §. 1. ff. de edendo, Jason in l. 2. nu. 155. C. de jure emphyteut. Joan. Franco. Balb. in tract. de præscript. part. 2. partis tertie principal. quest. 10. nu. 36. & part. 4. quartæ principalis q. 10. Paulus Picus à monte Pico ad tit. ult. nu. 1. lib. 1. feud. Chassaneus consil. 18. colum. 1. Ruin. consil. 151. nu. 5. lib. 4. Paris. consil. 23. num. 5. lib. 4. Clarus lib. 4. sentent. §. emphyteusis q. 7. Menochius de præsumptionib. lib. 3. præsumpt. 108. n. 4. Ferrar. in rubr. C. de jure emphyteut. Wegner. disp. 12. thes. 5. sub lit. g. Borcholt. in tract. de feud. c. 7. n. 4. & seqq. pag. mibi 172. Bronchorst. cent. 1. variorum Papon, assert. 52. edit. 1 & ceteri, quos isti citant. Quarevis autem ad hanc præscriptionem tempus*
- longum sufficere contendat: Bald. in l. 1. nu. 15. C. de fideicommiss. Bocer. d. class. 2. disp. 14. th. 43. lib. b. Bachovius in suis not. ad Treusler. disp. 29. vol. 1. th. 11. lib. B. pag. 1132. Eggebrecht. d. synopsi conclus. 105. Mascard. in tract. de probationib. vol. 1. conclus. 337. n. 2. ubi plures enumerat. Pactionibus denique jus emphyteuticum constituitur, si de re in emphyteusis dandâ, inter dominum & emphyteutam convenit: ut nimirum prædium & emphyteuta ad tempus, vel in perpetuum, ad fruendum acciperet, idque excoleret, & domino quotannis certam pensionem solveret. Atque pactiones istæ, quantumvis contra naturam contractus interpositæ, firmæ, illibatæque perpetua stabilitate modis omnibus custodiendæ sunt, *l. 1. C. de jure emphyteut. & hoc §. nostro. ibi, & si quidem aliquid pactum fuerit, &c.*
- Utrum autem pactio seu conventio de certo precio, ultra pensionem, ab initio hujus contractus emphyteutici domino præstando, necessaria sit, non immerito hoc loco quæritur? Sunt sanè Interpretes non pauci, qui dicunt, de substantia hujus contractus esse, ut ultra pensionem certa quantitas pro ingressu seu introitu contractus, ab emphyteuta domino solvatur; Jacob. de Aren. & Alberic. de Ros. Raphael Fulgos. & Guarnerius de Cast. in d. l. 1. C. de jure emphyteut. Hostiens. in summa de locato. n. 11. Joan. Baptista Ferret. consil. 81. nu. 3. Dec. in cap. in præsentia n. 48. de probationib. & alii, quos refert Stephanus Bertrand. consil. 34. incip. principalis difficultas num. 5. lib. 7. Cæterum alii, & quidem numero plures, contrariam amplectuntur sententiam, quod nimirum in contractu emphyteutico celebrando conventio, de certo precio ab initio domino annuerando, necessaria non sit. Cynus, Salicet. Bald. & Jason num. 3. in d. l. 1. C. de jure emphyteut. Corasius ibidem in Rubr. nu. 11. Natta consil. 49. Paris. consil. 77. nu. 13. libr. 3. Alex. consil. 117. viso processu. num. 13. lib. 4. Clarus d. §. emphyteusis quest. 3. Alvar. Valasc. in tract. de jure emphyteut. quest. 10. Joannes Oroscius Hispanus ad l. juris gentium 7. ff. de pactis aliisque ab his designati. Et hæc sententia suo non destituitur fundamento: quia nullis legibus, etiam accurate & ex professo de substantia atque naturâ contractus emphyteutici tractantibus, cautum reperitur; quod ad perfectionem sive substantiam hujus contractus ab initio certum precium requiratur, sicut videre est ex præsent. §. & l. 1. §. tot. tit. ff. si ager vectigal. itemque d. l. 1. §. 2. C. de jure emphyteut. Non debemus, autem plus ad formam seu substantiam alicujus actus exigere, quàm lex ipsa exigat, arg. *l. illam merced 19. vers. superstitibus quidem C. de collationib. & Novell. 18. cap. 5.* Præterea vana & insipida veterum fuisset dubitatio, an contractus emphyteuticus locationi & conductioni adscribendus esset, si is contractus ad sui perfectionem, certum ab initio precium requireret: quoniam omnibus, etiam tyronibus, notum est; quod locatio ad sui substantiam seu perfectionem, ab initio certum precium præstandum non requirat.
- Nec obstat huic decisioni nostræ, quod emptio-venditio & contractus emphyteuticus magnâ inter se familiaritate ac similitudine conjuncti sint, per hunc §. nostrum. Nulla verò emptio sine precio consistat, §. precium autem si tit. proximo l. 2. §. 1. l. cum in venditione 36. l. nuda 55. & l. pacta conventa 72. ff. de contrah. empt. Nam non in omnibus contractus emphyteuticus & venditio inter se conveniunt: alioqui non similes contractus, sed iidem penitus essent, contra d. l. 1. C. de jure emphyteut. Convenit autem emptioni & venditioni cum contractu emphyteutico potissimum in eo: quemadmodum per emptionem & venditionem dominium in emptorem transfertur, venditore domino existente, *l. ex empto 11. §. & in primis 2. ff. de actionib. empt. aded, ut non valeat contraria conventio de dominio non transferendo, l. cum mansuata 80. §. ult. ff. de contrah. empt. ita & per contractum emphyteuticum jus aliquod dominio simile (quod dominium utile vulgò indigitant) in emphyteutam transfertur, d. l. 1. ubi Bald. si ager vectigalis, &c. & iam ostensum supra. n. 11. & seqq. ubi inter emptionem & hunc contractum aliquot exponimus dissimilitudines.*

239 Non etiam resistit textus in *l. sui. vers. penult. C. de jur. emphyt.* ubi dum traditur, quinquagesimam partem precii ab emptore fundi emphyteutici, pro impetranda investitura, domino præstandam esse: ex eo necessario sequi videtur, certum precium ab initio & in ipso limine contractus emphyteutici, ab emphyteuta ipsi domino esse exponendum: cum quinquagesima precii pars pro investitura obtinenda in considerationem venire nequeat, nisi precium in ipso contractu certum fuerit constitutum. Quomodo enim pars precii esse potest, si nullum precium constitutum est? Textus, *inquam*, ille non resistit. Justinianus namque in eo non loquitur de precio, ab initio hujus contractus domino fundi numerando: sed de quinquagesima parte precii illius, quod emphyteuta venditori, pro fundo emphyteutico vendito, ab emptore ex conventionem præstandum est. Cujus precii, a contrahentibus in conventionem deducti, quinquagesima pars ab emptore, sive emphyteuta novo, pro inductione in possessionem, & signo novæ acquisitionis (*quam investituram vocant*) domino præstari debet. Neque verò illius quinquagesimæ partis præstatio ad substantiam hujus contractus referri potest: cum is, etiam antequam ea præstetur, indubitatè subsistat.

240 Pariter non refragatur textus in *Auth. qui res C. de SS. Eccles.* ubi ratione contractus emphyteutici aliquid datum fuisse, certum est. Nam etsi ex eo apparet, posse fundum non gratuito, sed aliquo accepto, in emphyteusim dari: haud tamen propterea consequens est, de substantiâ contractus emphyteutici esse, ut aliter: nisi precio à principio soluto, iniri non possit.

241 Sic quoque nihil obest *l. privata 10. ibi, præter primum delegationis canonem C. de excusationib. mun.* ubi etiam in ipso limine contractus quippiam datum fuisse videtur. Quandoquidem lex ista accipienda est de annuo canone, in recognitionem directi domini præstando: non verò de precio, à principio contractus emphyteutici per emphyteutam domino numerando. Quod si verò pro introitu quid numeretur: id ex consuetudine potius, aut pacto, quam ex naturâ contractus fieri, notat Baldus in *d. l. 1. n. 3. C. de jur. emphyteut.* Si tamen quantitas soluta pro ingressu valorem pensionis excedat: venditionis potius, quam emphyteuseos contractum censeretur, tradit Valaficus *d. question. 10. n. 7.* eumque novissimè sequens Nicol. Eggebrecht. in *synopsi juris emphyteut. conclus. 42.*

242 Etsi autem conventio de precio certo, ab initio hujus contractus domino solvendo, necessaria non est, ut modo explicatum: plerisque omnibus tamen in confesso est, de substantiâ ejusdem contractus esse, ut de canone seu pensionem, in recognitionem domini ab emphyteuta quotannis exsolvenda, conventio celebretur; quemadmodum supra circa definitionem nu. 40. 82. 104. & seqq. docuimus. Cum igitur pars substantiæ sit, de pensionem conventio: inde sequitur, contrahentes pacisci non posse, ne domino pensionem emphyteuta solvere teneatur, *l. 1. in princip. ibi hac lege ut tam diu pro his vectigal. solvatur. ff. si ag. vectigalis, &c.* hoc *l. nostro ibi, ut quamdiam pensio, &c.* Coras. in *l. 2. num. 4. vers. unde nec in specie & ibid.*

243 Ferrarius in principio. *C. de jur. emphyt.* Pacta siquidem contra substantiam contractus inita, ipso jure nulla & inutilia putantur, arg. *l. cum precario 12. in princ. ff. de precario & l. si donationis 3. C. de contrah. empt. & vend.* Sicard. ad *l. 2. nu. 14. C. de jur. emphyt.* Sanè ex postfacto pensionis remissionem à domino fieri posse, emphyteusi nihilominus durante, probabilius est, argumento *l. cum satis 23. C. de agricol. & censit. §. item precium 2. si pr. de empt. & vendit. junctâ l. precii 9. de rescind. vendit. Eggebrecht. d. synops. conclus. 47.* Non possum hic silentio prætere insignem errorem Joannis Ulrici Wolffii, à Todten Ward, &c. aliquot ante annos hac in Academiâ summis juridicæ laureæ honoribus à me condecorati. Is in suo prodomo responsor. & consilior. jur. consil. 1. numero 311. ita scribit: Quærò faciat, quod pensionis præstatio de substantiâ & formâ emphyteuseos non sit, quidquid etiam statuat Joannes Harpprecht. &c. Equidem, mi Wolffii, non sum ex eorum numero, qui nefas esse arbitrantur, si juvenis contra senem, aut

discipulus contra Præceptorem statuatur; sed tamen hoc exigo, ut dissensio illa modesta sit, & veris ex fundamentis extracta. Neutrum à te factum videtur. Non prius: quia verba illa (*quidquid etiam statuat Joan. Harpprecht.*) quid aliud, quam inflatum & tumentem animum præ se ferunt? Verum hoc tantoperè non curo. Et posset utique condonari aliquid fervori tuo; si modo posterius recte se haberet: & rationes illæ, quibus me oppugnatum ire satagis, non tam prodigio- & intolerabiliter ineptæ falsæque essent: ut mox videbis & fateberis. Primò igitur in eo hallucinaris: quòd putas, me statuere, ipsam pensionis præstationem de substantiâ & formâ emphyteuseos esse: cum tamen aperte hic scripserim sub num. 232. (*in primâ editione num. 223.*) de substantiâ hujus contractus esse, ut de canone seu pensionem, in recognitionem domini ab emphyteuta quotannis exsolvenda, conventio celebretur, &c. Et quantum supra num. 40. (*in priori edit. num. 36.*) dixi; de substantiâ emphyteuseos esse consensum, rem immobilem, & pensionem annuam domino præstandam: attamen illa verba ideo saltem addita sunt; ut declaretur, qualis debeat esse ille consensus, qui emphyteusim efficit; nempe quòd debeat interponi de re immobili fruenda, pro pensionem annuâ, domino in recognitionem domini præstandâ: nequaquam verò, quòd putem, ipsam pensionis præstationem de substantiâ emphyteuseos esse: cum certum sit, eam ad effectum emphyteuseos jam constitutæ pertinere; nullatenus verò ad formam & substantiam emphyteuseos constituendæ requiri. Quò respexi quoque in definitione emphyteuseos supra n. 4. asserens: emphyteusim esse contractum, solo consensu constantem, &c. Nam emphyteusis est contractus ex consensu. At contractum ex consensu ad sui substantiam præter consensum nihil aliud desiderare, tyronibus juris notum est, ex toto tit. supr. de obligationibus ex consensu. Sic, verbi gratiâ, de formâ & substantiâ emptionis-venditionis est solus consensus, de re certo precio habenda, non ipsa rei traditio & precii numeratio, §. cum autem emptio. 3. supr. de empt. & vendit. Ita quoque in locatione-conductione, ut substantiam capiat obligatio, nihil aliud requiritur, quàm consensus de re certâ mercede faciendâ vel utendâ; non ipsa mercedis, vel facti, vel usus præstatio, in princip. supra hoc tit. Nec quenquam hic turbet, quòd ibidem nu. 12. à me dictum est: tria ad hujus contractus substantiam esse necessaria: consensum, mercedem certam, & rem ipsam, quæ locatur. Etenim solo quidem consensu initur hic contractus; sicuti apparet ex definitione, in d. princ. num. 3. posita; ibi, solo consensu initur: attamen hic consensus duo alia includit, nempe mercedem certam, & rem ipsam, quæ locatur: non quidem, quòd ante præstitam mercedem, vel ante facti, quòd locatum est, implementum, vel ante præstationem usus rei locatæ, hic contractus non subsistat (etenim ut ad horum quid agi possit, præcedere oportet locationem-conductionem) sed tantum, quòd consensus de his interponi debeat: nec perfecta dici possit locatio-conductio: nisi de re, certâ mercede, utendâ vel faciendâ, conventio celebrata fuerit. Eodem igitur modo de substantiâ & formâ emphyteuseos est solus consensus de prædio perpetuò fruendo, sub annuo canone, in recognitionem directi domini præstando. Hac ratione corruunt ultrò omnia argumenta Wolffii, quibus id solummodo evincere conatur, præstationem canonis de substantiâ & formâ emphyteuseos non esse. Veruntamen si penitus insperimus ipsius argumenta: manifestissimum evadet, quòd ne hoc quidem efficere valeant. Nam primò inquit: Emphyteusis pro uno nummo fieri potest, & in re minimâ consistere. Ergo pensionis præstatio non est de substantiâ emphyteuseos. Sed vanitatem argumenti quis non videt & ridet? Quomodo enim sequitur: canon emphyteuticus etiam in re minimâ consistere potest. Ergo nullus omnino canon requiritur? Plus nempe est in conclusione, quàm in præmissis: quæ id duntaxat efficiunt, magni canonis præstationem non requiri ad emphyteusim: sed sufficere etiam modicam

pensionem : cum per ejus præstationem æque , ac per magnæ pensionis solutionem , dominium recognosci : adeoque finis , ob quem exigitur pensio , perinde haberi queat , per dicta ad num. 247. infra hoc §. At nullam omnino requiri pensionem , hinc nemo recte intulerit. Deinde , prioris argumenti debilitatem proculdubio ipsemet antagorista animadvertit : proindeque pergit , & ait : imò plane sine intervenitu pensionis (emphyteusis) valere potest , §. quia verò Leonis. Auth. de non alienand. aut permutand. reb. Ecclesiastic. hoc est, Novell. 7. cap. 3. §. 1. Hic verò , mi Wolffi , moneo atque hortor te amanter : ut posthac in allegandis textibus , quos nondum bene intelligis , parcior sis & cautior. Etenim in illa Nov. 7. c. 3. §. quia verò Leonis. i. vers. si verò alicujus. &c. quam pro adstruendo tuo paradoxo adduxisti , plurimum invenio , quod meæ sententiæ patrocinetur : quod obstat , nihil. Verba ita habent : Si verò alicujus Ecclesiastici prædij suburbanum emphyteusis detur : qualia plurima maxime in hoc novimus felicissimè consistere Civitate , multo quidem digna precio , parvas verò redditentia pensiones , aut nihil pensionum omnino : non ex redditibus metiri emphyteusim , sed æstimari suburbanum subtiliter , & reputari ex precio collecto redditus possibiles in viginti annis computari : & in redditibus ex hoc computatis agi emphyteusim ; non perpetuo , sed in eum , qui percipit , & duas ex eo successiones , & viro & uxori , sicut prædicimus , faciendam. Wolffius itaque , ut apparet , in errorem seductus fuit ob illa verba : nihil pensionum omnino. Quasi hic esset sensus : Imperatore multa novisse prædia Ecclesiastica suburbana , in emphyteusim data , ex quibus nulla pensio ab emphyteuta præstetur. Quid verò , mi Wolffi , potuisses dicere inscitius ? Non enim loquitur Imperator de prædio Ecclesiastico suburbano , quod jam datum sit in emphyteusim : sed ostendit , qualis pensio , & quomodo sit constituenda , si tale prædium in emphyteusim detur : ut ipsa verba planissime evincunt. Ideoque nec vocabulum (pensionum) de emphyteutica pensione exaudiri potest. Quod ipsum etiam ex vocabulo (redditentia) magis peripicuum sit. Haud etenim ipsa prædia emphyteutica pensionem seu canonem emphyteuticum præstant , sed emphyteuta. Ex quo vel solo errorem tuum videre potuisses : nisi à temeraria contra Promotorem insurgendi libidine occæcatus , prorsus cæcutisses. Verum agè , mi Wolffi , tute in me fuisti temerarius : ego in te ero beneficus : malumque bono pensabo : & verum intellectum tibi dabo illius textus , quem tu non bene intellectum malè allegasti. Hoc igitur vult Imperator : Si prædium aliquod Ecclesiasticum , pretiosissimum quidem , sed tamen vilissimum , aut nullum omnino habens redditum , in emphyteusim detur : tunc canonem emphyteuticum non esse metiendum ex quantitate redditus (alioquin etiam canon vilis foret , cum detrimento Ecclesiæ) sed prædium illud æstimandum esse , & vicesimam partem precii , canonis nomine constituendam , & quotannis ab emphyteuta præstandam. Verbi gratia : Si prædium Ecclesiasticum suburbanum sit M. tunc canon constituendus erit L. ita ut canon cumulatus in spatium 20. annorum , ascendat ad veram prædij illius æstimationem & valorem. Huncque verissimum intellectum colligere possumus ex Juliano Patris & Antecessore Urbis Constantinopolitane , integerrimo Novellarum Justinianearum Interprete. Eundemque intellectum haud obscure probant Guiljelmus Rodeanus in suo tract. de reb. Eccles. non alienand. quest. 19. n. 3. Speculator in tit. de emphyteusi. n. 14. & seq. Corneus consil. 265. part. 1. & consil. 201. & 285. part. 3. nec non ipse Accursius in d. Novell. 7. cap. 3. §. 1. ad verb. computari. eumque communiter Interpretes sequuntur , ut mirum sit , Matthiam Colerum , alias Jurconsultum non incelebrem , quem refert & sequitur incautè Wolffius , hac in re errasse , consil. 5. num. 33. Et hæc de illa Novella , in qua anchoram suam posuit Wolffius. Adjuvit tandem idem Wolffius pro stabiliendo errore suo quædam alia ; sed leviora & puerilia : adeoque stibilis , quam refutatione , digniora. Si [inquit] pensio præstatio de substantia emphyteuseos non est : sequitur , quod si præstatur , eo ipso emphyteusis non possit induci. Alias

enim necessariò inferretur : Pensio præstatur. Ergo est emphyteusis : & contra : Pensio non præstatur. Ergo non est emphyteusis. Sed hoc juri communi , præsertim verò allegato §. quia verò , tam est adversum , quàm quod adversissimum. Pessimè argumentaris , mi Wolffi : teque , ut in iudiciis , ita quoque in Logicis ridiculum præbes. Etenim si maxime statuamus : pensionis præstationem esse de substantia emphyteuseos : tamen non sequitur ; nec rectè , multò minus necessariò inferitur : Pensio præstatur. Ergo est emphyteusis. Contra verò optimè colligitur , & necessariò sequitur : Pensio non præstatur. Ergo non est emphyteusis : utcumque tu id ex falso præsupposito & sinistro intellectu dict. Novell. 7. cap. 3. juri communi adversissimum esse putes. In re admodum facili , utar exemplo non difficili. Notum est ; ad substantiam hominis requiri , animal & rationale. Nec tamen necessariò inferitur : Rationalis est. Ergo homo est. Nam potest esse Angelus. Nec etiam sequitur : Animal est. Ergo homo est. Namque potest esse leo aut lupus. Contra verò optimè concluditur : Non est rationalis. Ergo non est homo. Item non est animal. Ergo non est homo. Cur ita ? Nempe quia à positione unius partis substantialis , non rectè argumentamur ad positionem totius substantiæ : contra verò à remotione unius partis substantialis , necessariò inferitur ad remotionem substantiæ. Verum hæc Baccalaureis nata sunt. Eodem ergo modo posita pensionis præstatione , non ponitur emphyteusis : at remota pensionis præstatione , removetur etiam emphyteusis. Nam est quidem pensionis præstatio de substantia emphyteuseos : at non sola ; cum etiam requiratur , ut conventio celebretur de prædio fruendo , itemque de pensione in recognitionem directi domini præstanda. Refutatis itaque omnibus argumentis Wolffii : verum relinquatur , præstationem pensionis , seu (ut apertius mentem meam explicem) conventionem de præstanda pensione esse de forma & substantia emphyteuseos : quicquid etiam statuatur Doct. Wolffius , contra Jurisconsult. Hurpprechtum.

Et quid verò pensio sive canon iste , ab emphyteuta quotannis præstandus , in nummo uno , vel re alia quavis minima constitui possit , scrupulo non caret ? Et posse , rectè à plerisque affirmatur. Nam in emptione quoque precium & in locatione (cum quibus contractibus emphyteusis maximam habet familiaritatem , per hunc §. n.) merces uno nummo constitui potest : dummodo id non donandi , sed vendendi & locandi animo fiat. l. si quis donationis. 38. ff. de contrah. empt. & arg. l. si quis conduxerit. 46. ff. locari. ubi Ulpianus respondit , conductionem uno nummo factam , ipso jure nullam esse , eà subiecta ratione : quia hoc donationis instar inducit. Si ergo ex conductione , nummo uno facta , non elucescit mera donatio : sed constat , hanc exiguam mercedem conductionis causa à contrahentibus fuisse appositam : conductionem valere dicendum est. Idem erit iudicium , si de precio minimo in emptione & venditione contrahentes , non animo donandi , inter se convenerint. Quid enim , si quis rem uno saltem nummo dignam tanti vendiderit : Nemo profecto sanus hanc venditionem , donationis causa contractam , adeoque inutilem fuisse dixerit. Proinde & canon emphyteuticus ex placito partium uno definiri nummo poterit. Idque ex eo apparet luculentius : quod canon ex origine proprioque sine hujus contractus , quatenus domini utilitatem respicit , ad dominium solummodo recognoscendum requiritur , ut monitum supra n. 113. Sed dominium per unius nummi , reive levissimæ præstationem æquè , ac per solutionem rei magnæ recognosci posse , in propatulo est. Atque ita sentiant Bald. in Rubr. C. de jur. emphyt. Jason in l. 1. n. 4. C. cod. Coman. lib. 6. Commentar. c. 12. n. 6. vers. similiter conductiones. &c. Mynsing. resp. 66. n. 6. & resp. 78. num. 11. Valascus in tract. de jur. emphyt. quest. 1. n. 11. 19. vers. tu adverte , &c. Knipschilde d. exortat. Acad. 9. quest. 6. pag. 329. & seq. Quanquam contrarium , ut verius , placeat D. Bocero class. 2. Disputat. 14. ches. 22. edit. 3.

Nec nostrum turbat sententiam l. si quis ante 10. §. si quis de acquir. vel amitt. poss. l. si quis 20. §. 1. & d. l. si quis condux. 46. ff.

46. ff. locati & d. l. si quis damnationis 38. versic. totiens enim dicimus, &c. ff. de contrah. emp. ex quibus locis evincitur, quod conductio sive emptio, quæ celebratur uno nummo, minimè valeat. Iste namque leges eo de casu intelligendæ sunt, quo manifestum est; mercedem vel precium vilissimum, nimisque exiguum, non quidem vendendi vel locandi, sed mero donandi animo inter contrahentes constitutum fuisse. Hoc sanè casu venditionem vel locationem non esse contractam, palam est, ut etiam expositum est in §. 1. supr. hoc tit. nu. 9. At in contractu emphyteutico canon, quantumvis exiguus, nunquam donationis causa, sed ob id semper constitutus esse censetur, ut per præstationem illius directum (quod ajunt) dominium recognoscatur. Ex quo fit, ut contractus ille semper subsistat, etiamsi de vilissimi canonis præstatione in eo actum fuerit.

249 Unde contractus emphyteuticus ita perfici posse videtur; si inter partes conveniat, ut canonis sive pensionis nomine tantum emphyteuta præstet, quantum justum fuerit. Canon siquidem (ut & antè dictum) hoc in contractu ratione ejus originis & finis, duntaxat ad recognitionem domini directi desideratur. Jam verò si conventum sit, ut emphyteuta pensionis nomine solvat tantum, quantum ipsi placuerit, vel justum fuerit: unius solutione nummi recognitionem domini æquæ præstat, ac si certam aliquam magnam pensionem solvat: ut nihil prorsus substantiæ hujus contractus ex modicitate seu parvitate canonis decedat. Et quamvis in venditione certum ac determinatum exigatur precium, §. sed & certum sup. de empt. & vendit. l. ult. C. de contrah. emp. latè, post alios, Fachinus lib. 2. controvers. jur. c. 1. aliud tamen in contractu emphyteutico obtinet: propterea quod venditio rei æstimandæ causa celebratur. Nullus autem est æstimatio rei, cujus precium non est definitum. Cæterum in emphyteusi, ex proprio ejus fine, quatenus utilitatem domini concernit, hoc agitur: ut per solutionem canonis directum dominium recognoscatur: quæ quidem recognitio etiam vilissimi canonis præstatione expeditur, ut sæpius jam inculcatum.

251 Porro si excolti ac fertiles agri, non solum pro recognitione directi domini, in emphyteusin dentur: sed etiam, ut fructuum contemplatione pensio solvatur, ut hodie plerumque fieri assolet: hoc casu canonem non minus certum esse debere dicimus, quàm in locatione pensionem sive mercedem, & in emptione precium, propter eandem juris rationem. Ideoque tunc sicut in locatione mercedis, & in emptione precii definitio in certæ personæ arbitrium confertur, l. si merces 25. ff. locati l. ult. C. de contrah. emp. ita quoque hoc casu canon sive pensio in certi hominis arbitrium conferri poterit. Quicquid enim in emptione & locatione constitutum est: etiam ad hunc ferè contractum emphyteuticum pertinet, canone fructuum contemplatione constituto. Faciunt huc not. Valasci, d. tract. de jur. emphyt. q. 11. n. 10. cum seqq. & Siehardi ad l. 1. n. 28. c. de jur. emphyt. & Gail. lib. 2. obs. 23. n. 24. & seq.

252 Constituta & acquisita ritè emphyteusi, videndum est: quod commodum emphyteuta ex jure constituto percipiat: quod item onus vicissim pro eo præstet & subeat. Imprimis autem emphyteuta competit facultas habendæ & possidendæ rei emphyteuticæ. Ita enim hæc res illi tradita est, ut eam habere & possidere liceat, hoc §. nostro vers. ut ecce de prædiis, &c. l. 1. ff. si ager. vectig. &c. Et quamvis prædii emphyteutici dominus non sit, d. l. 1. §. 1. ff. in d. tit. tamen quasi dominus, & jure nostro simpliciter fundi dominus (licet minus propriè) appellatur, l. possessores 12. in fine. C. de fund. patrimonial. & similib. allegatis in princip. tit. supr. de rer. divis. n. 44. ubi ea de re nos latius. Unde ei res emphyteutica, ne quidem ab ipso domino auferri potest, quamdiu pensionem sive canonem debitum exsolvit, hoc §. & d. l. 1. in princip. ff. si ager vectigalis, &c.

254 Quæri hic potest: an emphyteuta verè & civiliter, an vero tantum naturaliter prædium emphyteuticum possideat? Et communis Dd. resolutio est: dominium directum civiliter, emphyteutam autem, ut & vasallum Harporachi ad Iulii. Tom. III.

(cùm uterque sciat, dominium rei emphyteuticæ & feudificæ suum non esse) naturaliter tantum possidere. Ita tenent Bartolus, Alexand. Jafon & alii in l. possideri 3. §. ex contrario & in l. naturaliter 12. in princip. ff. de acquir. vel amitt. possess. Menoch. de retinenda possess. remed. 3. n. 82. 83. & 85. & idem de recuper. poss. remed. 1. n. 68. Fulgos. consil. 1. nu. 3. pluresque alii, quos refert & tandem post longam disputationem probat Valascus in tract. de jure emphyt. qu. 18. n. 1. & 6. sub finem. Confer Dn. Andreæ Dinnerum in explicat. tit. ff. si ager vectig. &c. qu. 5. eumque laudantem Nicolaum Eggebrecht. d. synopsi juris emphyteutici, concl. 116. & seq. Cæterum possessio naturalis perhibetur, quando quis rem possidet justè vel injustè corpore & animo: sed non animo, opinione, cogitatione domini, sive non jure domini. Civilis possessio dicitur, quando quis rem ex justa causa possidet corpore & animo, opinione, aut cogitatione domini; sive, quod idem est, quando quis rem possidet jure domini. Hocque jus domini, quod quis cogitat in re possessa, civilem possessionem facit. Nam qui alio quodam, quàm domini jure rem detinet, civiliter non possidet. Argumento & exemplo sit creditor, qui rem pignori accepit. Hic jure quidem rem detinet: at non jure domini, sed jure pignoris, l. quæcumque 13. §. 1. ff. de Publ. in rem act. Scit enim, rem, quam pignori accepit, non suam, sed debitoris sui esse: idcirco civiliter non possidet, sed naturaliter, l. in hac actione 3. §. fin. ff. ad exhibend. l. cum & sortis 35. §. ult. & l. debit. 40. fin. pignorat. act. Sic & is, qui precario rem rogavit, jure rem detinet: verum non jure domini, sed jure precarii, d. l. quæcumque 13. §. 1. ff. de Public. in rem act. Haud siquidem & ipse ignorat; rem, quam precario accepit, suam non esse, sed ejus à quo precario accepit: & ideo civiliter non possidet, sed naturaliter l. in rebus 4. §. 1. & §. ultim. l. & habet 15. §. eum, qui 4. ff. de precario. Quod planius & explicatius prosequitur Johannes Borcholt. in Commentar. de acquirend. vel amitt. possess. cap. 2. nu. 12. & 13.

Deinde comperit emphyteutæ jus utendi fruendi re, in emphyteusin concessa, hoc §. nostro ibi, quibusdam fruenda traduntur, d. l. 1. §. 1. ibi, fundum fruendum conducentur ff. si ager vectigalis. juxta legem conventionis: quoniam contractus ex conventionem legem accipiunt, l. 1. §. si convenit 6. ff. de posit. l. contractus 23. ibi, legem enim contractus dedit. ff. de reg. jur. nihilque tam congruum est fidei humanæ, quàm ea, quæ inter aliquos placuerunt, servare, l. 1. in princip. ff. de pact. & l. 1. in pr. ff. de consil. pecun. Quod si igitur in fundo emphyteutico inveniantur fodinæ sive secturæ auræ, argenti, plumbi, ferri, arenæ, lapidis, calcis, cretæ, sulphuris, picis, &c. iis emphyteuta, ut bonus paterfamilias, uti frui poterit, l. item si fundi 9. §. sed si lapidicinas 2. & §. seq. l. si citius 13. §. inde est quæsitum 5. ff. de usufr. Ejusmodi enim lapidicinæ, argenti & aurifodinæ fructus prædiorum censentur: si modò lapides & metalla, hisque similia, post separationem à solo factam, renascantur: uti arguit disertè textus in l. fructus 7. §. si vir. 13. & §. seq. ff. solut. matrim. & l. ult. in fine principii ff. de fundo. dotali.

Hinc meritò dubitatur: an etiam illæ res, quæ efflorescant & separant à solo, non renascantur, emphyteuta cedant? Et affirmantem ego sententiam probabiliorē esse judico, idque per textum in d. l. fructus 7. (in quibus exemplar. est l. divorce.) §. si vir. 13. ff. soluto matrim. Si vir, inquit ibi Papinianus, in fundo mulieris dotali lapidicinas marmoreas invenerit, & fundum fructuosorem fecerit: marmor, quod cæsum, neque exportatum, est mariti: & impensa non est ei præstanda: quia nec in fructu est marmor; nisi tale sit. ut lapis ibi renascatur. Hic Papinianus, fundo per lapidicinæ inventionem fructuosiore facto, denegat merito impensam. Ex quo apertissimè cognoscitur, quod etiam in casu, quo lapis non renascitur, maritus lapidibus excois frui debeat. Alias enim textus non diceret, quod hoc casu non essent marito impensæ præstandæ. Injustissimum namque esset, maritum, qui ex inventione lapidicinæ fundum reddidit fructuosorem, lapidum calorum commodè privare, ipsamque simul pen-

faram solutione gravare. Ideoque non malè totum istum §. Paulus de Castro, Raphael Fulgosius & Duarenus genericè procedere scribunt: non solum quando maritus reddit fundum dotalem utiliore ex inventione lapidis, qui excisus renasci solet: sed etiam quando renasci non solet, verum alia ex causa fundus utilior & fructuosior redditur: veluti si propter lapides in eo existentes antea inutilis erat, colique aut seminari non poterat: lapidibus autem excisis factus fuit ad colendum ac seminandum utilis. Nec movet, quòd textus in d. §. si vir circa finem, innuere videtur, lapides non renascentes in fructu non esse. Nam etsi propriè ac strictè loquendo, lapides, metalla, & similia, quæ non renascuntur, in fructu non sunt: tamen loco fructuum, obventionum, atque commoditatum habentur: ut proinde ejusmodi lapides & metalla ad eum, qui jus fruendi habet, jure spectent: quamvis propriè loquendo fructus non sint, l. usufruct. legato 7. & d. Litem si fundi 6. ff. de usufructu, Ludovicus de Molina lib. 1. de Hispanor. primogeniis cap. 23. n. 9.

265 Nihil etiam adversatur d. l. fin. ff. de fundo dotali. ubi Javolenus respondit: fundum non reddi deteriore, si tales lapidicinæ sint inventæ, in quibus lapis crescere possit. Licet enim ibi hoc dicatur; non tamen ex eo colligendum est, aperta lapidicina, & cæso lapide fundum semper deteriore reddi, nisi lapis renascatur. Hoc namque planè falsum esse, quotidiana experientia testatur; & omnibus non tantum jureconsultis, sed etiam rusticis notum esse potest, ut rectè tradit Duarenus ad d. l. fruct. 7. §. si vir. ff. soluto matrim.

266 Similiter non obstat l. si ex lapidinis 32. ff. de jure dotium. ubi lapides ex lapidicinis, in fundo dotali inventis, à marito excissi, si non renascuntur, nec in fructu sunt, non cedunt marito, sed dotem augent. Etenim maritus in specie istius legis aperiendo lapidicinam, fundum procul dubio non fructuosiore, sed deteriore fecit: quæ causa est, ut lapides separatos à solo suos non faciat, arg. dictæ l. fructus 7. §. si vir. 13. ff. solut. matrim.

267 Denique non refragatur textus in tit. 56. quæ sint regalia lib. 1. feudor. ubi argentariæ, id est, argentifodinæ (idem generaliter etiam de auri, & cujusvis alterius preciosi metalli fodinis exaudiendum est) regalibus simpliciter connumerantur, & consequenter ad emphyteutam, vel quemcumque alium privatum spectare nullo modo (sive metalla renascantur, sive non renascantur) possunt. Quandoquidem eo in tit. exemplum istud de argentariis seu argentifodinis nequaquam accipiendum aut interpretandum est de proprietate argentifodinarum, quæ ad ipsos privatos, tanquam fructus prædiorum, pertinent, d. l. fructus 7. §. si vir 13. & §. seq. ff. solut. matrim. l. 3. in fin. ff. de rebus eor. qui sub tutel. vel cura sunt d. l. item si 9. §. sed si lapidinas 2. & §. seq. ff. de usufr. sed de tributo & vectigali quodam, quod ipsi privati ex argentifodinis, quas suis in prædiis habent, fisco Imperatoris præstare tenebant, per textum in l. inter publica 17. §. ultim. ff. de verb. signif. l. 2. & 3. C. de metallariis & metallis & l. si quis 1. C. de vectigalibus. Sic sentiunt Bossius in tit. de metall. & argentifod. n. 3. Petr. Gregor. in Syntag. jur. lib. 3. c. 3. n. 1. Afflic. decif. 32. n. 5. & 14. Henning. Gad. consil. 2. & 3. Schneiderwin. in §. constituitur n. 6. supr. de usufruct. Ferraf. de feud. lib. 5. cap. 7. Mynsinger. respons. 39. n. 10. & seq. Rosenthal. in synopsi totius jur. feud. cap. 5. conclus. 86. alique, quos recenset & sequitur D. Collega Bocer. in tractat. de regalib. c. 3. nu. 166. p. 357. Neo huic interpretationi quicquam tetrahit, quod in d. tit. quæ sint regalia. Nam argentariæ simpliciter, sineque ulla distinctione regalibus accensentur.

268 Cum enim eo loco non ipsa nominatim proprietas argentariarum, in prædiis privatorum repertarum, regalibus adscribatur: certè novam illam legem trahere jubemur ad priores leges, & hæc ad illam; atque novam hanc posteriorem constitutionem explicare ex legibus prioribus: ut scilicet & antiquiores illæ leges salvæ maneant, & nova hæc legislatio suam quoque vim obtineat, l. non est novum 26. & d. ab. l. si quis ff. de legib. Nam quicquid nova lege specialiter ac nominatim expressum non est: id videtur non legem constitutionumque regulis re-

licatum intelligitur, l. præcipimus 32. §. ult. C. de appellat. & constitutio noviter edita non censetur in aliquo veteri derogare legi, nisi id expresse in ea caveatur, c. 1. in fin. de constitution. in 6. Quare cum quædam leges veteres Justinianæ testentur, quod argentifodinæ in privatorum prædiis inventæ, ut fructus ipsorum prædiorum naturales (liquidem sua sponte proveniant metalla, absque opera & labore hominum) pertineant ad dominos prædiorum: quædam etiam leges velint, quòd redditum sive vectigal aliquod ipsi prædiorum domini ex argentifodinis suis penderere Imperatoris fisco cogantur: utique ad has leges priores pertinebit quoque lex Friderici Imperatoris, in d. tit. Quæ sint regalia per textum in l. sed & posteriores 28. ff. de legib. Bocer. in tractat. de regalib. c. 3. nu. 166. pag. 358. Contrariis itaque argumentis refutatis, omnino tenendum est; emphyteutam lapides vel metalla, & similia, ex fundo emphyteutico effossa atque eruta acquirere, sive renascantur, sive non renascantur. Huicque pronuntiato novissimè subscripsit Nicolaus Eggebrecht. d. synopsi juris emphyteutici conclus. 122. Quod tamen temperandum est, ut non procedat, si ex venæ lapideæ, quæ renasci non solet, inventione fundus non fructuosior, sed deterior effectus sit. Tunc etenim lapides ex eo cæsi emphyteutæ non acquiruntur. Id namque in marito, cujus in fundo dotali venæ lapideæ hujusmodi inventa est, omnes Dd. indifferenter probant, per dict. l. fin. ff. de fund. dotal. & d. l. fructus 7. (alias est l. divortio) §. si vir. ff. solut. matrim. ut testis est Ludov. de Molin. d. lib. 1. de Hispanor. primogen. c. 23. nu. 10. vers. secunda conclusio, &c.

De thesauro questio elegans movetur: an ille, in fundo emphyteutico inventus, ad emphyteutam, an verò ad dominum proprietatis pertineat? Et ilium ad proprietatis dominum pertinere, non sine luculentis rationibus statuitur: dummodo inventori, si vis emphyteuta, sive quis alius sit, pars dimidia relinquatur. I. Quia thesaurus in loco alieno, non datà operâ repertus, ex semisse domini soli est, ex altero semisse inventori cedit. §. thesauros 39. vers. at si quis in alieno, &c. sup. de rer. divis. l. si is, qui, 63. in princip. ff. de acquir. rer. dom. l. univ. vers. ult. C. de thesaur. Atqui prædij emphyteutici dominus non est emphyteuta: sed ille, à quo prædium in emphyteusim ipse habet, leg. 1. §. ult. ff. si ager vectigalis, &c. Non ergo ad emphyteutam, sed ad proprietarium pars dimidia thesauri, in solo emphyteutico à tertio quodam inventi, spectat. II. Quia thesaurus, quem usufructuarius, vel tertius aliquis in fundo fructuario invenit, in fructu non computatur: ac proinde pro parte dimidiæ lucro domini cedit, ad quem proprietas fundi fructuarii pertinet, l. fructus 7. §. si fundum 12. vers. non magis ff. solut. matrimon. Cum igitur emphyteuta in prædio emphyteutico usufructum saltem habeat, d. l. 1. §. ult. ibi, fundum fruendum conduxerunt. ff. si ager vectigalis, &c. certè thesaurus, quem vel ipse, vel alius aliquis in ejusmodi prædio invenit, ex semisse domino, ad quem fundi pertinet proprietas, acquiritur. III. Quia actus agentium ultra eorum intentionem nihil operatur, l. non omnis 19. in princip. & ibi Bartol. ff. de rebus credit. & l. obligationum 3. §. 1. ff. de oblig. & act. Covarruv. lib. 1. variar. resolut. c. 2. n. 2. Sed inter emphyteutam & dominum concedentem fundum suum in emphyteusim, id agitur: ut is, qui fundum in emphyteusim accipit, eo duntaxat utatur, d. l. 1. §. ult. ibi, fundum fruendum conduxerunt ff. si ager vectigalis, &c. Ergo ultra usufructum emphyteuta in prædio emphyteutico nihil habet. Ideoque thesaurus, quem in prædio istiusmodi invenit, ex semisse domini est; ex altero semisse eum sibi vindicat emphyteuta, non quidem propter emphyteusim, sed ob solum inventionem: quippe cum pars dimidio etiam extranei inventoris lucro crederet. IV. Quia Paulus Jc. respondit: ante omnia animadvertendum esse, ne conventio in una re facta, nocent in re alia, l. si unus 27. §. paria, quæ turpem 4. vers. ante omnia ff. de pactis. Quapropter cum inter dominum & emphyteutam conventio facta sit in

in prædii usufructu: sanè isthæc conventio domino concedenti, in thesauro invento nocere non debet. Atque hanc ita defendunt sententiam, post Placentinum in d. §. thesauros 39. supr. de rer. divis. Alvarus Valascus in tr. de jur. emphyt. qu. 15. n. 1. vers. sunt tamen aliqui, &c. D. Bocerus class. 2. Disput. 14. thes. § 1. & edit. 2. item in tr. de regalib. c. 3. num. 181. Eggebrecht. de synopsi juris emphyteut. conclus. 126. alique nonnulli, quos memoravimus, in d. §. thesauros supr. de rer. divis. num. 18. ubi communem Dd. Schoelam aliter sentire simul ostendimus.

277 Nostram autem decisionem non imminuit l. possessores 12. in fin. C. de fund. patrimonialib. ubi emphyteutæ simpliciter domini appellantur. Tum quia eo loco emphyteuticarii fundorum domini dicuntur, non quod revera domini sint effecti, sed quod pro dominis habeantur, ut ibidem sentit Cujacius. Tum quia illic emphyteutæ improprie & κατὰ ἄλλαν τὴν ὁρίαν domini vocantur, tradente Joan. Borehole. in Commentar. de feud. c. 1. num. 15. Tum quia locus ille accipiendus est non de omni emphyteuta, sed de eo, qui fundum patrimoniale, id est, fiscale, primò quidem in emphyteusin accepit, postea autem jure privato seu proprio eum sibi comparavit, salvo tamen ipsi fisco annuo canone. Quod verò fundi patrimoniales, ex jussu Principis, fieri alicujus possint, canone salvo, arguit etiam l. servus 39. §. ult. ff. de legat. 1. l. qui fundos 9. C. de omni agro deserto l. universis 9. & l. fundos 10. C. de fundis patrimonialib.

278 Nihil item decernit nostro pronunciato, quod emphyteutæ plenus tributum est jus in fundo emphyteutico, quam usufructuario in solo fructuario: cum emphyteusis regulariter ad heredes transeat, hoc §. nostro l. 1. ff. si ager vestigal. & similib. §. num. 92. adductis: usufructus autem morte fructuarii extinguatur, §. finitur. f. de usufruct. l. 3. §. ult. ff. quib. mod. usufruct. amitt. l. corruptionem 16. C. de usufruct. Quamvis enim in quibuscumque plenus sit jus emphyteutæ, quam usufructuarii: inde tamen necessariò non colligitur, similiter in thesauro illi plenus jus competere, quam huic: tum quia thesauro jus à jure veri domini pendet, arg. d. §. thesauros 39. f. de rer. divis. & d. l. fructus 7. §. si fundum 12. vers. non magis ff. solut. matrim. tum quia successio in emphyteusin, est quippiam diversum & separatum a thesauro: ut illa concessa, hic similiter concessus dici non possit, arg. l. penult. vers. neque enim sicut illud receptum ff. de reb. credit. l. duobus 25. ff. de testament. tutel. & Linter stipulantem 83. §. sacram. vers. sed hæc dissimilia sunt.

280 ff. de verb. obligat. Quinimò argumenti istius nullum esse robur, ex eo etiam liquet: quod similiter usufructuario in quibuscumque plenus tributum est, quam emphyteutæ. Hic siquidem jus suum emphyteuticum vendendi aut alienandi liberam potestatem non habet, l. 3. C. de jure emphyteut. & latius explicabitur infra suo loco. Ille verò jus suum percipiendi fructus aliis liberè vendere, locare, aut gratis concedere potest, §. 1. in fin. f. de usu & habit. l. arboribus 12. §. 2. l. non utitur 38. ff. de usufructu l. necessario 8. §. ult. ff. de peric. & commod. rei vendit. Præterea emphyteuta, non item usufructuarius, domino suo quotannis canonem emphyteuticum præstare cogitur, hoc §. nost. l. 2. & 3. C. de jure emphyteut. & explicatum §. n. 104 & aliquos seqq. Reliqua argumenta, quæ nostre traditioni adversari videntur, confutata sunt tum à nobis, in d. §. thesauros 39. num. 21. & seqq. f. de rer. divis. tum à D. Bocero d. tract. de regalib. c. 3. num. 182. & seqq.

282 Illud quoque notatu dignum est: quod, si in prædio emphyteutico sit vivarium, in quo ferre capi solent; emphyteuta in eodem venari possit: dummodò ferarum numerus, qui fuit eo tempore, quo emphyteutis fuit concessa, per singula genera conservetur. Quo in usufructuario dissentit respondit Triphonius in l. usufructuarius 62. §. si vicarius 1. ff. de usufructu, & in eo, qui emit cum pacto redimendi, probavit Cagnolus in l. 2. Cod. de pact. inter emp. & vendit. §. ult. hincque referunt Tiracellus in tract. de retract. convent. §. 3. gl. 1. n. 23. in jur. Si item in fundo emphyteutico sit lacus, stagnum vel piscina, in quibus pisces, ut ibi multiplicentur & crescant, habeantur: reditus piscationum ad emphyteutam pertinere non dubium est, arg. l. item si fundi 9. §. aucupiorum 5. vers. ergo & piscationum ff. de usufructu & l. quid tamen 10. §. sed & si stagni 3. ff. quib. mod. usufruct. vel usus amittitur. Ejusque ratio est perspicua: quia pisces, qui in stagno sunt, ut ibidem multiplicentur & crescant, ad instar fructuum pendentium pars fundi dicuntur: ideoque usufructuarius, emphyteuta, vassallus, & similes, piscando iis frui possunt: ita tamen, ut piscium numerus subinde per substitutionem conservetur. Tamen si pisces, custodiæ duntaxat causa in stagno vel piscina repositi, pars fundi esse non dicantur, sed quid ab ipso fundo, fructibusque fundi separatim ac diversum, l. limes & labra 15. in fin. ff. de actionib. empti. ibique Bartol. & Gothofredus. Siquidem per surrogationem corporum, fructus stagni perpetui efficiuntur, l. eum debere 33. ff. de servitutib. præd. urbanor. Et licet spacio temporis singula corpora mutantur: mediante tamen surrogatione, semper eadem res dicitur, l. proponebatur 76. ff. de judiciis l. sic ut 7. §. in decurionibus ff. quod cujuscunque universitatis nomine, &c. d. l. quid tamen 10. §. in navis 7. ff. quib. mod. usufruct. vel uf. amitt. l. servitutes 20. §. si sublatum 2. ff. de servitutib. prædior. urban. l. si grege 22. & l. si ita legatum 65. §. ult. ff. de legat. 1. Et hac de re videantur Guido Papa decis. 91. n. 4. Chassan. ad consuetud. Burgund. tit. 4. §. 2. gloss. pen. col. fin. Molinæus ad consuet. Paris. tit. 1. §. 1. gloss. 8. n. 18. & 19. & seq. Cepoll. de serv. prædior. rust. c. 42. n. 6. Zaf. in Epitom. jur. feud. part. 4. n. 2. & 3. Hartman. Pistoris lib. 1. qu. jur. qu. 24. n. 65 & seq. Schrader. in tr. feud. part. 3. c. 4. n. 7. & 2. part. 9. part. princ. sect. 4. n. 10. Bocerus. class. 2. Disput. 14. ib. 53. ed. 2. & d. tr. de reg. c. 3. n. 150.

Similiter si inter alia bona emphyteutica sit sylva cædua, id est, quæ succisa rursus ex stirpibus vel radicibus nascitur, l. sylva cædua 30. in pr. ff. de verb. signif. emphyteutæ ex ea arbores & ligna excidere licet: si modò frugiferis & grandibus arboribus parcat, cedendoque consuetum usum non excedat, l. ex sylva 10. & l. seq. l. si cignus 13. §. fructuarius, ibi. & non debet neque arbores frugiferas excidere, &c. & l. si absente 48. ff. de usufruct. l. fructus 7. §. si fundum 12. ff. solut. matrim.

287 Equid verò emphyteuta ejusmodi sylvam cædere queat, quæ non brevi, sed longo temporis intervallo succisa renascitur, non omnium eadem sententia est? Id equidem negare videtur Arius Pinelus ad l. 1. part. 2. C. de bon. mater. n. 59. circa finem, post Paul. à monte Pico, Arnulphum Ruzeum, & Sigismundum Lofred. ab ipsa relator, per hanc rationem: quod pullulare & renasci dici non debet, quod annorum multitudinem exigit, argente penult. ff. famul. excise. Verum contrarium magis probatur, Joan. Garfise in tract. de expens. & meliorat. c. 11. n. 35. Alexandro consil. 118. n. 3. & 7. lib. 5. Parisio consil. 111. n. 32. lib. 1. Curtio Seniori consil. 70. n. 8. & Bocero d. class. 2. Disput. 14. th. 54. ad lit. c. Tum quia d. l. sylva 30. ff. de verb. signif. sylvam cæduam esse definit, quæ succisa renascitur, nulla distinctione facta, brevi, an longo temporis intervallo renascatur. Emphyteutam autem generaliter ex quavis sylva cædua arbores succidere posse, constat ex d. l. ex sylva 10. ff. de usufruct. Tum quia textus in d. l. fructus 7. §. si vic. 13. ff. solut. matrim. expressè dicit: lapidem quoque in fructu fundi esse, si cæsus renascatur: quales in Gallia & Asia lapides esse feruntur. Atqui si tales inveniuntur lapides, qui cæsi renascuntur, proculdubio tardissimè succrescunt. Quare cum lapides, quantumvis longo temporis intervallo renascentes, in fructu sint: idem tamen de arboribus cæsis, quamvis longissimo tempore renascentibus, ibidem est. Ex quo clare satis evincitur; emphyteutam, ad quem fructus rei emphyteuticæ omnes spectant, ejusmodi arbores succidere posse.

Nec obstat d. l. antepenult. ff. famul. excise. Quia Ul. pianus in ea, de difficultate maxima, quæ impossibilitati comparatur, dissentit loquitur, arg. l. nepos Proculus 124. ff. de verb. signif. At in nostra sententia non est tanta contradi-
ctio difficultas, in arboribus, ut propterea impossibilis judicari debent: Adeo, quod terminus ille, ad renascen-

renascendum constitutus, planè naturalis est: ac propterea ob hoc temporis intervallum, ab ipsa natura præstitum: dicendum non est: renascendi facultatem in arboribus difficilem, nedum ferè impossibilem esse. Rectè ergo concluditur: sylvam cædum ab emphyteuta succidi posse, etiam si longo temporis intervallo arbores succissæ renascantur. Et de prædictis videantur, quæ annotavi in addis. ad Jul. Clar. §. *emphyteusis quæst.* 41. n. 7. & seqq.

292 Præterea incrementum fundi emphyteutici, quod ei obvenit, ad emphyteutam jure emphyteutico pertinere, palam est, l. *item si fundi* 9. §. *huic vicinus* 4. ff. de usufr. Nec hic quispiam probè distinxerit (sicut fecit gloss. in l. 1. super verb. *emphyteuticarius* C. de jure emphyteut. & alibi.) inter incrementum latens, ut si per alluvionem quid accesserit, & inter incrementum patens sive apparens, ut si insula in flumine juxta fundum emphyteuticum enata fuerit. Omne quippe incrementum, sive appareat, sive latet, ad emphyteuticarium spectat. Quemadmodum enim omne damnum, sive patens, sive latens, in re emphyteutica contingens, emphyteutam respicit, nisi funditus rem ipsam absumat, l. 1. Cod. de jure emphyteut. ita æquitatis & rationi congruit, ut omne commodum & augmentum, sive latens, sive apparens, eundem sequatur, arg. l. *secundum naturam* 10. ff. de reg. jur. Deinde eadem assertio confirmari poterit per textum in tit. §. *si quis de manso* 5. lib. 1. feudor. ibi cum Feudista dicit, omne incrementum jure feudi ad vassallum pertinere, si dominus in ipsa curte seu villa nihil sibi reservavit: eo ipso aperte distinctionem incrementi latentis & evidentis rejicit: quia hæc est natura hujus vocis universalis, ut omnes casus includat & comprehendat, arg. l. 1. §. 1. ff. de legat. præst. in d. l. si servitus 23. ibi, verbo generali omne lumen significari. ff. de servit. urban. prædior. l. 1. a procuratore 13. C. mandati. can. 1. §. *dicendo verò omnia*, &c. Distinct. 19. Atque ita exaudiunt textum illum Zafim in Epis. feud. par. 6. num. 48. Fridericus Schenck. à Tausenberg. num. 5. & Jacob. Cujacius in d. §. si quis de manso. Francisc. Sponsbeccius par. 10. de feudis n. 6. alique. Et quanquam allegatus textus de feudi duntaxat incremento loquitur: attamen quod de feudo illic dicitur, non insecit ad emphyteusin transferretur: cum augmentum de feudo ad emphyteusin valere, extra omnem sit controversiam. Atque hanc sententiam, ceu communi calculo receptam, probat Bartol. in d. l. nu. 10. Alberic. n. 5. & 9. Salices. col. penult. & Jason 79. C. de jur. emphyt. Idem Alberic. in l. de quibus 32. n. 27. & seqq. ff. de legib. ubi etiam Guilielm. de Cuneo, Angelus nu. 14. & Francisc. Orosius n. 21. latè Tiber. Decianus respons. 123. num. 53. & seqq. vol. 4.

297 Nec oberit d. l. *item si fundi* 9. §. *huic vicinus* 4. ff. de usufructu. ubi dilucidè traditur, alluvionis usufructum pertinere ad usufructuarium: insule autem in flumine natæ usufructum, ad usufructuarium non spectare. Nam illud ad simplicem usufructuarium, cujus jus morte extinguitur, non ad emphyteuticarium, qui firmius, morteque non finiturum jus utendi fruendique obtinet, & aliàs enim ab usufructuario multum distat (uti ex prædictis videre est) pertinet: ut bene hoc explicans. Johannes Borcholt. in Comment. de feud. cap. 3. num. 13. ad fin. & Alvar. Valascus in tract. de jur. emphyteut. quæst. 16. num. 3. & seqq.

298 Cùm igitur emphyteutæ utendi fruendi jus, in re emphyteutica competat: inde perspicuum evadit, omnia remedia, quæ ad usum rei suæ, & fructum tuendum domino jure comparata sunt, emphyteutæ quoque constituta esse. Idcirco is non solum actione in rem, contra quemvis rei emphyteuticæ possessorem, l. 1. in fin. ff. si ager vestigialis, id est, emphyteuticæ. pet. sed etiam negotiorum actione, aliisque juris remediis experiri potest, adversus eos, à quibus re emphyteuticaria uti prohibetur. l. 1. §. 1. sicut 8. §. Aristo 5. ff. si servit. vindicet. l. 3. §. 2. & §. seq. ff. uti possidet. l. qui pendente 25. ff. de actionibus empt. & vend. Menoch. de reind. poss. remed. 3. quæst. 10. num. 24. ubi alius citat. Sed & experiri potest

emphyteuta aquæ pluvie arcendæ actione, l. quod Principis 23. §. 1. ff. de aqua & aque pluv. arcend. itemque interdicto, quod vi aut clam, l. 1. §. 1. ff. de operis novi nunt. Tum etiam novum opus nunciare potest, si forte damnum è futuro ædificio ei imminuat, l. 3. §. penult. ff. eod. tit. Ratio manifesta est: quia isthæc juris remedia superficiario competunt, dictis jam legibus: cui emphyteuta similis est, l. tutor. 16. §. ult. ff. de pignorat. action. imò longè potentius jus habet: cùm hic rem sibi totam; ille verò tantum ædes, solo alieno permanente, teneat. Unde si emphyteuta ab ædibus ruinosis damnum metuat: damni infecti utiliter stipulari poterit: cùm id etiam superficiarius queat, l. qui bona 13. §. si superficiarium ff. de dam. infect. Verum quomodo superficiarius differat ab emphyteuta, exposuit Vultejus hic num. 9. & proluxit Valascus in tractat. de jur. emphyteut. quæst. 13.

Ersi verò jus utendi fruendi emphyteutæ concessum est: rem tamen in emphyteusin datam deteriore facere, ejusve formam ac substantiam mutare non potest, argum. principii ff. de usufruct. l. 1. l. si cuius 13. circa princip. l. usufructuarius 61. & l. sed cum fructuar. 65. ff. eod. tit. Unde controvertitur: an emphyteuta nemus seu sylvam extirpare, eamque in pratum, vineam, olivetum, agrum, hortum, quidve simile convertere, vel aliter rem emphyteuticam in aliam formam redigere & transmutare possit? Et quidem expeditum est, si ex hujusmodi mutatione sylvæ deterior fiat: isthanc mutationem emphyteutæ permissam non esse. Quod si verò res emphyteutica melior ac fructuosior efficiatur, communiter ita distingui solet: Aut sermo est de area in emphyteusin concessa: quo casu concors sententia est, emphyteutam in illa quodcunque ædificium extruere posse. Licet enim rei forma per istud ædificium mutetur: facillimè tamen, eo sublato, area ad antiquam speciem, formamque pristinam reduci potest. Aut quæstio est de sylvæ cædua vel non cædua, sive de vinea, horto aut oliveto: quo casu rursus recepta conclusio est, emphyteutam illa extirpare, aut aliam in formam mutare non posse: tametsi ex tali mutatione res utilior & fructuosior reddatur. Hæc siquidem res in aliam formam conversa, ad primævum statum facile reduci nequit. Quam distinctionem non obscure probant, Baldus in l. 1. n. 11. & Jason n. 99. C. de jure emphyteut. Capoll. de servit. rustic. cap. 22. n. 10. & Finelius ad l. 1. C. de bon. matern. par. 2. nu. 52. Nec ei, quod dictum est, emphyteutam in area extruere ædificium posse, obstat l. usufructu 7. §. 1. vers. hac ratione ff. de usufruct. & l. repeti. 5. §. ult. ff. quib. mod. usufruct. vel usus amitt. quibus in locis traditur, usufructuarium non posse areæ imponere ædificium. Quamvis enim emphyteuta, ad instar usufructuarii, utendi fruendi jus habeat: attamen exploratum est, & hæcenus sæpe inculcatum, nimirum ff. nu. 117. & 278. jus emphyteutæ competens plenius potentiusque esse, quàm illud, quod ad usufructuarium spectat. Quæ ratione contingit, ut emphyteuta in nonnullis longe majorem, quàm usufructuarius, potestatem obtineat.

Ex commodis porro, quæ in re emphyteutica sunt comparata emphyteutæ, superest rei emphyteuticæ alienatio. Emphyteutæ equidem meliorationes suas, & ipsum jus emphyteuticum vendendi facultas concessa est. certis tamen conditionibus: ut videlicet teneatur ipse domino denunciare testatò, adesse aliquem, qui velit emere jus emphyteuticum; & indicare: quantum ille offerat; simulque domino facere potestatem; ut, si velit, eodem precio rem emere, & ad se recipere possit. Quam emendi potestatem seu prærogativam Doctores appellant jus *retractionis* den vorgang, vorkauff, item jus retractus, das Stundrecht. Dinnerus in explicat. tit. ff. si ager vestigialis quæst. 8. eumque referens Eggebrecht. d. synopsi juris emphyteutici conclus. 138. Quod si dominus ita interpellatus, non esse sibi voluntatem emendi, declaret; aut intra duos menses post factam denunciationem sileat: tum domum ille liberè, neglectoque domini consensu, jus suum transferre in quemcunque alium, idoneum & capax poterit. Hocque casu dominus novum emphyteutam in possessionem suscipere, soluto ei laudemio, hoc est,

est, quinquagesima parte precii vel æstimationis rei, compellitur, l. 3. *Cod. de jure emphyteut.* Donell. lib. 9. *Commentar. de jure civil. c. 14.* Borcholt. in *Commentar. de feud. c. 3. nu. 36.* Et seqq. D. Halbritter. in *Disput. de jure emphyteut. de anno 1602. Respondente D. Samuele Banfio th. 19.* Et aliquot subsequentibus. Tamen interdum plus, interdum minus pendere soleat; ut testatur Stephanus Gratianus tom. 1. *discept. forens. c. 180. n. 2.* eumque citans Dn. Collega Besoldus in *thesauro pract. lit. H. nu. 12. p. 377.*

305 Laudemium istud (quod novus emphyteuta domino honorarii loco pro subscriptione, inque possessionem inductione, præstare tenetur, arg. d. l. 3. Et ibi gloss. in verb. accipere C. eod. l. debet 26. ibi, emptorem sequeretur ff. de edit. edit. Jul. Clar. lib. 4. recept. sentent. §. emphyteosis qu. 23. nu. 4. Jafon nu. 45. Et Sichard. nu. 33. in d. l. 3. five ult. C. de jur. emphyt.) alias vocari solet laudativum sive laudatitium, ex eo fortè, quod dominus laudet, seu approbet contractum; ut, post Afflictum in c. imperialem §. illud quique n. 14. de prohib. feud. alienat. pr. Frider. in usib. feud. docet Wesenbecius consil. 16. de laudemii nu. 11. & Dn. Besoldus dicto loco. Leo Imperator in Nov. 13. τὸ εἰς δεξιῶν, Galli l'accordement, Schepitz. in not. ad promptuar. jur. civ. Et feud. Balhaf. Klammeri tit. 10. n. 13. vulgò handlobn, handlesen, Weglasin. Sichard. ad d. l. ult. n. 20. sub fine, Saxones Lehenwahr, appellant, Eggebrecht. d. synopsi jur. emphyt. conclus. 172. Paul. Matthias Webuer. in suis pract. sic. observat. lit. H. in verb. handlobn, &c. Vide Amadæum à Ponte in tract. de laudemii, qu. 1. per tot. & ea, quæ fufius annotavi ad Julium Clarum d. §. emphyteusis qu. 23. itemque Georgium Frantzkiem in tract. de laudemii, cap. 1. Sanè si decederet dominus directus, proprietate heredi, alteri verò usufructu legato, & res emphyteutica alienaretur: hoc casu laudemium usufructuario solvendum esse, frequentius, & quidem non sine ratione, obtinuit. Cum enim fructus sit, utilitas ex re, vel propter rem proveniens: meritò hoc emolumentum, quod propter rem ipsam provenit, ad usufructuarium, pertinere debet, arg. l. usufructu legato 7. Et l. item, si fundi 9. in princ. ff. de usufruct. l. fructus 72. ff. de reg. jur. Joan. Andr. in addis. ad Speculat. de emphyteusi. §. nunc aliqua qu. 93. in fin. verb. qui tabernas Jafon in d. l. ult. n. 35. C. de jur. emphyteut. Clarus d. §. emphyteosis qu. 23. n. 5. ubi in fine affirmat, se vidisse ita servari.

307 Sed hic non inconvenienter quaeritur: an emphyteuta socio suo, qui eadem de re investitus est, vendere partem suam liberè, & domino irrequisito, valeat? Et Doctores plerique concludunt: emphyteutam, absque prævia denunciatione domino facta, in socium suum liberè alienationem exercere posse, Bartol. Et alii in l. qui Romæ 122. §. duo fratres ff. de verbor. oblig. Jafon in l. si domus 71. §. ult. col. ult. ff. de legat. 1. Verum sententiam contrariam esse verisimiliorem arbitror, hac ratione motus: quia socius, licet consanguineus sit, jure communi non potest libere rem retrahere pro precio, quod ab extraneo offertur, l. dudum 14. C. de contrahend. emps. Sed dominus directi (quod vocant) domini hoc jus retrahendi habet, d. l. 3. C. de jure emphyteut. c. potuit 4. de locato Et conduct. proindeque dominus in rei emphyteuticæ venditione præfertur socio emphyteutæ: & consequenter ipsi domino emendi conditio & potestas prius offerri debet; etiam si socio suo vendere emphyteuta veller. Ex quo perspicuum est, inter socium emphyteutam & extraneum, emere volentem, nullam hac in re differentiam constituendam esse. Ita quoque sentiunt Dn. Collega Boccr. class. 2. Disput. 14. th. 64. edit. 2. & Eggebrecht. d. synopsi juris emphyteut. conclus. 143.

309 Nec huic reclamant sententiæ Alexander Imp. in l. voluntas 4. C. de fideicommissis, ubi prohibitus alienare extra familiam, potest forori coheredi vendere vel alienare. Ea namque in lege alienatio non simpliciter, sed certo modo à testatore prohibita fuit: ne scilicet fundus extra familiam alienaretur. Ex qua sanè prohibitionem colligitur: personis: in eadem familia comprehensis, ex testatoris permisso fundum vendi sive donari posse. Qui enim ex-

tra familiam quid alienari prohibuit: is utique, ut in familiam transferri vel alienari possit, concessisse videtur. At nostra in specie res emphyteutica non respectu certarum personarum, sed simpliciter & indistinctè alienari prohibetur, d. l. 3. C. de jur. emphyt. Quare hæc prohibitio perinde socium, atque extraneum includit.

Nihil quoque obstat textus in c. Imperialis §. præterea ducatus tit. 55. lib. 2. Feud. ubi feudum inter confortes sive socios coheredes dividi potest. Etenim textus ille aperte loquitur de divisione, quæ alienatio necessaria reputatur, propter discordiam quæ ex communione oriri posset, argum. l. in hoc judicium 14. §. si conveniat, 2. ff. communi divid. Et l. cum pater. 77. §. dulcissimis 20. ff. de legat. 3. Alienatione autem prohibita, non censetur prohibita aut interdicta alienatio necessaria, l. Divus §. ff. de hereditat. petit. l. 1. in princ. ff. de fundo dotal. l. item si res 4. §. si quis 3. ff. de alienat. judicii mutandi caus. fact. l. peto 69. §. prædium, ibique Dd. ff. de legat. 2. cum necessitas legem non habeat. Decius in c. que propter necessitatem 162. ff. de reg. jur. Tiraquell. in tractat. de retract. lignagier. §. 26. gloss. 1. num. 19. Et seqq. ubi de necessitate plura cumulate adducit.

Similiter non advertebatur, quod de feudo obijcitur, id absque domini consensu infimulaneè investitutum, vel agnatum licet alienari posse: cum talis alienatio potius refutatio (quæ sine voluntate domini fieri potest, tit. 38. lib. 2. feudor.) quàm vera alienatio intelligatur, tit. 49. vers. Et licet, &c. d. lib. 2. feudor. Illud enim in feudo ob hanc rationem receptum est: quoniam per istiusmodi alienationem, in agnatum factam, nullus domino feudi contemptus irrogatur: siquidem feudum hac in specie alienatur in eum, qui à domino in prima investitura fuit approbatus. Hartman. Risoris part. 1. quest. 6. nu. 28. Ideoque cessat isto casu prohibita alienationis ratio: quæ in feudo (ut jam monitum) hæc est: quod per alienationem, sine domini consensu interpositam, dominus contemni, adeoque injuriâ affici videatur, per textum in tit. 24. §. final. lib. 2. feudor. Jus verò emphyteuticum propter hanc potissimum causam, irrequisito domino, alienari prohibetur: quia domino jus rem emphyteuticam eo precio, quod ab alio offertur emptore, comparandi competit: quo jure defraudare dominum cupit emphyteuta, qui absque denunciatione eidem facta alteri rem emphyteuticam vendit: sive extraneo, sive simul investito, etiam agnato & consanguineo, partem suam vendat.

Sic nihil ad rem pertinet c. ex insinuatione 43. extr. de jure patronat. ubi jus patronatus (quod inconsulto Episcopo alienari nequit c. illud prætereundum 8. eod. tit. in compatronum absque Episcopi assensu licite alienatur. Nam jus patronatus individuum est, omnibusque patronis in solidum competit, c. 1. ibique gloss. de jur. patron. arg. l. loco corpus 4. §. si fundus 3. ff. si servus vindicet. Et l. si libertus 23. in fin. ff. de bonis liberor. Quæ de causa alienatio, in compatronum facta, non alienatio vera, sed potius renunciatio quædam esse intelligitur, gloss. Et Canonistæ in d. c. ex insinuatione 43. extr. de jure patron. Inconcussa ergo manet sententia nostra, qua statuimus, socium sine denunciatione legitime domino facta, partem emphyteuticam socio suo, quantumvis sanguine juncto, vendere non posse, tamen non ignoremus, aliter sentire D. Sichardum in d. l. voluntas 4. C. de fideicommissis nu. 6. Et 7.

Enimverò quod dictum est: emphyteutam irrequisito domino, & absque denunciatione præcedente, jus emphyteuticum vendendi potestatem non habere: illud haud procedere existimo (ut ut multi dissimulant, Jacob. Butrig. huncque citans Speculat. in 2. de emphyteusi qu. 94. nu. 117. Alexand. consil. 106. viso themate instrumenti nu. 3. Et 9. vol. 4. Berou consil. 44. n. 20. Et consil. 123. nu. 42. Et consil. 193. nu. 19. vol. 1. Socin. jun. consil. 70. n. 9. vol. 3. Et alii per eos relati) si in emphyteutico instrumento discretis exprimat verbis, quod emphyteuta licentiam ac potestatem alienandi, in quemcumque voluerit, habere debeat: idque primo per textum in d. l. 3. ibi, sanemus, siquidem, &c. C. de jure emphyt. ubi expressè cautum est: emphyteutam, qui licentiam alienandi

mandi à domino accepit, alienare posse. Atqui in proposito licentia potestatisque alienandi ab initio concessa emphyteutæ fuit. Itaque is peculiari domini consensu amplius opus non habet. Deinde pacta & conventiones eam semper interpretationem recipiunt, ut aliquid operentur, licque non superflue aut frustra à contrahentibus interposita censeantur, *l. si quando 109. in princ. ff. de legat. 1. l. si stipul. 4. ff. de usur. l. cum essent 33. §. 1. vers. nisi pactum ff. de servit. pred. rustic. c. si Papa 10. ibi, cum verba aliquid operari debeant, de privileg. in 6.* Proindeque conventio illa in contractu emphyteutico interposita, quod emphyteuta jus emphyteuticum alienare possit, merito sic exaudienda est, ut etiam sine consensu domini jus illud emphyteuta alienare valeat. Præterea hoc facit *l. si convenit 4. ff. de pignoratis. act. §. l. fin. §. 1. C. de jure domini impetrand. quibus textibus probatur, creditorem, qui jure communi pignus, non interpellato prius debitore, vendere non potest, pacto interveniente, ut vendere ipsi liceat, non teneri debitorem admoherere seu interpellare.* Confert denique eodem nota juris regula, qua dicitur, quod contractus ex partium conventionione, etiam contra illorum naturam, legem accipiant, *l. 1. §. si convenit 6. ff. de positi. l. in conventionalibus §. 2. ff. de verb. oblig. l. contractus 23. §. l. semper in stipulationib. 34. ff. de regul. jur. l. 1. vers. in quo cuncta, &c. Cod. de jure emphyteut.*

Assertioni nostræ non refragatur *l. si quando 35. in princ. C. de inoffic. testament. ex qua evinci posse videtur, quod dominus, qui alienandi facultatem emphyteutæ fecit, intelligatur hoc jus emphyteutæ tribuisse, ut alienare possit rem emphyteuticam, observatis solennitatibus in alienatione ejusmodi necessariis.* Requisitionem autem & consensum domini in alienatione rei emphyteuticæ esse necessarium, liquidò constat ex *dist. 13. C. de jure emphyteut. Non, inquam, lex ista refragatur.* Nam certum est, Imp. Justinianum in specie illius legis alicui (putà libertino, ut ibi Gothofredus notat) quoad bona duntaxat, non verò quoad formam & solennitatem, liberam testandi facultatem concedere voluisse. Et quamvis verba concessionis, per se considerata, etiam solennitatis remissionem importare viderentur: mens tamen Imperatoris minimè fuit, de consuetis ac solennibus testamenti formulis per ejusmodi verba aliquid derogari: cum non credendum sit, Romanum Principem, qui jura tueretur, hujusmodi verbo totam observationem testamentorum, multis vigiliis excogitatum atque inventam, velle everti, ut ipsemet Justinianus ibid. loquitur.

Nihil item refutit *l. quæro §. 4. §. inter locatorem ff. locati. ubi pactum super contractu locationis appositum de non expellendo conductore, in dubio intelligitur secundum naturam contractus, tamen nihil operetur: ut scilicet ille non expellatur, si pensionem promissam solvat.* Etenim in specie hujus legis verba locatoris non fuerunt expressa, quod eo etiam casu, quo conductor in pensionibus solvendis cessaret, expellendus non esset: sed simpliciter tantum de illo non expellendo conventio interposita fuit. Quæ quidem conventio cum specialiter in casum pensionis non solutæ facta non fuerit: juxta naturam contractus accipienda est; ut videlicet conductor expelli non debeat, si modo pensionem solverit, & reliqua, quæ sunt de natura hujus contractus, præstiterit. In proposito autem themate verba concessionis non ambigua, sed satis manifesta sunt, suæque significatione hoc importantes: quod emphyteuta, citra domini consensum & licentiam, alienare jus emphyteuticum queat, in quemcumque voluerit. Ex quibus utique verbis, ab initio contractui emphyteutico adjecta, evidentiissime apparet, ipsum dominum emere non velle, sed alii vendendi liberam potestatem concedere. Qui concedentis sensus cum planus sit ac perspicuus: iuris ratio non patitur, ut verba concessionis, per se satis clara & lucida, in hunc restringamus modum, quasi emphyteutæ sub hac duntaxat conditione, si domino prius denunciationem fecerit, alienare liceat. At quid enim isthac denunciatione opus esset, cum dilectis verbis in ipso contractu emphyteutico dominus declaraverit, rem emphyteuticam

se emere nolle, propterea liberam facultatem vendendi, cuiuscumque voluerit, emphyteutæ concesserit? Rufuratis igitur contrariis argumentis, ex communi Doctorum sententia merito concluditur: emphyteutam, cui ab initio contractus emphyteutici alienandi & vendendi facultas, cuiuscumque voluerit, tributa fuit, nulla præcedente denunciatione, dominique consensu non requisito, jus emphyteuticum alienare & distrahere posse. Atque ita docent Salicetus in *d. l. 3. n. 2. C. de jure emphyteut. Baldus ibidem n. 3. §. Jason. n. 4. & 5. Imol. in cap. potuit 4. extr. de locato. n. 64. Ruin. consil. 81. n. 6. & 7. vol. 1. Jacob de sancto Georg. de feud. in verb. ita quod etiam vasalli, &c. n. 1. Marc. Mant. in tract. de jure protimis. n. 19. & plures alii, quos recenset & sequitur Aurelius Corbulus in tract. de jure emphyteut. cap. 14. ampliat. 2. n. 5. & aliquot seqq.*

Quæstio hæc pulchra examinanda occurrit: utrum heredes emphyteutæ, cui dominus ab initio contractus emphyteutici licentiam alienandi dedit, ex eadem licentia antecessori data, emphyteusin absque præfata denunciatione vendere possit? Et licet sint nonnulli Interpretes, qui censent, facultatem alienandi emphyteusin emphyteutæ concessam, ad heredem ipsius non transire, ut late concludit in feudo Marian. Freccia de subfeud. Baron. lib. 2. quæst. 5. & alii, quos ipse allegat. attamen contrariam, utpote veriore & receptiore sententiam, probarunt, Andr. de Isern. Matth. de Affict. & alii in c. Imperialem de prohib. feud. alienat. per Fridericum tit. 55. lib. 2. feud. item Capic. decif. 121. nam. 11. & Bocerus d. class. 2. Disput. 14. thes. 65. ad lit. b. per textum in l. sicut 8. §. si debitori 16. ff. quibus modis pig. vel hypothec. solvit. ubi concessio de alienando pignore debitori per creditorem facta, porrigitur etiam ad heredem debitoris, ut pignus alienare possit.

Non obstitit *l. Lucius 93. in princip. ff. de legat. 3. ex qua colligitur, si testator prohibeat Titium alienare fundum, heredem Titii alienare posse: cum prohibitio censetur esse personalis.* Ergo ex adverso quando dominus emphyteutæ permittit emphyteusin vendere: videatur hanc vendendi facultatem ad personam emphyteutæ restringere, non autem ejus quodque heredi largiri voluisse. Non obstitit, inquam, lex illa. Quod enim in ea heres filix (non obstante testatoris prohibitione, de non alienando facta) alienare potest: non fit ea ratione, quasi illa prohibitio personalis esset, nec ad heredem filix transiret: sed quod præceptum de non alienando, tanquam nudum & sine ratione interpositum, nullius momenti fuerit, per textum ibi, cum hoc nudum præceptum est & l. pater 38. §. Julius 4. ibi, cum hoc nudum præceptum est ff. eod. tit. de legat. 3. Quare cum illud præceptum, seu nullum & invalidum, filiam non obstrinxerit: consequens est, nec ad heredem quidem filix transivisse. Aliter foret respondendum: si testatoris præceptum cum ratione factum, adeoque validum fuisset. Tunc etenim haud dubiè illud etiam ad heredem prohibiti transivisset.

Pariter nihil movet *l. cum quis sibi 55. ff. de verbor. obligat. ubi cum expressum sit, si creditor debitori concedit facultatem solvendi Titio; non posse debitorem successoribus & heredibus Titii pecuniam creditori debitam solvere: inde dicendum videtur, facultatem vendendi coram personæ nominatim tributam, ad heredem ejus neutiquam devolvæ.* Ideò namque heredi Titii, solutionis causa adjecti, solvi non potest: quia Titio, solutionis causa adjecto, non stipulatio, nec ex stipulatione jus ullum acquiritur: ut proinde nihil sit in eo, quod ad heredem transferat: argumento est, quod Titius solutionis causa adjectus, neque quod in stipulationem deductum est, petere, *l. quod stipulatus 101. ff. de solutionib. neque fidejussorem accipere, l. fidejussor obligari 16. ff. de fidejussorib. neque promissorem ulla suo facto liberare potest, dist. l. 10. ff. de solutionibus.* Ceterum in proposita specie emphyteutæ, cui facultas alienandi per pactum investituræ concessa fuit, jus aliquod est quæsitum: quod quidem jus omne emphyteutam in heredem suum transire, non dubitatur, *l. heredem 59. §. l. hereditas 62. ff. de*

de reg. jur. Videatur Corbulus d. tract. de jur. emphyt. c. 14. ampliat. i. 1. ubi utramque in partem plura cumulat.

327 In quaestione & illud potest vocari: utrum dominus, qui alienandi facultatem permisit emphyteutæ, ante alienationem emphyteusos factam, & sic rebus omnibus adhuc integris, poenitere, & consensum sive permissionem suam revocare possit? Et indubitatè statuendum est: si dominus paciscendo vel contrahendo emphyteutæ facultatem alienandi concesserit; hujusmodi concessionem, pacto seu conventionem factam, nullo modo revocari posse, per l. 1. C. de jure emphyt. ubi dicitur, quod pactiones emphyteuticæ firmæ illibataque stabilitate perpetua modis omnibus custodiri debeant. Et facit l. 3. Cod. eod. tit. ubi haud obscure sancitur, pactum de alienatione juris emphyteutici interpositum, tesse observandum. At si non paciscendo, sed simplici permisso dominus in hoc consentiat, ut jus suum emphyteuta alienare queat: hoc casu probabilius videtur, quod domino, ante alienationem factam etiam invito emphyteuta, permillum sive consensum suum revocare liceat: idque arg. l. siant 8. §. si voluntate 6. ff. quib. mod. pig. vel hypoth. sol. ubi responsum est; creditorem; qui debitori vendere pignus permisit, desiderare posse, ut fundus sibi applicetur, si nondum venierit; nec satis esse ad repellendum creditorem, quod debitor vendere voluerit, si venditio secuta non est. Cum ergo creditor, post alienandi facultatem debitori permillum; avocare pignus, alienatione nondum secuta, possit: intelligere promptum est, creditorem consentiendo, ut pignus distrahatur, non obligari in hoc; ut pignus vendi patiatur: alioquin etiam ante venditionem interpositam jus avocandi pignus a debitore non haberet, sed pacti exceptione repelli posset. Cum igitur in d. §. si voluntate. Marcianus sine ulla hæsitacione statuat, si pignus nondum venierit, creditorem, ut sibi id applicetur, petere posse: satis ostendit Jurisconsultus, ex simplici creditoris permillum nullam actionem vel exceptionem debitori quaesitam fuisse. Proinde concludendum est: si dominus permisit emphyteutæ vel vasallo, emphyteusum seu fundum distrahere: consensum hunc a domino, ante venditionem interpositam, & rebus adhuc integris, revocari posse. Eandem conclusionem non parum corroborat, l. quis saxum 6. ff. de donationibus, cujus hæc verba sunt: Quis saxum mihi eximere de suo permisse donationis causa: statim, cum lapis exemptus est, meus sit: neque prohibendo me evehere, efficit, ut meus esse desinat: quia quodammodo traditione meus factus est. Planè si mercenarius meus exemit, mihi exemit. Sed si is, qui a me emerat, sive mercede conducebat, ut paterer etiam sibi jure eximere: si, antequam exemat, me poenituerit: meus lapis durat, &c. Ex qua lege hæc doctrina extruitur: quod simplex permillum pactum non inducat: & ea propter, rebus adhuc integris, revocari valeat.

331 Nec obstat, quod consensus tum demum obligationem non inducat, quando quis consentit actui, qui absque voluntate ejus celebrari potuit, l. Lucius 21. ff. de administratione peritorum. secus verò sit, quando quis consentit actui, qui absque voluntate ejus celebrari non potuit: tunc enim consensus obligationem inducat. Nam quod eo etiam casu, ubi quis consentit actui, qui absque voluntate ejus explicari non potuit, ex simplici permillum non inducatur obligatio, probat d. l. siant 8. §. si voluntate 6. ff. quibus mod. pig. vel hypothec. sol. & d. l. quis saxum 6. ff. de donationibus. In utraque enim lege consensus super actui, qui non potuit sine voluntate consentientis expediri, fuit interpositus: & tamen nullam obligationem ex tali consensu fuisse natam, constat.

332 Sic quoque non obest, quod objicitur, ex istiusmodi simplici permillum pactum nudum induci, argum. l. 1. in princ. ff. de pact. & in pacto nudo, cum sit contractus innominatus, non correlative, juxta gloss. singularem, in l. 1. in pr. super verb. figuris, ad finem ff. de obligat. & act. rebus etiam omnibus adhuc integris, poenitentia locum non esse, Jason in l. si pecuniam 5. in princ. limitat. 9. ff. de condit. causa data, &c. Quoniam respondetur, verius esse, ex simplici permillum & consensu pactum non

oriri: cum pactum sit consensus, animo obligationis contrahendæ interpositus, arg. d. l. 1. §. ff. de pactis. At qui dominus permittendo jus emphyteuticum distrahi, animum obligandi non habet, d. l. siant 8. §. si voluntate ff. quib. mod. pig. vel hypothec. Haud enim omnis consensus animo obligandi fit: & ideo etiam non omnis consensus obligationem inducit, arg. l. fin. ff. de obligat. & act. Verum vide Ludolphum Schraderum, hanc quaestionem aliter tractantem, in tract. feud. part. 8. cap. 4. nu. 6. & seq.

Est & illa elegans quaestio: si Prælati vendendi seu alienandi licentiam & potestatem emphyteutæ concessit: utrum isthæc licentia morte Prælati expiret, vel potius etiam post obitum Prælati emphyteusis Ecclesiastica, vigore illius licentiæ, alienari possit? Et licentiam vendendi, mortuo ipso Prælato, qui eam concessit: censeri extinctam, non sine ratione quispiam affirmaverit. Etenim licentia alienandi emphyteusum, vel disponendi de ea in ultima voluntate, nullum jus in re tribuit: sed solummodo impedimentum, quod alienationi obstabat, tollit: ita ut liceat, quod antè non licebat; nempe ut emphyteuta, qui sine consensu domini jus suum in alium transferre nequibat, transferendi nunc potestatem habeat. Panor. mitan. in cap. cum ad hoc 16. colum. fin. extr. de clericis non residentib. Cardinal. in clement. fin. de elect. quest. 5. Bald. in l. si ut proponis 4. C. de servo pignori dato manumisso. Hæcque opinio confirmari poterit ex t. 3. lib. 1. §. t. 35. lib. 2. feudor. ubi constitutum est; si Archiepiscopus, Episcopus, Abbas, vel Prælati investituram ejus feudi, quod alius detinebat, eo tenore alicui dederit, ut post obitum ejus, qui possidet, habeat: & antè decesserit Episcopus, quam ille, qui feudum possidebat: successores ejus non cogi, eam investituram facere, vel confirmare. Cujus rei hæc est ratio: quia Episcopi & Prælati Ecclesiarum, rerum dontaxat præsentium, non etiam post mortem suam gerendarum, habent administrationem, arg. c. 2. extr. de donationibus. & can. ult. caus. 12. q. 1. Non igitur, falcem veluti in messim aliam immitentes, successoribus suis præjudicium irrogare poterunt: præsertim cum illi, qui in ipsorum loca substituuntur, non jure successionis; sed vel postulationis, vel electionis, sique novo titulo, novoque jure ad istam dignitatem sive officium evehantur, c. ad decorem 5. extr. de institutionibus. c. 2. de concessione præbende Joan. de Anania in c. fin. col. 6. in fin. ubi & alii Canonista extr. Ne Prælati vices suas vel Ecclesiæ sub annuo censu concedant. Itaque non nimirum est, quod illi Antecessorum suorum, ut pote a quibus nullam habent causam, factum præstare non teneantur, Bald. & Jason in l. 1. ff. de constitutionibus princip. Et ita in nostris terminis respondit Hier. Gabriel. conf. 83. per tot. quem refert & amplectitur Aurel. Corbulus in tract. de jur. emphyt. c. 14. ampliat. 6. nu. 6.

Posteaquam de venditione diximus: nunc de donatione; & aliis alienationis speciebus breviter videbimus. Ardua autem, mirumque in modum exagitata quaestio est: Num emphyteuta, domino non consentiente, jus suum emphyteuticum donare queat? Et emphyteutam jus suum nullo modo sine domini consensu donando transferre posse (post huerium, antig. glossatorem, & Bart.) docuerunt Franc. Sarnient l. 3. select. interpr. c. 2. n. 3. cum seq. Richineus lib. 3. contrav. jur. c. 97. & recenter Homius lib. 3. var. resolut. jur. civ. tract. 7. part. 2. quest. 12. p. 1145. & seqq. Contrarium verò communiter responderunt Accurs. in l. fin. in verb. alius vendere. C. de jur. emphyteut. ibique Jason n. 54. & seqq. & Corasius n. 9. Julius Clarus lib. 4. sentent. 9. emphyteusis q. 15. Corbulus dict. tractat. de jur. emphyteut. cap. 14. limitat. 13. & fere infiniti, ab his allegati. Quibus novissime assentiuntur Joannes Borcholte de feud. cap. 3. nu. 42. Donell. lib. 9. Commentar. de jure civil. cap. 14. ibique Hilliger. in suis not. ad lit. G. Andr. Gerhards deced. 15. just. 5. Bronchorst cent. 1. & variorum Parvior assert. 80. edit. 2. Arimæus Exercit. Justin. 14. D. Obrecht. disp. 36. de jur. emphyt. thes. 106. & seqq. D. Bocer. diss. 2. Diss. 14. th. 67. lit. a. ed. 2. D. Beold. in prælat. 1. ff. ager vel ag. per q. 3. itaque in delib. jur. ex lib. 6. Pandect. 2. 3. n. 9. p. 506.

cum seq. *Matthias Stephani cent. 3. q. 83. ad lit. a. Philippus Adolph. à Münchhausen in suis disceptationib. q. 7. Petr. Surd. decif. 93. n. 1. & seq. Riemer. decad. 11. quæst. illustr. 4. Frantzkins in tract. de laudemis cap. 9. n. 68. cum seqq. pag. 197. cum seqq. Knipschildt. d. exercitaz. Acad. 9. qu. 8. p. 331. cum seqq. & alii. Quorum sententiam, tanquam veriorē, & ego amplector per l. 1. C. de fundis patrimonialibus. ubi Constantinus Imp. recepit, quod emphyteuta fisci sive Reipubl. jus suum citra judicis voluntatem salvo canone alteri donare possit. Idem ergo & in privata*

338 emphyteusi statuendum. Deinde certum est: emphyteutam inconsulto domino, prædium emphyteuticum, vel jus sibi competens, alteri legare posse, l. si dominus 71. §. ultim. ff. de legat. l. in conventionib. 219. ff. de verb. signific. Legatum autem donationem esse, non ambigitur, §. 1. supr. de legatis l. legatum 36. ff. de legat. 2. Et licet Hunnius loco supra notato ad hæc fundamenta respondeat, ea planè huc impertinenter allegari, propterea quod non de jure emphyteutico, de quo hic controvertitur, sed de saltem emphyteutica loquantur: attamen si quispiam penitus eadem fundamenta nostra introsperit; facillimè deprehendet, in iis non tam rei emphyteuticæ, sive fundi vectigalis, quam ipsius juris emphyteutici disertam mentionem fieri: ut mirum sit, Dn. Hunnium, aliàs satis oculum, hoc non vidisse, adeoque contrarium adstruere non erubuisse. Ratio porro differentie, cur emphyteutæ permittitur donatio, in seio seu inconsulto domino, venditio non item, hæc est: quia in venditione ideoque dominus de consensu interpellatur: ut, si velit, eodem precio emere possit, l. 3. C. de jur. emphyteut. At hæc ratio in donatione non obtinet: quoniam donatio gratuita est, & benevolæ erga bene merentem affectus declaratio, quem non æquè aut saltem per injuriam, erga se, ut erga bene meritum, declarari dominus petit: cum istius affectionis certæ causæ sint, nec domino cum donatario communes, arg. l. nec adjecit 9. ff. pro socio. Donell. Arumaus, Corbulus, & alii locis supra designatis.

340 Non turbat nostram assertionem d. l. 3. vers. minime licere, &c. C. de jur. emphyteut. ubi disertè negatur, jus emphyteuticum absque consensu domini per emphyteutam transferri posse. Ita enim Justinianus loquitur: Minime licet emphyteuta sine consensu domini meliorationes suas aliis vendere, vel jus emphyteuticum transferre. Illud verbum, transferre, etiam donationem includit: cum per eam procul dubio jus emphyteuticum in donatarium transferatur. Non, inquam, vericulus ille nostram assertionem turbat. Nam ex subsequentibus statim Justiniani verbis apparet, ad translationem fundi vel juris emphyteutici consensum domini non simpliciter & præcisè, sed hæcenus desiderari, quod emphyteuta domino futuram mutationem, per venditionis titulum factam, ritè denunciare debeat; ut ipse dominus eodem precio meliorationes & jus emphyteuticum emere valeat. At nos in questione proposita de venditione & precio, cujus lex ista tantum meminit, sed gratuito donationis titulo agimus, Idemque docuimus in addit. ad Jul. Clar. §. emphyteusis quæst. 15. n. 4.

341 Nihil movet trita juris regula, qua dicitur: eidem vendendi jus esse, cui donandi, l. cuius 163. ff. de reg. jur. Ideoq: sicut emphyteuta inconsulto domino donare potest: ita etiam eundem vendere posse dicendum videbatur. Nihil, dico, hæc movet regula: quia neutiquam procedit, si donandi & vendendi diversa appareat ratio, ut hic.

342 Sic & de iure licet prædia sua sine decreto judicis vendere vetetur, ea tamen donare non prohibetur, l. ult. C.

343 de præditi decurionum sine decr. non alienand. Facilius quippe homines inducuntur ad vendendum, quam donandum, propter commoditatem precii. Hancque ipsam ob causam Senatusconsultum Vellejanum obligatæ mulieri succurrit, non donanti, l. sed si ego. 4. §. fin. ff. ad SC. Vellejan. quis mulier non facile donat, & mulierum genus est avaram, auctore Cicerone, lib. 1. de inveni. & avaritissimum, tradente Accursio in l. Nefemius 34. in verb. ex contrario. ff. de negat. gesti. & in dist. l. 4. in gloss. §. 1. ff. ad SC. Vellejan. imò vice miraculi est, cum mu-

lier donat, pronunciant Baldo, quem refert Tiraquellus in legibus connubialib. leg. 9. gloss. 1. pars. 9. num. 43. & seq. ubi hac de re prolixè agit.

Nostram quoque non infringit sententiam l. universa 345 2. Cod. ne rei dominicæ vel templorum vindicatio, &c. ex qua patet, quod Ecclesiæ vel Reipublicæ bona emphyteutica nullo titulo oneroso, vel lucrativo alienari possint. Quandoquidem emphyteutæ jus suum, quod in prædio emphyteutico habet, libere donare licet: modò citra fraudem; & cum hac protestatione donet: quod velit jus Ecclesiæ Reivæ publicæ nihilominus per istum donationis actum, salvum atque intemeratum esse, prædicta l. 1. C. de fundis patrimonialib. Baldus in d. l. fin. C. de jur. emphyt.

Eandem præterea traditionem non debilitat; quod ob- 346 jicitur; invito creditori alium debitorem obtrudi sive substitui non posse, l. si mandatu 45. §. 2. ibi: aut si nolis creditor obligationem mutare. ff. mandati. l. si actor 29. de procuratorib. l. in venditis 13. C. de contrah. empt. l. pacto successorum 26. C. de pactis cum similib. Cum enim fundi vectigalis sive emphyteutici hæc sit conditio & natura, ut in alium transferri possit per emphyteutam; consequens est; dominum, qui fundum vectigalem alii concedit, secundum naturam & conditionem fundi vectigalis dedisse, atque adeo etiam in hoc consensisse, ut fundus ille donando transferri, eaque translatione alius emphyteuta in locum prioris substitui possit. Contrahentes etenim 347 præsumuntur contraxisse secundum subjectam materiam, arg. l. insulam 6. ff. de præscript. verb. & l. quero 54. ff. locati. & naturam rei, in conventionem deductæ, l. si stipulatus 4. ff. de usuris l. damni 43. ibi, & quod in stipulatione est. ff. de damno infecto, ibique Doctores. Sed & ipse dominus in dubio censetur accommodasse voluntatem suam ad id, quod jus disponit, arg. l. si cui. 9. ff. de servit. & l. quanquam 62. in princip. ff. de ritu nuptiar. Proinde rectè asseritur; emphyteutam, domino etiam 348 non consentiente, jus emphyteuticum donationis titulo in alium transferre posse. Ne verò hac ratione dominus possit ludificari, aut jure suo omnino privari, cui contra donatarium seu novum emphyteutam nulla competit actio personalis, utpote cum quo non contraxit: debet donatarius (qui rei possessionem nequit auctoritate propria ingredi; sed ab ipso domino introducendus est) requirere dominum, ut se investiat, & in rei emphyteuticæ possessionem mittat. Sicque domino contra novum emphyteutam satis ex nova conventionem prospectum erit: debetque donatarius, idemque novus emphyteuta, in præmium investituræ, domino quinquagesimam partem æstimationis rei emphyteuticæ, laudemii loco, persolvere, d. l. fin. & ibi Coras. n. 9. C. de jure emphyt. Bronchorst. d. cent. 1. assert. 51. edit. 1. Vide tamen hac de re Donellum d. lib. 9. Commentar. cap. 14. pag. 449. & seqq. Bocer. d. class. 2. disputat. 14. th. 68. & D. Obrecht. d. disputat. 36. th. 194. & seqq. Qui Auctores non male 349 tradunt: ipsum veterem emphyteutam à domino testato desiderare debere, ut is novum emphyteutam suscipiat: eumque in possessionem fundi emphyteutici inducat. Hoc facto, ad duos menses emphyteuta vetus domini voluntatem expectare; & si ipse novum emphyteutam admittit, quinquagesimam (ut modo dictum) partem æstimationis fundi vectigalis ei præstare debet. At duobus mensibus exactis, si dominus voluntatem suam non aperuit, liberum est emphyteutæ, jus suum in alterum transferre; nec eo nomine quicquam domino præstare tenetur, d. l. fin. de jure emphyteut. Corbulus in tractat. de jur. emphyt. c. 14. limitat. 5.

Similis, nec minus investigata necessaria questio se offert: an emphyteuta prædium emphyteuticum absque domini consensu oppignorare possit? Et non posse defendere annititur Sarmientus. d. l. 3. select. interp. c. 2. n. 32. ubi audacter dicit, andem denunciationem, quæ in venditione requiritur, requiri etiam in pignoris constitutione. Sicut enim (inquit) in venditione potest dominus offerre precium: ita etiam quando res pignorat, potest dominus mutare pecuniam, sub qua pignorat. Nam si admittetur pignoratatio sine domini consensu, nulla ei fa-

351 Ha denunciatione : necessario etiam permitteretur venditio, per textum in l. si pupillorum 7. §. si pupillus 1. ff. de reb. eor. qui sub tutela, &c. Hæc Sarmienti nova opinio utrunque plausibilis videtur: eam tamen à veritatis tramite longè lateque aberrare exploratum est, per textum notabilem in l. lex vectigali 31. ff. de pignoribus & hypothec. ubi proponitur, fundum vectigalem sive emphyteuticarium ab emphyteuta oppignoratū fuisse: & quaeritur, an rectè pignori datus esse? Respondit Scævola: si pecunia intercessit, pignus subsistere. In hac autem lege, domino non consentiente, nec requisito, fundum emphyteuticum obligatum fuisse, ex eo manifestum evadit. Tum quod in illa nulla prorsus sit mentio consensus domini: sed potius ex adverso ostenditur, solum possessorem fundi vectigalis contractum pignoratitium cum creditore celebrasse. Tum quod in ea lege à Scævola J.C. in dubium vocatur: utrum pignus subsistat: ex quo facile cernitur, nullam domini requisitionem præcessisse. Si enim domini requisitio sive voluntas intervenisset: temere & frustra Jurisconsultus dubitasset, an fundi vectigalis hypothecatio jure valeret. Tum denique, quod eadem in lege subjicitur, si debitor emphyteuta, vel creditor secundum legem contractus emphyteutici canonem non solverit, potiorē esse dominum in fundo vectigali ipso creditore, cui fundus obligatus sive pignoratus fuerat. Ex quo rursus inferitur: dominum in hypothecationem fundi vectigalis minimè consensisse. Alioquin enim non ipse, sed creditor ratione pignoris, consensu domini constituti, potior esset.

353 Huic designanti non obstat vulgata regula, qua adstruitur; quod prohibito uno, omnia simul, quibus ad id pervenitur, prohibita esse intelligantur, l. oratio 16. ff. de sponsalib. Venditio autem juris emphyteutici, domino non requisito, prohibita sit. Ergo etiam pignoratitio per quam ad venditionem pervenitur, interdicta censetur. Non, inquam, ista regula obstat. Venditio namque fundi emphyteutici non simpliciter, sed hætenus prohibita est, ut illum emphyteuta non possit domino (qui requisitus precium offerre mavult) non consentiente distrahere. Cæterum si dominus, post denunciationem sibi factam, precium intra tempus legitimum offerre tergiversatur: eo etiam invito, venditio perfici potest, l. 3. C. de jure emphyteut.

354 Sed & per pignorationem, emphyteutæ concessam, non pervenitur ad venditionem, eidem interdictam. Neque enim, pignoratione fundi emphyteutici interposita, creditori licet fundum hypothecatū vendere; domino, qui requisitus precium offerre paratus est, consensum suum non accommodante, d. l. 3. C. de jure emphyteut. Atque hac responsione satisfieri etiam potest dissentientis Sarmienti fundamento, quod extruxit ex d. l. si pupillorum 7. §. 1. ff. de reb. eorum, qui sub tutela, &c. Affirmamus siquidem, pignoratione concessa, haudquam permitti creditori, domino contradicente, fundum emphyteuticum hypothecæ suppositum distrahere. Nam licet minimè negetur, creditorem illum fundum vendere posse: hæc tamen venditio secundum conditionem ac naturam rei emphyteuticæ instituenda; adeoque, domino prius requisito, peragenda erit, d. l. 3. C. de jure emphyteut. Nec contrarium ex d. l. si pupillorum 7. §. 1. ff. de reb. eorum, qui sub tutela, &c. colligitur. Quoniam ibi decretum Prætoris, in venditione rei pupillaris, pignori suppositæ, ideo non desideratur: quod decretum illud in contractu pignoris legitime interpositum fuerat. Sufficit enim, decretum semel in actu intervenire, sive interponi: nec postea in executione ipsius actus necessario requiritur, arg. l. quero 60. §. 1. vers. sed ut expediat questio. ff. de jure dot.

356 Amplius sententiæ nostræ nihil detrahit l. final. C. de reb. alienis non alienand. ubi alienatione prohibita, censetur etiam pignoris datio interdicta esse. Quia ea de specie illius tractatur, in qua alienatio simpliciter prohibita fuit: qua prohibitionē facta, utique etiam pignoris datio inhibita esse intelligitur. At verò fundi emphyteutici venditio non simpliciter (ut paulo ante dictum) sed hætenus emphyteutæ est interdicta, ut illum nequeat, domino, si modo ipse precium offerre velit, non con-

sensiente distrahere, sæpè allegata l. 3. C. de jure emphyteut. Atque hæc, quam defendimus, receptissima est & communissima Interpretum sententia, Accursii in d. l. 3. in verb. alius vendere C. de jure emphyteut. Jasonis ibidem n. 78. & Saliceti nu. 6. Grati consil. 54. num. 5. vol. 1. Boerii decif. 181. nu. 2. Johannis Croti in l. si constante 24. nu. 94. ff. solut. mairim. Soarez in thes. recept. opin. in verb. emphyteuta nu. 105. Julii Clari lib. 4. sentent. §. emphyteutis quest. 18. Antonii de Gammia decif. Lusitan. 28. fol. 30. item decif. 108. fol. 87. Johannis Borcholten. de feudis c. 3. num. 42. circa finem Aurelii Corbuli in tract. de jure emphyteut. cap. 14. limitat. 33. & aliorum, quos hic prolixè commemorat.

Huic proxima, nec minus controversa quaestio est: 357 utrum emphyteuta sine consensu domini, rem emphyteuticam titulo permutationis in alium transferre possit? Et negativè respondere videtur Speculator in tit. de emphyteusi q. 121. n. 147. Angel. in l. cum hi 8. §. si cui non 24. ff. de transact. & Sarmientus lib. 3. select. interpret. c. 2. n. 20. Verum contrariam affirmantem sententiam, post multos alios, tuentur Jason in l. fin. num. 101. C. de jure emphyteut. Clarus in d. §. emphyteutis quest. 17. Tiber. Decian. respons. 55. nu. 61. vol. 3. Tiraquell. de retract. l. 1. §. 30. gl. 1. n. 34. Guid. Pap. decif. 92. Hieron. Gabriel. conf. 84. nu. 3. & Corbulus d. tract. de jure emphyteut. cap. 14. limitat. 12. Ejusque ratio ferè eadem est, 358 quæ est in donatione, quam infcio & inconsulto domino fieri posse ostendimus supra n. 337. Perunque enim permutat emphyteuta propter affectionem, quam habet ad rem, quam ex permutatione consequi intendit, ob vicinitatem fortè, vel commoditatem, alias non permutaturus, si non posset illam rem assequi. Non igitur citra injuriam emphyteutæ, aliam rem offerendo, permutationem hanc dominus impedire conabitur. Et sane dominus vix idem præstare potest, quod offert is, cum quo permutatio instituitur. Aut enim non habet easdem res, aut non eodem loco sitas, aut non tam commodas emphyteutæ, quam alter habet. Du. Obrecht. d. disput. 36. ib. 191.

Nec adversatur l. sciendum 19. §. deinde 5. ff. de adil. 359 edict. l. final. ff. quib. ex caus. in poss. ff. eat. & l. statu liberi 29. ante finem ff. de statu liberis, in quibus legibus dicitur, permutationem esse similem venditioni, verboque emptionis omnem alienationem contineri. Cum itaque venditio fundi emphyteutici prohibita sit: efficitur inde, permutationem etiam ejus censi interdictam. Hoc, inquam, non adversatur: quandoquidem permutatio venditioni similis est, & verbo emptionis comprehenditur; non utique ratione proprietatis vocabuli, sed ratione mentis & voluntatis, eo scilicet casu, in quo eadem militat permutationis & emptionis ratio. Ast in proposita quaestione longè diversam rationem inter emptionem & permutationem esse, superius ostensum est. Et certè utriusque diversitas vel inde constat; quod permutatio rebus, venditio precio fieri dicitur, l. 1. ff. de rer. permutat.

