

HEINECCII

RECITATIO

2

AR
D-III-269





B B. ⁴ M.

JO. GOTTL. HEINECCII
JURECONSULTI QUONDAM CELEBERRIMI
RECITATIONES

IN ELEMENTA JURIS CIVILIS
SECUNDUM ORDINEM INSTITUTIONUM
ACCEDUNT

JO. CHRIST. GOTTL. HEINECCII

CONSIL. AUL. PRUSS. ET ANTEG.

COMMENTARIUS

DE VITA, FATIS AC SCRIPTIS B. PARENTIS

AUCTIOR ET EMENDATIOR

CHRISTIANI THOMASII

DELINEATIO HISTORIÆ JURIS

TOMUS II.

Editio prima Hispana correcta et emendata.

SUPERIORUM PERMISU.

MATRITI: TYPIS EUSEBII AGUADO, MDCCCXXVI

JO. GOTTL. HEINECCI

RECIPIATORES

JO. GOTTL. HEINECCI

CHRISTIANI THOMASII

6 12465 903



LIBRI II.
CONTINUATIO (*).

oooooooooooooooooooooooooooo

TIT. XI.

DE MILITARI TESTAMENTO.

§. DI.

Nihil est bonæ methodi regulis magis consentaneum, quam ut considerata regula, et exceptiones expendantur. Regulas in testamentis observandas vidimus: jam ergo et de exceptionibus quibusdam erit dispiciendum. Nimirum testamenta jure nostro sunt vel *sollemnia*, in quibus nihil omnino sollemnitarum hactenus explicatarum omittendum est, vel *minus sollemnia* s. *privilegiata*, quando per privilegium vel omnes vel quædam sollemnitates adhuc recensitæ remissæ sunt. Omnes sollemnitates remissæ sunt *militibus*, de quorum testamentis agitur §. DI.—DVIII. *quædam* tantum per privilegium remissæ sunt 1) *parentibus*, de quorum tes-

(*) Ob commodam voluminum partitionem sequitur in præsentis libri secundi undecimum titulum.

tamento §. 509. 2) *tempore pestis testantibus*, §. 510.
 3) *ruri testantibus*, §. 511. et 4) aliis quibusdam, de
 quibus §. 512.

§. DII.

Quod ad *militēs* attinet, privilegium quidem jam olim habuerunt, ut *in procinctu* possent testari. Si enim in acie stabant, incincti sago vel habitu vel cinctu gabino et insertis scuto manibus, tribus vel quatuor audientibus, voluntatem suam eloquerentur, rata erat eorum voluntas, quamvis nullæ aliæ sollemnitates essent adhibitæ, §. 1. *Inst. h. t.* Hujusmodi testamenta condabant milites Romani quoties in extremo periculo versarentur, et parum spei superesset se vivos acie exituros. Exempla sunt apud *Plutarch. in Coriolan. p. 198. Vell. Paterc. l. II. c. 5.* Sed jam pridem ista testamenta militaria in procinctu facta ab usu recessisse, non modo Justinianus noster testatur §. 1. *Inst. h. t.* verum etiam multo ante Justinianum *Cic. de nat. deor. l. II. c. 3.* Et hinc plane alia sunt illa, de quibus jam erit agendum. Nimirum testamenta militaria de novo iaventia sunt ab imperatoribus, postquam, uti supra §. 474. monui, abolita militia lecta, mercenariam elegerant, quippe magis congruentem principatui, s. statui monarchico. Ut igitur eo libentius nomina militiæ darent homines, eos invitarunt variis privilegiis, inter quæ etiam hoc fuit, ut omnibus omissis sollemnitatibus possent condere testamenta. Historiam hujus privilegii habemus in *L. 1. pr. ff. h. t.*, ex qua adparet primum Jul. Cæsarem ad tempus, deinde Titum, Domitianum, Nervam, Trajanum universis militibus hoc privilegium concessisse. Hinc simul animadvertimus quam parum rem adcurate tetigerit Tribonianus, dum *pr. Inst. h. t.* hujus privilegii rationem arcessit à *nimia militum imperitia*. Nam sane si non alia causa esset tanti privilegii, inde sequeretur, ut illud ad solos milites gregarios pertineret, quod tamen falsum esse ex *L. 44. ff. h. t.*

manifesto adparet. Sed tamen ad simplicitatem etiam provocat Domitianus *L. 1. §. 1. ff. h. t.*

§. DIII.

Unum ergo de testamentis militaribus axioma est, *miles testaturus nullam sollemnitatem adhibere tenetur*; neque externam neque internam: sed sufficit nuda ejus voluntas, *L. 1. ff. h. t.* Quod vero miles internis sollemnitatibus solutus sit, facile demonstrabimus, si ejus testamentum cum testamentis paganorum contendemus. Nam 1) pagani neminem instituere possunt hæredem, quem leges incapacem esse jubent, §. 539. seq.: milites autem instituunt quoscumque volunt, etiam incapaces, veluti deportatos, *L. 13. §. 2. h. t. 2.)* Paganus, si habet liberos, aut instituere hæredes, aut nominatim et ex justa causa exhæredare tenentur, §. 521. Si quis tacite eos præterit, testamentum est nullum, *pr. Inst. de exhæ. lib.* At miles liberos etiam præterit, *L. 9. L. 19. C. h. t. 3.)* Paganus, qui condito testamento decedit et viduam reliquit gravidam, frustra testatus est, si postumus vel postuma nascatur. Nam hi rumpunt testamentum paternum, §. 572. Contra, militis testamentum non rumpitur, si vel maxime eo mortuo nascatur postumus, *L. 7. L. 8. ff. h. t. 4.)* Si pater paganus filium filiamve sine justa causa exhæredavit, testamentum ejus rescinditur querela inoff. testam. §. 381., idemque obtinet, si parentes à liberis sint præteriti, vel injuste exhæredati, vel fratres et sorores præteriti instituta turpi persona, *ibid.* At militis testamentum rescindi nequit querela inofficiosi testamenti, sive liberos, sive parentes, sive fratres sororesve neglexerit, *L. 29. §. ult. ff. h. t. L. 27. §. 2. ff. L. 9. C. de inoff. test. 5.)* Paganorum nemo potest pro parte intestatus decedere, §. 491. 3. At id potest miles. E. g. si tantum ex fundo hæredem scripserit, et quantum ad residuum patrimonium intestatus decesserit; tamen ratum est ejus testamentum, *L. 6. ff. h. t.* non minus ac si ad

tempus hæredem instituerit, *L. 15. §. 4. h. t.*, quæ omnia in pagano secus sese habent 6). Paganorum nemo cum duobus testamentis decedere potest, §. 491. 4. prius enim à posteriore rumpitur, §. 573. 2.: at militi id licet, neque prius ejus testamentum rumpitur per posterius, nisi sibi invicem sint contraria, *L. 29. pr. ff. h. t. 7.*) Paganus non potest hæredem instituere codicillis, sed testamento sollemni, §. 652. 2. Sunt enim codicilli non instituendorum hæredum, sed legatorum et fideicommissorum relinquendorum causa inventi, *ibid. n. 3.* Sed miles et codicillis factis hæredem recte instituit, *L. 36. pr. ff. h. t. 8.*) Paganis licita est substitutio, sed pupillaris tantum patribus, qui liberis impuberibus possunt hæredem scribere in casu, si intra pubertatis annos decesserint, §. 561. 5. At miles substituere potest filio pupillariter etiam in casu, si pubes decesserit, nec ulla alia regula ad substitutionem pertinente tenetur, *L. 5. L. 15. §. 5. L. 28. h. t. 8.*) Si paganus ita hæreditatem legatis exhausserit, ut hæredi nequidem quarta hæreditatis pars salva sit, licet hæredi secundum *L. Falcidiam* tantum singulis legatariis detrahere, ut quartam bonorum partem habeat, §. 650. At hæres à milite institutus hanc quartam *Falcidiam* non detrahit, si vel nihil salvum habeat sed universam substantiam in legata exhaustire, tenetur, *L. 17. §. ult. ff. h. t.*

§. DIV.

Quum ergo ipsæ sollemnitates internæ remissæ sint militibus, multo minus profecto obstringentur legibus, quæ tot sollemnitates externas requirunt. Hinc 1) si in scriptis testetur, nulli requiruntur testes, nulla eorum rogatio, multoque minus quæritur an habiles sint, et cum iis sit testamenti factio. Sufficit, modo militis tabulæ reperiantur, et certo constet, eas scripsisse vel subscriptione firmasse militem, *L. 40. pr. ff. h. t.* Quod adeo verum est, ut et illud testamentum

valere dicatur, quod miles vulneratus litteris sanguine suo rutilantibus vagina gladii, vel gladio, arenæ inscripserit, *L. 15. C. h. t. 2*). Sin miles nuncupativum condere velit testamentum, sufficiunt duo testes, non sollemnitatis sed probationis causa, ut constet militem ita disposuisse. Quoties enim in jure nostro de probatione quæritur, non de sollemnitate: toties duo testes sufficiunt, et plenam faciunt probationem, *L. 12. ff. de testib.* Et id quoque innuit Trajanus Imp., dum in elegante rescripto, §. 1. *Inst. h. t.* dicit voluntatem à milite nuncupandam esse *convocatis ad hoc hominibus*. Quum vero hi homines non sollemnitatis, sed probationis causa convocentur, per se patet testes illos non esse sollemniter rogandos, ceu in testamento paganorum id fieri oportebat, §. 495. 3.) Unicum ergo est hujus militaris testamenti essentielle requisitum, ut constet militem animo deliberato, non sermone fortuito, hæc dixisse. Nam si, ut fit, jocatus miles inter pocula dixerit se hunc vel illum hæredem sibi instituere, nullius momenti erit hæc nuncupatio, et quidvis potius quam testamentum; ceu eleganter ostendit Trajanus in laud. rescripto ad Catilium Severum, §. 1. *Inst. h. t.*

§. DV.

Jam perro quæritur, quibusnam hoc privilegium concessum sit? Resp. Id ex ratione privilegii judicandum. Si simplicitas militum esset hujus privilegii causa *προκαταρκτική*, ad solos gregarios milites pertinere oporteret id privilegium, ut jam supra §. 502. diximus. Sed quamvis fieri possit, ut Domitianus initio propter simplicitatem id privilegium militibus dederit, *L. 1. §. 1. ff. h. t.* et postea Antoninus, *L. 4. C. eod.*; non tamen ea fuit solâ ratio, sed præcipue eos movit periculum imminens militibus præsentissimum, et quod non patitur eos de sollemnitatibus testamentorum esse sollicitos. Hæc ratio eleganter exprimitur in *L. un. pr.*

ff. de bon. poss. ex test. mil. Non dubium est, quin debeant ratæ esse voluntates eorum, qui in hostico loco suprema judicia sua quoquo modo ordinassent, ibique diem suam obiissent. Et paulo post additur, etiam præsidem provinciæ, aliasque personas in exercitu posse testari militariter, quia et ipsi in procinctu versentur et eadem pericula experiantur. Hæc est vera et adæquata hujus privilegii ratio, quam ex glossatoribus jam Decius, ex recentioribus Jctis. Arn. Vinnius ad *pr. Inst. h. t. p. 310. edit. vost.* observavit. Ex ea vero ratione jam facile respondere licebit ad quæstionem, quibusnam hoc privilegium competat? Omnibus nimirum, qui in hostico loco sunt, iisdem expositi periculis etiam non militantes, §. 1. *Inst. h. t.* veluti præsidem provinciæ eorumque legati, qui in castris vel acie reperiuntur, *L. 44. ff. h. t. L. un. pr. ff. de bon. poss. ex test. mil.*, etiam navarchi classium, nautæ, vigiles, novitii, qui nondum in numeros relati sunt, *d. L. un. §. 1. 2. ff. eod.* Ergo et hodie concionatores, medici, chirurgi, judices castrensés (*Auditeurs*), quæstores (*Kriegs-Commissarii*), legati à republica missi (*Gedeputirte zu Felde*), imo et coqui et mercatores castrensés (*Marquetender*), et alii. Id mirum, etiam surdum et mutum posse militare testamentum condere, *L. 4. ff. h. t.*, quod quosdam sollicitos habet. Nam quomodo, inquit, milites esse possunt surdi et muti, et si surdi et muti sunt, quo pacto declarabunt animi sui sententiam? sed salva est res. Surdi et muti milites non fiunt; si tamen in acie vulnerati aurium et linguæ usum amiserit, ideo non statim desinunt esse milites, antequam missionem impetrarint. Ergo et jure militari concedere possunt testamentum, modo litteris animi sui sententiam exprimere possint.

§. DVI.

Deinde ex eadem privilegii causa patet, quando

eo privilegio uti possint homines. Glossa distinguit, sintne milites in acie constituti, an in castris, an in præsiidiis. Primo casu nullis testibus opus esse ait, secundo duobus, tertio omnes sollempnitates observandas. Enimvero quamvis hanc sententiam confirmarit etiam Maximil. I. Imp. *Const. a. 1512. Tit. von Testamenten 2. §. und. sollen*, ea tamen jure Romano falsa est. Milites enim sive in expeditione sint, sive in castris, possunt hoc privilegio uti. In præsiidiis autem et hibernis, merito jure ordinario testantur, quia tunc extra periculum sunt. Observavit id jam Frisius Jctus., Viglius Zuichemus, *Comm. ad X. Tit. Inst. Jur. Civil. p. 82. seq.* Itaque extra periculum constituti milites plane jure communi testantur, nulloque uti possunt privilegio. Quid vero si miles in expeditione testatus sit, sed salvus redierit, an tunc depulso periculo testamentum istud expirat? Resp. Non corrui, si miles manet: sin missionem impetravit, distinguendum est. Missio enim est vel *honestà*, quæ fit stipendiis exactis: vel *causaria*, quæ fit propter vulnera et inhabilitatem supervenientem: et *ignominiosa*, quæ fit propter crimen aliquod famosum. Si missio est honesta vel causaria, testamentum adhuc per annum à die missionis valet, et hinc si intra hunc annum moritur testator, ex illo testamento hæredes succedunt, *L. 26. pr. h. t.* quamvis conditio hæredibus adscripta elapso demum anno exstiterit, *L. 38. pr. ff. eod.* Convalescit etiam testamentum, si quis honestam vel causariam consequutus missionem, intra annum iterum det nomen militiæ, *L. 38. §. 1. ff. h. t.* Quod si quis autem ignominia causa missus est, testamentum ne quidem per annum valet, sed statim à missionis momento vigorem amittit, *L. 27. pr. h. t.*

§. DVII.

Absolvimus doctrinam juris Romani de testamento militari. Una tantum superest quæstio, ideo tantum

pertractanda, ne quis in errorem incidat. Nimirum supra §. 478. 2. monuimus filiumfamilias in peculio castrensi ita haberi pro patrefamilias, ut et testamentum de eo condere possit, quod alioquin non potest filiusfamilias, §. 515. 4. Si ergo filiusfamilias in castrensi peculio habet testamenti factionem, an et eo privilegio gauderet, ut possit more militari testari? Resp. Neg. Potest quidem æque testari ac miles, sed non eo modo, quo miles, sed omnes merito sollemnitates supra descriptas adhibet, *L. ult. C. de inoffic. test.* Ratio est repetenda à causa privilegii militibus dati, quam diximus esse imminens periculum. Filio autem familias testanti de peculio castrensi vel quasi, non semper imminet periculum. Potest ergo et debet sollemne testamentum condere. Si tamen sit miles et in expeditione, vel castris constitutus, dubium nullum est, quin reliquorum militum juribus utatur.

§. DVIII.

Ut demum colophonem huic doctrinæ imponamus, more nostro adhuc despiciemus, an hujusmodi privilegium etiamnum competat militibus. Resp. Illud adhuc omnino obtinere. Exempla ad Frisiam pertinentia habet *Ulr. Huberus Prælect. ad §. 1. ff. h. t.* In Germania extat eam in rem lex publica, nempe constitutio Maximiliani I. Imp. a. 1512. Sed in eo illa à jure Romano discedit, quod in expeditione nullas sollemnitates, in castris duo testes requirit, quod imperatorem à glossa deceptum statuisse diximus paulo ante §. 506.

§. DIX.

Hactenus de primo genere testamentorum privilegiatorum, nimirum de militari. Sequitur alterum, testamentum PARENTUM INTER LIBEROS. Intelligitur autem hic non pater dumtaxat, sed et mater, imo et avus et avia. Hi si inter solos liberos disponant, vel id faciunt *per scripturam*, vel *per nuncupationem*, s. vi-

va voce. Si per scripturam, nulli plane testes, neque ullæ aliæ sollemnitates requiruntur, modo 1) ipsi scripserint tabulas, vel iisdem subscripserint 2) annum, mensem et diem, nec non 3) uncias, ex quibus instituunt hæredes liberos, expresserint, et quidem non signis, sed litteris. Hoc enim tantum exigitur in *Nov. CVII. c. 1.* Sin vero per nuncupationem inter liberos disponant parentes, res ipsa docet, testes adesse debere, qui se hanc eorum voluntatem audivisse confirmant. Sed quum et hi testes non adsint sollemnitatis, sed probationis causa, duo sufficiunt, per ea, quæ diximus ad §. 504. arg. *L. 12. ff. de testam.* Sed hic adhuc notandum, privilegium hoc parentibus competere tantum ratione liberorum. Unde, si quis moriens inter liberos suos sine testibus in scripto disposuerit, eodemque testamento etiam viduam, fratrem, patruum &c. hæredes instituerit, vel legatis donarit: dispositio illa valebit quidem ratione liberorum, sed non ratione personarum extranearum. Clarissime id inculcatur in *Nov. CVII. c. 1.* ubi dicitur, si pater iisdem tabulis legare velit, id fieri debere *coram testibus.* Et quamvis aliud reperiamus in *Auth. quod sine C. de testam.* quæ ex Novella illa desumpta est, jam supra tamen monuimus, ubi authentica à suo exemplo discrepat, ejus nullam esse auctoritatem, §. 16. 5.

§. DX.

Reliqua testamenta privilegiata minore labore exponi possunt. Tale est III. testamentum, *tempore pestis factum.* De hoc id unum observandum, omnes in eo adhibendas esse sollemnitates, præterquam quod sola unitas contextus remissa est, *L. 9. C. de testam.* Quum enim tempore hoc tristi, tanto metu homines perculsi sint, ut vix sperandum sit, fore ut septem homines in unum locum convenient; hinc permittitur ut, si testator hodie duos testes rogarit, ut subscriberent, cras tres, perinde duos, æque valeat hoc testamen-

tum, ac si septem illi testes uno eodemque tempore fuissent congregati, omniaque uno contextu acta essent.

§. DXI.

Privilegiatum quoque est testamentum IV. *ruri conditum*, eatenus, ut 1) si septem testes haberi nequeant, quinque sufficiant; 2) ut, uno ex his scribendi artis imperito, alter pro illo scribere possit; quod secus se habere in testamento solemniter supra observavimus, §. 497. *L. ult. C. de test.* Quid si vero impugnantes hoc testamentum dicant, plures testes facile haberi potuisse, si quidem pagus sit frequens, et plures quam 30. rustici patresfamilias ibi habitent? Resp. Id ab allegante probandum est. Semper enim præsumitur, in pagis septem testes haberi non posse. Nec sufficit, si testamentum impugnans dicat, 30. ibi rusticos habitare. Nam probandum precise, eo tempore illos domi fuisse, adeoque potuisse convocari. Rustici enim modo in urbibus, modo in agris, et extra hiemem raro domi agunt. Cæterum ex hac ratione facile patet, id privilegium non solum ad rusticos, verum etiam ad illustres, nobiles, honoratioris viros ibi habitantes pertinere; unde etiam id genus testamenti non vocavi testamentum *rusticorum*, uti à plerisque vocatur, sed *ruri testantium*.

§. DXII.

Recensent DD. et alia quædam exempla testamentorum privilegiatorum, quæ hic uno fasce complectimur. Tale est V. testamentum principi oblatum, vel VI. insinuatum actis, aut coram iudice confectum, vel ut paucis dicamus, *publicum*. Quia enim hæc testamenta publica fide sustentur, hinc ea nihil sollempnitatis exigere jam supra monuimus, §. 500. *L. 19. C. de testam.* VII. Testamentum posterius imperfectum, quo hæredes ab intestato priore præteriti ad successionem vocantur. Quamvis enim prius testamentum alias de jure subsistat, nisi posteriore æque perfecto rumpatur,

§. 572. 2., quum nihil sit tam naturale, quam eo jure quidque dissolvi, quo colligatum est, *L. 35. ff. de R. F.*, nihilominus tamen, quia maximus est successionis ab intestato favor, permiserunt leges, ut et posterius imperfectum testamentum prius perfectum rumpat, si in eo proximi hæredes ab intestato vocentur, *L. 21. §. pen. C. de testam.* Denique huc referunt VIII. testamentum *ad pias causas*. Piæ causæ autem sunt ecclesia, pauperes, captivi, scholæ, dos. His nihil privilegii datum in jure Romano; at pontifex Romanus, quia admodum favet piæ causæ, omnibus sollempnitatibus solvit testamenta, modo voluntas testatoris probari possit.

TIT. XII.

QUIBUS NON EST PERMISSUM FACERE
TESTAMENTUM.

§. DXIII. et DXIV.

Tituli proxime antecedentes egerunt de modo, quo testamenta tam sollempnia quam privilegiata fiunt. Jam porro quæritur de *personis*, tum quæ testamenta condere possint, vel non possint, hoc Tit. XII. tum qui hæredes institui possint, vel non, Tit. XIII. — XVI. Quod ad personas testatorum attinet, præmisimus axioma, *testamentum condere possunt omnes, qui non prohibentur*. Sed ne idem per idem explicasse videamur, generale istud axioma solvimus in tria alia 1). Testamenti factio est juris civilis Romani, id quod jam demonstravimus, §. 484. 2) testamenti factio tantum patribusfamilias concessa. Id patet ex Leg. XII. Tab. quam vidimus, §. 487. 3) testamentum est justa animi nostri vel voluntatis sententia. Id demonstravimus ad definitionem, §. 490.

Diximus axiomate I. *testamenti factionem esse juris civilis Romani*. Atqui est potius juris gentium? Sed responsio non difficilis. Multæ gentes solebant præter Romanos testamenta condere, idque in primis constat de Atheniensibus. Sed nos hic loquimur de testamento, quale ex jure Romano descripsimus. Id vero non est juris gentium, sed juris civilis Romani, ex quo solo, non autem ex recta ratione, nec ex gentium aliarum institutione omnes sollemnitates et leges de testamentis fluxerunt. Quum ergo testamenti factio sit juris civilis, sequitur sane ut testari non possint 1) *Servi*, quippe qui nec personæ nec cives sunt, *L. 19. ff. qui test. fac. n. poss.* Et quæso, qua de re testatur? an de peculio? At peculium servorum omne est profectitium, §. 470.* Ergo dominium ejus est penes dominum, et consequenter testari servi de re aliena nequeunt. Exstat quidem locus apud Plin. *lib. VIII. ep. 16.* ubi Plinius refert se servis morientibus concedere, ut ultima voluntate possint peculium distribuere cui velint. Sed proprie hæc non fuit testamenti factio, nec valebat hæc ultima servorum voluntas ex jure publico, sed ex consensu et voluntate Plinii. Ex eodem sequitur 2), ut testamentum condere non possint *capti apud hostes*. Nam et ipsi servi fiebant jure Romano, §. 82. Si tamen testamenta fecerint in civitate, et postea apud hostes moriantur, eorum testamenta valent ex *L. Cornelia*, quæ fingit eum, qui apud hostes est mortuus, in civitate decessisse. Sin ante captivitatem testatus domi, et postea captus ex captivitate reversus est, ejus testamentum valet jure postliminii, quod fingit eum, qui ab hostibus reversus est, nunquam in captivitate fuisse. Denique si non domi, sed apud hostes testamentum quis fecit, illud à servo factum, adeoque non valet, quamvis ex captivitate domum redierit, *L. 8. pr. ff. qui test. fac. pos. §. ult. Inst. h. t.* Ex eodem axiomate colligimus 3), testamen-

ta condere non posse peregrinos. Quumque et deportati ad peregrinitatem redigantur, iique, quibus aqua et igni interdictum est, facile patet et hos esse intestabiles, *L. 8. §. 1. ff. eod.* quod tamen intelligendum de jure civili. Atheniensis enim jure Attico recte testabatur, quamvis non esset civis Romanus.

§. DXVI.

Quos superiore §. testamentum facere negavimus, ii non erant participes juris Romani publici. Sequitur aliud axioma. Sunt enim, qui testamentum non condunt, *quia non sunt patresfamilias*, quibus solis Lex XII. Tabb. testamenti factionem concessit, §. 487. Hinc facile ergo reddas rationem 1) cur testamentum condere nequeant *fili filiarumquefamilias*, et ne permitte quidem patre, quippe qui contra jus publicum nihil potest indulgere, *L. 17. pr. h. t.* Excipitur peculium castrense, in quo filium pro patrefamilias habere jam supra monuimus §. 478. Quid vero in peculio adventitio? Nam et in hoc proprietas penes filium est. Nec tamen testamentum de illo potest condere, quia in illo pro patrefamilias non habetur, *L. pen. C. qui test. fac. poss.* Ex eodem patet 2), cur irritum fiat testamentum *patrisfamilias qui se postea arrogandum dedit alteri*. Cum enim eo ipso fiat filiusfamilias, res redit in eum casum, à quo incipere non potest. Eleganter hic movet *Merillius* quæstionem, *Obs. L. II. C. 69. et L. IV. C. 39.*, an et mulieres condere poterint testamentum. In illam singularem ingreditur sententiam, potuisse quidem mulieres testari *nuncupative*, non autem *in scriptis*, idque probat ex *L. 77. §. 24. ff. de legat. 2.* Et sane ibi rogat *pater filiam, pro ejus salute sollicitus, ut quoad liberos tollat, testamentum non faciat*, additque rationem, *sic eam posse sine periculo vivere*. Inde colligit *Merillius* mulierem ideo non potuisse sine periculo testari, quia semper hæredem patrem nuncupare debuerit, adeoque ejus insidiis fuerit ex-

posita. Sed ratio fugit virum doctissimum, uti accurate ostendimus in *Comment. n. ad L. Pap. Popp. L. II. c. 11. p. 240. seq.*

§. DXVII.

Progredimur ad novum axioma, quod tale est, *testamentum est justa voluntatis nostræ sententia*, §. 490. Inde prono alveo fluit, testari non posse 1) *furiosos et mente captos*, qui quid velint, non intelligunt. Quid vero, si dilucidum fuerit furoris intervallum? Tunc sane nihil impedit, quo minus testamentum faciant, per §. 1. *Inst. h. t.*, modo furor non lateat sub specie inumbratæ quietis, per *L. 28. §. 1. ff. de acqu. vel amitt. rer. poss.* Si dubium sit, sanæ, an emotæ fuerit mentis testator, id judicandum est ex ipsa materia testamenti, dispiciendumque, prudenterne testatus sit, an stolide. Hujus rei insigne exemplum *TUDITANI* exstat ap. *Valer. M. l. 7. c. 8.* Ejusdem conditionis sunt 7) *prodigi*, quippe qui in universo jure nostro furiosis æquiparantur, quamvis sanæ mentis sint. Id tamen intelligendum de tempore, quo bonis illis interdictum est. Si enim ante hanc interdictionem testamentum fecerunt, nullum est dubium, quin valeat, *L. 18. ff. h. t.* Vulgo et addunt hanc exceptionem, valere testamentum à prodigo conditum, *si bene consulat posteritati*, i. e. si eos instituat hæredes, qui ab intestato alioquin fuissent successuri, sed id quidem jus nostrum ignorat. Nam *Nov. Leon. 39.* in foro nostro nullius auctoritatis est, ceu ostendimus supra §. 17. 8. Sed et 3) *impuberes* testari non posse ex eodem patet axioma. Non magis enim perspectum est quid agant, quam furiosis. Et quamvis quidam sint, quibus sapientia ante pilos est, ex his tamen, quæ forte uno aliquo casu accidere possunt, jura non constituuntur, *L. 4. ff. de legibus.*

§. DXVIII. et DXIX.

Ex eodem axioma facile intellegimus quatenus cor-

poris vitium testamenti factionem impediatur. De *surdis* et *mutis*, ubi conjunctam est vitium, nemo dubitaverit, quin testari nequeant, quum parum differant à mente captis, quod secus se habet, si vitium sit discretum. Mutum enim et surdum, hunc voce, illum scriptura mentem exprimere posse experientia docet. Multo minus *cæco* adimenda testandi facultas est. Quia tamen facile hic fraudibus locus futurus esset, singularem observationem habent testamenta cæcorum. Nam 1) possunt tantum nuncupative testari 2), eorum nuncupatio à tabellione statim in scripturam redigenda 3), adhibendus est octavus testis 4), cæco prælegenda scriptura inspicientibus simul testibus et explorantibus; an omnia ita scripta sint 5). Cæcus hæredem non tantum nominare, sed et circumscribere tenetur, ne forte in persona erret. Denique 6) accedere oportet subscriptionem et subsignationem testium. Quæ omnia adcurate explicantur in *L. 8. C. qui test. fac. poss.*, ubi genuina hujus doctrinæ sedes est.

§. DXX.

Supersunt quidam, quibus in pœnam non est permissum facere testamentum, quamvis hæc prohibitiones pleræque ex recentioribus legibus proficiscantur. Sic testari non licet 1) *perduellionis damnatis*, quippe quorum bona omnia in fiscum redigi solent, *L. 5. C. ad leg. Jul. Mai.* 2) *Apostatis et Hæreticis*, per *L. 3. de apost.* et *L. 4. de hæret.* Nemo enim prohibendus est testari, cujus religio in republica toleratur 3). *Incestuosis nuptiis sese polluentibus*. Cum vero hæc prohibitio in favorem liberorum prioris matrimonii inventa sit, illam etiam cessare oportet, si incestuosi parentes legitimos instituant, *L. 6. de incest. nupt.* 4). *Ob carmen famosum damnatis*. Hos enim improbos et inestabiles esse jubet, *L. 18. §. 1. ff. h. t.* Cave tamen omnem injuriam scriptam libellum famosum existimes. Illa enim vitia hominis sale satyrico perfricat, hic cri-

men alteri capitale tecto nomine impingit §). Olim etiam *capitis damnatis* non licebat testari; fiebant enim servi pœnæ, servis autem non est testandi facultas. Jam vulgo quidem tradunt doctores, servitutem pœnæ sublatam esse à Justiniano, *Nov. CXXXIV. c. ult.*; sed si quis illam Novellam accuratius expenderit, animadvertet sublatam esse servitutem pœnæ tantum in favorem agnatorum et cognatorum, ne bona publicarentur, sed propinquis relinquerentur. Ergo si hodie propinqui exstant, capitis damnatus non potest testamentum condere, secundum jus Justinianicum. Sed error iste doctorum in foro dominatur, nihilque hodie fit frequentius, quam ut capitis damnati de rebus suis promiscue testentur.

TIT. XIII.

DE LIBERIS EXHÆREDANDIS.

§. DXXI. et DXXII.

Vidimus hactenus quomodo testamenta fiant, et qui testamenta condere possint. Quod ad prius attinet, diximus observandas esse sollemnitates tum externas, tum internas, nempe hæredis institutionem. Huic contraria est EXHÆREDATIO, quam doctrinam Justinianus hoc titulo præmittit. Quanta fuerit patria Romanorum potestas, supra satis ostendimus. Ea in hoc quoque consistebat, ut pater posset filium, etiam nihil tale meritum, exhæredem scribere pro lubitu. Hinc eleganter Paulus in *L. XI. fin. ff. de lib. et posthum.* dicit, licere omnino liberos exhæredare, siquidem et accidere licuerit. Exstant sane exempla, quæ hodie non sine stupore legimus. Sic. *C. Tertium* infantem à patre exhæredatum legimus apud Valer. M. *Lib. VII. c. 7. §. 3.* Quomodo vero infans ingratum se præ-

buerit adversus patrem? Sed id permittebat patriæ potestatis rigor. Procul dubio legislatores hanc libertatem parentibus concesserant, quod vix crederent fieri posse, ut maligne de sanguine suo judicarent. Quum porro paulo post experientia doceret, patres novercalibus blanditiis delinitos omnem paternum affectum ejurare: demum legibus publicis cautum est, ut pater liberos suos non præteriret testamento, sed aut institueret hæredes, aut exhæredaret.

§. DXXIII.

Quemadmodum enim liberi non omnes ejusdem conditionis sunt: ita et modo major, modo minor erat patris potestas eos exhæredandi. Nimirum distinguuntur liberi in *suos et emancipatos*, in *legitimos et illegitimos*, in *naturales et adoptivos*, in *filios et filias*, in *primi et ulteriorum graduum* liberos, ac denique in *natos et posthumos*. Omnium optimæ conditionis erant *fili sui naturales primi gradus*. Hi enim aut instituendi erant, aut *nominatim* exhæredandi. Si enim pater eos testamento præteriisset, aut e. g. ita scripsisset, *filium meum nequam exhæredem scribo*, nullum erat testamentum, quia filius nec hæres institutus, nec exhæredatus nominatim fuerat. Cæterum si unicum quis filium haberet, per se patet non opus fuisse expressione nominis, quum de quo senserit testator, satis constaret, *pr. Inst. h. t.* Proximæ his erant *filix suæ et naturales*, nec non *nepotes*. Hi ita differebant à filiis 1), quod quum illi deberent nominatim exhæredari, filix et nepotes recte exhæredarentur inter cæteros, e. g. *Titius et Mævius, filii mei, hæredes sunt: reliqui liberi mei exhæredes sunt* 2). Quod filius præteritus testamentum faceret nullum: si autem filia vel nepos essent præteriti, testamentum ideo non corrueret, sed præteriti accrescerent reliquis in portionem virilem.

§. DXXIV.

Proximi sunt *posthumi*. Eorum dura olim erat con-

*

ditio, quia ne hæredes quidem institui poterant, quippe personæ incertæ, §. 26. 27. *Inst. de legat.* Quum autem postea invaluisset principium, *posthumum haberi pro nato*, quoties de ejus commodo agitur, factum est, ut et de posthumis regula valeret, *eos aut instituendos aut exhæredandos esse*, §. 1. *Inst. h. t.* Quapropter si præteriti sint, et postea vivi nascantur, testamentum rumpunt, et ab intestato admittuntur tanquam reliqui liberi. Immo hodie ne contingere quidem potest, ut posthumus exhæres scribatur. Postquam enim Justin. in *Nov. CXV.* certas causas exhæredationis, sic. ingratitude præscripsit, facile patet, in posthumum nullam cadere ingratitude suspicionem, adeoque illum nec exhæredari posse.

§. CXXV.

Sequuntur liberi *emancipati*. Hi cum ratione patris pro extraneis habeantur, impune ab illo possunt præteriri, adeoque nec instituendi nec exhæredandi sunt. Id vero quum iniquum videretur prætori, vocavit eos *ad bonorum possessionem contra tabulas*. Hinc si id beneficium à prætore petunt, possunt partem hæreditatis adipisci, nisi nominatim à patre sint exhæredati, §. 3. *Inst. h. t.* Cæterum observandum est, id beneficium petendum esse *intra annum utilem*, eoque elapso nihil amplius remedii superesse. Vid. *L. 1. ff. de success. edict.*

§. DXXVI.

Denique quod *ad illegitimos et adoptivos attinet*, illi patrem non habere intelliguntur: hi vero ejusdem conditionis sunt ac naturales. Ex quo consequitur 1), *ut illegitimos nec instituere nec exhæredare teneatur pater, sed illos impune prætereat*. Qua in re deterioris conditionis sunt quam emancipati, quibus, uti diximus, prodita est bonorum possessio contra tabulas, quam plane non habent illegitimi 2). Ut adoptivi, quamdiu durat patria potestas, vel instituendi sunt, vel no-

minatim exhæredandi. Ex quo porro inferimus 3), minus plene adoptatos nec instituendos esse nec exhæredandos, quia plane non sunt in patria potestate, §. 186.

§. DXXVII. DXXVIII. et DXXIX.

Tot tricus et ambagibus involuta est doctrina de exhæredatione in *Inst. Pand. et Codice*. Sed Justinian. in *N. CXV.* totam hanc doctrinam reformavit, ita ut ad pauca axiomata jam possit reduci. I. *Omnes personæ, quibus debetur portio legitima, hodie aut instituendi aut nominatim exhæredandi sunt.* Debetur autem legitima liberis, parentibus, et fratribus et sororibus germanis et consanguineis, si turpis persona illis præferatur. Quæstio hic incidit, unde legitima ista portio originem repetat? Et sane quam maxime probabile est, illam à Jcto. quodam introductam, ad exemplum quartæ Falcidiæ. Nam præterquam quod et ipsa semper olim fuit quarta pars bonorum, diserte vocatur quarta Falcidia in *L. 8. 9. et 14. ff. de inoffic. test. L. 31. C. eod.* et ap. *Paulum recept. sentent. lib. 4. Tit. 5. §. 5.* Sed hodie amplius non est quarta pars bonorum; Justinianus enim *N. XVIII. c. 1.* sanxit, ut si quatuor aut pauciores essent personæ, portio legitima esset *triens*, si plures, *semis*. II. *Omnis exhæredatio debet fieri pure.* Hinc non videtur exhæredatus, cui hoc elogium scripsit pater: *filius meus, si verum est, quod me injuria affecerit, exhæres esto, L. 3. §. 1. ff. de lib. et posth.* III. *Exhæredatio debet fieri à tota hæreditate.* Nam si quis vel in nummulo hæres instituitur, non est exhæredatus, sed habet actionem in factum expletoriam ad supplendam legitimam. IV. *Omnis exhæredatio debet fieri ex justa causa in ipsis tabulis exprimenda, e. g. filius, quia me verberavit, exhæres esto.*

§. DXXX.

Sunt autem *justæ causæ*, non quæcumque tales videntur testatoribus, sed quæ legibus sunt definitæ. Definivit autem eas Justinianus, et quidem in dicta *Nov.*

CXV. c. 3. quatuordecim recensuit causas, ob quas ex-
 hæredari possent liberi. Eas videbimus 1). *Gravis in-*
juria, scil. *verbulis*, e. g. si filius patrem nequam vo-
 caverit 2). *Injuria realis*, si filius patri manus intule-
 rit eum verberando, pulsando &c. 3). *Si vitæ ejus stru-*
xerit insidias 4). *Si patrem detulerit apud magistratum*,
 e. g. quod fiscum defraudaverit, et pater inde damnum
 senserit 5). *Si filius cum maleficis versatus sit, ut*
maleficus fieret, ubi vulgo intelligunt sortilegos, cum
 tamen in greco textu sit *μωρεὶ φαρμακῶν*, i. e. cum bene-
 ficis 6). *Si patrem testari prohibuerit*, quod adeo odio-
 sum est, ut extraneis quoque hæreditas ideo tanquam
 indignis eripiatur, per *L. 1. §. 12. et L. 4. ff. Si quis*
aliq. test. prob. 7). *Si quis patrem furiosum neglexe-*
rit, neque ejus custodiam in se suscepit 8). *Si cap-*
tum ab hoste non redemerit, lytro persoluto 9). *Si fi-*
lius factus sit hæreticus talis, qualem paulo ante des-
 cripsimus, §. 514. 10.) *Si filius patrem capitalis cri-*
minis accusaverit, excepto crimine majestatis. Cum enim
 crimen hoc ita comparatum sit, ut et silentium punia-
 tur, vitio non potest verti filio, quod salutem suam pa-
 ternæ anteferat. Cæterum facile patet, hanc causam
 ad solos filios, non filias pertinere, quia mulieres accu-
 sare nequeunt, per *L. 8. ff. de accus. 11)*. *Si filius rem*
habuerit cum noverca. Eam causam ex ipsis sacris lit-
 teris Justinianus sumpsisse videtur. *Gen. 49.*, 34., ubi
 Jacobus Rubenem primogenitum ob id delictum à reg-
 no et sacerdotio excludit 12). *Si filius mimos invito pa-*
tre sequatur. Id hodie adplicant scenicis et comœdis,
 sed male. Siquidem mimi erant homines infames, *L.*
1. ff. de his qui not. infam. nostri autem comœdi sæ-
 pe in dignitate vivunt, et plerumque patrum dignitas
 non admodum læditur, si filii hoc vitæ genus eligant.
 13). *Si filius patrem carceri inclusum fidejussione li-*
berare nolit. Hæc quoque causa propria tantum filiis.
 Filiæ enim tanquam mulieres pro aliis intercedere non

possunt, impediante SCto. Vellejano. Vid. L. II. §. 12. ff. de SCto. Vellej. 14). Si filia vitam meretriciam eligat. Non ergo sufficit, si stuprum passa sit, sed requiritur ut quæstum corporis faciat. Immo nec id quidem sufficit, sed id quoque leges exigunt, ut sit minorennis, ut pater dotem obtulerit, eamque elocare voluerit. Tunc sane si honestæ conditioni hanc turpitudinem præferat, merito exhæredatione digna judicatur.

§. DXXXI.

Causæ, propter quas parentes hæreditate privari possunt, pauciores memorantur. Nov. CXV. c. 4. nempe octo tantum; cujus rei ratio in promptu est. Quum enim major sit liberorum erga parentes, quam parentum erga liberos obligatio, pauciores etiam oportet esse casus, quibus se ingratos præbere possunt parentes adversus liberos. Ex hisce octo causis prima coincidit cum decima superioris §. : secunda cum tertia: tertia cum undecima: quarta cum sexta: quinta cum octava: sexta cum septima: septima cum nona: octava sola singularis est. Ex justa enim vindicta pater à filio exhæredari potest, si matri venenum præbuerit vel mater, si patri intulerit manus violentas.

§. DXXXII.

Supersunt causæ, ob quas exhæredari possunt fratres et sorores. Et sane hi impune præteriri possunt, adeoque ne opus quidem est eorum exhæredatione, modo personam turpem non instituant. Si quis autem e. g. meretricem, lenam vel aliud ejusmodi carcinoma instituat, fratres et sorores querela inofficiosi istud testamentum rescindent, nisi ex justa causa fuerint exhæredati. Et tales justæ causæ tres occurrunt in Nov. XXII. c. 47. 1). Si frater fratris vitæ struxerit insidias 2). Si criminis illum accusarit, et 3) Si bonis ejus insigne detrimentum attulerit.

§. DXXXIII.

Hæ sunt exhæredationis causæ justæ, ubi quæstio

incidit an et alia atrociores admittantur? Id merito negandum videtur, quia solas has sufficere voluit Justinianus. Sic e. g. non esset rata exhæredatio filii ideo facta, quia hominem occiderit, vel furtum fecerit. Quamvis enim atrocita hæc sint delicta, inter causas tamen exhæredationis non occurrunt. Distinguendum ergo inter causas *diversas*, quamvis atrociores, et causas *ejusdem generis*. Ille non admittuntur, hæc admittendæ sunt omnino. Sic e. g. quia patrem possum exhæredare, quia matrem veneno sustulit, procul dubio etiam valebit exhæredatio, si matrem gladio occiderit. Adcurate ea de re regit *Ulr. Huberus in Præl. ad Inst. h. t.*

TIT. XIV.

DE HÆREDIBUS INSTITUENDIS.

§. DXXXIV.

Exhæredationi contrariam esse diximus *hæredis institutionem*; de qua ita h. t. agitur, ut 1) ostendamus, quinam hæredes institui possint? 2) quomodo as dividendus sit hæreditarius? 3) quotuplici modo institutio hæredis fieri possit?

§. DXXXV. et DXXXVI.

Quandoquidem vero in hæredis institutione interna testamentorum sollempnitas consistit, adeo ut veluti caput et fundamentum totius testamenti adpelletur, §. 34. *Inst. de legat.*, quæritur primo omnium, quid sit hæres? Resp. HÆREDEM esse *successorem in omne jus, quod defunctus habuit*. Qua definitione hæres statim distinguitur à *legatario et fideicommissario singulari*. Neuter enim horum succedit in universum defuncti jus, sed tantum in rem aliquam singularem, e. g. domum, agrum, bibliothecam &c. Unde quum legatarius et fideicommis-

sarius nihil æris alieni à defuncto contracti solvant, hoc onus omnino incumbit hæredi, quia est successor in universum jus, quod defunctus habuit, *L. 24. ff. de verb. sign.* Præmissa hac definitione, facile intelligetur prima tituli nostri quæstio, *quinam possint hæredes institui?* Id enim explicamus axiomate generali ex definitione nostra ἀπόκωσ derivato. *Quicumque tempore facti testamenti, mortis testatoris et aditionis ejus conditionis est, ut in universum jus civis Romani possit succedere, is et hæres institui potest.* Axiomate hoc nihil clarius est. Testamenti enim factio, de qua hic loquimur, est jus Quiritium, i. e. civibus Romanis proprium, adeoque et nemo ex testamento civis quidquam capere potest, quam qui in jura testatoris tanquam civis Romani succedere potest. Istud autem probe observandum tribus temporibus spectari, an aliquis institui possit. Capacem enim esse oportet 1) *tempore facti testamenti* 2), *moriēte testatore* 3), *quando adit hæreditatem.* Si quis enim intermediis temporibus inhabilis fuisset, id non nocet, *L. 49. §. 1. ff. h. t.* E. g. Cicero à Clodio in exsilium ejiciebatur, adeoque tunc incapax erat hæreditatis, si vel exsulem aliquis instituisset, vel testator durante adhuc ejus exsilio decessisset, vel tanquam exsul adire voluisset hæreditatem. Alias nihil nocuisset Ciceroni exsilium, si tribus istis temporibus in civitate fuisset.

§. DXXXVII.

Jam ad conclusiones ex hoc axiomate fluentes. Nempè I. inde sequitur, *ut et servi hæredes institui possint.* Distinguendum tamen inter servos proprios, et alienos. *Proprii* nonnisi cum libertate hæredes fiunt, quia alias non possunt succedere in jus civis Romani. *Alieni* autem etiam sine libertate recte instituuntur. Objicies, servum non posse succedere in jus civis Romani? Sed facilis est responsio, servos non institui ex propria persona, siquidem nullam habent, sed ex per-

sona domini, *L. 31. pr. ff. h. t.* Hinc hæreditatem non sibi sed dominis acquirunt, adeoque sufficit, modo domini eorum succedere possint in jus universum civis Romani. Quamvis autem expediti juris sit, institui posse servum: singularis tamen notanda est exceptio ex rescripto *Severi et Antonini, pr. Inst. h. t.* quod nimirum, *si domina adulterii suspecta servum, cum quo rem habuisse dicitur, hæredem scripserit, ea hæredis institutio ante sententiam facta irrita habeatur.* Ratio in promptu est. Ita enim servus hæres fieret liber, adeoque postea non posset torqueri, scil. quæstionibus diris subjici, et sic delictum maneret impunitum.

§. DXXXVIII.

Ex eodem axioma II. colligimus, *solos cives Romanos*, non autem peregrinos posse hæredes institui, *L. 6. §. 1. ff. h. t.* Quomodo enim posset peregrinus in jus civis Romani succedere? Vulgo tamen illud jus abrogatum putant per *Auth. omnes peregrini C. communia de success.* Sed in illa Authentica Fridericus II. non constituit peregrinos posse hæredes institui sed tantum eos testamenta condere et ab intestato bona proximis agnatis relinquere posse. Interim cum à Schiltero in *diss. de jure peregrinor.* recte observatum sit, hodie inter peregrinos et cives parum differentiae superesse, non mirum est hos etiam recte hæredes scribi ubique.

§. DXXXIX.

Quæstio II. oritur, *an et personæ incertæ hodie hæredes esse possint?* Et observavimus jam supra §. 523. eos olim institui non potuisse. Institutio hæredis enim est *titulus honorabilis*: quis vero honoraret personam incertam, cujus nullam ideam animo subjectam habet? Valuit sane hoc jus tempore Plinii sub Trajano, ceu ex ejus *Lib. V. ep. 7.* patet, ubi ostendit, *id quod municipio relictum erat, nullius momenti esse, non aliam ob causam, quam quod municipia essent personæ incertæ.* Enimvero istud jus sensim mutatum est, adeoque

jure novo distinguitur, an persona incerta ex post facto certa fieri possit, nec ne? Si certa nullo modo fieri potest, res ipsa docet irritam esse hæredis institutionem, e. g. si quis hæredem scripserit *Johannem*, et inter tot mille *Johannes* incertum sit de quo testator senserit. Sin autem ex post facto certa fieri potest, valet omnino institutio, e. g. *qui proximo anno consul. futurus erit, eum hæredem instituo*, §. 26. 27. *Inst. de leg.* Hinc jam facile reddi ratio potest cur hæreditas hodie relinqui possit pauperibus, ecclesiis, civitatibus et quibusvis corporibus licitis, i. e. à principe confirmatis, quæ omnia olim fieri non potuisse luculenter demonstravimus in *Ant. Rom. h. t.* §. 3.

§. DXL. et DXLI.

Quum ergo hactenus ostenderit quinam hæredes institui possint: proximum est, ut et qui non possint, videamus; quorum duo sunt genera. Alii enim prohibentur simpliciter; ita ut à nemine neque ullo casu institui possint: alii secundum quid, ut tantum certis casibus incapaces habeantur. Simpliciter prohibentur 1) filii perduellium, quos ad tam miseram conditionem adegit *lex truculenta*, §. *C. ad L. Ful. maj.*, ut non solum exsortes sint hæreditatis paternæ et maternæ, sed et à nullo extraneo quidquam capere possint. Dicimus autem eam prohibitionem tantum ad filios pertinere. Paulo melioris enim conditionis sunt filiae, quibus ab ascendentibus maternis legitima relinqui potest, *L. 5. C. eod.* Simpliciter etiam 2) prohibentur aliquid ex hæreditate capere apostatae, hæretici, Judæi; quod tamen quomodo intelligendum sit, supra vidimus. Denique 3) simpliciter nihil capiunt collegia, et corpora illicita, *L. 12. C. h. t.* Non autem hic illicita dicuntur collegia moraliter, quæ contra bonos mores sint, e. g. collegia furum, latronum, &c., sed quæ à principe non sunt confirmata. Hinc quamvis e. g. collegium musicorum moraliter non sit illicitum, illi tamen nulla pars hæreditatis relinqui potest, quia à

principe non est confirmatum. Hi simpliciter erant incapaces: *secundum quid* et certis casibus institui nequit 1) *princeps*, quoties scil. id fit *litis causa*, ut hostibus nostris adversarius potentissimus objiciatur; quam in rem elegans exstat *Severi* et *Antonini* imp. oratio in §. 8. *Inst. quib. mod. test. infirm.*, ubi digna illa principe vox occurrit, *licet legibus soluti simus, attamen legibus vivimus*. Secundum quid institui non potest 2) *conjux*, qui viduam duxit, vel quæ nubit viduo, si ipsi plus relinquatur quam unus ex liberis prioris matrimonii accepit. Odiosæ nimirum erant secundæ nuptiæ, et hinc prospectum volebant leges liberis prioris matrimonii, ne istis bonis maternis paternisve privarentur 3). Nihil inter se capere poterant *parentes et liberi incestuosi*, immo 4) ne liberi quidem *naturales* scil. ex concubina nati, à patre institui poterant, nisi deficientibus liberis legitimis et parentibus, *L. 1. 2. C. de liber. nat.* Addimus 5) *adulterium* et *adulteram* nihil inter se potuisse capere. Hinc si sibi invicem quidquam reliquerant, illud omne fiscus tanquam indignis eripiebat, et etiamnum eripit, *L. 13. ff. de his, quæ indignis auf.*

§. DXLII.

Defuncti sumus parte hujus tituli prima: sequitur altera, *quomodo as hæreditarius sit dividendus?* *As* vocabulum est origine græcum; et idem significat ac *unum, totum, integrum* ac *indivisum*. Græcum enim *ἄς* à Doribus et Siculis solebat pronunciari *ás*. Solebant autem Romani omnem universitatem *assem* vocare. Nam e. g. quod per totum annum usurarum nomine solvendum erat, vocabant *assem usurarium*. Et hinc etiam totam massam hæreditariam vocabant *assem hæreditarium*. Omnis *as* ab iisdem Romanis dividebatur in *XII. uncias*, quæ à prima usque ad undecimam singularia nomina sortiebantur. Nam

(1) Si quis unam unciam vel duodecimam partem hæ-

reditatis acciperet, dicebatur hæres ex UNCIA.

- (2) Si duas uncias s. $2/12$. accipit: hæres dicitur ex *sextante*.
- (3) Si tres uncias s. $3/12$. erit hæres ex *quadrante*.
- (4) Si quatuor uncias s. $4/12$. hæres erit ex *triente*.
- (5) Si quinque uncias s. $5/12$. hæres erit ex *quincunce*.
- (6) Si sex uncias s. $6/12$. hæres erit ex *semisse*.
- (7) Si septem uncias s. $7/12$. hæres dicitur ex *septunce*.
- (8) Si octo uncias s. $8/12$. hæres erit ex *besse*.
- (9) Si novem uncias s. $9/12$. vocabitur hæres ex *drante*.
- (10) Si decem uncias s. $10/12$. hæres dicitur ex *decunce*, vel *dextante*.
- (11) Si undecim uncias s. $11/12$. hæres erit ex *deunce*.
- (12) Si duodecim uncias s. $12/12$. hæres erit ex *asse*.

Hæc sunt unciarum vocabula: *quid vero, si quis non totam unciam accipit, sed verbi causa $1/24$?* Tunc hæres dicitur ex *semiuncia*. Quod si ex quarta uncie parte institutus sit, adeoque accipiat $2/48$? Tunc dicitur hæres ex *sicilico*. Sunt et alia hujus generis vocabula, sed in jure nostro rariora, unde ea hic merito prætermittimus. Legi autem possunt duo auctores antiqui, *Volusius Mæcianus* et *Balbus de asse*, quos aureo suo libro de pecunia vetere subjunxit Jo. Frid. Gronovius.

§. DXLIII. et DXLIV.

His præmissis facile intelligitur *quomodo dividenda sit hæreditas*, maxime si testator in distribuendo asse erraverit. Axioma enim generale est *ita dividendam esse hæreditatem, ne quid ex toto asse supersit*. Quia enim nemo pro parte testatus, pro parte intestatus potest decedere, §. 491. 3., earumque rerum naturalis inter se pugna est, *L. 7. ff. de R. J.* consequens est, ut totus as hæreditarius inter hæredes sit distribuendus.

Alias enim pars superflua cederet hæredibus ab intestato, et sic testator pro parte intestatus decederet. Ex hoc axiomatico jam sequitur, 1) *ut si unus hæres in parte institutus sit, is totum assem accipiat.* E. g. testator relinquit 30000., et hæredem instituit Mævium ex semisse, nec alium ipsi dat cohæredem, tunc Mævius loco semissis accipit 30000. L. 1. §. 4. h. t. 2.) Inde sequitur, *ut si pluribus institutis hæredibus nulli pars aliqua adscripta sit, omnes partes æquales accipiant.* Hinc si superior testator sex instituerit hæredes, nec adjecerit quantum quisque habere debeat, singuli accipient 5000. Cæterum hic observandum, *personas plures conjunctas semper pro una haberi, L. 11. 13. ff. h. t.* E. g. si superior testator ita scripserit, *primus hæres esto: secundus et tertius hæredes sunt: quartus, quintus, sextus, et septimus hæredes sunt:* partes fient tres et primus accipiet 10000., secundus et tertius singuli 5000., reliqui singuli 2500. 3.) Inde sequitur, *ut si ex asse aliquid supersit, id singulis pro rata adcreseat.* E. g. testator relinquit 40000., et primum instituit in semisse, alterum in quadrante, supersunt ergo 10000., qui dividuntur inter duos cohæredes, ita ut primus duplo plus inde accipiat quam alter. 4.) Inde sequitur, *ut si justo plures uncie distributæ sint, id quod deficit, singulis pro rata decreseat.* E. g. testator reliquit 12000., et primum instituit in semisse, secundum, tertium, quartum, singulos in quadrante. Jam cum unus quadrans deficiat, ille singulis pro rata debet decrescere, et hinc primus accipiet 6000., secundus 2000., tertius 2000., quartus 2000., perinde ac si hi in sextante essent instituti 5. Inde sequitur *ut si partes in quibusdam hæredibus expresse sint, in quibusdam non expressæ, hi posteriores accipiant quod superest, vel si nihil supersit, ex asse fiat DUPONDIVM, i. e. hæreditas dividatur in XXIV. uncias.* E. g. testator primum instituit ex quadrante, secundum ex triente, tertium, quar-

tum et quintum sine portione expressa hæredes scribit. Massa hæreditaria est 12000. Ergo primus accipiet 3000., secundus 4000. Jam cum supersint 5000., ea inter se dividunt æqualiter reliqui, quibus nulla pars adscripta est. Contra si ita scripserit testator, primus hæres esto ex triente, secundus ex triente, tertius ex triente, præterea quartus hæres esto: tunc primus accipit 2000., secundus 2000., tertius tantumdem, quartus 6000.

§. DXLV. et DXLVI.

Reliqua est tertia tituli pars *de modis instituendi hæredem*. Fit autem institutio vel *pure* vel *sub conditione*. Annon etiam *in diem* vel *ex die*? Neg. quia sic statim testator pro parte testatus, pro parte intestatus decederet. Non sane si quis scripsisset, *Titius hæres esto post decennium*: tunc eo usque hæreditas manere deberet penes hæredes ab intestato, quod jura nostra non permittunt. Aliud tamen dicendum, si dies adjectus incertus sit, adeo ut non constet an unquam sit existiturus. Hujusmodi enim dies incertus pro conditione habetur, et hinc valet institutio ita facta, *quo dies eris consul creatus, hæres esto*. An enim unquam consul futurus sit, incertum est. Quum ergo et sub conditione fiat hæredis institutio, quæritur, *quid et quotuplex sit conditio*? Definitur conditio, quod sit *circumstantia*, à *qua res suspenditur tanquam ab incerto eventu*. Unde facile patet conditionem non esse, quæ in præteritum tempus confertur. Quomodo enim incertum esse potest quod jam factum? Aliquando tamen loco conditionis est, si ratione notitiæ nostræ res incerta sit; id quod frequenter occurrit in sponcionibus: e. g. dabisne 100., si portus S. Andreæ est occupatus? Dividitur porro conditio à doctoribus in *possibilem* et *impossibilem*; sed parum commoda est hæc divisio, nec divisioni quadrat: conditio enim est, quæ suspendit rem ab incerto eventu. Impossibilis autem conditio nunquam est eventus incertus, quum jam tum constet eam nunquam adimpletam

iri. Cæterum quia aliquam utilitatem præstat hæc divisio, illa merito in jure toleratur.

§. DXLVII.

Possibilis conditio denuo dividi solet in *potestativam, casualem* et *mixtam*. *Potestativa* est, quæ in nostra potestate posita est: *casualis*, quæ à fato pendet: *mixta* quæ partim ab arbitrio nostro, partim à fato pendet. Sed si fatendum est, quod res est, ne hæc quidem divisio adcurata est. Vix enim exemplum potest potestativæ conditionis dari, ubi non providentia divina simul utramque paginam faciat.

§. DXLVIII.

Impossibilis conditio itidem triplex est. Aut enim impossibilis est *legibus*, vel bonis moribus, e. g. hæres esto si fratrem occideris, vel in foro nudus saltaveris, aut *natura*, e. g. hæres esto si flumen ebiberis; aut *perplexitate verborum*, si ita sibi repugnent verba, ut res exitum habere nequeat; e. g. si primus hæres erit, secundus hæres esto: si secundus, primus hæres esto. Tot species sunt conditionum: et tamen addi potest nova divisio, quod aliæ conditiones sunt *affirmativæ*, e. g. hæres esto, si uxorem duxeris: aliæ *negativæ*, e. g. hæres esto, si religionem non mutaveris. Posteriores id habent singulare, quod non suspendant hæreditatem, sed institutus eam statim possit accipere, modo cautionem præstet se, si contra conditionem egerit, illam hæreditatem statim cum usuris restitutum. Quæ cautio ab inventore Q. Mucio Scævola vocatur *cautio Mucia-va*. L. 7. pr. ff. de condit. et demonstr.

§. DXLIX et DL.

Explicatis divisionibus conditionum ad ipsarum *regulas* progredimur. Quarum 1) hæc est, *conditio hæredi suo adscribi nequit, nisi potestativa*, L. ult. C. de cond. et dem. Ratio est, quia hæredibus suis ipsa lex hæreditatem destinavit, adeoque in patris arbitrio non est positum, filium durior conditione onerare 2). *Con-*

ditiones possibles qualescumque ab extraneo hærede adimplendæ sunt. Testator enim est instar legislatoris et hinc qualemcumque legem dicere potest hæredi suo. Id tamen observandum, si plures conditiones *copulativæ* adscriptæ sint hæredi, omnes adimplendas: *si disjunctivæ*, sufficere si una adimpleatur. E. g. si testator scripserit, hæres esto si doctor juris fies et filiam meam uxorem duces, utrumque ab hærede præstandum est. Contra, si quis ita institutus sit, hæres esto, si vel sororem meam uxorem duxeris, vel juri operam navaveris, sufficit si alterutrum præstiterit 3). *Si conditio à tertii arbitrio dependet, et hic in culpa est, quo minus adimpleri possit, pro adimpleta habetur.* Sic superiore casu, ubi hæres jussus erat testatoris sororem uxorem ducere, si soror ista hæredi repulsam det, perinde hæreditatem accipiet hæres ac si illam duxisset 4). *Conditio impossibilis pro non adjecta habetur.* Elegans exemplum exstat ap. Petron. in *Satyric. p. 157.*, ubi Eumolpus ita hæredes instituerat, *omnes qui in testamento meo aliquid habent, præter liberos meos, ea conditione percipient, quæ dedi, si corpus meum in partes consciderint et adstante populo comederint.* Hic sane hæredes poterant portiones suas capere, etiamsi tam delicatum bolum non deglutiissent. Id notatu dignum, aliter sese rem habere in contractibus. His enim adjecta conditio impossibilis, non pro non adjecta habetur, sed ipsum contractum vitiat, §. 10. *Inst. de inutil. stipul.* Sed ratio non obscura est. Testamentum enim est actus unilateralis, et hæres in conditionem impossibilem nunquam consensit. Contractus autem tanquam actus bilateralis utriusque consensum requirit. Qui ergo in conditionem impossibilem consensit, aut sanæ mentis non fuit, aut jocatus est, neutro autem casu contractus valere potest 5). *Conditio perplexa institutionem reddit inutilem.* Nam jam supra §. 47. §. ostendimus eam exitum habere non posse 6). *Hæres ante*

existentem conditionem defuncti hæreditatem ad hæredes suos non transmittit. Quomodo enim hæredibus relinquere potest quod ipse nondum habuit? Denuo tamen aliud observatur in contractibus, siquidem et spes ex illis ad hæredes transmittitur, §. 4. *Inst. de V. Oblig.* Hinc e. g. si quis me hæredem instituerit, si navis redierit ex Asia, et ego ante reditum navis moriar, liberi mei nihil accipient, licet post mortem meam navis feliciter redeat. Contra si quis mihi sub hac conditione aliquid promiserit me mortuo, et liberis promissum servandum est, modo navis redeat.

TIT. XV.

DE VULGARI SUBSTITUTIONE.

§. DLI.

Sequitur jam doctrina de *substitutionibus*, quæ Romæ fuerunt fræquentissimæ, adeo ut non solum secundum hæredem instituerent in locum deficientis primi, sed et tertium, quartum et plures. Sic apud *Suet. in vit. Aug. c. 101.* Augustus hæredes instituit primos Tiberium et Liviam, secundos Drusum Germanicum et liberos ejus, tertio gradu propinquos, amicosque complures. Consilium testatorum hoc erat, ut si primi hæredes hæreditatem amitterent, secundi hæredes essent; sin secundi nollent adire, tertii hæredes essent; idque vocabant *substituere*. Ratio hujus substitutionis est duplex. *Prima*, quia ob æs alienum latitans hæredes instituti hæreditatem sæpe repudiabant, idque ignominiosum veteribus videbatur. *Alterà*, quia qui filios impuberes relinquebant, verebantur ne impuberes intestati decederent; unde illis substituiebant pupillariter quemcumque vellent.

§. DLII. DLIII. DLIV. et DLV.

Hinc facile intelliguntur substitutionis definitio, et

divisiones. Definitur SUBSTITUTIO in jure nostro *institutio hæredis secundi in locum deficientis primi*. E. g. Mævius, hæres esto; si hæres non erit, Sempronius, hæres esto. Potest tamen definitioni addi, *posse etiam tertium, quartum et plures hæredes in locum antecedentium substitui*, ceu jam exemplo testamenti Augusti demonstravimus. Est autem substitutio vel *directa*, vel *fideicommissoria*. *Directa* fit verbis directis vel imperativis: *fideicommissoria* fit verbis precativis, s. obliquis. E. g. Mævius, hæres esto, eumque rogo, ut si sine liberis moriatur, hæreditatem Sempronio relinquat. Sed *substitutio fideicommissoria* proprie substitutio non est: non vulgaris, quia illa fit in casum, si hæres non erit: nec pupillaris, quia ita et adultis potest substitui. Ita tamen inter doctores receptum est, ut et fideicommissoriam statuunt substitutionem. Majoris utilitatis est altera divisio in *vulgarem* et *pupillarem*. *Vulgaris* est, quando quilibet testator cuilibet hæredi substituit in casum, si hæres futurus non sit: *pupillaris* contra est, quando pater substituit filio impuberi in casum, si hæres erit et intra pubertatis annos moriatur. Differentia inter hasce substitutiones triplex est. Nam 1) vulgariter substituere possunt omnes testatores: pupillariter tantum patres. 2) Vulgariter substituitur hæredibus quibuscumque: pupillariter tantum liberis impuberibus. 3) Vulgariter substituimus in casum *negativum*, si hæres non erit: pupillariter in casum *affirmativum*, si hæres erit et intra pubertatis annos morietur: Denique dividitur etiam substitutio in *expressam*, et *tacitam*. *Expressa* est, quæ verbis exprimitur: *tacita*, quando una sub altera intelligitur. Semper enim sub pupillari substitutione tacite etiam intelligitur vulgaris, et sub vulgari etiam pupillaris comprehenditur, si impuberi vulgariter sit substitutum, L. 4. ff. h. t.

§. DLVI.

Hæ sunt divisiones substitutionis: jam h. t. de vul-

*

gari agitur. Cum vero ista fiat in casum, si hæres non erit, quæritur, *an id intelligendum sit de casu, si nolit hæres esse, an si non possit?* Resp. observandam hic esse regulam duplicem. 1) *Verbu*, SI HÆRES NON ERIT, *ad utrumque casum pertinet*; quem doctores vocant *casum voluntatis et impotentiae* 2). *Si alteruter casus expressus est, alter sub illo tacite intelligitur*. Hinc si e. g. testator dixerit: Titius hæres esto; si hæres esse non potuerit, Mævius hæres esto: perinde est, ac si dixisset, si hæres esse noluerit; quod doctores stilo suo ita solent exprimere, *casus voluntatis comprehendit etiam casum impotentiae, et v. v.*

§. DLVII.

Jam progredimur ad *conclusiones* ex ipsa definitione fluentes. Diximus substitutionem vulgarem esse institutionem hæredis secundi etc.: inde vero sequitur 1) *eisdem posse substitui, qui possunt institui*. Quicumque ergo inhabiles sunt ad consequendam hæreditatem, isti et substitui nemini possunt. E. g. vidimus superiore titulo collegia illicita non posse hæredes fieri: ergo si quis scripserit, Titius hæres esto, si hæres non erit, collegium musicum ipsi substitutum esto; substitutio illa plane nullius erit momenti 2). *Posse in locum unius, et unum in locum plurium substitui, et singulos in locum singulorum*; quod per se clarum est, nec exemplis indiget 3). *Ipsos etiam cohæredes sibi invicem posse substitui*: id quod fit hac formula: *primus, secundus, tertius hæredes sunt; si unus ex his deficiat, reliqui substituti sunt*. Vocatur hæc substitutio cohæredum *reciproca, mutua*, et à doctoribus *breviloqua*. Sed quum et sine substitutione portio deficiens cohæredibus accrescere soleat, facile patet hanc substitutionem plerumque supervacuum esse.

§. DLVIII.

Ex eadem definitione porro inferimus 4): *substi-*

tutum in dubio ad eandem partem vocatum intelligi, ad quam vocatus est institutus, quippe in cujus locum succedit. Hinc si primus institutus sit ex sextante, secundus, tertius et quartus ex quadrantibus, quintus itidem ex sextante, et primo substitutus sit sextus, secundo septimus, et sic porro: sextus deficiente primo accipiet sextantem; septimus deficiente secundo quadrantem et sic porro 5). *Substitutionem vulgarem expirare duplici casu* (1): si substitutus ante testatorem moriatur, et (2) si institutus hæreditatem adeat. Ita vulgo doctores. Sed primus observavit cl. Pagenstecherus in *Aphor. h. t.* adhuc duos alios casus in jure nostro occurrere, nempe (3) si hæres in adeunda hæreditate contumax fuerit, *Nov. 1. c. 1.* (4) si minor hæreditatem adierit, et postea restitutionem in integrum impetraverit, tunc enim nihilominus substitutionem evanescere discimus ex *L. 7. §. 10. ff. de minoribus.*

§. DLVIII.

Reliqua est sexta conclusio, quam ita exprimunt JCti. *substitutus substituto substitutus est etiam instituto*, §. 3. *Inst. h. t.* Casus hic est: Primus hæres esto; si hæres non est, secundus hæres esto; si nec secundus hæres erit, tertius hæres esto. Jam mortuo testatore secundus jam decessit; primus hæreditatem repudiat, adeoque quæritur, an tertius admittendus sit? Ratio dubitandi est, quod tertius non substitutus sit primo, sed secundo. Et nihilominus tamen admittitur, quia substitutus substituto etiam instituto intelligitur substitutus. Nam sicuti ad §. 550. monuimus, ignominiosum Romanis videbatur hæredem ex testamento nullum exstare, et hinc omnes substitutos admittebant ne testamenta destituerentur.

DE PUPILLARI SUBSTITUTIONE.

§. DLIX.

Hactenus de substitutione vulgari, à qua quomodo pupillaris differat, jam ad superiorem titulum docuimus. Jam definitionem tantum videbimus. PUPILLARIS SUBSTITUTIO est, quando pater liberis impuberibus in potestate sua constitutis et in alterius potestatem non recasuris substituit in eum casum, si intra pubertatis annos decesserint. Si de origine hujus substitutionis sumus solliciti, Vinnius, Schultingius aliique viri docti negant eam ex Leg. XII. Tab. esse, quam tamen vulgarem inde repetere soleant. Sed procul dubio viros doctissimos ratio fugit. Lex enim XII. Tab. dicit, *paterfamilias uti legassit super pecunia tutelave suæ rei, ita jus esto*. Jam vero sæpe monuimus liberos ratione patris non esse personas, sed res (§. 135.) Ergo dum pater filio suo hæredem scribit, s. substituit, manifesto legat, s. disponit *de pecunia suæ rei*, adeoque dubitari nequit quin substitutio pupillaris ex ipsis XII. Tab. derivanda sit.

§. DLX.

Vidimus definitionem et originem hujus substitutionis: progrediamur ad *axiomata*, quæ nobis definitio suppeditat, quorum tria sunt. I. *Fundamentum substitutionis pupillaris est patria potestas*. Hoc axioma vel inde clarum est, quod L. XII. Tab. tantum patri permittit legare de pecunia suæ rei, non autem extraneo. II. *Substitutionis hujus causa est immatura ætas vel impubertas*. Quum enim impuberes ipsi non possint testamentum condere, §. 516. 7. æquum videbatur Romanis eorum loco testari patrem; quæ

ratio cessat ubi liberi ad pubertatem pervenerunt. III. *Substitutio pupillaris est duplex testamentum*, §. 2. *Inst. h. t.* Sed id recte intelligendum: non enim duplex est ratione formæ, s. sollemnitarum, siquidem non plures quam septem testes requiruntur; sed ratione materiæ et hæredis institutionis. Nam primo pater ipse condit testamentum et hæredem scribit filium: deinde et pro filio testatur, eique hæredem scribit in casum si intra pubertatem moriatur.

§. DLXI.

Ex singulis axiomatibus jam conclusiones quædam fluunt. Nam quia fundamentum hujus substitutionis est patria potestas, §. 559, 1; sequitur, 1) *matrem hoc modo substituere non posse*, quippe quæ liberos nunquam in potestate habet. Id quidem matri nemo denegat, ut possit vulgariter substituere liberis, pupillariter autem nunquam potest 2). *Ne patrem quidem pupillariter substituere posse liberis emancipatis.* Quum enim hi ex patria potestate dimissi sint, fundamentum autem hujus substitutionis sit patria potestas, §. 559. 1. per se patet; institutionem hujusmodi non valere. *L. 2. pr. Inst. h. t. 3.) Ne avum quidem pupillariter substituere posse nepotibus in patris sui potestatem recasuris.* Hi enim mortuo avo non sunt sui juris, adeoque nec illis hæres alius existere potest quam pater. Attamen lege Velleja cautum est, ut si avus nepotem vel instituat vel exhæredet, eidem etiam possit pupillariter substituere; quæ substitutio fieri dicitur ex formula legis Vellejæ. *L. 2. pr. ff. h. t. 4.) Patrem etiam substituere posse filio exhæredato, L. 1. §. 2. ff. h. t.* Fundamentum enim, ut sæpe diximus, est patria potestas, quæ exhæredatione non tollitur. Posset aliquis objicere, exhæredato nihil bonorum esse, quod ad substitutum possit pervenire. Sed quamvis non habeant bona paterna, potest tamen maternis locuples esse: pupillaris autem substitutio ad

(omnia filii bona porrigitur 5.). *Evanescere substitutionem, si filius vivo adhuc patre sit emancipatus, vel eo mortuo arrogatus.* Quemadmodum enim priore casu patria potestas desinit, ita posteriore filius non amplius est sui juris, adeoque non alium quam patrem successorem et hæredem habere potest.

§. DLXII.

Hæ conclusiones ex primo axiomate fluunt. Sequitur alterum, causam hujus substitutionis esse ætatem immaturam, s. impubertatem, §. 559. 2. Ex eo axiomate porro inferimus 6), *filio non posse substitui nisi ad annos pubertatis*, quamvis ad brevius tempus recte substituat. Sane in *L. 21. ff. h. t.* exemplum occurrit substitutionis hujusmodi: si filius meus intra X. annum decesserit, Sejus hæres esto. Ratio est, quia post pubertatem ipse filius potest testamentum condere, adeoque non opus est, ut pro eo pater testamentum faciat. Quid si tamen pater filio substituerit ultra pubertatem? an ideo nullius momenti erit hæc substitutio? Resp. tunc illam valere tanquam fideicommissum, adeoque perinde esse ac si pater rogaverit filium, ut hæreditatem Sejo relinquat, *L. 2. C. de legat. 7.* *Evanescere substitutionem simulac filius ad pubertatem pervenit.* Nihil enim magis naturale est, quam ut cessante causa etiam effectus cesset.

§. DLXIII.

Superest tertium axioma, substitutio pupillaris est duplex testamentum, §. 559; 3. Inde colligimus 8) *non posse patrem filio substituere vel pro eo testari, nisi prius sibi testamentum fecerit, L. 2. §. 4. ff. h. t.* Quomodo enim posset intelligi substitutio, nisi institutio præcesserit 9)? *Substitutum omnia impuberis bona accipere, sive paterna sint sive materna.* Ad omnia enim filii bona substitutionem porrigi paulo ante monuimus. Hinc si mater adhuc vivit, illa nihil ac ne legitimam quidem accipit, neque querela in-

officiosi experiri potest, quia non à filio, sed patre exclusa est, qui uxori legitimam non debet, *L. 8. §. 15. ff. de inoff. test.* Plerique doctores hic aliquam iniquitatem videntur deprehendere, et hic etiam in foro invaluit ut, non obstante jure Romano, matri hoc casu legitima adjudicetur. Vid. *Zoesius in Comment. ad ff. h. t. §. 50. 10.*) *Corruente patris testamento, corruere etiam substitutionem pupillarem.* Substitutio enim est sequela testamenti paterni, ejusque veluti accessorium: accessorium autem suum principale sequitur.

§. DLXIV. DLXV. et DLXVI.

Hæ duæ species substitutionis, vulgaris et pupillaris, jure Digestorum solæ notæ fuerunt. Accessit postea nova à Justiniano inventa in *L. 9. C. de impuber. et aliis subst.*, unde etiam *Justinianeæ* dicitur, itemque *exemplaris* et *quasi pupillaris*. Differt hæc à pupillari in hisce (1): *Pupillaris fit liberis impuberibus; quasi pupillaris furiosis, mente captis, prodigis, surdis et mutis*, etiam puberibus (2). Pupillaris fit à solo patre: hæc ab omnibus ascendentibus (3). Pupillariter substituitur etiam exhæredatis: quasi pupillariter nonnisi institutis hæredibus (4). Pupillariter substituere possumus quemcumque, etiam extraneum: quasi pupillariter ante omnia liberos furiosos; vel, si hi non exstent, fratres et sorores, et his non exstantibus, quemcumque libet (7). Pupillaris substitutio evanescit pubertate: quasi pupillaris cessante furore, vel corporis animique vitio.

§. DLXVII.

Denique reperitur substitutio *militaris*, quæ et *privilegiata* dicitur à doctoribus. Quemadmodum enim supra §. 502. ostendimus, militibus testamentum condituris omnes sollempnitates internas æque ac externas remissas esse: ita et substituere possunt pro lubitu. Hinc etiam liberis substituunt ultra pubertatem; hinc

extraneis recte substituunt in casum si hæredes fuerint: quæ omnia paganis non licere, supra satis jam ostendimus.

TIT. XVII.

QUIBUS MODIS TESTAMENTA
INFIRMANTUR.

§. DLXVIII.

Semper in institutionibus ordinem hunc accuratum tenet Justinianus ut, præmissa doctrina, aliqua subjiciat ejus contraria. Hinc cum hactenus actum sit de modis, quibus testamenta fiant: proximum est, ut videamus quomodo infirmantur. Hinc insignem deprehendere licet Jctorum sollicitudinem in distinguendis vocabulis. Alia enim testamenta dicuntur *nulla*, alia *injusta*, alia *rupta*; vel uti in ss. rubrica h. t. ἀρχαίως legimus, *rupta*, alia *irrita*, alia *destituta*, alia denique *rescissa*, quæ omnia non confundenda esse, ea docebunt quæ monēbimus de singulis.

§. DLXIX.

Primo, quædam testamenta sunt ipso jure *NULLA*, idque contingit ob duplicem causam 1). *Si quid peccatum sit in hæredis institutione*, e. g. si vel nullus hæres institutus, vel liberi sui præteriti &c. 2). Si, qui testamentum condit, *inhabilis est* et per leges nequit, e. g. si impubes vel filiusfamilias condiderit testamentum, *L. 1. ff. h. t.* Ergo omnis nullitas aut ex persona testatoris nascitur, aut ex vitio circa sollemnitatem internam, s. hæredis institutionem.

§. DLXX. et DLXXI.

Deinde, *INJUSTUM* dicitur testamentum, quod non

jure factum, i. e. in quo omissæ sunt sollemnitates internæ, seu uti in *L. 1. ff. h. t.* vocantur, sollemnia juris. Sic e. g. si nonnisi quatuor testes adhibiti, vel testamentum uno contestu non factum, vel aliud hujusmodi quid omissum. Hæc sunt testamenta nulla et injusta, quæ ita nullius effectus sunt, ut non modo hæredis institutio effectum non habeat, sed et reliqua testamenti capita, veluti legata, fideicommissa, donationes mortis causa evanescent, perinde ac si intestatus moriretur testator. Aliquando tamen contingit, ut testamenta injusta sustineantur per clausulam codicillarem: *Si meum testamentum non valebit tanquam testamentum, tunc valeat ceu codicillus, vel quocumque modo valere possit.* Per hanc enim formulam ex testamento fiunt codicilli, et hæredis institutione fideicommissum, modo quinque testes subscripserint. Dicemus ea de re plura infra (§. 686. et seqq.)

§. DLXXII. DLXXIII. et DLXXIV.

Tertio, aliquando testamentum RUMPITUR, idque fit duplici modo 1): per agnationem posthumi, et 2) per posterius testamentum perfectum. AGNATIO POSTHUMI jure suo duplex est, vel *naturalis*, vel *civilis*. *Naturalis*, quando post conditum testamentum testatori filius vel filia nascitur, sive vivo sive jam mortuo. Si enim illius mentio non facta in testamento, illius natiuitate testamentum statim rumpitur. *Civilis*, quando testator post testamentum aliquem arrogat vel legitimat. Nam et hi, qui in testatoris potestatem rediguntur, et testamento tamen præteriti sunt, illud statim rumpunt. POSTERIORE TESTAMENTO itidem rumpitur prius modo illud perfectum sit per omnia. Quod adeo verum est ut, quamvis priori adjecta sit clausula derogatoria: *si postea novum testamentum condidero, illud nullius momenti erit, et hoc semper valere volo*, nihilominus tamen prius per posterius rumpatur, *L. 27. C. de test.* Quin adhuc obtinet regula, si in priori testamento ju-

raverit testator se id nunquam mutaturum. Quamvis enim perjurium admittat, non tamen ideo subsistit testamentum prius, si posterius adest. Generalis enim est illa regula: *Nemo potest sibi legem dicere, à qua discedere non possit*, *L. 22. ff. de legat. 3.* vel uti alias J.Cti. loquuntur, voluntas hominis est ambulatoria usque ad mortem, *L. 4. ff. de adim. l. transfer. legatis*. Ratio hæc est, quia testamenti factio est actio unilateralis, ex quo cum nemini jus quæsitum sit, nihil quoque obstat quominus mutetur; quod in contractibus secus se habet. Sed quæritur, si testator novum testamentum non condidit, sed tantum coram quibusdam declaravit, se nolle ut prius valeat, an tunc rumpatur testamentum? Resp. Sola hæc declaratio testamentum prius non rumpit, nisi adfuerint tres testes, et ab ista revocatione lapsum sit decennium, *L. 27. C. de test.* Quum enim nihil tam sit naturale, quam eodem genere quidque dissolvi, quo colligatum est, *L. 35. ff. de R. J.* inconveniens sane erat testamentum sollemne sine sollemnitatibus revocare. Aliud dicendum, si testator testamentum à se conditum inciderit, laceraverit, deleverit, signa detraxerit. Tunc enim sine omni sollemnitate illud corrui, et in sensu propriissimo rumpitur. Cæterum omnibus hisce cassibus totum testamentum, omniaque ejus capita evanescent. Triplici tamen casu illud potest sustineri 1). Si testator declaraverit in posteriore testamento se et prius valere velle. Tunc enim prius valet per modum fideicommissi, ac si rogatus esset hæres posteriore testamento institutus, ut hæredibus prioris testamenti hæreditatem restituat, §. 3. *Inst. h. t. 2.*) Si posthumus, qui testamentum rupit, vivo testatore decesserit. Tunc enim prætor remoto impedimento dat bonorum possessionem secundum tabulas, *L. 12. ff. h. t. 3.*) Si testator tabulas postremas inciderit, ut priores supremas relinqueret. Quamvis enim hoc casu ipso ure prius testamentum ruptum sit, denuo tamen prætor

dat bonorum possessionem secundum tabulas, *L. 11.*

§. 2. *ff. de bonor. poss. sec. tab.*

§. DLXXXV. et DLXXXVI.