Vicina quoque quaestio hæc est, nunquid emphyteuta 360 absque domini consensu prædium emphyteuticum alicui femine in dotem dare queat? Affirmativæ opinionis plerique Dd. subscripserunt: Salicetus nu. 10. & Jason nu. 107. in d. l. fin. C. de jure emphyteut. Speculator d. tit. de emphyteusi qu. 109. nu. 133. Imola in c. potuit. de locato num. 17. Bertrand. conf. 180. vol. 2. Hostiens. in summa tit. de locat. §. fin. vers. nunquid ergo res emphyteutica potest in dotem dari, &c. Tiraquell. de retr. lign. §. 1. gl. 14. n. 25. Corbulus d. tract. de jure emphyteut. cap. 14. limitat. 20. aliique complures, per eos citati. Et ratio hujus (quemadmodum & præcedentium alienationis specierum) hæc assignari potest: quia denunciatio & expectatio consensus domini in eum finem à lege desideratur, cum emphyteuta vult vendere jus emphyteuticum, vel meliorationes suas, ut potestas fiat domino eodem precio emendi, si velit, d. l. fin. vers. sed ut hæc occasione C. de jure emphyteut. Sed huic finis ut locus non est in donatione, legato, oppignoratione, & permutatione, de quibus supra n. 337. 338. 350. & 357. ita nec in dotis do-

362 tione. Proindeque in his alienationibus omnibus domini consensum exigere non debemus. Accedit & illud, quod antiquitus emphyteuta quovis modo alienari libere impuneque poterat, & in alium transferre jus suum, ut arguit textus in hoc §. nostro. *vers. ut ecce, Ecce. §. l. 1. in princip. ff. si ager vectigal. l. tutor. 16. §. ult. ff. de pignor. act. §. l. si domus 71. §. fin. ff. de legat. 1.* Sed hæc libera alienandi potestas illi in venditione solummodo, Justiniani constitutione novâ adempta est, in cæteris negociis non item. Itaque cæteræ alienationes ei liberæ relictæ censentur. Quicquid enim nova lege specialiter non est expressum: id veterum legum constitutionumque regulis relictum intelligi debet, *l. præcipimus 32. in fine. Cod. de appellationib. Dn. Bocer. class. 2. disput. 14. thes. 67. sub lit. a. edit. 2.*

364 At difficilior videtur quæstio: ecquid emphyteuta fundum vectigalem æstimatum, domino non consentiente, alicui in dotem dare possit? Et minimè posse, Interpretes numero non pauci concludunt, *Speculator d. tit. de emphyteusi, q. 110 n. 134. Imol. in d. c. potuit. n. 17. de locat. Salicet. nu. 16. §. Jason n. 108. in d. l. fin. C. de jur. emphyteut. Tiraquell. de retractu lignag. §. 1. gl. 14. n. 21. Decius consil. 160. col. 2. Guido Pap. decis. 48. n. 2. §. alii, quos congestit Corbulus prædicto cap. 14. ampliat. 32.* Arque hanc conclusionem veritati omnino esse congruam, existimo. Etenim ex supra dictis patescit; venditionem fundi emphyteutici impediri posse per dominum, hac ratione, ut ipsemet precium offerat, fundumque emphyteuticum, si velit, emat, *d. l. fin. C. de jur.*

365 *Emphyteut.* Jam autem datio rei æstimatæ in dotem, species venditionis reputatur: atque ita in dubio res æstimata in dotem marito data, ei vendita intelligitur, *l. cum fundus 3. ff. locati. l. plerumque, 10. §. si ante 4. §. l. cum post 69. §. cum res 7. ubique Gothofred. ff. de jur. dot. l. quotiens 5. ibique Bald. C. eod. 2.* Quocirca rectè præfatis Doctoribus placuit; fundum vectigalem æstimatum, domino invito & dissentiente, in dotem dari non posse: sed domino facultatem compere offerendi precium, in quo dos consistat, translati utili dominio in ipsum potius, precium offerentem, quàm in maritum. Et quamvis

366 ab hac opinione, quæ communem nacta est applausum, recedat Molinæus in *consuetudinib. Parisiens. tit. 2. §. 56. gloss. 1. n. 36.* ob hanc maximè rationem; quod æstimatio in dubio venditionem non faciat sive inducat, *arg. l. æstimatis 50. ff. solut. matrim. ubi maritus, cui res æstimata in dotem datæ fuerunt, easdem res adhuc extantes, soluto matrimonio restituere tenetur; adeoque per æstimationem rerum dotalium venditio non contracta videtur: attamen cum supra ex l. quotiens 5. C. de jure dot. §. similibus ostensum sit per æstimationem rerum dotalium regulariter venditionem contractam censi: non est, quod isthac Molinæi objectione moveamur.*

367 Nam ad præcipuum ipsius fundamentum, puta *d. l. æstimatis 50. ff. solut. matrim.* quod attinet: maritus in ejus legis specie res ipsas æstimatas, in dotem datas, matrimonio dissoluto, idcirco tenetur restituere: quod ex verbis paciscentium liquido constabat, illud actum fuisse, ut ipsæmet res perempto matrimonio redderentur. Et quidem contrahentium verbis & illud apparebat, æstimationem non eo animo, ut contraheretur venditio, sed alio consilio interpositam fuisse. Etsi enim, ut dictum, rerum dotalium æstimatio regulariter venditionem constituit: tamen etiam alio fine, alioque consilio talem æstimationem per maritum & uxorem interponi posse, non dubium est, *l. si inter virum 21. C. de jure dot.* Interim autem regula isthac; quod æstimatio venditionem inducat, nisi contrarium evidenter actum fuerit, firma permanet.

368 Prætermittenda hoc loco non est quæstio illa: Utrum emphyteuta prædium emphyteuticum creditori, cui ad certam pecuniæ summam obligatus est, irrequisito domino, in solum dare possit? Et breviter statuendum est; emphyteutam id facere non posse: sed domino facultatem concedi, ut post denunciationem sibi factam ipsemet pecuniam creditori debitam exponat, sicque prædium ad se recipiat. Hujusque ratio perspicua est: quia datio in solum, quæ de voluntarie pro pecuniâ debita,

mera venditio dicitur, *l. ult. ff. de reb. auctorit. jud. possidend. l. si prædium 4. in fin. C. de evictionib. Ludovic. Bologninus consil. 21. §. cons. 25. num. 4. Afflict. decis. 335. n. 18. §. decis. 368. n. 2. Aret. cons. 160. n. 15. §. seq.* Quemadmodum ergo in venditione; ita & datione in solum potestas competit domino offerendi pecuniam, eaque oblatione efficiendi, quo minus, se invito, emphyteusis per venditionem vel dationem in solum, in alium transferatur, *d. l. fin. C. de jure emphyt. ubi Jason num. 113. vers. intelligo tamen, Ecce. Decius cons. 166. Bursat. cons. 44. num. 29. vers. at secus vol. 1. §. alii, quos laudat probatque Aurelius Corbulus d. tract. de jure emphyt. cap. 14. limitat. 19. num. 3. §. seq.*

Denique & illud quæritur: num emphyteuta possit in prædio emphyteutico sine domini consensu servitutem constituere? Et id illum posse, Doctores communiter, & meritò quidem, tradiderunt, *Jason in multis allegata l. fin. C. de jur. emphyt. nu. 117. §. seq. Afflict. decis. 380. n. 2. §. seq. Boer. decis. 181. nu. 1. §. seq. Natta cons. 516. num. 12. Roland. à Valle cons. 59. num. 10. §. 13. vol. 2. Corbul. d. c. 14. limitat. 29. Clarus lib. 4. sent. §. emphyteusis quest. 21. Joan. Borchol. de feud. cap. 3. num. 43.* Hac enim ratione nihil domino detrahatur: cum is nihilominus rem emphyteuticam salvam habeat, & quotannis pensionem constitutam accipiat: ipseque emphyteuta suo tantum, non domini juri præjudicet. Unde finitæ emphyteusi, finitur quoque servitus: quia extincto jure dantis, etiam jus accipientis extinguí solet, *l. Statius Flor. 48. ff. de jure fisci. l. peto 69. §. prædium 1. ff. de legat. 2. l. lex vectigali 31. ff. de pignorib. Tiraquell. in l. si unquam super verbo, revertatur, num. 330. C. de revocand. donat. §. in tract. cessante causa, cessat effectus, limitat. 1. num. 24. itemque in tract. Le moye suisit le vis. declarat. 1. partis tertia, num. 8. §. monitum f. numer. 161.*

Quemadmodum porrò emphyteuta commoda, incrementa, & augmenta, fundo emphyteutico obvenientia, percipit, ut hæcenus abundè demonstratum: ita etiam vicissim incommoda ac onera nonnulla, ad jus emphyteuticum pertinentia, sustinere tenetur. Etenim illum ad annuam pensionem domino præstandam obnoxium esse, tum ex definitione emphyteuseos, *supra nu. 4. proposita efflorescit: tum ex hoc §. nostro, in verb. ut quamdiu pensio, Ecce. l. 1. ff. si ager vectigalis, Ecce. §. l. 2. ibi solitam pensionem C. de jure emphyt.* dilucidè probatur. Interdum tamen emphyteutæ canonis præstationem remittendam esse æquitatis ratio suadet. Si enim res emphyteutica fatali vel fortuito casu penitus (liquidem ob particularem rei emphyteuticæ interitum, à pensionis totius præstatione non liberatur, *l. 1. in fine. C. de jur. emphyt. hoc §. nostro, in fine. ibique Giphanius, §. Vultejus n. 14. §. Heigius n. 26. cum seqq.*) extincta fuerit, æquissimum est, a præstatione canonis emphyteutam, cui nihil reliquum permansit, liberari, & damnum ad ipsum dominum spectare. Tum quòd re in totum sublata, dominium sublatum esse intelligatur; ut ita recognitio domini, utpote amplius non existentis, esse non possit. Tum quia dominus illud, quod fatalitate ingruerat, etiam nullo intercedente contractu, habiturus fuerat, *d. l. 1. vers. siquidem tanta emergerit clades, Ecce. C. de jur. emphyteut.* Et de hoc illi vulgatissimi, licet non usque adeo artificiosi rhythmici, qui à Speculatore in *tit. de emphyteusi quest. 134. n. 160. D. Sicardo in d. l. 1. n. 20. Cod. de jur. emphyteut. §. Claro lib. 4. sent. §. emphyteusis quest. 8. n. 8. referuntur, decantari solent:*

*Si perit res tota, liberatur emphyteuta:
Sed si pro parte, nulla se liberat arte.*

Hinc controversia difficilis ac perplexa exoritur: an canon remitti vel reddi debeat emphyteutæ, si propter bellum, vimvè hostium, & latronum incursum, non potuit ingredi & excolere fundum emphyteuticum? quamvis variæ & multiplices circa istam quæstionem existant doctrinæ opinionationes, quæ (post Jasonem in *d. l. 1. n.*

n. 81. & seqq. C. de jur. emphyteut.) accurate Carolus Molinæus in consuet. Paris. tit. 2. §. 62. n. 54. cum seqq. & Fachineus lib. 1. controvers. jur. cap. 90. omnium tamen mihi verissima & requissima hæc videtur: quod scilicet emphyteutæ pensio illius temporis, quo fundum possidere non potuit, sit remittenda, argum. l. cum unus 12. §. ult. ff. de reb. auctoris. jud. possid. l. possideri. 3. §. Labeo. 17. ff. de acquir. vel amitt. possess. & l. si in venditione. 10. §. ult. ff. de peric. & commod. rei vend. Ex quibus legibus evincitur, fundum emphyteuticum, quem ob tumultus bellicos emphyteuta ingredi ac possidere nequit, pro non extante, adeoque pro penitus extincto haberi. Atqui juris non est incogniti, quod fundo emphyteutico planè extincto, pensio emphyteutæ remittenda veniat, d. l. 1. C. de jure emphyteut.

376 Nec adversatur l. quicumque. 3. Cod. de fundis patrimonialib. ubi ab Imp. Valentiniano & Valente rescriptum est, quicumque possessores jus emphyteuticum susceperint, illos non posse ad refundendum sive reddendum hoc uti prætextu, quod possessiones emphyteutæ desertæ esse cœperint. In ea namque l. nihil agitur de canone, propter desertos agros emphyteutæ emittendo vel reddendo: sed vera mens legis illius hæc est: fundum emphyteuticarium prætextu defectionis & squaloris, vel etiam rescripti, ab emphyteuta reliqui non posse: cum apud eum, & posteritatem ejus perpetuo remanere debeat, ut recte Cujacius ibidem explicat.

377 Sic non obstat, quod dicitur, casus fortuitos omnes ad emphyteutam pertinere. Novella. 7. in præfat. §. lex itaque talia, &c. & bellum inter casus fortuitos numerari, §. item, si cures, 2. vers. & is quidem, &c. supr. quibus modis re contrahit. oblig. & l. in rebus. 18. ff. commodat. Etsi enim casus fortuiti, in re emphyteutica contingentes, ad emphyteutam spectant: hoc tamen non procedit in illis casibus fortuitis, quibus fundus emphyteuticus omnino extinguitur. Hos siquidem casus non emphyteutam, sed dominum potius sustinere debere, ostendit hic §. noster & d. l. 1. Cod. de jur. emphyteut. At verò jam ostensum est, fundum emphyteuticum, quem propter vim, & incursionem hostium, bellorumque calamitates ingredi ac possidere emphyteutæ non licet, juris interpretatione pro penitus extincto haberi. Paria quippe esse videntur, rem inundatam esse ab aquis, & occupatam esse ab hostibus. d. l. cum unus. 12. in fine ff. de reb. auctoris. jud. possid. Inundatum autem ab aquis dicitur deperditum, donec & quousque inundatio durat, d. l. si in venditione 10. in fin. ff. de peric. & commod. rei vend. d. l. 3. §. Labeo. 13. l. interdu. 21. §. 1. & l. qui in universis. 30. §. item quod mari. 3. ff. de acquir. vel amitt. possess. Ergo etiam fundus emphyteuticus, quem propter vim hostium ingredi non possumus, deperditus esse judicatur, donec vis ista duraverit. Et hanc sententiam frequentiori calculo receptam, atque adeo ab ea in consulendo & judicando non recedendum esse, testantur Abbas Panormitanus & Imola in cap. potuit. extr. de locato. Alexand. in d. l. interdu. 21. §. 1. num. 7. ff. de acquir. vel amitt. poss. Jacob. de Arena, Bartol. Salicet. num. 13. Cymo. Fulgos. Guarnerius, Hieron. de Tortis, & Jason. num. 91. Cod. de jur. emphyteut. Jul. Clarus lib. 4. sentent. §. emphyteusis. quest. 8. n. 6. Corbulus in tractat. de jure emphyt. cap. 15. limitat. 18. Valascus in tractat. de jure emphyt. quest. 27. num. 13. Gail. lib. 2. observ. 23. n. 23. & seqq. Donell. lib. 9. Commentar. de jur. civil. cap. 14. pag. 452. Fachineus d. lib. 1. cap. 90, Bocer. class. 2. disp. 14. thes. 71. edit. 2. Halbritter. in Disput. de jure emphyt. de anno 1602. Respond. Samuelis Bausovio. thes. 26. sub. lit. c. Tamerli ex predictis nonnulli (ut Joann. Borchol. de feud. cap. 3. num. 12. & Hummii in resolut. ad Treutler. vol. 1. disp. 29. th. 11. quest. 40. pag. 1792.) aliter hanc questionem, & quidem variè, expediunt.

378 Huic vicina, nec minus ardua controversia est: si damnum notabile, puta insignis sterilitas contingat, & emphyteuta non modicam, sed magnam fructibusque respondentem pensionem solvère teneatur, utrum ea pensio propter sterilitatem illius anni emphyteutæ sit re-

mittenda? E remittendam esse, censuerunt Nevizan. consil. 92. num. 44. & seqq. Paul. de Mont. Pic. in repet. auth. præterea. n. 13. & seqq. Cod. unde vir & uxor Roland. à Valle consil. 96. n. 26. vol. 1. Aret. consil. 55. col. 2. & consil. 110. col. 2. Ruinus consil. 77. n. 7. & consil. 161. n. 21. vers. secundo principaliter. vol. 1. Berous in d. c. potuit. 4. n. 175. ext. de locat. Cotta in suis memorab. in verb. emphyteuta regulariter. Jacob. Port. consil. 144. n. 2. Molinæus in consuetud. Paris. tit. 2. §. 62. nu. 58. 60. & Bachovius in suis not. ad vol. 1. Treutleri. disp. 29. th. 7. lit. F. pag. 1121. Cæterum contrariam, ceu verior rem, probarunt sententiam Gloss. in d. c. potuit. super verb. expelli. ad fin. in vers. sed nunquid propter sterilitatem. & c. de locato. ibique Panormitan. n. 17. & Imola n. 41. Alberic. de Rosat. num. 6. Salicet. num. 10. & Jason. nu. 18. Bursar. consil. 11. num. 22. Natta consil. 49. num. 14. & consil. 194. num. 4. & seqq. Valascus d. tract. de jur. emphyteut. quest. 27. n. 7. & 12. in fine Corbulus in tract. de jur. emphyteut. c. 15. ampliat. 12. num. 3. 5. & seqq. ubi plures enumerat. Quibus adstipulantur etiam Clarus in d. §. emphyteusis. q. 8. nu. 7. Gail. d. lib. 2. observ. 23. num. 23. & seqq. Fachineus d. lib. 1. controvers. jur. c. 89. ver. cæterum re diligentius, &c. Borchol. centur. 1. ἐναρτιοφάρων. assert. 55. edit. 1. Borchol. de feud. cap. 3. num. 11. & idem part. 1. disput. de jur. emphyteut. thes. 13. & seqq. pag. 125. Movenrur hi Interpretes maxime textu in l. 1. in fin. C. de jur. emphyteut. & hoc §. nostro. ubi dicitur; damnum, quo tota rei substantia non extinguitur, ad emphyteutam spectare. Sed damnum ex sterilitate redundans, non est ejusmodi, quo substantia rei tota perimatur. Ergo emphyteutam spectat. Neque verò nervus hujus argumenti præcidi potest insulla quorundam interpretatione, hunc §. nostrum & dictam l. 1. C. eod. ea dumtaxat de specie intelligentium, qua non magnus canon, sed exiguus, puta in duobus, tribus, quatuor, aut quinque nummis consistens, in conventionem fuit deductus: quo casu omnes unanimi suffragio concludunt, periculum sterilitatis ad emphyteutam pertinere; sicque eum à prestatione exigui canonis propter sterilitatem non liberari. Huic namque interpretationi primò contradicunt ista generalia dicta l. 1. C. de jur. emphyteut. & hujus §. verba indistinctè de contractu emphyteutico loquentia. Ergo ad illum contractum non sunt restringenda, quo exiguus tantum canon præstandus est: præsertim cum emphyteusis etiam tum rectè constituta dicatur, quando pro re preciosa & fertili, justa & condigna pensio solvitur, argum. auth. perpetua. Cod. de sacros. Eccles. & Novell. 7. c. 3. §. 1. quia verò Leonis, &c. Deinde in hoc §. nostro. proponitur; prædium quibsdam datum fuisse fructuandum: & sic prædium fuisse fructiferum. Ex quo verisimile redditur; non exiguum, sed magnum, & fructibus condignum canonem pro isto prædio in conventionem deductum fuisse: cum nemo suum jactare, patrimonii que sui jacturam facere velle videatur, l. cum de indebito. 35. circa princip. ff. de probationib.

Non obstat huic sententiæ l. ex conducto. 15. §. si vis, 2. l. si merces. 25. §. vis ma. 6. ff. locati. l. licet. 8. C. de locato. &c. propter sterilitatem. 3. extr. eod. 1. quibus in locis conductori, cui emphyteuta similis est, propter sterilitatem pensionis sive mercedis sit remissio. Nam emphyteutam in multis à conductore differre, contractumque emphyteuticum à locatione & conductione separatim atque distinctum esse, constat ex d. l. 1. C. de jure emphyteut. & abundè explicatum est supr. n. 7. & seqq. A separatâ autem & diversâ illationem non concedi, explorati juris est, l. Papinianus 20. ff. de minorib. l. ult. ff. de calumniatorib. l. inter stipulantem. 83. §. sacram ibi, sed hæc dissimilis sunt. ff. de verb. oblig. l. neque natalis. 10. C. de probationib. Hæcque rescriptio eo facilius admitti debet, quod magna inter locationem & emphyteusim appareat differentia ratio. In contractu namque emphyteutico pensio, quantumvis magna & fructibus æqualis non præstatur propter rei usum, & in compensationem fructuum: sed propter dominii recognitionem, ad quam, utpote que est substantia contractus emphyteutici, committentes potissimum respiciere solent. Ac verò merces in locatione principalit. præstatur ob

usum rei : adeo, ut si conductor re uti nequeat; meritò aliquid de mercede remitti ei debeat, quasi ita tacite inter eum & locatorem convenierit. *d. l. licet. 8. C. de locato prolixè Corbulus d. c. 15. ampliat. 12. num. 21. Gregor. Lopez. lib. singul. animadvers. jur. civ. c. 16. pag. (mibi) 81. § segg.*

385 Disceptari quoque consuevit: si fundus emphyteuticus aquis submersus vel inundatus fuerit; an emphyteuta anni illius, quo duravit inundatio, canonem domino præstare obligatus sit? Et obligatum non esse, vero proprius esse reor, *argum. prædictæ l. cum inus. 12. §. ult. ff. de reb. auctor. judic. possid. d. l. 3. §. Labeo. 17. ff. de acquir. vel amitt. possess. d. l. si in venditione. 10. in fin. ff. de pecul. § commod. rei vend. ubi Ulpianus ait, rem inundatione perire, sicuti chasmate pereat. Jam verò, restota peremta aut læsa, periculum dominus sustinet, d. l. 1. C. de jure emphyteut. § hoc §. nostro. Qui textus non strictè de ipsius substantiæ sive prædii emphyteutici interitu tantum, sed etiam de totius rei damno & læsione, quæ ita substantiam perimat, ut de ejus corpore nihil emphyteutæ reliquum remanere videatur, intelligi debent. Utuntur quippe Imp. verbis, *damnum, ladamur, &c.**

387 Quod si enim de eo solo interitu textus isti acciperentur, quo tota rei substantia prorsus è rerum natura tolleretur: certè de casu rarissimè eveniente, imò ne vix quidem existente intelligerentur, *contra l. 4. & 5. ff. de legib. Etenim perraro terræ motus; quibus agri ita corrunt, ut nusquam conspiciantur, aut chasmata eveniunt, teste Plinio lib. 2. natural. histor. c. 80. Et ita in terminis, post alios, quos citat, concludit Alexand. consil. 112. videtur in præsent. vol. 1. §. 10. moverit, si dixerit quispiam, emphyteutam ad canonis præstationem obligatione personali esse adstrictum, adeoque ab ea, si fundus aquis submersus fuerit, non liberari: cum ex contractu obligatus sit, personalisque obligatio non rem, sed personam perpetuo sequatur. l. 1. §. si heres. 16. ff. ad 3C. Trebellian. l. ult. in fin. ff. de contrah. empt. § §. 1. infr. de action.*

388 Nam personalis obligatio personam quidem perpetuo comitatur, si simpliciter sit contracta: secus autem est, si ex natura contractus constet, contrahentes eo usque tantum obligatos esse voluisse, quamdiu res, cujus ratione obligantur, in rerum natura manserit. Contrahentes enim secundum naturam contractus contrahere voluisse censentur. l. quaro. 54. §. 1. ff. locati. l. si stipulatus 4. ff. de usur. Alciat. in tract. de præsumpt. reg. 3. præsumpt. 32. num. 1. late Menoch. de præsumpt. lib. 3. præsumpt. 38. Contractus autem emphyteutici eam esse naturam & conditionem, ut re extincta pensio non amplius sit præstanda, liquet ex d. l. 1. Cod. de jure emphyteut. Ideoque contrahentes huic naturæ & conditioni se conformasse, & hoc voluisse creduntur; ut quovis modo re emphyteutica precepta, personalis quoque obligatio præstandi canonis cessare debeat. Firma igitur subsistit conclusio: quod emphyteuta propter inundationem, qua ager emphyteuticus submergitur, à canonis solutione liberetur per id temporis spacium, quo inundatio duravit.

390 Enim verò conclusio isthæc non procedit, si inundatio, quæ supervenit, non erat insueta, sed solita contingere. Tunc etenim emphyteuta non excusatur, ut docet Bald. in d. l. licet. 8. in 2. quest. Cod. de locato § cond. per d. l. ex conducto. 15. §. si vis. 2. ibi, si verò nihil extra consuetudinem acciderit, damnum coloni esse ff. locati conducti, § arg. l. qui bona. 13. §. de illo. 6. ff. de damno infect. Idem tenet Igneus in repetit. l. contractus. 23. n. 10. ff. de reg. jur. Similiter non locum habet præfata conclusio, si emphyteuta omnium casuum periculum in se suscepit: aut culpa, negligentia, vel incuria sua causam inundationi dedit; fructulvè, qui postea inundatione perierunt, iusto tempore non collegit. His liquidem casibus à præstatione canonis minime illum excusari, probabilis est, *arg. l. item queritur. 13. §. 1. ff. locati l. quod te. 5. ff. de reb. cred. si cert. pet. § l. cum res legata 47. §. in ff. de leg. 1. Igneus loco proxime notato: quem refert & sequitur Aurelius Corbulus in tract. de jur. emphyteut. cap. 15. limitat. 19. num. 3 & 4.*

391

Cæterum emphyteuta non solum annuam pensionem præstare domino cogitur, ut actenus probatum: sed & publicis præstationibus, feudi emphyteutici nomine, tangitur. l. 2. C. de jur. emphyt. Publicæ autem illæ præstationes seu functiones sunt publicæ pensionationes, id est, ea, quæ fisco aut Reipublicæ quotannis præstantur: qualia sunt vectigalia, collectæ, tributa, publicæ viæ refectiones, collationes in refectiones aggerum, & similia. Hæc munera quia prædiorum possessores onerant *leg. Imperatores. 7. ff. de publican. § vectigal. idcirco & emphyteuta, qui fundi possessor est, ea præstare compellitur, l. sciendum. 7. §. 1. ff. qui satisd. cogant. donell. lib. 9. Comment. de jur. civil. cap. 14. p. 452. num. 30. Johan Franc. Purpuratus consil. 50. num. 7. consil. 332. num. 2. § consil. 356. num. 4. item Alvar. Valas. in tract. de jur. emphyteut. quest. 17. ubi conclusionem istam, quod emphyteuta tributa, & omnia onera realia, quæ præstantur à re, vel occasione rei, solvere tenetur, multis extensionibus & limitationibus egregiè atque copiosè declarat. Ea de re videantur Bachovius in suis not. ad Treutler. vol. 1. disp. 29. thes. 10. lit. B. pag. 1131. & inibi Hunnius quest. 39. pag. 1790. D. Bocer. in tract. de jure collectar. cap. 10. num. 5. § segg. Stephanus Gratianus disceptation. forens. cap. 294. num. 30. Regner Sixtin. in tract. de regalib. cap. 14. num. 84. Georg. Mundius, Gener mihi charissimus, in Disput. de Collectis. thes. 71. Eggebrecht, in Synopsi juris emphyteutici, conclus. 196. & 5. sequentib. Eamque rem paulo explicatius tractavi in addit. ad Jul. Clar. §. emphyteusis. quest. 46. Adhæc apochas (quæ alias Quierationes sive Quitantiæ, vulgò Quittingen, Quitumtzen appelluntur: *Wehner. in præf. observat. lit. Q. in verbo, Quittanzen, &c.*) emphyteuta prædictarum functionum domino exhibere tenentur. Est vero apocha instrumentum pecuniæ solutæ, à creditore debitori solventi porrectum. l. qui tabulas. 27. §. penult. § ult. ff. de furt. l. plures. 19. Cod. de fide instrument. l. 3. § tot. tit. Cod. de apochis publicis, &c. Et emphyteuta, cum præstationes illas publicas præstitit, apocham à quæstore, cui solvit exigere in gratiam domini necesse habet. d. lib. 2. Cod. de jur. emphyteut. Usus porro hujus apochæ hic est: ut & dominus, reverso ad eum fundo emphyteutico, de publicis illis pensionationibus præstitis omnino tutus sit: quippe cum possessores etiam præteriti temporis isthæc præstare munera teneantur, d. l. Imperatores 7. ff. de publicanis, § vectigalibus Donell. d. lib. 9. cap. 14. pag. 452. num. 40. D. Bocer. class. 2. disp. 14. thes. 70. sub lit. c. edit. 2. § d. tract. de jure collectar. cap. 10. num. 9. cum seq. p. 133. § segg.*

Dictum est hæcenus, quomodo emphyteusis constituitur, & quid juris emphyteutæ in fundo emphyteuticario competat, nec non quid suo ambitu totum jus istud constitutum complectatur: reliquum est ut de modis, quibus ritè constituta finiatur emphyteusis, tractatio instituatur. Finitur verò & extinguitur variis modis. Et primò quidem exploratum est: emphyteusin ad certum & præfinitum tempus, putà ad decem, viginti, triginta, quadraginta, vel centum annos concessam, eo elapso, ad dominum concedentem reverti. Siquidem concessum ad tempus, post illud tempus censetur prohibitum, *arg. l. statuliberum. 11. §. 1. ff. de legat. 2. l. pater filium. 38. §. fundum. 3. ff. de legat. 3. l. 1. in fin. juncta l. ultim. ff. si ager vectigal. §c. Jul. Clar. lib. 4. sent. §. emphyteusis, quest. 42. num. 1. vers. secundo modo, §c. Valent. Forster. lib. 3. de successib. cap. 20. num. 3. & 4. Corbulus in tractat. de jur. emphyteut. cap. 11. ubi plures citat. Idem est, & si nominatim convenierit, ut ad certum tempus vectigali sive canone non soluto, emphyteuticus fundus ad dominum rediret: & lege commissæ, dominus sua lege utatur, & fundum vindicet. l. lex vectigali. 31. ff. de pignori. § hypoth. Quibus casibus hoc quoque eveniret, ut si emphyteuta prius fundum dederit pignori; cum etiam jus pignoris evanesceat, d. l. lex vectigali. 31. ff. eod. Donell. lib. 9. Commentar. de jure civ. c. 15. pag. 454. n. 40.*

Deinde & hoc expeditum est: emphyteusin ad certum tempus.

- generationem datam finire, extincta ipsa generatione. Clarus d. quæst. 42. num. 1. vers. tertio modo &c. & quæst. 28. num. 2. Borcholt. in Commentar. de feud. cap. 3. num. 16. Bocer. d. class. 2. Disputat. 14. thes. 74. lit. a.
- 399 Quamvis alias emphyteusis simpliciter & purè concessa, ad omnem generationem, omnesque heredes non modo masculos, sed & feminas transeat, arg. Novell. 7.
- 400 cap. 3. in princip. ibi, masculis aut feminis, &c. Quo facit illud vulgatum juris theorema: quod pater inter liberos æqualitatem servare, & in dubio tam filiabus, quam filiis acquirere velle præsumatur, arg. l. quæsitum 12. §. idem respondit. 43. versic. sed & ipse Papinianus, ff. de instrum. §. instrum. legat. l. illud. 20. §. ad hæc. Cod. de collationib. Borcholt. d. cap. 3. num. 14. Clarus d. §. emphyteusis quæst. 32. & D. Obrecht. disput. 36. th. 87. & seqq.
- 401 At vehementer controversitur: an emphyteusis Sempronio, & ejus filiis data; filiabus quoque concessa intelligatur, vel potius ad filios duntaxat pertineat: ut, his mortuis ad dominum, filiabus exclusis, redeat? Et hoc quidem casu filias sive feminas censi exclusas, crebrioribus Doctorum votis recepta opinatio est. Hanc enim tenent Jason in leg. 2. num. 193. Cod. de jur. emphyt. Alexand. consil. 61. per tot. & consil. 80. in fin. vol. 1. & consil. 87. num. 9. vol. 6. Guido de Suzar. in l. veteribus 39. ff. de pact. Gozad. consil. 20. num. 1. 2. & 10. Hubert. Zuccard. in l. fin. num. 73. Cod. de edict. divi Adriani toll. Ruin. conf. 35. num. 1. & 13. vol. 1. Roland. à Val. le consil. 93. num. 17. lib. 2. Bursatus consil. 80. num. 7. Benintendus decis. Bononiens. 52. Hippol. Riminald. consil. 153. num. 3. lib. 2. Corbulus d. tractat. de jur. emphyteut. cap. 12. num. 3. & seqq. aliique plurimi, per eum relati. Sed tamen contrarium verius esse, testatur Salicetus in d. lib. 2. quæst. 17. Cod. de jur. emphyteut. Covarr. lib. 2. variar. resol. c. 18. num. 1. Clarus d. §. emphyteusis q. 32. num. 2. in fine. Bocer. d. class. 2. disp. 14. thes. 76. edit. 2. Fachinus lib. 8. controvers. jur. c. 97. & alii, quos hic allegat. Horumque sententia hoc potissimum fundamento nititur: quod regulariter masculinum concipit etiam femininum: sive filii appellatione etiam filia comprehenditur, l. si quis ita 16. in princ. ff. de testam. tutel. l. si ita sit scriptum 45. in princ. ff. de leg. 2. l. 1. ibique Alciat. l. filii 84. ubi Guedd. & l. pronuntiato 195. in princ. ff. de verb. signif. non solum in testamentis, sed & in contractibus, argum. l. que de legato 46. ff. de legat. 1. l. pactum inter heredem 46. ff. de pact. Molin. in consuet. Paris. tit. 1. §. 12. num. 4.
- 403 Non refragatur huic decisioni, quod in contractibus stricti juris, qualis est emphyteuticus, verba propriè & strictè accipiuntur, l. quicquid astringenda 99. ubi Dd. ff. de verb. obligat. filiorum autem appellatione propriè filie non continentur, sed per extensionem, ut arguit textus in l. cum in adoptivis 10. §. que in filio Cod. de adoptionib. d. l. pronuntiatio 195. in princ. ibi, porrigitur & l. iusta 201. ff. de verb. signif. Verius namque est, quod masculinum ex proprietate sermonis concipiat femininum: atque adeo filiorum appellatione femina quoque seu filie contineantur, l. 1. ibi, complectitur (quod verbum proprietatem denotat) ff. de verb. significat. & legibus similibus, supra adductis. Deinde emphyteusis esse contractum bonæ fidei, non verò stricti juris, ex ejus definitione, supra num. 4. & 49. explicata, abunde constat. Præterea negatur, verba in contractibus ita propriè & strictè accipienda esse, ut interpretatio iusta, & contrahentium menti conformis excludatur: quandoquidem mens contrahentium magis spectanda est, quam verba, l. in conventionibus 219. ff. de verb. signif. l. semper in stipulationibus 34. ff. de reg. jur.
- 406 Sic quoque non obstat, quod in stipulationibus & pactis verba ambigua aut dubia interpretanda sint contra stipulatorem, qui poterat legem contractus apertius dicere, dist. l. veteribus 39. ff. de pact. l. stipulatio ista 38. §. in stipulationibus 18. & d. l. quicquid 99. ff. de verb. oblig. Nam nostro in casu verba non sunt dubia vel ambigua: quia lex illa interpretatur, ut tam masculos, quam feminas comprehendant, d. l. pronuntiatio. 195.
- Harpprecht ad bylin. Tom. III.
- & d. l. iusta 201. ff. de verb. signif. cum similibus. Sed & cum regula sit: masculinum concipere femininum: non dicitur res obscura, nec ambigua, sed clara & certa pro eo, qui fundatur in regula, ut notat Bart. in l. quotiens 13. ff. si quis cautionibus &c. & l. 2. col. 1. ff. si quis in jus vocat. non per. Bald. in l. omnes populi 9. col. 10. ff. de just. & jur. Petr. de Anchor. in repet. rubr. de reg. jur. in 6. col. 2. Molin. d. tit. 1. §. 12. num. 5. ubi id uberius explanat.
- Priori similis hæc controversia est: nunquid emphyteusis mihi, & meis filiis concessa, etiam nepotibus meis tributa censetur? Et sane non desunt, qui existimant, emphyteusis isto modo mihi concessam, ad nepotes meos non devolvi, sed morte mea, meorumque filiorum penitus extingui. Salicet. in l. 2. num. 9. & Jason n. 191. C. de jur. emphyteut. & D. Collega Bocer. d. class. 2. disp. 14. thes. 77. Verum contrariam ego sententiam benigniorem esse atque probabiliorē arbitror, per l. iusta 201. & l. liberorum 220. §. 1. & §. ult. ff. de verbor. signif. ubi expressè dicitur, filii appellatione etiam nepotem comprehendendi. Idque obtinet non in favorabilibus tantum, sed & in odiosis l. filius 14. ff. ad SC. Macedon. l. Senatus consulto 59. ff. de rit. nupt. etiam si in contractu verbis disertis dictum sit, ut Titus, & qui ex corpore ejus descendunt, succedant; per ea, quæ eleganter tradit Baldus in l. 1. post princip. C. de conditionib. insert. ubi ita scribit; Filiorum appellatione nepotes continentur, licet mentio fuerit facta de filiis, ex suo corpore natis. Nam verificatur in nepotibus: quia in eis est sanguinis continuatio, & unum idemque dicitur, quicquid per rerum naturam continuative procedit. Baldum referunt & sequuntur Johannes Cephalus consil. 262. num. 7. ad fin. & Decian. conf. 9. n. 8. & 9. vol. 2.
- Nec obstat Novell. 7. c. 3. in princ. ubi cum & filiorum & nepotum fiat mentio: videtur dicendum, appellatione filiorum nepotes non contineri. Alias siquidem frustra Imperator expressisset nepotes: cum filiorum appellatione venirent. Hoc, inquam, non obstat. Quia ob id solum nepotum mentio ibi expressa est: ut hæc verba (in duobus ejusdem persone heredibus) explicarentur: adeoque indicaretur, de duabus generationibus, quarum prima sit filiorum, altera nepotum, actum fuisse.
- Pariter non obstat §. si quis filiabus 5. vers. ceterum si filios supr. qui testam. tutor. dari poss. & l. quid si nepotes 6. ff. de testam. tutel. ubi filiorum appellatione nepotes non continentur. Nam (secundum Alciatum lib. 3. paradoxor. c. 14.) distinguendum est inter dispositionem legis, & hominis. Si de legis dispositione loquimur: regula inter filii vox ad nepotes producit, non in favorabilibus duntaxat, sed etiam in odiosis, ut ante probatum: nisi diversa ratio dissimile diversum jus inducat. Tunc enim filii nomen in nepotem non cadit, l. sed & milites 8. in princ. ff. de excusationibus. At in hominis dispositione (ut est tutela datio) dictionem filiorum ad nepotes non extendi, receptius est, d. §. si quis filiabus supr. qui testam. tut. dari poss. & d. l. quid si nepotes 6. ff. de testam. tutel. nisi ex conjecturis colligatur, contrahentem etiam de nepote sensisse: ut cum alioquin extranei suis præpōnerentur, l. Lucius 85. ff. de heredib. instituend. vel usus & consuetudo testatoris hoc suaderet, vel alias actus effectum non fortiretur, argum. l. alimenta 16. §. 1. ff. de aliment. vel cibor. legat. Item si natura contractus hoc exigat: ut cum vasallus feudum pro se & filiis accipit: vel emphyteuta (ut in nostro casu) emphyteusis pro se, & filiis suis accipit: quia natura hujus contractus est, ut in nepotes transmittatur. Et distinctionis sive differentie illius ratio ea est: quia facilius legis verba extenduntur, quam hominum: cum hæc non producantur, nisi ex mentis conjectura: at lex legis voluntatem semper exploratam habet. Ideoque recte Justinianus in d. §. si quis filiabus, ex Ulpiani responsis in d. l. 6. ff. de testam. tutel. asserit: cum pater tutorem filiis dederit, non censeri nepotibus dedisse: quoniam tutorem dare, hominis actus est. Sed & alia ratione firmari potest hæc decisio: quandoquidem generaliter traditum est: si filiis provideatur propter favorem,
- L. 1. 2. nepotib.

nepotibus quoque videri provifum. Cum autem hæc ratio non militet, fi filiis tutor testamento relinquitur: nepotibus de tutore prospectum non videtur. Nec enim respectu tutorem ullus est favor: imò onerosa ipsis tutela esse solet: nec etiam multum inde emolumenti nepotibus oritur: cum cessante testamento, de tutore illis per judicem commodiffimè prospici possit, ut explicuimus in d. §. si quis filiabus num. 4. §. tit. qui testamento tutores dari poss. Et de proposita questione videndum etiam est, post alios, ab ipso citatos, Nicolaus Everhard. à Midelburg. in locis legalib. loc. à feudo ad emphyteus. num. 7. item Cardinalis Mantica in tract. de tac. & ambig. convent. p. 412. & seq. huncque referens Nicolaus Eggebrecht in synopsi jur. emphyte. conclus. 81. & seqq. ubi plures similes questiones attingit.

413 Præterea finitur & amittitur emphyteusis præscriptione: si vel dominus, vel etiam ex justa causa & bona fide tertius quispiam, fundi emphyteutici possessionem adeptus sit, eamque per tempus legitimum, absque ulla contradictione emphyteutæ, teneat, arg. tit. 26. §. si quis per triginta annos, lib. 2. Feud. Wesenbec. post alios, in paratit. ff. si ager vectigalis, id est, emphyteuticar. per num. 2. vers. finitur porro, &c. Johan. Franc. Balb. in tract. de præscript. part. 4. partis 4. princ. quest. 8. num. 4. Bocer. class. 2. disput. 14. thes. 83. edit. 2. Hucque conferenda sunt, quæ de præscriptione notata sunt supra num. 232. & seq.

414 Quia vero hic præscriptioni meminimus: fortassis non inconvenienter quæri poterit: an emphyteuta, qui longissimo tempore, puta 30. vel 40. annis canonem si-ve pensionem à pensione solvenda, non solum pro tempore præterito: sed etiam futuro, præscripsisse credatur? Et affirmantem quidem sententiam amplexi sunt Bartolus in l. comperit 6. C. de præscript. 30. vel 40. annor. Corn. cons. 142. num. 11. vers. accedat. vol. 3. & alii, quos citat Corbulus in tract. de jur. emphyteut. cap. 15. limitat. 31. num. 1. Verum contraria decisio firmissi munita est fundamento. Pro ea enim valde facit l. cum notissimi 7.

415 §. fin. C. de præscript. 30. vel 40. annor. ubi Imp. Justinus dilucidè ostendit: in annuis præstationibus tot esse præscriptiones; quot anni sunt. Proinde si emphyteuta spacia annorum 30. vel 40. pensiones non solvit: præscripsisse videtur præteritas pensiones, non autem futuras: quia nova præscriptio est necessaria futurorum annorum, & quidem in singulos annos. Id quod aperte etiam con-

416 stat ex l. eos, qui, 26. in princ. Cod. de usuris. Ubi licet constitutum sit, principali actione sublata præscriptione 30. annorum, nullam super usuris questionem moveri posse: cum, principali causa non subsistente, nec ea, quæ inde sequuntur, locum habeant, l. cum principalis 178. ff. de reg. jur. tamen illa lex satis arguit, in annuis præstationibus singulorum annorum præscriptionem requiri, in illis verbis: Jubeamus, non posse super usuris vel fructibus præteriti temporis aliquam movere questionem, dicendo ex iisdem temporibus eas velle sibi persolveri, quæ non ad 30. vel 40. præteritos annos referuntur, asserendo singulis annis earum actiones nasci, &c. Accedit & hæc ratio: quod de essentia emphyteusis sit præstatio canonis: si-ve conventio de præstando canone, de quo supra num. 104. & seqq. Si itaque quis emphyteutam se proficietur, & in solutione canonis cessat: immunitatem si-ve libertatem à præstatione canonis sibi non acquirit. Hujusque sententiæ auctores sunt, Accursius in d. l. comperit 6. C. de præscript. 30. vel 40. annor. Jason. in l. 2. num. 72. C. de jur. emphyteut. Guido Papa decis. 406. Guil. lib. 2. observ. 73. num. 1. Fachinus lib. 8. controvers. jur. cap. 99. Mynsingeri centur. 3. observ. 13. Wurmsh. præf. observat. tit. de præscript. cap. 5. Thoming. decis. 17. num. 26. Bachovius in suis not. ad Treutler. vol. 1. disput. 29. th. 11. lit. D. pag. 1133. & Hummii in suis resolut. quest. 45. pag. 1795. Borcholt. in tractat. de usur. cap. 4. num. 34. & aliquos seqq. & in tractat. de pasc. cap. 3. num. 23.

417 Nec advertebat l. ficut, 3. & l. omnes, 4. C. de præscript. 30. vel 40. annor. ubi omnis actio 30. vel 40.

annorum spacio tollitur. Quia non negamus, annuas 418 præstationes præscriptione 30. vel 40. annorum extinguui, sed singulorum annorum, quibus actio nascitur, præscriptionem contemplantur & requirimus, ex præscripto ac mandato dictæ l. cum notissimi 7. §. ult. C. d. tit. non autem totius temporis futuri, ex unius anni vel alterius pensionis præscriptione, jus metimur. Reliqua, quæ in contrarium moveri solent, refellit Fachinus loco præallegato. Huc etiam pertinere videntur, quæ notavit D. Bronchorst. cent. 1. Miscell. controvers. assert. 44.

Adhæc totius fundi emphyteutici interitu resolvi emphyteusis; nullum est dubium, l. 1. vers. siquidem tanta emerferit Cod. de jure emphyteut. & hoc §. nostro, vers. fin autem nihil. &c. Et huc confert, quod & usufructus (cui emphyteusis similis est, ut arguitur textus in l. 1. §. 1. ibi, fundum fruendum conduxerunt, ff. si ager vectigalis, id est, emphyteuticar. per. & præfens, quem explicamus, §. ibi, quæ fruenda traduntur, &c.) finitur, si ager vel hortus fructuarius mari aut flumine inundatus sit, l. si ager. 23. & l. seq. ff. quib. mod. usus-fruct. vel usus amittit.

Eadem quoque amittitur emphyteusis, si emphyteuta 420 dolo: culpâ latâ, aut levi, rem emphyteuticam insigniter deteriore fecerit, Novell. 120. cap. 8. & Auth. qui rem Cod. de SS. Eccles. Qui textus licet de Ecclesiastica emphyteusi loquantur: rectè tamen etiam ad seculari sive civilem, cum in utraque eadem ratio locum habeat, porriguntur. Nam in utraque emphyteusi ita res emphyteutæ datur, ut eam excolat, & meliorem faciat: in utraque (inquam) res utenda, non abutenda; melioranda: non deterioranda datur. Et sane si colonus, 421 contra legem contractus faciens, jure expelli potest, l. ade.

3. C. de locato. poterit & emphyteuta hac de causa: quia in contractu emphyteutico non minus, ac in contractu locati firma & rata ea esse debent, de quibus convenit, l. 1. C. de jur. emphyteut. Jason in l. 2. n. 98. C. eod. Jul. Clarus lib. 4. sent. §. emphyteusis, q. 26. Roland. à Valle cons. 49. num. 21. vol. 2. Mynsinger. cent. 6. obs. 86. Hartman. Pistoris lib. 1. question. jur. q. 28. Menoch. de arbitrar. jud. lib. 2. cas. 78. num. 3. D. Obrecht. Disp. 36. de jure emphyteut. thes. 285. & multis seqq. D. Halbritter. Disp. de jur. emphyte. de anno 1602. th. 48. ad lit. b. D. Bocer. class. 2. Disp. 14. thes. 84. edit. 2. Corbulus in tract. de jur. emphyteut. cap. 13. num. 4. & 24. ubi plures recitat. Idem de feudo respondit Ludolphus Schraderus in tract. feud. part. 9. c. 6. n. 59. & seqq. per textum in c. 1. §. quicumque advocacion. & ibid. Baldus, Alvarott. Præposit. & Matth. de Afflict. de pac. tenend. & ejus violat. tit. 27. lib. 2. feud. ubi ille infinitas ferè auctoritates ad id probandum congestit.

Sed utrum emphyteuta præter dolum, culpam latam & 422 levem, levissimam quoque præstet, non omnino expeditum est? Et (haud obstante contraria opinione Cagnoli. & Decii in d. auth. qui rem, C. de SS. Eccles. verius est; emphyteutam, ob culpam levissimam in re deterioranda commissam, privationis poenam subire non debere: quoniam is ex natura contractus emphyteutici, propter latam & levem duntaxat, non autem levissimam culpam, tenetur, l. si, ut certo, §. §. nunc videndum ff. commodat. l. contractus 23. ff. de reg. jur. ibique Anton. Delrio c. 11. Bald. in d. auth. qui rem, n. 2. C. de SS. Eccles. & Jason. d. l. 2. n. 98. in fin. C. de jur. emphyte. Ludov. Molin. d. disput. 457. non. 2. Mynsinger. respons. 28. num. 29. Decad. 3. Camill. Borell. in summa decis. tit. 33. de emphyteusi, num. 204. hosque laudans Eggebrecht. d. synopsi juris emphyte. conclus. 219.

Nec hoc pronunciatum imminuit, quod textus in d. 423 Novell. 120. c. 8. & d. auth. qui rem. C. de SS. Eccles. generaliter & indistinctè statuunt, emphyteutam deteriore facientem rem emphyteuticam, jus suum amittere: adeoque omnem culpam etiam levissimam, poenæ privationis obnoxiam esse; l. de precio 8. ff. de publ. in rem act. l. 1. §. general. ff. de leg. præst. Nam notissima juris regula est: omnem dispositionem accipiendam esse secundum subjectam materiam, & naturam illius rei, de qua agitur, arg. l. ex conducto, 15. §. si uno, 4. vers. & si verbo ff. locati. l. sed

sed si possessori. 11. §. item. si juravero. ff. de jurejur. l. damni infecti. 43. in princ. vers. Et quod in stipulatione. ibique Angel. ff. de dam. infecti. l. fin. C. de non num. pecuni. Alex. conf. 26. n. 6. lib. 3. Nevizan. conf. 92. n. 12. Et seqq. Nicol. Everhard. in locis legalib. loc. à subjecta materia. n. 1. Quare cum in d. Auth. qui rem. C. de SS. Eccles. Et d. Novell. 120. c. 8. de emphyteuta; ob deteriorationem jure suo privando agatur: is autem de lata saltem, levique culpa, non verò de levissima teneatur. d. l. si, ut certo §. §. nunc videndum. ff. commodat. d. l. contractus. 23. ff. de reg. jur. subjecta materia fuadet, decisionem dicta Nov. 120. c. 8. Et d. Auth. qui rem. inde desumpta, de lata levique, non autem levissima culpa, intelligendam esse.

425 Illud quoque dubitatione non caret: si emphyteuta in contractu emphyteutico discretis verbis promissit, se rem emphyteuticam non deteriore facit, utrum hoc casu ob quamvis, non solum insignem & magnam, verum etiam propter levem & modicam deteriorationem, privationis poenā plectendus sit? Quod asserit Natta consil. 481. numero. 14. Et seqq. quem citat Et sequitur Corbulus dict. tract. de jur. emphyt. c. 13. n. 9. argumento l. si quando. 109. in princ. ff. de legat. 1. Et c. si papa. 10. ibi, cum verba aliquid operari debeant, de privileg. in 6. Quibus ex locis hæc colligitur doctrina: in quavis dispositione verba sic accipienda esse, ne otiosa sint, sed ut aliquid operentur. Jam verò si in proposita specie emphyteuta, propter levem deteriorationem, privationis poenam pati non deberet: pactum illud de re non deterioranda frustra interpositum conferetur, contra d. l. si quando 109. ff. de legat. 1. Et d. c. si papa 10. de privileg. in 6. Sed, objectione isthac nihil movente, probabilius esse iudico: quod emphyteuta, cum quo talis inita est pactio, ob levem deteriorationem jure suo non cadat. Omnia enim pacta, & verba pactorum secundum subjectam materiam, & naturam illius rei, qua de tractatur, intelligi debent, c. solita. 6. Et ibi Canonista. ext. de majoritate Et obedient. d. l. ex conducto. 15. §. si uno. Et l. quæro. 54. §. 1. ff. locati. l. si olei. 21. C. de locato. l. damni. 43. ff. de dam. infecti. Et jurib. similibus superius n. 424. allegatis. Atqui contractus emphyteutici natura & conditio hæc est: ut levissimam emphyteuta culpam præstare non cogatur, ut paulo ante probatum: & consequenter quod ob levissimam culpam & deteriorationem modicam non puniatur. Quocirca pactum illud, de re non deterioranda adjectum, in hanc sententiam accipi non debet, quod emphyteuta levissimam culpam in re deterioranda præstare teneatur.

428 Nec quicquam negotii facessit, quod modo de operatione verborum seu pactorum adductum est. Etenim potius a mittitur, ut & verba & pacta sint supervacua, & sine effectu operandi, quam ut aliquid operentur contra subjectam materiam, & naturam illius rei, de qua agitur, per notata Bald. in rubr. Cod. de contrah. empt. n. 9. Alex. conf. 21. n. 9. lib. 5. Gozad. conf. 74. 16. Socin. regul. 440. limitat. 2. Et Cephal. consil. 104. num. 8. Et juris indubitati est: quod expressio illorum, quæ tacite insunt, nihil operetur: quodque potius admittatur, ut dispositio sit superflua, quam ut expressio eorum, quæ tacite insunt, aliquid operetur, l. verba hæc 12. ff. de conditionib. institution. l. hæc verba. 3. Et ibi Bartol. Et Jason. ff. de legat. 1. l. non recte. 3. C. de fidejussorib. Ruin. conf. 186. num. 155. lib. 1. Paris. conf. 110. n. 47. lib. 1. Censetur etenim expressio eorum, quæ tacite insunt, ad tollendam omnem dubitationem facta fuisse, tradentibus Socino consil. 102. num. 11. lib. 3. Et Cephalo d. consil. 104. num. 14. Juris autem est clarissimi: quod ea, quæ dubitationis tollendæ causa contractibus inferuntur, jus commune non lædunt, neque mutant, l. qui mutam. 16. in princ. ff. mandati. l. quæ dubitationis. 18. ibique Decius Et Cagnol. ff. de reg. jur. Joann. Dilect. in tract. de arte testand. cunct. 11. num. 1. Cravet. conf. 70. n. 29. lib. 1. aliquæ plures, quos memorat Et probat Schardorus in tract. feud. part. 10. sect. 3. num. 39. & 40. Eandemque questionem, cum aliis, excussimus in addit. ad Jul. Clar. §. emphyteusis. quest. 26. n. 3. Et seqq.

Harpprecht ad Instit. Tom. III.

In disceptationem pariter in illud trahitur: nunquid emphyteuta, qui non integrum fundum emphyteuticum, sed partem tantum ejus deteriore fecit, toto fundo, vel saltem ea parte, quam fecit deteriore, privetur? Privari eum toto fundo, autumant Richardus Malumbra, Ohrad. Et Bald. in l. cum ejusdem. 34. ff. de edit. edict. ubi expressè scribunt: quod emphyteuta, qui plures res accepit in emphyteusin simul ac eodem contextu, & pro uno omnium canone, cadat ab omnibus etiam aliis rebus, in quibus non est malè versatus, si unam ex illis rebus, quas accepit, deterioravit, & in ea fuit malè versatus. His subscribunt & assentiuntur Andr. Barbat. in addit. ad Bald. in l. ead. 3. sub. n. 14. vers. sed quid si ex pluribus rebus. C. de locato. Chassaneus in consuetud. Burgund. rubr. 4. §. 6. p. 619. num. 7. Trentacinquus var. resolut. jur. lib. 3. resolut. 2. de jur. emphyt. n. 3. Beland. à Vall. conf. 49. num. 15. lib. 2. Joseph. Ludov. decis. 22. n. 6. Albert. Brun. in tract. de augmento moneta. conclus. 12. Tiraquell. de retrahit. lignagier. §. 23. num. 4. gl. 1. Corbulus in tract. de jure emphyteut. cap. 13. n. 7. aliique ab iis relati. Cæterum contrariam sententiam & veritati & æquitati magis esse amicam reor, per l. rescriptum. 6. Et l. heres. 11. ff. de his, quæ ut indignis aufferunt. ex quibus textibus apparet, quod heres ratione ejus tantum partis in qua fraudem adhibuit, puniatur. Et ratio non obscura est: quia poena commensuranda est delicto nec id excedere debet. l. perspicendum 11. l. aut facta 16. ff. de penis. l. sancimus. 22. C. eod. c. quæstio. 2. in fin. ext. de iis, quæ sunt à majori parte caput. c. felicis. §. §. illud autem. de pen. in 6. Accedit textus in tit. 38. de vasallo, qui contra constitutionem Lotharii regis benesic. alienavit. lib. 2. feud. ubi vasallus, qui infcio aut nolente domino partem tantum feudi alienavit, non toto feudo, sed ea solummodo parte, quam non consentiente domino alienavit, privatur. Idem igitur in deterioratione respondendum erit: quod videlicet partem feudi deterioratem reddens vasallus, non toto feudo, sed ea tantummodo parte, quam deterioratem reddidit, privetur. Et ita tenent sententique Cornens conf. 67. n. 11. lib. 2. Schraderus in tract. feud. part. 9. cap. 6. n. 70. Conrad. Rittershus. l. 2. partitionum juris feudul. c. 5. q. 71. Et D. Bocerus class. 2. Disput. 14. th. 85. edit. 2. ubi allegat idem sententem Jacobum Concennat. lib. 4. question. jur. quest. 5. num. ult. itaque D. Besold. in delib. jur. ex lib. 6. Pand. tit. 3. num. 8. pag. 505.

Neque tollit assertionem nostram, l. si quis in gravi. 3. §. si autem non totum. 24. ff. de senatusconsulto. Silan. ubi Ulpianus in hæc verba respondit: Si non totum testamentum, sed pars ejus aperta sit: dicendum est, in edictum incidisse eum, qui aperuit. Parvi enim refert, utrum totum, an pars aperiantur. Nam hoc ibidem Juriconsultus dicit respectu Senatusconsulti illius, in quod æquè delinquit, qui partem aperit testamenti, antequam vindicata sit lex defuncti, atque is, qui totum: nec ad feudi sive emphyteuticos vel deteriorationem, vel alienationem trahi debet.

Nihil item resistit l. etiamsi partis. 111. ff. de legat. 1. ubi etiam tutor partis bonorum, si à tutela se excuset, toto eo privatur, quod ipsi testamento est relictum. Licet enim quis partis tantum bonorum pupilli tutor sit: tamen nihilominus tutor est: & cum totum detrectet tutelæ officium: merito & omni beneficio legati vel fidei commissi carebit. Secus autem est, si quis partem tantum rei emphyteuticæ sive feudalis deterioraverit. Is siquidem totum deteriorasse dici non potest. Rittershus. loco ante notato.

Similiter nihil movet l. eadem dicemus. 4. §. Cato. vers. quamvis. ff. de verb. obligat. quem ceterum Angelus, Jason, Carol. Ruinus, & plerique Dd. in hanc sententiam interpretantur: quod obligatus sub certa poena de non faciendo aliquid, si contrahat sive contraveniat in parte, totam poenam vi ipsa incurrat. Verius namque est, ex specie istius §. evinci posse, quod poena committatur pro parte contraventionis tantum, ut egre-

giè contra alios demonstravit *Carolus Molinaus* (sub nomine *Casparis Caballini*) in tract. *dividui & individui*. 3. part. principal. num. 522. & seqq.

438 Cum satis jam explicatum sit emphyteutam propter deteriorationem rei emphyteuticæ jure suo privandum esse: inde inferitur, emphyteutam, qui arbores fructiferas incidit, etiam jus suum perdere: quandoquidem ejusmodi arbores incidendo, fundum emphyteuticum deteriorare reddere dicitur, l. si cuius 13. §. fructuarius. 4. ff. de usufruct. l. §. eleganter. 7. §. non solum. 3. ibi, arbores excidit, vel extirpavit. ff. de dol. mal. l. 2. ibi, arbores deiecisset, &c. ff. si usufruct. petat. §. l. in fructum. 45. §. conductor. 13. ibi, arbores pomiferas cadere, ff. de jure fisci. ibique Bartol. Clarus in §. emphyteusis. question. 26. num. 2. Guilhelm. Redoan. in tract. de reb. eccles. non alienand. de caducitate ob rei deteriorationem. in princ. pag. 505. Paul. de Monte Pico in repetit. l. Titia. 34. §. Titia, cum mberet. 7. ff. de legat. 2. Menoch. de arbitrar. jud. quest. lib. 2. cent. 1. cas. 78. num. 7. Tobias Non. consil. 58. n. 20. Johan. Hannibal. in l. nemo potest. 55. num. 168. ff. de legat. 1. Tiraquell. de retract. convent. §. 3. gl. 1. §. unica, n. 24. Pinel. ad l. 1. C. de bon. matern. part. 2. n. 60. vers. idem emphyteuta, &c. Corbulus in tract. de jur. emphyt. cap. 13. n. 2. pluresque alii, per eos congesti.

439 Sed intricatæ pulchræque quæstionis est: an emphyteuta, si fructiferas arbores à se positas incidit, privationis poenam mereatur? Et mereri, verior traditio est. Cum enim arbores, ab emphyteuta plantatæ, pars soli esse judicentur. l. fructus. 44. ff. de rei vindicat. l. ult. §. fructus. 6. ff. quæ in fraud. creditor. l. sed si meis. 26. §. arbor. ff. de acquir. rer. dom. & ratio non permittat, ut alterius arbor esse intelligatur, quam cuius in fundo radices egerit, l. adeo quidem. 7. in fin. ff. eod. t. §. si Titius alienam. 31. ff. de rer. divis. &c. consequens est; arborum, in prædio emphyteutico ab emphyteuta insertarum, dominium ad illum, cuius est solum, spectare: atque adeo emphyteutam eas incidendo, ipsum prædium deteriorasse, remque emphyteuticam violasse censeri: ac proinde privationis poenam merito incurrere. D. Boer. d. class. 2. disput. 14. thes. 86. edit. 2.

441 Nihil officit, quod objicitur à dissentientibus (nimirum Francisco Beccio consil. 33. num. 7. & aliis, quorum meminisse Corbulus d. c. 12. n. 2. ad finem) dominum amittere quidem lucrum, sed nullo affici damno, si fructiferas arbores, ab ipso emphyteuta plantatæ, incisæ fuerint. Respondetur enim: arbores istas, quoniam solo inhæserunt, ratione dicti domini acquisite esse domino, ad quem directum soli dominium pertinet: ita ut ex illarum incisione dominus non sperato, sed quæsito jam lucro privetur. Lucri autem, quod quæsitum est, idem, ac damni, jus habetur, argum. l. liberti octoginta. 26. ff. de bonis libertor. Cravett. consil. 764. n. 3. & seqq. Quod autem diximus, emphyteutam fructiferas incidendo arbores jure suo cadere, id non procedit, quando emphyteuta, qui arbores frugiferas incidit, alias æquæ fructiferas in eorum locum supplantavit & substituit, arg. d. l. in fraud. 45. §. conduct. 13. ibi, substit. aliis. ff. de jure fisco. Hujusque ratio manifesta est: quia emphyteuta, in locum arborum incisarum alias æquæ fructiferas & fecunditas substituens, prædium emphyteuticum per istam incisionem deterius fecisse non intelligitur: ut sentiant, post alios compheret, quos citans, Cæpoll. de servit. rustic. prædior. c. 22. de montibus, num. 13. Guilhel. Redoan. d. tract. de reb. eccles. non alien. de caducitate ob rei deteriorationem vers. & ut discutatur. n. 13. p. 510. Tiraquell. de retract. convent. d. §. 3. gl. 1. n. 26. & Corbulus d. c. 13. n. 18. Qui duo posteriores plures limitationes, in praxi diligenter notandas, recensent.

443 Præterea emphyteuta amittit emphyteusin, si domino apochas fiscales (de quibus supra num. 393.) tempore debito non reddiderit. l. c. de jur. emphyt. Borcholt. in Commentar. de feud. c. 3. num. 18. Ut & si volens jus suum emphyteuticum aut meliorationes vendere, id domino prius non denunciaverit: ut is, si voluit, præferretur: aut denunciaverit ipsam, sed ante emensum duorum men-

sium spacium, antequam declaraverit se dominus, alii vendiderit: tum etiam, si non petierit à domino, ut facta quovis modo alienatione, novum emphyteutam in possessionem fundi emphyteutici induceret, aut si quidem id desideravit, antequam tamen dominus se declaret, intra menses duos ipse fundum emphyteuticum tradat ei, in quem alienavit: & denique si domino quinquagesima pars precii aut æstimationis non præstetur, l. ult. C. de jure emphyt. Donell. lib. 9. Commentar. de jure civ. c. 14. D. Bocer. class. 2. Disput. 14. thes. 90. edit. 2. Si igitur do- 445 minus non plus, quam duos menses, ad approbandum, & in possessionem inducendum emphyteutam emptorem habet: etiam emphyteuta, qui inductionem testatò sub pœna privationis requirere tenetur, hanc requisitionem ultra duos menses differre non poterit. Quia Justinianus in d. l. ult. post factam requisitionem, an dominus emere velit, & post lapsum duorum mensium, emphyteuta alienandi emphyteusin sine alio domini consensu potestatem concedit: & simul domino imponit, ut emptorem seu novum emphyteutam intra duos menses recipiat: imponit etiam emphyteutæ sub pœna privationis, ut investituram petat, & laudemium (dictum ex eo, quod dominus laudat & approbat contractum, sive personam novam alibi ei δεικνύων, Nov. Leon. 13. est quinquagesima pars precii rei emphyteuticæ alienatæ, d. l. ult. C. eod. Althuf. l. 1. diceolog. c. 77. n. 14. p. 266. solvat. d. l. ult. C. de jur. emphyt. Clar. l. 4. sentent. §. emphyteusis. q. 23. Quod 446 autem Doctores communiter statuunt emphyteutam habere annum & diem à tempore scientiæ, ad investituram & confirmationem petendam, Jason in l. 2. n. 23. C. de jur. emphyt. Romun. consil. 22. n. 6. & alii, ab his allegati: id iis in casibus, qui in d. l. 1. C. eod. expressi sunt, locum habere nequit: quoniam cum in iis certum jus sit constitutum; Doctorum opiniones ut quis sequatur, non necesse est. Et propterea his tum relinquatur locus, ubi certum jus deficit: veluti si quis post lineam finitam, & emphyteusin devolutam, tanquam proximior, à domino de re devoluta se investiri petit, secundum doctrinam Bartoli, & aliorum in l. 1. §. permittitur. ff. de aq. quor. & afflu. vel si res ad certum tempus cum pacto fuit concessa, ut finito tempore emphyteuta renovationem emphyteuseos petat. His enim casibus quia jure civili nihil est dispositum aut cautum, non malè jus feudorum sequimur; ut hanc sententiam communem dicit Socinus consil. 167. num. 42. lib. 2. & probat Jason in l. 1. num. 60. Cod. de jur. emphyteut. hosque referens, Dn. Obrecht in eleganti disput. 36. de jur. emphyteut. th. 321. & seqq.

Indubitata sanè conclusio est: emphyteutam: qui in- 447 requisito domino, & sine denunciatione præfata, rem vegetalem sive emphyteuticam alienavit, jure suo cadere, sæpe allegata l. ult. C. de jur. emphyt. ibique Bartol. Bald. Salignet. Jason. Richardus, & Dd. communiter. D. Besold. in delibac. jur. ex lib. 6. Pand. tit. 3. n. 8. p. 504. & seq. Quæ conclusio ampliatur, ut procedat, etiam si juris ignorantia lapsus emphyteuta prædium emphyteuticum, non consentiente domino, alienaverit. Siquidem à pœna privationis propter juris ignorantiam minime excusatur, argumento l. leges sacratissimæ. 9. C. de legib. & l. constitutiones 12. C. de juris & facti ignorant. Imò ne rustico quidem, mulieri & militi jura contractus ignorare licet, arg. l. ult. C. eod. tit. ac proinde ob alienationem, irrequisito domino factam, à jure suo cadunt, ut tradidit Baldus in c. 1. quest. penult. de controversiis, inter domin. & emptor. feudi tit. 42. lib. 2. feudor. Jason in d. l. ult. n. 178. & seq. C. de jure emphyt. Tiraquell. de retract. convent. §. 4. gloss. 7. n. 17. Guilhelm. Redoan. in tr. de rebus eccles. non alienand. de caducitate ob rei alienationem. vers. emphyteuta quoque, num. 12. & Corbulus in tractat. de jur. emphyteut. cap. 14. ampliat. 46. At quid dicendum, si emphyteuta post alienationem & traditionem illicite factam recuperaverit tum emphyteuticum: nunquid hoc casu poenam privationis evitabit? Nequaquam: quia statim alienatione facta, jus domino fuit quæsitum: quod ipsi absque suo facto & consensu aufert, aut per redemptionem rei venditæ tolli nequit. l. 1. §. si rem. 25. ff. de

ff. depositi. l. quidam. 10. in fine principii, & l. rogo. 21. ff. de fideicommissar. libertat. l. id, quod nostrum. 11. ff. de reg. jur. c. 1. quid juris, si post alienationem feudi vassallus id recuperaverit. tit. 44. lib. 2. feudor. Bartol. in l. sequitur. 4. §. item Labeo. 10. ff. de usurpat. & usucap. idem Bartol. & Paul. de Castr. in d. l. 1. §. si rem. ff. depositi. rursus idem Bartol. post Guilielmum de Cui. in l. si quis libellos. 28. in fine. C. de appellationib. Socin. Jun. consil. 20. n. 38. vol. 1. Soarez in thesaur. recept. sent. in verb. emphyteusis. num. 78. Guido Papa consil. 192. n. 1. Clarus lib. 4. sent. §. emphyteusis. q. 1. n. 6. alique per eum adducti.

450 Magna inter Doctores de hac questione disputatio est: An emphyteuta, si fundum emphyteuticum, absque consensu domini alienatum, in continenti recuperet, effugiat poenam caducitatis sive privationis? Et in affirmatam, tanquam æquiores, sententiam plerique concedunt, Salicet. n. 20. & Jason. num. 136. in l. ult. C. de jur. emphyteut. Jacob. de Nigris in repetit. l. si insulam. 48. n. 299. & 304. ff. de verb. oblig. Ambros. de Opinionib. in repetit. l. filius familias. 114. §. divi 11. num. 166. ff. de legat. 1. Roman. in d. l. sequitur. 4. §. item Labeo 10. ff. de usurpat. & usucap. Anton. de Butr. in c. potuit 4. n. 10. extr. de locato, & in consil. 34. sub n. 2. vers. de equitate tamen. &c. & Guilielm. Redoan. in tract. de rebus Eccles. non alienand. p. 523. n. 48. Sed conclusio negata (quam amplectuntur Alberic. de Rosat. colum. 3. & Sicheard. n. 2. in d. l. ult. C. de jur. emphyteut. Imola in d. c. potuit. n. 48. extr. de locat. Alexand. in l. si a me. 29. num. 4. ff. ad leg. Falcid. & post alios, quos citat Corbulus in tractat. de iure emphyteut. c. 14. ampliat. 29. sub num. 2. vers. ceterum est supradicta declaratio, &c.) verisimilior esse videtur.

451 Eaque confirmatur argumento textus in d. tit. 44. lib. 2. feudor. ubi dicitur; vassallum, qui illicite feudum alienavit, licet postea recuperaverit, privationis poenam non evitare. Et quamvis vocabulum (postea) in isto textu positum, à quibusdam de longo temporis intervallo accipitur: natura tamen illius distinctionis ostendit, ea quoque, quæ in continenti sequuntur, postea facta dici. l. quoniam. 9. §. si quis ita scripserit. 14. ubi Bartol. ff. de heredib. instituend. Deinde emphyteuta per alienationem prædii emphyteutici ipso jure caducitatem incurrit, & jus suum amittit, idque domino applicatur. d. l. ult. ibique

452 Elbertus Leoninus. num. 1. C. de jur. emphyteut. Quod quidem jus domino acquisitum, ei invito & dissentienti adimi hand potest. l. fin. ff. de pact. dict. l. id quod nostrum. 11. ff. de reg. jur. Adimeretur autem domino invito jus suum semel acquisitum, si emphyteuta, qui privationis poenam, propter alienationem illegitimè factam, incurrit, per revocationem venditionis poenam istam declinare & evadere posset. Quare omnino statuendum est: emphyteutam, qui non consentiente domino, prædium emphyteuticum alienavit, poena privationis non eximi, etiam si protinus alienationem factam retractaverit.

454 Hanc conclusionem non infringit textus in d. c. potuit. 4. extr. de locato. ubi expressum est, quod emphyteuta jus sibi competens alienando, vel in solutione canonis cessando, expelli possit, nisi celeri satisfactione sibi consulat. Nam certum planumque est, celerem satisfactionem, de qua ibidem agitur, non posse, neque debere ad prædii emphyteutici redemptionem referri. Satisfacere siquidem domino dicitur emphyteuta, quando canonem annuum exolvit: non autem, cum prædium, domino in seio & inconsulto venditum, redimit & recuperat, arg. l. 1. ff. qui satisfacere cogantur, &c.

455 Eandem decisionem non enervat c. si quis presbyterorum. 6. extr. de reb. eccles. alienand. vel non. ubi Prælati, in continenti recuperans prædium Ecclesie contra leges alienatum, excommunicationis poenam evitat. Etenim ex eo evinci non diffucile potest, excommunicationis poenam non in illum, qui vendit tantum, vel consensit venditioni sive alienationi rei ecclesiasticæ, simpliciter constitutam esse: sed requiri, ut in venditione seu alienatione illegitimè celebrata simul perseveret. At verò adversus emphyteutam, absque domini consensu jus suum vendentem, privationis poena simpliciter constituta est: neque

simul exigitur, ut aliquo temporis intervallo in illa venditione perseveret. dict. leg. ult. C. de jure emphyt. Atque hæc interpretatio ex verbis dicti cap. satis luculenter probatur. Ait namque ibi Symmachus Papa: alienatorem anathemate feriendum, si celeri restitutione sibi non prospexerit. Quibus ex verbis colligitur: non simpliciter prælatum propter alienationem excommunicari: sed accedente demum perseverantia huic poenæ subjici. Posset fortassis & hoc, in d. c. si quis presbyterorum, alienatorem, si rem illegitimè venditam mox revocet, facilius à poena excommunicationis liberari: quod ex alienatione isthac, contra leges facta, nullum jus Ecclesiæ, cujus ad præjudicium alienatio tendit, quæsitum fuerit. Quod nostro in casu secus est. Quandoquidem per alienationem, domino non requisito, factam, hoc ei jus acquiritur: ut emphyteutam statim expellere possit, crebrò citata l. ult. Cod. de jur. emphyteut. Quod certè jus ipsi invito & reluctanti per alterum auferri non potest, neque debet, d. l. fin. ff. de pact. & d. l. id, quod nostrum. 11. ff. de reg. jur.

Nostram quoque opinionem non hebetat, l. divortium 3. ff. de divortis & repud. ubi mulier, quæ diverit à marito, non dicitur diverisse; si mox ad suum maritum reversa est. Nec enim in specie illius legis per celerem reditum ad maritum revocatur divortium: sed potius nullum fuisse declaratur. Divortium quippe (ut Paulus ibi loquitur) non est, nisi verum, quod animo perpetuam constituendi dissolutionem sit. Eaque quicquid in calore iracundie, vel fit, vel dicitur: non prius ratum est, quam si perseverantia apparuit, judicium annui fuisse. Ideoque per calorem inisso repudio, si brevi reversa uxor est, nec diverisse videtur. Ex quibus Jureconsulti verbis liquido constat divortium, ante perseverantiam declaratam, nullam esse. At in venditione rei emphyteuticæ secus est: quoniam venditio solo consensu initur, & traditione completur, neque ad venditionem declarandam perseverantia ulla desideratur, l. in fine. ff. de contrah. empt. l. 2. in princ. ff. de obligat. & act. tot. tit. supr. de obligat. ex consensu. l. si traditio. 4. C. de actionib. empti. Quocirca emphyteuta eo ipso, quod sine consensu domini vendit, poenæ privationis sit obnoxius: cum nihil aliud ad hanc poenam ei imponendam exigatur, quam ut res emphyteutica, domino non consentiente, ab eo vendatur.

Denique nostro pronuntio nihil decerpit l. si in lege. 24. §. colonus 4. vers. quod si paucis. ff. loc. ubi intra paucos dies mora à locatore purgari potest. Nam illic propter paucorum dierum prohibitionem, à locatore factam, nullum jus agendi conductori acquiritur: cum is, propter prohibitionem exigui temporis, à locatore interpositam, nullum prætereundere possit incommodum. Actio autem non datur, nisi nostra non erit, arg. princ. & §. 1. infr. tit. de action. Cæterum non interest conductoris, cui paucis tantum diebus utendi facultas per locatorem inhibita est. Atque hinc fit, ut conductor ob paucorum dierum inhibitionem mercedem locatori diminueri non valeat. Sed in proposito themate statim ex eo tempore, quo venditio prædii emphyteutici, domino contradicente vel irrequisito, interposita est, hoc jus ipsi acquiritur, ut utile consequatur dominum idque ab emphyteuta advocare possit. Cum igitur species dictæ l. si in lege, à nostra questione sit diversissima; nulla ex ea firma illatio duci potest. Papinianus. 20. ff. de minorib. l. eum actum. 17. ff. de negot. gest. l. qui fundum. 7. §. 1. ibi, propriam ac separatam conditionem habent. ff. pro emptore. l. inter stipulantem 83. §. sacram. vers. sed hac dissimilia sunt. ff. de verb. obligat. D. Collega Halbritter. in tract. suo, de jure emphyteut. cap. ult.

Predicta porro conclusio, qua diximus, emphyteutam alienando fundum emphyteuticum, domino irrequisito jus suum amittere, limitanda & temperanda est, ut non obtineat, si vendere tantum promissit. Aliud si quidem est vendere: & aliud, promittere venditionem, arguunt. l. quod si nolit. 31. §. illud 18. ff. de adilit. edit. l. non omnes. §. ultim. ff. de re militari, Justinian. in l. fin. num. 134. Cod. de jur. emphyteut. Alexand. cons. 173. visò themate col. 2. vers. secundo respondio. l. 1. 4.

vol. 2. Roland. à Valle consil. 69. num. 15. vol. 3. Joan. Marta de Riminald. consil. 340. n. 19. vol. 3. Tiraquell. de retract. convent. §. 5. ad fin. tit. gloss. 1. num. 45. Corbulus in tractat. de jur. emphyteut. c. 14. limitat. 8. Quinimò, etiam si emphyteuta in scio domino prædium emphyteuticum vendiderit: non tamen ad traditionem reale processerit, jure eum suo non privari crebrius placuit, argumento textus in c. Imperialem. §. callidis, ibi, feudum vendunt, & alios transferunt, de prohibe. feud. alienat. per Frid. tit. 55. lib. 2. feudor. Alberic. de Rosat. Salicet. & Jason. num. 132. & novissimè Elbertus Leoninus num. 2. & in d. l. fin. C. de jure emphyteut. Ruin. consil. 163. lib. 1. Joan. Maria de Riminald. consil. 217. lib. 2. Alexand. d. consil. 173. lib. 2. Molinæus in consuetud. Parisiens. §. 13. gloss. 5. n. 2. & 3. Ratio est: quia non dicitur alienatum, quod venditum quidem, sed non translatum est: cum verbum (vendere) cum effectu sit intelligendum: arg. l. 1. §. hac autem verba. ff. quod quisque juris in alter. statueris. l. penult. §. 2. in fin. ff. ne quis eum, qui in jus vocabitur, vi exim. l. alienatum. 67. ff. de verbor. signif. c. relatum. 4. ibi, cum igitur verba accipienda sint cum effectu. extr. de clericis non residentib.

Hinc mirificè ambigunt & rixantur Doctores: An emphyteuta, qui domino non consentiente prædium emphyteuticum vendidit, appositio in contractu venditionis pacto, quod nomine emptoris possidere prædium venditum velit, per hoc constitutum jure suo cadat? Et partem quidem affirmativam tenet Paulus Castrensis. in l. 1. §. si rem. n. 11. ff. deposit. Anton. de Butr. consil. 43. Martin. Laudens. in d. c. Imperialem. in princip. col. 2. vers. nota secundum, de prohibe. feud. alien. per Frid. Guido Pap. consil. 147. col. 7. vers. in d. & si foret. & consil. 192. col. 2. ult. Negusane. in tractat. de pignor. in 3. membro. 2. partis principal. in fin. Jul. Clar. lib. 4. sent. recept. §. emphyteusis. q. 13. n. 4. Roland. à Valle consil. 51. n. 27. & seq. vol. 2. alique propè innumeri, quos magno cumulo cumulat Corbulus in d. tract. de jure emphyt. c. 14. ampliat. 30. ubi hanc communem, & frequentius receptam esse sententiam testatur. Contrariam verò & negativam partem sequuntur Jacobus Alvarot. in c. in princ. col. 2. quid juris, si post alienationem, & c. in usus feud. Antonius Rub. in repetit. §. morte, in l. non solum. 8. n. 479. ff. de oper. novi nuntiat. & Crotus Molinæus in consuetud. Parisiens. d. §. 13. gloss. 5. num. 4. vers. sed contrariam. & c. ubi citat & alios. Quibus, utpote ratione non levi suffultis, & ego lubens meritoque accedo. Certo enim certius, & manifestio manifestius est; contractum venditionis emphyteuticos, domino irrequisito initum, ipso jure nullum esse, d. l. fin. C. de jure emph.

Ergo & pactum constituti, & quævis alia clausula illi contractui inserta, nullius momenti erit. Corruente namque principali contractu, corrumpunt etiam viciantur pacta, tanquam accessoria, ipsi adjecta l. cum principalis. 178. ff. de reg. jur. & c. accessorium. 24. eodem tit. 6. Inde fit, ut per constitutum, contractui inutili adjectum, neque dominium, neque possessio transferatur. Ideoque emphyteuta, qui in contractu, absque voluntate ac consensu domini inito, tale constitutum apposuit, sequè nomine emptoris possidere dixit, nullam per hujusmodi constitutum possessionem, nullumque dominium transiitum, adeoque nec ullam privationis poenam incurrisse intelligitur. Sed hac de re paulo explicatius Molinæus d. §. 13. gl. 5. n. 5.

Emphyteuta insuper ob mendacium jure suo privatur. Etenim si scienter neget se esse emphyteutam, & rem esse emphyteuticam, & postmodum mendacii convinatur, haud dubiè emphyteusim perdit. Quia cum negando in re ipsa peccet: iustum est, ut quoque privatione rei puniatur, argumento l. ex facto. 43. §. Julius Longinus. ff. de vulg. & pupill. substitut. l. consensu. 8. §. hac nisi. C. de reposit. l. quicunque. 14. C. de Episcop. & cleric. & c. fin. ext. de immunit. Ecclesiar. Consist. huc text. in §. vassallus si feudum. & §. vassallus feudum tit. 26. lib. 2. feudor. ubi expresse cavetur: quod, si vassallus inficietur feudum, vel feudi partem, aut ejus conditionem,

postea de mendacio convictus, feudum, & ejus conditionem perdat. Et ita tradit Speculator in tit. de locato. §. nunc aliqua (ut vulgò citari solet) vel potius in 1. de emphyteusi, quest. 65. num. 82. idque fulissimè declarat Corbulus in tract. de jure emphyteut. c. 1. n. 2. & subsequ. Et sanè quemadmodum in proposito, ita & multis casibus aliis mendacium punitur. Primum enim heres, qui negat, rem legatam esse hereditariam, in mendacio deprehensus, amittit beneficium legis Falcidiae in illo legato, l. hereditarium. 68. (alias est l. computationi) §. ultim. ubi Bartol. Castrensis. Alexand. & alii. ff. ad leg. Falcid. Secundò, qui negat legatum ad pias causas à se relictum, is duplum solvere cogitur: imo non solum ob inficiationem; sed ob dilationem quoque solutionis, lis inficiando hic crescit. §. ex quibusdam. 7. infr. de obligat. que q. ex contract. nasc. §. vi autem honor. 19. & §. in duplum. 23. infr. de actionib. Tertiò, si quis, cum ex semisse heres esset, in jure interrogatus responderit, se ex quadrante heredem esse; mendacii hanc poenam feret, ut in solidum conveniatur. Non enim debuit mentiri, dum se minoris portionis heredem adseverat, inquit Ulpianus in l. de atate. 11. §. si cum esset. 3. ff. de interrogationib. in jure faciend. Quarto, possessori, qui possessionem rei inficiatur, aufertur illa, & adjudicatur actori, qui rei vindicationem adversus eum instituit, ut est textus in l. ult. ff. de rei vindicat. Quintò, fidejussor, qui negat, se fidejussisse pro aliquo, convictus perdit beneficium divisionis, quod alias ex epistola Divi Hadriani inter plures fidejussores locum habet, l. si dubit. 10. §. ita demum. ff. de fidejussorib. Hippolyt. de Marsil. in rubric. dicti tit. n. 380. Sexto, socius, qui actione pro socio conventus negat, se socium esse, perdit beneficium competentiae, quod alioquin haberet, videlicet ne in solidum condemnatur; & jam propter mendacium istud in solidum tenetur, non autem in quantum facere potest, l. si unus. 67. in fin. ff. pro socio. & l. sed hoc ita. 22. §. ult. ff. de re judic. Septimò, qui abnegat propriam scripturam, is convictus beneficium exceptionis non numeratæ pecuniæ amittit: imò in duplum quoque condemnatur. Auth. contra qui propriam. C. de non num. pecun. Novell. 18. c. 8. Octavò, qui depositum abnegat certis quibusdam casibus (ut incendii, ruinæ, naufragii, vel tumultus causa factum) is poenæ causa in duplum condemnationem subit. l. 1. §. 1. ff. deposit. d. §. in duplum. 23. & §. sed furri. 26. infr. de actionib. Plures casus, quibus punitur mendacium, referunt Jason ad l. quod te mihi. §. ff. de rebus credit. si cert. pet. & Anton. Tressaurus decis. 50. hosque citans Conradus Rittershus. lib. 2. partitionum feud. c. 5. q. 41. p. 421.

Tandem emphyteuta amittit suam emphyteusim, si debitum canonem vel pensionem in civili emphyteusi intra triennium, l. 2. C. de jure emphyt. in ecclesiastica intra biennium non solverit. Novell. 7. c. 3. §. scire autem. & Novell. 120. c. 8. & Auth. qui rem C. de Eccles. c. potuit. 4. extr. de locato. Jul. Clar. libr. 4. sentent. §. emphyteusis q. 8. num. 1. Aurel. Corbul. in tractat. de jur. emphyteut. c. 15. Dominicus Cardinalis Tuscanus tom. 3. pract. concil. conclus. lit. E. conclus. 192. n. 1. & seq. Frider. Pruckman. consil. 17. q. 3. n. 118. vol. Matthias Berlichius conclusionem pract. part. 2. concl. 46. n. 1. ubi ad hanc conclusionem, utpote receptissimam & notissimam, plures allegat.

Hæc conclusio primò procedit, etsi emphyteuta à prædii domino nunquam sit interpellatus, d. c. potuit. in fin. extr. de locat. Quia neminem oportet conventionem vel admonitionem expectare: sed unum quemque decet ultero offerre se, & debitum spontanea voluntate persolvere, d. l. 2. vers. cum neminem, & c. de jur. emphyteut. quia, inquam, unusquisque ea, quæ promissit, in memoria sua servare debet, nec exposcere, ut ab aliis sibi manifestentur: vel quia, ut vulgò dicitur, etiam dies interpellat pro homine, l. magnam. 12. in fin. C. de contrah. & committ. stipulat. Jason. n. 35. Scharb. n. 30. & Corasius n. 23. ad d. l. 2. C. de jur. emphyteut. Guilhelm. Redon. in tract. de rebus Eccles. non alienand. quest. 19. de solutione canonis emphyteutis. num. 6. pag. 433. & quest. 24. cap. 2. num. 2. pag. 495. Branchorst. cens. 1. Mi.

Miscellan. controvers. assert. 42. Donell. lib. 9. Comment. de jur. civil. cap. 15. pag. 456. num. 10. Althus. lib. 1. dialectolog. cap. 77. num. 32. p. 268.

482 Deinde hæc conclusio locum habet, etiam si emphyteuta non totam pensionem, sed tantum partem ejus non solverit, arg. l. in executione. 85. §. item si ita. 6. Paulus Castrensis. ff. de verb. oblig. l. fistulas. 78. §. qui fundam. 2. ff. de contrah. emp. §. l. quamdiu. 6. C. de distract. pignori.

483 Ratio est evidens: tum quia conditio, si pensionem non solvit, est individua & negativa: quæ si in parte deficit, in totum falsa redditur, l. cui fundus. 56. ff. de condit. §. demonstr. Tum quia partis solutio fieri non potest invito creditore: ac proinde neque hic domino, l. tutor. 41. §. 1. ff. de usur. l. Julianus. 13. §. offerr. 8. ff. action. emp. l. quidam existimaverunt. 21. ibique Donell. §. Dd. ff. de rebus credit. l. obigatione. 9. C. de solutionib. l. plane. 3. §. l. his consequenter. 18. §. Celsus. 4. ff. famil. ercis. Gaddens ad l. minus. 32. num. 9. ff. de verb. significat. Bronchorst. cent. 1. assert. 63. ed. 1. §. noviter Arumens Exercitat. Juslin. 16. thes. 2. Tum quia pensio in recognitionem domini solvitur: unde emphyteuta dominum contemnere dicitur, si non integram pensionem, secundum legem conventionis, persolvit. Ubi enim ex conventionis sive pacto expresso aut tacito aliquid debetur, etiam minimum attenditur. Decius in d. Auth. qui rem. n. 18. C. de SS. Eccles. Speculat. in tit. de emphyteusi, quest. 29. num. 40. Gozadin. consil. 57. num. 15. §. consil. 69. num. 8. Sichard. in d. l. 2. num. 6. C. de jur. emphyt. §. ibidem Leoninus num. 5. Johan. Francisc. Purpurat. consil. 484. num. 6. Roland à Valle consil. 17. n. 14. volum. 2. §. plures alii, quos refert sequitur Corbulus d. tract. de jur. emphyteut. cap. 15. ampliat. 5. ubi num. 7. dissentientes allegat Guidonem Papæ decif. 174. Petram Benintendum decif. 6. Paulum de Monte Pico in Auth. præterea. num. 12. C. unde vir. §. uxor. §. Jasonem in d. l. in executione 85. §. item si ita. ff. de verb. obligat. Vide quoque aliter sentientem Fachinæum lib. 1. controversiar. jur. c. 96.

484 Ratio est evidens: tum quia conditio, si pensionem non solvit, est individua & negativa: quæ si in parte deficit, in totum falsa redditur, l. cui fundus. 56. ff. de condit. §. demonstr. Tum quia partis solutio fieri non potest invito creditore: ac proinde neque hic domino, l. tutor. 41. §. 1. ff. de usur. l. Julianus. 13. §. offerr. 8. ff. action. emp. l. quidam existimaverunt. 21. ibique Donell. §. Dd. ff. de rebus credit. l. obigatione. 9. C. de solutionib. l. plane. 3. §. l. his consequenter. 18. §. Celsus. 4. ff. famil. ercis. Gaddens ad l. minus. 32. num. 9. ff. de verb. significat. Bronchorst. cent. 1. assert. 63. ed. 1. §. noviter Arumens Exercitat. Juslin. 16. thes. 2. Tum quia pensio in recognitionem domini solvitur: unde emphyteuta dominum contemnere dicitur, si non integram pensionem, secundum legem conventionis, persolvit. Ubi enim ex conventionis sive pacto expresso aut tacito aliquid debetur, etiam minimum attenditur. Decius in d. Auth. qui rem. n. 18. C. de SS. Eccles. Speculat. in tit. de emphyteusi, quest. 29. num. 40. Gozadin. consil. 57. num. 15. §. consil. 69. num. 8. Sichard. in d. l. 2. num. 6. C. de jur. emphyt. §. ibidem Leoninus num. 5. Johan. Francisc. Purpurat. consil. 484. num. 6. Roland à Valle consil. 17. n. 14. volum. 2. §. plures alii, quos refert sequitur Corbulus d. tract. de jur. emphyteut. cap. 15. ampliat. 5. ubi num. 7. dissentientes allegat Guidonem Papæ decif. 174. Petram Benintendum decif. 6. Paulum de Monte Pico in Auth. præterea. num. 12. C. unde vir. §. uxor. §. Jasonem in d. l. in executione 85. §. item si ita. ff. de verb. obligat. Vide quoque aliter sentientem Fachinæum lib. 1. controversiar. jur. c. 96.

486 Tertiò hæc conclusio vera est, tametsi dominus generaliter & simpliciter promiserit, se emphyteutam non expulsum. Siquidem ista promissio generalis de non expellendo emphyteutam, non tollit ea, quæ emphyteuta ex natura contractus servare tenetur; sed hanc in se tacitam conditionem habet, si emphyteuta nihil committat, propter quod justè expelli possit, argumento l. quæro §. 4. §. inter locatorem. ff. locati. Salicet. in d. l. 2. n. 3. Alberic. de Rosat. n. 4. §. Jason. num. 34. C. de jur. emphyt. Signorolus de Homodeis in l. ubi ita donatur. 27. num. 11. ff. de mortis caus. donationib. Anton. de Butr. num. 11. §. Imola, num. 57. in d. c. potuit. 4. extr. de locato, hosque citans Corbulus d. c. 15. ampliat. 2. Idque nonnulli ad promissionem etiam jurejurando firmatam extendunt, arg. l. ult. C. de non num. pec. c. pervenit. 3. quemadmodum. 25. exp. de jurejurand. can. beatus. 22. quest. 2. Baldus in l. fin. vers. secundo queritur. ff. qui satisfdar. cog. Jason. in l. cum proponas. 21. notab. 6. C. de pactis, eosque allegans Eggebrecht. in Synopsi juris emphyteutici, conclus. 237.

487 Quartò hæc conclusio obinet, licet res in emphyteusin concessa, esset magni valoris ac precii, & pensio esset minima, fortè unius tantum nummi. Quia d. l. 2. C. de jure emphyt. privans emphyteutam ob non solum canonem, indistinctè loquitur: proindeque indistinctè accipi debet, arg. l. de precio. 8. ff. de Public. in rem act. & quia nummus ille surrogatur in locum totius census sive pensionis legalis de consuetudine, juxta Bald. in d. Auth. qui rem. C. de SS. Eccles. quia denique in constituendo pensione, quæ solvitur ab emphyteuta, magis recognitio domini, quam emolumentum ipsius concedentis, consideratur. Et propterea cum eadem sit ratio in magna pensione, quæ in minima: meritò utrobique idem jus servatur, l. à Titio. 108. ff. de verb. obligat. Atque ita tenent Bartol. num. 5. Jason. num. 16. §. Dd. communiter in d. Auth. qui rem. C. de SS. Eccles. Ripa in l. fin. C. de revocand. donat. num. 130. Ruin. consil. 167. n. 10. vol. 1. Barbar. consil. 26. in fin. vol. 2. Piraque. in retract. convent. §. 4. gloss. 5. num. 26. in fin. Afflict. decif. 80. num.

2. Socin. consil. 167. non inutile num. 7. in fin. vol. 2. Guilielmus Mayner. in l. imaginaria venditio. 15. num. 2. ff. de reg. Clarus in d. §. emphyteusis, quest. 8. num. 3. §. D. Obrecht. Disputat. 36. de jur. emphyteut. thes. 338. §. seq.

Quintò hæc conclusio militat etiam in emphyteuta, qui sub magno canone, & annuis fere fructibus respondente, emphyteusin accepit, & qui sterilitatem passus est. Cum enim non reperitur prohibitum; ut emphyteusis pro pensione, annuis fructibus correspondente, concedatur; sequitur, illud esse permittum: ac ea propter emphyteutam non excusari, si ob sterilitatem per triennium canonem non solvit, arg. l. 1. C. de jur. emphyt. §. presentis §. Solutionem siquidem pensionis non fieri in recognitionem fructuum perceptorum, sed in recognitionem domini, exploratum est, ut notavit Imola in d. c. potuit. n. 41. extr. de loc. Obrecht. d. Disp. 36. th. 364. §. Alvarus Valasc. in tract. de jur. emphyteut. q. 27. n. 7. ubi ita communiter Doctores tenere profitezur. Et eandem sententiam, multis utramque in partem relatis auctoritatibus, uberius explicuimus supra num. 379. §. seqq.

Sextò hæc conclusio locum sortitur, quamvis ab initio contractus convenerit, ut pensio suis quæque temporibus præstaretur, & nisi præstaretur, dominus pœnam sit stipulatus, ut trad. gloss. in d. l. 2. in verb. repell. ibique Alberic. Rosatus num. 8. Salicet. num. 18. Bald. n. 12. §. Jason. n. 139. alique commun. C. de jur. emphyt. Neque dicendum est: hanc pœnam ideo adjectam esse, ut eâ dominus contentus sit, & pœnam legis remittat: quia hæc pœna adjecta est domini causa, & ut aliquid ad obligationem accedat. Ideoque per hanc pœnam à beneficio ejectionis, quod jure communi competit, recessum non videtur. Cum enim aliquid obligationi accedit, per hoc ab ea obligatione recessum non intelligitur, arg. l. si se non obtulit. 4. §. si ex conventione. 4. ff. de re judicat. Bronchorst. cent. 1. §. vavilo Pavayv. assert. 54. circa princip. edit. 1. Donell. lib. 9. Commentar. de jur. civ. cap. 15. pag. 455. n. 50. Enimverò dominus & pœnam petere, & simul jure commissi uti (secundum receptam sententiam, quam aliquot rationculis impugnare conatur Sichardus ad d. l. 2. num. 15. C. de jur. emphyt.) non potest: sed alterum eligere debet: nisi expresse & specialiter actum sit, ut utrumque fieri vel exigi possit. rescriptum. 10. §. si pact. ff. de pact. l. apud Celsum. 4. §. Labeo ait. 7. ff. de doli mali, §. met. except. l. si duo. 34. §. fin. ff. de recept. qui arbitrium, §. c. l. prædia 28. §. l. Lucius. 47. ff. de actionib. emp. Gloss. in d. l. 2. verb. repellere vers. sed tamen, §. ibi Salicet. num. 19. Jason. num. 144. §. Corasius n. 21. C. de jur. emphyteut. Speculat. ad tit. de emphyteus. num. 46. §. 47. Corbul. d. tract. de jur. emphyteut. cap. 15. ampliat. 9. n. 8. §. Du. D. Halbritter. in Disputat. de jur. emphyt. Respondente D. Bassoio th. 41.

Septimò hæc conclusio non solum in re vectigali, vel in ipsa emphyteusi; sed etiam in meliorationibus locum sibi vendicat, Placet enim, emphyteutam nihilominus, quantumvis multas meliorationes in fundo emphyteutico instituerit, ob non solum canonem ejici posse, & meliorationes unâ cum fundo ad dominum ita redire: ut eorum nomine nihil domino possit objici, d. l. 2. vers. nulla ei in posterum, §. c. C. de jur. emphyt. Neque iniquum est, hoc adversus emphyteutam statui: ut nimirum in eo culpæ suæ pœnam luat: testante Donello, d. l. 9. Comment. c. 15. pag. 455. num. 40. & Obrechtio d. Disp. 36. th. 366. Atque ita ante illos tradiderunt Barz. §. Castrensis. in l. colonus 61. in fin. ff. locati. Baldus in rubr. Cod. de jur. emphyteut. num. 4. Jason. in dict. l. 2. num. 27. Cof. eod. Decius consil. 518. num. 2. Roland. à Valle consil. 28. n. 16. vol. 1. Guido Pap. decif. 438. emphyteuta. num. 3. Guiliel. Redaan. in tract. de reb. Eccles. non alienand. quest. 17. c. 3. num. 2. §. seq. pag. 406. Julia Clarus ex communi Dd. sententia lib. 4. sent. recept. §. emphyteusis q. 45. ubi id locum habere inquit, tam in emphyteuta Ecclesiæ, quam in emphyteuta privati. Eadem de re prolixè disputant Franciscus Sarmientus lib. 3. selectar. interpretation. cap. 4. & D. Christophorus Hesoldus in delib. jur. ex lib. 6. Pand. tit. 3. num. 11. pag. 514. Octavò

491 Octavo huic conclusioni locus est, etiam si dominus post cessationem triennii pensionem ab emphyteuta acceperit ut docet Donellus *d. lib. 9. Commentar. de jure civ. cap. 15. pag. 456. num. 20. & seq.* Verum quia hæc disputatio (an scilicet, & quando præsumatur dominus remississe pœnam caducitatis, recipiendo canonem ab emphyteuta) egregia quidem est, sed ardua & difficilis, teste Menochio in *tract. de præsumptionib. lib. 3. præsumpt. 112. in princip.* quatuor præcipuè casus considerandi veniunt.

493 Primus est: si dominus simpliciter, nulla adhibita protestatione, solutionem canonis pro tempore præterito ab emphyteuta accepit. Et hoc casu receptissima doctrina est: caducitatis pœnam (uti vulgò loquuntur) dominum præsumi remississe, & juri suo renunciassse, gloss. Zabarella & Imola in *d. c. potuit. ext. de locato Alex. conf. 112. n. 3. lib. 4. Ruinus conf. 110. n. 4. & conf. 151. n. 12. l. 1. Paris. consil. 108. n. 44. lib. 1. conf. 5. num. 201. lib. 4. & alii, quos recitat Menochius *d. præsumpt. 112. num. 1. & in tract. de recuper. possess. remed. 9. num. 152.* At contraria opinio Bartholi in *d. l. 2. num. 8. C. de jur. emphyt.* probabilior esse videtur: nempe dominum, qui post lapsum triennii pensionem accipit, vindicationi rei emphyteuticæ non intelligi renunciassse: tum quia pensio præteriti temporis non pro re ipsa, sed pro usu rei jam præterito præstatur: tum quia dominus non censeretur illi rei renunciassse, pro qua omnino nihil accepit. Et sanè, pensione per triennium ab emphyteuta non soluta, dux res simul domino deferuntur: pensio triennii, quæ pro usu præteriti temporis illi ex contractu emphyteutico debetur: & ager ipse emphyteuticus, cujus revocandi fit illi potestas jure ob cessationem emphyteutæ. Quare cum utrumque simul domino deferatur: uno recepto, alterum non debet amittere, quemadmodum scire id explicat Donellus loco antè citato, & Menochius *d. lib. 3. præsumpt. 112. num. 1. cum seqq. ubi argumenta contraria diluit.**

495 Alter casus est: si dominus pensionem præteriti temporis cum hac protestatione accepit, quod rei emphyteuticæ vindicationem salvam conservare velit. Hoc casu ut ab omnibus penè approbata, ita & verissima sententia est: caducitatem non censeretur à domino remissam. Etenim si ea sententia vera est, nulla interposita protestatione: verior merito erit, si protestatio accessit: qua hæc mentem domini aperte declarat. Bald. & Jason in *l. 2. ff. si quis caution. &c. Curt. sen. in conf. 82. ad fin. Clarus in d. §. emphyteusis. quest. 10. num. 1.* Tertius casus est: si dominus post triennii cessationem, pro futuro tempore pensionem recipit, nulla protestatione adhibita. Et tum sine ulla dubitatione caducitas remissa præsumitur. Eo namque ipso quod futuram, & nondum sibi debitam pensionem accipit, vindicationi rei emphyteuticæ renunciassse videtur. Contraria quippe sunt: in futurum pensionem recipere, & rei emphyteuticæ vindicationem reservare: & ita eundem emphyteutam, & non emphyteutam haberi. Clar. in *d. q. 10. num. 1. vers. aut verò sumus in dubio. &c. Men. d. lib. 3. præsumpt. 112. num. 19.* Quartus casus est: si dominus post triennii cessationem accepit pensionem in futurum, hac præmissa protestatione: quod rei vindicationi renunciare nolit. Hoc casu refert, an emphyteuta protestationi consenserit, an contradixerit: an verò omnino taceat. Priori specie rei vindicatio remissa non intelligitur: quia etsi hæc protestatio reputetur contraria facto: attamen possunt contrahentes voluntatem suam tacitam, uno modo apertam, contraria verborum declaratione apertius demonstrare, argument. can. Diaconi. 8. *Distinct. 28. Ripa in c. cum M. Ferrariensis. n. 130. quest. primus casus; de constitut. & Ruinus conf. 151. num. 12. lib. 1.* At secunda specie rei vindicatio remissa videtur: quia protestatio domini, per expressam contrariam protestationem & contradictionem emphyteutæ sublata fuit, ut docuit Ripa in *d. c. cum M. Ferrariensis. num. 130. vers. secundus casus. de constitut. & Ruinus d. conf. 151. num. 12. vers. nec obstat. lib. 1.* Tertia verò & posteriori specie, cum sumus in dubio, rei vindicatio remissa censetur. Dum enim pensionem pro futuro domino recipit, emphyteutam in sua emphyteusi confirmat, & eo ipso declarat, quod præcedentem contum-

ciam atque pœnam remittat. Ita tenere multos congestos à Jalone in *d. l. 2. in princip. num. 4. ff. si quis cautionib. &c. & in dict. l. 2. num. 124. vers. item in quantum, &c. Cod. de jur. emphyteut.* scribit Menochius *d. lib. 3. præsumpt. 112. num. 22. & seqq.* ubi contrariis argumentis sufficienter respondet. Atque prædictos casus omnes etiam ita explicat. D. Obrechtus *dict. disputat. 36. de jure emphyteut. thes. 348. usque ad thes. 264.* De iisdem quoque, & similibus consulant Aurelius Corbalus in *tract. de jur. emphyt. c. 15. limitat. 21. & Fachinæus lib. 1. controvers. jur. cap. 99.* Adde Alexandrum Trentacinium *lib. 3. resolut. 7. nec non D. Besoldum in dict. delibet. jur. ex lib. 6. Pand. tit. 3. num. 10. pag. 509. & seqq. itemque in thesaur. practico lit. H. num. 43. pag. 416. ubi allegat Antonium Monterum à Cueva, varie distinguentem, decis. 5.*

Nonò huic conclusioni relinquatur locus, etsi emphyteuta per ignorantiam in solutione canonis per triennium cessavit: ut quia rem esse emphyteuticam ignoravit: eò quod fortè in jus alterius successit. Non enim inter scientem & ignorantem distinguendum est: cum mora re ipsa contrahatur: adeoque scientia personæ non exigatur. Et hoc de rigore juris ita obtinere tradit Julius Clarus *dict. lib. 4. sentent. §. emphyteusis. quest. 8. num. 9.* siquidem de æquitate detur eo casu successorì sive heredi [licet major sit 25. annis] ex generali clausula, *Si qua alia mihi iusta causa esse videbitur, in integrum restitutio, l. 1. in fin. ff. ex quib. caus. majores 25. an in integr. restit. & notat Accursius in dict. l. 2. in verbo, legem, quem D. Scharidus num. 25. & ceteri Dd. ibi communiter sequuntur. C. de jure emphyteut.* Cæterum quòd Dd. communiter opinantur, heredem isto casu, ex prædicta generali clausula in integrum restitui posse: hoc falsum esse videtur D. Obrecht, *dict. disputat. 36. thes. 372.* propterea quòd isthæc clausula ad absentes tantum, non etiam ad ignorantes pertineat, nec non 28. ff. ex quib. caus. majores. &c. Non tamen idcirco simpliciter negat idem Obrechtus, ignorantibus Prætozem non succurrere: quia ex magna & iusta ignorantie causa omnino etiam ignorantibus opem fert, §. si quis agens. 33. *infr. de actionib. l. 2. ff. de in integr. restitutionib.* sed tantum negat, id fieri ex vi generalis illius clausulæ: cum ea duntaxat de absentibus loquatur. *d. l. nec non. 28. ff. jur. ex quib. caus. majores, &c.* Idem censet D. Banlovius in *Disputat. de emphyt. Præfide D. Halbritter. sub thes. 36. in fin.*

Decimò hæc conclusio etiam viget in minore 25. annis. Nam & ipse legitimo tempore canonem emphyteuticum non solvens, pœnam privationis ipso jure incurrit: ita tamen, ut propter ætatis fragilitatem in integrum restitui debeat, per textum in *l. si tutoris. 23. C. de administrat. tutor. vel curat.* ubi 25. annis minor ratione damni, quod ob non solutum canonem emphyteuticum ex amissione prædii emphyteutici perpeffus est: adversus curatorem experitur: & sic ex illa lege perspicue constat, minorem in solutione canonis cessantem emphyteusi privari. Deinde hæc sententia probatur *l. si ex causa. 9. §. si in commissum §. ff. de minorib. 25. an. ubi Ulpianus responder; minorem, qui in commissum vectigalis incidit, restituendum esse.* Igitur necesse est; minorem, propter vectigal non solutum, ipso jure in commissum incidisse: cum alioqui, si ipso jure tutus esset, restitutio in integrum nulla dari posset, *l. in causa, 16. in princip. ff. eod. & similibus.* Præterea minor & Ecclesia in jure re-quiparantur; cap. 1. *ext. de in integr. restit. l. orphanotrophos 32. Cod. de Episcop. & Clericis.* Atqui Ecclesia possidens fundum emphyteuticum, à jure suo cadit, si iusto tempore canonem non solvit: quoniam illa restitutio inest ex natura contractus, *l. quaro 54. §. inter locatorem. ff. locati, Bald. in c. unic. numero 10. de alienat. feud. in usib. feud. & in l. placet §. numero. 3. & in Auth. qui rem numero 4. Cod. de sacrosanct. Eccles. Speculat. in c. de emphyteusi. quest. 15. numero 25. Jason. in lib. 2. numero 48. Codice de jur. emphyt.* & hanc communem esse opinionem, post alios, quos citat, restatur Corbalus in *d. tract. de jur. emphyt. c. 15. ampliat. 27.* Ergo & minor, canonem iusto tempore non solvens, jus

03 jus suum amittit. Ad hæc confirmatur eadem assertio per textum in *c. Imperialem. §. præterea si quis infendatus, de prohib. feudi alien. per Frider. tit. 55. lib. 2. feudor.* ubi expressè cavetur, quod minor, intra constitutum tempus investituram non petens, jure suo privetur. Quamobrem etiam canonem intra legitimum tempus non solvens privationis poenam subire debet.

04 Non obstat *l. non solum. 4. §. tot. tit. C. de prædiis & aliis reb. minor. sine decreto non alien. item l. sed si pecun. 3. §. si jus emphyteuticæ. 4. ff. de reb. eor. qui sub tutel. vel cura sunt. sine decr. &c.* ubi habetur, minorem 25. annis sine judicis decreto rem, etiam emphyteuticam alienare non posse. Jam verò si minor non solvendo canonem, jus suum amitteret; alienatio fundi emphyteutici, ad ipsum pertinentis, sine decreto judicis contingeret: quod jure prohibitum est, *legibus modo allegatis.* Non obstat, *inquam.* Nam alienatione quidem hominis, minor absque judicis decreto rem immobilem alienare nequit, *juribus supra adductis.* At hæc alienatio, quæ fit propter canonem non solum, non est hominis, sed potius legis, utpote proficiscens ex dispositione dictæ legis 2. *C. de jure emphyteut.* Quæ sanè alienatio legis minori non interdicta intelligitur, *arg. l. sine hered. 32. §. Lucius. 6. ff. de administrat. & peric. tutor.* Neque enim hæc casu minor, sed lex potius ipsa, quæ propter non solum canonem, amissionem rei emphyteuticæ induxit, alienare censetur, *d. l. 2. C. de jure emphyt.*

05 Non quoque refragatur *l. fin. C. in quib. caus. in integr. restitutio necessar. non est.* ubi dum Imp. Justinianus statuit, præscriptiones temporales minoribus non currere: inde inferri posse videtur; ob canonem intra biennium vel triennium non solum, minorem jus suum non amittere. Hæc siquidem amissio, cum post triennii spacium contingat; præscriptio quædam esse putatur. Non, *inquam,* lex illa refragatur. In ea namque agitur de re minoris, per præscriptionem, sicque per solum temporis lapsum amittenda. At verò emphyteuta, intra tempus legitimum non solvens canonem, nequam propter temporis lapsum, sed propter legem contractus emphyteutici violatam, jure suo privatur. Est enim hæc lex & natura istius contractus, ut quotannis canon constitutus præsteretur: & hanc legem emphyteuta maximopere violat, si per integrum biennium vel triennium solvere cessat: ac proinde hæc transgressio in causa est, ut jure suo privandus veniat.

06 Nihil item movet *l. 2. C. de fundis patrimonial.* ubi Constantinus Imp. rescriptit, minoribus non nocere tardiorum solutionem. Etiam quod ibi dicitur, ad fraudem juris minorum non accedere, sive minoribus fraudi non esse, si præfixo tempore pensio ex fundo, quem possident, soluta non sit: non sic accipiendum est, quod ipso jure minores sint tuti; sed quod per restitutionem in integrum iis subveniat, ut cessatio ista obesse illis non possit. Quæ enim per in integrum restitutionem faciuntur: non esse fraudi minoribus restitutis dicuntur, *l. si intra. 6. C. de in integr. restitut. minor.* Tamen si alii aliter dicant *l. 2. Cod. de fund. patrim. exaudiant, ut videre est Corbulo d. tract. de jure emphyteut. cap. 15. ampliat. 28. n. 7. & Hubrittero in disput. de jure emphyteut. de anno 1602. Respond. Binsvio thes. 34. sub lit. a.* Ex quibus omnibus jam expolitis manifestum evadit: minorem 25. annis, ob canonem emphyteuticum non solum, ipso jure emphyteuticam amittere: ita tamen, ut in integrum restitutionis beneficio illam recuperare possit, *d. l. si ex causa. 9. §. si in commissum ff. de minoribus &c.* Et ita sentiunt Speculator in tit. de emphyteusi num. 24. Jason. in d. l. 2. n. 48. *C. de jure emphyt. Bart. & Salicet. in d. l. si tutoris. 23. C. de administrat. tutor. Bald. in l. 2. num. 3. C. si advers. vendit. pignor. Guido Pap. de decis. 435. num. 1. Guilhelm. Redoan. in tract. de reb. Eccles. non alienand. quest. 24. cap. 2. num. 4. pag. 495. aliæque ab his annotati.*

07 Undecimò hæc conclusio locum invenit etiam in pupillo & infante: quod nimirum & hi ob non solum canonem ipso jure fundum emphyteuticum amittant: ita tamen, ut restitutionis in integrum auxilio sibi consulere

valeant. Quod enim propter canonem non solum, emphyteuta jure suo privatur: id venit ex natura ipsius contractus, *d. l. 2. C. de jure emphyteut.* proindeque a contrahentibus tacite hoc actum judicatur, ut res emphyteutica ad dominum, canone non soluto, revertatur. *Bald. in §. inde potest. n. 10. & ibi Alvarotti col. 3. de alienat. feudi tit. 13. lib. 1. feud.* Conditionem autem contractus resolutivam, ad præjudicium quoque pupilli & infantis, in contrahendo apponi posse, apparet ex *l. creditor. 7. §. illud inspiciendum. vers. si vero tempus. ff. de distract. pignorum, & cap. verum. 4. ext. de conditionib. apposit. ibique Dd. communiter notant.*

Assertioni nostræ non obloquitur *l. Imperatores. 7. in fine. ff. de publicanis & vectigalib.* ubi pupillo, vectigal non inferenti seu solventi; poena commissi remittitur. Nam agit de poena, quam ipsa lex absque conventionione hominis constituit. Nos verò hic agimus de poena commissi; in conventionem à contrahentibus deducta. Etenim in contractu emphyteutico (ut paulo ante diximus) tacite a contrahentibus actum intelligitur; ut canone intra præfixum tempus non soluto, res emphyteutica ad concedentem revertatur. Sed videatur Corbulo *d. tract. de jure emphyt. cap. 15. ampliat. 29.* ubi hac de re latissime disputat. Eamque attingi etiam in additionib. ad *Jul. Clar. §. emphyteusis. quest. 8. n. 8. & 9.*

Duodecimò hæc conclusio ampliatur, ut patre intra legitimum tempus canonem non solvente, id etiam ejus filius oblit: quia, patre non solvente, peccatur contra naturam contractus, ratione cujus domino res emphyteutica una cum pensione committitur, & ad eundem redit, *l. 2. C. de jure emphyteut.* Et hanc esse communem opinionem testatur Rurnus *conf. 166. num. 12. & conf. 167. n. 28. & conf. 168. num. 6. volum. 1.* Quam confirmant & sequuntur *Baldus in l. adoptivum 8. §. patronum. ff. de in jus vocand. Corn. conf. 327. in hac consultatione n. 4. volum. 1. Alexand. conf. 120. col. 1. n. 3. vol. 5. Joh. de Amicis conf. 133. n. 8. & 12. Salicet. in l. 2. num. 33. & ibidem Alberic. de Rosat. n. 15. C. de jure emphyteut. Grat. conf. 132. n. 6. vol. 1. Gozad. conf. 34. num. 10. vers. secundo videmus, & n. 14. item conf. 46. visis. n. 13. & conf. 75. n. 2. aliæque plures, quo memorat & amplectitur Corbulo *d. tract. de jure emphyt. c. 15. ampliat. 7.* ubi & ipse n. 2. hanc opinionem communem & veriorē dicit.*

Decimotertio hæc conclusio extenditur in emphyteuta, qui plures reliquit heredes, & unus eorum partem canonis intra tempus constitutum non solvit. Hac enim de causa tota emphyteusis in commissum cadit; *juxta gloss. ordinariam; in l. communi dividundo judicium. 7. in princip. super verb. confundetur. ff. communi divid. argument. l. heredes. 25. §. in illa quoque. 12. ff. famil. erciscund. l. 2. §. item si in facto. 5. & l. stipulationum. 5. §. si sortem. 4. ff. de verb. obligationib.* Et prædictam glossam Doctores communibus suffragiis sequuntur; *Ripa in l. eadem dicemus. 4. §. Caro num. 44. ff. de verb. oblig. & ibidem Marian. Socin. num. 143. & seqq. Afflict. de decis. 153. n. 4. Roland. à Valle conf. 17. n. 16. vol. 2. Jason. in dist. l. 2. n. 58. Sichardus num. 7. Cod. de jure emphyteut. Clarus in d. §. emphyteusis, quest. 8. n. 13. & alii à Corbulo cumdati in d. cap. 15. ampliat. 8.* Ejusque ratio non est obscura: tum quia si primus emphyteuta ob particularem canonis solutionem jure suo privari & expelli potuit, ut supra n. 482. ostensum est: etiam ejus heres privari debet, ne in hujus persona conditio obligationis immutetur, contra *d. l. 2. §. ex his. 2. ff. de verb. oblig.* Tum quia cum unusquisque heredum in solidum ad canonis solutionem obligatus sit, ut tradidit *Cornelius conf. 24. num. 17. volum. 2. Frideric. de Senis conf. 228. factum tale est. &c. & Afflict. de decis. 153. n. 3.* culpa quoque communis erit. Tum quia ex natura contractus emphyteutici, res ob non solum pensionem in commissum, cadit, ut hæcenus sæpe inculcatum ex *dist. l. 2. Cod. de jure emphyteut.* Tum denique quia cum poena sit; ut si non solvatur pensio, emphyteuta jure suo privetur: non sufficit, ut unus ex heredibus partem solvat. Nisi enim totum solvatur, poena in totum committitur, per nosa *da Dd. in l. excur. 85. §. item si ita. 6. ff. de verb. oblig. D. Bon.*

D. Banfov. in d. Disput. de jur. emphyt. Præfide D. Halbriter. sub thes. 36. Enim verò hanc opinionem summi juris esse, non negatur: ac proinde qui mitiorem sententiam cum Corasio in d. l. 2. n. 11. vers. de illo porro, &c. C. de jur. emphyteut. Oldendorpio class. 5. de act. emphyteuticaria. n. 7. Mynsingero cent. 3. observ. 66. Fachinæo lib. 1. controvers. jur. cap. 97. Paulo Berens disput. 11. ad Instit. them. 2. quest. 6. & quibusdam aliis, sequi velit, non valde peccabit, asserente D. Obrechtio d. disp. 36. de jur. emphyt. thes. 369. & 370.

§12 Decimoquarto, huic conclusioni datur locus, etiam si res emphyteutica ex parte interierit: vel aliud damnum, substantia rei salva, contigerit. Non enim emphyteuta idcirco à solutione canonis liberatur: quoniam particularis rei emphyteuticæ interitus, & damnum, substantiâ rei salva, contingens, ad emphyteutam pertinet, hoc §. nostro, & l. 1. ibique Dd. communiter. ff. de jur. emphyteut. Sed hanc rem explicatius prosecuti sumus supra n. 173. & seqq. Aliud tamen juris est in tributo, quod fisco debetur. Hoc etenim ob particularem agri interitum, annique sterilitatem à censitoribus remitti solet, l. forma. 4. §. 1. ff. de censib.

§13 Decimoquinto, hæc conclusio locum tenet, etsi emphyteuta privati post triennium elapsum celeri satisfactione moram purgare voluerit. Eum namque in continenti moram purgare, adeoque privationis poenam evitare non posse verior traditio videtur. Primum enim ubi-

§14 cunque dies & poena obligationi adjecta est, mora purgari non potest, l. trajectitia 23. ff. de obligat. & actionib. l. magnam. 12. C. de contrah. & committ. stipulat. Bronchorst. cent. 2. évartio Pavân. assert. 2. edie. 1. & Arumæus in tractat. de mora. c. ult. num. 8. Atqui emphyteutæ dies & poena est imposita. l. 2. C. de jur. emphyteut. Ergo transacto die non poterit purgari mora. Deinde huc facit l. Celsus. 23. in princip. ff. de receptis, qui arbitrium recep. ubi si arbiter intra Kalendas Septembres dari jussit, nec datum erit; licet postea offeratur: at tamen semel commissam poenam compromissi non evanescere, ait Jurisconsultus: quoniam semper verum est, intra Kalendas datum non esse. Tertiò hæc traditio confirmari poterit argumento l. 1. vers. habebit igitur. ff. de peni. legata. ubi Ulpianus ita respondit: Habebit igitur heres obligationem tamdiu quamdiu lis cum eo de pecunia contestetur: nisi forte aliud tempus, vel mente, vel verbis testator præstituit. Quariò eadem sententia probatur ex l. 2. C. de jur. emphyteut. ubi dicitur, emphyteutam, qui per triennium non solvit, omnimodo repelli posse, ibi, sed omnimodo eo (si dominus voluerit) repellendo &c. Quæ certè verba satis clarè arguunt: ita absolute emphyteutam repelli posse, ut nec moram purgare queat. Postremò nusquam in toto jure civili cautum reperitur, quod hoc casu moræ purgatio admittatur. At sine jure aut certa lege nihil statuendum, Novell. 18. cap. 5. in princip. Atque ita sentiunt & docent Jason in l. 2. n. 7. C. de jur. emphyteut. Covarruv. l. 3. variar. resolut. cap. 17. n. 4. Roland. à Valle consil. 87. n. 7. vol. 1. Dominicus Cardinal. Tuschus tom. 3. practicab. conclus. lit. E. conclus. 192. n. 41. & conclus. 193. n. 30. cum seqq. Trentacinq. lib. 3. var. resolut. tit. de jur. emphyt. resolut. 4. n. 7. 8. 26. & seq. Berlich. conclus. practicab. part. 2. conclus. 46. n. 47. Fachinæus lib. 1. controvers. jur. c. 89. Borcholt. in Commentar. de feud. c. 3. n. 32. & part. 1. Disput. de jur. emphyteut. thes. 29. pag. 137. Gerhard. decad. 15. quest. 8. D. Besold. d. thesauro practic. lit. H. n. 43. pag. 415. D. Banfovius in Disput. de jur. emphyteut. Præfide D. Halbriter. thes. 42. Treutl. vol. 1. disp. 29. ib. 12. lit. D. & ibi Bachovius in suis not. p. 1137. Quanquam alii aliter ea de re disceptent, Francisc. Sarmien. lib. 3. selector. interpret. c. 5. Daniel Moller. in Commentar. ad consil. Sax. part. 2. consil. 38. n. 6. cum seqq. Heigius in hoc §. nostro n. 39. cum seq. Scharf. in d. l. 2. n. 23. & 21. ibidemque Leonius n. 17. C. de jure emphyteut. & Hackelman. disputat. 11. thes. 11. 17. lit. c. ubi plures citat.

§15 Notram sententiam non turbat c. potius. 4. extr. de lo-

cato. in quo disponitur, quod emphyteuta offerendo canonis solutionem post biennium, celeri satisfactione moram purgare possit. Id enim singulariter in emphyteuta Ecclesiæ receptum est: non item in emphyteuta laici sive privati. Et ita communiter concludere Doctores, testatur Ripa in l. si insulam. 84. n. 38. ff. de verb. obligat. Paris de puteo, de redintegrat. feud. c. 93. num. 6. Clarus in d. §. emphyteusis. q. 8. n. ult. Corbulus in d. tract. de jur. emphyteut. cap. 15. limitat. 41. aliique ab eo relati. Ratio specialis juris dilucida est: quia emphyteuta Ecclesiæ, jure suo cadit, si per biennium in solutione cesserit: proindeque merito moram purgare potest: ut ita in uno gravatus, in altero sublevetur, arg. l. eum, qui 30. in princ. ff. de jurejurat. Sed emphyteuta privati triennale, sique longius tempus habet: ac propterea moram nullatenus purgare poterit. Bronchorst. cent. 1. Miscellam. controvers. assert. 46.

Similiter minimè resistit l. servum. 91. §. sequitur 3. ff. de verbor. obligat. ubi respondetur, ex bono & æquo moram purgari posse. Æquitatem autem rigori præferri, notissimi juris est. l. placuit. 8. C. de judiciis. Etenim lex illa haud procedit, ubi dies & poena obligationi adjecta est. Tunc siquidem moræ purgationi locus non relinquitur, d. l. trajectitia. 23. ff. de obligat. & act. cum similibus, supra allegatis. Fachinæus d. lib. 1. c. 98. ubi & reliqua argumenta, quæ huic assertioni negotium facessere videntur, abunde refutat.

Decimosexto & ultimo, hæc conclusio ampliatur & extenditur: ut emphyteuta ob non solum canonem, ipso jure (modò certum & in confesso sit, illum in solutione cessasse) non expectata judicis sententia privativa, emphyteusim amittat, argumento l. 2. C. de jure emphyt. ubi primò Justinianus ait, domino volenti licere emphyteutam, qui per triennium cessavit in solutione, expellere. Si licet domino eum repellere: consequens est, sententiam judicis necessariam non esse. Et sanè quod sententia judicis privativa sit opus, nullo verbo in isto textu attingitur: ut parum credibile sit, id Justinianum Imperatorem fuisse, si necessarium foret. Deinde dem Imperator in d. l. 2. & in Novell. 7. c. 3. §. si vero autem. 2. utitur præcis distinctionibus, omnino & omnimodo: quantum dictionum hæc vis est, ut indicent, aliquid ipso jure fieri: ideoque tantum esse necessariam declarationem domino, jure suo uti volentis, non verò judicis. Et quod dictum est, omnino, omnimodo, penitus, & similes significant, ipso jure aliquid fieri, prolixè traditum est à Tiracquo in leg. si unquam, super verb. reverteretur. n. 76. & aliquot seqq. C. de revocand. donationib. & Corseto sing. 194. in verbo omnino, & singulari 208. in verbo, penitus, itemque Ludovico Romano in singulari suo primo, nec non Matthæi lan. sing. 111. & 114. Hujusque assertionis auctores sunt, Jason in d. l. 2. num. 14. C. de jur. emphyteut. & ibidem Salicetus n. 8. Scharf. num. 19. & alii. Hostiens. & Anton. de Butr. in cap. potuit. 4. num. 18. extr. de locat. ruin. consil. 154. num. 6. vol. 1. consil. 57. n. 11. vol. 4. Borcholt. in Commentar. de feud. cap. 3. n. 24. Connarus lib. 7. Commentar. c. 12. num. 9. Fachinæus lib. 1. controvers. jur. c. 93. Clarus lib. 4. recept. sentent. §. emphyteusis q. 9. Arumæus Exercit. Justin. 14. thes. 15. Bachovius in suis not. ad Treutler. vol. 1. disp. 19. ib. 12. lit. B p. 1135. cum seq. ibique Humius quest. 48. p. 1796. & seq. Corbulus in tractat. de jur. emphyteut. cap. 15. ampliat. 45. n. 1. aliique ab eo designati. Tamen si contrarium tenent Speculator in titul. de emphyteusi, quest. 47. num. 60. Paul. Castrens. in consil. 68. lib. 2. Innocent. in d. cap. potuit. extr. de locat. aliique, quos refert Tiracquo. in d. l. si unquam, in verb. reverteretur. num. 187. Cod. de revocand. donationib. Quibus adjiciendi sunt Mynsinger. cent. 3. observat. 65. num. 1. cum seq. & cent. 6. observat. 77. num. 1. & seq. Cravett. consil. 212. num. 2. Dominicus Cardinal. Tuschus. tom. 3. practicab. conclusion. lit. B. conclus. 192. num. 7. & seq. Trentacinq. lib. 3. var. resolut. tit. de jur. emphyteut. resolut. 4. num. 2. Berlichius part. 2. conclusion. practicab. conclus. 46. num. 5. Quil. lib. 2. observat. 51. num. 7. Bronchorst. cent.

cent. 1. *ἐν αὐτῷ* *Παρά* *ἔσθ*. 53. edit. 1. & Matthias Stephanii cent. 3. *quæst.* 83. ad lit. b. ubi dicit, hanc posteriorem sententiam esse quidem æquiorē & probabiliorem; priorem verò (quam non amplectimur) de jure veriorem & communem esse.

522 Non obstat nostræ assertioni, quod Imp. Justinianus in d. l. 2. *ibi*, jure suo cadat. C. de jur. emphyteut. utitur verbis, non præteritum, sed præsens tempus significantibus: item in d. Novell. 7. c. 3. *scire*. 2. *ibi*, sent omnino extranei, &c. utitur verbis futuri temporis: quæ verba privationem non ipso jure, sed per sententiam inducunt, juxta gloss. in l. jubemus. 14. §. *æconomus*, super verb. *privetur*. C. de sacrosanct. Eccles. & in l. criminali. §. super verb. *habeatur*. C. de jurisdict. omni. judic. Nam verba futura vel præsentia, nequaquam poenam per sententiam infligunt, quando talia verba sunt conjuncta (ut in proposito casu) cum dictione aliqua præcisa, omnino, omnimodo, mox, prorsus, aut simili. Ea enim efficiunt, ut, licet sint verba præsentia vel futura: tamen poena ipso jure infligatur, per notata g. in c. *quam sit*. 6. ad finem. super verb. *vacuetur*, de electione, libr. 6. Roman. in consil. 212. quoad primum. circa finem, & Matthæianus dict. singulari. 111. & aliorum, quos referendo probat D. Borcholt. dict. cap. 3. num. 24. ad finem.

523 Consimiliter non resistit cap. 1. de feudo sine culpa non amitt. in princip. tit. 21. lib. 1. feudor. item c. 1. §. *fancimus*, *ibi*, nisi convicta culpa, quo tempore miles investituram petere deb. tit. 224. lib. 1. F. ubi vassallus (cui emphyteuta comparari solet) ob feloniam admissam non cadit feudo ipso jure: sed demum sententia judicis privativa interveniente. Tum quia tamen cognitionis sive sententiæ judicis in locis allegatis mentio fit: illud tamen accidit solummodo propter controversiam inter dominum & vassallum: quæ ubi existit, necesse est, ut competentis judicis sententiâ definiatur. Tum quia à feudo ad emphyteusin, non semper procedit argumentum: & sanè cum quæstio civilis ex jure civili decidi potest; decisio ejus ex jure feudali peti non debet, c. 1. de feudi cognit. tit. 1. lib. 2. Feudor.

525 Minus adversatur l. lex vestigalis 31. §. 1. ff. de pign. rib. ubi dicitur, canone, secundum legem vestigali fundo dictam, non soluto, pronunciatum fuisse, fundum secundum legem domini esse. *Est* enim in ea quod lege judicialis pronunciationis fit mentio: non tamen inde sequitur, quod talis pronuntiatio necessariò requiratur. Sed & nos non diffitemur; evenire posse, ut judicis pronunciazione hac in re opus sit: negante (verbi gratia) emphyteuta, se in canonis solutione cessasse, & domino cum non solvisse affirmante. Tum etenim & iudex adeundus, & sententia expectanda est, quæ discussionem & controversiam istam dirimat: licet nihilominus ante judicis prolationem emphyteuta, si non solverit, emphyteusin privatus intelligatur. Et ita bene hoc explicat Fachin. d. lib. 1. cap. 93. ubi etiam aliis objectionibus satisfacit. Idem à nobis traditum est in addis. ad Jul. Clar. §. *emphyteusis*. quæst. 9. n. 4.

526 Quamquam autem emphyteuta, ob non solummodo legitimo tempore canonem, ipso jure prædio emphyteutico excludit, ut ex prædictis patet: haud tamen domino illum propria auctoritate, absque judicis decreto expellere, reique vestigalis possessionem occupare licet. Ratio hujus in promptu est: tum quia non est singulis concedendum, quod per magistratum publicè fieri debet: ne occasio sit majoris tumultus faciendi. l. non est singulis. 176. ff. de reg. jur. l. si cuius. 13. §. *æquissimum*. ff. de usufruct. l. dotis. 9. C. soluto matrim. Tum quia per emphyteutæ cessationem & negationem res sit dubia & controversa, ut jam ad ejus discussionem iudice opus sit, ut paulo ante dictum. At nemo sibi ipsi jus dicere potest, præsertim ubi copia judicis habetur, l. extat. 13. ff. quod met. caus. l. creditores. 3. C. de pignorum lib. 1. nullus. 14. C. de Judic. l. 3. l. si quis in tantum. 7. l. penult. & ult. C. unde vi, & tot. tit. C. ne quis in sua caus. judicet. Borcholt. d. Commentar. de feud. c. 3. num. 30. Clarus d. lib. 4. sentent. §. *emphyteusis*. quæst. 11. Fachin. dict. lib. 1. contravers. c. 95.

528 Harpprecht ad institut. Tom. III.

Bisius ad l. 2. ff. si ager vestigalis, &c. Heigius in nostro §. num. 17. & seq. ibidemque Vulceus num. 17. Bronchorst. dict. centur. 1. assert. 53. edit. 1. Banovius disp. de jur. emphyteut. Præside D. Halbrittero thes. 44. Humnius lib. 3. var. resolut. jur. civ. tract. 7. part. 2. quæst. 3. pag. 1125. D. Rümelin. exercitat. 15. ad Institut. lib. 12. sub lit. b. in fin. pag. 139. Ericus Hedemannus Disput. 17. proposit. 59. & Menochius remed. 1. recuper. pos. ses. num. 88. & 79. ubi plures variè sentientes allegat. Quibus adjiciatur quoque D. Besoldus in delib. jur. ex lib. 6. Pandectar. tit. 3. num. 10. pag. 508. cum seqq. & Knipschildt d. exercitat. Acad. 9. quæst. 10. pag. 335. & seq.

Nec reluctatur d. l. 2. C. de jur. emphyteut. l. quaro. 54. §. 1. ff. locati. & l. ade. 3. C. de locato. in quibus legibus domino emphyteutam, & locatori conductorem, ob pensionem non solutam, expellere permittitur. Nam verbum *expellendi vel repellendi* (quod in citatis legibus extat) ad juris intellectum sive ordinem referri debet. Proindeque illic non corporalem defectionem significat, sed legitimam expulsionem: quæ non fit de facto, sed ministerio judicis, & per remedia juris, competentesque actiones d. l. extat. 13. ff. quod met. caus. cum similibus, pro nostra assertionem supra adducta.

Nihil quoque officit tit. 54. in fine, & tit. 55. §. fir. miter. lib. 2. feudor. ubi asseritur, quod vassallo de delicto convicto, dominus liberam habeat facultatem feudum in usus suos redigendi. Quæ utique verba ad dominum feudi referuntur, atque denotare videntur: dominum actum istum, nulla servata legitima solemnitate, nec aliquo requisito, sed propria auctoritate explicare posse, arg. c. de multa. 28. ext. de præbend. Non, inquam, officit. Quando enim in allegatis titulis dicitur, dominum, feloniam à vassallo commissam, posse feudum in suos usus redigere: id similiter intelligendum est secundum juris ordinem, legitimumque processum: quod nimirum dominus feudum suum in usus redigere possit, non auctoritate propria, sed ope, ministerio & auctoritate magistratus: jurebus præcatis. Non item adversatur, quod dominus fundi sive locator civilem, conductor vero naturalis possessionem fundi habeat. Unde, cum conductor vel emphyteuta, qui pensionem seu canonem non solvit, injustus possessor fundi efficiatur, dubium non videtur, domino sive locatori permitti hunc conductorem vel emphyteutam propria auctoritate ex fundi possessione expellere. Omnis namque is, qui civilem alicujus rei possessionem habet, eum, qui hanc rem naturaliter ac injustè possidet, propria auctoritate, non accedente judicis permissione, etiam vi ex illa re expellere potest, arg. l. clam. possidere. 6. §. ult. & l. seq. ibique gloss. d. ff. de acquir. vel amitt. possess. l. 3. Si enim igitur. 9. ff. de vi, & de vi armat. Non, inquam, illud adversatur. Quod enim dicitur, eum, qui civilem habet possessionem, posse illum, qui naturaliter rem tenet, vel possidet, de possessione deturbare, propriæque auctoritate deijcere, id expressè legibus supra pro nostra sententia adductis contradicit: ex quibus manifestum evadit, quod nemo sibi jus dicere, nec possessionem ab alio detentam occupare valeat: sed qui hoc conatus fuerit, possessione ac jure suo cadat, d. l. extat. 13. ff. quod met. caus. d. l. nullus. 14. C. de Judic. d. l. si quis in tantum. 7. cum concordantibus C. unde vi.

Sic etiam non repugnat. l. penult. C. de pignor. act. ex qua apparet, quod creditor ex pacto pignus à debitore auferre propria auctoritate queat. Si hoc ex pacto & conventionem licet: multò magis auctoritate legis, quæ dat potestatem expellendi emphyteutam, permittendum erit. Non repugnat, inquam. Quia creditor potest propria auctoritate ex pacto pignus auferre à debitore, si is non resistat: alias non item, d. l. creditores. 3. C. de pignorum lib. 1. Et si igitur debitor creditori facultatem pignus propria auctoritate occupandi concessit: attamen si debitor facto vel verbis resistat: non rectè possessionem, nisi interveniat judicis auctoritas, occupabit. Siquidem & alioqui, quæ suo jure exigere alicui licet, melius ac

tutius est exigere per iudicem, l. si pupillorum. 7. §. 1. ff. de rebus cor. qui sub tutela. Et c. l. si alius. 7. §. bellissime. 3. in fin. ff. quod vi aut clam. l. si stipulatus. 81. in fine. ff. de solutionib. l. debitores. 10. C. de pignorib. Latè & eruditè Johan. Vaud. variar. quest. lib. 1. quest. 13. Hucque spectant, quæ annotavimus ad §. creditor. 4. supr. quib. mod. re contrah. obligat. num. 226. item ad principium tit. infr. de actionib. num. 30. & seqq. itemque in additionib. ad Jul. Clar. §. emphyteusis. quest. 11.

533 Supradicta autem conclusio, qua statuitur; emphyteuta, ob non solum consuetum domino canonem per triennium vel biennium, jure suo privari, fundoque emphyteutico licitè expelli posse, aliquot modis restringitur & limitatur. Primo enim non procedit, si in investitura & contractu convenerit, sive actum fuerit, ne emphyteuta ob pensionem non solutam expellatur. Pensionem namque de rejectione emphyteutæ valere, differtè expressum est in l. 2. C. de jur. emphyteut. Nihil quippe naturali æquitati magis consentaneum est, quam ea, quæ inter aliquos placuerunt, servare, l. 1. ff. de pact. & unicuique licet juri suo renunciare, l. penult. C. eod. tit. Atque hoc commune effectum esse, testatur Jason in d. l. 2. C. de jur. emphyteut. num. 118. & Salicet. num. 13. Speculat. in tit. de emphyteus. quest. 89. num. 112. Cagnol. post Decium. in Authent. qui rem. num. 30. in sexta limitatione. C. de SS. Eccles. Barthol. in l. fundi. 4. C. de fundis patrimonialib. Imola in c. potuit. 4. extr. de locato num. 57. Corbulo in tract. de jur. emphyteut. cap. 15. limitat. x. ubi plures hanc in sententiam accersit.

535 Deinde isthæc conclusio locum non habet, si in loco contractus inter Ecclesiam sive dominum, & inter emphyteutam talis observetur consuetudo: quod emphyteuta ob non solum canonem expelli nequeat. Cujus ratio manifesta est: tum quia sicuti pactum hujusmodi valet, ut paulò antè diximus: ita & consuetudo valere debet: cum ea sit fortior, quam pactum privatorum, arg. c. final. ibique gl. & Canonista. extr. de consuetudine. Tum quia causas Ecclesiarum & clericorum secundum consuetudinem patriæ terminandas esse, constat ex c. cum venissent. 3. extr. de eo, qui mittitur in possess. Et c. c. constitutus. 8. vers. juxta municipii, extr. de in integr. restitut. Et c. cum causa. 8. extr. de sentent. Et re jud. Tum quia consuetudo legem dare potest omnibus rebus, existentibus in territorio, cujuscunque sint, secundum Abbatem in consil. 72. vol. 1. allegantem ad hoc l. aetatem. 3. ff. de consil. Et l. numerum. 18. §. patrimoniorum. 21. ff. de muneribus, & honor. can. qua contra mores 2. Distinct. 8. & jura similia. Hæc tamen consuetudo non attenditur, si inter dominum & emphyteutam expressè aliud convenit: quia tum emphyteusis non immeritò ex partium conventionem legem accipit, l. 1. §. si convenit. 6. ff. de depositi. l. in conventionalib. 52. ff. de verb. obligat. & quia tum ab illa consuetudine recessum intelligitur, secundum Augustinum Beroum in consil. 107. sub num. 7. in fin. Et n. 8. vol. 1. quem refert & amplectitur Corbul. in d. tract. de jur. emphyteut. cap. 15. limitat. 2. n. 11. & D. Obrecht. in Disp. 36. de jur. emphyteut. thes. 380.

540 Tertiò, conclusio hæc non militat, si alius extraneus, tanquam procurator emphyteutæ, vel negotiorum ejus gestor, canonem domino solvisset. Hanc enim solutionem ipsi emphyteutæ prodesse, æquitati consonum est, l. solvendo. 39. & l. que utiliter. 45. ad finem. ff. de negot. gest. Nam quotiescunque de conservatione juris realis tractatur, ut est emphyteusis, semper ex benigno jure factum negotiorum gestor, alteri ad conservationem & retentionem illius juris prodest, arg. l. usu. 20. ff. quemadmodum servit. amitt. Et l. arborib. 12. §. quid tamen. ff. de usufruct. Et ita in individuò sive terminis (utili loguntur) tenent Aug. in l. lex vestigali. 31. ff. de pignorib. Lud. Rom. in consil. 103. huius. visio proposita questionis themate. in princ. huiusque referent Jason in d. l. 2. C. de jur. emphyt. n. 68. & 69. Domin. Cardinal. Tuscus tom. 3. practicabil. conclus. lit. E. conclus. 192. n. 90. 107. Et 152. Berlichius pars. 2. conclus. practicabil. conclus. 46. n. 37. & aliquot seqq. Hucque re-

vocari poterunt, quæ notavi in addit. ad Jul. Clar. §. emphyteusis. q. 8. n. 39. & seqq.

Quartò, conclusio ista etiam non obtinet, si canon à quodam tertiò, nullum jus in emphyteusi habente, nomine suo proprio solutus domino esset. Quandoquidem, ut jus in rem conservetur, non refert, quomodo, aut à quo, aut cujus nomine pensio exolvatur: dummodo exoluta sit, d. l. arboribus 22. §. quid tamen, ubi Bald. ff. de usufruct. l. qui fundum. 12. ff. quemadmodum servitus amitt. Et expressius probatur argumento l. forma. 4. §. si, cum ego. ff. de censibus. ubi solutio census aut canonis, per eum suo nomine facta, qui jus in re nullum habuit, prodest jus habenti, quoad conservationem juris sui consualis, vel emphyteutici, ut docet Jason in d. l. 2. num. 69. C. de jur. emphyt. citans Speculatorem in tit. de emphyteusi, quest. 82. num. 104. & alios: cum quibus transeunt Socin. Jun. consil. 70. incip. prosequendo ordinem. num. 2. vol. 1. Abbas consil. 67. col. 3. prope finem. vol. 2. Beroum consil. 199. n. 19. Et consil. 204. num. 17. vol. 1. Petr. Anchor. consil. 44. incip. primò de viribus. num. 7. Tiraquell. de retract. lignag. §. 1. gloss. 9. num. 259. Guilhelm. Rodon. in tract. de reb. Eccles. non alienand. quest. 24. c. 3. num. 25. pag. 500. Et Elbertus Leoninus in d. l. 2. n. 19. C. de jur. emphyt. Noctamen rursus non procedit, si dominus ab isto tertiò, qui non est procurator emphyteutæ, canonem recipere recuset. Quamquam enim aliquis, invito quoque creditore, pro alio solvere possit, d. l. solvendo. 39. ff. de negot. gest. l. solutione. 23. l. si pro me. 40. Et l. solvero. 53. ff. de solutionibus. non tamen idcirco tertius, invito domino, pro emphyteuta, à quo nullum mandatum habet, canonem solvere potest: quia solutio canonis non tantum fit ad consequendam liberationem, sed etiam fit in recognitionem domini. Atqui hæc recognitio per tertium fieri nequit. Ergo etiam domino invito tertius pensionem solvere nequit, ut tradunt Bald. in l. acceptam. 19. num. 37. Et ibidem Salicet. in ultima quest. C. de usuris. Jason. in d. l. 2. n. 70. C. de jur. emphyt. Natta consil. 194. n. 8. Et Tiraquell. d. §. 1. gl. 9. num. 262. Nec tertius iste, si canonem deponit & consignat, quicquam agit: quia si non potest invito domino canonem pro emphyteuta solvere; multò minus hunc poterit deponere & consignare. Nisi fortè tertius iste emphyteusi hypothecam constitutam haberet. Tum enim etiam absque mandato, pro emphyteuta invito domino solvere, deponere, & consignare canonem poterit: quoniam hæc solutio, depositio & consignatio ad conservationem juris sui instituitur, tradente post alios, à se relatos, Corbulo in d. tract. de jure emphyteut. c. 15. limitat. 7. n. 3. Et 4.

Quintò, illi conclusioni locus non tribuitur, si nemo adfuit, cui emphyteuta canonem solvere potuit: quia forsitan Ecclesia toto biennio vacavit, vel hereditas toto triennii tempore jacens fuit. Tum enim tutus est emphyteuta & excusatur. Hostiens. in summa tit. de locato. colum. penult. Ruin. consil. 151. num. 4. vol. 1. Bald. in l. 2. fin. C. de jur. emphyt. Alexand. consil. 92. num. 9. Et seqq. vol. 1. Althus. lib. 1. Dicaolog. cap. 77. num. 35. pag. 268. Nec hoc casu protestatio necessaria est: quia cum revera non adfuit, qui canonem recipiat: una mora non male cum altera compensatur, & neuter in mora esse dicitur, juxta Castrens. in l. si per emptorem. 51. in princ. per istum textum. ff. de actionibus empti. Decium consil. 566. incip. promissum. n. 4. Et seqq. Ruinam d. consil. 151. n. 4. vol. 1. Et D. Obrechtsum d. disp. 36. de jur. emphyt. thes. 387.

Sextò, conclusio illa vera non est, si emphyteuta toto biennii aut triennii tempore in carceribus detentus fuit. Siquidem propter impedimentum carceris, exculationem meretur, uti docuerunt Anton. de Butr. in c. significante. 7. in 4. notabil. extr. de pignorib. Et ibidem Barbas. col. 3. vers. nota, quod eo ipso, Et c. Et Imola colum. 3. num. 5. Socin. Jun. consil. 70. num. 7. vol. 1. Dec. in Authent. qui rem. num. 9. vers. septimo fallis. C. de sacrosanct. Bercl. Jason in d. l. 2. quest. 21. num. 65. Guilhelm. Odoan. in tract. de rebus Eccles. non alienandis. q. 24. cap. 3. n. 24. pag.

pag. 466. Paul. de Monte Pico in consil. 76. num. 20. Anton. Rub. in repetit. l. vinum. 22. num. 199. ff. de rebus credit. si cer. per. & alii, quos congestit Corbulus d. d. tractat. de jur. emphyteut. cap. 15. limitat. 10. ubi hoc procedere inquit, etiam si emphyteuta sua culpa carceratus fuerit.

- 547 Septimo, conclusioni isti non est locus, si dominus prædii emphyteutici intra triennium canonem oblatum accipere recusavit: quia eo ipso emphyteuta canonem lucratur, nec dominus illum è prædio ejicere potest. Quod tamen tum demum verum est, si emphyteuta pecuniam, quam dominus recipere noluit, consignet, & consignatam deponat. Ut enim commissi, pœna evitetur; omnino pecuniæ debitæ oblatio, consignatio, & depositio necessaria est, per apertum textum in d. l. 2. in fin. ibi, pecunias offerre, hisque obsignatis, & secundum legem depositis. C. de jure emphyteut. Et præterea Glossam in dict. l. 2. in verb. secundum legem Cyni Baldi, Jacobi de Arena, Alberici, Saliceti, Sighardini. 31. in fin. & Elberti Leonini. num. 21. C. de tit. Julii Clari. lib. 4. recept. sentent. §. emphyteutis q. 8 num. 10. adeoque commune Doctorum pronunciatum, existimantium, solum oblationem à pœna caducitatis seu commissi excusare: at consignationem & depositionem ad plenariam liberationem pertinere: ut scilicet emphyteuta nec ejici, nec de solutione pensionis præteriti temporis compelli possit; merito improbandum est. Hoc enim verbis dicta l. 2. in fin. C. de jur. emphyteut. peripicue reclamatur, quæ tria, puta pensionis oblationem, consignationem & depositionem copulativè ac nominatim requirit, ut emphyteuta ejectionis periculo liberetur: idque per ablative absolutos, consignatis & depositis: quos conditionem facere indubitatum est. l. ab emptione. §. 8 ff. de pact. l. à testatore 109. ff. de condit. & demonstrat. l. evictis. 8. & l. lite contestata. 35. ff. de usur. l. acceptis 93. ff. ad l. Falci. l. facta 63. §. rescripto. ff. ad Senat. consult. Trebellian. Conditio autem præcisè & ad unguem impleri debet, l. qui heredi. 44. & l. Mevius. §. ff. de condit. & demonstrat. & dictum supr. num. 74. Sed & argumento à contrario sensu (quod in jure fortissimum est: l. 1. ibi, hujus rei fortissim. ff. de offic. ejus. qui mand. est jurisd. si neque consignet, neque deponat pecuniam, ostendit Justinianus, emphyteutam è prædio ejici posse, d. l. 2. in fin. C. de jur. emphyte. Quamobrem verius videtur, speciale esse hoc in casu, ut sola oblatio ad suffugiendam dejectionis pœnam non sufficiat. Cujus specialitatis ratio hæc fortassis non incommoda redditur: quia cum habeant emphyteutæ hoc prærogative, ut non sicut cæteri conductores, quamprimum solvere cessarint, expellantur, l. vectigalia. 10. §. fin. ff. de publican. & vectigal. l. ade. 3. ubi Dd. C. de locato. sed cessatio triennii continui necessaria sit, hocque nomine domini non parum aggraventur: nature consentaneum Imperator censuit, in hoc vicissim dominis faveri, ut eis pensionem revera emphyteutæ solvant: quod tantum contingit, si numeratam pecuniam domini recipiant, aut postquam recusaverint: ea consignetur & deponatur: ut merito constitutum sit, non satis esse emphyteutæ offerre: nisi præterea pensio consignetur & deponatur, sepe allegata l. 2. C. de jure emphyteut. ubi ita expressè docent. Jas. n. 183. Corasius n. 29. & Joan. Ferrar. Montanus circa finem. Quibus novissimè etiam suffragantur D. Obrecht. d. Disp. 36. th. 349. cum seq. Hanfou. in Disp. de jur. emphyte. de Anno 1602. th. 38. & Eggebr. d. synopsi juris emphyteutici. conclus. 245.
- 548 Octavo præfata conclusio locum sibi vindicare nequit, si tota res emphyteutica perierit, hoc §. nostro in fin. & l. 1. ubi Dd. communiter. Cod. de jure emphyteut. & novissimus supra num. 373. & seq. Hujusque ratio evidens est: quia cum jus emphyteuticum non nisi in re aliqua consistat: merito, re non amplius existente, jus quoque illud intercidit. Non enim accidens sine subiecto esse potest: sed hoc sublatum, & illud interit initio §. de usu. fin. l. 2. ff. eod. nihil dolo 129. §. 1. & l. cum princip. l. 178. ibique Decius ff. de reg. jur. Hinc si domus aliqua, in emphyteusum data, una cum superficie, forte

chasmate perierit; etiam jus emphyteuticum perierit: cum nulla res superfit amplius, in qua jus illud locum habere possit. Quod si verò non tota domus perierit; sed adhuc area salvà remansit: tum distinctio adhibenda est. Aut tota domus, ut aream quoque complectatur, in emphyteusum est concessa: aut tantum superficies, quæ etiam domus appellatione venit. Priore casu si fortasse incendio domus perierit, salva adhuc area, pensio debetur: quoniam area, quæ censetur maxima live potissima pars domus, adhuc superest, l. qui res. 98. §. aream. §. ff. de solutionib. At posteriori casu, si superficies perierit, nulla amplius debetur pensio: quia nihil superest, ex quo solvi aliquid possit, ut rectè affirmant Insol. in c. potuit. ext. de locat. & Jason in l. 1. n. 15. limitat. 32. in quo capite is plures alias utiles limitationes, quas qui volet, cognoscere poterit, accuratè recenset.

549 Modis finiendi juris emphyteutici abunde expositis: coronidis & quasi auctarii loco primum quæri potest: Utri incumbat probatio, si emphyteuta dicat, se solvisse canonem, dominus verò neget? Et emphyteutæ incumbere, rationabile est: quia solutionem alleganti, tanquam affirmanti, incumbit probatio solutionis, l. ult. C. de solutionib. l. 1. C. de probationib. l. 2. ubi Gothofred. lit. c. & l. eum, qui 22. ff. eod. Novell. 18. cap. 8. Gloss. in l. 2. in verb. repellere vers. item quis probabit. C. de jur. emphyte. Bald. ibid. num. 16. Bart. num. 9. vers. quare, quis, & Alberic. Rosatus num. 7. Salicet. num. 15. & Jason. n. 132. Anchor. & Imola n. 55. in c. potuit. ext. de locato. Marian. Socin. conf. 111. num. 15. vol. 2. ubi hanc communem esse opinionem testatur: quam etiam, uti veram & receptam, comprobatur Igneus in repetit. l. necessarios. §. §. non alias, num. 310. ff. ad Senat. Silan. Beron. conf. 152. n. 1. volum. 1. Guilhelm. Redoan. in tract. de reb. Eccles. non alien. q. 20. num. 23. p. 446.

550 Sed hanc impugnare videtur sententia textus in c. super his. 16. ext. de accusationib. ubi Innocentius indicat, quòd, si conera electum quispiam excipiat, & proponat, eum perjurum esse: propterea quod promiserit solvere Titio decem, quæ non solvit: licet hic excipiens fundet se in negativa: quia asserat, illum non solvisse: tamen ipse excipiens negativam istam probare cogatur. Ergo & in proposita specie dominus, qui se fundat in negativa non soluti canonis, hanc negativam probare tenetur. Verum respondetur: quòd in causis criminalibus is, qui se in negativa fundat, eam probare compellatur, ut ex verb. dict. c. apparet. in civilibus autem negotiis procedat regula, quòd affirmanti & ponenti probatio incumbat; d. l. 2. & d. l. eum, qui 22. ff. de probationib. & similib. Vel etiam fortè non ineptè dici poterit: si tertius quidam se in negativa fundet, hanc probare eum teneri: secus autem, si altera partium id faciat, ut à Sighardo traditum est in d. l. 2. num. 17. Cod. de jure emphyteutico. Cæterum eo ipso quod emphyteuta probat, se tribus annis proximis singularem canonem solvisse, præsumitur: quòd pro omnibus aliis annis præteritis semper solverit: ita ut dominus non possit ab eo canonem petere, nec eum expellere sub prætextu, quod aliis anterioribus annis non solverit: nisi dominus illum non solvisse evidenter doceat, argum. l. quicumque 3. C. de apach. publicis. gloss. in d. l. 2. in verb. repellere, vers. vel quod tribus annis. C. de jur. emphyte. & ibi Salicet. & Jason n. 135. Anton. Gabriel. lib. 1. de presumption. conclus. 11. ampliat. 1. Vivius in suis opinionibus communibus opin. 92. part. 1. Mascardus in tract. de probationib. conclus. 603. n. 9. & 21. vol. 1. ubi plures citat. Idem de colono sive inquilino monimus in pr. supra hoc tit. num. 78. Solutio porrò canonis vel confessione domini, vel instrumentis & apostolis, vel testibus ad minimum duobus probati solet & potest, ut tenet Baldus in l. testibus. 18. num. 2. C. de testib. & in d. l. 2. num. 18. C. de jur. emphyteut. ibidemque Jason. n. 134. Oldendorp. class. 5. de actione emphyteut. in verb. reus triennio iam elapso, &c. pag. mihi 954. Affl. decif. 13. num. 26. Octavian. Cacherau. decif. 53. num. 7. & 15. quos refert & sequitur Aurelius Corbul. in tract. de jur. emphyteut. c. 15. q. 4. num. 4. & 6.

Deinde in disceptationem & illud cadit: si emphyteuta in solutione canonis cessaverit, & antequam dominus declaraverit, se velle, eum jure suo cecidisse, fructus perceperit, an ad restitutionem eorum teneatur? Et teneri, plerique affirmarunt: *Speculator in tit. de emphyteusi, quest. 10. num. 19. Bald. in l. si pater. §. in 3. notat. C. de usufruct. Jason. in l. 2. num. 17. C. de jur. emphyteut. Angel. in Novell. 7. c. 7. si vero & perpetuum &c. Felin. in c. de quarta. num. 33. ext. de prescript. Capolla in cons. civil. 26. num. 7. Ripa in l. 1. §. si heres. 16. num. 16. ff. ad senatuscons. Trebell. Guiliel. Redom. in tract. de reb. Eccles. non alienand. quest. 19. c. 2. n. 12. pag. 441. & Tiraguell. in repetit. l. si unquam in verb. revertatur n. 271. Cod. de revocand. donat. Bachovius in suis not. ad Treutler. vol. 1. disp. 29. thes. 12. lit. B. pag. 1136. Contrarium vero tenuerunt Rota Bononiensis. Petrus de Benintendis decis. 37. Corbul. d. c. 15. ampliat. 38. num. 2. Mynsinger. cent. 6. obs. 83. num. 6. Fachinaus lib. 1. controvers. jur. cap. 94. vers. verum re maturius &c. Hedemannus Disp. 17. proposit. 61. & Banfovius in Disp. de jure emphyteut. Præfide D. Halbrittero, th. 45. Quorum sententiam, veluti (teste Mynsingero dicto loco) saniozem, & requitati magis consentaneam, atque post multam disputationem in Camera imperiali obtentam, & ego omnino sequendam censeo. Quia clarissimi juris est, fructus spectare ad eum, qui rei est dominus, l. & ex diverso. 35. §. 1. & l. solum. 49. §. 1. ff. de rei vindicat. At antequam dominus declaret, se velle esse locum caducitatis, emphyteuta jure suo non est privatus, sed dominium rei retinet, d. l. 2. C. de jur. emphyteut. ubi sancitur expressè, emphyteutam cadere jure suo ob canonem non solum, si dominus voluerit. Ergo antequam dominus velit, cadere non dicitur. Illa liquidem (si dominus voluerit) conditionem important. Priusquam autem conditio eveniat, actus sub conditione factus non habet effectum, l. cedere diem. 213. ff. de verb. signif. l. legata sub conditione. 41. ff. de condit. & demonstr. Quapropter cum fructus ad ipsum emphyteutam pertineant, eos restituere non est obligatus.*

Huic decisioni non adversatur, quod malæ fidei possessor fructus non faciat, suos, sed omnes restituere teneatur, l. fructus. 33. l. si navis. 62. §. ult. ff. de rei vind. l. dominus. §. l. si fundum. 17. & l. certum. 22. eod. §. si quis à non domino. 35. ubi & nos explicatus num. 58. & seq. supra de ver. divis. &c. Emphyteuta autem, posteaquam jure suo cecidit, malæ fidei possessor censeatur. Nam respondetur per inficiationem: quoniam emphyteutam esse malæ fidei possessorem ex eo tempore, quo in solutione cessavit, nequaquam conceditur: cum jure suo privatus non dicatur, nisi dominus voluerit. Igitur ante domini declarationem, non est privatus: & sic bonæ fidei esse intelligitur: quia probabiliter credere potest, dominum ipsi pœnam remittere velle.

Minus adversatur, quod usufructuarius ad fructuum, quos finito usufructu percepit, restitutionem teneatur, l. si pater. §. C. de usufruct. Quandoquidem nostro in casu jus emphyteuticum ex sola cessatione in solutione, finitum & extinctum esse, prorsus negatur. Idem monuimus in additionib. ad Jul. Clar. §. emphyteusis. quest. 27. n. 3.

Multò minus adversatur, quod hæc sit natura conditionis, ut retrotrahatur, l. si filiusfamilias. 78. ff. de verb. obligat. ac proinde domino declarante, se velle privationi locum esse, idem sit, ac si statim, cum cessavit, privatus fuisset: quo casu fructus sine dubio ad dominum pertinuisent. Rerum id, quod dicitur, conditionem retrotrahi, locum habet, quando à casu conditio pendet: secus, cum à potestate contrahentium, l. posterior. 71. §. 1. & ibi Bartol. ff. qui potior. in pignor. habent. Sed conditio illa, si dominus voluerit, à voluntate domini pendet: cum si possit velle & nolle. Ideoque retro non trahitur. Prieterea in præjudicium tertii conditionem non trahi retro, evincitur ex l. 1. ubi Bald. in ult. colum. C. an servus pro suo facto possit manumiss. teneatur. Alexand. consil. 228. num. 3. lib. 6.

Minimè omnium adversatur, quod principalis causa inspicienda sit, & ab ea dispositio regulam sumere debeat,

argum. l. si heres. §. ff. de actionib. empti. l. unic. circa fin. C. de imponend. lucrat. descript. Causa autem principalis, ob quam privetur jure suo emphyteuta, sit, quia non solverit canonem, proindeque illa videatur inspicenda, & ex ea judicandum, privationem inductam esse; & consequenter ex eo die fructus ad dominum, ad quem res pertinuerit, pertinere: non autem ad emphyteutam jam exclusam, & jure suo privatam. Minimè (inquam) hoc adversatur: quia facile conceditur, causam principalem esse attendendam, si talis sit causa, quæ effectum producere possit. Sed causa illa, nempe negligentia solvendi canonem, sola effectum producere nequit, nisi voluntas domini concurrat. Itaque meritò ante domini declarationem emphyteuta jus suum non perdit: ac per consequens fructus interim perceptos lucratur. Reliqua, quæ huic assertioni solent opponi, diluit Fachinaus d. lib. 1. c. 94.

Uterius & hoc in disquisitionem vocatur: utrum emphyteuta, si absque ejus culpa emphyteusis finita fuerit (puta si res emphyteutica concedatur usque ad certum tempus, certamve generationem, & illud tempus elapsum sit, ac generatio extincta) meliorationes in re emphyteutica factas, repetere possit? Et licet hujusmodi meliorationes non solum ipsi emphyteutæ, si vivat; sed etiam ejus filiis & descendantibus, tam masculis, quam foeminis deberi, crebrioribus Doctorum votis sit receptum; ut restatur Julius Clarus lib. 4. recept. sent. §. emphyteusis, q. 45. Bald. in l. senatus. 43. §. Marcellus. ff. de legat. 1. Decius cons. 518. Jason in d. l. 2. num. 27. C. de jure emphyteut. & Borcholt. de feud. cap. 3. num. 31. attamen verior videtur sententia eorum, qui ejusmodi impensas & meliorationes, quibus res emphyteutica melior est effecta, ad dominum pertinere contendunt. Pro qua opinione facit, quod contractus emphyteuticus ea de causa maxime instituitur, ut res melior efficiatur: quemadmodum ex ipsius verbi etymologia seu significatione efflorescit, de qua dictum supra num. 1. & 114. Et idcirco Ecclesia prædicia ruinosa ad meliorandum in emphyteusim concedere consuevit, ut in auth. si quas ruinas C. de sacros. Eccles. Quare si hanc ob causam contractus emphyteuticus celebrari solet: utique dominus expensas meliorationum solvere non tenetur. Ob id enim dat prædium in emphyteusim, ut ab hoc sumptu liberetur: quod non fieret, si impensasolvere cogeretur. Confirmatur quoque hæc sententia ex l. 1. C. de jur. emphyteut. & hoc §. nostro. in fin. ubi damnum, quod per rei deteriorationem contingit, ipsi emphyteutæ, non verò domino imputatur. Ex quo apparet, emphyteutam non posse repetere à domino expensas, in rescindingo factas. Quia si repetitio emphyteutæ daretur: non ejus damnum, sed domini esset. Sed & eadem doctrina ab æquitate non est aliena: quia cum emphyteusis plerumque pro exigua mercede concedi soleat, hinc in compensationem fructuum meliorationes domino ex natura contractus cedunt, finita emphyteusi, etiam sine culpa emphyteutæ. Nam si ex culpa amittatur emphyteusis, veluti ob non solum canonem, vel ob alienationem illicitè factam, aliamve ob causam: tunc dominum meliorationes lucrari, extra controversiæ aleam positum est, l. 2. C. de jure emphyt. Novell. 7. cap. 3. §. scire autem, &c.

Non obstat l. domos §. ff. de legat. 1. ubi si quis faciat impensas in re subjecta restitutioni post tempus, poterit eas impensas repetere ab eo, cui rem restituit. Idem ergo in materia nostra dicendum videtur: cum res emphyteutica post certum tempus, vel certam generationem restitutioni subjecta sit. Quia breviter respondetur: ibi non esse rem ad meliorandum datam: neque meliorationes venire, sicut ex natura contractus emphyteutici veniunt.

Non oblietatur etiam textus in c. 1. §. si vasallus. tit. hic finitur lex 28. lib. 2. feud. ubi secundum unam lectionem, meliorationes pertinent ad vasallum, & non ad dominum. Nam res, quæ conceduntur in feudum; non ad meliorandum dantur, sed propter servitia personalia, quæ sunt causa feudi. At causa contractus emphyteutici regulariter melioratio censetur, ut ex verbo ipso constat.

Imò ille ipsa textus magis confirmat, quam evertit decisionem nostram; quia secundum opinionem ultimam, quæ in isto textu refertur, finito feudo, meliorationes factæ omnino ad dominum feudi pertinent: quæ opinio
 573 ultima in dubio tenenda est: per notatam Accursii & aliorum in l. qui filium. 74. §. Fabius, in verb. & alia ff. ad senatuscons. Trebell. & in l. ea lege. 3. C. de condit. ob caus.

574 Nihil quoque movet, quod dominus videatur locupletari cum alterius, scilicet emphyteutæ, jactura & detrimento, contra regulam juris, l. nam hoc natura. 14. ff. de condit. indeb. l. jure natur. 205. ff. de reg. jur. Quoniam, ubi intervenit consensus tacitus, vel expressus, vel conventio, prædicta regula officium suum perdit: cum consentienti & volenti injuria non fiat. l. i. §. usque adeo 5. ff. de injur. c. scienti. 27. de reg. jur. in 6. & tradidimus in additionib. ad Jul. Clar. §. emphyteusis, quest. 45. num. 7. & seq.

575 Sic non repugnat l. usufructu. 7. §. quoniam vers. ha. etenus. & l. sed, si quid. 15. in princ. de usufructu & leum, ad quem. 7. C. eod. t. ubi usufructuarius, cui similis est emphyteuta, potest expensas utiliter factas repetere, vel detrudere. Quandoquidem & illæ leges nostram sententiam magis corroborant, quam impugnant: quia usufructuarius expensas modicas, ad quas de natura usufructus tenetur, repetere non potest: eas autem, quæ ex natura usufructus non veniunt, repetere potest, d. l. usufructu. 7. §. quoniam. ff. de usufr. d. l. eum, ad quem. 7. C. eod. t. Cæterum omnes impense, quæ sunt in re emphyteutica, ex natura ipsiusmet contractus veniunt: proindeque nullæ impense rei emphyteuticæ repeti possunt. Atque ita tradunt Franciscus Sarmient. lib. 3. selectar. interpretat. c. 4. Fachineus lib. 1. controvers. jur. cap. 92. & Bronchorst. cent. 1. Miscell. controvers. assert. 45.

576 Postremò, quæ actio ex contractu emphyteutico datur & profluat, Doctores admodum variant: quibusdam actionem præscriptis verbis dari putantibus, Accurs. in l. i. verb. custodiri. C. de jur. emphyteut. ibique Petr. de Bella Perica, & Cyn. quest. 5. & Alberic. num. 8. Joban. Andr. ad Speculat. in tit. de emphyteus. quest. 171. num. 197. in fine & Oldendorp. class. 5. de act. emphyteut. nonnullis conditionem ex lege competere contendentibus? Jason in d. l. i. n. 68. C. de jur. emphyteut. & ibidem S. chard. in fin. Wejendec. in Paratit. ff. si ag. vectigal. id est, emphyteut. pet. num. 2. Ferrar. in tract. de jur. emphyteut. circa princip. Donell. lib. 9. Comment. de jur. civ. cap. 14. Treutler. Disput. 29. thes. ult. lit. g. vol. 1. Jacob de Nigris in l. i. num. 48. ff. de legat. 1. Valase. in tract. de jur. emphyteut. quest. 6. num. 8. Hedeman. Disput. 17. proposit. 48. & Jul. Clar. lib. 4. recept. sent. §. emphyteusis. quest. 47. ubi hanc communem esse opinionem affirmat, ex mente Bartoli in l. unic. num. 7. ff. de condit. ex leg. Ego verò peculiarem ac propriam inde actionem, videlicet emphyteuticariam, proficisci juri magis consonum esse concludo, arg. l. si finita. 15. §. si de vectigalibus. 26. ibi. vectigali actione. ff. de dam. infect. & l. si, cum venditor. 66. in princ. ibi, actione, quæ de fundo vectigali, &c. ff. de evictionib. Hujusque conclusionis ratio satis dilucida est: quia hic contractus emphyteuticus sua indole & natura, absque ulla nova lege, obligationem & actionem producit. Ideoque ex eo nulla alia actio oriri potest, quam emphyteutica sive emphyteuticaria. Actiones enim, quæ ex nominatorum contractuum vi naturaliter & propria proveniunt, etiam appellationem ab ipsorum contractuum nomine sortiuntur. Sic actio, quæ ex pignoris contractu nascitur, pignoratitia appellatur, §. ult. ff. quib. mod. re contrahit. oblig. & tot. tit. ff. & C. de pignorat. act. Sic ex deposito sequestrario quæ oritur actio, depositi sequestraria actio dicitur, l. si in Asia. 12. §. cum sequestre. 2. ff. de positi. Quare sententia illorum, qui præscriptis verbis actionem ex hoc contractu concedi affirmant, planè erronea est. Hæc quippe præscriptis verbis actio ex contractibus innominatis, qui nimirum certum & speciale nomen non habent, descendit, l. i. 2. & 3. ff. de præscriptis verbis. Innominatus autem son-

tractus ex rei traditione vel facto initium capit & perficitur, l. i. §. item emptio. ff. de rer. permutat. & l. natura. 5. in princ. & §§. seq. ff. de præscript. verb. cum tamen contractus emphyteuticus ad sui perfectionem neque rei traditionem, neque factum desideret: id quod vel ex eo colligitur, quod olim vel pro emptione & venditione, vel pro locatione & conductione haberetur, per hunc §. nostrum, & l. i. C. de jur. emphyteut. & explicatum supra num. 55. & 62. quos contractus solo consensu perfici, tralatitium est, initio tit. ff. de obligat. ex consensu, l. 2. in princ. ff. de obligat. & actionibus. Quin & illi, qui conditionem ex lege hic competere autumant, æquè hallucinantur. Etenim conditioni ex lege toties est locus, quoties nova aliqua lege obligatio introducta est, nec tamen cautum eadem lege, quo genere actionis experiamur, d. l. unic. ff. de condit. ex leg. Atqui obligatio hujus contractus non est introducta Imperatoris Zenonis nova lege: liquidem & ante ejus constitutionem hic contractus sua natura fuerit efficax ad producendam obligationem & consequenter actionem, ut patet ex hoc §. nostro, & tot. tit. ff. si ager vectigal. &c. Rectè ergo statuitur ex hoc contractu proficisci peculiarem seu propriam actionem nimirum emphyteuticam; quæ à veteribus Jurisconsultis interdum actio vectigalis, interdum de fundo vectigali dicitur, d. l. si finita. 15. §. si de vectigalibus. 26. de dam. infect. & d. l. si, cum venditor. 66. in princ. ff. de evictionib. Quam sententiam tenent etiam & tuerentur Mynfinger. ad hunc §. num. 6. D. Bocerius class. 2. Disp. 14. thes. 39. edit. 2. Bronchorst. cent. 1. Miscell. controvers. assert. 43. D. Hallbritter in Disp. de jur. emphyteut. de anno 1602. Resp. D. Banfocio, thes. ult. Hannonius Disp. 16. controvers. 19. sub lit. a. Bachovius in suis not. ad d. disp. 29. Treutleri. vol. 1. lit. G. pag. 1142. & ibid. Hamnius quest. 58. pag. 1863. & d. lib. 3. var. resolut. jur. civ. tract. 7. part. 2. quest. 13. item Richter d. tract. de contractib. disp. 10. thes. 6. pag. 324. Hæcque referantur, quæ docui in additionib. ad Jul. Clar. §. emphyteusis, quest. 47. Hoc loco Dn. Collega Bocerius, num. 25. pag. 436. incivilem & rigidum nimis agit Censorem. Licet enim expressè scripserim supra num. 47. 576. & hoc n. 582. ex contractu emphyteutico propriam & specialem actionem proficisci, videlicet emphyteuticariam; & ita quoque sententiam ipsiusmet Bocerius allegaverim: nihilominus tamen si nistrum meis verbis assignare conatur sensum, quasi tradiderim: ex hoc contractu competere illam actionem vectigalem; quæ realis est, & adversus quemlibet rei emphyteuticæ possessorem datur, l. i. §. ult. ff. si ager vectigalis, &c. Itane vero te ipsum prodis, mi Bocer? Itane consuetam tuam calumniandi libidinem detegis? Non dubito equidem: intelligere viros eruditos, sententiam illam, quam mihi adscribere non vereris, meam haud quam esse; sed hoc me saltem voluisse: actionem emphyteuticariam, quæ hoc ex contractu oritur, à veteribus Jurisconsultis actionem vectigalem dictam esse: sicut & ager vectigalis seu emphyteuticarius dicitur in rubric. ff. si ager vectigal. vel emphyteut. pet. Verum enimverò hædie parum utilis disputatio vel controversia ista videtur: cum nomen actionis in libello exprimi non sit necessarium: sed sufficiat, factum ita aptè narrari, ut sine alia expressione iudex colligere possit, quæ actio agenti competat, per textum manifestum in c. dilecti 6. ext. de judiciis, &c. ibique Abbas Panormitan. Decius & Canonista communiter. Jason in l. edita. 3. n. 2. C. de edendo. Bartol. Angel. & alii in l. i. ff. eod. tit. Valase. d. tract. de jur. emphyteut. quest. 6 n. 9. Vacarius à Vacuna lib. 6. novar. declarat. jur. declar. 88 & Gail lib. 1. obs. 61. in princ. & num. ult. qui omnes id copiosius persequuntur. Tandem coronidis loco monendum: quod in causa emphyteutica iudex competens sit ille: cuius in territorio res emphyteutica sit sita. Ita communio-
 583 ri calculo concludunt Ludovic. Domin. consil. 212. n. 6. Jason in d. l. i. n. 73. C. de iure emphyteut. Mynfinger. respons. 78. n. 19. deced. §. Petrus Eridan. in tractat. de processu in caus. Imp. contrah. lib. 1. cap. 11. num. 8. & quæ laudem non vixisse Nicolaus Eggbrecht. in Synopsi juris emphyteut. conclus. 104.

§. Item quaritur. 4.

Item quaritur, si cum aurifice Titius convenit, ut is ex auro suo certi ponderis certæque formæ annulos ei faceret, & acciperet (verbi gratia) decem aureos: utrum emptio & venditio, an locatio & conductio contrahi videatur? Cassius ait, materiæ quidem emptionem & venditionem contrahi, operæ autem locationem & conductionem. Sed placuit, tantum emptionem & venditionem contrahi. Quod si suum aurum Titius dederit, mercede pro opera constituta: dubium non est, quin locatio & conductio sit.

S U M M A R I A

- 1 Quale exemplum hic proponatur.
- 2 Artifices si constituto precio ex sua materia aliquid jecerit, venditio est: si vero ex materia ejus, qui jussit, conductio.
- 3 Mens & intellectus l. item si, pretio. 21. §. 2. ff. locati.
- 4 Area pars domus maxima.
- 5 Unum idemque negotium diverso jure non censetur.

DE uno exemplo, quo similitudo emptionis & locationis confirmatur & declaratur, videlicet de emphyteusi, in §. precedenti, ubertim disputatum est: hoc loco offertur alterum exemplum, sumptum ex l. 2. in fin. ff. locati. in quo dubitatum fuit de negotio quodam, emptio-
ne esset, an locatio. In quo negotii genere diligenter distinguendum est: utrum is, qui sibi quid fieri petit, etiam aliquid det, unde id fiat, neque. Nam si etiam quid dederit, locatio erit: si nihil dederit, erit venditio. Nec enim potest esse ulla locatio, ubi corpus ipsum, seu materia non datur ab eo, cui id fieret, l. Sabinus. 20. ff. de contrab. empt. Unde cum artifex, constituto precio, quid efficit, siquidem ex sua materia, venditio: si ex materia ejus quid efficit, qui jussit, conductio contracta intelligitur, hoc §. nostro. d. l. 2. in fin. ff. locati. & l. scrib. 34. ff. de aur. & argent. legat. Sic si conveniat inter me & Titium: ut certum numerum tegularum mihi det certo precio: si quidem ex meo fundo tegulæ fiant, conductio erit: si ex Titii, erit venditio. Toties enim (inquit Javolenus) conductio alicujus rei est, quoties materia, in qua aliquid præstatur, in eodem statu ejusdem manet. Quoties verò & immutatur, & alienatur: emptio magis, quam locatio, intelligi debet, l. convenit. 69. ff. de contrab. empt.

Cui obstat l. item si, pretio. 22. §. 2. ff. locati. ubi, si ita convenit, ut tu insulam mihi ædifices, & omnem materiam suppedites: non venditio, sed locatio esse dicitur: cum tamen tu artifex non operam tantum, sed materiam etiam præstes. Atque ita licet ibi proprietas rerum à conductore alienetur, & in locatorem transferatur: nihilominus tamen locatio contracta esse pronuntiatur, contra regulam jam propositam, qua asseritur, locationem non esse, ubi conductor rem, in qua aliquid fecit, in locatorem transfert. Non obstat, inquam. Hoc etenim in casu materia mea sit, non ratione contractus (nam alioquin esset emptio) sed ratione soli sive areæ, quæ domus pars est potissima & maxima, l. qui res. 98. §. ult. ff. de solutionib. Et sic in specie illius legis sciendum est: conductorem non præstitisse ipsum corpus, hoc est, solum, in quo præstabat operas: & domum quidem sua materia ædificasse, sed in solo ipsius locatoris: ut rectè istam legem exaudiat Baldus, Hotomanus, Bachovius & Helgus hic n. 4. & post alios, quos citat, Menochius in tract. de retinend. possess. remedi. 4. n. 16. & seq.

Porrò rationes Cassii, cur hoc negotium in præsentibus §. relatum, partim emptio videatur, partim locatio, sunt faciles. Cur autem contra Cassium venditio tantum negotium illud, quo quis & operam & materiam præstat, existimatur, hæc est ratio: quia perinde hoc est atque si annulum mihi confectum ab aurifice quis emat, nonne

idemque negotium diverso jure censetur, argument. l. rerum mixtura. 30. §. 1. ff. de usurpat. & usucapionib. Gi-
phanus hic in verb. Cassius, &c.

§. Conductor autem. 5.

Conductor autem omnia secundum legem conductionis facere debet: & si quid in lege prætermisum fuerit: id ex bono & æquo præstare. Qui pro usu aut vestimentorum, aut argenti, aut jumenti, mercedem aut dedit, aut promisit: ab eo custodia talis desideratur, qualem diligentissimus paterfamilias suis rebus adhibet: quam si præstiterit, & aliquo casu fortuito eam rem amiserit: de restituenda ea non tenebitur.

S U M M A R I A

- 1 Pacta, in contractu facta, sunt servanda.
- 2 In contractibus bonæ fidei multa ex æquo & bono præstanda veniunt, quæ nominatim expressa non sunt.
- 3 Conductor in solvenda mercede moram faciens, ad usuras tenetur.
- 4 Res conductæ alicui æquè idoneo rursus locari potest.
- 5 In locationis contractu quid sit præstandum.
- 6 In quibus contractibus præstetur dolus & culpa.
- 7 Casus fortuitus an & quatenus præstetur: §. num. 15.
- 8 Culpa lata in contractibus dolo æquiparatur.
- 9 Interpretatio l. in judicio 28. C. de locato.
- 10 Argumentum à contrario sensu quando procedat.
- 11 Instantia refutatur.
- 12 Custodia non accipi potest pro diligentia.
- 13 Qualis custodia in conductore desideretur.
- 14 Positio pro superlativo interdum, & contra, ponitur.
- 15 An casus fortuitus in se recipiens, vel eis generaliter remuncians, de insolitis etiam sentire intelligatur.
- 16 Vis major quæ dicatur.
- 17 Consideratio l. 2. C. de positi.
- 18 A casu insolito minus damni metuendum, quam à solito.
- 19 Oratio indefinita æquipollet universali.
- 20 Natura signi vel vocis universalis.
- 21 Vera & genuina sententia l. fistular. 78. §. frumenta. ff. de contrab. empt.
- 22 Consideratio l. sejo. 10. §. 1. ff. de annuis legat.
- 23 Qualis interpretatio fieri debeat in ultimis voluntatibus.
- 24 Voluntas defunctorum spectanda.
- 25 In claris non opus est conjecturis.
- 26 Paciscentes ultra intentionem non tenentur.
- 27 Genere expresso, censentur quoque singula expressa species.
- 28 Expositio l. qui accitis. 30. §. 2. ff. ad l. Aquil.
- 29 Sententia l. si putator. 31. ff. cod.
- 30 Quatenus quæ raro accidunt, in considerationem veniant.
- 31 An qui periculum alienius rei in se recepit, casum etiam fortuitum in se recipere intelligatur.
- 32 Periculum omnem omnino casum sub se comprehendit.
- 33 Consideratio l. si, ut certo. §. 2. & seq. ff. commodati.
- 34 Summa l. item quaritur. 13. §. 5. ff. locati.
- 35 Generalis provisio quid operetur.
- 36 Intellectus l. licet. 37. §. 2. ff. de negot. gest.
- 37 Mens l. negotium. 22. C. de negot. gest.
- 38 Negotiorum gestor de omni culpa, etiam levissima, censetur.
- 39 Explicatio l. qui fortuitis. 6. C. de pignorat. act.
- 40 In generis promissione qua veniant.
- 41 Quodnam damnum in se periculum continent.

DOcet hic Justinianus Imperator: quid in locationis contractu sit præstandum: & ait: servandam esse legem conductionis, hoc est, id præstandum esse, quod convenit, l. legem. 16. C. de locato. aded quidem, ut etiam casus fortuitus præstetur, si ita inter locatorem & conductorem fuerit conventum, l. si quis domum. 9. §. Julianus. 2. ff. locati. Pacta siquidem in ipso contractu facta, quæ in jure leges dicuntur, servari oportet, maxime in contractibus bonæ fidei, ut est locatio, l. si merces. 25. §. conductor. 3. l. ea lege. §. 1. in princ. l. insulam. 58. §. 1. ff. cod. l. 1. in princ. & l. juris gentium 7. §. quibus. §. ibi. quæ legem contractui dant. ff. de pact. l. 1. §. si convenerit. 6.

- ibi, contractus enim legem ex conventionem accipiunt, & l. Lucius. 24. in fine. ff. depositi. l. venditor. 13. in princ. ff. communia praedior. tam urbanor. quam rusticor. & l. contractus. 23. ibi, legem enim contractus dedit. ff. de reg. jur. Quod si nihil convenerit: siue (ut Imperator hoc loci loquitur) si quid in lege praetermissum fuerit: id, quod
- 2 aequitas postulabit, spectabitur. Commune enim hoc est omnibus bonae fidei contractibus, ut in iis multa ex aequo & bono praestanda veniant, quantumvis lingua nuncupata siue expressa non sint. §. fin. supr. de obligationib. ex cons. §. in bonae fidei. 30. infr. de actionib. l. quia tantundem. 7. ff. de negoc. gest. Unde conductor, si in solvenda mercede moram fecit: etiam usuras mercedis praestabit, utcumque de usuris nihil convenerit, l. 2. l. licet. 8. & l. praes. 17. C. de locato. Quia id bonum & aequum postulat. Sic si aedibus conductis, ab inquilino damnum sit illatum, etsi de eo refarciendo in lege conductionis nulla facta fuerit mentio: tamen, cum factum alienum in alterius damnum & injuriam redundare non debeat, damnum illatum inquilinus refarcere tenetur: quia & hoc bona fides siue bonum & aequum exigi, l. de pupillo. 5. §. si plurium. 15. in fin. ff. de operis novi nunt. l. non debet alteri. 74. ff. de regul. jur. Borcholt. hic in fin. Hinc quoque fit, ut res conducta alii aequae idoneo & ad eundem usum rursus locari possit, l. si tibi alienam. 7. l. cum in plures. 60. in princ. ff. locati. & l. nemo. 6. ubi Dd. C. de locato. Heigius in §. nostro, num. 1. Jacobus Cancerinus part. 1. variar. resol. jur. cap. 14. n. 2. fol. 161.
- 5 Praeterea indicat Justinianus hic in vers. qui pro usu, &c. in hoc contractu praestari custodiam diligentissimi patrisfamilias: id est, praestari non tantum dolum, sed etiam culpam; casum vero fortuitum non item, d. l. contractus. 23. ff. de reg. jur. d. l. si quis domum. 9. §. Celsus. 5. ff. locati. Ratio, cur dolus praestetur, expedita est: quia hic contractus est bonae fidei. §. actionum. 23. infra. de actionib. l. cum venderem. 21. ff. locati. Cur praestetur culpa, ratio illa est: quia hic contractus fit utriusque contrahentium causa. Est autem tralatitium, in iis contractibus, qui utriusque gratia celebrantur, dolum & culpam praestandam esse, l. si, ut certo. 5. §. nunc videndum. 2. versic. sed ubi utriusque ff. commodati. De casu fortuito, cur ille non praestetur, ratio est perspicua: quia is in nullo bonae fidei contractu praestatur, nisi aliter convenerit, d. l. contractus. 23. in fin. ff. de reg. jur. l. si in venditione. 10. in fin. ff. de peric. & commod. rei vend. l. videamus. 11. §. 1. l. ex conducto. 15. §. si vis tempestatis, & d. l. si merces. 25. §. vis major. 6. ff. locati. l. licet. 8. & l. excepto. 18. C. cod. l. quae fortuitu. 6. Cod. de pignoratit. act. & l. 1. C. depositi Bronchorst. cent. 1. Miscellan. controvers. assert.
- 8 71. Caeterum de culpa quod diximus; culpam latam (quae in contractibus appellatione doli venit, eique quasi involvitur, cum ei proxima sit, l. quod Nerva. 32. ff. depositi. l. magna. 226. ff. de verb. signif.) & levem, non vero levissimam, intelligimus. Cum enim locatio & conductio (ut paulo ante monitum) ex eo contractuum genere sit, in quibus utriusque utilitas venit: conductorem de levi culpa, non etiam de culpa levissima teneri, omnino dicendum est, d. l. si, ut certo. 5. §. nunc videndum. 2. ff. commodati. §. ult. sup. quibus. mod. re contrahit. oblig. Joan. Matienus in repetit. d. l. contractus. 23. ff. de reg. jur. num. 205. cum seqq. fol. 173. & seq. Timaeus Faber. disp. 24. ad Instit. Imperial. thes. 11. lit. b. Dn. Besold. in delib. jur. ex lib. 19. ff. quest. 4. pag. 30. & seq. Doringius in Bibliotheca jurisconsultor. tom. 1. in verb. actio locati. n. 12. fol. 380. Locamer. questionum juridic. fascic. 39. quest. 5.
- 9 Non obstat huic sententiae textus in l. in iudicio. 28. C. de locato. ubi Impp. Dioclet. & Maxim. ita expresse rescripserunt: In iudicio tam locati, quam conducti, dolum & custodiam, non etiam casum, cui resisti non potest, venire constat. Quibus verbis cum Impp. nihil nisi casum fortuitum, quem conductor praestare non debeat, excepterint: culpam utique levissimam sub regula comprehendere voluisse videntur. Non, inquam, textus ille obstat. Quis in eo Impp. de dolo, & de custodia, &

de casu fortuito tantum consulti, de illis duntaxat responderunt: de culpa levissima respondere necesse non habuerunt: quoniam de eo proculdubio interrogati non erant. Neque vero exilimandum est, in constitutionibus à Justiniano in Codicem suum relatis, inclusionem siue positionem unius esse statim exclusionem alterius. Siquidem jam pridem traditum est, argumentum à contrario sensu tum demum procedere, si juris dispositioni, ejusve rationi non sit contrarium, Nicol. Everhard. in loco legali, à contrario sensu, n. 8. & seqq.

Neque movet quicquam, quod regeritur, in hunc locationis contractum venire custodiam, d. l. in iudicio. 2. Cod. de locat. Ergo & levissimam culpam. Etenim respondetur: custodiam opponi culpae levi, non etiam levissimae; huic autem opponi diligentiam: & à quo diligentia & culpa levissima praestanda est, ab eodem praestandam esse, & quidem multo magis custodiam & culpam levem: non vicissim à quo custodia & culpa levis, ab eodem etiam protinus diligentiam & culpam levissimam. Inest enim diligentiae etiam custodia, non etiam custodiae diligentia. Quibus consequens est: ut si Impp. in d. l. 28. dixissent, in iudicio tam locati, quam conducti, venire dolum, & diligentiam; tum recte inde inferretur, culpam quoque levissimam venire. Quae si mens ipsorum fuisset; tam fuisset facile dicere diligentiam, quam dicere custodiam: & sanè ita omnino dicere debuissent, ut omnia illo complexi fuissent: siquidem diligentiam dicendo dixissent utique, etsi verbis non expressis, tamen per interpretationem, ipsamque rei naturam & vocum proprietatem, etiam custodiam. Custodiam autem velle interpretari diligentiam, Jurisconsulti non admittunt. Paul. lib. 2. sentent. tit. 4. §. Jervus in fine. d. l. si, ut certo. 5. §. nunc videndum. 2. ff. commod. l. cum res. 47. §. penult. ff. de legat. 1. l. contractus. 23. ff. de reg. jur. Et ita disertè docet D. Vultejus lib. 1. disceptat. scholasti. cap. 15. & Paulus Berens disp. 11. ad Institut. them. 2. quest. 3.

Nec resistit quoque hic §. noster. & d. l. si merces. 25. §. qui colummam. 7. ff. locati. quibus in locis disponitur, quod in conductore talis custodia desideretur, qualem diligentissimus paterfamilias suis rebus adhibet; atque ita ob levissimam etiam culpam teneatur. Nam utrobique superlativus diligentissimus, pro positivo diligens usurpatus est: ut mones hic glossa, Wesenbecius, Borcholt. & Heigius num. 3. & sequitur Petrus Faber in d. l. contractus. 23. ff. de regul. jur. ibique D. Bocerus c. 4. num. 97. & seq. edit. 2. & in hoc tit. n. 89. pag. 413. Treutl. vol. 1. disp. 29. th. 6. lit. E. & mihi Bachovius in suis not. pag. 1117. Neque hoc absurdum, aut mirum alicui videri debet: cum & contrario positivus pro superlativo non raro positus reperitur, ut in §. item is, cui res aliqua versat is, qui utendum accepit, sup. quib. mod. re contrahit. obligat. & in d. l. si, ut certo. 5. §. custodiam ff. commodati, & in l. heredes. 25. §. non tantum. ff. familiae ercisc. Tamen si aliter alii (quos plerisque dicto loco accuratè satis refellit Bocerus) istud explicant, Hosomanius, Linnus, Schneidewin. & Mynsinger. in hoc §. Alciatus in d. l. magna 226. ff. de verb. signif. Caspar. Caballinus in tractat. (quem Molinai quidam putant) de eo, quod interest, pag. mibi. 260. num. 182. Bronchorst. cent. 1. азврътываю. assert. 74. edit. 1. Hunnius lib. 3. var. resolut. jur. civ. tract. 7. part. 2. quest. 6. Olemann. ad lib. 3. disputat. juris civil. Giphanii, Disp. 29. n. 19. & Hedemannus disp. 29. proposit. 24. ad lit. b.

Porro cum ex modo expositis appareat, conductorem de casu fortuito non teneri, nisi eum nominatim in se receperit: non ineptè quæri poterit: nunquid casus fortuitos in se recipiens, vel eis generaliter renunciatis, de insolitis etiam sentire intelligatur? Et quamvis negativam plerique accerrimè defendere nitantur, Harvol. in l. sed & si quis. 4. §. questum. ff. si quis cautionib. in iudic. si pend. caus. &c. Ripa in tractat. de pisse rubr. de privilegii contractuum tempore pisse. num. 97. Alexand. conf. 28. n. 10. & conf. 281. vol. 1. consil. 108. n. 16. vol. 3. Sermon. consil. 23. lib. 4. Corne. consil. 282. lib. 4. M in 4. Decim

- Decius consil. 7. n. 2. Gail. lib. 23. observ. c. 3. n. 18. Menoch. lib. 2. de arbit. judic. quest. centur. 2. cas. 30. Gomez. tom. 2. resolut. c. 2. n. 19. Treutl. disp. 29. vol. 1. thes. 6. lit. b. Forster. Junior. lib. 3. disput. 18. thes. 13. D. Bocer. in hoc tit. n. 94. cum seq. pag. 415. Eggebrecht. in synopsi juris emphyteutici. conclus. 181. Hilliger. in Donello enucleato. lib. 16. c. 3. in notat. ad lit. C. D. Besold. vol. 4. consil. 194. n. 61. fol. 295. alique plures: ego tamen affirmantium partes sequendas esse judico, per d. l. si quis domum. 9. §. si quis fundum. 2. ff. locati. ubi traditur, standum esse pacto, si quis locaverit fundum ea lege: ut etiam si quid vi majore accidisset, ei merces prestaretur.
- 16 Vis autem major intelligitur omnis vis tempestuosae calamitatis; cui resisti nequit, d. l. ex conducto. 15. §. si vis tempestatis. ff. eod. Unde saltem in genere, de omni casu fortuito, sive solito, sive insolito, ea pactione cogitatum videtur. Nec dicitur casus fortuitus, nisi raro contingat, teste Bald. in d. l. sed & si quis. 4. §. questum. ff. si quis cautionibus, &c. Eodem non parum confert textus generalis in d. l. 1. C. depositi. ubi Alexander Imp. ita descripsit: Si incursu latronum, vel alio fortuito casu ornamenta deposita apud interfectum perierint, detrimentum ad heredem ejus, qui depositum accepit, qui dolum solum & latam culpam (si non aliud specialiter convenit) prestare debuit, non pertinet. Quod si pretextu latrocinii commissi, vel aliter fortuito casus, res, quae in potestate heredis sunt, vel quas dolo delicti possidere, non restituntur; tam depositi, quam ad exhibendum actio, sed & in rem vindicatio competit. Praeterea cum conductor in se, casum solidum & frequenter contingentem recipere ac sustinere voluit: censetur profecto multo magis insolitum & rarissime contingentem casum fortuitum in se recipere voluisse: cum ab hoc minus ipsi damnum & periculum, quam ab illo, metuendum sit, atque expectandum. Accedit denique, quod oratio indefinita aequipollet universali, l. quod dicitur. 4. ff. de tutel. l. si ita. 43. in pr. & l. seq. in princ. ff. de legat. 2. si plures. 98. ff. de legat. 3. Itaque qui casus fortuitos in se recepit, reputatur omnes omnino suscepisse, qui evenire possunt. Et minus dubitandum erit, quando adest signum universale: cujus ea natura est, ut omnia includat, l. a procuratore. 13. C. mandati. l. omnes. 3. C. sine censu vel reliquis fundum comparari, &c. c. solita. 6. de majoritate & obedientia. c. 2. de observ. jejunior. Cravett. consil. 294. num. 1.
- 21 Nec hanc assertionem perturbat l. fistulas. 78. §. frumenta. 3. ff. de contrah. empt. ex qua dissidentes colligunt: eum, qui suscipit in se periculum casus fortuiti, de solito, non autem insolito, cogitare censer. Nam verus & genuinus legis illius sensus est: venditorem, qui frumenta in campis existentia vendidit, si emptori promisit, se praestitutum id damnum, quod vis, aut mala tempestas attulisset, ex hac promissione teneri, si nives immoderate & contra consuetudinem saevientes, non verò si ordinariae, mediocres & moderatae, damnum intulerunt. Quia cum hyemis tempore ningersoleat: non censetur emptor damnum ex moderata nive ac solita tempestate simulasse, sed ex insolita: nec venditor ex causa cujuscunque damni evenientis obligare se voluisse praesumitur. Quae res nihil juvat contrariam sententiam; sed nostram potius confirmat: quod scilicet sub casu fortuito etiam insolitus contineatur: & venditor, qui in se receperat casum fortuitum, insolitum quoque casum in se recepisse intelligatur.
- 22 Similiter non obstat l. Sejo amico. 10. §. medico. 1. ff. de annis legat. ubi si legentur medico, quae vivus testator praestabat, ea videtur relicta, quae certam formam erogationis annuae, non incertam liberalitatis voluntatem habuerunt. Unde dicendum videtur, quod ille, qui casum fortuitum praestare promisit, cum duntaxat casum promissum censetur, qui consuevit saepe accidere: non qui rarissime contingit. Non, inquam, lex illa obstat.
- 23 Quia in ultimis voluntatibus regulariter fit interpretatio, quo minus heres gravetur, adeoque in dubio illud relictum putatur, quod minus est, & de quo testator verisimiliter sensit, l. si ita sit adscriptum. 14. in fine. & l. cum servus. 39. §. scio. 6. ff. de legat. 1. & l. unumvis. 75. ff. de legat. 3. Siquidem in testamentis voluntatem defunctorum attendimus & sectamur l. in conditionibus. 19. in princ. ff. de condit. & demonstrat. Novell. 22. cap. 2. Atqui in proposita quaestione verba satis clara sunt & manifesta, ut conjecturis non relinquatur, l. continuas. 137. §. cum ita stipulatus. in fin. & l. cum, qui. 138. in fine. ff. de verb. obligat.
- Nihil praeterea obstitit, quod de casu insolito & rarissime contingente non praesumatur cogitasse, qui casum fortuitum in se pactione recepit: paciscentes autem ultra intentionem non teneantur, arg. l. obligationum. 3. §. 1. ff. de obligat. & actionib. Etenim qui genus promittit, & de genere cogitat: censetur utique etiam de singulis speciebus, eo genere contentis, sensitse, cogitasse & promississe: cum expresso genere, expresse quoque censentur ejus species, l. si chorui. 79. in princ. ff. de legat. 3. l. si duo. 51. in fine. ff. de administrat. & peric. tutor. At casum fortuitum insolitum, esse speciem casus fortuiti, exploratum certumque est.
- Amplius non obstat l. qui occidit. 30. §. in hac. 3. in fin. ff. ad l. Aquil. ubi Paulus inter cetera ita scribit: At si omnia, quae oportuit, observavit: vel subita vis venti longius ignem produxit: caret culpa. Quibus ex verbis non obscure colligitur, quod ad insolitum quis non obstringatur. Non obstat, inquam. Illic enim ignem in stipulam suam immitens teneatur de damno, ob culpam dato: at non de casu fortuito. Nam qui ex lege Aquilia convenitur, ex culpa obligatus est, d. §. 1. & l. in lege. 44. ff. de tit. cum similib. At in proposito non agitur de obligationibus, ex culpa provenientibus; sed de casu, ex facto contingente. Idem responderetur ad l. si putator. 31. ff. eod. Ibi namque cum putator divinare non potuerit, an per eum locum aliquis transiret sit; merito culpa ab eo non exigitur, ut habetur in fine istius legis.
- Adhuc non refragatur, quod quae perraro accidunt, non veniant in considerationem, l. 3. & seq. ff. de legib. Haec etenim regula non obtinet locum, quando de iis casibus, qui raro accidunt, quique insoliti sunt, pactum interpositum est. Tunc siquidem pactioni standum erit. Sic quamvis leges ad ea potius debeant aptari, quae frequenter & facile, quam quae perraro eveniant, l. nam ad ea. 5. ff. eod. tit. attamen & de iis, quae perraro fiunt, leges ferri solent, §. insula 22. supr. de rer. divis. Atque ita docent Angel. Fulgos. Castrensis. Ludovic. Roman. in d. l. sed & si. 4. §. questum. ff. si quis cautionib. &c. Nevizan. consil. 91. n. 13. Gozadin. consil. 27. n. 25. Pinel. in l. 2. C. de rescind. vend. part. 1. cap. 3. num. 29. cum seqq. Fachin. lib. 5. contravers. jur. c. 86. Bachovius in suis not. ad d. vol. 1. Treutleri disp. 29. th. 6. lit. H. pag. 1118. ibidem Humius in suis re. jur. quest. 19. pag. 1776. cum seqq. Hieronymus Panchman. in declaratione praecipuar. quaestio. circa materiam locat. conduct. &c. q. 7. n. 24. & seqq. alique per eos laudati.
- In quaestionem vocari & illud solet: utrum qui periculum alicujus rei in se recepit, casum etiam fortuitum in se recepisse intelligatur? At sane per susceptionem generalem periculi, aliquem ad casum etiam fortuitum obligari, nec necessum esse casus specialiter enumerari, probabilius est & verius: utut dissentiat, post plures à se citatos, Joannes Matienus in d. repetitione. l. contractus. 23. ff. de reg. jur. num. 299. fol. 187. Primum enim haud incogniti juris est: periculum comprehendere sub se omnem casum, qui cum, vel sine culpa contingit, l. 1. l. si in venditione. 10. & l. quod si neque. 14. ff. de peric. & commod. rei vend. l. & Ariston. 39. ff. mandati. Genus quippe periculum est: casus verò fortuitus species. Consequens itaque est: ut, qui periculum rei alicujus in se suscepit, etiam de casu fortuito teneatur, arg. d. l. si chorui. 79. in princ. ff. de legat. 3. Deinde idem evidenter confirmatur per textum in l. si ne cetero. 5. §. nunc videndum. 2. cum duobus. 55. seqq. ff. commodati. ex quo textu colligere promptum est: si de periculo sit conventum, ad recipientem pertinere casus fortuitus.

- 34 Præterea eandem sententiam non parum probat *l. item queritur*. 13. §. *si gemma* & *ff. locati*. ubi is, qui gemmam includendam, aut insculpendam acceperit, eaque fracta sit, si quidem vitio materiæ factum sit, non tenebitur: nisi periculum in se artifex receperit. Tunc enim, etsi vitio materiæ id evenit, erit ex locato actio. Unde apparet, quod licet artifex non sit in culpa, sed casus accidat ex vitio materiæ: tamen artifex propter conventionem teneatur. Denique huc facit trita illa regula, qua dicitur, quod generalis provisio tantum operetur, quoad omnes casus, quantum specialis, sive enumeratio specierum, quoad quosdam, *d. l. si chor.* 79. in *pr. ff. de legat.* 3. *l. omnes* 4. *C. de præscript.* 30. vel 40. annor. Cum igitur tantum operetur genus, quantum enumeratio specierum: consequens erit, ut sub periculi susceptione & casus fortuitus, tanquam species sub suo genere, comprehendatur. Idque latius paulo declarat Hunnius *lib. 3. var. resolut. jur. civ. tract. 7. part. 2. quest. 4. pag. 1127.* & *seqq. item in resolut. ad Treutler. vol. 1. disp. 29. quest. 18. p. 1773.* & *seqq.*
- 36 Non adversatur huic sententiæ *l. litis*. 37. §. 1. *ff. de negot. gest.* ibi dum Paulus significat, quod etsi quis periculum eorum nominum, quæ ipse contraxit, subire cogatur: non tamen teneatur, si debitores casu non fiant solvendo: inde colligi posse videtur, quod licet ad periculum quis obligatus sit: non tamen de casu fortuito teneatur. Non, *inquam*, lex illa adversatur. Quia in ea casus fortuitus à periculo (quod aliàs casum sub se fortuitum, tanquam speciem, complectitur) excipitur: sic, ut negotiorum gestor nominum sive debitorum, quæ ipse contraxit, periculum sustineat & præster, excepto casu fortuito, quo debitores ita fortunis & facultatibus suis lapsi everisque sunt, ut tempore litis contestatæ solvendo non sint. Ex quo perspicitur: si casus fortuitus à lege non fuisset discretè exceptus eum sub periculo; tanquam sub genere, comprehensum fuisse. Quod si igitur negotiorum gestor conventionem vel pacto in se periculum recepisset, nec expressè casum fortuitum excepisset: certè ad hunc quoque obligatus fuisset. *Hunnii locis modo notatis.*
- 37 Non etiam adversatur *l. negotium*. 22. *C. de negot. gest.* ubi, ad hoc, ut quis de casu fortuito teneatur, requiritur speciale pactum. Unde consequens esse videtur, generale pactum de periculo non sufficere. Non, *dico*, adversatur. ideo namque pactum speciale ibi requiritur ad hoc, ut negotiorum gestor de casu fortuito teneatur, quia ex natura quasi contractus negotiorum gestionis, præstandus non venit casus fortuitus. Proinde Imperatores pactum speciale exigunt: quoniam hoc sufficit, nec opus est, ut generale pactum de periculo præstando interveniat: maxime cum & alias expediti sit juris, quod de omni culpa, adeoque etiam levissima, negotiorum gestor conveniri possit, §. *igitur*. 1. in *fine. infr. de obligat. que quasi ex contract. nascunt.* ibi id explicatum est fusiùs, n. 41. & *seqq.* ut ideoque planè supervacuum fuerit generale de periculo præstando pactum interponi.
- 39 Non insuper adversatur, *l. que fortuitis*. 6. *C. de pignorat. act.* ex cuius legis verbis aperte constat, quod generalis conventio super amissione pignoris non sufficiat, sed specialis desideretur. Illic enim nequaquam desideratur, ut casus omnes specialis enumerentur: sed sufficit, ut generaliter super amissione pignoris conveniatur: qua conventionem comprehendantur & casus fortuiti, ut est aggressura latronum, & alii, per quos accidit, ut pignus amittatur. Sed & hoc observandum est; quod in *d. l. 6.* proponatur regula, quod in bonæ fidei iudiciis casus fortuitus non præsteretur: eique subijciatur exceptio: nisi inter contrahentes placuerit; ut amissio pignorum liberet debitorem. Hanc proinde exceptionem de casu fortuito concepit. Imp. Alexander: quia & regula de casu fortuito concepta erat.
- 40 Pariter non adversatur, quod in generali promissione non veniant ea, quæ quis specialiter non fuisset concessurus, *l. obligatione generali*. 6. & *l. denique*. 8. *ff. de pignorib. l. penult. in princ. ff. de privileg. creditor.*

l. 1. C. qua res pignori obligari poss. adeoque verisimile non sit, ut quispiam ad casus fortuitos, qui varii sunt ac innumeri, absque expressa mentione & conventionem se obligare voluerit, aut de iis cogitare potuerit, *arg. l. qui cum tutoribus*. 9. §. 1. & *ult. ff. de transactionib.* Respondetur enim: eo ipso, quod quis in genere consentit, videtur in genere de omnino casu cogitasse, *arg. l. qui jure militari*. 7. *ff. de testamento militis*, & *consimilium*. Præterea regula illa (quod in generali promissione non veniant ea, quæ quis specialiter non fuisset concessurus) non est generalis: liquidem & in contractibus per generale casus fortuiti susceptionem veniunt casus, qui sub istis verbis comprehenduntur: ut specialis eorum enumeratio non sit necessaria, per rationes supra pro sententia nostra allatas.

Tandem non adversatur, quod veritati consentaneum non sit: aliquem casum fortuitum, cui resistere non potest, velle subire, nisi clarissimè de obligantis mente constet. Et quia periculum non illud tantum damnum continet, quod ex casu fortuito, sed & quod culpa contingit: susceptione periculi ad exactissimam diligentiam obligabitur. Hoc *inquam*, non adversatur. Quandoquidem ex eo, quod conductor rei sibi locatæ periculum expressa conventionem in se recepit, apertissimè constat, quod non solum ad omnem culpam: sed ad casum etiam fortuitum præstandum sese obligare voluerit. Aliis obiectiunculis, quæ vulgo contra nostram sententiam adduci solent, satisfacit D. Hunnius locis præallegatis. Atque huc referenda sunt, quæ annotavimus ad §. *item is*. 2. num. 35. & *seqq. supr.* quib. *mod. re contrah. obligat.* Porro an & quatenus conductor incendium præster, post alios, explicant abunde Andreas Gail. *lib. 2. observat.* 22. Mynsinger. *cent.* 6. *observ.* 88. & Hunnius *d. lib. 3. var. resolut. jur. civ. tract. 7. part. 2. quest. 7. pag. 1136.* & *seqq.*

§. Mortuo conductore 6. & ultimus.

Mortuo conductore intra tempora conductionis: heres ejus eodem jure in conductione succedit.

S U M M A R I A.

- 1 Conductore ante præstitutum tempus defuncto, heres ejus eodem in conductione succedit.
- 2 Casus sive species facti.
- 3 Heres in omni jure defuncti succedit.
- 4 Voluntas hominis morte terminatur.
- 5 Interpretatio *l. si domina*. 10. *C. de usufructu.*
- 6 Usufructus finitur morte usufructuarii.
- 7 Quibus casibus locator conductorem, ejusve heredem expellere possit.
- 8 Emptor rei locatæ, & quilibet successor singularis locationi, ab alio factæ, stare non cogitur.
- 9 Et eo casu ventitor conductori ad interesse tenetur.
- 10 Quando emptor locationi, à locatore factæ, stare necesse habeat.
- 11 An uxore teneatur prædicti stare locationi rerum dotialium per maritum factæ, & contra.
- 12 Successor singularis voluntarius à locatione resistere potest.
- 13 Utrum Studiosus domum conducent, ob necessitatem heredum defuncti locatoris, ante tempus conventionem ex illa domo emigrare compellatur.
- 14 Ab expressis verbis legi non recedendum.
- 15 Contractus ex conventionem legem accipiunt, passaque servanda sunt.
- 16 Contractus & pacta ab initio sunt voluntatis: ex post facto necessitatis.
- 17 Necessitas à fortuna proveniens, justam expellendi conductorem causam præbet.
- 18 Consideratio Auct. habita. *C. ne filius pro patre*, &c.
- 19 Studiosi à vestigialibus & similibus oneribus sunt exempti.
- 20 Jure suo utuntur, injuriam facere non credunt.
- 21 Heredes alicujus officialis mortui, recepto prius integro solutio, ad restitutionem aliquam non tenentur.