Quarto, testamentum aliquando vocatur **IRRITUM**, quoties testatoris status mutatur, i. e. quoties vel maximam vel mediam vel minimam capitis deminutionem patitur, §. 4. *Inst. h. t.* Omnibus enim hisce casibus res incidit in eam causam, à qua incipere non potest. Maxima enim capitis deminutione testator fit servus, media peregrinus, minima filiusfamilias. Atqui neque servus, neque peregrinus, neque filiusfamilias testamentum condere potest. Quamvis ergo et irritum testamentum plane corruat, denuo tamen prætor occurrit institutis hæredibus, modo testator tempore mortis iterum fuerit habilis. Fingamus Ciceronem ante exilium condidisse testamentum, sane per exilium statim illud fiebat irritum. Tamen, quia paulo post restituebatur in integrum, et tanquam civis moriebatur, prætor ex ejus testamento irrito dare poterat bonorum possessionem secundum tabulas, §. 6. *Inst. h. t.*

§. DLXXXVII.

Quinto, quædam testamenta vocantur **DESTITUTA**, quoties hæres institutus vel non vult, vel non potest hæreditatem adire, adeoque nullus ex illo testamento hæres existit. Tunc enim res ipsa docet rem redire ad causam intestati, adeoque totum testamentum evanidum fieri, §. 6. *Inst. de hæer. qui ab intest.* Prius, quod si hæres repudiaret hæreditatem, olim frequenter admodum contingebat ob latitans æs alienum. Hodie autem id rarissime fieri solet ob inventum **BENEFICIUM INVENTARIJ**, siquidem nemo hodie tenetur ultra vires hæreditatis, modo conficiat inventarium de quo *infr.* §. CXCIX.

§. DLXXXVIII.

Denique sexto, testamenta quædam dicuntur **RESCINDI**, idque fit *per quærelam inofficiosi testamenti*, de qua proximo titulo ex instituto agitur.

DE INOFFICIOSO TESTAMENTO.

§. DLXXIX.

Cum testamentum rescindi dixerimus *querela inofficiosi testamenti*, de ea jam paulo accuratius agendum. Et quidem statim incidit quæstio magni momenti. De origine hujus quæstionis celeberrimæ, de qua non convenit inter auctores præstantissimos. Franciscus *Duarenus* in *Prælect. ad h. t. c. 2.* existimat, eam ex constitutionibus principum natam esse. Sed hic perspicue fallitur, quum non modo *Cicero* aliquoties hujus quærelæ meminerit tempore liberæ reipublicæ, sed et *Valer. Max. L. 7. c. 7. §. 5.* referat, hanc actionem institutam esse *A. V. C. DCLXXXII.* apud *Calpurnium prætorem*. Nec minus errat *Petrus Pithoeus* in *notis ad Collationem Leg. Mosaic. et Romanar. Tit. XVI. §. 3.* qui hanc querelam à prætore introductam censet. Obstat enim illi, *L. 6. pr. ff. de honor. possess. tabb.*, ubi discrete dicitur *prætorem exhæredatis non succurrere*. Singularis est conjectura *Jacobi Cujaccii*, querelam hanc introductam esse existimantis per legem *Gliciam*. Sed et hanc destruximus in *Antiq. Rom. h. t. §. 5.* Quare verissimum est, auctores hujus querelæ esse *Jctos.*, qui cum viderent sæpe parentes liberos sine justa causa exhæredare, scirentque furiosos et mente captos testamentum condere non posse: finxerunt, testatorem hujusmodi non sanæ mentis fuisse, idque inde probarunt, quod liberos nunquam de se male meritos exhæredarint vel præterierint. Et hinc in *pr. Inst. h. t.* dicitur, hanc querelam institui *hoc colore, quasi non sanæ mentis fuerint quum testamentum ordinarent*. *Bynkersh. Obs. l. II. c. 22.*

§. DLXXX.

Actio itaque illa, qua liberi injuste exhæredati rescindebant parentum testamenta, singulari nomine **QUERELA INOFFICIOSI TESTAMENTI** vocatur; cujus denominationis itidem reddenda ratio. Nimirum quemadmodum extranei *inter se agere* dicebantur, ita propinqui tantum *conquerebantur*. Quum ergo hoc remedium tantum propinquis adversus propinquorum testamenta competeret: *illud non actio* vocabatur, sed *querela*; ceu jam observavit *Voss.* in *Inst. Orat. l. I. c. 6. §. 2.* Porro *inofficiosum* dicitur ab officio. Jam enim *SENECA l. 3. de benef. c. 18.* observavit Romanos accurate discernere officium, beneficium, ministerium: *beneficium* præstari ab extraneis, *ministerium* ab illis qui in nostra potestate sunt, *officium* denique à propinquis et cognatis. Ergo colligebant **JCTI.** ad officium propinquorum etiam pertinere, ut se invicem morientes hæredes instituant. Quare si quis id non fecisset, contra officium egisse dicebatur, adeoque ejus testamentum erat inofficiosum.

§. DLXXXI.

Hiscæ præmissis jam facile intelligetur definitio hujus querelæ. Est enim nihil aliud quam species hæreditatis petitionis, qua injuste exhæredati, vel aliquando etiam præteriti, agunt adversus hæredes in testamento institutos, ut testamentum rescindatur, et ipsi ab intestato ad hæreditatem admittantur. Quæritur autem quisnam possit hanc querelam instituere? Et veteri quidem jure tam late patebat hoc remedium, ut et amici amicorum testamenta rescinderent, ceu docent exempla apud *Val. M. l. 7. c. 7.* Sed jam multo aliter se res habet, et pulchre monet *Ulpianus, l. 1. ff. h. t. cognatos*, qui sunt ultra fratrem, melius facturos si se sumptibus inanibus non vexent, quum obtinendi spem nullam habeant. Itaque hodie regula valet: Quibuscumque debetur portio legitima, ii etiam possunt inofficiosi agere. Jam quum supra docuerimus §. 527. portionem le-

gitimam deberi liberis, parentibus, fratribus et sororibus germanis et consanguineis; si ipsis turpis persona præferatur, consequens est, ut et hi soli possint querelam inofficiosi instituere.

§. DLXXXII.

Cum tamen non semper opus sit hac querela, sed aliquando et alia remedia supersint, quæstio est quibus casibus hæc querela sit necessaria. Hic vero observamus 1), non opus esse hoc remedio liberis præteritis, vel ex injusta causa exhæredatis. Supra enim vidimus hujusmodi testamentum esse ipso jure *nullum*: quod autem nullum est, non est rescindendum. Hinc potius hoc casu liberi instituent querelam nullitatis, qua totum testamentum corrumpit 2). Nec illos indigere hac querela, qui vel in minima parte hæredes instituti sunt. Nam (a) hi nec exhæredati, nec præteriti dici possunt (b). Uti supra §. 543. 2. vidimus, qui in re minima instituti sunt, habent actionem expletoriam ad suppleendum id, quod legitimæ deest, L. 30. C. h. t. 3.) Ergo hodie tres supersunt casus, quibus querela hæc instituenda est (a). Si exhæredatio quidem ex justa causa facta sit, sed exhæredatus tamen neget eam veram esse; ubi probatio instituenda est ab hærede instituto. E. g. pater exhæredavit filium, quia se verberavit; filius autem negat id unquam factum esse: sane si tunc hæres institutus id factum probare nequeat, testamentum tanquam inofficiosum rescindetur (b). Si parentes à liberis, liberi vel nepotes à matre vel avo materno fuerint præteriti, vel etiam fratribus et sororibus prælata sit turpis persona. Hi enim omnes, cum nullo alio remedio possint uti, hac querela testamentum rescindunt (c). Si causa exhæredationis justa quidem fortassis sit, sed testamento tamen non expressa, e. g. si pater scripserit: filius ob certam causam exhæres esto: tunc recte filius ejusmodi testamentum hac querela rescindit.

§. DLXXXIII. et DLXXXIV.

Supersunt duæ quæstiones: *prima*, quando hæc querela cesset: *altera*, quem effectum habeat. Quod ad priorem quæstionem attinet, sciendum hanc actionem esse admodum odiosam, quia plerumque pietatem lædere videbantur liberi, dum parentes sanæ mentis fuisse negarent. Hinc cessabat 1), quoties aliud remedium in promptu esset 2). Cessabat, si exhæredatus ante institutam actionem diem supremum obisset. Hæredibus enim ejus non competebat, nisi jam esset præparata, i. e. in forum deducta 3). Cessabat elapso quinquennio; neque diutius durabat actio hæc tam odiosa 4). Cessabat, si exhæredatus quocumque modo, sive expresse sive tacite, sive suo sive alieno nomine, testamentum defuncti adprobaverit, dummodo id non fuerit ex officio necessitatis. Sic e. g. si filius exhæredatus tanquam procurator legatarii in judicium venerit, et legatum clienti suo relictum agnoverit, ipse postea non potest inofficiosi agere. Si autem id fecerit tanquam tutor pupilli sui nomine, merito ad querelam hanc admittitur, quia ex officio id facere tenebatur. Denique quod ad effectum hujus querelæ attinet, olim totum testamentum, omniaque ejus capita corruebant, si illud rescindebatur: sed mutavit id Justinianus *Nov. CXV. c. 3.*, statuitque ut rescisso testamento hæredis dumtaxat institutio evanida fieret; cætera autem capita testamenti omnia, veluti legata, fideicommissa, tutorum dationes salva manerent. Exceptio una notanda est, si frater vel soror, quibus turpis persona prælata est, testamentum inofficiosum dicant. Tunc enim, si victoriam reportant, totum testamentum corrui, propter *Nov. XXII. c. 47.* ubi circa fratrum et sororum querelam nihil ex veteri jure mutatum animadvertimus.

TIT. XIX.

DE HÆREDUM QUALITALE, ET DIFFERENTIA.

§. DLXXXV. et DLXXXVI.

Supra vidimus, testatori amplissimam esse facultatem hæredes quoscumque velit, sibi instituendi. Neque tamen hæredes omnes sunt unius ejusdemque generis: et hinc hoc titulo quæritur 1); quotuplices sint hæredes? 2) quomodo hæreditatem vel adquirant, vel repudient? Quod ad priorem quæstionem attinet, hæredes distinguuntur in NECESSARIOS, SUOS et NECESSARIOS, ac VOLUNTARIOS vel EXTRANEOS. *Necessarii* dicuntur, qui sive velint, sive nolint, hæredes esse coguntur: *sui et necessarii*, quos testator tenetur instituere vel exhæredare, quippe instituti quoque hæredes esse tenentur: *voluntarii* sic. *extranei*, quorum in arbitrio positum est velintne an nolint hæreditatem adire. Ratio hujus discriminis paulo altius repetenda est. Diximus supra testatorem esse instar legislatoris, et testamentum instar legis. Jam vero legislator lege sua subditos quidem obligare potest; non autem extraneos. Hinc et testator testamento suo servos quidem et liberos in potestate sua constitutos obligare potest ut hæredes sint, non autem extraneos. Et hinc est, quod illi sunt hæredes necessarii, vel sui et necessarii: hi autem voluntarii.

§. DLXXXVII.

Necessarii hæredes sunt servi proprii; sive cum libertate, sive sine ea instituti. Quamvis enim et sine libertate hæres scriptus sit, illa tamen data præsumitur ex ipsa institutione, quia qui vult effectum, etiam causam velle videtur, §. 536. Quod si quis itaque ser-

vum proprium hæredem scripserat, non erat in ejus arbitrio positum, utrum adire an repudiare hæreditatem mallet, sed necessario eam adire tenebatur, vel potius ipse jure hæres erat sine aditione. Ratio hujus juris hæc erat, quia plerumque domini, ære alieno oppressi, servum hæredem instituerent, ut bona sub ejus potius quam suo nomine venirent, et sic ignominia in servum devolveretur. Vid. §. 1. *Inst. qui et ex quibus caus. manum. non poss.*

§. DLXXXVIII.

Sui et necessarii hæredes sunt liberi tempore mortis in testatoris potestate constituti, et in alterius potestatem non recasuri. Vocantur hi sui, partim quia vivo adhuc parente quodammodo rerum omnium domini sunt, adeoque sibi ipsis succedunt, unde Græcis eleganter vocantur *αυτοκληρονόμοι*; partim quia in potestate et dominio Quiritario parentum sunt constituti, ceu recte observavit v. c. ANTON. SCHULTING. *ad Caj. Inst. L. 2. T. 3. §. 6. p. 106.* Idem dicuntur *necessarii* quia, æque ac servi, etiam inviti hæredes esse tenebantur, §. 7. *Inst. h. t.* Enimvero cum durum hoc esset, liberos cogi hæredes esse, cum sæpe plus æris alieni pater relinqueret, quam facultatem: prætor liberis concessit beneficium abstinendi ut possent, si vellent, hæreditatem paternam omittere. Ast distinguebat autem prætor inter liberos puberes et impuberes. His beneficium hoc salvum erat, si ve se immiscuissent hæreditati, sive non: illis autem hoc beneficium indulgebatur, quamdiu se nondum immiscuissent, §. 2. *Inst. h. t.*

§. DLXXXIX. et DXC.

Quamvis ergo liberi hodie vere sint hæredes voluntarii, adhuc tamen aliquid singulare circa hos occurrit. Nam 1) liberi hæreditatem *non adeunt*, uti extranei, sed *ipso jure hæredes sunt* 2). Extranei dicuntur *pro hærede gerere: liberi se immiscere* 3). Ex-

*

tranei hæreditatem *repudiant*: liberi ab illa *abstinent*; quæ vocabula accurate discernunt JCti. nostri 4). Extranei hæreditatem nondum aditam non transmittunt ad hæredes suos: liberi autem, quia ipso jure hæredes sunt, eam statim transmittunt.

§. DXCI. et DXCII.

Diximus de duabus prioribus hæredum speciebus; sequuntur ergo *voluntarii*, quales sunt omnes, qui nec in dominio, nec in patria potestate testatoris sunt constituti. Quum ergo hi optionem habeant, hæredes esse velint, nec ne: quæstio nascitur 1), quomodo hæreditatem adquirant 2)? quomodo repudiant? Ad priorum quæstionem respondemus, hæreditatem ab extraneo acquiri vel *verbis*, vel *factis*. Si verbis declaret se hæredem futurum, dicitur *aditio hæreditatis*: sin ipso facto res hæreditarias administret, agros colat, pecunias fœnori locet &c. dicitur *pro hærede gestio*. Hic tamen cautos nos esse oportet. Si enim hæres institutus hæc omnia agat, quæ hæres agere consuevit, sed protestationem tamen addat se id non facere animo pro hærede gerendi, potius pro negotiorum gestore habendus erit, *L. 20. pr. ff. de adqu. l. omitt. hæred.* Hi sunt duo modi acquirendi hæreditatem; jam de singulis ex instituto agemus.

§. DXCIII. et DXCVI.

ADITIO est actus legitimus, quo hæres institutus voluntatem suscipiendi hæreditatem declarat, eoque ipso hæreditatem acquirit. Ex qua definitione tria fluunt axiomata 1). Aditio est declaratio voluntatis 2). Eadem est actus legitimus 3). Per aditionem hæreditas acquiritur. Ex *primo* axiomate sequentes fluunt conclusiones (1). Furiosi, mente capti et infantes hæreditatem adire nequeunt. Quomodo enim voluntatem declarent, qui quid agunt nesciunt? Ne tamen relicta sibi hæreditate ideopriventur, pro iis adire possunt parentes, tutores et curatores (2). Pupilli infantia majores ipsi adire possunt,

modo tutor auctoritatem interponat. Rationem, cur auctoritate tutoris opus sit, quum tamen conditionem suam meliorem reddant, jam supra dedimus §. 252. quia sic aditio hæreditatis erat actus sollemnis, qui sine auctoritate tutoris explicari nunquam potest, *L. 19. ff. de auct. tut.* (3) Filii familias hæreditatem adire nequeunt sine jussu parentum. Quum enim liberi, jure vetere, parentibus adquirerent hæreditatem, nihil æquius erat quam ut patres quoque consentirent. Sed in novo jure eatenus mutatum, ut si pater sine ratione dissentiat, filius etiam eo invito adire possit, et tunc hæreditatem illam habeat tanquam peculium extraordinarium (§. 481. 1.), *L. ult. §. 1. C. de bon. quæ lib.* (4). Aditio debet sine vi, et coactione fieri. Est enim declaratio voluntatis, quæ merito spontanea est, nec vi et metu extorqueri debet. Nihil enim consensui tam contrarium est, quam vis atque metus, quem comprobare contra bonos mores est, *L. 116. pr. ff. de R. J.* (5). Hæreditas tota adeunda est, non pars. Alias enim fieret, ut testator pro parte testatus, pro parte intestatus decederet, quod fieri non posse sæpe monuimus (6). Hæreditatem aditam quidem adquirimus ratione dominii, non autem ratione possessionis. Hujus enim ea natura est, ut non solum animo, sed animo et corpore simul adquiratur. Ergo etiam non sufficit hæredem declarasse, se velle hæredem esse, sed debet etiam possessionem rerum hæreditariarum actu aliquo corporali apprehendere, *L. 23. pr. ff. de adqu. vel omitt. hæred.* Hæ conclusiones ex primo axiomate fluunt. Sequitur *alterum*, hæreditatis aditio est actus legitimus, *L. 77. ff. de Reg. Jur.* Ex eo jam sequitur 7.) hæreditatis aditionem neque per procuratorem fieri posse, neque sub conditione, neque ex die vel in diem. Hæc enim omnia non admittere actus legitimos, supra ostendimus, §. 70. Sequitur *tertium* axioma: per aditionem hæreditas ad-

quiritur. Ex eo vero patet 8), hæreditatem non aditam non transmitti ad hæredes. Nihil enim ad hæredes transire potest, nisi quod defunctus habuit: ante aditionem vero hæres nondum habuit hæreditatem, sed tantum ejus spem; spes autem in contractibus quidem, non autem in ultimis voluntatibus ad hæredes transmittitur, §. 539. Una tamen observanda exceptio in liberis suis qui, quia sine aditione ipso jure hæredes sunt, hæreditatem etiam statim ad hæredes transmittunt, §. 590. 4. 9.) Hæreditate adita hæredem in omne jus et omnem obligationem defuncti succedere, adeoque et omne æs hæreditarium, quamvis vires hæreditatis excedat, exsolvere teneri. Hinc si plures sint cohæredes, singuli æs alienum solvunt pro rata, quamvis id forte cum summo detrimento fiat. Quod cum durius esset, paulo post inventa sunt quædam beneficia, de quibus sequentibus (§§. agemus 10). Aditionem hæreditatis simul esse quasi contractum, §. 5. *Inst. de oblig. quæ quasi ex contr. nasc.* Dum enim hæres adit, obligare se præsumitur legatariis et fideicommissariis, quod omnia ex testamento præstare velit. Unde etiam hi adversus hæredem habent actionem ex testamento ad legata, et fideicommissa solvenda, §. 986.

§. DXCVII. et DXCVIII.

Cum tam dura esset hæredis conditio, ut omne æs alienum defuncti solvere teneretur: inventa quædam esse beneficia diximus, quibus uti posset, nempe **JUS DELIBERANDI ET BENEFICIUM INVENTARI.** *Jus deliberandi* est spatium à lege hæredi concessum, intra quod in vires hæreditatis et æs alienum inquirere, simulque decernere possit, utrum adire an repudiare hæreditatem velit. Hoc spatium non semper unius ejusdemque quantitatis est. Aut enim creditores urgent solutionem, aut nemo est qui urgeat. Posteriore casu hæres habet 30. annos, intra quos deliberare possit, tandiu enim durat hæreditatis petitio. Priore autem casu

aut à principe spatium deliberandi conceditur, aut à magistratu. Si princeps illud indulget, spatium erit annum: sin magistratus, novem mensium, *L. ult. §. 13. C. de jur. delib.* Sed hujus beneficii hodie vel ideo non frequens usus est, quia multo pinguius est alterum beneficium, quippe quo effectum est, ut unusquisque sine omni periculo statim hæreditatem adire possit.

§. DXCIX.

Est hoc alterum beneficium *INVENTARIII* à Justiniano nostro repertum *L. ult. C. de jur. del.* Hic autem dispiciendum, partim quomodo inventarium fieri debeat; partim quis ejus effectus sit. *Modus* conficiendi inventarium (vel ut alias in jure vocatur, *repertorium*), hic à Justiniano præscriptus est 1): Ut inchoetur intra 30. dies à die notitiæ; ubi simul ubique receptum, ut moriente testatore statim fiat obsignatio auctoritate publica, ne quicquam interea possit subtrahi, dum inventarium inchoetur 2). Ut perficiatur intra 60. dies, vel si ampla vel dissita sit hæreditas, intra annum, ne sic creditores nimis diu frustrari possint 3). Ut adhibeantur tabelliones, s. notarii, qui omnes res hæreditarias in indicem referant 4). Ut citentur omnes, quorum interest, veluti legatarii, cohæredes, absentes 5). Ut si adesse non possint, tres saltim testes fide digni adhibeantur 6). Ut perfecto inventario hæres summam exprimat, simulque nomen subscribat, aut si scribendi imperitus sit, tabellionem subscribere jubeat. His observatis requisitis, *effectus* inventarii sunt varii, veluti 1) quod hæres non tenetur ad æs alienum ultra vires hæreditatis solvendum 2); quod impeditur confusio bonorum; adeoque 3) hæres etiam sibi ipsi solvere possit, si quid à defuncto debetur 4); quod si pecunia non sit in hæreditate, ipse possit agros, domos aliasque res, etiam invitis creditoribus, in solutum dare; quæ omnia fieri non possent, nisi ab eo confectum fuisset inventarium.

Hactenus de aditione hæreditatis. Cum autem hæctenus eandem etiam pro lubitu possit repudiare, de hac etiam repudiatione quædam dicenda sunt. Fit illa itidem vel *verbis*, vel *factis*: verbis, si declaraverit institutus se hæredem esse nolle; factis, si spatium deliberandi elabi passus sit, et interea nec adierit, nec pro hærede gesserit. Id autem observandum, locum hic non esse pœnitentiæ. Unde qui semel adiit, deinde repudiare non potest, nisi sit minor, cui læso prætor dat restitutionem in integrum, *L. 7. §. de minoribus*. Nec qui semel repudiavit, deinde adire potest, quia facta repudiatione hæredes ab intestato statim jus acquirunt, quod ipsis invitis auferri nequit.

TIT. XX.

DE LEGATIS.

§. DCI. et DCII.

Justinianus hic paullisper ab ordine, quem semel elegerat, deflectit. Nimirum quum modi acquirendi, de quibus hic agitur, sint vel *universales*, vel *singulares*: hæctenus de universalibus agere cœpit, nempe de *hæreditate*. Jam ordo postulet, ut et reliqui modi acquirendi universales exponerentur. Sed iis in initium *Lib. III.* rejectis, hic intermiscet doctrinam *de legatis*, quum tamen legatum sit modus acquirendi singularis. Enimvero sequendus nobis ordo est imperatoris. Primo omnium quæritur *quid sit LEGATUM*? Modestinus in *L. 36. ff. de legat. 2.* illud definit, quod sit donatio testamento relicta: Justinianus autem *pr. Inst. §. 1.* quod sit donatio quædam à defuncto relicta ab hærede præstanda. Sed neutra definitio ferenda est. Nam

1) donatio est pactum, quod non potest consistere sine utriusque consensu: legatum autem est liberalitas unilateralis, quæ etiam ignoranti legatario relinquitur 2). Falsum quoque est, legatum semper ab hærede præstandum esse. Potest enim et legatario injungi, ut legatum præstet. Quum ergo utraque definitio falsa sit, rectius describi poterit LEGATUM, L. 116. ff. de legat. 1. quod sit delibatio hæreditatis, qua testator ex eo, quod universum foret hæredis, alicui aliquid collatum vult verbis directis. Si quis quærat, quomodo differunt legata et fideicommissa, ex hac definitione non difficilis erit responsio. Nam 1) fideicommissa relinquebantur verbis precativis: legata verbis directis, i. e. imperativis. Et inde etiam legatum nomen habet; siquidem LEGARE est legis modo præcipere, jubere, mandare, ceu recte observavit Ulpianus *Fragm. Tit. 24. §. 1.* Exemplum exstat apud Plautum in *Casin. Act. I. Sc. I. v. 12.*

*Quin potius id, quod tibi legatum est, negotium,
Id curas.*

Inde etiam *legati* dicuntur, qui cum mandatis ad externos mittuntur, et *relegati*, qui lege civitatis ex urbe vel provincia abesse jubentur. Quare ex ipso vocabulo fluit, quod legata verbis imperativis relinquenda sint 2). Olim etiam ita differebant legata et fideicommissa, quod hæc relinqui etiam possent codicillis testamento non confirmatis: illa autem non nisi confirmatis testamento. Apparet non modo ex Ulp. *Fragm. Tit. 25. §. 3. 8.*, verum et ex loco memorabili Plinii *Lib. I. ep. 16.*, ubi eleganter Plinius: non codicillos confirmatos testamento pro non scriptis haberi, etiam iis notum esse, qui nihil aliud sciunt 3). Fideicommissa etiam græce relinqui poterant: legata non nisi latine, quæ vera erat lingua legislatoria. Ulp. *Tit. 25. §. 8. 9. 4.* Legata strictius, fideicommissa benignius erant interpretanda, Tantum erat olim inter legata et fideicommissa

sa discrimen. Sed illud plane sustulisse Justinianum, et legata fideicommissis, hæc autem illis per omnia æquiparasse, paulo post monebimus.

§. DCIII. et DCIV.

Vidimus quid sint legata: jam quæritur *quotuplicia* sint? Olim erant legata quatuor generum, quam divisionem nobis servarunt Theophilus in *paraphr. h. t. Inst.*, Ulpianus in *Fragm. Tit. 25.* et Cajus *Inst. Lib. II. Tit. 5.* Alia nimirum legata relinquebantur *per vindicationem*, verbis: *do, lego, sumito, capito, habeto.* His formulis tantum legari poterant res, quæ in dominio testatoris erant, ejusque legati is erat effectus, ut legatarius mortuo testatore fieret dominus remque tanquam suam vindicare posset. Alia legabantur *per damnationem*, verbis: *hæres meus damnas esto dare, dato, facito, eum dare jubeo.* His formulis legari poterant res tam propriæ, quam alienæ. Unde legatarius non statim fiebat dominus, sed legatum petebat actione personali ex testamento. Alia legabantur *sinendi modo*, verbis: *hæres meus sinito legatarium sumere.* Ea formula relinqui poterant res testatoris vel hæredis propriæ, et effectus is erat, ut legatarius actione personali cogere posset hæredem, ut sineret rem sumere. Denique quædam relinquebantur legata *præcipiendi modo*, verbis: *hæres meus præcipito, præcipuam hanc rem habeto.* Vocari hoc solet prælegatum, et non alii relinqui potest quam uni ex hæredibus. Unde ejus effectus est, ut antequam hæredes hæreditatem dividant, cohæres hoc prælegatum ex communi massa præsumat. Unusquisque videt hujus quadruplicis differentiæ magnum olim fuisse momentum. Et tamen ejus in ff. nunquam fit mentio, quia Tribonianus, ceu jam Salmasius observavit, hæc vocabula ubique expunxit. Rationem videbimus §. sequente.

§. DCV.

Nimirum cum Justinianus animadverteret tot diffe-

rentias jus nostrum paulo difficilius reddere: consilio satis prudente duo ex vetere jure immutavit 1). Dum præter verborum formulas nihil differentiæ esset, sed ea per omnia ejusdem naturæ et indolis haberentur 2). Dum sanxit, ut nec illa legatorum differentiæ esset, sed quacumque formula illa essent relicta, omnia ejusdem effectus essent. Cessant ergo hodie discrimina legatorum et fideicommissorum, quæ §. 602. tradidimus: cessat legatorum differentiæ §. 603. explicata, adeoque nonnisi unum genus legatorum usu fori hodierni receptum est.

§. DCVI.

Progredimur more nostro ad axiomata, quæ ex hactenus dictis fluunt. Quorum 1) hoc est, omnia legata et fideicommissa quibuscumque formulis relicta ejusdem effectus sunt, §. 2. *Inst. h. t.* Hoc axioma ex eo fluit, quod superiore §. omne legatorum et fideicommissorum discrimen à Justiniano sublatum esse diximus 2). Legata omnia et fideicommissa ita exæquata sunt, ut quod fideicommissis deest, ex natura legatorum, et quod legatis deest, ex natura fideicommissorum suppleri possit. Sic e. g. supra diximus, legata olim tantum latine potuisse relinqui, fideicommissa etiam græce. Sed quia hodie legata et fideicommissa per omnia exæquata sunt, etiam legata græce et qualibet lingua recte relinquuntur 3). Legatæ speciei dominium sine omni traditione statim ad legatarium transit à momento mortis testatoris. In hæreditate rem se aliter habere supra vidimus. Illius enim dominium non transit ad hæredem, nisi post aditionem. Sed ratio differentiæ non obscura est. Hæreditas enim quodammodo periculosa est ob latitans æs alienum; et hinc male consuleretur hæredi, si statim hæreditatem acquireret. Legatarius enim nihil æris alieni solvit, adeoque etiam utile ipsi est, quod statim legati fiat dominus 4). Legata sine sollempnita-

te etiam in codicillis relinquuntur; quo ipso differunt ab hæreditate, quæ non potest nisi sollemniter relinqui. Objicere quis posset non valere tamen legata, nisi adhibiti fuerint 5. testes, *L. ult. C. de jur. codic.* Sed respondetur, testes illos non solemnitatis causa adhiberi, sed probationis gratia et ad evitandum falsum. Hinc etiam non rogati testes sufficiunt, immò et mulieres recte adhibentur, quæ alias in testamentis testes esse nequeunt; quamvis rationibus satis levibus contrariam sententiam defendat. BERNH. HENR. REINOLDUS in *Variis*, C. 5. p. 33.

§. DCVII.

Quæstio jam porro est, quis legare possit? Id patet ex ipsa definitione. Dicimus enim legatum esse delibationem hæreditatis, §. 602. Quicumque ergo potest hæredem instituere vel testamentum condere, idem potest legata relinquere. Unde repetendus hic est totus titulus *Lib. II. XII. de his, quibus non est perm. test. fac.* Sic. e. g. in illo titulo vidimus impuberem, vel filiumfamilias non posse condere testamentum. Ergo per se patet eosdem nec legata relinquere posse. Contra, quia didicimus filiumfamilias testari posse de peculio castrensi et quasi castrensi, nemo dubitat quin etiam legata ex isto pro lubitu dare possit.

§. DCVIII.

Nec difficilior est quæstio quibusnam fideicommissa et legata relinqui possint? Resp. 1). Omnibus, qui possunt hæredes institui, de quibus egimus supra *L. II. T. XIV. §. 535. et seq.* Hinc quia vidimus collegia illicita non posse hæredes institui, consequens est ut nec legata accipere possint. Exceptum est solum legatum alimentorum, quod tam favorabile habetur, ut etiam incapacibus relinqui possit, *L. XI. ff. de alim. et cibur. leg.* Quemadmodum 2) supra vidimus hæredes institui posse personas incertas, pauperes, civitates, colegia licita, posthumum alienum: ita iisdem legata

relinqui possunt. Inutiliter contra legatur servo hæredis, quum enim servus quidquid acquirit domino adquirat: sane si servo hæres juberetur legatum solvere, perinde esset ac si sibi ipsi solveret legatum; id quod sane esset absurdissimum. Vid. *L. 116. de legat. 1.*

§. DCIX.

Porro quæritur, à quo legari possit? Sed ante omnia recte intelligenda est phrasid: *Ab aliquo enim legare* significat injungere alicui, ut legatum solvat. Quomodum igitur hæc significatio vere est juridica, ita sensus quæstionis est, cuinam testator injungere possit ut legatum præstet? Resp. Olim legari tantum potuisse ab hæredibus, fideicommitteri autem ab omnibus, qui aliquid ex testamento acciperent. Sed postquam legata et fideicommissa per omnia æquiparata sunt, regula observanda: omnibus, qui aliquid ex testamento accipiunt, injungi posse, ut legata et fideicommissa solvant, modo non magis onerentur quam onerati sunt. Hinc nullum est dubium, quin hodie legata relinquì possint ab hærede, legatario, fideicommissario donatario mortis causa. Sic. e. g. testator dicere potest: Sejo lego fundum Cornelianum, Sempronio 3000., à Sejo solvenda. Ast si Sejo relicta essent 3000., et ipsi injunctum ut legatum solveret Sempronio 4000., absurdum hoc esset legatum, quia Sejus magis oneraretur quam oneratus erat. Ex eodem patet, nemini legari posse rem propriam, vel quod idem est nemini legari posse à se ipso. Quæ enim liberalitas esset legantis mihi id, quod meum est? Si tamen testator mihi domum meam legaverit sub conditione, si mea esse desierit: validum est hoc legatum, quia tunc hæres eo casu, quo domus mea esse desiit, illam aut redimere mihi, aut æstimationem præstare tenetur, *L. 1. ult. ff. de reg. Catonian.*

§. DCX. et DCXI.

Præcipua quæstio est, quænam res legari possint? Resp. 1) Legari posse omnia, quæ sunt in rerum natu-

ra, vel saltem existere possunt. Sic e. g. si quis Sempronio leget vindemiam futuri anni, ista vindemia quidem nondum est in rerum natura, quia tamen existere potest, et spes superest illam existitaram, legatum hoc omnino validum habetur. Cum quoque 2) res sint vel corporales vel incorporales, utrarumque legatum utiliter relinquitur. Sic nemo dubitat, quin legari possit ususfructus, servitus, jus venandi, nomen, quum tamen hæc omnia sint incorporalia 3). Istud tamen unum requiritur, ut res legata sit in commercio: alias enim nec dari, nec accipi posset. Hinc absonum esset legatum templi, maris, portus et similium, quia hæc res omnes commercio privatorum exemptæ sunt, *L. 49. §. 2. 3. ff. de legat. 2.* Elegans hic nascitur quæstio: Si fructus futuri ex certo fundo legati sint, an, si nihil in isto fundo nascatur, legatum nihilominus aliunde præstandum sit? Resp. Distinguendum esse utrum fructus adjectus sit demonstrationis causa, an taxationis causa. Prius, factum intelligitur si fundi mentio fit non in eadem, sed separata propositione. E. g. Titio lego centum amphoras vini, quas ex vinea Corneliiana petere potest. Posterius autem, si fundi mentio fit in eadem propositione, e. g. Titio centum amphoras vini ex vinea Corneliiana do, lego. Jam priore casu, etiamsi nihil in vinea nascatur, tamen præstandæ sunt 100. amphoræ vini. *L. 13. ff. de tritico, vino, oleo legato.* Posterio-
re si nihil natum, nihil quoque præstandum est, *L. 5. ff. eod.*

§ DCXII. et DCXIII.

Deinde res quum sint vel propriæ vel alienæ, quaeritur, an et hæc per modum legati relinqui possint? Pontifex in *cap. ult. X. de testamentis* iniquum et impium hujusmodi legatum existimat, quippe quod repugnet præceptis postremis decalogi. Sed eo ipso satis ostendit, se non intellexisse, quid legatum rei alienæ sit jure Romano. Dum enim hoc legata rerum alienarum adpro-

bat, non vult ut alii res invito auferatur: sed tantum hæredi imponit necessitatem, ut aut rem legatam à domino redimat, et illam legatario tradat, aut si dominus vendere nolit, ejus æstimationem præstet, §. 4. *Inst. h. t.* Valet ergo rei alienæ legatum, e. g. Titio vicini mei ædes do, lego. Legatarius enim aut ædes illas accipit, aut earum æstimationem. Unus tamen exceptus est casus, si testator rem alienam esse ignoraverit. Tunc enim præsumptio est illum legaturum non fuisse, si rem alienam esse scivisset, §. 4. *eod.* Quid vero si legatarius rem istam alienam jam adquisiverit, quæ sibi testamento legata est? Resp. Tunc distinguendum esse utrum adquisiverit illam titulo oneroso, an lucrativo. Priore enim casu hæres ei nihilominus æstimationem præstat: posteriore legatum erit inutile, quia *duæ causæ lucrativæ in eandem rem, eandemque personam cadere non possunt*, §. 6. *eod.* Probe observanda est hæc regula, ex qua quatuor elegantes fluunt conclusiones. Nam 1) inde sequitur, ut si ante mortem testatoris emerim ædes vicini, quas mihi testator rei ignarus legaverat, earum mihi præstandam esse æstimationem, quia emptio est titulus onerosus, §. 6. *Inst. h. t. 2.*) Ut si ædes vicini duorum testamentis mihi legatæ sint, et ex uno jam illas acceperim, ex altero æstimationem petere non possim, quia illas titulo lucrativo accepi: contra si ex priore testamento tantum æstimationem acceperim, ex posteriore adhuc petere possim, quia illam plane nondum habeo, adeoque nec titulus lucrativus, nec onerosus adest 3). Ut si vicini ædes mihi legatæ sint, et ego tantum earum partem adquisiverim titulo lucrativo, tunc adhuc alterius partis æstimatio debeatur. *L. 28. pr. ff. de legat 4.*) Ut si rei alienæ mihi legatæ proprietatem sine usufructu adquisiverint titulo oneroso, tunc solius proprietatis æstimationem recipiam. Res enim ita legata videtur, ut se jam habet. *L. 10. C. h. t.*

§. DCXIV.

Quæritur jam porro, an et res oppignoratæ legari possint? E. g. si testator poculum argenteum oppignoravit 20. imperialibus, idque postea legat Mævio, an inutile legatum erit? Affirmatur. Si enim legare licet res alienas quidni etiam oppignoratas, quum in istis adhuc proprietatem habeat testator? Eadem tamen exceptione, quæ superius fuit addita. Nempe si probari potest ab hærede testatorem ignorasse oppignorationem, illud legatum nullius momenti erit, quia presumptio est testatorem non fuisse legaturum, si rem perspectam habuisset, §. 5. *Inst. h. t.* Sed quæritur, quem effectum habeat ejusmodi legatum rei oppignoratæ? Resp. Ut hæres istud pignus luere et legatario deinde tradere teneatur, nisi expresse adjecerit testator ipsum legatarium luere teneri, *L. 57. ff. de legat. 1.*

§. DCXV.

Curiosa in primis quæstio est, si testator e. g. mihi fundum suum legaverit, eumque deinde vivus alienaverit, an nihilominus utile sit hoc legatum? Denuo hic jura nostra distinguunt, utrum necessaria sit illa alienatio, an mere voluntaria? *Necessaria* dicitur, quæ urgente aliqua necessitate fit, e. g. ad dissolvendum æs alienum: *voluntaria* autem quæ nulla cogente necessitate fit. Jam priore casu legatum adhuc utile manet, ejusdemque effectus est ac legatum rei alienæ, §. 602. seq.: posteriore autem evanescit legatum, quia dum testator sine necessitate rem alienat, id eo consilio fecisse intelligitur, ut adimat legatario legatum. Ut paucis dicam, præsumptio est illum benevolentiam erga legatarium, adeoque voluntatem legandi mutasse, §. 12. *Inst. h. t.*

§. DCXVI. et DCXVII.

Sæpe etiam relinquitur legatum *nominis*, *liberationis*, et *debiti*, quæ species accurate sunt distinguendæ. *Legatum nominis* est, quando testator Titio legat quod

debet sibi Sempronius: *legatum liberationis*, quando legatario relinquitur quod ipse debet: denique *legatum debiti*, quando testator legat legatario quod ipse illi debet. Quod ad legatum *nominis* adinet, istius effectus est, quod hæres teneatur legatario actiones cedere, §. 21. *Inst. h. t.* Quid vero si nomen istud non sit bonum, adeoque legatarius nihil accipiat à debitore? Resp. Hæredem ad nihil ulterius teneri, sufficit enim illum legatario præstitisse jus, quod ipse habeat; casum enim nemo præstat. Legatum *liberationis* in eo consistit, quod hæres legatario teneatur reddere chirographum, pignora aliasque cautiones, et sic illum penitus liberare, *L. 3. §. 2. ff. 2. de liberat. leg.* Elegans hic quæstio est, si testator vivus debitum exegerit, an nihilominus legatum adhuc utile maneat? Sed hic eadem valet distinctio, quæ ad §. proxime antecedentem explicata est. Si enim testator ex necessitate debitum exegerit, adhuc valet legatum tum nominis, tum liberationis: sin nulla urgente necessitate id fecerit, legatum videtur ademisse et mutasse voluntatem, *L. 11. §. 12. et 13. ff. de leg. 3.* Præcipua autem hic inspectio est, an et *legatum debiti* sit utile? Quæ enim liberalitas est, si debitor legat creditori quod ipsi debet? Sane hæres et sine legato obstrictus est ad æs alienum defuncti dissolvendum. Sed nihilominus plerumque contingit, ut hujusmodi legatum sit utile, et quidem 1) si testator *sub conditione* debet, vel *in diem*. Tunc enim utilitas legati summa est ob repræsentationem, i. e. quia statim hæres ad solutionem obligatus est 2). Si debitum tantum sit chirographarium. Nam per legatum legatarius accipit jus hypothecæ in omnibus bonis hæreditariis 3). Si debitum non sit satis liquidum; tunc enim legatario istud commodum accedit, ut veritatem debiti probare possit ex testamento. Et ita intelligendus est §. 14. *Inst. h. t.*

§. DCXVIII.

Sequitur *prælegatum dotis*, quod non est confun-

dendum cum *legato dotis*. Differentia hæc est. Prælegatum dotis est, quando maritus uxori legat quod hæc dotis nomine intulit: legatum autem dotis est, quando quis virgini innuptæ aliquid legat quod futuro sponso in dotem det. Jam de prælegato dotis loquimur, et quæritur an istud sit utile? Nam soluto matrimonio dos uxori etiam sine ejusmodi prælegato restituenda est. Nihilominus hoc legatum utilissimum est 1) ob repræsentationem. Quum enim alias dos in pecunia numerata consistat, demum anno elapso restituenda est. Prælegatum statim peti potest; aut, nisi in continenti solvatur, usuræ exigi possunt à vidua 2). Per ejusmodi prælegatum uxor liberari potest à probatione illationis. Adest enim confessio testatoris, quam hæres in dubium vocare non potest 3). Aliquando per ejusmodi prælegatum dotem recipit uxor, quam non intulit, modo testator certam summam expreserit. E. g. si maritus in testamento scripserit 3000., quæ uxor mihi in dotem dedit, illi relego: uxor accipit 3000., quamvis hæres probare velit eam ne obolum quidem intulisse. Aliud dicendum est, si testator summam non expreserit, tunc enim tantum recipit uxor, quantum se intulisse probare potest, *L. 1. §. 7. ff. de dot. præleg.*

§. DCXIX. DCXX. et DCXXI.

Magna quoque cura distinguenda sunt legata **GENERIS**, **SPECIEI**, et **QUANTITATIS**. *Genus* vocant **JCTI**, quod philosophis est species, e. g. equus, liber, vestis: *Species* contra **JCTIS** est, quod philosophis individuum, e. g. equus in stabulo, Cujacii opera ex bibliotheca, pallium rubrum ex vestiario. Denique *quantitas* est genus numero definitum, e. g. quatuor equi, mille floreni. Quod ad *legatum speciei* adinet, de eo observandæ sunt conclusiones sequentes. 1) Species legata non hæredi perit, sed legatario. E. g. si equus in stabulo mihi legatus sit, et iste post mortem testatoris perierit, damnum non est hæredis, qui nullum alium

mihi reddit, sed legatarii. Ratio est duplex. (a) Quia speciei legatae dominium statim à morte testatoris ad legatarium transit, et res perit suo domino. (b) Quid hæres tantum est debitor speciei, iste autem liberatur si species pereat, *L. 23. L. 49. pr. ff. de V. obl.* Exceptio tamen hic addenda duplex. Prior, si hæres in mora fuerit, siquidem tunc res hæredi, non legatario perit: posterior, si res culpa hæredis interierit; tunc enim tanquam debitor præstat culpam etiam levissimam, *L. 47. §. penult. ff. de legat. 1. 2*) Duabus speciebus legatis copulative, dispiciendum est, an utraque sit principalis, an altera principalis, altera accessoria. Priore casu, una pereunte altera adhuc debetur: posteriore, pereunte principali non debetur accessoria, *§. 17. Inst. h. t. E. g.* legavit mihi aliquis equum et bovem tunc equo pereunte bos adhuc debetur. Contra, si quis mihi legaverit equum cum ephippio et ornamentis; mortuo equo nec ephippium nec ornamenta debentur, quia accessorium suum principale sequitur. 3) Legata universitate, e. g. grege, et incrementum et decrementum lucro vel damno legatarii cedit. Hinc si e. g. grex legatus tempore mortis testatoris fuerit 100., ovium et postea per foeturam auctus sit ad capita 150., lucrum est hoc legatarii. Contra, si grex ille decreverit per mortalitatem usque ad 20. capita, damnum itidem erit legatarii; ob rationem supra allegatam, quia legatae speciei dominium ad legatarium transit statim à morte testatoris, *§. 18. Inst. h. t.* Hæc de legato speciei. Quod ad *generis legatum* adinet, de eo notandæ sunt duæ conclusiones 1) Quod illud utile sit, si genus sit infimum, et quod certam à natura determinationem habeat: non autem si sit summum, et incertæ determinationis. E. g. equus est genus infimum, et unusquisque scit quid sit equus. Animal autem, vel res, sunt genera summa: et hinc absurdum et ridiculum foret legatum, si quis Titio relinqueret animal, vel rem. Sic enim hæ-

res liberaretur, si vel murem vel pediculum obtulisset legatario, *L. 71. ff. de leg. 1. 2*) Electio in legato generis est penes legatarium, sed ita ut non possit optimum eligere. E. g. si testator mihi legasset equum è stabulo suo, tunc non penes hæredem est arbitrium, quem mihi dare velit; sed mihi competit electio, dummodo non optimum eligam, §. 21. *Inst. h. t.* Quo ipso hoc legatum differt à legato optionis vel electionis, de quo §. seq. agitur.

§. DCXXII.

Legatum optionis vel electionis dicitur, quando testator disertis verbis id indulget legatario, ut ex pluribus ejusdem generis sibi aliquid eligat. E. g. Titius ex stabulo equum quemcumque elegerit, habeto. De hoc legato sequentia sunt notanda. 1) Quod hic legatarius etiam possit optimum eligere, quod non poterat in legato generis. 2) Quod si semel elegerit, pœnitentiæ non sit locus, sed sibi ipsi imputare debeat legatarius quod prudentius non elegerit 3). Quod olim jure vetere hoc legatum exspiraret, si legatarius vivus non elegeret, adeoque tunc ejus hæres eligere non posset. Ut paucis dicam, legatum hoc ante optionem factam non transmittebatur ad hæredes. Sed id mutavit Justinianus, *L. ult. C. com. de legat. et fideicomm.* permisitque hæredibus legatarii, ut hoc mortuo ipsi adhuc possint eligere; ut adeo hoc quoque legatum hodie statim ad hæredes transeat.

§. DCXXIII.

Superest adhuc una regula *legato generis et quantitatis* communis, quæ ita sese habet: *nec genus nec quantitas pereunt.* Ejus insignis est utilitas. Nam si e. g. mihi legatus sit equus, vel summam 100. florenorum, et hæres equum, quem mihi daret, sibi comparavit, vel summam istam immensam numeraverit, fur autem et equum et summam surripiat: hæres non poterit se excusare, aut ideo à præstatione legati liberari, quia genus

et quantitas semper in mundo sunt, neque unquam intereunt.

§. DCXXIV.

Denique quæstio est, an et *FACTA legari* possint? Affirmo, partim quia et facta nobis utilitatem præstant, partim quia testatori licet hæredem damnare ad faciendum quodecumque ipsi placeat, modo factum illud nec turpe sit, nec ridiculum et illusorium. Hinc valet legatum ejusmodi: hæres meus damnas esto, ut quotannis Titii agrum colat. Absurdum autem esset tale legatum hæres meus damnas esto, ut in Titii die natali nudus saltet in loco.

§. DCXXV.

Sequitur jus alioquin omnium difficillimum et longè subtilissimum, nempe *Jus Adcrescendi*, quod tamen in paucas, easque perspicuas regulas redigi potest. Est vero *Jus Adcrescendi* jus, quo portio collegatarii deficientis alteri adcrecit. Hoc jus non solum in legatis valet, verum etiam in hæreditatibus, sed ex ratione diversissima. Nam in hæreditate jus adcrecendi est necessarium, quia nemo potest pro parte testatus, pro parte intestatus decedere, §. 542. Si autem testator hæredes instituisset Sempronium et Mævium, et hic portionem suam repudiaret, illa devolveretur ad hæredem ab intestato, nisi cohæredi adcreceret. In legatis autem jus adcrecendi tantum ex præsumpta testatoris voluntate oritur. Dum enim Titium et Mævium in uno legato conjunxit, procul dubio voluit, ut unius portio deficiens potius ad conjunctum deveniret, quam apud hæredem maneret. Hinc etiam magna est differentia inter jus adcrecendi hæredum et legatariorum. Nam 1) hæredi adcrecit etiam invito: legatariis non semper, sed plerumque volentibus 2). Hæredibus semper adcrecit cum onere: legatariis aliquando sine onere 3). In hæreditate testator non potest prohibere jus adcrecendi: in legatis potest, *L. 57. §. 1. ff. de usufr. L. 7. de re jur.*

Quæritur autem, quænam sunt juris ad crescendi requisita? Resp. Duo. Unum, ut collegatarius deficiat, et quidem ante mortem testatoris. Nam si illum vel momento supervixit, legatum ad hæredes devolvitur, adeoque legatario ad crescere non potest, *L. un. §. 5. de caduc. toll.* Alterum, ut sint conjuncti. Conjuncti autem adpellantur legatarii, qui ad eandem rem vocati sunt; ut Titio et Mævio fundum meum do, lego. Contra, si e. g. Titio legata sit domus, Mævio autem ager, alterutro deficiente alteri nihil ad crescit, sed legatum in hæreditate manet.

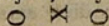
§. DCXXVIII.

Dispiciendum jam porro est, quotuplex sit conjunctio? A JCTIS. dividitur in eam, quæ fit RE TANTUM, VERBIS TANTUM, et MIXTUM, scil. re et verbis simul. RE autem dicuntur conjuncti, quando plures ad eandem rem vocantur, sed diversis propositionibus. E. g. Titio fundum Cornelianum do, lego. Solent hi conjuncti in schemate proponi per articulos sine vinculo vel ne-
Titius Mævius

xu, ○ ○. Vocantur hi etiam disjuncti, quia in diversis propositionibus eorum nomina occurrunt. VERBIS tantum dicuntur conjuncti, qui ad eandem rem una propositione vocantur, sed adjectis partibus, non quidem physicis, ut res loco dividatur inter legatarios (sic enim plane non essent conjuncti), sed intellectualibus. E. g. si testator ita dixerit: Titio et Mævio fundum Cornelianum, illi cis flumen, huic trans flumen do, lego: nulla inter hos erit conjunctio, quia revera legatarii non sunt ad eandem rem vocati, *L. 1. pr. ff. de usufr. ad cresc.* Contra si ita scripserit testator: Titio et Mævio hunc fundum ex æquis partibus do, lego: conjuncti erunt verbis, et hi notantur circellis lineola
Titius Mævius.

intermedia junctis. ○ — ○. *Mixtum*, scil. rebus et

verbis simul conjuncti dicuntur, quibus eadem res eadem propositione partibus non divisim legata est, e. g. Sejo et Cajo fundum Cornelianum do, lego. Hi exprimentur per circellos cruce decussata intermedia junctas. Sejus, Cajus



L. 89. ff. de leg. 3. et L. 142. ff. de V. S.

§. DCXXIX.

Præmissis hisce definitionibus jam facile intelligentur regulæ de jure ad crescendi observandæ 1). Si legatarii verbis tantum, vel mixtim conjuncti sunt, portio deficientis ad crescit conjuncto. Hinc in secundo schemate deficiente Titio ejus portio soli Mævio ad crescit: et in tertio schemate deficiente Cajo, ejus portio ad crescit Sejo 2). Si re tantum conjunctus deficit, ejus portio ad crescit omnibus, ita tamen ut verbis et mixtim conjuncti habeantur pro una persona. Id ex hoc exemplo intelligetur. Primo fundum hunc do, lego. Secundo eundem do, lego. Tertio et quarto eundem do, lego æquis partibus. Quinto et sexto eundem do, le-

go. ^{1 2 3} ○ ○ ○ — ^{4 5 6} ○ ○ ⊗ ○. Jam fingamus, deficere secundum; tunc ejus portio ad crescit omnibus, sed ita ut primus accipiat unam tertiam, tertius et quartus alteram, et quintus et sextus reliquam. Posteriores enim tanquam collegæ pro una persona habentur 3). Mixtim et verbis tantum conjunctis ad crescit volentibus, sed cum onere: re conjunctis etiam nolentibus, et sine onere. Hæc tota est doctrina de jure ad crescendi, quam vulgo tam obscure proponunt, quum tamen hisce tribus regulis, et totidem observatis definitionibus, res omnis clara et perspicua sit.

§. DCXXX.

Superest, ut etiam de modo legandi dicamus. Legari autem potest 1) *pure*, 2) *in diem*, sic ex die quod fieri non poterat in hæreditate, §. 544. 3) *sub condi-*

tione, 4) *sub demonstratione*, 5) *sub causa*, 6) *sub modo*; de quibus singulis seorsim erit agendum.

§. DCXXXI.

PURE legatur, quando à nulla circumstantia, vel eventa res suspenditur; e. g. Titio lego 100. De puro ejusmodi legato observanda regula est: dies ejusmodi legati et cedit et venit statim à morte testatoris, *L. un. §. 1. C. de caducis toll.* Cæterum *cedere* dicitur dies, quando debetur quidem, sed res nondum exigi potest. Contra *venire* dicitur dies, ubi jam debitum potest exigi. Unde sensus hujus regulæ est, legatum pure relictum et deberi et exigi posse statim à morte testatoris. Unde etiam, si hæres in mora fuerit solvendi, statim ab eo exigi possunt usuræ. Exceptio tamen addenda est, quod omnia legata, quæ ad hæredes non transeunt, non cedant à morte defuncti, sed ab adita hæreditate. Talia legata sunt ususfructus, usus habitationis, libertatis, et olim etiam optionis, quam immutatam esse à Justiniano supra ostendimus, §. 622.

§. DCXXXII.

LEGATUM EX DIE, vel IN DIEM relictum est cui terminus vel à quo, vel ad quem adjectus est. E. g. Titio legatum *ex die* relictum est, quando certum tempus additur, tanquam terminus à quo: e. g. Titio lego domum meam post decennium à morte mea. Contra *in diem* legatur, quoties tempus adjicitur legato, tanquam terminus ad quem: e. g. Titio hortum lego per decennium. Priore casu, si dies certus est, dies legati statim cedit, sed non nisi post decennium venit: posteriore statim et cedit et venit dies. Quid vero, si dies incertus sit, adeo ut nondum constet an exstiturus sit? Resp. Tunc dies pro conditione habetur, ceu jam observavimus supra §. 554. *L. 75. ff. de condit. et demonstr.*

§. DCXXXIII.

DE LEGATO CONDITIONALI nihil est, quod hic ad-

damus. Omnia enim occupata jam sunt supra, ubi de hæredis institutione actum, §. 545. seq. Unica notanda est regula: Legati conditionalis dies nec cedit nec venit ante existentem conditionem, *L. 4. §. 2. ff. quando dies legati cedat*. Ex quo sequitur, ut si ante conditionem legatarius moriatur, ille nihil plane ad hæredes suos transmittat, sed legatum plane exspiret.

§. DCXXXIV.

Sub DEMONSTRATIONE legare dicitur testator quoties vel personæ vel rei legatæ addit descriptionem e. g. Titio, qui res meas administravit, lego 100. Mævio lego domum, quam à Sempronio emi. De hujusmodi legato observandum, falsam demonstrationem illud non vitare, modo de persona, vel re aliunde constet. Hinc si vel maxime falsum sit, Titium defuncti negotia administrasse, vel domum à Sempronio esse emptam: nihilominus tamen legatum utile, effectumque suum sortietur, §. 30. *Inst. h. t.*

§. DCXXXV.

Sequitur legatum SUB CAUSA relictum. Per causam autem hic intelligimus impulsivam, quam testator in testamento exprimit; e. g. Titio, quia causas meas in foro egit, do, lego 100. Hic eadem obtinet regula: falsa causa legatum non vitiat, §. 31. *Inst. h. t.* Quia enim testator est instar legislatoris, legi autem parendum est, etiamsi legislator falsam causam allegaverit, idem et in legatis obtinet. Exceptio tamen est, si testator in causa erraverit, et hæres probare posset testatorem non fuisse legaturum, si rem rectius scivisset; tunc enim hujusmodi legatum nullius momenti est, *L. 72. §. 6. ff. de condit. et demonstr.*

§. DCXXXVI. seq.

Denique SUB MONO legatum dicitur relinqui, quando certus finis exprimitur, ad quem legatum relinquitur; e. g. Titio 300. do, lego, ut doctor fiat. Hujus legati dies et cedit statim et venit, modo cautionem præ-

tet legatarius se isti fini satisfacturum, aut si non satisfaciat, se legatum redditurum, *L. 40. 80. ff. de condit. et demonstr.*

§. DCXXXVIII.

Quamvis vero magna sit testatorum libertas, prohibita tamen sunt *legata captatoria*, et veteri jure *pœnæ nomine relicta*. CAPTATORIA dicuntur, quando quis alteri legatum relinquit sub contione, ut alter etiam sibi relinquat; tunc enim vere captat alterius bona; e. g. Titio, si mihi totidem legaverit, 1000. florenos do, lego. Quum ergo hoc legato nihil sit turpius, illud merito nullum esse jusserunt leges. Ratio est insignis nequitia hæredipetarum, qui defunctos captabant quovis modo, quorum artes eleganter descripsit Corn. van. Bynkersh. in opusculo *de captatoriis institutionibus*. Non magis olim valebant legata *pœnæ nomine relicta*, per quæ intelligitur legatum quodvis coercendi hæredis causa relictum, e. g. Titius hæres meus, filiam suam si fratri meo uxorem non dederit, principi 10000. solvito. Sed Justinianus §. *ult. Inst. h. t.* ejusmodi legata valere jussit, modo hæredi nihil turpe injungatur; e. g. hæres meus nisi filium occiderit, Mævio 10000. solvito. Vir ampliss. v. Bynkersh. in opusculo *de legatis pœnæ nomine relictis*, Justinianum ne intellexisse quidem putat quid sit legatum pœnæ nomine relictum. Illud enim veteribus nihil aliud fuisse, quam quo hæres coarcebatur, ut turpe aliquid faceret. Sed si dicendum quod res est, excusandus potius videtur Justinianus, siquidem eodem modo ejusmodi legata definit Ulpianus *Fragn. Tit. 24. §. 17.* Sæpe enim testatores stolidi sine omni ratione ridiculum quid injungebant hæredi, et nisi voluntati suæ pareret, illum damnabant ut legata solveret. Exemplum hujus stultitiæ egregium exstat ap. Hor. *lib. II. Satyr. 3. v. 84.*

Hæredes Staberi summam incidere sepulchro;
Ni sic fecissent, gladiatorum dare centum

Damnati populo paria atque epulum, arbitrio Arri;
 Frumenti quantum metit Africa.
 Ejusmodi ergo legata merito explodebant leges vete-
 res, quamvis Justinianus id mutarit, ut diximus.

§. DCXXXIX.

Ultima superest quæstio, quæ actiones competant legatariis et fideicommissariis ad legata relicta consequenda? Resp. Tres illis dari actiones. *Prima* est ex quasi contractu, adeoque personalis, et vocatur actio ex testamento. Quia enim hæres adeundo hæreditatem cum legatariis quasi contrahit, §. 596.; hinc legatarius agit adversus hæredem ad legata cum usuris à tempore moræ solvenda. *Secunda* est actio rei vindicatoria, adeoque realis. Cum enim dies legatorum cedat à tempore mortis testatoris, dominium etiam rei legatæ statim transit ad legatarium, §. 606. 3.; et hinc tanquam dominus vindicat rem à quocumque possessore. *Tertia* actio est hypothecaria, vel quasi Serviana, quæ ideo competit legatariis, quia habent tacitam hypothecam in omnibus bonis hæreditariis. Quamvis vero hæ tres actiones omnino dentur legatario, facile tamen patet rei vindicationi non esse locum, nisi ubi certa species legata sit; siquidem genus et quantitas tanquam res incorporalis vindicari nequeant.

TIT. XXI.

DE ADEPTIONE ET TRANSLATIONE LEGATORUM.

§. DCXL.

Servat institutum suum Justinianus, et quum hactenus actum sit de modo, quo legata relinquuntur, etiam

queritur, quomodo adimantur et transferantur. Sane voluntas hominum ambulatoria est usque ad mortem, et hinc nullum est dubium, quin testator legatum legatariis adimere, vel illud ad alium transferre possit.

§. DCXLI. DCXLII. et DCLIII.

ADIMI dicitur legatum quando testator, quod antea legaverat, jam non legat; idque fit vel ipso jure, vel ope exceptionis. IP SO JURE adimitur legatum vel verbis, vel factis. VERBIS, quando testator posteriore testamento vel codicillis declarat se, quod antea legaverat, jam non legare, *pr. Inst. h. t.* Imo sufficit, si declaratio hæc fiat viva voce præsentibus duobus testibus. FACTIS adimuntur legata 1), si ea induxerit vel deleverit 2), si rem legatam corruperit, vel in aliam formam redegerit. Ubi tamen in *L. 88. ff. de leg. 3.* elegans occurrit distinctio, utrum res ad priorem formam reduci possit, nec ne? Si prius, legatum non extinguitur: e. g. si ex argento, quod legaverat testator, pocula confici jusserit. Posteriore omnino ademptum intelligitur; e. g. si ex lana, quam legaverat, testator pannos conficiendos curarit 3). Si testator præter necessitatem rem legatam distraxerit, vel alio modo alienaverit. Inde enim nasci præsumptionem, quod legatum legatario adimere voluerit, supra docuimus, §. 615. Hactenus ergo vidimus quomodo legata ipso jure adimantur: videndum, quomodo PER EXCEPTIONEM id fiat. Hic *L. 3. §. ult. et L. 4. ff. h. t.* nobis elegans exemplum suppeditat. Nempe si legatarius cum testatore inimicitias capitales exercuerit, neque unquam cum eo redierit in gratiam. Quis enim credat aliquem inimico suo legatum relinquere voluisse? Unde hanc regulam elicimus: Ubi cumque aliquid contingit, ex quo præsumi possit testatorem mutavisse animum, ubi legatum ope exceptionis adimitur. Opponitur enim ab hærede legatario generalis exceptio *doli mali*.

§. DCXLIV.

Sequitur legatorum TRANSLATIO, quæ fieri dicitur quotiescumque mutatio quædam contingit circa legatum. Transfertur legatum quadrupliciter 1). Ut mutetur persona legatarii, veluti quando Titio legat testator quod Mævio legaverat 2). Ut mutetur ipsa res legata, e. g. quando testator prius ædes suas legaverat, et pro iis postea legat bibliothecam 3). Ut mutetur persona, à qua legatur, e. g. si solutio injungitur legatario cuidam, quam ex priori testamento hæres facere tenebatur 4). Ut mutetur ipsa legati natura, vel legandi modus, e. g. ut quum ante pure esset legatum, jam adscribatur dies, vel conditio. Ex quibus patet, vocabulum *transferre* Jctis. hic aliud significare quam reliquis auctoribus, idemque esse ac mutare. Circa primum modum transferendi legata unum adhuc observandum videtur, in ea semper repetendum esse nomen proprium prioris legatarii. Alias enim non est translatio legati, sed potius conjunctio utriusque legatarii, L. 34. pr. ff. de legat. 1. Hinc e. g. si testator dixerit, fundum, quem Titio legavi, Mævio lego, erit legati translatio. Sin vero in priore parte testamenti scripserit, Titio fundum meum do, lego: et in postrema parte, Mævio fundum do, lego: tunc erunt conjuncti, quia Titii nomen non est repetitum.

§. DCXLV.

Sed quæritur, quomodo translatio fieri debeat? Ademptio enim non nisi probationem exigebat: imo ut ope exceptionis ademptum videretur legatum, sola sufficiebat præsumptio. An ergo idem in transferendo legato obtinet? Resp. Minime. Qui enim transfert legatum, iste non solum prius adimit, sed et novum relinquit. Non autem potest novum legatum relinqui sine quinque testibus, §. 606. 4. Hoc ideo notandum quia sæpe contingere potest, ut translato legato nec prior legatarius illud accipiat, nec posterior. Ut ecce, si quis coram tribus testibus dixerit, fundum, quem Ti-

tio dedi, Mævio lego: neuter fundum capiet. Non Titius, quia ipsi ademptum est coram tribus testibus: nec Mævius, quia non adfuere quinque testes ad transferendum legatum necessarii.

§. DCXLVI. et DCXLVII.

Hæc de ademptione et translatione legatorum. Subjungimus quædam de modis aliis, quibus legata expirant. Id autem fit 1) vel ob supervenientem casum, vel 2) quia lex hujusmodi legatum pro non scripto habet, vel 3) quia illud tanquam indigno aufertur. I. Casu superveniente legata extinguuntur ob quinque rationes (α). Si legatarius ante testatorem decesserit. Dies enim legati cedit à morte testatoris, §. 631. Ergo vivo testatore illud nondum adquisiverat legatarius. Quod nondum habebat, non poterat ad hæredes transmittere. Ergo hæredes ejus legatum non accipient, adeoque illud expirabit, nisi habeat conjunctum aliquem legatarium, ad quem portio deficiens jure ad crescendi devolvatur (β). Exspirat legatum rei alienæ, si illam legatarius jam vivo testatore titulo lucrativo adquisiverit, quia duæ causæ lucrativæ in eandem personam et eandem rem non cadunt, §. 612. et seq. (γ) Si legata res perierit. Sed id tantum intelligendum de legata specie, quæ extincta præstari non potest: non autem de genere et quantitate; de quibus jam supra regulam vidimus, quod nunquam pereant, §. 623. Hinc si bovem legaverit testator, isque perierit, adeo evanescit legatum, ut ne corium quidem debeatur. Patitur tamen hæc regula exceptionem, si culpa vel dolus hæredis accesserit, quippe quam merito præstare debet (δ). Si testamentum infirmatum fuerit. Quam enim supra ostenderimus, §. 568. testamenta vel nulla esse, vel injusta, vel si jure facta sint, rumpi, irrita fieri, destitui, rescindi: ad omnes has species regula nostra pertinet, præterquam ad rescissa testamenta. Si enim, querela inofficiosi testamenti instituta,

testamentum rescinditur, omnia testamenti capita salva sunt præter hæredis institutionem, adeoque tunc legata non evanescent, §. 584. 7. (ε) Si conditio defecerit. Quum eventus legati hujusmodi à conditione suspendatur, per se patet deficiente conditione legatum quoque deficere, quippe cujus dies non cedit, nec venit, ante existentem conditionem §. 633. 2). Aliquando lex legata pro non scriptis habet: de quo casu singularis exstat titulus, nempe VIII. Lib. 34. Contingit hoc (α), quia per naturam legatum exitum habere nequit, e. g. si ambigue locutus sit testator, ut intelligi nequeat, L. 3. 4. 10. 27. ff. de rebus dubiis (β). Si legatum contra leges relictum sit, e. g. incapaci, deportato, captivo, vel ei, qui in rerum natura non est, L. 4. pr. §. 1. de his quæ pro non script. hab. (γ). Si legatum sit turpe, et denotandi magis legatarii gratia relictum. Ita se habent verba, L. 55. de legat. 1. ubi denotare nihil aliud significare videtur, quam ignominia quadam afficere, vel pudorem legatarii lædere; e. g. Titio lego 100. quos adulteræ dare possit (σ). Si quis sibi ipse legatum adscripserit, quum ad scribendas testamenti tabulas adhibitus esset. Quia enim hujusmodi tabulæ suspitione falsi quam maxime laborant, legatum quoque in hæreditate subsidit, adeoque extinguitur, L. 2. 3. C. de his qui sibi adscr. in test. 3). Aliquando legatum legatario tanquam indigno aufertur; eaque legata in fiscum incidunt, paucis exceptis casibus. Cæterum toties auferuntur legata, quoties legatarius, delicto adversus defunctum admissio, indignum se hac liberalitate reddiderit; e. g. si testatorem occiderit, vel ei causam mortis præbuerit, vel nolentem ad testamentum faciendum coegerit. Vid. singularis titulus de his, quæ ut indignis auf., qui est L. 34. Tit. IX.

DE LEGE FALCIDIA.

§. DCXLVIII. DCXLIX. et DCL.

Hic titulus cum superiore ita connectitur quod, quemadmodum hic nobis ostendit quibus modis legata penitus evanescant, ita titulus de lege Falcidia doceat quomodo legata nonnumquam minuantur, i. e. ad minorem educantur quantitatem. Cæterum hic titulus complectitur tres partes, quarum *prima* agit de historia legis Falcidiæ, §. 648; *altera* de jure per hanc legem introducto, §. 651. — 53.; *tertia* de causis ob quas lex Falcidia cessat, §. 654. Quod ad historiam adinet 1), sæpe monuimus L. XII. Tabb. cautum fuisse, *preterfamilias uti legassit, ita jus esto*; qua lege latissimam legandi facultatem datam esse testatoribus, Pomponius observat in L. 120. ff. de V. S. Sed ea latissima facultate pessime abutebantur testatores. Sæpe enim, hærede litis causa instituto, hæreditatem tot legatis exhauriebant, ut nullum luerum ad hæredem perveniret; inde vero magnum oriebatur incommodum. Nam et hæres repudiabat hæreditatem cum nullo lucro conjunctam, et legatarii destituto testamento nihil accipiebant, et hinc totum corruebat testamentum. Quæ cum ita essent, è re visum est hanc licentiam legandi legibus coangustare; ceu loquitur idem Pomponius dicta L. 120. de V. S. Tales leges tres exstabant, quarum *prima Furia*, *altera Veconia*, *tertia Falcidia* adpellatur. *FURIA*, cujus jam Cicero meminit, prohibuit ne quis ultra mille asses cuiquam legatario unquam relinqueret, præterquam personis cognatis; et si plus reliquisset, legatarius quadrupli pœnam solveret. *Ulpian. Fragm. Tit. 1. §. 2. et Tit. 28. §. 7.* Sed hæc

lex parum ad rei summam proficiebat. Si enim testator personis quam plurimis, et singulis quidem mille asses reliquerat æque exhauriebatur hæreditas, ac si paucioribus plus reliquisset. Sequuta est *lex VOCONIA*, de qua singularis exstat et pererudita diss. Perizonii. Ejus auctor erat Quintus Voconius Saxa, trib. plebis A. V. C. 684, Quinto Mavio Philippo et Cn. Servilio Cæpione Coss. Videat. Cic. in *Verrin. Im. c. 42*. Ea lex variis modis coercuit testatorum potestatem. Nam 1) fœminas hæredes institui passa non est. 2) Iisdem non semper legatum relinqui permisit. Ac 3) denique (quod caput præcipue huc pertinet), prohibuit, ne quis ulli legatario plus relinqueret quam ad hæredem pervenisset. Sed tamen et hæc lex, observante Theophilo ad *pr. Inst. h. t.*, facile convellebatur. Nam si quis possidens centum aureos, 99. aliis legasset, et hæres unum tantum acciperet aureum, satisfecisse videbatur legi Voconiaë. Quis vero unum nummum adire voluisset hæreditatem? Quum itaque ne hæc quidem lex scopum attingeret, demum sub Augusto, et ejus procul dubio auctoritate, lata est *lex FALCIDIA* à Publio Falcidio, trib. plebis, A. V. C. 714; ceu totam historiam accuratè enarrat *Dio. Cass. L. 48. hist. p. 430*. Unde ridiculus est error glossæ, quæ Falcidiam dictam esse existimat legem à *falce*, quia legatis aliquid defalctetur, i. e. detrahatur. Cæterum hæc lege prudenter cautum est, 1) ut nemo plus possit legatis exhaurire, quam dodrantem bonorum, i. e. novem uncias 2), ut si plus relictum esset legatariis, singulis pro tantum detraheretur, ut hæres quartam suam salvam habeat. Ipsa verba legitima hujus legis exstant in *L. 1. pr. ff. h. t.*

§. DCLI.

II. Ut jam ad *alteram* partem progrediamur, de jure per hanc legem introducto, tres præcipue quæstiones nasci possunt 1): Quis hanc quartam detrahat 2)?

Quomodo illa computanda sit 3)? Quibusnam detrahatur?

(1) Si quæras, quis quartam detrahat, ipse legis finis satis ostendit hoc beneficium esse hæredibus testamento institutis indultum. Sed quemadmodum, ubi eadem est ratio, ibi eadem juris dispositio esse solet; ita non mirandum est, Jctos. prorrexisse etiam hanc legem ad hæredes ab intestato, *L. 18. ff. h. t.* Nullum enim est dubium, quin hi æque per codicillos legatis onerari possint, quam testamentarii testamento. Ex eo autem principio facile intelliguntur sequentia consecraria (a). Quod, si plures sint hæredes, in singulis Falcidiæ legis ratio ponenda sit. Quorum verborum in §. 1. *Inst. h. t.* occurrentium hic sensus est: quod si plures cohæredes sint, omnes simul unam quartam salvam habere debeant, et hinc tantum possint detrahere pro rata, ut quartam portionis suæ accipiant (b). Quod, si duo sint cohæredes, quorum unus plurimis legatis oneratus sit, alter non oneratus, tunc distinguendum sit utrum portio onerata ad crescat non onerata, an non onerata onerata. Priore casu quarta adhuc detrahi potest: posteriore non potest, *L. 78.—87. §. 4. ff. h. t.* Hujus juris subtilissimi ratio, alias non perspecta, hæc est, quia qui succedit in locum, merito etiam in jus succedere intelligitur (c). Quod istud jus detrahendi neque legatario, neque fideicommissario competat. Hinc si e. g. Titio legati sint 1000., et ipse jussus sit pro aliis solvere, nihil potest detrahere, quamvis ne tertiam quidem partem salvam habeat, quia hoc beneficium non est concessum legatariis sed hæredibus. Et eadem quoque ratio militat contra fideicommissarios, quippe qui jure nostro non sunt hæredes, quamvis hæreditatem acceperint.

§. DCLII.

(2) Si quæras, quomodo computanda sit illa quarta Falcidia? duo observanda erunt axiomata 1). Quod

quantitas patrimonii consideretur, qualis fuit tempore mortis testatoris 2). Quod non intelligatur patrimonium nisi detractis quibusdam, ad quæ obligatus est hæres. Ex *priore* axiomate fluit conclusio, quod si mortuo testatore patrimonium augeatur, illud non prosit legatariis; et si idem imminuatur, istud iisdem non obsit, *L. 73. ff. h. t.* Hinc si e. g. tempore mortis testatoris reperti sint 12000. floreni, et testator legatariis reliquerit 11000., postea autem per lotariam, vel redditus ex metalli fodinis patrimonium augeat ad 20000.: hæres nihilominus quartam detrahere potest. Ex *posteriore* axiomate colligimus rationem quartæ Falcidiæ tunc demum ponendam esse, si detractum sit (a) æs alienum (b); impensæ funeris (c); pretia, quæ jussu testatoris pro servis ab alio manumittendis solvenda erant (d); sumptus in aditione hæreditatis facti; quo etiam sumptus in inventarium facti pertinent. Hisce omnibus detractis tunc demum quartam ejus, quæ superest, salvam habere debet hæres. Quod si vero dicant legatarii, quamvis hæres quartam non habeat salvam ex bonis testatoris hæreditariis, eum tamen jam à testatore tantum accepisse per legata et donationes, ut quartæ nihil desit, an nihilominus ejus detracti loci sit? Resp. Omnino; quia in quartam Falcidiam nihil computatur, nisi quod hæres habet titulo institutionis honorabili. Quo ipso hæc quarta differt à quarta Trebelliana, in quam omnia computantur quæ hæres quocumque titulo à testatore acceperit, *L. 18. §. 1. ff. ad SCtum. Trebell. §. 669.*

§. DCLIII.

(3) Æque facile ultima quæstio solvitur, nempe quibusnam hæc quarta detrahenda sit? Sufficit unica regula. Quicumque per ultimam voluntatem titulo singulari aliquid accipiunt, illis quarta detrahitur. Ergo detrahi potest legatariis, fideicommissariis singularibus, quos Justinianus per omnia exæquavit legatariis, §. 606.

*

2.; imo et donatariis mortis causa, quia et hæc donatio ultimis voluntatibus similis est, §. 456. Contra, quum donatio inter vivos non sit ultima voluntas, sed pactum, facile patet, ad eam legis Falcidiæ dispositionem non pertinere.

§. DCLIV.

Reliqua est III. ultima pars tituli, quæ agit de causis, ob quas lex Falcidia cesset. Tales causæ hic undecim recensentur 1). Si maritus uxori dotem relegavit. Tunc enim detrahere nihil potest hæres, quia uxoris dos debetur integra, etiamsi non fuisset legata 2). In testamento militis lex hæc cessat, quia ei omnes sollemnitates internæ et externæ remissæ sunt, §. 503. 7. 3.) In rebus per testatorem alienari prohibitis. Quia enim hic legatarius rem accipit cum onere, iniquum videretur eum duplici onere gravari 4). Si hæres dolose in hæreditate versatus sit. Tunc enim de viribus hæreditatis non constat, adeoque nec quarta potest computari 5). In legatis ad pias causas, quia horum insignis est favor 6). In legata libertate, quippe quæ æstimationem non recipit 7). Si vel testator detractionem prohibuerit, vel 8) hæres sive sponte, sive per errorem juris legata integra exsolverit. Sed prohibitionem testatori, contra finem et regulas hujus legis, primus permisit Justinianus. *Nov. l. c. 2. 9.*) Si hæres dolose fecerit, ut fideicommissum interciderit, dolo enim jura nunquam adsistunt 10). Si defunctus hæredi jam vivus satisfecerit, dato illi aliquo, quod æstimationem quartæ contineat. E. g. dono tibi hoc prædium meum ea lege, ne legatariis quidquam detrahas 11). Si hæres inventarium non fecerit. Quomodo enim tunc detrahi posset quarta, quum de viribus totius hæreditatis constare nequit, nisi ex inventario?

TIT. XXIII.

DE FIDEICOMMISSARIIS HÆREDITATIBUS,
ET AD SCTUM. TREBELLIANUM.

§. DCLV.

Expendimus hactenus duas species ultimarum voluntatum, hæreditatem testamentariam, et legata: reliqua est tertia, puta *fideicommissa*, de quibus in reliquis hujus libri titulis disputatur.

Fidei alterius non possumus alio modo quidquam committere, quam verbis precativis. Et inde statim fuit definitio. FIDEICOMMISSUM est, quod *verbis precativis s. obliquis relinquitur*. De hæreditatibus et legatis aliud vidimus. In illis requirebantur verba directa et civilia, i. e. imperativa, quia legare erat legem dicere rebus suis. Absurde ageret legislator, qui verbis precativis uteretur. Cæterum originem fideicommissorum nobis ipse Justinianus ostendit, §. 1. *Inst. h. t.* Inventa enim sunt in fraudem legum; nam quibus hæreditatem vel legata relinquere non poterant, iis aliquid relinquebant per modum fideicommissi. Id quod postea mutatum esse per Sctum. Plancianum, docuimus in *Comment, ad Leg. Jul. et Pap. Lib. II. c. 6. p. 192.*

§. DCLVI. et DCLVII.

Vidimus, quid sit fideicommissum. Jam porro quaeritur quotuplex sit. Dividitur in UNIVERSALE et SINGULARE. *Universale* est, quando alicui vel tota hæreditas vel ejus pars per modum fideicommissi relinquitur: unde ejusmodi fideicommissum in rubrica tituli nostri eleganter vocatur *hæreditas fideicommissaria*. *Singulare*, quando res singularis, veluti genus, species aut quantitas per modum fideicommissi relinquitur. De

hoc tit. seq. agemus. De universali hic observandum ad illud semper requiri tres personas. Nam 1) qui relinquit fideicommissum, vocatur *fideicommittens* 2). Cui injungitur, ut hæreditatem sibi relictam restituat, vocatur *hæres fiduciarius*; quia in ejus fide singularem fiduciam collocavit testator 3). Denique is, cui restituitur hæreditas, est *hæres fideicommissarius*, qui tamen jure stricto civili non est hæres, nec in jus defuncti transit, sed tantum hæreditatem et res hæreditarias accipit. L. 88. ff. de hæ. instit.

§. DCLVIII.

Hæc prima est fideicommissorum divisio. Sequitur altera, quod fideicommissum sit vel expressum vel tacitum. EXPRESSUM est *quando verbis expressis et disertis alicui injungitur, ut hæreditatem ejusve partem restituat*. E. g. Sicilius rogat Atticum, ut hæreditatem sibi relictam restituat Ciceroni. TACITUM, quando restitutionis non fit mentio, et tamen hæredi aliquid injungitur, unde colligi potest eum restituere debere. E. g. Atticus hæres esto, sed ea lege ne testamentum faciat. Tunc enim perinde est ac si dixisset, rogo Atticum ut hæreditatem restituat proximis agnatis. Hoc modo sæpissime constituuntur fideicommissa familiarum illustrium, quoties sc. testator bona hæreditaria hoc fideicommisso gravat, ut ea semper maneant penes familiam. Si ergo tunc ita cautum est, ut senior familiæ bona ista possideat, vocatur *Senioratus*: sin ordo ab intestato observatur, ita tamen ut semper frater major præferatur junioribus, *Majoratus* adpellatur. De hisce fideicommissis familiarum accurate egit Feltmannus in tract. *de pactis familiarum illustrium*.

§. DCLIX et DCLX.

Ex hisce principiis jam facile patet 1), quis possit fideicommittere? nempe, quicumque potest testamentum condere. Debet enim disponere posse de hæ-

reditate sua; quod non possunt filiusfamilias, servus, peregrinus, aliique, de quibus supra actum L. II. T. 12. 2.) A quibus fideicommitteri possit? nempe ab omnibus, qui hæreditatem vel ejus partem titulo institutionis honorabili acceperunt. Nemo tamen potest magis onerari, quam est oneratus. Et hinc absurdum est fideicommissum, si quis hæredem instituisset in triente, eumque rogaret, ut totam hæreditatem restituat. Illud autem fieri omnino potest, ut et fideicommissario injungatur restitutio, e. g. Titius hæres esto, sed rogo, ut restituat hæreditatem Mævio, Mævius eandem restituat Sempronio, et ita in infinitum. 3.) Quibus per fideicommissum aliquid relinqui possit? nempe omnibus, quibus est testamenti factio passiva, s. qui hæredes institui possunt. Hinc si e. g. jussus essem hæreditatem restituere collegio musico, nullius momenri futurum esset hoc fideicommissum, quia collegium illicitum institui nequit, §. 549. §. 4.) ubi fideicommitteri possit: nimirum vel in testamento vel in codicillis. Quia enim fideicommissarius jure civili stricto non est hæres, §. 657. 2.: non mirum est, fideicommissum et in codicillis dari posse, quum tamen dari non possit hæreditas. Accedit, quod aliquando moriens testamentum plane non condit, sed hæreditatem relinquit hæredibus ab intestato: tunc sane et illos fideicommissio onerare potest in solis codicillis. Ex hoc ergo patet fideicommissum in se nullam requirere sollemnitatem sed tantum quinque testium præsentiam. Imo aliquando ne testibus quidem opus est, si testator fiduciario hæredi præsentis injungat, ut restituat hæreditatem. Nam si tunc hæres neget sibi id injunctum esse, poterit ipsi deferri jusjurandum, §. ult. *Inst. h. t.* §.) Quomodo fideicommitteri possit? Nimirum id fit vel pure vel sub conditione, vel in diem. Et hinc denuo notanda differentia inter hæreditatem et fideicommissum. Hæreditas enim non potest ex die relinqui, §. 544. §. 9.

Inst. de hæred. inst.; fideicommissum autem potest, §. 2. *Inst. h. t.* Ratio differentiæ latet in regula satis nota: nemo potest pro parte testatus, pro parte intestatus decedere, *L. 7. ff. de R. J.* Jam vero id fieret, si hæreditas in diem relinqueretur: non autem id fit, si in diem relinquatur fideicommissum.

§. DCLXII. et DCLXIII.

Jam insignis oritur quæstio, an hæres obligetur ex fideicommisso? Hic observandum olim nullam natam esse inde obligationem, sed pudori tantum hæredis relictum fuisse, velitne an nolit, fideicommissum præstare. Id quoque non abhorret à juris principiis. Sola enim alterius rogatio me nunquam obligat, nisi ipsi fidem dederim; quia omnis obligatio aut ex consensu, aut ex delicto nascitur. An autem fiduciaris fidem suam obstrinxerat testatori, se facturum quod rogatus esset? Et ita sese res habuit usque ad tempora Augusti. Refert enim Justinianus in *pr. Inst. de codicill.* Lucium Lentulum, in Africa morientem, Augustum et filiam suam hæredes instituisse, illosque per codicillos rogasse, ut varia fideicommissa præstarent? Augustum autem non omnia modo præstitisse, sed et consilio Caj. Trebatii J. C. eximii statuuisse, ut in posterum obligati essent hæredes fideicommissa præstare. Quia hæc historia nunquam nisi in Institutionibus nostris narratur, sunt qui eam plane falsam existiment, maxime quia non occurrit in fastis Lucius Lentulus. Sed hoc dubium primus sustulit Reinesius in *Inscript. Class. 10. n. 3. p. 597.*, ubi egregie docet ex marmore hunc Lucium Lentulum A. V. C. 751. cum Marco Messalla consulem fuisse. Primo vero hoc negotium dederat consulibus Augustus, ut hæredes cogerent ad fideicommissa: postea et Claudius duos prætores fideicommissarios creavit, qui de nulla alia re, quam de fideicommissis jus dicerent. *Suet. Claud. c. 23.* Attamen et post Claudii tempora concurrentem circa hæreditates fideicommissarias

fuisse consulum et prætorum jurisdictionem, constat ex Ulp. *Fragm. Tit. XXV. §. 12.* Quintil. *Inst. Orat. Lib. III. c. 6.*

§. DCLXIV. et DCLXV.

Quamvis vero prudenter ita sanxisset Augustus; aliud tamen longe majus inde natum est incommodum, ut testamenta pleraque destituerentur. Quia enim hæres succedit in omne jus defuncti, tenetur etiam æs alienum exsolvere. Quis vero esset tan stolidus, ut hæreditatem adire vellet, quam se sciat restituere debere ita, ut apud se nihil præter æs alienum remaneat? Hinc sane fiebat, ut plerique mallent hæreditatem repudiare, quam retento onere æris alieni omne lucrum alii relinquere, *L. 1. §. 2. ff. ad SC. Trebell.* Jam si hoc fiebat, nec hæres quidquam accipiebat, nec fideicommissarius, sed totum corruebat testamentum, resque ad causam intestati redibat. Quod cum votis morientium, quibus maxime favent leges, adversaretur: senatus sub Nerone in medium consuluit; possitne aliquod huic incommodo remedium invenire. Et hoc consilio conditum est SC^{UM}. TREBELLIANUM A. V. C. 714. Kal. Sept. L. Annæo. Seneca, cujus opera philosophica exstant, et Trebellio Maximo consulibus suffectis. Hoc SC^{TO}. cautum, 1) ut si hæres ex fideicommissio hæreditatem restituerit, non ipse solus æs alienum solveret, sed fideicommissarius, et quidem pro rata. Quod si igitur hæres totam hæreditatem restituere jussus erat, etiam totum æs alienum solvere tenebatur fideicommissarius. Sin partem, pro illa parte etiam obligationes transibant in fideicommissarium. Adeoque si e. g. hæres retinisset quartam partem, etiam quartam partem æris alieni solvebat; de reliquo conveniendus erat fideicommissarius. Ita intelligendum est SC^{UM}. Trebellianum, quod describitur in *L. 1. ff. de SC^{TO}. Treb. §. 4. Inst. h. t.*

§. DCLXVI. et DCLXVII.

Enimvero ne sic quidem res in vado erat. Quamvis

enim ita indemnis præstaretur hæres quippe onere solvendi æs alienum sublevatus: ita tamen homines natura comparati sunt, ut sine spe lucri nolint aliquid facere. Hinc et sic repudiabant hæreditates fiduciarii, quia licet damnum illis non immineret, tamen nec lucrum ullum restituta tota hæreditate sperare poterant. Quare denuo de remedio cogitavit Senatus sub Vespasiano. Annus ignoratur, quamvis Coss. nomina servarit jus nostrum. Consules suffecti tunc fuere Pegasus, ille celeberrimus Jctus., à quo Pegasiani nomen tulerunt, et Pasio. Sed quo anno isti fasces tenuerint ex fastis non constat. Cæterum à priore Consule Sctum. nomen accepit, dictumque est *Pegasianum*. Eo duo caventur 1): Ut cogatur hæres hæreditatem adire et restituere 2); Ut, si totam hæreditatem, vel maximam ejus partem restituere jussus sit, quartam saltem partem salvam habeat, sique salvam eam non haberet, eam detrahere possit exemplo Falcidiæ, §. 2. §. 6 *Inst. h. t.* Talia erant hæc Scta. Utrique aliquid deerat: Trebellianum indemnem præstabat hæredem, sed ei nullum lucrum concedebat: Pegasianum de lucro ei prospiciebat, sed indemnem non præstabat. Hinc illis temporibus dispendium erat hæredi, salvamne haberet quartam, an non haberet? Si salvam haberet, hæreditatem restituebat ex Scto. Trebelliano; et sic æs alienum inter eum et fideicommissarium dividebatur. Si quartam non haberet salvam, eam detrahebat ex Scto. Pegasiano, sed tunc omne æs alienumolvere tenebatur, nisi stipulatione interposita obligasset fideicommissarium, ut aliquam ejus partem in se susciperet, §. 6. *Inst. h. t.* Qua in re facile poterat uterque decipi, si ignotum vel dubium esset quantum æris alieni in hæreditate lateret.

§. DCLXVIII. et DCLXXI.

Hoc cum animadverteret Justinianus, et ipse de emendatione cogitavit, et tunc utrumque Sctum., Trebellianum et Pegasianum, veluti in unum conflavit. Ipsa

constitutio in eam rem edita non exstat, cum codice Justiniano deperdita. Sed ejus materiam in brevi summa complexus est, §. 7. *Inst. h. t.* Nimirum voluit, ut in posterum pro uno SCto. haberentur, et ita quidem, ut abolito nomine SCti. Pegasiani, tantum Trebellianum vocaretur; quod procul dubio ideo ipsi ita placuit, quia magis Sabinianis faveret, quam Proculejanis, quorum scholam in primis rexerat Pegasus. Hinc ergo est, quod hodie non exstat in ff. Tit. de SCto. Pegasiano, sed tantum de Trebelliano 2). Quod quarta ab hærede detrahenda Trebellianica, non Pegasiana vocetur, quum tamen antea id nomen ferret. Cæterum ex illa commixtione duorum SCtorum. sequitur, 1) ut fiduciario liceat quartam detrahere: si eam salvam non habeat, vel si eam ex errore facti solverit, conditione indebiti repetere, §. 7. *Inst. h. t.* Diximus hoc introductum esse exemplo quartæ Falcidiæ, inter quam tamen et hanc quartam Trebellianicam hæ differentiæ sunt, 1) quod illa legatariis et fideicommissariis singularibus, hæc fideicommissariis universalibus detrahitur 2). Quod in illam nihil imputatur, nisi quod hæres titulo institutionis honorabili accepit: in hanc, quidquid ad hæredem quocumque titulo à testatore pervenit, imo et fructus ex illa re percepti, L. 18. §. 1. L. 22. §. 2. ff. ad SCtum. Trebell. Cæterum eam quartam detrahit hæres fiduciarius, adeoque non fideicommissarius, si is jussus est alii restituere. Hinc si Titius relicta hæreditate 20000. florenorum hæredi primo injunxerit, ut hæreditatem restituat secundo; secundo, ut eandem restituat tertio: primus detrahit 5000., et 15000. fl. restituit; at secundus restituit universos 15000. flor., et sibi nihil retinet, L. 2. §. ult ff. eod. Nobilis hic oritur quæstio, an si filius vel nepos à patre vel avo gravatus sit fideicommisso (quod in legitima fieri nequid), nihilominus ille præter legitimam etiam hanc quartam Trebellianicam deducere possit? E. g. Titius relinquit uni-

cum filium, quem hæredem scribit in bonis suis, quæ sunt 30000. millium. Jam quia filius in legitima onerari fideicommisso nequit, iste deducet primum portionem legitimam; i. e. 10000. Sed quæritur, an ex reliquis 20000. etiam quartam Trebellianicam detrahat? Jure Canonico id adfirmant in duobus capitulis celeberrimis *Rainutius et Rainaldus X. de testam.* Sed jure civili id plerique negant, quamvis perperam, ut mihi videtur. Nam 1) in *L. 5. C. ad SC. Treb.* dicitur, antequam quarta Trebellianica detrahatur, deducendum esse æs alienum. Atqui in *L. 8. §. 8. ff. de inoff. testam.* legitima vocatur *quarta debitæ portionis*, adeoque ratione patris est veluti æs alienum 2). Ejus juris non obscura vestigia sunt in *L. 6. pr. C. SC. Trebell.*, ubi filio non modo quarta Trebellianica, sed et Falcidia conceditur, per quam in ea lege portio legitima intelligitur, quam per legem Falcidiam introductam diximus ad §. 527. 1., ut obligationes inter fiduciarium et fideicommissarium pro rata dividantur: i. e. quantam partem retinet fiduciarius, tantam partem æris alieni exsolvere tenetur, et quanta pars pervenit ad fideicommissarium, tantam partem æris alieni solvit, §. 7. *Inst. h. t.* Cessat hæc tamen conclusio (α), si quis in re certa hæres institutus reliquas restituere jussus sit. Nam in illa re certa pro legatario habetur; legatarius autem nihil æris alieni solvit, §. 9. *Inst. h. t.* (β). Si coactus hæreditatem adiit fiduciarius. Tunc enim indignus videtur eo beneficio, quod leges indulgent pro fide testatori præstita, §. 7. *Inst. eod.* 3). Ut hæres ad adeundam, restituendamque hæreditatem possit cogi, §. 7. *Inst. h. t.* Quum enim alias ipsa æquitas nobis commendet regulam, *quod tibi non nocet, et alteri prodest, ad id es obligatus*: quanto magis obligatum dixeris eum quem leges non modo indemnem præstant, et lucro aliquo munerantur, nempe ut quartam hæreditatis totius sibi detrahare possit, si sponte adeat!

§. DCLXXII.

Vidimus hactenus quid sit quarta Trebellianica, et quando possit detrahi. Superest ut videamus, quando cesset illa detractio? Cessat ergo 1) in testamento militis, quia ejus voluntas qualiscumque per omnia adimplenda est, *L. 7. C. ad Leg. Falcid.* 2). Si testator eam detractioem prohibuerit. *Nov. I. c. 2. §. 2.* Sed id Justinianum contra mentem, ipsaque principia legislatorum introduxisse jam supra §. 666. docuimus. Nam sane cum quarta Falcidia et Trebellianica non in favorem testatoris, sed in favorem hæredis instituti inventa sit: quomodo potuit salvo jure testatori indulgeri, ut juri in favorem alterius introducto renunciaret? Et tamen id indulsit *Nov. I. Justinianus* 3). Si hæres ex ignorantia juris hæreditatem universam restituerit, *L. 9. C. ad Leg. Falcid.* Quamvis enim alias ea, quæ indebite soluta sunt, possit conditione indebiti repeti, id tamen non procedit in iis, quæ ex errore juris soluta sunt, *L. 10. C. L. 9. pr. ff. de jur., et fact. ignor.* sed tantum in iis, quæ quis ex errore facti indebite solvit. Hinc e. g. si quis totam hæreditatem restituit, quia ignorat sibi hoc beneficium Scti. Trebelliani in mundo esse, id quod ex errore solvit, non potest repetere. Sin ideo restituit hæreditatem totam, quia putavit testatorem fuisse militem, quum talis non fuerit, repetere potest, quod ultra dodrantem restituit 4). Si inventarium facere neglexerit. Et 5) si quartam jam habeat judicio testatoris. Sed de hisce duobus casibus jam ad Tit. de L. Falcid. §. 654. 1051. diximus 6). Si coactus adierit hæreditatem, §. *Inst. h. t. de quo casu in antecedente §. egimus.*

DE SINGULIS REBUS PER FIDEICOMMISSUM RELICTIS.

§. DCLXXIII. et DCLXXIV.

Egimus de fideicommissis universalibus, quæ Justinianus eleganter vocabat *hæreditates fideicommissarias*: sequuntur *fideicommissa singularia*, sed de quibus breviter admodum agimus. Ratio est, quia jam supra §. 606. 1. monuimus, Justinianum hæc fideicommissa et legata per omnia ita exæquasse, ut nulla inter ea sit, quod ad effectum adinet, differentia. Quæcumque ergo jura notavimus de legatis, ea et de fideicommissis valent. Qui legare possunt, etiam fideicommittere: quibus legatur, iis et fideicommittitur: quæ legantur, eadem et fideicommissio relinquuntur. Ut paucis dicamus, adeo per omnia exæquata sunt legata et fideicommissa, ut totus titulus satis prolixus de legatis hic esset repetendus, si de fideicommissis singularibus per omnes quæstiones agere vellemus.

§. DCLXXV.

Quamvis vero in effectu juris nullam amplius inter legata et fideicommissa singularia agnoscamus differentiam, aliqua tamen adhuc superest 1). *In verbis*. Quæ enim verbis imperativis relinquuntur, legata: quæ verbis precativis, fideicommissa vocamus, §. 2. *Inst. h. t.* 2) *In modo* fideicommittendi. Legata enim non possunt sine 5. testium præsentia relinquì. At in fideicommissis nulli testes requiruntur, si hæredem præsentem rogaverit testator, ut fideicommissum præstet, *L. ult. C. de fideicomm.* Si quæras, quomodo probari possit, testatorem fideicommississe, si nulli plane testes adfue-

rint? Responsio ex eadem lege desumi potest, nempe posse hæredi deferrî jusjurandum, an non fidei ejus commissum sit? quo non præstito illud omnino erat præstandum. At, inquis, et pejerasse potest? Resp. Tunc lingua solvit. Non aliud est medium eruendæ veritatis. Jusjurandum, ipso teste Apostolo, est omnis jurgii finis.

TIT. XXV.

DE CODICILLIS.

§. DCLXXVI.

In doctrina de ultimis voluntatibus nihil reliquum est præter titulum *de CODICILLIS*. De his vero ideo hoc ultimo loco agitur, quia uti hæreditates per solum testamentum, ita legata et fideicommissa etiam per codicillos, tanquam quasi testamenta, reliqui possunt. Hic considerandum erit, 1.) quid significet vocabulum codicillus? §. 677. 2.) quæ sit codicillorum origo? §. 678.—679. 3.) quid et quotuplices sint? §. 680.—681. 4.) quomodo fiant? §. 682.—84. 5.) quid sit clausula codicillaris? §. 685.—37.

§. DCLXXVII.

I. Quod ad significationem adinet, codicilli sunt idem ac *epistolæ*, et ita frequenter hoc vocabulo utitur Cicero, *L. IV. ep. 12. L. VI. ep. 18. Lib. VII. ad Att. ep. 8.* Et hinc etiam codicilli principum sunt rescripta, s. *epistolæ imperatorum, L. 41. ff. de excus. L. 1. C. ut omn. jud. Sueton. Claud. c. 29.* In primis tamen eo vocabulo notantur *epistolæ*, quæ non ad absentes, sed ad eos qui in eadem urbe habitant, mittuntur: quales *epistolas* vocare solemus *billets*. Et huc pertinet locus elegans Senecæ *ep. 55.*, quem in ipso §. recensuimus.

§. DCLXXVIII. et DCLXXIX.

II. De origine codicillorum eadem omnia repetenda, quæ supra §. 663. de origine fideicommissariorum diximus. Nam 1) sæpe testatores codicillos scribebant ad hæredes, quibus illis aliquid injungerent faciendum, vel dandum. Et ii codicilli forma epistolarum erant scripti, adeo ut etiam in iis formulam sollemnem epistolam reperiamus. Luc. Titius Sejo hæredi suo salutem, L. 56. ff. de fideicommiss. hæred. 2). Quemadmodum vero epistola neminem obligat ad faciendum quod est rogatus: ita et in hæredum erat potestate an parere vellent codicillis, nec ne, usque ad tempora Augusti 3). At quemadmodum sub Augusto necessitas fuerit imposita hæredibus ea faciendi quæ rogati essent, jam supra §. 663. ostendimus, ubi totam historiam L. Lentuli, Augustum hæredem scribentis, eique fideicommissa codicillis injungentis, illustravimus. Addi hic potest doctis. Nic. Hieron. Gundlingii diss. de C. Trebatio Test. Fro.

§. DCLXXX. et DCLXXXI.

III. Progredimur ad definitionem et divisionem. CODICILLI sunt *minus sollemnis testatorum, intestatorumve voluntas*. Itaque testamenta et codicilli in eo conveniunt, quod utraque sunt voluntas; sed differunt 1) quod testamentum est voluntas ultima *justa vel sollemnis*: hæc *minus sollemnis* 2). Quod ubi testamentum conditur, ibi hæredes ab intestato succedere nequeunt; codicilli autem fieri possunt, sive quis testatus, sive intestatus decedere velit 3). Quod in testamento caput et fundamentum est hæredis institutio, in codicillis autem hæres institui non potest, sed tantum legari et fideicommitteri. Hinc porro facile patet quotuplices sint codicilli. Alii sunt *scripti*, qui in litteras rediguntur: alii *nuncupativi*, qui viva voce proferuntur. Quamvis enim codicilli sint epistolæ §. 677., et alias contradictionem involvere videatur epistola ore prolata: hic tamen sic dicendum, quia codicillorum hæc divisio exemplo tes-

tamentorum recepta, quæ itidem in *scripta* et *nuncupativa* dispesci diximus, §. 391. Deinde et altera observanda divisio, quod codicilli fiant vel *testato*, vel *ab intestato*, §. 1. *Inst. h. t.* Illi fiunt, si testamentum conditum est; hi, si sine testamento decedit. Illi vocantur etiam *codicilli testamento confirmati*, sive testamentum codicillos præcedat, sive subsequatur eisdem. Nec interest, sive in testamento eorum mentio fiat, sive non fiat, §. 1. *Inst. h. t.* Cui non obstat, *L. 5. ff. h. t.* Vult enim tantum Papinianus, quod testamentum codicillis prius factis non debeat repugnare.

§. DCLXXXII. — DCLXXXIV.

VI. Quod ad jura codicillorum adinet, illa ex ipsa eorum definitione fluunt. Ex ea enim colligimus 1), qui testamentum facere non potest, eum nec posse codicillos facere, *L. 6. §. 3. L. 8. §. 2. ff. de jur. codic.* Nam codicilli nihil aliud sunt, quam testamenta minus sollemnia 2). In codicillis hæredem institui non posse. Hæredis enim institutio est aliquid sollemne, adeoque sine adhibitis sollemnitatibus fieri nequit. Ex quo etiam patet; nec exhæredationem, nec substitutionem in codicillis fieri posse. *Lex 6. pr. L. 10. ff. h. t.* Quid ergo potest in codicillis fieri? Legari, fideicommitti, mortis causa donari; immo et tutor dari potest in codicillis testamento confirmatis, §. 213. 2. Si in codicillis testamento haud confirmatis datus est, non quidem recte datus est, sed confirmari tamen solet à magistratu, §. 216. Vid. *L. 3. pr. ff. de test. tut. L. 1. §. 2. ff. de confirm. tut.* 3). Codicillos plures fieri posse, modo sibi invicem non contradicant, §. 3. *Inst. h. t.* In testamentis aliud obtinet, quia nemo paganus cum duobus testamentis decedere potest, §. 491. 4. et hinc posterius semper rumpit prius. At in codicillis, quia non de universis bonis disponimus, facile possunt et plures exitum reperire 4). Nullam in codicillis exigi sollemnitatem. Atqui fatemur ipsi requiri 5. testium præsentiam

L. 20. §. 6. ff. *qui test. fac.*, vel in cæci testamento 6. testium fidem, L. C. *qui test. fac.* Enimvero testes hi non sollemnitatis, sed probationis causa adsunt. Et hinc nec sollémniter rogati esse debent, et mulieres adhiberi possunt, ceu contra clar. Reinoldum in scholis ostendimus. Illud adhuc monemus, in testamentis testes non esse posse hæredes, sed legatarios, in codicillis contra admitti hæredes, non legatarios. Ratio est, quia in testamento res inter testatorem et hæredem: in codicillis inter testatorem et legatarios geri videtur. Neutro autem casu aliquis testis esse potest in propria causa, §. 10. 11. *Inst. de test. ordin.*

§. DCLXXXV. et DCLXXXVII.

V. Superest quæstio, quid sit *clausula codicillaris*? et quem illa effectum habeat? Clausula illa adjungi solet testamentis, et ita se habet: *Si testamentum non valebit, tanquam testamentum, volo ut valeat jure codicillorum.* Ita se habet hæc clausula in L. 41. §. 3. *de vulg. et pupill. subst.* Quod notari addunt, *valeat ceu legatum, fideicommissum, donatio mortis causa, vel quocumque meliore modo valere poterit*: id partim frustraneum, partim supervacaneum est. Cæterum huic clausulæ tantum effectum tribuunt, ut eam pragmatici *herbum betonicam* vocent, quæ omnes morbos sanet testamentorum. At nos ostendimus non sanare eam 1) defectum sollemnitatis internæ, e. g. præteritionem liberorum 2). Defectum voluntatis. Nam si e. g. testator coactus sit testari, vel non fuerit sanæ mentis, nihil proderit hæc clausula 3). Defectum aditæ hæreditatis. Nam repudiata hæreditate testamentum fit destitutum, et corrui, si vel mille hujusmodi clausulis munitum sit. Et quem usum ergo habet hæc clausula? Ut si 5. testes adsint, testamentum valeat tanquam fideicommissum, L. 29. §. 1. ff. *qui test. fac. poss.* Omnes reliqui effectus, de quibus Gallius, Strykius, Sandius gloriantur, merum sunt commentum Jctorum.



LIBER TERTIUS.

TIT. I. usque ad TIT. XIII.