Hoc loco subiicit Justinianus: quod, conductor ante præstitutum tempus defuncto; heres ejus eodem jure in conductione succedat. Idque non solum in conductione temporali, sed etiam perpetua obtinere, palam

palam est, *l. viam veritatis*. 10. C. de locat. & conducto. *l. sed addes*. 19. §. ex conducto. 8. & *l. si in lege*. 24. §. ult. ff. eod. & *l. heredes*. 59. ff. de reg. jur. Idemque statutum reperitur jure renovato Württembergico, *part. 2. tit. 17. §. von Zeit des Bestandes*, &c. *verf. so dann derjenig.*
 2 fol. 299. Species sive casus talis constitui potest: Titius locavit Sempronio habitationem sive fundum per quinquennium: anno tertio, siq; ante tempus locationis finitū; moritur Sempronius conductor. Queritur: an Sempronii jam mortui heres in habitatione seu fundo conducto manere, & reliquum tempus complere, atque adeo in conductione succedere possit? Et merito respondetur; posse: quia tali contractu jus quæsitum est defuncto ad
 3 quinquennium. Heres autem in omne jus defuncti succedere solet, §. *sed neque heres*. 10. juncto §. *legatariis sequente*. *supr. de testament. ordinand. l. hereditas*. 62. & *l. qui in jus*. 177. ff. de regul. jur. *Matthias Stephani cent. 3. sub quest. 77. Dominie. Card. Tusch. tom. 5. practic. conclusio. lit. L. conclus. 413. num. 1. cum seq. Berlich. part. 2. conclus. practicabil. concl. 45. num. 1. pag. 966.* Et hoc quidem verum est: nisi locatio ita
 4 facta fuerit, quamdiu voluerit locator. Tum enim, cum voluntas vitæ suæ finibus, id est, morte terminetur: isthæc locatio ad heredem non transit, sed morte locatoris tollitur, *l. locatio*. 4. *Digest. locati: Giphanius & Heigius hic num. 3.*

5 Decisioni porro nostri §. non adversatur. *l. si domina*. 10. C. de usufructu. ubi morte ejus, qui conductit usufructum, extinguitur conductio usufructus, nec ad heredes conductoris transit; quantumvis intra conductionis tempora conductor mortuus sit. Nam aliud obtinet in conductione usufructus, quam proprietatis. Conductio proprietatis ad heredes conductoris transit; conductio vero usufructus non transit. Ratio diversitatis hæc est: quia conductio usufructus secundum naturam, quam habet usufructus, prout est servitus personalis, facta censetur. Quemadmodum enim usufructus morte usufructuarii finitur: ita & locatio usufructus facta, morte conductoris usufructus conductus perimitur; licet non sit proprie usufructus constitutus in persona conductoris, sed commoditas quædam utendi fruendi; quæ æquè morte conductoris, ac usufructus morte usufructuarii extinguitur, §. *finitur*, *supr. de usufruct. l. 3. §. ult. ff. quibus mod. usufruct. amitt. l. corruptionem*. 16. C. de usufruct. *Castrensis in d. l. si domina*, 10. Cod. eod. eumque citans *Bronchorst. centur. 1. Miscellan. controuv. offert. 72.*

7 Locator igitur heredem conductoris ejicere aut expellere non potest, sicuti nec ipsum conductorem: nisi propriis usibus domum sive rem necessariam esse probaverit: vel corrigere & reficere domum maluerit, vel conductor, ejusve heres malè in re locata versatus fuerit, *l. ead.* 3. ibique *Bartol. Salicet. Fulgos. & Dd. commun. C. de locato & conduct. Schneidewin. hic num. 9. Virgil. Pingiz. in suis quest. Saxonic. q. 10. Berlich. de conclus. 45. n. 7. p. 969. Treutinger. variar. resolut. lib. 3. tit. de locat. & cond. resolut. 4. & *supr. docuimus ad princip. supr. hoc tit. n. 64. & seq.* Sanè emptor rei locatæ, aut quisvis alius successor singularis, præcisè locationi ab alio factæ, stare non tenetur: sed conductorem expellere poterit, *l. emptorem*. 9. ubi *Cynus, Bald. Salicet. Gothofred. Albevic. de Rosat. & alii C. de locat. l. qui fundum*. 32. ff. eodem *l. nihil proponit*. 120. §. ult. ibiq; gloss. in verb. *colomnum*. ff. de leg. 1. *l. arborei*. 59. §. 1. ff. de usufr. *Covarruvias lib. 2. var. resolut. 15. n. 1. Guido Pape decis. 480. Per. August. Morla. in emporio jur. part. 1. tit. 10. q. 2. Matth. Stephani d. cent. 3. q. 78. lit. b. Cancerius part. 1. var. resolut. jur. c. 14. n. 20. & seqq. fol. 164.* Cæterum venditor sive dominus, qui fundum locatum intra tempus conductionis vendidit, tenetur conductori ex conducto in id, quod interest, *l. ex conducto*. 15. §. ubique 7. *l. si in lege*. 24. §. *colomnus*. 4. *l. si merces*. 25. §. 1. *l. qui insulam*. 30. in princ. *l. si fundus*. 33. ff. locati conducti. *Gomez. tom. 2. var. resolut. c. 3. n. 9. Vincent. Caroc. in var. locat. & conduct. part. 2. tit. de singulari successore. num. 28. pag. 146. Berlich. d. part. 2. conclus. 45. num.**

10. *Borcholt. hic in fine & Vultejus in princip. hujus tit. num. 37.* Planè, si venditioni ea lex seu pactio fuerit appposita, ut emptor locationem à venditore factam servaret: tum haud dubiè emptor locationi à locatore factæ stare tenebitur: & contra fidem pacti faciens, actione ex vendito convenietur, *dict. l. si merces*. 25. §. 1. ff. locati. *l. empto*. 11. §. *penultim. ff. de actionibus empti dict. l. emptorem*. 9. Cod. de locato. Sed & si fiscus domum vel fundum, quem locaverat, vendiderit: emptor locationi à fisco factæ stabit, & ex die emptionis mercedem capiet: idque favore fisci introductum esse, Paulus ostendit in *l. ultim. ff. de jure fisci. Vultejus præallegato loco, num. 39.* prædictis adde varias decisiones, à Doctore Marta collectas, *tom. 3. digestorum novissimorum. tit. emptor. venditor. cap. 2. & seqq. fol. 156. item. tom. 5. tit. successor. cap. 19. cum seqq. fol. 178. & seqq.*

Percommode hic quæritur de uxore: an ea, post divortium, vel mortuo marito, omnino teneatur stare locationi rerum dotalium per maritum factæ? Et non teneri, verisimilius est, *l. si filiofamilias*. 25. §. *ultim. ibique Bartol. Paul. de Cast. & Gothofred. ff. soluto matrimon. Campeg. in tractat. de dot. question. 23. part. 2. Vincent. Caroc. d. tract. locati & cond. tit. de jure dot. part. 1. num. 2. pag. 42.* Quemadmodum ex adverso nec maritus cogitur stare locationi, per uxorem aut socerum ante dotis constitutionem factæ, argumento *d. l. emptorem*. 9. C. de locat. & conducto. ex qua liquefcit, 12
 13
 14
 15
 16
 17
 18
 19
 20
 21
 22
 23
 24
 25
 26
 27
 28
 29
 30
 31
 32
 33
 34
 35
 36
 37
 38
 39
 40
 41
 42
 43
 44
 45
 46
 47
 48
 49
 50
 51
 52
 53
 54
 55
 56
 57
 58
 59
 60
 61
 62
 63
 64
 65
 66
 67
 68
 69
 70
 71
 72
 73
 74
 75
 76
 77
 78
 79
 80
 81
 82
 83
 84
 85
 86
 87
 88
 89
 90
 91
 92
 93
 94
 95
 96
 97
 98
 99
 100
 101
 102
 103
 104
 105
 106
 107
 108
 109
 110
 111
 112
 113
 114
 115
 116
 117
 118
 119
 120
 121
 122
 123
 124
 125
 126
 127
 128
 129
 130
 131
 132
 133
 134
 135
 136
 137
 138
 139
 140
 141
 142
 143
 144
 145
 146
 147
 148
 149
 150
 151
 152
 153
 154
 155
 156
 157
 158
 159
 160
 161
 162
 163
 164
 165
 166
 167
 168
 169
 170
 171
 172
 173
 174
 175
 176
 177
 178
 179
 180
 181
 182
 183
 184
 185
 186
 187
 188
 189
 190
 191
 192
 193
 194
 195
 196
 197
 198
 199
 200
 201
 202
 203
 204
 205
 206
 207
 208
 209
 210
 211
 212
 213
 214
 215
 216
 217
 218
 219
 220
 221
 222
 223
 224
 225
 226
 227
 228
 229
 230
 231
 232
 233
 234
 235
 236
 237
 238
 239
 240
 241
 242
 243
 244
 245
 246
 247
 248
 249
 250
 251
 252
 253
 254
 255
 256
 257
 258
 259
 260
 261
 262
 263
 264
 265
 266
 267
 268
 269
 270
 271
 272
 273
 274
 275
 276
 277
 278
 279
 280
 281
 282
 283
 284
 285
 286
 287
 288
 289
 290
 291
 292
 293
 294
 295
 296
 297
 298
 299
 300
 301
 302
 303
 304
 305
 306
 307
 308
 309
 310
 311
 312
 313
 314
 315
 316
 317
 318
 319
 320
 321
 322
 323
 324
 325
 326
 327
 328
 329
 330
 331
 332
 333
 334
 335
 336
 337
 338
 339
 340
 341
 342
 343
 344
 345
 346
 347
 348
 349
 350
 351
 352
 353
 354
 355
 356
 357
 358
 359
 360
 361
 362
 363
 364
 365
 366
 367
 368
 369
 370
 371
 372
 373
 374
 375
 376
 377
 378
 379
 380
 381
 382
 383
 384
 385
 386
 387
 388
 389
 390
 391
 392
 393
 394
 395
 396
 397
 398
 399
 400
 401
 402
 403
 404
 405
 406
 407
 408
 409
 410
 411
 412
 413
 414
 415
 416
 417
 418
 419
 420
 421
 422
 423
 424
 425
 426
 427
 428
 429
 430
 431
 432
 433
 434
 435
 436
 437
 438
 439
 440
 441
 442
 443
 444
 445
 446
 447
 448
 449
 450
 451
 452
 453
 454
 455
 456
 457
 458
 459
 460
 461
 462
 463
 464
 465
 466
 467
 468
 469
 470
 471
 472
 473
 474
 475
 476
 477
 478
 479
 480
 481
 482
 483
 484
 485
 486
 487
 488
 489
 490
 491
 492
 493
 494
 495
 496
 497
 498
 499
 500
 501
 502
 503
 504
 505
 506
 507
 508
 509
 510
 511
 512
 513
 514
 515
 516
 517
 518
 519
 520
 521
 522
 523
 524
 525
 526
 527
 528
 529
 530
 531
 532
 533
 534
 535
 536
 537
 538
 539
 540
 541
 542
 543
 544
 545
 546
 547
 548
 549
 550
 551
 552
 553
 554
 555
 556
 557
 558
 559
 560
 561
 562
 563
 564
 565
 566
 567
 568
 569
 570
 571
 572
 573
 574
 575
 576
 577
 578
 579
 580
 581
 582
 583
 584
 585
 586
 587
 588
 589
 590
 591
 592
 593
 594
 595
 596
 597
 598
 599
 600
 601
 602
 603
 604
 605
 606
 607
 608
 609
 610
 611
 612
 613
 614
 615
 616
 617
 618
 619
 620
 621
 622
 623
 624
 625
 626
 627
 628
 629
 630
 631
 632
 633
 634
 635
 636
 637
 638
 639
 640
 641
 642
 643
 644
 645
 646
 647
 648
 649
 650
 651
 652
 653
 654
 655
 656
 657
 658
 659
 660
 661
 662
 663
 664
 665
 666
 667
 668
 669
 670
 671
 672
 673
 674
 675
 676
 677
 678
 679
 680
 681
 682
 683
 684
 685
 686
 687
 688
 689
 690
 691
 692
 693
 694
 695
 696
 697
 698
 699
 700
 701
 702
 703
 704
 705
 706
 707
 708
 709
 710
 711
 712
 713
 714
 715
 716
 717
 718
 719
 720
 721
 722
 723
 724
 725
 726
 727
 728
 729
 730
 731
 732
 733
 734
 735
 736
 737
 738
 739
 740
 741
 742
 743
 744
 745
 746
 747
 748
 749
 750
 751
 752
 753
 754
 755
 756
 757
 758
 759
 760
 761
 762
 763
 764
 765
 766
 767
 768
 769
 770
 771
 772
 773
 774
 775
 776
 777
 778
 779
 780
 781
 782
 783
 784
 785
 786
 787
 788
 789
 790
 791
 792
 793
 794
 795
 796
 797
 798
 799
 800
 801
 802
 803
 804
 805
 806
 807
 808
 809
 810
 811
 812
 813
 814
 815
 816
 817
 818
 819
 820
 821
 822
 823
 824
 825
 826
 827
 828
 829
 830
 831
 832
 833
 834
 835
 836
 837
 838
 839
 840
 841
 842
 843
 844
 845
 846
 847
 848
 849
 850
 851
 852
 853
 854
 855
 856
 857
 858
 859
 860
 861
 862
 863
 864
 865
 866
 867
 868
 869
 870
 871
 872
 873
 874
 875
 876
 877
 878
 879
 880
 881
 882
 883
 884
 885
 886
 887
 888
 889
 890
 891
 892
 893
 894
 895
 896
 897
 898
 899
 900
 901
 902
 903
 904
 905
 906
 907
 908
 909
 910
 911
 912
 913
 914
 915
 916
 917
 918
 919
 920
 921
 922
 923
 924
 925
 926
 927
 928
 929
 930
 931
 932
 933
 934
 935
 936
 937
 938
 939
 940
 941
 942
 943
 944
 945
 946
 947
 948
 949
 950
 951
 952
 953
 954
 955
 956
 957
 958
 959
 960
 961
 962
 963
 964
 965
 966
 967
 968
 969
 970
 971
 972
 973
 974
 975
 976
 977
 978
 979
 980
 981
 982
 983
 984
 985
 986
 987
 988
 989
 990
 991
 992
 993
 994
 995
 996
 997
 998
 999
 1000

Quia porro inter cætera dictum est supra num. 7. locatorem expellere posse conductorem, si propriis usibus domum necessariam esse edocuerit: hinc utilis & elegans quæstio efflorescit: An etiam Studiosus (cui multa & varia competunt privilegia, de quibus *Dd. in Auth. habita. C. Ne filius pro patre*, &c. & *Petrus Rebuffus in tract. de privilegiis Universitatum*, &c.) in Academia aliqua domum ad certum tempus conducent, cogatur ante finitum illud tempus viduæ liberis locatoris defuncti, domo opus habentibus, jure cedere? Et æquior veriorque videtur sententia existimantium, quod Studiosus conducent domum ad certum tempus, ob necessitatem viduæ vel heredum, ante tempus conventum migrare ex ea teneatur. Hujusque ratio assertionis conspicua est: quoniam ab expressis legis verbis non est recedendum, *l. non aliter*. 69. in princ. ff. de leg. 3. & argument. *l. cum non solum*. 8. §. ipsum autem filium. §. C. de bonis, quæ liberis, &c. cum similibus. Atqui in præallegata. *l. 3. C. de locato*, disertè ac generaliter expressum est, quod, licet conductor pensionem in solidum solvens, non possit expelli: hoc tamen non procedat, si propriis usibus domus (quod in nostro casu evenit) domum necessariam esse probarit. Huc facit, quod gloss. in *d. l. 3. C. eod. super verb. necessariam*, asseruit, superveniente causa inopinatæ necessitatis (ut in præsentis questione) ob quam locator domo opus habeat conductorem expelli posse.

Hanc decisionem non turbat, quod contractus ex conventionem legem accipiant, *l. 1. §. si convenit*. 6. ff. deposit. *l. in conventionali*. 52. ff. de verb. obligat. *l. contractus*. 23. & *l. semper in stipulationibus*. 34. ff. de regul. jur. & pa-

- 16 & pacta servanda sint, l. 1. in princ. ff. de pact. § l. 1. in princ. ff. de constitut. pecun. utpote quæ, quamvis ab initio meri sint arbitrii, ex post tamen facto in necessarias præstationes convertantur, l. in commodato. 17. §. sicut. 3. ff. commodati. l. sicut. 3. ff. commodati. l. sicut. 5. C. de obligat. § act. l. non minorem. 20. § l. quamvis. 39. C. de transactio. l. quod semel placuit. 21. de reg. jur. in 6. Hæc, inquam, omnia prædictam decisionem non turbant: quia tum demum locum habent, quando qui temere & absque justa causa à pacto discedere, fidemque fallere vellet. Hoc etenim ei non liceret. Secus autem in nostro themate, ubi propter necessitatem supervenientem dissolvitur contractus, altero contrahentium invito, contra
- 17 textum dicta l. sicut. 5. C. de obligat. § act. Et licet necessitas illa non exprimitur: attamen satis subintelligitur: quandoquidem à fortuna provenit, & humano consilio prævideri nequit, l. que fortuitis. 6. C. de pignoratis. act. proindeque justam expellendi conductorem Studiosum causam præbere censetur.
- 18 Similiter eandem conclusionem non infringit d. Auth. habita. C. Nefilius pro patre, &c. ubi disponitur, quod Scholares ad loca, in quibus literarum exercentur studia, tam ipsi, quam eorum nuntii venire, & in iis securè habitare debeant. Nam Fridericus Imperator ibi non de tali habitatione, qualis in nostra versatur specie, loquitur: sed vult potius, ut Studiosi in Academiis securè habitent: id est, à vectigalibus & similibus oneribus, omnique injuriâ exempti sint: quæ injuria proposito in casu illis non infertur. Heredes quippe suo jure utentens, injuriam facere non creduntur, l. injuriarum. 13. §. l. ff. de injur. l. nullus. 55. § l. nihil. 129. ff. de reg. jur. cap. cum Ecclesia. 31. circa med. ext. de electione, &c. Et hanc questionem latius explicuit Georgius Beatus in suis Decisionib. quest. 11. pag. 60. & seqq. Addatur Joh. Limæus tom. 3. de jure publ. Imp. Rom. lib. 8. cap. 9. num. 20. ubi ex Pingizero decis. Jenens. 70. refert: secundum prædictam sententiam in Scabinatu Jenensi, contra Studiosum quemdam, fuisse pronunciatum. Illud tandem coronidis vice hic subjiendum: quod heredes alicujus Officialis mortui, recepto prius integro salario, non teneantur ad restitutionem aliquam, etiam pro ratâ temporis, quo Officialis non inservivit. Atque hanc communem esse opinionem, testatur Caccialupus in repetitione l. diem fundo. 4. num. 14. & seq. ff. de offic. adfessor. eumque refert Vincentius Carocius d. tract. locuti & conduct. part. 2. tit. de offic. adfessorum. num. 2. pag. 151. ubi plures conclusiones, ab hoc loco non alienas, attingit.
- 14 Omnium bonorum Societate coitâ, omnes res continuo & ipso jure, sine traditione, communicantur.
- 15 Sententia l. traditionibus. 20. Cod. de pactis.
- 16 Mens & intellectus l. si quis societatem. 74. ff. pro socio.
- 17 Nomina non aqûe, ut cetera res, in societate universorum bonorum communicantur.
- 18 Creditori invito alius debitor obtrudi non potest.
- 19 Quas actiones socii invicem cedere debeant.
- 20 Directarum actionum natura.
- 21 Quæ res in societatem universorum bonorum veniant.
- 22 Quæ in bonis nostris esse intelligantur.
- 23 Post contractum omnium bonorum societatem acquisita, ad quem transeant.
- 24 An societatis sit imputandum, quod socius omnium bonorum filia in dotem, vel filio in subsidium studiorum, vel ad bonorem consequendum subministravit.
- 25 Sentis l. si socius pro filia. 81. ff. pro socio.
- 26 Societas universorum, quæ ex quæstus proveniunt, quomodo contrahatur.
- 27 Particularis Societas quæ dicatur.
- 28 Ea quoque tacite contrahitur.
- 29 Cum quibus personis societas imiri possit.
- 30 Num filius, societatem cum capitali inimico patris contrahens, legitimam exheredationis causam incurrat.
- 31 Consideratio l. liberi 28. § fin. Cod. de inoffic. testament.
- 32 Ex istdem causis filius exheredatur, ex quibus vasallus feudum privatur.
- 33 Vasallus, contrahens societatem cum inimicis domini, feudum amittit.
- 34 Argumentum à liberis sumptum ad vasallos, & contra, quatenus procedat.
- 35 Jura feudorum ad decisionem causarum civilium non extenduntur.
- 36 Societas inter conjuges contrahi potest.
- 37 Quatenus cum Judæis societatem inire liceat.
- 38 Jure Württembergico subditi negotiationes cum Judæis exercere prohibentur.
- 39 Cum clericis, hereticis, hostibus, personâ incertâ, societas coiri nequit.
- 40 Socii mei socius, meus socius non est.

DE SOCIETATE.

TIT. XXVI.

Principium Tituli.

Societatem coire solemus aut totorum bonorum, quam Græci specialiter κοινωνία appellat: aut unius alicujus negotiationis, veluti mancipiorum vendendorum emendorumque, aut olei, aut vini, aut frumenti emendi vendendique.

SUMMARIA.

- 1 Societatis definitio, hujusque explicatio.
- 2 Societatem esse contractum, demonstratur.
- 3 Societas citra sit contractus nominata.
- 4 Cur sit bona fidei.
- 5 Omnes contractus, solo consensu constantes, bona fidei censentur.
- 6 Intellectus l. societatem, q. ff. pro socio.
- 7 Et res & opera in societatem conferuntur.
- 8 Si plures domini habuerint res communes non affectione contrahende societatis, non debent quoties.
- 9 Ad substantiam societatis quid requiratur.
- 10 Societas divisa in universalem & particularem.
- 11 Universali societate quæ dicatur.
- 12 Hujus societatis subsidio.
- 13 An totorum bonorum societas etiam tacite contrahatur.

Tertius contractus, qui solo fit consensu, dicitur societas. Quæ non male, meo judicio, definitur contractus juris gentium, nominatus, bonæ fidei, solo consensu initus, de rebus, vel operis, vel utriusque, communionis habendæ animo conferendis. Ita fere definitur Clarissimus D. Collega Boerius class. 2. disputat. 5. thes. 2. edit. & hic ad rubric. tit. num. 2. pag. 437. & Christoph. Philip. Richter. in tract. de contractibus disp. 11. th. 1. pag. 325. Societatem esse contractum, probatur argumento l. societates. 9. in principio. ibi, contrahuntur. l. cum duobus. 52. §. idem Papinianus. 8. ibi, voluntarium consortium initum fuerit, l. si id, quod. 58. §. si filiusfamilias. 2. ibi, initum enim his contractibus inspicendum, & passim. ff. pro socio. l. 1. l. cum in societatis. 3. l. de societate. 6. & l. ult. ibi, in omnibus contractibus aliis Cod. eodem. l. juris gentium. 7. §. 1. ff. de pactis. Quin & ea expressè refertur ad contractus à Justiniano Imp. supra in tit. de obligationibus. ex consensu. Sed & ideo societas dicitur contractus: quia sine tractatu habito, hoc est, sine animi motu & consensu ad communionem habendam non constituitur societas, l. ut sit pro socio. 31. & l. seq. ff. pro socio. Ceterum Petrus Nicolaus Mozz: in tract. de societate. in princ. num. 4. post Azonem in summa Cod. pro socio in princip. Gloss. hic, Angel. & Capicium decis. 174. item Franciscus Duarenus in suis Commentis. ad tit. ff. Cod. pro socio. cap. 1. & alii nonnulli, dum societatem definiunt conventionem, proximum genus non ponunt, sed remotius, momentè Hieronymo Treulero dispus. select. 27. thes. 8. sub lit. A. vol. 1. & Wegnero disp. 12. ad l. ult. thes. 6. sub lit. A.

Additur in definitione, juris gentium, argumento d. l. juris gentium. 7. in princ. & §. 1. ff. de pact. §. sed ut quidem civile. 2. vers. jus autem gentium, in fine. supr. de juris. nat. gent. & civili. Annectitur, nominativus. Quoniam elegans & peculiare, sive certum, atque a lege sibi attributum nomen habet, d. l. juris gentium. 7. §. 1. ff. de pact. d. tit. supr. de obligationibus. ex consensu. & hoc tit. nostro. Subjungitur, bonæ fidei. Cum enim hic societatis contractus solo consensu absolvatur & perficiatur, nec ad sui perfectionem ullius rei traditionem desideret, d. tit. supr. de obligationibus. ex consensu. l. 2. in princ. & §. 1.

1. ff. de obligationib. §. act. idcirco rectè bonæ fidei esse dicitur. Siquidem de omnibus contractibus, qui solo consensu constant, in genere Justinianus asserit, quod bonæ fidei sint, seu quod in illis alteri obligetur in id, quod alterum alteri ex bono & æquo præstare oporteat, d. tit. supr. de obligationib. ex consens. in fine. Et in specie atque nominatim de societate idem affirmat Imperator In §. actionum autem. 28. infr. de actionib. Eoque confert l. ea verò. 3. in fin. ubi Salices. l. pro socio. 38. in princ. l. rei communis. 45. in fin. l. cum duobus. 52. §. 1. in proposita. 78. in fin. §. l. seg. ff. pro socio. item l. 3. C. eodem. Adjungitur, solo consensu initus. Est quippe societas (ut modò indicatum) ex eo genere contractuum, qui solo consensu perficiuntur, d. tit. supr. de obligat. ex consens. d. l. 2. in princip. §. 1. ff. de oblig. & actionib.

6 Cui non obloquitur Modestinus in l. societatem. 4. ff. pro socio. dum ait: nos posse coire societatem & re, & verbis, & per nuncium; adeoque non solo consensu. Nam Jurisconsultus illic non negat, quin principaliter nudo soloque consensu societas contrahatur. Licet enim dicat, & re, verbis, & per nuncium contrahi posse societatem: nihilominus tamen haud obscure fatetur, eandem principaliter solo contrahi consensu, qui verbis etiam, vel per nuncium, vel factis exprimitur atque declaratur, quemadmodum tradunt Angelus Aretinus & Christophorus Porcius supr. ad d. tit. de obligat. ex consens. Azo in summa Cod. pro socio. num. 2. Petrus de Ubald. in tract. de duob. fratrib. in 2. part. pr. eosque referens Mozzius d. societas in pr. num. 2. & Vultejus hic num. 5. itemque Timæus Faber disp. 24. ad Institut. Imperial. th. 12. lit. b.

7 Adjicitur, de rebus, vel operæ, vel utrisque conferendis. Etenim & res & operas in societatem conferri: non dubitatur, §. de illo. 2. infr. hoc tit. l. 1. §. 1. l. 3. §. 1. d. l. societates. 5. §. l. seg. l. si fuerint. 29. in pr. l. ut sit. 31. cum l. seg. §. l. duo societatem. 71. ff. pro socio. ubi duo societatem inierant, aut Grammaticam docerent, & quod ex eo artificio quæstus fecissent, commune esset, item l. 1. C. eod. ubi societatem, uno pecuniam conferente, alio operam, posse contrahi, disertè rescriptum extat. Vide Althusium lib. 1. Dicaelog. cap. 78. num. 6. & segg. pag. 270. Apponitur postremò, communionis habenda animo, argumento d. l. ut sit. 31. in princ. §. l. seg. l. planè.

8 37. §. l. si margarita. 44. ff. pro socio. Et si verò res duorum dominorum, voluntate ipsorum confundi possunt, &que confusio totum corpus, quod ex confusione fit, utrisque commune efficit, l. adeo quidem. 7. §. voluntas. ff. de acquir. rer. domin. §. si duorum materia. 27. supr. de rer. divis. ipsa tamen sola voluntas de rebus confundendis per se non inducit societatem, quamvis res confusæ communes fiant: sed societas ut sit, necesse est, ut res confundantur, vel conferantur hac affectione & animo, ut

9 sint communes, d. l. ut sit. 31. in princ. §. l. seg. cum similibus præallegatis, ff. pro socio. Equidem Donellus ita tenere videtur, ad substantiam societatis desiderari, ut communio hunc in finem suscipiatur, ut inde lucrum fiat commune, lib. 13. Commentar. de jur. civ. c. 15. pag. 183. n. 40. vers. nondum satis, &c. Verùm licet nihil de lucro communicando in ipso societatis contractu expressè agatur: attamen societatem contrahi vel sola affectione & animo communionis habendæ, supra citatæ leges abundè arguunt. Unde lucri communicatio tantum de natura societatis, non de ejus substantia esse intelligitur: sed affectio & animus communis habendæ, de substantia & forma societatis esse creditur: ut perspicuè docet D. Bocer. d. class. 2. disp. 5. th. 2. ad lit. f. ed. 2. §. hic ad rubr. num. 7. & segg. pag. 438.

10 Dividitur societas non ineptè, ratione materiæ vel rerum, in universalem seu generalem, & particularem sive specialem, argumento hujus principii, ibique Giphanius & Heigius num. 6. l. 1. §. 1. l. 3. §. 1. l. societates. 5. l. actione 65. in princip. ff. pro socio, & imbi Wesenbec. in Paratit. num. 3. Vult. lib. 1. jurispr. Roman. c. 37. num. 10. Althuf. lib. 1. dicaelog. c. 78. num. 33. pag. 272. Schep. in delib. jur. disp. 19. th. 2. lit. B. Arrianus Exercitat. Justin. 15. th. 1. Treutler. volum. 1.

disp. 27. thes. 8. lit. f. & g. Plebs. disput. nov. antiq. 2. th. 68. Stuckius part. 1. Exercitat. Justinian. decad. 12. assert. 8. lit. e. & f. Tametsi alii plura, eaque varia & diversa societatum genera proponant, Petrus de Ubald. in tract. de duob. fratrib. in princip. Mozzius in tract. de societate. cap. 2. de divisione societatis. Rittershus. in hoc principio. Knipschilde. exercitat. Acad. 10. th. 4. cum segg. & Justus Mejerus in disp. Pand. lib. 17. tit. 2. th. 4. Universalis societas (quam Græci *νομιαν* appellabant, teste hic Justiniano) dicitur, quæ de universarum rerum communione constituta est: hæc aut totorum est bonorum, sive omnium omnino & universarum fortunarum, d. l. 1. §. 1. d. l. actione. 65. in pr. l. nemo 68. in pr. l. si societatem universarum. 73. in princ. ff. pro socio. aut verò universorum tantum, quæ ex quæstu, hoc est, labore & operâ sociorum veniunt, l. coiri societatem. 7. §. l. segg. ff. eod. tit. Sed utrum omnium omnino, vel totorum bonorum societas etiam tacitè contrahi possit, quærisolet? Non posse, arbitrantur Paulus de Castro consil. 349. col. fin. lib. 1. Alexand. consil. 76. n. 10. vol. 4. Roland. à Valle consil. 90. n. 28. 29. & §. 1. volum. 1. Ruin. consil. 101. lib. 1. col. 1. Menochius consil. 12. n. 10. & consil. 222. n. 1. Treutler. d. disp. 27. thes. 8. ad lit. f. volum. 1. Arumæus d. exercitat. Justin. 15. th. 1. ad lit. B. Plebs. d. disp. 2. thes. 68. ad lit. b. & Henningus Wegner. disp. ad Institut. 12. thes. 6. ad lit. C. At probabilius est, istam societatem tacitè quoque contrahi posse: veluti si quidam, citra ullam expressam conventionem, non solum ex communibus negotiationibus, hisque variis, promiscuis, & differentibus quæstum, sed alias etiam suas fortunas non quæstuiarias sibi invicem communicent, per textum satis apertum in l. societatem. 4. ff. pro socio. Qui textus cum generalis sit, & de quavis in genere societate affirmet, quod vel verbis, sicque expresse, vel re, adeoque tacitè contrahi possit; de societate quoque universorum vel totorum bonorum intelligendus erit. Ita sentiunt Socin. consil. 291. in princ. lib. 2. Roman. consil. 168. in secundo dubio. & consil. 291. col. 2. Dec. consil. 68. col. 4. vers. ultimò non obstat. Jason consil. 2. col. 11. post med. & consil. 3. col. 4. circa med. lib. 3. Corn. consil. 61. col. 1. lib. 1. & consil. 58. col. 2. lib. 4. Cravett. consil. 61. n. 5. Cephal. consil. 485. n. 2. & segg. lib. 4. Henning. Gaden. consil. 87. n. 4. in fine. & n. 5. Jacobus Marchifellus in questionibus pract. quæst. 22. Soares in thesaur. recept. sentent. lit. S. n. 124. Henonius disp. ad Institut. 17. controvers. 1. Mudæus & Gothofredus ad d. l. 4. ff. pro socio. Andr. Fachinæus lib. 12. controvers. jur. cap. 14. ubi hanc sententiam communionem & veriore promunciat.

Omnium porro omnino, vel totorum bonorum societate coitâ, omnes res, quæ contractus tempore coeuntium sunt, continuo & ipso jure; sine apprehensione & traditione, communicantur, earumque dominium in socios hinc inde transfertur, d. l. 1. §. 1. & l. 2. ff. pro socio. Idque utilitatis causâ receptum videtur: eo quod omnium rerum, quæ in patrimonio cujusque sunt, traditio difficilis est, & sine magno incommodo fieri non potest. Igitur utilitas suavit, ut traditionem & apprehensionem intervenisse intelligamus, d. l. 2. ff. eod. Duaren. ad eundem tit. cap. 1. circa medium. Coman. lib. 7. Commentar. juris civil. cap. 13. n. 8. Arumæus d. exercitat. Justin. 15. th. 1. sub. lit. A.

Nec obstat vulgata l. traditionibus. 20. Cod. de 16 pact. ubi dicitur; traditionibus & usucapionibus, non nudis pactis & conventionibus, dominia rerum transferri. Nam, omnium bonorum societate initâ, traditio quidem vera non intervenit: aliud tamen, quod pro traditione habetur, & per quod rerum dominium hinc inde utrique socio acquiritur, intercedit. Socius etenim, qui omnium fortunarum seu bonorum societatem mecum contrahit, eo ipso, quo contrahit, momento, res suas pro dimidia parte meo nomine possidere incipit. Ex qua possessione meo nomine facta, ipsarum rerum traditio pro parte dimidia facta, adeoque dominium in me translatum esse reputatur, argum. l. traditio. 20. §. ult. ff. de acquir. rer. domin.

Is enim possidere intelligitur, cuius nomine possidetur. *l. quod meo 18. ff. de acquir. vel amittend. possess.*

16 Similiter non adversatur *l. si quis societatem. 74. ff. pro socio.* ubi dum Paulus respondit: id, quod emit quis, non fieri commune in omnium bonorum societate: inde concludendum videtur, quod non omnes res continuo communicentur. Etenim lex ista eo de casu loquitur, quando quis post contractam jam societatem rem aliquam emit: quia tunc res non statim communis fit; sed tamen postea societatis iudicio ille rem communicare cogitur, ut ibi in fine subjicitur, & ibidem Glossa innuit, & tradit Olemannus ad Giphani disputat. 30. ad Institut. n. 6.

17 Cæterum quod dictum, continuo communicari res, quæ propriæ sunt cuiusque sociorum; id exaudiendum est de rebus corporalibus, non de nominibus & actionibus. Ea siquidem, quæ sunt in nominibus, seu actiones suo in statu manent: sed actiones invicem præstare & cedere socii debent, *d. l. 3. in princ. ff. pro socio. Daren dict. c. 1. post medium Ratio*, cur nomina non æque, ut cæteræ res, in societate universorum bonorum communicentur, hæc est, quia debitori meo invito non possum facere alium creditorem:

18 sicuti invito creditori alius debitor obtrudi non potest, *argument. l. debitorum 25. Cod. de pactis. l. 2. Cod. de hereditatibus vel actionibus vendita, & docet Vultejus hic*

19 *num. 13.* Quæ autem actiones præstandæ sive cedendæ sint, directaneæ, an utiles, ambigitur: Et licet utiles actiones socius creditor non mandavit aut cesserit: suo tamen eas nomine alter socius exercere poterit, *l. emptor. §. l. postquam. 7. l. ex nominis. 8. Codic. de heredit. vel act. vend. l. ultim. Cod. quando fiscus vel privatus debitoris, &c. l. ex legato. 18. Cod. de legatis.* At directæ personales actiones sine cessione ab aliis exerceri nequeunt, *l. possessio.*

20 49. in fine. *ff. d. acquir. vel amitt. possess.* Idque facit istarum actionum natura: quæ ita cuique constitutæ sunt, ut tribuantur certæ personæ, nec personam egrediantur: ut puta actio ex empto datur emptori, ex vendito venditori, nec alii cuiquam præterea. Finge ergo: eum cui aliquid ex empto aut vendito debeatur, societatem omnium bonorum cum aliquo contraxisse: jus certè non patitur, ut hæc actio fiat socio communis: quoniam socius non est is, qui emit, aut vendidit: sed cessa exerceri potest ab eo, cui cessa est: verum ex persona tantum ejus, qui mandavit, socio procuratore in rem suam constituto, *d. l. ultim. Cod. quando fiscus vel privatus, &c. l. qui stipendia. 9. Cod. de procuratorib. d. l. emptor. §. Cod. de hereditat. vel actionib. vend. Donell. l. 13. Commentar. de iur. civ. cap. 16. pag. 185. & l. 15. c. 43. p. 537. & seq. ubi de actionum cessione ex professo tractat. Idem accuratè facit Reinhardus Bachovius in tract. de actionib. disput. 4. ad thes. 3. p. 123. & seqq.*

21 Veniunt in hanc universorum bonorum societatem omnes omnino res, non solum ex quæstu & opera sociorum; sed etiam hereditatis, legati, donationis, vel quocunque alio honesto titulo & modo acquisitæ, *l. 3. §. 1. & l. societatis. 73. ff. pro socio.* Veluti si quod ob injuriam sibi factam, vel ex lege Aquilia socii acquisierint, *l. cum duobus. §. 2. §. socium universa. 10. ff. eod.* Ideo autem ad hanc acquisitionem titulum honestum requiri dicimus: quia quæ ex inhonesto titulo, & ex prohibitis causis ad quemque sociorum pervenerunt, puta socii furto, vi, rapina, aliove maleficio: in hanc societatem non conferuntur, *d. l. cum*

22 *duobus §. 2. §. ibidem ait. 17. & l. seq. ff. pro socio.* Ejusque ratio est perspicua: quia maleficio quæstæ non sunt in bonis ejus, qui quæsit: siquidem ad ea retinenda non habeat exceptionem, adversus dominum, eadem repetentem. At illa tantum in bonis nostris habere intelligimur, quæ possidentes exceptione tueri possumus, & ad quæ recuperanda actionem habemus, *l. rem in bonis §. 2. ff. de obligationibus & actionibus.* Cum ergo ista in bonis non sint; societas autem bonorum sit contracta: ad communionem non pertinent. Si tamen ultra in medium collocata sint: lucrum commune erit, *l. quod autem. §. 3. in fine. ff. pro socio.* quamdin socius ex maleficio suo damnatus non fuerit, *l. quod enim. §. 4. ff. eod.* Quod si ex prohibitis causis acquisita, solente altero socio, in commune sine collocata, damnato socio ex maleficio suo in poenam hanc

quoque poenam socius alter, propter scientiam rei illicitæ, etiam dissoluta societate, agnoscere tenetur. Equum enim est: ut, cuius participavit lucrum, ejus participet & damnum, *l. si igitur §. 5. & l. seq. ff. pro socio.* Sanè ea, quæ post contractam omnium bonorum societatem acquiruntur, non statim ipso jure communicantur, sed ad eum socium, cui obvererunt, plenè transeunt: ita tamen, ut illa societatis iudicio in communem edigere cogatur, *prædict. l. si societas. 73. in princ. ibi, in communem redigend. & l. seq. ff. ad tit. Ant. Gomez. t. m. 2. var. resol. c. 5. de societ. n. 3. v. ultimo & explicatum supra n. 16.* Ejusque ratio est: quia hoc casu, quo res postea ad alterum ex sociis pervenerunt, nulla nova conventio intervenit, qua alterius socii nomine velle possidere socius intelligatur. Et licet maxime possidere vellet: non tamen socio ignoranti possessio acquireretur. Ea quippe scientibus tantum, & volentibus acquiritur, *l. ea, quæ 33. ff. de acquir. rer. dom.* Hinc si ex duobus sociis omnium bonorum unus rem pignori acceperit, eaque surrepta sit: Mela scripsit, eum solum furti habere actionem, qui pignori accepit: socium non habere, si scilicet res pignorata nondum societati illata sit, *l. si quis uxori. §. 2. §. si ex duobus sociis. 18. ff. de furt. Petr. Costal. in l. socius. 16. ff. de rebus credit. si cert. petatur.* Hujus præterea omnium bonorum societatis tanta vis intelligitur: ut licet unus socius suo nomine pecuniam communem foeneraverit, ultimasque perceperit, eas nihilominus partiiri teneatur, *l. si unus ex sociis. 67. §. 1. & ibi Mudæus & Gorbhofred. ff. pro socio. Cujac. lib. 23. observat. cap. 27.*

24 Sed ut elegans: ita profunda quæstio est: an societati sit imputandum, quod socius omnium bonorum filia in dotem, vel filio in subsidium studiorum, vel ad honorem aliquem, puta gradum Magistri, Licentiati, Doctoris, consequendum subministravit? Et, quamvis permulti incredibiliter varieque dissentiant, *Speculat. in tit. de judic. in 4. part. §. vers. quid si unus ex fratrib. Baldus in l. fin. C. de dor. promiss. & consil. 159. vol. 5. Rom. consil. 145. & consil. 413. Alexand. consil. 87. & consil. 154. vol. 2. Alberic. & Fulgositius in l. si socius pro filia §. 1. ff. pro socio. Paul de Castro cons. 96. & cons. 366. vol. 1. Socin. cons. 46. vol. 5. vers. circa aliam dubitationem, & consil. 192. vers. circa quartam. vol. 2. Jason in Auth. quod loc. colum. 4. C. d. collat. & consil. 291. vol. 1. Cornutus consil. 124. colum. fin. vol. 1. & consil. 52. vol. 3. & consil. 58. vol. 4. Crocius in l. si constare. 24. ff. solus. matrim. Nevizan. in sylo. nupt. l. 2. n. 83. Bertrand. consil. 336. col. fin. vol. 3. Paris. consil. 85. n. 18. vol. 1. Berous consil. 190. vol. 1. Petrus de Vbald. in tract. de duob. fratrib. part. 6. quæst. 9. Donell. ad rubric. tit. Cod. pro socio. n. 18. Hilliger in Donell. enucleat. lib. 13. cap. 16. ad lit. 1. Manentes Costas Maceratus. n. 2. in consilio suo, quod extat apud Nicolaum Mozzium in d. tractat. de societate, sub finem. atque per illum citati. ego tamen affirmativæ sententiæ, tamquam receptiori & veriori, simpliciter ac indistinctè subscribendum iudico, per textum clarissimum in d. l. si societatem. 73. §. ultim. ff. pro socio. ubi dicitur & absque ulla distinctione Ulpianus respondit: ea, quæ in honorem alterius liberorum erogata sunt, societati imputanda esse. Eodem facit textu in l. ex parte 39. §. filius. 3. ff. familie ereiscund. ubi Sævola ita respondit: Filius Republicæ debita, quæ post mortem patris contraxit, fratri pro suo parte hereditaria reputare non potest, si non in omnibus socii essent. Accedit l. cum duob. §. 2. §. fin. ff. pro socio. ubi cum socius omnium bonorum, condemnatus per injuriam iudicis, id, in quo damnatus est, ex societate consequi possit: inde colligitur, quo multo magis parens socius illud ipsum, quod in filii studia vel honorem sive in dotem filie impendit, consequi debeat. Præterea proprium societatis omnium bonorum est: ut quicquid, quæcunque ratione sit acquisitum, communioni acquiratur: & ideo hereditas, & legatum, & quod donatum est, & stipendium, & salarium publicum ad compendium societatis pertinet, *d. l. est vero. 3. §. 1. ff. pro socio.* Igitur per contrarium, omne dominum, quod quæcunque ratione uni ex sociis absque culpa sua contingit, inter eos debet communicari: quia lucri & damni eadem est ratio: & contrarium eadem est regula. Et iniquissimum est genus societatis, ex quo quis lucrum, non etiam damnum expectat, *l. si non fuerit. 22. §. 4. Aristo. 2. ff. d. tit.**

25 Cui non valde contrariatur *l. si socius pro filia*. 81. *vers. quæstus est*, &c. ff. pro soc. ubi dos filiae constituta, propter pactum seu conventionem: ex communi deducitur: ac proinde cessante pacto, deducenda non venit. Nam ibi nec de sociis omnium bonorum quæstio proponitur: nec rectè inferitur, quia dos ex communi propter pactum deducitur: ideo, pacto cessante, eam non esse deducendam. Obstat enim natura societatis omnium bonorum, in qua expensæ omnes societati imputantur, nisi ob delictum fiant, *d. l. cum duobus*. 52. §. ultim. & duob. *l. l. seqq. ff. eod.* Atque hanc & legendo & consulendo amplexi sunt sententiam Angelus in *l. ex duobus* 27. ff. de negoc. gest. & consil. 60. Florianus in dict. lib. si socius pro filia. 81. ff. pro socio. Anton. de Butrio consil. 7. in princ. Hieronymus Zannettinus inter consilia Socini 6. volum. 4. Decius concil. 66. & 68. colum. 2. consil. 305. colum. ultim. & consil. 548. & in d. aul. quod locum, num. 9. Cod. de collat. Ruinus consil. 101. n. 15. consil. 104. vol. 1. & consil. 121. colum. 1. volum. 5. Riminald. consil. 194. n. 13. lib. 1. Hieronymus Cagnol. in *l. si emancipati*. 9. num. 202. Cod. de collationibus. Nata consil. 91. volum. 1. ad fin. Roland. à Valle consil. 91. n. 34. 40. & 56. vol. 1. Menochius lib. 2. de arbitrar. jud. cent. 2. cas. 127. Mantica, de tac. & ambig. conven. lib. 6. tit. 10. Richter d. disp. 11. thes. 2. sub lit. C. pag. 334. D. Collega Bocerius claj. 2. disp. 5. thes. 51. edit. 2. & ad §. ultim. infr. hoc tit. num. 7. pag. 454. Treutler. d. disputat. 27. thes. 8. lit. H. volum. 1. Arumans dict. exercitat. Justin. 15. thes. 2. Matth. Stephani cent. 3. question. 86. lit. A. Mejer. in disputat. ad lib. 17. Pandect. tit. 2. thes. 11. num. 4. & thes. 25. num. 7. Schroter. decad. 8. diatribar. domesticar. question. 6. Petrus Sanz. Morquedas in practica quotid. de divif. bonor. lib. 2. cap. 2. num. 17. Nigerdinus lib. 3. disputat. 7. thes. 2. quæst. 1. Schegk. in delib. jur. disput. 19. th. 4. Fabius Turretus consil. 7. lib. 2. Knipschildt. d. exerc. 10. quæst. 7. pag. 357. cum seq. Tobias Nonius consil. 64. Fachinæus lib. 8. controvers. jur. cap. 4. & lib. 12. cap. 13. & Baptista de Hieronymis consilio suo, quod est in fine tractatus de societ. Mozzii. num. 2. & seqq. ubi non solum assertionis hujus sectatores quam plurimos recenset: verum etiam ad contrarias decisiones latè respondet. Vide tamen Schifordegherum lib. 3. ad Anton. Fabr. tract. 28. qu. 8. & seqq. ubi speciosis rationibus contendit: eandem in societatem universorum bonorum non esse imputandam. Inspice quoque Acacium Antonium de Ripoll. variar. jur. resol. cap. 9. n. 218. & seqq. fol. 267.

26 Porro universorum, quæ ex quæstu proveniunt, societas contrahitur: si de consortio habendo simpliciter, hoc est, nulla rerum vel negotiationis certæ nominatione facta, inter duos pluresve conveniat. Cujus societatis hæc vis est: ut communia fiant universa, quæ ex quæstu & opera ejusque veniunt; hoc est, lucrum omne, quod ex emptione, venditione, locatione, conductione, & similibus commerciis descendit, *l. coiri*. 7. *l. quæstus*. 8. *l. sed & si adjiciatur* 13. pro socio. Quicquid verò sociis alieno beneficio obvenit, veluti hereditas, legatum, ad communionem non pertinet, *l. nec adjicit*. 9. & *l. seq. ff. eod.* ut nec res alienum, nisi quod ex quæstu pendet, *l. sed nec as*. 12. ff. d. t. D. Bocer. d. disp. 5. th. 13. Illa autem societas tacite constituitur: si quidam, nullo expresso tractatu habito, omnis generis quæstus, lucra & damna, ex variis & dissimilibus negotiationibus, & promiscuis actibus conferant, arg. *l. nam cum tract.* 32. ff. pro soc. Mudam in *d. l. coiri*. 7. n. 2. ff. eod. Alexand. consil. 48. n. 4. & consil. 103. n. 6. vol. 3. Linghio decif. Justin. 12. quæst. 4. & seq. fol. 124. & seq. Et hæc de universali seu generali societate dicta sufficiunt.

27 Particularis seu specialis societas est: cum certæ alicujus rei, vel certæ ejusdem negotiationis communio induitur. Certæ rei contrahitur societas: veluti si duo societatem ita obeat, ut, si qua iusta hereditas alterutri obveniat, ea communis sit: qualis societas de legitima tantum, non etiam testamentaria hereditate intelligi debet, *l. 3. §. de illo quæstus*. 2. ff. pro soc. Item si duo, puta Titius & Sempronius, conjuncto dominio, atque ita animo habende societatis emant predium: idque redditum pro indiviso communiter possideant, *l. Cod. eodem*. Ut & si fratres parentum hereditatem idro indivisam retineant, ut emolumentum

tum & damnum in his commune sentirent, *d. l. cum duobus*. 52. §. Papinianus. 6. ff. d. tit. Certæ ejusdem negotiationis fit societas: veluti si duo pluresve contrahant societatem vectigalium, *l. societates*. 5. in princip. & *l. verum est*. 63. §. in hæc dem. 8. pro socio. aut argentariæ, *d. l. cum duobus*. 52. §. cum duo. 5. ff. eod. aut alterius professionis; veluti ut Grammaticam doceant, & quod ex eo artificio quæstus fecerint, commune sit. *d. l. duo societatem*. 71. in pr. ff. d. 2. vel si contrahant societatem mancipiorum emendorum & vendendorum: vel emendi vendendique vini, olei, frumenti, &c. per hoc principium nostrum. Just. Mejer. in disp. ad lib. 17. Pandect. tit. 2. thes. 4. pag. 776. Atque hæc particularis societas tacite quoque contrahitur: si videlicet quidam unius & alterius certæ negotiationis merces, lucra & damna, absque expressa conventionem conferant: *l. societatem*. 4. ibi. & *re. ff. pro socio*. Mudam in *l. coiri*. 7. num. 2. & in *l. si fratres*. (alias est *d. l. cum duobus*. 52. §. si fratres. 6.) ff. eod. Henning. Gaden. consil. 87. num. 5. & 6. Hac autem societate particulari constituta, per socium ære alieno confocius non obligatur: nisi in communem arcam pecuniæ sint versæ, vel alioquin obligatio, qua extraneo socius tenetur, societatem respiciat, *d. l. cum duobus*. 52. §. si quis ex sociis. 15. & *l. jure societatis*. 82. ff. pro socio. Roland. à Valle prædicto consil. 91. num. 49. Wesenbec. consil. 31. n. 27. Eaque de re videatur Benvenutus Straccha in tractat. de contract. mercat. n. 13. & seqq.

Ceterum utraque præfata societas contrahi potest, non solum cum personis liberis: sed etiam cum servis, *l. si servus*. 18. & *l. si id*, quod 58. §. ult. ff. pro socio. *l. si cum filio familias*. 9. ff. de compensat. & cum filiis familias, *d. l. si id*, quod 58. §. si filius familias. 2. ff. pro soc. & *d. l. si cum filiis familias*. 9. ff. de compensat. De filio, qui societatem contrahit cum capitali inimico patris, queri solet: num propterea legitimam exheredationis causam incurrat? Et, nisi se inimicitiarum & contumeliæ socium præbeat, non incurrere, verius est. Tum quia hæc causa non expressa est in Novell. 115. cap. 3. Tum quia aliæ honestæ causæ possunt inducere filium ut sine præjudicio patris societatem contrahat cum inimico patris: qui etiam causam diffentioni dedisse potuit.

Non obstat *l. liberi*. 28. in fin. Cod. de inoffic. testam. ubi mater, quæ cum inimicis filii amicitiam contraxit, ob eam causam exheredari potest. Idem ergo multo magis dicendum in filio: cum is reverentiam patri debeat eam, quam pater non æquæ filio, *l. parentes*. 6. ff. de in jus voc. *l. apud Celsum*. 4. §. adversus parentes. 16. vers. semper enim ff. de doli mali & met. except. Nam respondetur quod aus *d. l. 28. C. de inof. test.* correctæ sit per d. Nov. 115. cap. 3. aut eo de casu accipienda, quo mater non tantum dicitur amicitias copulasse; sed & ita versata, ut inimica potius filii, quam mater crederetur: quædam in fin. *d. l. 28. diserte subjicitur*.

Sic quoque non obstat, quod ex iisdem causis filius potest exheredari ex quibus vassallus feudo privatur, c. 1. §. prædictis. Quæ fuit prima causa beneficii amitt. tit. 24. lib. 2. feudor. Atqui vassallus, qui inicit societatem cum inimicis domini, amittit feudum, argum. dicti cap. 5. porro, ibique Gloss. communiter approbata, in verb. assallierit. Menoch. *l. 5. præsumpt.* 43. n. 16. ubi ad hoc plures allegat. Hoc, inquam, non obstat. Ut enim argumentum de liberis ad vassallos ductum valet, velut à majore ad minus: ita è converso à vassallis ad liberos, ut à minore affirmativè ad majus sumptum, vix subsistet: præsertim cum jura feudorum ad diffusionem causarum civilium; in materiis odiolis & jure limitatis, non extendantur, Wesenbec. in tractat. feud. cap. 1. n. 7. Atque ita in terminis tradunt Elias Roberus disputat. ad Institut. 17. thes. 9. Matth. Stephani cent. 3. quæst. 84. Andreas Gerbard. de testament. disput. 5. thes. 35. & Paulus Berens. disputat. ad Institut. 12. them. 1. quæst. 3. Hucque pertinent, quæ annotavi ad §. final. supr. de exher. liberor. num. 38. & seqq.

Præterea cum feminis: nec non inter virum & uxorem contrahi societas potest, *l. alim*. 16. §. fin. ff. de alim. & cibor. leg. *l. cum hic status*. 32. §. si inter virum. 24. ff. de donation. inter vir. & uxor. *l. ex diverso* 17. §. 1. ff. soluto matrimon.

matrimon. Menoch. consil. 121. lib. 2. Et hodie quicquid moribus vulgi societas quædam inter conjuges loco dotis succellisse videtur: ita ut maritus lucretur partem aliquam eorum, quæ ex bonis vel industria acquiruntur uxoris: & uxor capiat partem aliquam eorum, quæ ex bonis vel operis mariti acquiruntur, Mejer. d. disp. ad lib. 17. Pand. tit. 2. th. 5. num. 5. Hilliger in Donello enucleat. lib. 13. c. 16. lit. B. Sed & cum Judæis societatem iniri posse, probatur argumento Ispadonem 15 §. jam autem Gubi Bald. ff. de ex. caus. tutor. l. Judæi. 8. Et l. quicumque 10. Cod. de judæis, ex quibus constat, nobis licitum esse conversari cum Judæis. Et ita tenent Alexand. de Nevo cons. 96 in 1. art. declarat. Socin. sen. cons. 62. n. 15. vol. 1. Barbart. cons. 63. col. 1. vol. 4. Decius cons. 51. col. 2. in princ. Marfil. consil. 84. n. 41. vol. 2. Et singul. 540. Boerius decis. 179. n. 6. Mozz. d. tract. de societ. colum. 1. sive tit. de person. quæ societatem contrahere poss. n. 21. Et Hector Felicius tract. de societ. cap. 8. num. 22. & 24. Quod tamen hodie tum demum procedit, si coram ordinario Magistratu, cui Christianus subiectus est, contractus celebretur: Revers. Imper. August. An. 1551. §. dissem zu begeben, Et. Sub. gk. in delib. jur. disputat. 19. thes. 9. ad lit. E. Mejer. d. th. 5. num. 16. Knipschildt. d. exercit. 10. quest. 1. p. 351. Et seq. Enimvero jure Württembergico subditi, sub pœna corporali & pecuniaria negotiationes cum Judæis exercere prohibentur Fürstl. Württemberg. Lands. Ordnung, Tit. Dis. Juden belangend. §. Wir gebieten auch, Et. fol. 63. in fin. Et fol. 39. Planè neque cum clericis, seu monachis, cum ipsis à legationibus negociari interdictum sit, societas coiri potest, per c. penult. Et ult. ext. de vita Et honest. Clericor. Federic. de Senis cons. 207. col. 2. Menoch. consil. 12. n. 12. vol. 1. Petr. de Ubald. in tr. de duob. fratrib. part. 7. princ. q. 8. neque cum hereticis, hostibus & Saracenis, per ea, quæ notavit Innocent. in c. quod super 8. de voto. Felinus in c. ego N. Episcopus 4. col. de iur. jurand. Boerius d. decis. 179. num. 7. Petr. Duennus in fallent. regul. jur. reg. 191. fallent. 1. D. Bocer hic n. 8. pag. 442. Et d. class. 2. disp. 5. thes. 5. Felicius d. c. 8. n. 21. Et Mozzius d. loco. num. 23. neque cum persona incerta: quoniam certæ persone industria eligitur. §. solvitur. 4. infra hoc tit. ac proinde neque heres socii socius est, l. nemo potest. 35. dict. l. cum duobus 52. §. idem respondit. 9. l. adeo. 59. in princ. l. socium. 60. in princ. l. verum 63. §. ult. l. actione 65. §. morte 9. ff. pro socio neque socii adrogator, dict. l. 65. §. societas 11. neque socii mei socius, meus socius erit, l. nam socii 20. Et l. seq. ff. eod. l. Modestinus 105. ff. de verbor. significat. l. consilii 47. in fine ff. de reg. jur. sed ejus tantum, qui eum admittit, l. qui admittitur 19. pro socio. Neque enim mihi socius esse potest alius, quam quem mihi volui socium esse. d. l. 19. ff. eodem. Mejer de disputat. ad lib. 17. Pand. tit. 2. thes. 6. numero 9. Porro de personis, quæ societatem contrahere possunt, vel non possunt, copiose differunt, Mozz. d. tract. de societ. colum. 1. Et Mejer. dict. disputat. thes. 5. Et 6.

§. Et quidem. 1. §. De illa sanè. 2. &
§. Illud. 3.

Et quidem si nihil de partibus lucris & damni nominatum convenerit: æquales scilicet partes & in lucro & damno spectantur. Quod si expressæ fuerint partes: hæc servari debent. Nec enim unquam dubium fuit, quin valeat conventio, si duo inter se pacti sint, ut ad unum quidem duæ partes & lucris & damni pertineant, ad alium tertia.

§. 2. De illa sanè conventionione quaesitum est: si Titius & Sejus inter se pacti sint, ut ad Titium lucris duæ partes pertineant, damni tertia: ad Sejum duæ partes damni, lucris tertia: an rata debeat haberi conventio? Quintus Mutius contra naturam societatis talem pactionem esse existimat, & ob id non esse ratam. Hæpprecht ad Bynlium. Tom. III.

tam habendam. Servius Sulpitius (cujus sententia prævaluit) contra sentit: quia sæpe quorundam ita pretiosa est opera in societate, ut eos justum sit conditione meliore in societatem admitti. Nam & ita coiri posse societatem non dubitatur: ut alter pecuniam conferat, alter non conferat, & tamen lucrum inter eos commune sit: quia sæpe opera alicujus pro pecunia valet. Et adeo contra Quinti Mutii sententiam obtinuit, ut illud quoque constiterit posse convenire, ut quis lucris partem ferat, de damno non teneatur: quod & ipsum Servius convenienter sibi fieri existimavit. Quod tamen ita intelligi oportet, ut si in alia re lucrum, in alia damnum illatum sit: compensatione facta, solum, quod superest, intelligatur lucro esse.

§. 3. Illud expeditum est: si in una causa pars fuerit expressa; veluti in solo lucro, vel in solo damno, in altera verò omissa: in eo quoque, quod pratermissum est, eandem partem servari.

S U M M A R I A.

- 1 De pactis in societatis contractu iustis.
- 2 Partes lucris & damnis in societate expressæ, servari debent.
- 3 Si non expressæ sint; æquales in lucro & damno erunt proportionem Geometricam.
- 4 Altera tantum parte expressa sive definita, definitio casus expressi ad omissum quoque trahenda.
- 5 Contrarium eadem ratio ac proportio.
- 6 Quatenus pactum, quo inæquales lucris & damni partes sunt, valeat.
- 7 In toto jure generi per speciem derogatur.
- 8 Mens & sententia l. in causa 16. §. idem Pomponius 4. ff. de minorib.
- 9 Quatenus pacta sint servanda, Et legem dent contractui.
- 10 Consentiens & volens non fit injuria.
- 11 Societas est quadam fraternitas.
- 12 Opera alicujus sæpe pro pecunia valet.
- 13 Precium opera est artis velamentum.
- 14 Hominum est compensatio.
- 15 Conventio, qua unus sociorum lucris partem percipit, de damno non tenetur, quatenus subsistat.
- 16 Lucrum non intelligitur, nisi omni damno deducto.
- 17 Bona cuiusque intelliguntur, quæ are alieno deducto super sunt.
- 18 Societas coiri nequit, ut alter sociorum omne lucrum auferat, alter omne damnum solus sustineat.
- 19 Quomodo leo communem prædam cum ovipe diviserit.
- 20 Si unus solum pecuniam, & opera nihil; alter solum operam, & nihil pecuniam in societatem conferat: si pecunia casu pereat, ad quem damnum illud spectet.
- 21 Quæque res suo domino perit.
- 22 Consideratio l. cum duobus 12. §. quidam 4. ff. pro socio.
- 23 Consideratio l. si non fuerit 29. §. 1. ff. d. tit.
- 24 Instantia diluitur.
- 25 Alia instantia refellitur.
- 26 An pecunia, quam unus sociati intulit, communis fiat, Et cum altero sociorum, qui solum operam præstitit, dividenda debeat.
- 27 Intellectus l. 1. Et 2. ff. pro socio.
- 28 Explicatio l. 1. Cod. eodem tit.
- 29 In societate, quantum fieri potest, æqualitas servanda.
- 30 Opera alterius quatenus æquivalent pecunia.
- 31 Boni viri arbitrio quid conveniat, Et quando id sequendum.

DE pactis in hoc societatis contractu iustis, sive re ipsa lucris & damni adhiberi solitis, Justin. Imp. hoc loco agit, & rem totam trimembri distinctione declarat. Nam a contrahentibus vel expressæ sunt certæ partes tam lucris, quam damni: vel nullæ expressæ sunt: vel denique altera expressa est, altera omissa. Si expressæ fuerint certæ partes, hæc servari debent, ut hic dicit in §. 1. vers. quod si expressæ, Et. Siquidem nihil æquitati magis congruit, quam in conventionibus bonæ fidei id custodiri, quod inter contrahentes actum est, l. 1. §. si convenit. 6. ff. depositi. l. exempti. 11. §. 1. ff. de actionib. empti. Si nullæ partes lucris vel damni fuerint expressæ, æquales tam in lucro, quam in damno partes inter socios spectantur, ut hic in §. 1. l. si non fuerint. 19. in princ. ff. pro socio. Na 2

l. 3. *Cod. eodem*. Equas autem sive æquales partes intelligere oportet, non proportionem Arithmeticam, sed Geometricam, prout scilicet aliquis in societatem plus minusve contulerit vel operæ, vel industriæ, vel pecuniæ, *argum. l. si societas. 6. §. l. quid enim 80. ff. pro socio* & notat hic Rittersbusius num. 1. pag. 487. *Hartman. Pistor. quest. 1. n. 6. l. 3. eumq. referens Joan. Jacob. Plebs. disp. nov. antiq. 2. lib. 71.*

4 Si verò altera tantum pars, puta lucri, sit expressa: tunc in omiſſa, damni scilicet, idem erit statuendum, quod in expressa, §. *illud expeditum 3. hoc tit.* cum contrariorum eadem sit ratio ac proportio, *argum. l. ultim. ff. de legat. 3. l. penult. §. fin. ff. qui satisdare cogunt. l. 1. in princ. ff. de his, qui sui vel al. jur. sunt.* Cæterum trimembris istius distinctionis duæ partes posteriores nulla difficultate laborant: cum prima, ubi de partibus damni & lucri expressis agitur, difficillima & intricatissima censetur. Quæritur enim, nunquid omnis expressio valeat: & quæ proportio lucri & damni esse debeat? Et sanè tria pactorum genera, sive tres conventiones hic adferuntur. Quarum prima hæc est: si duo inter se paciscantur, ut ad unum quidem duæ partes & lucri & damni pertineant, ad alium tertia pars lucri & damni. Hoc pactum sive hæc conventio jure valet: nec de eo unquam fuit dubitatum, *secundum Imperatorem hic in §. 1. vers. nec enim unquam, &c. si modo is, cui plus lucri tribuitur, aliquid plus vel pecuniæ, vel operæ, vel cujuscunque alterius rei, puta gratiæ, societati contulerit, d. l. si non fuerint 19. in princip. ff. pro socio.* Quare pactum hoc, quo inæquales lucri & damni partes sunt, alter non valet: nisi alter ex spoliis, qui ex conventionem plus emolumenti & damni sentire debet, plus etiam pecuniæ vel operæ collocaverit in societatem.

7 Nec infringit hanc sententiam, quod generaliter, & indistinctè hic dicitur: si duo inter se pacti sint, ut ad unum duæ partes lucri & damni pertineant, ad alium tertia: pactum istud valere. Nam quod uno in loco generaliter dictum est: id ex aliis locis & legibus distinctè loquentibus explicandum est. In toto quippe jure generi per speciem derogatur, *l. in toto 80. ff. de reg. jur.* Quod igitur hic in §. 1. Justinianus ait, validam esse conventionem, si duo inter se pacti sint, ut ad unum quidem duæ partes lucri & damni spectent, ad alium tertia: accipiendum est cum temperamento dictæ *l. si non fuerint 29. in princ. ff. pro socio.* dummodo is, cujus in favorem hæc pactio fuit interposita, aliquid plus in societatem attulerit.

8 Nihil etiam obstat *l. in causa cognitione 16. §. idem Pomponius. 4. ff. de minorib. 25. annis.* ubi in contractu bonæ fidei naturaliter licet contrahentibus se invicem circumvenire, modo dolus absit: ac proinde videtur dicendum, quod alter ex sociis pacisci cum altero possit, ut sibi permittatur majorem lucri partem ex societate auferre: quamvis hoc pactum alterius socii detrimento & circumſcriptione conjunctum fuerit. Nihil, inquam, obstat. Lex etenim ista procedit, quando circumventio non contra substantiam est & naturam contractus bonæ fidei. Jam verò contra substantiam & naturam societatis est, magnam in ea constituere inæqualitatem, *argument. l. verum est 63. in fine principii, l. si unus 67. in fine principii. ff. pro socio.* Quod certe contingit, quando aliquis de duabus partibus lucri percipiendi cum socio paciscitur: & nihil vicissim confert in societatem, quod alter non contulerit.

9 Nihil item resistit, quod pactum servari debeat, *l. 1. in princip. ff. de pact. l. 1. in princip. ff. de pecun. constitut. & legem formamque det contractui, l. juris gentium. 7. §. quintum. §. ff. de pact. d. l. 1. §. si convenit 6. ff. de pos. l. contract. 23. ff. de reg. jur.* Quia illud exaudiendum est de pacto, quod substantiæ & naturæ contractus non contrariatur. Siquidem & alias pacta, quæ naturæ & substantiæ contractus adversantur, contractui non insunt: sed aut viciant contractum, aut ipsa viciantur, *l. pacta conventa 72. ff. de contrah. empt.*

10 Similiter nihil ad rem pertinet, quod consentienti & volenti socio non fiat injuria, *l. 1. §. usque adeo 5. ff. de injur. & scienti. 27. de reg. jur. in 6.* Inde namque non sequitur quod pactio subſtituat, si negotio, cui opponitur, per-

spiciè repugnet. Ita notavit Humnius in suis resolut. ad disputat. 27. Treutleri, th. 8. vol. 1. pag. 1734.

Altera conventio, quæ hic in §. 2. adfertur, hæc est: Titius & Sejus socii inter se pacti sunt, ut ad Titium lucri duæ partes pertineant, damni tertia: ad Sejum duæ partes damni, lucri tertia: quæsitum est, an ejusmodi conventio rata sit? Et quidem Quintus Mutius, referente hic Justiniano, existimavit: talem pactionem non esse ratam habendam. Ratio Mutii, conventionem istam improbantis hæc fuit: quia ea conventio sit contra naturam societatis. Ratio rationis: quia societas est quædam velut fraternitas, *d. l. verum 63. in princip. ff. pro socio.* quæ non patitur, ut alter plus lucri, alter plus damni sentiat: sed flagitat potius, ut æqualitas damni & lucri tanquam inter fratres observetur: quoniam societas cum contrahitur: tam lucro, quam damni communio initur, *d. l. si unus. 67. in princip. ff. eod.* Præterea ipsa æquitas exigere videtur, ut qui æqualiter in societatem conferunt pro ratione sortis etiam in proventu sint pares, *argument. l. qui scit. 25. ff. de usur. & fructib.* Servius autem Sulpitius contra sentit, præfatamque conventionem subſistere statuit. Ratio Servii, conventionem illam probantis, hæc fuit: quia sæpe quorundam ita pretiosa est opera in societate: ut eos justum sit conditione meliore in societatem admitti: hoc est; quia sæpe fieri potest, ut ex sociis unus duntaxat operâ suâ societati proficiat: ut æquissimum sit, plus illum lucri percipere, quam alterum ociosum, vel minus industrium. Quanti enim opera in societate sit æstimanda, Imperator hic, Servii sententiam confirmans, tali exponit exemplo, quo duo rectè ita coeant societatem: ut unus pecuniam tantum conferat, alter operam: & tamen lucrum inter eos commune sit: quia sæpe (inquit) opera alicujus pro pecunia valet. Quo spectat etiam *l. societates §. 1. ff. pro socio.* ubi Ulpianus ait: quod plerumque pauperior operâ suppleat, quantum ei per comparisonem patrimonii deest. Item *l. cum duobus §. 2. §. utrum ergo 2. vers. si in coenda, ff. eod.* ubi idem Jurisconsultus scribit: quod pretium operæ artis sit velamentum. De quo videatur Theodorus Marcellus hic in vers. nam & ita &c. Eoque sensu Plautus in *Astutia scen. 3. act. 1.* dixit: pari datum hostimentum est, opera pro pecunia. Hostimentum enim compensatio est, ut exponit Festus; eumque referens hic Rittersh. circa finem, pag. 488.

Tertia & ultima conventio hic in §. 2. vers. & add. &c. 19. proposita hæc est: quæ unus sociorum lucri partem percipit, de damno non tenetur. Quæ conventio licet reliquis sit iniquior: quoniam efficit, ut ad unum totum damnum recidat: eam tamen valere palam est, dict. *l. si non fuerint 29. §. 1. ff. pro socio.* Enimvero isthæc conventio, secundum Imperatorem Justin. in *d. §. 2. in fin.* ita accipi debet ut si in alia re lucrum, in alia damnum illatum sit; compensatione facta, solum, quod superest, intelligatur lucro esse. Quasi dicat Imperator: quod asserimus, conventionem illam valere, quæ unus lucri partem sentit, alter totum damnum sustinet: non ita exaudiendum est, quasi in eadem societate simul quis & damnum & lucrum ferat: sed ut damno & lucro inter se comparatis, quod excesserit, in solum remaneat dividendum, sive id sit lucrum sive damnum. Neque enim lucrum intelligitur: nisi omni damno, sive ære alieno deducto: neque contra damnum, nisi omni deducto lucro, *l. Mutius 30. ff. pro socio.* Sicut & bona intelliguntur ejusque, quæ deducto ære alieno supersunt, *l. subſignatum 29. §. 1. ff. de verb. significat.* Sed exemplo res sit illustrior. Ponè ergò: duo societatem contraxerunt; vinariam, & frumentariam. Ex illa damnum est acceptum centum aureorum: ex hac verò lucrum trecentorum. Hic compensatio damni & lucri, facit lucrum, quod relinquitur, ducentorum aureorum: qui inter socios ratione pactionis dividendi erunt. Contra si damnum sit reliquum ducentorum aureorum: id totum unus tantum sustinebit: adeo, ut si uterque aureos societati contulerit: alter suos mille, alter octogintis tantum aureos, cum solum damnum sustineat, ex pacto sit recepturus. Quod tamen ipsum ex Ulpiani responſo ita interpretandum videtur: si modo is, qui nullam sentit partem damni, aliquid plus contulerit societati: & non plus pecuniæ & industriæ

attamen plus operæ, ut tanti hoc sit, quanti damnum est. Plerumque enim tanta est industria focii, ut plus societati conferat, quam pecunia: velut si solus naviget, si solus peregrinetur, pericula subeat solus *d. l. si non fuerint* 29. §. 1. ff. pro socio. *Andr. Gail. lib. 2. observation. c. 24. n. 1. 2.* §. 5. *Eaque de re vide Hartmann. Pistoris lib. 3. questionum jur. quæst. 1. §. 3. Julium Pacium cent. 4. è veyrio Parav. qu. 96. §. D. Befoldum in delibatis jur. ex lib. 17. ff. quæst. 7. nec non Locamerum questionum jurid. fascic. 39. quæst. 6.*

Præter conventiones modò expolitas, est & alia, putà ut alter sociorum omne lucrum auferat; alter omne damnum solus supportet. Quæ conventio, quia iniquissima est, & societati contraria, non valet: & leonina hæc societas à Cassio Jurisconsulto appellari solet. *d. l. si non fuerint* 29. §. *Aristo. 2. ff. pro socio.* Nam leo (ut est in pervulgato *Æsopi fabulatoris Phrygii Apologo*) sic communem ex venatione prædam cum vulpe dividebat, ut sibi illam totam, vulpi nihil prorsus concedens, retineret. Dicebat enim: hæc prima pars erit mea; ratione societatis: secunda itidem erit mea; quia majorem contuli operam: tertia similiter mea erit; quia te sum fortior: & denique partem quartam qui acceperit, amicus meus non erit, *Mynsing. hic num. 7. Giphani lib. 3. disp. 30. thes. 8. §. ibi dem Oleman. in suis not. num. 8. §. 9. vel (secundum alios)* apologus talis est: Leo, alinus, vulpes societatem coierant, ut quod venatu cepissent, in commune divideretur. Prædam ubi erant nacti, Leo alinum eam distribuere in partes, jubet. Hic, ut erat stolidus, portiones tres æquales fecit. Cujus rei gratia indignatus Leo, quod cæteris æquaretur, alinum adortus dilaniat. Restabat vulpes: hæc de novo prædam partiri voluit. Vulpes totam ferè prædam Leoni attribuit, vix paucillulum sibi servans. Léo, comprobata distributione, querit: quisnam illam partem rationem docuisset? Cui vulpes: *τὴν δὲ οὐκ οὐκ ὀφείλει*, id est, alini calamitas. Ita ex suo desiderio in *Chiliadib. refert Gerardus Tuningius hic in §. 2. in verb. de damno non teneatur, §. Tiraquell. leg. comubial. §. gloss. 1. part. 5. num. 34.* Hucque respicit elegans *Posthui tetrastichon, quod refertur part. 5. delictiarum Poetarum Germanor. illustrissim. pag. 231.*

*Felix, alterius quicumque pericula cernens,
Discit ab exemplo posse cavere sibi.
Sic asini fato misero perterrita vulpes,
Alterius facta est doctior ipsa malo.*

Porro de illis, aliisque conventionibus damni & lucri si quæretur, quæ rata sit, & quæ non sit, breviter ita definiendum est: illas conventiones ratas esse & valere, in quibus ad utramque sociorum & lucri & damni pars, secundum proportionem Geometricam perveniat: illas vero non valere, in quibus ad unum lucrum tantum, ad alterum damnum tantum respiciat, *per multoties allegatam l. si non fuerint* 29. ff. pro socio. *Martin. Bonacina in tract. de contract. §. rest. disp. 3. q. 6. punct. 1. n. 1. & 2. p. §. 27. §. seq. D. Mart. tom. 3. digest. novissim. tit. Soc. c. 1. fol. 302.*

Cum haud infrequenter accidat, ut unus solam pecuniam, & operæ nihil; alter solam operam, & nihil pecuniæ in societatem conferat: variè disputari solet, si pecunia casu fortuito interierit: utrum damnum solius sit illius, qui pecuniam contulit, an commune sit, & pro rata parte ad eum, qui operam præstitit, spectet? Et (rejectionis aliorum opinionibus, *Oldradi de Ponte, Richardi Malumbra, Saliceti, Fulgosi, Cyni* & cæterorum in *l. 1. Cod. pro socio. Socini senioris in consi. 265. lib. 2. Schneidewini hic in §. de illa. 2. num. 6. Perri de Vbald. in tract. de duob. fratrib. pag. 8. num. 42. Treutleri disp. 27. thes. 9. vol. 1. §. Hummii ibidem in sua resolutione, pag. 1735. item lib. 3. variar. resolut. jur. civil. tractat. 7. part. 3. quæst. 1.) probabilior mihi illorum videtur sententia, qui statuunt: periculum & damnum ejus solius esse, qui pecuniam in societatem contulit, si modo tanti sit opera, quantum est damnum, *argum. l. societas. §. 5. §. 1. si non fuerint. 29. §. 1. ff. pro socio.* Indubitata siquidem regula juris est: quod unaquæque res petat suo domino, *l. pignus 9. Cod. de pignorat. actionib.* Acqui pecuniæ dominus est is, qui eam contulit. Sociorum enim intentio in proposito ea censetur, non ut pecunia communicetur, sed tantum ejus usus & commo-*

ditas, *argum. §. 2. vers. nam §. ita ibi, §. tamen lucrum inter eos commune sit, hoc est.* & per consequens ista merito soli conferenti, tanquam domino, perit. Deinde hoc in casu permagna oriretur inæqualitas inter socios, si damnum commune esset. Is namque, qui operam adhibuit, duplici afficeretur incommodo: altero, quod operæ ac industriæ perderet; altero, quod partem damni sustineret. Pecuniam verò conferens, eam non totam amitteret, sed partem duntaxat. Hujusmodi autem æqualitatem non patitur societatis contractus, ut patet ex hoc §. 1. §. *d. l. si non fuer. 29. pro socio.*

Non obstat huic sententiæ, *l. cum duob. §. 2. §. quidam sagariam 4. ff. eod.* ubi societas ita erit inita, ut unus pecuniam, alter operam conferret: & is, qui operam contulerat, profectus esse proponitur, & in latrones incidit, adeoque pecuniam in societatem collatam perdidit, & damnum commune esse dicitur. Nam non perpetam responderet: legem istam eo de casu loqui, ubi ab utraque parte pecunia contributa est: & in eo commune damnum esse, non negatur. Quod autem de eo casu loquatur: satis evidenter ex illis verbis relucet: *alter ex his ad merces comparandas profectus, suam pecuniam perdidit.* Quod si omnim pecuniam contulit is, qui ad merces comparandas profectus est, & consequenter pro socio laboravit, sique simul operam contulit: sanè alterum quoque socium pecuniam contulisse, omnino verisimile est.

Minus obstat *d. l. si non fuerint* 29. §. ff. pro socio. ex qua patet, subsistere inter socios hujusmodi pactum; ut, qui operam confert, damnum amissionis pecuniæ non sentiat. Unde à contratio colligitur: si tale pactum non intercedat, damnum commune esse: alias quippe pactum adjectum nihil operatur. Minus, inquam, lex illa obstat. Quia multa pactis exprimentur, quæ aliquin ipso contractu continentur: & ratio pacti duplex videtur: prima, ut de æquitate rei exactius constet; altera, ut firmior obligationis ratio aptet.

Multò minus obstat, quod objicitur: si nostro in casu commune non esset damnum, æqualitatem in societate non servari: siquidem is, qui pecuniam posuit, nec fructum ex ea perciperet, nec ipsam retineret, adeoque duplici damno afficeretur: alter verò, qui operas collocavit, unicum duntaxat damnum, videlicet amissionis operarum, pateretur. Respondetur enim: non solum nullam inæqualitatem, sed maximam potius æqualitatem nostro hoc casu subsistere. Quia quod dicitur, operam conferentem sentire damnum amissionis operarum: id damno, quod alter sentit ex amissione pecuniæ, respondet. Quod si commune sit damnum pecuniæ amissæ: tunc qui pecuniam dedit, eam totam non amittit; & alter totius industriæ jacturam facit, & simul particeps est alterius damni: quod æqualitati planissimè repugnat, *arg. l. manifestissimi 22. §. sed cum insecundum 3. in fine. C. de furtis.*

Minimè denique omnium obstat, quod is, qui operam confert & industriam, nihil amissæ videatur, si adhuc vivat: cum possit alias operari, & ex opera atque industria sua lucrari: si verò mortuus sit, nihil eo nomine heredi debeatur: cum societas morti causam non præbuerit. Cum ergo nihil damni ex operarum amissione sentiat: æquum esse putatur, ut pro sua parte jacturam quoque pecuniæ deperditæ sustineat. Minimè, inquam, illud obstat. Etenim negatur, & pernegatur: eum, qui operam industriamque contulit, nihil amissæ, licet vivat, & alias operari possit. Nam quod frustra laboraverit, nullumque ex vigiliis, assiduo labore, & industria fructum retulerit id utique damni species haud minima censetur. Atque ita tenent & defendunt hanc opinionem *Accursius, Bartol. Angel. Cassenf. Baldus & Sichelardus n. 5. in d. l. 1. C. pro socio. Martinus Navarrus in manual. confessor. cap. 17. de usura in societas. Didacus. Covarruv. lib. 3. variar. resolut. cap. 2. n. 2. §. seq. Gail. lib. 2. observat. cap. 24. num. 3. Fachin. lib. 2. controversiar. jur. cap. 95. Armentis exercitat. Junii 15. lib. 3. Mantica. de tact. §. ambig. convent. lib. 1. tit. 5. num. 7. cum seqq. §. tit. 21. num. 20. Athol. lib. 1. Dialectolog. c. 28. num. 19. pag. 270. Borsler junior. lib. 3. disp. 13. lib. 14. Hænon. disputat. 17. ad instaurat. controvers. 3. Paulus Beroni disputat. 12. ad instaurat. them. 1. quæstion. 2. Knipfchilde exercitat. Academ. 10. quæstion. 5. pag. 355.*

cum seq. *Et* Qui inus Kubach. *question. illustr. Politicojurid. cens. 2. decur. 4. quest. 4.*

26 Controversa admodum & hæc questio est: an fors sive pecunia, quam unus societati intulit, communis fiat, & cum altero sociorum, qui solam operam præstitit, finita societate dividi debeat? Et dividi debere, censuerunt *Acursius. Bartol. & Alberic. de Rosat. in d. l. 1. C. pro socio, nec non novissime Hunnius d. l. 3. var. resolut. jur. civ. tract. 7. part. 3. quest. 2.* Sed contrarium non sine ratione amplexi sunt *Baldus, Castrensis & Sichelard. num. 4. in d. l. 1. Cod. eod. esque citans Fachinus d. lib. 2. contr. jur. cap. 94. Gail. d. lib. 2. observ. 24. n. 6. Forster. d. disp. 18. thes. 15. Hackelman. disp. 9. thes. 19. lit. A. Henon. d. disp. 17. contr. 2. Richter. in tract. de contractib. disp. 11. thes. 1. sub lit. l. pag. 329. cum seq. Berens d. disp. 12. them. 1. quest. 1. Kubach. d. cens. 2. decur. 5. q. 2. Rümelin. Exercit. 15. ad Institut. th. 16. sub lit. C. & Andreas Gerhards decad. 15. quest. 9.* Etenim pecunia non confertur, ut sit communis sociorum: sed ut ex ea negotiatio exerceri possit ad lucrum faciendum, quod deinde commune est, *§. de illa. 2. vers. nam & ita ibi, & tamen lucrum inter eos commune sit, hoc tit.* Ideoque hoc ipsum, quod de lucro cavetur, ut id commune sit, de pecunia aliud cautum intelligitur, ne sit communis. *argument. l. si cum dotem 22. in princip. ff. solut. matrimon. & l. commodissime 10. ff. de liber. & posth. heredib. instit.* Et certe quod ex mente contrahentium usus quidem & commoditas, non autem proprietas communiceatur, clarescit ex *l. cum duobus §. 2. §. utrum ergo. 2. ubi in coeunda. ff. pro socio.* ubi unus ex sociis dedit pecus suum pascendum, vel agrum colendum alii, querendis in commune fructibus: & manent pecus & ager ejus, cujus prius fuerant, neque communicantur. Accedit, quod summa orietur inæqualitas inter socios, si ipsa fors dividenda esset. Si enim fors (quod facile accidere potest) finita societate, sola pecunia collata remaneret: duplici damno ipse conferens afficeretur: primo, quod dimittam pecunie partem amitteret: secundo, quod ociosam pecuniam habuisset. E contra conferens operas, lucrum capteret, vel ad minimum nullum damnum sentiret: quoniam dimidiam pecunie partem consequeretur: quod æquitati contrarium videtur: cum nemo cum alterius damno debeat locupletari, *l. nam hoc natura 14. ff. de condit. indeb. & societas sit j. æqualitatis & fraternitatis, d. l. verum. 63. in pr. ff. pro socio.* Congruit cum hac sententia jus renovatum *Wartemburgica, part. 2. tit. 6. §. Wann einer sein baar Geld. fol. 253.*

27 Nec huic decisioni adversatur *l. 1. & 2. ff. pro socio, & §. ult. vers. sufficit enim &c. infr. hoc tit.* ubi omnes res, adeoque etiam pecunia, in societatem collata, continuo communicantur. Quia in istis locis agitur de omnium omnino bonorum societate, in qua universa bona hinc inde ipso jure, sine traditione communicantur. Diversum est in societate particulari, sive universorum, que ex questu proveniunt: ubi omne lucrum, non itidem fors sive pecunia, in societatem deducta (nisi initio in societatis lege aliter conventum sit) communicatur: *id quod huius explicatum est supra ad principium huius tit. n. 26. & seq.*

28 Neque moverit *l. 1. C. eod. ubi Impp. Diodet. & Maxim. verbo (conferente) utuntur:* quod communicationem denotare videtur. Tum quia verbum conferre ibi non communicare, sed potius collocare, ponere, dare, contribuere, addere, deducere pecuniam in societatem significat: *nam quia pecunia ibidem intelligitur communicata, non quantum ad ejus proprietatem & dominium, sed tantum quoad usum & utilitatem, arg. d. l. cum duobus §. 2. vers. si in coeunda. ff. pro socio.*

29 Non item restringatur, quod in societate, quantum fieri potest, æqualitas sit servanda, *l. si non fuerint 29. & similib. ff. d. tit.* At si non divideretur pecunia, societate finita non exigua inæqualitas existeret: siquidem alter industria & operam, quam contulit, amitteret: alter vero pecuniam, quam posuit, salvam haberet. *Nam respondetur:* nullam hic proflus esse inæqualitatem. Qui enim industriam operamque posuit, illud habet incommodi, quod fructus habere non potest, nullumque emolumentum percipit:

cum tamen fortassis percepisset, si alibi operam suam locasset. Qui vero pecuniam contulit, illud patitur incommodi, quod frustra eam contulit, quodque nihil ex ea lucratus est: cum tamen fortasse lucraturus fuisset, si alios in usus eam erogasset, *Fachin. d. lib. 2. c. 94. in fine.*

Nihil insuper resistit, quod opera atque industria alterius comparatur & æqualeat pecunie, & sæpe preciosior sit pecunia, ut scribit hic Justinianus *in §. 2. vers. Servius Sulpitius, &c.* Atqui si pecunia hinc inde collocata fuerit; palam est, eam dividendam esse tempore finitæ societatis. Et idem quoque faciendum, quando ex una parte pecunia, & ex altera opera confertur. *Respondetur* etenim breviter: operam alterius æquivalere tantum isti pecunie, quæ provenit, tanquam lucrum, ex capitali sorte, ut ex Sichelardo docet Paulus Berens *d. disput. 12. them. 1. q. 1. ad finem.*

Porro, si mecum societatem coieris eâ conditione, ut ipse partes societatis constitueres: ad boni viri arbitrium ea res redigenda est: & conveniens est viri boni arbitrio, ut non utique ex æquis partibus socii simus: veluti si alter plus operæ, industriæ, pecuniæve in societatem collocaturus sit, *l. si societatem 6. & l. quid enim 30. ff. pro socio.* Similiter si societatem mecum coieris eâ lege, ut Nerva amicus communis partes lucri & damni definiret: Nervæ autem arbitrium ita prævum sit, ut manifesta ejus iniquitas appareat: certe hoc etiam casu arbitrium boni viri sequendum est: proindeque prævum istud arbitrium per bonæ fidei iudicium corrigi potest, *l. societatem 76. in l. proposita 78. & duobus l. seqq. ff. eod.* Quod si verò Nerva vel ipse partes lucri & damni definire, vel antequam eas constituat morietur, pro nihilo est societas. Licet enim non verbis specialiter & nominatim: re ipsa tamen id actum est, ne aliter societas sit, quam ut Nerva arbitratu sit, *l. si coierit 75. ff. pro socio. l. ultim. Cod. de contrah. empt. & vendit. & §. sed nostra decisio, supra d. tit. l. si merces 25. in princip. ff. locati. l. si quis arbitrato 43. ubi Donell. & l. seq. ff. de verbor. oblig. Du. Collega Bocer. class. 2. disp. 5. thes. 23. edit. 2. ubi refert dissentientem Cujacium in d. l. 43. ff. de verbor. obligat. & lib. 4. quest. Pauli. pag. 129. & seqq. in explicatione dictæ l. 76. & 79. ff. pro socio.* Eadem de re videatur Everhardus Bronchorst, *cont. 1. part. 1. Pavov. assert. 85. edit. 1.*

§. Manet, 4. §. solvitur. §. cum tribus seqq.

Manet autem societas eò usque, donec in eodem consensu perseveraverint. At cum aliquis renuntiaverit societati: solvitur societas. Sed planè si quis calidè in hoc renunciaverit societati, ut obveniens aliud quod lucrum solus habeat, veluti si totorum bonorum socius, cum ab aliquo heres esset relictus, in hoc renunciaverit societati, ut hereditatem solus lucrificaret: cogitur hoc lucrum communicare. Si quid verò aliud lucrificat, quod non captaverit: ad ipsum solum pertinet. Ei vero, cui renunciatum est, quicquid omnino post renunciatam societatem adquiritur, soli conceditur.

§. 5. Solvitur adhuc societas etiam morte socii: quia qui societatem contrahit, certam personam sibi eligit. Sed & si consensu plurium societas contracta sit: morte unius socii solvitur, et si plures superintendant nisi in coeunda societate aliter convenerit.

§. 6. Item si alicujus rei contracta societas sit, & finis negotio impositus est: finitur societas.

§. 7. Publicatione quoque distrahi societatem manifestum est: scilicet si universa bona socii publicentur. Nam cum in ejus locum alius succedat, pro mortuo habetur.

§. 8. Item si quis ex sociis mole debiti præggravatus, bonis suis cesserit, & ideo propter publicam aut privatam

privata debita substantia ejus veneat: solvitur societas: sed hoc casu si adhuc consentiant in societatem, nova videtur incipere societas.

S U M M A R I A.

- 1 Quibus modis societas, recte contracta, dissolvatur:
- 2 Renuntiatione etiam unius socii, solvitur societas: ejusque ratio.
- 3 Nulla societatis in æternum coitio est: & num. 17.
- 4 Nemo invitus in communione remanere cogitur: & n. 16.
- 5 Communio rixas & discordias excitare solet.
- 6 Nemini libera testamenti factio adimenda.
- 7 Mens & sententia l. 1. ff. pro socio.
- 8 Quæ pacta contractibus bona fidei adjecta, rata esse debeant, legemque dent contractui.
- 9 Singularia quædam in contractu societatis & mandati.
- 10 In Societate quid agatur.
- 11 Renuntiatio vel est tacita, vel expressa.
- 12 Ea tempestive & citra dolum fieri debet.
- 13 Cessante causa, cessat effectus.
- 14 Renuntiatio per procuratorem fieri potest.
- 15 Societas morte alterius ex sociis finitur.
- 16 Nemo potest societatem heredi sic parere, ut ipse heres socius sit.
- 17 Societatem contrahens, certis hominis fidem eligit.
- 18 Interpretatio l. verum 63. §. in heredem 8. ff. pro socio.
- 19 Consideratio l. actione 65. §. 2. & §. item alicuius 10. ff. eod.
- 20 Quatenus unusquisque tum hereditibus suis, quam sibi met ipsi prospicere censetur.
- 21 Declaratio l. qui negotiationem 58. in princ. ff. de administr. & peric. tutor.
- 22 Societas morte unius socii ad id rumpitur, ut licet numero plures supersint, tamen societas non perseveret: ejusque ratio.
- 23 Pacta initio contractibus adjecta, mutant eorum naturam.
- 24 Societas perimitur fine negotio.
- 25 Item publicationem bonorum unius ex sociis.
- 26 Homines dupliciter moriuntur: naturaliter, & civiliter.
- 27 Exinguitur societas cessante bonorum: huiusque ratio.
- 28 Unum solâ decessione societas solvitur: an præterea cessio bonorum exigatur, sicque exhi bonis & sociis ante oporteat.
- 29 Consideratio l. 4. §. 1. ff. pro socio.
- 30 Decollatio non proxima, sed remotior egestatis causa.

Dictum est hætenus, quomodo societas recte contrahatur: nunc explicat Imperator, quibus modis societas recte contracta rursus dissolvatur. Exponit autem quinque modos, quibus id contingit: pura 1. renuntiatione. 2. morte unius ex sociis. 3. fine negotii. 4. publicatione bonorum unius socii. 5. cessione bonorum. De istis quoque modis tractatur in l. societatem. 4. §. 1. l. verum est 63. §. ult. & duabus ll. seqq. ff. pro socio. Primò ergo solvitur societas renuntiatione: id est, dissensu & voluntate contraria, vel omnium sociorum, vel unius tantum, hoc §. 4. & legibus jam allegatis. Eodem modo & mandatum tolli, audiemus infra ad §. mandatum 11. t. proximo.

Ratio, cur renuntiatione etiam unius solvitur societas, aperta est: tum quia nulla societatis in æternum coitio est, l. nulla 70. ff. pro socio. tum quia nemo invitus in communione remanere cogitur, l. ultim. Cod. de communi dividund.

Ratio rationis est: tum quia plerumque communio rixas & discordias excitare solet, l. cum pater 77. §. dulcissimis.

20. ff. de leg. 2. tum ne cui libera testamenti factio adimatur, l. cum duob. §. 2. §. idem respondit 9. ff. pro socio. Ad id autem unius socii dissensu dissolvitur societas: ut eo quoque in casu id procedat, quo nominatim inter socios convenit, ut perpetuò societas duraret, argum. d. l. nulla 70. ff. eod. ubi Paulus perspicuè ostendit: nullam societatem hac lege coiri posse, ut in æternum sive perpetuò daret.

7 Nec repugnat l. 1. ff. eod. ubi idem Jurisconsultus disertè affirmat: societatem in perpetuum contrahi posse. Nam in hac l. 1. societas in perpetuum contrahi posse dicitur, quòd à contrahentibus eà mente & animo inest, ut perpetuò, id est, dum vivunt, in societate manendi propositum habeant. At verò in d. l. nulla 70. non idèd dicitur perpetuam sive æternam esse societas: quod alter alterum ex sociis ad perpetuam societatem adstringere cogitur: sed quòd utriusque propositum ad perpetuam æternamque societatem, cui renunciare nullo modo licet, expresse sit destinatum. Vide Bachovium hic num. 2. pag. 816. & seq. itemque Locamerum question. juridic. fascic. 39. quest. 9.

8 Nec item illud resistit, quòd pacta in contractibus bona fidei in continenti adjecta, firma & rata esse debeant, at-

que legem dent contractui, argum. l. exemplo 11. ff. de act. empti. & l. contractus 23. ff. de reg. jur. Illa enim regula de pactis jure validis, quæque substantiæ & naturæ contractus, cui apponuntur, non adversantur, accipienda est, l. non dubium 5. C. de legib. Atque ejusmodi pactum, quòd alterum ex sociis ad perpetuam societatem obstringit, jure non subsistit, per d. l. nulla 70. ff. pro socio, & d. l. ult. C. commun. dividund. Præterea bonis moribus & naturæ societatis pactum istud refragatur: quia ansam præbet litium & discordiarum. Nihil etenim frequentius propemodum accidit, quam ut rixæ & inimicitie inter eos oboriantur, quorum alter alterum invitum in societate permanere cupit, arg. d. l. cum pater. 77. §. dulcissimis. 20. ff. de legat. 2.

Invitus igitur in societate perseverare nemo cogitur. Atque ita in hoc contractu societatis, & in contractu mandati, de quo in §. rectè quoque 9. infra tit. seq. illud est singulare: ut hi duo contractus licet jam utriusque contrahentium consensu perfecti; rescindi tamen & revocari alterius tantum voluntate possint, contra naturam aliorum contractuum, l. sicut 5. Cod. de obl. & act. Sic & illud in utroque contractu singulare est: quod alterius contrahentium morte dissolvatur: quod idem non contingit in reliquis contractibus, qui etiam ad heredes transmittuntur §. fin. supr. tit. proxime precedente. Ratio singularis juris nulla esse videtur alia, quam quod in utroque contractu personarum ratio habeatur: in aliis contractibus non item §. solvitur. 5. hoc tit. l. mandatum 57. in fine ff. mandati. Adde, quòd in societate hoc agitur: ut unus sociorum alterius socii, cum quo contraxit, beneficio afficiatur: & simul ut ex unius socii industria, opera, & facultatibus reliqui utilitatem accipiant, & beneficium. Aut igitur is, qui societati renunciat, beneficium sociis suis confert, aut accipit. Illo casu dubium non est, quin socius licetè renunciare possit: cum ab æquitate nequaquam sit alienum, unumquemque nostrum tamdiu uti beneficio, quamdiu voluerimus: hoc verò casu, quo renunciat ille, qui beneficium ex societate sentit, idcirco rectè renunciare censetur: quia omnes licentiam habent renunciandi his, quæ in sui favorem & commodum introducta sunt, l. penult. C. de Pactis. Porro renuntiatio vel est tacita, vel expressa. Hæc fit verbis: illa fit re ipsa, si nimirum socii separatim agere cæperint, & unusquisque eorum privatim sibi negocietur, l. itaq. 64. ff. pro socio. Quod autem dicitur, renuntiatione societatem tolli: id obtinet, si tempestive & citra dolum renuntiatio fiat. Si quis enim callidè & dolo malo societati renunciat, ut obveniens aliquod lucrum solus habeat: à se quidem liberat socios suos: sed non vice versa, se ab illis liberat, l. actione 65. §. diximus 3. ff. eod. Lucrum enim, quod captavit, si acquisierit, communicare actione pro socio cogitur: damnum verò, quod præter spem fortè, vel expectationem emergit, eum solum respicit, qui dolo malo societati renunciavit, d. l. 65. §. 3. ff. d. tit. Quod si tamen post renuntiationem aliquid industria sua renunciator acquisierit, id communicare non tenetur: quia nullus in eo dolo argui potest: & sic cessante causa, cessat etiam effectus, hoc §. 4. vers. si quid verò & d. l. act. 65. §. diximus 3. & aliquot seqq. ff. eod. Cæterum quæcumque commoda ei, cui renunciatum est, post renuntiationem societatis acquisita fuerint, ea sibi soli habebit, ut hic in vers. ei verò, & d. l. act. Plane renuntiationem etiam per procuratorem, tam speciale mandatum habentem, quam omnium bonorum, & procuratori fieri posse, certum est, d. l. actione 65. §. renunc. 7. & §. seq. ff. eod. Quin & curator furiosi (qui scilicet post contractam societatem furere cœpit) renuntiationem ejus nomine tam facere, quam accipere potest, per textum expressum in l. ult. C. pro socio.

Secundò finitur societas morte unius socii. §. solvit. 5. hoc tit. d. l. societatem 4. §. 1. l. socium 60. in fine princ. d. l. verum 63. §. ult. & d. l. actione. 65. §. morte 9. ff. pro socio. Idque usque adeò verum est, ut ne quidem ab initio pacisci liceat, ut heres in societate succedat, arg. l. si convenierit. 14. ubi ne socius abeat, & d. l. act. 59. ff. d. tit. Huiusmodi multiplex affertur ratio: Tum quia nemo potest societatem heredi suo sic parere, ut ipse heres socius sit, l. nemo 84. ff. Tum quia nemo invitus cogitur in societatem de ineri, d. l.

17 *ultim. Cod. commun. divid.* Tum etiam quia qui societatem contrahit, certi hominis fidem, diligentiam, solertiam, mores, & industriam eligit, *d. §. solvitur. §. hoc tit.* Tum postremo quia nulla societas in æternum (ut videlicet societas ultra vitam contrahentium sociorum extendatur) coitio est, *d. l. nulla 70. ff. pro socio. Bronch. cent. 1. de variis Pharisæis assertis. 84. ed. 1. Henning. Gaden. conf. 86. de societate. n. 2. Tiber. Decian. resp. 22. vol. 3. Cujac. lib. 10. observ. c. 25. §. in Commentar. in lib. 32. Pauli ad edict. p. 122. §. seq. Matthias Stephani cent. 3. q. 85. ad lit. B. Timæus Faber. disp. annivers. 24. ad Instit. Imperial. th. 13. lit. b. Rober. disp. 17. ad instit. th. 11. Paul. Berens disp. 12. ad Instit. them. 1. q. 4. Hunn. lib. 3. var. resol. jur. civ. tr. 7. qu. 4. Marchisellus in quest. pract. q. 22. n. 12. Arumæus exercit. Justin. 1. th. 4. Schickhard. disp. 15. th. 1. resol. quest. 1. Hackelman. disp. 9. th. 19. ad lit. D. Knipschildt. exerc. Acad. 10. q. 3. pag. 354. Forster. in tract. de pact. cap. 6. p. 194. cum seq. §. part. 1. disp. 18. th. 16. ubi contradicentem citat. Hoorman. in Comment pro socio. pag. 220. §. Jacobum Thomming. decis. 3.*

18 Non evertit hanc sententiam *d. l. verum. 63. §. in heredem. 8. ff. pro socio.* ubi dicitur, quod heres socius non sit, nisi fuerit adscitus: unde sequi videtur, quod ex pacto heres in societatem succedat. Nam vulgò respondetur: hoc in publica vectigalium exercendorum societate; non itidem in privata, specialiter receptum esse: tum propter negotii magnitudinem, variisque tractatus: tum ne, dissoluta societate, publica locatio damnum faciat: Bronchorst. Arumæus, & Berens dictis locis. Wesenbec. in Paratit. ff. pro socio. nam. 11. Deinde, quia textus dicti §. in heredem. 8. expressè de societatis vectigalium, ceterorumque loquitur, aliter responderi posse videtur: nimirum hæc verba, *nisi fuerit adscitus*, hoc sibi velle: quod nisi assumptus fuerit à sociis in societatem heres, atque cum ipso de novo inita fuerit societas, non possit esse socius. Atque hanc interpretationem, uti verissimam, comprobat D. Hunnius *d. quest. 4. vers. non obstat præterea*, &c.

19 Non etiam turbat assertionem nostram *d. l. actione. 65. §. si in rem. 2. & §. item si alicujus. 10. ff. pro socio.* ubi luterum, post socii mortem ex negatione perceptum, cum herede ejus communicatur: adeoque societas ad heredem socii transit. Respondetur enim: diversa esse, societatis contractum in heredem socii transire, & actionem pro socio in heredem socii dari. Societas quidem finitur morte socii: sed tamen actio pro socio non finitur. Unde tenetur socius quæ sita post mortem socii cum ejus herede communicare: si modò, rebus adhuc omnibus integris manentibus, ignoravit, illum mortuum esse: secus, si scivit, *d. l. verum. 63. §. in heredem. 8. §. d. l. actione. 65. §. item si alicujus. 10. ff. eod.* Sed & quoad negotia, que inchoata sunt geri, manet societas inter superstitem socium, & heredem socii: ut scilicet lucrum & damnum, quod ex ante gesto dependet, cum herede in commune conferatur, *l. heres. 40. §. d. l. 65. §. morte. 9. in fine. ff. eod. tit.*

20 Sic quoque non frangit conclusionem nostram *l. tale pactum. 40. §. in ff. de pact. §. l. si pact. 9. in fin. ff. de probat. ubi scribitur: unumquemque tam hereditibus suis, quam sibi ipsis cavere & consulere censeat. Id namque locum habet & procedit, nisi contractum natura pactio-nem istam aversetur, quod in proposito themate fieri, ex rationibus supr. n. 16. §. seq. allatis constat. Arum. d. exercit. 15. th. 4. circa finem. Illudque accuratius explicat Timæus Faber *d. disputat. 24. ad Institut. thes. 13. sub lit. b.**

21 Adhuc minimè decisionem nostram enervat *l. qui negotiationem. 58. in princip. ff. de administrat. §. peric. tutor.* ubi Sævola asserere videtur: testatorem liberis suis, Pamphilo & Diphilo, mandasse: ut societatem à se inchoatam eodem modo exerceant, quo se vivo exercebatur. Etenim dupliciter respondetur: & primò quidem, quod ille defuncto nulla cura Pamphilo & Diphilo, liberis suis, societas fuerit: siquidem verba testatoris satis dilucide ostendunt, quod defunctus testator suam negotiationem per Pamphilum & Diphilum, liberis suis, exercuerit. Olim quippe Romani negotiationes per servos & libertos suos exercebant consueverunt, arguitur *l. si hoc factum. ff. pro socio. §. l. liber. 45. ff. de operis libertor.* Deinde respondetur: etiam he-

res non si socius, nec societas contractus ad heredes devolvatur: tamen inchoata à defuncto negotia per heredem explicari & perfici debere, *d. l. heres. 40. ff. pro soc.* Unde (ut §. antè monitum) diversissima sunt societas ad heredem transire: & heredem teneri negotia, per defunctum inchoata, perficere. De illo nostra instituta est disquisitio: de hoc verò accipit poterit opposita *l. qui negotiationem. 58. ff. de administrat. §. peric. tutor. Hunn. d. quest. 4. in fine.* In tantum præterea societas morte unius socii rumpitur: ut licet numero plures supersint: tamen societas inter superstites non perseveret: nisi in coeunda societate aliter conyenerit, *d. §. solvitur. §. in fine hoc tit.* Cujus rei hæc assignari potest ratio: quia plurium societas, si unus vel morte, vel renunciatione, vel alio solvendæ societatis modo deficiat, in suo utique statu integra non manet: quippe quæ non cum aliquibus tantum, sed certo hominum numero est contracta: ac proinde societas censetur indivisa, ut vel tota subsistat, vel tota continuò dirimatur: nisi initio aliter sit conventum. Siquidem non rarò id pacto fit, ut quatuor (verbi gratiâ) societatem inter se contrahant, ita ut quamdiu vel duo supersint, eadem societas permaneat. Pacta namque initio contractibus adjecta, eorum naturam mutant, *d. l. act. 65. morte. 9. ff. pro socio. d. §. solvitur. §. in fin. hoc tit. l. 1. §. si convenit. 6. ff. depositi.* Illudque enucleatè & copiosè explicat Schifordegber. lib. 3. ad Anton. Fabr. tract. 28. quest. 2. §. seqq. Adde Doctorem Martam tom. 3. Digestorum novissimorum, tit. Societas. cap. 16. §. seqq. fol. 305.