DE SUCCESSIONE AB INTESTATO VETERI.

~~~~~

### §. DCLXXXVIII. et DCLXXXIX.

**I**ta se habet mos Academicarum, ut docentes tredecim hos titulos prætervehantur, quippe jus tantum antiquum complexos. Nam Justinianus post constitutiones conscriptas edidit *Nov. CXVIII.* qua totam successionem ab intestato immutavit. Ne tamen plane ignoremus veterem succedendi ordinem, paucis illum regulis comprehendam, quarum primaria et reliquarum fundamentum hæc est 1) *veteres in successione respiciebant ad statum familiæ.* Quicumque ergo non erant de familia, isti exsortes erant hæreditatis. Præclare hoc docuit Dn. Binkershoeck in *Obs. jur. lib. II. c. 1.* Ex eo fluebat regula 2) *soli liberi sui, non autem emancipati admittendi ad hæreditatem.* Hi enim non amplius sunt pars familiæ, adeoque ex regula prima non adeunt hæreditatem 3), liberis suis non exstantibus, proximi ad successionem erant agnati, et quidem ex pluribus proprios. Quum enim hi sunt à patris latere

\*

nobis juncti, §. 220. \*, soli etiam sunt de familia, non autem cognati, de quibus jam notanda regula 4): *Cognati jure civili non succedunt, sed tamen vocantur à prætore una cum agnatis edicto de cognatis*. Sæpe enim prætor iis bonorum possessionem dabat, quos non admittebant leges civiles ad hæreditatem §. 65. 5). *Idem prætor, nullis exstantibus liberis, vel agnatis vel cognatis*; bonorum possessionem dabat viro vel uxori ex edicto *unde vir et uxor*. Sed intelligendum id de uxore, quæ in manum non convenerat per confarreationem, coemptionem vel usum. Si enim in manum non convenerat, erat loco filiæfam.; hinc et hæreditatem tanquam filia capiebat, §. 116. \* Adjicimus regulam sextam) *liberto sine liberis moriente, hæreditas perveniebat ad patronum*, vel deficiente eo ad patroni liberos. Quum enim liberto patronus esset agnati loco, imo loco patris, §. III. non poterat non proximus etiam ad hæreditatem esse. Ita succedebatur jure veteri. Sed cum, ut dixi, Justinianus hæc omnia mutavit: superest, ut novam succedendi rationem, quæ et hodie vere in usu est, paulo accuratius lustremus.

DE SUCCESSIONE AB INTESTATO SEC.  
NOV. CXVIII.

§. DCCXLI. DCCXLII. et DCCXLIII.

**A**nte omnia hoc dispiciendum est, quod fundamentum Justinianus substraverit successioni à se inventæ. Paucis dicimus, eum sequutum esse principium, quod Grotius *lib. II. c. 7.* etiam aliis gentibus placuisse ait, eum merito ad successionem esse proximum, quem defunctus quam maxime amasse videatur. Jam à philosophis, ipsoque Aristotele in nostro §. allegato, obser-



batum est amorem descendere; et, si non habeat quo descendat, tunc eundem adscendere, sique nec adscendere possit, tunc ad latus divergere. Experientia sanè docet suos cuique liberos omnium esse carissimos; post liberos parentes collaterales: et naturalis amor erga liberos adeo superat amorem erga parentes, ut tritum sit vetus proverbium: *Facilius posse unum patrem, 20. liberos alere, quam viginti liberos unum patrem.* Hoc ergo semel admisso principio non potuit non Justinianus tres ordines successionis facere, ita ut 1) admittantur *descendentes*; his non exstantibus 2) *adscendentes*; et his quoque deficientibus 3) *collaterales*. In subsidium post hos vel cum his admisit *conjuges*, et denique, si nemo hæres exstet, *fiscum*.

## DE SUCCESSIONE DESCENDENTIUM.

### §. DCCXLIV.

**D**iximus omnium primo descendentes vocari, per quos hic intelligimus omnes, qui vel natura liberi nostri et posterii sunt, vel per leges civiles tales habentur. Hinc distincte agendum de successione 1) legitimorum 2), legitimatorum 3), adoptivorum, et 4) illegitimorum.

### §. DCCXLV.

De **LEGITIME NATIS** observanda est regula, quod omnes indistincte parentibus succedant. Non ergo hic differentia est inter gradus. Nam et nepotes et pronepotes et reliqui vocantur, modo non habeant parentem, qui propior sit. Nec est differentia inter sexum. Quamvis enim olim feminae ex lege Vaconia excluderentur ab hæreditatibus, ceu docet Jac. Perizonius in *diss. de lege Voconia*; eam legem tamen post Augusti tempora subversam esse opulentia civitatis docet

Gellius *Noct. Att. lib. 22. c. 1.* Porro nulla differentia est inter suos et emancipatos. Quia enim non amplius ad statum familiæ respicitur, perinde est, sive liberi sive emancipati; quia amor, quem Justinianus pro fundamento posuit, non pendet à suitate, sed ab origine sanguinis. Denique nulla amplius est differentia inter successionem paternam et maternam. Olim quidem liberi non succedebant matri, nisi quod SCtum. Orphitianum eos admitteret: nec matres succedebant liberis ante SCtum. Tertullianum, quod matres, quæ habebant jus trium liberorum, admisit, §. 696. Sed Justinianus, quia ad amorem respexit, is vero in matribus non minor esse solet, quam in patribus, voluit etiam, ut descendentes et matri et familiæ maternæ æque succederent ac paternæ.

§. DCCXLVI.

Quamvis vero, uti dixi, omnes descendentes, qui parentem non habent priorem, succedant: tamen non omnes eandem portionem accipiunt. Et hic distinguendi sunt tres casus 1). Si liberi primi gradus soli existant, succedunt in capita, i. e. tot fiunt portiones, quot sunt liberi. Hinc in schemate I. si pater vel mater reliquerit 40000., singuli liberi capiunt 10000., quia sunt primi gradus, et hinc succedunt in capita 2). Si soli existant liberi ulteriorum graduum, illi omnes succedunt in stirpes, i. e. non fiunt tot portiones, quot sunt capita, sed quot stirpes. Hinc in schemate II, primus ex hæreditate superiore capit 10000.; secundus et tertius 10000.; quartus, quintus et sextus 10000.; septimus et octavus itidem 10000. Quia enim hic adsunt quatuor stirpes, quatuor etiam fiunt portiones 3). Si adsunt simul liberi primi et ulteriorum graduum, tunc priores succedunt in capita, posteriores in stirpes. Hinc in schemate III. primus capit 10000., secundus et tertius simul 10000., quartus solus 10000., et quintus, sextus et septimus 10000.

## §. DCCXLVII.

Ita liberorum successio sese habet, si omnes ex eodem matrimonio nati sunt. Quod si vero nati *ex diversis*? Resp. Tunc parenti quisque suo succedit solus: communis parentis hæreditatem omnes inter se dividunt æqualiter. E. g. in schemate IV. tertius pater ex prima uxore procreavit quartum, ex secunda quintum. Hinc quartus solus succedit primæ, quintus solus succedit secundæ; tertii, patris communis, hæreditatem uterque dividit æqualiter.

## §. DCCXLVIII.

Egimus de liberis legitimis: sequantur *legitimi*. Quum autem legitimatio hodie vel *per subsequens matrimonium* fiat, vel *per rescriptum principis*: de prioribus observanda est regula, quod *legitimi per subsequens matrimonium eodem jure succedant, ac legitime nati*; quod vero ad legitimatos per rescriptum attinet, distinguendum est, utrum in eum finem sint legitimati ut succedant, an non? Posteriore casu plane nihil accipiunt ex paterna hæreditate: priore admittuntur quidem, si soli sint; sed si alii liberi legitimi exstant, his salva esse debet legitima portio. Sed si fatendum quod res est, hoc jus certo textu non nititur: de communi tamen praxi testatur Gallius, *L. II. Obs. 142.*

## §. DCCXLIX.

Proximi sunt liberi *adoptivi*. Jam quum hi durante patria potestate ejusdem juris sint ac naturales: consequens est, ut et eodem jure succedant. Duo tantum hic singularia sunt 1). Quod adoptivi succedunt quidem patri ejusque propinquis, non autem matri vel uxori patris adoptivi, ejusque propinquis; quia adoptio non tribuit cognationem, sed tantum jus agnationis, §. 182. 1. *L. 22. ff. de adopt. 2.*) Quod secundum jus feudale ne agnatis quidem adoptivi succedunt, 2. *feud. 26.* Quum enim feuda tantum devolvantur ad eos, quos lex vel dominus directus vocat per primum pac-



tum feudale in litteris investituræ expressum : non sane est in vasalli arbitrio , in locum liberorum naturalium, extraneos sibi adoptare.

§. DCCL.

Supersunt inter descendentes *illegitimi*, qui quum patrem jure Romano non habeant, soli matri, quæ semper certa est, succedunt, *L. 2. ff. unde cognat.* Hæc regula est; cujus tamen exceptiones jam notanda. Nam 1) *illegitimi* nec patri nec matri succedunt, si sint ex incestu, vel nefandis amplexibus nati; quippe qui secundum *Nov. LXXXIX. §. 4.* ne alimenta quidem accipiunt, sc. si filia et parentum conditioni attemperata est vocabulum *τρέφουμαι* quod non solum nutrirī significat, sed et lautius vivere, cœu patet ex *epist. Jac. 5. §. 2.*) Spurii quoque, s. vulgo quæsitī, plane nihil accipiunt: ne à matre quidem, si sit illustris conditionis. Eoque pertinet, *Lex 5. C. ad Scutum Orphitianum* satis ridicula, in qua Justinianus ita philosophatur: *Sancimus itaque, ut neque ex testamento, neque ab intestato, neque ex liberalitate inter vivos habita, justis liberis existentibus, aliquid penitus ab illustribus matribus ad spurios perveniat; quum in mulieribus ingenuis et illustribus, quibus castitatis observatio præcipuum debitum est, nominari spurios satis injuriosum, satisque acerbum, et nostris temporibus indignum esse judicemus, et hanc legem ipsi pudicitiae, quam perpetuo colendam censemus, dedicamus.* Quasi vero pudicitiae et castitatis privilegio digna sit, quæ illustres natales turpissima stupri licentia contaminavit, et quasi non majorem injuriam illa inferat sanguini suo, quam matri spurio 3). Aliquando et patri succedit illegitimus, si (a) sit ex honesta femina, s. concubina natus, non vulgo quæsitus (b); si non adsint liberi legitimi, à quibus excludantur. Tunc enim secundum *Nov. LXXXIX.* accipiunt sextantem bonorum paternorum cum matre dividendam.

## DE SUCCESSIONE ADSCENDENTIUM.

## §. DCCLI. et DCCLII.

**D**iximus, non exstantibus posteris amorem non habere quo descendat, adeoque adscendere. Inde sane fluit, successionem ordinarie esse reciprocam, adeoque quibus parentibus succedant liberi, eosdem succedere liberis. Jam quum jus repræsentationis inter adscendentes locum habere non possit, sequentes observandæ sunt regulæ (I). Inter adscendentes, propriores excludunt remotiores, hæreditatemque, si ejusdem lineæ sint, dividunt in capita. E. g. in schemate V. mortuo secundo, primi hæreditas ad solam tertiam (matrem) pervenit, quamvis adhuc adsint quartus, quintus, sexta, avi et avia in eodem schemate. Si secundus adhuc vivit, iste cum tertia hæreditatem dividit æqua lance.

## §. DCCLIII. et DCCLIV.

**Regula II.** Si soli supersunt adscendentes, soli etiam sunt hæredes. Si autem defunctus simul habuit fratres et sorores germanos, eorumve liberos, hi simul admittuntur, et ita quidem, ut parentes succedant in lineas, fratres et sorores in capita, fratrum sororumque liberi in stirpes. Hinc e. g. in schemate VI. ad Seji hæreditatem admittuntur primus, secunda, tertius, quartus, quintus, sextus, septimus, octavus, nonus, decimus: sed partes tantum fiunt sex, et una sexta cedit primo secundæque altera tertio, tertia quarto, quarta quinto, quinta sexto et septimo; et postrema octavo, nono, decimo. Hæc una regula, et hoc unum schema omnes complectitur casus, qui in ascendentium successione occurrere possunt, modo addas reg. III. ex §. seq.

## §. DCCLV.

**Reg. III.** *Germanorum liberi admittuntur jure re-*

*præsentationis, si concurrant cum fratribus et sororibus germanis.* Nam si soli sint, ab ascendentibus excluduntur. Hinc in schemate VII. Seji hæreditatem solus accipit primus (avus); secundus, et reliqui omnes ex fratribus nepotes; excluduntur. Ita sese habet successio ascendentium, de qua adhuc observandum, quod hæc hæreditas eleganter vocetur *LUCTUOSA*, quia cum alios hæredes semper fere ridere dicantur, parentes soli contra votum succedunt, et turbato naturæ ordine eorum sunt hæredes, quos sibi superstites esse optabant.

§. DCCLVI. et DCCLVII.

Quæstio adhuc moveri potest, an et liberis legitimatis, adoptivis, illegitimis, parentes succedant? Sed ad hanc quæstionem facile respondetur, modo observetur, quod ab initio hujus sectionis monuimus, successionem inter ascendentes et descendentes ordinari esse reciprocam. Hinc 1) quia legitimi per subsequens matrimonium æque succedunt ac legitimi, iisdem et succedunt parentes 2). Arrogati et adoptivi patribus tantum, quorum in potestate sunt, non eorum uxoribus succedunt: hinc et adoptivis solus succedit pater, non mater, quæ per adoptionem non fit 3). Quia illegitimi soli matri succedunt, hæc quoque sola hæres est liberorum illegitimatorum. Et hinc ob eandem rationem etiam mater illustris non potest hæres esse spuriorum, quia hi ex ejus hæreditate nihil capiunt, per *L. 5. C. de Scis. Orph.* Ut paucis dicamus, semper hæc successio est reciproca, præterquam uno casu, si adoptio sit minus plena, id est si extraneus filium vel filiam extranei adoptaverit. Tunc enim iste filius vel filia adoptanti quidem succedit ab intestato, non autem adoptatus succedit filio, quia hæc adoptio imperfecta non tribuit jus patriæ potestatis §. 2. *Inst. de adopt.*



## DE SUCCESSIONE COLLATERALIUUM.

## §. DCCLVIII.

Ubi nec ascendere potest amor, experientia teste in latus divergit. Et hinc non exstantibus ascendentibus proximi sunt COLLATERALES. Quamvis enim amor inter nos aliquando admodum tepeat, et secundum poetam fratrum quoque gratia rareseit: leges tamen nostræ respiciunt ad id, quod plurimum fit, *L. 3. seq. ff. de legibus.*

## §. DCCLIX.

De his tres observandæ sunt regulæ 1). *Fratres et sorores germani, eorumque liberi, reliquos omnes collateraliales excludunt; et illi quidem in capita, hi jure repræsentationis in stirpis succedunt.* Reg. 2). *Si soli exstant germanorum, et germanarum liberi, hi jure suo succedunt, et hinc admittuntur in capita.* Generalis enim ista regula est non admitti jus repræsentationis in collateralibus, nisi ubi nepotes ex fratre vel sorore, cum fratribus et sororibus concurrunt. Hinc in VIII. schemate primus accipit quadrantem, secundus et tertius itidem quadrantem, quartus solus quadrantem, et reliqui ultimum inter se dividunt. At in IX. schemate, quia non exstant fratres et sorores, sed isti ex fratribus vel sororibus, nepotes suo jure admittuntur in capita, hinc singuli sextam partem accipiunt.

## §. DCCLX.

Reg. 3). Non exstantibus fratribus germanis eorumve liberis, admittuntur unilaterales, sive consanguinei, sive uterini sint, eodem jure ac germani, eorumque liberi. Nempe et hic unilaterales succedunt in capita; eorumque liberi si cum illis concurrant, in stirpes, si soli sint, in capita. Unde omnia schemata hic repeten-

da sunt, quæ ad superiorem §. expendimus. Quæstio hic tractari solet à Jctis., an non consanguinei in bonis paternis, uterini in maternis præferendi sint? Sed id negandum secundum principia juris. Nam simulac bona ad defunctum pervenerunt, vel paterna vel materna esse desierunt, et ita sunt confusa, ut æqualitas plane expiraverit. Nihilominus tamen variorum locorum statuta hoc discrimen agnoscunt, et hinc, e. g. in schemate X. si Sejus à patre acceperit 30000 florenos, à matre 10000., primus tanquam frater uterinus accipit 5000., secundus et tertius 5000., quartus tanquam frater consanguineus 15000., quintus et sextus itidem 15000. Sed hoc discrimen, uti dixi, jure civili observatur.

### § DCCLXI.

Reg. 4). Non exstantibus fratribus vel sororibus vel eorum liberis, reliqui collaterales ad hæreditatem vocantur, sine discrimine masculi an feminae sint, agnati an cognati; semper tamen propriores excludunt remotiores, et qui ejusdem gradus sunt, admittuntur simul in capita. Rem extendit schema XI. Hic qui à latere sinistro sunt, sunt agnati à dextro cognati. Hic vero manifestum est, ex omnibus quos numeris notavimus, nullos admitti præter primum, tertium, quartum et decimum. Hi enim soli sunt in gradu quarto, reliqui omnes vel in quinto vel sexto constituti.

### §. DCCLXII.

Quod ad successionem legitimorum, adoptivorum et illegitimorum adinet, eodem modo sese res habet: hoc tantum observato discrimine, quod adoptivis tantum succedunt agnati, non cognati; contra, illegitimis soli cognati, non agnati, quarum exceptionum ratio jam supra satis inculcata est.

## DE SUCCESSIONE CONJUGUM.

## §. DCCLXIII.

**O**lim de successione conjugum vix oriri poterat quæstio, quia per ritum confarreationis, coemptionis et usus uxor in manu mariti conveniebat, adeoque in ejus potestatem redacta tanquam filiafamilias omnia marito adquirebat. Vid. Cic. in *Top. C. IV.* Mortuo itaque marito non succedebat tanquam uxor, sed tanquam filiafamilias et hæres sua. *Dion. Alicarn. L. 2. p. 45. Gellius L. 18. c. 6.* Postquam autem isti ritus exolverunt, nec uxores amplius convenerunt in manum, nulla quoque amplius erat ratio cur vel maritus uxori, vel uxor marito succederet, quum sibi invicem neque agnati neque cognati essent, et hi soli tamen successionis capaces haberentur. At prætor introduxerat novum succedendi genus edicto *unde vir et uxor*, quo volebat, ut soluto matrimonio superstites conjuges succederent defunctis, si omnis cognatio deficeret; tunc ergo totam hæreditatem conjux capiebat. Vid. totus *titulus ff. unde vir et uxor.*

## §. DCCLXIV.

Sed quum ita raro conjuges succederent, Justinianus in *Nov. CXVIII. c. et Auth. præterea C. unde vir et ux.* pinguius pro illis beneficium introduxit, nempe ut et cum aliis hæredibus admitterentur, si essent pauperes et defunctus locuples. Sed quæritur quantum tunc accipiant conjuges? Resp. Aut plures sunt hæredes, quam tres, aut pauciores. Priore casu accipiunt portionem virilem, posteriore quartam omnium bonorum. Sed hic tamen novum discrimen oritur. Nam aut cum liberis concurrat conjux, aut cum extraneis hæredibus. Si priore casu, portionem suam capit jure usufructuario: posteriore, jure proprietatis.



## DE SUCCESSIONE FISCI.

## §. DCCLXV. et DCCLXVI.

**P**ostremus hæres est Fiscus, qui tamen tantum admittitur in subsidium, et hæreditatem intra quadriennium potest occupare, si bona adsint vacantia, i. e. si nulli cognati adsint. Imo sunt adhuc quidam extranei, qui fisco præferuntur. Nempe 1) conjuges, de quibus superiore sectione dictum 2). Socii liberalitatis Augustæ. Hinc si mihi et Titio princeps donaverit prædium, et Titius sine cognatione decedat: ego sum ejus hæres ab intestato in illo prædio, adeo ut et fisco præferar 3). Ecclesia in bonis clerici, quippe quam defunctus omnium maxime amasse censetur 4). Vexillatio in bonis militis, qui nec testamentum condidit, nec cognatos reliquit; quamvis secundum mores Centurio ex hac hæreditate sibi optimum equum vel optima arma sumere soleat 5). Omnia collegia licita fisco præferuntur, si collegiatus vel corporatus sine cognatione decesserit; quos tamen casus omnes rarissimos esse facile unusquisque intelligit.

## TIT. XIV.

## DE OBLIGATIONIBUS.

## §. DCCLXVII.

**Q**uæ hætenus explicavimus, omnia pertinent ad speciem JURIS IN RE. Vidimus enim modos acquirendi *dominium*, L. II. Tit. I. et seq. Vidimus quales sint *servitutes*, L. II. T. 3. — §. Consideravimus etiam pro-

lixè *jus hæreditarium*, quod tum ex testamento, tum ab intestato competit; L. II. Tit. 10. — Lib. III. Tit. 13. Jam ergo et de *jure PIGNORIS* dicendum fuisset: sed nescio quo fato hanc speciem in Institutionibus plane omisserit Justinianus, et nonnisi quædam, quæ ad contractum pignoris pertinet, dixerit Lib. III. Tit. XV. Itaque hæc lacuna suo loco ex ff. erit supplenda. Jam ergo progredimur ad *JURA AD REM*, tanquam alteram speciem juris rerum, §. 331. Omne autem jus ad rem quum ex obligatione nascatur, hac postrema parte Lib. III. de solis obligationibus agitur, æque ac initio Lib. IV.

## §. DCCLXVIII.

Quæritur itaque quid sit *OBLIGATIO*? Et resp. esse eam *juris vinculum*, quo necessitate adstringamur *alicujus rei solvendæ*, e. g. faciendæ vel præstandæ. Sed sordet fere hæc definitio sciolis, qui præcipue reprehendunt, quod rem definiamus per meram translationem s. metaphoram; imo, pro insigni acumine suo, movent vinculum juris esse laqueum, quo fures suspenduntur. Lepide, belle, sapienter, uti nihil supra. Sane res morales vocabulis propriis adeo exprimi non possunt, ut et ipsum vocabulum *obligatio* sit metaphoricum. Et quid quæso adjuvamus definitione ista, quam commendant vere philosophicam, obligatio est qualitas moralis pasiva, quæ necessitas imponitur aliquid præstandi vel faciendi. Quasi vero jam non magis obscura sit definitio, quam definitum. Maneat ergo definitio nostra; ex qua jam fluit axioma, *obligatio personam non aggreditur*, ideoque inde adversus tertium nunquam agi potest, sed adversus eum, qui se nobis obligavit. Qua in re situm est discrimen inter jus ad rem, et in re, de quo diximus supra §. 333. 2.

## §. DCCLXIX.

A definitione ad divisiones progredimur; quarum prima est, quod obligationes sint vel *mere naturales*,

vel *mere civiles*, vel *mixtæ*. Fundamentum obligationis omnis est lex. Si ergo obligatio nascitur ex jure naturæ, sed jus civile illi non adssistit, est obligatio mere naturalis. E. g. jus naturæ dicit pacta esse servanda, sed quia jus civile pactis nudis non adssistit, nasci inde dicitur obligatio mere naturalis. Si jus civile quidem obligationem introducit, sed cui jus naturale vel adversatur, vel non adssistit: ea dicitur mere civilis. E. g. quod ex metu promissum est, jure stricto civili est præstandum. Coacta enim voluntas ex principiis JCtorum. Stoicis etiam est voluntas, *L. 21. §. 5. ff. quod met. caus.* Sed quia jus naturale ejusmodi obligationem vi et metu extortam repudiat, hinc obligatio hæc dicitur mere civilis. Denique si utrumquæ jus naturale et civile obligationi cuidam suffragatur, erit illa obligatio mixta. E. g. emptor ad solvendum pretium promissum et jure civili et naturali est obligatus, et hinc obligatio mixta dici potest. *Mixtæ veræ* sunt obligationes, quippe omnem producentes effectum: civiles nullius effectus sunt, quia rescinduntur per restitutionem in integrum: naturales denique ad excipiendum prosunt, non autem ad agendum.

### §. DCCLXX.

Altera divisio, vel potius subdivisio est, quod aliæ sint *civiles*, aliæ *prætorix*. Civiles sunt, quæ ex jure civili proficiscuntur, i. e. legibus, plebiscitis, SCtis, principum placitis, et responsis prudentum. Prætorix contra, quæ ex edicto prætoris vel aliorum magistratuum descendunt. Generatim enim prætorium dicitur quidquid à magistratibus est, etiam à proconsulibus et ædilibus. Omnes enim olim magistratus Romani à præeundo dicebantur prætores, quasi præitores. Vid. Varro *de Ling. Lat. L. 4. c. 14.* E. g. obligatio venditoris et emptoris ad præstandam culpam levem civilis est, quia ex jure civili descendit: obligatio contra



venditoris, ut rem vitiosam recipiat et pretium reddat, est prætoria, quia ex edicto ædilitio proficiscitur.

## §. DCCLXXI.

Sequitur tertia divisio, quod aliæ obligationes *immediate* nascantur ex æquitate naturali, aliæ *mediate* ex facto aliquo obligatorio. Immediate ex æquitate nascuntur, ubicumque aliquid exigo ex isto principio: *Quod tibi non nocet et alteri prodest, ad id es obligatus*: itemque *quod ipsa recta ratio exigit, ad id es obligatus*. Hinc e. g. possessor obstrictus est ad rem domino exhibendam ex regula priorè: pater obstrictus est ad alendum filium ex posteriore, quamvis nullum accesserit factum obligatorium. Contra ubi obligatio ex facto oritur, illud est vel *licitum* vel *illicitum*. Licitum consistit in consensu, illicitum in delicto. Et hinc nova divisio obligationis, quod alia ex *conventionè* nascatur, alia ex *delicto*. De delictis dicemus Lib. IV.; quare jam tantum de conventionibus agemus.

## §. DCCLXXII. et DCCLXXIII.

CONVENTIO, quæ in jure nostro etiam pactio vel pactum dicitur, est *duorum vel plurium in idem placitum consensus de dando aliquo, faciendò, vel præstando*. Dicimus 1) esse *consensum*, quia alias nullum adesset factum obligatorium. Dicimus esse 2) *consensum duorum vel plurium*, quia e. g. in societate etiam 100 vel plures convenire possunt et pacisci. Dicimus porro 3) *in idem placitum*, quia quamdiu non idem sentiunt, paciscentibus res tantum in tractatibus consistit, uti hodie loquuntur. Denique 4) adjicimus *de dando, faciendò, vel præstando aliquo*, ubi simul admonemus sub affirmatione etiam negationem contineri. Dantur enim etiam pacta de non dando, vel non faciendò, quæ etiam remissoria dicuntur.

## §. DCCLXXIV. et DCCLXXV.

Conventio dividitur in *contractum*, et *pactum* cujus divisionis origo ex solo jure Romano est, quippe

quo pacta non producebant actionem, sed contractus. Mirantur id nonnulli, et perfidiam Romanorum accusant, quod contra naturam omnem pactis obligationem detraxerint. Sed hi injuriam faciunt genti prudentissimæ Non illa docebant pacta non esse servanda sed potius illum pro improbo et perfido habebant, qui pactis non staret. Eleganter Seneca de benef. L. 5. c. 21. *Quæ lex ad id præstandum nos, quod alicui promissimus, alligat? Quæras tu cum eo, qui non præstat, et fidem datam nec servatam indignabor.* Quod autem pactis actionem non dederint, id inde est, quia plerumque homines se serio pactos negant: unde Euclio apud Plautum in *Aulul. Act. II. Scen. II. §. 81.*

*At scio, quo res pacto solèatis perplexarier:*

*Pactum non pactum est, non pactum autem pactum, quod vobis lubet.*

Ne ergo ita perplexari possent homines et cavillari, sanxerunt Romani, ut fides civium non in pactis, sed contractibus consisteret, *Gell. Att. Noct. Lib. 20. c. 1.*; i. e. ne homines possent dicere se serio non consensisse, introducere stipulationem sollemnem, qua interposita plena nasceretur obligatio. Eleganter hoc expressit Emund. Merillus *Obs. LVII. c. 39.* *Ideo vero ex pacto nudo inter cives Romanos actio non nascitur, quia sc. fidem illi sanxerant in negotiorum contractibus, non in nudis pactis, nec in formulam prodiderant, qua de nudis pactis ageretur, quia modum vulgarem fidei abstringendæ habebant stipulationem, certa verborum proprietate contractam, L. 2. de oblig. et act. Eam si paciscentes omisissent, magis id videbantur perlusorie fecisse, quam ut fidem adstringerent.* Sed quomodo differunt pacta et contractus? Docuit jam pridem id Cujacius, *L. 11. Obs. c. 15.* ubi observat veram et genuinam definitionem latitare in *L. 7. §. 1. 2. ff. de pactis.* Nimirum contractus est conventio, quæ habet vel nomen, vel causam. Ergo pactum erit conventio,

quæ nec nomen, nec causam habet. Ad intelligendas has definitiones sciendum est, quid sit nomen, quid sit causa. NOMEN hic nobis vocatur vocabulum, quod producit actionem ejusmodi nominis. Per CAUSAM autem intelligimus aliquid præsens, ex quo secundum leges obligatio nascitur. Sic e. g. venditio habet nomen, quia inde actio nascitur empti, venditi. Stipulatio habet et nomen et causam: nomen, quia inde nascitur actio ex stipulatu; causam, quia accessit sollemnitas verborum, cui leges vim obligandi tribuere. Contra, donatio nec nomen habet nec causam, quia nec actio donati datur, nec aliquid etiam præsens est, sed tantum in futurum promittitur sine omni sollemnitate.

§. DCCLXXVII.

Pacta distincta à contractibus denuo dividuntur in *nuda et non nuda*, s. ut glossatores barbare vocant, *vestita*. Nuda sunt, quæ in nudis conventionis vel placiti finibus subsistunt, nec obligationem civilem, nec actionem ullam producant: non nuda, quæ producant aliquam actionem, quamvis non sint contractus. E. g. sponsalia sine stipulatione inita erant pactum nudum, quia inde nulla obligatio et actio procedebat. Cæterum, quod pacta quædam non nuda sint, et obligationem et actionem producant, inde id est quod quibusdam lex, quibusdam prætor, quibusdam contractus, quibus adjecta sunt in continenti, adsistit. Quibus lex adsistit, dicuntur *legitima*, ex illis nascitur conditio ex lege, veluti ex *L. 35. C. de donat.* Quibus prætor adsistit, ea dicuntur *pacta prætoria*; qualia sunt duo, *hypotheca*, et *constituta pecunia*, quæ non producant actiones ejusdem nominis, nempe hypothecariam, quæ et quasi-Serviana dicitur, et de constituta pecunia. Denique quibus contractus adsistit, ea vocantur *pacta adjecta*. Hæc si adjiciuntur in continenti contractibus bonæ fidei, s. bilateralibus, producant actionem eandem, quæ ex illo contractu alias nascitur. E. g. si venditor emptioni ven-

\*



ditioni in continenti adjecit pactum protimiseos, legis commissoriæ, addictionis in diem, retrovenditionis, vel simile: ex his omnibus habet actionem venditi. Quid vero si pactum adjectum sit contractui stricti juris, vel non adjectum sit in continenti? Tunc solam producit exceptionem, non actionem, *L. 7. §. 5. 6. ff. L. 13. C. h. t.*

### §. DCCLXXVIII.

Hæc de pactis. Qui his opponuntur contractus, in VEROS et QUASI CONTRACTUS dividuntur. Fundamentum pauci JCTi. pervident. Hinc alii dicunt, quasi contractus nasci ex consensu tacito; quasi vero contractus tacitus non etiam esset verus? Alii dicunt, eosdem oriri ex variis causarum figuris. Sed hæc verba, quæ in *L. 1. ff. de obl. act.* occurrunt, tam sunt obscura, ut non possint inservire definitioni. Quidam, inter quos et Dn. Pagenstecher in *Aphor. Lib. III. §. 145.*, ita definiunt quasi contractum, quod sit obligatio nec ex contractu, nec ex delicto, nec ex quasi delicto nata. Sed præterquam quod hæc definitio, ex principio *Inst. de oblig. quæ quasi ex contr. nasc.* desumpta, negativa est, adeoque æque obscura ac definitum, et hoc inde absurdum manifeste fluit, quod omnia pacta legitima sint quasi contractus. Dominus Westenbergius in *Tit. de Pactis §. 54.* ita definit: Est factum non turpe, ex quo citra conventionem nascitur obligatio. Enimvero sic quoque obscurum est, cur obligatio nasci possit sine conventionem. Itaque nos ita progredimur. Omnis contractus nititur CONSENSU. Consensus vel VERUS est, vel FICTUS s. PRÆSUMPTUS. Ex vero nascuntur contractus veri, ex præsumpto vel facto, quasi contractus. Ne autem existimemus, sine omni ratione leges fingere aliquem consensisse, qui non consensit: tres potissimum sunt regulæ æquitatis naturalis, ex quibus consensus hujusmodi inducitur 1). *Nemo cum alterius damno sine omni ratione locupletior fieri velit* 2). *Qui vult quod an-*

recedit, non debet nolle quod consequitur 3). Quisque videtur probare id, quod utilitatem suam promovet. Vid. ff. nostr. Part. I. § 362.

## §. DCCLXXIX.

VERI contractus sunt vel NOMINATI, vel INNOMINATI. Nominati et nomen et causam habent, et hinc semper producant actionem ejusdem nominis. Innominati causam quidem habent, sed non nomen, et hinc nec actionem ejusdem nominis producant, sed generalem actionem in *factum vel præscriptis verbis*. Objici posset contractus æstimatorius, qui cum sit contractus innominatus, actionem tamen producit æstimatoriam. Vid. Rubr. ff. de æstim. Sed resp. hæc quoque actio æstimatoria est ipsa actio præscriptis verbis, et hinc in *L. I. pr. ff. ejusd. titul.* vocatur *æstimatoria præscriptis verbis actio*. Tales contractus innominati sunt quatuor. DO, UT DES; qui et aliquando permutatio, et aliquando contractus æstimatorius dicitur. DO, UT FACIAS; FACIO, UT DES; FACIO, UT FACIAS. Objici posset, omnes etiam nominatos contractus vocari ita posse, do ut des. Quid enim aliud est emptio venditio, quam do ut des? Quid aliud locatio operarum, quam contractus facio ut des? Sed respondetur, inter nominatos etiam hoc discrimen esse, quod in illis intercedit pecunia numerata: in his aut aliæ res præter pecuniam, aut si pecunia datur, illa per conventionem non est definita, vel saltem non est merces, sed honorarium. Hinc si dicam e. g. do tibi pecuniam, ut des librum mihi, est emptio venditio: si ita conveniamus, do tibi librum hunc, ut alium mihi reddas, erit contractus innominatus do ut des. Ita etiam si dicat sartor, conficiam tibi vestem pro tanta pecunia, erit locatio operarum: si ita, vestem conficiam, si dederis frumentum, vel si facies mihi calceos: vel si professor dicat, collegium prælegam pro honorario, erunt hi contractus innominati.

Porro quum contractus omnes debeant habere causam, i. e. aliquid præsens, ex quo secundum leges obligatio nascitur, §. 776: quæstio est, quænam sunt istæ causæ? Resp. quatuor esse, *rei traditionem, verba sollemnia, litteras, et consensum*. Semper ergo hic respicitur ad id, quod contractum perficit et absolvit: adeoque qui perficiuntur rei traditione, dicuntur *reales*, quales sunt *mutuum, commodatum, pignus, depositum*. Qui verbis sollemnibus perficiuntur, dicuntur *verborum obligationes*, sc. contractus *verbales*, quorum unus tantum jure novo superest, nempe stipulatio. Olim enim præter hanc verborum obligationem erant dotis dictio, et promissio operarum jurata, quæ à liberto fieri solebat. Vid. Cujac. *Inst. L. II. Tit. 9. §. 3.* Qui contractus per sollemnes litteras capit substantiam, dicitur contractus *litteralis*, quem primus Justinianus in hodiernam formam redegit. Denique ubi solus consensus sufficit ad perficiendum contractum, hi contractus dicuntur *consensuales*; quales sunt quinque, *emptio venditio, locatio conductio, emphyteusis, societas, et mandatum*.

## §. DCCLXXXI.

Superest suprema divisio, qua alii sunt *unilaterales*, alii *bilaterales*. Ita autem non dicuntur à personis contrahentibus, nam sic omnes contractus essent bilaterales: sed à personis se obligantibus. Si enim utraque obligata est, contractus est bilateralis: sin una tantum, unilateralis. Sic e. g. in emptione venditione uterque obligatus est contrahens: in mutuo unus tantum. Unilaterales in jure nostro etiam dicuntur *stricti juris*, bilaterales *bonæ fidei*; quod non ita intelligendum ac si in contractibus stricti juris bona fides non necessaria esset: sed sensus est, in contractibus stricti juris nihil peti posse, nisi quod expresse promissum: contra, in bonæ fidei contractibus et id deberi, quod non est expressum, modo id æquitas postulet. Sic e. g. ex mu-



tuo non petuntur usuræ, nisi promissæ, quia est contractus stricti juris. At in emptione venditione emptor ob solam moram debet usuras, quia hic est contractus bonæ fidei.

## §. DCCLXXXII.

Et hinc jam facile patet, cur quidam contractus producant duplicem actionem, quidam autem unam. Cum enim in bilateralibus uterque obligatus sit, necessario etiam debent duæ actiones esse, quibus uterque compellatur ad id, quod debet. Contra, quia e. g. in mutuo ad nihil obligatus est creditor, sed debitor tantum; hinc et una tantum competit actio, nempe condictio certi ex mutuo. Duæ actiones, quæ ex bilateralibus nascuntur, aut utrimque *directæ* sunt, aut altera *directa*, altera *contraria* vocatur. Utraque directa est, quoties utriusque obligatio statim ab initio ex primo contractu nascitur; una directa, altera contraria est, quoties unus contrahens ex ipso contractu, alter ex post facto obligatus est. E. g. in emptione venditione uterque contrahens statim ab initio ex ipso contractu obligatur, et hinc actiones empti et venditi sunt directæ. Ex mandato autem mandatarius quidem ex ipso contractu et ab initio obligatur, mandans autem obligatus non est nisi ex post facto, nimirum si mandatarius pro ipso expensas fecerit, vel ex mandato damnum passus fuerit. Et hinc actio contra mandatarium est directa, contra mandantem autem contraria. De contrariis actionibus una est regula, eaque generalissima: *omnis actio contraria datur ad indemnitatem.*

## §. DCCLXXXIII. et DCCLXXXIV.

In materia de contractibus nobilis et egregia quaestio est de resarciendo damno. Sed quemadmodum hic satis subtiliter philosophantur Jcti. Romani, ita eos raro accurate intelligunt doctores. Insigne tamen huic doctrinæ accessit per diss. egregiam Henr. Cocceji de *culpīs præstandis*. Nos ad rem ipsam progredimur. DAMNUM est, quidquid deminuit patrimonium nos.

trum. Id autem fit vel *dolo*, vel *culpa*, vel *casu*. *Dolo*, si accedit prohæresis, s. propositum: *culpa* si ex negligentia, et imprudentia peccatur: denique *casu*, si damnum oritur ex providentia divina, cui resisti nequit.

## §. DCCLXXXV.

De Dolo unica observanda est regula, *illum semper et in omni contractu esse præstandum*. Quod adeo verum est, ut si vel maxime pacti sint contrahentes ne dolus præstetur, id pactum non valeat, quippe quod alterum ad peccandum invitaret, *L. 22. ff. de reg. jur.* Imo in quibusdam contractibus ne sufficit quidem si dolum præstare velit, sed præterea infamis sit; quales contractus sunt, *tutela*, *depositum*, *societas et mandatum*, *L. 1. ff. de his qui not. infam.* Quod ideo ita sanciant Reges, quia hi soli contractus cum solis amicis ineuntur, quum reliqui cum quolibet iniri soleant. Quid vero turpius est, quam amicum ab amico sub amicitiae specie circumveniri? Eleganter Cicero pro Quinto Roscio, Comædo, c. 6. *Si qua sunt privata judicia summæ existimationis, et pene dicam, capitibus: fiduciæ* (sub quo vocabulo mandatum et depositum comprehendit), *tutelæ, societatis*. *Æque enim perfidiosum et nefarium est fidem frangere, quæ continet vitam, et pupillum fraudare, qui in tutelam pervenit, et socium fallere, qui se in negotio conjunxit.* Nec una, plures regulæ sunt de *casu*. *Casum nemo præstat*, *L. 23. ff. de R. J.* Quis enim homini imputaret quod à fato est, quo rerum humanarum ordo seritur? Potest tamen contingere, ut alicui et casus noceat. Nempe 1) si quis eum sponte in se receperit, 2) si in mora tradendi vel restituendi fuerit, et 3) si culpa sua occasionem casui dederit. Has exceptiones addunt Doctores: quamvis, si vera fateri velimus, hisce tribus casibus non casus, sed culpa præstetur.

## §. DCCLXXXVI. et DCCLXXXVII.

De *CULPA* præstanda res est paulo abstrusior. Cul-

pam enim Jcti. veluti ad mensuram exigunt, et aliam *latam*, aliam *levem*, aliam *levissimam* esse dicunt. Fundamentum hujus divisionis est diversitas patrum-familias. Sunt sane Eucliones ad rem attenti, quibus veluti mille oculi sunt, quique nec somnum capere, nec tranquillo animo esse possunt, nisi omnium ædium angulos perquisiverint. Qui ergo horum diligentiam obscuram non imitantur, *CULPAM LEVISSIMAM* dicuntur committere. Sunt deinde patresfamilias dissoluti, discincti nepotes, quibus nec quærere, nec parva tueri à natura datum est, nummos, et fruges consumere nati. Qui horum imitantur socordiam, imo illos vincunt negligentia, illi *CULPAM LATAM* dicuntur admittere. Sunt denique patresfamilias frugales, parci, non avari, mundi, non prodigi. Qui horum diligentiam non sectantur, illi rei sunt *CULPÆ LEVIS*.

#### §. DCCLXXXVIII.

Hæ sunt definitiones, quibus intellectis jam facile intelliguntur regulæ de præstatione culparum 1). Ubi penes unum commodum, pene alterum solum incommodum est, ibi ille culpam levissimam, hic latam præstat. E. g. in deposito deponens præstat culpam levissimam, quia omne commodum percipit: depositarius culpam latam, quia penes illum solum est incommodum 2). Ubi par utriusque contrahentis est commodum, ibi sibi invicem præstant culpam levem. Exemplum habes in emptione, locatione, conductione, societate et pignore 3). Qui se sua sponte contractui obtulit, in quo maxima requiritur diligentia, is merito culpam levissimam præstat in negotiorum gestione 4). Qui alteri rem obtulit sponte, is non potest nisi culpam latam exigere. Exemplum est in precario.

#### §. DCCLXXXIX.

Hæc de obligationibus in genere; quibus observatis capita omnia usque ad finem libri erunt maxime perspicua. Nimirum cum in Inst. de contractibus in-



nominatis non agatur, sequuntur jam contractus nominati. Et quia hi in reales, litterales, verbales et consensuales dividuntur, titulus proximus de realsibus disputat.

## TIT. XV.

QUIBUS MODIS RE CONTRAHITUR  
OBLIGATIO.

## §. DCCXC.

**P**ostquam generatim quid obligatio sit, quid contractus et quotuplex, consideravimus: progredimur ad primam contractuum nominatorum speciem, nempe ad REALES, quamvis et omnes obligationes ex contractibus innominatis, imo et ex delictis, ex re nascantur, *L. 4. ff. de obl. act.* Vocamus autem contractus Reales qui non capiunt substantiam, nec obligationem producant, nisi sequuta rei traditione. Egregie hanc rem illustrat, *L. 6. 8. ff. de verb. obl.* Ibi enim quum quis promisisset se daturum mutuam pecuniam, non ex hoc promisso nascebatur condictio ex mutuo, quia nondum facta fuerat traditio, s. numeratio pecuniæ, sed condictio ex stipulatu.

## §. DCCXCI.

Tales contractus, qui re ineuntur, ex nominatis sunt quatuor, *mutuum, commodatum, depositum et pignus*. Dico ex nominatis: nam innominati, uti præmonui, omnes re ineuntur. Non enim esset contractus si quis dixisset, dabo ut des, faciam ut des vel facias, sed si do ut des vel facias, vel si facio ut des vel facias, contractus erit. Ergo manifestum est illum re iniri.

§. DCCXCII.

Primus est MUTUUM, quod in ff. vocatur *res cre-  
dita*, unde Tit. *de rebus creditis*; quum tamen ipse  
moneat Ulpianus *creditas res posse vocari omnes con-  
tractus*, L. 1. ff. *de reb. cred.* Definitio hujus con-  
tractus facilis est. Est enim contractus, quo res fungi-  
bilis ita alicui datur, ut ejus fiat, et quandoque tan-  
tundem in eodem genere restituat. Dicimus hunc con-  
tractum versari in *rebus fungibilibus*, quæ pondere,  
mensura, vel numero constant, id est veneunt. Quia  
si res non fungibilis traditur, non mutuum, sed com-  
modatum est. Dicimus in hoc contractu *rem traditam  
accipientis fieri*, quo ipso mutuum à commodato dif-  
fert, in quo tantum usus; et à deposito, in quo cus-  
todia transfertur. Denique addimus, debitorem *tantum-  
dem* in eodem genere restituere debere. Sic enim ab  
omnibus reliquis contractibus realibus distinguitur, nem-  
pe à commodato, deposito et pignore, in quibus idem  
in specie restituendum.

§. DCCXCIII.

Inde ergo facile intelliguntur axiomata 1). *Mu-  
tuum non est, nisi pecunia vel res fungibilis alia, bre-  
vi saltem manu tradatur.* Sine traditione enim non in-  
telligitur contractus realis. Dicimus autem, *saltem bre-  
vi manu rem esse tradendam.* Cujus rei exemplum est  
in L. 10. ff. *de verb. obl.*, ubi quis pecuniam depo-  
suit, simulque permisit, ut si vellet, uteretur; dicit  
Jctus. mutuum fieri, simul ac pecunia mota sit 2).  
*Mutuum est alienatio, et rei fungibilis dominium trans-  
fertur in debitorem.* Acriter hæc controversia agitata  
est inter Claudium Salmasium et Jctos. ejus ævi, ma-  
xime Regnerum Cyprianum ab Oesberga, et Joh. Wis-  
senbachium. Ille negavit mutuum esse alienationem,  
quia ista pecunia ratione debitoris fit æs alienum. Sed  
hi recte defendunt, omnino in debitorem transire do-  
minium. Debitor enim accipit liberrimam de rebus cre-

ditis disponendi facultatem, idem etiam habet jus vindicandi à quocumque possessore, et præterea, si res illa perit, debitori tanquam domino perit. Accedunt leges hanc in rem clarissimæ, *L. 16. ff. de rebus cred. L. 41. ff. eod. L. 9. ff. pr. de auct. tut. et curat.*

§. DCCXCIV. et DCCXCV.

Ex primo axiomate æque ac posteriore fluunt jam omnia jura circa mutuuum. Nam 1) si quæramus quis possit mutuuum dare? Resp. Quicumque alienare potest, adeoque non pupillus, qui nec dare pecuniam potest, nec semel datam solutam accipere. Imo nec rem alienam licebat mutuam dare; quia nec eandem alienare licet, *L. 11. ff. de reb. cred.* 2). Si quæramus quæ obligatio inde nascatur? res ipsa docet unilateralem tunc esse contractum, adeoque unicum obligari debitorem ad rem, quam accipit, in eodem genere restituendam. Hinc 3) etiam quæstio solvitur, an possit ita conveniri, ut plus solvatur quam datum est? Id negatur, quia ex re nascitur obligatio; et hinc eleganter Paulus in *L. 17. pr. ff. de pactis: re*, inquit, *non potest obligatio contrahi, nisi quatenus datum est.* Quo minus autem detur quam datum est nihil obstat, quia unicuique licet rem suam donare 4). Ex eodem patet, quid juris sit, si valor nummi mutetur? Tunc enim respiciendum est ad tempus contractus, adeoque tantum reddendum, quantum secundum pecuniam hodiernam ille tunc accepit. Ergo si e. g. dati sunt 100. floreni Misnici, qui hodie valent 18. grossos, pro singulis hodie octodecim solvantur. Et ita etiam in Camera imperiali observatur. *Gaillius l. II. Obs. 73.*

§. DCCXCVI.

Superest actio, quæ ex hoc contractu nascitur, consideranda. Quia hic contractus est nominatus, hinc actio est ejusdem nominis, et vocatur *actio mutui* in *L. 5. C. quibus non obi. long. temp. præscr.* vel etiam *condictio certi ex mutuo*, ut in ff. Datur illa creditori ad-



versus debitorem ad rem in eodem genere recipiendam, an vero etiam ad usuras solvendas? Negatur jure Romano. Nam aut promissæ sunt, aut non. Si promissæ, non petuntur conditione ex mutuo, sed ex stipulatu: Si non promissæ, plane peti nequeunt, quia est contractus stricti juris, ex quo nihil peti potest, nisi quod expresse promissum. Imo si vel maxime pactum fuerit adjectum contractui mutui de usuris solvendis, illud tamen non obligat, quia pacta adjecta contractibus bonæ fidei actionem producant, non autem quæ stricti juris contractibus adjiciuntur, *L. 7. ff. de pactis*. Sed hodie nemo dubitat, quin usuræ etiam non promissæ ex sola mora peti possint, quia discrimen illud inter contractus bonæ fidei, et stricti juris, in theoria utilissimum, in praxi parum attenditur.

## DCCXCVII. et DCCXCVIII.

Sequitur alter contractus, qui re initur, nempe **COMMODATUM**; quod in plerisque linguis cum mutuo confunditur. Sane Germani eodem vocabulo *leihen* et mutuum et commodatum exprimunt. Eos vero contractus accurate distinguunt Romani, quibus commodatum est contractus realis, *quo res non fungibilis gratis utendo ita datur, ut finito usu eadem species restituatur*. A mutuo itaque differt, partim quod hic res sit non fungibilis, in mutuo fungibilis: partim, quod hic usus, ille dominium transferat; à *precario*, quod commodatum rem transfert ad certum usum, precarium ad incertum et indefinitum, et hinc semper revocabile est. Facile etiam discernitur à locatione conductione, quæ nec re initur, sed consensu, nec gratuita est. Ex hac ergo definitione facile intelliguntur axiomata 1): *Commodatarius accipit rem alienam ad certum et definitum usum*; alias enim esset precarium 2). *In hoc contractu non utriusque per commodum et incommodum est, sed omne commodum penes commodatarium versatur.*

Ex priore axiomate duæ fluunt conclusiones perelegantes 1). Quod res commodata ante finitum usum revocari nequeat. Sed id intelligendum de stricto jure. Æquitas enim omnino suadet, ut si ipse commodans re sua indigeat, ille commodatario præferatur 2). Eum qui aliter vel diutius re utitur, quam commodanti placet, furtum usus committere. §. 6. 7. *Inst. de obl. quæ ex delict.* Mirum hujus severitatis exemplum refert Gellius, *L. VII. c. 15*, et Val. Max. *L. VIII. c. 2.*, quod amicus in jus vocatus, quod equum commodato acceptum Ariam usque in proximum montem adegerit furti sententiam pertulerit.

## §. DCCC.

Deinde ex ipsa definitione §. 797. discimus 3) hunc contractum non admittere mercedem, quia sic statim degeneraret in locationem conductionem, si usus concederetur pro pecunia; vel in contractum do ut des, si pro alia re daretur. Attamen quemadmodum honorarium non est merces, quia per stipulationem vel pactum non solet definiri: ita manet commodatum, si vel maxime finito contractu honorarium detur arg. *L. 6. pr. ff. mand.*

## §. DCCCI. et DCCCII.

Ex altero axiomate fluit 4) commodatarium præstare culpam levissimam, commodantem non nisi latam, §. 788. 1. Potest tamen hic res aliter se habere. Nam si commodatum fiat in utriusque commodum, e. g. si commodem argentum ad communem amicum hospitio excipiendum, contrahentes solum culpam levem præstabunt. Si in commodantis gratiam hic contractus initur, commodatarius tamen præstabit culpam latam: id quod continget, e. g. sponsæ gemmas commodet, ut iis ornatior incedat. Prior casus est in *L. 18. pr. ff.* posterior in *L. 5. §. 10. ff. de commodato. 2).* Casum fortuitum non commodatarium, sed commodantem fer-

re. Cujus rei ratio est partim, quod res perit suo domino, partim quod commodatarius est debitor speciei, qui liberatur simulac species perit. Exceptio tamen est, si vel culpa commodatarii accedat, vel iste sit in mora restituendi. Imo et eo casu omnem casum præstat commodatarius, si rem commodatam æstimato accepit. *L. 5. §. 3. de commod.*

§. DCCCIII. DCCCIV. et DCCCIV.

Reliquum est, ut de actionibus ex hoc contractu competentibus vidēamus. Cum hic contractus sit nominatus, actio etiam hæc *commodari* dicitur, ut sit ejusdem nominis. Et quia commodatarius statim ab initio obligatur, commodans autem ex post facto, sequitur ut commodatario detur actio directa, commodanti autem contraria: illa ad restituendum et culpam præstandam; hæc, uti omnes actiones contrariæ, ad indemnitatem.

§. DCCCVI.

Tertius contractus realis est *DEPOSITUM*; quod est contractus re initus, quo quis rem mobilem alteri gratis custodiendam tradit, quandocumque deponenti liouerit in specie restituendam. In primis notabile est quod precipue loquimur de re mobili. Res enim immobiles non deponimus apud alterum, uti vulgo tradunt, sed commendamus, vel alteri mandamus, ut earum custodiam suscipiat. Huc pertinet, *L. 86. ff. de V. S.*; in quo contractu nec dominium nec usus transfertur, sed sola custodia. Et hinc si depositario conceditur, ut rem fungibilem apud se depositam absumat, et tantumdem in eodem genere restituat, depositum degenerabit in *mutuum*.

§. DCCCVII.

Axiomata de hoc contractu facillima sunt 1). *Depositum* est contractus gratuitus; alias enim degeneraret in locationem, vel in contractum *do ut des* 2). *Deposito* sola custodia transfertur; alias enim esset vel



mutuum, vel commodatum 3). Commodum ex hoc contractu est penes solum deponentem; quia est gratuitus.  
 §. DCCCVIII. et DCCCIX.

Jam ex primo axiomatico fluunt conclusiones 1): Hunc contractum respuere mercedem, non autem honorarium. Inter mercedem et honorarium duplex est discrimen: siquidem hoc nec pacto definitur, et pro operis liberalibus præstari solet; quorum neutrum locum habet in mercede 2). Contractum hunc non nisi cum amicis iniri, et hinc dolum depositarii merito infamia notari. Quis enim res suas crederet nisi illi cujus in virtute et amicitia fiduciam quam maximam collocavit? Turpissimum autem est amicum ab amico falli. Eleganter dicit Cicero *pro Roscio c. 39.* amicitiam eum dissolvere, et fallere eum, qui læsus non esset, nisi amico non credidisset. Tanta hac in re fuit veterum religio, ut existimarent, etiam conatum à Diis plecti, et Glaucum ideo cum tota familia extinctum, quia de negando deposito cogitasset, quamvis postea restituisset depositum. Historia est apud Herodotum, *L. VII.* uti et Apollinis hoc oraculum legimus:

Plauce Epycidides, equidem expedit ad breve tempus.  
 Si Orco vicisse invertisseque nummos,  
 Dejera et evorcum, quoniam manet exitus idem.  
 Ast Orco natus, qui nomine, qui manibus qui  
 Nullis est pedibus, rapide advenit, usque adeo dum  
 Convolvens omnem perdat prolemque domumque.

Contra de primitivis Christianis non sine laude scribit Plinius, *L. 10. ep. 97. quod mane convenerint, et Christo Deo carmen... dixerint, seque Sacramento obstrinxerint, non in scelus aliquod, sed ne fidem fallerent, ne depositum adpellati abnegassent.* Denique nec præmittenda elegans Casauboni observatio in *Lectioibus ad Teocritum, p. 85. quod crediderint veteres eum*

*dentis amittere, qui depositum abnegasset.* Non mirum itaque etiam infamia dignum visum, qui adeo omnem bonam fidem ejurasset, ut negaret depositum.

## §. DCCCX.

Ex altero axioma, quod sola custodia transferatur, per se patet 3) depositarium quoque furti usu se obstringere, qui re deposita utitur contra domini voluntatem 4). Posse tamen vel expresse vel tacite ex deposito fieri sive mutuum sive commodatum. Expresse, si ita convenient ut depositarius re, si velit, uti possit. Tacite, si res fungibilis nec clausa nec obsignata traditur. Tunc enim res ita docet, adquiescere debere deponentem; si tantumdem in eodem genere accipiat; quia res fungibiles sua natura non admittere solent pretium affectionis.

## §. DCCCXI.

Denique ex tertio axioma inferimus 1), deponentem ordinarie culpam levis imam, depositarium latam præstare. Dicimus, ordinarie. Neque enim dubium est, quin aliter res se habeat, si depositarius se sponte obtulerit, §. 788. 3, vel si ex deposito factum sit mutuum. Quia enim mutuum est alienatio, et sic debitor fit dominus, dominus autem casum suscipere debet: idem etiam necessario hoc casu accidit 2). Merito etiam majorem culpam præstandam esse, si depositarius sit in mora restituendi. Potest et tunc accidere, ut de casu teneatur.

## §. DCCCXII. et DCCCXIII.

Hisce præmissis subjicimus quasdam divisiones depositi. Aliud est *SIMPLEX*, aliud *MISERABILE*. Illud jam supra descripsimus. Hoc est, si quis ob incendium, ruinam, naufragium, adeoque urgente calamitate publica vel privata aliquid deponit. Sane enim cum duplo turpius sit afflicto addere afflictionem, leges etiam ex hoc deposito concedunt actionem in duplum, si ullo modo dolus depositarii pelliueat. Singulare quoque est

depositi genus SEQUESTRUM. Differt enim ab aliis 1), quod alias consentientes et volentes deponamus, quum sequestratio enim nobis invitis fiat 2). Quod depositum locum habeat in rebus omnibus mobilibus: sequestrum tantum in litigiosis, et immobilibus quoque, imo et aliquando in hominibus. Elegans sane casus est in *cap. 14. X. de sponsalibus*, quod sponsa, quæ vina sponsalia fecit, urgente priore sponso et durante lite, in monasterio vel apud honestam matronam sequestranda sit, ne posterior ejus pudicitia struat insidias 3). Depositum est gratuitum: sequestratio, quia cum onere administrationis conjuncta est, etiam salarium admittit. Sed facile patet, huic sequestrationi ordinariæ non esse locum. Ea enim fieret, ut res privaretur beneficio possessionis, quæ usque ad rem judicatam penes illum esse debet. Admittenda ergo est tantum tribus casibus, extra illum, quem jam ex *Cap. 14. X. de sponsal.* vidimus. Nempe (a) si immineat periculum fugæ, et res sit mobilis (b), si metus sit armorum, vel (c) dilapidationis bonorum. Et hinc etiam in jure publico maxime odiosum habetur, si imperator provincias dubie successionis sequestrare debet, ceu exemplo successionis Juliæ constat, cujus non satis historia est.

§. DCCCXIV. — DCCCXVII.

Nihil ergo jam difficultatis habent actiones ex his negotiis ortæ. Vocatur actio *depositi*, quia est ex contractu nominato. *Directa* competit deponenti ad rem recipiendam: *contraria* ad indemnitatem. Ita et *sequestraria*, quæ ex sequestro nascitur, competit victori adversus sequestrem ad rationes reddendas et rem restituendam: *contraria* sequestri adversus victorem ad indemnitatem. Cæterum id singulare habet actio depositi, quod nec exceptio domini, nec jus retentionis, nec compensatio adversus illam locum habeat, præter quam uno casu, si impensas fecerim in rem depositam. Tunc enim etiam retinere possunt, donec impensæ restitutæ



sint. Et hinc esse docent eruditi, quod in Digestis ante Tit. de deposito tractetur materia de compensatione, quia illa in omnibus anterioribus contractibus, non autem in deposito, locum habeat.

§. DCCCXVIII. et DCCCXIX.

Superest ultimus contractus realis, nempe PIGNUS. Vocabulum autem hoc triplicem in jure significationem habet. Modo enim ipsam oppignoratam rem denotat; modo contractum, quo constituitur pignus; modo jus in re oppignorata, quod creditor post traditionem habet. Si pignus consideretur tanquam jus in re, nascuntur inde actiones reales *Serviana*, et quasi *Serviana*, s. *hypothecaria*, quæ datur adversus quemcumque possessorem ad possessionem istius pignoris accipiendam. Et ita vocabulum pignoris sumitur in *L. 20. ff.* Si autem de contractu accipiatur, id quod fit in *Lib. 13. ff.*, actio inde nascitur *pignoratitia*, quam soli inter se habent debitor et creditor. Et de hoc contractu jam agimus, dicimusque, quod sit *contractus realis*, quo res à debitore creditori datur in securitatem crediti ea lege, ut soluto debito res in specie restituatur.

§. DCCCXX.

Definitionem hanc illustravimus occasione axiomatum; quorum est 1) pignori dari possunt res omnes, quæ securitatem præstant. Præstant autem securitatem, quæ habent pretium. Unde facile patet, res sacras aliasque extra commercium positas oppignorari non posse 2). Ex hoc contractu sola possessio naturalis transferitur. Quod jus plane discedit à veteri germanico, quo creditorem ad tempus factum esse dominum primus docuit Schilterus ad *Tit. de pign. act.* 3) Contractus hic in utriusque commodum initur, et in creditoris quidem, quia iste securus præstat; in debitoris autem, quia tanto facilius invenit pecuniam.

§. DCCCXXI.

Ex primo axioma inferimus, omnes res oppigno-

\*

rari posse *incorporales* æque ac *corporales*, modo in commercio, nec litigiosæ sint. Oppignoratio enim est species alienationis: res litigiosæ autem alienari nequeunt. Et hinc facile patet cur maritus nec fundum dotalem possit oppignorare, consentiente licet uxore: notum enim est, eum nec alienare posse consensu uxoris, *pr. Inst. quibus alien. lic. vel non.* Nimirum videri possit, res etiam alienas posse oppignorari. Sed id intelligendum, si dominus consentiat; alias enim huic semper jus erit rem à quocumque possessore vindicandi.

§. DCCCXXII.

Ex secundo axiomate inferimus 1), creditorem pignore uti non posse, nisi accesserit *PACTUM ANTICHRETICUM*, quod est pactum, quod creditori usus pignoris loco usurarum conceditur. Sed hoc pactum adjectum ideo molestum est creditori, quia tenebitur ad rationes reddendas, fructusque restituendos, quos ultra usuras legitimas percepit, ne usuraria pravitas admittatur. Hinc suadent quidam, potius dominium cum pacto retrovendi- tionis in creditorem esse transferendum. Et sane sic liberabitur ab illo onere reddendarum rationum, sed majore premetur, nempe ut casum in se suscipere teneatur. Interim tamen hoc tenendum, non omnium fructuum reddendas esse rationes, sed tantum certorum, quorum quotannis eadem est quantitas 2). Ex eo axiomate discimus differentiam inter pignus et hypothecam. Pignus est contractus, hypotheca pactum prætorium: illud cum traditione conjunctum est, hæc sine traditione subsistit. Quod ad reliqua attinet jus in re ex pignore et hypotheca idem nascitur.

§. DCCCXXIII.

Denique ex tertio axiomate una fluit conclusio, ea- que facillima, nempe utrumque contrahentem sibi invi- cem teneri ad culpam levem. Equidem graviter olim obstare visa est, *L. 13. §. 1. ff. de pign. act.*, ubi *Ulpianus: Venit autem in hac actione et dolus et culpa,*

*ut et in commodato: venit et custodia; vis major non venit.* Sed hanc legem una mutata littera in integrum restituit CL. Nood. Pro *ut* enim legit *at*, et sic sensus erit: *Venit in hac actione et dolus et culpa: at in commodato venit et custodia; vis major non venit.* Cæterum unico tantum casu, quo creditor propria auctoritate occupavit, ad culpam levissimam tenetur, L. 30. D. de pignorat. act.

§. DCCCXXIV. — DCCCXXVI.

Supersunt actiones, quæ ex hoc contractu fluunt. Utraque dicitur *pignoratitia*, quia nominatus hic contractus est. Est vero vel directa, vel contraria. Illa datur debitori, sed non nisi soluto debito: hæc creditori, sed restituto pignore. Illa petitur restitutio pignoris et præstatio culpæ: hæc, uti in omni actione contraria, indemnitas.

TIT. XVI.

DE VERBORUM OBLIGATIONIBUS.

§. DCCCXXVII. et DCCCXXVIII.

**A**bsolutis contractibus realibus sequuntur VERBALES, in quibus ad producendam obligationem nihil requiritur præter sollemnia. Unum esse hujusmodi contractum vulgo docent, idque hodie dubio caret: sed olim erant tres, stipulatio, dotis dictio, et promissio jurata operarum patrono facta. De stipulatione mox dicemus. DOTIS DICTIO erat sollemnis declaratio soceri, quantum dotis daturus sit, quam sequebatur acceptatio generi. Clare hoc docet exemplum, quod in scholio ex Terentii *Andria Act. V. Scen. VI. v. 57.* ubi, cum Chremes dixisset: dos, Pamphile, est decem talenta, et Pamphilius respondisset, accipio: Donatus Scholiastes



addit, nisi dixisset, accipio, dos non esset. Datio enim ab acceptatione confirmatur, nec potest datum videri id, quod non sit acceptum. Ex quo facile patet, quomodo dotis dictio à donatione et promissione differat. Dabatur enim dos, dum deponeretur apud auspices: promittebatur autem per veram stipulationem. *Antiq. Rom. nostr. L. 2. Tit. 7. §. 4. Promissio operarum jurata* in eo consistebat, quod servus non prius manumitteretur, quam promitteret jurato se post manumissionem patrono certas operas fabriles, dona et munera præstiturum. Jurato autem promittebant, quia inter dominum et servum stipulatio intercedere non poterat: et tunc prætor servum non addicebat liberum per vindictam, nisi denuo promisisset. Sed et dotis dictio, et promissio operarum ab usu recesserunt, adeoque tantum de stipulatione dicendum erit.

#### §. DCCCXXIX.

STIPULATIO à stipulo, i. e. firmo, dicitur, quia est communis modus omnes obligationes confirmandi. Definitio ejus in hoc §. tradita est facillima. Est enim contractus verbalis, quo aliquis interrogando alterum congrue respondentem obligat ad aliquid dandum, vel faciendum. Ex qua definitione patet, essentiam hujus contractus consistere in interrogando et respondendo. Qui interrogat, dicitur *stipulari*; qui respondet, dicitur *spondere* vel *promittere*, unde vocabula *stipulatoris* et *promissoris*, et ipse contractus etiam *sponsus* appellatur.

#### §. DCCCXXX. et DCCCXXXI.

Sequuntur jam divisiones. Stipulatio vel *certa* vel *incerta* est. Nam certum dicitur promittere, qui promittit speciem vel quantitatem; incertum autem, qui ita promittit, ut quid, quantum in stipulatione sit, non adpareat, *L. 75. pr. ff. de verb. obl.*; et id contingit quoties vel genus vel factum promissum est. Deinde stipulationes vel *pure* fiunt, vel sub *conditione*, vel in

*diem.* Sed cum hæc jam ex materia de legatis nota sint, ea quæ ibi dicta sunt, hic non repetimus.

§. DCCCXXXII. et DCCCXXXIII.

Potius progredimur ad axiomata de stipulationibus, quæ in duobus sequentibus §§phis. traduntur 1). Ubi conditio possibilis adjecta, dies nec cedit nec venit, nisi existente conditione: ubi pure promissum, dies et cedit et venit statim. Axioma in se facile: Conditio enim rem suspendit. Ubi non adest conditio nec affectus conditionis suspendi potest. Attamen posterior axiomatis pars civiliter intelligenda; ut promittenti tantum supersit spatii, ut de re comparanda laborare possit 2). Conditio impossibilis stipulationem vitiat. Rationem hujus axiomatis jam supra dedimus, §. 549. \*, quia qui consentit in ejusmodi conditionem, aut insanire aut jocari videtur 3). Promissio ex die, dies cedit, sed non venit nisi veniente die. Nec tamen ideo usuræ ob moram debentur, nisi speciatim sint promissæ, quia hic contractus est stricti juris 4). Si ad diem promissum, veluti usque ad 10. annos, obligatio stricto jure perpetua est, sed eliditur tamen exceptione doli mali. Ratio est, quia in contractibus, stricti juris pacta adjecta non insunt contractibus, sed tantum producunt exceptionem 5). Dies incertus, de quo nescimus an exstituturus sit, pro conditione habetur. Æque enim res suspenditur ab incerto eventu, ac si sub conditione sit promissum. Quid enim interest sive dicas, dabo 100. quo die consul eris; sive dabo 100., si consul eris? 6) Existens conditio in contractibus, retrotrahitur ad principium, secus in legatis. E. g. si quis promisserit filiofamilias 100. ubi uxorem duxerit, centum illi quoad usumfructum patri adquirentur, quamvis filius uxorem ducens emancipatus sit. 7). In stipulatione requiritur congrua responsio. Ergo non valet si aliud responsum, aliud rogatum, vel si in responsione aliquid adjectum, de quo non fuerat interrogatum 8). Conditio negativa suspen-

dit promissum usque ad mortem. E. g. si quis sibi stipulatus sit 1000. in casum, si religionem non mutaverit, nihil accipiet quoad vixerit, quia prius non constat an religionem non sit mutaturus, §. 4. *Inst. h. t.* In legatis autem aliter sese res habeat ob cautionem Mucianam, quæ ab hærede vel legatario exigebatur; sed ea cautio solum ad ultimas voluntates pertinet 9) Ex stipulatione spes etiam ad hæredes devolvitur. Hinc si mihi promissum, si navis ex India redierit, et ego moriar ante hanc conditionem existentem, hæredes mei existente conditione petere possunt. Sed id cur in legatis secus se habet? Quia legatarius ante mortem testatoris non habet jus quæsitum, quod devolvere ad hæredes posset: stipulans autem tale jus omnino habet ex consensu. Unde spuria est, quam nonnulli adferunt ratio, quasi minor sit adfectio erga hæredem, quam erga stipulatorem 10). Alium obligare promissione sua, vel alii stipulari nemo potest, §. 15. *Inst. de inutil. stipul.* Ratio est, quia inventa est stipulatio ad confirmandas obligationes, §. 829.: stipulatio autem nulla vel obligatio personam egreditur, nec obligationem vel actionem ratione tertii producit, §. 768.

§. DCCCXXXIV. et DCCCXXXV.

Quæritur jam porro, quæ ex hoc contractu actio nascatur? Resp. Cum et hic contractus nominatus sit, non potest non actio *ex stipulatu* dici. Equidem vulgo, ex male intellecto *princ. Inst. h. t.* dicunt, si certi agatur, actionem vocari *condictionem certi*, sin incerti, *condictionem ex stipulatu*. Sed unusquisque videt ex stipulatu agi, sive certi sive incerti agatur, et has tantum esse adjectiones differentię causa. Instituit ergo hanc actionem stipulator, ejusve hæres adversus promissorem, ejusve hæredem ad rem vel factum præstandum, non autem ad usuras; quæ, ut diximus, ex contractu stricti juris non debentur, nisi speciatim promissæ.



## §. DCCCXXXVI. et DCCCXXXVII.

Quum ergo hæc actio etiam ad factum præstandum detur, elegans hic nascitur quæstio an verum sit, quod vulgo dicunt, promissorem facti non cogi posse ad illud præstandum, sed liberari præstando id, quod interest? Ita sane omnis sentit Jctorum. turba: dissentiunt pauci sed boni, puta Cujacius, Corasius, Huberus, et Thomasius, qui singularem ea de re dissert. edidit. Vulgo nimirum provocant ad *L. 72. de V. O. L. 13. §. fin. de re jud. L. 72. §. 2. de cond. et demonstr. et L. 2. ff. de lib. hom. exhibend.* Sed qui hos textus inspexerit, statim deprehendet; ibi non promissori hanc facultatem concedi ut liberetur, præstando id, quod interest: sed stipulatori ibi datur arbitrium factum velit urgere, an petere id, quod interest. Porro objiciunt, Justinianum in *§. ult. Inst. h. t.* commendare stipulatori facti, ut pœnam conventionalem simul stipuletur. Sed id non fit ideo quia ad factum nemo possit cogi, sed quia plerumque incerta facti æstimatio est, adeoque et probatio difficilis, si agere velit ad id, quod interest.

## §. DCCCXXXVIII.

Quæritur adhuc, an stipulationum hodie adhuc usus sit? Sunt qui negant, et recte quidem. Sed dum allegant pro ratione, *L. 10. C. de contr. stip.* inde probaturi, jam Leonem imp. stipulationem sustulisse, egregie falluntur. Fuit sane stipulatio et Justiniani temporibus adhuc usitatissima, et Leo stipulationem non sustulit, sed verborum anxiam subtilitatem, e. g. ut latine roganti etiam jam possit græce responderi. Alia ergo ratio est, cur hodie stipulationes tam raro audiamus, quia nimirum ex institutis gentium originis Germanicæ omnia pacta nuda animo deliberato inita producant obligationem.

## TIT. XVII.

DE DUOBUS REIS STIPULATANDI ET  
PROMITTENDI.

## §. DCCCXXXIX.

**D**octrina, quæ jam sequitur, est subtilior, et tamen pragmatica. Agimus enim de CORREALI OBLIGATIONE. Quæ quid sit, facillime intelligetur, si primo atendamus ad regulam, et deinde ad exceptionem.

I.) Regula talis est. *Quando duo vel plures se obligant, singuli obligantur pro rata, et si duobus vel pluribus promittitur, singulis debetur pro rata.* Hinc e. g. si ego et frater promisimus 100., singuli debemus 50.; et si mihi fratrique 100. promissa sunt, singulis etiam debentur 50. Nimirum obligatio inter plures promittentes et stipulantes ipso jure divisa est. Et ita se habet regula.

## §. DCCCXL. et DCCCXLI.

Sed hæc regula patitur II.) exceptionem, si obligatio sit correalis, quia tunc singuli solidum debent, et singulis debetur solidum. Si ergo quæramus quinam sint *rei* vel *correi*, respondetur, quicumque vel in solidum promittunt, vel sibi in solidum ab alio stipulantur. Si in solidum promittunt, dicuntur *rei promittendi*. E. g. Titius et Sejus promittimus ambo pro uno, et unus pro ambobus, adeoque singuli in solidum, nos soluturos 100. Sin duo sibi stipulantur rem eandem in solidum, dicuntur *rei stipulandi*. E. g. ego promitto Titio et Sejo ambobus tanquam uni, et uni tanquam ambobus, adeoque singulis in solidum, me daturum 100. Quæri solet, cur uterque hic dicatur reus, quum tamen à stipulante nihil petatur, sed à promittente?

Sed respondeo, reum hic non dici eum, unde petitur, sed personam contrahentem. Jam vero stipulans et promittens contrahant. Origo vocabuli est à *re*, uti observavit Festus in voce *reus*, et hinc patet, cur contrahentes rei dicantur, quia consenserunt in eandem rem tradendam et præstandam.

§. DCCCXLII. — DCCCXLIV.

Vidimus, quinam sint rei: dispiciendum jam porro quomodo correalis obligatio contrahatur? Respondeamus, jure Romano, quia pacta nuda non obligabant, ita aliter fieri non potuisse, quam per stipulationem. Hinc correi promittendi erant qui ad eandem interrogationem congrue respondebant, et duo rei stipulandi, qui eandem interrogationem fecerant. Prioris casus elegans exemplum ex Plauti *Trinum Act. V. Sc. 2. v. 39.* adduximus. Juvenis ibi sibi stipulatur sponsam et dotem, adeoque interrogat: Isthac lege filiam tuam spondens mihi uxorem dare? Respondent duo, et quidem primo Callicles, spondeo; postea Charmida, et ego spondeo idem hoc. Ergo Callicles et Charmidas erant rei promittendi. Jam fingamus, sponsum interrogasse socerum, tunc promittis dotem mille aureorum? huncque respondisse, promitto, postea autem et sponsi patrem rogasse idem hoc, tunc et mihi dabis istos mille aureos, et ille responderit, dabo: tunc pater et filius erunt duo correi stipulandi. Sed quum hodie omnia pacta, etiam nuda, producant obligationem validam, per se patet istis stipulationum ambagibus non esse opus, sed sufficere formulas: *Einer für alle, alle für einen.*

§. DCCCXLV. et DCCCXLVI.

Hæc de definitionibus correorum, et de modis introducendæ obligationis correalis. Proximum est, ut et effecta videamus. Horum 1) est, ut singuli teneantur in solidum, i. e. ut necesse non sit utrosque à me conveniri, sed habeam arbitrium agendi contra alterutrum, ab eoque totam summam petendi 2). Ut uno solvente



alter liberetur, quamvis uterque debeat solidum, non tamen uni bis solidum debet, et hinc semel, quod debebatur, consequutus est, nullum amplius jus agendi habet 3). Ut non gaudeant correi beneficio divisionis. Hæc thesis probe notanda, quia vulgo dissentiunt Jcti. et in his Dn. Ludovicus in *Doctrina Pandectarum h. t.* Et quidem provocant ad eundem textum *Nov. 99. c. 1.* quem hic allegavimus, ubi dicitur, et correos divisionis beneficium habere. Sed si istum introspeciamus, ibi agitur de casu, ubi correi simul pro se invicem fidejusserunt. Tunc vero tanquam fidejussores hoc beneficium habent, non autem tanquam correi, siquidem hunc in finem inventa est obligatio correalis, ne inter promittentes divisa esset obligatio. Ita recte post Cujacium et alios rem exponit b. Huberus in *Prælect. Inst. ad h. t. 4)*. Ut correi stipulandi singuli possint exigere solidum. Ergo si mihi et fratri in solidum debeantur 100., et ego totam istam summam petam: alter non potest excipere, tantum mihi haud deberi, debetur enim solidum 5). Ut inter correos stipulandi sit jus præventionis, adeo ut si quis prior, alter deinde non possit agere, quia promittens tantum simplum debebat.

#### §. DCCCXVII.

Posset aliquis quærere, si unus ex correis solidum sit consequutus, quam actionem tunc habeat alter ad partem secum communicandam? Resp. Distinguendum est, sintne socii isti correi stipulandi, an non sint. Priore casu inter se agunt actione *pro socio*, quippe quæ competat ad damnum et lucrum communicandum. Posteriore casu nullam habent actionem. *Non mandati*, quia iste non pro alio egit, sed pro se ipso, quum sibi solidum deberetur. Nec *negotiorum gestorum*, quia suum, non alienum negotium gessit. Nec denique *ex stipulatu*, quia illa stipulatio non intercessit inter correos, sed inter eos et debitorem. Ex quo per se patet, Jure Ro-

mano actionem nullam superesse: tamen ex moribus implorationem officii judicis, ne alter cum alterius damno locupletetur. Et ita hæc res expresse decisa est in L. 62. pr. ff. ad L. Falcid.

## TIT. XVIII.

## DE STIPULATIONIBUS SERVORUM.

## §. DCCCXLVIII. et DCCCXLIX.

**I**n hoc titulo nihil occurrit, quod non jam notum nobis esse debeat ex titulo *per quas personas nobis adquiratur*. Posuimus ibi principium, acquiritur nobis per res nostras. Cum ergo in classe rerum nostrarum et servi sint, sequitur ut et stipulatione sua sibi nihil, domino omnia adquirant. Et ex hoc fundamento jam perspicuæ sunt conclusiones 1). Servus stipulando acquirit domino, sive sibi, sive domino, sive impersonaliter, sive cum servo stipuletur. Impersonaliter autem stipulatur, si dicit, dabuntur me 100? Semper istud promissum lucro cedit domino, quia servus nihil proprii habere potest 2). Servus communis stipulando acquirit omnibus dominis pro rata domini, et hinc si unus habet sextantem domini, alter deuncem, eadem proportionem etiam summa promissa inter eos dividitur. Exceptus tamen est casus, si servus uni dominorum specie, ejus jussu stipulatus sit 3). Servus hæreditarius acquirit hæreditati. Quamvis enim hæreditas jacens sit nullius, fingitur tamen illam repræsentare personam defuncti, adeoque et illi acquiri per servos.

## §. DCCCL.

Hæc regula: sequitur exceptio, eaque unica, si servus factum sibi stipulatus sit. Tunc enim non debetur domino, sed servo, §. 2. *Inst. h. t.* Et hinc si quis

promisit se tondere semper velle barbam servi, non ideo urgere potest dominus, ut suam barbam tondeat. Ratio est, quia hic agitur de quæstu, i. e. de lucro, quod domino per servum adcrevit. Qui vero fieri quid stipulatur, non captat lucrum, sed commoditatem, ergo id non potest domino cedere.

§. DCCCLI.

Jam ubi de usu hujus tituli hodierno quæritur, paucis monendum est, eum non adeo magnum, imo potius nullum esse usum. Servi enim nostri si mercenarii sunt, nobis tantum adquirunt per operas suas, quas conduximus, non autem per stipulationes. Sin proprio, s. adscriptitiæ conditionis sunt, tunc nobis quidem debent censum, operas, maritagium, mortuarium, s. præcipuum ex hæreditate, non autem aliud. Ergo quidquid præterea adquirunt per stipulationem, id sibi adquirunt, §. 85.

TIT. XIX.

DE DIVISIONE STIPULATIONUM.

§. DCCCLII. DCCCLIII.

**S**upra vidimus varias divisiones stipulationum, §. 830. seq., sed jam una superest, quæ speciali hoc titulo consideratur. Aliæ enim sunt stipulationes PRÆTORIÆ, quas ex officio prætor exigit: aliæ JUDICIALES, quæ ex officio judicis pedanei profisciscuntur: aliæ COMMUNES, quas tum prætor, tum judex potest exigere: aliæ denique CONVENTIONALES, quæ inter privatos pro arbitrio intercedunt. Conventionalium innumeræ possunt esse species. Nam, ut supra diximus, nullum intercedebat negotium neque emptionis, neque locationis, ne-



que dotis, neque quidquam aliud, cui non accedere consueverint stipulationes, tanquam præcipuum reliquarum obligationum fundamentum. Id quod exemplis sexcentis demonstravit Barnab. Brisson. *de formulis Rom.* Tres autem priores singulare accipiunt nomen, vocanturque *cautiones*, de quibus jam ex instituto agendum.

### §. DCCCLIV.

Prima cautio prætoria est DAMNI INFECTI. Dicitur autem damnum infectum eo sensu, quo dicere solemus, factum infectum fieri nequit, i. e. nondum factum. Cautio hæc locum habet eo sensu, si vicini ædes ruinam minentur, adeoque mihi inde damnum immineat. Tunc sane nondum habeo actionem, quia nihil damni sensi: possum tamen exigere cautionem quod, si ruina sequuta sit intra certum tempus, mihi omne damnum resarcire velit. Hic ergo observandum 1), semper definiendum esse certum tempus, e. g. 10. annos, ne, dum in infinitum cavere jubet, alterum sine ratione oneret. Elapso tamen tempore si adhuc videatur periculum imminere, repetenda erit stipulatio 2). Si alter cavere nolit, fieri posse immissionem in istas ædes; sed saltem ex primo decreto, sc. ut iste insistat istis ædibus, donec intra certum tempus caverit 3). Si et tunc tergiversatur, locum esse immissioni ex secundo decreto, adeo ut domus vendatur, et domino pretium restituatur.

### §. DCCCLV.

Proxima est Cautio LEGATORUM NOMINE, qua opus est, quoties testator alicui legata vel fideicommissa relinquit in diem, aut sub conditione. Quum enim utroque casu dies nondum veniat, imo priore ne quidem cedat, facile contingere posset, ut interea hæres vel bonis labatur, vel alia excogitet, quominus legatum præstet. Ut ergo legatarius, vel fideicommissarius certus sit ratione legati vel fideicommissi sibi debiti, ab

hærede exigere potest cautionem, quod legata vel fideicommissa die veniente præstiturus sit; eamque cautionem prætor jubebit præstari. Unde cautio hæc legatorum nomine prætoria est. Add. *L. 114. §. 12. ff. de legat. 1. et tot. tit. ff. ut. leg. nom. cau.*

§. DCCCLVI.

Hæ erant prætorix stipulationes. Sequuntur JUDICIALIS, quas olim non prætor aut alius magistratus, sed judex pedaneus præstari jubebat. Talis est cautio de DOLO MALO, qua opus est si quando de re restituenda litigatur, e. g. Instituta rei vindicatione, vel conditione furtiva. Tunc enim si durante judicio adpareat possessorem male re uti, eamque ita deteriore reddere, ut postea non rem integram, sed ejus veluti cadaver restituere posse videatur: judex pedaneus, exigente actore, jubebat cavere, rem sine dolo malo et corruptione restitutum iri, si sententiam contra possessorem ferretur, *L. 20. L. 54. ff. de rei vind. L. 15. ff. de pig. act.*

§. DCCCLVII.

Ejusdem generis est cautio de PERSEQUENDO SERVUS QUI IN FUGA EST. Ejus usus triplex est. Nam 1) si quis hominem vi alteri extorserit, eumque jussus à judice restituere, eum fugisse dicat: non solum ad æstimationem præstandam condemnatur, verum etiam cavere jubetur se servum istum fugitivum cum cura persequaturum, *L. 14. §. 15. ff. quod met. causa 2*). Si quis legatum servum legatario ideo negat, quod eum fugisse dicat. Tunc enim hæredem judex jubet servum persequi, et quidem suis sumptibus, et cavere, id futurum esse, *L. 39. L. 69. §. ult. ff. de leg. 1. 3.*) Si maritus ab uxore servum dotalem accepit, isque soluto matrimonio restituendus fugisse dicatur. Tunc enim cavet maritus, se illum viri boni arbitrato persequaturum et restitutum, *L. 25. §. 3. ff. solut. mat.*

## §. DCCCLVIII.

Denique judicialis est cautio *de PRETIO RESTITUENDO* interponenda, quoties res ipsa restitui nequit, et æstimatio s. pretium non statim repræsentatur, *L. 15. §. 10. ff. fam. ercisc.* Imo sunt et aliæ, veluti de re absente inquirenda et exhibenda, *L. 18. ff. ad exhib.*, de indemnitate præstanda, *L. 19. L. 58. ff. de rei vind.*, de solutione certo loco et tempore præstanda, *L. 4. §. 1. ff. de eo quod certo loco.*

## §. DCCCLIX.

COMMUNES esse diximus stipulationes, quæ æque à prætore ac iudice jubentur interponi; et tales hoc §. binæ referuntur. I. *Cautio rem pupilli salvam fore;* quam præstant tutores legitimi, et à minoribus magistratibus dati, non testamentarii, quorum fidem testator probavit, nec dati à magistratibus majoribus, quia horum inquisitio pro cautione cedit. Qua de re supra §. 279. actum. Sed jam quæritur, quando hanc cautionem exigat prætor, et quando eandem injungat iudex? Resp. Prætor eam urget, quoties tutor initio constituitur, quamvis nulla lis eo nomine orta sit. At iudex pedaneus tunc demum cavere jubet; si e. g. tutor pupillum conveniat actione tutelæ contraria, et pupillus objiciat ei, quod nunquam satisdederit rem salvam fore. Tunc adhuc cavere jubebitur, *L. 13. pr. ff. de tut. dat.* II. *Cautio DE RATO.* Eam procurator præstat, sed non omnem; unde hæc tenenda distinctio. Aut procurator plane nullum mandatum habet, nec verum, nec præsumptum. Tum plane non admittitur, quia est falsus procurator, etiamsi cautionem præstare velit. *Tit. ff. de eo quod fals. tut. auct.* Aut habet procurator mandatum verum. Tunc nulla plane oneratur cautione. Aut habet mandatum verum quidem, sed mancum, vel præsumptum tantum. E. g. si maritus pro uxore, filius pro patre agat, tunc admittitur cautio *REM RATAM HABITURUM DOMINUM.* *Tot. tit. ff.*



*rem. rat. hab.* Quod si ergo hæc cautio ante litis contestationem exigitur, erit prætoria; si post L. C. erit judicialis, adeoque recte inter communes habetur.

§. DCCCLX. et DCCCLXI.

Denique sequuntur cautiones vel stipulationes CONVENTIONALES, quarum fere innumeras species esse monuimus. Stipulatio enim erat commune negotiorum omnium firmamentum, et hinc nullus temere contractus inibatur, quin accederet stipulatio. Hinc stipulationibus firmabantur emptiones, L. 7. §. ult. ff. de contr. empt. Plautus *Epid. Act. III. Scen. IV.* Imo nemini ignotæ sunt stipulationes ædilitiæ, quæ omnibus omnium rerum emptionibus accedebant. E. g. rem sanam esse; equum esse, vivere, (i. e. edere, bibere), ut oportet, L. 11. §. 4. ff. de act. empt. servum esse sanum, non furem, fanaticum, fugitivum, noxa solutum, &c. Eodem modo stipulationes accedebant locationibus, L. 58. §. 1. locat. ff. mutuo; de usuris vel pœna conventionali præstanda, L. 3. C. de usur. L. 15. ff. de novat.; denique de sponsalibus, litterarum obligationibus, novationibus, acceptilationibus accessisse stipulationes, jam aliis locis monitum. Ex instituto hoc docuit, exempla que magno ac fere stupendo labore undequaque conquisita dedit plena manu JCtus. eruditissimus Barnab. Brissonius de form. lib. 6. fere toto. Cæterum hodie multa aliter se habent, ex quo pacta, et stipulationes ejusdem efficacitæ esse cœperunt, et inter prætores quoque ac iudices omnis sublata est differentia. Hinc enim est 1), quod hodie omnes stipulationes vel judiciales sunt, vel conventionales 2); quod cautiones non amplius per stipulationem, sed et per nudam repromissionem, chirographumve præstantur. Imo et 3) multæ hodie cautiones plane cessant, quia promptior quam olim est executio.

## TIT. XX.

## DE INUTILIBUS STIPULATIONIBUS.

## §. DCCCLXII.

**I**nutiles vocantur stipulationes, quæ effectu carent, quemadmodum eodem sensu et legata et fideicommissa vocantur inutilia. Contingit id autem ob tres causas 1). Ob personas contrahentium, si istæ promittendo se obligare nequeunt, §. 863. — 866. 2). Ob res, quæ in stipulationem deducuntur, veluti si illæ non sint in commercio, vel si arbitrio ac dispositioni nostræ haud subsint, §. 867. — 868. 3). Ob formam stipulationis non observatam, §. 869. — 871.

## §. DCCCLXIII. et DCCCLXIV.

Ob qualitatem personarum non possunt non variæ stipulationes esse inutilis. Nam 1) *qui consentire nequeunt, ii nec possunt stipulari, nec promittere.* Quomodo enim contractus intelligeretur sine consensu? Inde vero per se patet (a) nec infantes, nec furiosos, nec mente captos, nec surdos et mutos, quorum conjunctum est vitium, vel stipulari vel promittere posse. Si ne consensu enim nec stipulatio, nec promissio intelligitur (b). Pupillos infantia majores stipulari quidem posse etiam sine tutoris auctoritate, non autem promittere. Dum enim promittit, se obligat, adeoque conditionem suam reddit deteriolem. Contra uti stipulatur, alius sibi obligatur, adeoque ejus conditio fit melior, §. 251. Hic incidit quæstio momentosa, an pupillus et minor saltem obligentur naturaliter? Plerique ajunt et pupillum et minorem tantum naturaliter obligari, nec civilis obligationis capacem esse utrumque. Sed quamvis id de pupillo sit verissimum, minores tamen vere et civiliter obligari ex instituto docuit v. a.

\*

Zach. Huberus in *Diss. phil. jurid. B. diss. oblig. pub.* et sane ( $\alpha$ ) dum in *L. 101. ff. de V. O.* dicitur *puberes sine curatorum consensu posse ex stipulatu obligari*: quis neget, quæso, eo loco non intelligi obligationem naturalem, sed civilem? Ex stipulatione sane non naturalis, sed civilis obligatio nascitur ( $\beta$ ). Nec aliud fluit ex *L. 43. de O. et A. L. 9. §. 4. ff. de jurejur.*, ubi Jctus. minores jusjurandum deferre posse ait; id quod nemo potest, nisi qui liberam disponendi obligandique se facultatem habet ( $\gamma$ ). Id patet ex eo, quod minores restituuntur in integrum. Quid vero opus esset restitutione si obligati non sunt civiliter et cum effectu? 2). Alterum, quod hic notamus, axioma est, omnem stipulationem duas personas requirere, unam stipulantem, alteram promittentem. Est enim stipulatio contractus: Contractus, duorum vel plurium in idem placitum consensus. Ex eo vero pronò alveo fluit ( $a$ ), non subsistere stipulationem inter patrem et filium, quippe qui juridice una persona sunt, non duæ, §. 139. 6. ( $b$ ); nec inter dominum et servum, inter quos itidem est vinculum potestatis. Et quidem quum servus jure Romano plane non sit persona, per se patet, multo minus dominum et servum inter se agentes pro duabus personis haberi posse ( $c$ ). Id denique observatu dignissimum, quod ne quidem duo fratres in ejusdem patris potestate constituti inter se stipulari possint; ceu expresse id negatur in *L. 38. ff. de condict. indebit.* Quamvis enim hic sint duæ personæ, tamen quia filii familias nihil habent proprii, sed omnia jure veteri sunt patris: perinde est, si frater à fratre stipulatur, ac si pater à se ipso stipularetur. Nam quæ frater se daturum promittit, sunt patris, et quæ alter frater acquirit stipulando, ea acquirit patri.

§. DCCCLXV. et DCCCLXVI.

Tertium axioma est, *nemo alii quam sibi potest*



*stipulari*. Ratio hujus axiomatis hæc redditur §. 19. *Inst. h. t.* *Inventæ enim sunt stipulationes vel obligationes ad hoc, ut unusquisque adquirat sibi, quod sua interest. Cæterum si alii detur, nihil interest stipulatoris.* Sed ne opus quidem est, ut eo prolabamur. Sufficit, si dicamus id ex ipsa natura obligationis fluere. Obligatio enim est juris vinculum, quo necessitate adstringimur alicujus rei solvendæ, §. 768. Et ex ea definitione proxime sequitur, ut obligatio personam non egrediatur, *ibid.* Si personam non egreditur: nec potest quis agere ex stipulatu, nisi qui stipulatus est; adeoque nemo nisi sibi ipsi stipulari potest. Q. E. D. Jam inde facile intelliguntur axiomata a). Pater ne filio quidem stipulari potest, nisi hæredi, *L. 17. §. 4. L. 33. ff. de pactis.* Quamvis enim hujusmodi stipulatio utilis sit patri stipulanti, non prodest tamen filio, quia is vivo patre nihil acquirit. At prodest filio hæredi, quia tunc in jus defuncti succedit b). Si quis copulative sibi et Titio stipulatus est, pro parte tantum stipulantis valet stipulatio. Alter enim jus nullum habet ex tertii stipulatione, §. 4. *Inst. h. t. c).* Sin quis sibi, aut Titio disjunctive est stipulatus, stipulatio valet eatenus, ut quidem promittens soli stipulatori obligetur; in ejus tamen arbitrio sit, illi an Titio solvere malit. Est hoc ex regula interpretationis: *verba ita interpretanda sunt, ut exitum inveniant.* Potest autem hujusmodi stipulatio invenire exitum, si fingamus stipulatorem sibi stipulatum, sed solutionem in Titium contulisse d). Tutor à contutore gerente recte stipulatur, rem pupillo salvam fore. Non tam enim pupillo stipulatur, quam sibi. Si enim contutor male gerit, periculum non modo ad hunc, sed et ad contutorem pertinet. Ubi vero nostra interest, ibi et alii stipulari possumus, §. 19. *Inst. h. t.*

§. DCCCLXVII. et DCCCLXVIII.

Res, quæ in stipulationem deducuntur, inutilem

reddunt stipulationem, vel 1) quia non sunt in commercio, e. g. si quis templum promitteret: vel 2) quia plane non exstant, nec exstare possunt, e. g. si quis promittere Faunum, Satyrum, Centaurum. Quæ vero existere possunt, quamvis revera non sint, omnino utiliter promittuntur; e. g. vindemia futuri anni, *L. 37. ff. de V. O.* Obiter observandum in §. 1. *Inst. h. t.* rem ita efferrī: *Si quis rem quæ in rerum natura non est, aut esse non potest, dari stipulatus fuerit.* Sed τὸ αὐτὶ ibi accipitur pro et, ut sæpiuscule alias, *L. 53. ff. de V. S.* Porro inutiliter stipulamur 3) quia res jam nostræ sunt, quæ nobis promittuntur. Quomodo enim dari nostrumque fieri potest, quod jam tum nostrum est 4) Quia sunt res turpes ac impossibiles. Sane et turpes res impossibiles sunt moraliter, ceu recte et eleganter observat Papinianus, *L. 15. ff. de condit. instit.*; impossibilium autem nulla est obligatio 5). Quia promittitur factum alienum. Id enim nemo præstare potest. Distinguendum tamen, an quis promiserit factum mere alienum, an se effecturum, ut alter faciat, an denique ad indemnitatem se obligarit? Primo casu promissio inutilis est. Secundo utilis est, sed promittens liberatur, si doceat, se operam omnem dedisse; quia ad impossibilia nemo obligatur, *L. 185. ff. de R. J.* Postremo casu omnino et indistincte tenetur, etiamsi se omnem lapidem movisse doceat. Non enim alium, sed se obstrinxit.

### §. DCCCLXIX. — DCCCLXXI.

Tertio et in forma aliquando latet vitium stipulationis, idque efficit, ut ea sit inutilis. Forma autem stipulationis consistit 1) in consensu contrahentium 2); in interrogatione et responsione congrua 3); in verbis ore prolatis utroque præsentē. Si quid ex tribus his defuerit, stipulatio esse desinit. Ex primo ergo requisito colligimus omnes stipulationes esse inutiles 1), ubi promissor et stipulator non consenserunt in idem pla-

citum; quod contingit per errorem in re vel persona. Nam si tantum in nomine vel accidentali erratum, omnino utilis est stipulatio 2). Ubi stipulatur quis, vel promittit sub conditione impossibili. Tunc enim consentiunt quidem contrahentes, sed simul ostendunt, se vel jocari, vel non sanæ mentis esse. Utroque casu contrahere non possunt. Et hinc jam facile patet, cur conditio impossibilis contractum vitiet, §. 11. *Inst. h. t. L. 31. ff. de obl. et act.* quum in testamentis pro non scripta habeatur. Sed rem omnem jam occupavimus supra, ubi de legatis actum, §. 832. 3. Ex secundo patet, quod obligatio nasci non possit, si quis aliud respondeat ac rogatus est, adeo ut tunc stipulatio non valeat ad summam, in quam consensum est; veluti si de majore interrogatus minus promiserit. Nam quamvis in toto et pars contineatur, *L. 113. ff. de R. J.*, hic tamen exstat textus expresus §. 5. *Inst. h. t.*, qui contra dissentientes notandus. Quod si duæ res diversæ rogentur, una promittatur: de uno illo omnino tenebitur promissor, §. 17. *Inst. h. t.* Denique ex tertio axioma te colligimus, *inter absentes stipulationem nullam intercedere posse.* Frustra ergo quis per epistolam, inter nuncium, procuratorem stipulabatur. Erat enim stipulatio contractus verbalis, cujus ea est natura, ut verba sollemnia viva voce proferenda sint. Attamen si exstet scriptura vel instrumentum, in quo stipulatio interposita dicitur, id verum esse creditur, donec probetur contrarium. Et hinc regula DD. *pro scriptura militat præsumptio veritatis et sollemnitatis;* cujus fundamentum est in §. 17. et 21. *Inst. h. t.* Cæterum ea regula non modo in stipulationibus, sed et in testamentis et aliis instrumentis omnibus insignem præstat utilitatem: et hinc copiose explicari solet à Mascardo, Menochio, Fulvio Paciano et aliis, qui de præsumptionibus scripserunt.



## DE FIDEJUSSORIBUS.

## §. DCCCLXXII. — DCCCLXXIV.

**D**e fidejussoribus hic agitur, quia fidejussio est species stipulationis, nec enim aliter contrahebatur, quam per interrogationem et responsionem congruam: fidejubes? fidejubeo; fidepromittis? fidepromitto; adpromittis? adpromitto; mandas? mando. Unde est, quod fidejussores et *fidepromissores*, *adpromissores*, et si fidejussio prius facta, quam debitum principale contractum, *mandatores* dicantur. Cæterum hic quæritur 1.) quid sit fidejussio, et quæ ejus natura? §. 873. seqq. 2.) qui fidejubere possint vel non possint? §. 875. seq. 3.) quibus obligationibus accedere possit fidejussio? §. 877. seq. 4.) quem effectum illa habeat? §. 879. 5.) quænam beneficia competant fidejussoribus? §. 880. — 886. Quod ad primum adinet, naturam fidejussionis partim ex definitione, partim ex axiomatibus inde derivatis discimus. *Fidejussorem* definimus, quod sit *qui alienæ obligationi mediante stipulatione et sine novatione accedit*. Nihil hic frustra positum. Dicimus *accedere* fidejussorem alienæ obligationi. Est enim fidejussio contractus accessorius, uti eum recte vocat Puffendorfius; et hinc etiam obligatio principalis prior esse debet, quam fidejussio. Nam si hæc antecedit obligationem principalem, non fidejussio, sed mandatum est. Dicimus deinde, fidejussorem accedere *per stipulationem*. Nam si quis sine interposita stipulatione pro alio satis promittit, non fidejubere, sed *constituere* dicitur. Adeoque *fidejussio et constituta pecunia* ita differunt, quod illa sit contractus verbalis s. stipulatio, hæc autem pactum pretorium, ex illa nascatur actio de stipu-

Iatu, ex hac actio de constituta pecunia. Denique in definitione addimus, fidejussorem obligationi alienæ accedere *sine novatione*. Nam obligatio principalis non tollitur, hec debitor ideo liberatur, quia alius pro eo fidejussit, sed hic tantum accedit, ut eo securior fiat creditor. Quod si itaque dixerim, me obligationem Titii in me recipere, ita ut is plane liberetur, non erit hæc fidejussio, sed *expromissio*, qualis procul dubio est illa Pauli Apostoli: Philem. c. 18. 19. *Si quid damni dederit injuria, vel si quid debebat Onesimus, hoc imputa mihi. Ego Paulus mea manu scripsi, ego exsolvam*. Inde ergo facile intelliguntur quatuor axiomata de fidejussione, quæ §. 874. damus 1). *Fidejussio est stipulatio*. Nam alias non differret à constituto 2). *Fidejussio est negotium civile et virile*. Ita expresse vocatur in *L. 1. ff. ad SC. Vellej.*, et *L. 2. pr. ff. de R. J.* quia in conspectu virorum explicabatur hoc negotium. Vid. Jac. Gothfr. *Comment. ad Reg. Jur. L. 2. 3)*. *Fidejussio est contractus accesorius*. Inventus enim est in securitatem creditoris, ut et debitorem, et si hic solvendo non sit, fidejussorem obligatum habeat 4). *Fidejussor olim ut correus, hodie in subsidium tenetur*. Nimirum olim erat in arbitrio creditoris, velletne debitorem, an fidejussorem convenire, *L. 10. ff. de cond. indeb. L. 16. §. ult. ff. de ff. de fidejuss. L. 5. C. de fidejuss.* Hinc illud Thaletis Milesii *ἔγγυα πᾶσα δ'ἀέν, sponde et prope erit damnum*. Idem quidem jus et hodie habet creditor, ut eligere possit vel debitorem vel fidejussorem, quem conveniat: sed fidejussor hodie habebit beneficium ordinis, de quo infra. Eo itaque si utitur, non tenebitur solvere, nisi prius excussus sit debitor principalis.

§. DCCCLXXV. et DCCCLXXVI.

Jam parte tituli altera quæritur, qui fidejubere possint, vel non possint? Respondemus secundum axioma primum, quicumque possunt stipulando obligari; secun-

dum, axioma secundum, hi possunt civile et virile negotium obire. Quemadmodum ergo ex priore sua sponte sequitur fidejubere non posse infantes, furiosos, mente captos, surdos et mutos, qui nec intelligunt quid agitur, nec verba sollemnia proferre possunt, imo nec prodigi, pupilli, minores, nisi accedat tutoris auctoritas; ita ex posteriore reddi poterit ratio, cur nec milites pro paganis, *L. 8. §. 1. qui satisd. cog.*, nec clerici pro laicis *Nov. 123. c. 6.*, nec mulieres sive pro extraneis sive pro maritis intercedere possint. Mulierum fidejussionem pro extraneis sustulit SC. Vellejanum, quod ei fidejussioni omnem effectum ademit, ipsamque pecuniæ solutæ conditionem concedit mulieri; nisi 1) vel in rem suam fidejusserit, *L. 8. §. 1. ff. qui satisd. cog.*; vel 2) aliquid pro fidejussione acceperit; vel 3) in dolo versetur; vel 4) mercaturam exerceat; vel 5) privilegio suo renuntiaverit. Pro marito fidejubere uxorem vetuit *Auth. si qua mulier C. de SC. Vellej.*, et hinc ea quoque fidejussio nullius est effectus, nisi renuntiaverit. Ubi observandum, quod 1) mulier ante renuntiationem certior fieri debet de privilegio suo 2); quod SC. Vellejan. secundum praxim extrajudicialiter, *L. fin. §. penult. ff. de fidejuss. L. 2. C. de SC. Vell.*, Authentica autem jam descriptæ non nisi jurato, vel judicialiter renuntiari queat *cap. cum contingat X. de jurejur.*

§. DCCCLXXVII. et DCCCLXXVIII.

Tertia quæstio in hoc titulo est, quibus negotiis accedere possint fidejussores? Respondemus ex axioma tertio 1): Contractibus omnibus, imo et obligationibus naturalibus, et effectu civili destitutis. Et hinc contingere potest, ut principalis debitor non obligetur civiliter, fidejussor obligetur. E. g. si quis fidejussit pro pupillo promittente sine tutoris auctoritate pupillus actione pulsari non poterit, et tamen devinctus erit fidejussor. Addimus tamen exceptionem. Nam non obligatur fidejussor, si leges civiles obligationem debi-



toris principalis plane rejiciunt, vel damnant; quod fit SC. Vellejano. Hinc si quis fidejussit pro muliere fidejubente, non tenetur: si pro filiofamilias debitore, tenetur; quia obligationem, feminae fidejubentis lex plane rejicit, obligationem filiofamilias naturalem, si pecuniam mutuam sumpsit, non rejicit SC. Macedonianum, sed ei tantum indulget exceptionem. NB. An autem lex obligationem plane rejiciat, nec ne, facile intelligimus, si dispiciamus utrum lex tantum exceptionem indulgeat quod facit SC. Macedonianum: an etiam actionem vel conditionem indebiti, ceu fit in SCto. Vellejano. Sed quaeritur 2), an et in delictis admittantur fidejussores? Distingue; aut actio est popularis, aut non. In popularibus fidejussores exulant, *L. 56. §. ult. ff. h. t.* In aliis iterum distingue, sitne causa capitalis, an non. Si mera pecuniaria poena in obligatione est, pro ea recte dantur fidejussores, *L. 56. §. ult. L. 70. §. ult. h. t.* Admittuntur etiam fidejussores, si nulla indicia contra reum militent, et hic salvo conductu impetrato fidejussores de judicio sisti dare velit. At pro supplicio capitali, aut poena corporis afflictiva imminente fidejussor non admittitur, quia is non potest eam subire, si reum fuga abstulerit. Exempla hujusmodi exstant apud Andevidem in *Orat. de mysteriis*; Cic. *de amicit. c. 10.* et in *Excerpt. Petresc. p. 244*; Hygin. *Fab. 257*; qualia exempla etiam defendere conatus est Jctus. egregius Paull. Voet. *de statut. Sect. V. c. II. §. 21.*, sed solide refutatus est ab Hertio *ad Puffendorf. de J. N. et G. Lib. V. c. 10. §. 12.* Ex eodem axiomate 3) fuit fidejussorem se obligare posse *magis*, et non *in majus*. Absurdum enim esset, me debere 100., et fidejussorem obligari in 200. Accessorium enim sequi debet suum principale. At absurdum non est, me debere ex chirographo, fidejussorem dato pignore. Ideo enim fidejussor datur ut eo securior sit creditor. Securior autem redditur, si fidejussor se artius obligat, quam ipse debitor.

Denique inde colligimus 4), extincta obligatione naturali tolli etiam fidejussoris obligationem. Et hoc quoque ita juris est, quia accessorium sequitur suum principale, *L. 93. §. 2. de solut.* Hinc e. g. si fidejussi de iudicio sisti, et is pro quo fidejussi moritur, nec ego amplius obligor, quia mortui obligatio cessat.

§. DCCCLXXIX.

Quarta quæstio, quisnam sit fidejussionis effectus, solvitur ex quarto axiomate. Tenetur enim in subsidium. Hinc 1) reo principali non solvente fidejussor solvere cogitur, ejusve hæredes. In eum enim finem acceptus est fidejussor 2). Plures fidejussores tenentur in solidum. Nam dati sunt in securitatem creditoris, securus autem hic non esset, si reliquis foro cedentibus partem tantum recipere cogeretur ab uno 3). Conveniuntur fidejussores conditione ex stipulatu. Fidejussiones enim stipulatione sola contrahi jam ad §. 873. observavimus 4). Si quis ad certum tempus fidejussit, liberatur elapso tempore. In culpa enim tunc ipse est creditor, qui sciens, e. g. fidejussorem non nisi per annum obligari, intra hunc annum debitorem urgere neglexit, *L. 44. §. 1. de O. et A.* Mora creditoris in urgendo fidejussorem liberat. Et hanc in rem prodita est provocatio ex *L. si contendat 38. ff. de fidejuss.*, qua fidejussor videns, creditorem moras nectere; ut, debitore bonis lapso, fidejussorem vexare possit, provocat creditorem, ut aut actionem adversus se instituat intra certum tempus, et exceptionem ordinis sibi opponi audiat, aut perpetuum sibi silentium imponi patiatur.

§. DCCCLXXX—DCCCXXXII.

Pergimus ad quintam et postremam tituli partem, in qua quæritur, quæ beneficia juris competant fidejussoribus? Resp. tria. Primum vocatur beneficium *DIVISIONIS*, nec non beneficium *ex epistola D. Hadriani*, quia constitutione hujus imperatoris inventum est. Alterum est beneficium *ORDINIS*, quod et benefi-

cium *excussionis*, nec non beneficium *novellæ constitutionis* adpellatur. Tertium est beneficium *cedendarum actionum*. *Divisionis beneficio* locus est, quoties plures fidejussores pro aliquo intercesserunt. Tunc enim si omnes solvendo sunt, id beneficium habent, ut non unus in solidum, sed singuli pro rata conveniendi sint, §. 4. *Inst. h. t.* Ergo 1) pertinet hoc beneficium ad confidejussores, non autem ad correos, qui se in solidum obligarunt, nisi simul sint mutui fidejussores. Rem ostendimus supra, §. 845. 3., quamvis vulgo DDres. in alia omnia eant 2). Multo minus eo beneficio gaudent fidejussores succedanei, quippe qui fidejussores fidejussorum sunt, et hinc his non solventibus tenentur, *L. 27. §. ult. ff. de fidejuss.* et quidem in solidum, nisi ipsi quoque numero plures sint 3). Hoc beneficium cessat (a) si fidejussores exceptionem hanc omittant, *L. 26. L. 30. ff. h. t.* (b); si confidejussores non sint solvendo; tunc enim singuli tenentur in solidum, §. 879. (c); si confidejussores conveniri non possint, veluti si in fuga sint, vel in alio territorio vivant (d); si renuntiarint fidejussores huic beneficio. Quemlibet enim juri in favorem sui introducto renuntiare posse, nemo dubitat. Imo et ea renuntiatio facile fieri potest, veluti si fidejussores singuli se obligarint in solidum, *L. 3. c. de fidejus.*

§. DCCCLXXXIII. et DCCCLXXXIV.

Alterum beneficium *Ordinis*, vel *excussionis*, à superiore differt. Illo enim utuntur fidejussores inter se: hoc contra creditorem. Illo id intendunt, ut obligatio inter confidejussores pro rata dividatur: hoc id agunt ut fidejussores non possint conveniri, nisi prius excusus sit debitor principalis, i. e. nisi prius ejus facultates occupatæ venditæque sint, et adpareat illum solvendo non esse. Ex hac vero descriptione per se patet, ea exceptione frustra uti fidejussorem 1), si reus principalis manifesto solvendo non sit. Excutere enim



bonis eversum, est nudo vestes detrahare velle 2). Si latitet vel in fuga sit 3). Si isti beneficio renunciatum sit. Ad renunciata enim non datur regressus.

§. DCCCLXXXV. et DCCCLXXXVI.

Tertium denique beneficium est CEDENDARUM ACTIONUM. Nec enim prius tenetur fidejussor, ad solvendum, quam creditor ei jura et actiones adversus debitorem cesserit, *L. 17. ff. h. t.* Et hinc facile patet, cessionem hanc ante solutionem fieri debere. Dum enim solvitur, actio perimitur; si perempta est, cedi non potest, *L. 6. 7. ff. de sol.* Nisi forte ea conditione expresse facta sit solutio, ut actiones cedantur, *L. 76. ff. eod.* Sed cui bono, quæso, actiones cessas accipit fidejussor? an ut adversus debitorem agere, et solutum ab eo repetere possit? Minime. Adversus hunc enim directe agere potest, si ille mandavit, ut fidejuberet habet actionem *mandati*. Si nescivit, alterum pro se fidejussisse, actione *negotiorum gestorum* tenetur. Qui pro invito fidejussit, plane nullam actionem habet, adeoque donasse censetur. Quid ergo utilitatis ipsi præstant actiones cessæ? Resp. Duplici casu ipsi prosunt quam maxime 1) Quoties quis pro invito fidejussit. Tunc enim non habet directam actionem adversus debitorem principalem, et hinc agere debet ex jure cesso 2). Si unus ex fidejussoribus solidum solvere coactus est. Tunc enim nullam haberet actionem adversus confidejussorem, quia cum eo nullum habuit negotium. Ergo agere tenebitur ex jure à creditore cesso. Ex quo simul patet, huic beneficio renunciari non posse. Creditores enim, cui fit renunciatio, haud interest. Si ergo diceret, renuntio beneficio divisionis, non sibi sed fidejussoribus stipularetur. Alium autem alii stipulari non posse, supra demonstratum est, §. 883. 6.

## TIT. XXII.

## DE LITTERARUM OBLIGATIONIBUS.

## §. DCCCLXXXVII. et DCCCLXXXVIII.

**A**bsolvimus etiam alterum genus contractuum nominatorum, puta contractus verbales. Sequitur tertium genus, contractus LITTERALIS, qui solis litteris capit substantiam, adeo ut qui illas scripsit, teneatur tametsi nihil acceperit. Hujus contractus in Pandectis non fit mentio: imo quoties contractus recensetur, semper fere tantum tres species recensentur, omisso contractu litterali. Vid. *L. 1. §. 1. L. 4. ff. de O. et A. L. 8. §. 1. ff. de fidei*, *L. 1. §. 1. ff. de novat.* Hinc Duarenus, Wissenbachius, et alii colligunt, hunc contractum demum à Justiniano inventum, et olim tantum trium generum contractus nominatos esse. Sed quamvis fatendum sit, Justinianum litterarum obligationi novam plane formam dedisse; ipsa tamen divisio contractuum in reales, litterales, verbales, et consensuales omnino antiqua est; quippe cujus jam Cajus meminit in Institutionibus ab Aniano servatis. Fuit ergo et olim litterarum obligatio, sed alia quam hodie post Justiniani Constitutiones. Olim qualis fuerit, non indagabimus. Cui enim bono! Fecit id jam Cajus in Instit., fecit Theophil. in *Paraphr. b. t.*, fecimus et nos ipsi alio loco, nempe in *Ant. R. h. t.* Jam tantum videbimus, quid hodie sit litterarum obligatio? Dicimus esse contractum quo quis, qui chirographo se ex mutuo debere fassus est, eumque intra biennium non retractavit, ex his ipsis litteris obligatur, et conveniri potest, etiamsi pecuniam numeratam non acceperit. Itaque Justinianus distinguit, sitne chirographum

biennio antiquius, nec ne. Biennio nondum elapso habet debitor exceptionem non numeratæ pecuniæ: elapso illo abscisse tenetur ad solutionem, nec auditur, etiamsi centies occentet iudici se pecuniam in eo chirographo expressam nunquam accepisse.

§. DCCCLXXXIX.

Res redit ad tria axiomata, quæ paucis enucleabimus 1). Fundamentum hujus obligationis sunt solæ litteræ intra biennium non retractatæ. De fundamentis acriter disputant JCti. Alii dicunt, ejus contractus fundamentum esse præsumptum mutuæ, præsumptionem autem illam nasci ex lapsu biennii. Alii numeratam pecuniam putant hujus contractus fundamentum. Neutri recte. Quemadmodum verbalis contractus fundamentum sunt verba sollemnia, realium rei traditio, consensualium consensus: ita litteralium non aliud esse fundamentum potest, quam litteræ. Et sane quum non credibile sit quemquam fore tam stolidum, ut chirographum, quod in spem numerandæ sibi pecuniæ dedit, ea non numerata ultra biennium in manibus creditoribus relicturus sit; non absurde statuit Justinianus, hanc negligentiam biennalem merito nocere debere debitori, et fortissimam dare præsumptionem, quod pecuniam acceperit 2). Ea obligatio tantum inducitur in causa mutui. Ratio in promptu est. In hoc contractu enim debitor in angustiis constitutus nihil reliqui facit, quam ut creditorem verbis blandis ad credendum inducat. In aliis autem contractibus nihil causæ est, cur alii blandiatur alius. Ergo et in mutuo facile persuaderi sibi patitur, qui pecuniam rogat, ut chirographum det, antequam pecuniam acceperit. At nemo erit tam stolidus, e. g. ut chirographum det de rebus apud se depositis, quum nihil adhuc sit depositum 3). Ex chirographo post biennium nascitur actio, quamvis pecuniam non acceperit auctor chirographi, ob præsumptionem paulo ante dictam. Nam hæc



præsumptio est juris et de jure, ut loquuntur J.Cti., adeoque non admittit probationem in contrarium.

## §. DCCCXC.

Ex primo axiomate colligimus 1), ante biennium elapsum ex chirographo haud nasci hanc actionem. Sed id recte intelligendum. Nascitur quidem actio mutui, sed tunc probare debet, se mutuum dedisse. Nascitur etiam actio ex chirographo, sed eam rem facile elidet exceptio non numeratæ pecuniæ. At vera conditio ex chirographo, quæ omnem non numeratæ pecuniæ exceptionem excludit, demum elapso biennio competit 2). Auctorem chirographi intra biennium posse chirographum repetere. Quod multis modis fieri poterit. Nam a) in judicio instituere poterit condictionem causa data, causa non sequuta, vel condictionem sine causa, ad chirographum sibi reddendum b). Coram eodem iudice protestationem interponere poterit, quod hoc chirographum sine causa possideat creditor, adeoque illud sibi obesse non debeat, L. 8. L. 9. L. 14. §. 4. C. de N. N. P. Id tamen tenendum, huic conditioni et querelæ locum non esse, si aliunde adpareat, pecuniam esse numeratam, veluti (α) si præter chirographum creditor in manibus habeat separatam apocham, qua debitor sibi fassus est numeratam pecuniam, modo ea apocham sit chirographo aliquanto recentior. Nam alias æque facile debitor induci potuisse videbitur ad apocham scribendam, quam ad dandum chirographum (β). Si debitum postea debitor agnoverit, veluti usuras solvendo, dilationem solutionis petendo (γ). Si hæres negat numeratam pecuniam, quam defunctus in testamento fassus est, se debere (δ). Si ex chirographo agit argentarius. Ei enim facilius creditur, quia hujusmodi homines græca fide negotiantur, et nec dant nec accipiunt chirographa, nisi ubi in continenti solvitur, N. 126. §.

Ex secundo axiomaate pronò alveo fluit 1) hanc exceptionem N. N. P. non pertinere ad depositum. Absurde enim et perfide ageret depositarius, si deponenti producenti chirographum, quo depositarius se res in depositum accepisse fatetur, opponeret exceptionem non numeratæ pecuniæ, *L. 5. L. 6. de N. N. P.* nisi illa evidentissime probari possit. Rationem jam supra vidimus, quia nimirum nihil causæ est, quare depositarius deponenti blandiri, et chirographum prius dare velit, quam acceperit res, cum non sua, sed deponentis utilitas versatur in deposito 2). Nec magis exceptionem n. n. p. locum habuere in apochis. Hinc leges nostræ distinguunt, sitne ea judicialis, an privata: et priore casu jam omni exceptione majorem esse jubent, posteriore exceptionem non numeratæ pecuniæ indulgent, sed non nisi intra 30. dies, *L. 14. §. 2. de except. N. N. P.* Nec huc pertinere apocham de dote datam, quamvis et hic leges ei, qui apocham dedit, quodammodo subveniant. Nimirum contingit aliquando, ut socer genero futuro promittat dotem; sequentis nuptiis gener dotem poscit; socer dicit, se parum, modo ille dederit apocham; eam dat gener, magnam in soceri fide fiduciam ponens; hic autem hanc spem turpiter destituit, apocham sibi datam retinet, nihilque solvit; gener pudore et veneratione impeditus non urget admodo solutionem; interim moritur uxor, et socer à genero dotem repetit. Quæritur, an hic apochæ à socero productæ opponere possit exceptionem non numeratæ dotis? Sedes hujus doctrinæ est in *Auth. quod locum C. de dot. caut. non numer.* Ubi distinguitur, sitne matrimonium solutum intra biennium, an intra decennium, an post decennium. Si intra biennium, habet gener exceptionem non numeratæ dotis per annum, eoque elapso non ultra auditur. Post biennium intra decennium tamen eandem exceptionem

salvam habet per tres menses à soluto matrimonio, eoque elapso iterum non auditur amplius. Post decennium denique soluto matrimonio abscisse tenetur ad restituendam dotem, quamvis nullam acceperit, quia vix credibile est, tanta in pecunia quemquam esse, ut socio decem annis apocham sine contradictione et protestatione relinquere velit.

§. DCCCXCIV.

Reliquum est, ut de actione ipsa videamus. Eam vocamus *conditionem ex chirographo*, partim argumento §. un. *Inst. h. t.*, partim quia et hic contractus est nominatus, et producere debet actionem ejusdem nominis. Ea ergo conditio datur ei, cui chirographum datum (nam si alius possidet, debet se ad causam legitimare per cessionem factam) adversus eum, qui chirographum ante biennium dedit, nec illud interea retractavit, ad solvendum quod se accepisse in chirographo fatetur, etiamsi nihil revera acceperit. Sed quærant, si post biennium auctor chirographi opponat exceptionem n. n. p., et se offerat ad probationem, quod nihil sibi numeratum sit, an audiendus sit? Adfirmat Hartmannus Pistoris c. 1. in *Elementis*, et talis etiam praxis multis in locis observatur. Imo repertus est Herm. Zollius, Jctus. Rintelensis, qui singulari schediasmate hoc *παράδοξον* defendit, quod semper creditor hic debeat probare, sibi numeratam non esse pecuniam. Sed leges nostræ tale nihil habent, et contrarium manifesto discimus ex §. un. *Inst. h. t. L. 8. et L. 14. pr. §. 3. C. de exceptione non numer. pecuniæ.*



## TIT. XXIII.

## DE OBLIGATIONIBUS EX CONSENSU.

## §. DCCCXCV.

**R**eliquum est ultimum genus contractuum nominatorum, nempe *contractus consensuales*, qui sane non inde nomen habent, quod consensum requirant; ita enim omnes contractus essent consensuales, quum sine consensu contractus nullus intelligatur: sed quod solo consensu subsistant, et hinc obligatio statim nascatur, simul ac consenserunt partes. Sic e. g. inter emptorem et venditorem statim nascitur actio, ubi consensus adest in idem pretium; et hinc emptio venditio est contractus consensualis. At inter creditorem et debitorem nulla nascitur actio mutui, quamvis in mutuum consenserint, nisi et numerata sit pecunia, et res tradita; ergo est contractus realis, non consensualis. Similiter ex stipulatione non nascitur actio, quamvis jam pridem in eam consenserint contrahentes, nisi et interrogatio et responsio congrua sequuta sit; ergo et hic contractus non est consensualis, sed verbalis. At in consensualibus ad id ut obligatio et actio nascatur, nihil requiritur præter consensum, quamvis nec stipulatio nec traditio nec litteræ accesserint: et hoc est, quod in §. *un. Inst. h. t.* dicitur, *solo consensu hos contractus capere substantiam.*

## §. DCCCXCVI.

Cæterum habent hi contractus quædam singularia. Nam 1) omnes sunt bilaterales, et hinc semper reciprocam habent actionem, e. g. *empti venditi, locati conduci, emphyteuticariam et mandati*, directas et contrarias; *pro socio* utrimque directam 2). Omnes hi contractus sunt bonæ fidei, vel ideo quia bilaterales sunt, et mutuas habent præstationes. Recte ergo dicitur, om-

nes contractus consensuales esse bonæ fidei : sed male diceretur, omnes contractus bonæ fidei esse consensuales. Nam et commodatum, depositum et pignus sunt bonæ fidei, quum re tamen ineantur 3). Omnes hi contractus et inter absentes et solo nutu et tacite recte ineuntur. Quo ipso differunt à verbalibus et litteralibus, qui solis verbis et litteris, et inter præsentés, ineuntur; ceu de verbalibus observavimus jam ante §. 871. 24.

## §. DCCCXCVII.

Si quæras, quot sint hujusmodi contractus consensuales: respondeo; distinguenda esse tempora ante, et post Zenonem imperatorem. Ante illum quatuor duntaxat hujusmodi contractus numerabantur: *emptio venditio, locatio conductio, societas et mandatum*. Et quamvis jam multis temporibus invaluisse contractus emphyteuticus, eum tamen alii ad emptionem venditionem, alii ad locationem conductionem referebant. Et hinc est, quod et Justinianus noster eum veterum morem servat in Institutionibus, et singularem titulum de contractu emphyteuseos non facit, quia nec Cajus Jctus. talem fecerat. At Zeno primus constituit, ut emphyteusis singularem et distinctam à reliquis naturam haberet, adeoque nec ad locationem conductionem, nec ad emptionem venditionem referretur. Ex eo tempore quinque sunt contractus consensuales, *emptio venditio, locatio conductio, emphyteusis, societas, mandatum*; de quibus omnibus jam ordine agemus.

## TIT. XXIV.

## DE EMPTIONE VENDITIONE.

## §. DCCCXCVIII.

**P**rimus ergo contractuum consensualium est EMPTIO VENDITIO, de cujus definitione et viri doctissimi labo-

rarunt, veluti Cujacius et Merilius *Obs. III. 18.* Ple-  
rique olim existimabant, emptionem esse contractum  
consensuale in de rei dominio pro certo pretio transfe-  
rendo. Sed in eo egregie eos falli docuit laudatissimus  
Merillius. Venditor enim non tenetur dominium trans-  
ferre, sed sufficit si tradat rem, eaque evicta paratus  
sit ad præstandum evictionem. Et sane aliquando ne po-  
test quidem transferre dominium, si vel maxime velit.  
Nam si quis non dominus est, sed bonæ fidei possessor,  
et rem vendit, per rerum naturam non potest plus juris  
in emptorem transferre, quam ipse habuit. Itaque rec-  
tius definiens **EMPTIONEM VENDITIONEM**, quod sit con-  
tractus consensualis de re pro certo pretio tradenda. Er-  
go contractus hic consensu perficitur, rei traditione con-  
sumatur. An autem dominium transferatur, nec ne,  
in hoc contractu non quæritur.

#### §. DCCCXCIX.

Ex hac vero definitione jam facile patet, quænam  
requisita sint hujus contractus essentialia. Nimirum ob-  
servandum ad accuratiorem hujus contractus intelligen-  
tiam, in omni contractu distingui debere **ESSENTIALIA**,  
**NATURALIA**, et **ACCIDENTALIA**. Et ab hoc ipso laudari  
solet Mozzii tractatus de contractibus, quod hæc tam  
accurate distinguat. **ESSENTIALIA** contractuum vocamus,  
sine quibus contractus consistere nequit, sed statim  
transit in aliud genus. E. g. sine pretio non consistit  
emptio, eo enim non intercedente ex emptione fit do-  
natio. Locatio consistere nequit sine mercede, quia  
si hæc absit, ex locatione fiet commodatum. Ergo et  
pretium ad emptionis et merces ad locationis essentialiam  
pertinet. **NATURALIA** contractuum sunt, quæ per leges  
adesse solent, sed per pacta tamen possunt mutari. E.  
g. in emptione leges volunt, ut venditor emptori ad  
evictionem teneatur: et tamen si aliter convenerit in-  
ter contrahentes, puta ne evictio præstetur, ea contra-  
hentium voluntas ratâ erit. Ergo evictio est naturale



emtionis venditionis. ACCIDENTALIA sunt, quæ neque adesse jubentur per leges, neque abesse, adeoque solum contrahentium voluntati relinquuntur. Sic e. g. utrum pretium emptionis in aurea, an argentea moneta consistere debeat; utrum semel et simul, an annua, bima, trima die solvendum sit, non disponunt leges, adeoque res ad conventionem partium redit, et sic inter naturalia hujus contractus referenda est. His vero præmissis jam facile intellectu est, cur in hoc §. tria ad substantiam hujus contractus pertinere dicamus 1), consensum 2), rem vel mercem venditam 3), pretium. Si enim ex his unum abesset, emptio venditio esse desineret contractus. Et de his tribus requisitis agimus hoc titulo: (a) de consensu, §. CM. CMIV; (b) de re, s. merce, §. CMV. seq., (c.) de pretio, §. CMVI. CMIX.

## §. CM. et CMI.

Primum requisitum est CONSENSUS, isque solus sufficit ad obligationem, quia hic contractus est consensualis, §. 895. Quia vero in contractu consensuali præter consensum nihil requiritur, hinc I.) consecrarium est, quod emptio venditio perfecta sit, simulac de pretio convenerit, *pr. Inst. h. t.*, adeoque (β) nec rei traditio, nec verba sollemnia, nec scriptura requiratur, sed (γ) is contractus etiam inter absentes per internuncios, epistolas, proxenetas iniri potest. Res quidem dubia alicui videri posset, quia sane ex ipsa definitione §. 898. patet, in emptione venditione id agi, ut res tradatur; quomodo ergo dicamus emptionem venditionem et sine traditione consistere? Sed resp.: traditio non absolvit contractum; ex emptione enim et venditione etiam ante traditionem sibi obligantur contrahentes: sed est illa effectus emptionis, ad quam obligatus est venditor. Paucis, non emisse dicimus quia res tradita est, sed ideo emimus, ut tradatur. Cæterum hoc primum consecrarium quasdam admittit exceptiones. Aliquando enim solus consensus non absolvit emptionem; puta (α)

si inter emptorem et venditorem convenerit, ut emptio venditio in scripturam redigatur. Hoc enim casu non prius perfecta censetur emptio venditio, quam instrumento confecto et ab utroque subscripto et signato, *prim. Inst. h. t. (α)* Si res vendita sub conditione suspensiva. E. g. vendam tibi ædes pro mille florenis, si intra annum nemo plus obtulerit. Tunc enim non prius perfecta erit emptio, quam ubi lapso anno constet, neminem offerre pinguorem conditionem, *L. 1. L. 2. pr. ff. de addict. in diem. (β)* Si res fungibilis empta et nondum adnumerata, adpensa sit, admensa sit, *L. 34. §. 5. ff. de contr. empt. (γ)* Si res ad gustum vendita sit; veluti vinum. Tunc enim prius nec empta res esse, nec periculum transire censetur, quam facta degustatione, *d. L. 34 §. 3. eod. II.*) Consectarium in idem jam erit intellectu facillimum, puta quod, antequam perfectus sit contractus, contrahentes pœnitere liceat, *III.*) perfecto jam contractu non liceat. Attamen si arrha data sit priore casu, et emptorem pœniteat, arrham amittit, ut inconstantia suæ pœnam sentiat. Sin venditorem, is arrhæ duplum eandem ob causam constituere tenebitur *pr. Inst. h. t.* Posteriore autem casu, ubi perfecta est emptio, tantum abest, ut ideo à contractu discedere quis possit, quia arrhæ damnum subire paratus est, ut ne audiatur quidem, si vel id quod interest emptoris, vel duplum restituere paratus sit, *L. 3. L. 6. C. de resc. vend.* Ratio in promptu est. Emptio enim venditio est contractus nominatus: soli autem innominati ejus naturæ sunt, ut in iis locus sit pœnitentiæ, *L. 3. §. 2. L. 5. pr. seq. ff. de cond. causa data, L. 5. §. 1. ff. de præscr. verb.* Rationem hujus juris reddimus in *Elem. juris secund. Pand. I. §. 360.*

§. CMI.—CMIII.

Hæc omnia ex ipsa natura contractuum consensualium fluunt. Sed sunt et quædam consecraria, quæ ex natura consensus ipsius deducuntur. Nimirum per con-

sensum intelligimus actum voluntatis, quo rem, cujus bonitatem intellectus comprehendit, adprobat, ad eamque consequendam fertur. Ex eo vero per se patet, consensui obstare 1) metum et vim 2), dolum et 3) errorem. Unde jam quæritur, an et quatenus hic contractus emptionis venditionis vitietur. De VI et METU observamus 4), neminem ad emendum vendendumque posse cogi. Quis enim diceret, nos id adprobare, ad quod vi et metu sumus adacti? Nonnumquam tamen hanc vim excusat salus populi et reipublicæ, quæ merito bono civi lex suprema est. Sic e. g. nullum est dubium; quin possessor magnæ frumenti copiæ tempore famis publicæ cogi possit ad vendendum illud bonis conditionibus. Nec dixerit quisquam, injuriam fecisse Philip-pum II. Hispaniæ Regem, quum editis Antuerpiæ Bibliis polyglotthis edicto caveret, ut omnes Ecclesiæ per Hispaniam exemplar sibi compararent 5). Emptionem venditionem vi et metu extortam ipso jure nullam esse, vel aliquando etiam rescindi actione quod metus causa, *L. 3. 45. 7. et ult. C. quod metus causa*. Quid enim tam contrarium est bonæ fidei, qua contractus consensuales sustentur, quam vis et metus? *L. 116. ff. de R. J.* Nec magis DOLUS convenit b. f. contractui. Sed tamen hic Jcti. distinguunt inter dolum, qui *causam dat contractui*, i. e. quo alter alterum callide inducit, ut emat vel vendat, et *incidentem*, qui in ipso contractu adparet. De priore statuunt, quod emptionem faciat nullam: de posteriore, quod emendandus sit actione empti venditi. Fundamentum hujus doctrinæ est in *L. 7. pr. ff. de dol. mal.* Et tamen eam sententiam plane rejicit vir de jurisprudentia nostra immortaliter meritus, Gerard. Noodt tum in Tractatu *de formula emendandi doli mali*, tum in *Comment. ad Tit. ff. de dolo malo*. Utroque enim loco existimat vir doctus, contractus b. f., adeoque et emptionem venditionem, semper esse nullam, sive causam contractui dederit do-



lus, sive is inciderit. Enimvero cum hanc sententiam suam tueri non possit, nisi tota propositione è textu eliminata, ei quidem hæc in re adsentiri non possumus. **LEX** in se tam clara est, ut non opus videatur ulteriore disquisitione. Denique et **ERROR** consensui obstat. Si enim in re erro, non in illam sane consentio, sed in aliam, quæ tum menti meæ obversabatur. Sed error tamen non est unius generis. Aliquando est **ESSENTIALIS**, aliquando **ACCIDENTALIS**. Hinc 7) si est essentialis, contractus est nullus: si accidentalis, subsistit emptio, ita tamen ut erranti detur actio quanti minoris ad emendandum damnum, i. e. ut si erraverit emptor, venditor ei tantum de pretio restituat, quanti res minoris est, s. quod venditor ultra justum pretium accepit. At quis error *essentialis*? Resp. ubi erramus vel in **RE**, e. g. aurum putantes, quod est plumbum inauratum; vel in **CORPORE**, e. g. Stichum empturi Dromum ementes: vel in **ATTRIBUTIS REI** talibus, quorum absentia rem nobis plane reddit inutilem, e. g. ementes servum, qui furiosus est, vel paralyticus. Ubi ergo in aliis circumstantiis erravimus, error tantum pro accidentali erit habendus.

#### §. CMV. et CMVI.

Vidimus primum emptionis venditionis requisitum essenziale consensum: sequitur alterum, puta **RES** vel **MERCES**, quæ venit. De illis regulare 1): *Omnes res quæ sunt in commercio, vendi possunt*: sive jam existent, sive spes sit eas existuras. Hinc et spes vendi potest. E. g. in lotariis, quid aliud quæso, quam spes emitur? Vendi possunt res futuræ, e. g. fructus futuri anni. Recte venduntur res incorporales, e. g. hæreditas, actio, jus venandi, jurisdictio &c. Imo et res alienæ in commercio sunt, et venire possunt, *L. 28. ff. de contr. empt.* Non quia ea emptio, præjudicio esse possit dominio, quippe cui jus integrum manet rem vindicandi, ubicumque eam reperit: sed quia ex ea emp-

tione obligatio et actio nascitur inter emptorem et venditorem. Quæres forte, an socius rem communem vendere possit? Sed responsum habes in *L. 13. §. 17. ff. de act. empt.* 2) *Res quæ commercio exemptæ sunt, vendi non possunt.* Et hinc facile reddes rationem, cur vendi non possint res extinctæ, sunt enim non entia; nec *liberi homines*, nec *res divini juris et publicæ*, sunt enim extra commercium privatorum: nec res et merces specialibus *legibus prohibitæ*, quas hodie voc. *Contrabandi, Maaren, ober Raufmanus, Out*, e. g. pulvis pyrius hosti vendendus, arma, naves, tormenta, &c. Veteres huc referebant etiam res noxias et pestiferas; veluti mala venena, libros improbatæ lectionis, et hujus generis alia.

## §. CMVII et CMVIII.

Tertium superest essentielle hujus contractus requisitum, *PRETIUM*, sine quo quippe non emitur, nec venditur. Quamvis vero alias pretium sit omne id, quod re aliqua datur; veluti apud Plautum, *Menæchm. Act. 5. Sc. 6. v. 9. seq.*

*Verbera, compedes; molæ, magna  
Lassitudo, fames, frigusque durum,  
Hæc sunt pretia ignaviæ:*

tamen proprie acceptum vocabulum significat tantum pecuniam numeratam, quæ in emptione pro re solvitur, §. 2. *Inst. h. t.*; *L. 1. §. 1. ff. de contr. empt.* Quod enim solvitur à conductore, non pretium vocatur, sed *merces*, à merendo, et non nisi improprie dicitur pretium, *L. 28. §. 1. ff. locat.*; *L. 10. ff. de adquir. poss. L. ult. §. ult. ff. de leg. Rhodia de jact.* Ex eo vero jam ostendimus differentiam inter emptionem et permutationem. Si enim pro re datur pecunia numerata, erit *emptio*: sin res pro re, *permutatio*. Equidem et ea in re pro more disenserunt Sabiniani et Proculejani. Illi enim et aliis rebus, quam pecunia, emptionem

fieri arbitrabantur: hi necessario pretium in pecunia consistere debere judicabant. Sed quum tota controversia ad duo loca Homeri rediret, quæ in scholio §. 908. dedimus, et usus loquendi non faveat Sabinianis: contra illos merito litem decedit Justinianus, §. 2. *Inst. h. t.* Sed illud queri potest, si pro parte sit emptum pecunia, pro parte aliud venditori datum, veluti frumentum, utrum tunc major præsumptio sit pro emptione, an pro permutatione? Et Carpz. quidem *Part. II. Const. 32. def. 15. 2. 7.* pro permutatione præsumendum esse censet, quia sit contractus antiquissimus inter homines prius receptus, quam numi cuderentur. Sed ea in re procul dubio fallitur. Non enim præsumptio est pro rebus antiquissimis, sed pro eo, quod fit ut plurimum. Reperto autem numo ut plurimum, homines non permutatione, sed emptione sibi adquirent necessaria.

## CMIX.

Vidimus quod pretium sit esentiale hujus contractus requisitum. Jam QUÆLE esse oporteat pretium, discipiemus. Ejus tria hic recensemus attributa. Debet enim esse 1) *verum* 2), *justum* 3), *certum* 1). Quia verum esse debet, facile intelligitur nullius momenti esse venditionem imaginariam. Hinc uno numo non venditur arg. *L. 46. ff. locat.* Sic enim non emptio venditio esset, sed donatio alio nomine palliata, *L. 38. ff. h. t.* Et hinc si e. g. maritus uxori venderet prædium pro aliquot aureis, ea emptio non valeret, quia revera est simulata, et mera donatio, qualis intercedere non potest inter virum, et uxorem jure Romano, *L. 38. ff. eod. 2).* diximus pretium justum esse debere. Quamvis enim hoc eo casu, ubi per legem non est definitum, aliquam admittat latitudinem, et hinc fas sit, emptorem et venditorem se invicem convenire, per *L. 2. tamen C. de resc. vend.* vel rescinditur contractus, vel pretium supplendum est, si læsio sit enormis, vel ultra dimidiam. Denique 3)



et certum esse oportet, vel ex conventionem partium, vel per relationem ad illud, e. g. vendam quanto emi, vel quantum pecuniæ mihi in arca erit, *L. 7. §. 1. ff. h. t.* Sed quæritur, an et in arbitrium tertii recte conferatur pretium, e. g. vendam pretio, quantum à bono viro æquum judicabitur. Resp. Aut certa est persona, cuius in arbitrium confertur, aut incerta. Si incerta, nihil actum quia revera non adest consensus in idem placitum arg. *L. 25. pr. ff. locat.*: sin certa est, tunc vel tertia est; et ab utroque contrahente diversa, vel ipse emptor. Si prius, vel hoc arbitrium, modo ista persona arbitrium suscipiat remque æstimet, *§. 1. Inst h. t.*: sin posterius, nihil actum censetur, quia si dixerim, vendam quanti velis, posset etiam nihil dare vellè, vel pretium enormiter iniquum, id quod ego nunquam consensi, quia vendere volui, *L. 35. §. 1. ff. h. t.*

### §. CMX.

Cæterum adhuc tria quærenda supersunt de hoc contractu 1): quænam inde nascatur obligatio? *§. 910.* 2) penes quem sit rei venditæ periculum? *§. 911.* 3), quæ actiones inde nascentur? *§. 912.—915.*

I. Si quæramus, quænam inde obligatio nascatur, respondemus, ex parte emptoris pretium solvendum, ex parte venditoris merx vel res tradenda. De utroque videbimus 1). Pretium debet emptor, et de eo necessario satisfacere debet venditori; quod fit duplici modo: aut solutione ejus, aut, persuadendo venditori, ut fidem de eo habeat. Hinc si nec emptor solvit, nec venditor fidem habuit, ne traditione quidem transfertur dominium, *L. 19. ff. de contr. empt.* Hinc non potest compellere venditorem actione empti ad rem tradendam, *L. 11. §. 2. fin. L. 13. §. 8. ff. de act. empt.* 2) Venditor debet rem tradere. Hinc ubi nondum tradidit, nec actionem venditi habebit ad petendum pretium, *L. 25. ff. de act. empt. et vend.* Non enim potest ad implendum contractum agere, quia ex sua parte eum non-

dum adimplevit. Quis tulerit Grachos de seditiōne querentes? Cæterum ex his sua sponte fluit, par ex hoc contractu utriusque esse commodum et incommodum. Nam emptor rem accipit, sed solvit pretium; venditor pretium accipit, sed rem suam tradit. Quum itaque ubi par est contrahentium commodum, utriusque culpa levis præstetur, §. 788. 2. facile patet, eandem culpam cum dolo et culpa lata mutuo sibi præstare emptorem et venditorem, *L. 23. ff. de R. J.*

§. CMXI.

II. Quod ad periculum et commodum rei venditæ attinet: Per PERICULUM intelligimus casum, quo res perit; per COMMODUM utilitatem, quæ ex re vendita nascitur. Hinc sensus est quæstionis, si res vendita sit, sed nondum tradita, et illa casu pereat, cujusdam hoc damnū sit? Et si res vendita et nondum tradita sit, et ea augmentum aliquod capiat, veluti si in domo vendita thesaurus reperiatur; cujus hoc commodum sit? emptoris an venditoris? Respondent leges nostræ, simul ac emptio venditio perfecta est, etiāsi traditio nondum facta sit, statim et periculum et commodum ad emptorem transire, §. 3. *Inst. h. t. L. 2. pr. ff. de peric. et comm. rei vend.*, exceptis quatuor casibus. Nempe 1) si venditoris dolo culpave lata aut levi res perierit. Culpam enim levem alterum alteri præstare debere diximus 2). Si casum in se susceperit venditor. Tunc enim tenetur ex pacto suo, *L. 1. pr. ff. eod.* 3). Si res ex antiquo vitio perierit, e. g. si equus post venditionem perit, et ex ejus aperti aspectu adpareat, illius intestina computruisse, *L. 1. L. ult. C. h. t.* 4). Si res vel ad gustum vendita et nondum degustata, vel si res ad mensuram, numerum et pondus venditæ, necdum admenurata, adnumerata et adpensæ sint. Tunc enim nondum perfecta est emptio venditio, ceu supra ad §. 900. et 901. disseruimus. Ita se habet jus nostrum. Sed posset id alicui ipsius principis adversum videri.

Principia enim juris dicunt, rem suo perire domino, *L. 9. C. de pign. act.* Eadem volunt, ut ante traditionem dominus maneat venditor, adeoque illud non transeat ad emptorem nisi sequuta traditione. Quomodo ergo dici potest, rem perire emptori, quum is nondum sit dominus? Deinde commoda et utilitates ex re perceptæ sunt rei accessoria. Cujus est res, ejusdem sint rei accessoria. Quum ergo res ante traditionem sit venditoris, quomodo dici potest salvis juris principiis, commoda statim ad emptorem pertinere, etiamsi res nondum sit tradita? Sed respondemus, hic periculum et commodum non ex hoc, sed alio fundamento ad emptorem transit. Nimirum simulac venditio perfecta est, venditor debet speciem, nempe rem venditam. Jam quum debitor speciei, ubi ea periit, statim liberetur, *L. 23. L. 49. pr. ff. de verb. obl.*, consequens est ut et venditor ubi res vendita perit, statim liberetur, et sic periculum non penes ipsum sit, sed penes emptorem. Et quia nihil æquius est, quam eum commodum ferre, cujus et incommodum est: collegerunt inde JCTi. merito, etiam commodum rei venditæ ad emptorem pertinere debere. Cæterum negari nequit, rem quodammodo datam esse; et hinc multorum statutis res aliter se habet. Sane in Saxonia, ubi in rebus immobilibus requiritur resignatio judicialis (*die gerichtlidhe huflassung*), non prius rei periculum et commodum penes emptorem esse incipit, quam illa resignatio ad acta facta sit. Carpzon. Part. II. C. 39. def. 35.

§. CMXII. CMXIII. CMXIV. et CMXV.

Denique III. supersunt actiones, quæ ex contractu fluunt 1). Contractus hic est bilateralis, ex quo uterque obligatur. Ergo duæ inde nascuntur actiones 2). Obligatio utriusque contrahentis statim ab initio adest, et ex ipsa natura contractus fluit. Et hinc sequitur, ut utraqûe actio sit directa, §. 782. 3). Quia hinc patet, utramque actionem esse debere contractui cognominem,



§. 782., adeoque dicendam esse ACTIONEM EMPTI VENDITI. Distinguuntur hæ actiones ab actore. Si emptor agit ad rem consequendam, dicitur actio *empti*: si venditor agit ad pretium solvendum, vocatur actio *venditi*. De utraque seorsim. I. Cui datur actio empti? Emptori vel ejus hæredi, modo pretium persolverit, §. 910. Contra quem? Adversus venditorem ejusque hæredem, non autem adversus tertium possessorem. Ad quid? Ad omne istud consequendum, quod emptori et contractu hoc debetur. Debetur autem 1) rei traditio, à qua non liberatur venditor, si vel maxime offerat id, quod interest, *L. 2. §. 2. ff. de act. empt.* 2). Vacua rei possessio 3). Fructus et accessiones 4). Fixa vineta quæ ita juncta sunt rei, ut in perpetuum ad ejus usum destinata sint; de quibus *L. 17. pr. et §. 6. L. 38. §. 2. ff. de act. empt.* 5). Si traditio non fiat, culpa venditoris, id, quod interest, *L. 1. pr. L. 2. §. 9. ff. h. z.* Denique 6) omnis damni ex levi culpa dati restitutio, §. 910. 4. II. Cui datur actio venditi? Venditori qui jam rem tradidit, ejusque hæredi. Contra quem? Contra emptorem, ejusque hæredem. Ad quid? Ad consequendum omne, quod venditori ex contractu debetur; debetur autem ei 1) pretium, quod promissum est 2), usuræ à tempore moræ, quia est contractus bonæ fidei, ex quo et non promissæ usuræ ex sola mora debentur; et 3) restitutio omnis damni, saltem culpa levi dati.

## TIT. XXV.

## DE LOCATIONE CONDUCTIONE.

## §. CMXVI.

**H**æc de primo contractu consensuali, de emptione venditione. Sequitur alter, *locatio conductio*. Ubi con-

siderandæ erunt 1) definitio §. 916. 2) divisio. §. 917. 3.) attributa essentialia, §. 918. — 923. 4) obligatio inde nata, §. 924. — 926. 5) actiones §. 927. — 929. Definitio facilis est. LOCATIO CONDUCTIO est *contractus de usu rei ad certum tempus, vel opera, pro certa mercede præstandis*. Dicimus 1) esse locationem conductionem contractum consensualem, quia solo consensu capit substantiam. Addimus, *de usu rei præstando*. Non enim hic id agitur, ut dominium transferatur, uti in emptione, nec ut custodiam alter suscipiat, uti in deposito; sed ut usum habeat conductor. Sequitur in definitione, *vel opera*; id quod intelligendum de ea, quæ æstimationem recipit, quales sunt operæ illiberales, quæ manu præstari possunt. Denique subjungimus, *pro certa mercede*, quia si merces nulla est definita, sed gratis res ad certum usum conceditur, non locatio est, sed commodatum.

## CMXVII.

Quod ad divisionem adinet: locatio conductio est vel REI, quando usus pro mercede conceditur, e. g. ager, domus: vel OPERARUM, quando operæ illiberales pro certa mercede præstantur, e. g. quando sartor pro mercede vestes sarcinat: vel OPERIS, quando opus aliquod conficiendum locatur, e. g. si republica locat pontem pro certo pretio conficiendum, de qua locatione operis conferenda, L. 5. §. 1. ff. de V. sig. Cæterum de his locationis speciebus observandum 1), personas conductorum diversa nomina accipere. Nam qui ædes conduxit, INQUILINUS; qui prædia rustica, COLONUS; qui vectigalia, PUBLICANUS; qui opus, REDEMPTOR; denique qui operas locavit, MERCENARIUS audit 2). Operis locationem aliquid singulare admodum habere. Nam alias: qui mercedem dat vocatur conductor, qui eandem accipit, locator. At hic secus se res habet. Nam qui dat mercedem operis conficiendi vocatur locator, et qui eandem accipit, conductor, qui simul

et opus conducit et operas locat, *L. 22. §. 2. L. 25. §. pen. ff. h. t.*

§. CMXVIII.

Progredimur ad essentialia requisita locationis conductionis, quorum ratione insignis harmonia est inter emptionem venditionem, et locationem conductionem. Quemadmodum enim illius tria erant essentialia, consensus, res, precium §.) 899.; ita hic totidem habes 1), *consensum* 2), *rem* vel *operas*, quæ locantur 3), *mercedem*, pro qua locantur. Unde facile patet, cur magnam inter hos contractus similitudinem esse dicat Jctus. *L. 2. pr. ff. h. t.* Sed jam de singulis.

§. CMXIX. et CMXX.

Primum requisitum esentiale est *CONSENSUS*, quia est contractus consensualis, qui solo consensu capit substantiam, §. *un. Inst. de contr. consens.* Ex quo sequuntur consecutaria 1). Quod solo consensu perficiatur hic contractus, adeoque statim et obligatio et actio inde nascatur, ubi de re et mercede conventum. Sed quemadmodum in emptione diximus id observari, ut si inter partes convenerit, se leges contractus in scripturam redacturas, obligatio non prius nascatur, quam instrumentum per subscriptionem sit adimpletum: ita idem in locatione conductione obtinet, *L. 17. C. de fid. instr.* Solent tales sygraphæ plerumque confici in locationibus conductionibus rerum immobilium et operum. Quum enim hinc inde contrahentes sibi diversas leges dicere soleant, nec ex oblivioni mandentur, omnino litterarum opus est testimonio 3). Quod locare conducere possint omnes, qui possunt consentire et de rebus suis disponere. Attamen quibusdam *ex necessitate*, aliis *ob utilitatem reipublicæ*, aliis ob privilegium conducere prohibent jura. *Ex necessitate* prohibentur Decuriones qui si prædia rustica conduxissent, à Curiis, qui adscripti erant, abstracti fuissent. *Ob utilitatem reip.* prohibentur milites, ne à signis abstrahantur; clerici, ne



se rebus ac negotiis domesticis immiscentes, segnius Deum colant; *curatores et tutores*, quibus res fiscales et dominicas conducere nefas est ne bona jam pupillis et minoribus oppignorata etiam fisco oppignorentur, et sic cum utriusque non sufficiunt, fiscus et pupilli concurrant. Denique insigne *privilegium* est litteratorum, ut juxta eorum ædes opifices strepiferi, veluti victores, fabri ferrarii, non possint ædes conducere, sed litterati contradicere queant, si ibi conducere habitacula velint. Scripsit Rebuffus librum de privilegiis studiosorum, ubi inter multa fere ridicula privilegia iis et hoc vindicat, et quidem ex *L. un. C. de studios. libert.* Sed si dicendum, quod res est, in eo textu nihil, quod ad rem pertineat, tantumque privilegium demonstret, legimus. Nihilominus illud in Germaniæ quibusdam provinciis et academiis adhuc in viridi observantia esse animadvertimus.

#### §. CMXXI.

Alterum essenziale requisitum sunt **RES** vel **OPERÆ**, quæ locantur. Tales sunt 1) omnes res, quæ et vendi possunt, imo et multæ, quæ vendi non possunt, veluti res ecclesiasticæ, res civitatum, publicæ &c. 2). Res illas esse oportet non fungibiles: nam alias non usus, sed dominium transferretur 3). Locari etiam possunt operæ omnes illiberales, modo honestæ sint, non autem liberales et ingenio præstandæ. Cum enim hæ non admittant æstimationem, sequitur ut nec merces earum constitui possit. Si merces constitui non potest, nec locatio earum admittitur. Et hinc operas non locant ministri ecclesiæ, nec professores, advocati, sed opifices et mercenarii, unde non merces debetur doctis, sed honorarium.

#### §. CMXXII. et CMXXIII.

Denique superest tertium essenziale requisitum, nempe **MERCES**, quæ ubi pro opere solvitur, etiam *manu pretium* solet adpellari 1). Quemadmodum vero pre-

\*

tium in emptione venditione debeat in pecunia numerata consistere, ita et merces in locatione. Simul ac enim pro mercede pecuniaria quotannis alium præstatur, e. g. fructus, boves, sues &c., non amplius est locatio, sed contractus do ut des; vel si operæ præstentur pro aliis rebus, contractus do ut facias. Aliud tamen discendum ( $\alpha$ ), si revera certa merces pecuniaria constituta, et tunc pro ista pecunia frumentum aliaque accepit locator. Nam hæc est in solutum datio ( $\beta$ ). Si ita conveniunt locator et conductor prædii rustici, ut colonus locatori quotannis præstet dimidiam partem fructuum fundi, *L. 23. §. 6. ff. h. t.*, quo casu *colonus partiarius* vocatur conductor. Sed si dicendum quod res est, hæc revera non est locatio conductio, nisi fructus certo pretio æstimati sint, sed societas. Locator enim rem confert, conductor operas, pro communi lucro et damno, quæ ipsa est societatis natura. Vid. Lauterb. diss. *de colono partiario 2*). Quemadmodum in emptione venditione pretium debet esse verum, justum, certum, §. 909., ita et eadem sunt mercedis attributa in locatione conductione. Debet enim esse (a) *vera*, quia alias degeneraret in donationem, *L. 46. ff. h. t.* Debet esse (b) *justa*, quia rescinderetur alias, vel merces supplenda esset, per *L. 2. C. de resc. vend.* Debet denique (c) *certa* esse per se, et per relationem ad aliud. E. g. loco tibi pro pensione, quam huc usque accepi; loco tibi pro pensione quam æquam judicabit Titius &c. Ratio est, quia alias contrahentes revera non consentirent in idem placitum. Quæri hic solet an locatio illa qua paterfamilias in parabola *Matth. 20.*, 4. 7. operarios in vineam misit, secundum jus nostrum substitisset? Nihil enim quibusdam operariis certi promittit paterfamilias, sed quod æquum visum fuerit, daturum se pollicetur. Et talis contractus negatur locatio conductio esse in §. 1. *Inst. h. t. L. 22. ff. præsc. verb.* Sicuti enim supra vidimus, §.

909. 3. pretium non posse in arbitrium emptoris conferri: ita non merces in arbitrium locatoris recte conferitur. Et tamen putaverim, locationem *Matth. 20.*, 4. 7. subsistere posse etiam jure civili. Nam merces operariorum diurna ubique fere vel lege vel consuetudine definita est, adeoque omnino certa satis merces est, si promitto mercenario me daturum quod justum est. Promitto enim, quod leges vel consuetudines cujusque loci definiunt.

§. CMXXIV. — CMXXVI.

Pergimus ad *obligationem*, quæ ex hoc contractu nascitur, quæ quarta pars est hujus tituli. Nimirum 1) locator debet rem vel operas secundum promissum præstare, vel si opus conductum sit, mercedem promissam justo tempore dare 2). Conductor obstrictus est ad mercedem vel pensionem solvendam justo tempore, vel si operis sit conductio, ad opus, prout conventum, confectum probatumque sistendum 3). Uterque contrahens, quippe par est utriusque commodum, sibi invicem debet culpam levem, §. 788. 2. 4). Casum et hic sentit dominus, nisi conductor eum in se susceperit. Et hinc consequens est 5) ut si conductor re frui plane non potuerit, merces quoque cesset: sin pro parte non potuerit uti, tantum, quantum æquitas jubet, ex mercede remittendum sit, *L. 15. §. 1. seq. L. 25. §. 1. L. 33. fin. ff. h. t.* 6) Ordinarie contractus continuandus est per tempus definitum, adeo ut hæredes teneantur ex locatione conductione defuncti per tempus definitum, *L. 19. §. 8. ff. h. t.*, nisi operæ locatæ, quæ mortuo locatore ab hæredibus præstandæ non sunt, quia personæ industria electa est, *L. 31. ff. de solut. 7)*. Potest tamen ob certas causas in §. expressas locatio conductio ante tempus finiri; quo casu tamen, si sine conductoris culpa id fiat, locator ei tenetur ad id, quod interest 8). Denique si conductor ultra tempus definitum in re conducta manet,



idque locator patitur, renovata videtur conductio, et quidem iisdem conditionibus, quibus antea, *L. 13. §. ult. ff. h. t.* Dicitur hoc RELOCATIO, vel *locatio tacita.*

§. CMXXVII.—CMXXIX.

Supersunt ACTIONES ex hoc contractu natæ; quæ quum ex contractu nominato sint, consequens est, ut idem etiam nomen ferant, adeoque LOCATI CONDUCTI dicantur, §. 789. Utraque directa est, quia et locator et conductor sibi invicem statim ab initio et ipsa natura contractus obligantur: ille ad usum rei vel operas præstandas, hic ad mercedem, pensionem vel locarium solvendum, §. 782. Itaque actione locati agit locator adversus conductorem, ejusque hæredes, ad mercedem vel usuras ex mora solvendas, itemque finita locatione ad rem restituendam, resarciendumque damnum culpa saltem levi datum, §. 924. Conducti vero agit conductor, adversus locatorem, ad consequenda omnia, quæ ille ab hoc ex legibus hujus contractus exigere potest; unde utramque actionem esse b. f. facile patet, §. 781. *L. 54. ff. L. 17. C. h. t. §. 28. Inst. de action.*

DE CONTRACTU EMPHYTEUSEOS.

§. CMXXX.

**N**on est hic singularis titulus Institutionum, sed Tit. XXV. appendix. Quum enim supra dictum sit, ante Zenonis tempora emphyteusim nondum fuisse contractum singularem, sed ab aliis ad emptionem venditionem, ab aliis ad locationem conductionem referri consuevisse: malimus de eo seorsim agere, quia nec locatio conductio est, nec emptio venditio, *L. 1. C. de jure emphyt.* Cæterum solus hic contractus græcum

nomen habet, et inde non absurde colligit v. c. Joh. Schilterus, eum à temporibus demum Constantini M., quibus imperium Roma Constantinopolim migraverat, invaluisse. Dicitur ἀπὸ τῆ ἐμψυτεύουσι ab implantando, quia plerumque agri inculti hac lege pro certo canone tradebantur; cujus rei origo paulo altius repetenda. Apud Romanos principium erat receptum, cujus est provincia, ejusdem sunt omnes ejusdem provinciæ agri. Itaque devicta gente omnes privati agrorum suorum dominio excidebant, isque fiebat ager publicus. Jam quum totus populus eum colere fructusque percipere non posset, tres vias ingredi solebant. Aut enim per legem quamdam agrariam colonias deducebant in provinciam novam, et inter novos colonos agros dividebant; aut cultos agros vel prioribus possessoribus, vel novis locabant ea lege, ut vectigal annuum præstarent, e. g. decimam fructuum; et hi agri tunc dicebantur *vectigales*: aut denique loca inculta et nondum aratro subacta aliis dabant ea lege, ut dominium utile consequerentur, cum agrum colerent, et modicum canonem annuum solverent, et hi agri *Emphyteutici* vocabantur. Unde in Pandectis habemus titulum *si ager vectigalis, id est emphyteuticarius per*. Quam consuetudinem Romani tenebant, eandem servabant municipia et coloniæ. Nam et hæ civitates plerumque possidebant agros satis amplos, unde onera reipublicæ sustinerent. Eos quoque vel pro annuo vectigali locabant, vel in emphyteusin dabant pro canone annuo. Denique idem imitabantur privati. Et ita factum est, ut à quarto sæculo Christiano nihil fuerit hoc contractu frequentius. Adcurate ea de re agit v. c. Petr. Burmannus *de vectig. P. Rom. p. 128. seq. p. 148. seq.*

§. CMXXXI. et CMXXXII.

Potest autem vocabulum emphyteuseos dupliciter considerari, vel tanquam *jus in re*, vel tanquam *jus ad rem*. Nimirum si ego alteri promitto agrum pro

certo canone, hic ex ista promissione vel contractu habebit tantum jus ad rem, meque actione personali pulsare poterit ad agrum istum tradendum. Jus enim ejus nascitur ex obligatione mea, §. 767. Contra ubi jam ager traditus est, statim possessor accepit *jus in-re*. Nam adipiscitur dominium, non plenum illud quidem, sed utile, ut rem suam faciat, de ea libere disponat, amissam vindicet, et omnes ex ea fructus percipiat, modo canonem solvat quotannis. Dixi, dominum quidem fieri emphyteutam, sed non plenum. Quemadmodum ergo in dominio minus pleno duo domini sunt, quorum alter *directus* dicitur, alter *utilis*; ita idem contingit in emphyteusi. Is enim qui agrum dedit pro canone, vocatur *dominus directus*, *emphyteuseos* ( *der Erben-Bins-Kerr.* ); quia agrum accepit canonemque solvit, *dominus utilis*, vel *emphyteuta* ( *germ. der Erben-Bins-Mann.* ). Sunt quidem, qui emphyteutam dominium adipisci negant, in primis Harprectus in *Comment. ad §. 3. Inst. h. t. Tom. III. Opp.*, quia dominus esse negetur, *L. 1. §. 1. ff. si ager vect. vel emphyteut.* Hinc potius usumfructum esse emphyteusin statuit. Sed 1) in d. *L. 1. §. 1.* negatur emphyteuta esse dominus, quia non habet plenum dominium, non quia nullam domini partem habeat 2). Usufructuarius dici nequit, qui et libere de re inter vivos et mortis causa disponit, et eam ad omnes successores et universales et singulares transmittit, et fundi faciem immutat pro lubitu. Hæc enim non posse usufructuarium supra vidimus, posse autem emphyteutam mox videbimus 3). Expresse emphyteuta dominus vocatur in *L. 12. pr. C. de fund. part. L. ult. C. de cons. et censit. L. 1. L. 8. L. 11. C. de omn. agr. desert.* Enimvero quum jam in materia de contractibus versemur, facile intelligitur, nos hic emphyteusin non considerare tanquam jus in re, sed tanquam ad rem, obligationem vel contractum. Unde paucis dispiciemus 1),



quid sit contractus emphyteuseos, §. 933. 934. 2) quæ jura sint emphyteutæ, §. 935.—936. 3) quæ ejus obligatio, §. 937. 4) quomodo emphyteusis finiatur, §. 938. 5) quæ actiones inde nascantur, §. 939.—940.

§. CMXXXIII. et CMXXXIV.

Quid sit EMPHYTEUTICUS CONTRACTUS, partim ex definitione, partim ex inde fluentibus axiomatibus discimus, quæ hic jungemus. Definitio ita se habet. Est *contractus consensualis de dominio utili prædii alteri in perpetuum vel ad tempus non modicum pro certo annuo canone in agnitionem domini præstito concedendo*. Dicimus esse *contractum consensualem*, quam ei naturam Zenonem tribuisse constat ex *L. 1. C. de jure emphyt. et §. 13. Inst. h. t.* Quum ergo ad contractum consensualem præter utriusque consensum nihil requiratur, §. 895., statim inde fluunt duo axiomata 1). Perfectus est contractus, simulac consensere contrahentes 2). Scriptura nonnisi probationis causa requiritur, in primis ob *Nov. VII. pr. et Nov. CXX. cap. 5.* in emphyteusi ecclesiastica. Equidem in alia omnia hic abit *D. A. A. Pagenstecher in Aphorism. h. t.*, quippe qui fere contractum litteralem sibi fingit, saltem litteras ad essentiam hujus contractus pertinere arbitratur. Sed id contra naturam foret contractuum consensualium, ad quos non opus est litteris, nisi inter contrahentes ita convenerit, ut leges contractus in scripturam redigerentur. Deinde §. 3. *Inst. h. t.* mentio quidem fit scripturæ, sed non quasi essentiam hujus contractus ingrediatur, verum quia nemo temere tam futurus est stolidus, ut sine scriptura alteri daturus sit agrum emphyteuticum, quum semper verendum sit, ne futuro tempore possessor qualitatem emphyteuticam neget, sibi plenum vindicet dominium. Quo casu sane dominus emphyteuseos hac scriptura destitutus nulla probatione munitus foret. Dicimus porro in definitione, esse *contractum consensualem de*

*dominio utili concedendo.* Non enim ex contractu nascitur dominium, sed tantum promittitur, et alter fit dominus per subsequentem traditionem. Unde axioma 3) Jus in re demum ex traditione contractum hunc sequente nascitur. Rationem reddidimus supra §. 339.\*\* Denique subjungimus in definitione, *pro certo annuo canone in agnitionem dominii præstando*; ubi nota differentiam inter locationem conductionem, et emphyteusin. Nam (1) conductor præstat *mercedem*, emphyteuta *canonem* (2). Illa est fructibus rei proportionata, hic modicus et plerumque aliquot Schellingorum tantum 3). Illa solvitur pro usu rei alienæ, hic solvitur ex re propria, in agnitionem dominii superioris vel directi.

§. CMXXXV. et CMXXXVI.

Vidimus quid sit contractus emphyteuticus; proximum est, ut secundo JURA EMPHYTEUTÆ videamus, quæ partim in disponendo et alienando, partim in fructibus percipiendis et vindicando consistunt. Rem ordine videbimus 1). Emphyteuta percipit fructus omnes, etiam thesauros. Est enim dominus utilis. Et quamvis hic casus de thesauro in jure decisus non sit, et hinc plures cum Harprechto negent thesaurum in fundo emphyteutico repertum ad emphyteutam pertinere, quia nec usufructuarium thesaurum capiat, *L. 7. §. 12. sol. matr.*; analogiæ tamen juris repugnat argumentum ab usufructu ductum ad dominium. Dominus ex re sua procul dubio fructus omnes, ordinarios non tantum, sed et extraordinarios capit 2). Potest emphyteuta etiam servitutem fundo imponere, quod non potest usufructuarius: potest et fundi faciem immutare; quod itidem non licebat usufructuario, *L. 13. §. pen. L. 44. ff. de usufr.* Potest oppignorare, donare, permutare, quæ omnia usufructuarii potestatem excedunt. Dum autem diximus emphyteutam fundi faciem immutare posse, non existimandum est eundem agrum reddere posse deterio-rem.

Esset enim hoc contra finem emphyteuseos, quam constitutam esse diximus *αὐτὸς τὸ ἐμφυτεύσει* ut ager incultus colatur, adeoque reddatur melior. *Auth. qui rem C. de SS. eccl. 3*). Potest emphyteuta rem vendere, sed ea lege ut venditionem eam domino denuntiet. Id quod non ita intelligendum, ac si domini consensus requiratur, veluti in feudis: sed ea denuntiatione opus est, quia domino leges constituunt jus protimiseos, ideoque ei deliberandum est, velitne ipse rem emere, an nolit. Hinc si dominus emere nolit, vel intra duos menses voluntatem non declaret, integrum est emphyteutæ rem pro lubitu vendere, *L. 3. C. de jur. emphyt. 4*). Quæmadmodum vero omnes fructus è re emphyteutica capit: ita et tributa merito solvit, omniaque onera rei inhærentia, eoque nomine obligatus est domino ostendere apochas, quoties ei placeat, illas lustrare, *L. 2. C. eod. 5*). Quia porro dominii et is effectus est ut dominus rem suam à quocumque possessore vindicari possit, idem jus competit et emphyteutæ, qui et ab ipso domino emphyteuseos fundum emphyteuticum recte vindicat, *L. 1. §. ult. ff. h. t.* Mirum hoc videri posset et absurdum rem vindicare me à domino. Sed salva res est. Emphyteuta vindicat dominium utile à domino directo, cui illud non competit. Ita et dominus directus dominium suum vindicare potest à possessore quocumque, etiam ab ipso emphyteuta 6). Denique quæmadmodum jus hoc domini est, ut rem suam recte et ad hæredes et ad extraneos, vel per ultimam voluntatem, vel ab intestato, vel per contractus transmittat: ita eodem jure et emphyteuta utitur. Sed id tamen notandum, quod si res emphyteutica ad hæredem devolvitur, nihil præstandum sit: sin ad extraneum, ab hoc domino solvendum LAUDEMIIUM, quod alibi vocatur *Leh Maare*, alibi *Wyn-Koof*, et est secundum leges quinquagesima pars pretii, i. e. 2. pro centum. Hinc prædium emphyteuticum taxatur, et si pretium ejus e. g.



sit 20000. fl. laudemii loco solventur 40. fl. *L. 3. C. de jure emphyt.* Sed mores hic admodum variant, adeo ut Jctus. egregius Franciscus tractatum singularem conscripserit, in quo variarum gentium consuetudines egregie exposuit.

§. CMXXXVII.

Sequuntur 3) *obligationes emphyteutæ*. Eæ constituunt 1) in canone annuo accurate solvendo stato tempore. Si enim domino sæculari intra triennium, Ecclesiæ intra biennium non solvitur, emphyteuta suo jure excidit, *L. 2. C. de jure emphyt. Nov. VII. c. 3. §. 2.* Deinde observandum 2), istum canonem non remitti si vel maxime emphyteuta ob sterilitatem, incurSIONem hostium vel alium casum fatalem agro uti, ex eove fructus percipere non potuerit, *L. 1. C. de jure emphyt.* Aliud diximus juris esse in locatione conductione, §. 924. 6. Cur ergo tam varie? Ratio differentia est, quia merces in locatione conductione solvitur pro usu rei alienæ: cessante ergo usu etiam mercedem cessare oportet. At canon ab emphyteuta solvitur in agnitionem dominii, §. 933.; ergo sive uti re potuerit, sive non, debet tamen dominium agnoscere, ergo et canonem præstare. Ex quo denique per se patet 3), fundo toto per terræmotum vel inundationem maris intereunte etiam canonem cessare. Rei enim non amplius exstantis nullus est dominus. Ergo et in agnitionem dominii eo casu nihil solvi potest, *L. 1. C. de jur. emphyt.*

§. CMXXXVIII.

4) Quibus modis emphyteusis finiatur, ex ipsa hujus contractus natura facile intelligitur 1). Primus modus est *rei interitus*; de qua ad §. antecedentem. Non enim nullæ sunt affectiones, nullum dominium, nulla utilitas 1). Secundus est *consolidatio*. Sive enim dominus directus dominium utile, sive dominus utilis vel emphyteuta dominium directum quocumque justo

titulo adquirat: ager emphyteuticus esse desinit, et in plenum possessoris dominium transit 3). Tertius est *præscriptio*. Nam si intra 10. annos domino præsentem vel intra 20. annos absentem, emphyteuta canonem non solverit, et dominus ea in re adquireverit: emphyteuta præscriptione dominium plenum adquisivit, *L. 15. §. 27. C. de damn. infec. 4)*. Quartus modus est *mora in solvendo canone admissa*. Nam si emphyteuta domino sæculari intra triennium, Ecclesiæ intra biennium canonem non solverit: agro eum excidere et privari paulo ante diximus. Jure tamen Canonico *Cap. ult. X. de locat.* si antequam dominus ad privationem agit, emphyteuta canonem adhuc offert, adeoque moram purgat, privatio cessat, quia dominus recipiendo canonem moram remisisse et condonasse censetur 5). Quintus modus est *venditio rei ignorante domino facta*; de qua diximus ad §. 935. 3. 6.) Ultimus denique, si fundus in emphyteusin datus non melior, sed insigniter deterior redditus sit. Quum enim hoc fini hujus contractus repugnet, qui est ut incultus ager colatur, adeoque reddatur melior: merito agrum amittit, qui directe huic fini contravenit. *Auth. si rem C. de SS. Eccles.*

§. CMXXXIX et CMXL.

Superest ultima, vel quinta pars hujus appendicis de *actionibus*, quæ ex hoc contractu proficiscuntur. Nascuntur inde duæ, quia uterque contrahens ex ipsa natura contractus ad aliquid obligatur, dominus ad fundum tradendum, emphyteuta ad canonem solvendum. Ergo quum contractus bilateralis sit, actiones necessario duæ, æquæ directæ inde nascuntur, §. 782. Deinde quum hic contractus sit nominatus, actiones quoque ejusdem nominis erunt, *emphyteuticariæ*. *Alteram* habet emphyteuta adversus dominum ad rem s. prædium secundum leges contractus tradendum. *Alteram* agit dominus adversus emphyteutam ad præstanda omnia, quæ ex contractu debet, e. g. canonem; laudemium &c. Utra-

que actio est personalis, quia ex contractu oritur bonæ fidei, qui contractus bilateralis est. Si ergo adversus tertium actione reali experiuntur vel emphyteuta vel dominus, ea actio erit rei vindicatio, quæ huc non pertinet.

## TIT. XXVI.

## DE SOCIETATE.

## §. CMXLI.—CMXLIII.

**Q**uartus contractus consensualis est SOCIETAS; de quo queritur 1) quid sit? §. 941.—943. 2, (quotuplex? §. 944. 3. quomodo ineatur? §. 945.—946. 4.) quæ mutua sociorum obligatio? 947.—948. 5) quomodo solvatur? §. 949.—950. 6. quæ actio inde nascatur? §. 951. 952.

I. Quod ad primam partem adinet, definienda est societas. At ne hæc confundatur cum RERUM COMMUNIONE, utriusque differentię paulo diligentius explicandæ sunt. Nimirum (a) societas est contractus: rerum communio quasi contractus (b). Illa initur consensu vero sociorum: in hunc etiam inviti incidimus, e. g. si mihi et Titio una res donatur, legatur, &c. (c) Ex societate nascitur actio *pro socio* mere personalis: ex rerum communione *communi dividundo* mixtæ naturæ. Jam de societate dispiciemus. Est hæc *contractus consensualis de re vel operis communicandis, lucri in commune faciendi causa*. Dicimus esse *contractum consensualem*, nam solo consensu perficitur, ut nec scriptura, nec ulla alia re ad perficiendum contractum opus sit. Equidem oportet socios pecuniam, quam in commune collaturos se promiserant, tradere. Sed ea traditio est effectus contractus, uti in venditione, non ad ejus substantiam pertinet. Imo in societate universali ne



opus quidem traditione est, quia facta præsumitur, *L. 1. §. 1. L. 2. ff. h. t.* exceptis nominibus, id est, obligationibus et actionibus, quæ quia ossibus inhærent, traditio ad illa communicanda ne quidem sufficit, sed requiritur cessio mutua, *L. 3. ff. eod.*, quæ in litteris cambialibus singulare nomen accipit, et *indossamentum* vocatur.

### §. CMXLIV.

II. Jam quotuplex sit societas, quæritur. Dividitur in *universalem*, *generalem*, et *singularem*. *Universalis*, quæ et *κοινοπραξία* adpellatur, est quando socii omnia bona, præsentia et futura, quocumque ea titulo adquisiverint, communicant, *L. 3. §. 1. ff. h. t.* Talis est, quam inierant Christiani primævi, qui omnia sua in commune conferebant, ita ut eorum nemo diceret aliquid suum esse. *Act. Ap. 4. 32.* Talem etiam hodie profitentur monachi et moniales; quorum Domus ideo cœnobîa, *κοινόβια* dicuntur, ἀπὸ τῆ κοινῆ βίῃ à communi vita, quo vocabulo etiam Pythagoræi veteres utebantur, teste Jamblichō in *vit. Pyth. Generalis* vocatur societas, quando secum socii invicem communicant quæ ex quæstu veniunt, non reliqua, quæ fortunæ beneficio adveniunt. Hæc rarior, quibusdam tamen in locis inter conjuges obtinet, qui commune habent quidquid constante matrimonio adquirunt, at quæ hæreditate vel alio titulo habent, ea sibi propria quisque servat. *Singularis* denique societas est, quando unius rei, uniusve negotiationis societas initur, *L. 5. pr. L. 52. §. 5. ff. h. t.* Et hæc frequentissima inter mercatores, qui sæpe ejusmodi societates ineunt, easque vocant *eine Compagnie*, *Maschaptès*, vel in Germania *Mascopey*.

### §. CMXLV. et CMXLVI.

III. Inde et quomodo hujusmodi societas ineatur, facillime intelligitur. Nimirum *consensu*, ad quem solum res redit. Hinc colligimus 1), valere etiam socie-

tatem inæqualem, *L. 5. §. 1. ff. pro soc.* Sic e. g. si Titius conferat 20000, Mævius 10000, Javolenus 8000, non minus erunt socii, quam si singuli tantundem contulissent 2). Imo rata est societas, etsi unus rem, alter operam contulerit, *L. 1. §. 1. ff. eod.* E. g. si Titius conferat 20000., Mævius 15000., Sempronius promittat, se totam negotiationem directurum, itinera suscepturum, litterarum commercio vacaturum: socius hic erit, quamvis nihil pecuniæ contulerit. Ubi tamen adhuc duo observanda (3). Operas esse debere honestas et licitas. Hinc si socius unus promittat, se decipiendis emptoribus, defraudandisque vectigalibus insignem societati operam navaturum, hæc societas erit nulla, *L. 52. §. 17. L. 53. ff. pro soc.*, quia rerum turpium, quippe moraliter imposibilium, nulla est obligatio (b). Multum interesse tanquam socius quis præstet operas, an tanquam institor pro certo salario. Posteriore enim casu nec damni particeps est, sed contentus esse debet stipendio suo, idque sibi denegatum petit, non actione pro socio, sed actione locati 3). Nulla est societas, quæ donationis causa initur. Veluti, ego conferam 20000., tu 10000. quidquid lucrabimur, tuum erit, damnum commune habebimus. Valet quidem hæc conventio tanquam donatio, modo si 500. solidos excedat, ad acta insinuetur, sed non valet tanquam societas, quia hæc communis lucri causa initur. Et ita intelligenda *L. 5. §. ult. ff. pro soc.* 4). Denique plane non admittitur societas leonina; quo nomine venit ejusmodi conventio, qua unus sibi omne lucrum soli stipulatur, alter omne damnum suscipere tenetur, *L. 29. §. 2. ff. h. t.* Vocatur *Leonina* à notissima fabula apud *Phædr.* *L. 1. fab. 5.*, qua cum aliis quibusdam animalibus leo societatem venatoriam iniit, et postea lepida divisione facta prædam omnem solus abstulit, sociis plorare jussis.

§. CMXLVII. et CMXLVIII.

IV. Proximum est, ut de obligatione sociorum vi-

deamus, quæ ad duo potissimum capita redit 1). Ut socius socio in re communi certam diligentiam præstet: 2) ut inter socios lucrum et damnum rite dividatur. Quod ad *priorem* adtinet obligationem, de ea notandum (a), quod socius socio teneatur ad culpam levem in concreto. Quid sit culpa levis in concreto, diximus ad §. 788., ubi nimirum non consideratur qualem diligentiam bonus et frugalis paterfamilias in re sua adhibere soleat, sed qualem socius adhibeat ipse in re propria. Ejus rei rationem vulgo hanc adferunt, quod socius ipse sibi socium eligere soleat, et hinc merito socii industria contentus esse debeat. Sed hæc ratio non sufficit, quia idem jus in rei communione obtinet, L. 25. §. 16. ff. *fam. ercisc.* in quam tamen inviti etiam incidimus, L. 31. L. 32. L. 37. ff. *pro soc.* Ergo potius dicendum, ideo minorem hic exigi diligentiam, quia sibi imputare debeat socius quod ex negligentis hominis societate non excesserit (b). Quod et hic contractus sit famosus, adeoque infamis fiat, qui doli actione pro socio damnatur, L. 1. ff. *de his qui not. infam.* Socii enim sunt pro fratribus, L. 63. ff. *pro soc.*: quid veto turpius quam socium à socio, fratrem à fratre circumveniri? (c) Quod socius tanquam frater socio beneficium competentis debeat, L. 63. pr. ff. *eod.*, i. e. quod conventus socius et damnatus non præstet plus, quam quantum facere possit; de quo beneficio plura infra, §. 119. seq. Altera obligatio sociorum consistit in æqua divisione lucri et damni. Ubi observandum, (a) in societate universali nullam requiri æqualitatem, L. 73. pr. §. 1. ff. *h. t.* Hinc si Titii bona sint 50000., Mævii 12000., et ille quotannis ad familiam sustentandam indigeat 2000.; hic autem 3000. conqueri tamen neuter de inæqualitate potest, si semel societatem universalem inierit (b). In societate singulari servandam esse æqualitatem. Disputant, utrum *geometrica*, ut lucrum et damnum inter socios distribuatur pro rata, an *arith-*



*metica* æqualitas obtinere debeat, qua lucrum et damnum æqua lance dividitur? Sed nos ita rem expedimus ( $\alpha$ ). Si partes expressæ sint in societate inita, illæ servandæ sunt, tametsi inæquales. E. g. Titius confert 20000., Mævius 15000. ille partem lucri dimidiam sibi stipulatur, alter alteram capit. Divisio hæc valebit, quia pacta dant leges contractibus, *L. 29. pr. §. 1. ff. h. t.* ( $\beta$ ) Si nihil convenit, servatur proportio *geometrica*. Quo plus quisque contulit, eo plus lucri damnique feret, *L. 6. L. 80. ff. eod.* Hanc proportionem arithmetici eruere solent à regula, quam vocant societatis, e. g. si Titius contulit 18000., Mævius 9000., Sempronius 3000., et hæc summa lucrati sint 15000.; hoc lucrum ita dividetur, ut Titius accipiat 9000., Mævius 4500., Sempronius 1500. ( $\gamma$ ) Si unus rem, alter operam contulit: hic quidem lucri particeps est, secundum leges contractus, sed ex sorte nihil capit, quia sane nihil contulit, quod societate soluta tanquam suum repetere possit.

#### §. CMXLIX. et CML.

Diximus quomodo ineatur societas, et quæ sit sociorum obligatio. Jam V. quæritur, quomodo iterum dissolvatur. Modi sunt plures. 1) Est mors, et quidem vel unius tantum ex sociis, §. 5. *Inst. h. t.* Nec interest, naturalis sit mors, an civilis, quia et servi et deportati pro mortuis habentur, *L. pen. ff. de R. J.* Imo quamvis inter socios convenerit, ut societas ad hæredes devolvatur, id pactum tamen non valet, nec impedit quominus societas morte socii finiatur, *L. 35. L. 59. ff. pro soc.* Omnia hæc fere singularia. Sed contractus hic et odiosus est ob metum discordiarum, quæ ex societate solent oriri, et ita comparatus, ut personæ industria eligatur. Talia vero negotia ad hæredes non pertinent 2). Alter modus est **DISSENSUS MUTUUS**. Quid enim est tam naturale, quam eodem genere quidque dissolvi, quo colligatum est? *L. 35. ff. de R. J.* Itaque