Tertiò sine negotio extinguitur societas. Si enim inter aliquos certæ rei vel negotii societas est contracta, simul atque finis negotio impositus est, ea finitur, *§. item si alicujus. 6. h. t. d. l. act. 65. §. item si alicujus. 10. ff. pro socio. Fürstl. Würtemb. erneuertes Landrecht, part. 2. tit. 6. §. ult. ibi, auch wann der Handel, fol. 254.* At hic tollendæ societatis modus non ad universalem, sed tantum ad particularem sive specialem societatem pertinet, nimirum quæ de certo negotio contracta est: ut si equorum vel jumentorum vendendorum societas sit inita, & jumenta perierint, vel rapina aut vi militum abducta sint: re sublata, societas tollitur, *l. si id, quod 58. in princ. ff. pro soc. d. §. item si alicujus. 6. hoc tit.*

Quartò societas publicatione omnium bonorum unius ex locis perimitur, *§. publicatione. 7. hoc tit. d. l. actione. 65. §. publicatione. quoque 12. ff. pro socio.* Ratio ejus rei à Justiniano & Paulo locis modo allegatis hæc adfertur: quia cum in ejus, cujus bona publicantur, locum, alius, scilicet fiscus, succedat, pro mortuo habetur: hoc est, quia publicatio bonorum nihil aliud est, quam mors civilis. In jure namque, antè Ulpiano, homines dupliciter moriuntur, *d. l. verum. 63. §. ult. ff. eod.* naturaliter, puta morte, de qua paulò antè dictum: & civiliter, puta servitute, & exilio sive deportatione, id est, maxima & media capitis diminutione: quo & publicatio seu confiscatio omnium bonorum refertur. Nam plerumque bona publicantur eorum, qui maximam & mediam capitis diminutionem patiuntur, *l. bona fidei. 31. in princip. ff. de positi. l. ultim. §. 1. ff. de interd. §. relegat. l. ultim. §. ultim. Cod. de sentent. pass. §. restitut.* Ceterum secus est in minima capitis diminutione, ut arrogatione vel emancipatione: quæ nullam representat mortem: adeoque eadem nec societas solvitur, *d. l. si id, quod. 58. §. si filiusfamilias. 2. d. l. actione. 65. §. societas. 11. in fine. ff. pro socio.* Rectè autem hic Imperator in *d. §. publicatione. 7.* indicat, necesse esse, ut universa bona socii publicentur. Si enim pars tantum bonorum publicata & adempta sit: societas non expirat: cum res adhuc sive bona supersint, in quibus, tanquam in materia, societas remanere possit. Cyprian. hic in vers. scilicet si universa, & Rutteribus. n. 4. in fin. pag. 490.

Postremo dissolvitur contracta societas cessione bonorum: si nimirum alius ex sociis, mole debiti seu rerum alieni prægravatus, bonis suis cesserit: nec refert, id ob publicatam privata debita fiat, *§. item si quis. 8. hoc tit. d. l. societas. 4. in fin. d. l. actione. 65. §. 1. ff. pro socio.* Ratio cessionis bonorum eadem videtur, quæ & publicationis & interdictis rei: quod videlicet societas, si bonorum & rerum societas. Rebus itaque, velut materia societatis, omnino peremptis.

emptis: etiam societas perimitur. Nam quemadmodum sine personis nulla societas intelligitur: ita nec sine rebus exerceri eadem potest. Quandam autem ipso jure societas cessione bonorum distrahitur: continuatione tamen voluntatis & consensus societatem renovari posse, propter futura bona, non dubitatur, *d. §. item si quis 8. in fine hoc tit.* Is enim, qui creditoribus suis bonis cessit, in posterum sibi acquirere non prohibetur, *§. ultim. infr. de actionib. l. is, qui bonis 4. §. l. qui bonis 6. ff. de cessione bonor.* Quamvis & opera illius, atque industria pro pecunia esse possit, *§. de illa sanè. 2. vers. Servius Sulpitius supra hoc tit.*

28 Porro cum egestas (per quam designat cessionem bonorum Modestinus in *d. l. 4. in fine. ff. pro socio.*) sequatur decoctionem: dubitari solet, utrum sola decoctione societas solvatur: an insuper cessio bonorum exigatur, atque adeo exui bonis decoctorem ante oporteat? Et non solà decoctione, sed cessione bonorum factà dissolvi societatem, relucet ex *d. §. 8. hoc tit.* ubi Imperatori Justiniano non sufficit, socios boni esse lapsos: sed aperte etiam requirit, ut socii bonis suis cesserint. Et ita, post alios, sentiunt Parisius *consil. 82. n. 40. l. 1.* Beneventus Stracca in *tr. de decoctionib. part. 3. n. 47. §. seq.* Mozzius in *tract. de societate. col. ult. sub tit. quomodo annullatur seu solvatur societas n. 6.* Schegk. in *delib. jur. disp. 19. thes. 15. ad lit. C.* Justus Mejer. in *disp. ad lib. 17. Pand. tit. 2. thes. 16.* Bachovius in *not. ad Treutler. disput. 27. thes. 11. vol. 1. p. 1039.* eumque referens D. Martinus Rümelin. *exerc. 15. ad Instit. thes. 17. sub lit. f. pag. 142.*

29 Cui non refragatur *d. l. 4. §. 1. ff. pro socio.* (qua lege motus contrarium statuere videtur Treutlerus *vol. 1. d. disp. 27. th. 1. lit. C.*) ex qua lege tale colligitur argum. Quicquid inducit egestatem, id finit societatem. Decoctio inducit egestatem. Ergo finit societatem. Verùm ad majorem bene respondet Mejerus *dicto loco*: quod non nisi limitata sit vera, hoc modo: Quicquid immediate inducit egestatem, id finit societatem. Majore sic limitata, minor (Decoctio immediate inducit egestatem) erit manifestò falsa. Non enim dum decoquit, sed dum bonis exuitur, egere decoctor incipit. Et certè quotidiana testatur experientia: decoctores (*Banquerottier*) splendide satis vivere, antequam bonis exuantur, & ita egere coeperint. Est igitur decoctio non proxima, sed remotior egestatis causa. Eadem de questione videantur *Heitor Felicius in tract. de societate. c. 34. n. 24. Plebst. disp. nov. antiq. 2. th. 70. in fin. §. Humm. in resol. ad Treutl. d. disp. 27. th. II. lit. C. p. 1740. §. seq.*

§. Socius socio 9. & ult.

Socius socio utrùm eo nomine tantum teneatur pro socio actione, si quid dolo commiserit, sicut is, qui deponi apud se passus est: an etiam culpæ, id est, desidii atque negligentiae nomine; quæsitum est? Prævaluit tamen, etiam culpæ nomine teneri eum. Culpæ autem nō ad exactissimam diligentiam dirigenda est. Sufficit enim, talem diligentiam communibus rebus adhibere socium, qualem suis rebus adhibere solet. Nam qui parum diligentem socium sibi adsumit: de se queri, sibi que hoc imputare debet.

S U M M A R I A.

- 1 Quid in actionem pro socio veniat.
- 2 Contractus societatis est bonæ fidei.
- 3 Nominis bonæ fidei quid in hoc contractu continetur.
- 4 Dolus operis est bonæ fidei contrarius.
- 5 Socius, præter dolum & culpam latam, præstat etiam culpam levem, non item levissimam.
- 6 Consideratio l. quod Nerva. 12. depositi.
- 7 Cur in societate levissima culpa non præstetur.
- 8 An & quatenus unus sociorum pro alio ad testimonium perhibendum admittatur.

Stendit in hoc §. Justinianus: quid in iudicium societatis sive actionem pro socio veniat. De quâ re hoc olim generaliter dicebatur: bonam fidem socium socio

præstare debere, *l. nemo 35. in fin. l. eam duobus 52. §. 1. ff. pro socio.* Est enim societatis contractus, & iudicium pro socio bonæ fidei, *§. actionum 28. infr. de actionib. l. in proposita 78. in fin. §. l. seq. ff. pro socio, cum similibus supra ad principium hujus tit. adductis, n. 5.* usque adeo, ut in eo fides exuberet, quemadmodum *Impp. Diocletianus & Maxim. rescripserunt in l. cum in societatis 3. C. pro socio.* Nominis autem bonæ fidei quid in hoc contractu continetur, quæstionis est: num dolo tantummodo, an verò etiam culpa? De dolo nulla unquam fuit controversia: quoniam is apertè bonæ fidei contrarius est, *l. ea verò 3. §. fin. ff. eod.* Ideoque si quid socius dolo commiserit: dubium non est ullum, quin eo nomine actione pro socio teneatur, *hoc §. §. l. adeo 59. in fine ff. d. tit.* Sed de culpa dubitatum contraversumque fuit, ut arguit *d. l. cum duobus 52. §. utrum ergo 2. ff. eod.* Et obtineit tandem, ut & culpæ nomine socius teneatur, ut hic, *§. d. l. §. 2. §. 2. & §. si qui societatem 11. §. l. socius socio 72. ex qua lege hic §. sumptus est. ff. pro socio l. si, ut certo §. 5. nunc videndum 2. ff. commodati. l. contractus 23. ff. de reg. jur.* At quam culpam socius præstabit? Constat enim, triplicem esse culpam: latam, levem, & levissimam, ut latius expositum ad *§. 2. n. 70. sup. de obligationib.* Et dicendum: præter culpam latam, socium levem etiam præstare debere, argum. hujus *§. §. dict. l. socius socio 72. ff. pro soc.* quibus in locis expressum est, culpam non esse dirigendam ad exactissimam diligentiam, id est, culpam hic præstandam esse non levissimam, sed levem tantum: idque ex generali illà ratione, quæ habetur in *dict. l. si, ut certo §. 5. 2. vers. sed ubi utriusque commodati: quod in contractibus, qui utriusque contrahentium gratiā celebrantur, vel in quibus utriusque utilitas vertitur, ut in empto, ut in locato, ut in dote, ut in pignore, ut in societate, non tantum dolo & lata culpa, sed & levis culpa præstetur.* Concordat jus renovatum *Wurtembergicum, part. 2. tit. 6. §. ein jeglicher, so der Gesellschaft zugehört, §. c. pag. 254.*

Nec obstat, quod is, qui eandem debet diligentiam rebus alienis, quam debet propriis, si eam in alienis non præstat, dolose agat, culpamque latam committat, *l. quod Nerva 32. ff. depositi.* Socius autem communibus rebus talem adhibere diligentiam teneatur, qualem suis rebus adhibere solet, per hunc *§. §. d. l. socius socio 72. ff. pro socio.* Ac ideo socius, si eam diligentiam communibus rebus non præstat, dolose agat: & consequenter de dolo & latà culpà duntaxat, non etiam de levi teneatur. Nam respondetur: majorem hujus argumentationis propositionem procedere in rebus omnino alienis, ut rebus depositis, de quibus *allegata lex 32. ff. depositi.* loquitur: non etiam in rebus communibus. Quare depositarius, si rebus alienis minorem, quam suis, adhibeat diligentiam, dolo sive fraude non caret. Socius verò, si minorem rebus communibus præstat diligentiam, dolo quidem & lata culpà caret: culpà levi non caret. Neque enim facile videri quis potest dolose versari in rebus, ad se proprie pertinentibus. Quod igitur lata culpa est in deposito; levis culpa in societate est, docente *Dn. Collegæ Bocero in Commentar. ad d. l. contractus 23. ff. de reg. jur. cap. 4. n. 116. §. seq. edit. 2. §. D. Hunno lib. 3. var. resolut. jur. civ. tract. 7. part. 3. quæst. 3. ad fin. Adde Timæum Fabrum in Commentar. de culpa in contractibus præstanda th. 2. 16. §. seqq. itemque Locamerum questionum juridicar. fasc. 40. quæst. 2.* Ratio porro, cur in societate levissima culpa haud præstetur, non solum illa est, quod in societatis contractu utriusque socii utilitas versatur, *d. l. si, ut certo §. 5. 2. vers. sed ubi utriusque ff. commodati.* sed & hæc ab ipso Imperatore hic in fine redditur: quod de se queri, sibi que imputare debeat, qui parum diligentem & industrum sibi socium elegerit: eum ejus conditionem & negligentiam aut sciverit, aut certè scire debuerit, arg. *l. qui eam alio 19. ff. de reg. jur.*

Tandem quasi coronidis vice queri potuit: nunquid unus sociorum pro alio ad testimonium recipiatur? Et, pro resolutione hujus quæstionis, inter socios distinguendum est. Aut enim duo sunt socii omnium bonorum: & tunc

& tunc respondetur, quod alter pro altero ad testimonium non admittatur: cum eadem causa reputetur & propria, l. 1 §. in propria 11. ff. quando appellandum sit, &c. Aut isti sunt focii unius rei: & tunc multum refert: quia aut erat controversia de aliâ re, quam de eâ, in qua erant focii. Et in hoc casu dicendum, quod unus bene admittatur pro alio ad perhibendum testimonium, l. 1 §. 1. ff. de test. Aut erat controversia de eadem re, in qua focii erant: & eo casu pronunciandum, quod unus quidem admittatur pro alio: cum id non reperiatur prohibitum in iure, argum. d. l. 1 §. 1. ff. d. tit. sed minor fides ei adhibeatur, quam aliis, argum. l. testium. 3. ff. eod. Atque ita diserte tradit Petrus de Bella Pertica, in suis quaestionibus. & decisionibus aureis sive singularibus. quest. 30.

DE MANDATO.

TIT. XXVII.

Principium Tit. & §. §§. seqq.

Mandatum contrahitur quinque modis: sive sua tantum gratia aliquis tibi mandet, sive sua & tua, sive aliena tantum, sine sua & aliena, sive tua & aliena. At si tua tantum gratia mandatum sit: supervacuum est mandatum: & ob id nulla ex eo obligatio, nec mandati inter vos actio nascitur.

§. 1. Mandati tantum gratia intervenit mandatum: veluti si quis tibi mandet, ut negocia ejus gereres, vel ut fundum ei emereres, vel ut pro eo sponderes.

§. 2. Tua gratia & mandantis: veluti si mandet tibi, ut pecuniam sub usuris crederes ei, qui in rem ipsius mutaretur: aut si volente te agere cum eo ex fidejussoria causa, mandet tibi, ut cum reo agas, periculo mandantis: vel ut ipsius periculo stipuleris ab eo, quem tibi deleget in id, quod tibi debuerat.

§. 3. Aliena autem tantum causa intervenit mandatum: veluti si tibi aliquis mandet, ut Titii negocia gereres, vel ut Titio fundum emereres, vel ut pro Titio sponderes.

§. 4. Sua & aliena: veluti si de communibus suis & Titii negotiis gerendis tibi mandet, vel ut tibi & Titio fundum emereres, vel ut pro eo & Titio sponderes.

§. 5. Tua & aliena: veluti si tibi mandet, ut Titio sub usuris crederes: quia si sine usuris pecuniam crederes, aliena tantum gratia intercedit mandatum.

SUMMARIA.

- 1 Mandati vocabulo quid significetur.
- 2 Mandatum vel publicum est, vel privatum.
- 3 De quo mandato in hoc titulo agitur.
- 4 Mandator & mandatarius quis dicatur.
- 5 Mandatarius hoc procurator est aut litium & causarum; aut rerum seu honorum.
- 6 Mandatarius quando differat a procuratore.
- 7 Mandati verbum unde derivetur.
- 8 Muni sive dextera est symbolum fidei.
- 9 Mandati definitio.
- 10 Mandatum esse contractum, ostenditur.
- 11 Mandatum in quo differat ab officio mandatarii.
- 12 Mandatarius sine mandato recedere nequit.
- 13 Mandatum qui ad sui perfectionem desideret: & intellectum, l. rei ex mandato §. ff. de acquir. ver. dom.
- 14 Mandatum etiam inter absentes fieri & suscipi potest.
- 15 Differentia inter contractum mandati, & mandata magistratu.
- 16 Mandatum ex officio & amicitia originem ducit.

- 17 Mandatum libere vel suscipitur, vel non suscipitur: ibique Boceriana mandati definitio taxatur.
- 18 Mandatum variis modis dividitur.
- 19 Mandatum expressum quid.
- 20 Mandatum non contrahitur per verba commendatoria.
- 21 Verus intellectus l. si literas 7. C. mandati.
- 22 Mandatum tacitum quid.
- 23 Mandatum aliud judiciale, aliud extrajudiciale.
- 24 Mandatum generale quid.
- 25 Mandatum cum liberâ quid.
- 26 Mandatum sine liberâ quid.
- 27 Mandatum generale cum liberâ tantundem operatur, quantum speciale in iis casibus, in quibus speciale exigitur.
- 28 Consideratio l. iurjurandum 17. §. ultim. ff. de iurejurando.
- 29 Delatio jurisjurandi speciale mandatum requirit.
- 30 Qua sit formula mandati cum liberâ.
- 31 Ad contrahendam matrimonium quale deficeretur mandatum.
- 32 Matrimonium, utpote indissolubile vinculum personis contrahentium injiciens, est summi prejudicii.
- 33 Periculum quo majus, eo cautius agendum.
- 34 Mandatum speciale quid.
- 35 Mandantis gratia quando interveniat mandatum.
- 37 Nemo alteri obligationem acquirere potest.
- 38 Si nihil plane inter sit mandatoris, negotium alterius expediri: mandatum non valet.
- 39 Mandanti & aliena causa quando mandatum interponatur.
- 40 Mandanti & mandatarii gratia quando contrahatur mandatum.
- 41 Aliena & mandatarii gratia quando mandatum interveniat.
- 42 Mandatum aliud determinatum, aliud indeterminatum.
- 43 Mandatum aliud proprium, aliud improprium.
- 44 Mandatum aliud purum, aliud non purum.
- 44 Mandare & mandatum suscipere possunt omnes, qui non prohibentur.
- 46 Qui prohibeantur mandare ratione potestatis.
- 47 Si quis licet non proprio, tamen alieno nomine mandare potest.
- 48 Ratione status mandare prohibetur infantes: & quare.
- 49 Pupilli quatenus mandare queant.
- 50 Ob vitium animi mandare impediuntur furiosi & prodigi.
- 51 Ob vitium corporis mandare vetantur muti & surdi.
- 52 Famula quatenus mandare possint.
- 53 Tam absentes, quam praesentes mandare queunt.
- 54 Procurator negotium suscipere alicui rursus demandare potest.
- 55 An deportatus mandare valeat.
- 56 Deportatus omnia retinet, quae sunt juris gentium.
- 57 Expositio & intellectus l. si mandavero 22. §. is, cujus §. ff. mandati.
- 58 Quatenus relegati bona publicentur.
- 59 Deportatus omnia amittit, quae juris sunt civilis.
- 60 Actiones quo iure introducta.
- 61 Deportatus cur servum manumittere nequeat.
- 62 Appellatione bonorum actiones continentur.
- 63 Consideratio l. 2. Cod. de bonis proscriptor.
- 64 Mandatum suscipere possunt & patres & filiofamilias.
- 65 Officium procuratoris judicialis publicum & civile est.
- 66 Filiofamilias in publicis causis pro patrefamilias habetur.
- 67 Qua actio detur, si pater negotium, quod filiofamilias a Titio demandatum erat, executus fuerit.
- 68 Conciliatio l. si filiofamilias 7. ff. de tutel. cum l. mandasti 46. ff. de negot. gest.
- 69 Aenoscere tutelam quid.
- 70 Mandatum suscipere possunt tam famula, quam mares.
- 71 An minoribus 25 annis, item servis negotia recte mandentur.

EX contractibus, qui solo perficiuntur consensu, reliquos est quartus, nempe mandatum. Mandati vocabulo significatur nonnunquam praeceptum Superioris: ut Dei Optimi Maximi, vel Magistratus, vel Patrum, vel similium: quod obtemperandi in se necessitatem continet. Et rursus in publicum, & privatum distinguitur. Publicum est, quod a Magistratu pro Imperio subditis fieri solet: cujusmodi olim erant mandata, quae Praefidis in Provincias prosectoris a principe dabantur: qualia etiam hodie censentur, quae in Aula Imperatoris, & Camera Imperiali quotidie extrahuntur. Et de publicis mandatis est tit. Codic. de mandatis Principum & Novell. 17. Privatum est, quod vel à patre liberis, vel à domino servis datur; & propriè jussus appellatur, l. 1. & tot. tit. ff. quod jussu l. 4. & passim. Cod. quod cum eo, qui in aliena potest, est negot. in verbo, jussu. Anson. Popma. lib. 3. de different. verbor. in verbo, jussu, &c. Ceterum tale non est illud mandatum, de quo hic tractatur. Hoc namque commissionem, ab amico voluntariè susceptam, denotat. Proinde qui fretus amicitia, quidpiam bonâ fide gerendum seu faciendum alicui committit, is mandans, vel mandator dicitur.

dicatur, l. inter. 26. §. non omnia. C. l. si quis. 27. §. 2. & l. seq. ff. mandati. l. si pro ea. 10. & l. ad comparand. 16. C. eod. §. 1. & §. mandatum non suscipere. 11. hoc tit. Qui verò aliquid faciendum sine mercede recipit, vulgò, ad imitationem legatarii, mandatarius, & procurator in jure vocatur, l. si remun. 6. §. apud Julian. 6. l. salarium. 7. l. si procuratorem. 8. in prin. §. 1. & §. 3. l. idemq. 10. §. 1. & seqq. ff. mandati. l. cum per procurator. 9. l. procurator. 11. §. l. seqq. ff. eod. Isque duplex perhibetur: aut litium & causarum: aut rerum sive bonorum. De illo præcipue agitur sub tit. Digestor & C. de procuratorib. & infr. tit. de iis, per quos agere poss. de hoc verò hic, & tit. ff. & C. mandati & is propriè, secundum interpretes, mandatarius appellatur, & ab illo differt, ut à genere species: ita ut omnis quidem procurator sit mandatarius: non autem vice versa, omnis mandatarius sit procurator. Andr. Clud. de condit. certi. c. 3. n. 61. eumque referens Hillig in Donell. enucleat. lib. 13. c. 11. lit. A. Tamen si id novissime improbet Justus Mejer. in Disput. ad lib. 17. Pandectar. tit. 1. th. 4. & D. Bocerus in hoc tit. num. 32. p. 462. idemque Richterus in tract. de contractib. disput. 12. th. 1. sub lit. a. p. 307. cum seq. Mandati verbum à manu data non insulse dictum videtur. Isidor. lib. 5. Etymolog. cap. 24. V. mandatum. Petr. Fab. ad l. semper qui. 60 ff. de reg. jur. Tum quia in mandatis dandis accipiendive, manus sibi invicem dari mos antiquitus erat: quem adhuc hodie in mutuis promissionibus vulgò observari videmus. Oldendorp. class. 4. act. 24. ab initio. Job. Emeric. à Rosbach. process. civit. tit. 20. num. 2. ex Azone in summa. C. mand. num. 7. Mynsing. hic. num. 1. & alii. Tum quia manus sive dextera, precis sibi erat symbolum, teste Livio & Cesare: unde manum dare, est dare fidem, fallere dextras, hoc est, fidem. Virgil. lib. 6. Aeneid. v. 6. 3. Quo facit etiam illud prov. 6. 6. vers. 1. ibi, depinxit manum, &c. 22. v. 26. ibi, designavit manus suas, &c. Tum denique quia negotium manus, id est, potestati datur ejus, qui gerere debet. Quà de re videant. quoque Bald. in rubr. tit. ff. mand. ibique Wesenbec. in Paratit. n. 2. Gaddes in Comment. in de contrah. & committ. stipulat. c. 3. num. 183. Chiflet. lib. 1. de jure fidei commiss. cap. 4. Ant. Guibert. de matrim. c. 4. n. 7. Hilliger. in Donell. enucleat. d. lib. 13. cap. 10. lit. 9. lit. b. B. & Stuck part. 1. exercit. Julin. decad. 12. assert.

Definitur mandatum contractus juris gentium, nominatus, bonæ fidei, nudo consensu initus: quo negotium aliquod gratis efficiendum, voluntariè suscipienti committitur, Eodem propè modo mandatum definit Philippus Knipschildt exercitat. Acad. 10. thes. 36. pag. 346. Dico, mandatum esse contractum, argum. hujus principii, & l. 2. in princip. ff. mand. l. contractus. 23. ff. de reg. jur. item l. 1. & l. si hereditatem. 32. ibi, & mandati obligationem. ff. mandati. ubi mandati obligatio dicitur. Atqui illa obligatio ex delicto non est. Igitur ex contractu ut sit, necessesse est. Sed & perspicue mandatum contractibus annueatur à Justiano Imp. supra in tit. de oblig. ex consens. & à Cajo in l. 2. ff. de oblig. & action. Imperitè ergo ac improprie nonnulli mandati genus faciunt officium, eo quod mandatarius negotium demandatum expediendo, fungi officio dicatur. Azo. Accursius, Barrol. Salicet. & alii ad rubr. ff. mandati, eosque citans Mozzius in tract. de man. c. 1. n. 7. Rectius namque genus mandati constituitur contractus: tum quia hoc genus propinquius est, ac specialius, quam officium: tum quia ad finem acque effectum mandati proprius accedit. Hoc liquidem agitur contractus mandati, ut mandatarius officium suscipiat, atque ad illud exequendum obligatus sit mandanti: & mandans vicissim obligatus sit mandatario, ad omnia ea refundenda atque restituenda, quæ mandatarius in expeditionem negotii sibi demandati impendit, l. si verò. 12. §. si mihi. 9. l. si quis. 27. §. impendia. 4. & l. qui mutuum. 56. §. ult. ff. mandati. Præterea mandatum ob officio mandatarii plurimum differt. Mandatum liquidem ad officium mandatarii se habet, ut causa ad effectum. Mandatum enim est illud ipsum, per quod officium mandatario defertur & inungitur, & ex quo mandatarius ad officium illud obeundum obligatur. Denique officium solius est mandatarii: mandatum verò ad utrumque tum mandantem, quam man-

datarium refertur. Ita bene sentiens Tressler. vol. disput. 27. thes. 1. ad lit. B. & inibi Hunnius in sua resolutione. pag. 1700.

Dico in definitione, juris gentium, argumento l. ex hoc jure. 5. ff. de justitia & jur. l. juris gentium. 7. §. 1. ff. de pactis. d. l. 1. in princip. ff. mandati. & l. 1. §. est autem emptio. 2. ff. de contrah. empt. Dico, nominatus: quia certum & proprium nomen habet, d. l. ex hoc jur. 5. ff. de just. & jur. d. l. juris gentium. 7. §. 1. ff. de pact. & l. 1. §. 2. in fine. ff. de rer. permutatione. Dico, bonæ fidei, argum. §. actionum. 28. infr. de actionib. l. itemque. 10. in princip. d. l. si verò. 12. §. si adolescens. 11. ibi, adversus bonam fidem. ff. mandati. l. si contra. 20. in fine. C. eod. Cui non obstat, quod mandatarius fines ac terminos mandati ne latum quidem unguem excedere possit: adeoque mandatum strictè juris esse videatur, §. is, qui exequitur. 8. infr. hoc tit. l. diligenter. 5. in princip. ff. mandati. Hoc enim rectè dicitur de executione mandati, obligatione & actione: hoc est, mandatum quidem strictè exequendum est, juribus modò allegatis: sed si mandatarius id in terminis executus fuerit, ad omnia mandanti obligatur, quæ ipsi præstari æquum & bonum est: & vicissim mandans obligatur mandatario ad omnium eorum præstationem quæ præstari æquum & bonum suadet, d. §. action. 28. infr. de actionib. Dico, nudo consensu initus. Quia mandatum ad sui perfectionem nihil quicquam, præter consensum, desiderat. d. l. 1. in princip. ff. mand. d. l. 2. in princip. ff. de obligat. & actionib. d. l. 1. §. 2. ff. de rer. permutat. & tot. tit. supr. de obligatio. ex consens. Nec obstat l. res ex mandato. 59. ff. de acquir. rer. domin. ubi Callistratus ait, rem mandato meo emptam non antè meam fieri, quam si mihi tradiderit eam, qui emit. Ergo mandanti obligatio re contrahitur, quippe traditione opus est. Nam respondetur: traditionem in d. l. 59. referri non ad mandatum, sed emptionem: quia emptæ rei dominium non transfertur sine traditione. Igitur neque mea fieri potest, nisi tradita mihi sit. At ex mandato est obligatio nudo, solumque consensu, docente hic Marcilio. Hincque fit, ut mandatum non solum inter præsentēs, sed & inter absentes per epistolam vel nuncium fieri & suscipi possit, d. l. §. 1. ff. mandati. Hinc etiam perspicitur differentia inter contractum mandati, & mandata Magistratus sive Principum: quod videlicet (ut & supra num. 2. monui) mandata Principum ab initio statim sunt necessitatis: contractus verò mandati ab initio sit voluntatis, & ex post facto demum necessitatis, l. sicut. 5. C. de obligat. & actionib. Dico, grati. Mandatum enim, nisi gratuitum, nullum est. Nam originem ex officio atque amicitia trahit, cui contrarium est merces. Interveniēte igitur mercede sive pecuniā: non mandatum, sed locatio & conductio contrahi intelligitur, l. 1. §. ult. l. ita ut omnes, 36. §. 1. ibi, cum mand. gratuitum. ff. mandati. & §. fin. infr. h. e. ubi id, annuente Deo, explicatur sumus copiosius. Dico præterea, voluntariè suscipienti. Quoniam (ut paulò ante diximus) mandatum ab initio necessitatem obtemperandi non imponit ei, cui factum est: sed liberè à quolibet vel suscipitur, vel non suscipitur, d. §. mandati non suscipere. 11. infr. hoc tit. l. si mandav. 22. §. sic. aut. l. 1. ff. mandati. l. in commodato. 17. §. sicut. 3. vers. voluntariè est enim. ff. commodat. Porro mandati definitioni appolui supr. n. 9. illa verba Juris gentium & bonæ fidei, &c. non ideo, quod necessariò fuerint addenda, aut quod demptis his definitio perfecta non esset: sed tantum majoris explicationis ac perspicuitatis gratia: quemadmodum Jurisconsultus valde familiare est, ut in suis definitionibus quædam exprimant, licet ea etiam implicite posita sint. Non igitur sat causæ habet Dn. Collega Bocerus cur hanc memoratissimamque Jurisconsultorum definitionem, ceu superfluum hic sub num. 8. pag. 459. carpat maxime cum alias nec Boceriana mandati definitio à superfluitatis vicio vindicari possit. Nam cum mandatum definitur contractus: ex omni autem contractu oritur obligatio: inde apparet, superfluum à Bocero, addi in definitione, sub n. 4. quod negotium illud honestum esse debeat, quod in mandatum venit. Nam per se plenum est: rei turpis nullum esse obligationem, l. impossibile. 125. ff. De Reg. jur.

juncta l. filius. 15. vers. namque facta ff. de condition. insti. Ita D. Bocerius semper culpatur in aliis, quod ipsemet in se non animadvertit.

- 18 Dividitur mandatum variis modis, secundum diversa genera causatum. I. Ab efficiente, in expressum, & tacitum. Expressum mandatum est, quod verbis expressis alicui conceditur: ut volo, rogo, mando, cupio, &c. ut hoc, vel illud facias. Et sanè qualiacunque verba, voluntatem mandantis significantia, intervenire possunt, l. 1. §. 2. ff. mandati. Cæterum per verba commendatoria mandatum non contrahitur. Hinc si tibi per epistolam commendavi amicum meum, & tu ei pecuniam credidisti: ex illa commendatione adversus me mandati agere non potes: quoniam commendandi magis hominis, quam mandandi causa, epistola scripta est, inquit Ulpianus in l. si vero. 12. §. cum quidam. 12. ff. eod. Quamquam pudor alicujus fortassis oneretur, si indignum commendaverit. Unde belle canit moneturque Horatius:

Qualem commendes, etiam atque etiam aspice: ne mox Incutiant aliena tibi peccata pudorem.

- 21 Sed & ea, quæ in venditionibus commendandi causa dicuntur à venditore, sic habentur, quasi neque dicta, neque promissa essent, l. quod vendit. 37. ff. de dolo malo. Non adversatur l. si literas. 7. Cod. mandati. ex qua colligi posse videtur: eum, qui literas commendatitias misit, ex commendatione ista obligari. Nam in ea lege non commendationis, sed mandati verba epistolæ fuerunt inserta. Id quod illis Imp. Gordianus verbis subindicat: *cujus mandatum securus es.* &c. Non ergo immerito actio mandati in specie illius legis adversus scribentem concessa fuit, Eaque de re videatur Vitalis de Cambanis in tract. clausularum §. enunciativa verba in epistolis prolata & Linglois in Comment. ad 50. decis. Justin. fol. 132. quæst. 4. hosque laudans D. Besold. in delib. jur. ex lib. 17. ff. quæst. 5. Tacitum mandatum est, quod non quidem verbis apertis, sed per silentium, patientiam, ratihabitionem declaratur: ut si, alio pro me fidejubente, aliudve negocium gerente, taceam: videor ei mandare, ut pro me fidejubeat, negociumve gerat l. si remunerandi 6. §. si passus 2. l. qui patitur 18. l. si pro te 40. & l. qui fide 53. ff. mandati. l. si fidejussor. 6. C. eod. l. licet 56. ff. de judic. Stuck. part. 1. exercit. Justin. dec. 12. assert. 9. lit. C. & K.

- 22 II. A causa materiali dividitur in mandatum ad negotia, & mandatum ad lites sive judicia: hoc est, in mandatum extrajudiciale, & mandatum judiciale, l. nam & 12. §. 1. seq. ibi, ad act. procurator. factus. ff. de pact. l. hoc jure 86. ibi, l. si procur. ff. de solut. l. filiusfam. 8. §. ult. & l. Paulus respondit 96. ff. de procurat. l. licet. 24. C. de rit. Paul. lib. 1. receptor. sentent. §. 1. ibi, procurator aut ad negotium &c. Et illud quidem qui administrat, plerumque mandatarius dicitur: qui vero hoc, procurator appellatur, l. salarium 7. & l. seq. ff. mandati. l. cum per procuratorem 9. C. eodem. quamvis non raro idem nomen etiam mandatario tribuatur, ut jam supra dictum, num. 5. Uterque enim procurator, hoc est, prudentiam & sollicitudinem in negotio conficiendo adhibet, l. 1. in prin. lib. servum 33. §. 1. ff. de procuratoribus, d. l. si remunerandi 6. §. apud 6. d. lib. idemque 10. in prin. ff. mandati Mejer. d. disputat. ad lib. 17. Pand. tit. 1. thes. 7.

- III. Ex eadem causa dividitur in generale, & speciale.

- 24 Generale mandatum est, quod sine ulla negotii definitione alicui committitur, & procuracionem omnium rerum sive universorum bonorum & negociorum habet, l. procurator, cui generaliter 58. l. mandato generali 60. l. procurator totorum 63. ff. de procuratoribus. l. illud 25. in fine ff. de minoribus. l. si remunerandi. 6. §. apud 6. thes. si omnium negotiorum ff. mandati. Mozz. in tractat. de mandato, c. 2. de divisione mandati n. 4. Althus. l. 1. Dialog. c. 83. n. 40. & seq. pag. 297. Idque rursus distinguitur in mandatum cum libera, quod negotiorum omnium administrationem nominatim, cum plena potestate, continet, d. l. procurator 58. ff. de procurat. l. creditor. 60. §. Lucius 4. ff. mandati. l. si procurator. 10. Cod. de procuratoribus. & mandatum sine libera, quod quidem administrationem negotiorum omnium, sed nudam tantum & simplicem

habet, nulla scilicet plenæ potestatis mentione facta, d. l. mandato generali 60. ff. eod. Et hoc cui datum est, ei 26 administrandi duntaxat potestas concessa fuisse videtur, non etiam transigendi, aut alienandi res tam immobiles quam mobiles, d. l. mandato 60. & d. l. procurator totorum 63. ff. eod. tit. Illud verò qui habet, non simpliciter tantum administrare, sed & alienare, vendere, exigere, novare, solvere creditoribus potest, omniaque ea facere, quæ dominus verisimiliter faceret, si adesset, §. quæ ratione 43. sup. de rer. divis. d. l. procurator. 58. & l. seq. de procuratoribus. l. quæ ratione 4. §. nihil autem interest. 4. ff. de acquir. rer. domin. Jul. Pac. cent. 2. évayrio Pharis. quæst. 47. Forst. jun. in tract. de pact. c. 5. p. 135. cum seqq. Knipschildt. exercitat. Academ. 10. q. 9. & 10. pag. 360. cum seq. late Hunnius lib. 3. var. resolut. jur. civ. tract. 7. parte 2. q. 1. Hucque referri poterunt, quæ annotavi 27 mus infra ad §. 1. tit. de iis, per quo agere possunt. 205. & aliquot seqq. Quin & tantundem valet ac operatur mandatum generale cum libera, quantum speciale, in iis casibus, in quibus speciale mandatum exigitur, per ea, quæ tradunt Baldus in l. illud 25. §. 1. ff. de minoribus. Angelus Aretin. in §. ult. n. 3. inf. de iis, per quos agere poss. Vantius in tract. de nullitatib. tit. de nullit. sent. ex defect. inhabilit. sett. mand. n. 87. Ruinus consil. 93. n. 6. l. 5. Decius consil. 430. col. 1. & consil. 69. col. 2. ateliam Cotta in memorab. incip. procurator generalis Tirac. de retr. lign. §. 1. Gloss. 13. n. 32. aliique plures, quos allegat. Quorum id. sententia licet minus probeatur Mozzio dicto cap. 2. num. 56. & Treutlero volum. 1. disp. 27. thes. 5. lit. A. eam tamen verissimam esse iudico, cum D. Hunnio in res. Treutleri d. l. 60. Etiam 28 in l. iusjur. 17. §. ult. ff. de jurej. habetur, mandatum cum libera & mandatum speciale ad hoc desiderari, ut procurator iusjurandum deferre possit: adeoque mandatum universale cum libera, & mandatum speciale, quod id delationem iusjurandi, æquiparantur. Atqui ad delationem iusjurandi speciale mandatum requiri certum est, l. iusjur. 34. §. 1. ff. d. rit. cap. ult. de juram. calum. in 6. Clement. non potest. 2. de procuratoribus. Igitur consequens est, quod 29 in iis, quæ speciale mandatum desiderant, tantundem mandatum generale cum libera, quantum speciale mandatum, operatur. Deinde ad transactionem speciale mandatum requiri, nec generale sufficere, constat ex d. l. mandato generali 60. ff. eod. c. per tuas 9. ibi, sine speciali mandato. ext. de arbit. & cap. qui ad agendum 4. vers. procurat. quoque de procuratoribus. in 6. At verò ad transactionem sufficere mandatum cum libera, arguit d. l. procurat 58. ff. d. rit. At hæc ad alienationem bonorum mandatum speciale esse necessarium, expressum est in d. l. procurator totorum 63. ff. de procuratoribus. Sed procurator, qui liberam habet bonorum administrationem, alienare potest, d. l. quæ ratione 9. §. nihil autem interest 4. ff. de acquir. rer. domin. Præterea formula atque tenor mandati cum libera hanc sententiam evidenter confirmat. Sic enim ea describitur in d. l. creditor. 60. §. Lucius. 4. ff. mandati: Concedo tibi de omnibus meis, ut vis, negociari: sive vendere vis, sive pacisci, sive emere, sive quodcumque operari, ut d. mihi no omnium meorum: ut omnia firma esse à te facta existimante, & non contrarium dicente tibi ad ullam operationem. Quibus ex verbis manifestum evadit, quod is, cui libera bonorum administratio est commissa, omnia ea habeat quæ speciale mandatum desiderant: ad id, ut non minus de bonis, fidei sue commissis, disponere queat, quam ipso domino permittitur.

Huic non obstat, quod ad contrahendum matrimonium, in quo exigitur speciale mandatum, non sufficit generale mandatum cum libera, argument. l. generali 34. ff. de rit. nupt. & c. fin. ibique Gloss. de procuratoribus. in 6. Respondetur enim primo: quod à matrimonio ad cetera, 30 quæ speciale requirunt mandatum, haud liceat argumentari: cum matrimonium (quod inter conjuges individuum vitæ consuetudinem inducit, & indissolubile vinculum personis contrahentium injicit, §. 1. supra, de patrit. potest. l. 1. ff. de ritu nuptiar.) summi sit præjudicii: ac proinde quo res majoris est periculi, eo cautius sit agendum, l. 1. §. sed & si quis 5. vers. nam vel magis considerandum. ff. de Carboniano editio. c. ubi potestatem a elect.

33 *elect. in 6.* Dein & illud respondetur: quod nos hic loquimur de procuratore: cui bonorum administratio commissa est. Matrimonii autem contractus ad bonorum administrationem non pertinet, *l. in copulandis. 8. Cod. de nuptiis.* Quamvis igitur procurator univerforum bonorum liberrimam habeat administrationem: non tamen integrum ipsi erit nomine sui domini matrimonium contrahere: quia fines & terminos sui mandati excederet, *contra §. is qui exequitur. 8. infra hoc tit. Humm. de resolut. ad Treutler. pag. 1717. Richter. d. disput. 12. th. 2. sub. lit. d. pag. 371.* Speciale mandatum appellatur, quod est unius alicujus & certæ rei, quo videlicet dominus unum aliquem actum expediendum, aut rem unam aliquam administrandam specialiter & nominatim expresseque mandat. *l. 1. §. 1. ff. de procuratorib. l. si procurator. 10. Cod. eodem. d. l. si verò. 12. §. contrario. 7. ff. mandati Althus. lib. 1. Diacolog. c. 83. num. 44. pag. 297.* Casus autem illos, qui speciale mandatum requirunt, post alios, diligenter recenset Mozzius, *d. cap. 2. de divif. mandat. num. 10. & multis seqq.* De quibus etiam disseruimus infra *ad d. §. 1. de iis, per quos agere poss. num. 241.*

IV. Ab objecto, seu fine distinguitur mandatum in id, quod vel mandantis, vel alienæ, vel utriusque simul, vel mandantis & mandatarii, vel alienæ & mandatarii gratia contrahitur, *per hunc textum nostrum, & l. 2. ff. mandati.* Mandantis gratia intervenit mandatum: veluti, si quis tibi mandet, ut negocia ejus gereres, vel ut fundum ei emereres, vel ut pro eo sponderes, *§. 1. hoc t. d. l. 2. §. 1. ff. eod.* Et sanè id velut fundamentum hic ponendum est: ut semper utilitas seu id, quod interest spectetur eorum, inter quos mandatum contrahitur, maxime verò mandantis. Nam si nihil intersit mandantis, negotium expeditur non verum mandatum sed consilium potius habetur: nec mandati actio competit, hoc principio nostro, *l. si procuratorem. 8. §. mandati 6. & audiemus in §. tua tantum gratia. 6. infra hoc tit.* Rectè autem mandantis potissimum utilitas spectatur: quia ejus quoque duntaxat periculo negotium geritur, *§. tua gratia. 2. hoc tit. l. Quintus Mutius. 48. §. 1. ff. mandati. Timæus Faber disp. 24. ad l. hinc. Imperial. th. 16. lit. a.* Alienæ causa intervenit mandatum: veluti, si tibi aliquis mandet, ut negocia Titii gereres, vel ut Titio fundum emereres, vel ut pro Titio sponderes, *§. aliena. 3. hoc t. d. l. 2. §. 2. ff. eodem.* Nec impedit hoc mandatum, quod aliena tantum utilitas hic versetur, nulla mandantis: quod tamen maxime in mandato requiri, modò dictum est. Mandantis namque hoc casu si non utilitas, periculum tamen subest: cum mandatum semper periculo mandantis contrahatur, & adversus eum actio mandati detur, *d. §. 2. hoc tit. d. l. Quintus 48. §. 1. ff. eod. & notat. hic Th. Marcilius ad §. 1. Nihil item movet, quod nemo alteri obligationem acquirere possit, l. stipulatio ista 38. §. alteri. 17. ff. de verb. oblig. Non enim alii, quam mandanti, ex hujusmodi mandato acquiritur actio: & soli mandanti mandatarius obligatur ad mandatum istud exequendum: quamquam utilitas hujus mandati ad alium, præter mandantem, redundet. Cæterum si planè non intersit mandantis, negotium alterius administrari: mandatum non valere, probabilius est: cum nemo alii, cujus juri subiectus non est, acquirere valeat, *argum. §. si quis alii. 4. & §. alteri. 18. supra de inutilib. stipulationib. Timæus Faber. d. disp. 24. th. 16. lit. c. Adde Bachovium. num. 2. pag. 821.* Utriusque simul, sive mandantis & aliena causa mandatum interponitur: velut, si tibi quis mandet, ut ipsius & Titii negocia gereres, vel ut ipsi & Titio fundum emereres, vel ut pro ipso & Titio sponderes, *§. sua & aliena. 4. hoc tit. d. l. 2. §. 3. ff. mandati.* Tum etenim & mandantis per se ac sua sponte, & Titii etiam interesse: ut possit Franciscum Hotomanum (ex quo plerique nomine ipsius suppresso, minus laudabiliter transscriptis) notavit hic Gerardus Tuningius, *pag. 643. in fine.* Mandantis & mandatarii gratia contrahitur mandatum: veluti, si Cajus mandet tibi, ut pecuniam tuam sub usuris credas Pamphilo, mutuo accipienti in ipsius Caji mandatis rem sive utilitatem. Hic primò mandantis causa mandatum fit: quia Pamphilus in rem & utilitatem ipsius mandantis mutuum accipit. Deinde mandatarii quoque gra-*

tia fit mandatum: quia is Pamphilo pecuniam credit sub usuris, hoc est, ut certum inde reditum præstet, *§. 2. hoc tit. d. l. 2. §. tua & mea. 4. ff. eodem.* Aliena denique & mandatarii gratia mandatum intervenit: veluti, si aliquis mandet tibi, ut Titio pecuniam sub usuris credas, *§. tua & aliena. 5. hoc tit. d. l. 2. §. tua & aliena. 5. ff. mandati.* Hoc in exemplo tua causa intercedit mandatum: quia tu credis pecuniam sub usuris, quas præstari tibi, tua interest, ut questum facias. Aliena verò causa, nempe Titii, mandatum interponitur, quia mandatur tibi, ut ipsi Titio credas, sique ejus necessitati succurras. Vide Hotomanum hic ad verba, ut Titio sub usuris, &c. & ipsius clancularium Sæctorem Tuningium, *pag. 644.*

V. Ratione formæ distribuitur mandatum, in determinatum & indeterminatum. Illud fines & limites certos habet, intra quos sese continere mandatarius debet: hoc nullis repagulis certis est circumscriptum, *argument. l. 3. §. ultim. & d. l. Quintus 48. §. ult. ff. mandati. Mozz. d. cap. 2. de divif. mandat. num. 68.* Sed & ratione formæ mandatum rursus aliud proprium, aliud improprium constituitur. Illud propriis mandati requisitis & proprietatibus insignitur, sique gratuito: hoc à naturâ mandati propriâ nonnunquam recedit, puta in quo aliquid remunerandi gratia alicui datur, vel quo quis procurator in rem suam constituitur, *l. licet. 42. §. ea obligatio 2. ff. de procuratorib. Gloss. Bartol. & alii in l. 1. ff. eod. Per Cossul. in l. si quis in rem. 34. ff. d. tit. Sibarid. in l. qui stipend. 9. n. 3. Cod. eod. hosque laudans D. Bocer. Class. 2. disp. 6. thes. 8. 9. & 95. edit. 2. Mozz. d. cap. 2. n. 87.*

VI. Ab Accidente dividi potest mandatum in purum, & non purum. Illud est, quod neque ex certo tempore, neque in certum tempus, neque sub conditione contrahitur: hoc verò, quod diem, tempus, vel conditionem annexam habet, *l. 1. §. 3. ff. mandati. §. mandatum & in diem. 12. infra hoc tit. Mozz. d. cap. 2. de divif. mand. n. 91. Jul. Pac. in epitome jur. disp. 14. th. 43.*

Potè cum mandare & mandatum suscipere sit ex genere permittorum: siquidem mandatum originem ex officio atque amicitia trahit, *d. l. 1. §. ultim. ff. mandati.* consequens est, mandare & mandatum suscipere posse omnes, qui non prohibentur, *argum. l. mutus. 43. §. 1. ff. de procuratorib. l. nec non & si 28. §. 2. ff. de quib. caus. majores 25. annis in integr. restit. l. cum prætor. 12. ff. de jud. l. 1. §. 1. ff. de testib. & similibus.* Prohibentur autem alii ratione potestatis: alii ratione ætatis: alii ob vitium vel animi, vel corporis. Ratione potestatis mandare prohibentur servi: sive sint in potestate hostium, sive in potestate dominorum. Licet enim hic contractus juris gentium sit, ut probatum supra num. 11. ejus communione etiam servi habent; *l. quod ætinet. 32. ff. de reg. jur. tamen quo minus servi mandare possint, rei naturæ impedit: propterea quod cum his jure civili nulla est efficax obligatio, l. cum servus. 54. in princip. ff. de reg. jur.* Quod vero de servo dicitur, eum mandare non posse: tum deum obinet, cum suo is nomine mandare capit, & proprio: non cum domini nomine, & alieno. Hoc etenim casu etiam servus mandare potest: sed ita, ut mandati actionem non sibi, sed vel domino, vel in dominum pariat, *initio tit. infra per quas person. nobis obligat. acquirit. l. si verò 12. §. planò. 3. ff. mandati.* Ratione ætatis mandare prohibentur infantes: quia consensu & iudicio carent. Et si enim consensum & iudicium habeam potentia: nondum tamen actu habent, nec in effectum eum producant, *l. 1. in princip. ff. de verb. obligat. d. l. obligari. 43. ff. de obligat. & actionib. Item quoque de pupillis iudicandum: nisi vel meliorem suam conditionem fecerint, & locupletiores fiant, *per princip. tit. supra de auctor. tutor. l. contra iuris. 28. in princip. ff. de pact. l. si quis 14. §. qui mandant. 15. ff. de religiof. & sumpt. fin. l. naturaliter. 13. in fin. ff. de condit. instab. vel tutoris auctoritate auctoritate mandant, argum. l. pupillus 189. ff. de reg. jur.* Ob vitium animi mandare impediuntur furiosi & mentis capti: quia horum consensus eo ipso, quod faciunt & dissipiunt, nullus est: cum ~~remaneat~~ delictum & quid utiliter, vel quibus mandare, discernere nequeant, *l. 2. §. 1. ff. de procuratorib. l. furiosi. 40. ff. de reg. jur.* Item de prodigo, cui bonis*

interdictum est, statuendum. l. Marcellus. 25. ff. de fidejussoribus. d. l. furiosi. 40. ff. de reg. jur. Denique ob vitium corporis mandare vetantur illi, qui a natura nec audiunt, nec loquuntur: adeoque animi sensa expresse declarare impediuntur. Aliud tamen juris in eo est, qui a natura vel mutus tantum vel surdus tantum, vel utrumque, sed casu exstitit: si modò intelligat, quid agat: & si id, quod intelligit, se agere palam demonstrat, d. l. mutus. 43. in prin. ff. de procurat. l. in quibuscumq. 48. ff. de obligat. & act. Hucque pertinent, quæ docui ad §. 1. n. 34. & seqq. infr. tit. de iis, per quos agere possumus. Reliqui igitur omnes mandare queunt: siue sint patresfamilias, siue filiofamilias, l. filiofamil. 8. in princip. ff. de procurat. l. in factum. 13. & l. obligari. 43. ff. de obl. & act. Mozz. d. tract. de mandat. c. 3. de person. inter quas cadere potest mandat. num. 7. siue item masculi, siue femine: quæ hujus contractus participes sunt, non quidem absolute & simpliciter: sed si suum negotium gerant. Pro alio enim intercedendo mandantes non obligantur, l. quanquam. 7. ff. ad Senatuscons. Vellejan. Quin & tam absentes, quam præsentis, mandare possunt: cum mandatam non ore tantum & verbis: sed per nuncium quoque & epistolam fieri queat, d. l. 1. §. 1. ff. mandati l. 2. §. 2. ff. de obligat. & actionib. initio tit. supr. de obligationib. ex consensu. Præterea non solum dominus alicujus negotii, jure mandare potest: sed & procurator negotium susceptum alteri rursus demandare potest, l. si procuratorem 8. §. si quis. 3. ff. mandati. l. si quis 28. ff. de negot. gest. Treutl. volum. 1. disp. 27. th. 2. lit. C. Quod de extrajudicialibus negotiis, de quibus maxime hic agitur, indistinctè verum est: alii in judicialibus quid juris sit, explicui ad d. §. 1. infr. de iis, per quos agere poss. num. 58. & seqq.

De deportato, utrum mandare possit, non parum dubitatur? Et non posse verius esse existimat Treutlerus, de disp. 27. thes. 2. sub. lit. A. volum. 1. ubi & alios citat. Sed plerique alii rectius statuunt, deportatum mandare posse, indeque sibi & obligationem & actionem acquirere. Tum quia deportatus ea omnia retinet, quæ sunt juris gentium, l. sunt quidam. 19. in fin. ff. de pan. l. deportatus. 15. ff. de interd. & relegat. Mandatum autem esse juris gentium constat. l. ex hoc jure. 5. ff. de justit. & jur. & similibus allegatis supra num. 11. Tum quia in l. si mandavero 22. §. 5. is, cujus §. ff. mandati. Paulus in hæc verba disertè scribit: is, cujus bona publicata sunt, mandare alicui potest, ut ea emat: & si emerit: utilis erit mandati actio, si non præstet fidem. Quod ideo receptum est: quia publicatis bonis, quicquid postea acquiritur, non sequitur fiscum. Quem textum de deportato (non item de relegato, ut censet Cujacius ad l. ejus, qui 8. ff. qui testament. fac. poss. Forcaul negotiantie dialog. 82. num. 6. Philipp. Matth. n. 15. & Stargius num. 16. ad l. ea sola 97. ff. de reg. jur.) accipi debere, inde patet, quod loquitur perspicue de eo, cujus bona publicata sunt. Atqui relegati bona non publicantur: sed ipse ea retinet, l. 1. & l. relegatus. 18. ff. de interd. & relegat. nisi expresse ac specialiter, salva civitate, bona universa, vel pars aliqua bonorum per sententiam ei adimatur, l. relegati 4. l. relegatus est. 14. §. 1. ff. eod. l. deportatorum 8. Cod. de pan. l. chirographis. 57. §. 1. ff. de administrat. & peric. tutor. cum similib. Verum si salva civitate bona sunt publicata: tunc non opus est utili actione: neque justa causa est, cur non actioni directe locus relinquatur. Cum autem in d. l. si mandavero. 22. §. 5. utilis mandati actio sit necessaria contra mandatarium, si non præstet fidem: ea non de relegato, sed de deportato accipienda erit. Quo si omnino evinceretur relegatum, cui omnia bona specialiter adempta sunt, non habere nisi utilem actionem, ut na d. l. 22. §. 5. de eo quoque intelligi possem non tamen ideo deportatus excludendus esset. Verba enim didi §. 5. ita se habere, ut utriusque convenire queant.

Non obstat, quod deportatus omnia amittat, quæ juris civilis sunt, d. l. sunt quidam. 17. §. 1. ff. de panis. Actiones autem sint jure civili introductæ, l. 2. §. deinde ex his. 6. ff. de orig. jur. Nam actiones quoad conceptionem & formam esse juris civilis, quoad originem verò juris gentium, latius probavimus ad princip. tit. infr. de actionib. num. 15. & seqq. Idque post alios, eleganter demonstrat.

Dn. Collega Besoldus in Commentar. ad l. §. num. 7. ff. de justit. & jure. Atque hinc merito deportato, non directæ, sed utiles actiones conceduntur, d. l. 22. §. 5. ff. mandati & utilibus quoque actionibus convenitur, d. l. relegatus est. 14. §. ultim. ff. de interd. & relegat.

Neque refragatur, quod deportato permissum non sit, ut servum manumittat, l. 2. ff. eod. tit. tametsi manumissio sit juris gentium. l. manumissiones. 4. ff. de justit. & jur. initio. tit. supr. de libertinis. Etenim deportatus eatenus non amittit ea, quæ sunt juris gentium, quatenus fisco damnum & fraudem non infert: quod in manumissione contingeret, l. deportatus. 15. ff. de interd. & relegat.

Nihil quoque resistit, quod appellatione bonorum actiones continentur, l. bonorum. 49. in fine ff. de verbor. significat. ac proinde confiscatis siue publicatis bonis, & actiones confiscatæ atque publicatæ censentur. Hoc siquidem argumentum procedit in actionibus, ante publicationem quæsitis, non verò in actionibus, post deportationem quærendis & quæsitis, de quibus loquitur Paulus in d. l. si mandavero. 22. §. 5. is, cujus §. ff. mandati.

Cui minime contradicit Imper. Alexander in l. 2. C. 63 de bonis præscripte. ex qua colligi posse videtur, quod deportatus non solum omnia bona, quæ tempore deportationis habuit, amittat: sed etiam universa illa, quæ postea quandoque acquisierit, fisco acquirat. Bona enim, quæ post condemnationem acquisivit deportatus, non publicantur, aut fisco sequuntur: quamdiu deportatus vivit: ideoque illorum nomine utilem actionem habet, d. l. 22. §. 5. ff. mandati. sed eo mortuo, devolvuntur ad fiscum: adeo: ut deportatus heredem habere nequeat: unde in d. l. 2. dicitur: sed & hæc publicabuntur. Quod tamen hodie fallit, si superstites sint liberi aut parentes ipsius deportati, quibus personis Justinianus bona relicta tribuit. Novell. 134. cap. ultim. §. ut autem &c. Atque ita sentiunt Costatius ad d. l. 22. ff. mandati, ibique Dna. ren. cap. 2. Pacius cent. 4. évayrio Παρῶν. quest. 87. & seq. Robertus disputat. 17. thes. 12. Arumens exercitat. Justin. 15. thes. 7. Hilliger. in Donell. enucleat. lib. 17. c. 4. lit. G. §. arceri item, &c. Mejer in disputat. ad lib. 17. Pand. tit. 1. thes. 10. n. 11. Bachovius in not. ad Treutler. d. disp. 27. vol. 1. & noviter Knipschild d. exercit. Acad. 10. q. 12. p. 363. nec non Richter d. disp. 12. thes. 1. sub. lit. b. p. 950.

Mandatam suscipere possunt similiter non solum patresfamilias, sed & filiofamilias, l. si verò. 12. si filiofamilias §. cum §. seq. & l. penult. ff. mand. l. mandasti. 46. ff. de negotiis gest. Et merito sane: quia filiofamilias etiam procuratores ad lites constitui absque consensu patris possunt, l. filiofamilias. 8. in fine principii. ff. de procurator. c. qui generaliter, §. §. 1. eod. in 6. Hujusque ratio est evidens: tum quia filiofamilias etiam patris potestati est subiectus: liber tamen homo est, & civis Romanus: nec ulla prohibitio, de filiofamilias procuratore non constituendo, in jure reperitur. Tum quia officium procuratoris judicialis publicum est & civile, l. 2. ff. de reg. jur. At filiofamilias in publicis & civilibus causis pro patrefamilias habetur, l. filiofamil. 9. ff. de his, qui sui vel alien. jur. sunt. l. ille, a quo. 13. §. ult. junct. l. seq. ff. ad senatusc. Treb. hinc questio satis dubia exorta est: si pater negotium, quod filiofamilias à Titio demandatum erat, executus fuerit: quænam actio detur: mandati, an negotiorum gestorum? Et rectè Africanus J.C. in d. l. mandasti 46. ff. de negot. gest. inspicendum putat, qua mente pater mandatam, quod filio Titius dederat expleverit. Nam si in gratiam Titii mandantis, ejusque contemplatione mandatam pater explevit: tum inter mandatam Titium & mandatarii patrem est ultro citroque actio negotiorum gestorum, perinde atq: si nullum mandatam intercessisset: quia et si intervenit mandatam, non tamen inter patrem & Titium mandantem, sed inter mandantem & filium intervenit: ac proinde inter hos mandati actio erit. Quod si pater in gratiam filii explevit mandatam, liberanda ejus fidei causæ inter patrem & filium nulla actio esse potest, propter vinculum patris potestatis: inter patrem & Titium mandantem nulla etiam actio est ex ipsorum persona: sed est ex persona filii, ultro citroque actio mandati, Titio directa

directa de peculio, patri contraria in solidum: eademque esse inter Titium & filium in solidum.

68 Cui non repugnat *l. si filiusfamilias. 7. ff. de tutel. ubi* Ulpianus ait, patrem etiam teneri in solidum, si agnoverit tutelam demandatam filio, id est, si gesserit, vel gerenti consenserit. Scitè enim Jacobus Cujacius in *d. l. 46. ff. de negoc. gest. tract. 7. ad African.* eumque laudans Hunnius in *resolut. ad d. disput. 27. Treutleri thes. 2. lit. B. pag. 1706.* respondent: duos esse casus distinctos atque diversos; si gesserit pater, & si filio gerenti consenserit. Quod ad priorem attinet: in casu *dict. l. 46.* pater gessi filii gratia, non verò mandantis: & ideo mandanti suo nomine obligari non potuit: sed filii tantum nomine de peculio. At in casu *dict. l. 7. ff. de tutel.* pater gessit pupilli gratia & ideo is pupillo tenetur in solidum, non quidem tutelæ, sed negotiorum gestorum. Quod ad posteriorem attinet casum: in specie *dict. l. 46. ff. de negoc. gest.* nihil gessit filius: sed in specie *dict. l. 7. ff. de tutel.* filius gessit tutelam, patre agnoscente tutelam, id est, agnoscente periculum tutelæ.

69 Nec enim aliud est, agnoscere tutelam, quam agnoscere periculum tutelæ. Quare pater suo nomine tenetur, quasi iussor, vel quasi fideiussor. Patre autem non agnoscente periculum tenetur de peculio duntaxat; *l. Lucius 21. ff. de adm. & peric. tutor.* Consensus igitur, id est, scientia, patientia, taciturnitas patris, non obligat patrem in solidum, *d. l. Lucius* imò nec cohortatio vel admonitio sola bene gerendæ tutelæ, *d. l. l. filiusfamilias. 7. in fine ff. de tutel.* sed consensus expressus quasi periculi receptio est, & obligat patrem in solidum *d. l. si filius. 7. ff. eod. & d. l. Lucius. 21. in fin. ff. de adm. & peric. tutor.* Cæterum secundum distinctionem *dict. l. mandati 36. ff. de negoc. gest. accipienda* est, *d. l. si vero. 12. §. si filiosimil. 5. & seq. ff. mandati.* Mandatū filiosimam, ut creditori tuo solveret ego solvi. Lex ait, te mihi teneri mandati actione: hoc ita, si contemplatione filii solvi. Nam si tui gratia solvi: teneris actione negotiorum gestorum. Quid verò, si post mancipationem filii solvi? Et ait eadem lex, esse negotiorum gestorum actionem: in filium scilicet, si contemplatione ejus solvi: in te, si tui contemplatione. Ita nervose docet Cujacius loco præalleg.

70 Mandatum præterea suscipere possunt tam feminæ, quam mares, *l. ait prætor. 3. §. 1. ff. de negoc. gest. l. sed etsi. 7. §. 1. ff. de in iustor. actionib.* Nec tanè uspiam feminæ mandatum suscipere prohibentur, modo sit tale, quod personæ ipsarum conveniat, hoc est: non contineat virile aliud quod offi. i. m., quo mulie es remouentur, *l. 2. ff. de reg. jur. l. 1. & 2. ff. ad SC. Vellejanum.* Sed & minoribus 25. annis negotia possunt mandari, *§. iuxta. 5. in fin. sup. quib. ex caus. manum non licet. l. cum mandata. 23. ff. de minorib.* ad eod. quidem; ut, si quis minori mandaverit, ut sua negotia gereret: ex ejus persona in integrum restitui nequeat, *d. l. 23. in fin. nisi fortassis minor sua sponte negotio illius intervenerit: ne majori hac ratione damnum accidat, l. quod si minor. 24. in princip. ff. de minorib.* Planè ex præceptum numero non est servus, nec is quidem, qui bona fide nobis servit: quia non libera voluntate rem sibi mandatum exequitur, sed quasi ex necessitate servili, *l. & qui natura 19. §. 2. ff. de negoc. gest.* Quod si tamen verus servus ex hujusmodi mandato suscepto fortè solvissit: actio mandati adversus mandantem datur, non quidem servo, sed domino ejus, *d. l. si vero. 12. §. 3. ff. mandati.*

§. Tua tantum gratia. 6.

Tua tantum gratia intervenit mandatum: veluti si tibi mandet, ut pecunias tuas in emptiones potius prædiorum colloques, quam fœneres: vel ex diverso, ut pecunias tuas fœneres potius, quam in emptiones prædiorum colloques. Cujus generis mandatum, magis consilium, quam mandatum est; & ob id non est obligatorium: quia nemo ex consilio mandati obligatur, etiamsi non expediat ei, cui mandabatur: cum liberum cuique sit, apud se explorare, an sibi expediat, consilium.

Hamprecht ad Institut. Tom. III.

Itaque si ociosam pecuniam domi te habentem hortatus fuerit aliquis, ut rem aliquam emereres, vel eam crederes: quamvis non expediat, eam tibi emisse, vel credidisse, non tamen tibi mandati tenetur. Et adeò hæc ita sunt, ut quaesitum sit, an mandati teneatur, qui mandavit tibi, ut pecuniam Titio fœnerares: sed obtinuit Sabini sententia, obligatorium esse in hoc casu mandatum: quia non aliter Titio credidisses, quam si tibi mandatum esset.

S U M M A R I A.

- 1 Mandatum solius mandatarii causa factum, magis consilium est, quam mandatum, ac proinde non obligatorium.
- 2 Nemo consilium sequi cogitur.
- 3 Consilium in quo differat à mandato.
- 4 Consilarii quatenus conveniri possint.
- 5 Declaratio *l. si remunerandi. 6. §. 5. mandati.*
- 6 Conciliatur *d. l. 6. §. 5. ff. eod. cum l. 1. §. ultim. ff. de negoc. gestis.*
- 7 Mandatum quomodo à consilio sit distinguendum.

Mandatum solius mandatarii causa factum, est super-
vacuum: imò hujusmodi mandatum magis consilium, quam mandatum, putandum est: ac propterea nulla obligatio, nec mandati actio inter mandatarium & mandantem nascitur, per principium hujus tit. & hunc §. nostrum. *l. 2. in princip. & §. tua autem. 6. & l. si remunerandi. 6. §. planè 5. ff. mand. l. consilii 47. ff. de reg. jur. c. nullus. 62. eod. tit. in 6.* Exempli gratia: Mandavit tibi quisquam, ut pecunias tuas ociosas vel steriles in emptiones prædiorum potius colloques, quam fœneres: vel è contrario, mandavit tibi, ut pecunias istas tuas fœneres potius, sive sub usuris credas, quam in emptiones prædiorum colloques. Ex hoc mandato nulla tibi adversus mandantem datur actio. Non consilium potius tibi dedisse, quam mandasse intelligitur. Si itaque tu damnum ex tali mandato es passus: tibi hoc, non verò mandatori imputare debes. Neque enim tenebaris mandatum illud, quod tua tantum gratia factum erat, exequi, per tritam illam regulam, qua dicitur, neminem cogi consilium sequi, quod ab aliquo petit, *cap. cum olim. 7. ubi pulchra Gloss. & communiter Canonistæ. exi. de arbitris.* Multum igitur differt à mandato consilium. Etenim qui consilium dat, non suam, sed alterius utilitatem spectat: ut contra, qui consilium accipit, suum negotium gerit. Qui verò suscipit mandatum, non gerit suum, sed alienum negotium. Sic qui consilium accipit: & probat: idem improbare potest. At qui semel suscipit mandatum, id non repudiare potest amplius, sed perficere tenetur, *§. mandatum 1. r. infr. hoc tit.* Quamobrem neque obligari, neque conveniri Consilarii possunt; nisi ex consilio fraudulento, actione de dolo, *l. idemque. 10. §. si qui ea. 7. ff. mandati. d. l. consilii. 47. ff. de reg. jur. d. c. nullus. 62. ibique Peckius num. 9. eod. in 6. Hackelinian. illustr. questio. disput. 9. thes. 17. lit. C.* Sanè si ego tibi aliquid tua gratia mandavero, hocq; mandatum, sive potius consilium tanti apud te fuerit ponderis, ut alius non fuisses factururus, nisi mandassem: hoc casu mandati actio tibi mecum erit, per textum clarissimum in *d. l. si remunerandi. 6. §. planè 5. ff. mandati.* ubi Ulpianus in hæc verba respondit: Planè si tibi mandavero, quod tua intererat: nulla erit mandati actio: nisi mea quique interfuit: aut si non esses factururus, nisi ego mandassem, & si mea non interfuit, tamen erit mandati actio. Qui proinde textum circa cavillationem & divinationem manifestam, neutiquam eo de casu accipi poterit (ut opinantur Donellus lib. 13. *Comment. de jur. civ. cap. 10. pag. 167.* Humanius lib. 3. *resolut. jur. civ. tract. 7. parte 4. q. 2. vers. item planè respondendum. &c. Knipschildt exercitat. Acad. 10. quest. 16. p. 366.* alique nonnulli) quo non simpliciter mandatarii solius causa, sed & alterius gratia mandatum intercessit. Siquidem in *§. 4. proximi præcedente* hæc species, mandatum tibi, ut Titio credas, tractatur: ideo non dubium est ultimum, quin in *d. §. 5. de alia specie*, qui omnium mandatarii solius causa mandatum est contractum, agatur.

Quod maxime procedit, & verum est, si certo appareat, ac de eo testatus sis, quod si ego non mandassem, tu nunquam facturum esses. Verbi gratia: constituisti emere fundum. Ego dissuasi emptionem: mandans, ut sceneres potius. Tu aperte profiteris, non nisi mandato meo permotum te scenerare. Si res male cessit, ego mandati teneor. d. l. si remunerandi. 6. §. planè. 5. ubi Gloss. ff. mandati. Atque ita tradunt Salicet. & Bartol. in d. l. 3. §. tua autem ff. eodem ibique Wesenbec. in Paratit. num. 7. Mozzius in tract. de mandato. cap. 2. de divis. mandati, circa finem. Dynus in d. c. nullus. 63. num. 2. & 3. de reg. jur. in 6. Decius in d. l. consilii. 47. ff. de reg. jur. num. 4. ibique Hippolytus à Collib. nec non Philipp. Matthæus num. 3. Sturcius num. 25. Menoch. lib. 2. cent. 4. de arbit. jud. quest. cas. 351. Mynsinger. hic num. 4. Bachovius num. 1. pag. 823. Henon. disp. 17. ad Instit. controvers. 9. & Hilliger. in Donell. enucleat. lib. 13. cap. 10. ad lit. l.

Neque dictæ l. 6. §. planè. 5. ff. mand. refragatur l. ait praesor. 3. §. ultim. ff. de negot. gest. ubi mandati actio datur etiam ei, qui sua sponte facere proposuerat. Nam in utraque lege diversa species est, Etenim in d. l. §. ultim. ff. eod. non gratia mandatarii duntaxat, sed gratia tantum aliena fuit mandatum, hoc utique casu rectè ab Ulpiano respondetur, mandati actionem competere: etiamsi sine mandato aliena negotia mandatarius gesturus fuisset. Secus autem est, mandatarii tantum gratia mandatum est interpositum. Tunc enim mandati actio non conceditur mandatario, si is sua sponte idem facturus fuisset, argum. d. l. si remunerandi. 6. §. 5. ff. mandati. Sic porro mandatum à consilio distinguendum est: ut consilium censetur, si indefinite fiat, & certa persona designata non sit: contra videatur mandatum, si persona certa sit expressa. Exempli gratia: Mando tibi, ut pecuniam tuam foenori des, est consilium: mando tibi, ut pecuniam tuam foenori des Titio, est mandatum, proindeque obligatorium. Quamquam ea de re quædam inter veteres Jurisconsultos fuerit pugna. Proculiani namque in utroque casu consilium esse contendebant: Sabiniani verò prædicto modo distinguebant. Et Sabinianorum sententia tandem obtinuit, ex illa ratione: quia non aliter (ut ait hic in fine Imperator) Titio credidisses, quam si tibi mandatum esset: hoc est, quia certæ personæ designatio aliquam utilitatem mandantis; qui tali personæ consultum voluerit, continet, d. l. si remunerandi 6. §. si tibi mandavero. 4. & l. si procuratorem. 8. §. mandati. 6. ff. eod. Quarum legum inter se dissensionem conciliationem vide apud Jacobum Cujac. lib. 17. observ. cap. 29 Adde Georgium Franzkium exercitatus. jurid. 11. quest. 6. pag. 358. & seqq.

§. Illud quoque. 7.

Illud quoque mandatum non est obligatorium, quod contra bonos mores est: veluti si Titius de furto, aut de damno faciendo, aut de injuriâ faciendâ mandet tibi. Licet enim poenam illius facti nomine præstiteris: non tamen ullam habes adversus Titium actionem.

SUMMARIA.

1. Mandatum rei turpis, aut quod contra bonos mores est, nullius momenti est.
2. Damnum, quod sua quis culpa sentis, non alteri imputandum: Et consideratio l. 3. §. 2. ff. de in rem verso.
3. Mandatum rei turpis, vel jure prohibita non subsistit, etiamsi juramentum interveniat.
4. Sententia cap. cum contingat. 28. ext. de jurejurand. & cap. de pact. in 6.
5. Non entis nullæ sunt qualitates.
6. Omne juramentum divina ordinationi contrarium, est nullum.
7. Beneficium & sensus l. 1. & auth. sacramenta puberum. c. si adversus vendit.
8. Contractus ipso jure nullus, improprie contractus dicitur.
9. Ab illis mandatis paria eadem, qui mandatarius, affici debet.
10. Injuriarum tractus non tantum is, qui injuriam facit, sed & qui illam fieri mandavit.

11. Mandator cadis pro homicida habetur.
12. Damnum dare, & delictum patiari quis intelligatur.
13. Nunquid statutum, homicidium puniens etiam etiam locum habent in mandante.
14. Jura municipalia interpretationem recipiunt ex jure communi.
15. Mens statuentium verbis praesertur.
16. Delicta puniri, Reipubl. interest.
17. Quatenus rei flagitiosæ nullum sit mandatum.
18. Utamur mandans hominem vulnerari, si eum mandatarius occiderit, ordinaria legis Cornel. de sicariis poena teneatur.
19. Lex Cornelia dolum tantum recipit, non culpam.
21. Intellectus l. nihil interest. 15. ff. ad leg. Cornel. de scar.

Mandatum, quod contra bonos mores est, non est obligatorium, auctore hic Justiniano. Ut enim societas, l. quod autem. 53. & l. nec prætermittendum. 57. ff. pro socio. ita & mandatum rei turpis aut inhonestæ nullum est, l. si remunerandi. 6. §. rei turpis. 3. l. si vero. 12. §. si adolescens. 11. & l. si mandavero. 22. §. qui eodem 6. ff. mandat. Quare si furtum Titio mandante admiseris, & ab eo, cui furtum fecisti, conveniaris, sicque ad poenam condemnaris: actionem mandati contrariam adversus Titium mandatorem non habebis: cum nulla implendi mandati necessitas tibi incubuerit, rei que turpis mandatum suscipere non debueris: atque ita damnum, quod tua culpa sentis, non mandanti Titio, sed tibi sit imputandum, c. damnum. 86. de reg. jur. in 6. l. quod quis. 203. ff. de reg. jur. Neque obstat, quod iisdem casibus actio de in rem verso est, quibus procurator habet actionem mandati. l. 3. §. & regulariter. 2. ff. de in rem verso. Atqui de in rem verso actio est, etiamsi quid datum sit ob rem turpem, d. l. 3. §. nec non 6. ff. eodem. Nam respondetur: aliud esse in homine libero, ut hic: ubi ob rem turpem actio mandati non est: aliud in his, qui sunt in potestate, ut in d. l. 3. §. 6. in servo, qui mutuatus nummos, ut domino daret abufuro ad rem turpem. Quippe liber homo alteri non cogitur sic dare: servus pro servitii jure hoc debet, ut & libertus officium facere: de quo videatur hic Marcellus. Et sanè non solum rei naturâ turpis, sed & jure atque legibus prohibita mandatum non subsistit, etiamsi juramentum interveniat: c. non est obligatorium. 58. de reg. jur. in 6. l. jura gentium. 7. §. & generaliter. 16. ff. de pact. l. si quis inquilinos. 112. §. pen. & ult. ff. de legat. 1. l. non dubium. 5. C. de legib.

Cui non obstat cap. cum contingat. 28. ext. de jurejur. & c. quamvis. 2. de pactis in 6. ubi pactum, jure civili prohibitum atque illicitum, si juramento fuerit confirmatum, dicitur subsistere atque servandum esse. Licet enim jure canonico hoc ita sancitum sit: contrarium tamen jure civili receptum, & rationi, & æquitati magis est consentaneum, d. l. non dubium. 5. Cod. de legib. Juramento confirmari aut convalidari nequeat: hæc etiam ratio accedit, quod omne juramentum, divinæ ordinationi repugnans, nullius sit momenti, ac bona conscientia servari non possit, argument. d. c. quamvis. 2. in fine de pactis in 6. & d. c. cum contingat. 28. in fin. de jurejurand. Tale autem juramentum esse, quod legibus civilibus repugnat, clarescit ex cap. 13. ad Roman. vers. 2. 4. 5. Hoc itaque in puncto non juri Pontificio, sed potius civili, standum atque inherendum est: ut quod ad jus divinum propius accedat, & conscientie melius consulat, d. c. Rom. 13.

Neque refragatur l. 1. & auth. sacramenta puberum. Cod. si adversus venditionem. ubi aperte constituitur: contractum minoris juratum omnino servandum esse, nec citra perjurii crimen violari posse: cum tamen contractus ille, absque curatoris auctoritate & consensu initus, illegitimus fuerit, jureque improbarus. Etenim d. l. 1. & auth. subiecta loquuntur de contractu minoris valido, qui videlicet initus fuerit à minore, curatorem non habente: aut habente curatorem, qui consensum suum & auctoritatem interposuerit. His si quidem casibus contractus non est jure civili invalidus: sed

sed omnino subsistit: quamvis per in integrum restitutionem rescindi & infirmari queat. Ad quam in integrum restitutionem excludendam facit iuramentum, hocque operatur, ut contractui aliàs licito atque legitimo minor stare cogatur; nec in integrum restitutionis beneficium implorare valeat. Quod autem d. l. 1. §. 1. *auth. subiecta* agant de contractu, ipso iure subsistente, inde patet, quod Fridericus Imper. in d. *auth. sacram. puber.* expressè loquitur de contr. puberum. At qui contractus ille, qui ipso iure nullus est, non nisi abusive & improprie contractus dicitur. Deinde loquitur Imp. de contractibus non retractandis. Contractus verò: qui ipso iure nulli sunt, improprie & abusive retractandi dicuntur. Rectè ergo concluditur, quod mandatum de re turpi & illicita, adeo nullius momenti existimetur: ut ne quidem iuramento obfirmatum vires recipiat. *Trentler. disput. 27. thes. 3. ad lit. F. volum. 1. ibiq. Humius in suâ resolut. pag. 1709.* Porro de vario intellectu dicte *Auth. sacramenta puberum,* inspicitur quoque Iustus Springerus in tractat. de pace religionis. cap. 3. pag. 36. §. seq.

9 Sed an delictum mandans poena eadem, qua mandatarium, qui mandatum executus est, affici debeat, inquirendum est? Et affici debere, constat ex l. si quis id. 7. §. ultim. ff. de iurisdic. ubi eadem poena albi corrupti infligitur ei, qui corruptum album, & illi, qui corrumpere mandavit, item ex l. 1. §. 1. ff. de eo, per quem factum erit, &c. ubi uterque & mandans & mandatarium poena edicti ordinaria plectitur itemque ex §. non solum. 11. infr. de injur. §. 1. non solum. 11. §. si mandatum. 3. ff. de tit. ubi injuriarum tenetur non tantum is, qui ipse fecit injuriam: sed & ille, qui ipse quidem non fecit: fieri autem istam, dolare procuravit, sive mandavit, nec non ex l. nihil interest. 15. §. 1. ff. ad leg. Corn. de fcar. ubi generaliter definitur: mandantem cedis pro homicidâ haberi. At non haberetur pro homicidâ, si non eadem, qua homicidâ, sed diversa poena afficeretur. Quo confert manifesta ratio: quia damnum dare & delictum perpetrare est intelligitur, qui jubet dare damnum & perpetrare delictum, l. 1. §. de iussu. 12. ff. de vi & vi arm. c. qui facit. 72. de reg. jur. in 6. l. is damnum. 164. §. ibi Decius ff. eod. tit. Jul. Clar. lib. 5. sentent. §. homicidium. num. 12. Arumens exercitat. iustit. 15. thes. 8. Matth. Stephan. cent. 3. quest. 89. Per Frider. Minlan. de processib. lib. 3. de continent. caus. cap. 16. num. 13. Idque generaliter procedere quidam autumant, etiam si mandatarium idem sine mandato & sponte in effectum deducturus fuisset, Gomez. in §. pondus 12. num. 10. infr. de actionib. Covarruv. ad Clement. si furiosus. part. 2. relect. §. 2. num. 1. vers. hac vero distinctio. &c. Clarus lib. 5. sent. §. fin. quest. 89. n. 1. Humius lib. 3. var. resol. jur. civ. tract. 7. part. 4. quest. 4. vers. sed de eo queritur, &c. Iustus Mejer. in disput. ad lib. 17. Pandectar. tit. 1. thes. 14. num. 5. Verum ea de re quid statuendum sit exponimus latius ad d. §. non solum. 11. num. 4. §. seqq. infr. de injuriis. Eadem de re nonnulla notavi novissime Joan. Baptista Bajard, in additionib. ad Jul. Clar. d. §. fin. quest. 89. n. 1. §. seqq. nec non D. Benold. in delictib. jur. ex lib. 17. ff. q. 3.

13 Similis questio est: an statum municipale, puniens homicidium, etiam locum obineat in mandante? Et obfinere verius est: tū quia jura municipalia interpretationem ex jure communi recipiunt, l. ut gradatim. 11. §. 1. ff. numeribus. §. honorib. c. cum dilectus. 8. ibique Gloss. super verb. jure communi de consuetud. Sed jus commune non facere differentiam inter mandantem & mandatarium, liquet ex d. l. nihil interest. 15. §. 1. ff. ad leg. Corn. de fcar. §. concordantibus allegati. supra num. 11. & 12. Tum quia semper advertendum est ad mentem statuentium, quo verbis utique præfertur, argum. l. in conditionibus. 19. ff. de conditionib. & demonstrationib. Atqui mens & sententia statuentium fuit, delinquentes punire: cum Republicæ interit, ne delicta remaneant impunita, l. in delictis. 51. §. 2. ff. ad leg. Aquil. c. ut famæ. 35. est. de sentent. excommunicat.

14 Neque resistit, quod vulgò dicitur: rei turpis aut flagitiose nullum esse mandatum, nec vires aliquas habere, quod sipe. 35. §. 2. ff. de contrahend. empt. d. l. si remu. Harpprecht ad Institut. Tom. 111.

nerand. 6. §. rei turpis. 3. ff. mandati. §. similibus adductis supra n. 1. Si nullum rei turpis mandatum est, adeoque nulla obligatio: etiam mandator ejus nomine teneri nequit. Namque respondendum est: illud nequaquam ita accipiendum esse, ut mandator admissi criminis impunitatem speret, aut accusationem effugiat: sed eo pertinet, ut nullum ex isto mandato oriri possit mandati iudicium. Gomez. tom. 3. var. resolut. cap. 3. num. 39. Paul. Berens Disputat. 12. ad Institut. them. 2. quest. 4. Joan. Vaud. lib. 2. variar. questio. q. 5. in fine. Clar. d. §. fin. quest. 89. n. 2. cum seq. Richter. in tract. de contractib. disput. 12. sub lit. b. pag. 361. §. notavimus in §. item lex Cornelia de fcar. §. mun. 79. infr. de public. jud.

Difficilior illa contentio est: utrum mandans hominem vulnerari, & proteflans, prohibensque diserte, ne occidat, si eum mandatarium occiderit, ordinaria legis Corneliae de fcaris poena teneatur? Et (resecta opinione illud affimantium, Menochii lib. de arbitrar. jud. quest. cent. 2. cas. 352. num. 2. Voltz in Commentar. ad l. Corn. de fcar. c. 6. num. 28 ibique Barckhardi in append. n. 84. §. seqq. Mejeri d. disput. ad lib. 17. Pandectar. tit. 1. thes. 15. num. 6. aliorumque) negantium sententia æquitate ac veritati magis congruit. Quia in proposito themate non intervenit dolus, & per consequens nec animus occidendi: cum mandans expressè prohibuerit occidere: dolus quippe ex animo pendet. Licet enim cogitare potuerit mandans, quod mors sublequi potuerat: tamen animus occidendi non habuit, sed fuit in lata culpa: ideoque ordinaria mortis poena non est poniendus: quia lex Cornelia requirit dolum tantum; culpam quantumvis latam non recipit, l. in lege. 7. ff. ad leg. Corn. de fcar.

Neque obstat, quod is, qui vulnerare jubet, mortis causam præbeat. Nihil autem interest, quoad poenam legis Corneliae ordinariam, occidat quis, an præbeat causam mortis, d. l. nihil interest. 15. ff. ad leg. Corn. de fcar. Nam respondetur primò, dictam l. 15. de eo esse accipiendam, qui directè doloque malo causam mortis præbet. At qui jubet vulnerare, prohibet verò occidere, non directè causam mortis præbuit: adeo, ut potius mortem præcavere voluerit, dum occidere prohibuit. Deinde non sufficit, ut quis causam mortis præbuerit, sed requiritur etiam; ut hoc ipsum intenderit, eoque animo fuerit, ut mors sequeretur. At in proposito id dici non potest de eo, qui prohibuit, noluitque interfici, quem vulnerare jussit. Committitur igitur fallacia accidentis: quoniam per accidens, præter ac contra intentionem mandantis, nec ex mandato, sed contra illud, alter est occisus. Ita docent Romuleus. in tract. de homicid. part. 2. num. 293. cum. seqq. Fachineus lib. 1. controvers. jur. cap. 36. D. Rümelin. exercitat. 15. ad Institut. thes. 18. ad lit. b. pag. 143. Humius d. lib. 3. var. resolut. jur. civ. tract. 7. part. 4. quest. 5. Berens d. disputat. 12. them. 2. quest. 5. alique complures, quos citavimus in §. item lex Cornelia de fcaris. §. infr. de publicis judic. n. 80. p. seqq. ubi pleraque dissidentium argumenta abunde refutavimus.

§. Is, qui exequitur. 8.

Is, qui exequitur mandatum, non debet excedere fines mandati: ut ecce, si quis usque ad centum aureos mandaverit tibi, ut fundum emeris, vel ut pro Titio sponderes: neque pluris emere debes, neque in ampliorem pecuniam fidejungere: a loqui non habebis cum eo mandati actionem: adeo quidem, ut Sabino & Cassio placuerit, etiam si usque ad centum aureos cum eo agere volueris: inutiliter te acturum. Sed diversa Scholia auctores rectè usque ad centum aureos te acturum esse affirmant. Que sententia sanè benignior est. Quod si minoris emeris habebis scilicet cum eo mandati actionem: quoniam qui mandat, ut sibi centum aureorum fundus emeretur, is utique mandasse intelligitur; ut minoris (si possit) emeretur.

S U M M A R I A.

1. Officium mandantii seu procuratoris in quo consistat.

- 1 Mandatarius, si res mandati excedens, adversus mandantem ratione excessus actionem non habet, ne quidem negotiorum gestorum.
- 2 An emptor, cui ignoranti res minoris per procuratorem vendita fuit, quod pretio deest supplere, adeoque dominum, rei vindicatione agentem, repellere possit.
- 3 Sententia & intellectus l. diligenter 5. §. 4 ff. mandati.
- 4 Nullo certo pretio mandatario praescripto, si in fraudem mandantis, minoris, quam iusto pretio rem vendidit, dominium in emptorem translatum esse non censetur.
- 5 Dominus rem suam usucapere nequit.
- 6 Mens & consideratio l. si sciens 26. in fine ff. de contrah. empt.
- 7 An in meliorem partem fines mandati excedere procurator possit.
- 8 Ecquid illi, qui maiorem summam, quam qua mandata fuerat, expendit, ad quantitatem permissam agere liceat.
- 9 Negotia & actus sunt individui.
- 10 Utile per inutile non vitatur, quoties res ipsa divisionem recipit.
- 11 Minori, quam statuto, pretio rem emens, adversus mandantem actionem habet.
- 12 Major summa minorum in se continet.
- 13 Mandatum ad unum negotium datum, trahitur quoque ad alia, sine quibus negotium demandatum expediri nequit.
- 14 Qui vult consequens, is etiam vult antecedens.
- 15 Cui mandatarius iurisdiclio, eidem simul mandatum censetur imperium mixtum.
- 16 Habens mandatum ad vendendum, vel locandum rem alterius, putatur etiam habere mandatum ad pretium recipiendum rei venditae, vel locatae.
- 17 Sensus l. 1. §. igitur praepositio. 12. ff. de exercitor. act.
- 18 Sensus l. sed si tantum. 13. in pr. ff. de pact. §. l. hoc iure. 86. ff. de solutionib.
- 19 Sensus c. Nicolao 46. ext. de appellationib.
- 20 Procurator siue mandatarius non dolum tantum & culpam latam, sed etiam levem & levissimam praestare tenetur.
- 21 Omne qui dicit, nihil excludit.
- 22 Exceptio confirmat regulam in casibus non exceptis.
- 23 Nihil magis congruit bonae fidei, quam pacta servari.
- 24 In dubio per culpam, cuius simpliciter facta est mentio, levis intelligitur.
- 25 Consideratio l. si procuratorem. 8. §. ultim. ff. mandati.
- 26 Quidquid de genere praedicatur, id de singulis ejus generis speciebus enunciari dicitur.
- 27 Praestare bonam fidem quid sit veteribus.
- 28 In contradiis, qui ad utilitatem suscipientis non spectant, dolum distat & lata culpa praestatur: levis & levissima culpa non item.
- 29 Nemini suam officium damnosum esse debet.
- 30 Consideratio l. si fidejussor 29. §. 7 ff. mandati.
- 31 Tutor de dolo, culpa lata & levi tantum tenetur.
- 32 Inter tutelam & mandatum differentia.
- 33 Mem. & sententia l. in re mandata 21. C. mandati.

Officium mandatarii seu procuratoris in eo consistit: ut mandatum semel susceptum diligenter & bona fide impleat, l. si mandavero. 22. §. ultim. l. si fundum 35. in fin. & l. creditor. 60. §. ult. ibi, sed quatenus res ex fide, &c. ff. mandati. ejusque formam praescriptam, & fines accurate custodiat, hoc §. nostro l. cum mandati 12. Cod. eodem. Namque si fines excederit, non id, quod mandatum est, sed aliud facere videtur, l. diligenter. 5. in princip. & l. rogatus. 33. circa finem. ff. d. tit. Cujas. lib. 12. observation. c. 34. Gell. lib. 1. nothum Attic. c. 13. Andr. Gerb. decad. 15. q. 10. Alth. lib. 1. dig. c. 38. n. 21. p. 295. Ideoque mandatarius non modò nullo mandatori damnum aut praedictum inferit: sed & adversus mandantem ratione excessus actionem non habet, ne quidem negotiorum gestorum. l. 3. §. ult. cum l. seq. l. ita ut omnes. 36. §. 2. ff. mandati, & d. l. cum mandati. 12. Cod. eodem. Bachovius hic non. 1. pag. 826. Menoch. de arbitrar. jud. quest. lib. 2. cent. 4. cas. 352. num. 3. Doring. in bibliotheca jurisconsultorum. tom. 1. in verb. actio mandati. num. 31. fol. 383. Exempli gratia: Mandavit tibi aliquis, ut rem suam certo pretio venderes: tu vero meliorem vendidisti, & venditione facta rem venditam emptori tradidisti. Hoc casu dominium in praedictum ipsius mandantis, in emptorem non transiit, d. l. cum mandati. 12. C. mandati. l. si pretium. 19. Cod. de procuratoribus. Igitur, non obstante traditione, rem suam vindicare mandator poterit: nec ei venditori exceptio rei venditae & traditae nocet: cum non ex voluntate ipsius vendita sit: ac propterea praeinde habetur, ut si vendita non esset, l. 1. §. Col. 3. ff. de except. rei venditae. Quod licet adeo verum esse quidam existant: ut emptor, cui etiam ignoranti res minoris per procuratorem vendita fuit, nec quod pretio deest supplere, nec supplendo mandantem seu

dominum, rei vindicatione agentem repellere possit. eorum tamen sententia perspicue refellitur à Paulo in d. l. diligenter. 5. §. servo quoque 4. ff. mandati. ubi ostendit, rei vindicationem non competere domino, si is per emptorem, cui res minoris vendita est, indemnitas conservetur. At quando emptor offert, quod deest pretio, per mandantem praescripto mandatario, indemnitas mandator conservatur.

Nec quis contra objecerit: Paulum eo de casu loqui, quo mandatarius pretium supplere, & indemnem mandantem servare voluit: nihil autem tractare de emptore: & consequenter ex ista lege minus rectè inferri; quod emptor pretium supplendo, mandantem rei vindicatione agentem summovere possit. Nam respondetur: illam legem de emptore, qui mandantem indemnem servare voluit, non verò de mandatario, necessariò accipiendam esse. Etenim in illa specie, de qua Paulus loquitur; servus domini sui mandatarius siue procurator extitit; qui domino suo indemnitas praestare nequit: utpote cum antea, quicquid servi est, ad dominum pertineat, §. item vobis acquiritur. 3. supra, per quas pers. cuique acquiritur. Quin & eo casu, quo nullum certum pretium mandatario praescriptum, sed generaliter ei mandatum fuit, ut rem venderet; & mandatarius in fraudem mandantis, minoris, quam iusto pretio, vendit, dominium in emptorem translatum esse nequitam censetur, argum. d. l. creditor. 60. §. ultim. ff. mandati. ubi in mandato, quantumvis generali, dolum semper excipitur. Idemque magis confirmatur ex l. qui fundum. 7. §. procurator. 4. ff. pro emptore. ubi emptor, cui res minoris vendita fuit per procuratorem, cui pretium certum non fuit definitum, rem usucapit: ac proinde per traditionem rei venditae dominus non est factus: cum dominus rem suam usucapere non possit, argum. §. sic itaque 14. infr. de actione.

Non obstat l. si sciens 26. in fin. ff. de contrah. empt. ubi debitor, qui in fraudem suorum creditorum rem vendidit minoris, dominium transfert. Nam diversus omnino à nostro in ea lege habetur casus. Ibi siquidem dominus rem propriam in fraudem creditorum suorum vendidit: qua fraude nihil remorante, dominium transfert. Hic verò rem non propriam vendidit procurator, sed alienam: in qua minorem, quam verus dominus, potestatem habet. Quamobrem non est mirum, si propter mandatarii, vel procuratoris fraudem, quam domino parare voluit, dominium non transferatur. Ea de re consultatur Martinus Bonacina in tract. de contractib. & restitut. disp. 1. quest. 2. part. 6. num. 13. & seq.

Regulam porò illam, quae praecipit; fines mandati diligenter custodendos esse, live, mandatarium fines mandati excedere non debere; ita strictè quidam interpretati sunt, ut ne in meliorem quidem partem fines excedendos esse putarent. Sed tamen benignius est, & humanius; ut dicamus: meliorem interdum mandantis causam fieri posse, deteriore nonnunquam, l. praeterea 3. in princip. ff. mandati. Adhuc ex eadem regula inter Sabinianos & Proculianos nata est olim controversia in eo: si cui mandatum fuerat, ut certo pretio, puta centum aureis, quid emeret: ille vero mandati fines egressus pluri emerit. Sabiniani namque mandantem ex hoc mandato prorsus non teneri; Proculiani contra saltem in id eum teneri, quo usque illi mandarat, arbitrabantur. Et haec sententia Proculianorum, tanquam benignior, tandem prevaluit, d. l. 3. §. ult. & l. sed Proculus 4. ff. mandati. Sabinianorum haec erat ratio: quoniam qui fines mandati excedit; aliud quid, quam ipsi mandatum est, gerere videtur, d. l. diligenter. 5. in princip. & d. l. rogatus. 33. ff. eod. Negotia enim & actus individui sunt, l. 2. §. 1. ff. de verb. obligat. Atque haec stricta est, siue mera ratio juris. Sed aequitas, seu benevola & benigna ratio, quam Proculiani sunt amplexi, haec est: tum quia negari non potest, quin qui centum aureis fundum emi mandavit, qui emitur centum viginti, id saltem voluisse videatur: ut sua causa & periculo centum in emptione collocetur, argum. hujus §. & d. l. 4. ff. mandati. Tum quia utile per inutile vitari non debet, quoties res ipsa divisionem recipit, c. vult. 37. de reg. iur. in 6. l. fundum. 34. Cod.

- Cod. de donationib. l. 1. §. sed si mihi. §. ff. de verb. obligat. & similib.* Breviter ergo ea in re sic distinguendum erit: Aut mandatarius rem mandatam emit certo precio, à mandatore definito: aut pluris: aut minoris. Si statuto & definito precio emit: dubium non est ullum, quin id à mandatore actione mandati sit repetiturus. Si emit pluris: repetere poterit usque ad concurrentem quantitatem à mandatore præfinitam, ut modò dictum. Sin verò minoris emit, quam mandatum est: dubium quoque non habet, quin id sit consecutus. Et ratio est: quia ex tacita voluntate, quæ dicto præferenda est, qui mandavit, ut sibi fundus pluris emeretur, is utique mandasse intelligitur, ut & minoris si fieri possit, emeretur, ut hic in fine Justinianus ait: cum major summa minorem in se contineat: & natura ita comparatum sit, ut suæ utilitati quisque inserviat, d. l. 1. §. si stipulanti. 4. ff. de verb. obligationib. l. cum indebito. 25. ff. de probationib. Petrus Francisc. Linglois decis. 1. quest. 4. Knipschilde exercitat. Acad. 10. quest. 18. pag. 368. Eadem de re videantur Donellus lib. 13. Comment. de jur. civ. c. 12. ibique Hillig. in suis notatis. & D. Bocer. hic n. 7. & seq. p. 469.
- Quamquam autem fines ac termini mandati strictissime custodiri debeant, hoc §. nostro. d. l. diligenter. §. in princ. ff. mandati. d. l. cum mandatu. 12. Cod. eod. cum similibus: non tamen dubium est ullum, qui mandatum ad unum negotium datum, trahatur etiam ad alia, sine quibus negotium demandatum expediri nequit. Cui enim unum aliquod conceditur, eidem quoque cætera omnia concessa intelliguntur, sine quibus prius illud expediri non potest, argum. l. 2. ff. de iurisdic. & qui vult consequens, is etiam vult antecedens; sine quo consequens illud esse haud potest argum. l. ad rem mobilem. 56. & ibi Dd. ff. de procuratorib. l. illud 7. & ibidem Bartol. ff. de acquir. vel omitt. heredit. Hinc etiam imperium mixtum à jurisdictione est diversissimum: quia tamen Jurisdictio sine imperio mixto explicari & exerceri nequit: idcirco cui mandatur Jurisdictio, eidem quoque mandatum censetur imperium mixtum, teste Paulo in l. fin. ff. de officio ejus. cui mand. est Jurisdictio. Hincque habens mandatum ad vendendum, vel locandum rem alterius, putatur etiam habere mandatum ad precium recipiendum rei venditæ, vel locatæ: cum precii solutio & acceptio sit consequens venditionis & locationis, argum. l. quod servus. 35. vers. sed & si quis dominicam, &c. ff. de solutionib. Bartol. in l. filia. 59. ff. solut. matrim. Decius consil. 330. num. 3. Benvenuto. Straccha in tract. de mercat. tit. de mandato. n. 23. hosque referens Fachin. lib. 2. contror. jur. cap. 93. Phil. Henr. disp. 17 ad inst. contr. 13. Treutler. disp. 27. th. 6. ad lit. ff. in fine. vol. 1. ibique Hum. in sua resol. ad finem.
- Huic decisioni non obstat l. 1. §. igitur proposito. 12. ff. de executor. adf. (quo textu præcipue contrarium probari contendit Ludovicus Roman. singul. 23. & consil. 461.) ubi Ulpianus ait: præpositum à magistro navis ad locandam navem, non posse exigere vecturas. Nam Jurisconsultus diserte loquitur de præposito ad locandum tantum, non ad exigendum: ut patet ex verbis legis; ibi, vel si ad locandum tantum, non ad exigendum, &c.
- Non item cessat l. sed si tantum. 13. in princ. ff. de pactis & l. hoc jure utimur 86. ff. de solutionib. quibus in locis dicitur: procuratorem sive mandatarium pecuniam debitam exigere non posse. Leges etenim istæ aperte agunt de procuratore, ad lites dato, cui recte solvi non potest: quia iudicati actionem non habet. Unde Paulus in d. l. 86. addit absurdum esse, cui iudicati actio non datur, ei ante rem iudicam solvi posse. Si tamen (inquit) ad hoc datus sit, ut & solvi possit: solvendo eo, liberabitur: hoc est, si procurator ad litigandum constitutus, expressum mandatum ad solutionem recipiendam habuerit: ei solvi à reo convento bene poterit.
- Minimè quoque ad id hominum facit textus in c. Nicolo 64. ext. de appellationib. ubi procurator, ad impetrandum iudicem constitutus, siem instituere non potest: cum tamen illud sit præparatorium litis, ut vulgo loquuntur. Textus namque ille loquitur de rebus & negotiis planè diversis ac separatis, nec se invicem consequentibus, aut
- connexis. Aliud est enim, iudicem impetrare: aliud verò litem instituere: quamvis impetratio iudicis vim aperiat ad lites institutionem. Ast in proposito casu negotia sunt connexa, & se invicem contingentia atque consequentia. Nam venditio sit certo precio convento: similiter & locatio. Itaque si mandavero tibi, ut rem meam vendas: illud etiam mandare videor, ut de precio convenias, idque etio nomine accipias, Fachin. d. quest. 39. in fine.
- Porrò ex isthac regula, de modo & fine mandati diligenter servando, illud quoque, quod hic est prætermisum, cognosci poterit; quid nimirum in mandati iudicium veniat. Et sanè non dolum tantum, & latam culpam, ut existimant Duaremus ad tit. ff. mandati. cap. 2. Mysinger. in §. mandatum non suscipere. 11. n. 5. infr. hoc tit. Schikhard. disp. 15. ad Institut. th. 4. sub resol. quest. 1. Mejer in disp. ad lib. 17. Pandectar. tit. 1. th. 23. n. 2. & in Commentar. de culpa in contractib. præstanda, th. 152. cum aliquot seqq. Rittershusius hic circa finem. Locamer. questionum juridicar. fasc. 40. quest. 30. Giphani. lib. 3. disp. 30. in corollar. & inibi Olemannus in suis not. n. 25. & seq. sed etiam levem & levissimam, id est, summam & exactissimam diligentiam in mandato præstandam esse, indicat perspicue l. à procuratore. 13. Cod. mandati. ubi Imp. Diocletian. & Maxim. rescribunt: à procuratore dolum & omnem culpam, non etiam improvisum casum præstandum esse. Quod si igitur omnem culpam procurator seu mandatarius præstare cogitur: sequitur utique, quod non solum latam, sed & levem levissimamque culpam præstare teneatur. Omne enim qui dicit, nihil excludit, arg. L. omnia 7. ff. de rebus creditis si cert. pet. c. solita. 6. circa finem. ibi, nihil excipiens, &c. de majoritate & obedient. can. si Romanorum. 1. §. dicendo verò omnia. Distinct. 19. Deinde eo ipso, quod Imp. solum casum fortuitum, à mandatario non præstandum, excipiunt, satis apertè culpam levissimam includere videntur: cum unius exclusio sive exceptio sit alterius inclusio: & exceptio regulam confirmet in casibus non exceptis, arg. l. his verbis. 120. ff. de legat. 3. l. quest. 12. §. denique Neratius 43. ibique Bartol. ff. de instrum. & instrum. legat. l. 1. & ibidem Decius n. 21. ff. de reg. juris. Accedit textus in l. in rem mandata. 21. Codic. mandati. ubi Constantinus Imper. ait: aliena negotia exacto officio geri debere, nec quocumque in eorum administratione neglectum ac declinatum, culpa vacuum esse. Si itaque nihil in administratione negotiorum à mandatario neglectum, culpa vacuum est: certè nec id, quod levissima culpa neglectum, aut declinatum est, culpa vacuum erit. Idque præterea evidenti ratione confirmatur. Ideo enim procurator, sive mandatarius omnem culpam, adeoque levissimam quoque in rem mandata præstare debet: quia mandatum recipiendo intelligitur polliceri ac profiteri de industria sua, quæ rei gerendæ conveniat, arg. l. idem juris. 8. §. 1. ff. ad leg. Aquil. Res siquidem, quam procurator gerendam suscipit, non geritur sine industria ac diligentia ipsi rei conveniente. Hoc igitur cum dixerit mandatarius, & promiserit, omnino præstare debet. Nihil enim magis congruit bonæ fidei, quam quod inter contrahentes convenit, dictumve est, præstari, l. 1. ff. de pact. l. ex empto. 11. §. 1. ff. de actionib. empt. l. si quid venditor. 18. in fine principii. ff. de adilit. edit. Denique hanc comprobant sententiam Glossæ antiquæ, Joan. & Bulgar. Accurs. Cynus, Baldus, & Angel. de Peris. in d. l. à procuratore. 13. Cod. mandati. Constant. Harmenopol. lib. 6. Epitom. tit. 2. Petrus Fab. in l. contra lit. 23. ff. de reg. jur. hosque citans ibi D. Collega Bocer. cap. 4. n. 43. edit. 2. & in hoc §. n. 17. pag. 470. M. Ant. Delrio ibidem cap. 7. Morzini in tract. de mandato. col. 4. de natural. mandati. n. 26. Arumensis exercit. Justin. 15. th. 10. Emili. Soares in thesaur. recept. sentent. lit. M. n. 36. Treutl. disp. 27. thes. 7. lit. c. vol. 1. Schegg. in delibatis. jur. disput. 19. thes. ult. Cuius lib. 2. differ. Modest. ad l. 23. ff. de pos. Tinsius Faber. disp. anniv. ad l. 24. th. 18. Hum. lib. 3. var. resol. jur. civ. in 7. part. 4. q. 3. Paul. Berens disp. 12. ad inst. ibem. 2. quest. 2. Donell. lib. 13. Comment. de jur. civ. cap. 11. ibique Hilliger. in suis notat. ad lit. D. & E. Richter in tract. de contrah. disp. 12. th. 3. sub lit. f. p. 375. Joan. Mutienus in repert. l. contrah. 23. ff. de reg. jur. n. 144. & seqq. D. Collega Bolder. in delibatis. jur. ex lib. 17. ff. quæst. 1. ubi & alios citat.

25 Cui non obstat l. si procuratorem. 8. §. proinde. 10. l. idemque. 10. §. 1. l. inter causas. 26. §. sed cum servus. 7. ff. mandati. l. etiamsi. 4. C. eod. ubi dicitur, procuratorem mandati agere posse, si nihil culpa ipsius factum est; sicq; in legibus istis absolute & simpliciter fit culpæ mentio. At qui tratatitium est, tunc levem culpam intelligi, argum. d. l. contractus. 23. ff. de reg. jur. §. præterea. Et is. 3. supr. quib. mod. re contrah. oblig. l. videamus. 4. §. fin. Et l. in actionib. 5. §. sed in his omnibus. 3. ff. de in lit. jurand. Nam in dubio duntaxat, & nisi aliud subjecta materia suadeat, per culpam, cujus simpliciter facta est mentio, intelligimus culpam levem. Est aliud postulare mandatam, adeoque mandatarium de levissima etiam culpa teneri, ex legibus supra num. 21. Et seqq. adductis constat.