quum societas consensu ineatur, quidni et dissensu multo dissolvatur? *L. 63. §. ult. ff. h. t. 3*). Tertius modus est *unius renuntiatio*, quod hic, et in mandato, singulare est; in quibus contractibus alter altero invita excedere obligatione potest. Et in mandato quidem hoc obtinet, quia personæ industria eligitur, qua non adparente mandans revocat mandatum. At in societate præterea hæc ratio militat, quia societas est mater discordiarum. Hinc enim leges potius libertatem cuivis socio dederunt societati renuntiandi, quam ut lites et jurgio oriri paterentur. Quid vero si convenerit, ut ad certum tempus, vel in perpetuum duret societas? Quid si juri huic socii renuntiarent? Nihilominus societate excidunt pro lubitu, *L. 14. L. 70. ff. eod.* Soli dolo non adsistunt jura, adeoque et irrita foret renuntiatio, si quis fraudulenter socio absentem, vel intempestive renuntiaret; e. g. si qui societatem universalem iniiit, ideo renuntiet quia videt sibi hæreditatem imminere, quam non vult communicare cum socio, *§. 4. Inst. h. t. 4*). Quartus modus est *fnitum negotium*, ob quod societas inita, e. g. societatem inimus frumenti coemendi vendendique causa. Utrumque factum est, ergo et finita societas *§*). Modus quintus est *tempus*, in quod inita societas: e. g. societas in quinquennium inita, colapso expirat. Quod non mirum, quia et ante tempus societate excedere licet *6*). Modus sextus est *cessio*, vel *publucatio bonorum*. Sive ergo socius obæratu ob æris alieni magnitudinem bona sua creditoribus cedat, sive ob delictum ejus bona à fisco occupentur, societas expirat, quia nihil adest, in quo socii esse possint, *L. 65. §. 1. 2. ff. h. t. 7*). Denique modus ultimus est *rei interitus*, ob eandem rationem. Si ergo duo mercatores socii sint in communi taberna; ea combustu societas cessabit, nisi eam de novo inierint, *L. 63. §. ult. ff. eod.*

§. CMLI. et CMLII.

Cæterum, V. superest actio, quæ ex hoc contractu

\*

oritur. Vocatur ea PRO SOCIO, quia ex contractu nominato nasci debet actio ejusdem nominis. Est utrinque directa, quia socius socio statim ab initio et ex ipsa natura contractus obligatus est, adeoque datur socio adversus socium ad ea omnia consequenda, quæ alter alteri ex hoc contractu debet. An etiam ad bona communia finita societate dividenda? Minime. Ad hoc enim comparata est actio *communi dividendo*, L. 1. ff. *comm. div.*, de qua Tit. XXVIII. §. 983.

## TIT. XXVII.

## DE MANDATO.

## §. CMLIII. et CMLIV.

Ultima contractuum consensualium species est MANDATUM, de quo hoc titulo quæritur 1), quid sit? §. 953.—954. 2) quotuplex? §. 955.—958. 3) quæ hujus contractus natura sit? §. 959.—960. 4) quomodo finiatur? §. 961. 5) quæ ex hoc contractu actiones nascentur? 962.—964.

I. Quid sit mandatum, definitio ostendit. *Est enim contractus consensualis, quo negotium honestum ab alio ex fiducia commissum gratis administrandum, gerendumque suscipitur. Dicimus esse contractum. Olim enim talis non erat, sed tantum negotium, quod inter amicos intercedere solebat, et non obligationem perfectam cum coactione conjunctam producebat, sed imperfectam quia contra honestatem et leges amicitiae peccare videbatur, qui amici spem destitueret. Observat hoc Geth. Noodt in Comment. ad Pand. h. t. p. 371. T. II. Opp., et in Probabil. lib. IV. c. XII. §. 1., qui et eleganter ex Plaut. Captiv. Act. II. Scen. III. v. 82. observat, olim amicos amicis mandantes dextram*



eorumprehendisse. Ita enim apud Plautum Tyndarus: *Hæc per dextram tuam, te dextera retinens manu, obsecro, infidelior mihi ne fias, quam ego sum tibi.* Et inde etiam mandatum vocatum à *mandatione*. Isidor. *Orig. lib. IV. c. 24.* Ita se res habuit temporibus antiquissimis. Sed posteaquam perfidia hominum gliscere cœpit, visum est Romanis mandato naturam contractuum dare, atque inde concedere actionem. Dicimus porro, esse contractum *consensualem*, adeoque verum utriusque consensum requiri. Hinc si quis ignorantis negotia suscipit, non est mandatum, sed *negotiorum gestio*, non verus, sed quasi contractus. Dicimus porro, *quo negotium honestum ab alio ex fiducia commissum suscipimus*. Si enim negotium nobis non ex fiducia committitur, sed pro imperio injungitur ab eo, cujus in potestate sumus: non mandatum est sed *JUSSUM*. Si non committitur, sed nos ultro aliquid alteri suademus, relicta ei potestate, facere id velit nec ne, erit *CONSILIUM*. Si non de alterius, sed tertii negotio laboramus, erit *COMMENDATIO*, quorum neutrum producit obligationem. Denique addimus *gratis suscipiendum*; quia si pro mercede negotium alienum suscipitur, *locatio*: si pro alia re aliore facto, *contractus facio ut des*, vel *facio ut facias* erit, quæ omnia à mandato facile distinguuntur.

### §. CMLV. — CMLVIII.

II. Hactenus quid sit mandatum explicavimus jam quod duplex sit, dispiciemus. Dividitur illud multifariam 1). Aliud est *EXPRESSUM*, quod fit verbis sive ore prolatis, sive scriptis; aliud *tacitum*, quod fit facto; ex quo consensus colligi possit. E. g. aliquis alterum negotia sua gerere videt, et tacet, vel id fieri patitur: videtur sane mandasse, *L. 6. §. 2. ff. mand.* Possumus addere tertium membrum, puta *præsumptum*, quod colligitur ex necessitudine et propinquitate. E. g. si maritus uxoris negotia gerit, quamvis mandatum non

exhibeat, præsumitur tamen mandatum habere. Sed hoc casu jura semper exigunt cautionem, rem ratam haberi, *L. 35. pr. L. 40. ult. ff. mand. 2*) Aliud est mandatum *generale*, quo universa negotia alteri, vel bona universa alteri committuntur; aliud *speciale*, quo negotium quoddam speciale committitur 3). Aliud est *judiciale*, quo negotia judicialia suscipiuntur; aliud *extrajudiciale*, quo negotia domestica et extrajudicialia 4). Aliud est *purum*, v. g. negotium hoc peragas: aliud *in diem*, e. g. negotium hoc committo, si Doctor Juris creator fueris 5). Aliud est *in rem suam*, aliud *in rem alienam*. Prius est, si quis negotium quidem alienum suscipit, sed ita ut ipse omnem inde utilitatem habeat: posterius, si et negotium alienum et in alienam utilitatem suscipitur. Posterius fit ordinarie: prius contingit per cessionem. Nam si e. g. mercator Ansteldanensis mihi debet 100., et ego hanc summam cedo fratri; tunc frater adversus mercatorem agit tanquam mandatarius meus, quia ipsi nihil debetur. Quia tamen consequutus victoriam istos 1000. florenos sibi adquisit, est mandatarius in rem suam, *L. 33. §. 5. L. 36. ff. de procur.*

### §. CMLIX. et CMLX.

III. Ordo jam exigit, ut de natura mandati, quidque circa illud justum sit, videamus. Id vero breviter per septem conclusiones ex definitione derivatas ostendimus. Nimirum 1) mandatum solo utriusque consensu contrahitur. Est enim contractus consensualis. Sed duo addimus. Alterum, quod quidem in judicio mandatum scriptum exigi soleat, sed non nisi probationis causa, ut judici et adversario constet hunc verum procuratorem esse. Unde hæc scriptura non pertinet ad hujus contractus substantiam. Alterum est, quod et rati habitio habeatur pro consensu; ea enim retrahitur ad initium negotii, *L. 50. ff. mand. 2*) Mandari non potest res illicita, nec ex hoc contractu obligatio nascitur,

§. 7. *Inst. h. t.* Hinc si quis latroni mandet, ut Mævium occidat, latro licet hoc mandatum susceperit, non tamen eo obligatur. Sed dicimus, nullam ex hoc contractu obligationem nasci: uterque enim ex delicto obligatur ad pœnam 3). Mandatum non admittit mercedem, sed honorarium tamen, de cujus differentia à mercede diximus supra ad §. 800. Et hinc procuratores judiciales sunt mandatarii, quamvis gratis nihil facere soleant. Cæterum hoc omnibus contractibus gratuitis, veluti commodato, deposito, mandato, negotiorum gestioni commune est 4). Mandatarius fines mandati excedens nihil agit, *L. 5. ff. h. t.* Hinc si eos excessit, ne negotiorum quidem gestorum actionem habet, *L. 41. ff. eod.* Hoc tamen non impedit, quominus et per alium vel per æquipollens mandatum possit explicari, *L. 8. §. 3. L. 46. L. 62. §. ult. ff. h. t. 5)* Mandatarius substituere ordinarie non potest. Qui enim mandat, personæ industriam eligit, quam fiduciam non statim in substituti mandatarii dexteritate ponimus. Alia quæstio est an si mandatarius substituerit, et substitutus bene rem expedierit, mandans rem ratam habere teneatur? Id enim procul dubio adfirmandum, quia mandans finem suum consequutus est, *L. 8. §. 3. ff. eod.* 6) Mandatarius tenetur etiam ad culpam levissimam. Rationem reddidimus supra §. 788. ax. 3. 7.) Hic quoque contractus famosus est, adeoque, si mandatarius ob dolum condemnatur, fit infamis. Quid enim turpius, quam amici spem destituere? *Cic. pro S. Rosc. c. 38.* Imo habet hic contractus hac in re aliquid singulare. Quum enim alias infamia notentur tantum qui actione directa eo contractu damnati sunt, *L. 1. ff. de his qui not. inf.*, hic casus est, quo et actione mandati contraria conventus infamis fit, si nempe mandans alteri ut fidejubeat, postea dolose ei deneget indemnitatem: de quo casu vid. *L. 6. §. 5. ff. de his qui not. inf.*



## §. CMLXI.

IV. Quomodo finiatur mandatum, facile ex ejus natura patet. Nam finitur 1) *mutuo dissensu*; quia nihil tam naturale est, quam eodem genere quidque dissolvi, quo colligatum est, *L. 35. ff. de R. J.* Finitur 2) *revocatione mandantis*, modo ea fiat re integra, §. 9. *Inst. h. t.* Si enim negotium jam cœptum, revocationi quidem adhuc locus est, sed ut mandatarius indemnis præstetur. Rationem hujus juris reddidimus superiore titulo, §. 950. Finitur 3) *renuntiatione* non intempestiva mandatarii. Uti enim mandans mandatum libere revocat: ita mandatarius eidem renuntiat pro luitu, modo id fiat tempestive, §. 11. *Inst. h. t.* Nam sane si e. g. procurator meus in Germania obtenta sententia contraria renuntiet mandato, et ego adpellatione ideo excluderem: intempestiva sane foret hæc renuntiatio. Finitur 4) *more contrahentium*. Nam quia personæ industria eligitur, ad hæredem mandatum non pertinet. Et quia ex amicitia suscipitur mandatum, hæres sane mandantis mihi non semper tam amicus est ac defunctus. Mors itaque hic omnia solvit.

## §. CMLXII. CMLXIII. et CMLXIV.

V. Superest ut, quæ actio ex hoc contractu nascatur, subjiciamus. Quia contractus est bilateralis, actiones sunt duæ, §. 782. quia mandatarius statim initio ex ipsa natura contractus, mandans vero ex post facto, si forte mandatarius impensas fecit vel damnum passus est, obligatur. Altera harum actionum *directa*, altera *contraria* est, §. 782. Denique quia contractus est nominatus, actionem hanc oportet esse ejusdem nominis. Et hinc vocatur *actio mandati directa et contraria*. Illa agit mandans adversus mandatarium ad negotium perficiendum, rationes reddendas, rem ex mandato adquisitam tradendam, damnum præstandum, ut paucis dicamus, ad omne id, ad quod mandatarius ex contractu obligatus est. Hæc agit mandatarius adversus

*De Oblig. quæ quasi ex cont. nasc.* 201  
mandantem, ad indemnitate[m]. Est enim hæc natura  
omnium actionum contrariarum, ut ad indemnitate[m] sint  
comparatæ, §. 782.

## TIT. XXVIII.

### DE OBLIGATIONIBUS, QUÆ QUASI EX CONTRACTU NASCUNTUR.

#### §. CMLXV. et CMLXVI.

**A**bsolvimus omnes contractus *veros nominatos*, tam  
eos, qui re ineuntur, Tit. XV. quam verbales, Tit.  
XVI.—XXVII. Sequi jam deberent contractus *inno-*  
*minati do ut des, do ut facias, facio ut des, facio ut*  
*facias*: sed eos Justinianus omisit. Quum ergo hacten-  
us de veris contractibus actum sit, sequuntur **QUASI**  
**CONTRACTUS**. Eos ita definimus. Quasi contractus sunt  
*facta honesta, quibus et ignorantes obligantur* **EX CON-**  
**SENSU** *ob æquitatem præsumpto*. Dicimus *facta hones-*  
*ta*, quia turpium nullam esse obligationem superiore  
Tit. §. 953. monuimus. Addimus, oriri obligationem  
*ex consensu præsumpto*, vel ficto. Hanc enim supra  
§. 768. differentiam inter veros et quasi contractus ad-  
signavimus, quod illi ex consensu vero, hi ex ficto  
vel præsumpto nascantur. Quia autem lex nihil fingere  
potest sine fundamento, (quis enim ferret legislatore[m]  
fingentem subditos suos furtum fecisse, quamvis  
non fecerint)? quæritur, quænam sint illa fundamenta?  
Resp. *æquitas et utilitas*. Ergo dedimus.

#### § CMLXVII.

Quasdam regulas, ex quibus adparet, quando leges  
me consensisse fingere possint 1). *Quisque præsumi-*  
*tur consentire in id, quod utilitatem adfert*. Ex hoc

fundamento obligatur pupillus tutori ad indemnitatem, quamvis infans sit, adeoque in tutelam nunquam consenserit 2). *Nemo præsimitur cum alterius damno fieri velle locupletior*, L. 14. ff. de cond. indeb. Ex hoc fundamento obligatur is, cui ex errore indebita solutio, ad restitutionem. Sunt hæ præcipuæ regulæ. Sed in Pand. P. I. §. 362. adjecimus 3. *qui vult quod antecedit, non debet nolle quod consequitur*. Et ex hoc fundamento obligatur nauta, caupo, stabularius, ut si res meas recepit, etiam damnum in iis datum præstet.

### §. CMLXVIII.

His de natura quasi contractuum præmissis, ad ipsos quasi contractus progredimur; quorum permulti sunt, hic tamen nonnisi sex recensentur 1). Negotiorum gestio, §. 969 - 74. 2); tutela, §. 975 - 979 3); hæreditatis 4); rerum communio, §. 980 - 984. 5); hæreditatis aditio, §. 985. - 986. 6); indebiti solutio, §. 987. - 992. Tot sunt tituli hujus partes: jam de singulis in specie.

### §. CMLXIX.

I. Primus quasi contractus est NEGOTIORUM GESTIO; de qua quæritur 1), quid sit? §. 969. 2) quæ obligatio mutua inde nascatur? §. 970. 971. 3) quæ actiones inde oriantur? §. 972. - 974.

1) Quid sit negotiorum gestio, definitio docet. Est nimirum *quasi contractus, quo quis negotia alterius ignorantis extra judicium utiliter gerenda sponte et gratis suscipit*. Definitio hic recte intelligenda. Dicimus esse *quasi contractum*. Nam si verus consensus utriusque adesset, is qui alienum negotium gerit, non esset negotiorum gestor, sed *mandatarius* vel *procurator*. Deinde dicimus *negotia alterius ignorantis*. Nam si alter scit, et fieri patitur, est *mandatum tacitum*, de quo supra §. 955. Si alter prohibet, plane nulla nascitur obligatio. Addimus, *extra judicium gerenda*.



Si enim quis absentis negotium iudiciale in se suscipit, vocabitur *defensor*; non negotiorum gestor. Et hinc vides rationem cur et femina negotia gerere possit, L. 3. §. 1. ff. *neg. gest.*; quum tamen ea postulare pro alio nequeat, L. 1. ff. *de postul.*; imo cur ipse pupillus ex negotiis gestis obligatum habeat absentem, L. 3. §. 4. ff. *eod.* (in qua lege notabili Cujac. Obs. L. 1. c. 7. frustra legendum putat *pupilli* pro *pupillus*). Tota enim res huc redit, an utilitas alterius absentis et ignorantis promotâ sit. Quisque vero consentire videtur in id, quod utilitatem adfert, §. 967. sive femina sive pupillus utilitatem mihi attulerit. Subjicimus denique *sponte et gratis*. Alias enim foret nihili negotium, et nec *locatio*, nec *contractus do ut des*, quia in mercedem vel dationem alter non consentit; nec *negotiorum gestio*, quia hic est contractus gratuitus.

### §. CMLXX. et CMLXXI.

2) Ex hoc quasi contractu nascitur mutua et reciproca obligatio inter negotiorum gestorem, et absentes; de qua secundo loco agendum.

a) Negotiorum gestoris obligationem ad tres conclusiones referimus (*a*). Negotiorum gestor debet utiliter gerere. In tantum enim absentem obligat, in quantum ei utilitatem attulit, L. 10. §. ff. *h. t.* Hinc si tantum voluptatis causa impensas in rem absentis fecit, non magis habet negotiorum gestorum actionem, quam si proprii lucri vel commodi causa negotium alienum suscepit, L. 25. L. 27. L. 6. §. 3. ff. *h. t.* Si vero semel utilitatem absentem attulit, is mihi tenetur, quamvis utilitas postea intercepta sit, L. 10. §. 1. ff. *h. t.* (*β*). Negotiorum gestor ordinarie tenetur ad culpam etiam levissimam, L. 23. ff. *de R. J.* Ratio est, quia se sponte obtulit, §. 788. 3. Dico vero, *ordinarie*. Aliquando enim tenetur tantum ad *levem*, si rem com-

munem administravit altero ignorante, *L. 40. ff. de neg. gest.* Aliquando præstat tantum *latam*, si rem periculosam ex necessitate suscepit, e. g. ut ædes rui- nosas fulciret, *L. 3. §. 9. ff. eod.* Aliquando et *casum* fert, si rem aleæ plenam sine necessitate suscepit, quam absens facere non solebat; e. g. si quis absentis pecu- nia navem ædificet et instruat, eaque deinde naufragio pereat, quum absens nunquam navigationi maritimæ dederit operam, *L. 11. ff. L. 20. C. de neg. gest. (γ)*. Negotiorum gestor tenetur ad rationes reddendas, et reliqua cum usuris restituenda. Res in se clara. Qui res alienas administrat, administrationis suæ rationes red- dere tenetur. Id vero singulare est, quod negotiorum gestor, absentis pecunia usus: eo nomine usuras cen- tessimas debet, *L. 38. ff. h. t. i. e. 12. pro centum.* Non enim favent leges iis, qui alienis negotiis se spon- te ingerunt.

b) Obligationem absentis §. conclusionibus complec- timur (α). Negotiorum gestor obligatum habet etiam ignorantem, imo eum, qui nondum in rerum natura est, veluti nasciturum, *L. 29. ff. h. t.*, multoque ma- gis (β) furiosum, *L. 3. §. 5. ff. de neg. gest.*, et (γ) eum, cujus in persona erratum est; e. g. si Titii negotia gesturus alterius Titti negotia gerat? *L. 5. §. 1. ff. eod.* Quum enim non verus hic consensus requira- tur, sed sufficiat alterius utilitatem esse promotam: du- bitari nequit, quin et ignorantis, furiosi, nascituri uti- litas promoveri possit (δ). Non cessat absentis obli- gatio utilitate casu intercepta, *L. 10. §. 1. L. 12. §. 2. ff. eod.* Hinc si e. g. domum cujusdam reffici, is mihi indemnitate debet, quamvis postea domus incendio perierit. Ratio est, quia in contractibus casum nemo præstat, §. 785. (ε). Absens negotiorum gestori te- netur ad indemnitate, *L. 3. L. 17. ff. eod.* Funda- mentum est in leg. 2. §. 967. *Nemo præsumitur cum alterius damno fieri velle locupletior.*

## §. CMLXXII. — CMLXXIV.

3) Superest, ut actiones ex hoc quasi contractu videamus. Vocantur NEGOTIORUM GESTORUM actiones, earumque altera *directa* est, altera est *contraria*. Illa, nempe *directa*, datur absenti contra negotiorum gestorem ad rationes reddendas, damna resarcienda, reliqua restituenda, eaque omnia, ad quæ obligatum esse negotiorum gestorem diximus, §. 970. Hæc, puta *contraria*, competit negotiorum gestori adversus absentem, ad indemnitatem, i. e. impensas necessarias et utiles, L. 2. L. 27. L. 43. ff. h. t. ad usuras pecuniæ, quam pro absente solvit, L. 19. §. 4. ff. L. 18. C. h. t.

## §. CMLXXV.

II. Alter quasi contractus est TUTELA; quamvis hæc diversimode possit considerari. Ratione reipubl. est munus publicum: ratione pupilli est qualitas hominum sui juris; quippe quorum alii sub tutela, alii sub curatela sunt, alii neutro jure tenentur, §. 201. Denique si consideremus obligationem inter tutorem et pupillum, ea oritur ex quasi contractu. Nam quamvis pupillus se directe obligare et consentire non possit, tamen præsumitur consensisse ob regulam I. §. 967. *Quisque præsumitur consentire in id, quod utilitatem adfert.*

## §. CMLXXVI. — CMLXXIX.

Actio ex hoc quasi contractu est actio *tutelæ*, quæ itidem vel *directa*, vel *contraria*. Illa agit finita tutela pupillus, hac tutor: ille ad rationes reddendas, resarciendaque damna, hic ad indemnitatem. Sufficere hæc possunt, modo id addas 1): Easdem actiones, si à minore contra procuratorem, vel à curatore contra minorem instituantur, dici *utiles*: quia omnes actiones, quæ non ex legum verbis, sed interpretatione prudentum oriuntur, utiles vocari solent 2). Has actiones confundendas non esse cum actione de suspectis tutoribus, et de distrahendis rationibus. Actio tutelæ ex quasi con-



tractu est, reliquæ duæ ex delicto. Actio tutelæ datur finita tutela: de suspectis tutoribus durante tutela: de distrahendis rationibus, redditis jam rationibus, si tutor quid subtraxerit. Actio tutelæ competit ad rationes reddendas: actio de suspectis tutoribus ad remotionem tutoris non ex fide gerentis: actio de distrahendis rationibus ad duplum ejus, quod substractum est. Omnes autem hæ actiones infamant, si dolus tutoris pelluceat, isque eo nomine condemnetur.

§. CMLXXX. — CMLXXXIII.

III. Tertius quasi contractus est HÆREDITATIS; et quartus REI COMMUNIO. Ita Justinianus, §. 3. 4. *Inst. h. t.* Sed proprie hæreditatis, et rerum communio est jus in re, nempe commune jus hæreditarium, vel commune dominium. At hæreditatis, vel rei communis administratio est quasi contractus, quia qui administrat, consentire præsumitur in redditionem rationum, quia qui vult antecedens, velle etiam consequens præsumitur: et is, cujus hæreditas vel res administratur, fingitur consensisse in præstandam indemnitàtem, quia nemo debet cum alterius damno fieri velle locupletior, §. 967. 2. Ex communis hæreditatis administratione nascitur actio *familiæ erciscundæ*, quod vocabulum ex XII. Tabb. natum, in quibus scriptum, *nomina erecta cita sunt*. *Erectus* est totus, integer, indivisus: *cierè* est dividere. Inde natum compositum *erciscere*, i. e. totum dividere. Quumque *familia* in iisdem XII. Tabb. significet hæreditatem: tota phrasis, quæ Salmasio tam ridicula visa est, sensum habebit optimum, *familiam erciscere*, i. e. hæreditatem totam vel indivisam dividere. Datur hæc actio cohæredi adversus cohæredem, ad hæreditatem communem dividendam, et in pensarum damnique restitutionem. Ex quo patet 1), quod hæc actio non nascitur ex hæreditatis petitione, quæ non instituitur adversus cohæredem, sed adversus eum, qui pro hærede vel pro possessore possidet: nec ad dividendam,

sed ad restituendam hæreditatem 2). Hanc actionem esse mixtam. Quatenus enim hæreditatis meæ portionem peto, est ex jure in re: quatenus autem ad præstationes personales ago, est ex quasi contractu paulo ante descripto, et hinc personalis; quamvis id Dn. Westenbergius concedere nolit. Divisio hæreditatis, quomodo fiat, in

#### §. CMLXXXIV.

Paucis regulis ostendemus, quas videbimus 1). Nomina ipso jure divisa sunt, adeoque divisione non indigent. Si enim defunctus debuit 30000. et tres sunt hæredes, ipso jure singuli conveniri possunt in 10000. Et si defuncto aliquis debuit 6000., et tres sunt hæredes, ipso jure singuli habent actionem in 2000, *L. 2. ult. L. 4. pr. ff. L. 6. fam. ercisc. a*). Res prohibiti usus non dividuntur, e. g. mala venena, libri prohibitiæ lectionis, &c., ubi tamen cautum esse decet judicem, *L. 4. §. 1. 2. ff. eod. 3*). Instrumenta communia, veluti archivium, diplomata, scripturæ non dividuntur, sed vel apud eum, qui ex maxima parte hæres est, vel apud seniore, vel in æde curiave deponuntur, dato singulis apographo, *L. 5. ff. eod. 4*). Ubi res commode dividi non potest, judex eam totam uni adjudicat, eumque damnat ad partem æstimationis præstandam reliquis, §. 4. *Inst. de off. jud.* Ita sese habet actio familiæ erciscundæ, quæ omnia etiam in judicio *communi dividundo* obtinent. Quare tantum ostendendum, in quo differant hæ duæ actiones 1). Actio familiæ erciscundæ est universalis: actio communi dividundo singularis 2). Illa ex administratione communis hæreditatis, hæc ex administratione communis rei, e. g. prædii, oritur 3). Illa datur contra cohæredem: hæc contra condominum. In eo autem conveniunt, quod utraque actio mixta est, quod utraque duplex est, et uterque actoris et rei partibus fungi potest, denique quod in utraque alter ab altero petit præstationem damni, culpa saltem levi in con-

creto dati, L. 25. §. 16. ff. famil. ercisc. Rationem jam reddidimus, §. 947.

§. CMLXXXV. et CMLXXXVI.

V. Quintus quasi contractus est *hæreditatis aditio*. Quæ quomodo fiat, diximus superiore libro §. 592. Hic notandum, hæredem, qui delatam sibi hæreditatem adit, quasi contrahere cum legatariis et fideicommissariis; iisque se obligare præsumi, ad legata et fideicommissa præstanda, §. 3. *Inst. h. t.* Dicimus adeuntem se obligare legatariis et fideicommissariis: nonne etiam creditoribus? Minime. His enim obligatus est hæres ex contractu cum defuncto inito. Si ergo defunctus debuit 100. ex mutuo, adversus hæredem instituitur *condictio ex mutuo*: sin ex stipulatu debuit, agetur *condictione ex stipulatu*, non ex quasi contractu, quia hæres transit in omnia jura defuncti, L. 2. §. 2. ff. de V. S. L. 59. ff. de R. J. Quum itaque hæreditatis aditio sit quasi contractus, dispiciendum quæ inde actio nascatur. Ea adpellatur *actio personalis ex testamento*, daturque legatariis, fideicommissariis, et quibuscumque aliquid ex testamento debetur, contra hæredem qui adiit (ante aditionem enim extraneus non est hæres, sed suus tantum, et necessarius) ad legata, fideicommissa et similia testamento relicta cum fructibus et accesionibus à tempore præstanda, §. 5. *Inst. h. t.* Obiter notandum, quod quamvis alias aditio et pro hærede gestio differant, §. 592., hic tamen, et quod ad hanc actionem attinet, nihil intersit, sive quis adeundo, sive pro hærede gerendo factus hæres sit.

§. CMLXXXVII.

VI. Ultimus quasi contractus, de quo in institutionibus agitur, est *INDEBITI SOLUTIO*; de qua fusius egimus usque ad finem tituli. Quæritur enim 1.) quid sit indebiti solutio? §. 987. 2.) quando illud repeti possit? §. 988. 990. 3.) qua actione? §. 991 seqq.



1) *Indebiti solutio* est quasi contractus, quo quis ex errore facti id quod naturaliter indebitum est, solvendo alterum, qui ex ignorantia accepit, ad restitutionem obligasse censetur. Dicimus in hac definitione, esse *quasi contractum*. Sane enim, quod eleganter observat Justinianus §. 6. *Inst. h. t.*, qui indebitum ex errore solvit, non id agit, ut contrahat, sed ut distrahat negotium. Et tamen quia iniquum est, alterum cum alterius damno locupletiolem fieri velle, §. 967. 2. accipiens obligatur ad restituendum, ac si mutuam accepisset pecuniam, §. *Inst. quib. mod. re contr. obl.* Reliqua in definitione ostendunt, quando indebiti repetitioni locus sit, id quod enucleatius ostendemus in sequentibus §§.

§. CMLXXXVIII. — CMXC.

2) Si enim quærimus, quando repetitioni indebiti locus sit, requiritur a) in solvente ignorantia b); in soluto indebitum c); in accipiente itidem ignorantia.

a) In solvente requiritur ignorantia. Qui enim sciens indebitum solvit, donasse censetur, *L. 1. §. 1. ff. de condict. ind.* Ignorantia autem duplex est, *juris et facti*. Qui ex ignorantia juris solvit, nihil repetit, nisi sit minor, femina, miles, quibus jus ignorare licet, *L. 10. C. L. 9. pr. ff. de jur. et fact. ignor.* Qui vero ex ignorantia facti solvit, habet repetitionem, quia factum et prudentissimum decipere potest. E. g. hæres ignoravit legem Falcidiam, et hinc tota legata præstitit, quarta non detracta; jam quod justo plus solvit, cupit repetere, an audiendus erit? Negatur: quia in jure erravit; debuisset prudentiores consulere. Contra solvere volui Titio; quumque duo in urbe Titii essent, ei solvi, cui nihil debebam; quæritur an repetere possim? Affirmatur, *L. 65. §. ult. de condict. indeb.*, et recte: in facto enim erravi, non in jure b). Requirebatur *indebitum*. Jam indebitum aliquid dicitur dupliciter. Vel (a) quia naturaliter quidem debetur, sed non jure ci-

vili; e. g. quod nudo pacto promissum solvi naturaliter quidem debebatur, non autem civiliter. Vel ( $\beta$ ) quia civiliter debebatur, sed non naturaliter, e. g. quod ex metu promissum solvi, civiliter debetur, non tamen ex æquitate naturali. Vel ( $\gamma$ ) quia nec naturalis nec civilis adest obligatio; e. g. si solvo ex errore tanquam mutuum, cui nihil debeo. Primo casu, quod solutum est, repetere nequeo: duobus posterioribus repetitio datur. E. g. si filiusfamilias pecuniam sibi creditam reddit, quum potuisset opponere exceptionem SC. Maced., habetne repetitionem? Neg. *L. 40. ff. de cond. ind. L. 10. ff. ad SCtum. Macedon.* Debet enim naturaliter. Contra, solvit aliquis debitum paternum, quia putat hoc nomen nondum esse extinctum: postea reperit apocham: habetne repetitionem? Habet, quia nec naturaliter, nec civiliter debuit c). In accipiente itidem supponitur ignorantia. Si enim scivit sibi nihil deberi, et tamen accipit, fur est, adeoque semper habeo *conditionem furtivam* ad pecuniam illam recuperandam, *L. 18. ff. de cond. fur.* Nec tamen ideo statim adversus eum dabitur actio furti in duplum vel in quadruplum, quia hæc actio est famosa, et fama hominum non temere jactanda est.

§. CMXCI. et CMXCII.

3) Superest, ut qua actione indebitum repetatur, dispiciamus. Ea vocatur *CONDITIO INDEBITI*, et datur illi, qui naturaliter indebitum ex errore facti solvit, contra accipientem ex errore vel ignorantia, ejusve hæredem, ad id, quod solutum, cum fructibus et accessionibus restituendum. Ex qua descriptione colligimus ( $\alpha$ ), unum accipientem esse obligatum, adeoque hunc contractum esse unilateralem, et hinc stricti juris, §. 781. ( $\beta$ ) Usuras hac conditione peti non posse, quia ex contractibus stricti juris usuræ non debentur, nisi speciatim promissæ, §. 781. \* *L. 1. C. de cond. ind.* ( $\gamma$ ) Hanc conditionem confundi non debe-

re cum aliis conditionibus, nempe *causa data*, *causa non sequuta*, item *ob turpem causam*, et *sine causa*. Discrimen in eo consistit. Aut dedi ob causam *præteritam*, aut *futuram*. Si ob *præteritam*, instituo conditionem indebiti, sin ob *futuram*, tunc aut causa fuit *honestæ*, aut ex parte accipientis *turpis*. Si prius, locum habet conditio *causa data*, *causa non sequuta*; e. g. si mulier dotem dederit, et matrimonium non sit sequutum. Sin posterius, habeo conditionem *ob turpem causam*, e. g. si latroni dedi pecuniam, ne me occideret. Denique ubi alter à me aliquid possidet sine justa aliqua causa, et nulla tamen harum conditionum uti possunt, in promptu est conditio *sine causa*; e. g. si quis chirographum meum possidet, quum jam solverim. Unde hæc ultima conditio veluti reliquarum supplementum est. Sed de his conditionibus Pandect. Lib. XII. et XIII. fuse agitur.

## TIT. XXIX.

### PER QUAS PERSONAS NOBIS OBLIGATIO ADQUIRITUR.

#### §. CMXCIII. et CMXCIV.

**T**otus hic titulus fere superfluous est. Nam supra libro II. Tit. IX. habuimus rubricam, PER QUAS PERSONAS CUIQUE ADQUIRITUR. Atqui per quas personas nobis aliæ res adquiruntur, per easdem etiam adquiritur obligatio. Jam supra habuimus regulam: quicumque in potestate nostra sunt sive dominica, sive patria, ii nobis adquirunt; ergo et iidem nobis adquirunt obligationem. E. g. si filius sibi stipulatur, acquirit patri: si servus, acquirit hanc obligationem domino. Tertius au-

\*



tem extraneus mihi ullam obligationem adquirere nequit, §. 4. *Inst. de inut. stip.* Hinc si frater meus dixerit, dabisne fratri meo 100? et alter promiserit: mihi tamen nihil acquiritur. Enimvero est hic observanda regula, quam in Tit. IX. Lib. II. nondum habuimus, nempe hæc: conditio existens ad principium retrotrahitur, si per filium vel servum mihi obligatio acquiritur, *L. 11. §. 1. ff. qui pot. in pig.* Sensus est, si filius stipulatur sub conditione, et conditio illa deinde, e. g. post triennium existit, perinde est ac si eo tempore, quo stipulatus est, extitisset. E. g. filius dicit, dabisne mihi 1000., si doctor fuero? paulo post à patre emancipatur, et biennio post doctor renunciatur: quæritur, cuinam adquirantur illi 1000. floreni, filio, an patri? Resp. Patri quia conditio retrotrahitur ad initium negotii, *L. 78. ff. de V. O.* Res iterum aliter se habet in legatis, ceu in scholio, §. 963. observavi.

## TIT. XXX.

## QUIBUS MODIS TOLLITUR OBLIGATIO.

## §. CMXCV. — CMXCVII.

**E**mensi sumus campum amplissimum de contractibus. Quum vero non solum scire expediat quomodo obligationes contrahantur, sed et quomodo iterum dissolvantur: ea sola nunc doctrina restat, in ultimo hoc capite hujus libri satis prolixè explicata.

Præmittendæ autem quædam divisiones. Omnis obligatio aut *ipso jure* tollitur, aut *ope exceptionis*. *Ipsò jure* tolli dicitur obligatio, quando modus solvendi obligationem statim effectum sortitur ab eo tempore, quo adesse cœpit, quamvis pondum opposita sit exceptio.

E. g. anno 1723. Titio debere cœpi 100., anno 1724. ipse mihi debere cœpit 100., jam Titius adversus me agit ad debitum exsolvendum: dico, compensatione sublatum esse debitum. Agnoscit hoc Titius: sed tamen usuras se petere posse putat usque ad hunc annum 1727. Id nego, sed contentus esse debebit usuris unius anni quia compensatio effectum suum habuit statim ab anno 1724. quamvis nondum exceptione ista usus essem. Contra, OPE EXCEPTIONIS tollitur obligatio quando ea non perimitur prius quam ex eo momento, quo exceptione illa usus sum, *L. 27. §. 52. ff. de pact.* E. g. filiusfamilias mutuam accipit 200. florenorum anno 1723. Jam actio adversus eum instituitur: debitor opponit exceptionem SC. Macedoniani: quæritur, an jam anno 1723. ejus obligatio sublata sit, an hoc anno 1727. Resp. Ab hoc præsentem demum anno liberatur, quia obligatio non ipso jure sublata est, sed oppe exceptionis. Jam agimus de modis, quibus ipso jure tollitur obligatio, iique iterum duplices sunt, aut *communes* omnibus contractibus, aut quibusdam tantum *propriis*. Sic e. g. solutio omnibus contractibus communis est. Per eam enim et mutuam, commodatum, et pignus, et stipulatio, et reliqui omnes perimuntur. Contra, *acceptilatione* non alii contractus solvuntur quam verbales, *mutuo dissensu* non alii quam consensuales: ejusque rei fundamentum est in regula juris, nihil est tam naturale quam eodem genere quidque dissolvi, quo colligatum est, *L. 35. et L. 100. ff. de R. J.* Ergo verbales contractus verbis sollemnibus, consensuales dissensu tolluntur: non autem reales et litterales. His præmissis recensere possumus omnes modos communes et proprios. Illorum sunt sex: 1) SOLUTIO, de qua §. 998.—1002. 2) COMPENSATIO, de qua §. 1003.—1005. 3) CONFUSIO, de qua §. 1006. 4.) OBLATIO ET CONSIGNATIO, de qua 1007. seq. 5) REI INTERITUS, de quo 1009.—1010. 6) NOVATIO, de qua 1011.—1019. Horum, s. propriorum, nu-

merantur duo: 7) ACCEPTILATIO, de qua 1020.—1028.  
8) MUTUUS DISSENSUS, de quo §. 1029.—1032. Jam  
de singulis ordine agemus.

§. CMXCVIII. — MII.

I. Primus modus communis, quo omnes obligationes tolluntur, est SOLUTIO, quam definimus, quod sit vera præstatio ejus, quod in obligatione est, *L. 176. ff. de P. S. Veram præstationem requirimus, ut distinguatur à compensatione. Quamvis enim et de hac valeat regula, compensare est solvere, (abrechnen ist gut zahlen)* id tamen tantum de effectu intelligitur, qui idem est ac solutio. Proprie tamen compensatio non est solutio, quia non vere præstatur quod in obligatione est. Si quæramus 1), quinam solvere possint? Respond. omnes, qui liberam habent rerum suarum administrationem, §. *ult. Inst. quib. alien. licet.* Ex quo sequitur, ut pupillus solvere nequeat; qua de re plura disseruimus ad §. 466. Cæterum nihil interest, utrum pro me solvam, an pro alio, utrum pro volente, an pro invito, sciente an ignorante, *L. 21. L. 40. L. 53. ff. de solut.* Semper enim obligatio perimitur, quamvis qui invito solvit non habeat regresum vel actionem adversus eum pro quo solvit, nisi ante solutionem jura cessa à creditore acceperit; tum enim agit tanquam procurator s. mandatarius in rem suam, §. 958. Si secunda quæstio sit, quomodo solutio fieri debeat? respondemus (a), solvendum esse quod debetur, non aliud pro alio, nisi creditor consentiat. Hinc e. g. qui debet 100. aureos, non potest solvere in frumento, aromatibus, libris &c. nisi velit creditor. Si ergo hic vult, vocatur *in solutum datio* (b). Solvendum esse totum debitum. Nam particularem solutionem nemo cogitur recipere ob varia incommoda, et maxime quia pecuniam per particulas accepta facile dissipatur, *L. 9. C. de solut. L. 41. §. 1. ff. de usur.* Exceptio tamen est (α) si diversa sint debita. Tunc possum unum post alterum expun-



gere ( $\beta$ ). Si debitum pro parte sit liquidum, pro parte illiquidum. Tunc enim iudex liquidum statim solvere jubebit, illiquidum ad disceptationem judicialem remittet, *L. 21. ff. de rebus cred.* ( $\gamma$ ) Solvendum esse eodem tempore et loco, quo conventum. Hinc e. g. si me Amstelodami soluturum promisi, solvere non possum Lipsiæ: si solvere debeo die 1. April. non possum solvere die 1. Julii, nisi mihi creditor pussillum laxamenti concesserit, *L. 39. ff. de solut.* Qui ergo tardius, vel alio loco solvit, tenetur creditori ad id quod interest. Et ad id comparatæ sunt actiones *Tricaria*, et de eo, quod certo loco; de quibus in Pand. agitur. Tertia quæstio, quem effectum habeat solutio, facillime expeditur. Nimirum obligationem omnem ipso jure perimit: quumque cessante obligatione principali cessent etiam accessoriaræ, sequitur ut et fidejussores et pignora et hypothecæ liberentur, *L. 43. ff. de solut.*: nisi forte jure retentionis utatur creditor, et pignus retineat in securitatem alius cujusdam dati, quod nondum expunctum est; id quod omnino potest. Diximus ea de re §. 825. \*

§. MIII. — MV.

II. Alter modus communis, quo obligationes ipso jure tolluntur, est COMPENSATIO; quam definimus, quod sit *debiti et crediti mutui inter se contributio*, *L. 1. ff. de compensat.* Ejus fundamentum est regula philosophica: *Quæ per pauca fieri possunt, non debent fieri per plura.* Nam si ordine procedendum, primum ego creditori solvere deberem 100., quos debeo: deinde ille mihi solvere deberet 100., quos mihi debet. Quid vero opus est tot ambagibus, quum possimus ita rem explicare, ut ego meos, ille suos nummos retineat? Eo vero facto compensatum, s. contributum dicitur debitum mutuum. Hujus compensationis jam consideranda sunt 1) requisita, 2) effecta 1.) Requisite potissimum sunt tria a). Ut adsit utrinque debitum efficax, liqui-

dum, purum. Nam efficax cum inefficace, liquidum cum illiquido, purum cum conditionalis compensari nequit, quia adhuc incertum est an debeat, *L. 30. L. 41. ff. L. ult. §. 1. C. de comp. L. 7. L. 17. §. 1. ff. eod.* b). Ut utrumque debitum sit certæ æstimationis. Hinc e. g. genus cum genere non compensatur, quia sunt incertæ æstimationis; e. g. Titius mihi debet librum, ego ipsi equum, dico nos hæc debita compensaturos frustra c). Ut idem sit debitor et creditor. Hinc si frater meus Titio debet 100., et mihi à Titio tantumdem debetur, compensationi non est locus, quia non est idem debitor et creditor, *L. 16. pr. L. 18. §. 1. ff. de compens.* Id adeo verum est, ut si fiscus mihi et ego fisco debeam, non aliter locus sit compensationi, quam si eadem sit statio (*eine Casse*), cui debeo, et quæ mihi debet. E. g. si stationi architalassicæ (*Het Comptoir van der Admiralitaet*) debeo 1000., et statio domanialis, (*het Comptoir van de Domaynen*) mihi debet 10000., compensationi non est locus, quamvis utraque statio ad fiscum pertineat, *L. 45. §. 5. ff. de jure fisci; L. 1. C. de comp.* 2) Effectus compensationis idem est qui solutionis, de quo diximus §. 1002. Illud tamen quæritur, si debitum et creditum mutuum sit diversæ quantitatis, quid tunc juris sit? Resp. Tunc debitum majus minuitur ad summam concurrentem, *L. ult. C. de comp.* E. g. Titius mihi debet 1000., ego ipsi 600.; hic per compensationem minuitur debitum Titii ad 400. fl., quos solos mihi solvere tenetur.

#### §. MVI.

III. Sequens modus tollendi obligationem est CONFUSIO; per quam hic intelligimus eum casum, quo jus creditoris et debitoris in eandem personam coalescit, *L. 75. L. pen. ff. de solut.* Solvi tunc obligationem res ipsa docet. Quis enim sui ipsius creditor vel debitor esse potest? sed id tantum quæritur, quando id contingere possit, ut idem fiat creditor, qui erat debitor? Resp.

Casus facile concipitur in hæreditate. E. g. Titius mihi debet 2000; jam moriens me hæredem instituit; ego hæreditatem adeo: eo ipso fio creditor mei ipsius, quia tanquam hæres in omnia jura et obligationes defuncti transeo. Confusio ergo fit per aditionem, et consequenter debitum vel obligatio expirat.

§. MVII. et MVIII.

IV. Quartus modus, quo ipso jure tollitur obligatio ex omnibus contractibus, est OBLATIO et CONSIGNATIO. Ei locus est, quoties creditor in mora accipiendi est, oblatamque sibi pecuniam vel non vult, vel non potest accipere. E. g. vendidit mihi quis prædium pro 20000. fl.: ego paratam pecuniam offero, prout inter nos convenit: ille non potest accipere, quia ejus creditores arrestum obtinuerunt: tunc possum uti oblatione et consignatione. Quid ergo est oblatio et consignatio? *Est modus quo obligatio tollitur, si debitor totam summam oblatam justo loco et tempore, et à creditore non acceptatam, in judicio obsignat et deponit.* Requiritur itaque 1), ut pecuniam justo loco et tempore totam offeram creditori, isque eam non recipiat 2). Ut citetur creditor per judicium ad videndum deponi et obsignari pecuniam 3). Ut pecuniam in judicio numerem, et præsentem creditore, marsupio injectam sigillo judiciali obsignari petam 4). Ut eam ad acta in judicio relinquam. Effectus tunc est 1), ut liberer ab omni obligatione æque ac si solvissem 2); ut sistatur cursus usurarum 3); ut si pecunia in judicio pereat incendio, furto, non mihi, sed creditori pereat. Vid. L. 9. C. de solvi.

§. MIX et MX.

V. Proximus est REI INTERITUS; quo ipso etiam omnes indistincte obligationes perimuntur ipso jure, ex quocumque contractu sint. Enimvero ratione rei, quam debeo, distinctione opus est. Aut debeo *genus*, e. g. equum: aut *speciem*, e. g. hunc equum in stabulo: aut



*quantitatem*, e. g. 100. florenos. Si genus aut quantitatem debeo, rei interitus non liberat, quia genus et quantitas non pereunt. Et hinc si e. g. debeo equum, et aliquem enim, quem tradam, is autem hac nocte moritur, non liberor; genus enim debui, non præcise hunc equum, quem emeram. Nec magis liberor, si 100. florenos debui, et eos numeravi in mensa, fur autem ante traditionem eos surripuit: debui enim quantitatem, quæ nunquam perit, non istos præcise nummos, quos in mensa numeraveram. At si SPECIEM debeo, e. g. hanc domum, hunc equum in stabulo, ea pereunte et obligatio perimitur, *L. 24. L. 25. pr. ff. de V. O.*: quod enim in rerum natura non est, præstare sane nequeo. Sed cessat tamen a) si in mora fuerim b), si mala fide rem possederim vitiosam, e. g. furtivam c), si dolo meo vel culpa aliqua res perierit. Nos enim loquimur tantum de casu, si eo res periit; casum enim in contractibus non præstamus.

§. MX. — MXIX.

VI. Sextus et communium ultimus modus, quo tollitur obligatio, NOVATIO vocatur, per quam intelligimus prioris debiti in aliam obligationem transfusionem, *L. 1. pr. ff. de Novat.* E. g. antea debebam ex stipulatu; jam do chirographum, et sic debeo ex litteris. Antea debebam ex pacto nudo; jam de novo per stipulationem promitto, &c. Hæc novatio duplex est, alia *voluntaria*, quæ fit à volentibus per conventionem; e. g. inter nos convenit ut pecuniam, quam ex deposito habeo, tanquam mutuam habeam. Hic nemo nos novare coegit, adeoque hæc novatio fuit voluntaria, *L. 2. ff. eod.* Alia est *necessaria*, quæ fit etiam ab invito per litis contestationem; e. g. debui 100. ex mutuo, actio instituitur, iudex jubet me litem contestari: eo facto, (quod fortassis me invito fit) statim novatio contigit, et quum antea ex mutuo debebam, jam ex quasi contractu litis contestationis debere incipio, et hinc condemnatus non

convenior conditione certi ex mutuo, sed actione judicati, quæ ex quasi contractu est, *L. 29. ff. de novat.* Deinde novatio fit vel *sine delegatione*, quando idem manet debitor et creditor, sed tantum forma obligationis mutatur: vel *cum delegatione*, quando idem manet debitor et creditor, sed tantum forma obligationis mutatur: vel *cum delegatione*, quando persona debitoris mutatur. *Prius* fit 3. modis (1). Si species obligationis mutatur. E. g. antea debebam 100. ex stipulatu, jam eorum nomine do chirographum (2). Si priori obligationi aliquid accedit vel detrahitur. E. g. antea debebam 100. sine usuris, jam promitto hos 100. cum usuris (3). Si nihil mutatur, sed prior obligatio tantum renovatur. E. g. dederam chirographum anno 1723: jam novum do priore abolito. Hoc ultimum necessario fieri debet; alias enim utrumque valebit, et actio inde institui poterit, *L. ult. 6. de novat.* POSTERIOR novatio cum delegatione fit *per expromissionem*, si debitum alterius plane in me recipio, ita ut debitor prior omnino liberetur. Exemplum sollemne est Pauli Apostoli in *ep. ad Philem. v. 18.*, ubi iste expromittit pro Onesimo: *si quid tibi debet Onesimus, ego Paulus mea manu scribo, ego solvam.* Simulac Philemon hanc Pauli expromissionem accepit, novatio facta est cum delegatione, quia persona debitoris mutata, quum antea Onesimus deberet, et jam debitor fieret Apostolus. Effectus autem delegationis voluntariæ est, ut prior obligatio perimatur, et nova substituatur, adeo ut ad priorem non detur regressus, etiamsi e. g. expromissor non sit solvendo, *L. 26. §. 2. ff. mand.* Necessariæ effectus est, ut actio temporalis fiat perpetua, pœnalis rei persecutoria, adeoque et adversus hæredes detur, *L. 6. §. ult. ff. de re jud. L. 26. ff. de O. et A.*

Diximus omnia, quæ ad hanc materiam pertinere poterant. Unum adhuc quæri posset, quomodo differant FIDEJUSSIO et EXPROMISSIO itemque? DELEGATIO et

CESSIO? Resp. 1). Per fidejussionem nulla fit novatio: per expromissionem novatio fit 2). Fidejussoris obligatio non perimit obligationem debitoris principalis, sed ei tantum accedit in subsidium: expromissor priorem debitorem plane liberat. Ita et 3) delegatio fieri non potest, nisi consentientibus omnibus, creditore et debitore: at cessio fieri potest etiam ignorante et invito debitore meo, *L. 1. C. de novat.* 4) In delegatione mutatur persona debitoris: per cessionem persona creditoris.

§. MXX.—MXXVIII.

Hactenus de sex modis communibus; sequuntur duo proprii, nempe ACCEPTILATIO, propria stipulationi, et MUTUUS DISSENSUS, proprius contractibus consensualibus.

VII. ACCEPTILATIO dicitur à phrasi *acceptum ferre*, quod idem significat ac debitum ita remittere, ac si illud accepissemus. Apud nos quidem hæc remissio vel *nudo pacto* fit, imo *nutu et tacite*. At Romanis, postquam semel receperant principium, eodem modo quidque dissolvi debere, quo esset colligatum, absurdum videbatur, contractum per nudum pactum tolli; et hinc volebant, ut quod per stipulationem seu verba sollemnia promissum esset, aliis verbis sollemnibus remitteretur: et hanc sollemnitatem verborum vocabant *acceptilationem*. Verba illa sollemnia in sequente interrogatione et responsione congrua consistebant. Debitor interrogabat: *Quam ego tibi promissi pecuniam, habesne acceptam?* Si jam alter respondet, *Habeo acceptam*: ipso jure sublata videbatur obligatio, §. 2. *Inst. h. t.* Illud modo addendum: 1) Acceptilationem esse actum legitimum, *L. 77. ff. de R. J.* et hinc nec per procuratorem, nec sub conditione, nec in diem fieri posse, §. 70. 2) Acceptilationem fieri tantum posse ab eo, qui liberam habet res suas administrandi et alienandi potestatem, adeoque non à pupillo. Hic quidem acceptum



rogare potest, sed non acceptum ferre, sine tutoris auctoritate, *L. 2. ff. L. 1. C. de acceptil.* Fundamentum habes in §. 251. 3) Acceptilationem ad solas stipulationes verborumque obligationes pertinere, non ad contractus reales, litterales, consensuales, §. 1. *Inst. h. t.* Sed quum hoc molestum esset, Cajus Aquillius Gallus Jctus. celeberrimus, Ciceroni æqualis, invenit acceptilationem, quæ ab ipso *Aquilliana* vocatur, qua omnes obligationes, etiam ex aliis contractibus natæ, tollerentur. Ejus formulam anxiam et intricatissimam servavit Justinianus in §. 2. *Inst. h. t.* Sed res ita quam facillime describi potest. In vulgari acceptilatione unam tantum factam esse diximus interrogationem; in Aquilliana duæ fiebant. Priore fiebat novatio. E. g. creditor dicebat: *Quod mihi ex mutuo debebas: an tu mihi de novo promittis?* Respondebat debitor: *Promitto;* quo facto statim novatio facta fuerat, et tunc debebatur non amplius ex mutuo, sed ex stipulatu. Deinde posteriore interrogatione hæc nova obligatio iterum tollebatur; dum debitor interrogabat: *Quæ tibi jam promissi, habesne accepta?* Ubi respondebatur: *Habeo accepta:* omnis prior obligatio ex mutuo per acceptilationem Aquillianam sublata intelligebatur, quum tamen alias acceptilatio ad mutuum non pertineat. Unusquisque facile fortasse intelliget, has ambages hodie nullius usus esse. Nobis enim pacta omnia ejusdem sunt effectus, ac stipulationes. Ergo si per pactum nudum alicui debitum condonamus, non minor est hujus condonationis effectus, quam acceptilationis. Scire tamen hæc oportet studiosum juris, quia alias analogiam juris non haberet, et multa in jure nostro civili non intelligeret. Romani his formulis carere non poterant ob rationes, quas in Orat. nostra inaugurali *de vetere Jurisprudentia formularia* descripsimus. Nobis hæc merito pro tricis sunt, qua differentiam inter pacta et contractus nunquam recepimus.

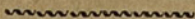
VIII. Superest alter modus tollendi obligationem, isque contractibus consensualibus proprius, MUTUUS DISSENSUS: qui nihil aliud est, quam contraria priori conventioni consensuali nondum adimpletæ conventio, §. *ult. Inst. h. t.* E. g. antea consenseramus in domum hanc pro 1000. flor. emendam vendendam. Jam convenimus, domum non emptum venditum iri. Habemus mutuum dissensum. Hic nihil est obscurum, nec animadversione dignum, præter id unum, quod ita obligationes tantum solvantur re adhuc integra, i. e. contractu nondum adimpleto. Hinc si jam adimpletus est, possunt quidem mutare voluntatem, sed tunc non tamen solvitur prior contractus, quam novus inicitur. E. g. si domus mihi jam tradita, et ego jam solvi pretium, et nihilominus à contractu discedimus, et ego recepta pecunia domum reddo; nova hæc erit emptio venditio, et hinc etiam magistratui duplices solvendæ erunt gabellæ; quum si mutuo dissensu, re adhuc integra, discedamus, plane nullæ debeantur.



# LIBER QUARTUS.

## TIT. I.

### DE OBLIGATIONIBUS, QUÆ EX DELICTO NASCUNTUR.



#### §. MXXXII.—MXXXVIII.

Versamur adhuc in *jure ad rem*, quod omne ex obligatione nasci diximus. Obligatio nascebatur vel immediate ex æquitate et lege, vel mediate ex facto. Factum obligatorium erat vel *licitum*, vel *illicitum*. Licitum dicebatur *conventio*; unde hactenus de contractibus actum. Illicitum vocabatur *delictum* vel *maleficium*; quam doctrinam Justinianus quinque prioribus libri hujus titulis explicat. Quamvis ergo hic in Institutionibus nostris nigrum non respondeat rubro; siquidem rubrica promittit tractationem *de obligatione ex delicto*, in toto autem titulo tantum de una delictorum specie, nempe de furto, agitur: nos tamen hunc defectum supplementimus, et antequam ad doctrinam de furto perveniamus, paucis dispiciamus, 1) quid sit delictum? §. 1033. 2) quotuplex illud sit? §. 1034.—1036. 3) quales inde actiones nascantur? §. 1037. seqq.



I. DELICTUM est factum illicitum sponte admissum quo quis et ad restitutionem, si fieri possit, et ad pœnam obligatur. Nihil in hac definitione frustra positum. Vocatur delictum factum. Nam cogitationis pœnam nemo patitur, L. 18. ff. de pœn. Vocatur factum illicitum. Quamdiu enim nulla adest lex prohibitiva, neque naturalis, neque civilis, tamdiu non delinquitur. E. g. si venatio nondum prohibita, neque delinquit qui feram capit. Simulac vero summus imperans hoc fieri prohibet, is qui contra hanc legem venatur, delinquit. Ad dimus in definitione, *sponte admissum*. Quod enim coacti et inviti agimus, id nobis imputari nequit. Et hinc non delinquit qui, ab alio præcipitatus ex alto, prætereuntem vulnerat. Denique subjicitur, *quo quis et ad restitutionem, si &c.* Obligationis hujus fundamentum egregie explicat Grotius de J. B. et P. L. II, c. 17. §. 22. Quicumque delinquit, et damnum alteri dat, et contra leges peccat. Qui damnum dat, tenetur ad restitutionem; qui contra leges agit, ad pœnam. Ex omni ergo delicto et restitutio damni peti potest, et pœna. Sed nec id sine ratione scripsimus, et *ad restitutionem damni, SI FIERI POSSIT, et ad pœnam &c.* Aliquando enim nec factum infectum fieri, nec damnum æstimare potest. E. g. si homo occisus, is nec ad vitam revocari, nec vita ejus certo pretio æstimari potest, adeoque his casibus restitutio cessat, et pœna sufficit.

II. Definitionem delicti sequuntur *divisiones*, quarum plures sunt. Nam 1) delictum est vel *verum*, vel *quasi delictum*. Illud ex dolo, hoc ex culpa committitur. E. g. si judex sciens dolo malo iniquam sententiam fert, vere delinquit: sin ex imprudentia, quasi delinquit. Objicitur damnum injuria datum, quod verum vocatur delictum, et tamen æque ex culpa ac dolo malo committitur. Sed respondetur, tunc à potiore fit denominatio, quamvis re ipsa actio ex L. Aquillia pro diverso respectu modo ex vero, modo ex quasi delicto

derivari possit. Observavit hoc D. Thomasius in *Schol. et Nov. Addit ad b. Huberi Prælect. Inst. L. IV. Tit. III. §. 3.* Deinde verum delictum est vel *publicum* vel *privatum*. Illud dicitur, quod lædit securitatem reipublicæ, et hinc etiam publica animadversione coercetur. E. g. crimen læsæ majestatis, homicidii. Hoc contra, est quod lædit patrimonium privatum, s. meum et tuum, et hinc etiam privatam habet persecutionem. De illis hic non agitur, sed titulo ultimo. Horum autem Romanis sunt quatuor: furtum, rapina, damnum injuria datum, et injuria; de quibus totidem titulos habebimus. Denique *publicum* est vel *ordinarium*, quod et κατ' ἐξοχὴν publicum vocatur, vel *extraordinarium*. Illud est, de quo exstat lex singularis, qua etiam certa et ordinaria pœna definitur. Tales sunt Leges Juliæ majestatis, de adulteriis, de vi publica et privata, repetundarum, de ambitu; Leges Corneliæ de sicariis et veneficiis, necnon de falsis; Lex Pompeja de parricidiis; Lex Fabia de plagariis. Omnia ergo hæc sunt delicta publica ordinaria, quæ et *crimina* vocantur. Hæc contra, s. extraordinaria, sunt de quibus nullæ quidem leges singulares exstant, quum tamen omnino animadversionem extra ordinem mereantur. Sic e. g. nulla exstabat lex publicorum judiciorum de iis, qui aggeres Nili ruperant; et tamen, quia facinus hoc pessimi exempli erat, qui id fecerat extra ordinem vivicomburio plectebatur. Erat ergo crimen extraordinarium.

III. Effectus delictorum est, ut duplices inde nascantur actiones. Quia enim delinquens et ad restitutionem et ad pœnam tenetur, §. 1032.; actiones, quibus damnum nobis resarciri petimus, dicuntur *rei persecutoriæ*: quibus pœnam exigimus, *pœnales*. E. g. *condictione furtiva* nihil peto præter restitutionem rei furtò ablatae, ejusve æstimationem; est ergo rei persecutoria. At *actione furti* peto duplum vel quadruplum, et id meram pœnam continet; adeoque hæc actio est pœ-

nalis. Inter hæc actionum genera plures sunt differentia. Nam 1) rei persecutoria adversus hæredes, saltem in quantum ad ipsos pervenit, *L. un C. ex del. def. her. quemad. conv.* pœnales adversus hæredes non competunt, nisi lis cum defuncto sit contestata, §. 1019. 2). Rei persecutoria non infamant: pœnales infamia notant 3). Rei persecutoriis plures delinquentes tenentur in solidum, sed uno solvente reliqui liberantur: pœnalibus complices ita in solidum tenentur, ut uno solvente reliqui non liberentur. Ex quo jam patet, actiones pœnales et rei persecutorias se mutuo non tolerare, adeoque simul institui posse, *L. 34. §. 2. ff. de O. et A.* Rationem habes supra §. 1033. Unum addo, non ex omnibus delictis nasci actiones rei persecutorias et pœnales, in plerisque enim actio una eademque et rem et pœnam persequitur.

§. MXXXIX. — MXLVI.

His præmissis ad primum delictum privatum, FURTUM, progredimur acturi 1) de ejus natura, §. 1039. — 1046. 2) de variis ejus speciebus, §. 1047. — 1060. 3.) de actionibus ex hoc delicto oriundis, §. 1061. — 1066. 4.) de hodierna praxi et animadversione in fures, §. 1067. — 1070.

I. Furti Naturam discimus ex definitione antiquissima, quæ in §. 1. *Inst h. t.* occurrit. Furtum est contractatio fraudulosa, lucri faciendi causa, vel ipsius rei, vel etiam usus ejus possessionisve, quod lege naturali prohibitum est admittere. Eandem definitionem habemus in *L. 1. §. 3. ff. de furt.* Dicimus 1) furtum esse *contractationem*. Cur non *ablationem* potius? Resp. Non solum qui abstulit, fur est, sed et qui auferendi animo contractavit, quamvis nondum abstulerit. E. g. si furem domi in ipso actu furandi deprehendo, quamvis nondum abstulerit res, furti tamen manifesti reus erit. Ex eo vero statim colligimus a), qui ædes ingressus adhuc nihil contractavit, non esse proprie furem,



sed *contrectarium*, qui extra ordinem punitur, L. 7. ff. de extr. crim. b). Solam cogitationem furem non facere, nisi accesserit factum contrectationis, L. 1. §. 1. de furt. L. 18. ff. de pæn. c). In tantum locum esse actioni furti, in quantum facta sit contrectatio, L. 21. pr. ff. de furt. Quam thesin opponimus veteribus quibusdam JCtis. qui Stoico principio decepti, quod omnia delicta sint paria, absurde existimabant eum, qui granum ex acervo frumenti abstulerit, totum acervum abstulisse. Quam sententiam salse ridet Horat. Serm. L. 7. Sat. III. v. 115. seq. Dicimus 2) furtum esse contrectationem *fraudulosam*: non solum, quod dolus ad omne delictum requiritur, §. 1034., sed et ut à rapina discernatur, quæ non est ablatio fraudulosa sed violenta. Ex eo vero colligimus d), furtum non cadere in furiosos, dementes, infantes, infantie proximos, §. 18. Inst. h. t. quia doli capaces non sunt a). Cedere tamen illud in pubertati proximos, in quibus sæpe malitia ætatem supplet, L. 23. ff. de furt. f). Necesitatem extremam à furto excusare. Ita Grotius, Pufendorffius, aliique J. N. doctores. Sed Valer. Alberti in comp. jur. nat. orthodoxie confirmato id negat, quia necessitas non excusat à peccato, et si eligendum sit malum minus, ubi alterum morale, alterum physicum est, semper physicum pro minore habendum sit. Hinc fame potius moriendum putat, quam frustulum panis invito domino surripiendum. Rigida sane philosophia, cujus non scio an specimen daturus fuisset laudatus Dn. Alberti, si in tanta rerum necessitate se vidisset constitutum. Sed mera hæc est principii petitio. Negat necessitatem à peccato excusare; putat, malum morale non esse malo physico postponendum, sed de eo quæritur, an sit peccatum? an sit malum morale? Deest sane dolus. Miser homo non habet animum improbum lucrum faciendi, sed vitam servandi. Et recte ostendit Grotius in casu necessitatis ex-

\*

trēmæ reviviscere communionem rerum primævam. Dicimus 3) furtum esse contrectationem REI ALIENÆ. Nam si dominia rerum non fuissent introducta, nec furtum concipi posset. Ex eo vero patet g), neminem posse furtum rei proprie committere. Objici posset, furem tamen esse debitorem, qui creditori suo pignus surripuit, quum tamen pignoris sit dominus. Sed resp. fur est debitor hujusmodi, non rei tamen, sed possessionis. At nos hic de furto rei loquimur. Multo minus h) furtum committitur rei nullius. Res enim nullius cedunt occupanti, §. 343. 1. Ex quo patet, cur hæreditatis jacentis furtum non fiat; quia, quamdiu nondum adita est, nullius est, L. 68. ff. de furt. At quia tamen res pessimi exempli est, novum et extraordinarium crimen inde natum EXPILATÆ HÆREDITATIS. Ex eodem colligimus i), inter conjuges, constante matrimonio, non fieri furtum. Res enim conjugis ratione conjugii non habentur alienæ, propter communionem usus rerum, in qua vivunt. At tamen si conjux imminente divortio aliquid subtraxit conjugi, loco actioni furti datur *actio rerum amotarum*, quæ rei tantum persecutoria, nec famosa est. Denique k) inde patet, furtum inter se non facere patrem et filium, s. quoad effectum civilem (nam moraliter filius patri aliquid subtrahens omnino fur est), ut pœna furti et actio eo nomine nascatur, §. 12. Inst. h. t. Filius enim quodammodo vivo patre rerum paternarum dominus habetur, §. 587. Ergo si quid subtrahit, non est illa contrectatio rei alienæ. Denique 4) addimus, *lucris faciendi gratia*. Nam si quis libidinis causa rapuit ancillam, si damni inferendi causa contrectavit rem meam, si contumeliæ causa aliquid abstulit, vel ex L. Aquillia vel actione injuriarum convenitur, non actione furti, L. 39. pr. ff. de furt. L. 53. ff. eod. L. 5. §. ult. ff. ad L. Aquill.

§. MXLVII. — MLX.

II. Hæc de natura furti. Sequuntur variæ Divisio-

RES, quamvis hodie non omnes receptæ 1). Furtum est REI vel USUS, vel POSSESSIONIS. *Furtum rei* committit qui rem surripit, quidem et mobilem (nam immobilis si extorta, ista quidem vis est, non furtum) pro qua et liberi et servi, quippe res, non personæ §. 77. 85. \* habentur. Si quis tamen liberum hominem surripit, is PLAGIUM commississe dicitur: de quo infra suo loco, §. 1368. FURTUM USUS est, quando quis non quidem rem alienam surripit, sed ea tamen invito domino aliter utitur, ac debeat. E. g. aliquis re deposita apud se utitur, quam custodire debebat, vel commutato sibi equo Groningam usque utitur, qui ipse Leonardiam fuerat concessus, L. 40. pr. ff. de furt. L. 54. L. 76. ff. eod. Referunt Valer. Maxim. L. VIII. c. 2. et Gellius L. VII. c. 15. Romæ furti damnatum esse, qui equo ab amico sibi Ariciam usque commutato, in proximum montem extra urbem vectus sit: tam rigida erat veterum Romanorum disciplina. Furtum denique possessionis est quando quis rem propriam ab altero iuste possessam surripit; e. g. si creditori debitor subtrahit pignus, §. 10. Inst. h. t. Sed quia hodie furtum est crimen capitale, furtum usus et possessionis pro vero furto non habetur, seu eo nomine agitur ad id, quod interest 2). Deinde furtum ex Lege XII. Tabb. dividitur in *manifestum*, *non manifestum*, *conceptum*, *ablatum*, *prohibitum non exhibitum*. MANIFESTUM erat, ubi fur vel in ipso furandi actu, vel antequam res in locum, quo tendebat, pertulisset, deprehenditur. Quale furtum describit *Virgilius Egl. III. v. 135.*

*Non ego te vidi Damonis, pessime, caprum  
Excipere insidiis, multum l. trante Lycisca?  
Et quum clamarem: quo nunc se proripit ille?*

Hoc furtum, ob periculum domino imminens, gravius, nempe quadruplo, puniebatur. Solent enim fures deprehensi et ad desperationem acti facile telò se defen-



dere. NEC MANIFESTUM est, ubi fur in furando vel via deprehensus non est. Et is duplo puniebatur, ex ipsa Lege XII. Tabb. §. 3. *Inst. h. t.* CONCEPTUM erat furtum per lancem et licium quæsitum et inventum, §. 4. *Inst. h. t.* Ritum ipsa vetustate obscurum descripsimus in *Antiq. Rom. h. t.* §. 13. seq. Nimirum qui furtivam rem quæsitum ibant, nudi incedebant, ne quid forte calumniæ causa in domum inferrent. Ut tamen pudori consulerent, lumbos velabant fascia, quæ vocabatur *licium*. Oculis vero et faciei obvertebant lancem perforatam, i. e. larvam. Hoc modo incedentes admittendi erant ab omnibus, aperienda ipsis erant omnia claustra et cistæ omnes. Jam si rem furtivam, quam quærebant, invenerant, inquilinus ædium reus erat furti concepti, et hinc ex L. XII. Tabb. tripli, postea dupli tenebatur, *Gell. Noct. Att. L. XI. c. 18.* Sed hic furta concipiendi modus parum decorus jam pridem, libera adhuc republica, obsoleverat; tantum abest, ut hodie receptus sit. Itaque hodie si requisitione rei furtivæ in ædibus suspectis opus est, ea non privata auctoritate fit, sed jussu magistratus per adparitores. Furtum OBLATUM est, quando fur rem furtivam alii dat, vel in alterius fundum projicit, ut potius apud hunc, quam apud se, concipiatur, §. 4. *Inst. h. t.* Id si factum erat, is qui obtulerat, in triplum tenebatur, quod meram pœnam continebat. *Gell. ibid.* et *Paul. Rec. Sent. II. 31.* Furtum PROHIBITUM est quando quis furtivam rem quærere volentes non admittit, et quærere prohibet. Is quanta pœna fuerit coercitus, non satis constat; probabile tamen est, eam dupli fuisse. Furtum denique NON EXHIBITUM, quando quis negat rem furtivam apud se esse, nec eam exhibet, quum tamen postea deprehendatur, §. 4. *Inst. h. t.* Hujus pœnam dupli fuisse, luculenter §. 1058. \* probavimus ex egregio loco *Plauti Pœn. Act. III. Sc. I. v. 54. seq.*, in quo dici non potest quam sudarint critici. Enimvero has

quoque furti species omnes jam pridem ab usu recessisse, ipse fatetur Justinianus §. 4. *Inst. h. t.* Et hodie his omnibus casibus magistratus, pro modo delicti et diversitate circumstantiarum, pœnam extraordinariam decernere solent 3). Denique furtum est vel Diurnum, vel Nocturnum. Illud fit interdium: hoc noctu. Et fures hujusmodi nocturni Dormitatores vocabantur, quia interdium dormire, noctu furari solebant. Nocturnum furtum id habet singulare, quod furem ejusmodi occidere licet, modo occidens quiritatus sit, i. e. clamarit, et convocarit vicinos; quod olim fiebat formula: *Quirites, vestram fidem*; vel *Porro, Quirites*, unde etiam vocabulum *quiritari* ortum. Ita sanxerant XII. Tabb. ita leges nostræ, L. 54. §. 2. ff. de furt. L. 9. ff. ad L. Corn. de sicar., ita lex Solonis Atheniensium; ita ipsum jus divinum *Exod. 22. 3.*, ut mirari hic liceat insignem legislatorum omnium concentum. Quid vero de fure diurno? An et illum domi deprehensum licebit occidere? Minime. Facilius enim interdium convocantur homines opem laturo, quam noctu. Una est exceptio si hujusmodi fur cum telo se defendat. Tunc enim quælibet est. honesta ratio expediendi salutem, d. LI.

### §. MLXI. — MLXV.

III. Sequuntur persequutiones, quas adversus fures indulget jus nostrum. Secundum illud agere possumus vel CIVILITER, vel CRIMINALITER. Si prius, petimus pœnam pecuniariam nobis solvendam; sin posterius, postulamus ut criminaliter in eum animadvertatur, e. g. fustigatione, amputatione manus, &c. Porro CIVILITER agimus vel actione *rei persequutoria* ad damnum nobis resarciendum, vel *pœnali*, ad pœnam pecuniariam vel mulctam accipiendam. REI PERSEQUUTORIA ex hoc delicto actio est CONDICTIO FURTIVA, quæ habet aliquid singulare. Nam aliam jus nostrum tenet regulam, NEMO REM SUAM CONDICIT, i. e. actione per-

sonali petit, sed VINDICAT, i. e. actione reali persequitur, §. 14. *Inst. h. t.* Sed hoc casu aliquid contra regulam admissum odio furum, ut eo pluribus actionibus tenerentur. Et hinc rem furtivam à fure vindicare possum, vel *condictione furtiva petere*: vindicare à quocumque possessore, condicere à fure ejusve hæredibus. Quare datur conditio furtiva domino, non alii (quo ipso ab actione furti differt) contra furem ejusve hæredes, ad rem furtivam ejusve æstimationem restituendam. Et hæc actio non infamat, quia rei persecutoria est, *L. 36. ff. de O. et A. Pœnalis actio vocatur Actio Furti*, quæ à superiore multis modis differt 1). Illa dabatur domino tantum, hæc etiam ei cujus interest. *E. g.* si mihi liber commodato datus et ab aliquo furto ablati est: ego habeo actionem furti, quia mea interest; nam culpam præstare debeo domino, §. 11. *Inst. h. t. 2*). Illa competit etiam adversus hæredes, quia rem persequimur: hæc adversus hæredes non datur, §. 1038. 2. 3). Illa datur in simplum, s. ad rem restituendam: hæc ad pœnam dupli vel quadrupli, prout furum vel nec manifestum, vel manifestum est 4). Illa non infamat: hæc famosa est. Quæ differentie probe observandæ, simulque notandum est, unam ex his actionibus alteram non tollere. Nam si pœnam consecutus sum, adhuc habeo condictionem ad rem furtivam recuperandam; et si rem recepi, adhuc agere possum ad pœnam. Contra, conditio furtiva et rei vindicatio, itemque actio furti et persecutio criminalis cumulari nequeunt, quia ad idem tendunt. Ita civiliter agebatur. Criminaliter extra ordinem agebant ad multam fisco solvendam, fustigationem, amputationem manus, vel aliam pœnam corporis afflictivam, *L. 6. ff. ad Leg. Jul. pecul.* Sed Justinianus vetuit corpus furum mutilari, vel eos capitis damnari, voluitque, ut in exilium ejiciantur. Egregia severitas! Quid vero gratius furibus exsilio? Omnia sua secum portant, et non



minus in exilio furari possunt, quam domi. Ergo pœna hæc non magis mordebit fures, quam cancrum horribile supplicium, quo eum, nescio quæ gens, affectisse dicitur, ut sc. in aquis suffocaretur.

§. MLXVI.—MLXX.

IV. Superest, ut hodiernam praxim consideremus, à Romana sane diversissimam. Hodie nimirum raro admodum in foro audiuntur condictio furtiva et actio furti. Fures plerumque sunt pauperes, adeoque parum lucri ex actionibus istis adfulget. Germanicæ itaque originis gentes semper furtum pro delicto publico habuerunt, quippe quod æque securitatem publicam turbat, ac cædes, adulterium, aliaque hujus generis, §. 1030. \* Pœna ergo furti ordinaria est *mors*, et quidem ut fures in patibulo laqueo suffocentur. Antiquam satis esse hæc pœnam, quam apud Germanos, Belgas, Francos, Anglos, Danos, Suecos, imo et apud Hispanos et Italos reperimus, vel ex 2. feud. 27. §. ult. discimus, ubi jam sæc. XII. hujus supplicii fit mentio, quod deinde et *Constitutio Carolina* retinuit, Art. 162. Quandoquidem tamen hoc supplicium satis atrox est, non promiscue illud infligitur furibus: sed criminalistæ triplicem observant distinctionem. Aut enim furtum est Simplex, quod sine effractione et violentia commissum: aut Qualificatum, quod ascensu per scalas et effractione, vel ab armatis admissum; et hoc qualificatum semper mereri dicunt suspendium, non autem simplex. Hoc ergo simplex denuo dividunt in Magnum et Parvum. Magnum est, quando fur lucratus est 5. aureos Hungaricos, vel 25. Carolinos; parvum, quando minus accepit. Prius denuo suspendio indistincte punitur; unde proemia juris, *mit 5. Ducaten ist. der Etranb bazahlt, quinque aureis laqueus redimitur*. Posterius non semper laqueo expiatur. Ergo parvum tertio distinguunt in *primum, secundum, tertium*. Primum iterumque admissum extra ordinem punitur relegatio-

ne, fustigatione, condemnatione ad ergastulum, vel operas publicas. Tertium vero suspendium meretur, modo omnium furtorum aggregatum conficiat 5. aureos. Ita in hoc crimine proceditur. Sed multæ tamen sunt causæ mitigantes. In primis 1) si fur alienam custodiam non invasit; et inde est, quod mitius puniuntur fures domestici, ii qui res inventas celant, qui piscati sunt in alienis rivis; vel in alienis silvis venati 2). Si fur omnia restituit; quamvis ea de re non sit eadem omnium doctorum sententia. Mitior sane est hæc sententia; et in criminalibus, dum de hominis vita et sanguine quæritur, semper Jctum. decet procliviorum esse in partem mitiorem. Quæstio superest an, fure laqueo soffocato, hæredes ejus conveniri possint ad rem furtivam restituendam? Et id in theoria dubio caret: pœnam enim non tollere rei persecutionem, supra monuimus §. 1033. Sed in praxi multa hic observantur iniqua. Alibi magistratus sibi res furtivas vindicat, ob sumptus in executionem factos. Alibi putant furem satis caro pretio redemisse res furtivas, adeoque merito actionem rei persecutoriam cessare. Sed sunt hæc, ut dixi, iniqua, quæ nec leges, nec recta ratio adprobant, si vel centum annorum praxi confirmentur.

## T I T. II.

## DE VI BONORUM RAPTORUM.

## §. MLXXI.—MLXXV.

**H**actenus de primo delicto privato; nempe de furto. Sequitur alterum RAPINA, s. uti prætor in edicto vocat, *vis bonorum raptorum*. De quo expendendum erit 1), in quo ejus natura consistat, §. 1071 - 1075. 2) quæ pœna raptoribus imminet, ex jure Ro-

mano 1076. - 1078; qualis sit praxis hodierna, §. 1079.

I. Natura hujus delicti ex definitione patet. RAPINA est *violenta rei mobilis alienæ ablatio, lucri faciendi causa, dolo malo facta*. Dicimus 1) rapinam esse *ablationem violentam*. Nam a) in eo à furto differt, quod est contrectatio fraudulosa, cum rapina sit violenta b). Ita etiam à *concussione* discernitur. Si enim aliquis alterum vi et minis cogit ut det, concussionis reus est: sin ipse eripit, raptor habetur. Dicimus 2) esse rapinam *ablationem rei mobilis*; quo ipso cum furto convenit. Inde vero inferimus b) non esse rapinæ reum, qui alterum de possessione rei immobilis dejecit: sed illum *de vi publica* vel *privata*, vel interdicto *unde vi* esse conveniendum, L. 2. §. 1. ff. h. t. Addimus 3) rei *mobilis alienæ*, quod denuo rapina cum furto commune habet. Sed quæritur, an si quis rem propriam alteri vi extorqueat, is quoque rapinæ censi debeat? Resp. negando, quia definitio rapinæ huic casui non quadrat, L. 2. §. 18. ff. vi bon. rapt. Nec tamen ideo impune id fert qui sibi ipsi manu jus dixit, nec iudicis expectavit auxilium. Nam notabiles sunt binæ leges, L. exstat. 13. ff. quod met. caus., et L. si quis in tantam 7. C. unde vi, quibus cavetur, ut si quis rem suam alteri vi extorqueat, dominium istius rei amittat. Imo si rem alienam pro sua vi extorserit, non solum illam restituere, sed præterea ejus æstimationem præstare teneatur. Cæterum inter L. exstat, et L. si quis in tantam, id interest discriminis, quod illa de re mobili, hæc de immobili agat. Denique 4) subjungimus rapinam fieri *dolo malo et lucri faciendi causa*. Cessante ergo dolo, veluti si furiosus quid rapuit, vel ebrius, cessat pœna ordinaria. Quod autem ad lucrum attinet, hic non quæritur quantum lucri fecerit raptor, sed an rapuerit lucri causa. Et hinc prostant exempla, quod qui in via publica feminae aliquot florenos extorserat, (plures enim non



repererat) capitis fuerit damnatus. Vid. L. 2. §. 18. ff. h. t.

§. MLXXVI.—MLXXVIII.

II. Jam ergo de pœna juris Romani videbimus. Romani adversus raptores procedebant vel *civiliter*, vel extra ordinem *criminaliter* ad pœnam capitis vel corporis afflictivam. Civiliter acturi duas habebant actiones, vel *furti manifesti*, vel *vi bonorum raptorum*. Non enim dubitandum videbatur Justiniano, furti actionem et hoc casu concedendam esse, quia raptor et ipse esset fur improbus *pr. Inst. h. t.* Si quis *furti agit manifesti*, consequitur quadruplum ejus, quod raptum est. Sin *VI BONORUM RAPTORUM* actionem instituit, itidem consequitur quadruplum, d. *pr. Inst. h. t.* Ergo quæritur, quæ inter has actiones differentia sit? et cur Leges duas actiones concedant, quarum neutra altera est pinguior? Sed omnino magna differentia est, et actio furti manifesti altera *vi bonorum raptorum* multo est pinguior. Nam 1) actio furti manifesti est mere pœnalis; quadruplum istud solam pœnam continet, et eam consequutus deinde adhuc conditione furtiva rem raptam, vel ejus æstimationem petere possum: actio autem *vi bonorum raptorum* non est mere pœnalis, sed pœna est tripli; quod ultra est, rei æstimationem continet, adeoque ultra hoc quadruplum rem raptam repetere nequeo 2). Actio furti manifesti est perpetua, et quandocumque instituatur, datur in quadruplum: actio contra *vi bonorum raptorum*, quia prætoriam est, intra annum tantum datur in quadruplum, eo exacto in simplum tantum. Ita civiliter agebatur adversus raptorem. *CRIMINALI SEVERITATE* persequerantur *grassatores*, et *latrones*. Et *grassatores* quidem sunt, qui vias publicas insident, et homines viatoresque spoliant, nec occidunt tamen; *latrones* contra, qui et occidunt et rapiunt, adeoque cruenta spolia detrahunt. Illi æque ac hi capitis damnabantur,

et latrones insuper furcæ figebantur, L. 28. §. 10. 15.  
ff. de pœnis.

## §. MLXXIX.

III. Sed hic quoque hodierna praxis criminalis diversa est. *Raptores* enim omnes capite plectuntur: *grassatores* decollati rotæ imponuntur: *latrones* vivi crurifragio plectuntur, et cadavera eorum in rota publico spectaculo exponuntur. Aliquando, si frequentius id scelus repetierunt latrones, vel insigni truculentia in miseros homines sævierunt: supplicium exasperatur, ut vel vivi equis trahantur ad locum supplicii, vel forcipe candenteprehendantur. Ita se habet *Constit. Crim. Art. 126.* — 130. Sed leges provinciarum aliarum variæ admodum sunt, quas in tanta brevitate recensere ab instituto foret alienum.

## TIT. III.

## DE LEGE AQUILLIA.

## §. MLXXX.—MLXXXIV.

**T**ertium delictum privatum, de quo lata est lex Aquillia, est *DAMNUM INJURIA DATUM*: quo intelligitur omnis patrimonii diminutio nullo jure illata ab homine libero. Hujus delicti occasione videbimus 1) naturam damni injuria dati, §. 1080. — 1084. 2) capita L. Aquillæ, et actiones inde natas, §. 1085. — 1091. 3) attributa harum actionum, §. 1082. — 1094. 4) Usam hodiernum, §. 1095.

I. Naturam damni injuria dati non rectius intelligemus, quam si explicemus definitionem. Dicimus in ea, *damnum hoc esse quamlibet patrimonii deminutionem*. Ex quo patet *damnum inestimabile* proprie et directe hac lege non vindicari. Nam e. g. si liber ho-

mo occisus vel vulneratus sit, cessat omnino actio ex L. Aquillia, et priore casu criminaliter proceditur ex L. Cornelia de sicariis; posteriore tamen casu actio ex L. Aquillia utilis competit, de qua infra §. 1092. Dicimus deinde *nullo jure*, vel quod perinde est *injuria illata*. Injuria enim hic vocatur quidquid non jure fit. Ex eo variæ fluunt conclusiones 1). Perinde esse sive dolo malo, sive culpa lata, levi, levissima, damnum datum sit §. 3. *Inst. h. t.* Quamvis enim alioquin ad naturam delicti pertineat, in dolo malo perpetretur, §. 1034; id tamen singulare est L. Aquillia, quod et culpam omnem quantumvis levissimam vindicet. Unde et supra eod. §. observavimus, proprie damnum injuria datum et verum et quasi delictum esse, at accenseri tamen veris, quia à potiore fit denominatio. Et hinc mira exempla occurrunt in jure nostro, e. g. L. 11. ff. ad L. Aquil. refertur, tonsorem in via publica totondisse servum, quumque eodem loco pueri pila luderent, pilam evibratam involasse in manum tonsoris eo ipso momento, quo novacula sub gula erat, eoque factum esse, ut servo gula præcideretur. Levis sane admodum culpa erat tonsoris, et tamen quod totonderat eo loco, ubi pila colludere solebant pueri, tenebatur. Posset quis existimare non esse probabile, tonsores Romæ in via publica artem fecisse. Sed dubium eximit epigramma *Martialis Lib. VII. ep. 60.* ex quo patet, Domitianum demum hunc morem sustulisse. Verba ita se habent:

*Nulla catenatis pilla est præcincta lagænis,*

*Nec prætor medio cogitur ire luto.*

*Stringitur in densa nec cæca novacula turba,*

*Occupat aut totus nigra popina vias.*

*Tonsor, caupo, coquus, lanus sua limina servant,*

*Nunc Roma est, nuper magna taberna fuit.*

Imo et infirmitatem imputat L. Aquillia. Hinc si



quis e. g. locaverit operas aurigando, et tam infirmus sit, ut ferocientes equos frenis continere nequeat, et hi servum obriverint, aliudve damnum dederint: id imputatur aurigæ, cujus culpa in eo consistit, quod infirmitatis suæ sibi conscius affectavit, quod supra vires esset. Add. §. 4. *seq. Inst. h. t.* Qualiscumque ergo culpa concurrat, locum habet actio ex L. Aquillia. Sufficit enim, damnum nullo jure datum esse (2). Inde inferimus eum, qui suo jure utitur, nemini facere injuriam. Sic enim damnum non fit injuria. Hinc e. g. si in fundo meo fodiam puteum, eoque contingat, ut venæ putei vicini incidantur: non locus est actioni ex L. Aquillia, quia jure meo usus sum. Imprimis vero huc pertinet *moderamen inculpatae tutelæ*, uti vocatur in L. 1. C. *unde vi*, quando quis adgressorem occidit. Nam jure hoc evenit, ut, quod quisque ob tutelam corporis sui fecerit, jure fecisse existimetur, L. 3. *ff. de Just. et jure*. Sed non potest ad hoc moderamen provocare, nisi (1) aggressor sit alter; unde in duello huic moderamini non est locus (2); periculum adfuerit præsentissimum, quod aliter evitari non potuerit, §. 2. *Inst. h. t.* (3) Ut ea cædes fiat in continenti. Nam si depulso jam periculo adgressorem quis occidat, id quidem impune non ferret (4). Inde colligimus, si casu alicui damnum dederim, cessare actionem, §. 3. *Inst. h. t.* Hinc si jaculo petens metam, aliquem vulnerarim, si ruptum sclopetum insiliat in alterius caput, eumque vulneret; cessat actio, quia casum nec in contractibus, nec in delictis præstamus. Sed hoc tamen limitandum, modo in re licita, loco licito, modo licito versemur. Hinc si quis in via publica sclopetum explosurus casu det damnum, non extra culpam est, quia in se illicitum est via publica sclopetum explodere.

§. MLXXXV. — MXCI.

II. Altera hujus tituli parte quærimus de capitibus

**L. Aquiliæ** : quorum permulta fuisse recte observat v. c. Gerh. Noodt. in opere de *L. Aquilia c. 1.* Præcipue tamen in Institutionibus tria memorantur, quorum secundum ita jam pridem ab usu recessit, ut hodie ne constet quidem qua de re illud egerit. Varias tamen eruditorum de eo sententias recensuimus in *Antiq. Rom. h. t. §. 9. seq.* Primum autem et tertium adhuc in Institutionibus describuntur. Unde tantum opus est ut, quomodo differant, ostendamus. Differunt *subjecto, actu effectu 1*). **SUBJECTO.** Nam in primo capite agitur tantum *de servo vel ancilla, et quadrupede pecude;* per quam **JCTI.** intelligunt ejusmodi animal quod vel gregatim pascitur, ut oves, capræ, vaccæ, vel dorso et collo domantur, uti camelus, equus, bos arator &c. In tertio autem capite agitur de omnibus aliis rebus, in quibus nobis damnum datum: e. g. si arbores nostræ fractæ, vas argenteum ruptum 2). Differunt hæc capita **ACTU.** Ex primo enim capite vindicatur *cædes,* adeoque ex eo capite non ago si servus, vel vacca, vel bos vulnerati, sed si occisi sunt: ex tertio capite omnes reliqui actus, quibus mihi damnum datum, vindicantur: veluti si servus vulneratus, si quid fractum, ustum, ruptum fuerit, *L. 27. §. 5. ff. h. t. 3*). Differunt **EFFECTU.** Nam si ex primo capite actio instituitur, reus solvere tenetur tantum, quanti ea res **INTRA ANNUM PROXIMUM PLURIMI** fuit. E. g. si mihi servus occissus sit, qui ante novem menses vendi potuisset 100. fl., 1000. fl. mihi solvendi erunt, quamvis eo tempore, quo occidebatur, vix 1000. florenorum fuerit. Contra, ex tertio capite tanti res æstimatur quanti ea inter **30. DIES PROXIMOS PLURIMI** fuit. Ergo facile jam describi poterit actio **L. Aquiliæ.** Datur illa ei, qui damnum passus est, ejusve hæredi, contra eum, qui damnum dedit, non ejus hæredem (quia actio pœnalis est §. 1038 2) ut tantum solvat quanti res, si ex primo capite ago, intra annum; vel si ex tertio, quanti

intra 30. dies plurimi fuit. Est ergo hæc actio et penalís et rei persecutoria. Nam præter æstimationem aliquid amplius, pœnæ nomine, accipio, si nempe res intra annum vel mensem pluris fuit, quam tempore damni dati. Quod etiam Imperator observat §. 9. *Inst. h. t.* Æstimatur autem non modo res corrupta, sed et omne reliquum damnum, veluti si aliæ res propter istam factæ sint deterioris pretii. E. g. si habeam quadrigam equorum præstantis staturæ, et coloris æqualis elegantissimi, sane si quis mihi unum ex illis occiderit, debebit non solum tantum reddere quanti equus ille intra annum plurimi fuit, sed et quantum tribus reliquorum equorum precio decessit. Similia exempla habes in *L. 22. §. 1. L. 23. pr. §. 1. 2. ff. §. 10. Inst. h. t.*

### §. MXCII.—MXCIV.

III. Sequuntur quædam attributa vel adfectiones hujus actionis ex *L. Aquillia*, et quidem tria, quæ hic ordine recensentur 1). Primum attributum, quod utilis actio ex *L. Aquillia* datur, si liber homo vulneratus. Quamvis enim ejus vulnera æstimari nequeant, æstimari tamen possunt impensæ in curationem factæ, operæ cessantes, damna emergentia: et in istam æstimationem reus tunc condemnabitur, *L. 13. ff. h. t. 2)*. Alterum est, quod lis in hac actione infitiando crescit, i. e. quis statim fatetur se hoc damnum dedisse, condemnatur in simplum, quanti nimirum res intra annum vel mensem plurimi fuit. Sin præfracte negat se damnum dedisse, et postea convincitur, in duplum condemnabitur in pœnam mendacii et calumniæ, §. 26. *Inst. h. t.* In quo sane laudanda veterum Romanorum severitas qui non patiebantur aliquem in judicio impune mentiri 3). Postremum est, quod hæc actio sit triplex. Si enim corpore quis damnum dedit corpori, vocatur actio *directa*, e. g. si quis servum alterius occidit. Si quis cor-



pori quidem, sed non corpore damnum dedit, vocatur *utilis actio*, e. g. si quis servo meo persuasit, ut ascendat in arborem, isque inde cecidit. Denique si nec corpore nec corpori quid factum, et tamen mihi nocitum est, actio adpellatur *in factum*, e. g. si quis servum meum victum exsolverit vinculis, et hic postea fugerit. Ita Justinianus §. *ult. Inst. h. t.* Prima actio ex L. Aquilliae verbis est, altera ex interpretatione prudentum, tertia ex edicto prætoris.

IV. Quarto superest, ut de usu hujus tituli hodierno disquiramus. Et hic quidem doctores vulgo mirifice celebrant hujus actionis usum. Sed si calculum recte pœnas, nullum fere in foro deprehendes. Agitur quidem apud nos de damno dato: agitur ad damnum resarciendum, pœnamque persolvendam. Sed id etiam apud Turcas et Sinenses fit, qui nunquam ex jure Romano quidquam receperunt. Sed quæso an et nos hodie distinguimus servos et pecudes quadrupedes à reliquis rebus? An et nos æstimamus res, quanti intra annum vel 30. dies plurimi fuere? An et apud nos quæritur subtiliter, sitne damnum corpore corpori, an corpore sed non corpori, an nec corpore nec corpori datum? An denique apud nos lis infitiando crescit? Nemo sane hoc dixerit. Et qui dici ergo potest, actionem ex L. Aquillia esse receptum? Est ergo hodierna actio de damno dato vere ex jure naturali, et statutis patriis, non ex L. Aquillia, cœu singulari et pererudita dissertatione ostendit Christ. Thomasius in *diss. de larva L. Aquilliae actioni de damno dato detracta.*

TIT. IV.  
DE INJURIIS.

§. MXCVI.—MC.

**U**ltimum delictum privatum est INJURIA; quæ vox hic aliter accipitur, ac in titulo superiore. In illo enim injuria dicebatur, quod non jure fit, §. 1081.: in hoc autem injuria significat contumeliam vel ignominiam alicui illatam, de qua dispiciemus 1) quid et quotuplex sit injuria? §. 1096.—1100. 2) quæ persecutiones dentur injuriarum ex jure Romano et hodierno? §. 1101.—1110. 3) quando hæ actiones cessent? §. 1111.

I). Quæritur quid et quotuplex sit injuria? Definitio clara est. Est *quodlibet dictum aut factum ad alterius contumeliam dolo malo directum*. Ex qua definitione statim fluunt divisiones variæ. Quum enim injuria sit vel **DICTUM**, vel **FACTUM**, consequens est, ut sit vel **VERBALIS**, quæ per verba contumeliosa inferitur, vel **REALIS**, quando facto quodam alterius existimationem lædo, e. g. eum pulsando, verberando, &c. Addunt alii duas alias species: **SCRIPTAM**, quæ litteris contumeliosis, et **PICTAM**, quæ picturis contumeliosis fit. Sed nihil obstat quominus scriptam ad verbalem, et pictam ad realem injuriam referamus. Deinde quum contumelia una altera major minorve sit, per se patet injuriam aliam esse **SIMPLICEM**, ubi nullæ sunt circumstantiæ, quæ eam aggravent: et **ATROCEM**, quam circumstantiæ aggravant. Tales circumstantiæ aggravantes sunt 1) facti atrocitas, e. g. si quis verberatus vel pulsatus sit 2); loci celebritas, e. g. si quis in foro, in curia, in templo sit injuria adfectus 3). Personæ dignitas, e. g. si magistratui ea facta sit injuria 4). Temporis

\*

sollemnitas, e. g. si quis dum nuptias celebrat, funus-ve ducit, injuria adfcitur, §. 9. *Inst. h. t.* Dicimus denique in definitione, *dolo malo*. Sine dolo enim vel animo injuriandi injuriam non intelligitur. Unde per se patet 1) furiosum, infantem, dementem, injuriæ non esse reum, licet durum et immodestius quid dixerit, feceritque, *L. 4. §. 1. ff. h. t.* 2) quod ex joco fit non ad injuriam esse referendum, *L. 3. §. 3. ff. eod.* Ubi tamen observandum, ad personarum dignitatem esse respiciendum. Si enim plebejus se dicat cum principe, vel alio viro summo jocatum; absona procul dubio foret excusatio; quia cum his jocandum non est irreverenter. Cessat ergo etiam injuria 3) si quis intentionem habuit non aliquem injuriandi, sed servo infligendi alapam, quamvis manus aberrans hominem liberum percusserit, *L. 3. §. 4. L. 4. ff. h. t.* Quid si non servum meum, sed Titium percussurus, Mævium percusserim? an et tunc actio injuriarum cessat? Imo non cessat, quia qui servum suum percutit, in re licita versatur; qui Titium, hominem liberum, peccat 4). Denique inde inferimus, injuriarum reum non esse, qui emendandi corrigendique animo aliquid dixit vel facit e. g. minister eclesiæ, magistratus, prætor. Sed hæc tamen præsumptio admittit probationem in contrarium. Si ergo probari potest ministrum Ecclesiæ non emendandi causa, sed injuriandi animo, et ut adfectionibus pravis indulgeret, in aliquem esse debachatum, omnino injuriarum tenetur. Elegans est species in *L. 5. §. 3. ff. ad L. Aquill.* Sutor pueri, disciplinæ suæ crediti et parum recte facientis calceum, cervicem forma calcei percusserat, ut ei oculi sanguine suffunderentur: quærebatur, an detur adversus sutorem actio injuriarum? Neg. in dicta Lege, quia emendandi animo percussit. At quia tamen damnum dedit culpa sua, dabitur actio ex *L. Aquillia*. Denique in definitione dicimus, *ad alterius contumeliam directum*. Id vero fieri potest dupliciter,



vel *directe* ut nos ipsi injuria adficiamur, vel *indirecte* ut per aliquem ex familia nostra ejusve latus adferatur contumelia. Hinc e. g. pater habet actionem injuriarum si filio illata injuria, maritus, si uxori; dominus, si ser-vo (ipse enim servus in se non magis jure Romano injuria adficitur, quam canis) sponsus, si sponsæ. Sed quæritur, an et uxor habeat actionem injuriarum ob contumeliam viro illatam. Negatur. Indecorum enim esset maritum ab uxore defendi. Unus tamen exceptus est casu, si talis marito injuria illata, quæ simul uxoris existimationem lædat, e. g. si quis maritum vocavit cornutum, perinde est ac si uxorem adpellasset adulteram; ergo et maritus et uxor eo casu habebunt actionem injuriarum. Vid §. 2. *Inst. L. 1. §. 3. seq. L. 2. L. 11. §. 8. ff. h. t.*

## §. MCI.—MCX.

II.) Vidimus, quid et quotuplex sit injuria. Proxi-mum ergo est, ut et varias persecutiones, quæ injuria affecto competunt, consideremus. Earum potissimum sunt quinque 1). Actio prætoriam æstimatoriam 2). Persecutio extraordinaria criminalis 3). Actio civilis et criminalis ex L. Cornelia de injuriis 4). Retorsio 5). Actio ad palinodiam 1). ACTIO PRÆTORIA ÆSTIMATORIA originem habet à facinore Luctatii Neratii, hominis improbi, apud *Gell. Noct. Attic. Lib. XX. c. 1.* Quum enim Lege XII. Tabb. pœna injuriarum esset XXV. assium, eaque summa satis magna videretur in eorum temporum paupertate, crescentibus divitiis Romanorum nihili habebatur. Hinc Neratius iste quum in primis ex eo voluptatem caperet, si liberos homines depalmare, et pugnis cædere posset: ipse cum pedissequo, marsupium ferente, solebat domo egredi, et obvium quemvis depalmare, quo facto servus statim solvebat 25 asses. Quo animadverso prætor non amplius 25. assibus mulctavit injuriantes, sed injuriatis concessit facultatem æstimandi injuriam certa pecunia, in eamque reum, sal-

vo moderamine, condemnavit. Itaque actio æstimatoria hæc datur ei, qui intulit ( ad præstandam certam æstimationem ejus injuriæ. Ea tamen actio quia ad solam vindictam tendit, odiosa est, et nec hæredi, nec adversus hæredem, nec post annum datur, §. 7. *seq. Inst. h. t. 2* ( PERSEQUUTIO CRIMINALIS extra ordinem datur variis casibus. In primis 1 ) ob injuriam atrocem 2 ), ob injuriam cultui divino, vel iis, qui eum peragunt, illatam, *L. 10. C. de ep. et cler. &c. 3* ), ob libellum famosum, qui est scriptura, quo quis alteri crimen aliquod infame vel capitale imputat, sive suppresso, sive addito nomine, quamque in publicum dolo malo sparsit. Ob hanc et secundam causam locum habet pœna capitalis, *L. un. C. de famos. libell.* Ob atrocem injuriam pœna est arbitraria, relegationis, fustigationis, operarum publicarum, &c. §. 10. *L. ult. ff. h. t.* Cæterum id adhuc observandum, æstimatoriam actionem et persecutionem criminalem cumulari non posse, sed se mutuo tollere, quia utraque pœnalis est, et ob unum delictum his nemo punitur. Qui ergo criminaliter agit, æstimationem frustra petit: et qui æstimatoriam instituit, frustra agit criminaliter. Actiones enim ad idem tendentes cumulari nequeunt, *L. 6. L. 7. ff. h. t. III.* Tertia est actio ex *L. Cornelia de Injuriis*, itidem vel Civilis s. æstimatoria, vel Criminalis, quæ ad pœnam arbitrariam datur. Quum ergo idem consequar per actionem ex *L. Cornelia*, quod per actionem prætoriam æstimatoriam et persecutionem criminalem: an aliqua inter has actiones differentia, ac non potius superflua est alterutra? Resp. differentia omnino est). Prætoriam est generalis, et datur ob omnem injuriam verbalem et realem: ex *L. Cornelia* actio specialis est. Datur enim ob tres injurias reales, nempe ( 1 ) si quis verberatus, ( 2 ) pulsatus vel ( 3 ) domus ejus vi introitu prohibitus fuerit; ubi *verberare* est cædere cum dolore; *pulsare*, sine dolore percutere, *L. 5. §. 1. ff. h. t. 2* ) Præto-

ria datur tantum per annum, L. 5. C. h. t., ex lege Cornelia actio est perpetua, adeoque si civiliter agitur, 30. annos, si criminaliter, 20. durat. 4). Quarta est Retorsio, per quam non actionem aliquam intelligimus, sed vindictam privatam, quæ in eo consistit, ut quis injuriam adversus se prolatam in continenti in alterum retorqueat; e. g. tu mentiris: imo tu mendacissimus homo es, L. 14. §. 6. ff. de bon. libert. De ea vero observandum 1), eam tantum admitti in injuriis verbalibus, non in realibus: adeoque is impune id non ferret, si verberatus iterum verberet 2). Eandem actiones injuriarum tollere. Qua fronte enim implorare auxilium judicis, qui sibi ipsi jus dixit? 3). Eam retorsionem tolerari potius, quam laudari; quippe exemplo Christi non remaledicentis maledicentibus sibi, mansuetudini Christianæ plane contrariam. V. Postrema est Actio ad Palinodiam, Romanis ignota, quæ in Germania datur ei, qui injuriam passus est, contra inferentem, ad recantationem s. revocationem, ut publice is homo fateatur se mentitum esse. Sed quia in his regionibus hæc actio ignota est, ei immorari nolumus.

IV. Quæstio demum est, quando actio injuriarum cesset? Recensemus 4. casus; quorum 1) est Retorsio, de qua paulo ante monuimus, quod actionem injuriarum tollat, quia adfectus injuria sibi ipsi jus dixerit. Alter est Remisio. Quis enim ad judicem deferat injuriam, quam jam alteri condonavit? Remisio autem fit vel *expresse* per verba, vel *tacite* ipso facto: e. g. si quis post injuriam illatam cum altero familiariter versatus sit, cum eo cœnaverit, computaverit, colluserit, &c. §. ult. Inst. h. t. 3). Tertius est Præscriptio, et quidem si prætoriam actione experiar, *annua*: si ex L. Cornelia civiliter agam, 30. *annorum*; criminaliter, 20. *annorum*, §. 1107. Elapso hoc tempore frustra agere conarer, L. 5. C. de injur. 4.) Postremus est Mors tum injuriantis, tum injuriati, §. 1. Inst. de perp. et



*temp. act.* Nam paulo ante vidimus, hanc actionem neque hæredibus, neque adversus hæredes dari, quia ad vindictam tendit. Ergo merito morte utriusque exspirat. Una est exceptio, si lis ante mortem contestata sit, *L. 13. pr. ff. h. t.* Per litis contestationem enim fit novatio, §. 1019., et quod antea ex delicto debebatur, jam debetur ex quasi contractu, adeoque et hæredes agere possunt, et adversus hæredes.

## TIT. V.

## DE OBLIGATIONIBUS, QUÆ QUASI EX DELICTO ORIUNTUR.

## §. MCXII.

**A**bsolvimus quatuor delicta vera et privata, nempe furtum, rapinam, damnum injuria datum et injuriam: supersunt ergo *quasi delicta*, quæ jam supra definivimus, quod sint *facta illicita sola culpa, sine dolo malo admissa*. Alii aliter, sed perperam. Qui enim dicunt quasi delictum esse obligationem, quæ nec ex contractu, nec ex delicto nascitur, arg. *pr. Inst. h. t.* ii dicunt, quid res non sit, non quid res sit; quod tamen est bonæ definitionis officium. Dn. Struvius in ea hæresi est, quod quasi delictum sit obligatio, quæ nascitur ex culpa aliena nobis imputata. Sed id quoque perspicue falsum. Nam judex, qui imperite judicat, quasi delinquit §. 1113., et tantum tamen abest, ut ei culpa aliena imputetur, ut potius ipse à pœna immunis sit, si culpa sit adessorum, *L. 2. ff. quod quisque jus in alien. statuit*. Objici posset quasi delictum de effusis et dejectis, in quo ancillæ vel servi factum imputatur inquilino. Sed resp. proprie non servi vel ancillæ factum im-

putari inquilino, sed ipsius inquilini culpam esse, quod diligentiores homines in familiam non receperit, §. ult. *Inst. h. t.* Talia quasi delicta hic recensentur sex 1) : iudicis litem suam facientis, §. 1113. 2) de effusis et dejectis, §. 1114.—1116. 3) de suspenso et posito, §. 1117.—1119. 4) nautarum, cauponum, stabulariorum, §. 1120.—1122. 5) misericordia intempestiva; et 6) conniventia, 1123. §.) Obiter tandem, omnibus ex quasi delictis nasci unam actionem *in factum*, quamvis illa diversa nomina sortiatur; e. g. actio in factum de effusis et dejectis, actio in factum adversus nautas, caupones, stabularios.

## §. MCXIII.

I. Primum quasi delictum est JUDICIS LITEM SUAM FACIENTIS. Litem autem suam facere idem est, ac imperite judicare. Ergo hic tres casus sunt separandi. Aut enim iudex *dolo malo* perperam judicavit, e. g. adfectu odii, amoris, pecunia corruptus, aut *ex imperitia et imprudentia*, veluti si sartor fiat consul, et jus ulna admetiatur, quod nunquam didicit; vel iudex, juris imperitus, *adessores*, vel uti his locis vocantur, pensionarios juris peritos consuluit, et de eorum sententia tulit sententiam. Primo casu veri delicti reus est iudex: et hinc non modo litis æstimationem præstat, sed et infamis fit, et munere removetur. *L. ult. C. de pœn. jud. qui mal. jud.* Quin si pecunia corrumpi se passus est, potest criminaliter adversus eum agi ex *L. Julia repetundarum, L. 1. L. 6. §. ult. ff. ad L. Jul. rep.* Tertio casu non potest adversus iudicem agi, sed agendum est adversus adessores, qui tam malum consilium suggererant, *L. 2. ff. quod quisque jur.* Ergo remanet *secundus casus*. Eo iudex reus est ex quasi delicto, quia litem suam fecit, dum adfectavit officium iudicis, quum jus ignoret, nec prudentiores consuluit. In hoc culpa ejus consistit, Pœna vero est mulcta arbitraria *pr. Inst. h. t.* Actio ex hoc quasi delicto dicitur in jure nostro *actio in factum*, à glossatoribus au-

tem et pragmaticis *actio de syndicato*, quæ datur ei contra quem imperite iudicatum, adversus iudicem, qui imperite iudicando litem suam fecit, ad mulctam arbitrariam. Sed objici posset, hanc pœnam iniquam esse, sibi enim imputare debere actorem, quod à tam iniqua et inepta sententia non adpellationem interposuerit? At jam in scholio respondimus ex Zielgleri Dicastice, omisa adpellatione jus quidem nasci parti adversæ, non autem iudici inde nasci excusationem. Ergo si iudex opponeret hanc exceptionem, ea rejicienda esset, quia esset de jure tertii.

§. MCXIV.—MCXVI.

Secundum quasi delictum est de EFFUSIS et DEJECTIS; quod in eo consistit, quod ex ædibus nostris aliquid effusum dejectumque est in eum locum, ubi homines commeare, vel consistere solent. Eo facto si alicui nocitum est, inquilinus tenetur, quamvis ipse non effuderit vel dejecerit; non ex culpa imputata, sed quia ipse culpa non caret, qui tam negligentem domi habet familiam. Cæterum hic denuo quatuor casus distinguendi, de quibus singulis prætor seorsim edixit 1). Primus est, si per effusionem, vel dejectionem damnum datum sit æstimabile, e. g. si servus occisus, vestes alicujus corruptæ, &c. et tunc datur actio in factum, ei cujus interest, adversus inquilinum, non adversus hæredes ejus, quia pœnalis est, in duplum; et hæc actio tunc est perpetua, *L. 5. §. 5. ff. de his qui effud. 2)*. Alter casus est, si liber homo occisus, adeoque damnum inestimabile datum. Tum actio illa in factum est popularis, nec durat ultra annum, et neque hæredibus, neque adversus hæredes competit, *L. 5. §. 5. ff. §. 1. Inst. eod.* Ergo hac actione experitur unusquisque ex populo adversus inquilinum, non ejus hæredes, ad pœnam quinquaginta aureorum actori persolvendorum, *L. §. 5. ff. eod. 3)*. Tertius casus est, si liber homo non occisus, sed vulneratus, aliove modo ejus corpori nocitum



dicatur. Tunc quia vulnera, dolorque æstimationem non admittunt, æstimantur tantum operæ cessantes et impendia in curationem facta, aliaque damna, uti supra in *L. Aquiliæ* explicatione §. 1092. vidimus. Et sic hæc actio datur vulnerato adversus inquilinum, non hæredibus, ad consequendam æstimationem operarum cessantium et impensarum curationis aliorumque damnorum restitutionem. Et hoc etiam casu hæc actio in factum est perpetua, *L. 5. §. 5. ult. ff. eod. 4*). Postremus casus est, si constet, servum dejecisse vel effudisse. Quia vero tunc dominus ex delicto servi non aliter tenetur quam noxaliter, tunc et hoc casu instituitur actio in factum noxalis, quæ competit læso adversus quemcumque servi istius possessorem), noxales enim actiones in rem scriptæ sunt) §. 1146. \* ad damnum resarciendum, vel servum noxæ dandum.

§. MCXVII.—MCXIX.

Tertium quasi delictum est, si quis aliquid positum vel suspensum habeat super eum locum, ubi commeatu vel consistitur, cujus casus facile nocere possit, *L. 5. §. 6. ff. de his qui eff. vel dej.* Quamvis enim damnum nondum datum sit; tamen, quia interest rei publicæ per vias publicas quemque sine periculo ire, prætor proposuit actionem popularem in factum ad X. aureos. Ergo hic agit unusquisque ex populo adversus ponentem vel suspendentem, non adversus habitatorem, ad decem aureos actori adplicandos, *L. 5. §. 6. §. 12. ff. eod.* Si servus domino inscio nec jubente suspendit vel dejecit, locum denuo habet actio noxalis, adeoque tunc agit unusquisque ex populo adversus quemvis ejus servi possessorem, ut vel decem aureos solvat, vel servum noxæ dedat, *L. 2. pr. ff. de nox. act.* Quid si filiusfam. seorsim à patre habitans, vel hujus vel superioris delicti reus peragitur? Eo casu olim itidem noxaliter peragebatur adversus patrem, ad X. aureos solvandos, vel filium noxæ dandum. Ex quo vero Justi-

nianus vetuit liberos noxæ dari, §. *ult. Inst. de nox. act.* invaluit, ut adversus ipsum filium ageretur, et ubi is condemnatus esset, actio judicati daretur adversus patrem peculio tenus, *L. 57. ff. de judic.* Objicis: atqui actio de peculio ex delictis non datur, sed tantum ex contractibus filii familias, *L. 58. ff. de R. J.* Sed resp. Actio judicati non est ex delicto, sed ex quasi contractu litis contestationis. Ergo recte peculio tenus adversus patrem datur, *L. 1. L. 3. §. 11. ff. de pecul.*

§. MCXX—MCXXII.

IV. De quarto quasi delicto NAUTARUM, CAUPONUM, STABULARIORUM præcipue tres casus sunt distinguendi, ne confundamus res diversissimas. Nimirum 1) aut ipsi nautæ, caupones, stabularii in rebus vectorum vel viatorum furtum fecerunt, aliudve damnum dererunt, et tunc conveniuntur *ex vero delicto*, e. g. actione furti, rapina ex *L. Aquillia*. Vid. *1. T. ff. furt. advers. naut. caup. stab.* 2) Aut damnum non à nautis, cauponibus, stabulariis, sed ab extraneis, veluti vectoribus, vel viatoribus, qui in eadem navi erant, datum: et tunc adversus nautas, &c. agitur ex quasi contractu. Dum enim res alienas receperunt in navem vel cauponem, præsumuntur etiam tacite custodiam promisisse, et hinc eo casu is, qui damnum passus est, adversus eos, ut recepta restituant, damnumque omne resarciant agit, *L. 1. L. 3. L. 5. ff. naut. caup. stab. ut rest.* Aut denique damnum rebus vectoris vel viatoris datum est à familia nautæ, cauponis, stabularii, et tunc agitur ex quasi delicto. Culpa enim nautarum et socicrum tunc in eo consistit, quod opera malorum hominum utantur, *L. 5. §. ult. ff. de obl. et act.* Hic ergo solus casus ad hunc titulum pertinet. Datur ex hoc quasi delicto actio in factum ei, qui damnum passus est, adversus nautam, cauponem, stabularium, qui res receperat, non adversus eorum hæredes, quia pœnalis est, §. 1038. 2. ad duplum restituendum, §. *ult. Inst.*

*h. t.* Ex quo facile patet, quomodo hæc actio ab altera, quæ ex quasi contractu oritur, differat. Nam 1) actio ex quasi delicto est pœnalis: ex quasi contractu rei persecutoria 2). Illa non datur adversus hæredes, hæc adversus eos datur 3). Illa consequor duplum: hæc simplum tantum. Utraque tamen perpetua est, *L. 7. §. ult. ff. naut. caup stab.* Id quod hic singulare est, quum alias actiones pœnales prætoricæ tantum annales sint §. 1271.: nihilominus consultius est, ex quasi contractu agere, quam ex quasi delicto, partim quia actiones in duplum hodie vix receptæ sunt, partim quia difficilior hic est probatio quam si ex quasi contractu agam. In hoc enim probo tantum res meas esse in navem cauponamque receptas: in quasi delicto probare teneor, aliquem ex familia damnum dedisse.

§. MCXXIII.

Adjicimus hoc §. duo quasi delicta, quorum Institutiones non meminerunt, nempe V.) MISERICORDIAM INTEMPESTIVAM, et VI.) CONNIVENTIAM. *Misericordia* in se est adfectus laudabilis: sed uti omnia, quibus male utaris, in vitium degenerant, ita et hæc, si intempestiva sit, pro delicto est. Casus varii esse possunt, e. g. si quis servum alienum vinctum solverit, isque fugerit; si commentariensis carceri inclusum dimittit, si iudex reum damnandum aufugere patitur, *Add. L. 7. pr. ff. de pos.* Sane enim his omnibus casibus locus non est misericordiæ, sed severitati et administrationi justitiæ. *CONNIVENTIA* est, qua quis patitur delictum fieri, quod et poterat et debebat prohibere. Sane si quis alterius pædagogicæ subest, singulare certamen init, et pædagogus id scit, et dissimulat; nullum est dubium, dignam animadversione esse hujus conniventiam. Utroque ergo casu danda erit actio in factum. Sed hæc tantum exempli causa attuli, ne quis existimet sola illa quasi delicta esse, quæ ab *Imp. in h. t. Inst.* recensentur.



Subjicimus quædam de usu hujus tituli. Et quidem hodiernum ex his omnibus factis actiones dari, nullum est dubium: sed in eo tamen à praxi Romana divortium faciunt fora nostra 1) quod ignotæ nobis sint actiones populares, et ordinarie delicta hujusmodi et quasi delicta, vel privati, quorum interest, vel procuratores fisci persequantur 2). Quod actiones sint pœnales, sed, nisi culpa admodum lata sit, plerumque tantum ad rei restitutionem agimus 3). Quod vix apud nos receptum sit, ut mulctæ duplo æstimentur; omnium vero minime 4), ut illa pecunia lucro cedat actoris. Ubi que enim fiscus mulctas saltem pro parte dimidia capit. Vid. Thomasiï diss. *de exiguo action. pœnaliũ usu in foris Germanicæ.*

## TIT. VI.

## DE ACTIONIBUS.

## §. MCXXV.

**D**efuncti sumus explicatione duarum priorum partium Institutionum. Quam enim eæ dividantur secundum tria juris objecta, *personas, res et actiones*, §. 74. de juribus personarum egimus Lib. I.; de jure rerum omnium prolixissime actum Libris II. III. et IV. usque ad hunc Tit. VI. Superest ergo tertium juris objectum, puta *ACTIONES*, de quibus ab hoc Tit. usque ad XVII. agitur. Nam Tit. ultimus s. XVIII. totius Institutionum libelli veluti appendix est, et quia in eo de judiciis publicis agitur, magis ad jus publicum privatum pertinet.

## §. MCXXVI.

Doctrinam de actionibus eo ordine pertractamus,

ut præmissa definitione, hoc et sequentibus titulis aliquot actionum divisiones et classes explicentur. Nos primum definitionem videbimus. Actio potest duplici ratione considerari, aut tanquam *res incorporalis*, quæ in bonis nostris est, et tunc pertinet ad secundum juris objectum, et quidem ad Tit. *de rebus incorporalibus*: aut accipitur pro *medio legitimo* jus suum in iudicio persequendi, et tunc pertinet ad tertium juris objectum, et quidem ad hunc Tit. *de actionibus*. Jam si regulas methodi accurate observare voluisset Justinianus, debuisset actionem in posteriore significatione acceptam definire. Ast ille definivit eam in significatione priore, quod sit *jus persequendi in iudicio, quod sibi debetur*, pr. *Inst. h. t.*, quæ definitio duobus nævis laborat. Nam 1) Actio in hoc titulo non est jus, sed medium jus obtinendi 2). Actione non solum petimus, quod nobis debetur, sed et quod nostrum est. Ergo Justinianus quum definire debuisset actionem generatim, rem definivit speciem actionum, nempe actionem personalem. Ut itaque hos errores emendemus, ita concipienda erit definitio: *ACTIO est medium legitimum persequendi in iudicio jura, quæ tum in re, tum ad rem cuique competunt.*

## §. MCXXVII.

His præmissis facile titulum partiemur. Explicantur enim in eo divisiones actionum 1). Aliæ sunt actiones reales, aliæ personales, §. 1127.—1171. 2). Aliæ sunt rei persecutoriæ, aliæ pœnales, aliæ mixtæ, §. 1172.—1174. 3). Aliæ dantur in simplum, aliæ in duplum, aliæ in triplum, aliæ in quadruplum, §. 1175—1180. 4). Aliæ sunt bonæ fidei, aliæ stricti juris, aliæ arbitrariæ, §. 1181.—1196. 5). Aliis solidum consequimur, aliis minus quam solidum, §. 1197.—1203.

I. PRIMA DIVISIO est, quod aliæ actiones sint *reales*, aliæ *personales*. Illæ vocantur *VINDICATIONES*, hæ *CONDITIONES*. Illa nascuntur *ex jure in re*: hæ ex

*jure ad rem.* Neque tamen ideo negamus, dari *actiones mixtas*, quæ simul et reales et personales sunt. Nam quamvis hæ actiones vel realibus vel personali-  
bus sint propriores: id tamen non magis prohibet, quo minus mixtæ dici possint, quam quod meracum sit vinum mixtum cum aqua, si vel minima pars aquæ adfusa sit. Et tales mixtæ actiones sunt quatuor: hæreditatis petitio, et tria judicia divisoria, finium regundorum, communi dividendo, familiæ erciscundæ. Quæ quatuor actiones partim ex jure in re, nempe hæreditate vel dominio, partim ex jure ad rem, quasi contractu vel delicto nascuntur, et hinc etiam tum ad rei restitutionem, tum ad præstationes personales dantur. Prima ergo hæc est actionum divisio. Utræque actiones, tam personales, quam reales, subdividuntur in CIVILES, et PRÆTORIAS. Illæ ex legibus, SCtis., Constitutionibus principum; hæ ex jure honorario oriuntur. Differentia vel maxime est ratione præscriptionis. Pœnales enim civiles perpetuæ, prætoriæ annales esse solent, quia ejusdem durationis erat prætoris imperium. Nos jam considerabimus 1) naturam actionum in rem, §. 1128. — 1129. 2) Actiones, quæ nascuntur ex dominio, §. 1130—1132 3) Actiones ex jure hæreditario, §. 1133. seq. 4) Actiones ex servitutibus, §. 1135. — 1137. 5) Actiones ex jure pignoris, §. 1138. — 1140. 6) Actiones quasdam in rem miscellaneas, §. 1141. — 1144.

§. MCXXVIII. et MCXXIX.

1) Natura actionum realium paucis in eo consistit (a), quod omnes oriuntur ex jure in re, ubi scilicet non persona, sed res ipsa nobis devincta, quod fit in dominio, jure hæreditario, servitute et pignore, §. 354. (b) Quod omnes hæ actiones dentur adversus quemvis possessorem, sive ille mihi notus, sive ignotus sit; sive mecum habuerit negotium, sive non habuerit, L. 25. pr. ff. de O. et A. Sane aliter se res ha-



bet in actionibus personalibus, quæ adversus illos dantur, quibuscum aliquot negotium habui, non adversus tertium, nisi sint actiones in rem scriptæ, de quibus infra (c). Quod possessor nunquam in rem agat. Quis enim esset tam stolidus, ut per judicem velit accipere quod jam domi habeat? Et tamen Imper. noster §. 2. *Inst. h. t.* addit, unico tantum casu eum, qui possidet, in rem agere posse, de eoque casu se in latioribus Digestorum libris egisse tradit: unde disquirunt viri docti, quis ille casus sit unicus? Sunt, qui intelligunt interdictum *uti possidetis*, vel *utrubi*, ubi agit qui possidet. Sed illi prius probent his interdictis in rem agi. Generaliter enim in *L. ff. de interd.* interdicta in personam concepta esse, adfirmatur. Unicus ille casus, de quo Justinianus, vere *actio negatoria*. Ea enim 1) agit qui in possessione vel quasi libertatis est 2). De ea ipsa actione ibi semper ex instituto disserit 3). Consensit Theophilus §. 2. *Inst. h. t.*, cujus testimonio ego eo plus tribuere soleo, quominus dubito, eum Justiniano *σὺν χρονοῦ* fuisse. Vid. *Præf. n. ad Vinnium* 4). Quod dominus rem suam non *condicat.*, i. e. actione personali, sed *vindicet*, i. e. actione reali persequatur, §. 14. *Inst. h. t.* Unum exemplum conditionis furtivæ contrario modo se habere observavimus §. 1062.

§. MCXXX.—MCXXXII.

2) His de natura actionum realium præmissis generatim, videbimus primam earum classem, quæ ex *dominio* nascitur. Tales sunt tres: una civilis, *REI VINDICATIO*: duæ prætoriæ, *PLEBICIANA* et *RESCISSORIA*. a) *REI VINDICATIO* est actio in rem civilis, qua agit dominus adversus quemcumque possessorem, ad rem cum omni causa, accessionibus, fructibus, secundum qualitatem possessionis restituendam. Nam si reus b. f. possidet, restituit fructus tantum exstantes: sin mala fide, et exstantes et perceptos et percipiendos restituere tenetur. Cæterum si ex pleno dominio agitur

actio hæc dicitur *directa*: sin ex minus pleno, veluti emphyteusi, feudo, superficie, *utilis* adpellatur. Quamvis ergo hæc actio sit admodum naturalis, eam tamen merito difficillimam esse dixeris. Actor enim debet probare dominium, quæ probatio non est tam facilis, ut videri potest. Nam nisi usuceperit aliquis, demonstrare debet non modo se b. f. et justo titulo adquisivisse, verum etiam eum, à quo causam habuit, vere fuisse dominum. Alioquin enim dominium, quod non habuit, in nos transferre non potuisset. Quæ cum ita sint, prætor aliam eamque faciliorem actionem invenit, nempe b) PUBLICIANAM, à Publicio quodam prætoris dictam. Fundamentum hujus actionis est dominium fictum. Qui enim rem b. f. justo titulo traditam à non domino accepit, eum prætor fingit dominum esse, quamvis non sit, veluti in §. 4. *Inst. h. t.* dicitur, eum usucepisse, quum non usuceperit. Sed quo jure hoc fingere potest prætor? Ideo quia hic agitur non à vero domino, ratione cujus ea fictio iniquissima foret; sed cum eo, qui vel nullo vel infirmiore jure possidet, aut dolo malo possidere desiit, ad rem restituendam cum omni causa, accessionibus et fructibus, pro qualitate possessionis. Multo ergo facilior est hæc actio, quia hic non probo dominium auctoris mei, sed tantum me b. f. et justo titulo rem traditam accepisse c). RESCISSORIA actio ab eodem Publicio prætoris inventa est. Nam et Publiciana diserte dicitur in *L. 35. ff. de O. et A. et L. 57. mandati*, et eodem fere fundamento utitur ac superior. Uti enim in illa fingebatur aliquem usucepisse, qui non usucepisset: ita in hac fingitur aliquem non usucepisse, qui tamen usucepit, §. 5. *Inst. h. t.* Cæterum huic actioni locus est, quoties vel absens reipubl. vel justii metus causa rem meam usucepit. Utroque casu prætor læsum restituit in integrum; eoque nomine prodita est actio rescissoria, quæ datur vel absentis reip. vel justii metus cau-

sa, contra præsentem, qui usucepit, aut præsentem contra absentem quemcumque, qui usucepit, ad usucapionem rescindendam, et rem cum omni causâ restituendam. Quia ergo hæc actio est restitutio in integrum, de qua agitur sub Tit. *quibus ex caus. maj. 25. ann. in integr. rest.* olim durabat tantum annum utilem. Sed Justinianus illum mutavit in quadriennium continuum, *L. ult. C. de temp. in integr. rest.*

§. MCXXXIII. et MCXXXIV.

III. Sequitur altera classis actionum realium, quæ ex jure hæreditario nascuntur. Earum duæ sunt, puta *hæreditatis petitio* et *querela inofficiosa*. Hæreditatis Petitio, ut ad §. MCXXVI. monuimus, mixta est. Primo enim nascitur ex jure in re, nempe hæreditario: deinde ex quasi contractu, administratione hæreditatis communis. Unde et hæreditas petitur et præstationes personales. Datur vero hæc actio hæredi sive ex testamento, sive ab intestato contra eum, qui pro hærede, (i. e. qui putat se esse hæredem) vel pro possessore possidet, (i. e. qui sine causâ possidet, et interrogatus respondet, possideo, quia possideo) ad hæreditatē cum fructibus et accessionibus restituendam, rationes reddendas, damnaque resarcienda. Cæterum de hac actione adhuc observandum 1) eam esse universalem; petitur enim universitas, nempe hæreditas 2). Non institui illam posse adversus eum, qui titulo singulari possidet, veluti tanquam emptor rei hæreditariæ, donatarius, &c. 3) Hanc actionem contra naturam actionum realium durare 30. annos, quia est mixta, et in eo imitatur naturam actionum personalium. *QUERELA INOFFICIOSI TESTAMENTI* nihil aliud est, quam species hæreditatis petitionis. Sed quum de ea supra *L. II. Tit. 18.* ex instituto egerimus, ei jam non est quod immoremur.

§. MCXXXV. et MCXXXVI.

IV. Tertia actionum realium classis est earum, quæ

\*



*de servitutibus* dantur. Dico de servitutibus: et ita recte loquitur Ulpianus *L. 2. pr. ff. si serv. vind.* Nam cum duæ hic recenseantur actiones, confessoria et negatoria, illa quidem manifeste *ex servitute* est, hæc autem ex libertate naturali, adeoque magis dici potest, eam *de servitute* ejusque occasione dari, quam *ex servitute* nasci. CONFESSORIA actio est species vindicationis; et hinc in Pandectis rubrica concipitur, *si servitus vindicetur*. Ejus fundamentum est jus, quod nobis in re aliena competere dicimus, germ. *eine Bufugnif*. Si ergo alter nobis neget et intervertat hoc jus, agimus contra turbantem, ad id 1) ut à turbando desistat 2), damnum datum resarciat 3), cautionem det in posterum non amplius turbando præstet, et in primis 4), ut nobis id jus competere declaretur à iudice. NEGATORIÆ contra fundamentum est libertas naturalis. Hinc ea utitur is, qui fundum suum natura liberum esse dicit, et ab omni servitute immunem, contra eum, qui sibi in fundo nostro jus aliquod vindicat, ad id 1), ut fundus noster liber declaretur 2), ut reus à turbatione desistat, ut 3) eo nomine cautionem præstare jubeatur, et 4) damna omnia data nobis resarciat. Ceterum hæ actiones utilissimæ sunt et quotidianæ in foro. Negatoria autem habet quædam singularia 1), quod hic agit in rem, qui possidet; quod unico hoc casu fieri jam supra 1129. 3. ex §. 2. *Inst. h. t.* observavimus 2): quod cum alias actor actionem suam probare debeat, hic actor immunis sit à probatione, idque onus potius incumbat reo, quia libertas naturalis in qua hic actor fundamentum ponit, præsumitur, præsumptio autem onus probandi in adversarium transfert, *L. 3. L. 9. L. 12. ff. L. 10. C. de probat. et præsumpt.* Exceptio tamen est, si reus in quasi possessione juris sui sit. Tunc enim non probat, sed actor, ob regulam, quam videbimus infra §. 1232. 1. Et tamen hic praxis contraria locis quamplurimis in foro triumphat.

## §. MCXXXVIII — MCXL.

V. Quarta clasis actionum realium est earum, quæ ex jure pignoris oriuntur, quatenus nimirum pignus non contractus est (ex eo enim tantum personalis actio datur), sed jus in re. Ex eo jure pignoris duæ nascuntur actiones, reales et prætoriæ, quarum altera ab auctore suo *Serviana*, altera *quasi Serviana*, s. hypothecaria adpellatur. Illa est specialis, hæc generalis. *SERVIANAM* dixi specialem esse. Datur enim unico casu speciali, si quis prædium rusticum locans pignus sibi constituendum curavit. Tunc enim locator hanc actionem instituit contra quemcumque rerum oppignoratarum possessorem, ad res oppignoratas consequendas possidendasque, donec sibi de pensione satisfactum sit. Quasi *Serviana* autem, vel *hypothecaria*, quum generalis sit, datur ad omne pignus vel hypothecam creditori constitutam; adeoque ea utitur creditor quicumque hypothecarius contra quemlibet pignoris possessorem; donec de debito fuerit satisfactum. Sed quum de actionibus supra §. 818. quædam delibaverimus, iis jam non immoramur.

## §. MCXLI. — MCXLIV.

VI. Sic recensitis actionibus omnibus, quæ ex quatuor speciebus juris in se oriuntur, quasdam actiones miscellaneas subijcimus, quæ vel vere vel falso realibus adnumerantur. Tales sunt 1). Actio *Paulliana*, quam Justinianus noster, §. 6. *Inst. h. t.* diserte realibus accenset: tamen agitur ibi ad restituendum, et simul petuntur fructus, *L. 38. §. 4. ff. de usur.* quæ alia actionum personalium qualitas est. Defendi quodammodo potest Justinianus, quod hæc actio nascatur ex possessione bonorum prætoria, adeoque ex jure in re, uti jam vidit Dn. Pagenstécherus in *Aphorism. h. t.*; sed verum tamen est, magis personalibus actionibus accedere *Paullianam*, quam realibus. Cæterum ea datur creditoribus, quorum in fraudem debitor res suas aliena-

vit, adversus eos, qui hæc bona alienata tenent, ad illa cum fructibus restituenda. Deinde 2). Doctores actionibus in rem adnumerant Interdicta. Quia enim possessionem pro quinta specie juris in re habent, etiam interdicta ex possessione orta habent pro actionibus realibus. Sed id perspicue falsum est. Nam (a) supra §. 334. \* luculenter demonstravimus, possessionem perperam dici jus in re, licet jus possidendi tanquam in dominio contentum reale sit (b). Nihil clarius est verbis Ulpiani, L. 1. §. 3. ff. de interd.: interdicta (N. B. omnia) licet in rem videantur concepta, vi tamen ipsa *personalia* sunt 3). Rectius actionibus realibus adnumerantur *actiones præjudiciales*; quæ sunt actiones, quibus de statu litigatur, §. 13. *Inst. h. t.* Quot ergo sunt status hominum, tot sunt actiones præjudiciales. Jam status est vel *libertatis*, vel *civitatis*, vel *familiæ*, §. 76. Quod ad statum libertatis attinet, quaeritur, liberne aliquis sit, an servus? Quod ad statum civitatis, civisne quis sit, an peregrinus? qualem quaestionem tractat *Cic. in orat. pro Archia poeta*. Quoad statum familiæ quaestio oritur, sitne aliquis pater vel filius, nec ne? Omnes hæc lites vocantur actiones præjudiciales, quia plerumque alterius iudicio præmittuntur. Sic enim e. g. juvenis petit hæreditatem Titii tanquam ejus filius. Possessores negant eum filium legitimum esse. Antequam ergo pronuntietur, inquirendum prius erit, an sit filius legitimus. Ergo hæc erit actio præjudicialis. In jure nostro duæ potissimum actiones præjudiciales memorantur 1). **LIBERALIS CAUSA.** Ea agit vel dominus adversus servum, qui se libero gerit, ad hominem istum in servitutem revocandum: vel is, qui cum liber sit, in injusta servitute vivit, contra eum, qui se pro domino gerit, ad id ut pro libero declaretur. Olim utroque casu is, de cujus statu libertatis disputabatur, in foro se sistere non poterat, quia adhuc incertum erat servusne esset, an li-



ber, servus autem non personam habet standi in iudicio. Ergo is, qui pro libertate tanquam procurator interveniebat, Adsertor dicebatur. Sed has ambages sustulit Justinianus, *L. un. C. de adsert. toll. 2*). ACTIO DE AGNOSCENDO ALENDOQUE PARTU dabatur uxori repudiatae, vel ipsi filio, contra patrem repudiantem, ad id ut pro filio agnoscat et alatur. Sæpissime enim contingebat, ut mariti uxores prægnantes repudiarent, et deinde negarent liberos post divortium natos ex se esse natos. Et hinc eo casu venter inspiciebatur, an mulier prægnans esset; custodia ei adponebatur ne partus adulterinus supponeretur, et tunc si quid natum esset, maritus repudians id agnoscere et alere tenebatur. Fabula hæc longa est, et lepide describitur in *Tit. ff. de agnoscendo partu, ventre inspiciendo*, et sequentibus.

§. MCXLV. — MCXLVII.

Absolvimus tractationem de actionibus realibus. Sequuntur PERSONALES, quæ ex jure ad rem, s. obligatione nascitur. Obligatio omnis aut immediate ex æquitate est, aut ex lege, aut mediate ex facto obligatorio, eoque vel licito vel illicito, §. 771. seq. Quare eo ordine hanc materiam expendimus, ut consideremus 1) naturam actionum personalium, §. 1145. — 1147. 2); actiones personales quæ immediate ex æquitate naturali nascuntur, §. 1148. — 1154. 3); actionem ex lege ortam, §. 1155. 4); actiones ex facto obligatorio licito, §. 1160. — 1165. 5); actiones ex facto obligatorio illicito, §. 1166. — 1171. Quod I. ad naturam harum actionum personalium attinet, notamus 1), omnes vocari *condictiones*, quemadmodum reales vocantur *vindicationes*, §. 15. *Inst. h. t.* 2). Omnes nasci ex obligatione, s. ex jure ad rem 3). Eas nunquam dari adversus tertium possessorem, quo ipso maxime differunt ab actionibus realibus: sed adversus eos, quibuscum nobis negotium fuit, *L. 25. pr. ff. de O. et A.* Exceptæ tamen sunt quædam actiones *in rem scriptæ*,

quæ licet sint personales, tamen adversus quemcumque possessorem dantur, adeoque imitantur actiones reales. Earum catalogus est memoriæ infingendus, maxime cum non prolixus sit. Tales enim sunt (a) *quod metus causa* (b); *Paulliana*, de qua paulo ante (c); *ad exhibendum*; et (d) *aquæ et aquæ pluvie arcendæ* 4). Actiones personales itidem vel civiles esse, vel prætorias, §. 23. *Inst. h. t.* Hæc de natura harum actionum in genere.

§. MCXLVIII.—MCLIV.

II. Jam ad species actionum personalium progredimur, et quidem ad primam earum classem, ad quam referimus omnes, quæ immediate ex sola *æquitate naturali* nascuntur. Tales sunt 1) **ACTIO AD EXHIBENDUM**. Exhibere est rem mobilem publice conspiciendam dare. Ea actione opus est, si velimus rem mobilem vindicare, et nesciamus sitne vere nostra, nec ne. E. g. mihi furto sublatus est liber: audio Titium talem librum emisse, qui mihi ita describitur, ut meum illum esse putem; sed quia tamen certo id non scio, et Titius eum mihi non vult ostendere, instituere possum actionem ad exhibendum. Agit ergo ad exhibendum is, cujus ex jure in re interest contra quemlibet rei, quam meam puto, possessorem (esse enim illam in rem scriptam paulo ante vidimus) ad id, ut mihi res exhibeatur, vel ni exhibeatur, ad id quod interest. *L. 3. §. 4. L. 9. §. pen. L. 10. seq. ad exhib.* Unde ergo alter obligatus est ad rem mihi exhibendam ex sola æquitate, nempe ex regula illa, *quod tibi non nocet, et alteri prodest, ad id es obligatus* 2). Actio de edendo datur occasione negotiationis cum argentariis, qui auctoritate publica collybisticam exercent. Qui ergo cum illis negotiatus est, is habet actionem adversus eos eorumque hæredes, ut sibi rationes edant, vel præstent id, quod interest, *L. 4. pr. L. 6. ff. de edend.* 3). Interdicta. Quid enim æquius est, quam aliquem in possessione

defendi, donec alter jus suum via juris obtinuerit? Sed quia *de interdictis* singulari titulo infra agemus, nempe *Tit. XV.*, hic quidem verbum non addimus 4). RESTITUTIONES IN INTEGRUM. Quæ enim negotia jure summo et stricto subsistebant, ea prætor æquitate motus rescindebat, si justa causa eum moneret, et eo nomine dabat restitutionem in integrum. Justæ hujusmodi causæ sunt sex 2): vis et metus 2); dolus 3); minor ætas 4); absentia reip. causa 5); capitis deminutio, et 6) alienatio, judicii mutandi causa. Sed quum duæ postremæ hodie vix ullius usus sint, de quatuor prioribus tantum agemus a). Prima est actio quod metus causa. Si quis mihi vi et metu aliquid extorsit, tunc dispiciendum, sitne negotium b. f., an stricti juris? Si b. f. est negotium, tunc illud est ipso jure nullum, quia nihil magis b. f. contrarium est, quam vis et metus *L. 116. ff. de R. J.* Ergo hoc casu non opus est restitutione in integrum. Quod enim nullum est, cur rescinderetur? At ubi negotium est stricti juris, valet illud stricto jure, quia coacta voluntas etiam est voluntas, *L. 21. §. 5. ff. quod met. caus.* At prætor hujusmodi negotium rescindit data actione quod metus causa; quæ competit ei, cui vi et metu quid extortum, contra quemvis possessorem rei vi extortæ, (est enim et hæc actio in rem scripta) ad id, ut restituatur illa res, vel ni restituatur in quadruplum, *L. 9. §. 8. L. 12. L. 14. §. 7. ff. eod.* Cæterum hæc actio intra annum tantum utilem, (hodie quadriennium) in quadruplum, post annum in simplum tantum datur, *L. 14. §. 1. seq. §. 11. ff. eod.* Doctrinam de discrimine negotiorum b. f., et stricti juris in hac actione primus luculenter exposuit Noodtius *de form. emend. doli mali c. 16. p. 382. b).* Actio de Dolo Malo. Ea opus est ubi quis dolo alterius læsus est. Sed hic quoque distingue. Aut negotium est b. f., aut stricti juris. Si b. f., tunc dolus aut causam dedit contractui, aut incidit. Si causam dedit,



contractus est nullus, et hinc restitutione non opus est. Sin incidit, dolus emendatur actione ex illo contractu, *L. 7. pr. ff. de dolo malo*. Si vero negotium est stricti juris tunc prætor dat actionem de dolo; quæ competit læso, modo læsio 2. aureos saltem excedat, *L. 7. §. ult. ff. eod. contra lædentem dolo malo* (non ejus hæredem) ad rem dolo amissam cum omni causa restituendam, et ni restituatur, in id quantum actor in litem juravit, *L. 18. pr. ff. eod.* Et hæc actio durat biennium, *L. ult. C. eod. c*). Tertia actio, qua prætor succurrit MINORIBUS læsis, non habet singulare nomen, quia prætor non dat judicem pedaneum in hac causa, sed extra ordinem cognoscit, *L. 24. §. ult. de minor.* Sed datur hæc actio iis, qui in minorennitate læsi sunt, contra eos qui læserunt, ad id, ut negotium rescindatur, et minores integrum jus suum recipiant, *L. 12. L. 13. §. ult. L. 14. L. 24. §. 8, L. 28. ff. de minor.* Hæc actio durat quadriennio à tempore, quo majorenes facti, computando, *L. ult. C. de temp. in integr. restit. d*). ACTIO RESCISSORIA, qua absentes reip. causa, vel justimetus causa adversus præsentis, vel præsentis adversus absentes quoscumque restituuntur, pertinet quidem ad restitutiones in integrum, sed non est actio personalis, verum realis, de qua jam supra suo loco §. 1132. actum est. 5. CONDICTIO SINE CAUSA datur domino adversus eum, qui rem ejus sine causa possidet, ad illam restituendam, *Tit. ff. de condict. sine caus.* Ea quoque ex sola æquitate est, quia non patitur æquitas alterum rem meam cum meo damno possidere. 6). ACTIO PAULIANA, qua creditores revocant quod in fraudem eorum alienatum est. Sed de ea actione prolixè disseruimus ad §. 1141. Et similes. 7) ACTIO FAVIANA et CALVISIANA à prætoribus, qui eas introduxerunt, ita dictæ, quæ dantur patrono, cujus in fraudem libertus alienavit, ne sc. patronus pinguem hæreditatem reperiat, §. 112. 4. 5. contra quem-

libet earum rerum possessorem, ad res illas restituendas, *L. 1. §. 11. 12. 26. ff. si quid in fraud. patr.* Differentia autem inter has actiones hæc est, quod illa datur si patronus ex testamento succedit: hæc, nempe Calvisiana, si ab intestato hæres est, *L. 1. §. 5. 6. L. 3. §. 3. ff. eod.*

## §. MCLV.

III. In altera actionum personalium classe, quæ immediate *ex lege* dantur, una tantum occurrit actio, nempe *CONDICTIO EX LEGE*, quæ locum habet quoties 1) lex quædam novam obligationem introducit, et tamen 2) non certam et specialem actionem designat, qua illud jus persequendum sit, *L. un. ff. de cond. ex leg.* Sic e. g. donatio est pactum: pacta non producebant obligationem. At *L. 35. §. ult. C. de donat.* cautum est ut donator, qui promissit se donaturum, absolute ad traditionem teneatur. Quum itaque in dicta *L. 35.* certa actio non expressa sit, donatarius instituere debebit actionem vel conductionem ex *L. 35. §. ult. C. de donat.*

## §. MCLVI. — MCLIX.

IV. Tertia classis complectitur actiones personales *ex facto licito* ortas. Factum obligatorium licitum dicitur conventio: conventio est vel pactum, vel contractus: vel verus, vel quasi contractus: verus vel nominatus, vel innominatus: nominatus vel realis, vel verbalis, vel litteralis, vel consensualis. Expendemus ergo actiones 1) ex pactis, §. 1156. — 1159. 2) ex contractibus veris nominatis, §. 1160. — 1163. 3) ex nominatis, §. 1164. 4) ex quasi contractibus, §. 1165.

I. Pacta sunt vel nuda, vel non nuda. *Illæ* nullam producebant obligationem apud Romanos, sed exceptionem tantum: hodie omnia pacta deliberato animo iniã valide obligant. Ergo et actio inde nascitur, quam alii actionem ex stipulatu, alii conductionem ex moribus adpellandam existimant. Sed de nomine parum solliciti

sumus *Pacta non nuda* sunt, quæ actionem producant. Et quidem, quia illis vel lex, vel prætor, vel contractus, cui adjecta sunt, adsistit; ista vocantur *pacta legitima*, illa prætoria, hæc adjecta a). *Ex legitimis* pactis omnibus nascitur *condictio ex lege*: sed de ea diximus ad §. 1155. b). *Prætoria* pacta tria sunt: hypothecæ, constituta pecunia, et jurisjurandi extrajudicialis delatio. *Ex hypotheca* s. jure pignoris constituto **ACTIO QUASI SERVIANA**, s. **HYPOTHECARIA** oritur, sed ea huc non pertinet, quia realis est. Diximus de ea §. 1140. *Constituta pecunia* est pactum reiteratum, quo quis vel pro se, vel pro alio soluturum promittit. Quia itaque turpe prætori videbatur iteratam fidem falli, ex ejusmodi pacto repetito dabatur **ACTIONEM DE CONSTITUTA Pecunia** ei, cui constitutum, vel iterato promissum erat, contra constituentem ejusve hæredem, ad præstandum quod promissum, §. 9. *Inst. h. t.* Denique *ex jurisjurandi extrajudicialis delatione* nascebatur **ACTIO IN FACTUM DE JUREJURANDO**, quæ dabatur ei, qui deferente altero juraverat ibi deberi, contra deferentem hoc jusjurandum ad solvendum, quod actor sibi deberi juraverat, §. 11. *Inst. h. t.*, et hæc sunt actiones ex pactis prætoriiis c). *Pacta adjecta contractibus* h. f. Hæc quia contractibus his insunt, et veluti pro eorum arte habentur, eandem producant actionem, quam producant contractus quibus adjecta sunt. Hinc e. g. si pactum adjectum est emptioni, inde nascetur actio *empti*: si pignori, actio *pignoratitia*, &c. *L. 7. §. 5. ff. de pact.*

§. MCLX. — MCLXIII.

2) Hæc de actionibus, quæ ex pactis oriuntur. Sequuntur illæ, quæ *ex veris contractibus* nascuntur. Sed hic nobis licebit esse breviores, quia de omnibus jam supra suis titulis actum. Hic ergo tantum eorum catalogum texemus. Contractus veri sunt, vel nominati, vel innominati, §. 779. *Nominati*, vel reales, vel verbales, vel litterales, vel consensuales, §. 789. a) *Reales* sunt



quatuor, mutuum, commodatum, depositum, pignus. *Ex mutuo* nascitur actio vel **CONDICTIO CERTI EX MUTUO**, de qua diximus §. 796. *Ex commodato* datur **ACTIO COMMODATI directa et contraria**. De utraque diximus, §. 803. seq. *Ex deposito* datur **ACTIO DEPOSITI directa et contraria**, vel si res sequestrata sit, **ACTIO SEQUESTRARIA, directa et contraria**; quas descripsimus §. 814. 817. *Ex pignore* oritur **ACTIO PIGNORATITIA directa et contraria**; cujus naturam exposuimus §. 824. seq. b) **VERBALIS** contractus hodie est unicus, *stipulatio*; et actio, quæ inde nascitur, vocatur **CONDICTIO CERTI** vel **INCERTI EX STIPULATU**. De ea plus satis dictum, §. 834. seq. c) **LITTERALIS** itidem unus est, quando nempe quis chirographo suo fassus est se debere. Tunc si chirographum est biennio antiquius, adversus scribentem competit **CONDICTIO EX CHIROGRAPHO** quam explicavimus ad §. 894. I. d) **CONSENSUALES** contractus sunt quinque: emptio venditio, locatio conductio, emphyteusis, societas, mandatum. *Ex emptione venditione* emptor habet **ACTIONEM EMPTI**, venditor **Actionem venditi**, quarum utraque *directa est*. Eam descripsimus §. 912. seq. *Ex locatione conductione* datur locatori **Actio Locati**, conductori **Actio Conducti**, quæ itidem *directæ* sunt. De iis ex instituto diximus §. 927. seq. *Ex emphyteusi* nascitur **Actio Emphyteuticaria**, utrimque *directa*, de qua §. 939. *Ex societate* competit sociis inter se **Actio Pro Socio**, utrimque *directa*, cujus naturam explicavimus §. 951. seq. *Ex mandato agitur* **ACTIONE MANDATI**, et quidem mandati datur actio *directa*, mandatario *contraria*. De utraque vide §. 962. seq.

## §. MCLXIV.

Pergimus ad contractus *innominatos*, quorum 4. sunt, do ut des; do ut facias, facio ut des; facio ut facias. Ex his omnibus una et generalis actio nascitur, quæ vocatur **ACTIO IN FACTUM**, vel **PRÆSCRIPTIS VERBIS**:

vel quia in albo prætoris certa hujus actionis formula non exstabat, et hinc à juris perito quodam erant verba præscribenda, uti conjicit BARN. BRISSON. *de form. vet. Rom. L. V. p. 385.*; vel quia præmittenda vel præscribenda erant verba conventionis, iisque subjicienda actio in factum, ceu ex *L. 1. fin. ff. de præscript. verb.* colligit EM. MERILLIUS *Obs. L. VIII. c. 16.* Datur hæc actio in factum, vel præscriptis verbis, ei qui ex sua parte dedit vel fecit, adversus eum, qui se daturum facturumque promisit, ad contractum adimplendum, vel id, quod interest, *L. 5. §. 1. de præscr. verb.*

#### §. MCLXV.

4. Sequuntur *quasi contractus*; ubi denuo sufficit tantum catalogum tenere actionum, quia omnes jam supra suo loco descriptæ sunt. Tales quasi contractus sunt a) *Negotiorum gestio*, ex qua nascitur *Actio Negotiorum Gestorum directa et contraria*, quam descripsimus §. 972. seq. b) *Tutela*. Inde nascitur *Actio Tutelæ directa et contraria*, de qua vide supra §. 1176. seq. c) *Hæreditatis communitio*. Inde fluit actio *Familiæ Eriscundæ, mixta et duplex*, de qua ex instituto §. 982. d) *Rerum communitio*; unde actio *COMMUNI DIVIDUNDO*, quam explicavimus §. 983. e) *Hæreditatis aditio*, quæ producit actionem personalem *EX TESTAMENTO*, descriptam §. 897 f) *Indebiti solutio* ex qua *CONDICTIO INDEBITI*, de qua prolixè §. 991. g). *Exceptio rerum à nautæ, caupone, stabulario facta*. Inde est actio *DE RECEPTO* adversus nautas, caupones, stabularios, de qua abunde disseruimus §. 1121. *Curatio funeris*. Si enim quis impensas funeris fecit, antequam hæreditas adita, proprie nec mandatum est, quia nemo mandavit, nec negotiorum gestio, quia hæres nondum est, et defuncti negotium geri non potest. At prætor tamen dedit *ACTIONEM FUNERARIAM* ei, qui sumptus funeris fecit, adversus hæredem

qui adiit, vel eum ad quem pertinet funerandi officium ad sumptus illos restituendos, *L. 14. L. 15. ff. de religios.* Et hæc actio est privilegiata, ut actor præferatur omnibus aliis creditoribus.

## MCLXVI. — MCLXXI.

§. Superest quarta actionum personalium classis, quæ oriuntur *ex facto illicito, s. delicto*, quod est vel verum, vel quasi delictum, §. 1034. VERA sunt primum quatuor illa delicta privata, nempe a) *furtum*, ex quo nascitur **CONDICTIO FURTIVA**, quæ rei persequutoria est, et **ACTIO FURTI**, quæ ad pœnam datur. De illa egimus §. 1062. de hac §. 1063. b) *Rapina*, ex qua vel **FURTI MANIFESTI ACTIONE** agere possum, vel **VIS BONORUM RAPTORUM**, de scripta §. 1076. seq. e) **DAMNUM INJURIA DATUM**, quod vindicatur *actione ex L. Aquillia*, quam exposuimus §. 1087. et 1091. d) *Injuria*; unde **ACTIO INJURIARUM prætoria** et *ex L. Cornelia*. Utriusque naturam et differentias habes §. 1102. seq. Deinde sunt et alia quædam delicta, de quibus non in Inst., sed in Pand. agitur, veluti e) *albi corrupti*. Si quis enim ex albo prætoris, quod publice proponebatur in tabula vel pariete dealbato, et in quo edicta et formulæ actionum scriptæ erant, aliquid eraserat, deleverat, corruperat: unusquisque ex populo habebat **ACTIONEM DE ALBO CORRUPTO**, adversus corruptentem, ad D. solidos aureos, *L. 7. pr. ff. de jurisd.* Unde hæc actio popularis erat. f) *Delictum ejus, qui vel in magistratu jus novum et iniquum statuerat, vel à magistratu jus hujusmodi obtinuerat*. Contra illum competebat **Actio IN FACTUM** ad id, ut eodem jure uti cogeretur. En **JUS TALIONIS**, quod eleganter exprimit rubrica ff. *quod quisque juris in alterum statuit, ut ipse eodem jure utatur.* g) *Delictum ejus, qui jus dicenti non obtemperaverat, i. e. qui rem ad exsequutionem pervenire passus erat, vel exsequutioni plane restiterat.* Con-



tra eum dabatur *Actio IN FACTUM* in id, quod interest, *L. un. ff. si quis jus dic. h)* *Delictum eorum, qui in jus vocatum vi exemerant*, qui conveniebantur *Actione IN FACTUM* in id, quanti ea res ab actore aestimatur, *L. 5. §. 1. ff. ne quis eum, qui in jus. i)* *Delictum ejus, qui dolo malo veluti aliquid nuntiando effecerat, quominus quis in judicio sisteretur*. Et contra hunc dabatur *Actio IN FACTUM* ad id, quod intererat, *L. 3. pr. ff. de eo, per quem factio erit. k)* *Calumniæ*; cujus delicti rei sunt, qui pecuniam acceperunt, ut alicui lite calumniosa molestiam facerent vel non facerent. Contra hos dabatur *Actio IN FACTUM DE CALUMNIATORIBUS*, intra annum in quadruplum, post annum in simplum, *L. 1. pr. ff. de calumn. l)* *Delictum ejus, qui ob turpem causam accepit*. Sed hic distinguendum. Si enim qui dedit, in turpitudine versatur, nihil recipit: si uterque, nec sic quod datum est reneti potest, quia in dubio melior est conditio possidentis. Quod si autem turpitudine est penes solum accipientem, ei qui dedit competit *CONDICTIO OB TURPEM CAUSAM* contra eum qui accepit, ad rem restituendam. Cf. supra §. 992. *m)* *Delictum ejus, qui servum alienum corrumpit*. Corrupisse autem dicitur, qui eum quod animum reddidit deteriore, e. g. ei fugam persuadendo, ad furtum pelliciendo. Contra eum domino datur *Actio SERVI CORRUMPTI*, in duplum ejus, quo servus factus est deterior, §. 23. *Inst. h. t. n)* *Delictum mensuris*, qui falsum modum agri vel alterius fundi renuntiavit. Quum enim mensores essent veluti intermedium genus inter eruditos et idiotas; operæ eorum non videbantur plane illiberales, et hinc non quadrabat actio locati, quæ tantum ad operas illiberales datur. Prætor ergo dedit *actionem in factum*, ad id quod interest, i. e. ad resarciendum damnum, quod quis inde passus fuerat, *L. 1. pr. L. 3. §. 1. L. 5. §. 1. ff. si mens. fals. mod. o)* *Res amotæ*, de quibus et *actio-*

ne rerum amotarum disseruimus §. 1094. p) *Delictum de suspectis tutoribus*, quam actionem singulari titulo exposuimus ad §. 302. q) **ACTIO DE DISTRAHENDIS RATIONIBUS**, de qua itidem actum ad §. 263. Hæc vero delicta. *Ex quasidelictis* omnibus una nascitur **actio IN FACTUM**, quamvis ea varia cognomina sortiatur. Sic hactenus actionem in factum contra iudicem litem suam facientem; actionem in factum de effusis et dejectis; actionem in factum de suspenso et deposito; actionem in factum adversus nautas, caupones et stabularios; de quibus omnibus sigillatim egimus §§. 1113. 1115. seq. 1118. 1122.

### §. MCLXXII.—MCLXXIV.

II. Absolvimus primam actionum divisionem, secundum quam actiones sunt vel personales, vel reales. Sequitur secunda, secundum quam aliæ sunt **ACTIONES REI PERSEQUUTORIÆ**; aliæ **PŒNALES**, aliæ **MIXTÆ**. *Rei persecutoriæ* sunt, è quibus tantum persequimur id quod nobis debetur, vel è patrimonio nostro abest. Et tales sunt 1) omnes actiones reales 2). Omnes actiones ex æquitate naturali, pactis et contractibus, excepta unica *actione depositi miserabilis*, quæ ubi depositarius illud dolose negat, datur in duplum, adeoque simul pœnalis est, §. 812. 3). *Ex delictis pure rei persecutoriæ* sunt duæ actiones, nempe *condictio furtiva*, de qua §. 1062., et *actio rerum amotarum*, de qua §. 1044. *Pœnales* sunt, quibus solum pœnam persequimur. Tales non adeo multæ sunt, eæque ex solis delictis nascuntur. In primis huc pertinent *actio furti*, §. 1063., *actiones injuriarum*, §. 1102. seq., *actio de albo corrupto*, §. 1168, *actio de posito et suspenso*, §. 1118., et denique *actio de effusis et dejectis*, si liber homo occisus, §. 1115. *Mixtæ* sunt quibus rem, qua nobis abest, vel pœnam simul persequimur. Tales sunt 1) *actio depositi miserabilis*: quadru-

plum consequimur, in quo et res et pœna inest, §. 812. 2) actio de legatis venerabilibus locis relictis, s. ut vulgo dicunt, ad pias causas. Si enim hæres vel neget se hoc legatum debere, vel moras nectat, quominus id justo tempore solvat: in duplum condemnatur, quod et legatum et pœnam continet, §. 19. *Inst. h. t.* 3) Omnes actiones reliquæ ex delictis, et quasi delictis, de quibus ex instituto egimus §. 1166. seq. Cæterum inter has actiones sunt quædam differentiæ notabiles. Nam 1) actiones rei persecutoriæ semper perpetuæ sunt, i. e. 30. annos durant, vel saltem longum tempus, si reales sunt: pœnales et mixtæ tum demum perpetuæ sunt, si civiles sunt; non, si ex edicto prætoris nascuntur, siquidem tunc ordinariæ anno expirant 2). Actiones rei persecutoriæ et hæredibus et adversus hæredes dantur: pœnales et mixtæ non dantur adversus hæredes; imo si ad solam vindictam comparatæ sunt, ne hæredibus quidem 3). Actiones rei persecutoriæ, quamvis dolus concurrat, ordinariæ non infamant, *L. 36. ff. de O. et A.*, exceptis quatuor contractibus famosis, *tutela, deposito, societate, mandato*, §. 784: ex pœnalibus et mixtis pleræque infamant.

§. MCLXXV.—MCLXXX.

III. Proximum est tertia actionum divisio, quod aliæ sin *IN SIMPLUM*, aliæ *IN DUPLUM*, aliæ *IN TRIPLUM*, aliæ *IN QUADRUPlum* conceptæ, §. 21. *Inst. h. t.* Ultra enim hanc quantitatem nunquam jus Romanum in pœnis pecuniariis adsurgit. Contingit quidem aliquando, ut universa bona publicentur, et in fiscum incidant, veluti ob perduellionis s. majestatis crimen. Sed nos hic non loquimur de publicis judiciis, sed de actionibus privatis, de quibus descripta est regula verissima 1). *In simplum* conceptæ sunt a) omnes actiones rei persecutoriæ. His enim non de lucro captando, sed de evitando damno ago, adeoque simplo contentus esse debeo. Quænam autem sint actiones



rei persecutoriæ, diximus §. 1173. b). Quædam pœnales mixtæ annuæ, quæ intra annum quidem in quadruplum vel duplum, elapso autem anno in simplum dantur. Tales supra esse diximus actionem vi bonorum raptorum, §. 1076. seq., actionem, quod metus causa §. 1151., actionem de calumniatoribus, §. 1169. 2) *Actiones in duplum* sunt duplices. Aut enim statim ab initio duplum petere possum, aut ob inficiationem vel moram: quo posteriore casu lis inficiando vel mora crescere dicitur. Prioris generis sunt actiones furti nec manifesti, §. 1058., servi corrupti, §. 1159. 8., de distrahendis rationibus, §. 263, et similes. Posteriores sunt actio ex L. Aquillia, §. 1093. et actio de legatis locis venerabilibus relictis, §. 1174. 3) *In triplum* jus Justinianæ unam memorat actionem, quæ hodie nullius usus est; quæ dabatur adversus eum, qui majorem justo æstimationem libello complexus erat eum in finem, ut viatores vel exequutores litium amplio rem summam sportularum nomine exigerent, §. 24. *Inst. h. t.* Sed quum hodie non amplius impensæ litis pro rata summæ libello comprehensæ, sed secundum veritatem exigantur: ejus actionis ne potest quidem usus ullus esse 4). *In quadruplum* itidem quædam actiones ab initio dantur, quædam ex post facto propter contumaciam. Prioris generis exempla habuimus in actione furti manifesti, §. 1058., vi bonorum raptorum §. 1076., de calumniatoribus, §. 1169. Posterioris exemplum præbet actio quod metus causa, quæ ab initio tantum id operatur, ut judex rem vi et metu ereptam restitui jubeat; si autem reus huic judicis arbitrio non obtemperat, ob contumaciam in quadruplum condemnatur, §. 1151. Sed tota hæc divisio hodie in foro non adeo magni usus est 1), quia plerumque statuta pœnam pecuniariam certa quantitate definiunt, partim 2) quia ex consuetudine nostrarum rerum publicarum raro pœnâ actori adjudicatur, sed plerumque eam fiscus capit.

\*

IV. Sequitur quarta actionum divisio. Aliæ enim actiones sunt BONÆ FIDEI, aliæ STRICTI JURIS, aliæ, ARBITRARIÆ. Ergo hic dispiciemus 1) differentiæ hujus originem, §. 1181.—1184. 2) quid sint hæ actiones, §. 1185. 3) quænam sint b. f., stricti juris, arbitrariæ, §. 1186.—1189. 4) quomodo effectu differant, 1190.—1191. 5) quibus, exemplo Justiniani subjiciemus adpendicem de pluris petitione, §. 1192. 1196. I.) *Origo hujus differentiæ* repetenda est à veteri litigandi modo. Magistratus Romani non ipsi litem totam dirigebant, sed ubi in jus vocatio facta fuerat, ad eorum tribunal vadimonium concipiebatur, i. e. reus satisdabat, se perendie iterum adfuturum. Ubi dies ille venerat, præco elata voce citabat reum, quo præsentem actor brevi formula instituebat actionem, e. g. *Ajo te mihi centum debere ex mutuo*. Reus itidem formula brevissima excipiebat, e. g. *et ego nego, nisi quod ex Scto. Macedoniano filiusfam. non tenetur*. Actor replicabat: *At ego ajo te, quum tui juris esses, huic exceptioni renuntiasset*. Reus duplicabat: *At ego me renuntiasset nego*. Sic prætor statim intelligebat jura partium, et omnem controversiæ statum. Quia ergo cardo totius rei in eo vertebatur, an reus exceptioni Scti. Macedoniani, quum jam sui juris esset, renuntiasset, eaque quæstio facti esset: nihil supererat, quam ut in veritatem hujus facti inquireretur. Id vero non ipse prætor faciebat, sed dabat virum quemdam juris peritum, qui testes audiret, et ferret sententiam. Et hic in negotiis stricti juris vocabatur *judex*, in negotiis b. f., et arbitrariis *arbiter*. In jure autem nostro adpellantur indistincte *judices pedanei*, quia non sicuti prætor, in tribunalibus jus dicebant, sed in subselliis sub tribunali prætoris positus, adeoque ad ejus veluti pedes. Præclare hac de re egerunt triumviri doctissimi Franc. Polletus in *historia fori Romani*, Geth. Noodt. in opuscu-

lo de jurisdictione, L. 1. c. 3. seq., et Christoph. Cellarius de ordine judiciorum Romanorum. Ne autem iudices in ferenda sententia suo arbitrio omnia agerent, prætor ipsis præscribebat formulam, et ea triplex erat. Vel enim certam summam exprimebat, in quam reus esset condemnandus, e. g. *si paret* (i. e. si ex probatione adparebit) *Titium Mævio debere centum, et Titium exceptioni S. Cti. Macedoniani renuntiasset, tu illum in centum condemna*. Si hoc factum erat, actio dicebatur *stricti juris*, et tunc iudex ita formulæ adscriptus erat, ut ultra centum nihil adjudicare posset, neque usuras, neque fructus, neque impensas. Vel prætor in formula non exprimebat certam summam, sed iudici potestatem dabat, ex æquo et bono judicandi. Et tunc formula erat: *Si paret, Titium Mævio exempto debere, tu illum, quantum ex fide bona illum dare oportebit, in tantum condemna*. In actione rei uxoriæ loco verborum, *ex fide bona*, utebatur formula, *quantum æquius melius*; in contractu fiduciæ veteri, de quo §. 195., verba recepta erant, *ut inter bonos bene agere oportet*. Et si hujusmodi formula esset adhibita, contractus dicebatur *bonæ fidei*; et tunc iudex præter summam debitam, et alia adjudicare poterat, veluti usuras, fructus, id quod interest, damna &c. Vel denique prætor in formula sua duos constituerat casus, et primum iudicem jubebat, ut condemnaret reum ad rem restituendam; deinde, si contumax esset reus, neque restituere vellet, iudici potestatem dabat eum in plus condemnandi. Formula tunc talis erat: *Si patet Titium Mævio vi et metu extorsisse centum, illos restitui jube. Quod si arbitrio tuo non restituet, in quadruplum illum condemna*. Tunc actio dicebatur *arbitraria* quia iudex primum arbitrari poterat quantum debeat restitui, ac deinde, ubi arbitrio isti obtemperatum haud esset, illum in plus poterat condemnare: non quidem semper in quadruplum, sed aliquando, quantum in litem jurasset actor. Ergo origo



totius hujus differentiæ actionum repetenda est à formulis diversis, quibus prætor in dando iudice pedaneo vel arbitro utebatur. II.) Jam ergo facile etiam patet, qui sint hæ actiones. Docebunt hoc definitiones. *Actio stricti juris* est, in qua potestas iudicis formulæ, vel hodie conventioni partium, ita adstricta est, ut non possit ultra certam et expressam quantitatem quidquam adjudicare, *L. 99. de V. O.* *Actio bonæ fidei* est, in qua iudici vel arbitro permittitur, ut ex æquo et bono æstimet quantum alter alteri ex æquo et bono facere debeat, §. 30. *Inst. h. t.* *Actio arbitraria*, in qua iudex vel arbiter primum ex æquo et bono æstimat quantum restituendum sit; ubi vero reus non obtemperat, eum ob contumaciam in plus condemnat, e. g. in quadruplum, vel in quantum actor in litem juravit, *Theophil. in paraphr. §. 31. Inst. h. t. III.*) Sed quæritur porro, quænam actiones fuerint bonæ fidei, stricti juris et arbitrariæ? An in prætoris arbitrio erat positum primam, an alteram, an tertiam formulam vellet præscribere? Minime, sed observabat certas regulas. I.) *Quoties actio nascitur ex negotio unilaterali, toties ea est stricti juris.* Hinc facile patet, cur actiones ex mutuo, ex stipulatu, ex chirographo, ex indebito, ex testamento sint stricti juris: Nullum enim horum negotiorum mutuas habet obligationes et præstationes, sed omnia sunt unilateralia 2). *Quoties actio oritur ex negotio bilateralis, ubi mutua sunt obligationes, toties actio illa est bonæ fidei.* Longum et accuratum harum actionum catalogum texit Justinianus §. 28. *Inst. h. t.*, quem repetimus §. 1186, et supplemus una actione, nempe *funeraria*. Ea enim in isto catalogo non omissa est, sed sub actione negotiorum gestorum comprehenditur. Jam quisquis illum catalogum consideraverit, deprehendet, negotia omnia, ex quibus illæ actiones oriuntur, esse bilateralia 3). De arbitrariis nulla certa est regula, sed tantum pauca sunt actiones, quæ arbitrariæ vocantur,

et eæ notandæ sunt tanquam exceptiones à regula. Sunt earum octo. a) *Omnes actiones reales*, præter hæreditatis petitionem; (b) *actio quod metus causa*, §. 1151; (c) *actio de dolo*, §. 1152; (d) *actio ad exhibendum*, §. 1148; (e) *actio de eo quod certo loco*, qua agit is, cui certo loco solutio promissa contra non solventem promisso loco, ad id quod interest; (f) *actio redhibitoria*, §. 1163; (g) *actio finium regundorum*, qua is, qui confinem agrum possidet, confusis finibus, agit adversus confinem, ut agrorum fines restituantur; et denique (h) *actio Favianæ et Calvisianæ*, de quibus supra actum, §. 1154.

Una superest actio *ex stipulatu de dote*, quæ à Justiniano inventa, *L. un. C. de rei uxor. act.* §. 29. *Inst. h. t.* Singularis admodum naturæ est. Olim finito matrimonio sive per mortem sive per divortium, uxor habebat *actionem rei uxoriæ* adversus maritum ejusve hæredes, ad repetendam dotem, donationem propter nuptias, et alia, quæ uxori ex pactis dotalibus debebantur, consequenda. Hæc actio erat bonæ fidei, et præterea ita privilegiata, ut uxor actrix reliquis omnibus creditoribus præferretur. At Justinianus noster, nescio qua de causa, mutationem minus necessariam suscepit, et abolita illa actione voluit, ut uxor hoc casu haberet actionem *ex stipulatu de dote*, et hæc actio omnes haberet qualitates rei uxoriæ. Ergo inde evenit, ut hæc actio ex stipulatu de dote sit veluti monstrum actionis ex meris contradictoriis conflatum. Nam 1) alias actio ex stipulatu est stricti juris, quia datur ex negotio unilaterali, §. 1187: hæc autem est bonæ fidei, et ex negotio bilaterali, nempe ex pactis dotalibus, oritur 2). Actio ex stipulatu, alias oritur ex sola stipulatione verbis sollemnibus facta, §. 829: hæc oritur ex pactis dotalibus, licet nulla stipulatione firmatis 3). Alias actio ex stipulatu, quia stricti juris est, nullo gaudet privilegio: hæc privilegiata est, et mulier habet jus prælationis.

Quid ergo reipublicæ interfuit, actionem aboleri et aliam incommodiorem et negotio parum concinnam substitui? Sed ita voluit sacratissimus Imperator Flavius Justinianus.

IV.) Porro quæritur, quomodo actiones bonæ fidei, stricti juris et arbitrariæ differant? Resp. 1) Arbitrariæ, ut diximus, in eo differunt à reliquis, quod in aliis actionibus b. f., et stricti juris condemnatio fit simpliciter; in his, si arbitrio judicis non sit obtemperatum 2). Actiones autem et b. f., et stricti juris in eo discrepant (a), quod in his dolus et metus restitutionem in integrum, in illis dolus negotium reddit ipso jure nullum (b): Quod in his nullæ usuræ debentur nisi promissæ; in illis etiam non promissæ, vel ob solam moram (c): Quod in his pacta adjecta tantum producant exceptionem; illis hæc pacta ipso jure insunt, et actionem ex contractu, cui insunt, producant. Sed aliæ quædam differentiæ sunt, sed subtiliores et hodie non magni usus, quibus non immoramur.

§. MCXCII.—MCXCVI.

V.) Superest appendix hujus quartæ divisionis actionum, quam exemplo Justiniani huic tractationi subjungimus, nempe DE PLURIS PETITIONE. Ubi observandum: 1) actorem semper debere certam summam petere, si fieri possit. Non sufficit ergo dixisse: Titius mihi multum debet, sed est exprimendum quantum debeat, e. g. Titius mihi debet 600. Alias enim nec judex posset certam sententiam ferre, quod tamen fieri debet, §. 32. *Inst. h. t.* Dico autem, *si fieri possit*. Nam in quibusdam actionibus est hoc impossibile, e. g. in actionibus hæreditariis, et aliis universalibus. Hic enim hæres petit hæreditatem, quamvis ejus genuinam quantitatem ignoret, quanta autem futura sit, ex inventario postea adparebit 2). Observandum, olim hoc strictum jus fuisse, et qui vel numulo plus petiisset, quam debebatur, is causa caderet, §. 34. *Inst. h. t.* Plus autem petebatur, vel



Re, si major quantitas peteretur, e. g. 500 flor. pro 400: vel Tempore si citius peteret, et antequam dies venisset, e. g. si 100 petam hoc die, qui post annum demum solvendi erant: vel Loco, si alio et incommodiore loco perat, quam ubi ex contractu erat solvendum, e. g. 100 petit Lipsiæ, quæ Franequeræ solvi debent: vel denique CAUSA, si pure petit, quæ sub conditione debentur; si abscisse Stichus petitur, quum alternative Stichus vel Dromo esset promissus; si species petitur, e. g. Cujacii opera, quum genus, nempe liber, esset promissus, §. 33. *Inst. h. t.* His ergo omnibus casibus jure vetere causa cadebat 3). Observandum, Zenoni hoc paulo durius esse visum, et hinc illum vetuisse, *L. 12. C. de plur. pet.*, ne quis ob pluris petitionem causa caderet, sed tantum pœnam proposuisse plus petentibus. Nempe (a) si quis plus tempore vel citius justo petiisset, pœna erat, ut tempus duplicaretur: e. g. debebat quis post annum, creditor anno citius petebat, jam biennium expectare tenetur, in pœnam, sed tamen causam non amittit (b). Si loco plus petiisset, volebat, ut actione de eo quod certo loco conventus, tanto minus solveret, quantum ejus interesset, justo loco solutum esse (c). Si quis re vel causa plus petiisset, ex constitutione Justiniani in triplum condemnabatur ejus, quod plus petierat. Ita Zeno imperator sanxerat. Sed 4) observandum, hodie tam periculosam non esse pluris petitionem, modo quis emendet libellum ante sententiam. *Emendare* autem libellum est aliquam circumstantiam in libello positam corrigere. Et hoc actor, ut dixi, impune facit ad sententiam usque. Contra non tam impune licet *mutare* libellum, i. e. genus totum actionis immutare, et e. g. actionem ex stipulatu substituere in locum actionis ex mutuo. Potest id facere actor ante litis contestationem, at post litis contestationem non admittetur libellus mutatus, nisi actor reo omnes litis impensas restituerit. Sed de hoc plura pragmatici.

V. Superest quinta actionum divisio, de qua in hoc titulo agitur, eaque facillima. Nimirum actionibus aliis **SOLIDUM** consequimur, aliis **MINUS QUAM SOLIDUM**, §. 36. *Inst. h. t.* Solidum, si totam rem consequimur ordinarie omnibus actionibus, tum in rem, tum in personam; et hæc est regula. Sed sunt quidam casus, ubi minus quam solidum consequimur; et hi pertinent ad exceptiones à regula. Ergo has tantum exceptiones memoria tenere debemus.

1.) Primus casus est in actione *de PECULIO*. Ea competit, si filiusfamilias, vel servus habuit peculium profectitium, et in eo negotiatus est. Si enim tunc æs alienum contraxit, creditores actionem instituunt adversus patrem vel dominum, ut tantum solvat quantum est in peculio. Si ergo minus est in peculio quam debetur, tunc creditores minus quam solidum consequuntur. Sed de ea actione dicemus capite seq. §. 1219.

2.) Alter casus est in **COMPENSATIONE**. Compensatio est mutui debiti et crediti contributio. Et hinc illa est instar solutionis, et obligationem ipso jure minuit, saltem ad summam concurrentem. Jam fingam, Titium agere adversus Mævium, quod is sibi debeat mille, Mævium autem probare, quod Titius sibi vicissim debeat 600.; tunc ista summa compensabitur, et hinc Titio tantum adjudicabuntur 400., i. e. minus quam solidum. §. *pen. Inst. h. t.*

3.) Tertius casus est **BENEFICIUM COMPETENTIÆ**; quod est privilegium personale, quo qui gaudet non potest condemnari nisi in quantum facere potest, i. e. ut ne plane esurire cogatur. Hoc privilegio gaudent quidam a) ob necessitudinem; nempe (α) cognati ad secundum gradum, parentes, liberi, fratres. (β) adfines in primo gradu, ut socer et gener; itemque (γ) patroni, qui libertis parentum loco sunt, §. III. (δ) conjuges et socii, quia sibi fratrum loco sunt,

§. 942. L. 63. pr. ff. pro soc. b) Quidam hoc privilegium habent ob militiam, nempe milites, L. 7. L. 18. ff. de re jud.; quod frustra extendunt ad nobiles, advocatos, clericos, doctores, quia privilegia interpretationem extensivam non admittunt, §. 60. c). Ob beneficium hoc privilegio gaudent donatores, si ex donatione vel liberalitate sua conveniuntur, L. 19. §. 1. L. 49. L. 50. ff. de re jud., quod privilegium D. Pium concessisse donatoribus, ex L. 28. de reg. jur. discimus. d). Denique quibusdam hoc privilegium ob calamitatem indulgetur, nempe ( $\alpha$ ) exhæredatis; ( $\beta$ ) iis qui se hæreditate paterna abstinerunt; et ( $\gamma$ ) iis, qui bonis cesserunt, i. e. qui cum ob varias calamitates sine culpa sua solvendo non sint, bona sua omnia creditoribus obtulerunt; quod *flebile beneficium et lamentabile adjutorium* in jure nostro vocatur. His ergo omnibus, ex quocumque contractu conventis, tantum est relinquendum ne esuriant, i. e. habent beneficium competentia. Posses objicere, exhæredatos indignos esse hoc beneficio, quia exhæredatio non fiat, nisi ob insignem ingratitude, §. 529. Deinde nec dignos eo privilegio videri eos, qui se paterna hæreditate abstinerint, quum sibi imputare debeant quod id fecerint. Sed respondemus: Quod ad exhæredatos adinet, id quidem hodie verum esse, postquam Justinianus in Nov. 115. lege publicavit, ne exhæredatio fieret nisi ob causas ingratitude. Sed quum olim parentes liberos suo arbitrio exhæredarent, etiam innocentes, §. 520., eo tempore sane commiseratione digni erant. Quod autem ad abstinentes hæreditate paterna attinet, facile patet neminem fore tam stolidum, ut se à paterna hæreditate absteineat, nisi plus æris alieni sit, quam lucri. Atqui hoc quoque casu commiseratione dignum esse filium, nemo cui sana mens est, negaverit.



## TIT. VII.

QUOD CUM EO, QUI IN ALIENA POTESTATE EST, NEGOTIUM GESTUM ESSE DICITUR.

## §. MCCIV.—MCCVI.

**A**bsolvimus titulum Institutionum prolixissimum, quo quinque actionum divisiones explicantur. In hoc et duobus sequentibus titulis *SEXTA* sequitur *actionum divisio*. Omnes enim actiones aut *ex facto nostro* oriuntur, aut *ex alieno*, et quidem vel servi, vel filii familias, vel pecudum nostrarum. Et hinc (a) agitur de actionibus, quæ adversus patrem vel dominum dantur ex filiorum familias vel servorum contractibus *Tit. VII.* (b); de actionibus, quæ dantur adversus dominum vel possessorem ex servorum delictis *Tit. VIII.* c); de actionibus, quæ adversus possessorem dantur ob damnum à pecude ejus datum *Tit. IX.* Hoc igitur titulo agitur de actionibus ex contractibus filiorumfam. vel servorum nostrorum nascentibus: ubi quæritur ( $\alpha$ ), cujus naturæ sint hæ actiones? et ( $\beta$ ) cur ex facto filii pater, ex facto servi dominus conveniri possit?

I. Ad priorem quæstionem respondemus: actiones omnes, de quibus hoc titulo agitur, esse *ADJECTIVÆ QUALITATIS*, i. e. esse genus aliquod summum, sub quo variæ actionum species comprehendantur, et tot quidem, quot sunt contractus et quasi contractus. E. g. *actio de peculio* est genus, si filius Titii mihi debet ex mutuo, ego adversus patrem conditione ex mutuo de peculio; sin debet ex empto, instituo actionem venditi

de peculio; sin ex conducto, habeo actionem locati de peculio. Ergo de peculio est tantum qualitas adjectitia, quæ actionibus ex contractu, discriminis causa, adjicitur. Et sic reliquæ etiam hujus tituli actiones se habent.

II. Ad posteriorem quæstionem, cur pater vel dominus ex contractibus filiorum et servorum teneantur, respondemus, hujus rei duplicem esse causam, *remotior* alteram, alteram *proximam*. Remotior est, quia vinculum potestatis inducit unitatem personæ, et hinc pater et filius, dominus et servus pro una persona habentur; ergo et quod filius vel servus egerunt, pater vel dominus egisse videntur. Sed hæc ratio nonnisi remota est, quia inde etiam colligi posset patrem ex filii delicto posse conveniri. Et id olim fieri poterat, §. 7. *Inst. de nox act.* Sed postquam id mutatum, proprior ratio erit indaganda. Et ea quidem est quadruplex 1): Si pater filium, dominus servum contrahere jussit 2); si pater vel dominus filium vel servum negotiationi præposuit 3); si pater vel dominus filio vel servo eo consilio peculium dedit, ut in eo negotientur 4); si quod ex contractu filii vel servi acquisitum, in rem patris vel domini conversum. Et hinc jam ratio redditur omnium actionum, de quibus agitur hoc titulo; cujus partes sunt sex. Agitur enim 1) de actione *quod jussu* §. 1207. seq.; 2. de actione *exercitoria et institoria* §. 1209. — 1215. 3); de actione *tributoria* §. 1210. 1218. 4); de actione *de peculio* §. 1219. seq. 5); de actione *de in rem verso* §. 1221. seq. 6); de *SC. Macedoniano* §. 1223. — 1227.

§. MCCVII. et MCCVIII.

I. Prima Actio est *Quod Jussu*, quæ ita ab initialibus edicti prætorii verbis appellatur. *Jussum* autem à mandato differt. Mandatum enim est contractus, qui consensum duorum requirit. Quum vero pater et filius, dominus et servus non sint duæ, sed una persona, non

potest inter eos mandatum intercedere. Ergo jussum vocatur præceptum, quod patres liberis, domini servis dant. Jam quum, si pater jubet filium contrahere, vel dominus servum jubet negotiari, perinde sit ac si pater ipse contraxisset, vel dominus negotiatus esset: prætor dat eo nomine actionem quod jussu. Eam instituunt illi, qui cum filio vel servo jussu patris vel domini contraxerunt, adversus patrem vel dominum, qui jussit, eorumve hæredes, ut contractum in solidum impleant, quem iniri jusserint, §. I. *Inst. h. t.*

§. MCCIX.—MCCXV.

II. Sequuntur actiones EXERCITORIA et INSTITUTORIA, ad quarum intellectum juvat vocabulorum quorundam explicationem præmittere. EXERCITOR vocatur, qui navem vel suam, vel per aversionem conductam, mercibus instruit et eam mari immittit, ita ut ad eum quotidianæ navis obventiones et redditus pertineant. In vernacula vocatur de Reder, germ. *der Husvader*. Quem hic exercitor navi suæ præponit, ut negotiationi maritimæ præsit, vel quem hic navi præpositus in locum suum substituit, is in jure nostro vocatur *magister navis*, sive sit paterfamilias, sive filius familias, s. liber s. servus, s. proprius s. alienus, s. minorennis s. major, *L. 1. §. 3. 4. 5. ff. de exerc. act.* Quem mercator tabernæ suæ mercatoriae præficit, ut ejus nomine negotiationi tabernariæ præsit, is vocatur INSTITOR ab instando, quod uti græcum ἐπιστάται, significat mercaturam facere, vel negotiari. Vid. Voss. in *Etymol. v. institor*. Nec hic interest paterfam. sit, an filiusfamilias, servus an liber, proprius an alienus, minor an majorennis, *L. 18. ff. de Inst. act.* Germanis vocatur *ein Factor*. Denique condiciones, quæ et magistro navis et institori præscribuntur, et quas in negotiando observare debent, vocantur LEX PRÆPOSITIIONIS, Belgis die Commissie, Germ. *die Instruction*. Jam si e. g. mercator Amstelodamensis navem in His-



paniam misit, eique præposuit magistrum, et Hispani mercatores cum hoc magistro contraxerunt, jure civili Hispani non habent actionem ullam adversus mercatorem Amstelodamensem, quia cum eo non contraxerunt, sed cum magistro. At prætor æquitatem sequutus dedit iis actionem *exercitoriam*, adeoque ea competit iis, qui cum magistro navis secundum leges præpositionis contraxerunt, adversus exercitorem, vel si plures sint exercitores adversus singulos in solidum, ad contractum à magistro navis initum implendum, §. 2. *Inst. h. t.* Ejusdem natura est *institoria*. Is enim, qui cum institore tabernæ præposito contraxit, modo contraxerit secundum legem præpositionis, hanc actionem instituit adversus mercatorem, qui eum præposuit, vel si plures præposuerint, adversus singulos in solidum, eorumve hæredes, in id ut contractum ab institore initum impleant, §. 2. *Inst. h. t.* Subjungimus de utraque actione aliquot observationes 1). Quod in arbitrio actorum sit, velintne cum magistro, vel institore agere, an cum exercitore vel mercatore. Actio enim à prætore concessa non tollit actiones directas, quas quisque habet adversus eum, quocum contraxit. Attamen qui cum magistro navis vel institore agere volunt, id agere debent, dum adhuc officio illi præsent. Eo enim finito amplius convenire nequeunt, *L. ult. ff. de inst. act.*, quia redditis rationibus et instrumentis non amplius se possent defendere 2). Has actiones introductas esse in favorem eorum, qui cum magistro vel institore contraxerunt, non in favorem exercitorum vel mercatorum præponentium, et hinc illos quidem posse agere adversus præponentes, non autem præponentes adversus illos, nisi aliter rem suam servare nequeant, *L. 1. L. 2. ff. de Inst. act.* 3.) Non dari has actiones ex magistri vel institoris delicto, nec ex contractibus: qui ad eorum officium non pertinet; quia præponentes tantum tenentur ex lege præposi-

tionis 4). Hodie in Belgio has actiones, si plures sint præponentes, non dari adversus singulos in solidum, sed pro rata docuit Vinn. *ad Peck de re naut. ad L. 4. ff. de exerc. act.* Sed ita fit, ut si e. g. mercatores tres, unus Amstelodamensis, alter Roterodamensis, tertius Middelburgensis navem instruxerint, eique præposuerint magistrum, et cum hoc mercator Hispanus contraxerit, is tria fora sequi debeat, Amstelodamense, Roterodamense et Middelburgense. An vero id æquum est, exteros tot litibus tamque molestis distrahi? Defendit hanc praxim Grotius *de J. B. et P. lib. II. C. XI. §. 23.* Sed non adeo mirandum, Belgam laudare mores Belgicos.