26 Sic quoque nihil stringit *d. l. si procuratorem. 8. §. ultim. ff. mandati*. Ubi is, cui mandavi, ut hominem emeret, dicitur mihi teneri, si emere neglexerit, vel dolo pecunia corruptus, vel lata culpa, si forte gratia ductus passus est alium emere. Ex quo colligitur: si nec dolus, nec lata culpa intervenierit, mandatarium non teneri. Nihil, *inquam*, lex ista stringit. Siquidem non solum in ea affirmatur, procuratorem teneri, si quid dolo & lata culpa fecerit: sed etiam statim adjicitur, si procurator servum sive rem ex mandato receptam non restituit, eum non teneri, si ejus dolus vel culpa non interveniat. Unde intellectu facile est, eum teneri, si vel dolus intervenit, vel culpa: quo verbo culpam etiam levem intelligi oportet, ubi dolo opponitur. Quinimodo verbum culpa generale est, sub se levissimam quoque culpam comprehendens. Quicquid autem de genere prædicatur, id de singulis ejus generis speciebus enunciari dicitur, *argum. l. 1. c. quod autem. 3. ff. de aleatorib. l. fin. in pr. C. de usur. rei judicat.*

28 Similiter non obſtāt *d. l. idemque* 10. in *prin. p. ff. man-*
dat. ubi diſertè ſcribitur, nihil amplius, quam bonam fi-
dem, præſtare eum oportere, qui procurat. Atqui præ-
ſtare bonam fidem veteribus eſt, aut præſtare, quod dictū
promiſſumque fuerit, *d. l. 1. ff. de pact.* aut extra conven-
tionem facere pro capto & diligentia ſua, quantum quis
poſſit, & ſoleat: ultra autem non teneri, quamvis alius dili-
gentior & intelligentior melius rem geſturus fuiſſet, *l. quod*
Nerva. 32. *ff. de poſiti* Non, *inquam*, ille textus obſiſtit:
quia eo maxime confirmatur: procuratorem in re man-
data omnem culpam præſtare debere, & non dolum tan-
tum. Quandoquidem jam ſupra dictum eſt: quod is, qui
rem gerendam ſuſcipiat, intelligatur verbo *gerendi* ſpon-
dere & fidem dare, ſe adhibiturum induſtriam & diligen-
tiam rei gerendæ convenientem. Nihil ſiquidem, *ut antè*
num. 24. *monitum*, magis bonæ fidei convenit, quam præ-
ſtare ea in contractibus bonæ fidei, quæ quis dixerit, *d. l.*
ex emplo. 11. §. 1. *ff. de actioib. empl. d. l. ſi quid venditor.*
18. circa *prin. p. ff. de edit. edit.*

Non item advertebatur regula juris certissima: quæ tradita, in contractibus, qui ad utilitatem suscipientis non spectant, dolum tantum & latam culpam præstari, levem & levissimam culpam non item, ut in deposito, *l. si ut certo §. 2. ff. commodati. d. l. quod Nerva. 32. ff. deposite.* At in hoc mandati contractu nulla utilitas mandatarii suscipientis mandatum versatur. Quare dicendum videtur, mandatarium doli tantum, non etiam culpæ levæ aut levissimæ nomine obligatum esse. Non advertebatur, *inquam*. Quamvis enim nulla hic utilitas mandatarii versetur: nihilominus tamen, is negligentie & culpæ nomine teneatur, quoniam is, qui negotium alterius gerendum suscipit, diligentiam & industriam suam profiteri ac promittere censetur: cum in negotio gerendo industria & diligentia, rei gerendæ conveniente, opus sit. At vero in deposito diversa est ratio. In eo quippe nulla industria aut diligentia opera opus est: sed sufficit, si depositarius depositum recondat acque custodiat.

30 Peccator non refragatur, quod nemini officium suum, quod eius, cum quo contraxit, non sui commodi causa suscipere, damnosum esse debeat. *l. si servus. §. 1. §. quod vero. §. ff. de furt. l. si sed si quis. 7. ff. testam. quemad. aperiant.* Sed in nostro casu mandatariorum solius mandantis gratia, & non proprii commodi causa, officium in se recipit. Ergo hoc ei damnosum esse non debet. *Respondetur*

enim : cum mandatarius levissimæ culpæ nomine convenitur, non ipsi officium, sed negligentiam suam & culpam damnosam esse. Nam si rectè, & prout pollicitus erat, suo officio perfundus esset : non posset ullius culpæ, aut damni, in re mandata dati, nomine conveniri. Qui verò damnum culpa & negligentia ejus datum est : æquissimum putatur, hoc non domino, sed ipsi mandatario nocere, *arg. l. quod quis. 203. ff. de reg. jur.*

Insuper non refistit *l. fidejussor. 29. §. hoc idem tract.*
3. ff. mand. ubi dicitur, fidejussorem, eundemque manda-
 tarium, qui postquam solvit creditori, non id significavit
 reo principali sive debitori, si debitor postea solvat, detri-
 mentum istud sustinere debere : quia hoc factum sit dolo
 proximum. *Et enim* ex eo non rectè colligitur : si quid
 culpa levi vel levissima à mandatario peccatum sit, id ab
 eo non esse præstandum. Est enim ibi argumentum à ma-
 jori: quia si dictum esset, non mirum, si hic fidejussoris dam-
 num esse asserimus. Nam etsi culpā ab eo hic peccatum
 esset, teneretur tamen. Quāto igitur magis tenebitur ob
 hoc factum, quod est dolo proximum. *Donell. d. lib. 13.*
Commentar. cap. 11. pag. 171. ad finem.

Adhæc nihil obest, quod tutor de loco, culpa lata
& levi tantum teneatur, l. a tutoribus. 33. in princip. ff. de
administrat. & pericul. tutor. l. 1. in princip. ff. de tutel.
& rationib. distrabend. l. quicquid. 7. Cod. arbitrium tutel.
de eadem culpa tantum mandatarius teneri debeat. Nam- 32
que evidens inter tutelam & mandatum ratio differentie
est. Hoc quippe est liberum: illa vero voluntaria non est:
cum tutor tutelæ munus suscipere cogatur, § sed ex his. 3.
supr. de Attiliano tutore. l. 1. in princ. & l. ita autem. 5. §.
1. in fin. ff. de administrat. & peric. tutor. l. si quis. 9. ff. de
munerib. & honorib. l. præses. 3. Cod. de suspectis tutorib.

Potremò nihil nostræ decepit sententia *d. l. in re man-*
data. 21. Cod. mandati, ubi expressum est, quod aliena ne-
 gociâ exacto officio sit gerenda. A quo autem exacta di-
 ligentia requiritur, is de levi solum culpa tenetur. Cæterum
 qui ad exactissimam diligentiam obstrictus est, is de levis-
 sima culpa conveniri potest. *Etenim respondetur: in alle-*
gata l. 21. positum exacto, pro superlativo *exactissimo*
 esse positum: id quod ex sequentibus fati manifestum
 evadit, dum subjicit Constantinus Imper. *nil quicquam*
in negotiorum administratione neglectum aut declina-
tum culpa vacuum esse: ita nimirum, ut si neglectum aut
 declinatum quippiam fuerit, quomodocunque etiam il-
 lud fiat, hoc præstandum sit. Id autem fide culpa non mi-
 nus levissima, quam levi: ut ita textus *l. l. 21. magis*
confirmet, quam infringat conclusionem nostram, Hunn.
d. lib. 3. var. resolut. jur. civ. tract. 7. part. 4. quest. 3. in fine.

§. Rectè quoque. 9. Et §. item si 10.

Rectè quoque mandatum contractum, si dum
adhuc integra res sit, revocatum fuerit, evanescit.

§. 10. Item si adhuc integro mandato, mors alterutrius interveniat, id est, vel ejus, qui mandaverit, vel illius, qui mandatum suscepit: solvitur mandatum. Sed utilitatis causa receptum est: si eo mortuo, qui tibi mandaverat, tu ignorans eum decessisse, executus fueris mandatum: posse te agere mandati actione: alioqui justa & probabilis ignorantia tibi damnum adferret. Et huic simile est, quod placuit, si debitores manumisso dispensatore Titii, per ignorantiam liberti solverint, liberari eos: cum alioqui stricta juris ratione non possent liberari: quia alii solvissent, quam cui solvere debuerint.

S U M M A R I A.

- 1 Mandatum extinguatur revocatione mandatoris: ejusque de
 2 plex ratio,
 3 Iuri suo renunciare cuiuslibet permittitur.
 4 Revocatio illa ut valet, re alibz integra fieri debet.
 5 Mutare consilium cum alterius decemino non licet.
 6 Intellectus i. fundi venditor. 13. ff. de acquar. vel amit. poffid.

- 6 Mandatum solvitur morte mandantis & mandatarii, re adhuc integra.
 7 Ut in societate; ita & mandato, certi hominis fides eligitur.
 8 Voluntas cuiusque morte extinguatur.
 9 Quibus casibus mandatum morte mandantis non perimatur.
 10 Explicatio l. & si quis 14. §. 2. ff. de religioſis & sumpt. funer.
 11 Eſt mandatum morte tollitur: obligatio tamen & actio mandati perpetuo durat.
 12 Si mandatarius mortem mandatoris ignorans: mandatum impleverit; mandati actionem habet.
 13 Iusta & probabilis facti ignorantia veniam meretur.
 14 Servus dispensator quis dicatur.

Duo mandati dissolvendi hic exponuntur modi. Primus est, revocatio mandatoris. Is enim pœnitentia ductus mandatum revocare potest. Huiusque ratio in promptu est: cum quia mandatum, quod consensu man- promptu est: tum quia mandatum, quod consensu mandantis constat, ejusdem voluntate contraria merito solvitur, argum. l. si verò. 12. §. si mandavero. 16. ff. mandati. l. nihil tam naturale. 35. ff. de reg. jur. Tum quia mandatum plerumque fit causa mandantis: proindeque mirum non est, si id revocare, quodcumque voluerit, possit, Explorati namque juris est: unumquemque iis, quæ pro se introducta sunt, renunciare posse, l. si iudex. 41. vers. quia unicuique ff. de minorib. 25. annis l. penult. Cod. de pactis. Hæc autem revocatio tum demum iusta est, si re integra fiat, id est, antequam mandatarius, vel plane executus sit, vel exequi mandatum cœperit, vel sumptus aliquos ejus rei nomine impenderit. His etenim casibus ita contraria mandati actio est acquisita mandatario, ut eam nulla mandatoris revocatio auferre queat, hoc §. nostro l. si mandassem. 15. ff. mandati. Eoque facit regula juris, quod mutare consilium cum alterius injuriâ & detrimento non liceat, l. nemo potest. 75. ff. de reg. jur. Quare si res jam cœpta, & aliqua ex parte confecta est: revocatio mandatum non extinguit. Idque non solum contemplatione procuratoris sive mandatarii, sed & respectu aliquis tertii locum habere, ostendit l. Papinianus. 14. ff. de Publiciana in rem act. ubi revocatio mandati post venditionem, per procuratorem factam interposita non impedit, quo minus procurator, invito etiam domino, qui revocavit mandatum, rem tradere emptori possit.

Neque refragatur l. fundi venditor. 35. ff. de acquir. vel amitt. possess. ubi mandatoris heredes possunt procuratori denunciare & prohibere, ne rem venditam tradat. Nam in hac l. 33. integra adhuc res fuit respectu procuratoris, qui rem, quam tradere volebat, non ipse vendiderat: sed mandator contractum venditionis perfecerat. At in d. l. 14. ff. de Public. in rem act. à procuratore res fuit distracta: adeoque ipsius intuitu res amplius integra non fuit.

Alter finiendi mandati modus est, mors. Si enim alterutrius, vel mandantis, vel mandatarii mors, similiter tamen re adhuc integra, intervenerit: mandatum evanescit, §. item si 10. hoc tit. l. inter causas. 26. §. l. seq. §. morte. 3. l. mandatum. 57. cum. l. seq. ff. mandati & l. mandatum. 15. Cod. eod. Fürstl. Würtemberg. erneueter Landrecht. part. 2. tit. 4. von Befehl und Gewalthaben, &c. §. ult. fol. 249: Ratio, cur mandatarii morte, mandatum solvatur, est perspicua: quia ut in societate, §. solvitur. 5. supr. tit. proximo; ita & in mandato certa persona, sive certi hominis fides atque industria eligitur, auctore Papi-

niano in d. l. mandatum. 57. ff. mandati. Cur verò mandatoris morte expiret mandatum, ratio hæc est: quia voluntas cuiusque morte extinguatur, & homo mortuus velle desinit, l. locatio. 4. ff. locati. c. si gratiosè. §. ext. de rescript. lib. 6. Enimverò excipiuntur nonnulli casus, quibus non morte quidem mandatoris mandatum tollitur: veluti si quid mandatum sit in rem ipsius mandatarii, l. i. c. de oblig. & actionib. l. illam subtilem. 33. C. de donation. & utrobique Goshofred. vel si quis mandaverit, ut post mortem suam sibi monumentum fieret: vel ut heredibus suis, se mortuo, res aliqua emeretur. His, & similibus casibus mandati obligatio etiam post cineres mandantis durat, adversus mandatarium: isque non impleto mandato, heredibus ad id, quod interest tenetur: ut vicissim heredes eide- dem contraria mandati obligatione adstricti sunt, d. l. si verò 12. §. fin. §. l. seq. ff. mandati. Petrus de Bella Perica in

suis questionib. & decisionib. aureis sive singularib. quest. 48. & 285. Mynfinger. hic num. 5. Heigius num. 16. cum seq. Rittershus. ad finem D. Besold. in delib. jur. §. 1. lib. 17. ff. quest. 7. Bronchorst. cent. 2. ἐναγγοφάρων. assert. 46. edit. 2. & Mozzius in tract. de mandato. colum. ultim. quomodo ann. letetur mandatum. num. 21. ubi complures limitationes sive exceptiones enumerat.

Non obstat l. & si quis. 14. §. si cui funeris. 2. ff. de religioſis & sumptib. funer. ex qua colligitur, morte defuncti, qui post mortem suam aliquid fieri mandaverat, mandatum extinctum esse. Siquidem actio doli, quæ in facti specie illius legis datur heredibus, arguit: non competere iis actionem mandati. Non obstat, inquam. Etenim non mandatum ibi ab initio contractum, sed contractus innominatus celebratus fuit, ut ex illis textus verbis evincitur: accepta pecunia, funus non duxerit. Quæ verba clare indicant, alicui pecuniam datam esse, ut funeris curam haberet. Atqui verò mandatum respuere mercedem notum est, ex l. 1. §. fin. ff. mandati. & §. ultim. infr. hoc tit. Ex mercede ergo, quæ in d. l. 14. §. 2. ff. de religioſis &c. fuit constituta, apparet: mandati contractum ibidem non fuisse initum: ac proinde merito Jurisconsultum respondisse: actionem de dolo heredibus largiendam esse. Vnde tamen aliter sentientes Donellum lib. 16. Commentar. de jur. civ. cap. 23. pag. 347. ibique Hilligerum in suis notat. lit. C. Julium. Pacium cent. 4. ἐναγγοφάρων. quest. 85. cum seq. Hannium in resol. ad Treutler. disp. 27. th. 6. lit. C. vol. 1. pag. 1723. & Bachovium hic n. 2. pag. 828.

Interim illud non ignorandum est: mandatum quidem morte mandatoris finiri, sed obligationem & actionem mandati perpetuo durare, d. l. inter causas 26. in princ. & l. si, precedente. 58. in princip. ff. mandati. Quod idem & in societate est: ut ipse societas morte solvatur: actio verò pro socio sit perpetua. Est quippe hoc actionum & obligationum proprium: ut sui natura perpetue sint, de quo infra sub tit. de perpet. & temporal. actionib. Hinc recte hoc loco Imperator in §. 10. vers. sed utilitatis, &c. addit: mandatarium, mortuo mandatore, per ignorantium mandatum exequentem habere actionem mandati, adversus heredes mandatoris, non quidem stricto jure, sed utilitatis causa: ne iusta & probabilis ignorantia mandatario damnum adferat, Quod autem hic de morte dicitur, idem & in revocatione obtinet; puta ut mandatarius revocationem ignorans, si mandatum exequatur, nihilominus actionem habeat, l. si mandassem 15. ff. mandati. l. si servus. 32. ff. de solutionibus. Sanè strictam juris rationem spectes: actio mandatario non dabitur: cum mandatum interderit; adeoque sine mandato rem ipse executus fuerit. Sed iusta & probabilis facti ignorantia promeretur veniam, excusatque mandatarium: hoc est, utilitas sive æquitas efficit, ut ei actio, præbeatur. Est enim hoc negotium bonæ fidei, cui non congruit de apicibus juris disputare, id est, callide & strictè agere, l. si fidejussor. 29. §. quedam. 4. ff. mandati. Et hanc decisionem Justinianus quodam simili hic in fine declarat: Quemadmodum solutio, ab ignorante mandatum extinctum, servo dispensatori (id est, servo reonamo, cui rerum domini administratio concessa est) jam manumisso facta, ex æquitate & benignitate, licet non summo & stricto jure, sustinetur: ita & mandati actio ignoranti, mandatum extinctum esse, indulgetur. Cæterum quod hic statuitur de eo, qui servo dispensatori se solvere putans, jam manumisso, id est, liberto solvit: idem generaliter de omnibus, qui ignorantes, mandatum esse revocatum, solvunt, dicendum est, l. si quis servo. 18. ff. de solutionibus.

§. Mandatum 11. & §. 12.

Mandatum non suscipere, cuiuslibet liberum est, susceptum autem consummandum est, aut quam primum renunciandum, ut per semetipsum aut per alium, eandem rem mandator exequatur. Nam nisi ita renunciatur, ut integra causa mandatori reservecur eandem rem explicandi: nihilominus mandati actio locum habet

bet: nisi iusta causa intercesserit, aut non renunciandi, aut intempestivè renunciandi.

§. 12. Mandatum & in diem differri, & sub conditione fieri potest.

S U M M A R I A.

1 Renunciatio in seipsum mandatarii tempestivè mandatum facit.

2 Nemo potest mutare consilium suum alterius damnum.

3 Contrahentium eadem debet esse conditio.

4 Mandatum & in diem; & sub conditione fieri potest.

Dictū est de poenitentia sive revocatione mandatoris: nunc contra agitur de poenitentia seu renunciatione mandatarii. De ea autem tria hic adferuntur. I. Mandatum renunciandum esse, re adhuc integra: hoc est, ut mandator commodè, vel per se, vel per alium, rem eandem explicare adhuc possit: l. si mandav. 22. §. ult. ff. mand. II. Intempestivā renunciationem mandatio non prodesset: sed propter eam ad id, quod interest mandataris, illum teneris nisi iusta intempestivè renunciandi intercedat causa puta adversæ v. studinis, religionis, exilii, capitalium inimicitiarum: captivitatis, &c. l. sanè 23. cum. duabus l. seqq. l. si quis. 27. §. qui mandatum. 2. ff. eod. l. post litem. 17. cum 8. l. seqq. ff. de procuratorib. Arnoldus Vinnius l. 2. Jurisprud. contracte. cap. 18. pag. 53. Cur autem mandatio tempestiva renunciatio prodest, intempestiva non item nisi iusta subsit causa, ratio facilis est: quia nemo potest mutare consilium suum in alterius damnum & præjudicium, l. nemo. 75. ff. de reg. jur. Sed & ideo receptum videtur, ut mandatum renunciatione mandatarii tempestiva solvatur: tum quia factum mandatum ferre continetur; ad cuius præstationem invitum compelli, minus civile & humanum visum est, arg. l. si quis 13. §. fin. ff. de re jud. l. stipulationes. 72. ff. de verb. obligat. III. Tum quia contrahentium eadem debet esse conditio, arg. l. 3. ff. mandati. & l. si dolo 5. C. de rescind. vendit. Mandatori autem concessum est, semper poenitere, re integra: cum ejus causa plerumque contrahi soleat, ut monitum supra ad principium hujus tit. num. 35. proindeque mirum non est, si idem mandatario permillum dicatur. Tum denique quia mandatum officii causam habet: quod invito ut non obtrudatur l. 1. §. fin. ff. mandati. l. invita. 69. ff. de reg. jur. ita nec extorquetur facile reluctanti, l. in commodato 17. §. sicut 2. ff. commodati. l. sicut. 5. C. de oblig. & act. Timæus Faber. disp. 24. ad Inst. Imperial. th. 19. Porro subiecit Imperator: mandatum & in diem, & sub conditione fieri posse, §. mandatum. 12. hoc tit. l. 1. §. penult. ff. mandati. l. 3. & §. ff. de procuratorib. in diem: veluti, mando tibi, ut Calendis April. mihi equum emas: sub conditione; veluti, mando tibi, ut emas: si ad nundinas Francofurtenses proficiisouris, &c. Neque id immerito. Est enim omnium ferè contractuum commune: ut his dies: atque conditio adjici possit: §. omnis. 2. supr. de verb. obligat. §. emptio. 4. supr. de empr. & vendit. l. obligationum. 44. ff. de obligationibus & actionibus.

§. In summa 13. & ultimus.

In summa sciendum est: mandatum, nisi gratuitum, in aliam formam negotii cadere. Nam mercede constituta, incipit locatio & conductio esse. Et (ut generaliter dicamus) quibus casibus sine mercede suscepto officio, mandati sive depositi contrahitur negotium: his casibus, interveniente mercede, locatio & conductio intelligitur contractu. Et ideo si fulloni polienda curandave quis dederit vestimenta, aut larcinatori facienda, nulla mercede constituta, neque promissa: mandati competit actio.

S U M M A R I A.

1 Mandatum debet esse gratuitum huiusque ratio.

2 In mercede constituto mandatum locatio erit, non mandatum.

3 Mens & intellectus l. si remunerandi. 6. in princip. & l. seq. mandati. num. 4.

4 Salarium & quatenus peti non possit.

5 Directa mandati actio competit mandatori.

6 Contraria mandati actio datur procuratori.

Mandatum gratuitum esse debet, hoc §. nostro. l. 1. §. ult. ff. mandati. l. si contra. 20. in fine. Cod. eod. l. si tibi rem. 13. in pr. & l. si tibi polienda. 22. ff. de præscript. verbis. l. 1. §. est autem. 17. ibi aut si gratuit. ff. de exercitor. actione. Ejusque ratio est: quia pendet ex amicitia & humanitatis officio: siquidem nemo facile alii, nisi amico, mandat; d. l. 1. §. ult. ff. mandati. Quare si mandato accedat merces: non erit mandatum: sed erit vel locatio, hoc §. & d. l. 1. §. ult. ff. mandati. vel negotium simile, ut est contractus innominatus; si non vera intervenierit merces, sed aliquid mercedis loco, 2. l. si tibi polienda. 22. ff. de præscript. verbis. §. 1. supr. de locat. & condit. & notant hic Vultejus & Giphanius.

Nec adversatur l. si remunerandi. 6. in princ. cum l. seq. ff. mandati. ubi licet procuratori salarium fuerit constitutum: nihilominus tamen mandatum esse dicitur. Nam in istis legibus salarium non ex contractus necessitate, sed mandato jam suscepto, honoris & remunerationis causa, constituitur. At Justinianus hic, & Paulus in d. l. 1. §. ult. ff. eod. loquuntur de mercede vel pecunia, quæ ad hoc procuratori datur, ut mandatum suscipiat: quæ merces à salario sive honorario differt. Datur siquidem salarium procuratori, non ut suscipiat mandatum: sed ut pro mandato jam suscepto remunerationem habeat. Vide Antonium Fabr. in Cod. Fabr. hoc tit. definit. 6. Cæterum Dominum Collegam Bocerum hoc tit. n. 18. pag. 460. erroneam fovere sententiam, nullus equidem dubito. Putat namque; etiam in ipso mandati contractu, honorarium peti posse. At jam supra ostensum est num. 2. si mandato accedat merces, mandatum amplius non esse, sed vel in locationem, vel in contractum innominatum transire. Qui ergo in ipso mandato, cujus substantiale requisitum est, ut sit gratuitum, honorarium promitti possit? Nec alium, præter prædictum, intellectū admittit d. l. si remunerandi. 6. & l. qui mutuum. 56. §. salarium. 3. ff. mandati. quicquid Boetius autemet. Salarium potest incertum si fuerit; peti non poterit: si certum, velut 30. aureorum, peti poterit extra ordinem coram magistratu, hoc est, non mandati actione, sed libello supplicis, l. salarium. 7. d. l. qui mutuum. 56. §. salarium. 3. ff. mandati. l. 1. & l. salarium. 17. C. eodem. Cum quo non repugnat d. l. si remunerandi 6. in princip. ff. mandati. ex qua colligi posse videtur, honorem sive salarium non extraordinaria persecutione, sed mandati judicio exigi debere. Etenim illa legis verba (si remunerandi gratia honor intervenierit, erit mandati actio) non ita accipienda sunt, quasi mandati actio salarii nomine competat: sed quod mandati actio locum habeat de aliis omnibus rebus, quæ mandati judicio petuntur, etiam si remunerandi gratia honorarium promissum datumve fuerit, ut ibidem innuit Accursius, eumque laudans Du. Bocerius in Commentar. ad l. contractus. 23. ff. de reg. jur. cap. 4. num. 39. edit. 2. & in hoc tit. num. 26. cum seqq. p. 461. Quod autem hic illorum verborum sit sensus, apparet manifestè ex §. 1. immediate sequente. Ubi ait Ulpianus: si cui fuerit mandatum, ut negotia administraret: hac actione erit conveniendus: per hanc actionem intelligens directam: quoniam mandati actio directa competit mandatori, non autem contraria, l. si vero. 12. contravio. 7. ff. mandati. Ergo cum dicit Jurisconsultus, salario interveniente mandati actionem esse, significat, mandati actionem directam esse. Directa autem mandati actio de salario non competit, sed de cæteris rebus: quoniam salarium debetur procuratori, cui contraria mandati actio datur, d. l. si vero. 12. §. contravio. 7. & §. si mihi. 9. ff. de lit. Idque fultus explicat D. Hunnius lib. 3. var. resolut. juris civil. tractat. 7. part. 4. q. 6. & in resolut. ad volun. 1. Truul. disp. 9. th. 13. quest. 69. Adde Philippum Köpfschildt exercitat. Acad. 10. quest. 15. pag. 365. & Locamerum questionum juridicar. juris. 40. question. 4.

DE OBLIGATIONIBUS QUÆ

quasi ex contractu nascuntur.

TIT. XXVIII.

Principium Tituli.

Post genera contractuum enumerata, dispiciamus etiam de iis obligationibus, quæ quidem non proprie nasci ex contractu intelliguntur: sed tamen quia non ex maleficio substantiam capiunt, quasi ex contractu nasci videntur.

SUMMARI A.

- 1 Ratio ordinis.
- 2 Quasi contractus quid sit.
- 3 Quodnam commodum quasi contractus genus
- 4 Quomodo quasi contractus distinguitur a vero contractu.
- 5 Quinque species quasi contractus hic explicantur.
- 6 Quodam uti negotia quasi contractibus annumerantur.
- 7 Quasi contractus in statutis seu legibus municipalibus sub contractibus comprehenduntur.
- 8 Argumentum à contractibus ad quasi contractus quando procedat, remissivè.

Satis abundeque de obligationibus, ex contractibus variis descendentibus, hæcenus dictum est: ordo jam postulat, ut & obligationes, quæ ex quasi contractu nascuntur, expendantur. At enim hic Imperator, post genera contractuum, quo verbo in potentiori significato intelligit veros contractus: & est hoc verbum quasi nota cuiusdam improperiae, monente hic Buchovio, p. 831. Quæ autem contractus non insulse definiiri poterit negotium quoddam, quo quis alii sine tractatu sive conventionione obligatur. Dicitur, negotium, Quia singulæ species quasi contractus, in §§. subsequentibus subjecta evidenter arguunt, negotium esse commodum quasi contractus genus. D. Collega Bocer. in Commentar. ad l. contractus. 23 ff. de reg. jur. c. 1. n. 77. edit. 2. §. class. 3. disp. 1. thes. t. edit. 2. item in hoc princip. n. 6. seq. pag. 430. Tametsi Donellus genus quasi contractuum factum ponat, l. 15. Commentar. de iur. civ. c. 14 p. 417. Additur, quoddam: ad differentiā veri contractus, qui similiter est negotium, l. si in arca. 33 ff. de condi. indeb. At negotium in quasi contractu non est idem cum negotio veri contractus: cum hoc conventionem & consensum utriusque partis requirat. l. 1. §. convention. verb. 3. ff. de pact. Sic quoque legatum definitur: Justiniano donatio quædam, ad differentiā vere donationis, §. 1. sup. de legatis. Dicitur, sine tractatu sive conventionione. Quibus verbis itidem quasi contractus distinguitur à vero contractu: quod is tractatu interposito, & utriusque voluntate, conventionem & consensu interveniente fit, obligationemque producat, l. nam, cum tract. 32. ff. pro soc. l. in omnibus rebus. §. 5. ff. de obligat. & act. & dictum sup. in §. 2. de obligation. n. 6. in quasi vero contractu non utriusque, sed unius tantum voluntas & consensus interveniat, ut ex subjectis hic exemplis seu speciebus patebit. Quinque autem hoc titulo exempla sive species quasi contractuum enumerantur. 1. negotiorum gestio. 2. tutelæ administratio. 3. communio rerum. 4. aditio hereditatis. 5. indebiti solutio. Eadem species referuntur à Cajo Jureconsulto in l. si quis absentis. §. ff. de obligat. & actio. Quamvis & alia quædam negotia quasi contractibus annumeranda esse videantur: ut sine, confusio sive obscuratio finium agrotum: ut sine, confusio sive obscuratio finium agrotum absque culpa confinis facta, l. si interruptione. 8. §. 1. tot. it. ff. fin. regendor. l. his contestatio sive iudicium acceptum, l. licet. 3. §. idem scribit. xi ff. de pectul. contractus quasi pignoris, l. Julian. 12. Cofferri 8 ff. de actionib. l. creditoris. 15. §. fin. ff. de fort. quasi contractus ex autoritate juris iucandi, l. 2. ff. de iur. iurand. Richeyrolus & Mavellius hic in fin. possessio rei exhibendæ, argum. l. 3. §. est autem personalis. l. Julianus. 9. §. ult. ff. ad ex-

hibend. l. pen. ibi, incerti agere, id est, ad exhibendum ff. de possit. emptio prædii, quod quisquam alius, vel ratione territorii, vel ob communem censum, ex loci statuto vel consuetudine retrahere potest: & similia, de quibus latè differtat. D. Bocer. d. class. 3. disp. 1. thes. 3. & seqq. Illud porro hic breviter monendum: quod ubicunque de contractibus in statutis seu legibus municipalibus aliquid disponitur, idem in quasi contractibus, si modo eadem ratio vigeat utrobique, valere ac procedere debeat, argum. l. si donationis. 7. C. de his, qua vi metusve causa gesta sunt. l. 2. §. omnes. 4. & l. interdum. 36. §. ult. ff. de iudic. & fusius declarat Tiraguel. in tract. de legib. communalib. glos. §. num. 127. & seqq. Heigius in §. sequens. 2. num. 5. cum seq. sup. de obligationib. & hic n. 5. & seq. Cæterum quomodo & quando argumentum à contractibus ad quasi contractus procedat, pulchrè docet Nicolaus Everhardus in Topic. legal. in loco, à contractib. ad quasi contractus.

§. Igitur. 1.

Igitur cum quis negotia absentis gesserit: ultrò citroque inter eos nascuntur actiones, quæ appellantur negotiorum gestorum. Sed domino quidem rei gestæ adversus eum, qui gessit, directa competit actio, negotiorum autem gestori contra ia. Quas ex nullo contractu propriè nasci: manifestum est: quippe ita nascuntur istæ actiones, si sine mandato quisque alienis negotiis gerendis se obtrulerit. Ex qua causa ii, quorum negotia gesta fuerint etiam ignorantes obligantur. Idque utilitatis causa receptum est: ne absentium, qui subita festinatione coacti, nulli demandata negotiorum suorum administratione, peregrè profecti essent, deferrentur negotio: quæ sanè nemo curaturus esset, si de eo, quod quis impendisset, nullam habiturus esset actionem, sicut autem is, qui utiliter gessit negotia, dominum habet obligatum negotiorum gestorum: ita & contra ille quoque tenetur, ut administrationis reddat rationem. Quo casu ad exactissimam quisque diligentiam compellitur reddere rationem: nec sufficit talem: diligentiam adhibere, qualem suis rebus adhibere solet: si modo alius diligentior eo commodius administraturus esset negotia.

SUMMARI A.

- 1 Quasi contractus negotiorum gestorum ultrò citroque obligatorius.
- 2 Verus contractus quomodo fiat.
- 3 Quasi contractus aliquando per absorptionem simpliciter contrahitur.
- 4 Negotiorum gestio definitur, & explicatur.
- 5 Rei hereditaria ante aditionem cupio fiat.
- 6 Quatenus hereditas defuncti personam repræsentat, & cum mortui tempore committitur.
- 7 Negotiorum gestorum actio ex vera & naturali gestione inducitur.
- 8 Aut negotiorum gestorum actio competit: si quis presentis negotia gesserit.
- 9 Ius aptari debet potius ad ea, quæ frequenter, quam quæ rardè eveniunt.
- 10 Differentia negotiorum gestorum & mandatæ specificæ.
- 11 Actio & sententia l. at qui. 19. §. 2. ff. de negot. gest.
- 12 Explanatio l. si negotium. 16. C. eodem.
- 13 Negotia utiliter ab initio gesta esse sufficiunt: tametsi infeliciter habuerint eventum.
- 14 Culpa est, immiscere se rei, ad se non pertinenti. Ubi & Bocer. nam negotiorum gestorum definitio expeditur.
- 15 Negotia aliena quomodo gerantur sine mandato domini.
- 16 Exentus sententia, nec spoliare alicuius negotia gerit.
- 17 Antonius Faber redarguitur.
- 18 Iuridicus geminus l. si pignora. 50. ff. de iustit. lib.

- 19 Necessitate urgente, alterius negotium gerit curator, tutor procurator.
- 20 Necessitatis suspitione quis alterius negotia gerere dicatur.
- 21 Interpretatio l. is, qui commodatum. 1. §. 2. ff. commodati.
- 22 Quae negotia voluntarie gerantur: & quibus modis
- 23 Quos sumptus, in liberos erogatos, parentes repetere queant.
- 24 Debitor soluti nulla repetitio est.
- 25 Vitricus est voluntarius negotiorum gestor, si repetendi animo sumptus faciat in rebus privignorum.
- 26 An vitricus alimenta repetere aut deducere possit, si privignus in servitio vitrici fuerit.
- 27 Nemo suis sumptibus alteri inferoive tenetur.
- 28 Voluntarius negotiorum gestor est filius, vel quivis alius qui pro patre, aut alio, non donandi animo, debitum solvit.
- 29 Sensus l. si filius 12. C. de negot. gest.
- 30 Quae sit correlativorum natura.
- 31 Pater & filius sunt correlati.
- 32 Argumentum à correlativis quando procedat.
- 33 Liberi aut & quatenus parentes alere tenentur.
- 34 Lege natura parentes liberis suis thesaurizant.
- 35 Alimenta pietatis intuitu erogata, repeti nequeunt.
- 36 Voluntarius negotiorum gestor est maritus, & frater, itemque illi qui sumptus probabiles in re seu lite communi facit.
- 37 Explicatio l. heredes 25. §. si unus. 15. ff. famil. ercisc. l. filia. 18. Cod. eod. & similia.
- 38 Voluntarius negotiorum gestor est pater aut mater, quae ignorante filia à sponso eius res donatas suscipit.
- 39 Sensus nationis l. die sponsaliorum 25. ff. de positi.
- 40 Actio negotiorum gestorum directa cui datur, adversus quem & ad quid.
- 41 De quānam culpa negotiorum gestor tenetur ad exactissimam diligentiam, adeoque culpam levissimam.
- 42 Quicumque sua sponte sese alicui negotio offert, is in plus tenetur quam alius natura contractus patitur.
- 43 Mandatarius omnem culpam praestat.
- 44 Consideratio l. si mater. 24. Cod. de usur.
- 45 Lege non distinguente, nec nos distinguere debemus.
- 46 Consideratio l. si negotia. 11. ff. de negot. gest.
- 47 De genere quicquid praedicatur, id etiam de singulis speciebus praedicari intelligitur.
- 48 Quatenus appellatione culpa veniat duntaxat levis.
- 49 Consideratio l. in re mandata 21. Cod. mandati.
- 50 Explicatio l. tutori. 20. Cod. de negot. gest.
- 51 Unus inclusio non est alterius exclusio in Constitutionibus Codicis.
- 52 Explicatio l. fidejussor. 32. ff. de negot. gest.
- 53 Explicatio l. si pupilli. 6. §. ult. ff. d. iis.
- 54 Commodatarius de culpa levissima convenitur.
- 55 Quatenus levissima culpa non praestatur, si contractus ad solius creditoris commodum pertineat.
- 56 Absentium negotia non negligenda.
- 57 A tutore ad negotiorum gestorem non procedit argumentum.
- 58 Officium suum nemini debet esse damnosum.
- 59 Damnum sentiri non intelligitur, quod quis sua culpa sentit.
- 60 Negotiorum gestor interdum solummodo dolum praestat.
- 61 De casu fortuito nemo conveniri potest: ejusque ratio.
- 62 Quibus casibus etiam de casu fortuito negotiorum gestor tenetur.
- 63 Conventio dat legem contractui.
- 64 Negotiorum gestorum actio directa quando competat.
- 65 Ista actio locum non habet, si quis gesserit negotium, quod alienum putavit, cum esset suum ejusque ratio.
- 66 Satis abundeque sufficit, si cui vel in paucis amici labore consulatur.
- 67 Interpretatio & sententia l. si pupilli. 6. §. videamus 12. ff. de negot. gest. & l. in commodato. 17. §. 3. ff. commodati & similia.
- 68 Quanto negotiorum gestor maxime utrasque praestare tenetur.
- 69 Consideratio l. idemque 10. §. 1. ff. mandati.
- 70 An correo, qui totum debitum solvit, adversus corream competat negotiorum gestorum actio.
- 71 Corream tenetur suo nomine totum debitum solvere, etiamsi obligatio correi non subsistat.
- 72 Negotiorum gestorum actio ei non datur, cuius pecunia ad suum creditorem pervenit, licet alienum voluerit gerere negotium.
- 73 Obiectio dilatur.
- 74 Cum unus ex correis cogatur commune debitum totum solvere.
- 75 Expansio l. ex fisco. 30. ff. de negot. gest.
- 76 Quare correi negotiorum gestorum actione invicem experiri nequeant.
- 77 Intellectus l. actio 47. in princip. ff. de negot. gest.
- 78 Contraria negotiorum gestorum actio cui datur, contra quem, & ad quid.
- 79 Quae sit huius actionis contraria ratio.
- 80 Anus l. id, quod nomine absentis gestum fuisse, postea ratum & habuerit l. actio mandati, an negotiorum gestorum competat.
- 81 Quibus casibus, licet quis negotium utiliter gesserit, non tenetur ei solvatur illi, cuius negotium est gestum.

83 Si in re communi unus dominorum prohibuit administrationem, alter vero non prohibuit: utrum is, qui non prohibuit, actione negotiorum gestorum de impensis conveniri possit.

Prima obligationis ex quasi contractu species est, negotiorum gestio. Nam si absentis negotia sine mandato gesta sunt: oritur quidem ultro citroque obligatio, l. 2. ff. de negot. gest. l. si quis absentis. §. ff. de obligat. & actionib. & hoc §. nostro. sed ea neque ex contractu est, neque ex delicto, vel quasi delicto. Ex contractu non est: quia nulla conventio, aut potius nullus tractatus inter partes intervenit. Atqui verus contractus non nisi conventionione contrahentium praecedente, & tractatu habito, fieri solet. l. nam, cum tractatu. 32. ff. pro socio. l. in omnibus rebus. 55. ff. de obligat. & actionib. Non ex delicto, vel quasi hanc obligationem venire, per se manifestum est: cum nullum peccatum, nullumque delictum intercesserit. Quare relinquitur, negotiorum gestionem esse ex quasi contractu, ex negotio, live quod quasi ad contractum, accedit, nempe ad mandatum: adeoque propriè non contractum, sed quasi contractum dici debere: quamvis aliquando per-abusionem & improprie contractus simpliciter dicatur, l. sed cum aliquis, 16. ff. de negot. gest. l. contractus. 23. ff. de regul. jur.

Est igitur negotiorum gestio quasi contractus, quo quis alterius absentis & ignorantis negotia sine mandato utiliter gerit. Ita quoque ferme definitur à Christophoro Philippo Richter, in tract. de contract. disp. 13. thes. 2. pag. 379. Dico, alterius. Quod verbum ad negotia quoque hereditatis jacentis accommodandum esse, recte quidam existimant, per textum expressum in l. ait prator. 3. §. hac verba. 6. ff. de negotiis gest. ubi Ulpianus in hanc sententiam disertè respondit: Hac verba: sive quis negotia, quae cujusque, cum is moritur, fuerint, gesserit, significant illud tempus, quo quis post mortem alicujus negotia gessit, de quo fuit necessarium edicere: quoniam neque testatoris jam defuncti, neque heredis, qui nondum additi, negotium gessisse videtur. Sed si quid accessit post mortem, ut puta parvis, & fetus, & fructus, vel si quid servi acquisierint: esse ex his verbis non continentur, pro adjecto tamen debent accipi. Ex quo textu relucet: quod is, qui hereditatis jacentis negotia gessit, neque defuncti, neque heredis negotia gessisse censetur. Si enim ipsa rei veritas spectetur: omnisque juris fictio tollatur: certum est, res hereditarias ante aditionem nullius esse, nec dici posse heredis, hereditate nondum ab ipso adita: cum etiam adhuc dubium sit, anne hereditatem sit aditurus, nec ne, l. 1. circa princ. ff. de rer. divi.

Cui non obstat, quod hereditas, quamdiu non est adita, defuncti personam representet, l. non minus. 31. in fin. ff. de heredib. instit. l. hereditas. 34. ff. de acquir. rer. dom. l. legatum. 116. §. servo. 3. ff. delegat. 1. l. mortuo. 22. ff. de fidejussorib. l. heres. 20. ff. de usurpat. & usucap. §. servus. 2. supr. de heredib. instituend. initio sit. supr. de stipulat. servor. l. huius hereditas. 9. Cod. de positi. & quod heres ex tempore mortis successisse defuncto videatur, quamvis postea adierit. l. heres. 54. ff. de acquir. vel omitt. heredis. l. si ex re. 28. §. ult. ff. de stipulat. servor. quod item omnis hereditas, licet postea adentur, tamen cum mortis tempore continetur, l. omnis hereditas 138. ff. de reg. jur. & consequenter heredis negotia gessisse videatur, qui hereditatis jacentis gessit. Haec, inquam, argumenta omnia non obstant: quia mera juris fictione nituntur, & hoc duntaxat probant, quod fictione juris civilis efficiatur, ut heres scriptus ante hereditatem aditam pro heredem habeatur, quodque hereditas defuncti personam representet. Siquidem, veritate ipsa inspecta, omnia haec seculis sese habent. Fictio autem illa in d. l. 3. §. hac verba. 6. ff. de negot. gest. non attenditur: propterea quod negotiorum gestorum actio non nisi ex vera & naturali gestionem inducatur, ut patet hoc §. & tot. tit. ff. C. de negot. gest. Cui sane consequens fuit, heredi non competere negotiorum gestorum actionem de eo, quod jacente hereditate gestum erat: ut iam specialiter de eo cavetur, *negot.*

necessarium fuerit. Ita sentiunt Julius Pacius cent. 2. *svay-
tio* *Qayōv*. quest. 49. Mejer. in *disp. ad lib. 3. Pand. tit. 5. sub
thes. 4. Treutler. volum. 1. Disput. 10. thes. 1. lit. C. ibique
prolixè Hummii in sua resolut. pag. 696. Vide aliter sen-
tientem Bachovium in not. ad Treutler. d. *disp. 10. th. 1. lit.
C.* eumque referentem Philippum Knipschildt exercitat.
*Acad. 11. quest. 2. pag. 388.**

Dico in definitione, *absentis & ignorantis*. argumento
hujus §. nostri l. 1. l. 2. si *negotia* 11. ff. de *negoc. gest. l. si
quis absentis. 5. in princip. ff. de obligat. & actionibus*. Si
quis enim sciat, aut præsens sit, patiatque suum nego-
cium geri, mandasse reputatur: eoque tum mandati actio
nascitur, l. si *remunerandi. 6. §. si passus. 2. l. qui patitur.
18. l. si pro te. 40. l. qui fidei 53. ff. mand. l. si fideiussor. 6.
C. eod. l. semper. 60. ibique Petrus Fab. ff. de reg. jur. Neque
obstat, quod interdum negotiorum gestio sit, licet præ-
sentis sine mandatu negotia quis gesserit, *argum. l. ali-
menti. 11. §. l. si paterno. 15. C. de negot. gest. & similib.*
Nam quod dicitur, negotiorum gestionem esse, si ab-
sentis negotia gesta fuerint; eo significatur, *ἐπὶ τὸ πλεῖστον*
sive ut plurimum accidere solere, ut absentis negotia ge-
rantur: interim verò non prorsus negatur, quin etiam
nonnunquam negotiorum gestio sit, negotiorumque ge-
storum actio competat, si præsens quispiam & ignoran-
tis negotia administraverit. Etenim ad ea porius jus ap-
tari debe, quæ frequenter, quam quæ perraro eveniunt,
*autore Celfo in l. nam ad ea 5. ff. de legibus. Bachov. d. loco,
Knipschildt d. exercit. 11. quest. 3. pag. 389. & seqq. Justus
Schütz exercitation. jur. disp. 17. th. 2. lit. c. pag. 258.**

Dico præterea, *sine mandato*. Quibus verbis differentia
specificis negotiorum gestionis ac mandati continetur.
Si quis enim negotia alterius ex mandatu ipsius gesserit:
mandatum erit, sique verus contractus: cæterum si citra
mandatum gesserit: negotiorum gestio, atque ita quasi
contractus erit, hoc §. nostro ibi, si *sine mandato, &c. &
d. l. si quis absentis. 5. in princip. ff. de obligat. & actionib.*

Huic non refragatur l. *at quin. 19. §. si libero. 2. ff. de
negoc. gest.* ubi negotiorum gestio videtur, licet mandatu
domini quis negotia gerat. Ibi namque dominus libero
homini, tamquam servo suo, mandavit: & propterea per-
inde est, ac si non mandasset. Liber quippe homo & ser-
vus e diametro invicem opponuntur: ita, ut qui homini
libero, eum servum esse putans, mandatum dederit,
mandasse non intelligatur. *Vide Pacium d. cent. 2. q. 59.*
Mulò minus refragatur l. si *negoc. 15. C. eod.* ubi pariter
negotiorum gestorum actio competere videtur, tamen si
mandatum intervenerit. His etenim verbis, si *negocio-
rum gestoris tue gerens, &c.* respondent verba hæc: *negocio-
rum gestorum actione*: verbis verò illis, *vel mandante ea,
vel rogante, &c.* respondent hæc verba: *vel mandati, &c.*
ut bene animadvertit Dn. Collega Boceri. in *Comment.
ad l. contractus 23. ff. de reg. jur. c. 4. n. 111. ed. 2.*

Denique dico, *utiliter gerit*. Quia satis est, negotia uti-
liter ab initio gesta esse, etiam si malum & infelicem ha-
buerint eventum: ut si insula vel domus utiliter empta
aut suffulta conflagravit, flammisque consumpta sit, l. *sed
an ultro. 10. §. 1. l. successoris. 12. §. ult. §. l. ex duobus.*

27. ff. de *negoc. gest.* Nec adversatur, quod culpa sit, im-
miscere se rei, ad se non pertinent. l. *culpa 36. ff. de reg.
jur. c. non est sine culpa. 19. de reg. jur. in 6.* Quandoqui-
dem ille, qui se rebus alienis sine justa causa immiscet,
πολυπράγμων dicitur, culpaque non caret. At negotio-
rum gestor justam habet causam administrandi negotia
absentis & ignorantis: ne dum propter subitam peregrina-
tionem abesse cogitur, suorum rerum jacturam patiatur,
hoc §. nostro *vers.* idque utilitatis causa, *&c. l. 1. ff. de negot.
gest.* Aliter itam regulam explicant Donell. lib. 15. *Com-
ment. de jur. civ. 2. 15. pag. 420. n. 40. Timæm Faber disput.
25. ad hyst. Imperial. th. 1. lit. b. Knipschildt d. exercit.
Acad. 11. quest. 1. pag. 387. Treutl. d. disput. 10. thes. 1.
sub lit. E. & ibidem Hummii, in sua resolut. pag. 700. ubi
diversos istius regulæ intellectus adducit.*

Quid ergo sit negotiorum gestio, satis opinor patet ex
proposita, sic declarata definitione: quam tamen nulla-
tenus pro exquisita & omnibus numeris absoluta vendi-
to: sed pro tali qualem jus nostrum admittit. Rarè
Harpprecht ad hyst. Tom. III.

quippe in jure nostro accuratæ definitiones, & vix sunt
numero totidem, quot.

Thebarum porta, vel divitis ostia Nili.

Nimis igitur operosa est D. Boceri opera, prædictam
definitionem sine effectu exagitare volentis, *hic sub num.
18. & seq. pag. 486.* Miror autem, ei displicere quæ-
dam nostræ definitiones vocabula: quorum tamè omnium
rationem assignavi satis luculentam: nec eundem de sua
quoque sollicitum esse. Verum ita comparata est homi-
num natura omnium, aliena melius ut videant, & judicent,
quam sua. *Terent. in Heautontim. Act. 3. Scen. 1. in fine*
*Mi Bocere, meam & aliorum definitionem viciosam ar-
guere cupis, cum vix sit: tuam, cum sit, viciosam non
animadvertis. Definis negotiorum gestionem, in hoc §. n.
3. pag. 485. quod sit quasi contractus. Et rectè quidem.
At nimis inconsideratè & superflue subjungis: consistens
in actu, quo quis alterius non mandantis negotia gerit.
Nunquid enim ex hoc ipso, quod negotiorum gestio est
quasi contractus, satis superque manifestum est, domi-
num negotiorum non mandantem esse debere? Quid?
An ullo etiam casu quasi contractus potest esse verus
contractus? Ita scilicet egregius ille Definitionum Ma-
gister & Artifex aliorum definitiones allatat; & suas
ad vitiis omnibus excusare nescit; nimio nimirum in re qui-
dem propria amore, in aliena vero livore præpeditus.
Quæ tamen haud quaquam ita accipi velim, quasi existi-
mem, prædicta verba (*non mandantis*) absque piaculo
definitioni negotiorum gestionis inferi non posse: cum si-
milis & ego inferuerim: probèque sciam, Interpretibus
nostris valde familiare esse, ut majoris perspicuitatis gra-
tia definitionibus apponant vocabula etiam non necessa-
ria. Idque ut ferendum est in iis, qui tantum, ut res in-
telligatur exactius, allaborant: ita intolerabile est in eo,
qui cæteris acutior videri cupiens, suas definitiones pro
accuratissimis & absolutissimis obrudere Lectoribus an-
nuntiat: cum tamen reliquorum definitionibus, quas
ipse temerè oppugnat, neutiquam perfectiores existant.
Hinc versiculi illi Horatiani lib. 2. *Epist. 1.* mihi opportu-
nè occurrunt:*

Quod mecum ignorat, solus vult scire videri:

Nostra sed impugnat: nos, nostraque lividus odit.

Geruntur porò citra domini mandatum negotia alie-
na, vel necessario, vel voluntariè necessario, cum quis
coactus ea gerit: idque aut necessitate urgente, aut ne-
cessitatis suspitione, l. *ait prator. 3. §. hac actione. 10. ff.
de negot. gest. l. tutori. 20. Cod. eod.* Necessitate urgente
alterius negotia gerit executor sententiæ sive judicati,
quando iussu prætoris sententiam seu iudicatum exequi-
tur, d. l. 3. §. si *executor. 8. ff. d. tit.* ubi Ulpianus ita
scribit: *Si executor à pratore in negotio meo datus dolum
mibi feceris, dabitur mihi adversus eum actio.* Ex quo
textu luculenter evincitur: quod executor teneatur cre-
ditori & victori negotiorum gestorum actione, si dolosè
in executione sententiæ versatus fuerit. Et quanquam
Anton. Faber in *rational. ad d. l. 3. §. 8.* contendat,
istum §. 8. de actione doli exaudiendum esse, *arg. l. si
pignus 50. ff. de evictio. cum tamen dictus §. 8. positus sit
sub tit. de negot. gest.* probabilius est, eum non de illa, quam
negotiorum gestorum actione esse accipiendum. Et sanè
si doli actionem Jurisconsultus intellexisset: haud dubiè,
ad omnem tollendam ambiguitatem, hoc expressisset:
maximè cum ibi non ex professo de actione doli, sed de
actione negotiorum gestorum tractaret.

Nec hanc evertit assertionem d. l. si *pignus. 30. ff. de
evictio.* ubi dicitur, nullam aliam actionem contra appa-
ritorem seu executorem dari, quam de dolo. Nam ibi do-
lo executoris, rem viliori pretio distrahentis, læsus fuit
non creditor, sed debitor: cui nomine hujus doli, idcirco
negotiorum gestorum actio non competit: quis executor
negotia debitoris gessisse dici nequit: cum hic debitor
invitus executionem patiat. Hoc itaque negotiorum
gestorum actione deficiente, necessario debitor ad sub-
diciam actionem de dolo confugit, *arg. l. 1. ff. de
dolo.* Quod autem d. l. 50. ff. de *evict.* de debitorum
loquatur: arguant verba ista finalia, *domino rei.*
Dominus enim rei, in qua sit executio, non est
creditor

creditor, sed debitor. Alia ratio est in creditore: quia cum executor ejus causa & contemplatione negotium gesserit: si quid dolo commiserit in executione, merito negotiorum gestorum actione ille tenetur. Ita post *Acursium in Glof. ultim. ad dictum l. 3. §. 8. ff. de negociis gest.* recte tradunt *Julius Pacius cent. 2. evaytio Παρὼν. q. 50. Vitalis lib. 1. var. lection. cap. 12. Hilliger in Donell. enucleat. lib. 15. cap. 15. lit. k. Treutl. vol. 1. disputat. 10. ib. 2. lit. C. ibique Hunn. in sua resol. pag. 704. ubi*
 19 *et alius Fabri dissentientis ratumculis satisfaci.* Præterea necessitate urgente alterius negotium geritur, cum curator adolescentis, furiosi, mente capti, prodigive negotia administrat, *d. l. 3. §. 8. ff. si furiosi. §. ff. de neg. gest. l. curatoris. 17. Cod. eod. vel cum quis mandatu tutoris, negotia pupilli explicat, l. qui pupilla 4. Cod. de neg. gest. quoniam procurator, posteaquam constitutus est, necessarius gestor dicitur, argum. l. sicut initio. §. C. de obligat. et actionib. Cujac. in paratit. Cod. de neg. gest. in princ. quem refert et sequitur D. Bocer. class. 3. disput. 17. thes. 4. ad lit. C. edit. 2. item, cum tutor posthumi inchoata negotia perficere cogitur, etsi non nascatur posthumus, l. cum pater. 29. ff. de neg. gest. l. si nemo. 19. §. fin. ff. de testament. tutel. l. 1. §. si quis 6. vers. simili modo. ff. de eo, qui pro tutore, prove curat. neg. gest. Treutler. d. disp. 10. thes. 2. lit. d. ibique fufius D. Hunnius pag. 705. Necessitatis suspitione alterius negotia gerit is, qui quasi tutor negotia expedit illius, qui juri pubes est, *d. l. 1. §. si quis. 6. ff. de eo, qui pro tutore, et c.* ut & liber homo, qui servire se illi credit, qui res quasdam gerendas ei mandat, l. si pupilli. 6. §. si quis. 5. et l. at quin. 19. §. si libero. 2. ff. de neg. gest.
 20 Cui non contradicit l. is, qui commodum. 13. §. si libero. 2. ff. commodati. ubi expresse asseritur, hoc casu non actionem negotiorum gestorum, sed mandati locum habere. Etenim distinguendum est hoc modo: ut si is, qui bona fide alicui servit, mandatum susceperit, & negotium gesserit quasi ex necessitate servili, eo quod se servum esse, & ob id mandatum sui domini exequi teneri fuerit opinatus: tunc actione negotiorum gestorum teneatur: propterea quod non valeat contractus mandati, in quem non consenserit: cum gesserit quasi ex necessitate servili. Sin verò sciens se esse librum, nondum tamen ad libertatem proclamans, volens susceperit mandatum: tunc adversus eum competat actio mandati. Atque de hoc posteriori casu accipienda est *d. l. 13. §. 2. ff. commodati de priori verò casu intelligi debet d. l. at quin. 19. §. 2. ff. de neg. gest.* Eaque distinctio confirmatur argumento sumpto ex l. liber homo. 19. in fine. ff. de acquir. rer. domin. ubi ex Labeonis sententia similis asseritur distinctio: cum homo lib. r bona fide serviens, jussu ejus, cui servit, adiit hereditatem. Nam si quasi ex necessitate servili adiit hereditatem, possessori acquisivit: si sponte adiit, sibi quisque. Hoc autem argumentum eò majorem vim habet, quod ejusdem Labeonis sententia refertur etiam in *d. l. at quin. 19. §. 2. de neg. gest. Ita docent Julius Pac. d. cent. 2. quest. 59. Treutler. d. disputat. 10. thes. 2. ad lit. E ibique D. Hunn. pag. 708.*
 22 Voluntariè geruntur live expediuntur aliena negotia, que quis sponte, & nulla prorsus necessitate cogente suscipit, *d. l. 3. §. hac actione. 10. ff. de neg. gest. d. l. tutori 20. C. eodem.* id quod variis accidere solet modis: veluti si quis se in re absentis alicui obliget, *l. 2. ff. de neg. gest.* vel pro alio abique ejus mandato subcubeat, *d. l. 3. §. fin. et l. seq. l. fidejussor. 32. et l. mandati. 46. in fin. ff. eod. vel si quis pecuniam, aliamve rem ad me perferendum accipiat, l. si pupilli 6. §. 2. ff. eodem.* vel si quis Titium, quasi debitorem tuum, extra iudicium de solvendo debito amoneat, & debitum ab eo recipiat, idque tu postea totum habeas, *d. l. pupilli. 6. §. item queritur. 9. & §. seq. ff. d. tit. et l. si pecun. 9. C. eod. vel si mater sive avia in rebus liberorum animo recipiendi ac repetendi aliquid expendat, l. alimenta. 11. ubi Accurs. et Richardus C. eod. l. Nescimus. 24. ibique Dal. ff. eod. Nam verò hic ignorandum non est: quod etsi parentes sumptus, in liberos erogant, repetere valeant, si ostenderint, se non animo donandi, sed repetendi sumptus illos facille, juris in modo**

legatis, et latius explanat Joannes Garfias in tract. de expens. et meliorat. cap. 4. num. 4. Menochius lib. 2. de arbitrar. jud. cent. 1. cas. 88. n. 5. 11. 20. et seqq. illos tamen sumptus, quis ex juris publici necessitate fecerint, repetere haud possint, tamen si de illis repetendis expresse protestati fuerint. Cujus ratio manifesta est: quia quod quis facere cogitur legibus, si id faciat: solvit, quod debuit. Debiti autem soluti nulla repetitio est, *l. si non fore. 26. §. penult. ff. de condict. indebiti.* Et cum ad has impensas faciendas actionem habeat is, cui debentur: multo magis habebit ad eas servandas & retinendas exceptionem, *l. invitus. 156 §. 1. ff. de reg. jur.* Unde si filium, in bonis nihil omnino habentem, pater aluerit, eduxerit, bonis artibus instituendum curaverit; quantumvis testatus sit pater, se ea, quæ impendit, ita erogare, ut aliquando repetat; non tamen repetere poterit: quoniam ista facere cogebarat, *l. si quis à liberis. §. 1. 2. et 4. ff. de agnoscend. et alend. liber. l. ult. §. ipsum autem §. C. de bonis, quæ liberis, et c.* Idem dicendum erit de liberto, qui tutores filiis patroni petiit. Hoc enim facere libertus compellitur, *l. 2. §. 1. ff. qui petant. tutor. vel curatores.* Ideoque si fecit; officio & obsequio liberti functus, negotiorum gestorum actionem non habet, *l. officio. §. C. de neg. gest. Donell. lib. 15. Comment. de jur. civ. c. 16. pag. 424. n. 20. & 30.*
 25 Voluntarius quoque, est negotiorum gestor vitricus, qui repetendi animo sumptus facit in rebus privignorum, *l. si paterno. 15. C. de neg. gestis.* At quid statuendum, si vitricus bona privigni administrans, alimenta privigno præbeat; an ne etiam tunc repetitionem habebit? Et habere probatur argumento *d. l. Nescimus. 34. vers. at in proposito. ff. eod.* ubi Paulus de avia, nepotibus alimenta suppeditante, aperte scribit: eam, si negotia administraverit nepotum, verisimiliter eos de re ipsorum propria aluisse. Quare & vitricus, bona privignorum administrans, in dubio alimenta potius ex bonis ex bonis ipsorum privignorum, quam suis, præbuisse censetur. Siquidem inter vitricum & privignos non talis invicem se alendi interdicti necessitudo, qualis inter patrem & liberos, aviam & nepotes. Et quanquam vitricus non recte fortassis experiretur contra suum privignum, sumptuum in alimenta factorum recipiendorum causa, ut existimat Ludovic. Romanus consil. 255. n. 2. bona tamen privigno restituens, deducere posset & reputare alimenta, quæ illi præbuit, argum. *d. l. 1. 34. vers. igitur. ibi, audiendos, si reputare velint alimenta, et c. ff. de neg. gest.* Quid verò, si privignus, aut privigna in servitio fuerit vitrici, eique operas quotidianas præstiterit; an ne tunc repetere aut deducere alimenta vitricus poterit? Hoc casu & æquitati & veritati magis consonum est, vitrico nullam alimentorum repetitionem aut deductionem competere: sed alimentorum & operarum compensationem fieri oportere: cum nemo suo sumptu alteri inservire teneatur, arg. *l. in rebus. 18. §. possunt. 2 ff. commodati.* Et absurdum quoque foret, deteriori conditione haberi privignum, quam extraneum, cui vitricus, si eum in suo servitio vel famulitio haberet, jure alimenta suppeditare cogetur. Eamque rem explicatius persequuntur D. Martinus Col. lib. 3. de alimentis. cap. 2. eumque citans D. Hunnius in resol. ad d. disputat. 10. Treutl. thes. 3. lit. C. q. 12. p. 713. D. Bocer. hic n. 32. cum seqq. p. 487. et Knipschildt d. exercit. 11. q. 4. p. 392. Est item voluntarius negotiorum gestor filius, vel quivis alius, qui pro patre, aut alio, non donandi animo, debitum solvit, *l. si filius 12. C. de neg. gest. l. cum pecuniam 43. ff. eod.* In *d. l. si filius. 12.* Alexander Imperat. filio impensarum repetitionem denegat, si donandi animo pecuniam dederit. Ex quo elicitur, quod si non donandi animo filium debitum patris solverit, nec eo animo soluisse probari possit, repetitionem solutæ pecuniæ habeat. Et licet Joannes Gloffator, eumque secuti, particulam *si* illic idem significare purent, quod quia: prout interdum particula *ita* non conditionem, sed causam & rationem in legibus nostris donat: quia tamen sua natura conditionem significare solet: ideo ab hac genuina & nativa significatione in dubio non est recedendum, arg. *l. non aliter. 69. in pr. ff. de legat. 3.*
 29 Neu obstat, quod hæc sit correlativorum natura, ut quod

- quod dispositum est in uno, idem quoque dispositum censetur in altero, *l. ult. C. de indict. viduitate tollend. l. 1.*
- 31 *C. de cupressis, &c.* Pater autem & filius sint correlata. Ideoque sicut pater aut mater, sumptus suppeditans filio, non habet eorum repetitionem: cum donandi animo subministrasse præsumatur, *l. cum is, 32. §. mulier, 2. ff. de condict. indebit. l. 1. in fine, ibique Gothofred. d. l. alimenta, 11. & d. l. si paterno, 15. in princ. C. de neg. gest. ita & filius, impenſas pro patre faciens, præsumatur donandi, &*
- 32 non repetendi animo eas fecisse. Nam respondetur: argumentum hoc habere vim concludendi & procedere, si in uno correlativorum eadem sit ratio, quæ est in altero. Ast in proposito diversa est patris & filii ratio. Siquidem liberi non ita jure naturæ primævo suos progenitores alere tenentur, quemadmodum hi illos: cum liberi alimenta parentibus ex obligatione duntaxat antidotali debere videantur, *arg. l. fin. §. ipsum, 5. C. de bon. quæ liberis, &c.*
- 34 Unde belle dici solet, quod lege naturæ non liberi parentibus, sed parentes thesaurizent filiis suis, *2. ad Corinth. 12. vers. 14. cum Apostolus 6. §. prohibemus, extr. de censib. can. predicator. 66. vers. non debent, caus. 16. q. 1. l. de emancipatis, 13 §. 1. & 2. C. de legitimis heredib. l. nam? & si 15. in princ. ff. de iustic. testam. l. nihil interest. 50. §. 2. in fine. ff. de bon. libert. l. scripto 7. in fin. ff. unde liberi, l. cum ratio, 7. in pr. ff. de bon. damnat. Wesenbec. in §. qui igitur, 3. num. 2. supr. de patr. potest.*
- 35 Neque urget, quod alimenta pietatis intuitu facta & erogata repeti non possint, *l. ex duobus, 27. in fine, ff. de negoc. gest.* Filius autem in dubio intelligatur impenſas, in patrem factas, pietatis respectu fecisse. Respondetur enim breviter: alimenta quidem pietatis causa suppeditata repeti non possunt: at filium in dubio non censeri alimenta pietatis causa patri suppeditasse, aut impenſas pro eo fecisse: ut arguitur *d. l. filius 12. ibi, si donandi animo pecuniam dedit, C. eodem. Humm. d. ibes. 2. lit. D. pag. 714. D. Bocerius hic n. 27. & seqq. pag. 488. Linglois decis. 1. quest. 7. & Knapchild. d. exercit. 11. quest. 5. pag. 392.* Porro de obligatione parentum in liberos, & obligatione liberorum erga parentes, perquam eleganter & copiose differat Henningus Arnifæus lib. 1. de Republ. cap. 4. sect. 4. & 5.
- 36 Est præterea voluntarius negotiorum gestor maritus, qui in funus uxoris, quasi recensurus, aliquid erogat, *l. quod in uxorem, 13. Cod. de negoc. gest. & frater, qui pro sorore tributa solvit, l. si negotium, 16. ibi Gothofred. Cod. eod. aut pro fratre coherede pecuniam expendit, l. frater pro fratre 3. Cod. d. tit. item ille, qui sumptus necessarios & probabiles in re seu lite communi facit, *l. ejus, qui 41. vers. earum autem, &c. ff. de reb. credit. & l. libertio, 31. §. fin. ff. de negoc. gest.* in quibus legibus affirmatur, solam negotiorum gestorum actionem de impenſis, in rem communem factis, competere.*
- 37 Hisce textibus non repugnat *l. heredes, 25. §. si unus, 15. ff. famil. eriscund. l. filia, 18. in fin. Cod. eod. & d. l. 3. Cod. de negoc. gest. cum concordantibus, in quibus asseritur, de eo, quod in rem communem impensum est, dari vel actionem communi dividundo & familie eriscundæ, vel certe hæc actioes concurrere cum actione negotiorum gestorum. Etenim sic commodè distinguere potest: ut si qui pro parte coheredum gessit, quod divisionem recipiebat, & pro sua solummodo parte geri potuisset: tunc negotiorum gestorum actio derur, *d. l. 41. ff. de reb. credit. d. l. 31. §. fin. ff. de negoc. gest.* Si verò quis gesserit pro parte etiam coheredum: quod divisionem non recipiebat. Quodque pro parte duntaxat gestoris geri non poterat: tunc actio familie eriscundæ, vel communi dividundo competat, *d. l. 25. §. 15. ff. famil. erisc. d. l. 3. Cod. de negoc. gest. & similib. Cujac. tract. ad Africam. 8. in explicat. d. l. ejus, qui 41. ff. de reb. credit. pag. 417. D. Bocer. hic non. 30. & seqq. pag. 488. Humm. in d. disput. 10. Treutl. thes. 3. ad lit. H. vol. 1. pag. 717. Julius Pac. d. cons. 2. iustis David, quest. 63.**
- 38 Est denique voluntarius negotiorum gestor pater aut mater, quæ ignorans filia a sponſo ejus res donatas suscepit, *l. fidejussor. 32. §. ultim. ff. de negotiis gestis, ubi Papinianus ita disertè scribit: Ignorante virgine, mater a sponſo filia res donatas suscepit: quia mandati, vel depositi cessat actio: negotiorum gestorum agitur.*
- Cui non refragatur *l. die sponsaliorum 24. in princ. ff. de fidejussor. ubi idem Papinianus proficitur, isto in casu competere actionem depositi, & non negotiorum gestorum. In hujus siquidem legis specie virgo fuit præsens, eique res fuerunt a sponſo oblatæ: ac propterea pater accepit voluntate filia: ob quam voluntatem filia videtur brevi manu res accepisse, & apud patrem deposuisse. Quod autem præsens fuerit filia, apparet ex eo, quod dicitur, res puellæ fuisse oblatas: quoniam præsentem tantum offerimus. Cæterum in specie *d. l. fidejussor. 32. §. ultim. ff. de negoc. gest.* mater ignorante virgine res accepit: & ideo cum nullus fuerit consensus virginis, non potest videri a sponſo accepisse, & apud matrem deposuisse. Ita istos textus conciliant Antonius Faber in rational. & Cujac lib. 3. responsor. Papiniani, in explicat. dictæ *l. 32. §. ult. ff. de negoc. gest. Pacius d. cons. 2. qu. 64. eosque laudans Humm. dicto loco pag. 718. & D. Bocerius hic num. 33. pag. 489.* Porro plura ejusmodi negotiorum gestorum exempla videre est passim, *ff. & Cod. de negotio gestis.**
- Ex hoc quasi contractu duplex nascitur actio negotiorum: una directa, altera contraria, hoc §. nostro, *l. fin. autem, 20. ff. de negoc. gest.* Directa negotiorum gestorum actio datur domino rei gestæ, adversus ipsum gestorem; ad hoc, ut gestoris sive actus sui rationem reddat: quodque ex negotio domini percepit lucri & commodi, hoc omne ei restituat, damnumque, quod negligentia ipsius, culpa & dolo datum est, refarciat, *l. 2. & l. si negotia, 11. ff. d. tit. ibique in Paratist. Wesenbec. n. 10. l. tutori, 20. C. eod. l. contrarium, 23. ff. de regal. jur. l. si quis absentis, 5. in princ. ff. de obligat. & actionib.* Sed de quam culpa teneatur negotiorum gestor, valde intricatum ac controversum est? Et quidem, quod non de levissima, sed de lata solum & levi culpa conveniri possit, plerique existimant; Angelus, Myſingerus, Baldinus, Heigius, Giphanius, Reuershubius, Schneidewinus, Marcellus, & nonnulli alii in hoc §. Siehardus in d. l. tutori, 20. C. de negoc. gest. Anton. Faber. ad d. l. si negotia, 11. ff. eodem, Petrus Gregor. in synagm. jur. univers. lib. 20. c. 2. num. 4. D. Bocer. class. 3. disput. 17. thes. 17. edit. 2. item in hoc §. n. 43. cum multis seqq. pag. 490. & in commentar. ad d. l. contrarium, 23. ff. de reg. jur. cap. 4. n. 112. edit. 2. & ibidem Hieronymus Cagnol. num. 66. Petrus Fab. n. 121. & M. Anton. Delrio cap. 14. Treutl. disput. 10. thes. 6. lit. D. vol. 1. Henonius disput. 17. ad Institut. thes. 17. Arumæus exercitat. Justin. 15. thes. 11. Matthias Stephani cent. 3. q. 90. Schickardus disput. 15. thes. 6. ad lit. b. & resol. q. 1. Schegkian in delibatur. jur. disp. 20. thes. 3. lit. d. Gothofred. Anton. disput. Anti Vul. rei 4. th. 23. Locamer. questionum juridicarum fascic. 40. q. 9. & Frantzkius exercitat. jurid. 11. q. 7. p. 360. & seqq. Verum quod etiam levissimam culpam domino præstare regulariter teneatur negotiorum gestor, asserunt Donatus lib. 15. Comment. de jur. c. 15. p. 420. ibique Hiliger. in suis notat. ad lit. f. Vultejus lib. 1. disceptat. Schickard. c. 15. p. 165. cum seqq. Borcholt. Anton. Matthæus & Gerard. Tinningius in hoc §. Cujacius in notis ad Jul. lib. 1. sentent. tit. 4. in princ. Tinnius Faber d. disp. 25. ad Institut. Imperial. th. 2. lit. c. Justus Schütz. disput. 17. th. 5. p. 261. Robert. disput. 18. thes. 1. Wegner. disput. 13. th. 3. ad lit. D. Andr. Gerardi deced. 16. q. 1. Forster. junior lib. 3. disput. 19. thes. 1. Riemer. deced. 11. q. illustr. 7. D. Hagold. in delibatur. jur. ex lib. 3. Pand. tit. 5. n. 30. pag. 325. cum seqq. Schroter diatribar. domesticar. deced. 8. q. 8. Berens. disput. 12. ad Institut. them. 3. q. 1. Humm. disput. 16. ad Institut. thes. 26. & in resolut. ad d. disput. 10. Treutl. th. 5. lit. C. & D. p. 724. q. 19. & Washovius ibi, dem in suis not. pag. 382. vol. 1. & in hoc §. 4. l. p. 333. hosque referens D. Martinus Rintel. Exercit. 16. ad Institut. sub thes. 2. lit. C. p. 146. Quæ assertio, quam & ego 42 verissimam iudicio, in primis probatur per hunc §. nostrum, vers. quo casu, &c. ubi Imper. Justinianus regulam proponit, quod negotiorum gestor teneatur ad exactissimam diligentiam, cui casus levissima culpa non imputatur, ut ostensum in §. 2. supr. de obligationibus n. 70. & 76. Regulam

autem eam esse, arguit vocula *quisque*, & subiecta exceptio, si modo alius diligentior commodius administraturus esset negocia. Quasi dicat Imp. tum demum negotiorum gestor suo satisfecisse officio, quando & nemine vincitur diligentia: hoc verò nunquam futurum, nisi exactissimam adhibuerit operam: cum semper ab alio diligentius possint administrari negocia, si exactam usurpat diligentiam, Quemadmodum igitur in ædificio edicto, qui optimum dixit, optimum etiam, non mediocre, præstare debet, l. si quid venditor 18. §. 1. ff. de edic. edicto: ita negotiorum gestor, à quo exactissima requiritur diligentia, eam adhibere debet.

43 Deinde eadem assertio hac ratione confirmatur: Quicumque sese sua sponte alicui negotio offert, is in plus tenetur, quam alias natura contractus patitur, l. 1. §. sepe evenit, 35. ff. de positi, ubi depositarius, qui se deposito obtulit, tenetur etiam ad levem culpam: cum tamen alias solum dolum & latam culpam præstet, l. quod Nerva, 32. ff. d. tit. d. l. contractus 23. ff. de reg. jur. & explicatur latius in §. præterea, 3. num. 22. & seqq. supr. quib. mod. re contrah. obligat. Atqui vero negotiorum gestor gestioni seu administrationi negotiorum semper se offert: quoniam certissima est hujus contractus natura, quod negocia aliena gerens, sponte non rogatus ad ea gerenda accedat, atque ideo semper se se offerat. In arbitrio enim ipsius est ab initio, negotiorum gestionem suscipere: susceptam autem pro arbitrio suo negligenter administrare, liberum ipsi non est. Cum igitur etiam mandatarius, qui tamen se non obtulit, de omni culpa teneatur, l. à procuratore, 13. Cod. mandati, & pluribus demonstratum in §. si, qui exequitur, 8. num. 21. & seqq. supr. de mand. idem, & quidem multò meliori jure, de negotiorum gestore statuendum fuerit.

44 Accedit præterea textus expressus in l. si mater, 24. C. de usur. ubi ab Imper. Philippo rescriptum est: matrem quæ negocia filii gessisset, omnem diligentiam præstare debere. Quod si igitur omnem diligentiam præstare mater, in gerendis & administrandis liberorum negotiis, compellitur: sequitur, quod & exactissimam diligentiam, quam culpæ levi opponi certum est, præstare teneatur. Et si à matre omnis diligentia exigitur: multò certè magis ab extraneo exigetur. Neque enim tam libris inter necessarios, maxime verò inter parentes & liberos, esse solam observatio, quanta est inter extraneos, argum. l. 3. §. interdum 9. ff. de negoc. gest. Et quanquam dissentientes regeant: omnem diligentiam in d. l. 24. Cod. de usur. non absolute de omni diligentia, quam etiam diligentissimus paterfamilias adhiberet, sed de omni diligentia matris, quam suis propriis rebus adhibere consuevit, intelligendam esse, quæ diligentia opponi soleat non levissime, sed levi culpæ: isthæc tamen interpretatio merito repudiatur. Tum quia nimis divinatoria est, nec ullo firmo fundamento sussulta: cum Imperator non dicat, omnem diligentiam matris, vel omnem diligentiam, quam mater suis rebus adhiberet; sed absolute & simpliciter omnem diligentiam. Cum igitur Imper. non distinguat, nec nos distinguere debemus, vulgata l. de precio, 8. ff. de Public. in rem actio: l. 1. §. generaliter, ff. de legat. præstaud. Tum quia diligentia, quam quis suis adhibet rebus, opponitur culpæ lævi: ita ut si eam in alienis rebus non præstiterit; latam culpam: seu culpam eam, quæ dolo proxima est, commisisse putetur, d. l. quod Nerva, 32. ff. de positi.

47 Illud insuper ipsum corroborare videtur l. si negocia 11. ff. de negoc. gest. ubi Pomponius ait: eum, qui negocia absentis & ignorantis gerit, culpam & dolum præstare debere: sed & interdum casum. Quibus utique verbis haud obscure significat Jurisconsultus: negotiorum gestorem culpam præstare debere, Levissimam autem culpam, esse culpam patet ex l. in lege Aquilia, 44. ff. ad leg. Aquil. & ut. quæ docuimus in §. 2. num. 70. cum aliquot seqq. supra de obligat. Igitur ex mente Pomponii & hæc à negotiorum gestore præstanda est. Quicquid enim prædicatur de genere, id etiam de singulis speciebus, eo genere contentis, prædicari intelligitur: nisi aliqua species expressè, atque in minutum excepta fuerit, arg. l. quæ de tota, 76. in princ. ff. de rei vindicat. l. unam, 41.

§. 3. ff. de legat. 3. l. 1. §. quod autem ff. de aleatoribus. Hic autem in genere de culpa prædicatur, quod ea præstanda sit à negotiorum gestore. Quare de singulis culpæ speciebus sive gradibus; adeoque de culpa quoque levissima idem prædicari, statuendum est. Nec movet, quod alibi obijciat, in d. l. 11. ff. de negoc. gest. per culpam intelligi duntaxat levem: quæ in dubio appellatione culpæ venire solet, arg. §. præterea 3. supr. quib. mod. re contrah. obligat. l. socius socio, 72. ff. pro socio, l. videamus, 4. §. fin. & l. seq. §. 3. ff. de in lit. jurand. l. si mora, 9. ibique Jason. num. 8. & l. si filiofamilias, 25. §. 1. ff. solut. matrimon. Præterquam enim quod hoc tum demum procedit, quando res subiecta suadet, nomine culpæ levem tantummodo culpam intelligi, aut levissima culpa perspicue excipitur, ut in l. heredes, 25. §. non tantum. 16. vers. non tamen diligentiam, ff. familie eriscund. & post alios pluribus ostendit Celsus Burgalius in tract. de dolo. lib. 5. cap. 3. n. 18. & seqq. etiam observandum est, quod Pomponius in d. l. si negocia 11. ff. de negoc. gest. culpam & dolum casui fortuito opponit. At quoties hoc fit: per culpam omnis, sicque etiam levissima culpa intelligitur: nisi & ipsa vel expressè, vel implicite excipiat, ut in §. ult. supr. quib. mod. re contrah. obligat.

Postremo huic sententiæ non parum suffragatur textus in l. in re mandata, 21. in fine Cod. mandat. ubi Constantinus Imper. rescribit: in administratione alienorum negotiorum nil quidquam neglectum ac declinatum culpam vacuum esse. Atqui negotiorum gestorem aliena negocia gerere, in confesso est. Sequitur ergo, quod si quidquam in eorum gestione neglexerit ac declinaverit, culpa haud vacuum sit: ac ea propter de culpa levissima conveniri possit. Idque maxime vox, quidquam, arguit. Quidquid etenim neglectum fuerit, aut declinatum, culpam vacuum non est: ita nimirum, ut si neglectum aut declinatum quid fuerit, quomodocumque etiam illud fiat, id præstandum sit. Id autem fit culpa non minus levissima, quam levi. Et vero est ratio illa non propria mandatarii: sed omni alieni negotii gestori communis, sive mandato illud gerat, sive sine mandato. Quinimo si locum illa habet, ut habet, in mandatario, qui ad gestionem accedit, præcedente negotii domini rogatione atque mandato: multò magis locum habebit in negotiorum gestore: qui sponte sua, non etiam rogatus, ad negocia gerenda accessit, & se illis obtulit, atque offerendo industriam suam in gerendo sive administrando professus est, D. Vult. d. lib. 1. disceptat. Scholastic. cap. 15. pag. mibi. 169.

Huic ita stabilitæ assertioni primo non obstat prædicta l. tutori, 20. C. de negoc. gest. ibi cum Imp. Diocletian & Maxim. doli tantum; culpæ lævæ & levis mentionem faciant: inde dicendum videtur, levissimam culpam præstandam non esse. Etsi enim in ista lege culpæ levissimæ nulla mentio fiat: non tamen protinus consequens est, hanc culpam levissimam non esse à negotiorum gestore præstandam. Unius quippe inclusio non est alterius exclusio in constitutionibus Imperatorum, in Codice relatæ: quæ sunt ut plurimum relictæ & accommodatæ ad consulationem & facti speciem Imperatoribus propositam. Igitur de levissima culpa in d. l. 20. nihil respondent Imperatores: quia de ea non fuerant consulti aut requisiti: sed hujusmodi facti species ipsis proposita & oblata fuit, quæ is, qui consulenti Octavianæ negocia gesserat; dolum, latam & levem culpam, non etiam levissimam, commiserat. Quod si in genere, anne de omni culpa, aut in specie, an de levissima culpa teneretur negotiorum gestor, Imp. fuissent consulti: dubium non est ullum, quin idem de levissima culpa responduri fuissent. Neque sane hæc interpretatio nuda conjectura aut divinatione nititur: sed ex oppositione ista, quæ fit in d. l. 20. manifestè colligitur. Namque opponuntur ibi tutor atque curator negotiorum gestori ratione culpæ, de qua tenentur. Atqui clarissimi juris est, tutorem & curatorem de levi tenari culpa, l. d. tutor, 33. in princ. ff. de admin. & peric. tutor. l. 1. in princ. ff. de tutela & rationib. distrabend. l. quicquid, 7. C. arbit. ratela, & dict. supra ad §. si qui exequitur, 8. n. 32. tit. de mandato. Quapropter ut oppositio ista constanter necessario admittendum est, negotiorum gestorem non solum de levi, sed de levissima quoque culpa teneri. Num. d. resolut.

resolus. ad disputat. 10. Treulieri. thes. §. lit. C. & D. vol. 1. pag. 725.

53 Secundò non obstat, *l. fidejussor. 32. vers. negociorum autem. ff. de negoc. gest. ubi* Papinianus ait, in negociorum gestorum actione culpam æstimari satis esse, non etiam casum. Nam si ibi culpæ appellatione culpa levissima contineri non debuit; cur Jureconsultus non æque culpam levissimam, atque casum excepit: cum de illa magis, de hoc minus dubitari potuisset? Verum equidem est, culpam absolute positam significare culpam levem, *argument. d. l. contractus. 23. ff. de reg. jur. §. 3. supr. quib. mod. re contrah. obligat. & juris similitum allegatorum supra n. 49.* sed id non esse perpetuum, dicto modò loco ostensum est. Suadet enim interdum oppositio, quæ sit inter culpam, & casum fortuitum, ut culpam interpretemur culpam omnem, quæ & dolus sit, & culpa lata, & culpa levis, & culpa levissima, *ut in d. l. fidejussor. 32. ff. de negoc. gestis, & l. si procuratorem. 8. §. proinde. 10. ff. mandati.* interdum etiam idem dicitur suaderque subjecta materia, de qua agitur, mentione culpæ in illa facta: quemadmodum circa contractus mandati causam notavimus supra in d. §. it, qui exequitur. 8. tit. de mandato. numer. 25. quod nimirum in illo appellatione culpæ, non levis tantum, quæ propriè culpa dicitur, sed levissima etiam comprehendatur, ubicunque absolute culpæ mentio fiat, *ut in d. l. si procuratorem. 8. §. proinde. 10. l. idemque. 10. §. 1. linter causis. 26. §. sed cum servus. 7 ff. mandati. l. etiam si. 1. Cod. eod. D. Vult. d. cap. 15 pag. 172.*

54 Tertiò non obstat *l. si pupilli. 6. §. ultim. ff. de negoc. gest.* ubi à negociorum gestore exigitur, ut diligens sit, non etiam, ut sit diligentissimus. Cui simile est, quod *in recept. sentent. Paul. lib. 1. tit. 4. in princip.* dicitur: eum, qui negocia aliena gerit, exactam diligentiam præstare debere. Unde colligitur: in negociorum gestore culpam levem, & non levissimam, vindicari: siquidem exacta diligentia culpæ levi; exactissima verò culpæ levissimæ opponatur. Istud, inquam, non obstat. Respondetur enim: exactissimam diligentiam rectè quoque appellari diligentiam exactam: quoniam superlativo positivum inesse constat. Nam qui doctissimus est, rectè dicitur doctus: qui sapientissimus, rectè dicitur sapiens. Itaque non sequitur: negociorum gestor tenetur præstare exactam diligentiam: ergo non exactissimam: item negociorum gestor debet esse diligens: ergo non diligentissimus. Sic etenim à mandatario requiritur, ut aliena negocia exacto officio gerat, *d. l. in re mandata. 21. Cod. mandati & tamen nihil quidquam ab eo neglectum culpa vacuum esse, ibidem pronuntiatur.* Sic & commodatarius rebus commodatis exactam diligentiam adhibere dicitur, *§. item is. 2. vers. at is, & supr. quib. mod. re contrah. obligat.* & tamen ipsum de culpa levissima conveniri, traditur *in l. si us certo. §. §. nunc videndum. 2. in fine. ibi, diligentiam. l. in rebus. 10. in princip. ibi, diligentissimus. ff. commodati. l. 1. §. §. ille quidem. 4. ibi, exactissimam. ff. de obligationib. & actionib. & exposuimus accuratius in d. §. 2. supr. quib. mod. re contrah. obligat. num. 23. & seqq.*

55 Quartò non obstat, quod ex hujusmodi quasi contractu negociorum gestor nihil planè commodi ad gestorem perveniat: sed solius domini, ejus negocia gesta sunt, utilitas vertatur. Juris autem est non incogniti, quod cum contractus ad solius creditoris pertinet commodum, debitor de levissima culpa conveniri non debeat, *d. l. si us certo. §. §. nunc videndum. 2. ff. commodati.* Hoc, ajo, non obstat. Quod enim dicitur, levissimam culpam non præstari, cum contractus non concernit utilitatem debitoris: id hæc recipit limitationem: nisi debitor sese contractui obtulerit, suamque diligentiam & industriam professus fuerit. Jam verò negociorum gestor nulla planè necessitate coactus, sed sim sponte aliena negocia administranda suscipit. Igitur merito de levissima culpa tenetur, *docente Humio in d. loco pag. 726. & Vultejio d. cap. 15. ad finem.*

57 Quintò, non obstat, quod si ad exactissimam & summam diligentiam negociorum gestor obligatus esset, adeoque de levissima culpa teneretur: nemo facile alterius negocia susceperit & curaturus esset: sique absentium negocia, insigni sepe cum eorum detrimenta, desereret.

gentur: ad quæ tamen gerenda amici maximè invitandi videntur, *argum. hujus §. vers. idque utilitatis, &c.* Etenim hoc debile admodum & infirmum est argumentum. Eadem quippe ratione non facilè quispiam mandatum suscepturus foret, quod & ipsum exactissimam diligentiam requirit, & à contrario, si hæc adhibita non fuerit, levissimam culpam exigit, *l. à procuratore. 13. Codic. mandati. & pluribus monstratum in d. §. is, qui exequitur. 8. supr. de mandato. num. 21. & seqq.* Sed & illud, quod in conjectura ac eventu dubio positum est, certissima juris fundamenta & rationes evertere non debet, nec potest, *ut bene hic in fine Anton. Matthæus monet.*

58 Sextò non obstat *d. l. quicquid. 7. Cod. arbitrium tutel. cum similibus,* ex quibus evinci posse videtur: quod, ad instar tutoris, negociorum gestor de levissima culpa conveniri non possit. Quandoquidem à tutore, qui necessitate publica ad tutelæ administrationem inducitur, ad negociorum gestorem, qui ultrò se ingerit, minus rectè duci argumentum, liquet *ex d. l. tutori. 20. Cod. de neg. gest. & tradit Roberus d. disput. 18. thes. 1. eumque referens Paulus Berens d. disputat. 12. rhem. 3. quest. 1. num. 2. & ipse ostendi supra in d. §. is, qui exequitur. 8. num. 33. tit. de mandato.*

59 Septimò & ultimò non obstat, quod officium suum nemini debeat esse damnosum, *l. sed si quis. 7. ff. testament. quemad. aperiunt. l. si servus. 61. §. quod vero. 5. ff. de iur. l. si verò. 12. §. si mihi 9. ff. mandati.* Alit erit damnosum gestori, si ex culpa levissima conveniatur. Nam quadrupliciter respondetur: I. Si hoc argumentum obtineret: negociorum gestor ne quidem ex culpa levi conveniendus foret, ne pateretur officii sui jacturam. Est siquidem ubique idem medium concludendi. Posterius autem est absurdum. Ergo & prius. II. Non potest conquiri gestor, quod officium suum sibi existat damnosum: cum nec officio suo functus sit. Debent enim aliena negocia exacto officio geri, nec quidquam in eis prætermisissim culpa vacat *d. l. in re mandata. 21. Cod. mandati.* Et qui se negotio gerendo offert, is omnem culpam præstat, *d. l. 1. §. sapè evenit. 35. ff. depositi.* III. Nec damnum gestor sentire intelligitur, quod culpa sua sentit, *l. quod quis ex culpa. 203. ff. de reg. jur. & notat. Anton. Matthæus in hoc §. nostro.* IV. Regula illa sic intelligitur: nisi officium culpa præcesserit: item nisi officium alteri noceat. Adjuvare quippe nos, non decipi officio, oportet, *l. in commodato. 17. §. sicut. 3. vers. adjuvari. ff. commodati.* Gerard. Tuning. hic in fine. Itis igitur obtaculis omnibus remotis, firmiter concludendum est: negociorum gestor de levissima culpa regulariter conveniri posse.

60 Est tamen casus, quo negociorum gestor levissimam culpam non præstat, imò ne levem quidem, sed solummodò dolum: veluti si affectione coactus, ne bona mea distraherentur, negociis se meis obtulerit, *l. ait prætor. 3. §. interdum. 9. ff. de neg. gest.* Sanè de casu fortuito, qui videlicet nulla providentia humana caveri potuit, non teneri negociorum gestorem, extra omnem controversiam est: siquidem nec alius quisquam de casu fortuito conveniri potest, *l. si ex legati. 23. ff. de verb. obligat. & contractus. 23. ff. de reg. jur. ubi Dehio c. 21. l. qua fortuitis. 6. Cod. de pignorat. act.* Ejusque ratio est perspicua: quia quoniam res sine omni culpa aut dolo alterius perire æquissimum est, eam perire suo domino, *l. pignus. 9. Codic. de pignorat. act.* Cum enim is commodum illius rei sentiat, secundum naturam & æquitatem est, eundem quoque damnum illius sustinere & incommodum, *§. cum autem. 3. vers. nam & commodum. supr. de empt. & vendit. l. secundum. 10. ff. de reg. jur.* Verum tamen recipiuntur casus, quibus etiam de casu fortuito negociorum gestor tenetur: I. Si tale negocium suscipiat negociorum gestor, quod non solum erat gerere dominus, *l. si negocia. 11. ff. de neg. gest. 11.* Si casui fortuito causam præstiterit & occasionem, *§. item is. 2. vers. si modo non ipsius culpa, supr. quib. mod. re contrah. obligat.* III. Si speciali pacto casum fortuitum in se receperit, *l. negocium. 22. C. de negoc. gest. l. 1. C. de commodato.* Etenim pactum sive conventio dat legem, hoc est, formam & temperamentum contractui, ut jam ex ipsa conversatione de contract.

judicetur, l. juris gentium. 7. §. quin imo. 5. ff. de pact. d. l. con-
tractus. 23. ff. de regul. jur. ibique Philipp. Matthaeus n. 41. l.
legem. 10. C. de pactis. Et inibi Donellus n. 4.

55 Porro directio negotiorum gestorum actio non tantum
competit, quando gestor negotiorum eo animo gessit, quod
alienum esse existimaret: sed tum etiam, quando gessit
negotium, quod putabat suum esse: cum revera esset
alienum, per textum expressum in l. ult. ff. de negoc. gest.
Et ratio est: quia dominus agendo adversus gestorem
ratum habet, quod ipse gessit: quæ ratihabitio negotium
illud omnimodò domini efficit: quod etiam ab initio
revera erat domini, sed non ipsius contemplatione ge-
stum, l. si pupilli. 6. §. item queritur. 9. Et §. seqq. ff. d. tit. Hæc
ratio, cum sit generalis, ostendit: gestorem, qui re ipsa
alienum gessit negotium, cum suum se gerere putaret,
teneri, siue causa lucrativa fuerit, siue onerosa: ut rectè
sentit Jacobus Cujac. tractat. 8. ad African. in princip. ubi
dictam l. final. ff. de neg. gest. non minus eleganter, quàm doctè
explicat. Ex adverso autem hæc actio locum non habe-
bit, si quis gesserit negotium, quod alienum esse existi-
mavit, cum esset suum. Hujusque ratio evidens: quia
bona fides non patitur, ut ei cujus negotia opinione tan-
tum gesta sunt, & cujus nihil interest, gesta vel non gesta
fuisse, adversus gestorem actio concedatur, argum. l. actio
negotiorum. 42. in princ. ff. eod. Sed & negotiorum gesto-
rem ob illa absentis negotia, quæ non gessit, teneri ini-
quum videtur, argum. l. tutores. 39. §. qui se negotia. 2. in fin.
ff. de administrat. Et peric. tutor. Et d. l. tutori. 20. Cod. de
negoc. gest. quibus in locis hæc ratio adducitur: quia satis
abundeque sufficit, si cui vel in paucis amici labores con-
sulari. Idemque confirmat l. qui proprio. 46. §. 1. ff. de
procurator. ubi ita Cajus Juriscons. respondet: Et, qui
defendit eum, cujus nomine ipse non agat, liberum est vel in
unam rem defendere.

66 Nec adversatur d. l. si pupilli. 6. §. videamus. 12. ff. de neg.
gest. ubi aperte dicitur, negotiorum gestorem teneri ob
ea quæque negotia, quæ non gessit, Et l. in commodato.
17. §. siens. 3. vers. ut accidit ff. commodati. ubi statuitur, eum
peritura negotia non impunè deserere. Nam ad harum
legum veram conciliationem, nihil accommodatius &
convenientius hac distinctione esse reor. Aut quis ince-
pit gerere negotium, & postea illud omisit; & de illo
tenetur, d. l. in commodato. 17. §. siens. 3. ff. eod. Aut non
incepit: & tunc aut ab initio accessit, ut omnia gestu-
rus, & de omnibus tenetur, l. Pomponius. 15. in fin. cum l.
seq. ff. de neg. gest. Aut non accessit, ut gesturus omnia,
sed ut gesturus quædam: & tunc aut alius fuisset gestu-
rus omnia, nisi ipse accessisset: & tenetur de omnibus,
d. l. si pupilli. 6. §. videamus. 12. ff. d. tit. Aut alius non erat ge-
sturus: & tunc non tenetur, nisi de his, ad quæ gerenda
accessit, d. l. tutori. 20. C. de negoc. gest. Et ita distinguunt,
sentientque (remota Guilielmi de Cabrinno opinione)
Joannes, antiquissimus & subtilissimus Interpres ac Glof-
sator, Accursius & Bartolus n. 2. in d. l. tutori. 20. Cod. eod.
Jul. Pacius cens. 2. in tract. de pactis, quæst. 54. hosque alle-
gans Arundanus Exercitius. Justinian. l. 9. ches. 12. Atque hæc
distinctio non videtur quoque calamum applaudentem por-
rigit D. Martinus Kœmelinus, Goner mihi charissimus.
Exerc. 16. ad Instit. sub tit. 2. lit. c. in fine p. 146.

69 Illud obiter hic tenendum est: quod is, qui negotia
gerit aliena, si pecuniam in suos usus convertat, maxi-
mas, id est, centesimas usuras præstare teneatur, l. qui sine
usuris 38. vers. quoniam, Et §. ff. de negotiis gestis. ubi hæc
ratio additur: quoniam ob licentiam, quæ abutitur, dum
sibi nummos alienos accipit, maximas usuras vice panis subi-
citur. Eodem confert l. ult. ff. de vitâ nupt. ubi is, qui
clam aliquid facit, vel delinquit, majore pena afficitur,
quàm qui palam. Atqui negotiorum gestorem, utpote
nullum mandatum habentem, clam administrare in
propetulo est. Igitur merito maximas usuras præstare
compellitur.

70 Cui non constarum est, quod dicitur in l. idemque. 10.
§. si procurator. 3. vers. quod si non ff. mandati. eum, qui pe-
cuniam alienam in suos usus convertit, conveniri in usu-
ris non maximas, sed modo legitime in regione frugum
carum. Restat namque distinguatur inter negotiorum gesto-
rum, qui mandato caret, & procuratorem, qui domini

mandato negotia administrat. Procurator enim eas usu-
ras præstat, quæ in regione frequentantur: negotio-
rum autem gestor debet maximas usuras. Differentiæ
ratio jam nota est: quia gravius peccat is, qui sponte sua
clam & domino ignorante negotia gerit, quàm is, qui
palam mandatu domini ad ea gerenda accedit: & mino-
rem in his negotiis ac rebus domini auctoritatem habet
negotiorum gestor, quàm procurator. Ideoque magis
ignoscimus procuratori, qui quodammodo habet vo-
luntatem domini, quàm negotiorum gestori. Licet enim
dominus procuratori non mandaverit, ut pecunias con-
verteret in usus suos: tamen mandavit, ut pecuniarum
curam haberet, easque administraret: cum negotiorum
gestori neutrum mandatum fuerit. Ita docent ibi (repu-
diato Rogerii glossæmate) Accursius in resolutione prima,
Jacobus de Raven. Et Cynus, item Julius Pacius d. cens. 2.
q. 65. Paulus Berens d. disp. 12. ad Inst. them. 3. q. 3.
Hieronym. Treul. d. disp. 10. tit. 4. vol. 1. ibique in sua
resolut. Humius, pag. 718.

Non omittenda hoc loco illa satis dubia quæstio est: 71
an correo, qui totum debitum solvit, adversus correum
competat negotiorum gestorum actio? Et non competere
(ut obgannat Accursius in l. 2. Cod. de duob. res stipu-
landi. & Molinæus ad l. Modestinus. 76. n. 5. ff. de solutio-
ne) inde manifestum est, quod hæc actio non competit ei,
qui suum negotium gessit, l. creditor. 60. §. 1. vers. item
quæstum est ff. mandati. Atqui correat tenetur suo & pro-
prio nomine totum debitumolvere, non solum si cor-
reum habeat, qui sit utiliter obligatus creditori: sed & si
obligatio correi non subsistat, l. in duobus. 3. §. 1. l. duos. 6. §.
2. l. si ex duobus. 12. §. 1. ff. de duob. res constituend. l. si duo.
128 ff. de verb. obligationib. Hincque est, quod generaliter
procurator legimus, negotiorum gestorum actionem ei
dandam non esse, cujus pecunia ad suum creditorem per-
venit, licet alienum voluerit gerere negotium, l. si liber
homo. 36. in postremis verbis, quæ desinis competere, si credi-
tori ejus soluta sit ff. de negoc. gest. l. cum pecuniam. 43. ibi, ejus
nomine solveres. Et l. mandasti. 46. in princ. vers. si verò pro-
pterea ff. eod. tit. Accedit, quod etiam cum quis alienum ne-
gotium gerit, si tale illud sit, ut nec suum proprium possit
explicare, nisi alienum quoque gerat: negotiorum gesto-
rum agere nullo modo potest, l. heredes. 25. §. non tantum.
16. ibi, quoniam hic propter suam partem causam habuit ge-
rendi: Et ideo negotiorum gestorum actio ei non competit. ff.
famil. ercisc. Tunc etenim solum competit negotiorum
gestorum actio, ob id, quod in re communi gestum est,
cum potuit socius partem suam ita administrare, ut socii
quoque partem administrare non cogeretur, l. si commu-
nes. 40. in fin. ff. de negoc. gest. l. si quis putans. 6. §. siue au-
tem. 2. vers. hoc autem Et vers. ceterum. ff. communi divid.
Atqui verò non auditur correat: qui partem dumtaxat
debiti offerat. Igitur siue suum, siue communi gerat
negotium, cum totum solvit: nullo cæte jure ei adver-
sus correum agere negotiorum gestorum licebit. Et pluri-
bus hanc defendit sententiam Antonius Faber lib. 1. con-
jecturar. cog. 7. eumque referens Paulus Berens d. disp. 12.
them. 3. quæst. 3.

Cui non refragatur, quod correat, qui nihil solvit, 74
perinde obligatus sit in solidum: atque is, qui solvit, &
quod solutione hujus negotium utiliter gestum sit: adeo-
que licet urgente necessitate, vel necessitatis suspitione eo
venitum sit, ut alterius negotiorum gesseretur: nihilominus
tamen negotiorum gestorum actioni locus relinquatur,
l. ai prator 3. §. hac actione. 10. ff. de negoc. gestis. Quod enim
dicitur, locum esse actioni negotiorum gestorum, etiam si
necessitate aliqua, vel necessitatis suspitione urgente, alie-
num quis negotium gesserit, facilem habet responsio-
nem. Id namque intelligi debet de negotio, quod quis
necesse habuerit, aut putaverit habere necesse pro alio
gerere, pro se autem nullo modo. Exemplum accom-
modatum sumi potest ex l. curatorem. 6. Cod. d. tit. in cura-
tore, qui testamento, aut alia ratione inutiliter datus mi-
noris negotia gessit. Hinc enim interdum necesse habet
gerere, puta si agnovit legatum, sibi eodem testamento
relictum, l. ult. ff. de confirmando tutore. Et quomodo alius
necesse non habeat: si tamen gesserit, cum putaret cogi se
passe, ut gesseret: æquum est, si datur actionem negotiorum
gesto-

gestorum, in eumque vicissim, d. l. 6. C. de neg. gest. Idem in cujuslibet curatoris heredibus tractari poterit, si quid ipsi post curatoris mortem gesserint per juris imperitiam, quasi obligati: cum in eos administrationis officium non transeat, l. curatoris. 17. Cod. eod. tit. Cæterum nil ista res ad questionem nostram pertinet, quia quod unus ex correis commune debitum cogitur totum solvere, non fit, ut alienum negotium gerat, sed sit suum proprium: quam rem omnino excludere actionem negotiorum gestorum, relucet ex d. l. creditor. 60. §. 1. ff. mandati.

76 Minus refragatur, quod cum contutori adversus contutorem, & magistratui adversus Collegam negotiorum gestorum actio competat, si quid unus pro altero præstiterit, tamen in solidum singuli essent obligati, l. ex facto. 30. ff. de negoc. gest. eadem ratione etiam correo adversus correum competere debeat. Nam id, quod curator Republicæ constitutus ad filiginem emendam præstare coactus est ob culpam subcuratoris, ideo repetit actione negotiorum gestorum, quod licet solvere cogatur proprio nomine, tanquam obligatus ex facto subcuratoris: præstat tamen ob factum ipsius subcuratoris, cui soli culpam suam nocere æquum est. Id quippe est quod Julianus illic ait: ut ei id saluum esset, quod causa ejus damnum cepisset. At alia correorum debendi ratio est: qui ideo negotiorum gestorum actione invicem experiri nequeunt: quia non solum ex propria persona & obligatione, sed etiam ex proprio facto singuli in solidum conveniuntur, §. ex hujusmodi. 1. sup. de duob. reis stipulandi. l. 2. d. l. 3. §. 1. l. eadem. 9. §. ult. §. l. fin. §. passim. ff. de duobus reis constituenda.

78 Multo minus refragatur l. actio. 47. in princip. ff. de negoc. gest. ubi generaliter scriptum est, negotiorum gestorum actionem omnibus dari, quorum interest eo judicio experiri. Etenim hoc ita accipiendum est, ut nihil referat, directa quis, an utili negotiorum gestorum actione experiat: quemadmodum lex subicit. Sed tamen illud etiam omnino requiritur, ut cætera omnia concurrant, quæ ad ejusmodi actionem dandam sunt necessaria: inter quæ sanè vel illud maxime unum est, ut alienum negotium actor gesserit, non proprium; & alterius obligandi, non proprii aut communis negotii expediendi gratia, l. in hoc judicium. 14. §. 1. vers. at computo. §. l. si quis, cum. 29. ff. communi dividundo. Idque exquisitius latius, que persequitur Anton. Faber. d. lib. 11. conjectur. capit. 7. Cui quoque subscribit Dn. Collega Boccr. hic. numer. 67. cum seqq. pag. 495. & Dn. Rümelin. d. Exercitat. 16. ad Institut. sub ibi. 2. lit. d. ad finem, pag. 147. Atque hæc de actione directa.

79 Contraria negotiorum gestorum actio tribuitur ipsi gestori, contra dominum, ad præstandum, quidquid gestoris ratione ille utiliter impendit, vel amisit, l. 2. in fine l. at quoniam. 19. §. non tantum. 4. l. si quis negotia. 25. l. ex duobus. 27. l. que utiliter. 45. ff. de negoc. gest. l. si servum 10. §.