### §. MCCXVI. — MCCXVIII.

III. Proxima est actio **TRIBUTORIA**, hodie nullius usus. Apud Romanos si filiusfamilias in peculio profectitio negotiatus æs alienum contraxerat, et creditores urgebant solutionem; non iudex adeundus erat, sed pater tanquam iudex liberorum domesticus. Is ergo obstrictus erat, ut merces peculiares, non ipsum peculium, inter creditores pro rata distribueret; idque vocabant **TRIBUERE**. Jam sæpe contingebat, ut pater iniquus esset, et æquitatem in distribuendo non observaret, uni plus, alteri minus tribuendo. Eo casu creditoribus dabatur actio *tributoria*, quæ competeat creditoribus, quibus male distributæ erant merces peculiares filii vel servi, contra patrem vel dominum inique distribuentem, §. 3. *Inst. h. t.* Sed omnia hodie aliter se habent. Filii et servi nostri raro à patre vel domino accipiunt peculium, in quo negotientur. Si negotiantur, plerumque separatam instituunt œconomiam, et sic tacite exeunt è patria potestate, §. 199. Denique nostris temporibus, si concursus creditorum oritur, non pater vel dominus distribuit creditoribus merces peculiares, sed iudex. Ex quibus omnibus per

se patet, actionis hujus usum hodie plane nullum superesse.

§. MCCXIX. et MCCXX.

IV. Quinta est actio DE PECULIO. Peculium vocatur quidquid filiusfamilias, vel servus separatim habet à rationibus paternis, §. 473. Quum vero illud ratione filii sit multiplex, et in *militare* et *paganum*, illud in *castrense*, et *quasi castrense*, hoc in *profectitium*, et *adventitium* dividatur: hic tantum intelligitur *profectitium*, i. e. quod è re patris ad filium proficiscitur. Quod si itaque pater filio, vel dominus servo, peculium aliquod dedit, ut in eo negotietur, et filiusfamilias æs alienum contraxit: tunc creditores, quibuscumque aliquid ex contractu filii vel servi debetur, habent actionem de peculio adversus patrem, vel dominum, eorumve hæredes, in id quantum est in peculio §. 4. *Inst. h. t.* Tenentur ergo pater et dominus peculio tenus, et si parum vel nihil in peculio est, etiam parum vel nihil solvunt. Ex quo facile intelligitur, cur supra §. 1197. hanc actionem retulerimus inter eas, quibus minus quam solidum aliquis consequatur. Cæterum ob easdem rationes, quas paulo ante de actione tributoria adduximus, facile colliges, hujus quoque de peculio actionis non adeo magnum usum esse. Si tamen hodiernum pater filio, vel dominus servo, det peculium, nullum est dubium, quin, qui cum filio vel servo contraxerunt, hodiernum hac actione experiri possint: quamvis de servo casus hic obtingere vix possit.

§. MCCXXI. et MCCXXII.

V. Ultima actio huc pertinens est DE IN REM VERSO. *In rem verti* est in utilitatem alicujus verti. Ergo casus est, quod pater vel dominus non quidem jussit filium vel servum contrahere, sed tamen filius vel servus ita contraxerunt, ut inde patris vel domini patrimonium auctum sit: sive rem ex contractu acceperit, e. g. si filius vel servus libros coemerit eosque patri



vel domino transmiserit; sive eo factum sit, ut pater pecuniæ suæ pepercerit, e. g. si filius mutuam sumpserit pecuniam, eaque satisfecerit hospiti pro museo vel convictu, professoribus pro collegiis, &c. Quum itaque iniquum sit, alterum cum alterius damno fieri locupletiolem, æquitate motus prætor dat actionem de in rem verso quæ competit creditori contra patrem vel dominum, in id quantum in eorum rem versum est, §. 4. *Inst. h. t.* Si ergo tota summa credita in rem versa est, hæc actio datur in solidum: sin pro parte, pro ea parte datur, qua in rem versum. Quam actionem hodiernum insignis utilitatis esse vel inde patet, quod nititur fundamento ex ipsa æquitate naturali orto, quod nemo debeat cum alterius damno locupletior fieri.

§. MCCXXIII. — MCCXXVII.

VI. Adpendicis loco subjicitur doctrina DE SC<sup>TO</sup>. MACEDONIANO, non quasi inde actio nascatur, sed quia præbet exceptionem, quo et pater et filius à creditore adversus se institutam actionem elidere possunt. Ut hanc materiam utilissimam ordine tractemus, dispiciendum erit (a), quæ sit hujus SC<sup>TI</sup>. origo (b), quid eo fuerit cautum (c), quæ de eo observanda sint axiomata (d), quæ jura inde fluant.

I. De origine SC. dissentiunt Svet. in *Vesp. c. 11.* et Tacit. *Annal. lib. XI. XII.* Ille ejus originem refert ad Vespasianum, hic ad Claudii tempora. Sed possunt hæc conciliari. Aut enim, quod sub Claudii imperio sancitum, sub Vespasiano renovatum est: aut Vespasianus in consulatu suo primo, qui in Claudii imperium incidit, de SC. hoc ferendo retulit ad senatum; quæ conjectura est P. Fabri *Semestr. lib. I. c. 25.* Sed major dissensio est, quid ei SC. occasionem dederit. Vulgaris sententia, quam et in §. 1223. proposui, hæc est, quod improbus fuerit fœnerator, nomine Macedo, qui pecuniam filiisfamilias sub usuris mordacissimis crederit, quumque alicujus pater paulo diutius vive-

ret, et filius videret usuras in tantum excrescere, ut fe-  
re totum patrimonium absorberent, eum patri venenum  
præbuisse; quo diro exemplo commorum, severum hoc  
SC. condidisse. At Theophilus in *Paraphr.* §. 7. *Inst.*  
*h. t.* scribit, non improbum istum fœneratorem, sed  
ipsum filiumfam. dictum fuisse Macedonem. Mirifice  
ideo vapulat Theophilus. Sed tamen, si ipsa verba SC.  
in *L. 1. ff. de SC. Mac.* conferamus, ea Theophili sen-  
tentiam non parum confirmant. Ait enim senatus: *Quum*  
*inter cæteras causas Macedo, quas illi natura admi-*  
*nistrabat, etiam æs alienum adhibuisset &c.* Æs alie-  
num non dicitur ratione creditoris, sed debitoris, *L.*  
*213. §. 1. ff. de V. S.* Ergo Macedo non dictus est  
fœnerator, sed filius debitor. Deinde demum subjicitur  
altera ratio, quæ ad fœneratorem pertinet, et quæ ita  
se habet: *Et quum sæpe materiam peccandi malis*  
*moribus præstaret, qui pecuniam, ne quid amplius di-*  
*ceretur, incertis nominibus &c.* Unde facile patet, re-  
vera Theophilum rem acu tetigisse.

2. Ipsa SCri. Macedoniani sanctio in eo consistit  
(a) quod qui filiofamilias mutuam pecuniam dedisset,  
is nec vivo patre, nec eo mortuo, actionem vel adver-  
sus patrem vel adversus filium haberet (b). Ut si mu-  
tua data sit pecunia, et pater et filius haberent excep-  
tionem SC. Macedoniani ad elidendam actionem. Sanc-  
tionem ipsam habemus in *L. 1. pr. ff. de SC. Maced.*

3. Ex eo facile intelliguntur tria axiomata, quæ in  
§. 1224. proposuimus a). SC. hoc non in gratiam filii,  
sed patris conditum est. Filius enim, qui inscio vel in-  
vito patre æs alienum contrahit, non meretur favorem  
sed pater, quippe in quem onus istud devolveretur, si  
illud æs esset dissolvendum, quia filius nihil habet pro-  
prij b). SC. hoc præbet exceptionem, si nondum sol-  
vit, non actionem. Si enim solvit, id quod solutum est,  
nec pater, nec filius tanquam indebitum possunt repe-  
tere c). SCtum. pertinet ad mutuum; ergo non ad emp-  
\*

tionem, locationem, aliosque contractus, imo ne quidem ad omne mutuum veluti si quis oleum, frumentum, vinum, vel alias res fungibiles credidit, sed ad pecuniam creditam.

4. Jam videbimus, quæ inde conclusiones fluant a), quia secundum primum axioma SCtum. hoc in gratiam patris, non filii, est introductum: sequitur ( $\alpha$ ) ut filius huic exceptioni frustra renuntiet, *L. 29. C. de pact. L. 40. ff. de cond. ind.* puta vivo adhuc patre. Nam eo mortuo nullum est dubium, quin et expresse et tacite juri suo possit renuntiare ( $\beta$ ). Ut pater contra recte renuntiet, sive expresse, sive tacite. Quilibet enim juri in favorem sui introducto potest renuntiare ( $\gamma$ ). Ut cesset exceptio ex parte patris, si pecunia in ejus rem versa sit, *L. 17. §. 12. ff. de SC. Maced.* Nam id iniquum esset, patrem hoc præsidio uti velle ad se cum alterius damno locupletandum ( $\delta$ ). Ut filius non habeat hanc exceptionem, si ei sit peculium castrense, vel quasi castrense, *L. 1. 2. 3. ff. eod.* Privilegium enim hoc concessum est filiofamilias; in peculio autem castrensi vel quasi, filius non pro filiofamilias, sed pro patrefam. habetur ( $\epsilon$ ). Ut ne tunc quidem filius eo privilegio dignus sit, si se patrefam. esse mentitus sit, et hoc modo creditores deceperit, *L. 1. C. eod.* Jura enim dolo nunquam adsistunt ( $\eta$ ). Ut si creditor nesciverit, eum quocum contraxit filiumfamilias esse, merito cesset hoc SC. Maced. *L. pen. ff. eod.*, modo ea ignorantia non supina et affectata sit. Nam sane si debitoris patria non longe remota sit à loco contractus, vix probabile est, creditorem ejus conditionem nescire potuisse ( $\zeta$ ). Ut majorennis filiofamilias hanc exceptionem opponere non possit minorenni vel pupillo, *L. 3. §. 2. ff. de SC. Mac.* partim quod privilegiatus contra æque privilegiatum non utitur privilegio, partim quia justa pro minorenni et pupillo præsumptio est quod ignorarit debitorem suum esse filiumfamilias. Ignorantiam



autem excusare, conclusione proxime ante edente vidimus b). Quia, secundum alterum axioma, SC. hoc tantum exceptionem, non actionem præbet, sequitur inde (ð), ut nec pater nec filius habeat conditionem indebiti, si solvit, *L. 40. ff. de cond. ind. L. 10. ff. de SC. Mac.* Ratio in promptu est. Nam (a) conditio indebiti locum non habet, si qui solvit debuit naturaliter, §. 989. 4. Filium autem, qui mutuam sumpsit pecuniam, naturaliter debere, nemo sanus dubitaverit. Deinde (b) conditioni indebiti locus est, ubi ex errore facti solutum, §. 987. Pater autem, vel filius, qui exceptionem SC. Macedoniani omittunt, non ex errore facti, sed ex errore juris solvunt. Ergo iis non subvenitur, §. 988. 2. c) Denique quia, secundum tertium axioma, hæc exceptio cessat, si vel mutuum non sit contractum, vel pecunia non sit credita: inde merito inferimus (ι) non opponi posse hanc exceptionem, si pecunia in res utiles et contra justum modum credita, *L. 7. §. 13. ff. de SC. Maced.* Tunc enim in rem patris versa censetur pecunia (κ). Nec locum esse exceptioni, si non pecunia, sed libri vel aliud quid creditum, modo non in fraudem SC. *L. 7. §. 3. ff. eod.* Nam sane, si quis filiosfam. petenti pecuniam libros traderet, ut eos venderet et inde redigeret pecuniam, id facere videretur in legis fraudem, *L. 30. ff. de LL., L. 6. §. 1. ff. de V. S.* Quod vero contra leges fit nullum est, *L. 5. c. de LL.*

## TIT. VIII.

### DE NOXALIBUS ACTIONIBUS.

§. MCCXXVIII. — MCCXXXII.

**A**ctiones superiore titulo explicatæ ex contractibus filiorumfamilias, vel servorum oriuntur: sequuntur ac-

tiones ex eorum delictis, quæ NOXALES vocantur. Et olim quidem hæ actiones noxales dabantur, sive filius filiave familias delinquendo damnum dedissent, sive servi, §. 138. 3. §. 7. *Inst. h. t.* Sed hodie hæ actiones tantum ad servorum delicta pertinent, postquam Justinianus filios, filiasque familias, noxæ dari prohibuit. Nos jam videbimus 1) actionum noxalium naturam §. 1228. seq. 2), contra quos dentur §. 1233. 3) usum hodiernum, §. 1234.

Dicuntur actiones noxales à NOXIA. Noxia est damnum per delictum qualecumque à servo datum, §. 1080. Noxa autem vocatur ipse servus, qui damnum dedit, §. 1. *Inst. h. t.*, quamvis sæpe hæc vocabula promiscue usurpentur. Est ergo *actio noxalis*, quam instituunt, quibus à servo damnum datum, contra quemcumque servi possessorem, et quidem alternative ut aut damnum resarciatur, aut servus noxæ detur, i. e. læso in satisfactionem tradatur, *pr. Inst. h. t.* Est ergo hæc harum actionum natura 1) ut ipsæ sint qualitatis adjectivæ, et tot sub se comprehendant species, quot sunt delicta vel quasi delicta. Si enim servus furtum fecit, datur *actio noxalis furti*; sin injuriam, *actio noxalis injuriæ*; sin effundendo dejectiendove nocuit, *actio noxalis de effusis et dejectis* 2). Ut actio hæc sit in rem scripta, §. 1146. Noxa enim caput sequitur, §. 1. *Inst. h. t.* Et hinc qui servum tempore litis contestationis possidet, is convenitur noxaliter. Si servus manumissus est, tunc ipse non noxaliter, sed directe ex delicto, quod perpetravit, convenitur, *L. 15. ff. de cond. furti*. Sin plane obiit, actio exspirat, quia non adest caput, quod noxa sequi possit.

### §. MCCXXXIII.

Ex hac vero descriptione satis patet, contra quem dentur hæc actiones, nempe contra dominum. Æquum

enim videbatur decemviris, ut quia dominus omnia per servum acquireret, is etiam damnum ex eo ferret, si quem læsisset. Quia tamen contingere potuisset, ut pœna ipsum servi pretium superaret, voluerunt concedere domino arbitrium, utrum damnum resarcire, an servum noxæ dare vellet. Quod adeo æquum visum Puffendorffio, ut ex jure naturæ hanc actionem putet derivandam. Sed quæritur, an et contra patrem detur ex delicto filii familias? Id paulo ante negavimus hodierno jure fieri posse, quamvis jure veteri res dubio careret. Quid ergo, si hodie filiusfam. peccet? Resp. Tunc ipse convenitur et condemnatur ex delicto. Et si nihil habet, unde damnum resarciat, facta condemnatione actio judicati de peculio datur adversus patrem, ut ad resarciendum damnum det quantum est in peculio, *L. 3. §. II. ff. de pecul.* Objici posset, actionem de peculio non dari ex delicto, *L. 58. ff. de reg. jur.* Sed responsum jam supra dedimus in sch. §. 1119.

### §. MCCXXXIV.

Quæritur adhuc an usum habeant hæ noxales actiones? Id quod negamus. Nam 1) si mercenarii nostri famuli peccant, ipsi conveniuntur ex delictis suis 2). Si homines proprii delinquant, ipsi quoque puniuntur, et si damnum resarcire non possunt, tergum subsidarium præbent 3). Nulli nobis sunt hodie servi tales, per quos indistincte omnia adquiramus. Ergo cessante causa effectum quoque s. actiones noxales cessare oportere, per se patet.



## TIT. IX.

SI QUADRUPES PAUPERIEM FECISSE  
DICATUR.

§. MCCXXXV. — MCCXXXVIII.

**D**enique et actiones sequuntur, quæ ex damno à pecudibus vel animalibus nostris dato proficiscuntur. Earum tres hic recensentur 1): actio de pauperie §. 1235. 1238. 2); actio de pastu pecorum §. 1239. 3); actio ædilitia de bestia juxta viam §. 1240.; quibus denique 4) usus hodiernus subjungitur, §. 1241. seq.

I. Actio DE PAUPERIE dicitur, quia *pauperies* est damnum quodcumque à quadrupede datum §. 1080., modo contra naturam generis sui damnum dedisset, *pr. Inst. L. 1. §. 4. ff. h. t.* Sic e. g. non omnes equi calcitrant, non omnes boves cornu petunt. Ergo si quis equus calcitravit vel bos cornu petiit, damnum dedit contra naturam generis sui, et hinc locum habet actio de pauperie. Deinde nec id sufficit, sed præterea requiritur, ut quadrupes sponte et non instigatu damnum dederit. Nam si ipse læsus illam irritavit, nullam satisfactionem petere potest: sin alius eam instigavit, contra instigantem dabitur actio ex L. Aquillia, *L. 1. §. 4. ff. h. t.* Si vero ultro damnum intulit, competit actio de pauperie, quæ itidem ex XII. Tab. est. Ea datur læso, eive cujus interest, contra quemcumque quadrupedis possessorem, (nam et hæc actio in rem scripti est §. 1146. \* ut vel damnum resarciat, vel pecudem noxæ det, *L. 1. pr. L. 3. ff. h. t. pr. Inst. eod.* Ergo et hæc actio a) noxalis est, quia alternative agitur. Sed b) eam præterea qualitatem habet, ut qui negat, suum esse animal, vel se possidere illud, in soli-

*Si quadrup. pauper. fecis. dicat.* 297  
dum teneatur, adeoque ad noxæ dationem non admit-  
tatur, *L. 1. §. 15. ff. h. t.*

§. MCCXXXIX.

2. Altera actio est DE PASTU PECORUM; quæ à superiore in eo tantum differebat, quod competeret, si quadrupes non contra, sed secundum naturam generis sui damnum dedisset, e. g. si bos gramina depavisset; id enim omnes boves facere solent. Cæterum quod ad effectum, nulla videtur inter hanc et antecedentem actionem fuisse differentia. Nam et ipsam noxalem fuisse, et hinc vel damnum resarciri, vel quadrupedem noxæ dari debuisse, ex Paulli *Recept. Sent. L. 15. 1.* adparet. Sed hujus actionis jam Justiniani ævo usum vel nullum vel exiguum fuisse, vel inde patet, quod in Pand. vix semel, *L. 14. §. ult. ff. præscr. verb. ejus* fit mentio.

§. MCCXL.

3. Tertia actio est *ÆDILITIA*, proposita contra eos, qui canem, vervicem, aprum, leonem, vel similem belluam eo loco in urbe habuisset, ubi vulgo iter fit. Tunc enim damnum datum aut erat æstimabile, aut inæstimabile quia liber homo occisus vel vulneratus. Primo casu damnum passo dabatur actio in duplum: posteriore, si homo liber occisus erat, in ducentos aureos; si is vulneratus, in tantum quantum æquum judici videretur, æstimatis nimirum impensis in curationem factis operis cessantibus et reliquis damnis. Quod edictum ædilitium prolixè describitur, *L. 42. de ff. edict. ædil.* Cæterum ædiles hujusmodi edictum proposuisse, eo minus mirum est, quia ad eorum curam et viæ publicæ intra urbem pertinebant. (Vid. Pand. n. P. I. §. 72).

§. MCCXLI. — MCCXLIII.

4). Reliquus est usus hujus actionis. Sed eum tribus his §§. tam adcurate descripsimus, ut hic quidem quod addamus, nihil sit.

## DE IIS, PER QUOS AGERE POSSUMUS.

## §. MCCXLIV. — MCCXLVII.

**S**exta etiam defuncti sumus actionum divisione. Sequitur SEPTIMA. Aliæ actiones per procuratores institui vel suscipi possunt: aliæ non possunt. E. g. actio injuriarum criminalis non admittit procuratorem nec ex parte actoris, nec ex parte rei. At civiles actiones admittunt. Ea ergo occasione agitur de procuratoribus, et quidem 1), quomodo salvis juris principiis admitti potuerint, §. 1244. — 1247. 2); quid sit procurator, et quid circa procuratores jussum sit §. 1248. 1281 3.); quid usus hodiernus ferat, §. 1282.

I. Quomodo salvis juris principiis procuratores admitti potuerint, non sine ratione quæritur. Nam initio negabant Romani, procuratores loco aliorum in foro litigare posse. Nam 1) omnes actiones erant actiones legis, §. 69, i. e. negotia coram magi tratu conceptis verbis et solemniter explicanda, *L. 2. §. 6. ff. de orig. jur.* Atqui omnium actionum legis et actuum legitimorum ea erat natura, ut nec diem admitterent, nec conditionem, nec procuratorem, sed in propria persona essent explicanda (§. 70. *L. 77. L. 123. ff. de R. J. 2*). Per litis contestationem reus se obligabat quasi contractu ad judicatum. Atqui nemo poterat alium obligare, vel alii stipulari (§. 833. 5. 6.) §. 3. 4. *Inst. de inutil. stipul.*; ergo nec procurator 3). Nemo poterat alteri acquirere, nisi cujus potestati erat subjectus (§. 482.) §. 5. *Inst. per quas pers. cuique adqu.* Atqui procurator acquirere debebat lucrum ex victoria non sibi, sed domino constituenti. Ergo ob has rationes generalis olim regula erat, neminem pro alio agere, vel



actionem excipere posse. Paucissimæ erant exceptiones. Admittebantur enim pro populo *SINDICUS*; pro libertate, si nempe quæreretur servus aliquis sit, an liber, *ASSERTOR*; pro pupillo *TUTOR*, et ex Lege Hostilia *PROCURATOR* ejus qui apud hostes, vel reipublicæ causa aberat, si aliquem actione furti convenire vellent. Quum enim hi vel non possent se in iudicio sistere, ut populus, captivus, absens reipublicæ causa, vel personam standi in iudicio non haberent, uti servus, isque cujus de statu dubitabatur, et pupillus: ipsa necessitas procuratores pro iis admitti jubebat, *pr. Inst. h. t.* Enimvero quum admodum molestum esset, omnes sine discrimine cogi in iudicio adesse: *JCTi.* veteres excogitarunt principium, quo salvis illis regulis juris admitti possent procuratores. Nempe fingeant, procuratorem non esse nudum mandatarium, qui alieno nomine litigaret, sed fieri *dominum litis*, *L. 4. §. 3. ff. de alien. jud. mut. caus. L. 22. L. 23. C. de procurat.* Illud *dominium litis* transferebatur per mandatum, quod loco tituli erat: sed adquirebatur à procuratore per litis contestationem, *L. 1. pr. ff. de proc. junct. L. 4. §. ult. de adpell.* Dominus mandabat procuratori, ut occuparet, et procurator litem contestando occupabat hoc dominium. Eo facto contra procuratorem omnia fiebant, ille satisdabat, in illum ferebatur sententia, adversus illum et actio iudicati dabatur: quamvis illa exceptione elideretur et transferretur in dominum vel mandantem, *L. 26. ff. de procur.* quam legem pauci recte intelligunt.

§. MCCXLVIII. — MCCLII.

II. Sed quid est procurator? et quid justum est circa procuratores? *PROCURATOR* *hic* est, qui negotia judicialia, vel lites alienas domini mandato suscipit et administrat, *L. 33. pr. §. 1. ff. de procur.* Dico, illum *hic* ita esse definiendum. Nam alioquin dantur etiam procuratores extrajudiciales, sed qui à mandatariis nu-

lo modo differunt. Dico illum lites alienas suscipere domini mandato. Si enim nullo instructus mandato id facit, non est procurator, sed DEFENSOR, qui tantum pro reo admittitur, non pro actore, et quidem non aliter, quam si de iudicatum solvi satisdederit, L. 35. §. 3. L. 46. §. 2. L. 51. ff. de procur. Ex hac definitione patet 1), quis procuratores constituat. Nempe a) dominus, et b) is quidem dominus, qui habet liberam res suas administrandi facultatem. Ratio est, quia in procuratorem dominium litis transfertur, §. 1247. Qui dominium alicujus rei transfert, is alienat; qui alienat, is et dominus esse, et liberam res suas administrandi facultatem habere debet. Ex quo facile patet, cur furiosi, prodigi, infantes, pupilli sine tutoris auctoritate, imo ne tutores quidem ipsos pro se procuratores dare possint. Hic enim non est dominus, et hinc tantum actorem suo periculo constituit, §. 277. §. ult. Inst. de curat. Ex eadem definitione discimus 2), quisnam procurator esse possit. Nempe quicumque idoneus est litibus alienis suscipiendis et administrandis: non vero furiosus, infans, femina, minor annis XVII, (hunc enim annum præfixerant Romani, quia paulo ante togam virilem sumere solebant adolescentes, L. 13. ff. de manum. vind. §. 5. Inst. qui et ex quib. caus.) servus, infamis, nec miles, ne obtentu hujus procurationis à signis abstrahatur, L. 8. §. 2. ff. de proc., nisi forte causam cohortis agere vellet, L. 8. §. 2. L. 54. ff. L. 7. L. 13. C. de proc. Quod ad infames, res quidem certa est ex L. 6. C. de proc. Sed obstare videtur §. ult. Inst. de except., ubi Justinianus expresse abrogat exceptionem infamiæ, quæ procuratori objiciatur. Sed facilis est responsio, dummodo verba istius §. consideremus: *Ne, dum de iis altercatur, ipsius negotii disceptatio proteletur.* Cessat ergo hæc exceptio infamiæ, si illa illiquida sit, et de ea disputatio prolixa instituenda in iudicio. Ubi

autem tam manifesta et notoria est, ut non opus sit altercatione, ibi illa omnino hodiernum opponi potest; si e. g. furti condemnatus procuratorem agere velit. Ex eadem definitione adparet 3), in quibus causis admittantur procuratores. Nempe in omnibus, in quibus alius personam domini sustinere potest. (Vid. *Pand. n. P. I. §. 431.*) Jam quidem possum alterius personam sustinere in causis civilibus. Nam nihil prohibet, quominus alius pro alio solvat, §. 999. *L. 23. L. 40. L. 53. ff. de solut.* At non possum alterius personam sustinere in causis criminalibus. Non ex parte accusatoris, quia is inscribere nomen debebat in similitudinem pœnæ, nisi reo crimen probasset. Nec ex parte accusati, quia nemo potest pro altero suspendi, decollari, rota contundi. Ergo in his causis criminalibus non admittitur procurator, nisi ejusmodi pœna immineat, quæ et absenti infligi possit, e. g. relegatio, *L. 10. ff. de publ. jud. L. 33. §. 3. ff. de proc.* Denique 4) ex eadem definitione patet, quando jure Romano procuratoris officium cesset. Iisdem modis, quibus dominium, veluti a) mutuo dissensu re adhuc integra b); revocatione domini, sed ante litis contestationem: nam utroque casu procurator nondum est dominus c). Renuntiatione procuratoris tempestiva, et ex qua domino damnum non oritur, §. 11. *Inst. h. t.* Nam quisque potest se suo abdicare dominio, modo id non vergat in alterius detrimentum. Non autem d) morte alterius, quia dominium transit ad hæredes, §. 10. *Inst. h. t.*

### §. MCCLIII.

III. Superest usus hujus doctrinæ, ubi duo notanda sunt principia 1). Procuratores nos hodiernum habere, eorumque idem esse officium ac apud veteres Romanos. Debent enim dominum defendere æque ac si ipsi essent domini litis 2). Sed tamen non sunt domini litis, verum nudi mandatarii, et hinc omnes effectus istius domini cessant. Hinc est (a), quod ho-



die in procuratores nec sententia fertur, nec actio judicati datur, sed contra ipsos dominos (b); quod hodie mandatum etiam post litis contestationem libere revocatur, modo indemnitas præstetur procurator (c); quod hodie procuratoris officium ad hæredes non transit imò nec hæredes domini tenentur procuratorem à defuncto datum retinere, nisi expresse nomine hæredum constitutus sit.

## TIT. XI.

## DE SATISDACTIONIBUS.

## §. MCCLIV. — MCCLVI.

Vidimus superiore titulo procuratorem, tanquam dominum litis aliquando teneri satisfacere s. cautionem præstare. Hinc titulo *de iis per quos agere possumus*, subjungitur titulus *de satisfactionibus*. De iis quæritur 1), quid sit cautio, et quotuplex §. 1255. — 1256. 2); quinam jure Romano cautionem in judicio præstare teneantur §. 1257. — 1260. 3); quinam hodie caveant, §. 1261. — 1262.

I. Quid sit cautio, et quotuplex, id jam fere omne occupavimus supra §. 279., ubi *de satisfactione tutorum vel curatorum* actum est. Nempe CAUTIO est actus, quo adversario securitas præstatur. Quum enim reipublicæ intersit ne judicia fiant elusoria, et tamen reorum sit, fugere; quo facto facile contingere posset, ut deinde condemnatio frustra fiat, et actor plorare jubeatur: hinc æquissimum est in judiciis, alterum alteri præstare cautionem vel securitatem. Ea est quadruplex 1): FIDEJUSSORIA, quæ fit datis fidejussoribus idoneis et locupletibus, i. e. qui et solvendo sint, et facile possint conveniri, *L. 2. pr. ff. qui satisfac.*

cog. 2). PIGNORATITIA, quæ præstatur depositis pignoribus. Et hæ duæ in jure nostro dicuntur *idoneæ cautiones*, L. 59. §. ult. ff. mand. L. 4. §. 8. de fideic. lib. quemadmodum prima in specie vocatur *satisfatio*, L. 1. ff. qui satisf. cog. 3). JURATORIA, quæ fit præstito jurejurando et ad quam soli admittuntur viri honesti et bonæ famæ: et 4) NUDE PROMISSORIA, quæ fit sola manu stipulato ab iis, qui bona immobilia possident, nec non fisco et reipublicæ, L. 1. §. 18. L. 6. §. 1. ff. ut legat. vel fideic. Ita vulgo. Sed secundum jus nostrum et possessores rerum immobilium jurare debuisse, ostendimus in Pand. n. P. I. §. 302., et ante nos Cujac. Obs. XII. 22. Noodt ad Pand. Tom. II. Opp. p. 59., et clar. Schultingius in περὶ Pand. h. t. §. MCCLVII.—MCCLV.

II. Si quæras, quinam cautionem præstare teneantur, commodissime respondere possumus, si de singulis personis litigantibus seorsim agamus 1). *Reus* jure Justiniano præstat cautionem *de judicio sisti*, quæ olim dicebatur *VADIMONIUM*, antequam id vocabulum ex toto jure eraderet Justinianus, nisi quod illud adhuc superest in L. ult. C. de castr. et ministerian. Vid. Salmas. de modo usurar. c. 16. Deinde idem reus cavere etiam tenebatur, se ad finem litis in judicio permansurum, neque illud elusurum esse absentia, §. 2. Inst. h. t. 2). *Actor* cavebat itidem, triplici nomine 1), se intra duos menses à tempore exhibiti libelli litem contestaturum 2); se litem ad exitum usque persequuturum; et 3. decimam partem summæ libello comprehensæ restitutum, impensarum nomine si succubisset, Nov. 96. c. 1. 3). *Procurator rei* aut præsentis aut absentis litem suscipit. Si præsentis, tunc non ipse, sed ejus dominus præsens pro eo satisfat. Sin absentis; non admittetur procurator, nisi ipse satisfecerit. Utroque autem casu cautionem præstat *de judicatum solvi*, i. e. quod condemnatus, omnia sol-

vere velit in quæ est condemnatus, §. 5. *Inst. h. t.* 4) *Procurator actoris* aut mandatum non habet, neque verum, neque præsumptum: aut mandatum habet quidem, sed vel præsumptum tantum, vel imperfectum et mancum: vel denique vero et perfecto mandato instructus est. Si nullo mandato instructus adest, non admittitur, si vel maxime cavere velit, *L. 1., L. 24. C. de procur.* Si habet mandatum præsumptum, e. g. si maritus pro uxore compareat; vel mancum, e. g. in quo sigillum vel nomen rei omissum est: tum præstat cautionem, *REM RATAM HABITURUM DOMINUM*, §. 3. *Inst. h. t.* Sin verum et perfectum mandatum producat in iudicio, ab omni cautione immunis est, *L. 1. C. de procur.* Hæc fuit jure civili cavendi ratio, sed variis in provinciis tam diversa, ut demum Justinianus §. 7. *Inst. h. t.* hanc legem præscripserit, ut omnes provinciæ regię urbis, i. e. Constantinopoleos, s. Romæ novæ mores sequerentur.

§. MCCLXI. et MCCLXII.

III. Quod ad usum adtinet, cavendi ratio hodie plane aliena est locis plerisque. Nam 1) *REUS* hodie ordinariè non cavet, quia ejus partes favorabiles sunt, quam actoris. Exceptio est, nisi (a) de fuga suspectus sit. Tunc enim cavet de iudicio sisti et iudicatum solvi, aut interim sub custodia habetur (b). Nisi arrestum reale impositum fuerit rebus ejus. Nam nec eo casu prius istud arrestum relaxatur, quam eandem cautionem præstiterit (c). Nisi quis criminis accusatus sit, ex quo probabiliter nec mors, nec pœna corporis adflicta imminent. Tum enim extra carcerem vel custodiam agere permittitur, modo easdem cautiones de iudicio sisti et iudicatum solvi præstiterit. Duriores hodie sunt partes actoris, qui nisi sub eodem iudice bona immobilia possidet, semper cavere tenetur (a) de expensis litis restituendis (b); de reconventionem in eodem iudicio suscipienda; nisi ita ferat



fori consuetudo; ut conventio et reconventio eodem et simultaneo iudicio expediantur. Sed de his plura singularum gentium pragmatici.

## TIT. XII.

## DE PERPETUIS, ET TEMPORALIBUS ACTIONIBUS, ET QUÆ AD HÆREDES, ET IN HÆREDES TRANSEUNT.

## §. MCCLXIII. et MCCLXIV.

**S**upersunt octava et nona actionum divisiones. Aliæ enim sunt *perpetuæ*, aliæ *temporales*: aliæ porro *hæredibus et in hæredes*, aliæ nec *hæredibus nec in hæredes*. Hac de re magni sane momenti hoc titulo agitur eo ordine, ut 1) definiamus actiones perpetuas et temporales, §. 1263. seq. 2); proponamus quatuor regulas, ex quibus intelligatur, quæ actiones sint perpetuæ, quæ temporales, §. 1265.—1272. 3); subjungamus tres regulas de actionibus, quæ hæredibus et in hæredes dentur, vel non dentur, §. 1273.—1275.

I. **PERPETUÆ** olim dicebantur actiones, quæ nullo unquam tempore expirabant: et tales erant omnes, quæ ex Legibus, Sctis, Constitutionibus Principum nascebantur. Sed jure novo ita dicuntur actiones, quæ nonnisi longissimi temporis, i. e. 30. pluriumve annorum præscriptione tolluntur, *L. 3. de præscr. 30. annorum*. **TEMPORALES** contra sunt, quæ brevi temporis spatio, e. g. anno, biennio, quadriennio, imo et aliquot mensibus expirant. Et tales olim erant omnes prætoricæ, quæ nonnisi annum durabant, quia ipsum prætoris imperium nonnisi annum erat, *pr. Inst. h. t.* Quod vero actiones certorum annorum præscriptione

tollantur, non est à juris ratione alienum. Actiones enim sunt res incorporales: res incorporales in bonis sunt §. 388.: quæ in bonis sunt, præscriptione certorum annorum tolluntur: ergo et actiones certorum annorum præscriptione tolluntur. Q. E. D.

§. MCCLXV.—MCCLXXII.

II. Jam sequuntur quatuor regulæ, ex quibus dignosci possit, quæ perpetuæ, quæ temporales sint actiones, I. Reg. *Actiones in rem tamdiu durant, quam ipsum jus in re, ex quo oriuntur.* Id est, si de re mobili agitur actione reali, ea instituenda est intra triennium: sin de immobili, intra decennium, si præsentibus sint litigantes, si absentes intra vicennium. Alias enim res usucapitur, impletaque usucapione nullum mihi jus agendi superest, §. 445. Regula hæc obtinet in *actione rei vindicatoria, Publiciana, Confessoria, Negatoria*: imo et in actionibus *in rem scriptis*, quas reales imitari diximus. Tres tantum sunt exceptiones 1). In actione hypothecaria, quæ si ipse debitor hypothecam possidet, annis XL.; si tertius bona fide possidet, 10. annos inter præsentibus, 20. inter absentes: sin tertius mala fide possidet, 30. annis durant, *L. 1. 2. C. si adv. cred. L. 7. pr. C. de præsc. 30. ann. 2)* In hæreditatis petitione, quæ quia mixtæ naturæ est, et tam ex jure in re quam ad rem nascitur, imitatur actiones personales, et 30. annis vivit, *L. 7. C. de hæred. pet. 3)* Actio s. querela inofficiosi: quæ quia odiosa est §. 584., quinquennio expirat, *L. 8. §. ult., L. 34. ff. de inoff. test.* Reg. 2. *Actiones personales rei persecutoria, civiles et prætoria, triginta annis durant.* Hæc regula tam generalis est, ut ex tot, immo fere innumeris actionibus personalibus non nisi tres species excipiantur a). Actio de servitute promissa necdum quasi tradita. Est hæc actio ex stipulatu personalis, et tamen durat annis tantum 10. inter præsentibus, et 20. inter absentes, *L. pen. 6. de usufr.,*

L. 13. C. de serv. b) Actiones civitatum, ecclesiarum, fisci, quæ durant ex privilegio annis 40. §. 451. Et (c) actiones rescindentes actum aliquem; quæ omnes temporales sunt, et brevi temporis spatio expirant. Reg. 3. *Omnes actiones pœnales civiles ex delictis privati perpetuæ, prætoricæ annuæ sunt.* Quamvis enim inter actiones rei persecutorias civiles et prætorias nulla sit differentia, §. 1270. : pœnales tamen, quippe odiosæ, si à prætore proficiscerentur, antiquum tempus obtinuerunt, et manserunt annuæ. Exceptæ quidem sunt actiones quædam prætoricæ, nempe (a) *furti manifesti*, quæ perpetua est, quia ipsa actio est ex Legg. XII. Tabb.; pœna autem dupli tantum à prætore inventa, *pr. Inst. h. t.* (b) *Actio in factum* adversus nautas, caupones, stabularios, itidem perpetua, quamvis ex edicto sit, L. ult. §. 6. ff. *naut. caup. stab.* (c) *Actio depositi miserabilis*, quæ licet mixta sit, et in duplum ex edicto prætoris detur, perpetua tamen est, L. 18. ff. *de pos.* æque ac (d) *actio servi corrupti*, L. 13. ff. *de serv. corr.*, et (e) *actio de effusis et dejectis*, quippe perpetua, nisi uno casu, si liber homo occisus, quo casu annalis est, L. 3. §. 5. ff. *de his qui eff. vel dejec.* Sed hæ tres actiones ipsæ revera fuerunt civiles. Nam quod depositum negans dupli reus esse debeat, LL. XII. Tabb. cautum fuerat coll. LL. *Mos. et Rom. X. 6.* De servo corrupto Lex Aquillia disposuerat, L. 4. L. 5. §. 2. ff. *de serv. corr.* Itemque de effusis et dejectis, L. 31 ff. *ad L. Aquil.* Prætor autem tantum quædam in legibus istis emendaverat: et hinc actiones istæ servarunt naturam actionum civilium, et manserunt perpetuæ. Denique (f) et *actio doli* excipitur, quæ biennalis est, quia maxime odiosa habetur, L. ult. C. *de dolo malo.* Reg. 4. *Accusationes criminales durant viginti annis.* Pauci casus excepti sunt a). Si crimen continuetur, nam quomodo præscriptionem 20. annorum opponet, qui per



totos 20. annos furandi artem pro opificio habuit? *L. 4. C. de apost.* b) Delicta carnis, veluti adulterium, stuprum; et c) crimen peculatus, nec non persecutio ex SC. Siliano, quæ tantum quinque annis durant, *L. 29. §. 5. ff. ad L. Jul. de adult. L. 7. ff. ad L. Jul. de pec., L. 13. ff. ad SC. Silianum.* De crimine peculatus infra dicimus §. 1366. SC. autem Silianum erat truculentissimum. Si enim testator sua domo fuisset occisus, testamentum non aperiebatur, nisi omnes servi, qui sub eodem facto fuerant, torti et diris quæstionibus subjecti fuissent, deque iis, qui istius homicidii rei fuerant, supplicium sumptum esset. *Tot. tit. ff. de SC. Silan. et Claudian.*

§. MCCLXXIII.—MCCLXXV.

III. Sequuntur tres regulæ, ex quibus dijudicandum utrum actio hæredibus et in hæredes detur, nec ne? *Resp. 1. Omnes actiones tam rei persecutoriæ, quam pœnales hæredibus dantur, nisi vel ad vindictam solam comparatæ sint, vel actoris speciatim non interest.* Ratio est facilis, a). Quod defuncto abest, abest etiam hæredi. Ergo et hic agit ad id, quod defunctus exigere poterat. b) Hæres transit in omnia jura defuncti §. 534. Ergo quod defuncto debebatur, sive ex jure in re, sive ex jure ad rem, id et hæredi debetur. Exceptæ autem sunt actiones ad solam vindictam comparatæ, e. g. actio injuriarum, aliæque in §. 1273. recensitæ, quia revera illis non petimus quod nobis abest ex patrimonio, adeoque hæredis etiam non interest. Exceptæ autem sunt actiones populares, *L. 5. §. 5. de his qui effud.*, quia ibi unusquisque ex populo agit, et nemo habet jus agendi proprium, quod ad hæredes transmitti possit. *Reg. 2. Omnes actiones rei persecutoriæ, etiamsi ex delicto sint, adversus hæredes dantur.* Posterius, quod et actiones rei persecutoriæ ex delicto ortæ adversus hæredes dentur, negat *Duirsema in Conj. Zur. L. 1. c. 7. p. 110. seq.* Sed perperam a)

Quid enim certius quam conductionem furtivam et actionem rerum amotarum adversus hæredes dari? Negat quidem Duirsema, eas ex delicto esse. Sed eadem opera negabit, duo bis esse quatuor. b) Manifesto Dno. Duirsema obst. §. 9. *Inst. de L. Aquil.* ubi imperator dicit, actionem ex L. Aquillia adversus hæredes dari debuisse, si esset mere rei persecutoria, jam autem quia ad pœnam comparata sit, eam merito non dari adversus hæredem. Hunc nodum nec ipse clar. Auctor ille solvere potuit, Reg. 3. *Actiones pœnales sive ex delicto, sive ex contractu,* (e. g. depositi mirabilis,) *hæredibus quidem, non autem adversus hæredes dantur, nisi sint à defuncto contestatæ.* Regulæ ratio est, quia pœnæ sunt personales, et tenere debent auctores delicti, non hæredes innocentes, L. 26. ff. de pœn. Exceptionis autem ratio est, quia litis contestatio est species novationis, adeoque hæres, si defunctus litem contestatus est, non ex delicto, sed ex quasi contractu mulctam solvit, §. 1019. Ergo semper actiones pœnales lite contestata ad hæredes transeunt, L. 58. ff. de Obl. et act.

## TIT. XIII.

## DE EXCEPTIONIBUS.

## §. MCCLXXIV.—MCCLXXVII.

**A**bsolvimus materiam de actionibus. Quemadmodum vero actor actionem suam instituit, ita rei est adversus actoris intentionem se defendere. Et ea defensio fit vel negando, e. g. *Ajo te centum debere: nego me centum debere;* vel fatendo causam petendi, sed eam elidendo exceptione; e. g. *Ajo te mihi debere centum. Fa-teor, sed oppono exceptionem SC. Macedoniani, quia*

*fui filiusfam.* Et de his exceptionibus jam ita agimus, ut consideremus, 1) quid sit exceptio? 1277. 2) Quotuplex sit? 1278.—1280. 3) Quomodo illæ opponendæ sint in iudicio? §. 1281. seq.

I. *Exceptio est actionis jure stricto competentis ob æquitatem exclusio*, pr. *Inst. h. t.* Nimirum tunc demum dicor excipere, si actio quidem stricto jure valet et effectum habere debet, sed tamen æquitas eam infirmit. Sic supra diximus, coactam voluntatem stricto jure etiam esse voluntatem: sed æquitas jubet, promissionem vi et metu extortam rescindi; ergo datur exceptio *quod metus causa*. Ita etiam observavimus, ex jure stricto filiumfamilias ex omni contractu adeoque et ex mutuo obligari: sed æquitas tamen et favor parentum eam obligationem ex mutuo elidit, data exceptione *SC. Macedoniani*. Proprie ergo non sunt exceptiones, quæ ipso jure tollunt obligationem, e. g. *solutio*, *compensatio*. Sed pragmatici tamen latius accipiunt vocabulum exceptionis, et eas allegationes, quibus ob æquitatem excluditur actio, vocant *exceptiones juris*: eas autem, quibus ipso jure tollitur actio, *exceptiones facti*.

§. MCCLXXVIII.—MCCLXXX.

II. Proximæ sunt variæ exceptionum divisiones. Nam 1) aliæ sunt *civiles*, quæ ex Legg., SCtis., Constitutionibus Principum oriuntur, e. g. exceptio *non numer. pec. SCti. Macedoniani*, *Vellejani*; aliæ *prætoriae*, quæ ex edicto prætoris descendunt, e. g. exceptiones *quod met. causa*, *doli mali*, *pacti*, *jurisjur.* &c. Sed quia hæ exceptiones effectu non differunt, ea divisio non est magni momenti. Imo quum actiones civiles sint perpetuæ, prætoriae quædam temporariæ, hoc discrimen in exceptionibus non observatur. Est enim in mea potestate quando agere velim, sed non quando velim exceptionem opponere. Ergo omnes exceptiones sunt perpetuæ, præter exceptionem *non numer. pec.*, quæ biennio expirat, §. 844. 2) quamvis civilis sit, §. *un. Inst.*



de litt. obl. 2) Exceptiones sunt vel *perpetuæ* vel *peremptoriæ*, vel *dilatoriæ* s. *temporariæ*. *Perpetuæ* s. *peremptoriæ* totam actionem et intentionem actoris perimunt, et in perpetuum elidunt. E. g. si creditori opponitur exceptio *SC. Maced. quod metus causa, doli mali*: ejus actio in perpetuum excludetur, et hinc hæ actiones sunt *peremptoriæ*. At *dilatoriæ* s. *temporariæ* dicuntur, quæ tantum actiones ad tempus differunt, et earum effectum suspendunt: non autem quæ eas in perpetuum excludunt. E. g. si actori meo oppono exceptionem *cautionis non præstitæ*, actionis quidem effectus suspenditur, donec cautio præstita sit, sed non ideo perimitur; ergo hæ exceptio est *dilatoria*. Commendandus hic libellus Q. Septimii Rivini, qui *specimen exceptionum forensium* inscribitur. 3) Exceptiones quædam sunt *in rem*, quæ et hæredibus et successoribus prosunt, quales pleræque omnes: quædam *in personam*, quæ privilegio personali nituntur, et hinc cum persona expirant, e. g. exceptio *beneficii competentis*. Hoc enim tantum certis personis datum esse supra vidimus §. 1199. seqq.

§. MCCLXXXI. et MCCLXXXII.

III. Superest, ut dicamus quando in judicio exceptiones opponendæ sint? Res reedit ad duas Regulas: Reg. 1. *Exceptiones dilatoriæ opponendæ sunt ante litis contestationem*, *L. pen.*, *L. ult. C. de exc.* Exceptæ sunt (a) exceptiones, quæ judicium retro nullum reddunt, e. g. legitimationis personæ procuratoris; (b) quæ ex post facto demum emergunt, e. g. exceptio cautionis, postquam actor bona sua immobilia vendidit. Hæ quacumque parte, judicii parti opponuntur, *L. 14. ff. h. t.* (c) Exceptiones privilegiatæ, incompetentis judicis, beneficii competentis, cedendarum actionum; quæ et in exsequutionem opponuntur, *L. ult. C. si à non comp. Jud. L. 41. ff. de judic.*, *L. 41. §. 1. ff. de fidejuss.* Reg. 2. *Exceptiones peremptoriæ in judiciis b. f. opponi possunt in quacumque parte judicii, in*

*actionibus stricti juris ante litis contestationem allegandæ, et post. L. C. probandæ sunt, L. 8. C. h. t., L. 9. ff. de præscr. long. temp. Sed hodie omnes promiscue litis contestationi subjungendæ et postea probandæ sunt, nisi (a) vel litis ingressum impediunt, quales sunt quæ in continenti probari possunt (b); privilegiatæ, uti exceptio SCti. Macedoniani et Vellejani, quarum hæc etiam ante L. C., illæ in ipsa exsequutione opponi possunt, L. 11. SC. Vellej.*

## TIT. XIV.

## DE REPLICATIONIBUS.

## §. MCCLXXXIII.—MCCLXXXV.

Quemadmodum reus actoris intentionem elidit exceptione §. 1276., ita actor rei exceptionem excludere conatur REPLICATIONE, quam reus denuo submovere allaborat DUPLICATIONE. Ergo replicatio est nova allegatio actoris, qua exceptionem rei elidit: duplicatio est nova allegatio rei, qua replicationem actoris excludere conatur. E. g. actio est, *tu mihi 100. debes ex mutuo; exceptio rei fui filiusfam., adeoque tibi obstat exceptio SC. Macedoniani; replicatio actoris, atqui tu jussu patris contraxisti; duplicatio rei, nego patrem jussisse.* Hic clare videmus, quomodo prior allegatio posteriore semper elidatur et infirmetur. Aliquando plures conceduntur litigantibus allegationes, nempe *triplicatio, quadruplicatio, quintuplicatio, sextuplicatio.* Sed quo plures concedentur, eo corruptiora sunt judicia. Quid enim opus est, crambem eandem toties recoctam adponi? Cæterum observandæ regulæ: a) Reus excipiens fit actor: ergo debet probare exceptionem; instrumenta edere, &c. b) Reo competit ultima allegatio; quod Ger-

mani ita eloquuntur, *der beflagte muss. das letzte Wort haben.* Is enim se defendit, adeoque ejus partes sunt favorabiliores.

## TIT. XV.

## DE INTERDICTIS.

## §. MCCLXXXVI.—MCCLXXXIX.

**S**uperioribus titulis omnes actiones in rem et personam explicavimus, præterquam INTERDICTA. Quia enim hæc nec propriæ ex jure ad rem, nec ex jure in re oriuntur, sed ex possessione: hinc eorum explicationem huc reservavit Imperator. Nos expendemus a) interdictorum naturam et originem, §. 1286.—1289. b) eorundem varias divisiones, §. 1290.—1291.—1305. c) interdicta adipiscendæ possessionis, §. 1292.—1298. d) interdicta retinendæ possessionis, §. 1299.—1302. e) interdictum recuperandæ possessionis, §. 1303.—1304. f) usum hodiernum remediorum possessoriorum §. 1306.—1308.

I. Quod ad interdictorum originem et naturam adinet, diximus, iis de possessione potissimum litigari, et quidem non de possessione *naturali*, qua quis rem nude detinet: qualis est conductoris, depositarii, commodatarii: sed *de civili*, quæ est detentio cum animo sibi rem habendi; qualis est possessio ejus, qui rem ex justo titulo, veluti emptionis, donationis, legati, &c. aliisve negotiis ad transferendum dominium habilibus possidet. Ea possessio vera ac digna est, ut de ea litigent homines? Sane nulli tribuit jus reale et perpetuum, sed tantum momentaneum, et tamdiu duraturum, donec sententia condemnatoria sequatur. Nihilominus recepta est paroemia juris, *beati possidentes*. Et sane



magni momenti est possessio. Nam a) liberat à possessione, *L. 28. C. de rei vind.* b) Possessores b. f. lucrantur fructus consumptos, et tantum extantes restituunt, §. 377. c) Rem retinent, donec per sententiam iudicis evicta sit, §. 4. *Inst. h. t.*; id quod iis locis per commodum est, ubi lites sunt immortales. d) Possessores se propria auctoritate defendunt, si quis eos vi dejicere velit; et e) si vi dejecti sunt, dejicientes in continenti iterum dejiciunt, *L. 1. C. unde vi, L. 3. §. 9. L. 17. ff. de vi et vi armata*; quum alias omnis vindicta privata sit prohibita, et nemo sibi manu jus dicere possit, *L. 7. C. unde vi, L. 13. C. quod metus causa*. Denique f) in pari casu semper est melior conditio possidentis, et in dubio pro illo pronuntiandum est, *L. 125., L. 128. ff. de R. J.* Tanta sunt emolumenta possidentium. Quoties ergo homines de possessione litigabant, non patiebatur prætor litem hanc esse diuturnam, sed ipse extra ordinem breviter causam cognoscebat, et brevi formula, *uti possidetis, ita possideatis*, decernebat quis possidere deberet, donec petiturum fuerit finitum. Ergo illo tempore INTERDICTA erant *formulæ et conceptiones verborum, quibus prætor in causa possessionis aliquid fieri jubebat aut prohibebat, pr. Inst. h. t.* Hodie autem, postquam illæ formularum ambages ab usu recesserunt, definiri poterunt interdicta, quod sint *actiones extraordinariæ, quibus de vera vel quasi possessione breviter et summatim disceptatur, pr. et §. ult. Inst. h. t.* Sunt quædam causæ proprietatis, quæ eodem modo per interdicta explicantur. Sed earum et paucæ sunt admodum, et tales fere in quibus subest metus armorum, vel quæ ob salutem publicam moram non ferunt; de quibus in *ff. Lib. XLIII.* agitur.

§. MCCXC.—MCCXCV.

II. Sequuntur divisiones interdictorum variæ. Nam  
1) alia sunt PROHIBITORIA, quibus prætor aliquid fieri

vetabat. Talia sunt interdicta, *ne quid in loco sacro fiat; ne quid in loco vel itinere publico fiat &c.* Alia RESTITUTORIA, quibus prætor aliquid jubet restitui, e. g. interdictum *unde vi*, quo prætor ei, qui vi possessione dejectus est, restitui possessionem jubet. Alia denique sunt EXHIBITORIA, quibus prætor aliquid exhiberi, vel publice produci et conspiciendum dari jubet, e. g. si quis testamentum occultat, prætor dabit interdictum *de tabulis exhibendis*; si quis liberos alienos clam patre habet, huic dabit interdictum *de liberis exhibendis* 2). Alia sunt interdicta SIMPLICIA, alia DUPLICIA: de quibus demum §. 1305. agitur. Sed quum jam in divisionibus interdictorum versemur, hanc divisionem hic subjungemus. *Simplicia* sunt, ubi unus tantum et actor et reus esse potest. E. g. in interdicto *unde vi* semper is qui vi dejectus est, actoris, is qui dejecit, rei vice fungitur. At *duplicia* sunt, in quibus uterque et actoris et rei partibus fungi posset. Talia sunt duo, interdictum *uti possidetis et utrubî*. Quia enim hic dubia est possessio, uterque ad iudicium provocare posset. Sed tamen pro actore habetur qui prior provocavit: si uterque simul locutus est, quem sors eligit 3). Alia interdicta sunt ADIPISCENDÆ POSSESSIONIS, quibus petimus possessionem, quam nondum habuimus: alia RETINENDÆ POSSESSIONIS quibus de amissa possessione recuperanda laboramus, §. 2. 3. 4. *Inst. h. t.* Et hæc divisio præcipua est; unde et de singulis his speciebus seorsum agemus.

### §. MCCXCVI.—MCCXCVIII.

III. ADIPISCENDÆ POSSESSIONIS tria potissimum notanda sunt interdicta, quorum duo priora à verbis initialibus edicti, postremum à prætore, ejus auctore, nomen invenit I). Primum est interdictum QUORUM BONORUM, quod datur ei, cui prætor bonorum possessionem dedit, s. hæredi prætorio contra eum, qui hæreditatem pro hærede vel pro professore possidet, ad

consequendam hæreditatis possessionem, §. 3. *Inst. h. t.* Simile ergo hoc interdictum est *hæreditatis petitioni*, sed tamen non idem cum illa. Nam (a) hæreditatis petitio est petitorium iudicium: hoc interdictum possessorium (b). Illa jus hæreditarium prosequimur: hoc possessionem (c). Illa res corporales et incorporales: hoc solas corporales persequimur, *L. 2. ff. quor. bon.* Affine quoque huic interdicto est *remedium ex L. ult. C. de edicto D. Hadriani tollendo*. Sed tamen ab hoc differt. Illo enim hæreditatis possessionem consequitur, cui prætor dedit bonorum possessionem; hoc remedio possessionem hæreditatis adipiscitur hæres testamento scriptus, si producat tabulas nullo vitio visibili laborantes 2). Alterum est interdictum *Quod Legatorum*. Legatarius quidem dominus est speciei sibi legatæ statim à morte testatoris §. 606. 3. *L. 80. ff. de Legat. 2. L. 64. ff. de furt.* Sed ideo non statim etiam est possessor. Imo possessionem sui legati ne potest quidem propria auctoritate adprehendere, sed eam accipere ab hærede, ne scilicet huic adimatur facultas quartam Falcidiam detrahendi, *L. 1. §. 2. ff. L. un. C. quod legat.* Quod si itaque legatarius nihilominus possessionem rei legatæ invasit, hæres primum satisfaciat de legatis in posterum præstandis, ac deinde interdicto *quod legatorum* utitur adversus legatarium ad consequendam ejus possessionem tamdiu, donec quartam Falcidiam detraxerit 3). Tertium est interdictum *SALVIANUM*, quod datur locatori fundi s. prædii rustici contra colonum, ad consequendam rerum oppignoratarum possessionem, §. 3. *Inst. h. t.* Ergo interdictum hoc speciale est, et ad solum locatorem prædii rustici pertinet. Per interpretationem tamen illud prolatum est ad omnes creditores, quibus pignus constitutum, contra debitores, ad possessionem rerum oppignoratarum consequendam. Unusquisque animadvertet persimile esse hoc interdictum actioni *Servianæ*



et quasi Servianæ, de qua supra ( §. 818. et 1138. seq. ) actum. Sed differunt tamen. Nam ( a ) actiones Serviana et quasi Serviana sunt reales : interdictum Salvianum et quasi Salvianum sunt personalia, *L. 1. §. 3. ff. de interd.* ( b ) Illæ dantur adversus quemcumque possessorem : hoc adversus debitorem tantum. ( c ) In illis probandum pignus in bonis debitoris esse, *L. 15. §. 1. ff. de pignor. et hypoth.* ; in hoc minime.

## §. MCCXCIV.—MCCCII.

IV. Altera interdictorum classis est RETINENDÆ POSSESSIONIS, eorumque duo sunt, *uti possidetis* et *utrubi*. Utrumque datur ei, qui rem tempore litis contestationis, nec vi, nec precario possidet, ( hæc enim sunt tria vitia possessionis ) contra turbantem, ad id, 1 ) ut à turbatione desistat, 2 ) cautionem de non amplius turbando præstet, et 3 ) actori simul præstet quod interest. Quam ergo utrumque sit ejusdem naturæ, quaeritur tantum, quomodo differant ? Resp. Hoc uno, quod interdictum *uti possidetis* datur de re immobili, interdictum *utrubi* de re mobili, *L. 1. §. 8. 9. ff. uti poss. L. un. §. 1. ff. utrubi*, §. 4. *Inst. h. t.*

## §. MCCCIII.—MCCCIV.

V. Interdictum RECUPERANDÆ POSSESSIONIS unum est, puta *unde vi*, quod datur vi de possessione dejecto adversus dejicientem ad restituendam possessionem cum fructibus et omni damno, §. 6. *Inst. h. t.*

Sed ex quo jus Canonicum in famoso *Can. redintegrandæ 3. caus. 3. qu. 1. et cap. 18. X. de restitut. spoliat.* remedium s. actionem *de spolio* invexit, ea plerisque locis magis recepta est, quam interdictum *unde vi*. In eo autem hæc actio Canonica interdicto *unde vi* pinguior est, quod 1 ) interdictum tantum de re immobili datur, actio de spolio de mobili et immobili, imo et de juribus. 2 ) Quod interdictum sit personale, et hinc tantum adversus dejicientem detur, actio autem de spolio sit realis, et adversus quemcumque posses-

sorem competat. Unde supra ( 334. sub fin. ) notavimus, possessionem jure Canonico quodammodo naturam juris in re induisse. 3 ) In interdicto unde vi non omnis omnino exceptio exsultat, in spolio omnis exceptio cessat. Hinc regula, *spoliatus ante omnia restituendus.*

§. MCCCVI. — MCCCVIII.

VI. Hodie interdicta adhuc sunt in viridi observantia, sed à pragmaticis fere REMEDIA POSSESSORIA vocantur, et à petitoriis judiciis distinguuntur. Remediorum horum possessoriorum aliud vocant *summarium*, aliud *ordinarium*; quæ ita differunt, quod ( a ) in summario quærat de ultima et momentanea possessione, in ordinario de antiquiore b ). In illo non quæritur, an quis vi, clam, precario possideat : in hoc omnino disquiritur, an vitio careat possessio ( c ). In illo summariter et levato velo sine strepitu judicii proceditur : in hoc omnes apices processus observari debent ( d ). Illud locum non habet, si quis in ordinario victor discessit : hoc s. ordinarium adhuc locum habet, quamvis alter in summario victoriam obtinuerit.

TIT. XVI.

DE PŒNA TEMERE LITIGANTIUM.

§. MCCCIX.

Qui sequuntur duo tituli, ad ipsa judicia pertinent, et in hoc quidem de pœna temere litigantium agitur. Sed cave per pœnam hic intelligas malum passionis, quod ob malum actionis à superiore infligitur. Sed pœna hic est modus coercendi. Id quod vel inde patet, quod et jusjurandum calumniæ inter pœnas temere litigantium refertur, quo tamen temeritas litigantium

magis in futurum prohibetur et coercetur, quam punitur calumnia præterita. Tales modi coercendi litigantium temeritatem sunt tres: jusjurandum calumniæ §. 1310.—1313. pœna pecuniaria §. 1314., infamia §. 1315.

§. MCCCX.—MCCCXIII.

I. Primus modus coercendi litigantium temeritatem est **JUSJURANDUM CALUMNIÆ**, quo partes earumque advocati in judicio jurant se nihil calumniose et improbe facturos. Illud duplex est, **GENERALE** et **SPECIALE**, quod et **MALITIÆ** adpellatur. **GENERALE** est, quod in omnibus causis statim ab initio judicii ab actore, reo et advocatis præstatatur. Formulæ sunt variæ, sed tamen eo omnes redeunt, ut promittant se nihil calumniose doloseque acturos, se litem non protelatueros &c. **SPECIALE** est, quod præstatatur quoties malitiæ vel doli suspicio in ipsa lite suboritur, vel quoties ejusmodi actus exigitur ab adversario, ubi suspicio est eum calumniose exigi posse, e. g. si quis alter alteri jusjurandum detulit, deferens prius de calumnia jurare tenetur; si quis editionem instrumentorum exigit, positiones offert, &c. prius jurare debet se id non dolo malo, neque vexandi et calumniandi animo facere. Cæterum, quum hoc jusjurandum alterum de dolo malo et calumnia suspectum esse præsupponat: illud deferri nequit illis, quibus debemus reverentiam, veluti parentibus, patronis, dominis feudi, *L. 16. ff. de jurejur., L. 34. §. 4. ff. eod. 2., Feud. 33. §. 1.* Deinde huic jurejurando etiam non est locus in criminalibus. Reus enim supplicii capitalis, vel pœnæ corporis afflictivæ, facile præstaret hoc jusjurandum, quum tamen de perjurio suspectus sit quam maxime. Et quis de homine, cui gladius vel laqueus imminet, credat eum nihil calumniose acturum, ut pœnam evitet, licet de calumnia jurarit? Solemne his hominibus est omnia tentare, et *flectere si nequeant Superos, Acheronta movere.*



## §. MCCCXIV.

II. Alter modus coercendi temeritatem litigantium est PÆNA PECUNIARIA, quæ jure nostro triplex est. Nam 1) in quibusdam causis lis infitiando crescit, veluti in actione L. Aquillæ (§. 1093.), in legatis venerabilibus locis relictis (§. 1173. et 1177.), in actione de pauperie (§. 1237. sub fin.) 2) Victus victori tenetur ad restituendas impensas, nisi probabilis litigandi causa, vel jus litigantium per quam dubium fuerit, §. 1. *Inst. h. t. L. 79. ff. de indic.* 3) Qui in jus vocabat sine venia prætoris, quem vocare fas non erat, mulctabatur quinquaginta aureis, L. 1. §. 2. *ff. de in. jus voc.* Ex his sola secunda pœna adhuc in praxi recepta est, reliquæ fere obsoluerunt.

## §. MCCCXV.

III. Tertius modus prurimum litigandi temerarium coercendi est INFAMIA, quæ nascitur quoties aliquis condemnatur 1) ex vero delicto, præterquam ex L. Aquillia, quia ea actione sæpe culpa etiam levissima coercetur, §. 1081. 2) Ex quatuor contractibus famosis tutela, deposito, societate, mandato, §. 1. 2. *Inst. h. t. L. 1. ff. de his qui not. infam.* Rationem, cur ex aliis contractibus infamia non arrogetur, reddidimus jam supra suo loco, §. 785.

## TIT. XVII.

## DE OFFICIO JUDICIS.

## §. MCCCXVI. — MCCCXIX.

**E**gimus hactenus de partibus actoris, procuratorum rei; superest, ut videamus quæ sint partes judicis. Et quidem hic duo tractanda summa capita a), quodnam

sit discrimen magistratum et judicem? §. 1317.—1329.

b) quodnam judicis officium? §. 1330.—1333.

I. Quod ad priorem partem, in illa iterum distinctè considerandum 1) quid sit magistratus et judex? §. 1317. 2) quid et quotuplex jurisdictio? §. 1318.—1326. 3) an hodiernum diversa sint magistratus et judicis officia? §. 1327. — 1329.

1. Inter magistratum et judicem jure Romano permultum intererat. MAGISTRATUS erat persona publica populi constituta suffragio, quæ gaudebat jurisdictione. JUDEX contra erat persona privata, veluti JCtus., cui magistratus notionem facti demandabat, et formulam præscribebat, secundum quam dicenda esset sententia. Ille ergo jus dicebat jure suo et vi jurisdictionis: causam cognoscebat jussu prætoris. Ille de jure, hic de facto cognoscebat. Ille pro tribunali jus dicebat; hic in subselliis, unde et PEDANEUS appellatur. Apud illum quæ fiebant, fieri dicebantur *in jure*: quæ apud hunc, *in judicio*. Sed de eo more jam plura notavimus ad §. 1181. seq.

2. Quum ergo præcipuum discrimen magistratus à judice constituat jurisdictione, quæritur quid illa sit, et quotuplex? JURISDICTIO est notio jure magistratus competens. Ita rectè Cujac. *in Paratitl. Dig. Tit. de jurisd.* Et hoc ipso distinguitur à judicis cognitione, qui etiam notionem habebat; sed non jure magistratus, verum jure à pretore in ipsum translato. Ab hac jurisdictione differt IMPERIUM, quod est vis quædam armata. Ubi cumque ergo non sola notio est, sed vis et coactio, ibi non jurisdictione est, sed imperium; e. g. si exsequutio fit, si carcere, fustigatione, supplicio in aliquem animadvertitur. Jam vero hoc imperium aut est merum, aut mixtum. MERUM consistit in jure gladii, s. animadvertendi in facinorosos, et quod à recentioribus Pragmaticis JURISDICTIO CRIMINALIS, vel ALBA appellatur. MIXTUM autem est vis et facultas cogendi et coercen-

di, quam habeant ii, quibus JURISDICTIO CIVILIS competit, ut sententias suas exsequutioni dare, pignus capere, mulctam indicere et ipsam personam adprehendere possint. Ita differunt jurisdictio et imperium; quamvis utrumque vocabulum *συγκρισιμῶν* ejusdemque significationis esse censeant Noodt in *Trac. de jurisd. L. 1. C. 1. seq.*, et cl. Westenbergius in *Pand. Tit. de jurisd.* Redimus ad jurisdictionem, quæ varie dividitur. Alia (a) est VOLUNTARIA, alia CONTENTIOSA. Illa est, quæ explicatur inter volentes et consentientes; vel magis perspicue, ubi nullus adest, vel citari debet pars adversa. Talis voluntaria jurisdictio est in adoptione, manumissione, emancipatione, testamenti oblatione, &c. Hæc contra est, quæ explicari nequit, nisi citata ac audita altera parte; e. g. si actio in foro instituat, testes audiantur, sententia feratur. Hæ duæ species in multis differunt. Nam (1) actus contentiosæ jurisdictionis requirunt judicem competentem: voluntariæ coram quocumque, imo et à judice in propria causa, explicari possunt (2). Illi pro tribunali: hi etiam ubi prætor in balneum it, recte expediuntur, §. 2. *Instit. de libertin.* (3). Illi expediendi sunt die juridico, hi etiam feriato die (b). Jurisdictio est vel ORDINARIA, vel EXTRAORDINARIA. Illa competit unicuique magistratui vi jurisdictionis. Hæc extra ordinem defertur quibusdam speciali lege. E. g. qui jurisdictionem habent, habent etiam jus citandi, sententiam ferendi, exsequendi; ergo hæc omnia sunt jurisdictionis ordinariæ. At tutoris dationem non habebant in orbe Romano, nisi quibus ea potestas speciali lege, vel SCto., vel Constitutione Principis erat data; ergo tutoris datio est actus extraordinariæ jurisdictionis. Effectu hæ species ita differunt, quod ordinaria jurisdictio mandari potest, extraordinaria non potest, *L. 1. pr. ff. de off. ejus qui mand. juris c.* Jurisdictio est vel PROPRIA, MANDATA, vel PROROGATA. *Propria* est, quæ competit vi



magistratus. *Mandata*, quam magistratus alii committit, et mandat, ut eam suo nomine administret. E g. si nobilis jurisdictione instructus ob juris imperitiam jurisperito mandat jurisdictionem; qui tunc in Germania vocatur *Justitiarius*. *Prorogata* est, quando aliquis litigat coram magistratu incompetente, vel quia se ejus jurisdictioni sponte submitit, vel quia reconventus est coram eo iudice, apud quem alium convenit. Hæ sunt præcipuæ species jurisdictionis secundum jus Romanum. Nam alias jure novissimo nota est *jurisdictio patrimonialis*, qua nobiles gaudere solent in pagis suis. Sed de ejus origine et indole, quantum satis est, diximus supra §. 132.

3. Cæterum experientia ipsa unumquemque facile convincit, apud nos discrimen magistratus et iudicis nullum esse. Idem, qui magistratus est, est etiam iudex. Nec solent apud nos magistratus iudices pedaneos dare, sed ipsi de jure et facto cognoscere. Quid? quod jam ipsius Justiniani temporibus hoc discrimen ab usu recessisse videtur. Dicit enim §. *ult. Inst. de Interd.* hodie omnia iudicia esse *extraordinaria*. *Extraordinaria* autem iudicia erant, ubi ipse magistratus jus dicebat. Remansit tamen ex veteri illo ritu distinctio inter officium iudicis NOBILE ET MERCENARIUM. Illud vocamus, quoties iudex aliquid potest decernere, quod non est rogatus; e. g. impensas litis potest jubere restitui. Ast hoc est, quando potest nihil decernere, nisi quod rogatus est. Sic e. g. citationem non decernit iudex nisi imploratus.

§. MCCCXXX.—MCCCXXXIII.

II. Sequitur altera pars tituli, quodnam sit iudicis officium? Resp. 1) Ut recte iudicet secundum Leges, Constitutiones et Mores. Ita Justinianus *pr. Inst. h. t.* Sed hodie ordo invertendus est. Primo enim omnium operam dare debet iudex, ut iudicet secundum MORES singulorum locorum; quippe quos ipsi legi derogare jam

\*

supra vidimus (§. 72. 3). Ubi mores non sunt speciales, judicare debet secundum CONSTITUTIONES, aut in liberis rebuspublicis secundum STATUTA. Hæc enim plus auctoritatis habent, quam jus Romanum, quod in subsidium tantum receptum est, §. 17.) Denique, ubi statuta non adsunt, vel saltem si statuta eum casum non decidunt, judicandum est secundum LEGES, i. e. secundum jus commune Romanum, idque vel solum; vel adjuncto jure Canonico, prout diversæ provinciæ diversa receperunt jura. 2. Ut leges et ordinem procedendi in singulis provinciis receptum observet. Nisi enim rite procedat, quidquid egit, ipso jure nullum habetur; e. g. si quis sententiam ferat, non audita parte altera. 3. Ut sententiam, si vires rei judicatæ adquisivit, executioni mandet. Ubi tamen eam discretionem servat jus nostrum, ut si quis condemnatus sit in quantitatem reo aliquid spatii vel pusillum laxamenti concedendum sit, intra quod de comparanda pecunia sollicitus sit, modo caveat se soluturum, §. 2. *Inst. h. t.* Pecunia enim, etiam opulenti, non semper in promptu est. Et hinc pragmatici dicere solent, *neminem cum sacco et pera venire debere in judicium*. At si condemnatus sit ad restitutionem speciei, e. g. domus, fundi; ea statim restituenda, eam enim possessor quolibet momento potest restituere, neque opus est, ut ei mora indulgeatur, *L. 9. ff. de rei vindic.* Superest quæstio, an quod per sententiam, vel rem judicatam mihi addictum est à judice, statim in meo dominio sit antequam mihi tradatur? Et id negamus. Nam (a) sententia non dat dominium, sed declarat, *L. 8. §. 4. ff. si serv. vindic.* (b) Actio judicati non est in rem, sed in personam. Deberet autem realis esse, si dominium per ipsam sententiam consequeremur; quia rem nostram non condicimus, sed vindicamus (§. 129.) (c). Excepta tamen sunt tria judicia divisoria, finium regundorum, communi dividundo, et familiæ erciscundæ: è quibus

quidquid nobis adjudicatur, ejus dominium statim sine traditione consequimur ( §. 329. \*\* ) §. ult. Inst. h. t.

## TIT. XVIII.

## DE PUBLICIS JUDICIIS.

## §. MCCCXXXIV. — MCCCXXXIX.

**F**inita jam est tertia pars Institutionum de actionibus; ultimus enim hic titulus non pertinet ad jus privatum, de quo hactenus actum, sed ad publicum. Agitur enim in eo de judiciis publicis, s. criminalibus, adeoque hic titulus veluti pro adpendice institutionum habendus est.

Supra diximus, delicta esse vel *privata*, vel *publica*. Illa erant, quæ ad læsionem privatorum directe tendebant, et hinc etiam privatam tantum habebant persequutionem. Hæc contra sunt; quæ ipsam securitatem publicam turbant, et hinc publica animadversione vindicantur ( §. 1035 ). Et hinc facile patet, cur judicia illa criminalia, quæ ad animadvertendum in facinorosos instituuntur, vocentur *PUBLICA*. Hæc in multis à privatis judiciis differunt 1). In privatis judiciis est actor: in publicis accusator 2). In illis agit is, cujus speciatim interest, nisi actio sit popularis: in his vel is accusat, qui habilis est ( non ergo femina, infamis, nisi in crimine excepto majestatis ), vel ipsa etiam res publica crimina publica persequitur per procuratorem, vel advocatum fisci 3). In illis actor tantum cavet de impensis restituendis reo victori, si temere litigasse comperiat, §. 1314 2.; in his debet inscribere in crimen, i. e. obligare se ad pœnam talionis, nisi crimen probaverit, L. 7. pr., L. ult. C. de accus. et inscr. 4).



In illis agitur ad satisfactionem privatam: in his accusator petit animadversionem vel vindictam publicam, sive illa in pœna capitali, sive non capitali consistat. Pœnas CAPITALIS vocamus, quæ vitam *civilem* (nam et statum libertatis et civitatis *caput* vocatur, §. 223) vel *naturalem* tollunt, e. g. damnationem ad furcam, vivicomburium, capitis amputationem, damnationem in metalla, deportationem in insulam, s. exilium, L. 28. pr. §. 11., L. 8. §. 1. seq. ff. de pœn. NON CAPITALIS pœnæ nobis sunt, quæ nec vitam civilem, nec libertatem, nec civitatem adimunt, quales sunt fustigatio, flagellatio, damnatio ad operas publicas, relegatio, infamia, dignitatis privatio, L. 6. §. ult., L. 3. L. 8. pr. L. 28. ff. de pœn. Qui enim has subeunt, ii nec vita, nec libertate, nec jure civitatis privantur. Hæc de discrimine judiciorum publicorum et privatorum: notandum jam porro crimina publica esse vel *publica κατ' ἐξοχὴν*, vel *extraordinaria*. Illa vocamus, de quibus singulares leges exstant, quibus et certa ordinaria et legitima pœna definita. Hæc sunt facta, quæ quidem pessimi exempli, et animadversione digna sunt, sed de quibus tamen nullæ exstant leges singulares, nec pœna lege definita est ordinaria. Unde hæc crimina extra ordinem pro modo circumstantiarum puniuntur. E. g. de adulteriis exstat lex singularis *de adulteriis*; ergo adulterium est crimen publicum *κατ' ἐξοχὴν* ita dictum. At si quis aggeres perruerat Nili, exempli quidem pessimi erat hoc facinus, sed tamen nulla lex singularis exstabat, adeoque extra ordinem vindicabatur. De *extraordinariis criminibus in ff. parte posteriori Lib. 47.* agitur. Jam *de publicis proprie dictis* paucis agendum. Talia sunt duodecim, totidemque de illis leges habemus 1). Lex Julia majestatis §. 1340. — 1345. 2); Lex Julia de adulteriis §. 1346. — 1355. 3); Lex Cornelia de sicariis et veneficis §. 1356. — 1358. 4); Lex Pompeja de parricidiis §. 1359. — 1361. 5); Lex Corne-

lia de falsis §. 1362. — 1363. 6); Lex Julia de vi publica et privata §. 1364. — 1365. 7); Lex Julia peculatus §. 1366. — 1367. 8); Lex Fabia de plagiariis §. 1368. 9); Lex Julia repetundarum 10); Lex Julia de ambitu 11); Lex Julia de annona 12); Lex Julia de residuis §. 1369. — 1370.

## §. MCCCXL. — MCCCXLV.

I. Lex JULIA MAJESTATIS satis in se severa, ab Arcadio et Honorio in *L. quisquis C. ad L. Jul. maj.* ita exasperata est ut jam plane truculenta, et sanguine magis quam atramento scripta videatur. Lex Julia, à Julio Cæsare lata, vindicat omne factum, directe adversus rempublicæ securitatem majestatemque summi imperantis admissum, *L. 1. §. 1. ff. ad Jul. majest.* Est autem hoc crimen duplex, *perduellionis* et *majestatis in specie*. *PERDUELLIS* dicitur, qui hostili animo est adversus rempublicam ejusve ministros primarios, *L. 5. pr. C. eod.* Et huc pertinent omnes, qui conjurant adversus rempublicam, qui principem occidunt, vel ejus vitæ et dignitati struunt insidias, qui jura majestatis sibi arrogat, &c. Longum hujusmodi facinorum catalogum habes in *L. 1. ff. eod.* MAJESTATIS rei vocantur, qui sunt hostili animo in rempublicam, sed tamen aliquid vel dictis vel factis in contumeliam summi imperantis admiserunt, e. g. qui principem verbis injuriis prosciderunt. Prius crimen horrendum est, et severius reliquis omnibus punitur. Nam 1) perduellis supplicio externo adficitur, et moribus quidem hodiernis in Germania in quatuor partes dissecatur; in Anglia patibulo sufficitur, et vivus inde demitur, exemptoque corde et intestinis in 4. partes secatur; in Francia quatuor equis discerpitur 2). Memoria supplicio adfecti damnatur post mortem, *L. 3. Inst. h. t.* Et hinc multis locis receptum, ut condemnati domus diruatur, et in area erigatur columna, cui scelus à possessore admissum in perpetuum ejus dedecus inscribitur 3). Bo-

na ejus omnia publicantur, *L. ult. ff., L. 5. C. eod.* quum alias, sublata à Justiniano servitute pœnæ, illa confiscatio in reliquis delictis cesseret, §. 82. \*) 4). Liberi quoque infames fiunt, et filii quidem, qui de ultione suspecti sunt, omni hæreditate avita, paterna et extraneorum, imo et omni spe ullius dignitatis excluduntur: filiabus autem tandem è materna et avita hæreditate legitima tantum relinquitur, quia non est quod ab his metuat respublica, *L. 5. 6. eod.* Tam atrox est perduellionis pœnæ; sed multa quoque extraordinaria in modo procedendi observantur. Nam 1) hic omnes accusant, etiam inhabiles, e. g. feminae, infames, &c. *L. 7. pr. ff. eod.* 2). Nec advocatis uni potest reus, nec 3) adpellatione, quum tamen sit causa sanguinis et irreparabilis præjudicii, *L. 5. §. 2. C. eod., L. 6. §. 9. de injust. rupt. irrit.* 4). Testes produci possunt etiam inhabiles, *L. 7. §. 1. C. ad L. Jul. majest.*, adeo ut olim hoc casu et servi in caput domini torqueri possent; quod alias in nullo crimine fiebat 5). Etiam nudum consilium, imo et silentium punitur, si quis nimirum conjurationis notitiam habuit, idque ad magistratum non detulit. Id non obscure habetur, *L. 5. pr. §. 6. 7. C. eod.* Et tamen quum illud glossatorum alpha, Bartolus, ita statuisset, Baldus in *Lib. 1. Consil. c. 34.* ejus animam ideo apud inferos torqueri insulse scripsit. Absurde! quis enim dubitet quin is, qui tempore Regis Angliæ Jacobi I. scivit quosdam sol. velle domum Parlamenti pulvere pyrio una cum Rege et Ordinibus regni in aera mittere, idque dissimulavit, æque peccarit in rempublicam, ac is qui hujus consilii fuerit particeps? Dices, multa hic esse, quæ iniquitatem sapiunt. Sed omne exemplum magnum, inquit Tacitus, habet aliquid ex iniquo, quod contra singulos utilitate publica rependitur, *Annal., L. XIV. c. 44.* Crimen *majestatis* proprie sic dictum mitius punitur, gladio, fustigatione, relegatione, prout id exigunt facti



admissi circumstantiæ, §. 3. *Inst. h. t.* Quin digna bono principe vox est illa in *L. un. C. si quis imperat. maled.* Si maledictum adversus principem ex levitate processerit, in contemnendum; si ex insania, miseratione dignissimum; si deniq. ab injuria, id remittendum esse.

§. MCCCXLVI. — MCCCLV.

2. Altera est *LEX JULIA DE ADULTERIIS*, quæ tamen ab adulterio potissimum nomen habet, tamen et alia delicta carnis, veluti *monstrosam* et *nefandam Venere*m, *incestum*, *stuprum* et *lenocinium* vindicat a). *ADULTERIUM* hodie est *violatio fidei conjugalis*. Sed Romani alium sibi hujus criminis conceptum formabant. Erat enim adulterium mulieris alii nuptæ vel desponsatæ vitiatio. Hinc adultera erat uxor, sive cum alio viro, sive cum cælibe rem habuisset, omnesque, qui ipsam constupraverant, erant adulteri, sive cælibes essent, sive mariti alieni. At si maritus cum innupta concubuerat, nec ipse erat adulter, nec femina adultera, quia femina alii nupta vel desponsata non erat vitiata, *L. 6. §. 1. ff. ad L. Jul. de adul.* Pœnam hujus delicti ex *L. Julia* gladii fuisse ait Justinianus, §. 4. *Inst. h. t.*, eumque acriter defenderant veteres, etiam Marcus Lyklama in *membranis passim*. Et tamen res falsa est. Nam ex *Paulli Recept. sent. Lib. II. Tit. 26. §. 14.* liquido constat, non severius Augustum, qui hujus legis auctor est, plecti voluisse adulteros et adulteras, quam relegatione in insulam, et publicatione partis dimidiæ bonorum utriusque, et dimidiæ dotis adulteræ. Pœnam autem gladii primus adulteris statuit Constantinus M. *L. 31. §. 1. ad L. Jul. de adult.* Hæc gladii pœna adhuc obtinet in multis Germaniæ provinciis, quas recensui in §. 1350. Sed alibi tantum mulcta pecuniaria obtinet, et quidem vel major, ut in Frisia, quam qui solvere non vult, vel non potest virgis cæditur: vel minor, ut Lubecæ et alibi. Id vero

notandum, Legem Juliam etiam aliquid indulgere Ze-  
lotypiaë et vindictæ privatæ, sed nonnisi patris et ma-  
riti adulteri. Inter hos tamen est differentia. Nam (a)  
pater potest et adulterum et filium occidere in adulte-  
rio deprehensus, maritus tantum adulteram, non uxo-  
rem adulteram (b). In illo perinde est sive domi suæ,  
sive in domo generi adulteros deprehendat. In hoc re-  
quitur, ut vel domi suæ eos opprimat, vel si alibi  
adulterum occidat, ut ter ipsi hoc prius denunciave-  
rit, *L. 20. seq. ff. ad L. Jul. ad Nov. CXVII. 15.*  
(c). Maritus occidit adulterum tantum si vilis condi-  
tionis sit: pater quemlibet, *L. 24. pr. ff. eod. b.* MONS-  
TROSE et NEFANDÆ VENERIS definitionem vel ipsum  
nomen prohibet. Nefanda enim dicitur, quia de ea ho-  
neste fari non licet. Pœna aliquando est vicomburium,  
aliquando gladii. Casus diversos criminalistæ judicant  
c). INCESTUS est conjunctio earum personarum, quæ ob  
consanguinitatem vel adfinitatem conjungi nequeunt, §.  
158. seq. Si ergo rem habuit aliquis in lineâ adscen-  
dente cum descendente, vel vice versa, e. g. pater cum  
filia, filius cum matre, avus cum nepte; hic incestus  
dicitur *juris gentium*: si cum aliis personis cognatis et  
adfinibus, *juris civilis*. Jus Romanum incestum *juris*  
*gentium* deportatione, incestum *juris civilis* arbitra-  
rie puniebat, *L. 5. ff. de quæst. Nov. XII. c. 1.*  
At hodie priore casu sæpe obtinet pœna gladii, *Carpz.*  
*Prax. Crim. P. I. Qu. 74. d.* STUPRUM est vitium  
virgini vel viduæ honeste viventi sine vi illatum, *L. 6.*  
§. 1., *L. 34. pr. §. 1. ff. ad Leg. Jul. de adult.* In  
meretricem enim et mulierem quæstuariam stuprum non  
committitur, sed scortatio. Pœna stupri in honestis per-  
sonis erat publicatio dimidiæ partis bonorum, in hu-  
milibus corporis coercitio et relegatio, §. 4. *Inst. h. t.*  
Hodie illud ferè mulcta pecuniaria, alicubi satis modi-  
ca, expiatur. Sed præterea stuprata hæbet actionem ad  
alimenta infanti constituenda, itemque ad dotationem.

Imo sæpe valet regula, *aut ducat, aut dotet*, arg. *Deut. XII. 29.* maxime si eam sub spe matrimonii ad stuprum pellexit e). **LENOCINIUM** est crimen, quo quis feminas aliis quæstus causa prostituit, *L. 29. pr. ff. ad L. Jul. de adult.* Si quis filiam vel uxorem prostituit, pœna est capitalis; sin alias mulieres, arbitraria, *Nov. XIV.*

## §. MCCCLVI.—MCCCLVIII.

3. Sequitur **L. CORNELIA DE SICARIIS ET VENEFICIS**, à L. Cornelio Sulla dictatore lata. Et (a) *sicarii* quidem sunt hic quilibet omicidæ; idque homicidium triplex est, *dolosum*, quod fit animo occidendi, adeoque dolo malo; *culposum*, quod fit culpa et negligentia; e. g. si medicus gangræna correptum pedem absciderit et ægrotum deinde neglexerit et deseruerit: *casuale*, quod casu fit, e. g. si sclopetum meum casu rumpatur et alterum occidat; quo et moderamen inculpatæ tutelæ referimus, de quo §. 1082. Dolosum capite punitur, *Gen. 9. 5. 6.* Sed quid, si neget reus se animum occidendi habuisse? Tunc id colligitur ex telo vel genere armorum, quo usus est, *L. 1. §. 3. ff. ad L. Corn. de sic.* Nam sane si quis alium sclopeto petierit, et neget tamen se animum occidendi habuisse, non audietur. Homicidium culposum arbitrarie punitur pro modo culpæ, ut virgidentia, relegatione, mulcta &c. Casuale plane extra pœnam est, quia casum nemo præstat. Obiter notandum, si quis alterum pecunia redimit, ut quem occidat, eum dici *assassinatorem*, eumque, qui accepta pecunia occidit, *assassinum*. Ille pœna gladii, hic crurifragii adfici solet (b). *Veneficium* duplici sensu accipitur. Aliquando significat crimen eorum, qui venena mala, necandi hominis causa, fecerunt, vendiderunt, dederunt, §. 1. *L. 1. L. 3. pr. §. 1. 2. ff. eod.* Aliquando denotat eorum delictum, qui susurris et incantationibus homines occiderunt, §. 5. *Inst. h. t.* Utriusque delicti pœna jure



Romano capitalis est, d. 5. §. *Inst. h. t.* Sed hodie qui venena propinarunt, masculi crurifragio, feminae culleo puniri solent: qui pactum cum dæmone fecerunt, sortilegi (modo fabula vera), vivi comburuntur; qui incantationibus homines occiderunt, gladio feriuntur. Sed longa hæc est fabula: multa hic anilia deliramenta iudices olim in diversum egerunt, hodie cautius mercantur plerisque locis. Aurea hanc in rem sunt cel. Thomasii scripta *de crimine magiæ*.

§. MCCCLIX. — MCCCLXI.

4. Proxima est LEX POMPEJA DE PARRICIDIIS. Et quamvis alias *parricidium* sit quasi parricidium, tamen hic latius accipitur vocabulum pro omni homicidio inter proximos, cognatos adfinesque admissio. Et quidem in *L. 1. pr. ff. ad L. Pomp. de parr.* recensentur a) inter ascendentes cognatos *pater, mater, avus, avia* b); inter collaterales, *frater, soror, patruelis, matruelis, patruus, avunculus, amita, consobrinus, consobrina* c); inter adfines, *gener, socrus, vitricus, privignus, privigna* d); accedunt *vir et uxor* et e) *patronus et patrona*. Mirari quis posset, non hic mentionem fieri liberorum, quum tamen et in privignis fiat parricidium. Sed eo tempore, quo Lex Pompeja lata, in liberos adhuc jure vitæ et necis utebantur patres, §. 138. 1., adeoque parricida non erat pater, si filium filiamve occiderat. Pœna parricidii gravissima et hodiernum fere recepta est. Nam a) quasi parricida indignus fit usu elementorum omnium, insuitur ille culleo; et ut inter ferales illas angustias nec aere, nec igne, nec aqua, nec terra fruatur, in mare vel flumen projicitur b). Ante supplicium virgis sanguineis cæditur, i. e. usque ad sanguinem; quod tamen hodie cessat c). In culleum istum simul insuuntur *canis, gallus gallinaceus, vipera et simia*, quia et hæc animalia parricidia committere solent. Et id in Ger-

mania adhuc vidi observari. Si in propinquo non sit mare vel flumen, reum leges vel vivum comburi, vel bestiis objici jubent, *L. 9. pr. ff. ad L. Pomp. de parr.* Sed hodie gladius substituitur suffocationi in aquis. Si sæpius admissum parricidium, pœna exasperatur in Germania per forcipes candentes. *Const. C. Car. Art. 137.*

§. MCCCLXII. et MCCCLXIII.

5. Lex CORNELIA DE FALSIS varia vindicat crimina, quæ omnia in veritatis imitatione ac suppressione consistunt. Talia sunt *falsum testamentarium*, si quis falsum testamentum, aliudve instrumentum scripserit, adulteraverit, supposuerit. *Falsum monetarium*, si quis falsam monetam cuderit et expenderit. *Falsum testem*, si falsum quis testimonium dederit. *Suppositio partus: falsa mensura, pondus, ulna: falsum nomen alterius decipiendi causa adsumptum.* Pœna, si servus tale quid admisisset, erat supplicium supremum: si liber homo, deportatio vel publicatio bonorum, *L. 1. §. ult., L. 27. fin., L. 32. ff. ad L. Corn. de fals.* Hodie pœna fere arbitraria est pro modo circumstantiarum. Duo tantum falsa supplicio capitali expiantur (1): si quis dato falso testimonio in causa fuit, ut alius capitis damnaretur (2); crimen falsæ monetæ, cujus pœna est vivicomburium, ut quis monetam ratione materiæ falsam cuderit et expenderit, *L. 2. C. de fals. monet.*

§. MCCCLXIV. et MCCCLXV.

6. Sexta Lex est JULIA DE VI PUBLICA ET PRIVATA, quamvis hæ potius duæ leges sint (1). *Publica vis* vocatur atrocior vis, maxime armata, per quam securitas publica violatur, *L. 10. pr. §. ult. ff. ad L. Jul. de vi publ.*, quo et raptus virginum refertur (2). *Privata* contra est vis minus atrox, et sine armis adversus privatos admissa. Illa deportatione puniebatur, §. 8. *Inst. h. t.*; raptus virginum jure humano capitalis est, *L. 11. L. 5. §. 2. ff. ad L. Jul. de vi publ.*

Vis privata infamia, et confiscatione tertiae bonorum partis punitur. Qui hodie pacem publicam violat, captus damnatur: alioquin poena fere est arbitraria.

§. MCCCLXVI. et MCCCLXVII.

7. LEX JULIA DE PECULATU et SACRILEGIIS duo crimina vindicat. PECULATUS est furtum pecuniae publicae ab eo, qui illam non administrat, admissum. SACRILEGIUM est furtum rei sacrae à loco sacro, §. 9. *Inst. h. t.* Poena prioris delicti erat vel deportatio, vel quadruplum, *L. 6. §. ult. L. pen. ff. ad L. Jul. de pecul.* Sacrilegium modo extra ordinem, modo capitali poena coercebatur, *L. 9. pr. eod.* Sed ea lege ideo opus videbatur, quia furtum apud Romanos brachio satis levi puniebatur. At hodie quum furti poena sit atrox, nempe suspendium, peculatores et sacrilegi uti alii fures puniuntur, saltem inter Protestantes. Apud Catholicos enim qui monstrantiam, quam vocant, vel aediculam, in qua hostiam consecratam custodiunt, furatus est, vivicomburio adficitur: cujus rei ratio obscura esse nequit.

§. MCCCLXVIII.

8. LEX FABIA DE PLAGIARIIS incertae aetatis ac originis est. *Plagiarii* vocantur, qui homines furantur, sive liberos, sive servos. Hodie vulgo vocant plagarios, qui aliorum libros exscribunt, hisque plumis adscititiis se exornant. Sed hoc crimen non supplicio aliquo, sed risu vindicatur tanquam delictum corniculae Aesopicae. Proprie sic dicti plagarii pro intentionis, quam habere, gravitate, modo poena arbitraria, modo capitali supplicio adficiuntur. E. g. si Judæus suffuratus sit infantem Christianum, ut eum circumcidat. Sollemne exemplum est nobilis Misnici, Cunradi à Kauffung, qui, quum principes juventutis Saxonicae, *Albertum* et *Ernestum*, (unde hodie duae lineae domus Saxonicae, Ernestina et Albertina, nomen habent) ex arce Altenburgensi suffuratus esset,



Fribergæ cum sociis criminis capite plexus est. Historiam habent annales saxonici omnes.

## §. MCCCLXIX.

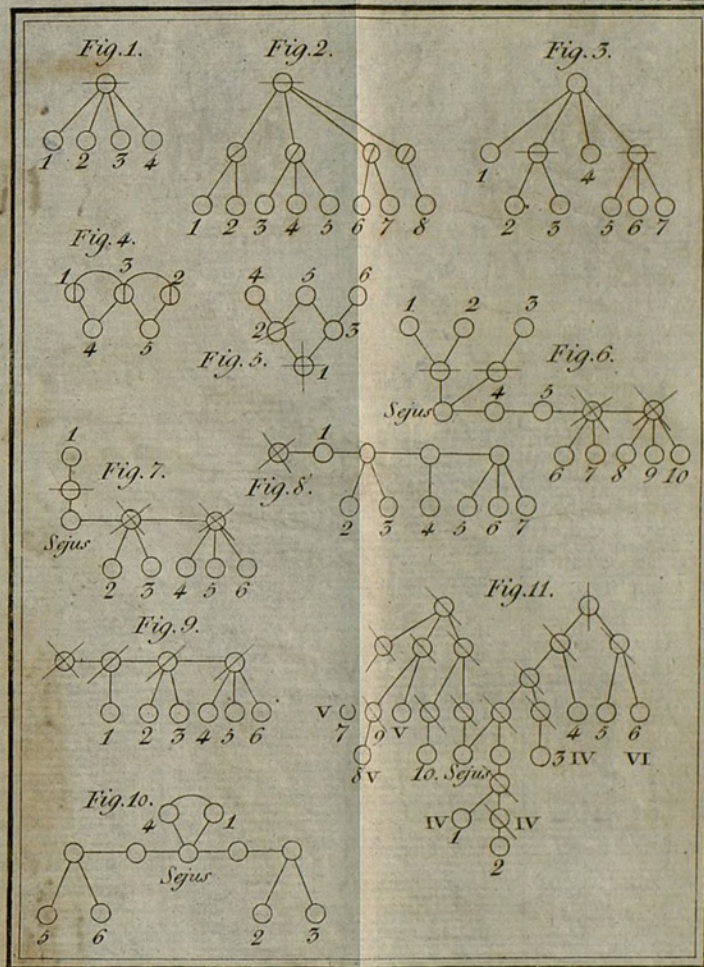
9. De quatuor reliquis criminibus agere nihil adinet. Non tanta est temporum nostrorum gravitas, ut ea magnopere coerceantur. Definitiones scire sufficit. **CRIMEN REPETUNDARUM** committunt, qui in munere suo injuste accipiunt pecuniam, e. g. iudices, qui se auro corrumpi patiuntur. **Criminis Ambitus** rei sunt, qui pecunia redimunt magistratus et officia publica. **CRIMEN ANNONÆ** est, quando quis annonam flagellando annonæ caritatem inducit. **CRIMEN RESIDUI** committunt administratores pecuniæ publicæ, qui rationes male reddunt; et pecuniam administratam interceptiunt. Sed ita se habent mores sæculi, ut in his criminibus.

*Parcatur corvis, vexet censura columbas.*

Sub finem monuimus, accusationes privatorum hodie in terris nostris rarissimas esse. Aut enim respublica facinorosos homines persequitur per accusatores publicos, s. procuratores generales fisci: aut ipse iudex instituit inquisitionem ex officio, qui processus inquisitorius pene per universam Germaniam viget. Quotiescumque igitur fama publica, aliave indicia aliquem suspectum faciunt de crimine, iudex solet testes audire, et si illi indicia augent, rerum ad articulos examinare, testibus convincere, si pervicax sit in negando, torture subicere, fassumque et defensum condemnare. Et ita contingit, ut provincia malis hominibus purgetur, *L. 3. ff. de off. præ.* qui præcipuus est finis Jurisprudentiæ Criminalis.

FINIS TOM. II.

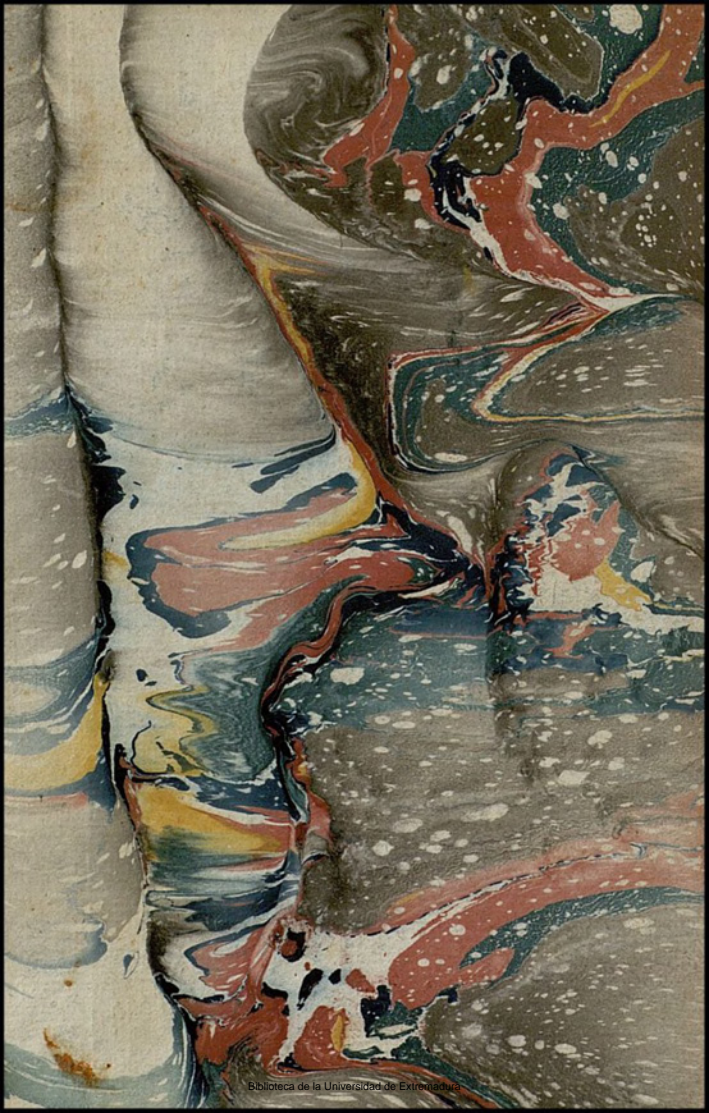














UNIVERSIDAD DE EXTREMADURA



2 710000 065630