80 l. ob negotium. 18. Cod. eodem. tit. Ratio hujus actionis contrariæ est æquitas naturalis: ne scilicet gestori suum officium sit damnosum, l. sed si quis. 7. ff. testament. quemadmodum. aperiant. l. si vero. 12. §. si mihi. 9. ff. mandati. & ne absentium, qui subita festinatione coacti, nulli demanda negotiorum suorum administratione, peregrè profecti sunt, negotia deserantur, & dispareant, hoc §. non vers. idque utilitatis causa §. l. 1. ff. de negoc. gest. l. si quis absentis §. in princip. ff. de obligationib. & actionib. Adde autem dominus negotiorum gestori obligatur, ut hoc verum sit, etiam si eventus minus feliciter responderit, vel res interierit, modo gerere ab initio utiliter coeperit, l. sed an ultro. 10. §. 1. l. successori. 12. §. ult. l. siue hereditaria.

81 22. ff. de negoc. gest. Nihil porro refert, quod actionem negotiorum gestorum gestori dandam, an negotia alienus ab initio fuerint, an verò ex post facto ejus effecta sint. Ideoque questio hinc valde perplexa & intricata suboritur: anne id id, quod nomine absentis gestum fuerit, postea ratum is habuerit, actio mandati, an negotiorum gestorum competat? Ad quam questionem brevibus expediendam non inopè distinguitur: ut ex ratihabitione nascatur actio mandati, si meum negotium mea contemplatione fuerit gestum, l. licet. 56. ff. de judic. l. ult. C. ad SC. Macedon. l. semper

Qui. 60. ff. de regul. jur. l. donationes, quas parantes. 25. C. de donat. inter vir. & uxor. c. ratihabitionem. 10. de reg. jur. in 6. actio verò negotiorum gestorum tunc competat, quando vel meum negotium non meo nomine gestum est, vel alienum negotium gestum est meo nomine, l. si pupilli. 6. §. sed si ego. 6. §. item queritur. 9. §. 9. seq. l. Pomponius. 9. ff. de neg. gest. l. si is, qui. 50. in princip. ff. mandati. l. ei, qui servo. 7. C. quod cum eo, qui in aliena potestate est, &c. Idcirco autem, si non fuit negotium ratum habentis, quamvis ejus nomine siue contemplatione sit gestum, non potest habere vim mandati ratihabitionis: quia necesse est, ut ratihabitione prius faciat negotium ejus, qui ratum habet, quam ut mandato equiparari possit: quandoquidem nemo creditur mandaturus alicui, ut aliena gereret negotia, quod neque hunc facturum fuisse ex eo clarè constat, quod negotium non suum ideo voluit habere ratum, ut faceret suum. Non potest autem una eademque ratihabitione simul facere, ut negotium, quod ratum habeo, fiat meum, & ex meo mandato gestum videatur. In iis enim, quæ ordinem faciendi requirunt, & à voluntate hominis, non à lege pendent, non possunt duæ res diversæ fieri uno eodemque actu, at neque per fictionem induci. Ita disertè tradit Antonius Faber in rational. ad d. l. 6. §. 9. ff. de neg. gest. Eadem de re videantur Julius Pacius d. cent. 2. quæst. 53. Forster junior. lib. 4. disput. 6. thes. 2. sub lit. B. Joannes Robertus lib. 2. sentent. cap. 6. Treutler. d. disput. 10. thes. 6. ad lit. B. ibique Hunnius in sua resolut. pag. 728. & seq. Planè, interdum licet quis negotium utiliter gesserit: non tamen ei obligatur ille, cujus negotium gestum est: veluti si te prohibente negotia tua quis gesserit, l. si pro te. 46. ff. mandati. l. ultim. Cod. de negoc. gest. Petrus Franciscus Linglois decis. 1. quæst. 2. aut quisquam alius gratis in negotia tua sumptus facere paratus fuerit, argum. l. 2. in fine. Cod. eod. vel gestor animo donandi sumptus pro altero fecerit, puta pietatis affectione ac respectu, vel amicitia ductus, aut officii & obsequii ratione, l. ex duobus. 27. in fine. l. Nescimus. 34. l. is, qui. 44. ff. d. tit. l. que pater. 50. ff. famil. erisc. l. 1. l. officio. 5. l. alimenta. 11. l. si filius. 12. l. quod in uxorem. 13. §. l. si paterno. 15. Cod. de negoc. gest. At quid dicendum, si in re 83 communi unus dominorum prohibuit administrationem, alter verò non prohibuit: anne is, qui non prohibuit, actione negotiorum gestorum de impensis tenebitur? Et quod adversus hunc, qui gestionem non prohibuit, detur actio negotiorum gestorum, patet ex l. si autem is 8. §. fin. ff. eod. tit. In cujus §. specie cum ad duos socios negotium pertineret: uno prohibente, altero non prohibente, Titius negotium gessit. Ergo is, qui non prohibuit, meritis negotiorum gestorum Titio tenetur, nec debet liberari facto alieno, id est, eo, quod socius prohibuit, ne Titius gereret: quoniam hujusmodi facto, hoc est, prohibitione socii, non satisfit Titio creditori, nec dici potest, Titium consensisse, ac voluisse unum liberari, eo quod alter gerere prohibuit, ut scitè explicat Pacius d. cent. 2. sub quæst. 55. Itaque datur adversus eum, qui non prohibuit, negotiorum gestorum actio, quemadmodum si ejus solius negotia gesta essent, sed pro parte dumtaxat, hoc est, ita tamen, ut neque conveniatur pro parte socii, qui prohibuit, neque rursus is, qui prohibuit, ulla ex parte, siue per socium, siue per se ipsum, aliquid damni sentire possit, d. l. 8. in fine ff. d. tit. ibique Ant. Faber in suis Rational.

§. Tutores quoque. 2.

Tutores quoque, qui tutelæ judicio tenentur, non propriè ex contractu obligati esse intelliguntur (nullum enim negotium inter tutorem & pupillum contrahitur) sed quia sanè non ex maleficio tenentur, quasi ex contractu teneri videntur. Hoc autem casu mutue sunt actiones. Non tantum enim pupillus cum tutore habet tutelæ actionem: sed & contra tutor cum pupillo habet contrariam tutelæ, si vel impenderit aliquid in rem pupilli, vel pro eo fuerit obligatus, aut rem suam creditoribus ejus obligaverit.

SUMMARIA.

- 1 Administratio tutela cur sit quasi contractus.
- 2 Omnis contractus verus est voluntarius.
- 3 Tutela est munus publicum atque necessarium.
- 4 Tutela contractibus annumeratur improprie & abusive.
- 5 Administratio tutelae describitur.
- 6 Tutor principaliter datur persona: per consequentiam rebus.
- 7 Actio tutelae duplex: directa, & contraria.
- 8 Directa cui competat, contra quem, & quid.
- 9 Cur finita demum tutela, rationem administrationis sue reddere tutor cogatur.
- 10 Hodie tutores singulis annis rationem administrationis reddere tenentur.
- 11 Rationum redditio quid complectatur.
- 12 An tutor vel curator cogi possit ad reddendam pecuniam pupilli vel adulti, antequam reddat rationem administrationis.
- 13 In directam tutelae actionem quid veniat.
- 14 Intellectus l. tutoribus, 4. C. de peric. tutor.
- 15 Contraria tutelae actio cui detur, in quem, & de quibus.
- 16 Ut lucrum facere ex tutela non debet tutor; ita nec damnum sentire.
- 17 Cur praetor actionem tutelae contrariam introduxerit.
- 18 Actio ista perpetua est, & in heredes transitoria.

1 **S**ecunda species quasi contractus est, tutela sive administratio tutelae, hoc §. nostro & l. si quis absens, §. 1. ff. de obligat. & actionibus. Ratio, cur tutela seu administratio tutelae sit quasi contractus, haec redditur: quia verus contractus negotium, id est, conventionem & tractatum inter partes requirit, l. nam, cum tractatu, 32 ff. pro socio. l. Titius, §. 4. vers. propter huiusmodi tractatus, ff. ad SC. Trebellian. At inter tutorem & pupillum nihil actum est, nisi tractatum, ut indicat hic Justinianus, & Cajus in d. l. §. 1. ff. de obligat. & actionibus. Addi potest & haec ratio: quia omnis verus contractus est voluntarius, l. sicut, §. Cod. d. tit. pulchre Aristotel. lib. 5. Ethicor. nunque referens hic Giphanius. Tutela autem est necessarium atque publicum munus, l. tutori, 20. Cod. de negot. gest. initio tit. supr. de excusat. tutor. vel curat. ubi id explicatum fuit, num. 14. Rursus ex maleficio quoque vel quasi maleficio, tutores obligati non sunt: quia tutelam gerere, relique pupilli tueri, maleficio non est, sed potius beneficium, argum. huius §. vers. sed quia fund. &c. Sebeck, in delib. jur. disp. 20. th. 4. ad lit. B. Myfinger. hic num. 2. lit. C. Videtur tamen ex utroque tam pupilli, quam tutoris parte factus quidam consensus intercedere: ac proinde obligatio, quae descendit ex eo, quod quis tutelam alicuius gessit, ex quasi contractu procedere dicitur. Nec moverit in contrarium, quod tutela contractibus annumeratur, in l. contractus, 23 ff. de reg. jur. l. ex contractibus, 49. ff. de obligat. & actionibus. Hoc enim non fit ex proprietate verbi, sed per abusionem & improprie, ut & de negotiorum gestione monitum supra §. proximo. n. 3. Timaeus Faber. disp. 25. ad Instit. Imper. th. 2. lit. a. Sic quod traditur, omnem obligationem pro contractu haberi: id non proprie sed improprie & abusive accipiendum est, l. omnem 20. ff. de iudic. Est igitur administratio tutelae quasi contractus, quo tutor, ad personam, & consequenter etiam res pupilli fideliter regendas, constitutus obligatur. Tutor liquidem principaliter personam pupilli curae atque defensionis regitur, l. certarum, 22. & l. quia persona, 14. ff. de testament. tutel. quanquam per consequentiam, bonorum quoque administratio ad illum pertinet, §. item tria, §. supr. de excusat. tutor. vel curat. l. cum plures, 12. §. cum tut. §. ff. de administ. & peric. tut. Ant. Fab. tom. 1. Jurispr. Papin. tit. 12. princ. 1. illas. 2. Ex illius autem obligatione actio promanet, quae tutelae vocatur: quae duplex est: directa, & contraria, hoc §. nostro vers. non tantum d. l. si quis absens, §. 1. vers. & hoc autem ff. de obligat. & actionibus. tit. ff. de tutel. & rationib. distrahend. & tit. seq. de contraria tutela, & ubi act. Directa tutelae actio pupillo, finita demum tutela, competit

contra tutorem; ut administrationis suae rationem reddat, §. ult. supr. de Atiliano tutor. l. 1. in princip. §. officio. 3. & §. fin. l. nisi finita, 4. l. si tutor. 9. §. ultim. cum l. seq. l. si tutor. 13. & l. cum tutor. 18. in fin. ff. de tutel. & rationib. distrahend. l. tutorem, 9. C. arbitrium tutela. Cur finita demum tutela rationem tutor reddere cogatur, causa haec est: quia, inquit Ulpianus, absurdum est, a tutore rationem administrationis negotiorum pupilli reposci, in qua adhuc perseverat, d. l. si tutor, 9. §. & generaliter, 4. vers. absurdum, ff. de tutel. & rat. distrahend. Hodie sane constitutione Politiae Caroli V. Imperatoris, in Comitibus Augustanis Anno 1548. celebratis promulgata, & in Comitibus Francofurtensibus Anno 1577. à Rudolpho II. aucta & confirmata, utiliter & sancitum est: ut ad requisitionem Magistratus tutores singulis annis calculum administrationis ponere cogantur. Qua de re videatur Heigius part. 1. quest. 20. numer. 41. cum seq. & in hoc §. mun. §. nec non Moller. lib. 1. Semest. cap. 8. num. 4. & indicatum supr. in d. §. ultim. de Atil. tutor. num. 9. Rationum autem redditio duo maxime complectitur: I. Ut tutor rationes legendas offerat, & discutiendas cum universo actus sui instrumento: ut examinari possint computationes; probè, an improbè referantur: & an accepta rectè sint, nec ne, relata. II. Ut reliqua, quae ex rebus pupillaribus supersunt, bona fide reddat, atque persolvat: nec alterum sine altero sufficit, l. cum servus, 82. & l. qui sub conditione, 111 ff. de condit. & demonstrat. l. si statulibera, 6. §. ultim. ff. de statuliber l. si ita fuerit, 13. §. haec questio, ff. de manumiss. testam. l. non solum, 8. §. si, qui reddere, ff. de liberat. leg. Molin. in consuetud. Paris. l. 1. §. 6. n. 15.

Quæri hoc loco non incommode poterit: an tutor vel curator cogi possit ad reddendam pecuniam pupilli vel adulti, antequam reddat rationem administrationis? Et cogi possit, respondit Socinus senior consil. 24. lib. 1. hoc fundamento innixus: quia tutoris & curatoris debitum est liquidum. An autem ei quicquam ex administratione debeatur, dubium & incertum est. Ergo non rectè opponitur compensatio, l. ultim. Codic. de compensationib. Sed hoc fundamentum valde infirmum esse, asserit Fachinæus lib. 8. controvers. jur. cap. 58. Negari enim optima ratione potest, debitum tutoris & curatoris liquidum esse: quia etsi pecuniam pupilli vel adulti acceperit: potestatem tamen habuit res administrando eam collocandi in utilitatem & necessitatem pupilli vel adulti. Quare iniquum est, priusquam reddat rationes administrationis suae, ex quibus apparebit, an sit debitor, vel creditor, eundem compelli ad reddendam pecuniam. Atque ita docuerunt Alexander consil. 192. lib. 7. Anchoranus consil. 235. Cravetta consil. 275. num. 13. Cavalecanus de tutore & curatore, num. 214. eosque citans Fachinæus dicto loco. Quibus subscribunt quoque Matth. Steph. cens. 3. quest. 92. lit. A. Philipp. Haenon. disp. 17. ad Inst. controvers. 18. Dn. Collega Beger. hic non. 29. & seq. pag. 500. itemque Richter. in tract. de contractib. disp. 13. th. 2. sub lit. n. pag. 384.

Ceterum in hac tutelae actionem directam regulariter venire donum, latam & levem culpam, levissimam non item (licet Harmenopolus aliter sentiat, lib. 6. Epitom. tit. 2.) verius est, l. cum, qui 4. & l. quicquid, 7. C. arbitrium tutel. l. 1. in princip. l. cum tutor. 18. vers. quod autem, ff. de tutel. & rationib. distrahend. l. sine herede, 32. §. 1. ff. de administ. & peric. tutor. l. si liberi, 10. & l. si tutoris, 23. Cod. eod. Eadem enim diligentia à tutoribus circa administrationem rerum pupillarum praestanda est, quam paterfamilias rebus suis ex bona fide praebere solet, l. à tutoribus, 33. in princip. ff. de administ. & peric. tutor. d. l. 1. in princip. ff. de tutel. & rationib. distrah. Non est igitur audiendus tutor, cum dicat, ideo cessasse pupillarem pecuniam, quod idonea nomina non inveniret, si arguatur, eo tempore suam pecuniam bene collocasse, aut. Cajo in l. tut. 13. §. 1. ff. de administ. & peric. tutor. Donell. lib. 15. Commentar. de jur. civil. cap. 20. pag. 437. ibique Hildigerus in suis notis. ad lit. B.

Neque obstat l. tutoribus, 4. C. de peric. tutor. ex qua omni

omnis, sicque levissima etiam culpa videtur præstanda esse: cum Imperatores in illa, fortuitos casus à tutore non præstari debere, autement. Nam in Constitutionibus Imperatorum in Codicem relatis non semper, ut in Digestis & Institutionibus, proponuntur juris regulæ: sed ut plurimum rescribunt Imperatores ad facti species, certis circumstantiis limitatas, de quibus amplius, quam quod ipsis fuit propositum, definire opus non fuerit, ut monti supra §. proximo. num. 92. Quod idem in d. l. 4. accidisse, ut tantum de casu fortuito questio fuerit, non vero de levissima culpa: affirmare nihil impedit. At ex Imperatorum constitutionibus à contrario sensu, item ab inclusione unius ad exclusionem alterius, & contra ab exclusione unius ad inclusionem alterius, argumentari, valde periculosum est. Id enim si concedatur: parum aberit, quo minus certissimæ juris nostri regulæ præterque subvertantur. Vult. lib. 1. disceptat. Scholast. c. 15. pag. mihi 171. Pet. Faber, M. Anton. Debrio c. 13. circa phem. §. D. Bocer. c. 4. n. 108. §. seq. edit. 2. ad l. contractus 23. ff. de reg. jur. §. in hoc §. num. 23. p. 499. Hucque referri possunt, quæ annotavimus ad §. cum ergo 7. supr. de Atiliano tutore. num. 4. & aliquot seqq.

- 15 Contraria tutelæ actio tutori datur, in adultum jam pupillum, de his, quæ propter tutelam absunt: dummodo ex officio sumptus fecerit, vel obligatus sit, hoc §. nostro in fine d. l. si quis absentis. §. 1. ff. de obligation. & actionib. l. 1. l. 3. §. 1. §. tot. tit. ff. de contrar. tutela. & utili act. l. 2. in princ. ff. ubi pupillus educari, vel morari deb. sine herede. 32. §. Lucius 6. l. à tutoribus. 33. §. fin. §. l. Lucius. 46. §. ult. ff. de administr. & peric. tut. l. sumptus. 3. Cod. eodem. Donell. d. lib. 15. Commentar. de jur. civ. c. 21. Ratio ejus est perspicua, quia ut luerum facere ex tutela tutor non debet: sic neque damnum sentire, l. sed si quis. 7. ff. testam. quemadmodum aperiant. l. qui negotiationem. 58. in fine princip. ff. de administrat. & peric. tutor. l. si quis putans. 6. §. 2. ibi, neque lucrum neque damnum. ff. communi dividund. Atque hanc ob causam prætor actionem istam in usum induxisse putandus est, ut nempe facilius ad administrationem accederent tutores, & promptius de suo aliquid impenderent, scientes, pupillum quoque sibi rursus obligatum fore, & se recepturos, quod impendissent, l. 1. in pr. ff. de contraria tutela. & utili act. Cæterum de modo & estimatione harum impensarum pupillarium, & qua ratione probentur, latè tractat Johannes Gasias in tract. de expens. & meliorat. cap. 20. num. 7. cum seqq. & num. 16. cum seq. & Molin. d. consuetud. Parisiens. tit. 1. §. 5. gloss. 6. num. 19. & seqq.
- 18 prout eos refert Heigius hic num. 8. Sane hanc actionem tutelæ contrariam esse perpetuam, palam est: & heredi, & in heredem dari, cæterosque successores: & ad quos ea res pertinet, & in eos, l. quid ergo. 3. §. ult. ff. de contraria tutela, & utili act. Hæc tamen actione tutor salarium pro administrationis opera petere nequit: nisi sit ab eo, à quo datus est, constitutum, d. l. à tutoribus. 33. §. fin. ff. de administr. & peric. tutor. Potrò de isthac actione differant uberius Anton. Faber. tom. 1. Jurisprud. Papinian. tit. 12. princip. 9. illat. 19. §. 10. & seqq. & Petrus Gregor. lib. 13. Syntagm. juris univers. c. 12.

§. Item si inter. 3. & §. idem juris. 4.

Item si inter aliquos communis res sit sine societate, veluti quod pariter eis legata donata esset: & alter eorum alteri ideo teneatur communi dividendo judicio, quod solus fructus ex ea perciperit, aut quod socius ejus solus in eam rem necessarias impensas fecerit: non intelligitur ex contractu propriè obligatus esse: quippe nihil inter se contraxerunt. Sed quia ex maleficio non tenetur: quasi ex contractu teneri videtur.

§. 4. Idem juris est de eo, qui coheredi familie eriscunda judicio ex his causis obligatus est.

- 1 Tertia quasi contractus species consistit in rerum communione, sine societate, ibique Justinianus à censura Boceria-na, vindicatur.
- 2 Quando societas contracta vel simplex tantum bonorum communio inter aliquos exorta intelligatur, exempli declaratur.
- 3 Emptio rei unius à duobus facta, num. communionem simplicem, an verò societatem arguat.
- 4 Consideratio l. 2. ff. communi dividundo, & l. 2. C. pro socio.
- 5 Actio pro socio non nisi inter socios locum habet.
- 6 Mens & intellectus l. ut sit. 31. ff. pro socio.
- 7 Sententia l. nam, cum tractatus. 32. ff. eodem.
- 8 Quæ tacite in bona fidei judiciis aguntur, æque valent, ac si expresse acta fuissent.
- 9 Communio rerum definitur: & dividitur in communionem familie, & communionem rerum singularium.
- 10 Communio familie est inter coheredes.
- 12 Coheredes hoc loco qui dicantur.
- 11 Istius communionis obligatio duas partes habet: ipsarum rerum divisionem, & personalium prestationum communicationem.
- 13 Quæ res in divisionem veniat, vel non.
- 14 Quæ prestationes personales ex familie communionem promanent.
- 15 Istis prestationibus adjunguntur etiam cautiones, quas coheredes coheredi præstare tenentur: & similia.
- 16 An filius in isthanc divisionem conferre teneatur sumptus, quos pater ipse, tum in Patria, tum peregrina Academia literi operam danti, subministravit.
- 17 Consideratio l. quæ pater. 50. ff. famil. eriscund.
- 18 Equid pater ad sumptus, studiorum causa filio suppeditandos omni jure obligetur, remissive.
- 19 Conservatur in istam divisionem, quæ pater filio suo militi dedit.
- 20 Actio familie eriscunde unde nascatur.
- 21 Familia verbum quid significet.
- 22 Eriscere quale verbum, & quid denotet.
- 23 Familia eriscunde actio civilis est, mixta bona fidei, & perpetua.
- 24 Cui competat, contra quos, & ad quid.
- 25 In hoc judicio quis actor videatur.
- 26 Num directæ, an utilis familie eriscunde actio bonorum possessori detur.
- 27 Consideratio l. sed & ejus. 24. §. 1. ff. famil. erisc.
- 28 Consideratio l. si ex asse. 40. ff. famil. erisc.
- 29 Bonorum possessor est loco heredis.
- 30 Parentis hereditas quomodo inter fratres dividi debeat.
- 31 Nunquid familie eriscunde actio præscriptione 30. annorum tollatur.
- 32 Ea actio quando nascatur.
- 33 Contra possidentem præscriptio non currit.
- 34 Nemo invitus in communionem desinitur: & num. 30.
- 35 Communio est mater rixarum & contentionum.
- 36 Pacto perpetua communio induci non potest.
- 37 Cessante ratione legi, cessat quoque ejus dispositio.
- 38 Mens & intellectus l. 1. §. 1. Cod. de annali except.
- 39 Communio rerum singularium inter quos sit.
- 40 Hujus communionis obligatio quot habeat causas.
- 41 Quæ res communes dividi possint.
- 42 Si res quadam communis continode dividi nequeat: tota uni adjudicari, & is invicem alteri certam pecunie summam præstare debet.
- 43 Prestationes personales istius obligationis in quo consistant.
- 44 Actio communi dividundo duplex est: directæ & utilis.
- 45 Utraque quando competat.
- 46 Si coheres vel socius aliquis in divisione ultra partem dividendam laesus sit: conditionis ex lege, ad rescindendam divisionem, agere poterit.
- 47 Equid testatoris præcepto effici queat, ne à communionem discedatur.
- 48 Argumentum à contractibus ad ultimas voluntates quando procedat.
- 49 Intellectus l. fin. §. Lucius. 3. ff. de legat. 2. & l. Lucius. 78. in pr. ff. ad SC. Trebell.
- 50 Nemo invitus in communionem manere cogitur.
- 51 Consideratio l. 1. ff. pro socio.
- 52 Quomodo voluntas testatoris observari debeat.

Tertia quasi contractus species hic exponitur, nempe communio rerum. Etenim si inter duos res aliqua communis sit absque conventionione & animo societatis incedende: cum uterque animus in societatem incidat, nec alter alterum sibi obligandi ex causa communionis animum habuerit: palam est, negotium hoc non ex contractu esse: quippe nihil inter se contraxerunt. Sed nec ex delicto illud descendit: quia nullum maleficium patitur. Inde ergo à sollicitudine partium enumeratione sequitur, negotium istud, sive potius obligationem, quæ subornat

suboritur ex eo, proficisci ex quasi contractu, siue ad contractum societatis quasi accedere. Ceterum notandum hic, Dominum Collegam Bocerum in hoc §. n. 3. p. 502. plus sapere velle ipsomet Imperatore Justiniano. Nam quando Justinianus dicit: rerum communionem ideo quasi contractibus apponi, quia neque contractus sit, neque delictum, sub quo & quasi delictum comprehenditur: D. Bocerum hanc partium enumerationem sufficientem esse negat; adeoque Justinianum carpit, quod conventionem legitimam, siue pactum legitimum omiserit. Quod idem & supra facere ausus fuit, in tit. de obligationib. 14. §. sequens 2. num. 4. pag. 125. ubi Justinianeam divisionem (qua obligationes dicuntur esse vel ex contractu, vel quasi ex contractu, vel ex delicto, vel quasi ex delicto) angustiorē esse dicit suo diviso. Optandum igitur esset, ut Bocerum tempore Justiniani vixisset quo ipsius opera in consiciendis definitionibus & divisionibus uti potuisset. Verum, ne te ipsum decipias, mi Bocer: equidem hæc non serio dico. Habeo enim, quæ pro Justiniano & compositoribus Juris asserere queam. Nempe non videtur mihi verisimile: Justinianum, aut (si mavis) Tribonianum, Dorotheum, Theophilum, &c. ignorasse, ex pacto legitimo etiam oriri obligationem, arg. l. legitima, 6. ff. de pact. Cur igitur nulla in his Institutionum libris facta mentio pacti legitimi? An quia pauca admodum sunt pacta legitima? An verò, quod doctrina pactorum amplior est, quam ut tam angustis compendii hujus juridici libris contineri poterit, aut etiam propter tyrones juris (qui multitudinem ac varietatem rerum onerandi non sunt, §. his igitur, 2. sup. de iustit. & iur.) in his tradi debuerit? sicuti in simili loquitur Vultejus in princip. tit. sup. de oblig. num. 28. & 31. Proinde satis sufficiens fuerit hæc Justinianeæ partium enumeratio, pro ratione scilicet instituti & propositi Justiniani: facile ut appareat, frustra eam & sine effectu, ceri insufficientem, à Boco notari. Sciendum igitur: res communicari vel contractu, id est, societate: de quo explicatum supra tit. 26. de societate vel sine contractu, siue quasi contractu, quæ communio dicitur, de quasi loco. Quando autem societas contracta, vel simplex tantum bonorum communio inter aliquos exorta intelligatur, exemplis declaratur in hoc §. nostro, & in l. 2. ff. communi divid. l. ut sit, 31. cum duabus seq. ff. pro socio, & l. 2. C. eodem. Qua in re inter omnes interpretes convenit: si duobus aut pluribus simul res quedam legata, vel donata, vel etiam tota hereditas relicta fuerit, nullam societatem, sed simplicem tantum rei legatæ, aut donatæ, relicteve communionem inter eos natam esse, per jura jam allegata: cum non consensus, sed res eos conjunxerit: adeoque nulla affectione societatis in communionem inciderint, l. heredes 25. §. non tantum, 16. in fine ff. famil. erciscund. d. l. ut sit, 31. ff. pro socio. In duobus verò emptoribus, qui rem eandem simul emerunt, dubitatur, ut appareat ex iis, quæ annotantur ad rubricam & principium tit. sup. de societate. Petrus Heigius num. 2. Myfingerus num. 3. & alii. Ac probabilissimum est: emptionem rei cuius à duobus factam arguere: non communionem simplicem, adeoque quasi contractum subortum; sed societatem, sicque verum contractum celebratum fuisse. Primum enim in d. l. 2. ff. communi divid. disceptis verbis Cæsar ita scribit: cum societate res communis est inter eos, qui pariter eandem rem emerunt: sine societate communis est inter eos, quibus eadem res testamento legata est. Quinde id ipsum sensisse videtur Iuupp. Diocletianus & Maximianus in d. l. 2. Cod. pro socio. ubi rescripserunt: iudicium societatis inter eos dandum esse, qui conjuncto dominio eandem rem comparant. Unde evidenter elucet: societatem ex illa comparatione siue emptione fuisse contractam: cum actio pro socio non nisi inter socios locum habeat, l. si quis socius, 74. & pass. ff. eod. Nec audiendi sunt illi, qui in specie dicit l. 2. Cod. d. tit. societatem non ex eo, quod simpliciter, sed quod conjuncto dominio res à duobus comparata fuerit, ortam esse contendunt: quasi ex verbis illis, conjuncto dominio, expressè id actum fuisse, intelligatur, ut rei comparatio conjunctum dominium contingeretur. Nam conjuncto dominio res comparanda

dicuntur, non quod inter eos expressè actum sit, ut conjunctum dominium esset: sed quod ex sola emptione unius rei, à duobus facta, tacitè hoc actum intelligatur, & per se insit, ut conjunctum sit dominium, hoc est, ut res sit communis.

Non tueretur opinionem contrariam d. l. ut sit, 31. ff. pro socio. ubi Ulpianus ostendere videtur: si duo eandem rem pariter emerint, nullo alio argumento vel indicio societatis concurrente: eos nequaquam socios esse, sed in simplici communione rei emptæ absque societate versari. Lex etenim ista eo de casu accipienda est, in quo vel ex protestatione adhibita, vel ex aliis præsumptionibus constabat: rem eandem, citra societatis contrahendæ affectionem, à duobus fuisse emptam. Huncque verum esse illius legis sensum, evincitur ex subjecto in fine ejusdem legis exemplo: ubi ait Jurisconsultus, si à duobus separatim emimus partes eorum, non socii futuri: societas non contrahitur. Si emimus, inquit, non socii futuri, hoc est, si hac mente comparavimus, ut socii futuri non simus. Igitur necesse est, ut constet, in emptione ista animum societatis ineundæ defuisse, alias in dubio societas contracta fuisse videbitur. Multo ergo magis societas in dubio contracta esse intelligitur, quando eadem res à duobus simul, non separatis partibus, emptæ fuerit. Ex hac enim emptione, non divisim partibus facta, longè facilius societas præsumitur.

Nihil quoque contrariæ patrociniatur sententiæ l. nam, 7 cum tractatu. 32. ff. pro socio. ubi idem Ulpianus Jurisconsultus respondet: actionem pro socio dari, tractatu coeundæ societatis præhabito. Satis namque de societate contrahenda tractantur, qui unam eandemque rem scienter simul emerunt. Et si enim hoc non fecerint expressè: tamen tacitè id fecisse existimantur, ut supra dictum. Jam verò extra omnem controversiam est: ea, quæ tacitè in bonæ fidei iudiciis aguntur, æque valere, ac si expressè acta fuissent, argum. l. quia tantundem, 7. ff. de neg. gest. l. si cui, 9. vers. nam quedam in serv. tacitè excipiunt ff. de servit. & l. 2. §. volunt. 2. ff. soluto matr. & l. cum quid 3. ibique Dd. communit. ff. de reb. cred. si cert. pet.

Ex prædictis ergo apparet, quod communio rerum sit quasi contractus, quo duo pluresve, inter quos res quedam sine societate, id est, sine ulla conventionem vel consensu contrahendæ societatis, communes sunt, ad eas dividendas, & personales quasdam præstationes, sibi invicem obligantur, hoc §. nostro 3. & 4. l. 1. l. 3. & tot. tit. ff. & Cod. communi divid. l. 1. l. item Labeo, 22. & tot. tit. ff. & Cod. famil. ercisc. §. quædam actiones, 20. infr. de actionib. & §. si familie, 4. cum §. seq. infr. de offic. judic. Giphani lib. 3. dispus. 31. thes. 15. ibique in suis notis Oleman. num. 24. & seq. Eaque duplex perhibetur: communio familiæ, & communio rerum singularium, hoc §. 3. & 4. tot. tit. ff. & C. famil. ercisc. item tot. tit. ff. & C. commun. divid. D. Collega Bocer. class. 5. dispus. 58. thes. 5. edit. 2. Communio familiæ, hoc est eorum, quæ à defuncto profecta sunt, est inter coheredes, §. idem juris, 4. hoc. tit. d. §. quædam actiones, 20. infr. de actionib. d. §. si familie 4. infr. de offic. judic. & tot. tit. ff. & Cod. famil. erciscund. Dicuntur autem hic coheredes non solum illi, quibus testamentaria; sed & quibus legitima hereditas obvenit: & non modo, qui civili, sed etiam qui prætorio jure hereditatem, siue bonorum possessionem acquisiverunt, l. 2. in pr. & §. 1. ibi neque bonor. poss. & l. sed & cum 24. §. 1. ff. famil. ercisc. l. 1. ff. de poss. her. pet. l. 2. ff. de bon. poss. Quod si negetur coheres, qui divisionem petit ab eo, à quo petitior divitiis: videndum, an possident petitores, vel adversarius ille. Priori siquidem casu cognoscit iudex, petitior coheres sit, necne: posteriori casu incutietur petitores, ut prius contra adversarium petitione hereditatis experiantur, l. 1. §. 1. ubi Gloss. & Dd. & l. fund. §. 1. §. 1. ff. famil. ercisc. Schneidew. in d. §. quædam act. 20. tit. de act. sum. ercisc. n. 7. 8. & 9. infr. de act. eumque referens D. Bocer. d. class. 3. dispus. 18. thes. 8. Hujus porro communionis obligatio duas habet partes: quarum una pertinet ad divisionem ipsarum rerum: altera ad quarundam personarum præstationum inter coheredes communicationem, d. l. item Labeo, 22. §. familie, 4. ff. famil. ercisc. Donell. lib. 15. Commun. de iur. civ. c. 23.

in princip. pag. 441. Forster. lib. 4. disput. ult. thes. 2. lit.

- 13 D. & E. Cæterum res in istam divisionem veniunt omnes, quæ à defuncto profectæ sunt, sive earum dominium penes ipsum defunctum fuerit, sive non fuerit: veluti prædia, quæ nostri patrimonii sunt: item vestigalia, & superficiaria prædia: tum etiam res, quas alienas defunctus bona fide possedit, l. item prædia. 10. ff. famil. ercisc. licet ipsi heredes eas primum usuceperint: & licet eas à defuncto emptæ, sed hereditibus traditæ, sint, l. veniunt. 9. ff. eod. Partus quoque, post aditam hereditatem editus, in hanc divisionem venit, l. partum. 11. cum l. seq. in princip. ff. d. tit. ut & quod servis hereditariis ab extraneo datum est, l. & post litem. 12. §. 1. ff. eod. & nonnulla alia, de quibus in l. Pomponius. 8. §. 1. & 2. l. sed si 14. §. 1. ff. l. seqq. ff. famil. ercisc. & latè Justus Mejer. in disput. ad lib. 10. Pandect. tit. 2. thes. 12. & seqq. Enimvero mala medicamenta & venena, ut & libri improbatæ lectionis, puta magici, non debent dividi, sed protinus corrumpi, l. cætera. 4. §. 1. ff. famil. ercisc. Sed & res malo more quæsitæ, non dividuntur: sed à rebus hereditariis separatæ, restituentur iis, ad quos pertinent, d. l. 4. §. 2. ff. eod. Pacius in Method. C. eod. tit. §. 20. & seqq. Nomina item, id est, credita & debita, ut quæ ipso jure divisa sunt, hac obligatione non continentur, l. 2. §. ult. d. l. 4. in princip. l. heredes 25. 1. & ibidem Gothofred. & §. idem juris. 13. l. fundus. 51. circa fin. ff. famil. ercisc. l. ea, quæ 6. Cod. eod. licet nec ea, quæ testator voluit heredes habere præcipua, d. l. Pomponius. 8. in princip. & l. si ita legatum. 42. ff. d. tit. l. penult. in fin. C. de collationibus, & plura alia, quæ recenset Mejer. d. disput. thes. 15. Præstationes personales, quæ ex familiæ communione promanant, sunt, quæ versantur tum in his, quæ ad heredes ex defuncti bonis profectæ sunt: veluti ad liberos bona profectitia: ut dos, & donatio propter nuptias à parente data, l. pactum. 3. l. filie dotem. 4. l. filie, licet. 12. l. filiam. 16. l. ut liberis. 17. l. illam. 19. & l. penult. §. fin. Cod. de collationibus, Duar. ad tit. de collat. c. 4. Cujac. lib. 3. obser. c. 30. & ad Novell. 18. Forcat. in tractat. de collat. honor. part. 1. num. 20. Fachin. lib. 5. controvers. jur. cap. 77. & aliquot seqq. itemque in fructibus, ab uno heredum ex hereditaria percepis, l. inter coheredes. 44. §. fructus. 3. & l. penult. ff. famil. ercisc. l. non est ambiguum. 9. & l. coheredibus. 17. C. eod. tit. tum in sumptibus, quos heredum aliquis bona fide in rem hereditariam fecit, l. his consequenter. 18. §. sumptuum. 3. l. ex parte. 39. in princip. & l. fundus. 51. in princip. ff. famil. ercisc. tum etiam in damnis, ab uno heredum in communione factis, l. & puto. 16. §. sed & si dolo. 4. & §. seq. ff. d. tit. l. adversus. 3. l. incerti. 19. Cod. eod. aut culpa ejus etiam levi illatis, d. l. puto. 16. §. 4. d. l. heredes. 25. §. non tantum dolum 16. ff. fam. ercisc. l. contractus. 23. ff. de reg. jur. D. Bocer. d. class. 3. disp. 18. thes. 16. Quibus personalibus præstationibus adjunguntur etiam cautiones, quæ coheredes coheredi præstare tenentur: veluti si adsunt hereditaria instrumenta, eaque uni ex heredibus custodienda dentur: quoniam heres ille cautionem interponere jubetur; ut cum res exegerit, instrumenta isthæ exhibeantur, l. si qua sunt. 5. & l. seq. ff. famil. erciscund. Similiter si rem individuum defunctus alicui promiserit, ut ejus nomine singuli heredes in solidum teneantur, cautiones interponi debent; ut si quis ex iis conventus litis estimationem præstiterit, id pro parte à cæteris consequatur, docente Paulo in d. l. heredes. 25. §. contra si promissor. 10. ff. eod. tit.
- 14 Quæ recenset Mejer. d. disput. thes. 15. Præstationes personales, quæ ex familiæ communione promanant, sunt, quæ versantur tum in his, quæ ad heredes ex defuncti bonis profectæ sunt: veluti ad liberos bona profectitia: ut dos, & donatio propter nuptias à parente data, l. pactum. 3. l. filie dotem. 4. l. filie, licet. 12. l. filiam. 16. l. ut liberis. 17. l. illam. 19. & l. penult. §. fin. Cod. de collationibus, Duar. ad tit. de collat. c. 4. Cujac. lib. 3. obser. c. 30. & ad Novell. 18. Forcat. in tractat. de collat. honor. part. 1. num. 20. Fachin. lib. 5. controvers. jur. cap. 77. & aliquot seqq. itemque in fructibus, ab uno heredum ex hereditaria percepis, l. inter coheredes. 44. §. fructus. 3. & l. penult. ff. famil. ercisc. l. non est ambiguum. 9. & l. coheredibus. 17. C. eod. tit. tum in sumptibus, quos heredum aliquis bona fide in rem hereditariam fecit, l. his consequenter. 18. §. sumptuum. 3. l. ex parte. 39. in princip. & l. fundus. 51. in princip. ff. famil. ercisc. tum etiam in damnis, ab uno heredum in communione factis, l. & puto. 16. §. sed & si dolo. 4. & §. seq. ff. d. tit. l. adversus. 3. l. incerti. 19. Cod. eod. aut culpa ejus etiam levi illatis, d. l. puto. 16. §. 4. d. l. heredes. 25. §. non tantum dolum 16. ff. fam. ercisc. l. contractus. 23. ff. de reg. jur. D. Bocer. d. class. 3. disp. 18. thes. 16. Quibus personalibus præstationibus adjunguntur etiam cautiones, quæ coheredes coheredi præstare tenentur: veluti si adsunt hereditaria instrumenta, eaque uni ex heredibus custodienda dentur: quoniam heres ille cautionem interponere jubetur; ut cum res exegerit, instrumenta isthæ exhibeantur, l. si qua sunt. 5. & l. seq. ff. famil. erciscund. Similiter si rem individuum defunctus alicui promiserit, ut ejus nomine singuli heredes in solidum teneantur, cautiones interponi debent; ut si quis ex iis conventus litis estimationem præstiterit, id pro parte à cæteris consequatur, docente Paulo in d. l. heredes. 25. §. contra si promissor. 10. ff. eod. tit.
- 15 Quibus personalibus præstationibus adjunguntur etiam cautiones, quæ coheredes coheredi præstare tenentur: veluti si adsunt hereditaria instrumenta, eaque uni ex heredibus custodienda dentur: quoniam heres ille cautionem interponere jubetur; ut cum res exegerit, instrumenta isthæ exhibeantur, l. si qua sunt. 5. & l. seq. ff. famil. erciscund. Similiter si rem individuum defunctus alicui promiserit, ut ejus nomine singuli heredes in solidum teneantur, cautiones interponi debent; ut si quis ex iis conventus litis estimationem præstiterit, id pro parte à cæteris consequatur, docente Paulo in d. l. heredes. 25. §. contra si promissor. 10. ff. eod. tit.
- 16 Sanè quæ pater filio studiorum causa peregrè agenti subministravit, si non credendi animo pater misisse fuerit comprobatus, sed pietate debita ductus, in rationem portionis, quæ ex defuncti bonis ad eundem filium pertinet, computari æquitas non patitur, l. quæ pater. 30. ff. famil. ercisc. l. legatis. 6. ff. de aliment. vel cibariis. leg. l. 1. §. sed an id 16. ff. de collat. honor. Idque explicatius persequutus sum in §. alia, supr. de donationibus. num. 55. & seqq. An autem in hanc divisionem filius confecto teneatur istos sumptus, quos pater ipsi, in Patria literis operam danti, subministravit, quæri poterit? Quod licet primo intuitu illi mandum videntur, propter illa d. l. 50. famil. ercisc. verba, peregrè agenti: quasi aliud

jus esset in eo, qui non peregrè agit: contrarium tamen & æquitati & veritati magis consentaneum est. Longè quippe difficilius filio peregrè agenti sumptus à patre subministrantur, quam in patria literis operam danti. Si illos igitur sumptus non recusat pietas paterna: multò minùs hosce recusabit. D. D. Rümelin. part. 2. Pandect. disput. 9. th. 19. pag. 135. Ideoque non obstant verba illa: peregrè agenti. Haud enim eò spectant; quod jus sit aliud in eo, qui in Patria literis dat operam, quam qui peregrè: sed ne major pecunie quantitas, peregrè agenti subministratæ, aliquam juris diversitatem introducere credatur: & ut ita ex casu difficiliore id, quod est facilius, colligatur, ut docet eleganter Justus Mejer. in ἀνταρθεῖ d. l. 50. & in d. disp. ad lib. 10. Pand. tit. 2. thes. 18. & Philippus Knipschilde exercitat. Acad. 11. quest. 8. pag. 395. cum seq. Eaque de re videatur Gaspar Schifordegherus lib. 2. ad Anton. Fabr. tract. 23. quest. 1. 2. 3. 4. 5. & 6. ubi contra alios prolixè admodum & eruditè ostendit: patrem non solum obligari omni jure ad sumptus, studiorum causa, filio subministrandos (quod & ego demonstravi in d. §. alia. 2. supr. de donationibus. num. 98. & seq.) sed etiam in dubio præsumi de bonis suis propriis, non vero de bonis filii maternis, quorum ipse administrator est legitimus, studiorum expensas fecisse, argum. l. 1. & 2. C. de bon. matern. & l. ult. C. de dot. promiss. juncta receptissima opinione, quæ causa dotis & studiorum equiparantur. Angel. & Jason. & communiter Dd. in l. 1. ff. solut. matrim. Horat. Lucius in tract. de privileg. Scholar. privileg. 31. Petr. Rebuff. in tract. de privileg. Universitatum, & C. privileg. 60. Quo facit, quod patris officio incumbat, filio sumptus studiorum causa subministrare, sicut pluribus declaravi in d. §. alia. 2. supr. de donat. num. 98. cum seqq. & in orationibus meis, orat. 23. Quilibet autem suo officio satisfacere præsumitur: & gravatus dare quid, de suo dare reputatur. D. D. Rümelin. d. disput. 9. th. 18. in fine. Neque præterea conferuntur in hanc divisionem, quæ pater filio suo militi dedit; veluti arma, & equi, l. si filius familis. 4. C. famil. ercisc. Cujac. ad d. l. 1. §. nec castrense. 15. ff. de collat. honor. Wesenbec. in Paratit. ff. de dotis collat. num. 3. & D. Bocer. d. disp. 8. thes. 19. & in hoc §. num. 21. pag. 508.

Actio, quæ ex hac nascitur communione, dicitur familiaris erciscundæ actio, sive judicium, §. idem juris. 4. hoc tit. & tot. tit. ff. & Cod. famil. erciscund. Familiæ verbum, ad res relatum, hereditatem designat, l. pronuncia. tio. 195. §. 1. ff. de verbor. significat. l. ult. Cod. eod. Eriscere verò, antiquissimo loquendi modo, idem quod dividere denotat. Alij Græcum verbum esse putant, ἐπιτεῖν, quod intersepire seu dividere significat; Atysinger. hic. num. 6. Schegk. in delib. jur. disput. 20. thes. 6. lit. b. Zasius & Corasius in §. quedam act. 20. & ibi ego n. 5. inf. de action. Eaque actio civilis est, l. 1. in princip. ff. famil. ercisc. mixta, id est, tam in personam, quam in rem comparata, d. §. quedam actiones. 20. inf. de actionib. ibique eodem num. 2. & 3. bonæ fidei, §. actuum. 28. inf. eod. l. non est ambiguum 9. C. famil. ercisc. & perpetua, d. l. 1. ff. famil. ercisc. Competit autem hæc actio coheredibus, dist. §. 24. quedam. 20. inf. de action. d. l. 1. & 2. ff. famil. erciscund. adversus coheredes, sine causa rerum hereditariarum divisionem denegantes, ad hoc, ut res hereditariæ dividantur, & personalia præstentur, d. l. item Labeo. 22. §. famit. 4. ff. famil. ercisc. l. incerti. 19. C. eod. cum similib. latè Schneidew. in d. §. quedam actiones. 20. inf. de action. n. 4. & seqq. sub tit. de actione famil. erciscund. Et in hoc judicio unusquisque heredum, & actoris, & rei partes sustinet, l. 2. §. in familia. 3. l. inter coheredes. 44. §. quæ familia. 4. ff. d. tit. l. judicium. 10. ff. fin. regund. Sed magis placeat, eum videri actorem qui ad judicium provocavit, l. in tribus. 13. & l. qui appellat. 29. ff. de judic. l. 2. §. 1. ff. commun. dividund.

Cæterum cum isthæ actio etiam bonorum possessori concedatur, d. l. 2. §. 1. & l. sed & ejus. 24. §. 1. ff. familia. ercisc. contravertitur inter Interpretes directæ, an utilis illi detur? Et quidem non desunt, qui existimant, bonorum possessori nullam competere actionem familiaris erciscundæ, non vero directam. Schneidew. loco prælat.

gato *W. semb. in Parat ff. fam. erciscund. n. 4. Myns. in hoc §. n. 7. Treut. vol. 1. disp. 19. th. 9. ad lit. E. & Edus Robert. 18. ad Inst. th. 2. Sed alii rectius statuunt: directam familiæ erciscundæ actionem bonorum possessori competere, propt. text. express. in d. l. 2. §. 1. ff. fam. ercisc. ubi Ulp. ait: ideo utile familiæ erciscundæ iudicium de quarta, quæ ad aliquem ex constitutione Divi Pii adrogatum defertur, necessarium esse: quia hic neque heres, neque bonor. poss. sit. Unde evidenter colligere licet: quod heredi & bonorum possessori non utilis, sed directæ familiæ erciscundæ actio detur: alioquin malè & vitiosè Jurisconsul. inferret.*

27 Nec adversatur textus in d. l. sed & ejus 24. §. 1. ff. d. tit. ubi hæc verba leguntur: *Famil. ercisc. judic. & inter bonor. poss. & inter eum, cui restituta est hereditas ex Trebell. senatusconsulto. & ceteros bonor. auctores, locum habet.* Nam ex his verbis non resultat, quod utilis familiæ erciscundæ actio inter bonorum possessorum sibi locum vindicat: sed generaliter iis significatur, quod actio familiæ erciscundæ inter bonorum possessorum, & inter eum, cui restituta est hereditas ex senatusconsulto Trebelliano, locum habeat. Et quamquam in d. l. si ex esse. 40. ff. fam. ercisc. utilis familiæ erciscundæ iudicium ei, cui ex fideicommissio restituta est hereditas, dari dicatur: ex eo tamen non probè colligitur, quod idem de bonorum possessorum sit dicendum. Bonorum liquidum possessor licet heres non sit ipso jure: heredis tamen loco constituitur, & non usque adeo infusè heres pratorius vocatur, arg. §. quoniam autem solut. 2. sup. de bonor. poss. is verò, cui ex fideicommissio restituta est hereditas, fideicommissarius, & non nisi pluriè impropre heres appellatur, §. ergo 6. ibi. tamquam in her. & §. sed qui stip. 7. sup. de fideicom. her. cum is, qui rogatus hereditatem restituit, heres maneat, §. restituta. 3. sup. d. tit. ubi id explic. est iustiss. Atque ita sentit D. Collega Bocero. d. cl. 3. disp. 18. th. 31. & D. Hunnius in res. ad Treut. dicto loco. p. 169. & seq. ubi copiosè admod. exponit, quamvis actio utilis, & quæ directæ dici queat. Hanc autem sententiam aliisque quoque, ante Bocerum, placuisse, rum certum est, quam certissimum. Ita enim disertè scribit Glossa in d. l. 2. §. 1. ad verb. heres ff. fam. ercisc. Et nota, quod Quidam dicunt, ex eo, quod hic dicitur, quod directum iudicium familiæ erciscundæ competere etiam bonorum possessori, &c. Non igitur agere forte debet Bocero. quod scripserim supra n. 26. etiam Alios ita statuisse. Cur enim ipsum solum hujus sententiæ Auctorem laudarem, cum contra, & ante, & post ipsum fuisse, qui istam sententiam foverent?

30 Porro cum inter fratres & sorores parentis hereditas dividenda est: quoniam solet, utrum frater major dividere, minor eligere; an verò prius in partes, communi fratrum & sororum arbitrio, hereditas dividi, postea forces de singulis partibus mitti debeant: vel iudicii officio explicari hanc rem oporteat? Et respondetur: si divilio absque iudicio & privatum fiat, ex consensu mutuo vel primam, vel alteram eligi viam posse, l. si qui sunt 5. vers. si omnes. l. Lucius 28. l. quadam. 41. vers. ex diverso. ibi, consensisse eos divisioni. l. 1. ult. ibi, frater commun. her. consen. divid. ff. fam. ercisc. l. 1. l. si divis. 15. & l. coher. 27. ibi divis. inter se facientib. & c. & si contentio de alterutra via incidat, ex recepta consuetudine præstendam esse primam, utpote usu & Camera Imperiali approbatam, c. 1. eat. de parochiis. & ibi Pastor. n. 4. Myns. cent. 2. obs. 37. Schweb. cent. 1. conf. 71. Guido Papa in dec. q. 289. Gui. l. 2. obs. 116. n. 14. Cuj. l. 13. obs. c. 24. Rodolph. For. l. 5. ver. quib. c. 20. Amstus. l. 2. de Republ. c. 2. fell. 8. n. 78. Goldast. d. 1. de major. c. 27. Berlich. com. 3. q. præd. concl. 21. Sin iudicio instituto petita sit divisio: iudicem fore divisorem, ejusque officio totum negotium explicandum esse, verius censetur, d. l. 2. in pr. ibi, per fam. ercisc. ad div. her. d. l. heredes. 25. §. iudex. 20. & l. si divid. 20. vers. Heredes. Modest. ff. fam. ercisc. Qua de re consulatur etiam Andr. Buch. l. 6. controver. jur. c. 23. Matib. Suph. cent. 3. q. 94. Henning. Weg. disp. 13. ad Inst. th. 1. lt. b. & ait, qd hic adducit. Videatur item Clariss. D. Bafold. Collega mihi charissimus, in delib. jur. ex l. 10. Pand. t. 2. p. 975. cum seq. & in Disc. Jur. vol. de appell. c. 7. n. 11. ubi de hereditaria divisione, per sortem facta, plura observata perigna tradit. Et de aliis negotiis forte desideratis dirimendis quæ ad eundem Bafold. l. 1. c. differre. Nomicopol. disp. n. 16. & l. 2. disp. n. 10. nec non Jacob. Alemann in palæstra consulti. pars illius. consulti. 4. pag. 155. & seqq.

31 In questionem & hoc non raro vocatur: an familiæ erciscundæ actio præscriptione 20. annorum tollatur? Et tolli, autotum Atque fin, Jacobus Butigier Bald. ff. Angeli in l. §. 1. vers. nemo itaque Cod. de annali exceptione. & c. & notissimè Hunnius in d. resolut. ad Treut. p. 166. Sed contrarium defendunt alii communiter existimantes, quod etiam post triginta annos libere à communione que recedens & divisionem hereditatis petere possit. Bartol. & Cynus in d. §. 1. vers. nemo itaque. Pantin. de Castro & Juson in l. si non sortem. 26. §. si eorum a §. de condit. indebit. Item Juson p. 1. Zylus n. 10. & Schudew. n. 69. cum seqq. in d. §. quadam. 20. l. 1. de all. Fuch. d. ill. 6. controver. jur. c. 20. Aron. burg. cent. 1. barthol. disp. 12. et 2. Et Hanonius disp. 17. ad Inst. controver. 20. Quorum sententia hinc præcipue confirmatur rationibus & argumentis. I. Quia hæc familia erciscundæ actio prius non nascitur, quam cum ex heredes dividere volum. hereditatem, l. in pr. ibi, eorumlib. à communione assensu. ff. fam. ercisc. Ideoque non prius putes præscriptio contra hanc actionem, quam nata sit, hoc est, priusquam ab uno coheredum communio renuncietur facit. Actioni quippe, quæ nondum nata est, non alia tempore præscriptio parat. II. Quia contra possidentem non eorum præscriptio, l. unde agitur. 2. §. de præscrip. 10. vel 10. annor. Atque utique coheres bene pro indiviso possidet. Ergo contra ipsum præscriptio procedi non potest. III. Quia nemo invitus in communione esse debendus, c. 1. comm. divid. d. l. si non sortem. 26. §. si eorum. & vers. nemo enim invitus in communione esse debendus, cum actio in mone

rixarum & contentionum, l. cum pater. 77. §. l. ult. in fine ff. de leg. IV. Quia pacta effici non possunt, ut consortes perpetuo in communione perseverent, l. in hoc iud. 14. §. si conven. 2. ff. comm. divid. Ergo nec præscriptio hoc induci poterit, arg. l. nam satis. 6. §. 1. vers. sed si it, ff. quemadmodum seroit. amitt. Joan. Petr. de Ferrar. in forma libelli, pro her. d. n. 7. VI. Quia cessante ratione legis, cessat quoque ejus dispositio, l. adire 6. §. quamvis. 1. ff. de jur. patr. c. cum cess. sum. 60. ext. de appell. Atqui hoc casu cessat ratio, ob quam præscriptio inducta censetur, litium nimirum dirimendarum causa, l. ult. in fine princ. ff. pro suo. Si enim res communes nunquam dividi possent: discordiarum materia maximopere augetur, delinquendique occasio præberetur, arg. d. l. cum pat. 77. §. ult. 80. ff. de leg. 2. l. in re coho. 26. ff. de sero præd. urb. d. l. si non sort. 26. §. si cent. 2. ff. de cond. indeb. Proinde & ipsa præscriptio cessat præsertim cum hoc casu planè contrarium effectum operaretur.

Huic decisioni non obstat d. l. 1. §. 1. c. de annal. except. in qua dicitur, nullam actionem, ac nec familiæ erciscundæ, ultra triginta annorum spacium durare. Nam in ista lege expressè adduntur hæc verba: ex quo ab initio compet. & semel nata est. Nascitur autem hæc actio tum demum, cum coheredes incipiunt ad divisionem hereditatis provocare. Unde quamdiu liberè & volentes in communione perseverant, tamdiu hæc actio nasci non potuit. Zafius in d. §. quadam. 20. n. 13. infr. de all. Deinde lex illa, quæ vetat post triginta annos iudicium familiæ erciscundæ intendere, habet locum, quando uterque coheres non possidet, ut notavit Cost. ad d. l. 1. ff. fam. ercisc. cum que referens Broich d. cent. 2. assert. 14. in fine. Et licet hæc sententia Dn. Collegæ Bocero displiceat in Comm. ad §. idem juris. 4. hoc tit. n. 45. & seqq. p. 11. quia tamen nihil solidi assert. ob quod opinationi ipsius inherendum videri queat: meritò eam repudiandam censemus. Atque profectò non nisi ineptè dici potest: actionem familiæ erciscundæ statim ex ipsa rerum communione nasci. Quis enim interea ejus esset effectus, aut quæ utilitas, aut quæ necessitas, antequam coheredes à communione discedere vellent? Quos respicit Causus Jurisconsultus in d. l. 1. in pr. ff. ercisc. ubi hanc actionem non simpliciter coheredibus, sed coheredibus, à communione discedere volentibus, constituendam fuisse dicit, Vide Bachov. in not. ad Treut. vol. 1. disp. 19. th. 8. lit. u. & huncque laudantem Knipsch. d. exere. 11. quest. 9. pag. 396. cum seq. Et bastenar de communione familiæ.

Communio rerum singularium est inter eos, quibus quocunque modo res singule communiter obvenirent: veluti titulo hereditatis, legati, donationis, hoc §. nostro 3. societatis l. 2. in pr. ff. comm. divid. l. pro socio. 38. §. 1. & l. si actum sit. 3. ff. pro socio. Vel etiam casu, aut voluntate sociorum, §. si duor. 27. & §. seq. sup. de rer. divis. l. arbor. 19. in pr. ff. comm. divid. Communio autem hujus obligatio duas causas continet: rerum scilicet communium divisionem, & præstationes quasdam personales, l. 1. l. per hoc iudic. 4. §. si quis 6. §. 1. ff. comm. divid. arg. l. item Labeo 22. §. pen. ff. fam. ercisc. & §. quadam. 20. infr. de all. l. 2. D. Henr. Bocero cl. 1. disp. 18. th. 40. ed. 2. Ac sanè dividi queant res communes, non solum sociorum proprie, sed & emphyteuticæ: quamvis rectius fecerint socii, si abstinere ab agri emphyteuticæ divisione, ne præstatio pensionis confundatur, l. commun. 7. in pr. §. 1. ff. commun. divid. Sed & isthac obligatione continetur res aliena, cujus nomine socii Publicianam in rem actionem habent, & quam communiter pignori acceperunt, d. l. commun. 7. §. qui in rem. 2. §. si duo sint 6. & §. nec eos 12. ff. de sol. ut & prædium cujus in possessionem custodire causi sunt missi: multoque magis domus, quam damni infecti nomine possidere jussi sunt: cum & ususfructus communis, d. l. 7. §. sed & §. 7. cum trib. §. §. seq. ff. de it. Mejer in disp. ad l. 10. Pand. tit. 3. th. 13. Quod verò communiter acquisitum est ex latrocinio, vi agressura, sacrilegio, perculu; hoc obligatione non continetur: ut nec quod communiter precario possidetur, vel ex causa locati, vel depositi, d. l. commun. 7. §. inter præd. 4. & §. seq. & §. neque colon. 11. ff. commun. divid. Quod si res quasdam communis sit, quæ divisionem commodè recipiunt, veluti fundus: partes ejus singulis adjudicandæ sunt: & si unius pars prægravare videatur, is invicem certa pecunia alteri condemnandus est. At commodè dividi nequeat, veluti homo, aut mulus: tunc ea res tota uni adjudicari debet, & is invicem alteri certam pecuniam præstare, §. ead. interven. §. iudic. §. præced. & §. seq. infr. de off. iud. l. si quis prius 6. §. officio 10. d. l. commun. 7. §. 1. item 10. ff. commun. divid. l. 2. c. 1. de Bocero. d. disp. 18. th. 13. & Mejer d. disp. 17. & §. seq. Præstationes personales: quæ ista obligatione comprehenduntur, in eo consistunt: si sociorum aliquis in rem causamque communem sumptus fecerit: ut ex ea fructus vel mercedem perceperit, d. l. per hoc iud. 4. §. si quis 6. §. ult. cum seq. d. l. si quis prius 6. in pr. §. 1. 2. & 3. in summa. 12. l. in hoc iud. 14. §. 1. ff. commun. divid. vel dolo aut culpa damnum communioni dederit, in commun. 3. l. 1. cum quo 10. l. Sabitius 29. ff. d. tit. Quæ præstationes etiam in eo versantur: si quæ inter socios conventio interposita fuerit, veluti ut fructus alterius annis perciperent, d. l. 1. §. 1. si convenit. 23. ff. 101. Ad personales præstationes & illud pertinet: quod parti tenetur socius, ut alter socius, cum opus fuerit iudes communes, aut communem partem reholat, vel quippiam in eum immittat, l. si alet committes. 12. ff. comm. accord. Cujac. l. 7. q. Pap. 139. seq. Ut & illud: quod socius socius, cui quid adjudicatur, covere tenetur de eversione, l. item quantitas. 10. §. ult. ff. commun. div. arg. l. her. 25. §. pen. ff. fam. ercisc. & l. si jam. 12. c. 1. ead. itemque de eo, quod sub conditione debetur, l. cum socii. 16. ff. commun. divid. Verum de personallibus præstationibus generaliter hic observandum: eas hac obligatione de gesto negotio eatenus contineri quatenus sunt partes causam socius expedire gerere potuit, d. l. si quis 6. §. si autem 2. vers. hoc autem & vers. seq. & §. si damni infecti. 7. l. arbor. 19. §. pen. cum 2. §. commun. divid. l. parat. §. ff. de reb. ercisc. ff. de it. Mejer in disp. ad l. 10. Pand. tit. 3. th. 13. quatenus item cum esse communem tenet, d. l. in hoc iudic. 14. in princ. & l. si quis sum. 29. ff. commun. divid. D. Bocero. d. disp. 18. th. 49.

- 44 Ex hac communione descendens actio, communi dividundo appellatur: & mixta est, d. §. *quedam actiones*. 20. *infr. de action. bonæ fidei*, §. *action* 28. *infr. eod. d. l. in hoc iudicium*. 14. §. 1. *vers. quia bonæ fidei*. ff. *communi divid.* & perpetua, *Forster. jun. lib. 4. disp. ult. th ad lit. A.* Eaque est vel directa, vel utilis, d. l. *si quis putans*. 6. *in princ.* §. 1. *ibi, utili tamen*, §. 1. *seq. ex quibusdam*. 3. §. 9. *si duo* 6. l. *in summa*. 11. §. 1. *si quis*. 29. *circa princip. ibi, nec utile dandum*. ff. *communi divid.* Directa competit, si proprietates rei sit communis, d. l. *per hoc iudicium*. 4. *in pr. ff. d. tit. utilis verò, si quod aliud jus commune fuerit, veluti ususfructus aut pignus*, d. l. *communi*. 7. §. *si duo sint*. §. 9. *seq. ff. eod. l. si cuius*. 13. §. *sed si inter*. 3. *ibi, quasi communi dividundo*. ff. *de usufructu juncta l. Lucio*. 4. *in fine*. ff. *de aqua quotid.* §. *astiva*. Item directa locum habet, si quis sciens, sibi rem esse cum vero socio communem, quid in eam impendit, fructusve ex ea percepit: utilis, si quis putans sibi cum Titio rem communem esse, cum sit communis cum alio, tale quid fecerit, d. l. *si quis*. 6. *in princ.* §. d. l. *si quis cum* 29. *in princ.* ff. *commun. divid.* Denique directa datur, si corpora manserint communia: utilis autem, si non manserint communia, sed vel interierint, vel ab altero socio alienata fuerint, d. l. *si quis*. 6. §. 1. l. *sed postquam* 9. d. l. *in summa*. 11. ff. *eod.* Cæterum an correo, adversus corream competat actio communi dividundo, explicat D. Collega Resoldus in *delib. jur. ex lib. 10. Pandect. tit. 3. pag. 580.* §. *seq.* Illud porro commune est utriusque iudicii, familiæ scilicet eriscundæ, & communi dividundo: quod si coheres, vel socius aliquis in divisione ultra partem dimidiam læsus sit: conditione ex lege, ad rescindendam divisionem, agere potest: sive sine iudice, sive accepto arbitro, sive per sortem facta fuerit divisio, l. *Lucius*. 38. *in fin.* ff. *famil. erisc.* l. *si soror*. 8. *Cod. de collationib. l. majorib.* 3. *Cod. communia utriusque iudic. ubi Bart. Bald. Salic. & Sighard. Schurff. conf.* 28. *num. 9. cent. 1. Wesenbec. confil.* 74. *n. 8. part. 2. Pinel. ad l. 2. Cod. de resc. vend. part. 2. c. 1. n. 4. cum seqq. & d. Bocer. d. class. 3. disput. 18. th. 52. ed. 2.* Vide D. Resoldum in *disquis. de lib. jur. ex lib. 10. Pand. tit. 2. num. 2. pag. 577.*
- 47 Quæri hic non incommode poterit: ecquid præcepto testatoris effici queat, ne à communione discedatur? Et (quicquid in contrarium afferat Alexander de Imola in d. l. *si non sortem*. 26. §. *si centum*. 4. ff. *de condic. indebiti*) verius est: testatorem aut patrem non posse præcipere filiis vel heredibus, ut bona hereditaria in perpetuum non dividant. Quia bonum est argumentum à contractibus ad ultimas voluntates, *argum. l. servum filii*. 44. §. *cum, qui* 5. ff. *de leg. 1. præsertim quando non potest reddi ratio diversitatis*. Everhard. in *Topic. in loc. à contract. ad ult. volunt. n. 1.* Sed per contractus inter vivos perpetua communio induci non potest, d. l. *in hoc iudicium*. 14. §. *si conveniat*. 2. ff. *commun. divid.* Ergo nec in ultimis voluntatibus fieri potest: cum subit eadem ratio, ne discordiæ & rixæ inter socios oriantur, d. l. *cum pater* 77. §. *dulcissimis*. 20. ff. *de legat. 2. Et ita sentiunt Paul. de Cast. & Jafon ad l. si non sortem*. 26. §. *si centum*. 4. ff. *de condic. indebiti*. Jul. Clarus lib. 3. *recept. sentent. §. testamentum*. *quest. 67. Schneidev. ad d. §. quedam actiones*. 20. n. 21. §. *seqq. infr. de actionib. Hanon. disput. 17. ad Instit. contrav. 20. lit. B. Paulus Herens disput. 12. ad Instit. them. 3. quest. 6. & Philippus Knipfchilde. exercitat. Acad. 11. quest. 7. pag. 394.*
- 49 Hanc sententiam non evertit l. *fin* §. *Lucius*. 3. ff. *de leg. 2. & l. Lucius*. 78. *in princip. ff. ad SC. Trebellian.* ubi dicitur, testatorem posse præcipere communionem heredibus. Nam ibi divisio hereditatis non prohibetur: sed præcipitur, ut filia & uxor in communionem conferant res, ut postea æqualiter divisio fieri possit, sicut hoc importat collatio bonorum, de qua *tot. sic ff. & Cod. de collat. bonor.* Deinde posito & concessio, quod illic divisio prohibetur; non tamen in perpetuum uxor & filia dividere prohibentur. Itaque non omnis planè dividendi potestas iis adempta intelligitur: cum nemo invitus in communione manere compellatur, d. l. *fin. C. communi divid.* §. *dictum supra num. 34.*
- Eidem sententiæ non repugnat l. 1. ff. *pro socio*, ubi Harpprecht. ad *Instit. Tom. III.*

cum societas in perpetuum contrahi possit: dicendum videtur, quòd etiam testator communionem præcipere valeat: siquidem argumentum à contractibus ad ultimas voluntates procedere, apparet, *ex d. l. servum*. 44. §. *cum, qui*. 5. ff. *de legatis*. 1. Etenim Paulus Jureconsultus, ut semetipsum ibidem declarat, non intelligit tempus infinitum, sed finitum quamdiu scilicet socii vivant. Et sanè dubium non est ullum, quin prohibitio testatoris ad certum tempus facta subsistat, *arg. l. si qui ita*. 4. *in princip. ff. de conditionibus institutionum*. ubi testator heredibus præcipit & mandat, ne intra sedecim annos dividant. Et hanc communem esse opinionem testatur Gratus *consil. 66. num. 24. lib. 2.* cumque citans Clarus, d. *quest. 67. num. 2.*

Præterea non adversatur, quòd voluntas testatoris, tanquam lex, servari debeat. *Novell. 22. cap. 2. in princ. l. 1. Cod. de sacrosanct. eccles.* Quia illud verum quidem est, nisi voluntas illa dispositioni juris contrarietur; aut utilitati publicæ, quæ suadet, neminem invitum in communione detineri repugnet, l. *nemo potest*. 55. *ibique Dd. ff. de legat. 1. d. l. cum pater*. 77. §. *dulcissimis*. 20. ff. *de legat. 2. & d. l. fin. C. communi dividundo*. Hancque sententiam noviter quoque ita defendit Dn. Collega Bocerius *hic num. 59. & aliquot seqq. pag. 512.*

§. Heres quoque. §.

Heres quoque legatorum nomine non propriè ex contractu obligatus intelligitur: (neque enim cum herede, neque cum defuncto ullum negotium legatarius gessisse propriè dici potest) & tamen quia ex maleficio non est obligatus: quasi ex contractu debere intelligitur.

S U M M A R I A.

1. Quarta quasi contractus species consistit in herede, ob aditam hereditatem legatariis ad præstanda legata obligato.
2. Cur heres legatariis ex quasi contractu teneatur.
3. Adio legati sive ex testamento cui, & contra quem, & ad quid detur.
4. An quemadmodum legatariis, ita etiam creditoribus hereditariis, heres ex quasi contractu obligetur.
5. Ex persona successorum qualitas obligationis immutari non solet.

Quarta species quasi contractus hoc loco enartatur, aditio scilicet hereditatis: quæ heres adiens hereditatem obligatur legatariis, ad præstanda sive solvenda legata, quæ à testatore sunt relicta, l. *si quis absens*. 5. §. *heres*. 2. ff. *de obligat. & actionibus*. Wegner. *Disput. 13. ad Instit. th. 4. lit. a. & b.* Ideo autem heres legatariis ex quasi contractu teneatur: quia inter heredem & legatarios neque est contractus, neque maleficio, hoc §. nostro. Contractus non est: quia heres neque cum legatariis, neque cum testatore ullum negotium contraxit. Maleficio non est: quia heres nihil deliquit, nec propter delictum aut maleficio legatariis debet legatum. Itaque reliquum est, ut quasi ex contractu heres obligatus dicatur: cum adeundo hereditatem quasi contrahere cum legatariis videatur, l. 3. §. *ult.* §. 1. *seq. ff. quibus ex caus. in poss. est*. Hinc actio legati, vel ex testamento, in personam descendit: quæ legatario, contra heredem, legari præbendi causa datur. §. *sed olim*. 2. *in fine. supr. de legat. ubi num. 9. & seqq. de hac, & aliis actionibus, legatario, pro consequendis legatis competentibus latius differuimus.* Cæterum an, quemadmodum legatariis, ita etiam creditoribus hereditariis, heres ex quasi contractu obligari putandus sit, controversatur: Sed probabilius est, & verius, aditæ hereditate, creditores heredem scriptum convenire, debere, non ex novo quasi contractu, ex aditæ hereditatis inducto, sed potius ex contractu antiquo, quo tenebatur defunctus, cuius personam heres sustinet & repræsentat. Nam ex persona successorum vel heredum qualitas obligationis, quæ defunctus tenebatur, immutari non solet, l. 2. §. *ex his igitur*. 2. ff. *de verb. obligat.* Proinde si ex vero ac proprio contractu tenebatur defunctus, similiter heres quoque obligatus esse dicendus est: ut, post alios, docent Emanuel Costa in c. *si paterfamilias*. 1. *part. 2. verb. Trebellianica*. num. 10. *de testam. in 6. Vall.*

quius de success. creat. libr. 2. §. 17. num. 48. & 49. hosque citans Heigius in hoc §. nostro. num. 6. argumento totius tit. C. ut actiones & ab heredibus, & contra heredes incipiant. Quibus ad stipulantur quoque Hermannus Vultejus hic num. 5. & lib. 1. Jurisprud. Roman. cap. 42. numer. 21. Timæus Faber Disputat. 25. ad Institut. Imperiales. th. 4. lit. c. Dominicus Arumæus Exercitat. Justin. 15. th. 13. D. Bocer. in hoc §. num. 11. & 12. pag. 514. & D. Rümelin. Exercitat. 16. ad Institut. th. 5. lit. b. pag. 148. Knipschilde. exercitat. Acad. 11. quest. 10. pag. 398. & Richter in tract. de contractibus, disp. 13. th. 3. ad lit. d. pag. 389.

§. Item is, cui. 6. & §. ex quibusdam. 7.

Item is, cui quis per errorem non debitum solvit, quasi ex contractu debere videtur. Adeo enim non intelligitur propriè ex contractu obligatus esse, ut si certiore rationem sequamur: magis (ut supra diximus) ex distractu, quam ex contractu possit dici obligatus esse. Nam qui solvendi animo pecuniam dat, in hoc dare videtur, ut distrahat potiùs negotium quam contrahat. Sed tamen perinde is, qui accipit, obligatur, ac si mutuum ei daretur: & ideo conditione teneretur.

§. 7. Ex quibusdam tamen causis repeti non potest, quod per errorem non debitum solutum sit. Sic namque definierunt veteres: ex quibus causis inficiando lis crescit, ex iis causis non debitum solum repeti non posse: veluti ex lege Aquilia, item ex legato. Quod veteres quidem in iis legatis locum habere voluerunt, quæ certa constituta, per damnationem cuique legata fuerant. Nostra autem constitutio, cum unam naturam omnibus legatis & fideicommissis indulget, hujusmodi augmentum in omnibus legatis & fideicommissis extendi voluit: sed non omnibus legatariis hoc præbuit, sed tantummodo in iis legatis & fideicommissis, quæ sacrosanctis ecclesiis, & cæteris venerabilibus locis, quæ religionis vel pietatis intuitu honorantur, relicta sunt: quæ si indebita solvantur, non repetuntur.

SUMMARI A.

1. Quanta quasi contractus species, indebiti solutio.
2. Nemo suum iurare præsumitur.
3. Ad hunc quasi contractum quid requiratur.
4. Quodnam indebitum hic intelligatur.
5. Obligatio naturalis, licet non producat actionem, parit tamen exceptionem.
6. Quod quis sciens solvit, non repetit.
7. Error duplex: facti & juris, & quid uterque.
8. Quæ actio ex isto quasi contractu competat.

Quinta & postrema species quasi contractus, hic proponitur, scilicet, solutio indebiti. Cum enim quis indebitum, quod per errorem se debere existimat, tantum indebitum alteri solvit, et si revera negotium non contrahat, nec alterum, cui solvit, ad rem indebitè solutam restituendam obligare intendat, ut cui potius animus sit, obligationem, quam falsò subesse putabat, distrahere, quam novam obligationem contrahere, l. si quis absentis. §. si quis qui non debitum. 3. ff. de obligationibus & actionibus. præsumitur tamen rem indebitam solvens cum altero convenisse de re soluta, si indebita apparuisse, sibi restituenda: quoniam nemo suum iurare creditur, arg. l. cum de indebito. 25. in pr. vers. qui enim solvit. ff. de probationibus & l. si de eo. 40. §. 1. ff. de acquir. vel amitt. possess. Eoque animo præsumitur & alter accepisse solutum, ut si non esset debitum, tum illud restitueret, perinde ac si creditum sibi fuisset. Ad hunc igitur quasi contractum primò requiritur, ut indebitum solvatur. Indebitum autem hic intelligitur, quod omnino non, adeoque nullo iure, nec civili, nec naturali, debetur, l. si non sortem, 26. §. indebitum. 3. & l. in summa. 65. §. fin. ff. de condit. indebit. Nam si vel naturaliter solum debitum solvatur: nullus ejus est repetitio: quia tamen obligatio naturalis non producit

actionem ad rem persequendam: parit: tamen exceptionem ad rem debitam retinendam, l. naturalis. 10. ff. de obligat. & actionib. l. naturaliter. 13. l. si pena. 19. in pr. dicit. l. si non sortem. 26. libertus. 12. l. Julianus. 60. in pr. l. si quod dominus. 64. ff. de condit. indebit. l. sed etsi. 9. in fin. & l. seq. ff. ad senatusconsultum. Macedon. Deinde requiritur, ut indebitum ex errore solvatur. Etenim quod quis sciens, se non debere, solvit, non repetit, l. 1. in fine, ff. de condit. indebit. l. indebitum. 9. in pr. Cod. eod. cum id accipienti donare voluisse intelligatur, l. qui fundum. §. §. servus. 2. in fin. ff. pro emptore. l. cuius. 53. ff. de reg. jur. Præterea requiritur, ut indebitum errore facti solvatur. Errorem quippe duplicem esse, facti & juris, plusquam manifestum est, l. 1. in princ. l. regula. 9. in pr. & §. sed facti. 2. cum §. seq. & tot. tit. ff. de juris & facti ignorant. Ille dicitur, quo quis in facto errat, eximamus factum quid esse, quod tamen factum non erat: hic vero dicitur, quo quis jure quid fieri putat: quod tamen jure non fit, d. l. 1. §. 1. & passim ff. d. tit. Et hic posterior error, soluti repetitionem impedit. l. error. 9. C. ad leg. Falcid. l. cum quis. 10. C. de juris & facti ignorant. l. si per ignorantiam. 6. & l. seq. C. de cond. indebit. & tradit hic Marcellus, lateque Andreas Cludius in Commentar. de condit. indebit. c. 1. n. 14. & subsequentibus, nec non Timæus Faber disputat. 25. ad Institut. Imperialem. th. 5. ad vers. controversi hic solet, & c. itemque Justus Schütz. exercitation. jur. disput. 17. th. 10. pag. 265. & seq. Ex hoc porro quasi contractu proficitur actio quæ conditio indebiti vocatur: quæ quis repetit, id quod indebitè per errorem alicui solvit. Sed hanc actionem, adeoque argumentum totius hujus 6. & 7. §. abundanter exposuimus supra ad §. in quoque. 1. tit. quibus mod. re contrahit. obligatio. Illud hic addendum, quod Donellus lib. 14. Comment. de jure civ. cap. 16. pag. 275. & seq. statuit: conditionem indebiti nasci ex vero contracto. Cujus rationes nervosè confutat Bachovius hic num. 2. pag. 837.

PER QUAS PERSONAS NOBIS

Obligatio acquiritur.

TIT. XXX.

Expositis generibus obligationum, quæ ex contractu, vel quasi ex contractu nascuntur: admonendi sumus, acquiri nobis non solum per nosmetipsos, sed per eas quoque personas, quæ in nostra potestate sunt, veluti per servos & filios nostros: ut tamen, quod per servos nostros nobis acquiritur, totum nostrum fiat: quod autem per liberos, quos in potestate habemus, ex obligatione fuerit acquisitum, hoc dividatur secundum imaginem rerum proprietatis & ususfructus, quam nostra decrevit constitutio: ut quod ab actione commodum perveniat, hujus ususfructum quidem habeat pater, proprietatem autem filio servetur, scilicet patre actionem movente, secundum novellæ nostræ constitutionis divisionem.

§. 1. Item per liberos homines & alienos servos, quos bonâ fide possidemus, acquiritur nobis: sed tantum ex duabus causis, id est, si quid ex operis suis, vel ex re nostra acquirant.

§. 2. Per eum quoque servum, in quo ususfructum, vel usum habemus, similiter ex duabus istis causis nobis acquiritur.

§. 3. Communem servum pro dominicâ parte dominis acquirere certum est: excepto eo, quod nominatim uni stipulando, aut per traditionem accipiendo, illi soli acquirit: veluti cum ita stipulatur, Titio Domino meo dare spondes? Sed si domini unius jussu servus fuerit stipularis, licet antea dubitabatur: tamen post nostram decisionem res expedita est, ut illi tantum acquirat, qui hoc ei facere jussit, ut supra dictum est.

SUMMARIA.

- 1 Ratio ordinis.
- 2 Obligatio per quas personas nobis acquiritur.
- 3 Condicio nostra melior fieri potest per liberos nostros & servos, deterior non item.
- 4 Differentia inter liberos & servos hoc loci notanda.
- 5 Jure ff. filiusfamilias in bonis adventitiis aequè, ac profectitiis, nihil prorsus juris habuit.
- 6 Intellectus l. profectitia. §. l. avus. 79. ff. de jure dot.
- 7 Intellectus l. filius. 22 §. 1. ff. de inofficioso testamento.
- 8 Recensentur plures alia persona, per quas nobis obligatio acquiritur.

DIXIT Imper. Justinianus supra, in tit. 9. per quas personas cuique acquiritur. lib. 2. de personis, per quas nobis res ipsæ, earumque dominia adjiciantur: hoc titulo demonstrat, per quas personas obligationes, & consequenter actiones nobis acquirantur. Acquiratur autem nobis obligatio non solum per nosmetipsos, sed etiam per liberos & servos, nostræ potestati subiectos, per principium hujus tit. Eiusque ratio est perspicua: quia per liberos nostros & servos condicio nostra melior fieri potest, deterior non item: ac proinde acquirere nobis possunt: alienare nostra, sine nostrâ voluntate, non possunt, argument. l. contra. 28. §. ult. ff. de pat. l. penult. in fine. ff. de positi l. melior. 123. ff. de reg. Est autem differentia inter liberos nostros & servos hic notanda: quod servi quicquid acquirunt, totum nostrum fiat: ac quod liberi acquirunt, si quidem ex causa profectitia, id totum & in solidum fiat nostrum: sin ex obligatione, aliave causa adventitia, ejus quidem ususfructus nobis patentibus quæatur; proprietas verò ad liberos pertineat. l. cum oportet. 6. Cod. de bonis, quæ liberis, &c. Si quid igitur servo nostro debeatur: nos soli agere possumus. Idemque est, quando liberis nostris quid ex causa profectitia debetur. At si quid debeatur eis ex causa adventitiæ peculii: actio est communis: ita ut ipsi quidem agent consensu nostro, si nos ususfructum amplecti nolumus: nos verò agamus, filii tamen consentientibus, si ususfructum in bonis eorum adventitiis amplectamur, l. ult. in pr. & §. ubi autem. 3. Codic. d. tit. Ea itaque in parte jus Pandectarum correctum est. Isto quippe jure filiusfamilias in bonis adventitiis aequè, ac profectitiis, nihil prorsus juris habuit: sed omnia patri, tam proprietatis, quam ususfructus ratione, acquisivit. Id quod vel ex pr. hujus tit. manifestè probatur: ubi Justinianus novâ suâ constitutione sancitum esse profectur, ut filiosfamilias proprietatem in rebus adventitiis quæreretur. Idem confirmatur ex l. filia, licet. 12. vers. cum autem frater. C. de collationib. ubi ante Justinianum nulla sit differentia inter profectitia & adventitia, tantumque excipiuntur caltrensia. Quod magis corroboratur ex l. fin. Cod. eod. tit. ubi novè Justinianus decidit, ut adventitia non conferantur. Ex quo sine ullo negotio colligitur, quod ante eam talis differentia non fuerit. Hic decisioni non obstat l. profectitia. §. l. avus. 79. ff. de jure dot. ubi cum plus juris filiusfamilias in adventitiis, quam profectitiis dote competat: dicendum videtur, jure quoque Pandectarum discrimen inter bona profectitia & adventitia fuisse constitutum. Non, inquam: hæc leges obstant. Nam de dote dumtaxat loquuntur: in quâ quidem filiusfamilias speciali quadam ratione plus juris competit, si acquisita fuerit ab extraneo, quam si à parente. Idem autem discrimen, quoad cætera bona liberis, in potestate existentibus, acquisita, jure Pandectarum observatum haudquaquam fuit. Non igitur, quod singulari ratione constitutum est in bonis dotilibus, ad alia bona extendendum est, argum. l. quod vero. 14. cum duab. seqq. ff. de legib.

Non etiam resistit l. filius. 22. §. 1. ff. de inoffic. testamen. ex cujus §. verbis nonnulli inferunt: partem ibi inofficiosi querelâ egisse, nomine filii; eumque sic agentem commodum victoriæ filio parare: ac per consequens filium jure Digestorum non ex omnibus causis patri acquisivisse: sed quod ex bonis maternis obveniret, ipsius fuisse. Harpprecht ad Inst. Tom. III.

Etenim, secundum saniorum quorundam intellectum, in specie illius legis non pater, sed filius inofficiosi egit. Quod evincitur ex illis verbis; an, quod patri datum est, publicaretur? Nam si Jurisconsultus in eo §. loqueretur de casu, quo pater nomine filii ageret, non satis conveniret dicere, an quod patri datum, publicaretur: sed diceret Jurisconsultus, an quod ei datum esset publicaretur? Ex quo dilucide, patet, verbum illud, alii, in re textu positum, non ad filiumfamilias, sed ad patrem: cui ex victoriâ filii agentis commodum paratur, necessariò referendum esse. Atque ita eo textu nostra hæc, eaque receptissima Doctorum sententia, magis stabilitur, quam evertitur. Ex eo siquidem evidens est: filiumfamilias, qui adversus matris testamentum querelâ inofficiosi agit, non sibi, sed patri commodum victoriæ parare. Et hanc opinionem, utpote verissimam, pluribus juribus ac rationibus exactissimè confirmat Arius Pinellus ad l. 1. Cod. de bon. matern. part. 1. pag. mihi 84. n. 12. 13. 14. 20. & seq. ubi simul n. 34. usque ad finem decisionem illam Imperatoris Constantin. in d. l. 1. Codic. de bon. matern. & Justinian. in d. l. cum oportet. 6. Cod. de bonis, quæ liberis, &c. qua statuitur, patrem in bonis adventitiis non, ut olim, plenam proprietatem, sed ususfructum tantum ad dies vitæ usque consequi, multis egregiis ampliationibus exornat.

Porro præter liberos nostros & servos, sunt & quatuor personæ aliæ, per quas nobis obligatio acquiritur. Primum illi, quos bonâ fide possidemus; sive sint homines liberi, sive servi alieni, §. 1. hoc tit. Secundò servi fructuarii, id est, in quibus ususfructum habemus, §. 2. hoc tit. Tertiò servi communes, hoc est, partim nostri, partim alieni, §. 3. hoc tit. Quariò procuratores nostri. Sed ingens est cum inter has quatuor personas & prædictas, id est, liberos & servos, tum inter has ipsas quatuor inter se differentia, ut videre est ex hoc tit. item §. de iis autem servis. 4. supr. per quas person. cuique acquirit. & §. ultim. supr. de stipulat. servor. Quamquam de quartâ personâ, id est procuratoribus nostris nihil hic adferatur: sed de iis abundè dictum est in §. ex his itaque & supr. per quas person. cuique acquiritur. Cæterum quanta olim inter servos & filiosfamilias, ratione acquisitionis, differentia fuerit, diligenter explicat Antonius Faber. lib. 7. conjecturar. jur. civil. cap. 9. Quatenus item patri per filiumfamilias acquiritur, latissimè noviter exposuit Illustris Georg. Acacius Enenckel. in tract. de privileg. parent. & liberor. privileg. 4. c. 1. & aliquot seqq.

QUIBUS MODIS TOLLITUR

Obligatio.

TIT. XXX.

Principium Tituli.

Tollitur autem omnis obligatio solutione ejus, quod debetur: vel si quis consentiente creditore, aliud pro alio solverit. Nec interest, quis solvat: utrum ipse, qui debet, an alius pro eo. Liberatur enim & alio solvante: sive sciente, sive ignorante debitore, vel invito eo, solutio fiat. Item si reus solverit: etiam ii, qui pro eo intervenerunt, liberantur. Idem ex contrario contingit, si fidejussor solverit: non enim ipse solus liberatur, sed etiam reus.

SUMMARIA.

- 1 Continuatio hujus tituli.
- 2 Contrarius juxta se posita magis descendunt.
- 3 Quibus modis obligatio ipso jure tollatur.
- 4 Quibus modis ope exceptionis obligatio elidatur.
- 5 Perbim solutionis, nempe satisfactionis & liberationis, quomodo accipiatur.
- 6 Solutio, in specie accepta, definitur.
- 7 Aliud pro alio, invito creditore non solvitur.
- 8 Hæc regula exceptio.
- 9 Utique creditore invito, pro re debita, agnoscendo solvi possit.

- 10 Intellectus l. si quis argentum 17. in pr. C. de donationibus.
- 11 Intellectus, l. Titia. 3. pr. ff. de aur. & arg. in legato.
- 12 Intellectus l. quoties 59. & l. seq. ff. de verb. obligat.
- 13 Particularem solutionem creditor recipere regulariter non cogitur.
- 14 Solutio fieri debet legitimo tempore, loco, modo & causa.
- 15 An invito creditori debitor ante diem solvere possit.
- 16 Sub conditione quid debetur; id, pendente ea, ne volenti quidem creditori utiliter soluitur.
- 17 Pure debitum an & quatenus confessum sit solvendum.
- 18 De loco dissolvendi debiti a contrahentibus constituto, vel non constituto.
- 19 Modus solutionis in quo versatur.
- 20 Statuliberum solvens; vel pignoratam, &c. an liberetur.
- 21 Conciliatio l. statuliberum. 9. §. 2. ff. de statuliber. cum l. Neratius. 67. ff. de condit. indebit.
- 22 Debitor liberatur, quoties sine culpa ejus accedit, ut res promissa solvi non possit.
- 23 Solutio ex qua causa fieri debeat.
- 24 Qui solvere possint.
- 25 Qui rerum suarum administratio adimatur.
- 26 Solutio alienationis est species.
- 27 Pupilli & minores quatenus recte solvant. Item intellectus l. interdum. 29. ff. de condit. indebit.
- 28 Furiis & prodigi solvere nequeunt.
- 29 Obligatio regulariter non est in servis.
- 30 Quibus casibus servi solvere valeant.
- 31 Perduellionis, &c. rei non solvant: & quare.
- 32 Otiosa restringenda potius sunt, quam extendenda.
- 33 Ratione debiti proprii qui solvant.
- 34 Ratione debiti alieni, in se suscepti, qui solvant.
- 35 Ex mandato qui pro alio solvant.
- 36 Ex administratione qui pro alio solvant.
- 37 Sine mandato quilibet solvere potest pro debitore, etiam invito.
- 38 Regula (invito beneficium non datur) de quo beneficio accipienda.
- 39 Nemo invitus obligatur.
- 40 Promiores esse debemus ad liberandum, quam ad obligandum.
- 41 Quibus solvi possit.
- 42 Quomodo pluribus creditoribus utiliter solvi queat.
- 43 Furtivo & prodigo an recte solvatur.
- 44 Pupillis an & quatenus recte solvatur.
- 45 Solutionem minori factam quando plenissima, sique restitutioni in integrum non obnoxia, liberatio sequatur.
- 46 Consideratio & interpretatio l. sancimus. 25. C. de adm. missi. tutor. vel curat.
- 47 Sententia & explicatio §. nunc admonendi. 2. supr. quib. alien. de. vel non.
- 48 Sententia l. Lucius. 46. §. tutela. 5. & §. ff. fin. de adm. missi. & peric. tutor. & similium.
- 49 Adversus liberatum restitutio non datur.
- 50 Obligatio, ipso jure perempta, ex eventu non reviviscit.
- 51 Cum tutoribus & curatoribus regulariter bene contrahitur.
- 52 Uniquaque res suo domino juris.
- 53 Tutor an & quatenus sit rerum pupillarum quasi dominus & num. 19.
- 54 Consideratio l. verum. 11. §. 4. ff. de minoribus 25. an.
- 55 Consideratio l. solutam 49. ff. de solutionib.
- 56 Quatenus debitor pupillarius tutori aut pupillo solvere cogatur.
- 57 Qui potest exigere, idem & liberare potest.
- 58 Hereditibus creditorum recte solvitur.
- 59 Pro creditoribus qui habentur.
- 60 Procurator verus est, vel f. s. s. : verus aut generalis, aut specialis: & quatenus alterutri recte solvatur.
- 61 Solutio, falso procuratori facta, quibus casibus convalescat.
- 62 Servis adoribus solvi potest.
- 63 Potestas alii solvendi a quo, & cui, & quomodo datur.
- 64 Solutio causa in contractu adjecta recte solvitur.
- 65 Si solutionis gratia adjecta statum suum ante solutionem mutavit: nunquid ei utiliter solvi possit: ita ut promissor solutione liberetur.
- 66 Intellectus l. Stichum 25. §. usufructum. 6. ff. de solutionib.
- 67 Ut & effectus solutionis recte facta.
- 68 Fidejussori solutio etiam reo proficit, & vice versa: & utriusque ratio.
- 69 Si qui pluribus ex causa num. debitum solvant, quodnam solutum ostendi debeat.
- 70 Certum legem dicere ei possumus, quod solvimus.

DE constituendis & acquirendis obligationibus tractatum est titulis superioribus: nunc hoc titulo de iisdem dissolvendis & tollendis percommode agitur. Siquidem contraria, uti vulgo dicitur, juxta se posita magis elucescunt, arg. l. 1. ff. de hi. qui sunt sui, vel alien. jur. l. si contra 35. in fin. ff. de vulgar. & Pomponius. 40. §. sed & in ff. de procuratoribus. l. & pupill. substituta. Quatuor autem modis, quibus ipso jure tollitur, adeoque penitus extinguatur obligatio, sub hoc titulo explicantur: solutio, acceptilatio, novatio, & contrarius consensus,

five poenitentia vel dissensus. Sunt & alii, sed minus celebres & usitati: ut delegatio, confusio, compensatio, & depositio & subsignatio, reique debite ante moram, a debitore factam contingens interitus, &c. De quibus accuratè subtiliterque disputant. B. Brissoni in *Commentar. de solut. & liberat. lib. 2. Arumans exercit. Justin. 16. thes. 6. cum aliquot seqq. Vulturni lib. 1. Jurisprud. Rom. cap. 52. cum seqq. Schneidevvin. in §. fin. infr. hoc tit. num. 6. & seqq. ibidemque D. Bocer. num. 11. cum seqq. pag. 555. & seqq. Johan. Zanger. in tract. de exceptionib. part. 3. cap. 1. cum seqq. Donell. lib. 16. *Commentar. de jur. civil. cap. 1. & aliquot seqq. itemque Pyrrhus Maurus Aretinus in tract. de solutionib. cap. 2.* Sed & ope exceptionis nonnunquam obligatio eliditur: ut pacto, sententia, tempore, jurejurando, & modis aliis de quibus infra sub tit. de exceptionib. aliquando, annuente Christo, dispiciemus. Primus autem modus dissolvendæ obligationis ipso jure, est solutio, de qua in hoc principio Solutio. 5. ais verbum aliàs generale est, & omnes perimendæ obligationis modos complectitur, l. solutionis 54. ff. de solutionib. l. solutionis verbo. 176. ff. de verb. significat. aliàs est speciale, ut hic & in l. ff. de solut. & liberat. Sic & satisfactionis verbum interdum latè sumitur, interdum angustè: latè, ut eo omnes tollendæ obligationis modi contineantur, d. l. solutionis. 176. ff. de verbor. significat. angustè, ut eo non omnes modi: sed excepta solutione, reliqui comprehendantur. Solet enim plerumque in jure solutio distingui & sejungi à satisfactione, l. item liberatur. 6. in princip. ff. quib. mod. pign. vel hypothec. solvit. l. si rem. 9. §. omnes. 3. ff. de pignorat. act. l. si se non obtulit. 4. §. ait prator. 3. ff. de re judicat. l. quod vendidi. 19. ff. de contrah. empr. l. sed & si quid. 25. §. 1. ff. de usufruct. l. solutam. 49. in fine ff. de solutionib. Est & tertium verbum huc pertinens, nempe liberatio: quod similiter aliquando latius omnes modos complectitur, l. liberationis. 47. ff. de verb. significat. nonnunquam, excepta solutione, reliquos, ut l. ff. de solut. & liber. & notat. Giphani. hic in verb. tollitur. solutione. &c.*

Solutio igitur, in specie accepta, est ejus, quod debetur, 6. realis legitime facta præstatio, argum. hujus principii, & d. l. solutam. 49. in princ. ff. de solutionib. Vulturni hic num. 8. Althus. lib. 1. *diaalog. cap. 14. num. 6. pag. 569. Richter. in tract. de contractib. disput. 14. th. 2. pag. 402.* Cui in effecta consonat definitio Antonii Pichardi Vinuæ hie num. 24. dicentis: solutionem nihil aliud esse: quam rei debite per ipsum debitorem, vel alium, ejus nomine creditori idoneo factam actualem satisfactionem. Illum refert Antonius Hering: in tract. de fidejussorib. cap. 20. §. n. 3. De eâ breviter quinque capita hoc loco attinguntur, quæ paulò uberius discutienda erunt: 1. Quid & quantum solvendum sit. 2. quâ formâ sit solvendum. 3. à quo 4. cui & 5. quis solutionis sit effectus.

Primum ergo ad ipsum solvendum est, quod debetur. 7. Aliud enim pro alio, invito & minime consentienti creditori solvi non potest: ut si cui debeatur precium vel pecunia, ei nolenti species vel corpus, puta equus, fundus, domus, poculum, &c. solvi nequit: cum aliud sit res aliud precium, l. 2. §. 1. ff. de reb. credit. si cert. per. l. 1. ff. de ver. permutat. l. eum, à quo. 16. & l. seq. C. de solutionib. Füssl. *Württemberg. ernuertz. Landrecht, part. 2. tit. 1. §. Wann und wie die Bezahlung, &c. vers. und zwar soll die Bezahlung. fol. 236.* Quod pertinet illud Senecæ lib. 4. de benefic. c. 14. Equissima vox est, & jurgentium prae se ferens: redde, quod debes. Item lib. 5. de benefic. cap. 14. Quo genere obligatus es, hoc fidei exsolve. Sed & si solvatur creditori res deterior, inutilis erit solutio & ideo commodatarius rem deteriozem reddendo non liberabitur. Proprie namque dicitur res non reddita, quæ deterior redditur. l. 3. §. 1. ff. commodati. Quandoque tamen etiam invito creditori aliud rectè solvitur: puta si res debita vel plane non, si nimirum perit, vel difficulter, vel minus honestè præstari possit. l. in re fictiva. 8. in princip. ff. de condit. fidei. l. si domus. §. 1. §. qui confectur. 3. ff. de legat. 1. l. non dubium. 14. in fin.

§ l. qui quatuor 30. §. ult. ff. de legat. 3. vel noxactione agatur. l. miles 6. §. 1. ff. de re judic. D. Bocer. class. 4. disput. 19. thes. 28. ed. 2. § in hoc §. n. 44. pag. 532. Joan. Baptista Costa tom. I. tract. de remediis subsidiariis, remedi. 3. n. 1. § seqq.

9 Illud controversiam videtur: utrum invito creditori pro re debita pretium sive aestimatio solvi possit? Et non posse, ex æquissima hac regulâ patefcit: quod aliud pro alio creditori invito solvi non debeat, nec queat, hoc principio nostro, § d. l. eum, à quo 16. § l. seq. C. de solut. d. l. 2. §. 1. in fin. ff. de rebus credit. si cert. pet. l. promiss. 21. §. ultim. ff. de constit. pecun. § l. 1. de Fabricensib. Atqui aliud esse rem, & aliud rei aestimationem, constat ex §. si res aliena 6. in fin. supr. de legatis, § d. l. 1. in princip. ff. de ver. permutat.

10 Cui non adversatur l. si quis argumentum 35. in princip. C. de donationib. ubi ei, qui argenti donaverat, permittitur vel ipsum argentum, vel aestimationem ejus, utrum maluerit, præstare. Nam singulari donatoris favore receptum hoc videtur: ut, si pro re donata offerat precium, liberetur: quoniam cum eo, qui liberalitatem in nos exerceat, non ita rigide & strictè, sed aliquando mitius, quam cum aliis debitoribus agendum est, arg. § sed § si quis 38. infr. de actionib. l. § exheredatum 49. § l. seq. ff. de re judicata. Quod igitur speciali favore donantis receptum est, id ad consequentiam porrigi & extendi non debet, l. quod verò 14. ff. de legib.

11 Non item adversatur, l. Titus 35. in princip. ff. de auro & argent. legat. ubi pro certa aut materia legatâ, aestimatio ejus ab herede præstari & solvi potest. Quotiens enim certum pondus auri vel argenti fuerit legatum, nec certa species auri vel argenti fuerit designata, sed simpliciter aut pondus fuerit legatum: ita jure constitutum est, ut heres pecuniam, in quâ eadem sit aestimatio, dare possit, ejusque solutione liberetur: quoniam tale legatum magis in quantitate & aestimatione, quam in corpore consistit. l. cum aurum 19. §. 1. ff. eodem tit. ut prominde nihil intersit, aestimatio in auro sive argento, an verò in pecuniâ numeratâ solvatur, l. 1. §. 1. l. cum certum 9. ff. de auro & argent. legat.

12 Sic quoque non adversatur l. quotiens 59. cum l. seq. ff. de verb. obligat. ubi hæc oleum in stipulationem fuerit deductum: nihilominus tamen promissor olei, liberationem consequitur præstatione aestimationis. Quandoquidem ibi aestimatio præstatur, non quod pro re aestimatio solvi possit: sed quod oleum talis merx sit cujus aestimatio, ratione temporis, alia deberetur. Ideoque si oleum in eâ bonitate nequeat præstari, quæ ratio fuit, de aestimatione querendum est. Ita respondet D. Humius lib. 3. var. resol. jur. civil. tractat. de quest. 1. in fin. ubi aliis etiam objectionibus occurrit. Atque easlep § nos refutavimus supra ad principium et quæ mod. ne contrahit, obligat. num. 165. § aliquot seqq. ubi etiam quædam questiones, ad solutionis materiam pertinentes, aguntur examinavimus. Cæterum tantum solvendum est, quantum quis debet: quoniam particularem solutionem, utpote quæ magna incommoda habet, invito creditori regulariter jure recusat, l. tutor. 41. §. 1. ff. de usur. § Julianus 13. offerri §. 8. ff. de actionib. empt. l. obligatione 2. C. de solutionib. § liberat. Timem Faber. de p. 25. o. l. iustit. Imperial. th. 6. D. Besold. in delib. et jur. ex lib. 46. ff. quest. 3. p. 179. Il neque sententiam plurimis cum rationibus, ut auct. variis munivimus supra ad l. princip. tit. quib. mod. re contrah. obligat. num. 126. § multis subseqq. Adde Justum Schætz exercitation. jur. disp. 17. th. 14. p. 263. § seq.

14 Secundò de forma solutionis videndum. Ea autem in hoc potissimum consistit: ut solutio legitimo tempore, loco, modo, & causâ fiat. Tempus illud & opportunum & constitutum dicitur: idque intelligitur ex naturâ obligationis, quæ vel in diem est, vel conditionalis, vel pura. Si est in diem, hanc formam recipit: ut quod promissum est, ita die solvere debitor cogatur, unre diem non in m. Quamvis enim ante diem nota sit obligatio: in suspensâ tamen est actio, l. obligationum 44. §. 1. ff. de obligat. & actionib. Quod autem procedit, ut ne ipso quidem die, in quem stipulatio collata est, peti possit: Harpprecht ad hylizet. Tom. III.

cum totus ille dies arbitrio solventis relinquatur. §. omnis 2. supr. d. verbor. obligat. l. liber homo. 118. §. eodem. Potest equidem debitor in diem, quod debet, etiam ante diem volenti creditori rectè solvere: sed an invito, creditori debitor ante diem solvere valeat, mirum in modum controversum est? Et affirmantium sententia mihi verissimè videtur. l. stipul. ista, habere 38. §. inter 16. § l. contin. 137. §. 2. vers. nam § quod. ff. de verb. oblig. l. quod cert. 70. ff. de solut. l. quod quis 50. ff. de oblig. & actio l. intra 7. ff. de re judic. l. cum temp. 17. in fin. ff. de reg. jur. § finilib. Quam sententiam pluribus fundamentis & rationibus substruxi, Dominique Collegæ Bocer, inconsideratè dissentientis hic n. 67. cum multis seqq. argumenta abundè contudi atque refutavi supra in d. princ. tit. quib. mod. re contrah. oblig. n. 101. § seqq. Porro quod sub conditione debetur: id, pendente eâ, ne volenti quidem creditori utiliter solvi potest: idque ex hujus obligationis naturâ. Unde, quod solum ante conditionem est, quasi indebitum repetitur. l. sub conditione 16. l. quod si ea 18. l. qui promissit. 48. ff. de condic. indebit. Cæterum si pecunia ita soluta non repetatur, existat autem conditio: confirmatur solutio, ut debitor liberatus censeatur, non à tempore conditionis existentis, sed conventionis. l. sub conditione 16. ff. de solutionib. Quod autem purè quispiam debet, confestim solvere tenetur. d. §. omnis 2. supr. de verb. obligat. l. in omnibus obligationibus 14. ff. de reg. jur. nisi locus adjectus sit solutioni. l. olim, qui Calend. 41. §. 1. ff. de verb. obligat. vel obligatio ex re ipsa dilacionem capiat: veluti si futuri arborum, vel animalium fructus promittantur. Humanum quippe est, tantum temporis dari, quo res conquiri, commodèque solvi queat. §. ultim. supr. de inutilib. stipulat. l. interdum 73. ff. de verb. obligat. Briffon. d. Commentar. de solution. lib. 1. pag. mihi 241.

Locus dissolvendi debiti, aut ab initio constitutus est à creditore & debitore: aut non est constitutus. Quod si dictum sit, quo loco debitum præstari debeat: alia atque alia creditoris, & debitoris est ratio. Creditor enim alio etiam loco, quam quo solvi convenit, quod sibi debetur, petere potest actione arbitraria. l. 1. ubi Donell. § tot. tit. ff. de eo, quod certo loco dari oportet. Debitor autem invito creditori alio in loco, quam de quo convenit, regulariter solvere nequit. l. 2. §. idem Julian. 7. § l. penult. ff. d. tit. l. usurat. 8. Cod. de solutionib. Dn. Collegæ Bocer. hie num. 52. cum seqq. pag. 534. § d. class. 4. disput. 19. th. 37. Sin de loco nihil inter contrahentes est actum: distinguendum erit, resne certa sit, quæ debetur, an incerta. Priori casu eo loco præstabitur res, in quo sita est, nec aliò ad creditorem eam tradere debitor cogetur: posteriore, in loco vel contractus, vel domicilii solvetur. l. quod legatur 38. ibique Bartol. § alii. ff. de judic. D. Bocer. in hoc §. num. 60. pag. 534. § Althus. d. lib. 2. dicæolog. cap. 14. mon. 64. § seq. pag. 572.

Modus solutionis in eo versatur, ut perfectè & plenè fiat, tam ratione rei solvende, quam ipsius juris transferendi. Ad solutionem perfectam, ratione rei solvende hoc pertinet: ut præstetur res talis, qualis est promissa, & ut præstetur integra, de quo jam dictum supra num. 7. § seqq. Ratione juris transferendi duo sunt necessaria: I. Ut res soluta fiat accipientis: l. qui sic solvit. 55. l. si quis duos 67. ff. de solution. II. Ut ita apud eum maneat, ne ullo jure auferri possit. l. non vident. 167. in princ. ff. de reg. jur. Proinde qui hominem debet, statuliberum solvens, vel noxæ deditum vel pignoraturn, vel eum, in quo alienus usus fructus est, non liberatur. l. Neratius 63. ff. de condic. indebit. l. qui sibi 33. in princ. l. cum quis 38. § qui hominem 3. § l. qui decem. 72. § qui hominem ff. de solution. Donell. lib. Commentar. de jur. civ. cap. 11. p. 666.

Nec obstat l. statuliberum 9. § illud tractatum 2. ff. de 28 statuliberis. ubi Ulpianus Octavianum putat referre: eum, qui servum Stichum promissit, liberari, si statuliberum factum solvat. Nam licet Antonius Faber. lib. 2. commentar. jur. civ. cap. 7. horum responsorum conciliationem probabilem nullam affeci posse asserat, & Accursius, aliquamque solutiones operose rellat: tamen ad istorum locorum explicationem hoc veritabiliter dici posse videtur: debitorem in dict. l. 6. idcirco liberum

- tum esse; quod post solutionem statuliberi factam creditori, ipse statuliber fuerit perductus ad libertatem. Quo casu rectissime Ulpianus & C. Avenus Jurisconsulti responderunt: debitorem esse liberatum. Namque pro regulâ traditum est: debitorem liberari, quoties sine facto aut culpa ejus accidit, ut res promissâ solvi non possit: veluti si res profana, quam promissit, religiosa esse coeperit; vel servus promissus ad libertatem pervenerit. §. 2. *supr. de inutilibus stipulat. inter stipulantem* 83. §. *sacram.* 5. ff. *de verb. oblig.* Idque in specie dictâ l. 9. §. 2. ff. *de statuliber.* statim post solutionem factam evenisse, ex his colligitur verbis: *nam est ante solutionem ad libertatem pervenisset, extingueretur obligatio tota.* Quasi diceret Jurisconsultus: si ante solutionem servus promissus ad libertatem pervenisset: faterentur sanè omnes, liberatum esse debitorem. Idem igitur hoc in casu dicendum, quo servus post solutionem consecutus est libertatem. Hac interpretatione adhibitâ, facile ad præallegatam l. *Neratus* 63. ff. *de condict. indebit.* (& similes) responderi poterit: in eâ nimirum servum promissum statuliberum esse solutum, & post solutionem statuliberum adhuc mansisse, nec ad libertatem perductum fuisse. Hoc casu merito Neratus deciderit: debitorem non liberari, quod plenè & perfectè stipulatoris hominem non fecerit. Præsupponit autem, ut modo monitum, Neratus: hominem nondum libertatem adeptum esse. Quo posito, rectè infert: debitorem, cum neque dominium hominis in creditorem, pleno jure transulerit, neque is homo eum ad casum reductus sit, quo promitti non potest, nequaquam liberari. Sed videantur Jacob. Cujacius tractat. 7. ad *African.* in explicatione d. l. *cum quis* 38. §. *qui hominem* 3. ff. *de solutionibus.* & *Humius d. lib. 3. var. resolut. jur. civ. tract. 8. quest. 3.* Qui textus illos primâ facie repugnantes aliter conciliare & in concordiam redigere nituntur.
- 23 Solutio denique fieri debet ex eâ causa, ex qua agitur, non aliâ. Hinc si quis, quod alterius causa solvere necesse habet, solvit nomine proprio: nec se ipsum, nec alterum, pro quo solvere debuisset, liberat. l. *Cassius* 17. ff. *de solution.* l. *cum uxor.* 82. ff. *de jure dot. d. l. inter stipulantem* 83. §. *si rem* 6. ff. *de verb. obligat.* Et tantum de formâ stipulationis.
- 24 Tertiò discipiamus de iis, qui solvere possint. Solvere possunt omnes, quibus rerum suarum administratio non adempta est, l. *quod si fortè* 14. §. 1. & l. *seq. ff. de solutionibus.* Admittitur autem aliis propter ætatem: aliis propter animi defectum: aliis propter mores perditos: aliis propter potestatem Dominicam: aliis propter reatum. Propter ætatem, solvere nequeunt pupilli. Cum enim solutio sit alienationis species, pupillis verò absque tutoris auctoritate alienare nihil liceat: utique nec solvere sine eâ poterunt, l. *obligari* 9. §. *pupillus* 2. ff. *de auctoritat. & consens. tutor.* §. *ultim. supr. quib. alien. lic. vel non.* Quod si tamen pecunia, sine tutoris auctoritate soluta, à creditore bonâ fide consumpta fuerit: utilitatis causa in tantum solutio confirmatur, ut pecunia illa nec vindicari amplius, nec condici possit, d. l. *quod si fortè* 14. in fine. ff. *de solutionibus.* Pupillis similes sunt minores, curatores habentes: sine quorum consensu & illi solventes nihil agunt. Sin curatores non habeant: in solutione tamen læsi deprehendantur: restitutionis beneficio uti queunt. l. *si curatorem.* 3. C. *de in integr. restitut. minor.* Eaque de re inspicitur *Donell. ad lib. B. & F.* Nec prædictis obstat textus in l. *interdum* 29. in fin. ff. *de condict. indebit.* ubi dicitur, consumptis nummis, quos pupillus sine tutore suo, vel prodigus absque curatoris consensu solvit creditori, eos per conditionem indebiti jure repeti. Illud enim aut accipiendum est de eo, qui indebitum solvit; secundum *Duerum ad tit. Cod. de reb. cred. cap. 3.* aut intelligendum est, de nummis, mala fide consumptis, secundum *D. Boetium hic num. 28. pag. 531.* Ob animi defectum solvere haud possunt furiosi: & ob mores perditos prodigi: quia ut illi delipiunt animis: ita hi moribus; & quod ad bonum ipsorum pertinet, furiosum faciunt exitum, l. *huius qui* 12. in fine ff. *de tutoribus & curatoribus. datus ab his.* &c. Propter potestatem dominicam ex contractu, dominis infusa

facto, solvere prohibentur servi. Solutio quippe obligationem jure subsistentem præsupponit: quæ cum regulariter non sit in servis: solutio inde facta nulla erit. l. *in personam.* 22. in princ. l. *quod attinet.* 34. ff. *de reg. jur.* & propterea solutum dominus vindicabit. l. *servus* 19. ff. *de fidejussoribus.* Enimverò istam prohibitionem certis quibusdam casibus cessare, palam est: I. Si liberam peculii administrationem servi habuerint, & ex eo solverint. l. *legisti* 84. ff. *de solutionibus.* II. Si solutionem, ab iis factam ratam domini habuerint. l. *si servus* 66. ff. *de fidejussoribus.* III. Si pecuniis mutuò dandis actores præpositi fuerint, ex eaque causa creditoribus dominicis solverint. l. *si is, cui* 94. §. *fin. ff. de solutionibus.* Tandem ob reatum non solvunt per delusionis, majestatis læsæ, repetundarum rei, postulati. l. *ex judicior.* 20. ff. *de accusationibus.* l. *quisquis* 5. Cod. *ad leg. Jul. majest.* quia ejusmodi alienationes in fraudem Fisci fiunt. Quod tamen ad alios, extra has causas, reos postulatos extendi non placet: cum odiosa restringenda potius sint, quam extendenda. l. *penult. ff. de pæn. c. odia* 15. de reg. jur. in 6. Eaque de re videatur *Vultejus libr. 1. Jurispr. Rom. cap. 53. n. 2. & seqq.*

Quibus itaque libera rerum suarum administratio competit, ii solvunt aut pro se & suo nomine, aut nomine alterius. Suo nomine qui solvunt: vel ratione debiti proprii hoc faciunt, vel ratione alieni, in se tamen suscepti, debiti. Ratione debiti proprii solvunt debitores principales, lique vel mares, vel fœminæ. Ut enim hæ personæ omnes contrahendo sibi obligationem acquirunt: ita suo nomine, quod ex illâ obligatione debent, rectè solvunt. l. *sed si ego* 4. ff. & l. 2. Codic. *ad senatusconsult. Vellejan.* Ratione debiti alieni, in se suscepti, solvunt fidejussores. l. *ubi fidejuss.* 24. ff. *de solut. debitores delegati.* l. *si quis delegaverit.* 12. ff. & l. *pater.* 5. C. *de novation. constituentes.* l. *promissor.* 21. §. *ult. ff. de constit. pecun. heredes seu successores universales: qui & supra vires hereditarias, spreto inventarii beneficio, tenentur.* l. *fin.* §. 2. & l. 4. C. *de jure deliberandi.* Quibus annumerari poterunt successores in beneficio ecclesiastico: qui & ipsi prædecessorum suorum debita, pro Ecclesiæ necessitate contracta, solvere coguntur. c. 1. *extra de solution.* Sed & inter eos, qui in jus alterius succedunt, nonnunquam est Fiscus, ad quem bona debitoris devoluta sunt: ac propterea solvens liberat se ipsum, & fidejussorem principalis. l. *si indebitum* 15. Cod. *de fidejussoribus.* l. 2. Cod. *ad leg. Jul. de vi public.* Porro debitor ab obligatione liberatur non solum, si ipse solvat: sed & si nomine ejus solvat alius, per hoc principium nostrum. *vers. nec interest.* &c. l. *nulla* 5. & l. *manifesti* 17. C. *de solutionibus.* Id quod vel ex mandato, vel ex administratione sibi concessâ, vel sine mandato fieri solet. Ex mandato pro aliis solvunt procuratores negotiorum, tam generales, quam speciales: dummodo, si generales sunt, talia solvant debita, quæ exactionem habeant; non etiam, quæ solum retentionem: cum verisimile non sit, dominos talium debitorum solutionem mandatueros. l. *quodlibet* 87. l. *si is, cui* 94. circa finem. ff. *de solutionibus.* & *argum.* l. *obligat.* 6. ff. *de pignoribus & hypothec.* Ex administratione, quam in bonis debitoris habent, rectè solvunt tutores & curatores, pro pupillis & adolescentibus, eosque liberant: sive extraneis creditoribus, sive sibi ipsis tanquam creditoribus solvant. l. *quotiens.* 9. §. *sed si* 4. & §. ff. *de administrat. & peric. tutor.* Sine mandato autem solvit quilibet alius, pro debitore non solum sciente, sed etiam ignorante & invito, ita ut liberatio inde contingat, hoc principio nostro, *vers. siue sciente.* &c. l. *solutione.* 23. l. *si pro me* 40. l. *solvete.* 53. ff. *de solutionibus.* & l. *solvendo.* 39. ff. *de negot. gest.* Ubi *Cajus* hanc rationem subjungit: quia naturalis simul & civilis ratio suadet, alterius etiam absentis & dissentientis meliorem nos facere conditionem posse: deteriorem non posse. Et licet inter hos nulla sit, quoad liberationem, differentia: dispar tamen, quoad repetitionem, utriusque est ratio. Etenim pro invito solventi in totum repetitio denegatur: cum donasse censetur. l. *si remunerandi* 6. §. 2. l. *si pro te præf.* 40. l. *qui fide* 53. ff. *mandat.* l. *ult. C. de negot. gest.* Et verò, qui pro ignorante utiliter solvit, adversus eundem parata negotiorum gestorum actio est: qua quod solutionis causa sibi abest, consequitur. l. *cum pecun.* 43. ff. *diff. tit. Phil. Wippschilde. anagis. Acad. 12. quest. 1. & 13. Rem.*

38 Prædictis non obstat vulgi ore trita regula: quod invito beneficium non conferatur. *l. hoc jure 19. §. non potest. 2. ff. de donation. l. invito. 69. §. Lirpicius 156. in fin. ff. de reg. jur.* Nam regula ista accipienda est de eo beneficio, quod ad solum illum, qui istud recusat, pertinet. Atqui solvi pro debitore, etsi non videatur exiguum ejus beneficium esse, non est tamen ipsius solius beneficium: sed creditoris etiam utilitatem & favorem concernit: ut cujus maxime inter sit creditum recipere, debitumque exsolvi, monente *hic Marcilio*. Is liquidem, velut obligationis dominus, ut distrahere sive vendere eam, invito debitore potest: ita & solvere. *l. nomina 17. ff. §. l. nominis. 3. C. de hered. vel actione vend. Wesenb. hic n. 3. §. D. Bocer. n. 21. §. seq. p. 531.*

39 Similiter non obstat, quod nemo invitatus obligetur. *l. 1. §. conventionis 3. ff. de pact. l. quæcumque 11. §. l. in omnib. 55. ff. de oblig. §. action. l. sicut initio 5. Cod. eod.* Nihil autem tam naturale sit, quam unumquodque eo modo dissolvi, quo colligatum est. *l. nihil tam naturale 35. ff. de reg. jur. l. prout quidque 80. ff. de solutionib.* Ac proinde quemadmodum invitatus nemo obligatur: ita quoque nemo invitatus

40 obligatione liberetur. Hoc, inquam, non obstat. Quoniam à contrahenda obligatione ad obligationem dissolvendam non valet consequentia: cum semper faciliores & prouiores esse debeamus ad liberandum, quam ad obligandum. *l. Arrianus 47. ff. de oblig. §. action.* Quin & ideo non licet hic à contrahenda obligatione argumentari ad obligationem dissolvendam: qui utriusque diversissima ratio est. Nam cum de obligatione contrahenda quaeritur, de ipsius præcipuè debitoris interesse & præjudicio agitur. At cum de eà dissolvenda quaestio instituitur: imprimis tractatur de interesse ac præjudicio ipsius creditoris. Unde illud à voluntate & arbitrio debitoris; hoc verò potissimum à voluntate creditoris dependet, ut docet *Huy. d. lib. 3. var. res. jur. civ. tract. 8. quest. 2. ad fin.*

41 Quartò videamus, quibus solvi possit. Inter eos autem quibus potest solvi, sunt tum creditores ipsi, horumque successores: tum qui creditorum loco habentur: tum ii, quibus à creditoribus, ut solutionem reciperent, mandatum est. Creditoribus ipsis sine dubio rectè solvitur: quia hi sunt, quibus ex obligatione debetur: & ad solutionem nihil interest, manserintne in conditione suà, an eandem post solutionem mutarint. *l. filius 90. ff. de solutionib.* Cum verò non semper uni, sed duobus interdum, vel pluribus ex eodem debito aliquis sit obligatus, quemadmodum solutio utiliter tum fiat, quaeritur?

42 Et dispiciendum putamus: sinne plures illi rei credendi in solidum constituti; an non. Si in solidum: debitor alterutri solvens ab utroque liberatur. *l. 2. §. 3. in fine. ff. de duob. reis constituend.* modò utiliter ambo sint stipulati. Alteri enim ex correis inutiliter stipulanti non rectè solvitur: cum ex ea stipulatione promissorem obligatum non habeat. *l. si duo rei 128. ff. de verb. oblig.* Idem est, si alter solutionem à debitore antè iudicio petierit: vel promissor alteri se soluturum constituerit. His, inquam, casibus alteri solvens promissor non liberatur. *l. ex duob. 16. ff. de duob. reis constituend. l. id. est. 10. ff. de consili. pecun.* Quod si non in solidum plures rei sint constituti; omnibus est solvendum, & propterea qui patri sine filia, vel filie sine patre, dotem post divortium solvit, non liberatur. *l. qui hominem 34. §. si gener. 6. l. si filia 65. ff. de solutionib.* Atque illo quidem modo creditoribus ipsis solvitur: sub eà tamen conditione, quæ & solventibus supra n. 24 §. seq. fuit annexa: nisi eis bonorum alienatio sit interdicta. Nam etsi non alienato, sed acquirere potius is videatur, qui solutum recipit: tamen in hac ipsa acquisitione latet alienatio illius actionis, quæ debitorem sibi obstrictum & obnoxium creditor habebat: cum ipsa distractio quodammodo contractus censetur. §.

43 *penult. supr. de oblig. qua quasi ex contractu nascunt.* Et sanè de furioso certum est: quod ei, ne tutoris quidem auctoritate interveniente, solutio fieri possit: cum ejus nullus sit consensus, quem tutoris appositæ auctoritas confirmet. *l. in negotiis 5. ff. de regul. jur.* Prodigious autem ut non solvere: ita nec solutum sine curatoris consensu recipere potest, sicuti amaratam supra n. 28. Pupilla porò solvunt debitores, vel cum tutoris auctoritate; vel sine eà

Et priore casu liberatio eis ipso jure contingit: tamen si pupillus, si damnum aliquod inde sentiat, in integrum restituatur. *l. 2. §. tot. tit. Cod. si tutor. vel curator inter- venerit.* Hujus restitutionis metus tum cessat, quando redditus annui, annuæque pensiones, item usuræ ad modum legitimum pupillis solvuntur: item, quando aliarum rerum solutionem sententia sive decretum iudicis præcedit. *l. sancimus 25. ubi Gothofred. §. l. constitutionem 27. quod de administrat. tutor. vel curator.* Posteriore casu, hoc est, sine auctoritate tutoris solventes regulariter non liberantur. Bene, regulariter: siquidem liberatio interdum solutionem absque tutoris auctoritate factam sequitur: idque vel ipso jure, vel exceptionis ope. Ipso jure: si solutionis tantum gratia stipulationi pupilli sint adjecti. *l. si stipulatus fuero 11. ff. de solutionib.* item si solutionis actum, iudicis decretum præcesserit: quia illud defectum tutoris supplet. *l. ait prætor. 7. §. 2. ff. de minorib. l. si infanti 18. in fin. C. de jur. deliberandi.* Ope exceptionis liberantur debitores, si in commodum pupillorum solutio facta sit, & pecunia numerata vel adhuc sit salva, vel in rei necessariz acquisitionem collata, quam aliàs necessario à suo emptori erant. *l. pupillo 15. l. in pupillo 47. §. l. si pupilli 66. ff. de solut. l. apud Celsum 4. §. si quis pupillo 4. ff. de doli mali, §. mes. except. §. nunc admonendi 2. vers. pecuniam autem salvam. supr. quib. alien. licet, vel non.* Præterea solutionem, immo 45 ri 25. annis curatoris auctoritate & decreto iudicis factam, plenissima liberatio sequitur: nec, si læsus maxime deprehendatur, in integrum restitutionem mereere solvens necesse habet. *d. l. ait prætor. 7. §. 2. ff. de minorib.* Secus, quam sit in venditione, vel rerum alienatione: adversus quam, etiam cum consensu curatoris, aut ex prætoris decreto factam, minor restitutionem obinet. *l. si quidem 11. C. de præditi §. al. reb. minor. sine decreto non alienand.* Atque illa omnia explanatius persequuntur *Franciscus de Caldas in Comment. ad l. si curator. 3. in verb. læsus. C. de integr. restit. minor. 25. annis. n. 57. cum seqq. Douell. d. l. 16. Comment. de jur. civ. c. 10. p. 655. cum seq. B. Brisson. lib. 1. de solut. p. mihi 212. §. seqq. edit. 1. pluresque alii, quos retulimus §. secuti sumus in d. §. nunc admonendi 2. supr. quibus alien. licet vel non n. 29. §. seqq.* Quanquam autem illam, uti verissimum, ita communiter ab omnibus receptam sententiam (quæ statuatur, debitorem pupillarum, pupillo cum tutoris auctoritate solventem, tum deum consequi liberationem plenissimam, & in integrum restitutioni minime obnoxiam, si solverit iudicis præcepto ac decreto præcedente) vehementissime impugnant Anton. Faber in *Rationali ad d. l. ait prætor. 7. lit. P. ff. de minorib. §. lib. 17. conjectur. jur. c. 13. §. 2. 1. Jasp. Papinian. r. 12. princ. 7. illaz. 43. ejusque individuis ad- 46 tor & assecla Gaspar Schifordegher. lib. 1. ad Anton. Fab. tract. 16. q. 1. §. seqq. item lib. 3. tract. 22. q. 4. §. seqq. attamen conclusio isthæc aperitissime probatur per d. l. sancimus 25. C. de administrat. tutor. vel curator. ubi Im. Justinianus ad hoc, ut solutio, pupillo vel adulto facta, plenissimam pariat securitatem sive liberationem, nec amplius inquietari debitor possit, omnino sententiam & decretum iudicis requirit: hacque subtilitate solutionem faciendam, perspicuè sancit & præcipit. Quare si requisitum istud defecerit, nec sententia iudicis, ejusdemque cognitio & decretum intervernerit: solutio plenissimam liberationem haud pariet: sed debitor pupillaris adhuc inquietari poterit.*

Ad hanc constitutionem respondent quidem modò nominati adversarii: illam de eo casu esse accipiendam, quo nullus adhuc sit tutor vel curator, cujus auctoritas in solutione possit intervenire: atque adeò ob eam causam sufficere necessariam constitutionem favore debitoris, ut si forte haberet interim pecuniam in numerato, cujus amittendæ casum aliquem & periculum vereretur, non cogatur in obligatione remanere, sed possit æque totò non solutum minari. sed etiam pupillo solvere, atque si solverit tutori vel curatori. Idque colligi putant ex initialium constitutionis verbis istis: *ordinatione tutorum & curatorum cum nunc procedente cautela*: hoc est, dum procedunt ad creationem tutorum vel curatorum cum diligenti inquisitione. Verum illorum verborum alius non est sensus, quam talibus sine ac legitime confirmatis alicui solvi tunc non posse

quàm iudicis iussu ac decreto prævio. Huncque intellectum non parùm iuvat d. b. nunc admonendi 2. vers. Ideoque si debitor. *supr. quib. alien. licet vel non.* ubi idem Imper Justinianus interpret verborum suorum omni exceptione potioris diserti suâ constitutione se disposuisse testatur: ita licere tutori vel curatori debitorem pupillarem solvere, ut prius judicialis sententia, sine omni damno celebrata, hoc permitteret: quo subsecuto, si et iudex pronuntiaverit, et debitor solverit: sequatur huiusmodi solutionem plenissima securitas. Nec audiendi hic sunt dissentientes, qui largiuntur, hunc §. loqui quidem de pupillis, habentibus tutores, sed tutorum, auctoritatem solutioni non adhibentibus. Nam præterquam quod hoc divinatorium est, etiam expressè ex ipso textu refellitur. Cum enim in vers. *ideoque si debitor, &c.* dixisset Justinianus, necessariam esse debitori tutoris auctoritatem: in continenti subiicit, hoc evidentissima ratione statutum esse in constitutione *dist. l. 25. Cod. de administr. tutor. vel curat.* eaque dispositum, ita licere tutori vel curatori debitorem pupillarem solvere, ut prius judicialis sententia hoc permittat. Loquitur itaque præfata constitutio in d. l. 25. de pupillis & adultis, tutores vel curatores habentibus, ipsorumque auctoritate & consensu solutionem accipientibus. Ac certè nisi Justinianus in d. l. 25. de solutione, tutoribus sive curatoribus, vel pupillis sive adultis auctoritate tutorum & consensu curatorum facta loqueretur: nihil quicquam novi ista suâ constitutione introduxisset: cum jam antè indubitati juris fuerit, pupillum tutore destitutum nullum penitus negotium expedire posse, nisi si quando tutoris defectum, iudicis sententia suppleat. d. l. *ait prætor. 7. §. 2. vers. quid tamen si prætor. ff. de minorib. d. l. pupillo. 15. ff. de solut. & d. l. si infanti 18. in fine. Cod. de iure deliberandi.* Idque exquisitius declarant Oswaldus Hilliger. in Donello enucleat. lib. 16. c. 10. lit. F. & Hun. d. lib. 3. var. resol. jur. civ. tr. 8. q. 6.

Hunc decisionem non infringit l. Lucius 46. §. tutela §. *et si fin. ff. de administr. & peric. tutor. item l. quod si foris 14. §. 1. & l. pupilli 96. in princ. ff. de solutionib.* ex quibus constat, debitores pupillares, absque iudicis decreto, tutoribus rectè solvere, & ex hac solutione ipso jure liberari: & consequenter restitutionem in integrum adversus illos dandam non esse. Tum quia adversus liberatum actio vel restitutio non datur. l. 1. *Codic. de contrario iudicio tutela.* Tum quia obligatio, quæ semel ipso jure perempta fuit, ex eventu nunquam reviviscit. d. l. *sancimus 25. vers. non enim debes. Cod. de administr. tutor. vel curat.* Et si enim obligatio per solutionem ipso jure extincta sit, adeoque debitori liberatio contingerit: inde tamen non protinus sequitur, quod restitutioni in integrum locus amplius non relinquatur. Contrarium quippe arguit totus tit. C. si adversus solutionem, &c. in quo necessariò præsupponendum est, solutionem ritè ac legitime esse factam, eamque obligationem ipso jure esse dissolutam. Nam aliqui restitutioni in integrum locus non foret, utpote quæ dari non afolet, nisi adversus ea, quæ jure valuerunt, effectumque habuerunt. l. in causa 16. §. 1. ff. de minorib.

Minus conclusionem nostram evertit, quod cum tutoribus, tanquam personis minimè suspectis, regulariter non mala contrahatur, etiam si non sint solvendo. l. illud. *quartur. q. in fine. ff. de evictioib. l. cum plures. 12. §. 1. ff. de administrat. & peric. tut.* ac proinde quod rectè & consule cum pupillo, tutore auctore, gestum fuerit, per restitutionem in integrum non rescindatur. Licet enim cum tutoribus & curatoribus, cum non sint personæ suspectæ, contrahere fas sit: si tamen cum illis quid factum & contractum, aut negotium aliquod initum sit, ex quo minor sive pupillus damnum aut lesionem sentiat: restitutio in integrum adversus id, quod vel cum tutoribus & curatoribus, vel cum minoribus, tutorum & curatorum auctoritate accedente, gestum est, ipsis minoribus competit. Hoc siquidem evidenter probat l. *utrim. & totus tit. Cod. si tutor vel curator intervenerit.*

Multo minus omedullat assertionem nostram, quod unaquæque res petat domino, & periculo domini. l. que fortuitis 6. *Cod. de pigrior. act. l. si ex legati causa 23. ff. de verb. obligat. l. contractus 23. ff. de reg. jur. l. quod ex in li. 5. ff. de reb. credit. si cert. pet.* Jam verò pecunia tutori soluta, in ejus quodammodo dominium transiit. Ergo pari-

ter pecunia postea deperdita, periculo tutoris incumbet. Et enim respondetur per negationem consequentiæ. Primb enim quod tutori non pereat pecunia, vel inde manifestum efficitur, quod ipse non est dominus rerum pupillarium, sed quasi dominus, vel domini loco, scilicet quorum administrationem, non verò ulterius. *Interdum fur. 56. §. qui tutelam 4. ff. de furtis. l. tutor, qui 27. ff. de administrat. & peric. tutor.* Deinde licet pecunia tutori ipsi, nomine pupilli, soluta pereat; ita ut pupillo adversus eum actio detur: non tamen ex eo consequens est, eidem pupillo adversus debitorem, ad rescindendam solutionem, non dari in integrum restitutionem, arg. d. l. ult. *Cod. si tutor vel curator intervenerit.*

Minimè omnium sententiam nostram turbat l. verum. 54. 11. §. item non restituatur. 4. ff. de minorib. 25. annis. ubi expressè scriptum est, eventum damni restitutionem non indulgere, sed inconsultam facilitatem. Si ergo restituere minor, ad eam ipsam pecuniam iterum exigendam, cujus solutionem jam semel, curatore auctore, acceperit, sive casu aliquo fortuito, sive ob minoris facilitatem, pecunia deperdita proponeretur: eventus damni, non inconsulta facilitas, restitutionem indulgeret. Respondetur enim: quando dicitur, minorem adversus solutionem, tutoris vel curatoris auctoritate factam, restitui, semper præsupponi, quod facilitate & imbecillitate iudicii damnum acceperit minor ex solutione ista: eo quod iudicii imbecillitate vel malè consumpserit, vel perdidit pecuniam: id quod etiam probandum minori incumbit. d. l. *ait prætor. 7. §. non solum 3. in fine. ff. de minorib. l. nam posteaquam. 9. (si minor. 4. ff. de iurejurando.*

Prædictam insuper conclusionem nequaquam hebetat l. solutam. 49. vers. tutori quoque ff. de solutionib. ubi Marcianus scribit: proficere debitori solutionem, si pecunia soluta sit tutori, vel curatori. Si igitur ejusmodi solutio debitori proficit: adversus debitorem restitutio in integrum impetrari non poterit. Nam respondemus, consequentiam negando. Quamvis enim solutio, tutori facta, proficit & proficiat debitori ad liberationem: haud tamen ex eo consequitur, adversus eundem debitorem, pupillo lesso, in integrum restitutionem non accommodari. Equidem adversus illos solummodo actus, qui ipso jure efficaces fuerunt, prætor in integrum restitutionem concedit: quoniam ad ea, quæ jure non valuerunt, frustra in integrum restitutio daretur, d. l. in causa. 16. §. 1. ff. de minorib. 25. annis.

Præterea non convellit opinionem nostram, quod iniquè cogeretur debitor solvere, si adversus eum, tutori solventem, daretur restitutio in integrum. Atqui debitor pupillaris tutori, aut pupillo, auctoritate tutoris interveniente, solvere cogitur. d. l. *ait prætor. 7. §. 2. ff. de minorib. 25. an l. contra juris 28. in princ. ff. de pact. d. l. pupillo. 15. ff. de solutionib. cum concordantibus.* Igitur adversus eum restitutio in integrum non tribuitur: cum nihil quicquam ei imputari possit, quod solverit. Respondetur etenim: debitorem quidem cogi solvere, sed non cogi, ut solvat sine iudicis cognitione iussu atque decreto: id quod evidentissimè cautum est in d. l. *sancimus 25. Cod. de administrat. tutor. vel curat. & d. §. nunc admonendi 2. supr. quibus alienare licet vel non.* Quod si hoc salutari medio, a jure sibi subministrato, non usus fuerit debitor; sed sine judiciali sententiâ solverit: utique non habet, quod de ullâ iniquitate conqueratur, si quid detrimenti inde passus fuerit: cum hoc universum sibi potius imputare debeat. Hilliger. d. lib. 16. cap. 10. lit. F. pag. 1483.

Ad exitum, supra positam conclusionem neutri quàm destruit, quod qui potest exigere, idem & liberare possit, arg. l. *rescriptum 10. §. ult. & l. seg. ff. de pact. & l. vero procuratori 12. ff. de solutionibus.* Sed tutori, vel pupillo, tutore auctore, permissum esse debitum pupillare exigere, non dubitatur. Ideoque etiam illi solutionem exigendo & accipiendo liberare possunt. Hoc, inquam, conclusionem nostram nequaquam destruit. Quia liberaliter & ultro concedimus, tutorem accipiendo debitum liberare posse: inde verò haudquaquam sequitur, quod adversus hanc liberationem in integrum restitutio lesso pupillo non datur, ut ex supra dictis clarissimè. Et ita respondet D. Amodius d. lib. 3. var. resol. jur. civ. tr. 8. quasi 7. circa finem. Hinc de creditoribus ipsi, quibus ritè solvatur.

- 58 Planè & heredibus creditorum rectè solvi indubitatum est: cum in jus obligationi succedant. l. heredem. 59. § l. hereditas 62. ff. de reg. jur. Et si plures sint, pro parte hereditaria cuique solutio fiet. Unde si major pars heredum interpellat, & depositum repetat: consultius facturum eum putamus, qui magistratus iussu interveniente solvat. l. si stipulatus sum. 81. §. 1. ff. de solution. Briffon. lib. 1. de solut. p. 223. edit. 1.
- 59 Pro creditoribus habentur, eorumque loco sunt, tutores, curatores, procuratores, filifamilias peculium habentes, & servi actores: quibus an, & quando rectè solvatur, breviter cognoscendum. Rectè autem tutoribus solvi, liquet ex l. quod si forte. 14. §. 1. 3. 4. §. 6. ff. de solution. quia hi dominorum loco, circa rerum pupillarium administrationem, habentur. d. l. tutor. qui 27. ff. de administ. § peric. tutor. l. fund. 7. §. si tutor. ff. pro empt. d. l. inter d. 56. §. qui tutel. 4. ff. de furt. l. is, qui in puerum 11. §. an ignoretur 7. ff. quod vi aut clam. Eadem ratio est in curatore: sive minori, sive furioso, vel prodigo, vel muto, vel surdo, vel cæco datus fuerit. Nam & huic rectè solvitur, quamdiu administrandi potestatem jure concessam habet. d. l. quod si 14. §. curatori 7. l. solut. 49. v. tutori quoque § l. servus 68. ff. de solutionib. Procurator porro vel verus est, vel falsus: & verus aut generalis, aut specialis. Vero & generali procuratori rectè solvi, etiam absque rati habitatione domini, non valde ambigitur. l. si procur. 6. §. Celsus. ff. de condic. indebit. d. l. rescript. 10. §. fin. junct. l. seq. ff. de pact. l. qui homin. 34. §. si Titium 3. ff. de solution. Speciali procuratori, de certo debito exigendo mandatum habenti; illud ipsum debitum, non aliud, ritè solvitur: alioqui fines mandati procurator excederet: quos tamen diligentissimè custodire debet. l. diligenter 5. in princip. l. potest. 41. ff. mandati. d. l. vero procuratori 12. in princip. ff. de solutionib. Hinc procuratori ad lites dato, nec ante, nec post rem judicatam, rectè solvi regulariter, responsum est. l. hoc jure utimur 86. ff. eod. d. l. si proc. 28. ff. de procurat. Falso item seu putativo procuratori; sequè sine mandato alienis negotiis offerenti, non rectè solvitur: & solventes ei, à creditore non liberantur. d. l. qui homin. 34. §. si nullo 4. l. si quis offer. 58. ff. de solut. Hujusmodi tamen solutio convalescit duobus casibus: I. Si ad creditorem pecunia, falso procuratori data, pervenerit l. debitores 28. d. l. qui homin. 34. §. si prado. 9. ff. de iur. tit. II. Si Dominus illam solutionem ratam habuerit. d. l. vero 12. §. ult. d. l. qui homin. 34. §. si gener. 6. d. l. solut. 49. § d. l. si quis offerente 58. ff. eod. Servis actoribus, quos credendis & exigendis pecuniis domini præposuerunt, non minus, quam ipsi procuratoribus, & cæteris solvi potest. l. quod servus 35. d. l. solutam. 49. l. si is, cui 94. §. ult. ff. de solut. idque tamdiu, quamdiu vel revocatione, vel domini morte, mandatum scientibus debitoribus non fuerit finitum. d. l. vero 12. §. 2. l. si quis 18. l. si servus 32. d. l. qui homin. 34. §. si Titium 3. l. si dispensat. 51. § l. si cum 82. ff. eod. Idem juris esse censemus in filifamilias & servis, peculium habentibus. Nam quia ejus administratio hoc importat, ut pecunias credere: & creditas rursus exigere à debitoribus pecularibus possint: solvere quoque ipsam debitoribus poterunt. l. fugitivus 19. d. l. si serv. 32. d. l. quod serv. 35. ff. de solution. Donell. d. lib. 16. Commentar. de jur. civ. c. 10. pag. 658. § seq.
- 63 Cæterum potestas alii solvendi datur à creditore debitori, vel sine, vel cum stipulatione. Priori casu simpliciter alii solvere debitores jubentur; puta mandantis creditori vel futuro debitori, vel ei, cui donaturus est, vel servo, &c. d. l. soluta 49. § l. cum iussu 64. ff. de solut. Posteriori casu facultas debitori conceditur hoc modo. Mibi aut Titio dare spondes, Qui adiectus contractui solutionis gratia appellatur. Et rectè cuiusque solutionis causa in contractu adjecto solvitur; nulla nec etatis, nec status vel conditionis, nec scientiæ aut ignorantie creditoris ratione habitâ, nec considerato, eademnè mente, quâ creditor velit, an alia, solutionem adjectum recipiat. §. si quis alii. 4. vers. planè sup. de ius. stipulat. l. stipulatus sum 9. in princip. l. quod stipulatus 10. l. si stipulatus 11. d. l. vero 12. §. 1. d. l. qui homin. 34. §. si debitor em 7. l. Stichum 95. §. quæstion 5. ff. de solut. l. eum. 16. §. qui tibi 2. ff. de verb. oblig. Briffon.

d. lib. 1. de solut. p. 220. § seq. edit. 1. Quid autem dicendum, si solutionis gratia adjectum statum suum & conditionem ante solutionem mutarit: nunquid ei rectè solvi poterit, sic ut promissor solutione liberetur? Et (repudiata opinione Antonii Fabri lib. 3. conjectur. jur. civ. c. 10. qui Julianum & Papinianum implacabiliter ab Africano dissentire contendit) illis subscribendum arbitror, qui circa propositam quæstionem ita distinguunt: ut, si status adjecti post stipulationem mutatus fuerit in deterius, velut si maximam vel mediam capitis diminutionem passus, libertate aut civitate privatus fuerit; ei amplius solvi nequeat. l. cum quis 38. in princip. ff. de solution. ubi Africanus perspicuè loquitur, de illo adjecto, cujus status in deterius fuerit mutatus; ut qui adoptatus fuerit, cui aqua & igni interdictum fuerit, quippe servus fuerit effectus. Sin verò adjecti conditio vel status in melius sit mutatus, puta si emancipatus fuerit, rectè ei solvi queat, d. l. eum. qui 56. §. qui sibi 2. ff. de verb. obligat. ubi Julianus loquitur de eo, cujus status quidem fuit mutatus, sed in melius, hoc est, qui emancipatus fuit: & huic rectè solvi posse affirmat. Ideoque quòd à Papiniano scriptum est in d. l. Stichum 95. §. usufruct. 6. ff. de solutionib. cum quis usufructum sibi aut Titio dari stipulatus est, Titio capite diminuto, facultatem solvendi Titio non interdicere, ad eandem speciem, quâ deteriore loco non sit adjectus constitutus, restringendum videtur. Et isthæc distinctio, ex mente & proposito stipulantium sumpta, manifesta ratione confirmatur. Nam qui stipulantur, sibi aut Titio dari: idcirco in Titii personam solutionem conferunt: quis id agunt, ut Titio datum postea ad se recipiant: & sciunt, quo statu nunc est Titius, se facile ab eo consequi posse. Ex quo intelligitur, hunc quoque eorum animum esse, ut tamdiu solvatur Titio, quamdiu à Titio rectè recipere solum possunt. At Titio in duriores causam capite minuto, puta si libertatem amiserit servitute: si civitatem deportatione: si familiam arrogatione; aut desinit esse Titii conveniendi copia, quæ prius fuerat: aut si conveniri potest, desinit esse solvendo: quia in bonis nihil habet. Quòd si in meliorem causam status Titii mutatus est, ut quia ex filiofamilias sui juris factus est; hic contra evenit, ut creditor ab eo citius solum accipiat: cum pro conditione personæ & facilius conveniri possit, & citius habere, quod creditori solvat. Ita bene docent § sentiant Donell. d. lib. 16. Comment. de jur. civ. c. 10. p. 661. Bronchorst. cent. 4. ἐκαστος παρ' αὐτῶν. assert. 64. Humius d. lib. 3. var. resol. tra. 8. q. 4. Vultejus lib. 1. Jurisprud. Roman. c. 93. n. 48. § seqq. Hanon. dip. 17. ad Instit. conerov. 25. § Treutl. disp. 29. th. 3. ad lis. d. vol. 2.

Quintò & ultimò restat, ut vim & effectum solutionis, rectè tractæ, consideremus. Est autem ille, ut per eam omnis obligatio, sive ea sit naturalis, sive civilis; sive sit contracta, sive verbis, sive consensu, sive denique sit principalis, sive accessoria, ut usuraria & fidejussoria, ipso jure perimatur, hoc princ. nostr. l. si fidejuss. 59. ff. de cond. indebit. l. si pupill. 21. in princip. ff. ad leg. Falc. l. in omnib. 43. cum l. seq. l. Stichum. 95. §. naturalis 4. ff. de solut. l. creditori 5. Cod. de pact. Si igitur reus seu debitor principalis solvitur: non solum ipse liberatur, sed & fidejussor: ut & pignora, ac hypothecæ. d. l. in omnib. 43. ff. de solution. Et contra, si solverit fidejussor: etiam reum ab obligatione, quâ creditori tenetur, liberari non dubitatur, ut hic in fine, § l. cum is 36. ff. de fidejussorib. Ratio, cur fidejussoris solutio etiam reo proficiat, hæc est: quia solutio licet à fidejussore fiat: ipsius tamen principalis obligationis nomine fieri intelligitur. Cur autem vice versa, solutione rei liberetur fidejussor, & quoque hypothecæ atque pignora, hæc est ratio: quia sunt accessiones. §. fidejussores ita. 5. sup. de fidejussorib. l. bi, qui accessionis 34. ff. eodem que meritis, sublatâ obligatione principali, tolluntur. l. nihil docto 129. in fine l. cum principalis 178. ff. de reg. iur. cap. accessoriam 42. eod. tit. in 6. Sed quæri hinc poterit: si quis pluribus ex causis unum debitum solvat, quodnam solum potissimum videri debeat? Et respondendum: in solventis arbitrio solum esse dicere, quod à bono potius voluntis solutum: & quod dixerit, id solum erit. Ceteram namque legem dicere ei possumus, quod 70

solvimus. l. 1. in princ. ff. de solutionibus. l. 1. Cod. eodem. Quod si debitor id non fecerit: convertitur electio ad eum qui accepit, cui potius debito acceptum ferat: dummodo in id constituat solutum, quod ipse, si deberet, priori loco esset soluturus, *per jura jam allegata.* Si voluntatem suam neuter expressit: si quidem ejusdem sint qualitatis, & paria cuncta debita: ex omnibus summis pro portione solutum videbitur. *l. illud 8. ff. de solutionibus.* Sin disparia fuerint: alia videlicet controversa, alia plana: famosa alia, alio non famosa: ex causa judicati alia, alia non: cum poena alia, alia sine poena: pura alia, alia conditionalia: semper in duriorem & graviolem causam solutio imputabitur. *l. 3. 4. 5. ff. l. si quid. 7. ff. d. tit. ibique in Paratit. Wesembec. n. 7.* Eamque rem copiosius pertractant *Sichardus ad d. l. 1. Cod. de solut. Donell. d. lib. 16. Comm. de iur. civ. cap. 12. p. 672 cum seqq. & Paulus Berens disp. 12. ad Institut. them. 3. quæst. 7.*

§. Item per acceptilationem, 1. cum §. seq.

Item per acceptilationem tollitur obligatio. Est acceptilatio, imaginaria solutio. Quod enim ex verborum obligatione Titio debetur, id si velit Titius remittere, poterit sic fieri, ut patiat hanc verba debitorem dicere: *Quod ego tibi promisi. habesne acceptum?* & Titius respondeat, *habeo.* Sed & Græcè potest acceptilatio fieri: dummodo sic fiat, ut Latinis verbis solet exigi, *ἔχεις λαβὼν ὑπαρξαι τόσα: ἔγω λαβὼν.* id est, tot denarios acceptos habes: acceptos habeo. Quo genere (ut diximus) tantum ea solvuntur obligationes, quæ ex verbis consistunt, non etiam ceteræ. Cōsentaneum enim visum est, verbis factam obligationem, aliis posse verbis dissolvi. Sed & id, quod alia ex causa debetur, potest in stipulationem deduci, & per acceptilationem dissolvi. Sicut autem quod debetur, pro parte rectè solvitur: ita in parte debiti acceptilatio fieri potest.

§. 2. Est autem prodita stipulatio, quæ vulgò Aquiliana appellatur, per quam contingit, ut omnium rerum obligatio in stipulatum deducatur, & ea per acceptilationem tollatur. Stipulatio enim Aquiliana renovat omnes obligationes, & à Gallo Aquilio ita composita est: *Quicquid te mihi, ex quacunque causa dare facere oportet, oportebit te, præsens, in diem: quarumcumque rerum mihi tecum actio est, quaque adversus te petitio vel adversus te persecutio est, erit te: quodve tu meum habes, tenes, possides, dolove malo fuisti, quo minus possideas: quanti quæque earum rerum res erit, tantam pecuniam dari stipulatus est Aulus Agerius, spondit Numerius Nigidius.* Quod Numerius Nigidius Aulo Agerio spondit, id haberetne à se acceptum, Numerius Nigidius Aulum Agerium rogavit: Aulus Agerius Numerio Nigidio acceptum fecit.

S U M M A R I A.

- 1 Acceptilatio tollenda obligationis modus civilis est, ut solutio naturalis.
- 2 Intellectus l. an inutilis 8. § ult. ff. de acceptilat.
- 3 Acceptilatio recte dicta.
- 4 Acceptilationis definitio secundum Justinianum.
- 5 Eiusdem definitio secundum Modestinum.
- 6 Acceptilatio cur vocetur mutua interrogatio.
- 7 Acceptilatio differt à stipulatione: § n. 28.
- 8 Definitio ista Modestini tam ad acceptilationem simplicem, quam Aquilianam referenda.
- 9 Inter acceptilationem & apocam quid inter sit.
- 10 Ut stipulatio, ita & acceptilatio, quibuscumque verbis fieri possit.
- 11 Ea recte mutuaque dicitur, quæ colligatum est.
- 12 Acceptilationis tollitur tantum verborum obligatio.
- 13 Gallo Aquilio qui fuerit, & quæ simul prædiderit.
- 14 Acceptilatio per Aquilianam stipulationem quomodo fiat.

- 15 Verbum causa laissime patet.
- 16 Verba dare, facere, quid importent.
- 17 Verbis oportet, oportebit, &c. quid significetur.
- 18 Actio, petitio, persecutio differunt.
- 19 Mutua quid sit.
- 20 Habere, tenere, possidere differunt.
- 21 Dolus pro possessione est.
- 22 Quod nostrum est, amplius nostrum fieri nequit.
- 23 Acceptum rogare, & acceptum ferre qui possit.
- 24 Ex uno, & pluribus contrahibus, vel certis, vel incertis, & omnibus ex causis una acceptilatio & liberatio fieri potest.
- 25 Acceptilatio partis an recte fiat.
- 26 Acceptilatio, utpote actus legitimus, pure fieri debet.
- 27 Quod in diem, vel sub conditione debetur, quatenus acceptilatione tollatur.
- 28 Acceptilatio inutilis utrum utile contineat possum.
- 29 Inter stipulationem & acceptilationem differentia.
- 30 Jura promissa sunt ad liberandum, quam ad obligandum.

Secundus perimendæ obligationis modus est *acceptilatio*. Qui modus civilis est: ut solutio naturalis. *l. verborum. 107. ff. de solutionib. l. actus legitimi. 77 ff. de reg. juris.* Solutio quippe debiti rudior planiorque est, omnibusque gentibus non incognita: acceptilatio exactior, subtiliorque, & à Romanis Legumlatoribus inventa, teste hic *Eguinario Barone, & Richtero in tract. de contrahib. disp. 14. th. 3. p. 408.* Neque obstat. *lan inutilis 8. § ult. ff. de acceptilat.* ubi dicitur, hoc jure nos uti, ut juri gentium sit acceptilatio. Nam id intelligendum est non de origine & formâ, sed de usu frequenti acceptilationis, quia nimirum ita frequenter inter homines usurparetur, atque si esset juris gentium. Unde & Græcè fieri potest acceptilatio, ut dicitur hic, in vers. sed & Græcè & d. l. 8. § ult. ff. d. tit. *Rittershus. & Vult. hic n. 2. & D. Bocer. n. 32. cum seqq. pag. 546. Cujac. in l. 1. § fin. ff. de verb. oblig. & lib. 5. obj. c. 36. Gadd. in Comment. de contrah. & committ. stipulat. c. 2. n. 34. Arum. Exercit. Justin. 16. th. 11. Forster. jun. lib. 3. disp. 19. th. 9. Treutler. disp. 29. th. 4. ad lit. A. vol. 2. Henon. disp. 17. ad Institut. controvers. 27. Anton. Faber. Jurisp. Papin. tit. 2. princ. 4. illat. 1. Giphart. lib. 3. disp. 32. th. 9. & 10. ibique Olesman. n. 15. & expositum ad princ. 2. sup. de verb. oblig. n. 35.* Etiam autem D. Collega Bocerius hic n. 36. p. 547. aliam istius rei considerationem asserere videtur: attamen illa in effectu cum hac nostrâ explicatione congruit. Nam & ipse n. 35. dicit: acceptilationem non quidem inventionem & originem, sed usum tantum linguarum omnium, quibus concipi potest, juris gentium dici posse. Et tamen postea n. 36. subijcit: acceptilationem non nisi inepti juris gentium dici propter usum. Itane verb ineptus est D. Bocerius, ut se ipsum ineptiarum arguat? Cur ipsius fere culpat? An quia & alibi se ipsum collaudat, more scilicet illorum, quos gloria vocat inanis? *De intellectu dictæ l. 8. § ult. ff. de acceptilat. videatur quoque Bachovius hic n. 1. p. 844.* Dicta est acceptilatio, ab acceptum ferendo, quod sit confessio quasi rei acceptæ: cum acceptum ferre dicatur, qui confitetur, se ab aliquo accepisse, quod non accepit. *l. ex pluribus 89. ff. de solution. l. serv. 6. in fin. ff. de manumiss. l. tali. 48. § 1. ff. de iur. dot. l. cum & sortis 35. ff. de pign. act. Wesemb. hic n. 1. & Heigius n. 3.* Illam Justin. hoc loco breviter, & non usque adeo insensè, describit, quod sit imaginaria solutio. Quia non re & numeratione fit, ut solutio, de qua jam supra in principio hujus tituli abundè dictum: sed tantum verbis. Debitor enim se acceptilatione liberans, nihil reverà creditori solvit: sed verbis perinde, quasi debitum præstiterit, liberatur. *l. si ex pluribus 16. in fine principii, ff. de acceptilatione. l. non solum autem 7. § 1. ibi, quia acceptilat solutioni comparatur ff. de liberat. legata.* Modestinus acceptilationem definit, quod sit liberatio per mutuum interrogationem, qua utriusque contingit ab eodem nexu absolutio. *l. 1. ff. de acceptilat.*

Mutuum vocat interrogationem, non quod uterque & creditor & debitor, interroget, sed quod mutuum, & subsequentem responsum, tanquam partem prioris interrogationis, habere videatur. Hæc interrogatio & responso in acceptilatione non est quælibet, sed ea, quæ liberationi conveniat. Acceptilatio tiquidem fit liberandi debitoris gratia: qui finis est acceptilationis, & qui ipso à stipulatione distinguitur. Nam licet & ea verbis fiat, per interrogationem unius, & responsum alterius tamen non

non sit liberandi, sed obligandi gratiā, illius scilicet, qui respondet. *l. stipulationum §. §. stipulatio. 1. ff. de verbor. obligationib.* Quare non male sentiunt, qui definitionem istam in genere intelligunt; sicque tam ad acceptilationem simplicem (quæ obligationes verbis initas tollit) quam ad Aquilianam (quæ alias quascunque obligationes perimit) referunt, *Accurs. & Dd. communiter in d. l. 1. ff. de acceptilatis. Trentl. d. disp. 29. ib. q. lis. B. & Hillig. in Donello enucleat. lib. 16. c. 21. ad lis. B.* Tameñ alii repugnant; & definitionem illam Aquilianæ tantum acceptilationi congruere arbitrentur, *Cujac. lib. 5. obs. c. 36. Hostom. lib. 3. obs. c. 18. Wesenb. n. 2. Vultejus n. 4. & Borcholt. n. 5. in hoc §. nostro.* Novissimè quoque Dn. Collega Bocerus opinatur, in *Comment. ad hunc §. n. 5. p. 543.* prædictam Modestini definitionem, non posse referri ad simplicem acceptilationem, tum propter illa definitionis verba, *per mutuum interrogationem;* tum etiam propter verba, *utriusque absolutio.* Ad priora verba quod attinet: jam supra ostensum est, *n. 6.* quomodo intelligenda sint. Posteriora verba itidem nihil patrocinantur D. Bocero: dummodò meminerimus, quod interdum etiam creditor liberari dicatur, ut in *l. si pupilli 6. §. ibi, creditorem tuum, vel pignus tuum liberet. ff. de neg. gest. l. 1. §. sed si ab alio 11. liberavit eum, qui in navis refectionem crediderat. ff. de exercit. act. l. quoties 9. §. si quis autem. §. ibi, quia tutor se potuit liberare. ff. de administ. & peric. tutor. & l. item si filiusfam. 7. §. si filius accepit. 14. ibi, ut eum liberaret, qui si peteret. ff. ad SC. Macedon. Vult igitur Modestinus: per acceptilationem contingere utriusque, id est, tam debitoris, quam creditoris, absolutioem seu liberationem: ut neque debitor amplius conveniri possit à creditore: neque etiam creditor necesse habeat convenire debitorem. Haudquaquam verò mens Modestini est: quod per acceptilationem illam, quam ibi definit, à duplici nexu absolutio contingat. Nam expressè unius dumtaxat nexus facit mentionem, ibi, *ab eodem nexu, &c.* quod, mirum est, Bocerum non animadvertisse. Ex hoc ipso igitur evidentissimè apparet: Modestinum nullatenus voluisse Aquilianam solummodo acceptilationem definire, utpote per quam non ab uno tantum, sed à duplici nexu absolutio contingat. Inter acceptilationem & apocham hoc interest: quod acceptilatione omni modo liberatio contingit, licet pecunia soluta non sit, apochā non aliās, quam si pecunia soluta sit, auctore Ulpiano in *l. si accepto 19. §. 1. ff. de acceptilatis.* Est quippe apocha nihil aliud, quam syngrapha sive cautio creditoris, data debitori; quā sibi solutam pecuniam creditor proficitur, arg. *l. qui tabulas 27. §. apocha. 2. ff. de fure. l. pecunia. 14. Cod. de solutione. & liberat. Vide Althusium lib. 1. dialectolog. c. 90. n. 13. pag. 325. & lib. 2. c. 20. n. 14. p. 585.* Cum autem acceptilatio in se stipulationem contineat: & stipulationes quacunque lingua, & quibuscunque verbis, consensum & affectionem utriusque contrahentis exprimentibus, fieri possint. *§. 1. supr. de verb. obligat. l. 1. §. fin. ff. eod. rationi consentaneum erit, idem & in acceptilatione esse receptum, ut hic in §. 1. & d. l. an inutilis 8. in fin. de acceptilatis.* Igitur cum verbis tantummodò acceptilatio fieri possit: inde apparet, per eam illas dumtaxat obligationes tolli, quæ verbis; non item, quæ re, literis, aut consensu constant, hoc *§. 1. & d. l. an inutilis. 8. §. acceptum 3. ff. eodem.* Naturæ enim conveniens est: eo genere dissolvi unumquodque, quo & ligatum est. *l. nihil tam naturale 35. ff. de regul. juris.* Sic quæ consensu contracta sunt: contrariio consensu perimuntur. *l. prout 80. ff. de solutionib. & audiamus in §. ultim. infr. hoc titulo.**

Quia verò acceptilatio tollit tantum verborum obligationem: excogitatus est à Gallo Aquilio, homine juris consultissimo (qui & alias formulas prædixit; ut rationem instituendi posthumi. *l. Gallus 29. ff. de liber. & posthum. heredib. instit.* & cautionem de dolo malo, teste Cicerone, *lib. 3. officior.*) modus & forma, per quam omnes obligationes aliæ, hoc est, ex quibuscunque contractibus & causis ortæ, itidem per acceptilationem tollantur, hæc videlicet ratio: ut illæ obligationes omnes per stipulationem, atque ita verborum solennitatem renoventur, & postea per acceptilationem extinguantur; ut illibata maneat & salva regula: obligationes solennitate verborum

introducās, rursus solennitate verborum perimi. Et hæc ab auctore Aquiliana stipulatio dicitur. *§. 2. hoc tit. l. Aquiliana. 4. ff. de transactionib.* Sed formulæ stipulationis Aquilianæ verba, quæ hic in *d. §. 2. & in l. §. uno 18. §. 1. ff. de acceptilatis.* referuntur, expendamus accuratius. In eā ita legitur: *Quidquid te mihi ex quacunque causā. Verbum causa latissimè patet, & omnes omnino actionum causas complectitur, non solum obligationes tam ex delicto vel quasi, quam ex contractu vel quasi, ex quibus actiones in personam descendunt; verum etiam causas actionum in rem, vel mixtarum, arg. l. certi conditio. 9. in princ. ff. de reb. credit. si cert. petat.* Hæc duo verba, dare facere, plerumque ita sine conjunctione usurpari solent. *l. si à colono 89. l. qui Romæ. 122. §. 1. ff. de verb. obligat. l. duo societates. 71. ff. pro socio. l. cum rem. 11. ff. rem pupilli salu. fore. l. emptor. 27. ff. de novationib. & apud. Ciceron. d. lib. 3. officior. quemadmodum & hæc: uti frui, ire agere, agi fieri, dare legare, aliaque nonnulla. l. 1. §. ff. quod cuiusque universitatis nomine, &c. l. 1. ff. ad leg. Falcid.* Quæ duo verba in actionum formulis usitata, sic interpretanda sunt, ut quamvis soluta sint, pro separatis tamen accipiantur, & quodvis sive alterutrum eorum sufficiat probare. *l. sepe 35. ff. de verb. significat. faciendique appellatione omnis omnino faciendi causa comprehendatur; nempe solvendi, dandi, numerandi, judicandi, reddendi, ambulandi, l. faciendi 175. & l. verbum facere 18. ff. d. tit.* Sequuntur hæc verba: oportet, oportebit, præsens, in diem. Quibus verbis indicatur: hæc formulā contineri obligationes tam puras, & præsentes, quam in diem, vel sub conditione. *l. quod in diem. 12. ff. de acceptilatis. l. sub conditione 16. ff. de solutionib.* Nam verbo, oportet, præsens tantum debitum; verbo, oportebit, utrumque, id est, tam præsens, quam futurum, demonstratur. *d. l. si à colono 89. ff. de verb. obligat. l. si scripserit. 46. ff. de legat. 2. l. verbum oportebit 8. ff. de verb. significat.* Subduntur & ista: *Quarumcunque rerum mihi tecum actio; quæque adversus te petitio, vel adversus te persecutio est, erit.* Actio proprie in personam est: petitio in rem, persecutio ad extraordinarias magistratuum cognitiones pertinet, *l. actio 28. ff. de obligat. & actionib. l. pecunie verbum 178. §. actionis. ff. de verb. significat.* Sensus ergo est: quidquid actione in personam consequi, vel vindicare, vel magistratu cognoscere extra ordinem persequi potes. *Brissou. lib. 2. de solutionib. pag. 258. edit. 1.* Adicitur insuper in eadem formulā: *Quod tu meum habes, tenes, possides.* Meum est, cuius vindicandi jus habeo. *l. Quintus 27. §. 2. ff. de aur. & arg. legat. Meum est & id, cuius proprietates ad me spectat, licet alienus sit usufructus. l. rectè dicimus 25. ff. de verb. significat. l. 2. ff. de conditionib. institution. Habere, plerumque ad jus refertur: tenere proprie ad meum factum: possidere, ad factum jure mixtum: ut dominus fundum habet: possessor bonæ fidei eum possidet: & fructuarius tenet: *l. habere 188. ff. de verb. significat. l. stipulatio ista 38. §. hæc quoque cum duob. §§. seqq. ff. de verbor. obligat.* Apponuntur & illa: *dolore malo fecisti, quo minus possideas.* Quia dolus pro possessione est: adeo, ut qui dolo desit possidere, pro possessore habeatur. *l. qui dolo 131. l. parem. 150. l. ad ea. 157. §. 1. ff. de reg. jur.* Ait præterea formula: *quanti quæque earum rerum res erit, &c.* Nam cum realibus actionibus stipulatio quoque hæc accomodetur: cerè rem nostram nobis stipulari non possumus, nisi estimationem ejus complectamur: cum quod nostrum est, amplius nostrum fieri nequeat. *§. 2. ibi, vel rem suam. supr. de inutilib. stipulat. l. nemo 82. ff. de verb. obl. §. sed si rem 10. supr. de legat. & §. sic ita. ff. de discretis. 14. infr. de actionib. Baro & Heigius hic n. 11.* Illa demum domina, *Aulus Agrius, & Numerius Nigidius,* exempli loco ponuntur, ut aliās solent *Cajus Scjus, Lucius Titius, Sempronius, &c. l. tutor. 41. §. ult. ff. de usur. & nota. Ripertibus hic circa finem.* Quamquam autem multa, in isthac Aquilianæ stipulationis formulā, verba exprimentur: non tamen opus est, creditorem omnibus verbis in ea comprehensis sic uti, ut hic referuntur: sed satis est, ipsum de sua obligatione interrogare. Quid enim, si tantum facere, vel dare teneri? utrumque sanè frustra comprehenderetur. Verum *Gallus Aquilius* verbis tam latè patentibus eam formulam ideo concepit: ut scilicet ullum genus obligationis*

ex quacunque causa proveniens, prætermisum videtur; ut bene hic in fine Mynfingerus docuit.

- 23 Porro acceptum rogare si duntaxat possunt, qui debent, & acceptum facere si ve ferre & habere quibus debetur. Itaque procurator, tutor, curator, & similes, non recte alieno nomine acceptum faciunt, aut rogant: nisi novata priore, & in personam rogantis transfusa obligatione. l. 1. § per jurjurandum 13. §. tutor. 10. ff. de acceptil. ibique Wesenb. in paratit. n. 3. l. pact. 22. C. de pact. Brisson. d. lib. 2. de solutionib. post. princip. Gadd. in Commentar. de contrab. § committ. stipulat. c. 12. concl. 3. n. 27. Cujac. lib. 5. observ. c. 36. § lib. 15. c. 16. Vult. lib. 1. Jurispr. Rom. c. 55. n. 10. cum seqq. Donell. lib. 16. Comment. de jur. civ. c. 21. p. 734. Giphau. lib. 3. disp. 32. th. 12. ibique in suis notis Olesman. n. 17. § seqq. Eadem de re vide Horoman. lib. question. illustr. c. 34. § lib. amicabil. respons. c. 30. Antonium Fabr. lib. 2. semestr. c. 22. hosque referentem D. Bocerum hic n. 8. § seqq. p. 544. nec non Philippum Knipschildt exercit. Acad. 13. quest. 6. p. 462.
- 24 § seq. Sanè & ex uno, & pluribus contractibus, vel certis, vel incertis, vel quibusdam, exceptis cæteris, & omnibus ex causis una acceptilatio & liberatio fieri potest. d. l. 1. § uno 18. in princip. ff. de acceptilat. Quin etiam sicut quod debetur, pro parte recte solvi, volenti scilicet creditori, potest, per ea, que tradidimus supra ad principium sit. quib. mod. re contrab. oblig. n. 126. § seqq. ita & quod debetur, ex parte tolli posse acceptilatione, expediti juris est, hoc § nostro 1. in fin. l. pars stipulat. 9. l. sed § si 10. § l. qui homin. 17. ff. de acceptilat. modo debitum divisionem recipiat. d. l. 1. § per jurjur. 13. §. 1. § 2. ff. eod.
- 25 Buchov. hic n. 4. p. 846. § seq. Præterea acceptilatio pure fieri debet: quoniam in diem vel sub conditione, cum actus sit legitimus, fieri nequit, l. 4. & §. ff. de acceptilat. l. actus legitimus 77. ff. de reg. jur. Arum. exercit. Just. 16. th. 12. tamen si id, quod in diem, vel sub conditione debetur, acceptilatione tolli possit, l. quod in diem 12. l. si sub conditione 21. ff. de acceptilat. l. sub conditione 16. ff. de solutionib. in eum casum, si postea conditio existat, vel dies eveniat. d. l. sub conditione 21. ff. de acceptilat. Sed illa conditio & illa dies insunt ex ipsa re: non autem acceptilationi l. interd. 73. ff. de verbor. obligat. Quod genus diei vel conditionis tam quoad effectum, quam multa alia, longe distat a conditione & die, ipsa conventionem & obligationem comprehensio: ut colligere licet ex d. l. interdum. 73. ff. eod. § notat. Gadd. d. c. 12. conclus. 3. n. 26. Illud tandem hic obiter monendum: quod acceptilatio inutilis utile continent pactum, ejusque vim habent. l. si unus 27. §. penult. ff. de pact. a. l. an inutil. 8. in princ. ibi, § nisi in hoc quoque contra sensum est, habet pact. § l. si accepto 19. in princ. ibi, vel pacti conventi. ff. de acceptil.
- 26 Nec obstat, quod acceptilatio fiat per stipulationem, arg. l. 1. § d. l. an inutilis 8. §. 3. ff. d. tit. Inutilis verò stipulatio non producat utile pactum. l. 1. §. si quis ita 2. ff. de verb. oblig. Nam respondendum: discrimen evidens esse inter stipulationem & acceptilationem. Illa quippe obligationem parit: hæc liberationem, hoc §. nostro § d. l. 1. ff. de acceptilat. Jura autem promissa sunt ad liberandum, quam ad obligandum, si ulla sit occasio. l. Arrian. 47. ff. de obligat. & actionib. § expositum jam supra ad princip. tit. de verb. oblig. n. 41. § seqq. Atque ita sentiunt Donellus & Cujac. in d. l. 1. §. si quis ita 2. ff. d. tit. Gadd. in d. l. natura cavillationis 177. n. 2. ff. de verb. significat. § d. Comment. de contrab. § committ. stipulat. c. 3. conclus. 13. n. 201. Jul. Pacius in epis. jur. disp. 15. th. 30. D. Bocer. class. 4. disp. 19. th. 113. edit. 2. Arum. d. exercit. Justin. 16. th. 13. D. Rümelin exercit. 16. ad Institut. th. 9. sub lit. b. p. 151. Borchels. in Comment. de verb. obligat. c. 1. n. 16. Andreæ Gerhardi deced. 16. quasi. 7. Matth. Steph. cent. 3. quasi. 97. Knipschildt. d. exercit. 13. quasi. 7. p. 463. cum seq. Robertus disp. 18. th. 9. § Forster junior. lib. 3. disp. 19. th. 11. ubi Accursium, Duarenium, Zasium, & Gothofredum dissentientes allegat.

§. Præterea novatione. 3.

Præterea novatione tollitur obligatio: veluti si id, quod tibi Sejus debebat, à Titio dari stipulatus

sis. Nam interventu novæ personæ nova nascitur obligatio, & prima tollitur, translata in posteriorem: adeo, ut interdum, licet posterior stipulatio inutilis sit, tamen prima novationis jure tollatur: veluti si id, quod tu Titio debes, à pupillo sine tutoris auctoritate stipulatus fuerit: quo casu res amittitur. Nam & prior debitor liberatur, & posterior obligatio nulla est. Non idem juris est, si à servo quis fuerit stipulatus. Nam tunc prior perinde obligatus manet, ac si postea nullus stipulatus fuisset. Sed si eadem persona sit à quâ postea stipuleris: ita demum novatio fit, si quid in posteriore stipulatione novi sit: forte si conditio, aut dies, aut fidejussor adjiciatur, aut detrahatur. Quod autem diximus, si conditio adjiciatur, novationem fieri: sic intelligi oportet, ut ita dicamus factam novationem, si conditio extiterit: alioqui si defecerit, durat prior obligatio. Sed, cum hoc quidem inter veteres constabat, tunc fieri novationem, cum novandi animo in secundam obligationem itum fuerat: per hoc autem dubium erat, quando novandi animo videtur hoc fieri: & quasdam de hoc præsumptiones alii in aliis casibus introducebant: ideo nostra processit constitutio, quæ apertissime definivit, tunc solum novationem prioris obligationis fieri, quoties hoc ipsum inter contrahentes expressum fuerit, quod propter novationem prioris obligationis convenerunt: alioquin & manere pristinam obligationem, & secundam ei accedere, ut maneat ex utraque causâ obligatio, secundum nostræ constitutionis definitionem, quam licet ex ipsius lectione apertius cognoscere.

S U M M A R I A.

- 1 Novatio quid, § unde.
- 2 Solutio in quo differat à novatione.
- 3 Novatio duplex: voluntaria, & necessaria.
- 4 Divisio isthac deservitur.
- 5 Delegatio est species novationis.
- 6 Quatenus novatio, quatenus item litis contestatio præcedentes obligationem novet.
- 7 Qua sit litis contestationis natura.
- 8 Novatio voluntaria differt à novatione necessaria.
- 9 Judicatum quatenus novet obligationem prioram.
- 10 Altor litem contestatio non deterorem, sed meliorem facit conditionem suam.
- 11 Nuda novatio sine animo novandi procedit.
- 12 Actio quid sit.
- 13 Judicium redditur in invitum.
- 14 Litis contestatio quo animo fiat.
- 15 Novatio necessaria qua sit: item qua voluntaria.
- 16 Novatio voluntaria hujusmodi fieri solet.
- 17 Delegatio quando fiat.
- 18 Novatio fieri nequit, nisi aut nova persona interveniat, aut aliquid novi in posteriore stipulatione adjectum sit, vel detractum.
- 19 Obligatio inutilis qua hoc loco dicitur.
- 20 Pupillus infans naturaliter quidem obligatur.
- 21 Servus jure civiti personam non habet.
- 22 Quæ obligationes novari possunt.
- 23 Lites incertis pro convictione est.
- 24 Utrum novatio locum habeat saltem in principali obligatione, an etiam in fidejussione.
- 25 Regula standum est, donec de exceptione doceatur.
- 26 Quo casu fidejussor per novationem non liberatur.
- 27 An præcedens obligatio penali stipulatione novetur.
- 28 Qualibet stipulatio à fine suo affirmatur.
- 29 Penali stipulatio est accessoria ad principalem.
- 30 Quod in alienius favorem introdundum est, in odium ejus doli verti non debet, § vice versa.
- 31 Axioma § sententia l. 1. § item si ita d. ff. ad leg. Falcid. l. 1. ff. de pen. legat. § l. si penum 24. ff. quando dies legator. c. c.
- 32 Novatio quid sit.
- 33 Tacita vel expressa legiti ademptio non est obligationi transmissa.
- 34 Differt legiti § stipulationis ratio.
- 35 Inutilis est expressio l. obligationum sed, q. 5. fin. ff. de oblig. & solutib.
- 36 Praestitum fidei præstando intercessi libet aut.

37 Non aliter hodie fit novatio; quam fit novare se velle contrahentes nominatim ac specialiter expriment.
 38 Verus intellectus l. qui usufructum § 8 ff. de verb. oblig.
 39 Consil. l. aliam causam. 29. ff. de novationib.
 40 Sensus l. si rem § 1. ff. de novationib.
 41 Sententia l. si ita fuerit. 6. ff. d. tit. §. finitum.
 42 Nunquid ex presumptionibus & conjecturis verisimilibus iure novo induci novatio possit.

TERTIUS modus, quo obligationes ab initio rectè contractæ ipso iure dissolvuntur, est novatio. Cujus nobis ex Ulpiano in hæc verba definitio proponitur. Novatio est prioris debiti in aliam obligationem vel civilem vel naturalem transfusio atque translatio. Hoc enim modo prior quidem obligatio perimitur, sed simul alia nova constituitur: unde & nomen accepit. l. 1. ff. de novation. & delegat. ibique Bart. Sebast. Medic. in tract. de novat. quest. 1. § 2. part. 1. Gadd. in Comment. de contrah. & committ. stipulat. cap. 5. conclus. 7. n. 49. & seqq. ubi definitionem hanc exponit suis. Differt igitur solutio à novatione: quod per illam ita dissolvitur obligatio: ut nulla omnino remaneat; per hanc ita, ut eam sublatam excipiat & subsequatur alia, d. l. 1. ff. eod. Vult lib. 1. Jurisprud. Rom. c. 56. n. 1. Richter in tract. de contrahib. disp. 14. th. 4. pag. 408. & seq. Dividitur novatio in voluntariam, quæ fit extra iudicium, per stipulationem, de qua hic: & non voluntariam, sive (ut vulgo loquuntur) necessariam, quæ fit in iudicio, per litis contestationem. l. aliam. 29. ff. de novat. ubi Wesenbec in parat. n. 3. & 4. Petrus Greg. lib. 24. Syntagm. iur. univers. c. 20. n. 2. Donell. ad rubr. Cod. de novat. & delegat. n. 5. & lib. 16. Commentar. de iur. civ. c. 20. pag. 728. ibique Hilliger in suis notat. lit. B. & C. Speculator lib. 4. part. 3. tit. de obligat. & solut. n. 24. vers. & dicitur hac, &c. Duaren. in Comment. de novat. cap. 1. Gadd. d. Comment. de contrah. & committ. stipulat. capit. 5. conclus. 8. n. 70. & seqq. D. Bocer. clas. 4. disp. 19. thes. 96. & in hoc §. n. 3. cum seqq. pag. 550. Alibuf. lib. 2. diceolog. c. 19. n. 5. pag. 582. Schegg. in delib. iur. disp. 20. thes. 13. lit. B. Treutler. disput. 29. thes. 5. lit. D. Wegner disp. 13. ad inst. thes. 8. lit. B. & E. Voluntariam quandam novationem esse, inter omnes convenit, propter textum expressum in d. l. aliam. 29. ff. de novat. Sed esse quandam non voluntariam seu necessariam, negat Accursius. ad l. ult. post princip. super verb. si enim novatur. Cod. de usur. rei iudicat. & Brisonius lib. 2. de solution. sub tit. de novatione vers. novatio per stipulationem fit pag. 268. Verùm divisionem istam vulgarem esse verissimam, nec ab interpretibus confectam, patet evidenter ex d. l. aliam. 29. ff. de novat. ubi dum Paulus aliam novationem statuit voluntariam: sequitur inde, quod alia non sit voluntaria, sive necessaria. Frustra enim aliàs adderetur in ista lege verbum voluntaria, si non distinctionis gratia adderetur. Deinde in eodem l. 29. novationi voluntarie opponitur iudicium acceptum sive litis contestatio. Atqui frustra hæc fieret oppositio, si litis contestatio non foret quidam novatio. Accedit textus apertus in l. delegare. 11. §. 1. ff. de novationib. ubi dicitur, delegationem fieri vel per stipulationem, vel per litis contestationem. Delegationem autem speciem esse novationis colligitur ex hoc §. nostro, & ibidem notat Mynfinger. n. 2. Ergo & litis contestatio quedam novationi species rectè statuitur. Et ita hanc quoque sententiam tuetur D. Hannius lib. 3. variar. resolut. iur. civil. tractat. 8. q. 9. nec non D. Besoldus in delibatis iuris lib. 46. ff. q. 2. pag. 177. & seq. Alde Bachovius hic n. 2. & §. 3. pag. 849.

Cui non obstat, quod novatio præcedentem obligationem tollit, & novam constituit. d. l. 1. ff. de novat. At litis contestatio nullam obligationem tollit. l. fundum. 28. vers. nec si litem actor. ff. eod. sed potius obligationem firmat atque corroborat, eamque, quæ alias temporalis erat, perpetuat. l. omnes actiones. 139. ff. de reg. iur. Proinde litis contestatio non potest dici novatio. Hoc, inquam, non obstat. Quamvis enim litis contestatio prioræ obligationem non novet, quod substantiam & materiam, prout voluntaria novatio essentiam obligationis mutat: novat tamen quoad formam, quoniam ex temporali facit perpetuam: sicut illa, quæ tempore erat peritura, fiat peretua, & non nisi 30. annorum præscriptione extinguatur. §. 1. in fine. infr. de perpet. & tempo-

ral. actionib. l. 1. & 2. Cod. de annali exceptione, &c. atque illa, quæ morte rei peritura erat, nec in heredes ipsius transiit, in heredes transeat. l. omnes. 26. l. constitutionibus. 33. l. sciendum. § 8. ff. de obligat. & action. l. penultima. 164. ff. de reg. iur. l. unio. C. ex delictis defunctorum. in quantum heredes conveniantur. Deinde litis contestatio præcedentem obligationem, in iudicium deductam, novat, quoad quid duntaxat; hæcenus scilicet, quatenus novationem fieri actori prodest: non quatenus in veteri actione aliquid commodi actoris versatur, quod novatione facta ei interverteretur. Siquidem hæc litis contestationis indoles & natura est: ut conditionem actoris nunquam deteriorem reddat, sed meliorem. l. non solet. 86. & l. seq. ff. de reg. iur. Quare hac novatione necessaria, quæ fit per litis contestationem, nec pignora, nec hypothecæ, nec fideiussoribus liberantur. l. grege. 13. §. etiam si. 4. ff. de pignori. & hypothec. l. Grece. 8. §. post litem. 3. ff. de fideiuss. nec usure sistuntur. l. lite. 35. ff. de usuris. l. 1. C. de iudiciis. nec mora purgatur. l. si insulam. 84. ff. de verbor. obligationib. ut novatione voluntaria. l. novatione. 28. ff. de novationib. Quia aliàs litis contestatione deterior redderetur conditio actoris, contra d. l. non solet. 86. & l. seq. ff. de reg. iur. Unde & ipse Paulus J. C. fateatur, novationem voluntariam differre à novatione necessaria, quæ litis fit contestatione: ita, ut illa creditori nocere possit, hæc non item: atque per hanc novetur actio solummodo, quatenus creditori sive actori proderit, non quatenus oberit. d. l. aliam. 29. ff. de novat. Vide Philippum Knipschildt exercitat. Acad. 13. quest. 8. pag. 465.

Similiter non obstat, si quis ita argumentetur: Si demum per iudicium fit novatio prioris obligationis: sequitur, eam prius per litis contestationem factam non esse. Atqui per iudicium demum fit novatio prioris obligationis d. l. ultim. in fine principii. Codic. de usuris rei iudicatæ. Igitur non fit novatio per litis contestationem. Hoc, inquam, argumentum non obstat. Quia iudicium per se & propriè, priorem obligationem non novat: sed inchoatam & antè factam per contestationem litis novationem perficit & continuat, argum. l. licet. 3. §. idem scribit. 11. ff. de peculio. & l. ex duobus. 16. ff. de duob. reis constituen. indeque novatio dici videtur. d. l. ult. post princip. Cod. de usur. rei iudicat. Siquidem cum actor, jus suum deducendo in iudicium, & hoc intendat, & iura suadeant, ut eo ipso conditionem suam faciat meliorem, non deteriorem. d. l. non solet. 86. & l. seq. ff. de reg. iur. censetur sub hac conditione litem contestando novationem fecisse, ac transfudisse priorem obligationem in hanc iudicalem, si sententia & res iudicata sequatur: item si pro actore iudicetur. Vide D. Bocerum hic n. 8. pag. 550. Sic quoque non obstat hæc argumentatio: Nulla novatio sine animo ac voluntate novandi procedit. l. 2. ff. de novationib. l. ult. Cod. eod. & hoc §. nostro. At cum creditor iudicio agit cum debitore, non vult à priore actione recedere: sed maxime studet eam suam habere, & iudicio persequi, quod eà actione debetur. Nam persecutio ejus, quod nobis debetur, nihil aliud est, quam actio illa prior, quæ in iudicium deducitur, argum. principii tit. infr. de actionib. Qua propter litis contestatione non fit novatio. Isthec, dico, argumentatio non obstat. Quandoquidem responderet: animum, propositum & voluntatem novandi in utroque, tam creditore, quam debitore, requiri duntaxat in voluntaria novatione, unde & nomen habet in necessariâ verò, quæ fit per iudicis acceptionem, seu litis contestationem, non item: quoniam iudicium etiam in invitum redditur. l. inter stipulantem. 83. §. 1. ff. de verbor. obligationib. Atque de voluntaria novatione adducti textus huius dubio loquuntur. Quin imò cum litis contestatio utrinque hoc animo fiat, ut de illa controversia & lite ad eundem iudicem eatur, & quod iudicium ab eo fuerit, custodiat, nisi fas sit & licitum provocare, quis omnem novandi animum hie adesse, negare poterit? Ex quibus omnibus ita discussis colligitur: necessariam novationem esse eam, quæ fit per litis contestationem, sed sub conditione iudicari. d. l. aliam. 29. ff. de novat. d. l. ult. C. de usur. rei iudicat. d. l. 1. & 2. de iudic. voluntariam verò eam, quæ fit per stipulationem, libera personarum contrahentium voluntate.

- luntate sine iudicii necessitate. *d. l. 1. §. 1. Et d. l. aliam 29. ff. de novation. Speculator, Geddens & Donell. locis preallegatis.*
- 16 Cæterum sciendum est: novationem voluntariam bifariam fieri: vel in eandem personam; veluti, *centum, que tu mihi debes ex empto, promittis dare?* aut *centum, que mihi debes sub conditione, promittis pure?* Promitto: de qua novatione hic in versio. sed si eadem persona, *Et c.* vel in personam aliam: ut *centum, que Sejus mihi debet, tu Sempronio mihi promittis?* Promitto: de qua hic initio. Cui novationi simillima est delegatio: semper quippe ea hac novatione in alium fieri consuevit. *d. l. delegare. 11. in princ. ff. de novationibus Althuf. lib. 2. diaecolog. cap. 19. n. 24. Et seqq.*
- 18 pag. 583. Novatio igitur fieri nequit, nisi aut nova persona interveniat, à qua idem, quod priore obligatione continetur, stipulemur: aut aliquid novi in posteriore stipulatione adjectum vel detractum sit: ut dies, conditio, fidejussor, &c. hoc §. nostro. *Et d. l. ult. C. d. tit. Ad eam autem novæ personæ interventu novatio fit: & prima obligatio, in posteriorem translata: deletur: ut interdum, licet stipulatio posterior, qua novatio fit, inutilis existat: tamen prior obligatio tollatur: veluti si id, quod tu Titio debebas, Titius à pupillo sine tutoris auctoritate stipulatus fuerit: quo casu novatio fit, & res amittitur, id est, debitum Titio perit. Nam & tu, tanquam Titii prior debitor, liberaris: & posterior obligatio nulla, & inutilis est; hoc est, pupillus absque tutoris auctoritate promittens; quod tu debebas Titio: non obligatur, hoc §. nostro vers. adeo, ut interdum, Et c.* Inutilis autem hoc loci obligatio dicitur, non quæ utroque jure, & civili, & naturali, nullius momenti est: sed quæ auctoritate juris civilis destituta, naturali solum vinculo nititur. Et enim si in tantum posterior obligatio nulla esset, ut ne naturali quidem jure subsisteret: prior certè novatione 20 extingui non posset. Nunquam enim novatione obligatio prior perimitur: nisi sequens obligatio aut civiliter teneat, aut naturaliter, *d. l. 1. §. 1. ff. de novationib.* Hinc inferre licet: si quis à pupillo infante, vel infantie proximo, tutore non auctore, stipulatus fuerit animo novandi, quod alius debet: nullam ex hac stipulatione novationem factam esse, prioremque obligationem adhuc remanere: cum ejusmodi pupillus ne naturaliter quidem obligari possit, ut docuimus ad §. pupillus. 9. sup. de inutilib. stipulationib. Et quod de pupillo diximus: non idem (inquit Imperator hic in vers. non idem juris, Et c.) dicendum est, si quis id, quod alter debet, à servo fuerit stipulatus.
- 21 Hic enim novatio non procedit. Et ratio est: quia nulla novatio persona, in quam fiat novatio, subest. Cur ita? quia servus jure civili personam non habet. *l. quod attinet. 32. ff. de regul. jur.* Esse autem personam oportet in quam obligatio novata transferatur, arg. *l. quotiens. 14. in fine. ff. de novationib.*
- 22 Novari potèrè possunt obligationes quæcunque sive civiles, sive naturales, sive honorariæ: nec refert, re, an verbis, an consensu sint contractæ, *d. l. 1. §. 1. Et l. 2. ff. eod.* Quin etiam non in pura tantum, sed & in conditionali & in diem contracta obligatione, novationem locum obtinere, non ambigitur. Hoc tamen interest, quod obligatio pure, vel in diem contracta statim, etiam antequam dies venerit, novatur; licet agi ante diem nequeat: sub conditione verò contracta obligatio non ante novari potest, quam ejus conditio extiterit, hoc §. nostro. vers. quod autem diximus, Et c. *l. in diem. 5. l. si Stichum 8. §. 1. d. l. quotiens. 14. ff. de novationib.* Diem autem hoc loco certum intelligimus. Namque dies incertus pro conditione est, ac proinde novationem moratur & suspendit, si non solum, quando extiturus sit: sed etiam, an omnino extiturus sit, pro certo haberi non possit. *d. l. si Stichum. 8. §. 1. ff. eod. l. 1. ff. de condition. Et demonstrat. Brisson. d. lib. 2. de solutionib. tit. de novationib. pag. 266.*
- 23 edit. 1. Utrum verò novatio locum habeat saltem in principali obligatione, an etiam in fidejussione, controversum videtur? Et novationem in fidejussione quoque locum habere, adeoque hanc per illam tolli, verius est. *l. oblique 60. ff. de fidejussorib. l. novatione 4. Cod. eodem d. ult. l. si quis vel aliam personam, Et c.*
- ibi, vel cautionem (hoc est, fidejussorem sive ad promissionem) minorem acceperis, Et c. *Cod. de novationib.* Idque clarius ex eo liquet, quod omnis omnino obligatio novari potest; nec ullibi fidejussio excipitur. *d. l. 1. Et l. 2. ff. eodem tit.* Regule autem standum est, donec de exceptione doceatur. *l. 1. ubi Decius n. 6. Et 7. ff. de reg. jur. Bald. ad l. si tutor. 6. in fine. Cod. de servo pignori dato. Wesseneb. consil. 7. n. 7. Mysinger. consil. 14. num. 18. Et seq. Gedd. d. Commentur. de contrah. Et committ. stipulat. cap. 5. conclus. 6. n. 40. Et seqq.* Si igitur, quod tibi Sejus debebat ex stipulatu, à Titio dari stipulatus sis, interventu novæ personæ nova nascitur obligatio, & prima tollitur, translata in posteriorem: ac proinde Sejus liberatus erit, hoc §. nostro. *Et d. l. ult. Cod. novationib.* Quod pro Sejo fidejussor simul acceperit: ille ipse, tanquam accessorium: una cum Sejo liberabitur. *d. l. ubi. cinque 60. ff. de fidejussorib. d. l. novatione. 4. C. eod. Anton. Hering. in tractat. de fidejussorib. cap. 20. §. 3. n. 3. Et seqq.* Quod tamen declarandum est, ut non procedat, sicque novatione fidejussor non liberetur: si addita sit clausula: *Citra præjudicium priorum jurium, ac fidejussorum prius præstatarum, imò jura juribus addendo, Et cumulando Et c.* Hieron. Gratus resp. 126. n. 8. lib. 1. Est enim tralatitium, quando contractus possunt conciliari, quod primus à secundo non tollatur, verum secundus intelligatur potius juxta primum, per notata Decii in *l. pacta novissima. 12. n. 5. Cod. de pact. Et Bertazol. consil. civil. 1. num. 165. Quos referendo sequitur Heringius d. cap. 20. §. 3. num. 13. Et 14.*
- De illo quoque quæri & dubitari solet: an pœnali stipulatione præcedens obligatio novetur? Hæc questio adeò perplexa & controversa est, ut in eâ tredecim varias Dd. opiniones se enarrare possent, dicat Alciatus lib. 1. *Paradoxor. cap. 12.* & multas etiam, easque diversas recitet Bartol. in *l. ita stipulatus 115. §. fin. ff. de verb. oblig.* Verum illis omnibus explosis, firmiter tenendum est: pœnali stipulatione priorem obligationem nunquam novari. *Exempli gratiâ:* Si quis stipulatus sit, aliquid dari vel fieri? & deinde, si illud non fieret, pœnam stipuletur: eaque stipulatio committatur, ut pœna peti possit: hoc utique casu novatio aliqua facta non censetur. Et si enim hæc commissâ stipulationis conditio aliquid similitudinis cum novatione habet, quatenus nova jam succedit obligatio, ut liberum sit, aut promissum petere, aut pœnam: revera tamen non est novatio: quia neque ab initio neque ex eventu transfundit priorem obligationem in novam posteriorem, arg. *l. si quis rem. 30. ff. de receptis. qui arbitrum, Et c. l. apud Celsum 2. §. Labeo. 7. ff. de doli mali Et met. except. l. si quis a socio. 41. l. seq. l. duo. 71. ff. pro socio l. prædia. 28. ff. de act. empt. l. stipulatio ista. 38. §. unde 23. vers. Et si creditori. l. eam stipulatus. 113. l. ita stipulatus. 115. §. fin. ff. de verb. obligat. l. si pacto. 14. Cod. de pact. l. nuda. 5. Cod. de contrah. Et committ. stipulat.* Illudque etiam viva & efficax ratio docet. Nam quælibet stipulatio à fine suo æstimatur. Pœna 28 lis autem stipulatio non additur hoc fine, ut præcedentem tollat, & ita novet, vel transfundat: sed ut firmiorem reddat illam, magisque stipulatori caveat, §. ultim. sup. de legat. Et §. ultim. sup. de verb. obligat. Igitur non novat: præsertim, cum pœnalis stipulatio quodammodo accessoria sit ad principalem, vel saltem sit minus principalis, arg. *l. homo mortuus 69. ff. d. tit. Alii accessorium, sive minus principale non debet novare id, quod principale sive nobilius est, arg. l. qui usufructum. 58. ff. de verb. obligat.* Neque præterea quod in aliqujus favorem introductum est, in odium ejus converti; neque vicissim, quod in alicujus odium inductum est, id in ejus favorem converti debet. *l. nulla. 25. ff. de legib. l. relegatorum. 7. §. fin. ff. de interd. Et relegat.* Atqui in favorem creditoris, pœna principali contractui adjecta est, ut timore pœnæ debitor servaret promissâ, argum. *l. liber homo. 118. §. fin. ff. de verb. obligat. l. 1. vers. Et ob hoc mox Cod. de receptis arbitri.* Non ergo in odium ejus converti, & novationem contra creditorem, pro debitoris (cujus in odium pœna ista adjecta est) operari debet.

- 31 Non adversatur l. 1. §. item si ita. 8. ff. ad leg. Falcid. l. 1. ff. de penu legat. §. l. si penum. 24. ff. quando dies legator. ced. ubi traditur: si testator ita legat: penum uxori mee, sive Lucio Titio) dato, si penum non dederit, decem dato; herede interpellato nec solvente, saltem decem deberi, quasi priore legato in posterius translato. Translatio autem ejusmodi reputatur esse novatio. d. l. 1. ff. de novationib. Ergo & posterius legatum, quod pœnale est, novatio erit. Quod si in legato verum est, multo magis in stipulatione recipiendum videtur. Leges, inquam, illæ non adversantur. Primo enim in his novatio locum sibi vindicare nullo modo potest: quidem novatio est prioris debiti in aliam obligationem, vel civilem, vel naturalem, transfusio atque translatio. d. l. 1. ff. de novationib. Sed in prædictis juribus nullum præcessit debitum, quod novari possit. Etenim cum penus legatur, & nisi detur, pœna subjicitur: hic penus est in præstatione, non in obligatione. d. l. 1. ff. de penu. legat. Igitur subjecta pœna non novat id, quod non est novabile, cum penus non debeatur. Dein legatum istud posterius in d. l. ff. eod. §. d. l. si penum. 24. ff. quando dies legat. §. c. non propterea prius tollit, & solum debetur, quod sit revera quedam prioris obligationis vel legati in posterius transfusio: atque ita novatio: sed quod testator censeatur ademisse prius legatum per posterius sub hac conditione, si heres penum non dederit d. l. si penum. 24. vers. sub conditione fundi. ff. eod. Unde et si liberaliter concedatur: parem legati & stipulationis hac in re causam esse: nondum tamen novationem probaret: cum tacita vel expressa legati ademptio nullâ ratione possit videri obligationis transfusio. tot. tit. supr. de adempt. §. translat. legator. l. 1. §. tot. tit. ff. de adimend. vel transfer. legat. Neque etiam omnè transfusum est novatio: sed translatio quandoque quedam legati conditionalis, quod erat in præstatione. l. translatio. 6. ff. eod. Præterea dispar planè hac in re ratio est legati & stipulationis. Pœnalis namque stipulatio non ideo subjicitur, ut prior propter posterioris conditionem evenientem sit adempta, & pro non contractâ: sed ut eo magis sit securus creditor, & debitorem utraque habeat obligatum. Unde convenire licet; ut pœna petatur nihilominus, ratâ manente præcedente stipulatione: hoc est, ut utrumque & res & pœna debeatur. l. qui Romæ. 122. §. fin. ff. de verb. obligat. l. rescriptum. 10. §. si pacto. 1. ff. de pact. l. qui si item. 16. ff. de transactionib. l. cum proponas. 17. ibique Dd. Cod. eod. tit. quamquam citra hanc conventionem alterutris petitione ac solutione stipulator contentus esse debeat. d. l. rescriptum. 10. §. 1. ff. de pact. §. d. l. qui fidem. 16. ff. de transact. §. utrobique interpretes.
- 32 Non adversatur quodque l. obligationum ferè. 44. §. fin. ff. de obligationib. §. actionib. ubi Paulus in hæc verba respondet: Si novem fieri stipulatus sum, & si non feceris, centum: videndum utrum due stipulationes sint, pura, & conditionalis, & existens sequentis conditio, non tollat priorem, an verò transferat in se, & quasi novatio prioris fiat: quod magis verum est. Nam ideo ibi pœna quasi novationem operatur: quia præcesserat obligatio facti, puta novem fieri; ad quod factum promissor præcisè urgeri non poterat. l. stipulationes non dividuntur. 72. in princ. ff. de verbor. obligat. Proindeque rectè pœna subdita quasi novationem (etiam ex præsumptâ partium intentione) operabitur. Voluit enim stipulator sibi prospicere de pœna, qui sciebat, promissorem super obligatione principalis non posse, sed præstando interesse liberari, d. l. stipulationes. 72. in princ. l. si pan. 63. l. quotiens. 81. in princ. si quis stipulat. 112. §. fin. §. l. si fundum. 114. ff. d. tit. §. latissime ostensum ad principium tit. supr. de verbor. obligat. n. 57. §. multis seqq. Nec tamen est vera novatio: cum promissor super pœna conventus, usque ad litis contestationem factum offerre queat. l. si insulam. 84. ff. d. tit. Operatur ergo dicta pœna non veram novationem, quæ facti obligationem tollat: sed umbram quandam novationis eatenus, quatenus post litis contestationem factum non amplius offerri potest. d. l. si insulam. 84. ff. de verb. obligat. Idque explanatius persequuntur Zasius lib. 1. singularium responsi. cap. 4. Duaren. & Donell. ad l. ita stipulatus. 114. n. 31. & seqq. ff. de verb. obligat. Gaddens d. Commutat.

de contrab. & commist. stipulat. cap. 4. conclus. 7. n. 54. §. seqq. Arumæus Exercitatus. Justin. 16. thes. 15. & Henon. disput. 17. ad Institut. controvers. 28. Eadem de re videantur Alciatus d. lib. 1. Paradoxor. cap. 12. Hosomian. illustr. quest. 10. & Brissoni d. lib. 2. de solutionib. tit. de novationibus pag. 269. & seq. ed. 1. Knipschilde exercit. Acad. 6. quest. 18. pag. 238. cum subseqq. nec non Georgius Frantzkius exercitatus. jurid. 11. quest. 9. pag. 366. & seqq.

Porro novationem ita demum fieri, si hoc inter contrahentes esset actum, inter veteres Jurisconsultos satis constabat. l. 2. l. si ita fuero. 6. l. si Stichum. 18. §. 1. l. fundum. 28. ff. de novationib. Sed hoc apud eosdem dubium & in obscuro plerumque positum erat: ex quibus indiciis, & quomodo intelligi deberet, posteriorem stipulationem novandi animo interpositam esse. Alii enim alias conjecturas & præsumptiones, ex quibus novandi animus perspiceretur, idoneas esse judicabant, hoc §. nostro, vers. sed, cum hoc quidem, &c. Quare tandem Justinianus Imperator, ut totam hanc difficultatem tolleret, ac rixarum amputaret occasiones, constituit: non aliter hodie novationem fieri, quam si novare se, hancque posteriorem stipulationem novandi animo interponere velle, diserte & specialiter contrahentes expressissent, d. l. ult. Cod. de novationibus.

Cui non refragatur Julianus in l. qui usumfructum. 58. 38 ad finem ff. de verbor. obligationib. ex qua dicendum videtur: jure etiam antiquo, ante Justiniani constitutionem, non aliter novationem fuisse factam, quam si id specialiter & nominatim expressum fuerit à contrahentibus. Nam respondent nonnulli, verba illa in d. l. 58. posita specialiter expresserit, à Triboniano (ut & in aliis quibusdam locis) esse addita, dum responsum istud Juliani ad constitutionem Justiniani accommodare voluerit. Cujac. hic in suis not. §. ad d. l. 58. ff. de verb. oblig. Brissoni d. lib. 2. de solut. tit. de novat. p. 271. edit. 1. Borcholt. Marcellus, & Vultejus hic in fine. Verum hac responsione, seu erronea, rejectâ, alii respondendum existimant: in d. l. qui usumfructum. 58. idcirco ad novationem requiri, ut contrahentes animum novandi specialiter expresserint: quia minus sit in usu, quam in fructu; minus in itinere, quam in actu: posteriore autem stipulatione, quæ minus contineat, quam est in priore, non novari priorem, l. eum, qui. 56. §. si à te. 7. ff. de verb. obligat. proindeque hoc in casu, ut novatio facta censeatur, omnino requiri, ut expressum sit specialiter, posteriorem stipulationem novandi animo esse factam. Anton. Faber. lib. 3. conjectur. jur. civil. cap. 3. Arumæus d. Exercitatus. Justin. 16. thes. 16. Hunnius lib. 3. variar. resolut. jur. civ. tract. 8. quest. 11. Aliar quoque id explicat Donellus ad d. l. qui usumfructum. 58. n. 5. & 6. ff. de verb. obligationib.

Non item refragatur d. l. aliam causam. 29. ff. de novationib. ubi Paulus aperte scribit: post pubertatem tutelæ actionem novari, itemque post divortium actionem de dote, si id specialiter actum sit. Quoniam verisimile non est: mulieris, quæ post divortium à marito dotem stipulatur, vel pupilli, qui post pubertatem à tutore, voluntatem illam esse, ut actio de dote, vel tutelæ novetur, & in stipulationem transfundatur: cum iis longe consultius sit agere de dote, vel tutelæ, quæ bonæ fidei actiones sunt, quam ex stipulatu, quæ stricti juris est. Multa namque privilegia habet actio de dote, itemque tutelæ, quæ actio ex stipulatu non habet. Faber. d. cap. 3. post. medium.

Ad hæc non refragatur l. si rem. 31. §. si duo. 1. ff. de novationibus. ubi Venulejus ait: correum stipulandi, post contractam obligationem stipulantem à reo promittendi, posse cum novatione liberare ab altero correo stipulandi, cum id specialiter agit. Quia & ibi casus specialis & à regulâ exceptus continetur. Nisi enim specialiter id agatur, ut novatio fiat, non potest correus stipulandi à reo videri stipulari eo animo, ut novet: sed dicendum potius est, inutilem esse posteriorem stipulationem, quæ illud ipsum promittitur, quod jam ante debebatur, l. qui h. 18. ff. de verb. obligat. Nisi itaque hoc expressum fuerit animo novandi stipulationem posteriorem subjectam esse, novatio facta non intelligetur. Faber. d. cap. 3. in fine.

Deniq; non refragantur omnes illæ leges, in quibus dicitur, aliter non fieri novationem, quam si hoc actum fuerit.

472 Instit. Lib. III. Tit. XXX. Quibus modis tollitur oblig.

d. l. 2. d. l. si ita fuero. 6. ff. de novat. cum similibus supra allegatis. n. 37. Nam olim quidem novatio non fuit facta, nisi animum novandi contrahentes habuissent. Hoc autem recenter Justinianus sua constitutione addit: ut hunc animum suum contrahentes palam & specialiter verbis testarentur. Ideoque non sequitur: novatio olim fiebat, cum hoc actum esset. Ergo animum novandi verbis specialiter testandus & exprimendus fuit, ut recte docet Hunnius d. quest. 11. in fine. Idque eleganter declarat Gaspar Schifordegher. lib. 2. ad Anton. Fabr. tr. 5. quest. 1. & seqq. ubi Pragmaticorum illorum errorem intolerabilem esse demonstrat, qui ex præsumptionibus & conjecturis verisimilibus atque manifestis, jure etiam novo, novationem induci autumant. Cæterum è numero illorum sunt Cynus in d. l. ult. vers. non istam. Cod. de novationib. Vincentius de Franchis decis. 15. num. 2. Matth. de Afflict. decis. 44. num. 15. Menoch. de præsumpt. lib. 3. præsumpt. 134. & consil. 235. n. 48. & consil. 1141. n. 13. Mascard. de probation. vol. 2. conclus. 1111. n. 18. & seqq. Simon de Præis consil. 134. n. 8. cent. 2. Stephan. Gratian. decis. 117. n. 11. & 13. Cachervan. decis. 142. num. 2. Joan. Vincent. Hondedeus vol. 2. part. 3. consultat. 40. num. 36. Andr. Gail. lib. 2. obs. 30. n. 3. Zanger. in tract. de except. p. 3. c. 3. n. 44. Joan. Bapt. Costa de facti scientia & ignorant. cent. 1. distinct. 86. n. 2. Gutierrez de juram. confirmator. part. 1. cap. 63. Caroc. de excuss. honor. part. 2. quest. 54. Mynfinger. hic n. 9. & Heigius. n. 14. Doctor. Martia tom. 3. Digestorum novissimor. tit. novatio cap. 10. fol. 222. Pachinaus lib. 3. controvers. jur. cap. 92. & Arumæus, sibi contrarius, lib. 2. decis. 3. num. 21. & seqq. Adde de eadem questione novè diligenter differentem Georgium Frantzium exercitat. Jurid. 11. quest. 10. pag. 370. & seq. Philippum Knipschildt exercit. Acad. 13. quest. 11. pag. 488. Bachovium hic num. 9. pag. 852. itemque Timaum Fabrum disp. 25. ad Instit. Imperial. sub th. 3.

§. Hoc amplius. 4. & ultimus.

Hoc amplius, ex obligationes, quæ consensu contrahuntur, contraria voluntate dissolvuntur. Nam si Titius & Sejus inter se consenserint, ut fundum Tusculanum emptum Sejus haberet centum aureis: deinde re nondum secuta, id est, neque precio soluto, neque fundo tradito, placuerit inter eos, ut discederetur ab eâ emptione & venditione: invicem liberantur. Idem est in conductione & locatione, & in omnibus contractibus, qui ex consensu descendunt, sicut jam dictum est.

SUMMARIA.

1. Contraria utriusque partis consensu sive penitentia tollitur obligatio.
2. Quando obligationes, ex consensu descendentes, penitentia dissolvuntur.
3. Re non amplius integra, penitentia non est locus.
4. Unumquodque eo modo dissolvi debet, quo colligatum est.
5. An & quatenus obligatio fidejussoria contrario dissensu perimatur.

6. Principali obligatione extincta, accessoria subsistere nequit.
7. An & quatenus conventio penalis in contractu emptionis venditionis, propter penitentiam adjecta (vulgo Reukauff) valeat, &c. remissive.

Quartus & ultimus tollendarum obligationum modus, est contrarius utriusque partis consensus, sive penitentia, vel dissensus. Qui modus proprius esse obligationum ex consensu censetur. Est enim id summè tenendum: ex quatuor hisce liberationibus, solutionem re fieri: acceptilationem & novationem verbis: penitentiam nudâ voluntate seu dissensu: quemadmodum ipsæ ferme obligationes dividuntur. l. 1. §. 1. ff. de oblig. & act. §. ult. f. de obl. Tum demum autem contractus & obligationes ex nudo consensu descendentes (qualis est emptio, conductio, mandatum, societas) penitentia seu contraria voluntate dissolvuntur, si res adhuc integra fuerit: quia videlicet nihil adhuc datum est, vel factum. hoc §. nostro. vers. deinde re nondum secuta, &c. l. Jurisgentium. 7. §. adeo. 6. ff. de pact. l. 2. l. 3. l. cum emptor. 5. §. 1. ff. de rescind. vendit. Nam re non amplius integrâ, penitentia haud est locus. l. 1. & 2. C. quando liceat ab empt. disced. Sed & re non amplius integrâ (traditione puta interveniente) ab istis contractibus recedi potest: reitutis iis, quæ prius utrinque tradita sunt, l. ab emptione. 58. ff. de pactis. Duaren. in tract. ad l. 7. §. adeo. 6. ff. eodem. fol. mihi 77. tametsi aliter sentiat: Ant. Fab. de errorib. pragmatic. decad. 95. cap. 8 cum seq. & decad. 96. cap. 1. & seqq. Ratio autem, cur obligationes, quæ consensu constant, contrario consensu tollantur, est perspicua: quia nihil æquitati naturali tam conforme & consentaneum est, quam unumquodque eo modo atque genere dissolvi, quo colligatum est. l. prout quidque, 80. ff. de solutionibus. l. nihil tam naturale. 35. l. omnia. 100. & l. fere quibusque. 153. ff. de reg. jur. Porro & obligatio fidejussoria extinguitur, si debitor & creditor consensu contractam obligationem, pro quâ fidejussor intervenit, contrario dissensu, res integrâ, dissolverint, d. l. 3. ff. de rescind. vendit. & l. Stichum 95. §. ult. ff. de solutionib. ubi Papinianus disertè respondit: Si inter emptorem & venditorem convenerit, prius quam aliquid ex alterutra parte solveretur, ut ab emptione discedatur: Fidejussorem eo nomine acceptum: soluto contractu, liberari. Ejusque ratio non obscura est: quia principali obligatione sublata; fidejussio, utpote obligatio accessoria, §. fidejussores. 5. supr. de fidejussorib. l. generaliter. 5. ibi, ex causa accessionis. & l. hi, qui accessionis. 34. ff. eodem amplius subsistere nequit. l. nihil dolo. 129. §. 1. & l. cum principalis. 158. ff. de reg. jur. Anton. Hering. in tractat. de fidejussorib. cap. 20. §. 11. num. 2.

Tandem an & quatenus conventio penalis in contractu emptionis venditionis, propter penitentiam adjecta (vulgo Reukauff) valeat? an item emptor, invito venditore, penali conventionem uti, & solvendo multam penitentia (Reukauff) à contractu resilire possit? & ad quod usque tempus emptor & venditor isthac conventionem uti, & penam penitentia solvendo à contractu discedere queant? An denique præter penam conventionalem is, qui contractum non servat & adimplet, etiam ad interesse teneatur? Post plures alios, à se citatos, abundè & diligenter explicat Mauchius Werlichius decis. aur. 43. & tribus sequensibus.

FINIS LIBRI III. Institutionum Justinianearum: atque adeo Tomi tertii harum operum.



11-20-11

000556

14 DEC. 1982

88

